

ارکان عقد مضاربه در حقوق اسلام و حقوق مدنی ایران

محمد عیسیٰ تفرشی ■

استادیار گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس □ □

جلیل فنواتی خلف آبادی ■

دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس □ □

تاریخ دریافت: ۷۶/۱۱/۵، تاریخ پذیرش: ۷۷/۲/۱۶

چکیده

در این مقاله ارکان عقد مضاربه یعنی سرمایه، کار عامل و سود در فقه امامیه، فقه عامه و حقوق مدنی ایران بررسی شده‌اند. نتایج حاصل عبارت است از:

- ۱- سرمایه باید وجه نقد باشد و مضاربه با کالا باطل است.
- ۲- از شرایط اساسی عقد مضاربه، معلوم و معین بودن سرمایه مضاربه است. البته جهلی که سرانجام منجر به علم شود مفسد عقد نیست.
- ۳- عامل باید با سرمایه‌ای که صاحب آن در اختیار وی می‌گذارد تجارت کند. برای شناسایی اعمال تجاری باید به قانون تجارت، مصوب ۱۳۱۱، رجوع کرد و مفاد ماده ۲ آن را در نظر داشت. عامل، چون در حکم امین محسوب می‌شود، باید به طور متعارف عمل کند و الا ضامن خواهد بود.
- ۴- سود باید به نحو مشاع مشخص شود و در غیر این صورت، شرط و عقد باطل است.

کلید واژگان: مضاربه؛ فقه عامه؛ حقوق مدنی؛ قانون تجارت؛ مشاع

۱- مقدمه

عقد مضاربه یکی از عقود معین است که در قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه در ردیف عقود خاص و با نام، مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است. پیش از پیروزی انقلاب اسلامی به دلیل دور



بودن حکومت از فقه اسلامی، عقد مضاربه مانند دیگر عقود شرعی در حیات اقتصادی و تجاری جامعه، در سطح کلان، نقش چندانی ایفا نمی‌کرد. بویژه با توجه به اینکه نظام بانکداری قبل از حکومت جمهوری اسلامی، نظامی متناسب با ویژگیهای نظام اقتصادی حاکم و بر مبنای نظام بانکداری ربوی بود و عقود اسلامی از جمله مضاربه اهمیت در خور توجهی نداشت. اما با تحول نظام سیاسی و در نتیجه تحول نظام اعتباری، اهداف نظام بانکی معین شد و استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل و رعایت ضوابط اسلامی به منظور تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت و رشد اقتصاد کشور، فعالیت برای تحقق اهداف و سیاستها و برنامه‌های اقتصادی دولت جمهوری اسلامی با به کار گرفتن ابزارهای پولی و اعتباری، ایجاد تسهیلات لازم به منظور گسترش تعاون عمومی و قرض الحسنه آن هم از طریق جذب و جلب وجوه آزاد و اندوخته‌ها و پس‌اندازها و سپرده‌ها و بسیج آنها برای تأمین شرایط و امکانات کار و سرمایه‌گذاری به قصد اجرای بند ۲ و ۹ اصل چهل و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عنوان اهداف نظام بانکی اعلام شد و بدین ترتیب، تخصیص منابع که در نظام بانکداری ربوی مبتنی بر اعطای وام و اعطای اعتبار بود دگرگون شد و در نظام جدید اعطای وام و اعطای اعتبار جای خود را به تسهیلات اعطایی بر پایه معاملات و عقود اسلامی داد و اینگونه شد که عقود اسلامی از جمله مضاربه نقش مؤثر و برجسته خود را در نظام اقتصادی کشور پیدا کرد. جایگاه قابل توجه این عقود در حیات اقتصادی و تجاری و نظام بانکداری و اهمیت آنها در نظام حقوقی حاکم اقتضا می‌کند که از چشم‌انداز فقه و حقوق، زوایای مختلف این عقود اسلامی و قانونی را تحلیل کنیم.

همان گونه که در ماده ۵۲۶ قانون مدنی مقرر شده است: «مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند...». در ماده ۲۶ آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)، مصوب سال ۱۳۶۲ هیأت وزیران، در تعریف مضاربه آمده است: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌گردد با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند». به نظر می‌رسد ذکر کلمه قرارداد در ماده ۲۶ آیین نامه یاد شده به جای کلمه عقد - مذکور در ماده ۵۲۶ ق.م. - تأثیر در خور توجهی ندارد.

از جمله شرایط درستی هر معامله، معین بودن موضوع آن است (ماده ۱۹۰ ق.م.). موضوع مضاربه سرمایه (وجه نقد) مالک و کار عامل است. سود نیز ممکن است به یک اعتبار، بخشی از موضوع مضاربه تلقی شود^۱. بنابراین، ارکان عقد مضاربه عبارت است از:

- الف. سرمایه‌ای که مالک در اختیار عامل قرار می‌دهد،
- ب. کاری که عامل برای اندازه سرمایه و تجارت با آن به عهده می‌گیرد،
- ج. سودی که در نتیجه تجارت با سرمایه به دست می‌آید.

۱. موضوع عقد امری است که متعلق قصد طرفین عقد قرار می‌گیرد. برخی حقوق‌دانان، از جمله دکتر ناصر کاتوزیان، علاوه بر سرمایه و کار، سود را نیز موضوع و رکن مضاربه می‌دانند (ر.ک: [۶] صص ۱۱۰ - ۱۱۱).

عقد مضاربه ویژگیهایی دارد، از جمله اینکه، عقدی است جایز که بر اثر آن، شرکتی بین مالک سرمایه و عامل ایجاد می‌شود که بر خلاف شرکتهای تجاری، شخصیت حقوقی ندارد. به علاوه، عقد مضاربه در نظام بانکداری، از جمله تسهیلات کوتاه مدت حداکثر یکساله است.

در این مقاله، فقط به بررسی و تحلیل دیدگاه فقه امامیه، فقه عامه و حقوق ایران دربارهٔ ارکان عقد مضاربه می‌پردازیم و تحلیل سایر موضوعات مربوط به عقد مضاربه را به مجال دیگری وامی‌گذاریم. بدین ترتیب، مطالب این مقاله ابتدا در چهار مبحث به شرح ذیل بررسی می‌شود و در خلال آنها نظر مختار بیان می‌گردد و سپس در مبحث پنجم، نتیجه‌گیری مباحث مذکور ارائه می‌شود:

الف. سرمایه مضاربه

۱- نقد بودن سرمایه

۲- معین و معلوم بودن سرمایه

ب. کار عامل

ج. سود

د. شرط سود به نفع ثالث

هـ. نتیجه‌گیری

۲- سرمایه مضاربه

با ملاحظه مقررات فقهی و قانونی درباره مضاربه می‌توان گفت یکی از ارکان عقد مضاربه سرمایه است که باید اولاً وجه نقد باشد و ثانیاً معین و معلوم باشد. در اینجا، ابتدا موضوع را در فقه امامیه و فقه عامه و سپس در حقوق ایران بررسی می‌کنیم.

۱-۲- نقد بودن سرمایه

۱-۱-۲- فقه امامیه

در فقه امامیه، از جمله شرایط سرمایه مضاربه این است که مانند درهم و دینار (طلا و نقره مسکوک) یا پول نقد رایج باشد. دلایل این امر به شرح ذیل است:

الف. عده‌ای از فقها گفته‌اند که در این مورد اختلافی وجود ندارد و در تأیید نظر خود مدعی اجماع منقول و محصل شده‌اند.^۲

ب. برخی فقهای امامیه^۳ در بیان دلیل نقد بودن سرمایه مضاربه گفته‌اند: «در صورتی که سرمایه مضاربه، کالا باشد لازم‌آش این است که یا مالک، تمام سود را دریافت کند یا بخشی از سرمایه را ببرد»؛ بدین توضیح که اگر سرمایه مالی مثلی باشد، سرمایه یا خود آن مال است یا قیمت آن که در صورت اول، مضارب باید در پایان مضاربه و زمان محاسبه، عین آن را در صورت وجود و مثل یا

۲. ر.ک. [۳۵]، ص ۳۵۶؛ [۲۲]؛ مسأله ۳-۱؛ [۸]؛ ص ۴۶۰؛ [۷]؛ ص ۴۰۷؛ [۲۹]؛ ص ۲۳۱؛ [۱۵]؛ ص ۲۴۰.

۳. ر.ک. [۲۹]؛ ص ۲۳۱.



قیمت آن را در صورت تلف بدهد.

