

پژوهشی در اقسام بانك و احكام آن (۳)

○ سید محسن خرازی



مضاربه (۱)

اول، حقیقت مضاربه:

مضاربه عقدی است که طبق آن شخص حقیقی یا شخصیتی حقوقی مالی را به دیگری بدهد تا با آن تجارت کند و سودش بین آنها تقسیم گردد ولی زیان بر اصل سرمایه وارد می شود. از آن جا که مضاربه نوعی عقد است احتیاج به ایجاب و قبول دارد ولی لفظ خاصی در آن شرط نیست؛ بلکه با فعل نیز می توان آن را انشا کرد. بدین ترتیب منظور از پرداخت پول به دیگری اعم از پرداخت همراه با انشای لفظ و پرداخت خارجی بدون انشای لفظ است. پس همان طور که پرداخت انشایی همراه با قبول عامل مضاربه، باعث تحقق مضاربه می شود، پرداخت خارجی و قبول آن که با قصد انشاء مضاربه محقق می شود، نیز باعث تحقق مضاربه می گردد و از این جهت بین دفع انشایی و دفع خارجی تفاوتی نیست؛ زیرا از نظر عقلا معیار در تحقق معاملات و حقیقت انشای آن ها همانا اعتبار درونی آن معامله همراه با ابزار بیرونی آن است و این ملاک در هر دو فرض وجود دارد و شارع مقدس نیز این بنای عقلایی را رد نکرده است.

با این تحلیل، دیگر شکی در صحت مضاربه معاطاتی باقی نمی ماند تا در پی آن گفته شود مقتضای اصل در صورت شک در صحت مضاربه، آن است که سود تابع اصل مال باشد؛ بلکه همچنان که گفته شد مضاربه معاطاتی یک عقد عقلایی است و شارع مقدس نیز آن را رد نکرده است، بنابراین باید سود بین دو طرف تقسیم گردد؛ زیرا حقیقت مضاربه متقوم به آن است. در موثقه اسحاق بن عمار آمده است:

سألته عن مال المضاربة، قال (ع): الربح بينهما والوضیعة علی المال؛^۱

از امام (ع) در باره مال مضاربه پرسیدم، فرمودند: سود بین آن دو تقسیم می شود و زیان بر سرمایه وارد می گردد.

همچنین طبق عموماً تجارت و عقود - مانند «إلا أن تكون تجارة عن تراض»^۲ - نیز باید سود بین آن دو تقسیم شود؛ زیرا طبق عقد مضاربه قسمتی از سود در برابر کار عامل قرار گرفته است.

بنابراین دلیلی برای شرط بودن لفظ خاص در انشای مضاربه وجود ندارد.

دوم، شروط و احکام مضاربه:

مسئله اول: آیا تضمین زیان در عقودی مانند مضاربه و شرکت و جعله به صورت شرط تدارك و جبران زیان، صحیح است؟

محقق یزدی (ره) در کتاب مضاربه، نظریه اول را پذیرفته و می فرماید:

نظریه اول [صحت تضمین] قوی تر است؛ زیرا - بر خلاف آنچه پنداشته شده -

این شرط با مقتضای عقد مضاربه منافاتی ندارد، بلکه تنها با اطلاق آن منافی

است؛ زیرا طبق اطلاق مضاربه زیان بر عهده مالک می باشد و عامل در صورت

عدم تعدی و تفریط ضامن چیزی نیست.^۳

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۹، باب ۳ از ابواب مضاربه، ص ۲۲، حدیث ۵.

۲. نساء، آیه ۲۹.

۳. العروة الوثقی، ج ۵، ص ۱۶۲، مسئله ۴.

در اینجا ممکن است این اشکال مطرح شود که عامل در مضاربه، امین است و مقتضای ادله امانت این است که امین ضامن نباشد، بنابراین شرط ضمان عامل مضاربه - که نوعی شرط ضمان امین است - با ادله ای که فقط سوگند را بر عهده امین می داند، منافات دارد. علاوه بر این، در صحیححه محمد بن قیس - که کلینی (ره) آن را نقل کرده - از امام باقر(ع) آمده است:

قال امیر المؤمنین - صلوات الله علیه - من اتجر مالا و اشترط نصف الربح فلیس علیه ضمان، و قال(ع): من ضمن تاجرا فلیس له إلا راس ماله ولیس له من الربح شیء؛^۴

امیرالمؤمنین(ع) فرمودند: هر کسی که با مالی تجارت کند و نصف سود را شرط کند بر او ضمانی نیست، و نیز فرمودند: هر کسی که تاجری را ضامن کند، چیزی جز اصل سرمایه اش برایش نیست و از سود چیزی ندارد.

از این روایت استفاده می شود که تضمین عامل، باعث می شود مضاربه باطل شده و به قرض تبدیل گردد که در این صورت تمامی سود برای عامل است؛ بنابراین شرط ضمان عامل، هم با ادله ای که می گویند چیزی جز سوگند بر عهده امین نیست^۵ منافات دارد و هم با این روایت خاص که می گفت تضمین عامل، باعث تبدیل مضاربه به قرض می شود. از این اشکال می توان چنین جواب داد که شرط ضمان عامل با این سخن که چیزی جز سوگند بر عهده عامل نیست هیچ منافاتی ندارد؛ زیرا قاعده مزبور از باب عدم اقتضا است و مربوط به جایی است که شرط ضمانی نشده باشد؛ بنابراین با شرط ضمان - که عموم «المؤمنون عند شروطهم»^۶ آن را شامل می شود - هیچ منافاتی ندارد.^۷

در کتاب مبانی عروة الوثقی ادعا شده است که عبارت «لیس علی الامین إلا الیمین»

۴. الکافی، ج ۵، ص ۲۴۰، ح ۳؛ وسائل الشیعه، ج ۱۹، باب ۴ از ابواب مضاربه، ص ۲۲، ح ۱.

۵. این روایت بین فقها مشهور است. ر. ک: شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۴۱۲.

۶. وسائل الشیعه، ج ۲۱، باب ۲۰ از ابواب المهور، ص ۲۷۶، ح ۲۱.

۷. ر. ک: مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۷۰ و ۷۱.

مطلق است و هر دو صورت شرط و عدم شرط ضمان را شامل می شود؛ بنابراین با عموم «المؤمنون عند شروطهم» منافات دارد. ^۸ این سخن صحیح نیست؛ زیرا قاعده «لیس علی الامین الا الیمین» ناظر به صورت شرط کردن ضمان بر عامل نیست؛ در غیر این صورت دیگر جایی برای تقدیم قاعده «المؤمنون عند شروطهم» بر مطلقات در موارد گوناگون باقی نمی ماند. علاوه بر این گاهی ممکن است نفر سومی غیر از صاحب سرمایه و عامل، ضامن باشد و از آن جا که اصل سرمایه در دست این نفر سوم نیست تا او امین باشد، قاعده «لیس علی الامین الا الیمین» نیز او را شامل نمی شود.

ادعا شده که شرط تدارك همان ضمان است و ضمان فقط نسبت به چیزهایی که در ذمه است صحیح می باشد. این ادعا درست نیست؛ زیرا دلیلی وجود ندارد که ضمان عرفی فقط به چیزهایی اختصاص داشته باشد که در ذمه است. وقتی ضمان عرفی صدق کند، عموماً نیز آن را شامل می شود. همچنین شرط تضمین عامل هیچ منافاتی با صحیحه محمد بن قیس ندارد؛ زیرا ظاهر صحیحه مربوط به شرط تضمین اصل سرمایه است، به گونه ای که زیان مال از ابتدا بر عهده عامل وارد شود و بسیار روشن است که چنین ضمانی با عدم ملکیت عامل نسبت به اصل مال، معقول نیست. صورت ممکن برای چنین تضمینی این است که مقصود از آن در ابتدا، قرار دادن اصل سرمایه در ذمه عامل باشد که همان قرض است و از آن جا که آنها چنین چیزی را قصد نکردند، پس روایت محمد بن قیس - که می گوید همه سود برای عامل می باشد - بر این مطلب دلالت می کند که با چنین شرط تضمینی، این مضاربه - به قرض تبدیل می شود. بنابراین، این حدیث شامل جایی نمی شود که ملکیت صاحب سرمایه بر مالش باقی باشد و مقصود از شرط ضمان، شرط تدارك و جبران زیان باشد، حداقل شمول این حدیث در این مورد مشکوک است. در چنین جایی مقتضای قاعده این است که به عموم «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کنیم؛ زیرا عام در شبهه های مفهومی، مرجح است.