در این صورت، اگر برای مثال، قیمت کالا در روز تسلیم آن به مضارب ده میلیون ریال باشد و در پایان مضاربه قیمت بازاری آن تغییری نکرده باشد و سود مضاربه سه میلیون ریال باشد مشکلی به وجود نمی‌آید؛ اما اگر قیمت کالا بالا رفته یا پایین آمده باشد، عامل باید بعد از پایان مضاربه همان کالا را مسترد کند و در صورت تلف، مثل آن را به قیمت بالا رفته یا پایین آمده خریداری کند که در صورت اول لازم می‌آید اصل و سود به مالک داده شود و در صورت دوم لازم می‌آید فقط بخشی از سرمایه به مالک داده شود و مضارب در مابقی آن با مالک سرمایه شریک شود، حال آنکه سرمایه مضاربه از آن مالک است.

ج. دلیل سوم بر نقد بودن سرمایه مضاربه، روایات است.^۴ برخی فقیهان در سه دلیل مذکور تردید کرده و گفته‌اند: اجماع فقها در این مورد بر این است که مضاربه با وجه نقد صحیح است، اما در این مورد که مضاربه با غیر وجه نقد صحیح نیست اجماعی وجود ندارد.^۵ به علاوه، اجماع مذکور محتمل الاستناد است و وجود روایات و دلیل عقلی، احتمال استناد را تشکیل می‌دهد.^۶ در پاسخ به استناد به روایات می‌توان گفت که استدلال مبتنی بر مفهوم لقب است و مفهوم لقب حجت نیست.^۷ بنابراین، روایات مورد استناد نیز دلیل مناسبی بر نقد بودن سرمایه مضاربه نیست، به علاوه، روایاتی وجود دارد که در آنها کالا، سرمایه عقد مضاربه تلقی شده است.^۸

در جواب به استدلال علامه حلی، یعنی استدلال دوم نیز می‌توان گفت: بالا رفتن قیمت مال مثلی و پایین آمدن آن، مشکلی ایجاد نمی‌کند، زیرا بالا رفتن قیمت مانند وضعیت وارد آمدن زیان و خسارت در مضاربه است که در آن عامل به هیچ سودی نمی‌رسد و پایان آمدن قیمت نیز مانند مضاربه دارای سود است، الّا اینکه عامل سود بیشتر می‌برد.

با توجه به این انتقادات، بعضی از فقیهان امامیه در لزوم نقد بودن سرمایه مضاربه تردید کرده و

۴. در روایت عبدالملک از امام صادق (ع) آمده است: اعط الرجل الف درهم اقترضها اياه و اعطه عشرين درهماً بعمل بالمال كله. همچنین رجوع کنید به: [۱۶]، ص ۱۸۴، حدیث ۴ و ۱:۱۵۱ دقت المال و هو خمسون الفاً عليك من هذا المال عشرة آلاف درهم قرض و الباقی معك نشتری لی بها.

۵. ر.ک. [۲۱]، ص ۶۶ و [۲۵]، ص ۱۲۷.

۶. از نظر فقه امامیه اجماع یکی از منابع فقه است که می‌تواند مستند احکام قرار گیرد. اما اگر در موردی آیه یا روایت یا دلیل عقلی به عنوان مستند حکم وجود داشته باشد احتمال دارد فتوای اجماع‌کنندگان مستند به آن آیه یا روایت یا دلیل عقلی باشد. هرگاه قطع به این مطلب پیدا شود یا احتمال داده شود که مجمعین به آن آیه یا روایت یا دلیل عقلی استناد کرده‌اند، اجماع به عنوان دلیل و مدرک تلقی نمی‌شود. چنین اجماعی را اجماع مدرکی گویند که حجیت ندارد.

۷. یکی از مباحث علم اصول فقه، مباحث مفاهیم است، مانند مفهوم شرط، صفت، لقب و ... منظور از مفهوم لقب این است که اگر عنوان و اسمی موضوع حکمی قرار گرفت هر آنچه عموم این اسم شامل آن نشود حکم از آن منتفی می‌شود. برای مثال واژه فقیر در جمله «فقیر را اطعام کن» عنوان و اسمی است که موضوع حکم اطعام کردن واقع شده است. بنابراین، حکم «اطعام کن» در این جمله، در مورد شخص ثروتمند جاری نیست، زیرا شخص ثروتمند مشمول عنوان فقیر نمی‌شود.

در مورد بحث بالا، استدلال به مفهوم لقب چنین است: در روایات عنوان حکم، درهم و دینار (وجه نقد) است و چون کالا از این عنوان خارج است، پس مضاربه در مورد آن صحیح نیست؛ اما پاسخ داده می‌شود که این استدلال مبتنی بر مفهوم لقب است که حجیت نیست؛ زیرا بنا بر نظر تمام اصولیان و فقها، مفهوم لقب حجیت نیست و حتی گفته می‌شود مفهوم لقب ضعیف‌ترین مفاهیم است (رجوع کنید به: [۳۴]، ص ۱۳۰).

۸. ر.ک. [۱۶]، ص ۱۸۲، باب اول از ابواب احکام مضاربه، حدیث ۷.

مضاربه طلا و نقره را اجازه داده‌اند. اینان با توجه به عموم ادله مضاربه و الناس مسلطون علی اموالهم می‌گویند: سزاوار این است که در مضاربه به غیر وجه نقد اشکالی وارد نباشد.^۹

البته برخی دیگر با اینکه نقد بودن سرمایه را شرط لازم عقد مضاربه دانسته و درستی مضاربه طلا و نقره را نپذیرفته‌اند، اما مضاربه را با اوراق نقدی رایج در کشور صحیح می‌دانند.^{۱۰}

نویسنده کتاب عروة الوثقی یگانه دلیل لزوم «وجه نقد» بودن سرمایه مضاربه را اجماع دانسته و با تأمل در اجماع مزبور، عموماً مضاربه را دلیل بر صحت مضاربه به غیر وجه نقد تلقی کرده است. وی فقط تحقق اجماع را مانع محسوب کرده و سرانجام با بعید ندانستن «اجماع محقق»، فتوی به احتیاط داده و احتیاط را در ترک مضاربه با غیر وجه نقد دانسته است.^{۱۱} تعدادی دیگر از فقیهان نیز اجماع را نپذیرفته و به درستی مضاربه با غیر وجه نقد تمایل پیدا کرده‌اند.^{۱۲} در این میان برخی فقها بر این اعتقادند که هیچ دلیلی بر حصر معاملات به عقود مذکور در روایات و کتب فقهی وجود ندارد و بنابراین اگر سرمایه غیر نقد باشد، گرچه عقد، مضاربه نیست، اما عمل حقوقی طرفین صحیح است.^{۱۳}

۲-۱-۲- فقه عامه

در فقه عامه، فقهای مذاهب مختلف بر درستی مضاربه با وجه نقد اتفاق دارند، اما در صحت مضاربه با غیر وجه نقد نظرهای مختلفی ابراز شده است. جمهور فقهای عامه، نقد بودن سرمایه را از شرایط درستی عقد مضاربه می‌دانند. احمد حنبل و مذهب فقهی اباضیه کالاً بودن سرمایه مضاربه را نپذیرفته‌اند.^{۱۴} در حالی که حنفیان بر لزوم نقد بودن سرمایه مضاربه چنین استدلال می‌کنند که پیامبر (ص) ربح ما لا یضمن^{۱۵} را نهی کرده و مضاربه با کالاً منجر به ربح ما لا یضمن می‌شود، زیرا کالاهای با تعیین متعین می‌شوند و اگر مضارب با کالاهای موضوع عقد مضاربه چیزی را بخرد و قبل از تسلیم، کالاً از بین برود، ضامن نیست و معامله منفسخ می‌شود. بنابراین، کالاً درید او «مضمونه» نیست و او، ضامن تلف کالای مزبور محسوب نمی‌شود. حال اگر مضارب بعد از عقد مضاربه کالاً را دریافت کند و بعد از عقد قیمت آن افزایش یابد، با تحقق عقد بیع، ربح حاصل می‌شود و مضارب مستحق نصیب خود است، بدون اینکه ضامن چیزی باشد؛ اما در نقود چنین مشکلی وجود ندارد، زیرا با خرید کالاً توسط مضارب با این وجه نقد، ثمن در ذمه مضارب است و وجه نقد با تعیین متعین نمی‌شود و در صورتی که وجه نقد قبل از تسلیم تلف شود بر مشتری لازم است مثل آن را به فروشنده تسلیم کند. بنابراین در این صورت ربح ما لا یضمن وجود ندارد.

استدلال دوم گروهی که نقد بودن را شرط درستی مضاربه می‌دانند همان بیان ابن قدامه مقدسی در کتاب المغنی است.^{۱۶}

۱۰. ر.ک. [۱۱]، صص ۱۰۸-۱۰۹.

۱۱. ر.ک. [۲۵]، ص ۱۴۸.

۱۲. ر.ک. [۳۱]، ص ۲۵۹۴؛ [۱۲]، ص ۳۲۲ و [۲۶]، ص ۳۹۹.

۹. ر.ک. [۳۲]، ص ۲۴۸.