در کتاب مبانی العروه این ادعا مطرح شده است که صحیحه محمد بن قیس اصلاً مربوط به مضاربه نیست، بلکه مربوط به جایی است که از ابتدا تضمین به صورت فعلی [نه لفظی] مطرح شود و این مساوی با قرض است؛ زیرا فقط در قرض، مال معینی در ذمه دیگری قرار داده می‌شود؛ بنابراین صحیحه محمد بن قیس ربطی به شرط ضمان مال در صورت تلف آن، ندارد.^۹

ادعای ایشان با توجه به ابتدای صحیحه نادرست است؛ زیرا مقصود از عبارت: «من اتجر مالاً و اشترط نصف الربح ...»^{۱۰} همان مضاربه اصطلاحی معروف است که در آن سود تقسیم می‌شود و حکم آن، عدم ضمان عامل است و معلوم است که چنین عقدی قرض نیست؛ در غیر این صورت تمام سود برای خود عامل بوده و او ضامن مثل آن مال خواهد بود. بنابراین با توجه به ابتدای صحیحه، ذیل آن هم مربوط به تضمین مال مضاربه است نه مربوط به قرض از ابتدای کار. شاهد بر این مطلب، روایت دیگری به همین مضمون از طریق شیخ است که در آن به عنوان مضاربه تصریح شده است. ایشان طبق سند صحیحی از محمد بن قیس از امام باقر(ع) چنین روایت می‌کند:

قضی علی(ع) فی تاجر اتجر بمال و اشترط نصف الربح فلیس علی المضارب ضمان و قال(ع) ایضاً: من ضمن مضاربه فلیس له إلا رأس المال ولیس له من الربح شیء؛^{۱۱} نگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

علی(ع) در مورد تاجری - که با مالی تجارت می‌کرد و نصف سود را شرط کرده بوده - چنین قضاوت کرد که عامل مضاربه [تاجر] ضامن نیست و نیز فرمودند: هر کسی [عامل] مضاربتش را ضامن کند سهمی جز اصل مال ندارد و از سود سهمی نمی‌برد.

طبق این روایت شرط عروض خسارت بر عامل باعث می‌شود که تعبداً، مضاربه به

۹. همان، ص ۵۱.

۱۰. کافی، ج ۵، ص ۲۴۰، ح ۳.

۱۱. التهذیب، ج ۷، ص ۱۸۸، ح ۸۳۰.

قرض تبدیل شود به خلاف جایی که فقط جبران خسارت بر او شرط شود؛ زیرا چنین چیزی باعث انقلاب عقد مضاربه می شود و با ماهیت مضاربه و روایت منافاتی ندارد. ممکن است اشکال شود که از برخی روایات استفاده می گردد، عامل مضاربه فقط در صورتی که از دستور صاحب سرمایه سرپیچی کند ضامن است. در صحیحہ حلبی از امام صادق (ع) چنین آمده است:

المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضیعة شيء إلا ان یخالف امر صاحب المال؛^{۱۲}

[کسی که] با مالی مضاربه می کند، سود می برد و زیان آن بر عهده اش نیست، مگر این که از دستور صاحب مال سرپیچی کند.

بنابراین، شرط جبران زیان با حصری که از این صحیحہ استفاده می شود، منافات دارد؛ پس چون چنین شرطی مخالف سنت است، نافذ نیست. جواب اشکال این است که این صحیحہ در مقام نفی ضمان از جهت حکم و قرار شرعی است، نه شرط و قرار داد مالک که مورد بحث ما می باشد.

مطلب دیگری که باید به آن توجه کرد این است که بر فرض که دلالت صحیحہ محمد بن قیس، بر بطلان شرط جبران زیان تمام باشد، باز به مضاربه و شرط ضمان بر عامل مضاربه اختصاص دارد و شامل جایی نمی شود که شرط ضمان نقر سومی شود، چون این شرط نافذ است و هیچ منافاتی با عقد مضاربه ندارد، زیرا این شرط جبران زیان است نه شرط عدم عروض ابتدایی زیان بر اصل سرمایه. از این روشن تر جایی است که اصلاً شرطی در میان نباشد، بلکه خود عامل مضاربه بدون شرط، آن را ضمانت کند. همچنین این روایت بیانگر حکم شرط عروض خسارت در عقود دیگر مانند شرط عروض خسارت بر شریک در عقد شرکت و یا بر طرف جعاله در عقد جعاله نیست.

از آنچه گفته شد، روشن می شود اگر شرط شود در صورتی که معامله سود آور نبود، عامل باید سود را هبه کند، چنین شرطی جایز است و هیچ اشکالی ندارد. جایی برای

۱۲. وسائل الشیعه، ج ۱۹، باب ۱ از ابواب مضاربه، ص ۱۶، ح ۴.

توهم ربا در این مورد نیست؛ زیرا مال مضاربه قرض نیست تا شرط سود در آن، ربا باشد. همچنین اگر صاحب مال شرط کند عامل در صورت تأخیر در تصفیه حساب و بازگرداندن اصل سرمایه به مالک، در صد معینی را بپردازد، چنین شرطی اشکال ندارد؛ زیرا این شرط در برابر قرض نیست، بلکه در برابر تأخیر در تحویل سرمایه به مالکش است. البته شرط تدارک و جبران و یا شرط هبه سود در صورتی اشکال ندارد که مخل به نظام اقتصادی جامعه نباشد، در غیر این صورت چنین شرطهایی جایز نیست.

مسئله دوم: یکی از شرایطی که برای مضاربه تعیین شده این است که سرمایه باید عین باشد، پس مضاربه با منفعت و دین صحیح نیست. بنابراین اگر کسی دینی بر عهده دیگری داشته باشد نمی تواند آن را به عنوان سرمایه مضاربه قرار دهد، مگر بعد از گرفتن آن دین حتی اگر به عامل مضاربه اجازه گرفتن آن را بدهد باز فایده ای ندارد؛ مگر آن که بعد از گرفتن، دوباره عقد مضاربه را انشا کند. البته اگر مالک، عامل مضاربه را وکیل در قبض و ایجاب از طرف خود کند، در این صورت بعد از گرفتن، خود عامل، ایجاب و قبول را می خواند و مضاربه صحیح است. همچنین اگر صاحب مال از عامل مضاربه، طلبی داشته باشد نمی تواند آن را به عنوان سرمایه مضاربه قرار دهد، مگر آن که در ابتدا عامل را وکیل کند که آن طلب را در مورد خاصی معین کند، سپس خود عامل با اجرای هر دو طرف عقد (ایجاب و قبول)، عقد مضاربه را انشا کند.

علامه حلی (ره) در کتاب تذکره^{۱۳} ادعا کرده در این که مضاربه با دیون صحیح نیست، اختلافی نیست. شهید ثانی (ره) نیز گفته است: «این شرط که مال مضاربه باید عین باشد، مورد اتفاق همه فقها است.»^{۱۴} صاحب ریاض (ره)^{۱۵} برای این مطلب این گونه استدلال کرده که «اصل، عدم ترتب اثر است و همچنین اصل، این است که سود در معامله برای مالک است و قدر متیقن در خروج از این دو اصل جایی است که مال مضاربه عین باشد نه دین».

۱۳. تذکره الفقها، ج ۲، ص ۲۳۱ (حجری).

۱۴. مسالک الافهام، ج ۴، ص ۳۵۵.

۱۵. ر. ک: ریاض المسائل، ج ۹، ص ۸۴، ۸۵ و ۹۶.

در این جا نمی توان با تمسک به عموم قاعده «أوفوا بالعقود»^{۱۶} جلوی این اصل را گرفت ؛ زیرا این قاعده به عقدهای لازم اختصاص دارد - چون وجوب وفای عملی به عقد با حکم به جواز فسخ منافات دارد - و شامل مضاربه که عقد جایز است نمی شود .

ممکن است گفته شود اطلاق صحیحه محمد بن قیس - که پیشتر گذشت - برای اثبات صحت مضاربه با دین و منفعت کافی است . در این حدیث آمده است : «من أتجر مالاً و اشترط نصف الربح ، فلیس علیه ضمان» .^{۱۷} از نظر عرفی ، مال ، شامل دیون و منافع هم می شود و از آن جایی که روایت مذکور در مقام بیان حکم تجارت با مال به عنوان مضاربه است و اطلاق موضوع آن شامل دیون و منافع می شود ، پس نتیجه می گیریم که مضاربه با دیون و منافع اشکالی ندارد . در غیر این صورت لازم بود که موضوع در این حدیث به غیر دیون و منافع مقید شود .

همچنین در خبر اسحاق بن عمار از امام کاظم (ع) چنین آمده است :

قال : سألت عن مال المضاربه ، قال : الربح بينهما والوضیعة علی المال ؛^{۱۸}

از امام کاظم (ع) در باره مال مضاربه پرسیدم ، فرمودند : سود بین آن دو است و زیان بر اصل مال می باشد .

اطلاق «مال مضاربه» در این حدیث و عدم تفصیل در آن - بنابراین که مضاربه ، بر تجارت با منافع و دیون هم صدق کند - شامل دیون و منافع نیز می شود .

ممکن است اشکال شود که ظاهر نصوص مضاربه این است که موضوع آن اعطای مال مالک به عامل مضاربه است تا با آن کار کند با این شرط که اصل مال محفوظ بماند و سود بر اساس توافق میان آن دو تقسیم شود ، و این بر منافع منطبق نیست ؛ زیرا منافع قابلیت بقا ندارند . به همین سبب همه آن چه که در قبال منافع قرار می گیرد ، سود شمرده می شود و از این رو در باب خمس می گویند به هر چه که به ازای منافع باشد - خواه عین باشد ، خواه غیر آن -

۱۶ . مائده ، آیه ۱ .

۱۷ . وسائل الشیعه ، ج ۱۹ ، باب ۳ از ابواب مضاربه ، ص ۲۱ ، ح ۲ .

۱۸ . همان ، باب ۳ از ابواب مضاربه ، ص ۲۲ ، ح ۵ .

خمس تعلق می‌گیرد و دلیلش چیزی نیست جز آن که تمامی آن‌ها سود هستند؛ نه آن که اصل، ثابت باشد و بقیه سود به حساب آیند. بنابراین آن چه مشهور به آن معتقدند که مضاربه با منفعت صحیح نیست، اگر قوی تر نباشد، حداقل به احتیاط نزدیک تر است.^{۱۹}

در جواب این اشکال می‌توان گفت که در باب مضاربه، اصل سرمایه چیزی نیست که عین آن محفوظ باشد؛ زیرا در معامله با چیز دیگری عوض می‌شود. پس باید مقصود از بقا این باشد که چیزی مثل آن در مالیت، جای آن را پر کنند و این معنا نسبت به مالیت منافع و دیون هم محفوظ است؛ زیرا وقتی که تاجر (عامل مضاربه) با منافع و دیون به عنوان مضاربه، معامله می‌کند به جای آن دو، اعیان مالی می‌گیرد و تا مضاربه برقرار است مالیت منافع و دیون هم باقی می‌ماند. اما این که در باب خمس، عنوان ربح به آنچه که در قبال منافع است، صدق می‌کند، مستلزم آن نیست که در باب مضاربه، عنوان رأس المال بر آن صادق نباشد. اگر منظور از عدم قابلیت منافع برای بقا این باشد که با گذشت زمان از بین می‌روند و هرگاه عامل به دلیلی معامله را تأخیر بیندازد تا وقت آن بگذرد، دیگر منفعت بقایی نخواهد داشت، در جواب می‌گوییم که برخی از اعیان - مانند یخ و عطر - نیز این ویژگی را دارند. علاوه بر این که تأخیر در معامله با منافع، باعث از بین رفتن منافع می‌شود نه زوال مضاربه و گرنه، در صورت عدم تأخیر و انجام معامله مضاربه با منافع، مالیت آنها باقی می‌ماند. علاوه بر روایات گذشته، از برخی روایات دیگر نیز استفاده می‌شود که معامله با منافع در مضاربه اشکالی ندارد. در موثقه ابوبصیر آمده است:

قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يقول للرجل: ابتاع لك متاعاً و الربح بيني

و بينك، قال (ع): لا بأس؛^{۲۰}

از امام صادق (ع) در باره مردی پرسیدم که به دیگری می‌گوید: برای تو کالایی

می‌خرم و سود آن میان من و تو تقسیم می‌شود، آن حضرت در پاسخ فرمودند:

اشکالی ندارد.

۱۹. مبانی العروة الوثقی، ج ۳، ص ۱۹ و ۲۰.

۲۰. وسائل الشیعه، ج ۱۹، باب ۳ از ابواب مضاربه، ص ۲۰، ح ۱.

عبارت «أبتاع المتاع» مطلق است و بنابراین که بپذیریم عنوان بیع بر معامله با منافع صدق می‌کند، شامل خرید کالا با دیون و منافع نیز می‌شود. البته نسبت به دیون می‌توان اطلاق اخبار را با معتبره سکونی تقیید زد. سکونی از امام صادق (ع) چنین روایت می‌کند:

قال (ع): قال امیر المؤمنین (ع) فی رجل له علی رجل مال فیتقاضاه ولا یكون عنده، فیقول: هو عندك مضاربة، قال (ع): «لا یصلح حتی تقبضه منه»؛^{۲۱}
 امام صادق (ع) فرمود: حضرت علی (ع) در باره مردی که از دیگری طلب داشت و آن را از او تقاضا کرد و او چیزی نداشت، سپس طلبکار به او گفت: آن بدهی نزد تو به عنوان مضاربه باشد، فرمودند: «درست نیست تا آن که آن را از او قبض کنی».

این روایت فقط به دینی اختصاص دارد که بر عهده‌عامل باشد. بنابراین مضاربه با دیون دیگر اشکالی ندارد؛ مگر آن که گفته شود از عبارت «حتی تقبضه منه» در روایت سکونی، چنین استفاده می‌شود که معیار در ممنوع بودن مضاربه با دین، همان عدم قبض است و این معیار عام بوده و شامل دیونی که بر عهده دیگران است نیز می‌شود.

به هر حال اگر مسئله اجماعی نبود، ممکن بود بین دیون و منافع تفصیل داد ولی با وجود نقل اجماع بر عدم صحت مضاربه با دیون و منافع، نباید احتیاط را ترك کرد اگر چه می‌توان معامله با دیون و منافع را به عنوان معامله‌های دیگری مانند جعاله و یا مطلق «... تجارة عن تراض ...» تصحیح کرد، زیرا آیه شریفه «... إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ...»^{۲۲} مطلق است.

اشکال: در این جا نمی‌توان با تمسک به آیه شریفه مزبور و مانند آن، اعتبار و اشتراط چیزی را در عقد مضاربه، نفی کرد؛ زیرا:

در عقودی مانند بیع و اجاره - که هریک از طرفین، چیزی را که مالک آن است به

۲۱. همان، باب ۵ از ابواب مضاربه، ص ۲۳، ح ۱.

۲۲. نساء، آیه ۲۹.

دیگری تملیک می‌کند، - می‌توان به عموماً تجارت تمسک کرد، چنان‌که در اثبات صحت معاطات چنین کردیم. به خلاف عقودی مانند مضاربه و مزارعه و مساقات که طرفین در آن بالفعل چیزی را به دیگری تملیک نمی‌کنند و مالک فقط می‌خواهد بخشی از سودی را که هنوز پدید نیامده به عامل تملیک کند، مالک در این جا فعلاً فقط مالک اصل مال است و هنوز سودی وجود ندارد، پس چگونه می‌تواند آن را به دیگری تملیک کند؟

در چنین عقودی در صورت شک در اعتبار چیزی در عقد، مقتضای قاعده، بطلان عقد است و عمومی وجود ندارد که مقتضی صحت چنین عقدی باشد. بنابراین از آنجا که منافع تابع اصل مال است، تمام سود برای مالک است و این که بخشی از آن از ابتدا برای عامل باشد بر خلاف قاعده است. اما اعتقاد به انتقال سود در یک لحظه به ملک مالک و سپس انتقال آن به ملک عامل، اگر چه سخن معقول و ممکن است ولی بر خلاف قانون مضاربه و مزارعه و مساقات است. علاوه بر این که از قبیل تملیک چیزی است که فعلاً مالک آن نیست و سلطنتی بر آن ندارد و به همین دلیل اگر سهم عامل از سود مالی تعیین شود که با آن تجارت نکرده است، عقد مضاربه باطل است و کسی در بطلان آن اشکال نکرده است. پس صحت عقد در چنین مواردی که صاحب سرمایه بالفعل مالک چیزی نیست تا آن را به دیگری تملیک کند، احتیاج به دلیل خاص دارد و اگر دلیلی در میان نباشد، مقتضای قاعده، بطلان عقد است... و این موارد در صورت شک، مشمول ادله «... تجارة عن تراضٍ...» نیست. ۲۳

جواب اشکال: می‌توان گفت که مضاربه از نوع معاوضات است و تملیک در آن در

فرض حصول سود، فعلی است. آقای حکیم(ره) در مستمسک العروه می‌گوید:

از آن جا که مضاربه از نوع عقود معاوضی است؛ زیرا بخشی از سود در برابر کار عامل قرار می‌گیرد، بنابراین منظور از داخل شدن سود در ملک عامل این است

که سود در ابتدا - به مقتضای قانون معاوضه - به ملک مالک در می‌آید تا این که

کار عامل مضاربه به مال مالک در ظرف مالکیت مالک، مضمون باشد. ۲۴

بنابراین برای معاوضی بودن مضاربه همین مقدار کافی است که صاحب سرمایه در فرض تحقق سود، مالک آن شود و سپس آن سود به عامل منتقل شود. پس معاوضه تعلیقی هم نوعی از معاوضه است و عموم آیه شریفه «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ...» آن را شامل می‌شود و بر فرض هم که شرایط مضاربه محقق نباشد، باز از نظر عرفی، عنوان تجارت بر چنین عقدی صدق می‌کند.