۱۱. ر.ک. [۲۷]، الشرط الثانی.

۱۳. همان، ص ۱۴۸ و [۱۷]، ص ۲۴۴.

۱۵. منظور از ربح ما لا یضمن، سود ناشی از چیزی است که شخص ضمانتی نسبت به آن ندارد. چنین سودی را پیامبر (ص) نهی کرده است.

۱۶. ر.ک. [۹]، صص ۱۲۴-۱۲۵. علامه حلی از فقیهان امامیه استدلال ابن قدامه را مطرح کرده است. رجوع کنید به استدلال دوم در فقه امامیه.



در این باره شافعیان می‌گویند: مضاربه از جمله عقود غرری است که نه عمل در آن مضبوط و معین است و نه رسیدن به سود مسلم و در حقیقت این عقد به طور استثنا و به دلیل نیاز و حاجت مردم مجاز شده و از این رو، در مورد آن باید بر قدر متیقن اکتفا کرد و قدر متیقن موردی است که غالباً رواج دارد و تجارت به واسطه آن سهل و آسان صورت می‌گیرد، یعنی حالتی که سرمایه وجه نقد است.^{۱۷} در مقابل نظریه جمهور، برخی فقهای عامه براساس دو استدلال زیر به درستی مضاربه کالا فتوا داده‌اند:

۱. کالاها اموالی هستند که برای تحصیل سود می‌توان در آنها تصرف کرد. با تقویم کالاها و قرار دادن قیمتشان به عنوان سرمایه مضاربه، ربع بین آنها مشترک است و به یکی از آنان اختصاص ندارد و بنابراین، مضاربه منعی ندارد.

به نظر می‌رسد که در این فرض سرمایه مضاربه، کالا نیست، بلکه قیمت کالا است که وجه نقد است. بنابراین، نمی‌توان آن را دلیلی بر درستی مضاربه با کالا دانست.

۲. خرید و فروش مال مکمل و موزون جایز است و در این صورت دینی در ذمه ایجاد می‌شود که شبیه وجه نقد است، زیرا مضارب مستحق آنچه مضمون است می‌شود و ربع ما لا یضمن به وجود نمی‌آید تا با روایت نبوی تنافی داشته باشد. به علاوه، برای مضارب میسر است که مثل سرمایه مضاربه را بعد از پایان مضاربه بپردازد.^{۱۸} جمهور فقهای عامه که معتقد به نادرستی مضاربه با سرمایه غیر نقد هستند، دو شیوه برای تصحیح مضاربه با این نوع سرمایه بیان کرده‌اند:

الف. مالک کالا، دیگری را وکیل در فروش آن کند و مضاربه بر قیمت به دست آمده انجام شود که البته در این حالت ممکن است وکیل مزبور شخص عامل یا غیر او باشد.

ب. مضاربه بر قیمت کالا با توجه به زمان فروش آن واقع شود، به این معنا که مالک کالا به مضارب بگوید: «کالا را بفروش و با ثمن آن مضاربه کن».

فرق دو شیوه مذکور این است که در روش اول، در زمان انقضای وکالت برای فروش کالا، نکری از مضاربه نمی‌شود و وکالت مستقل از عقد مضاربه است؛ اما در روش دوم، عقد مضاربه مقدم بر بیع کالا اما مضاف به زمان فروش و با توجه به آن است؛ یعنی مضاربه از ابتدا بین طرفین واقع می‌شود، اما آثار آن از زمان بیع کالا و تبدیل به وجه نقد، جریان می‌یابد.

در فقه عامه، صحت شیوه اول بین فقها اتفاقی است؛ اما شیوه دوم فقط طبق یکی از آرای فقهای حنفی، حنبلی، زیدی، و اباضی صحیح شمرده شده است و فقهای سایر مذاهب یعنی مالکی، شافعی و اباضی در رأی دیگر خود آن را درست تلقی نمی‌کنند. دلیل نادرستی شیوه دوم در نظر گروه اخیر این است که اولاً در این صورت مالک سرمایه شرطی به نفع خود قرار داده که خارج از عقد مضاربه و مفسد عقد است^{۱۹}؛ ثانیاً مضاربه بر فروش کالا معلق شده است و تعلیق در مضاربه جایز نیست و ثالثاً قیمت

۱۷. محمدبن احمد الخطیب، الشریعی، مغنی المحتاج فی شرح المنهاج، ج ۲، مصر، ص ۳۱۰.

۱۸. ر.ک. [۱۰]، ص ۳۲۲.

۱۹. ر.ک. [۱۰]، ص ۲۰۰.

کالایی که بعداً به فروش می‌رسد مجهول است و سبب جهل به سرمایه مضاربه می‌شود.

۲-۱-۳- حقوق ایران

ماده ۵۴۷ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد که در مضاربه «سرمایه باید وجه نقد باشد». منظور از وجه نقد، پول رایج کشور است. در فقه امامیه، به اجماع فقیهان، مقصود از وجه نقد مسکوکات طلا و نقره یعنی درهم و دینار است. مقنن در ماده ۵۴۷ ق.م. که از فقه امامیه اقتباس شده به این اعتبار که درهم و دینار از نظر نقد رایج بودن مورد توجه شرع بوده، وجه نقد یعنی پول رایج را شرط سرمایه مضاربه دانسته است.

یکی از حقوقدانان در تفسیر این ماده نوشته است: «... و منحصرأ همان مسکوکات طلا و نقره ممکن است سرمایه مضاربه واقع شود. بنابراین معاملاتی که امروز در مورد مضاربه با سرمایه اوراق بهادار انجام می‌شود، مانند اسکناس مطابق این تعریف و فتوای فقها مضاربه نخواهد بود و بالنتیجه مضاربه با آنها فاسد است و اگر عامل جاهل به قضیه باشد در حکم اجیر بوده نه مضارب، یعنی مستحق اجرة المثل عمل می‌شود^{۲۰}». چنین تفسیری درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا همان طور که گفتیم بیان درهم و دینار در عبارات فقها یا نصوص دیگر به این دلیل است که وجه نقد و پول رایج زمان آنان درهم و دینار بوده است و درهم و دینار بودن به معنای مسکوکات طلا و نقره موضوعیت ندارند. بنابراین، ابتدائاً و بدون نیاز به هر گونه تبدیل، می‌توان پول رایج کشور را به عنوان سرمایه مضاربه قرارداد و ظاهر بلکه صراحت ماده ۵۴۷ ق.م. نیز مؤید همین استدلال است. آنچه عرف از واژه «وجه نقد» استنباط می‌کند پول رایج کشور است و الفاظ عقود و معاملات محمول بر معانی عرفیه است.

بنابر آنچه گفته شد، اگر سرمایه‌گذار، طلا و نقره در اختیار دیگری - به عنوان مضارب - بگذارد تا به فروش برساند و طرفین در سود حاصل شریک باشند، عقد مضاربه به وجود نمی‌آید و آنچه محقق شده در واقع، نوعی وکالت در فروش با شرط مشارکت در سود یا نوعی حق‌العمل کاری است.

همچنین براساس مفهوم مخالف ماده ۵۴۷ ق.م. سرمایه مضاربه نباید کالا باشد. در صورتی که مالک، کالایی را به عامل بدهد و قصد انعقاد عقد مضاربه را نیز داشته باشد، عقد مضاربه واقع نمی‌شود، مگر اینکه او را وکیل در فروش کالا سازد و پس از فراهم شدن وجه نقد حاصل از فروش کالا، عقد مضاربه را واقع سازند.

اما آیا مالک سرمایه می‌تواند با پرداخت ارز - مانند دلار و مارک و پوند - عقد مضاربه منعقد سازد یا اینکه براساس ماده ۵۴۷ ق.م. چنین قراردادی باطل است. یکی از حقوقدانها^{۲۱} ارز را در حکم کالا دانسته و از این رو عقد را مشمول ماده ۵۴۷ ق.م. تلقی نمی‌کند؛ اما برخی حقوقدانها^{۲۲} و همچنین رویه قضایی، ارز را وجه نقد تلقی می‌کنند و عرف را مؤید این نظر دانسته‌اند. به نظر می‌رسد منظور از وجه



نقد در ماده مزبور پول رایج کشور است و بنابراین، نظر اول که ارز را در حکم کالا دانسته، منطبق با فهم عرفی از ماده ۵۲۷ ق.م. است.

پرسش دیگر این است که آیا با پذیرفتن نظر مشهور، بلکه اجماع فقیهان امامیه بر بطلان عقد مضاربه با غیر وجه نقد، می‌توان در قالب عقد بی‌نام چنین عملی را تصحیح کرد؟
برخی دیگر از حقوقدانها^{۲۲} بر این عقیده‌اند که ضرورتی ندارد خواسته طرفین عقد با یکی از صورت‌های پیش‌بینی شده در قوانین منطبق باشد، بلکه همین اندازه کافی است که قانون چنین پیمانی را منع نکند. در قانون مدنی هیچ مانعی وجود ندارد که دو یا چند نفر بتوانند در حاصل کار خود شریک شوند. پس قرارداد بین طرفین نافذ است (ماده ۱۰).

به عقیده بعضی از حقوقدانان «این گمان که تحقق بخشیدن اثر ذاتی عقد معین، از طریق عقد غیر معین، با فرار از شرایط خاص عقد معین از اهداف وضع عقد غیر معین و مقررات ماده ۱۰ قانون مدنی است ناصحیح و غیرقابل قبول است چه اینکه در این صورت نه تنها باید مقرراتی را که عدم رعایت این شرایط را در عقود معین، موجب بطلان عقد معرفی کرده است، مانند لزوم قبض و اقباض در بیع صرف و رهن، نادیده گرفت، بلکه حتی تفکیک بین عقود معین از غیر معین و تنوع الگوی معاملاتی که شرایط و احکام متفاوتی برای آنها مقرر شده است، بی معنی می‌بود و در این صورت عقود و معاملات باید منحصر به قراردادهای خصوصی می‌شد و فایده وضع عقود معین، تنها منحصر به آثاری می‌شد که طرفین در هنگام عقد یا عرف آن را تغییر نداده باشند»^{۲۳}. براساس چنین دیدگاهی مضاربه با غیر وجه نقد در قالب یک عقد بی‌نام نادرست است.

نتیجه مطالب بالا این است که به موجب قانون مدنی ایران، سرمایه مضاربه باید وجه نقد باشد و مضاربه کالا باطل است.

۲-۲- معین و معلوم بودن سرمایه

در فقه امامیه، از جمله شرایط درستی هر معامله، معین بودن موضوع آن است. با توجه به این امر، فقها مضاربه با مال مردّد را باطل می‌دانند^{۲۵}.

همچنین در فقه امامیه، مال مضاربه باید معلوم باشد؛ زیرا جهالت سبب غرر است و معامله غرری نیز محسوب می‌شود؛ مضافاً اینکه در صورت مجهول بودن مال مضاربه، آگاهی از سود میسر نمی‌شود؛ اما این سخن در صورتی صحیح است که جهل به کالا سرانجام به علم نینجامد. اما در صورتی که سرانجام علم حاصل شود - اگرچه این علم بعد از عقد باشد - می‌توان قائل به درستی عقد شد و مشکل غرر را نیز با این استدلال رفع کرد که نهی از غرر اختصاص به بیع دارد، نه مطلق معاملات^{۲۶}.

۲۲. ر.ک. [۴] ص ۱۱۳.

۲۳. ر.ک. [۶] ص ۱۱۳.

۲۵. ر.ک. [۳۵] ص ۳۵۹؛ [۱۵] ص ۴۴۵؛ [۲۹] ص ۴۳۱ و [۳۲] ص ۲۳۴.

۲۶. ر.ک. [۳۵] ص ۳۵۸.

به هر حال، مشهور در فقه امامیه بطلان چنین معامله‌ای است^{۲۷} به گونه‌ای که مشاهده سرمایه نیز برای معلوم شدن آن کافی نیست، زیرا مشاهده طریق حصول علم تلقی نشده است. از میان فقیهان، سید مرتضی انصاری و صاحب جواهر، مشاهده را شیوه مناسبی برای معلوم شدن مال مضاربه می‌دانند. شهید ثانی در مسالک از شیخ طوسی نقل می‌کند که مضاربه با مال غیر معلوم را صحیح دانسته و آن را به مشاهده نیز مقید نساخته است^{۲۸}. شیخ طوسی همچنین با استناد به عموم «المؤمنون عند شرو طهم» جهل به سرمایه را مفسد مضاربه نمی‌داند. دلیل دیگری که شیخ بر درستی مضاربه با سرمایه مجهول ابراز می‌کند این است که براساس اصل عدم وصول زاید به عامل، در صورت تردید و اختلاف در مقدار سرمایه‌ای که به عامل داده شده، قول عامل مقدم می‌شود و بنابراین، جهالت سبب تنازع نمی‌شود تا مفسد مضاربه باشد.

صاحب جواهر نیز جهلی را که به علم منجر می‌شود، مبطل مضاربه نمی‌داند، اما این نظر را مشروط بر نبودن اجماع می‌کند^{۲۹}.

در مورد معلوم بودن عمل عامل، فقیهان جهل به عمل را مضر نمی‌دانند و از این رو در فقه امامیه معلوم بودن کار عامل از شرایط درستی عقد مضاربه نیست. به همین دلیل، در فقه اسلام مضاربه را یک عقد غرری دانسته‌اند که شارع به دلیل نیاز و حاجت مردم آن را تشریح کرده است.

در فقه اهل سنت نیز از جمله شرایط صحت مضاربه، معلوم و معین بودن سرمایه است. دلایل فقیهان عامه این است که اولاً مقتضای عقد مضاربه این است که با پایان یافتن مضاربه، عامل سرمایه را به مالک آن برگرداند و در صورت مجهول بودن سرمایه، عامل میزان سرمایه ارجاعی را نمی‌داند و این امر منجر به منازعه و اختلاف می‌شود که شریعت از آن نهی کرده است. ثانیاً جهل به سرمایه، به جهل در سود می‌انجامد، زیرا سود مقدار زاید بر سرمایه است و با جهل به سرمایه، مقدار زاید آن یعنی سود نیز مجهول می‌شود، حال آنکه معلوم بودن ربح، شرط درستی مضاربه است، زیرا سود نیز محل و موضوع عقد مضاربه محسوب می‌شود^{۳۰}.

در حقوق ایران، معین بودن موضوع عقود، از جمله عقد مضاربه، از شرایط درستی آن است (بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م.م). ماده ۲۱۶ ق.م.م. مقرر می‌دارد که: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در مورد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». با توجه به نظر مشهور در فقه امامیه، می‌توان گفت چنانچه در عقد مضاربه سرمایه معین نباشد، این عقد در حقوق ایران که عمدتاً بر فقه امامیه مبتنی است، باطل است. نتیجه مطالب بالا این است که شرط درستی مضاربه، معلوم و معین بودن سرمایه مضاربه است. به نظر می‌رسد در صورت فقدان اجماع در فساد عقد با وجود جهل، به دلیل وجود ادله عام و مطلق، جهالتی که سرانجام منجر به علم و آگاهی می‌شود مفسد عقد نیست؛ مانند موردی که، عقد مضاربه بر صندوقی که حاوی مقداری وجه نقد است منعقد می‌شود بدون اینکه در زمان عقد علم به مقدار آن باشد،

۲۸. همان جا.

۳۰. ر.ک. [۳۱]، ص ۳۵۹۵.

۲۷. همان.

۲۹. همان جا.



اما پس از عقد، طرف معامله وجه موجود را شمارش می‌کند و از آن آگاہ می‌شود و به مفاد عقد می‌پردازد.^{۳۱}

۳- کار عامل

به موجب ماده ۵۴۶ ق.م. عامل (مضارب) باید با سرمایه‌ای که صاحب آن (مالک) در اختیار او می‌گذارد تجارت کند.

برای شناسایی اعمال تجارتي باید به حقوق (قانون) تجارت رجوع کرد و مفاد ماده ۲ قانون تجارت (مصوب ۱۳۱۱) را در نظر داشت. بنابراین، هرگاه شخصی به منظور تأسیس و به کار انداختن کارخانه‌ای به دیگری سرمایه دهد (بند ۴ ماده ۲ ق.ت.) و قرار بگذارند که در برابر خدمات مربوط به اداره کارخانه، سود حاصل را بین خود تقسیم کنند، این پیمان تابع قواعد مضاربه است.^{۳۲}

شایان ذکر است که در سال ۱۳۰۷ که جلد اول قانون مدنی مشتمل بر ۹۵۵ ماده به تصویب رسید، معاملات تجارتي به قرار مذکور در ماده ۲ قانون تجارت مصوب ۴ - ۱۳۰۳ بودند که بدون هیچ گونه تغییر در ماده ۲ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ نقل شده‌اند.^{۳۳}

در عقد مضاربه، مضارب امین است. شیخ طوسی در کتاب مبسوط می‌گوید: عامل در مورد آنچه در تصرف اوست، مانند وکیل، امین است، زیرا در مال مالک به اذن او تصرف می‌کند.^{۳۴}

در روایات هم عامل، امین دانسته شده است. در روایت صحیحی از امام باقر (ع) در پاسخ به سؤال کننده آمده است: «لیس علیه غرم بعد ان یکون الرجل امیناً»؛ یعنی از آنجا که عامل امین است، مسئولیتی ندارد. در روایت صحیح دیگری از امام باقر (ع) آمده است: «قال امیرالمؤمنین علیه السلام من تجر مالاً و اشترط نصف الربح فلیس علیه ضمان»؛ یعنی امیرالمؤمنین علیه السلام فرمودند: کسی که با مالی تجارت می‌کند و در آن نصف ربح را شرط کرده، ضامن و مسئول نیست.^{۳۵}

از این نصوص استفاده می‌شود که مضارب فقط در صورت تعدی و تفریط مسئول است. همین امر موجب شده که قانونگذار ایرانی در ماده ۵۵۶ ق.م. مقرر دارد: «مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی‌شود، مگر در صورت تعدی و تفریط». مطابق ماده ۹۵۱ ق.م. تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری» و طبق ماده ۹۵۲ ق.م.: «تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است». بنابراین، مضارب به دلیل

۳۱. ر.ک. [۳۵]، ص ۳۵۹. ۳۲. ر.ک. [۶]، صص ۱۱۵ - ۱۱۶.