مسئله سوم: از جمله شرایطی که فقها برای مضاربه مطرح کرده‌اند، این است که سرمایه باید از طلا و نقره مسكوك؛ یعنی درهم و دینار باشد که بتوان با آن معامله کرد. پس با پول سکه‌ای دیگر یا با کالا، مضاربه صحیح نیست و حتی در این مسئله ادعای عدم خلاف و اجماع منقول و محصل شده است.

بر این مطلب اشکال شده است که تنها، بر صحت مضاربه با درهم و دینار اجماع داریم اما در مورد این که مضاربه با غیر درهم و دینار صحیح نیست اجماعی نداریم. ۲۵

۲۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۲۴۳.

۲۵. در این جا برخی از عبارات فقهای متقدم را در این زمینه نقل می‌کنیم:

۱. شیخ طوسی (ره) در کتاب خلاف، ج ۳، ص ۴۵۹ می‌فرماید:

«مضاربه فقط با ثمن هایی که از درهم و دینار باشند صحیح است... دلیل ما این است که صحت مضاربه با آن چه که ما پذیرفتیم اجماعی است و بر صحت آن چه آنها - ابو حنیفه، مالک، شافعی و دیگران - گفته‌اند [یعنی صحت مضاربه با غیر درهم و دینار]، دلیلی نیست.»

نیز شیخ طوسی (ره) در کتاب نهایی، ص ۴۲۸ فرموده‌اند:

«هرگاه انسانی به دیگری لباس یا کالایی بدهد و به او دستور دهد که آن را بفروشد تا اگر سودی کرد میان آن دو باشد و اگر پول فروش، کمتر شد ضامن نباشد، سپس او [عامل] آن کالا را بفروشد و زیان کند، عامل، ضامن نیست، بلکه مستحق اجرة المثل است و اگر سود کند، صاحب کالا می‌تواند آن چه را که با او توافق کرده، به او بدهد و یا اجرة المثل را به او بپردازد.»

۲. محقق حلی (ره) در کتاب نکت النهایه، ج ۲، ص ۲۳۹ در شرح عبارت قبلی فرموده است:

«تفاوت این است که در این جا، لباس به عنوان رأس المال مضاربه قرار داده شده است، در حالی که

بنابراین وجهی ندارد از اطلاقاتی که فقط وجود «مال» را در مضاربه شرط می کنند دست برداریم؛ زیرا همان طور که عنوان مال بر درهم و دینار صدق می کند، بر غیر آن دو نیز صادق است و به همین خاطر بر بیع کالا یا ثمن هایی که درهم و دینار نیستند، عنوان مبادله

> مضاربه فقط با طلا و نقره صحیح است ...» .

۳. قاضی ابن برآج (ره) در کتاب جواهر الفقه، ص ۱۲۴، فرموده است:

«اگر انسان به بافنده، رشته ای نخ دهد و به او بگوید پارچه یا لنگی بیاف تا سود آن برای همه ما باشد، آیا این مضاربه درست است یا نه؟

جواب: این مضاربه درست نیست؛ زیرا مضاربه فقط با درهم و دینار و یا ترکیب این دو صحیح است؛ زیرا در آنچه که ما مضاربه صحیح دانستیم اختلافی نیست اما غیر آن، مورد اختلاف است. بنابراین در مسئله [مورد سؤال]، بافنده مستحق اجرة المثل برای کارش می باشد و آن پارچه، برای صاحب رشته نخ است، زیرا عین مالش می باشد» .

۴. ابن زهره در کتاب غنیه، ص ۲۶۶ فرموده است:

«از شرایط صحت مضاربه این است که رأس المال [اصل سرمایه] در آن، درهم و دینار معین باشد و به عامل تحویل داده شود، پس مضاربه با فلس [پول سیاه] و سکه ناخالص صحیح نیست؛ زیرا میان فقها اختلافی نیست که با حصول آن شرایطی که گفتیم، مضاربه صحیح است، اما اگر شرایط فراهم نباشد، صحت مضاربه دلیلی ندارد» .

۵. ابن حمزه (ره) در کتاب الوسیله، ص ۲۶۴ فرموده است:

«مضاربه صحیح آن است که سه شرط در آن موجود باشد: ۱- عقد بر پول هایی از جنس درهم و دینار خالص، ۲- مدت دار نبودن، مگر از جهت زمان خرید، ۳- معین کردن مقدار مال» .

۶. قاضی ابن برآج (ره) در کتاب المهذب، ج ۱، ص ۴۶۰ فرموده است:

«اگر انسان به بافنده، رشته ای نخ دهد و به او دستور دهد که پارچه ای بیافد تا سود آن، میان آن دو تقسیم شود، این مضاربه باطل است؛ زیرا مضاربه در صورتی صحیح است که عامل بتواند در رقبه مال تصرف و با آن تجارت کند، پس وقتی اصل سرمایه در مضاربه، رشته نخ باشد این، عین مال است و در این صورت آن مال [پارچه بافته شده] برای صاحب سرمایه است و عامل [بافنده] مستحق اجرة المثل است» .

۷. ابن سعید حلی (ره) در کتاب الجامع للشرائع، ص ۳۱۴ فرموده است:

«مضاربه عقدی است که برای هر دو طرف جایز است و فقط با ثمن های خالص، به شرطی که سهم مشاع و معلومی از سود، در عقد ذکر شود صحیح است» .

پژوهشی در اقسام بانک و احکام آن

مال با مال، صدق می کند، با این که یک یا هر دو طرف معاوضه، کالا یا ثمن های دیگر هستند.

در کتاب مبانی العروة الوثقی^{۲۶} ادعا شده است که عنوان «مال» - در روایت اسحاق بن عمار که گذشت - در کلام کسی که از امام (ع) راجع به مال مضاربه می پرسد و یا قول آن حضرت که می فرمایند: «من أتجر مالاً ...» مخصوص به ثمن است که مالیت خالص است و سود و زیان با آن سنجیده می شود.

این ادعا صحیح نیست؛ زیرا عنوان مال بر کالاها نیز صدق می کند و سود و زیان را با آنها - البته به اعتبار ثمن آنها - نیز می توان سنجید، چنین کاری میان تجار معمول است. علاوه بر این، گاهی بر کم و زیاد شدن برخی کالاها نیز عنوان سود و زیان صدق می کند. درست است که معمولاً سود و زیان کالاها را با ثمن آنها می سنجند که ارزش مالی محض است، ولی این غلبه باعث انصراف نمی شود.

ممکن است اشکال شود که در این جا نمی توان به اطلاقات مضاربه تمسک کرد؛ زیرا در مقام بیان این جهت نیستند، پس باید به مورد یقینی اکتفا کرد و آن جایی است که سرمایه در مضاربه، درهم و دینار باشد.^{۲۷} در جواب می گوئیم که روایات در مقام بیان احکام مضاربه برای موضوع خود؛ یعنی مال مضاربه می باشد و عدم تفصیل مال مضاربه در سؤال و یا عدم تقييد موضوع مضاربه به درهم و دینار، برای عدم اعتبار جز عنوان «مال مضاربه» کافی است.

این ادعا که مورد سؤال یا موضوع حکم در روایات، به نقدین که در آن زمان متعارف بودند، اختصاص دارد^{۲۸}، نیز صحیح نیست؛ زیرا موضوع قضایا در این روایات به صورت قضیه حقیقیه است نه قضیه خارجی، زیرا این احکام به عصر خاصی اختصاص ندارد، پس وجهی برای این تخصیص نیست. بنابراین هر جا که عنوان مال صادق بود،

۲۶. مبانی العروة الوثقی، ج ۳، ص ۲۱.

۲۷. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۲۴۲.

۲۸. همان، ص ۲۴۳.

خواه درهم و دینار باشد، خواه پولهای دیگر یا کالا یا حقوق باشد، مضاربه با آن صحیح است. صرف این که اوراق نقدی (درهم و دینار)، در این زمان کاربرد ندارد، به مسئله ضرری نمی زند؛ زیرا موضوع آن به صورت قضیه حقیقه فرض شده است.