۳۳. دکتر ناصرکاویان پس از ذکر مثال «تأسیس و به کار انداختن کارخانه اظهار می‌دارند که: در عرف زمان تدوین ماده ۵۴۶ ق.م. اینگونه کارها را تجارتي نمی‌دانستند و مقصود از تجارت، داد و ستد (بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت) یا خرید و فروش کالا به منظور سودجویی بوده است (همان، ص ۱۱۶).

به نظر می‌رسد که قانون تجارت ۴ - ۱۳۰۳ از دید ایشان پنهان مانده است که به عرف زمان تدوین ماده ۵۴۶ ق.م. یعنی عرف سال ۱۳۰۷ استناد کرده‌اند. در هر حال، با وجود ماده ۲ قانون تجارت ۴ - ۱۳۰۳، عرف سال ۱۳۰۷ قابل استناد نیست.

۳۴. ر.ک. [۲۳]، ص ۱۱۷۴؛ [۳۵]، ص ۳۷۸؛ [۲۸]، ص ۳۱۵ و [۱۵]، ص ۵۳۸.

۳۵. ر.ک. [۱۶]، باب سوم از ابواب مضاربه، حدیث ۲ و ۳.

اینکه امین است باید بر طبق متعارف عمل کند والا ضامن است.

شایان ذکر است که معمولاً بانکها در قراردادهای مضاربه شرط می‌کنند که «عامل متعهد می‌شود اقدامات متعارف انجام دهد». این عبارت تأکیدی بر حکم ماده مزبور و مواد ۵۵۳ و ۵۵۵ ق.م.ا است؛ زیرا وظیفه قانونی و عرفی مضارب عمل بر طبق عرف است و چون در موارد تخصصی، منظور از عرف همان عرف خاص است، در مضاربه، عرف خاص تجارت مربوط ملاک است.

۴- سود

هدف عمده و اصلی مالک و عامل از انعقاد عقد مضاربه، کسب سود است که باید بین آنان تقسیم شود و البته میزان سهم هر یک از مالک و مضارب باید به نوعی تعیین شود. ماده ۵۲۸ ق.م. مقرری می‌دارد: «حصه هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل از قبیل ربع یا ثلث و غیره باشد».

قانون مدنی در مورد ضمانت اجرای تخلف از مقرر فوق، حکمی ندارد و همین سکوت، این پرسش را ایجاد می‌کند که آیا عقدی که در آن، سهم عامل به طور قطعی معین می‌شود باطل است یا براساس قواعد عمومی قراردادها می‌توان آن را عقد دیگری غیر از مضاربه دانست که صرفاً مقررات کلی عقود بر آن حاکم است، نه مقررات خاص عقد مضاربه؟

یکی از نویسندگان حقوقی^{۳۶} در پاسخ می‌گوید: شرط خلاف مقتضای ذات عقد در صورتی توافق را بی‌اثر می‌سازد که معلوم شود طرفین هیچ اثر حقوقی را به طور جدی اراده نکرده‌اند یا آنچه را خواسته‌اند با قانون یا نظم عمومی مخالف است وگرنه امکان دارد که شرط خلاف مقتضای عقد، توافق را تبدیل به قرارداد مشروع دیگری سازد. پس در واقع، بحث در این نکته نیست که آیا مشاع بودن سود مقتضای مضاربه است یا نه؟ بلکه پرسش اصلی این است که آیا توافقی که در آن سهم عامل به طور قطعی معین شده است با قانون یا نظم عمومی مخالفت دارد یا بر طبق ماده ۱۰ ق.م.ا باید آن را نافذ شمرد؟

وی اضافه می‌کند: تمام بحث در این پرسش خلاصه می‌شود که آیا مقصود ماده ۵۲۸ ق.م.ا منع اجرای احکام مضاربه است یا اعلان بطلان کامل توافق؟ پاسخ این پرسش را می‌توان در ماده ۵۱۹ ق.م.ا نسبت به عقد مزارعه یافت، زیرا از نظر ساختمان حقوقی بین مزارعه و مضاربه شباهت زیاد وجود دارد ... ماده ۵۱۹ ق.م.ا با اینکه بر لزوم مشاع بودن حصه مزارع و عامل با ذکر کلمه «باید» تأکید کرده است، در مقام ضمانت اجرای آن مقرر می‌دارد: «اگر به نحو دیگر [معین شده] باشد احکام مزارعه جاری نخواهد شد». در واقع در عین حال که قرارداد را مزارعه نمی‌شناسد آن را باطل نمی‌داند. پس، با قیاس این دو مورد می‌توان نتیجه گرفت که در مضاربه نیز هدف از ماده ۵۲۸ ق.م.ا اعلان بطلان قرارداد نبوده است.^{۳۷}

اما نظر این نویسنده به دلایل ذیل قابل انتقاد است:



۱. در عبارت ایشان آمده است که بطلان ناشی از شرط خلاف مقتضای ذات عقد، مشروط به این است که طرفین هیچ اثر حقوقی را به طور جدی اراده نکرده باشند، در حالی که شرط خلاف مقتضای ذات عقد، عقد را به طور مطلق باطل و بی اثر می سازد و مشروط به هیچ شرطی نیست. اگر قصد طرفین انعقاد عقد مضاربه بوده، هر گونه شرط خلاف مقتضای ذات، آن را باطل می سازد و اگر قصد آنها عملی حقوقی غیر از مضاربه است، شرط مزبور بر خلاف مقتضای ذات آن نیست. به تعبیر دیگر، باید پرسید طرفین شرط مزبور را در چه توافقی گنجانده اند، در عقد مضاربه یا در یک قرارداد بی نام؟ بر فرض اول، شرط خلاف، عقد را به طور مطلق باطل می سازد و بر فرض دوم، شرط مزبور شرط بر خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه نیست.

۲. اثر شرط خلاف مقتضای ذات عقد تبدیل عقد خاص به یک توافق دیگر نیست، بلکه اثر آن بطلان و بی اثری توافقی است که این شرط در ضمن آن گنجانده شده است، زیرا منشأ در انشای موجب یا مفاد عقد مضاربه است یا مفاد عقد بی نام دیگر. اگر شرطی بر خلاف مقتضای ذات عقد باشد و مضاربه انشا شود، اساساً منشأ حاصل نمی شود، نه اینکه شرط خلاف مقتضای ذات، آن را تبدیل به عقد دیگر سازد؛ زیرا در هر عمل حقوقی منشأ باید قصد شود و آنچه در اینجا قصد شده یا مضاربه است یا عمل حقوقی دیگر (عقد بی نام) که در صورت اول، منشأ به وجود نمی آید و در صورت دوم، شرط مزبور خلاف مقتضای ذات نیست، بلکه قرینه ای لفظی بر اراده خلاف ظاهر از واژه های به کار رفته است. برای مثال در موردی که مالک سرمایه می گوید: «این مال را به مضاربه به تو می دهم به شرط آنکه مقدار معینی سود از آن من باشد»، شرط مزبور قرینه کلامی است بر اراده خلاف ظاهر؛ به این معنا که از ابتدا طرفین عقد مضاربه را اراده نکرده اند. به دیگر سخن، از اعلام اراده موجب به صورت مشروط به خوبی روشن است که آنان مقتضای عمل مشروع دیگر را خواسته اند و شرط خلاف مقتضای عقد ماهیت عقد را دگرگون ساخته و به نهاد دیگری تبدیل کرده است.^{۲۸} اما این تطبیق با این ایراد رو به روست که از وسایل غیر متعارفی برای اعلام اراده استفاده شده است. به کارگیری واژه مضاربه برای انعقاد عقد بی نام، امری غیر متعارف است و با این وضع به دلیل متعارف نبودن وسیله اعلام، عقد تشکیل نمی شود.