بنابراین اگر مالک کالا به کارگزار (عامل مضاربه) بگوید این کالا را بفروش و با پول آن مضاربه کن، صحیح است. سیدکاظم یزدی (ره) معتقد است چنین مضاربه ای صحیح نیست. ایشان می گوید:

اگر مالک به عامل بگوید: این کالا را بفروش و پولش را به عنوان مضاربه بگیر، صحیح نیست، مگر آن که او را وکیل کند تا بعد از آن که پول کالا نقد شد، عقد مضاربه را بر آن تجدید کند. ۲۹

دلیل ایشان - با وجود اعتراف به این که عموماً مضاربه شامل فرض مذکور می شود - چیزی نیست جز آن چه که ایشان در بحث مضاربه با غیر درهم و دینار قایل شده اند که بعید نیست عدم جواز آن اجماعی باشد، پس نباید ترك احتیاط کرد.

بیان شد که اجماع، فقط در مقام تعیین مقدار یقینی از صحت مضاربه است نه نفی صحت مضاربه با غیر درهم و دینار و بر فرض که چنین اجماعی وجود داشته باشد، احتمال دارد که این اجماع مدرکی باشد، پس استدلال به آن درست نیست؛ اگر چه مراعات آن موافق احتیاط است.

حضرت استاد امام خمینی (ره) در این باره می گویند:

اجماعی در مسئله ثابت نشده است؛ زیرا بسیاری از قدما اصلاً متعرض این مسئله نشده اند و از کتاب های خلاف و غنیه چنین بر می آید که مسئله اجماعی نیست، زیرا آن دو به اجماع استدلال نکرده، بلکه گفته اند: دلیلی بر صحت مضاربه با غیر درهم و دینار وجود ندارد و فقط در صحت مضاربه با درهم و دینار ادعای اجماع کرده اند. ظاهر سخن علامه حلی نیز - بعد از آن که قول به بطلان را به علمای ما نسبت دادند - این است که دلیل بطلان همانا بر خلاف قاعده بودن

این مضاربه است، پس باید به مقدار یقینی؛ یعنی مضاربه با درهم و دینار اکتفا کرد. فقط صاحب جامع المقاصد و برخی دیگر به پیروی از او ادعای اجماع کرده‌اند، ولی حجیت اجماع در چنین مسئله‌ای که بزرگان، صحت آن را بر خلاف قاعده دانسته‌اند، ممنوع است و یا حداقل اشکال دارد. بر فرض که چنین اجماعی وجود داشته باشد مقدار یقینی آن، همانا عدم صحت مضاربه با غیر پول؛ یعنی مضاربه با کالا است اما در پولهای امروزی - که از طلا و نقره نیستند - اجماع بر بطلان مضاربه ثابت نیست. بنابراین صحت مضاربه در چنین مواردی خالی از قوت نیست؛ زیرا عمومات تجارت آن را شامل می‌شود و این معامله عقلایی بوده و غرری نیست؛ بلکه بطلان در چنین جایی ثابت نیست، علاوه بر این که بعید نیست برخی از ادله مضاربه اطلاق داشته باشند.^{۳۰}

از آنچه گفته شد چنین به دست می‌آید که مقتضای عمومات و اطلاقات ادله مضاربه، جواز مضاربه با کالاها نیز می‌باشد. همچنین ضعف قول کسانی که برای عدم جواز، به عدم دلیل برای صحت، استدلال کرده‌اند آشکار می‌شود؛ زیرا اجماع بر عدم صحت مضاربه با غیر درهم و یا پول دلالتی ندارد و فقط دلالت می‌کند که مضاربه با درهم و دینار و پول از این باب که مقدار یقینی از صحت مضاربه می‌باشند، صحیح است.

بنابراین مقتضای اطلاقات این است که مضاربه با کالاها صحیح است و به طریق اولی مضاربه با پول‌های دیگر نیز صحیح می‌باشد؛ اگر چه احتیاط در این است که با غیر درهم و دینار مضاربه نشود و عقد با آنها به صورت جماله محقق گردد.

مسئله چهارم: نظر مشهور این است که مضاربه، عقدی جایز برای هر دو طرف است، همچنان که در بسیاری از کتابها مانند نهاییه، غنیه و وسیله آمده است. از خلاف و مبسوط و سرایر نیز نقل شده است که هر یک از دو طرف عقد می‌تواند آن را فسخ کند. در کتاب مفتاح الکرامه در این مسئله قول به عدم خلاف به مسالک و کفایه نسبت داده شده است. از کتاب بدایة المجتهد چنین بر می‌آید که این مطلب از مسائلی است که اصل آن،

۳۰. تعلیقه عروة الوثقی، ج ۵، ص ۱۴۷.

مورد اتفاق همه علما می باشد. پس اگر چه مضاربه - به نظر ما - از عهدها و معاوضه ها می باشد و مقتضای عموم «أوفوا بالعقود» لازم بودن آن است، اما به سبب وجود اجماع، از این عموم دست بر می داریم و به جایز بودن عقد مضاربه حکم می کنیم.

مقتضای اطلاق کلمات فقها این است که در هر زمانی می توان مضاربه را فسخ کرد چه قبل از شروع کار یا بعد از آن، قبل از به دست آوردن سود و یا بعد از آن و یا قبل از نقد کردن مال و یا بعد از آن و اگر زمان خاصی در مضاربه شرط شود، به معنای تعیین زمان پایان مضاربه است نه آن که مفاد آن، به معنای شرط عدم فسخ قبل از آن زمان باشد، بلکه بی هیچ اشکالی می توان قبل از آن زمان نیز، عقد مضاربه را فسخ کرد. در این صورت برخی می گویند: اگر شرط شود که قبل از رسیدن آن زمان، مضاربه فسخ نشود، چنین شرطی صحیح نیست؛ زیرا با دلیل جواز عقد مضاربه، مخالفت دارد. این نظریه اشکال دارد؛ زیرا شرط عدم فسخ با جواز عقد مضاربه منافاتی ندارد همان گونه که شرط اسقاط اختیار نیز با خیار بودن عقد بیع منافاتی ندارد، علاوه بر این که دلیل جواز عقد مضاربه همان اجماعی است که ذکر شد و این اجماع مربوط به صورت شرط عدم فسخ نیست و حداقل نسبت به شمول آن شک داریم؛ بنابراین این فقط باید مقدار یقینی آن را گرفت و آن فرضی است که چنین شرطی نشده باشد؛ اما اگر شرط عدم فسخ شود، مانعی برای نفوذ این شرط وجود ندارد و عموم «المؤمنون عند شروطهم» آن را شامل می شود.

اشکال: از آن جایی که شرط عدم فسخ در عقد مضاربه از نوع شرط در عقد جایز است، پس خود شرط هم متزلزل است و هیچ لزومی ندارد.

پاسخ: لزوم چنین شرطی از ناحیه مضاربه جایز به دست نمی آید تا اشکال شود که لزوم شرط با جواز عقد سازگار نیست؛ بلکه لزوم شرط عدم فسخ، از ناحیه عموم «المؤمنون عند شروطهم» پدید آمده است و عقد مضاربه در این قضیه - مگر در تحقق موضوع شرط - هیچ دخالتی ندارد؛ زیرا مفهوم شرط، التزام در ضمن التزام دیگر است، پس باید یک التزامی باشد تا شرط، در ضمن آن پدید آید و اگر چه خود مضاربه محکوم به جواز است، ولی این التزام را محقق می کند.

علاوه بر این، با توجه به سخنان فقها در موارد مشابه مضاربه که آنها نیز عقد جایز هستند، در می یابیم که این اشکال صحیح نیست؛ زیرا آنان شرط عدم فسخ و یا مانند آن را در عقودی مانند شرکت و یا عاریه - که عقد جایزند - شرط صحیح و در برخی موارد، شرط لازم می دانند.

چه بسا ممکن است اشکال شود که لازمه التزام به شرط، بی آن که به عقد التزامی وجود داشته باشد، این است که حتی در صورت فسخ عقد، باز التزام به شرط لازم باشد در حالی که کسی این مطلب را نمی پذیرد. پاسخ اشکال مزبور این است که دلیل لزوم شرط، به شروطی اختصاص دارد که در ضمن عقد باشند و هر گاه که عقد فسخ شود، شرطی که موضوع لزوم و فایده آن نیز از بین می رود.^{۳۱}

بنابر آنچه گفته شد، اگر مدت خاصی برای مضاربه شرط شود - به این معنا که عقد مضاربه تا آن زمان فسخ نشود و یا آن که به شرط عدم فسخ تا آن زمان، تصریح شود - چنین شرطی صحیح است و فسخ مضاربه قبل از آن جایز نیست؛ زیرا وفا به شرط واجب است و این شرط نه تنها با دلیل جواز مضاربه منافاتی ندارد، بلکه با مقتضای عقد مضاربه نیز منافاتی ندارد؛ زیرا از نظر عرف، مضاربه نوعی معاوضه است و اصل در معاوضات، لزوم است و تنها به خاطر اجماع در مورد مضاربه به جواز مضاربه حکم شد، ولی مورد این اجماع جایی است که شرط مدت یا شرط عدم فسخ نشود.

محقق خوانساری (ره) در جامع المدارك می گوید:

اگر در مضاربه، مدت شرط شود، لازم نمی شود... ممکن است گفته شود که این عقد با شرط مدت صحیح و لازم است؛ زیرا از آن جا که این شرط با مقتضای عقد منافاتی ندارد و مخالفت آن با کتاب و سنت هم معلوم نیست، پس محکوم به صحت است. عدم منافات شرط با مقتضای عقد روشن است؛ بلکه اگر اجماع نبود، مقتضای قاعده، لزوم مضاربه است. حکم به صحت شرط مدت نیز، علاوه بر عدم احراز مخالفت آن با کتاب و سنت، با همان تقریبی

۳۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۲۶۸.

است که در امثال این مسئله مطرح می شود؛ بدین گونه که آن چه در تحت عموم «المؤمنون عند شروطهم» باقی می ماند شرط غیر مخالف نیست، تا اشکال شود که قابل استصحاب نیست، بلکه آن چه که تحت عام باقی می ماند ترکیبی از شرط و عدم مخالفت است و این قابل اثبات با اصل است، همچنان که کسی که در زیادی رکوع شک دارد، اصل عدم رکوع زیادی در مورد او جاری می شود، در حالی که اگر در نماز، رکوع مقید به قید «وحدت شرط» بود، لازمه اش بطلان نماز بود؛ زیرا اصل عدم رکوع زاید نمی تواند رکوع مقید به قید «وحدت» را اثبات کند، مگر آن که گفته شود: دلیل استصحاب از چنین موردی انصراف دارد و آن را شامل نمی شود.

همچنین این اشکال وارد نیست که شرط تابع عقد است و با لازم نبودن عقد چگونه ممکن است شرط لزوم داشته باشد؟ زیرا نظریه معروف بین فقها این است که شرط اگر در ضمن عقدی نباشد، در حدّ وعده است و عمل به آن واجب نیست. گرچه بعضی از بزرگان وفای به وعده را نیز واجب دانسته اند. بلکه صدق شرط بر آن را نیز می توان انکار کرد.

اما اگر شرط در ضمن عقدی باشد. خواه آن عقد لازم باشد، خواه جایز. مشمول عموم «المؤمنون عند شروطهم» می باشد و وفای به آن لازم است، البته این وجوب وفا تا زمانی ادامه دارد که شرط، باقی باشد ولی در صورتی که عقد، منفسخ شود و از بین برود، شرطی وجود ندارد تا وفای به آن واجب باشد. ۳۲

اما اگر مفاد شرط مذکور در ضمن عقد مضاربه، لزوم عقد باشد، محقق خوانساری (ره) می گوید:

با صحت شرط، عقد لازم می شود و بالزوم عقد، مجالی برای بحث ارتفاع شرط نیست. ۳۳

۳۲. جامع المدارك، ج ۳، ص ۴۰۷ و ۴۰۸.

۳۳. همان، ص ۴۰۸.

ظاهر جمله فوق این است که صحت چنین شرطی، یقینی نیست. به هر حال علت عدم صحت شرط مذکور؛ یعنی شرط لزوم مضاربه این است که شرط لزوم - به این صورت که صاحب مال بگوید: با تو عقد مضاربه می بندم برای مدت یک سال به شرطی که حق جلوگیری از معاملات تو را نداشته باشم و یا حق فسخ نداشته باشم و یا به شرطی که عقد لازم باشد - با مقتضای عقد مضاربه منافات دارد و با وجود این منافات نمی تواند صحیح باشد.

شاید بتوان گفت که جواز و لزوم، از احکام عقود می باشند؛ پس همان طور که شرط خیار در عقود لازم ممکن است، شرط لزوم در عقود غیر لازم نیز ممکن است. از طرف دیگر، مخالفت چنین شرطی با عقد مضاربه احراز نشد؛ زیرا - همان گونه که گفته شد - مقتضای قاعده این است که مضاربه لازم باشد و فقط به سبب اجماع از آن دست برداشتیم و معلوم نیست که این اجماع فرض شرط لزوم را هم شامل شود. همچنین احراز نشد که شرط مذکور، با دلیل لزوم و یا جواز منافاتی داشته باشد؛ زیرا احتمال دارد که حکم به جواز یا لزوم مضاربه، ناظر به حالت وجود شرط نباشد، به ویژه که گفته شد، دلیل جواز مضاربه، دلیل لیبی؛ یعنی اجماع است و فقط باید به مقدار یقینی آن که صورت عدم شرط لزوم است اکتفا کرد.

صاحب جواهر (ره) نیز در ضمن مناقشه هایی در مسئله به این مطلب اشاره می کند و می گوید:

شکی نیست که شرط لزوم با عقد مضاربه منافاتی ندارد؛ زیرا مانند شرط جواز در عقد لازم است که اشکالی ندارد. به همین جهت می توان در یک عقد جایز، با عقد لازم دیگری، شرط لزوم کرد، اگر این شرط با مقتضای عقد منافات داشت شرط آن صحیح نیست؛ زیرا مانند شرط عدم حصول ملکیت در عقد بیع است که صحیح نیست. نظیر این شرط در بحث مضاربه، همانا شرط عدم ملکیت عامل نسبت به سهمش از سود است؛ نه شرط لزوم مضاربه. ۳۴

مطلبی که باید به آن توجه کرد این است که منظور از شرط لزوم، همانا شرط حکم وضعی لزوم است، نه حکم تکلیفی؛ زیرا موضوع حکم تکلیفی باید فعل - مانند فسخ نکردن - باشد، نه لزوم عقد. از آنچه که گفته شد اشکال این سخن محقق خویی (ره) آشکار می شود که گفته است:

اگر مفاد شرط، فسخ نکردن خارجی عقد باشد، سخن سیدکاظم یزدی (ره) صحیح است؛ زیرا چنین کاری از نظر شرعی جایز است، پس عمل به شرط به دلیل «المؤمنون عند شروطهم»، واجب است، ولی این وجوب فقط وجوب تکلیفی محض خواهد بود، به همین سبب اگر عصیان نماید و عقد را فسخ کند، فسخ او مؤثر است، اگر چه در این صورت، شرط کننده نیز خیار تخلف شرط دارد. اما اگر مدلول شرط، لزوم مضاربه و عدم توانایی او بر فسخ باشد، از آنجا که این شرط مخالف سنت است باطل است؛ زیرا عقد مضاربه عقدی جایز است و با شرط، به عقد لازم تبدیل نمی شود و این حکم شرعی (غیر لازم بودن) با شرط، تغییر نمی کند؛ بنابراین شرط لزوم، باطل است. حال، آیا فساد شرط به عقد سربایت می کند و باعث بطلان آن می شود؟ فقها در این مسئله اختلاف دارند. به عقیده ما نظریه دوم صحیح است، پس عقد صحیح و شرط باطل است. ۳۵

اشکال این سخن محقق خویی (ره) آن است که - همچنان که پیش تر گفته شد - مقدار یقینی از جواز مضاربه و حق فسخ آن - که سنت آن را اقتضا می کند - جایی است که شرط لزوم در میان نباشد و همان گونه که لزوم عقد - که سنت در مواردی مانند عقد بیع، آن را اقتضا می کند - با شرط خیار در آن منافاتی ندارد، در این جا نیز چنین است به ویژه آن که مقتضای قاعده در عقد مضاربه، حکم به لزوم آن است و فقط به سبب وجود اجماع، حکم به جواز آن شده است. از آن جا که اجماع، دلیل لَبّی است، مقدار یقینی آن جایی است که شرط لزوم نشود و در صورت شرط لزوم، مقتضای قاعده، لزوم مضاربه است. فقط در صورتی می توان گفت: شرط لزوم مضاربه، مخالف با سنت است که اثبات شود اجماع بر

جواز مضاربه نسبت به مورد شرط لزوم، اطلاق دارد و آن را نیز شامل می‌شود؛ در حالی که چنین چیزی ثابت نشده و دلیلی ندارد. البته از مفتاح الکرامه این طور فهمیده می‌شود که مشهور فقها در جایی که لزوم مضاربه تا وقت خاصی یا به صورت مطلق شرط شود، مضاربه را باطل می‌دانند:

در کتابهایی چون مبسوط، جامع للشرائع، شرایع، تذکره، ایضاح الفوائد، جامع المقاصد و مسالک، به بطلان عقد مضاربه [در صورت شرط لزوم] تصریح شده است. در کتاب روضه آمده است که این نظریه مشهور است در تحریر و لمعه آمده است که شرط لزوم، صحیح نیست و شاید منظورشان این باشد که در این جا وفا به شرط لازم نیست. در نتیجه شرط لزوم، فاسد ولی عقد مضاربه صحیح می‌باشد. عبارت کتاب لمعه تقریباً صریح در این است. علامه و شهید اول در برخی از کتب دیگر خود موافق نظریه بقیه فقها هستند ... و اگر بطلان شرط لزوم در مضاربه، مورد اتفاق فقها نبود، ممکن بود گفته شود که شرط لزوم، صحیح است؛ زیرا منافات آن با مقتضای عقد را نمی‌پذیریم.^{۳۶}

البته روشن است که ادعای شهرت در بین قداما بر بطلان عقد یا بطلان شرط، با وجود این که اکثر عبارات‌های آنها از این مطلب خالی است، باعث نمی‌گردد که از صحت عقد مضاربه و یا شرط لزوم آن، دست برداریم؛ اگر چه در این مسئله نباید احتیاط ترك شود.

مسئله پنجم: مشهور فقها معتقدند، همین که سودی در معامله پیدا شد، عامل مضاربه بی آن که ملکیت او بر نقد کردن مال یا تقسیم آن توقف داشته باشد مالک سهمش از سود می‌شود و نقد کردن مال و تقسیم آن نه ناقل سود است و نه کاشف آن.

برای این مطلب به چندین دلیل استدلال شده است؛ از جمله این که مقتضای شرط مشارکت مالک و عامل در سود این است که هر سودی، ملک آن دو نفر باشد. شاهد این مدعا آن است که افزایش بهای کالاهایی که برای فروش است، از نظر عقلایی نوعی سود شمرده می‌شود، حتی اگر آن کالا فروخته نشود. به همین دلیل گروهی از فقها معتقدند که

۳۶. مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۴۲۵ و ۴۲۶.

باید خمس آن، حتی قبل از نقد کردن کالا داده شود. ۳۷

در کتاب جواهر بر این نظریه اشکال شده است که:

سود واقعی چیزی است که از عین اصلی - که سرمایه اولیه است - بیشتر باشد و قیمت کالا چیز غیر واقعی است که نه در ذمه وجود دارد و نه در خارج، و فقط یک فرض ذهنی است که فرق آن با بدهی (دین) این است که بدهی اگر چه یک چیز کلی است، ولی از نظر عرف و شرع، مال است، به خلاف قیمت. صرف این که مال، منحصر به پول نیست و کالا را نیز شامل می شود، باعث تحقق سود نمی شود؛ زیرا گفته شد که سود، چیزی زاید بر اصل عین سرمایه اولیه است. پس عین مال باید در خارج وجود داشته باشد و وجود چیزی که ارزش آن به اندازه سرمایه اولیه است، کفایت نمی کند؛ زیرا آن چیز عین راس المال نمی شود. البته چون که اصل اولیه، سالم ماندن کالا و از بین نرفتن آن است و نیز امکان دارد که در وقت دیگری با نقد کردن کالا، سود را از حالت قوه به فعلیت رساند، با مسامحه به آن سود گفته می شود؛ زیرا به فعلیت سود نزدیک است ... البته می توان گفت عامل می تواند با آشکار شدن سود، مالک آن شود؛ به این معنا که می تواند آن را نقد کند، آن گاه سود محقق شود و در پی آن، عامل، مالک سهمش از سود می گردد و از او ازش برده می شود و کسی که آن را از بین برد ضامن آن است و احکام دیگری مانند آن. ۳۸

لازمه نظریه صاحب جواهر (ره) که گفته است صدق سود در این جا، مسامحه ای است، این است که با افزایش قیمت کالا، دلیلی برای وجوب خمس، قبل از فروش آن وجود ندارد؛ زیرا فایده - که معیار وجوب خمس است - و نیز عنوان تکسب (درآمد) قبل از نقد کردن آن صدق نمی کند. به همین جهت در کتاب جامع المدارك گفته شده است:

وقتی که در باب خمس، به صرف افزایش قیمت، عنوان فایده صدق نکند،

۳۷. محقق یزدی (ره) تفصیل این مطلب را در مسئله ۱۷۴ از کتاب مضاربه بیان فرمودند.

۳۸. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۳۷۵.

چگونه در باب مضاربه، می تواند پذیرفت که عنوان ربح (سود)، صدق می کند و عامل مضاربه در عین، شریک می شود؟ اگر در این جا عامل مضاربه شریک شود، لازمه اش این است که در باب خمس نیز مستحق خمس، در عین شریک شود. اگر در باب خمس شرکت را بپذیریم یا ننگوییم که مستحق خمس به صورت کلی در عین معین، مالک سهمش می شود و اگر افزایش قیمت کالا باعث صدق فایده شود، دیگر نباید در باب خمس بین آن که کالایی به منظور تجارت خریده شود و بهای آن افزایش یابد و بین آن جا که کالایی به قصد نگهداری خریده شود، سپس افزایش بها پیدا کند، تفاوتی وجود داشته باشد؛ زیرا در هر دو صورت، عنوان فایده (سود) صدق می کند... پس همان گونه که در باب خمس قبل از نقد کردن می توان صدق عنوان سود را منع کرد، در باب مضاربه نیز می توان گفت که عنوان سود، صدق نمی کند.^{۳۹}

در کتاب مستمسک العروه آمده که فی الجمله به مقتضای عرف و لغت قبل از نقد کردن کالا، عنوان ربح صدق نمی کند، از این رو ایشان می فرمایند:

نظریه معروف بین فقها این است که با افزایش قیمت کالا خمس واجب نمی شود.^{۴۰}

با همه آن چه گذشت، باز می توان گفت: افزایش قیمت کالاهای تجاری، نزد عقلا، ربح شمرده می شود، البته ربح به معنای زیاد شدن ارزش مالی نه به آن معنایی که در کتاب جواهر آمده است. مقتضای صدق عنوان ربح این است که عامل، در این سود شریک باشد، اگر چه در خود عین شریک نیست و فقط در مالیت آن شریک می باشد. شاید بازگشت کلام آقای حکیم در مستمسک العروه الوثقی به همین نکته باشد، آنجا که می نویسد:

منظور از سود، در باب مضاربه که مالک و عامل در آن شریکند، بخشی از عین است که برابر ارزش مالی اضافه شده به سرمایه اولیه می باشد، نه سود به معنای

۳۹. جامع المدارك، ج ۳، ص ۴۱۴.

۴۰. مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۲، ص ۳۳۷.

لغوی و عرفی که در جواهر آمده و بر آن اشکال کرده است ... شاهد مدعای ما این است که هنگام آشکار شدن سود [افزایش قیمت] مالک نمی تواند مضاربه را فسخ کند و کالا را از دست عامل بگیرد و او را با این بهانه که سودی حاصل نشده است کنار بگذارد، بلکه عامل در این مورد در مالیت عین - به مقدار سهمش از سود - شریک می شود و به گمانم این مسئله روشن باشد. ^{۴۱}

توضیح مطلب آن که صفات ذاتی اشیا باعث رغبت مردم به آنها می گردد، اگر چیزی آن چنان فراوان باشد که هرکسی به آن دسترسی داشته باشد، دیگر برای رسیدن به آن احتیاج به پرداخت مالی در مقابل آن نیست. اما اگر چیزی کم باشد یا تمایل و تقاضای مردم نسبت به آن به اندازه ای زیاد باشد که هرکسی نتواند به آن دسترسی داشته باشد، نزد عقلا برای آن مالیت اعتبار می شود؛ به این معنا که در برابر آن، مالی پرداخت می گردد. این مالیت، اعتباری است و از امور ذاتی اشیا و از تمایل مردم پدید می آید و مقدار آن به میزان میل و رغبت مردم بستگی دارد، این مالیت فعلی است نه بالقوه.