۳. طرح این پرسش در عبارت ایشان که «آیا توافقی که در آن سهم عامل به طور قطعی معین شده با قانون یا نظم عمومی مخالفت دارد یا بر طبق ماده ۱۰ ق.م. باید نافذ باشد؟ نادرست است؛ زیرا در صورتی که قصد طرفین، عقد مضاربه باشد، به طور منطقی این پرسش در مورد آن مطرح نمی شود. پرسش مذکور در صورتی منطقی است که طرفین قصد عمل حقوقی دیگری را در قالب یک قرارداد بی نام داشته باشند که در این وضعیت پرسیده می شود آیا چنین شرطی با قانون یا نظم عمومی مخالف است یا نه؟»

۴. مقایسه مضاربه با مزارعه، باطل و غیر معتبر است؛ زیرا قیاس در جایی مؤثر است که یا به اولویت منجر شود یا به تنقیح مناط قطعی و در این مورد هیچ یک از این دو وجود ندارد.

۵. استفاده از حکم ماده ۵۱۹ ق.م. که در باب مزارعه است - درباره مضاربه نادرست است؛ چرا که از جمله «احکام مزارعه جاری نخواهد شد» نمی‌توان چنین استنباط کرد که عمل حقوقی مزبور باطل نیست، چه در این ماده فرض این است که طرفین با قصد مزارعه عمل حقوقی را انشا کرده‌اند و فقط شرط «تعین سود به نحو مشاع» را رعایت نکرده‌اند. در اینجا وقتی عمل مزبور به دلیل فقدان شرط، مزارعه نباشد و احکام مزارعه بر آن جاری نشود، احکام هیچ عمل حقوقی دیگر نیز بر آن بار نمی‌شود، زیرا قصد عمل حقوقی دیگری غیر از مزارعه نشده و در نتیجه، عمل حقوقی مزبور باطل است و در نتیجه بطلان، تمام محصول از آن صاحب بذر است و طرف دیگر که مالک زمین یا آب یا صاحب عمل بوده است به نسبت آنچه که مالک بوده مستحق اجرة المثل است (م ۵۲۳ ق.م.).

در تأیید انتقادهای بالا و نیز تبیین دیدگاه فقه امامیه بررسی آرای فقیهان مفید و لازم می‌نماید. از آنجا که دیدگاههای نویسنده کتاب جواهرالکلام در این باره جامع و دقیق است نظرهای وی را در تفسیر کلام محقق حلی بررسی می‌کنیم. وی می‌گوید: در مضاربه حصه‌ای از سود براساس توافق بین طرفین مقرر می‌شود، بدون اینکه اجرتی برای عمل قرار داده شود و این نظر مطابق دیدگاه مشهور در فقه است و اجماع، بر مشروعیت آن دلالت می‌کند. آیه مبارکه یا «ایها الذین آمنوا لا تاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراش»^{۲۹} و نیز حدیث متواتر مستند آن است. از این رو نظریه شیخ مفید، شیخ طوسی در نهاییه، سلار و ابن براج و ظاهر کلمات ابی صلاح در مورد مشروع نبودن حصه، نادرست است. آنچه باید بدان توجه شود این است که تمام سود باید به طور مشاع معلوم شود و در صورتی که برای یکی از دو طرف عقد، ربح معین شود و باقی آن برای طرف دیگر باشد، به اجماع فقیهان باطل و بی اثر است^{۳۰}. سپس، صاحب جواهر در تفسیر نظریه علامه حلی بحث حقوقی مفیدی را مطرح می‌کنند: «در صورتی که مالک سرمایه در عقد بگوید: «این مال را از باب مضاربه در اختیار داشته باش و ربح آن برای من باشد» مضاربه فاسد می‌شود، اگرچه ممکن است این عمل را «بضاعت» بدانیم؛ زیرا مفهوم و معنای این عمل حقوقی «بضاعت» است. در واقع در اینجا مالی داده شد تا با آن کاری انجام شود به این شرط که ربح از آن مالک باشد بدون اینکه اجرتی برای عامل منظور شود. در حقیقت، این عمل توکیل در تجارت به طور تبرعی است که لفظ خاصی برای آن لازم نیست و عبارت مذکور در ایجاب مالک سرمایه دلیل بر آن است، اگرچه لفظ «مضاربه» در آن به کار رفته است. اما می‌توان از آن بضاعت را اراده کرد، زیرا قائل شدن به اراده بضاعت ولو مجازاً بهتر از الغای آن است. محقق حلی سپس در درستی این نظریه تردید می‌کند. زیرا هر لفظی ظاهر در معنای حقیقی است و معنای حقیقی اعم از صحیح و فاسد است. در اینجا مضاربه در معنای عقد فاسد به کار رفته و این امر با بضاعت که اقدام بر تبرع در عمل است تفاوت دارد ... مشهور چنین عملی را مضاربه می‌دانند. البته اگر قرینه حالی یا مقالی بر این اقدام تبرعی باشد، بضاعت است؛ اما باید دانست که هیچ دلالتی بر قصد به

۲۹. ر.ک. [۳۵]، ص ۳۶۴.

۲۹. نساء، ۲۹.

۳۱. این فرع اگر چه غیر از بحث تقسیم مشاعی سود است، اما با توجه مطالب مفید و مؤثر آن در اصل بحث مطرح می‌شود.



جز ظاهر لفظ صادر از گوینده نیست و فرض این است که در این مورد واژه «مضاربه» به کار رفته و از این رو مضاربه فاسد است.^{۴۲}

در فرع دیگری نیز این بحث مطرح می‌شود که: اگر برای یکی از دو طرف ربح به طور معین، مشخص شود و بقیه بین آنان مشترک باشد مضاربه فاسد است. دلیل فساد را برخی این می‌دانند که اطمینانی به حصول زیاده وجود ندارد و شرکت محقق نمی‌شود.^{۴۳}

برخی، دلیل فساد را فقدان دلیل بر صحت عقد می‌دانند. نص و فتوا بر صحت، منحصر به جایی است که تقسیم سود به اشاعه یا در حکم آن باشد و بدون تعیین سهم مشاع، در شمول اطلاق صحت مثل «اوفوا بالعقود» و «احل الله البيع» نسبت به آن تردید حاصل می‌شود و اصل اولی در معاملات فساد است. اگرچه نصوص هم در این صورت به بطلان حکم می‌کنند. فتاوا نیز به صراحت این مورد را باطل می‌دانند.^{۴۴}

محقق حلی در فرع دیگری می‌گوید: اگر مالک در ایجابش بگوید: با این مال تجارت کن و ربح آن برای من باشد، این عمل حقوقی، ابضاع یا بضاعت است و اگر بگوید ربح برای تو باشد، قرض است. از این نظر انتقاد می‌شود که بین این مورد و مورد قبل تفاوتی وجود ندارد جز اینکه در مورد اول واژه مضاربه به کار رفته و در اینجا اگرچه قصد مضاربه بوده، اما لفظ مضاربه به کار نرفته است و این امر مشخص نمی‌کند که آنها بضاعت را اراده کرده‌اند یا قرض را [در عقود و معاملات همه چیز دایر مدار اراده و قصد است] مگر اینکه دعوی انصراف به بضاعت و قرض شود یا عبارت را ولو به دلیل اصالت صحت، حمل بر این دو عمل حقوقی کنیم، آن چنان که شهید دوم در مسالک چنین کرده است. نویسنده جواهرالکلام در این زمینه می‌گوید: اگر مالک قصد بضاعت و قرض داشته باشد بدون تردید صحیح است، اما اگر قصد مضاربه داشته باشد مضاربه فاسد است و تصریح به واژه مضاربه در عقد شرط نیست.^{۴۵}

به اجماع فقهای عامه نیز مشاع بودن سود، شرط است و در این امر هیچ قول مخالفی دیده نمی‌شود. دلایل ذیل نیز به عنوان مستند این حکم ابراز شده است:

۱. مقتضای عقد مضاربه شرکت در سود حاصل از تجارت است؛ زیرا حقیقت شرعی و عرفی آن، شرکت در سود است و چون سود نه معلوم است و نه محقق الوقوع باید نصیب هر یک از طرفین به طور مشاع مشخص شود. از طرف دیگر، شرط مقدار معین از ربح برای یکی از طرفین گاهی شرکت را منتفی می‌سازد، زیرا احتمال دارد سود حاصل به اندازه همان مقدار معین باشد.

۲. در صورتی که سود معین باشد ضرر و زیان ایجاد می‌شود و قاعده «الضرر یزال»^{۴۶} آن را نفی می‌کند.

۴۲. همان.

۴۳. ر.ک. [۳۵] صص ۳۶۶-۳۶۷.

۴۴. همان.

۴۵. مفهوم قاعده «الضرر یزال» این است که هیچ کس نمی‌تواند به دیگری ضرری وارد کند، اهم از آنکه دیگری قبلاً به او زیانی رساند باشد یا چنین کاری انجام نداده باشد (ر.ک: [۲۴] ص ۹۴).

۳. قیاس با مزارعه و مساقات.

در مورد شرط تقسیم سود بین طرفین عقد نیز فقیهان عامه بر این عقیده‌اند که اختصاص آن به یکی از دو طرف، سبب فساد عقد و شرط است. حنفیها و شافعیان در یکی از دو قول، این عمل حقوقی را مضاربه نمی‌دانند، اگرچه در آن صیغه مضاربه به کار رفته باشد؛ زیرا «العبرة فی العقود للمعانی لا لذات اللفاظ و المبانی» از این رو، اگر شرط شود تمام ربح برای مضارب باشد، قرض است و اگر تمام ربح برای مالک باشد، ابضاع^{۳۷}. جمهور فقهای عامه یعنی حنبلیها و زیدیها و قول راجح شافعیه، این مضاربه را فاسد می‌دانند و معتقدند عقد به عمل حقوقی دیگر تبدیل نمی‌شود؛ زیرا ذکر کلمه مضاربه یا قراض دلیل بر این است که آنها قصد مضاربه را دارند، نه عمل حقوقی دیگر. اما در صورتی که الفاظ صریح در مضاربه را به کار نگیرند برای مثال در ایجاب گفته شود: «با این مال تجارت کن و ربح آن برای من»، این عقد مضاربه نیست، بلکه ابضاع یا قرض است.

قول سوم، نظر مالکیهاست که شرط ربح را برای یکی از دو طرف صحیح و لازم الوفا می‌دانند، اگرچه عقد به واسطه این شرط تبدیل به هبه می‌شود و احکام هبه بر آن جاری است^{۳۸}.

نتیجه این که براساس فقه اسلامی میزان سود باید به نحو مشاع باشد و در غیر این صورت، مضاربه باطل است و به عامل، اجرة المثل عمل داده می‌شود. اما در جایی که قصد طرفین از ابتدا این باشد که یکی سرمایه بدهد و دیگری کار کند و به این وسیله عامل به تجارت بپردازد و مقداری از سود را به طور معین برای یکدیگر مشخص کنند و به علاوه قصد مضاربه نیز در بین نباشد، بلکه از همان آغاز طرفین تصمیم به انعقاد قرارداد بی‌نامی داشته باشند، دو نظریه مطرح است. براساس یک نظریه، این عمل حقوقی در قالب قرارداد بی‌نام درست است؛ اما براساس نظریه دیگر نمی‌توان برای فرار از احکام و شرایط قانونی یک عقد معین، قرارداد بی‌نامی را منعقد ساخت. قانون مدنی ایران نیز در این زمینه از حکم مشهور بلکه اجماع فقیهان امامیه عدول نکرده است. در مورد شرط تعیین سود قطعی برای یکی از طرفین، طبق فقه امامیه عقد باطل است، اما در فقه عامه سه نظریه مطرح شده است که البته در این زمینه قانون مدنی ایران براساس فقه امامیه تفسیر می‌شود.

همچنین در موردی که حداقل سودی برای صاحب سرمایه به طور معین در نظر گرفته شود، شرط و عقد باطل است؛ زیرا چنین شرطی بر خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه است. البته ممکن است بتوان چنین توافقی را براساس ماده ۱۰ و ۲۲۳ ق.م. صحیح دانست، اما به هر حال، چنین قراردادی مضاربه نیست، گرچه در نظر فقیهان، نوعی شرط ابتدایی است.

۵- شرط سود به نفع ثالث

در این مورد دو وجه مطرح است:

۳۷. ر.ک. [۳۱]، ص ۳۶۰۴. منظور از ابضاع آن عمل حقوقی است که مالک، سرمایه را می‌دهد و عامل، عمل می‌کند با این ویژگی که تمام سود ناشی از عملیات عامل، برای مالک باشد.
۳۸. ر.ک. [۲۰]، ص ۲۱۹؛ [۱۹]، ص ۵۲۳ و [۱۳]، ص ۴۸.



۱. جزئی از سود برای ثالثی مقرر شود که به عنوان عامل، کاری در اداره سرمایه و داد و ستد با آن انجام می‌دهد، برای مثال حمل و نقل کالا به عهده او است. در این صورت عمل مزبور صحیح محسوب می‌شود که این قول مطابق نظر مشهور است.

۲. جزئی از سود برای ثالثی باشد که عملی از مضاربه را انجام نمی‌دهد. مضاربه در این صورت فاسد است؛ زیرا مضاربه صحیح مضاربه‌ای است که تمام سود آن، مشترک بین مالک و عامل باشد. به علاوه، این نوع شرط، از قبیل تملیک معدوم است و دلیلی که عموم یا اطلاق آن شامل تملیک مالایملک شود، وجود ندارد.^{۴۹} البته این استدلال درست نیست؛ زیرا این اشکال در مورد عامل نیز صادق است. استدلال سوم بر بطلان، این است که مقتضای قاعده، تبعیت منافع در ملکیت از سرمایه است و به دلیل خاص، مضاربه‌ای را که مقداری از ربح آن برای عامل است، خارج کردیم و چون دلیلی بر جواز ربح برای ثالث وجود ندارد، شرط مزبور باطل است. پاسخ این استدلال این است که نکته مزبور، مقتضای اطلاق مضاربه است و تقیید این اطلاق به واسطه شرط منعی ندارد. شرط، واجب الوفا است و اطلاعات و عموماً شامل آن می‌شود. اما به هر حال، اجماع یا لاقول نظریه مشهور چنین شرطی را باطل می‌داند. در مورد درستی این شرط، برخی نویسندگان امامیه می‌گویند: مقتضای اطلاق عقد مضاربه این است که تمام ربح بین مالک و عامل تقسیم شود و این اثر در صورتی که عقد مطلق باشد از عقد منفک نمی‌شود. اما در صورتی که عقد مشروط به شرطی است که مخالف با مقتضای ذات عقد یا کتاب و سنت نیست، عقد و شرط صحیح است. انحصار ربح بین مالک و عامل از مقومات عرفی عقد و جزء ماهیت عرفی عقد نیست. به همین دلیل عرف چنین شرطی را مغایر با مفهوم مضاربه نمی‌داند.^{۵۰}

در فقه عامه نیز مباحثی در این باره مطرح شده است. فقهای عامه بر این عقیده‌اند که سود مضاربه، ثمره و نتیجه مال و عملی است که از طرف مالک سرمایه و عامل آورده شده است. از این رو، حق خالصی برای آن محسوب می‌شود و به دیگری سرایت نمی‌کند. اما در صورت شرط سود به نفع ثالث دو فرض مطرح است: در فرض اول بر ثالث شرط عمل می‌شود و در فرض دوم نمی‌شود. در فرض اول، به اتفاق فقها می‌توان بخشی از سود را برای ثالث قرارداد که به مثابه دادن مال مضاربه به دو نفر برای انجام امور مضاربه است. اما در فرض دوم، حنفیها قائل به بطلان شرط و صحت عقد هستند. شرط فاسد است به این دلیل که ربح مربوط به سرمایه و عمل است. اما سبب درستی عقد این است که شرط جزئی از سود مضاربه برای ثالث است و این شرط سبب جهالت در ربح نمی‌شود. طبق نظریه سوم که از طرف مالکیها و اباضیه‌ها مطرح شده، شرط و عقد صحیح هستند.^{۵۱}

در حقوق مدنی ایران نیز براساس ماده ۱۰ و مفاد مواد ۱۹۶ و ۷۶۸ ق.م. می‌توان به درستی چنین شرطی حکم کرد. اما با توجه به اینکه این حکم برخلاف اجماع و نظر مشهور است و احکام حقوقی باید منطبق با شریعت اسلامی باشد، پذیرش چنین نظری مشکلی است. بویژه در صورتی که اختصاص سود

به طرفین را از شرایط صحت عقد بدانیم فقدان این شرط، موجب بطلان عقد یا لااقل تردید در صحت است و با وجود تردید، اصل بر فساد معامله است.^{۵۲}

۶- نتیجه گیری

در این مقاله ارکان عقد مضاربه یعنی سرمایه، کار عامل و سود در فقه امامیه، فقه عامه و حقوق مدنی ایران بررسی شد. در مورد سرمایه مضاربه، نقد بودن را به عنوان یکی از شرایط اساسی آن مطالعه کردیم. در فقه امامیه، فقه عامه و حقوق ایران سرمایه باید وجه نقد باشد و مضاربه کالا باطل است.

پس از آن به شرط معلوم و معین بودن سرمایه مضاربه پرداختیم و به این نتیجه رسیدیم که با توجه به اینکه از شرایط اساسی عقود - به طور کلی - معلوم و معین بودن آن است، این حکم در عقد مضاربه نیز جریان دارد. اگرچه به نظر نگارندگان در صورت فقدان اجماع بر فساد عقد با وجود جهل، براساس دلایل عام و مطلق جهالتی که سرانجام منجر به علم و آگاهی می شود مفسد عقد نیست. از سوی دیگر مشهور فقه امامیه مشاهده را وسیله ای برای آگاهی یافتن از سرمایه ندانسته است. اگرچه برخی مشاهده را برای از بین رفتن جهالت کافی می دانند.