بنابراین با افزایش قیمت کالا، سود به معنای زیاد شدن مالیت اصل سرمایه، بالفعل حاصل است، اگر چه سود به معنای لغوی و عرفی آن؛ یعنی زیاد شدن عین سرمایه اولیه، فعلاً وجود ندارد و فقط بعد از نقد کردن کالا حاصل می شود. بر این اساس اگر منظور مشهور از شریک شدن عامل، شریک شدن او در مالیت عین باشد نه در خود عین، این سخن صحیح است و برای آن می توان علاوه بر اطلاق «الربح بینهما»، به صحیحه ابن ابی عمیر استدلال کرد. در این حدیث آمده است:

قال: قلت لابی عبدالله(ع): رجل دفع إلى رجل ألف درهم للمضاربة فاشترى اباه و هو لا يعلم، فقال(ع): يقوم فإن زاد درهماً واحداً انعتق و استسعى في مال الرجل؛ ^{۴۲}

به امام صادق(ع) گفتم: مردی به دیگری هزار درهم پول برای مضاربه داد و او

۴۱. همان، ص ۳۳۹.

۴۲. وسائل الشیعه، ج ۱۹، باب ۸ از ابواب مضاربه، ص ۲۶، ح ۱.

پدرش را با آن خرید، درحالی که نمی دانست او پدرش است. امام صادق(ع) فرمود: پدرش قیمت گذاری می شود حتی اگر یک درهم بیش از هزار درهم بود، او آزاد می شود و باید کار کند و پول مرد را بپردازد.

در این حدیث قبل از آن که مال نقد شود - به صرف ارزش گذاری - به آزادی عبد حکم شده است در حالی که آزادی عبد، بدون ملکیت آن ممکن نیست، پس، از این حدیث فهمیده می شود که با افزایش ارزش مالی کالا - حتی قبل از نقد کردن آن - عامل مضاربه، شریک در مالیت عین می شود و همین مقدار ملکیت، برای آزاد شدن عبد کافی است و برای شرکت در سود، احتیاجی به نقد کردن کالا نیست.

مؤید مطالب گذشته این است که فقها در اتلاف اموال قیمی که در آن ها دادن عین یا مثل شیء تلف شده ممکن نیست، به ضمان قیمت آنها حکم کرده اند. این حکم شاهد آن است که قیمت، چیز وهمی نیست و گرنه، وجهی برای حکم به ضمان آن وجود نداشت؛ بلکه لازم بود حکم شود که ذمه تلف کننده تا زمانی که توانایی دادن خود عین را به دست آورد، به خود عین، مشغول است.

نکته دیگری که سخن آقای حکیم را تأیید می کند، این است که فقها هنگام آشکار شدن سود و افزایش ارزش کالا، حکم کرده اند که مالک نمی تواند مضاربه را فسخ و عامل را به این بهانه که هنوز سودی به دست نیامده است، طرد کند. بلکه گفته اند: عامل در مالیت عین به اندازه سهمش شریک است مانند شرکت زن در مالیت اعیان غیر منقول بعد از مرگ همسرش. البته لازمه آن چه که گفته شد این است که با افزایش قیمت کالا و زیاد شدن ارزش مالی آن، اگر چه هنوز آن کالا فروخته نشده و بر عین سرمایه اولیه چیزی زیاد نگردیده، خمس واجب شود. به همین دلیل عرف، فقیری را که ارزش مالش افزایش یابد غنی می داند، بی آن که منتظر نقد شدن آن مال، باقی بماند. این از مسائلی است که بنای عقلا در هر عصر و زمانی بر آن استوار است و در منظر شارع نیز بوده است، پس عدم رد آن از طرف شارع، تقریر و تثبیت آن می باشد.

طبق آن چه گذشت می توان گفت اگر خلاف اجماع نباشد: هر گاه غاصبی عینی را

غصب کند و در حال غصب ارزش آن بالا رود و سپس از ارزشش کاسته شود، غاصب باید همراه ردّ عین، آن زیادی ارزش مالی را نیز پردازد؛ زیرا مشمول این سخن است که: «من اتلف مال الغیر فهو ضامن»؛ هر کسی که مال دیگری را تلف کند ضامن آن است و بازگرداندن خود عین، کفایت نمی کند.

ظاهر کلمات فقها این است که غاصب، ضامن این ارزش اضافی نیست و چه بسا در استدلال برای این مطلب گفته می شود که مال، خود عین است و شامل افزایش بهانمی گردد. این استدلال صحیح نیست؛ زیرا در بحث مال التجاره عنوان مال، بر این افزایش ارزش صدق می کند و شاهد بر این مطلب تعلق خمس به آن است.

اگر ادعا شود کلمه «مال» در جمله «من اتلف مال الغیر فهو ضامن» عنوانی است که به ذات مال اشاره دارد، نه به مالیت آن، در پاسخ می گوئیم: حمل کلمه «مال» بر عنوان مشیر خلاف ظاهر است و بر فرض که اشاره به ذات مال داشته باشد، می توان گفت که ذات مال خصوصیتی ندارد و تعدی از آن امکان دارد. در این مسئله باید تأمل شود و بحث تفصیلی آن مربوط به باب غصب است.

گفتیم که با پدیدار شدن سود، عامل مضاربه در مالیت سرمایه - نه در عین آن - شریک می شود و با این بیان، اشکالی که بر قول به شرکت عامل در عین سرمایه در صورت پدیدار شدن سود وارد بود، در این مورد - شرکت در مالیت - وارد نیست. آن اشکال عبارت بود از این که مقتضای شرکت در خود عین، سهم بودن عامل در سودهای بعدی، به اندازه سهمش از اصل سرمایه علاوه بر سهمش از سود به جهت مضاربه است در صورتی که فقها به آن ملتزم نیستند. همچنین لازمه شریک بودن عامل در عین سرمایه، در صورت ظهور سود، این است که خسارت وارد بر عین، به صورت اشتراکی بر مالک و عامل - به اندازه سهمشان - وارد شود؛ زیرا بنا بر این قول، عامل شریک در عین مال است در حالی که فقها به این مطلب ملتزم نیستند، پس شرکت عامل در عین سرمایه، در صورت ظهور سود، خلاف قاعده است.

علاوه بر این، مضاربه از معامله های عقلایی است که بین مردم رایج می باشد و از آن جا که عقلا برای عامل سهمی از سود آینده به نسبت سهمش از افزایش قیمت اصل سرمایه قرار

نداده‌اند و خسارت وارد بر عین میان عامل و مالک تقسیم نمی‌شود، بلکه فقط بر عهده مالک است، کشف می‌شود که عامل - بعد از افزایش قیمت - فقط شریک در مالیت است.

مقتضای شرکت عامل در افزایش قیمت، ملکیت او نسبت به سهمش از افزایش می‌باشد، ولی این ملکیت متزلزل است؛ زیرا سود به آن معنایی که گفته شد، ضامن اصل سرمایه است. مقتضای این سخن آن است که اگر بعدها خسارتی بر سرمایه وارد گردد و یا اصل سرمایه تلف شود، به وسیله این سود، آن خسارت جبران می‌گردد تا زمانی که ملکیت او استقرار یابد و ملکیت سود، فقط در صورت فروش و نقد کردن یا فسخ یا تقسیم، استقرار می‌یابد. شاید - همان گونه که در کتاب مبانی العروة الوثقی آمده است - علت عدم استقرار ملکیت سود - قبل از این کارها - این باشد که:

آنچه که برای عامل در عقد مضاربه تعیین می‌شود، سهمی از سود در هر معامله‌ای نیست، بلکه سهمی از سود مجموع معامله‌ها می‌باشد، بنابراین تا وقتی که با مال، تجارت می‌شود و معامله باقی است، همه خسارت بر سود قبلی وارد می‌گردد و با سودهای بعدی جبران می‌شود؛ زیرا سود مجموع تجارت به عنوان مجموع بر افزایش قیمت قبلی صدق نمی‌کند. به همین سبب برای این مطلب به دلیل خاصی احتیاج نیست؛ زیرا آن چه که گفته شد مقتضای ذات عقد مضاربه است. ۴۳

البته تزلزل ملکیت، با صحت تصرفات عامل در سهمش از سود - یعنی افزایش قیمت - هیچ منافاتی ندارد و سایر احکام ملک نیز بر آن مترتب می‌شود؛ زیرا در صحت چنین تصرفاتی استقرار ملکیت شرط نیست، بلکه عامل می‌تواند تقسیم سود را - اگر چه بر رضایت مالک توقف دارد - تقاضا بکند؛ بنابراین او می‌تواند با سهمش از افزایش قیمت، بیع و صلح و مانند آن را انجام دهد، و نیز ارث و خمس به آن تعلق می‌گیرد و به همین افزایش قیمت، استطاعت مالی برای حج حاصل می‌گردد و نیز حق طلبکاران در صورت افلاس او به آن افزایش قیمت تعلق می‌گیرد و در صورت مطالبه طلبکاران، باید آن را صرف پرداخت بدهی بکند.