در زمینه سود مضاربه نیز گفته شد مستفاد از فقه و حقوق ایران این است که تعیین مشاع آن مقتضای ذات عقد مضاربه است و در صورتی که طرفین، قصد عقد مضاربه را داشته باشند و سود را معین کنند، چنین عقدی فاسد است.

همچنین گفتیم در موردی که حداقل سودی برای صاحب سرمایه به طور معین در نظر گرفته شود، شرط و عقد باطل است؛ زیرا چنین شرطی برخلاف مقتضای ذات عقد مضاربه است. البته ممکن است بتوان چنین توافقی را براساس ماده ۱۰ و ۲۲۳ ق.م. صحیح دانست، اما به هر حال، چنین قراردادی مضاربه محسوب نمی شود، گرچه در نظر فقیهان، این توافق، نوعی شرط ابتدایی است.

۵۲. شایان ذکر است در مقابل اصل براءت که مقتضی صحت است، گاهی استصحاب حکمی و زمانی استصحاب موضوعی قرار دارد. در صورت اول، اگر در صحت معامله از نظر شک در اخذ شرطی در آن تردید شود، مقتضای استصحاب عدم انتقال عوضین و بطلان معامله است و مقتضای اصل براءت، صحت معامله؛ اما در صورت دوم اگر تردید شود که در زمان وقوع معامله، فروشنده بالغ بوده یا خیر؟ عدم بلوغ استصحاب می شود و در نتیجه بطلان معامله، معارض با اصل صحت است. در مورد اول ممکن است گفته شود اگر تردید در بقای حالت سابق یعنی عدم انتقال به سبب تردید در صحت و کارایی عقد باشد، با اجرای اصل براءت در سبب، تردید در ناحیه مسبب رفع می شود و اصل براءت حاکم می شود، زیرا ثابت است که با اجرای اصل سببی موردی برای اجرای مسببی باقی نمی ماند. به دیگر سخن شک در درستی و فساد ناشی از شک در شرط بودن شرطی در معامله است و جریان اصل براءت، مانع از اجرای استصحاب می شود و بنابراین عقد مزبور صحیح است.

به نظر می رسد اگرچه اصل براءت حاکم بر استصحاب می شود، اما در این صورت اولاً اصل مزبور اصل مثبت است که حجت نیست. ثانیاً حدیث رفع که مستند اصل براءت است - اگرچه احکام وضعی را شامل است - اما جزئیت، شرطیت و مانعیت را در بر نمی گیرد. از این رو براءت حاکم بر استصحاب نمی شود و همچنان اصل عدم نقل و انتقال جاری می شود. مطالب بالا در جایی است که به دنبال اصل اولی در معاملات باشیم، یعنی صرف نظر از اصول لفظی و امارات، در صورت فقدان اماره، اصل عملی اولی حاکم در معاملات اصل استصحاب است. اما در صورت وجود اماره، مجالی برای بحث مزبور باقی نمی ماند. بنابراین اگر اصل صحت را از امارات تلقی کنیم بدون شک در موارد تردید در صحت و فساد، این اصل لفظی بر استصحاب مقدم است.



۷- منابع

- [۱]. امامی، سیدحسین؛ حقوق مدنی؛ ج ۲، ۳، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۱.
- [۲]. بروجردی عبده، محمد؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، تهران: ۱۳۲۹.
- [۳]. حائری شاهباغ، سیدعلی؛ شرح قانون مدنی؛ ج ۱، ۲، تهران: انتشارات بهنشر، ۱۳۷۲.
- [۴]. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ ج ۱، ۱، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- [۵]. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۳، ۲، تهران: انتشارات بهنشر، ۱۳۷۲.
- [۶]. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، مشارکتها - صلح؛ ج ۳، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۳.
- [۷]. ابن ادریس، محمدبن احمد؛ سرائر؛ ج ۲، جماعة المدرسين بقم المشرفة، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۷۰.
- [۸]. ابن بزّاج؛ المهذب؛ ج ۱.
- [۹]. ابن قدامه، محمدبن احمد؛ المغنی؛ ج ۵، قاهره: مطبعة المنار، ۱۳۴۸ ه. ق.
- [۱۰]. الفاتح القضاة، زکریا محمد؛ السلم و المضاربه؛ ج ۱، عثمان: دارالفکر للنشر و التوزیع، ۱۹۸۴.
- [۱۱]. امام خمینی؛ تحریر الوسیله؛ ج ۱، نشر دارالکتب العلمیة، [بی تا].
- [۱۲]. امام مالک؛ الموطاء؛ ج ۴، بیروت: دارالجیل، ۱۴۰۴ ه. ق.
- [۱۳]. امام مالک؛ المدونة الكبرى؛ ج ۴، قاهره: مطبعة السعادة، ۱۳۲۳.
- [۱۴]. حسینی عاملی، سید محمد جواد؛ مفتاح الکرامة، شرح قواعد علامه؛ ج ۴، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، [بی تا].
- [۱۵]. حسینی عاملی، سید محمد جواد؛ مفتاح الکرامة، شرح قواعد علامه؛ ج ۷، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، [بی تا].
- [۱۶]. العاملی، محمدبن الحسن؛ وسائل الشیعه؛ ج ۱۳، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۸۹ ه. ق.
- [۱۷]. حکیم، سید محسن؛ مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۲، ۳، بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ ه. ق.
- [۱۸]. خویی، سید ابوالقاسم؛ مبانی العروة الوثقی؛ ج ۲، مطبعة علمیه، ۱۳۰۸ ه. ق.
- [۱۹]. دسوقی، حاشیه الدسوقی علی الشرح الكبير؛ ج ۳.
- [۲۰]. زرقاتی؛ شرح الزرقانی علی مختصر الخلیل؛ ج ۶، قاهره: مطبعة الكبرى، ۱۲۹۳ ه. ق.
- [۲۱]. سبحانی، جعفر؛ نظام المضاربة فی الشریعة الاسلامیة القراء؛ مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۶ ه. ق.
- [۲۲]. شیخ طوسی، ابی جعفر محمدبن حسن؛ خلاف؛ ج ۲، کتاب المضاربه، قم: دارالکتب العلمیة، ۱۳۷۰ ه. ق.
- [۲۳]. شیخ طوسی، ابی جعفر محمدبن حسن؛ المبسوط؛ ج ۳، تهران: چاپخانه حیدری، ۱۳۸۷ ه. ق.
- [۲۴]. شیخ زین العابدین بن ابراهیم بن نجیم معروف به «ابن نجیم» حنفی؛ الاشباه و النظایر؛ دارالفکر، ۱۹۶۸.
- [۲۵]. شیرازی، سید محمد؛ الفقه؛ ج ۵۳، بیروت: دارالعلوم، ۱۴۰۹ ه. ق.

- [۲۶]. شیرازی، ابی اسحاق ابراهیم ابن علی؛ المذهب، ج ۱، مصر: مطبعة عیسی البابی الحلبي و شركاه.
- [۲۷]. طباطبایی، سید محمد کاظم؛ عروة الوثقی، ج ۲، کتاب المضاربه، تهران: سوق الشیرازی المکتبه العلمیه الاسلامیه، [بی تا].
- [۲۸]. علامه حلی؛ الجامع للشرایع، منقول در سلسله الینا بیع الفقهی؛ گردآوری علی اصغر مروارید؛ بیروت: مؤسسه فقه الشیعه، ۱۴۱۰ ه. ق.
- [۲۹]. علامه حلی؛ تذکره الفقهاء؛ ج ۲، انتشارات مؤسسه آل البیت، سال ۱۴۱۲ ه. ق.
- [۳۰]. قرآن مجید. سوره نساء.
- [۳۱]. کاسانی، علاء الدین ابی بکر؛ بدایع الصنائع؛ ج ۸، چ ۱، کراچی: دارالکتب بیروت، ۱۳۹۴.
- [۳۲]. مقدس اردبیلی، احمد؛ مجمع الفایده و البرهان؛ ج ۱۰، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۳ ه. ق.
- [۳۳]. محقق حلی؛ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام؛ قم: نشر دارالهدی، تهران: داوالکتب اسلامیه المکتب الاسلامیه، ۱۳۵۰.
- [۳۴]. مظفر، محمدرضا، اصول فقه؛ ج ۱، انتشارات اسماعیلیان، [بی تا].
- [۳۵]. نجفی، شیخ محمد حسن؛ جواهر الکلام؛ ج ۲۶، چاپ سربی در ۳۳ مجلد، داراحیاء التراث العربی، [بی تا].

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



شروېشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی