

## Legal positivism in explaining the combination of benefit and loss in Mudarabah contract

**Mahmoud Kazemi** 

Department of Private Law, Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

**Hassan Ansari  
Cheshme Fard\*** 

Department of Private Law, Doctoral Student of Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

### Abstract


The nature of the Mudarabah contract requires acceptance of benefit and loss at the same time, which has always been the concern of law and economics. The difference of opinion in the application of the guarantee condition in this contract and the different understanding of jurisprudence and its application in the law have limited the space for the effectiveness of Mudarabah. It seems that this dispute can be resolved in the context of the modern legal system and with the presence of the school of positivism, which has an emerging role in the subject laws, along with the generality of Muslim jurisprudence. In fact, the result of the interaction of the two schools is the reason for the implicit establishment of sovereignty that positivism refers to in the heart of the laws. This research reveals that the meeting place and the creation of disagreement in the discussion of guarantee conditions in Mudarabah, in line with the rules of the school of positivism, can be resolved by maintaining the ideals of legal and jurisprudential justice and economic efficiency. Therefore, the application of the law in attaching a new contract to Mudarabah is not necessary, and it is possible to explain the investment with the condition that the investor does not guarantee the damage to the capital in the form of identifying a new contract.

**Keywords:** Legal Positivism, Necessity, Profit, Loss, Mudarabah.


\* Corresponding Author: Hassan.ansari1350@gmail.com

**How to Cite:** Kazemi, M., & Ansari Cheshme Fard, H. (2023). Legal positivism in explaining the combination of benefit and loss in Mudarabah contract. *Private Law Research*, 11(42), 77- 108. doi: 10.22054/jplr.2023.68884.2702

## جایگاه پوزیتیویسم حقوقی در تبیین تلازم نفع و ضرر در عقد مضاربه

 محمود کاظمی

 گروه حقوق خصوصی، استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه  
 تهران، تهران، ایران

 حسن انصاری چشمه فرد\*

 گروه حقوق خصوصی، دانشجوی دکتری دانشگاه علامه طباطبائی، تهران،  
 ایران

### چکیده

ذات عقد مضاربه، اقتضای پذیرش تلازم نفع و ضرر را هم‌زمان و یا در طول هم دارد که همواره مورد توجه اهالی حقوق و اقتصاد بوده است. اختلاف دیدگاه در اعمال شرط ضمان در این عقد و برداشت متفاوت از فقه و اعمال آن در قانون، فضای کارآمدی مضاربه را محدود کرده است. به نظر می‌رسد، این اختلاف در بستر نظام حقوقی مدرن و با حضور مکتب پوزیتیویسم که نقشی نوظهور در قوانین موضوعه دارد، در کنار عموماً مسلّم فقه، قابل حل است. در واقع برآیند تعامل دو مکتب، سبب استقرار تلویحی حاکمیتی است که پوزیتیویسم در بطن قوانین اشاره دارد. این پژوهش آشکار می‌سازد که محلّ تلاقی و اختلاف نظر در بحث شرط ضمان در مضاربه، هم‌سو با ضوابط مکتب پوزیتیویسم می‌تواند با حفظ آرمان‌های حقوقی و عدالت‌محور فقهی و کارآمدی اقتصادی، برطرف گردد؛ بنابراین عمل قانون در ضمیمه کردن عقد جدید به مضاربه، ضروری نیست و می‌توان سرمایه‌گذاری با شرط عدم ضمان سرمایه‌گذار نسبت به خسارات وارده به سرمایه را در قالب شناسایی عقد جدید تبیین نمود.

کلیدواژه‌ها: پوزیتیویسم حقوقی، تلازم، نفع، ضرر، مضاربه.

## مقدمه

مضاربه و نقش ضمان حاصل از ضرر در آن، در حوزه اقتصاد به جهت آثار مستقیم در کارآیی معاملات و در حوزه بانکداری، بیشتر مورد توجه است. مصاف مستقر میان مقدمات این عقد و ملزومات کارآمدی آن، شکاف نظری فقها و حقوق‌دانان را در تحقق عقد و شروط آن ایجاد کرده است. قانون‌گذار در راستای حفظ مسلمات فقهی و عموماً ادله در این عقد، ایجاد این اختلاف را با انضمام عقد مجزایی رفع نموده است؛<sup>۱</sup> زیرا موظف به تبعیت از مقررات فقهی و پوشاندن لباس حقوقی بر آنها می‌باشد. با رشد روابط مالی و تجاری، اشخاص و حکومت در انجام اقدامات درآمدزای خود، ناگزیر از انجام معاملات بوده که تحقق ضمان در آن، قهری و از بطن تلازم طبیعی نفع و ضرر حاصل می‌گردد که زمینه‌ساز اختلاف نگرش نسبت به این تلازم در مضاربه است. شرط ضمان و امکان پذیرش و ارائه راه حل برای تبیین فضای کارآمدی مضاربه، مورد توجه بسیاری است، در حالی که تلازمش با نفع و ضرر، بر مبنای اراده طرفین معامله در حفظ خویش از آسیب و یا منفعت مجزا برای خود با رضایت طرف مقابل است که القای ضرر و ضرار به غیر را به همراه ندارد و قاعده «العقود تابعه للقصود» شامل آن می‌شود. رویکرد بهره بردن از استدلال‌های فقهی، در کنار استدلال‌های صوری<sup>۲</sup> که شریعت آنها را پذیرفته و تقریب آنها به یکدیگر، می‌تواند به اختلاف پایان داده و زمینه‌ساز کارآمدی مضاربه با شرط ضمان در فضای معاملات امروزی گردد. گسترش بهره‌گیری از اصول و ابزارهای استنباطی در فقه، فهم و کشف ابعاد مختلف موضوع و دسته‌بندی آنها و کشف ارتکاز عرف را رقم می‌زند. تأثیر اهرم فقه که صدق قضایا مفروض و استنباط احکام جدید با آن است و بنیان حقوق را بر عهده دارد، در موضوع تلازم ملحوظ است. قانون‌گذار بر همین اساس به دنبال پایان دادن به تقابل دیدگاه‌ها در زمینه قبول یا رد شرط ضمان در مضاربه است. البته عقلانیت حاکم بر استدلال‌های منطقی، حکم به صحت چنین نتیجه‌ای را زمانی که طبق ضوابط منطقی از

۱. ماده ۱۲ بخشنامه اجرایی مضاربه (۱۳۶۳): «بانک‌ها موظفند برای جبران خسارت وارده بر اصل سرمایه ضمن عقد صلح موضوع ماده ۸ این دستور العمل از عامل تعهد کافی اخذ نمایند».

۲. استدلال‌های صوری صرفاً براساس صورت استدلال و بدون توجه به ماده صورت می‌گیرند و می‌توان آنها را ساختارهایی صادق نامید که هر ماده‌ای که در آنها قرار داده شود با فرض صدق مقدمات، منتج به نتیجه صادق می‌شود (الشریف، محمد مهدی، منطقی حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲)، ص ۴۰۸.

مقدمات صادق استنتاج شده باشد، می‌دهد و پذیرش عقد جدید بدون لحاظ شرط ضمان منطبق بر اراده طرفین، منطقاً به صدق این نتیجه رخ نمی‌دهد. با پذیرش ضمنی استدلال‌های فارغ از فقه در تزریق شرط ضمان، می‌توان از مکتب پوزیتیویسم بهره جست که اگرچه نتوانسته به عنوان یک جریان در اندیشه فلسفی ما حضور یابد، ولی نگرش قانون‌گذار در بطن قوانین این احتمال را قوت می‌دهد که شاید توانسته در حقوق ما ریشه دواند.

غایت پوزیتیویسم با فقه که نقش اراده را در ایجاد تعهد اساسی می‌داند، هم‌سو و اراده قانونگذار را در طول اراده طرفین بلکه در رأس آنها و برعکس می‌داند. پوزیتیویسم با این نگرش که واقعیت خارجی عقد توسط طرفین ساخته می‌شود، رابطه مستقیم میان ماهیت عقد و گزاره‌های تکمیلی آن را ذیل قصد افراد می‌پذیرد و سازندگان را مقید بر تبعیت از الگوهای قانونی نموده است. قانون‌گذار نیز باید از میان اراده‌های متصور در واقعیت خارجی مثل شرط ضمان مضاربه، ظرفی برای اجرای آن تعریف نماید که بتواند عملیات حقوقی کارآمد را بروز دهد؛ زیرا عقد تابع قصد است. هدف پوزیتیویسم رفع محدودیت‌ها در حقوق است و در مرحله ثبوت با رویه برخی فقها هم‌سو می‌باشد و با توجه به اینکه معامله، براساس اراده است، می‌توان استنتاج نمود که به جای پیشنهاد انضمام عقد صوری صلح و هبه در ضمن مضاربه برای تصحیح شرط ضمان عامل و فرار از عاقبت مبطل چنین شرطی، بهتر است این عقد را مستقل و تابع ماده ۱۰ ق.م. دانسته و برای اراده طرفین آزادی کامل در توافق بر شروط مد نظرشان قائل شویم.

## ۱. پوزیتیویسم حقوقی

پوزیتیویسم بر ماهیت قراردادی حقوق تأکید<sup>۱</sup> و دربردارنده آثار غلبه نگاه اثبات‌گرایانه بر دانش بشری و نیز حقوق است. «پوزیتیویسم» از ریشه «پوزیتیف» و به معنای مفید، دقیق، یقینی است.<sup>۲</sup> علم و فلسفه که دربردارنده سه مرحله ربانی، فلسفی و تحققی‌اند، مبانی مکتب شدن پوزیتیویسم هستند. مرحله تحققی آن به رغم بداهت خود در فلسفه حقوق، توانسته معنا و جایگاه بیابد و علم حقوق را متأثر سازد و به سراغ قانون به عنوان محوری‌ترین مؤلفه

۱. زر نشان، شهرام و میرجعفری، حسین، «جایگاه پوزیتیویسم حقوقی در ارکان ملل متحد»، *مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۸، شماره ۴، (۱۳۹۷)، ص ۷۱۶.

۲. ملکیان، مصطفی، *تاریخ فلسفه غرب*، (تهران: دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، ۱۳۷۷)، ج ۴: ص ۱۸۹.

نظام‌های حقوقی برود؛ زیرا قانون مهم‌ترین عنصر در نظام حقوقی مدرن است؛ زیرا حتی حق نیز در این نظام براساس قانون رسمیت می‌یابد.<sup>۱</sup> پوزیتیویسم دارای سه کاربرد متفاوت و هر سه با موضوع منطق حقوق ربطی وثیق دارد؛ یا به معنای مفهوم خاصی از «علم حقوق» است، یا یک نظریه حقوق خاص مدنظر است و یا نوعی ایدئولوژی است. رویکرد آن در کاربرد اول، اعتقاد به مطلوب و امکان تشکیل «علم حقوق» به معنای واقعی و براساس مدل علوم طبیعی است،<sup>۲</sup> اما به عنوان نظریه حقوقی بر اندیشه تمایز بین حقوق و اخلاق استوار است که می‌گوید مفهوم حقوق را نمی‌توان با ارجاع به اخلاق تعریف کرد و صرفاً می‌توان آن را براساس قدرتی که آن را بیان نموده یا از طریق کارآیی و تأثیر آن تعریف نمود. در کاربرد سوم حکم به اطاعت از قانون موضوعه مدنظر است، خواه به این دلیل که قانون درست و حق است و خواه به این دلیل که صرفاً «حقوق» است و از آن باید اطاعت نمود.<sup>۳</sup> این مکتب، قائل به اعتباری بودن قواعد حقوقی است که به معنای حقوق ایجاد شده برای انسان به کار می‌روند و حقوق تحقق‌ی در آن نقطه مقابل حقوق طبیعی افراد است و قوانین آن کشفی شمرده می‌شوند و گاهی ناظر به منشأ ایجاد حقوق و انشا است که آن را انسان و در معنای موسّع خدا تشریح کرده باشد. با این اوصاف حضور پوزیتیویسم، زمینه ارائه گفتمانی نظام‌مند را ایجاد نموده که محتوای قانون را مفروض می‌داند و صرفاً به دنبال ساماندهی منابع و نهادهایی در دستگاه حقوقی در نظمی هنجاری در قالب حکومت قوانین است. غالب طرفداران آن، حقوق را دستور حاکم می‌دانند اگرچه حقوق شامل اراده انسان است ولو به صورت دستور حاکم نباشد که به شکل مستقیم یا غیرمستقیم ظهور می‌یابد. فرمان غیرمستقیم حاکم را می‌توان عرف و استنباط قضایی محاکم دانست. البته با مسامحه می‌توان تمام موارد را در زمره حقوق محسوب داشت؛ زیرا هر جا حاکم در برابر آن سکوت کرده، کشف می‌شود که حاکم به قانون بودن آن رضایت دارد.<sup>۴</sup> پوزیتیو گاهی

۱. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، (تهران: دراک، ۱۳۹۳)، ج ۲: ص ۶۱.

۲. مقصود از علم شناخت موضوع خارجی است. موضوع نمی‌تواند چیزی جز حقوق وضع شده توسط قدرت سیاسی باشد و حقوق طبیعی و اخلاق از قلمرو آن خارجند.

۳. لازمه پذیرش دیدگاه اخیر روی آوردن به منطق استنتاجی و طرد منطق خطابی و اقناعی که دغدغه آشتی دادن متن قانون با آرمان عدالت در استدلال قضایی را دارد، خواهد بود. (الشریف، پیشین، ص ۱۰۲-۱۰۳)

۴. حکمت‌نیا، محمود، آرای عمومی، (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۲)، ص ۱۹۰-۱۹۱.

قضات را شامل می‌شود که به‌عنوان نماینده حکومت در تصمیم‌گیری باید به قواعد موجود از قبل توجه و ملاک عمل قرار دهند و قواعد حقوقی که حاوی اعتبار محض از ناحیه قانون‌گذار است را با موضوع پرونده پیوند زنند.

## ۲. قاعده تلازم نفع و ضرر

تاکنون به این قاعده در معاملات به‌عنوان قاعده فقهی مجزایی پرداخته نشده است. ذات تلازم مقدمه اعطای فرصت بهره‌گیری از سرمایه دیگران است که تالی ضمان را قهراً همراه خود دارد. حسن و قبح عقلی، اقتضای ذات معاملات سرمایه‌ای را هم‌سوئی با ضمان می‌داند. برخی قائلند چنانچه عقل مستقلاً حکم به دفع ضرر نماید شارع از باب تلازم آن را می‌پذیرد؛ چراکه حکم عقل خود مرتبه‌ای از علل احکام شرعی است نه معلول آن و بدین نحو پیرو حکم شرع حساب می‌شود.<sup>۱</sup> عقل به‌عنوان دلیل مستقل، وقوع تلازم در مضاربه را به تبع پذیرش موضوع دفع ضرر، تأیید می‌نماید. عدم اعتنا به تلفیق نفع و ضرر در عصر کنونی که توسعه روابط معاملاتی با مسئله تورّم همراه است و وقوع ضرر را قطعی می‌نماید، عقلاً قبیح است و عقل، صراحتاً خواستار جبران ضرر است. شارع در تأیید عقل، مسیر ضرر در مضاربه را به‌طور حساس رصد نموده و با تأیید وقوع آن، جبران خسارت وارده از سوی سرمایه‌پذیر را ضمان دانسته تا راه جبران خسارت را هموار سازد. پس عقل و شرع هر دو ضرر و نفع را جزو لاینفک در اقدامات متصرفانه می‌دانند و می‌توان به جهت حضور هم‌زمان این دو در مبادلات، قائل به تلازم میان آنها شد؛ زیرا تلازم احکام عقل و شرع از مسلمات است. مشهور قائلند تلازم میان حکم عقل و شرع در جهت تقریب اثبات این ملازمه است و شارع یکی از عقلاً بلکه سرور آنها است. حسن و قبح نزد عقلاً ملازم با این است که شارع نیز اینگونه حکم کند.<sup>۲</sup> فقها به تلازم تصریح نکرده‌اند، اما مذاقه در قواعد فقهی، حضور ضمنی این تلازم در تمام روابط تصرفی را نشان می‌دهد و عمومیت قواعد «علی الید ما أخذت حتی تؤدیة»، «من له الغنم فعلیه الغرم»، «تلازم بین نماء و درک»، «ان ضمان الشی و درکه یازاء منافعه»، «الخراج بالضمان» و «کل عقد لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» و برعکس آن، اعم از قهری و ارادی، ممزوج با نفع و ضرر هستند.

۱. نائینی، محمدحسین، *اجود التقریرات*، (تهران: نشر صاحب الامر «عج»، ۱۳۷۷)، ج ۲: ص ۱۸۸.

۲. صدر، محمدباقر، *الدروس فی علم الاصول*، (قم: دار الصدر، ۱۴۲۹ق)، ص ۴۲۸.

دستیابی به این حضور در مضاربه، در مقام شرط ضمن عقد است؛ زیرا ذات معاملات منطبق بر نوسانات است و اقدامات سرمایه‌پذیر از آن در امان نبوده و به همین دلیل مشهور فقها موافق بطلان شرط ضمان عامل ضمن مضاربه هستند.<sup>۱</sup> مخالفان قائلند شرط ضمان عامل لطمه‌ای به ذات عقد نمی‌زند و منافاتی با امانت بودن سرمایه در ید وی ندارد و در بسیاری موارد، ید متصرف محکوم به ضمان است مانند عاریه طلا و نقره یا عاریه‌ای که شرط ضمان شده است و مقبوض بالسوم و مانند آنها و در تمام این موارد شرط مخالف مقتضای اطلاق عقد و صحیح است نه مقتضای ذات.<sup>۲</sup>

### ۳. عقد مضاربه

عقدی که مالک، مالی به عامل بدهد تا با آن تجارت کند و سود حاصل میان آنان تقسیم شود.<sup>۳</sup> برخی عین بودن<sup>۴</sup> را ملاک و برخی آن را منحصر در دینار و درهم دانسته و بر غیر آن تسامی ندارند.<sup>۵</sup> برخی قائل به تعمیم آن به غیر از دینار و درهم بوده و معامله با نقد رایج را مضاربه صحیح دانسته و قائلند سرمایه اولیه باید پول باشد و بیان درهم و دینار از باب غلبه و رواج در گذشته بوده<sup>۶</sup> و سود از طریق اقدامات غیر از تجارت را ذیل مضاربه نمی‌پذیرند.<sup>۷</sup>

۱. کرکی، علی، جامع المقاصد، ج ۸ (قم: مؤسسه آل‌البیت «ع»، ۱۴۱۴)، ص ۵۴؛ حرعاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۹ (قم: مؤسسه آل‌البیت «ع»، ۱۴۰۹)، ص ۲۱.
۲. نجفی، محمد، جواهر الکلام، ج ۲۶ (لبنان: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۹)، ص ۳۴۲.
۳. بنی‌هاشمی خمینی، محمدحسن، توضیح المسائل دوازده مرجع تقلید، ج ۲ (قم: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت «ع»، ۱۳۷۸)، ص ۱۴۰.
۴. شیخ طوسی، محمد، المبسوط، ج ۳ (تهران: المکتبه المرتضویه)، ص ۱۶۸.
۵. شهید ثانی، زین‌الدین، مسالک الافهام، ج ۴ (قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳)، ص ۳۵۳.
۶. ابنبراج، عبدالعزیز، المهذب، ج ۱ (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶)، ص ۴۶۰ / امام خمینی، روح‌الله، العروة الوثقی، ج ۵ (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی «ره»، ۱۴۲۲)، ص ۱۴۷.
۷. خویی، ابوالقاسم، کتاب المضاربه، (قم: المطبعه العلمیه، ۱۴۰۸)، ص ۲۱.

#### ۴. تحلیل نظری ابتدای عقد مضاربه بر تلازم نفع و ضمان

##### ۴-۱. از منظر فقه

اصل اولی در حکومت اسلام، اتّصاف به وصف اسلامی بودن است و فقه در این میان حاوی اسلوب آن در جامعه است. پس تحت آن در همه سطوح به ویژه معاملات قانون‌گذاری می‌شود؛ به شکلی که ایجاد قوانین مهم رسالت اسلام بوده و عمل به آنها وظیفه شرعی است. پس باید حدود تسلّط و تکالیف حاکم و حقوق و آزادی افراد مطابق موازین شریعت معین شوند که نقض آنها در حکم خیانت در امانت است. البته مقررات نزد شارع در همه موارد یکسان نبوده و بعضاً در اموری به بشر اختیاراتی در توسعه و تضییق آنها بر حسب مصالح و مفسد در مرحله اجرا همچون احکام تعزیری، داده است. فقها نیز در روابط مالی در ارائه تفسیر بر مبنای طریقتی الفاظ به منظور رعایت هدف شارع و تسلّب بر الفاظ، تلاش نموده‌اند از انحراف مسیر جلوگیری نمایند. لزوم رعایت احتیاط، تبدل حکم به تبع تبدل موضوع و استناد به قواعد تراحم و عناوین ثانویه برای عدول از احکام اولیه، اموری است که در موضوعات مختلف الاقوالی مانند شرط ضمان عامل در مضاربه باید مورد دقت قرار گیرد. شرط ضمان، برخاسته از تفاوت نگرش‌ها در نحوه تلبس حکم بر موضوع و یا شیوه تظنن در شناخت منطق استدلال‌های فقهی است و به‌جز نظریه مشهور که قائل به منع شرط ضمان عامل و باطل و مبطل بودن آن است، اقلیتی قائل به صحت و حلیت بوده، البته برخی همچون شهید صدر جریانی نو در رشته افکارها پیرامون این شرط، ارائه داده است.

##### ۴-۱-۱. دیدگاه مشهور

فقهای متقدّم و متأخّر نسبت به جایز یا لازم بودن مضاربه و شروط آن، نظرات و راهکارهای متمایزی ارائه داده‌اند. برخی مضاربه را جایز دانسته‌اند، مگر در ضمن عقد لازمی ذکر و یا در ضمن همان عقد شرط لزوم کرده باشند.<sup>۱</sup> برخی آن را عقد مرکب دانسته که اگر عامل کار خود را انجام دهد و معامله صحیح باشد ولی سودی در آن محقق نشود در حکم امینی که مالی را به ودیعه گرفته است. اگر سودی در آن ایجاد شود کار او از باب شرکت بوده و اگر عامل، تعدی و در مال تصرف نامشروع نماید، غاصب و اگر در مال تصرف

۱. محدث قمی، عباس، الغایة القصوی فی ترجمه العروة الوثقی، ج ۲ (قم: منشورات صبح پیروزی، ۱۴۲۳)، ص ۳۶۹.



مشروع نماید و کیل اشد و اگر عقد باطل باشد و سودی هم حاصل شود، داخل در عنوان اخیر بوده که کاری را انجام داده است و باید اجرة المثل به او پرداخت شود.<sup>۱</sup> در نظریه شرکتی بودن مال از یک طرف و عمل از طرف دیگر و سود به نسبت شرط بین آنها تقسیم می‌شود و خسارت بر صاحب مال است که برخی فقها در مضاربه آن را صراحتاً نوعی شرکت می‌دانند و برخی از آن به «شرکت المضاربه» تعبیر کرده‌اند.<sup>۲</sup> در عقد شرکت موضوع تابع اراده و خواست مشترک طرفین است و بنابراین باید طرفین بتوانند چیزی غیر از تجارت را موضوع عقد شرکت قرار دهند و اشکالی در آن نیست. این دیدگاه، مطابق نظر برخی است که شرکت وجوه و اعمال را صحیح می‌دانند که سهمی از سود در مقابل مال و سهم دیگری در مقابل عمل قرار می‌گیرد، ولی به دست آوردن سود باید از طریق تجارت باشد.<sup>۳</sup> البته بعضی اگر تحصیل سود از غیر از تجارت مانند زراعت باشد اشکال کرده‌اند و می‌گویند مستفاد از ادله مضاربه تجارت است و در صورتی که غیر تجارت را براساس عموماً درست بدانیم، در عنوان مضاربه داخل نیست.<sup>۴</sup> ماده ۳۶ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، مضاربه را قراردادی که به موجب آن یک طرف عهده‌دار تأمین سرمایه می‌گردد، با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند، می‌داند. پس مضاربه عقدی جایز و بر اثر آن بین مالک و عامل رابطه مدنی در قالب شرکت ایجاد می‌شود. در فقه نیز با عنایت به حساسیت جلوگیری از تحقق ربا در نحوه اعمال شرط ضمان عامل، مشهور قائل به بطلان شرط و عقد شده‌اند. برخی شرط بر عاملی که با اصل سرمایه کالایی تهیه کند و در نمائات آن کالا با هم شریک بشوند، بدون اینکه عملی روی آن انجام شود را باطل می‌دانند؛ زیرا مقتضای مضاربه، اشتراک در سود حاصل از تصرف در سرمایه است.<sup>۵</sup> بعضی در تأیید این دیدگاه، دادن سرمایه توسط مالک و انجام عمل توسط عامل و اشتراک در سود، خواه نماء فعل عامل یا نماء مال مضارب باشد را قراض دانسته هرچند که خود در نهایت قول به فساد را

۱. شهید ثانی، پیشین، ج ۴ (۱۴۱۳)، ص ۳۴۴.

۲. قلعجی، محمد، معجم لغة الفقهاء، ج ۱ (قم: کتابخانه مدرسه فقهت)، ص ۴۲۴.

۳. سبحانی، جعفر، (۱۳۸۸)، مبحث شرکت‌ها.

۴. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، العروه الوثقی، ج ۵ (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۰)، ص ۱۴۴.

۵. محقق حلی، نجم الدین جعفر، شرایع الاسلام، ج ۲ (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۰ق)، ص ۱۱۰.

اقوی می‌دانند.<sup>۱</sup> البته عده‌ای، تحصیل سود از غیر تجارت را به دلیل شمول عمومات «أوفوا بالعقود»، «تجارة عن تراض» بعید ندانسته و نهایت اشکالی که می‌گیرند در فرضی است که آن را در عنوان مضاربه داخل ندانند.<sup>۲</sup> برخی مضاربه را عقد غری<sup>۳</sup> می‌دانند که شارع به دلیل نیاز و حاجت مردم آن را تشریح کرده است.<sup>۴</sup> پس ماهیت نفع و ضرر در دل مضاربه نهفته و قابل تخمین دقیق نیست و فقه در قالب غرر از آن یاد می‌کند. وقتی این مقدار جهل در مضاربه و معلوم نبودن مقدار عمل عامل پذیرفته شده باشد پس در مواردی که میزان معلوم است و فقط نوع آن تجارت نیست، نباید با اشکالی مواجه باشد.

#### ۴-۱-۲. نگرش شهید صدر

ایشان برخلاف نگاه اجماعی به مسئله مفسد بودن شرط ضمان از سوی فقها، فقه را یک نظام و مجموعه اجزای هماهنگ می‌داند که هر بخش نمی‌تواند با بخش دیگر ناهماهنگ و یا در تضاد باشد و هر جز مکمل جزئی دیگر و در مجموع هماهنگ است. اگر حکم برخاسته از شریعت باعث ناکارآمدی و ایجاد مشکل اقتصادی شود، می‌توان طبق فتاوی غیرمشهور، حکمی جایگزین نمود تا آن مشکل برطرف شود. نظریه «فقه نظام» ایشان انگشت ایراد خود را به سمت هدف بی‌نقص دانستن مضاربه با عنایت به رشد اقتصادی و نیازهای جدید معاملاتی برده و انعقاد مضاربه را با توجه به محدودیت‌های فعلی، موجب ایجاد دشواری در عرصه اقتصادی می‌داند. دیدگاه کشفی ایشان نسبت به بهره‌وری از فضای منطقه الفراغ و شرط ضمان عامل که موجب تغییر عقد مضاربه به قرض است<sup>۵</sup> را بسیاری از فقها تأیید کرده‌اند.<sup>۶</sup> وی معتقد است محقق اقتصاد اسلامی، در مرحله سوم قرار

۱. نجفی، پیشین، ج ۲۶ (۱۴۰۹)، ص ۳۴۴.

۲. خویی، پیشین، ص ۲۱.

۳. شهید ثانی، پیشین، ج ۴ (۱۴۱۳)، ص ۳۵۵.

۴. حسینی عاملی، محمدجواد، *مفتاح الكرامة*، ج ۷ (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۹۱)، ص ۴۴۷.

۵. وجود عنصر ریسک برای صاحب مال و عدم ضمانت مال به وسیله عامل، شرط اصلی صحت مضاربه است. بدون آن، قرارداد تبدیل به قرض و دیگر مضاربه نیست و کل سود مال عامل می‌شود (صدر، ۱۴۲۹)، ص ۵۷۳.

۶. ابن‌ادریس، محمد بن منصور، السرائر، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰)، ص ۴۰۹ / ابن‌حمزه، محمد بن علی، *الوسيلة*، (قم: کتابخانه عمومی آیت‌الله‌مرعشی نجفی «ره»، ۱۴۰۸)، ص ۲۶۳ / فیض کاشانی، ملامحسن، *الوافی*، ج ۱۸ (اصفهان:

مکتب امام امیرالمومنین «ع»، ۱۴۰۶) ص ۸۸۰ / شهید ثانی، پیشین، ج ۴ (۱۴۱۳)، ص ۳۴۳.

دارد و وظیفه خداوند نیست که تمام واقعیت‌های جهان را بیان کند، بلکه با دانش کامل به واقعیت‌ها و هست‌ها و نیز با علم به ارزش‌ها و قاعده‌های اساسی، برای اصلاح امور دنیا و آخرت، حکم‌ها و قوانینی را بیان کرده است که از مبانی هستی‌شناسانه و قاعده‌های منسجم نشأت گرفته‌اند که مستقیماً به آنها دسترسی نداریم ولی همین‌ها تبلور همان مبانی منسجم هستند، بنابراین می‌توان از طریق آنها به مذهب اقتصادی دست یافت. پس تنها روش مطالعه اقتصاد اکتشاف و حرکت از روبنا به زیربنا است. ایشان ارائه راه‌حل برای شرط ضمان در مضاربه را از سنخ فقهی و کشفی از متون شریعت می‌داند و با کشف نظریات فقهی در اقتصاد اسلامی، از یک الگوی پنج ضلعی؛ شامل مکشوف (نظریه مذهبی)، کاشف (فقیه اقتصاددان)، منبع کشف، مراحل کشف و مبانی کشف تبعیت می‌کند.<sup>۱</sup> توجه به هدف قانون‌گذار در توسعه و تضییق مدلول حکم و عنایت به اهداف کلی در مقام اجتهاد و تعارض و ترجیح یکی از چند حکم در فقه و دقت به رکن‌های «منافات با غرض شارع»، «نقض غرض»، «موافقت با غرض شارع» و یا «استلزام لغویت»، در دسترسی به تلازم مهم است؛ زیرا مثلاً مستند اصلی فقهای که حیل‌های فرار از ربا را نامشروع می‌دانند استلزام لغویت حکم حرمت ربا و منافات آنها با غرض شارع از وضع حکم است.<sup>۲</sup> در عین حال بیش از پنج درصد از احکام به دست آمده از نصوص، روشن و یقینی نیستند و دسترسی به حکم واقعی، بعضاً مشکل است و شارع با قراردادن مسیر اجتهاد، دروازه‌های تفحص و استخراج را باز نهاده تا حکم استخراج شود، اگرچه با آنچه در عالم ثبوت است فرق داشته، ولی به جهت شایستگی علمی و روش مناسب نزد خدا حجّت باشد. در نتیجه می‌توان مذاهب گوناگون اقتصادی داشت که همگی آنها از راه اجتهاد کسب و حجت نزد خدا هستند، اما اجرای همه آنها در زمان و جامعه واحد ممکن نباشد. پس پژوهشگر اقتصاد اسلامی می‌تواند مذهب اقتصادی برتر را برای اجرا برگزیند. این مذهب اقتصادی باید

۱. قاسمی اصل، محمدجواد، بررسی و تحلیل جایگاه استقرار در روش شهید صدر در اقتصاد اسلامی، (قزوین: مؤسسه

امام خمینی «ره»، ۱۳۹۳)، ص ۱۲-۴۲.

۲. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۵ (قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۶۸)، ص ۵۳۰ / سبحانی، جعفر، نظام الطلاق فی الشریعه

الاسلامیه الغراء، (قم: مؤسسه امام صادق «ع»، ۱۴۱۴)، ص ۲۲۴.

دارای قوی‌ترین و تواناترین عناصر در حل دشواری‌ها و گره‌های اقتصادی و تحقق‌بخشی به اهداف عالی اسلام باشد.<sup>۱</sup>

#### ۲-۴. از منظر حقوق

##### ۱-۲-۴. جهت فکری قانون‌گذار در قوانین

تردیدی نیست که قانون‌گذاری در حکومت اسلامی با در نظر گرفتن مبانی شرعی صورت پذیرفته است. قرابت فقه و حقوق و ارتباط تنگاتنگ قوانین با فقه بر هیچ ناظری پوشیده نیست به گونه‌ای که در برخی حوزه‌ها از جمله عقود، تقریباً قوانین ترجمه کتب فقهاست. اصل ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی گواه بر این مطلب و رعایت آن در تدوین قوانین است. نظرات قانون‌گذار در مضاربه در مواد ۵۴۶ تا ۵۶۰ قانون مدنی در کنار موضوع ضمان، به طور گسترده در بطن قوانین محل ایستایی و تأمل مستقل است. در قانون مدنی تمایل به مبانی فقهی ضمان و پایبندی بر اصول فقهی آن بیشتر است. متبادر از احکام آن است که جهت فکری، مطلوبات بالعرض و اموری ابزاری را برای اجرای حکومت و بسط عدالت در جامعه به عنوان هدف قرار داده است و ابزار نقش تعیینی و مؤثر در تقنین داشته و حکومتی مورد نظر است که با اجرای این احکام و مقررات تحقق می‌یابد. البته برخی قائلند ابزار خود اصالت داشته و صرفاً مقدمه حکومت محسوب نمی‌گردند که این نظریه با عنایت به کلام امام خمینی (ره) که حکومت را مقدم بر احکام فرعی معرفی نمودند<sup>۲</sup> در تعارض است؛ زیرا حکومت اساس بوده و این ابزار در مصاف با آن اصالت کافی نداشته و در تعارض ناگزیر از پذیرش تغییر در ابعاد مختلف خویش هستند.

##### ۲-۲-۴. دیدگاه دکترین

ترکیبی دانستن ماهیت مضاربه از عقود جایز دیگر همچون وکالت، ودیعه و شرکت را برخی صحیح نمی‌دانند؛ زیرا هر کدام خصیصه‌های خاص خود را دارند، مثلاً با وجود شریک بودن مالک و مضارب در سود حاصل از تجارت، هیچ‌یک از آنها به دیگری در

۱. صدر، اقتصادنا، (بیروت: دارالتعارف، ۱۳۹۹)، ص ۳۶۲-۳۷۲

۲. موسوی خمینی، روح‌الله، صحیفه نور، ج ۲۰ (تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۶۹)، ص ۱۷۰.

زمینه اداره سود، اذن نمی‌دهد که تصور شود عقد شرکتی منعقد شده است.<sup>۱</sup> وکالت را نیز نمی‌پذیرند؛ زیرا هر نیابتی وکالت نیست، مانند عاریه و ودیعه که نیابت اصطلاحی هستند که در وکالت اینگونه نیست و نیابت به عنوان غایت و دلیل انعقاد عقد بوده که آن را از سایر نیابت‌ها مانند ودیعه، عاریه، شرکت مدنی و مضاربه جدا می‌کند یا امانت که ویژگی مهم و اصلی ودیعه است، اما در مضاربه مانند اجاره، امانت جنبه فرعی دارد. به همین دلیل ماده ۵۵۶ قانون مدنی مضارب را در حکم امین دانسته است، لذا مضاربه ماهیت خاص دارد و نیاز به تأسیس آن نیست. در عین حال، اجماع فقها بر فرض اعتبار، شامل مضاربه مؤجل نمی‌شود و باید از آن قدر متیقن گرفت و آن را صرفاً شامل مضاربه مطلق بدانیم. از طرفی شباهت زیاد مضاربه با مزارعه و مساقات ما را به سوی لازم دانستن مضاربه سوق می‌دهد؛ همانگونه که برخی حقوق‌دانان اذعان نموده‌اند.<sup>۲</sup>

در نقد ماده ۵۵۸ ق. م.، برخی هم‌سو با تفکر قراض مضاربه، ضمن بررسی نظرات گوناگون، برخلاف نظر مشهور و این ماده قانونی، شرط ضمان را مخالف اطلاق مضاربه و گنجاندن آن به صورت شرط فعل را صحیح می‌دانند.<sup>۳</sup> برخی دیگر مبنای ماده را درباره بطلان عقد و شرط آن با آنچه در مواد ۶۴۳-۶۴۴ ق. م. پیرامون عاریه بیان شده، در تعارض دانسته و قائلند در نظر عرف نیز چنین شرطی با مقتضای امانت و نمایندگی تباین ندارد<sup>۴</sup> و شرط خلاف مقتضای ذات عقد در صورتی توافق را بی‌اثر می‌کند که معلوم شود طرفین هیچ اثر حقوقی را به طور جدی اراده نکرده یا آنچه را که خواسته‌اند با قانون یا نظم عمومی مخالف باشد، وگرنه امکان دارد که شرط خلاف مقتضای عقد، توافق را به قرارداد مشروع دیگری تبدیل کند. پس در واقع، سؤال این نیست که آیا مشاع بودن سود مقتضای مضاربه است یا خیر؟ بلکه آیا توافقی که در آن سهم عامل به طور قطعی معین شده، با قانون یا نظم عمومی مخالفت دارد یا برطبق ماده ۱۰ ق. م. باید آن را نافذ شمرد.<sup>۵</sup> این سخن با نظریه

۱. شهبازی، محمدحسین، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵)، ص ۹۲.

۲. لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲ (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰)، ص ۱۱۰.

۳. صفار، محمدجواد، «نقد و تحلیل حقوقی ماده ۵۵۸ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب»، نامه مفید، شماره ۱۴، (۱۳۷۷)، ص ۱۵.

۴. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۲ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹)، ص ۷۱.

۵. کاتوزیان، حقوق مدنی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵)، ص ۱۱۸.

شهید صدر، از یک مبنا سرچشمه می‌گیرد. در مورد نوع عملیاتی که عامل انجام می‌دهد نیز بیان شده قراردادی هم که در آن نوع عمل غیر از تجارت است، براساس ماده ۱۰ ق.م، نافذ خواهد بود. برخی در تأیید این مدعا مواردی ذکر کرده‌اند که در آنها احکام مضاربه جاری است، اما در برخی دیگر جاری نیست و آنها را بر طبق ماده ۱۰ ق.م. صحیح می‌دانند.<sup>۱</sup> در نتیجه اگر مبنا را در مضاربه التزام قرار دهیم و متعاملین تعهدات خارج از ذات یا اطلاق عقد بر دوش یکدیگر بگذارند، می‌توانند از طریق درج شرط حاوی تعهد مزبور در ضمن عقد، به مقصود خود نایل شوند. در این صورت با تشکیل مضاربه براساس اراده طرفین، علاوه بر تعهدات ناشی از آن، به تعهدات دیگری نیز دست یافته می‌شود. البته عمل قانون‌گذار در بخش نخست ماده ۵۵۸ ق.م. در اشتراط ضمان دلالت بر رد این مدعاست؛ زیرا این اقدام، عقد را بر طبق بنای فقهی و قانونی آن، میان مالک و عامل باطل می‌گرداند.<sup>۲</sup> اگر جایز بودن مضاربه را بر فرض صحت اشتراط ضمان مضارب در آن بپذیریم، عامل می‌تواند با فسخ، خود را از این التزام برهاند، پس شاید این راه فرار مبنایی برای صحت این تعهد ضمن عقد باشد. بررسی‌ها نشان می‌دهد، وضعیت شرط ضمان عامل، با عنایت به فلسفه ضرر در مضاربه، مستلزم آنست که از موضوع، تنها در قلمروی مضاربه بحث نشود، بلکه در مستأجر در عقد اجاره، مستعیر در عقد عاریه، مستودع در عقد ودیعه، وکیل در عقد وکالت که اشخاص به نوعی بر مال غیر تصرف امانی دارند و به عنوان امین شناخته می‌شوند، قابل سرایت باشد؛ زیرا اگرچه قانون مدنی در مضاربه، شرط مزبور را موجب بطلان مضاربه دانسته، اما در عاریه تضمین مورد عاریه را پذیرفته و اعلام داشته که می‌توان بر مستعیر، شرط ضمان کرد.

الف) موضع حاکمیت اراده در روابط مالی در دو مکتب اسلام و پوزیتیویسم حاکمیت اراده به عنوان یک اصل در حقوق و مقتبس از مکتب اسلام، ذیل عبارت «العقود تابعة للقصد» و در حیطه عدم مغایرت با شرع است. این اصل ذیل ماده ۱۹۱ ق.م. انعکاس یافته و ضرورت آن در مرحله قصد انشا که زاینده عقد، توابع و حدود آن است، معرفی

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۲ (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۷)، ص ۱۹۶.

۲. بدین معنی که شرط ضمان مضارب ضمن مضاربه، از شروط باطلی است که مبطل مضاربه نیز خواهد بود (ماده ۲۳۳ قانون مدنی).

شده است. منتج از این اصل، اعمال حقوقی، آزادی شخص در انشای عمل حقوقی، مبادرت به تشکیل عقد یا ایقاع، انتخاب نوع عقد، ایقاع، طرف عقد، تعیین حدود آثار آن، شروط مندرج در عقد و نیز ساختن قرارداد در موارد مجاز است.<sup>۱</sup> برخی فقها در تبیین اراده قوانین را در دو دسته ثابت و متغیر تقسیم نموده‌اند. دسته اول، از شرع برخاسته و اعتبارشان در گروهی هم‌خوانی با حکم شریعت است و جز تعبد به منصوص شرعی، وظیفه‌ای در خصوص آنها متصور نیست. دسته دوم که جامعه و حاکم اسلامی براساس مشورت و بر مبنای ولایتی که از سوی شرع به او تفویض شده، می‌تواند در منطقه مباحات اقدام به وضع مقررات الزام‌آور نماید. اما نکته مهم در بطن قوانین عمومیت ماده ۱۰ ق.م.ا است که برخی اصل حاکمیت اراده در عقود و اراده طرفین را به استناد آن تحلیل نموده و معتقدند این ماده و ماده ۱۹۱ ق.م.ا، به عنوان قواعد عام‌الشمول در قراردادها، ناظر بر اراده طرفین در جهت انشاء التزام و الزام در آثار قرارداد بوده و برای ضمانت اجرای تخلفات در قرارداد کافی هستند.<sup>۲</sup> اگر تشکیل عقد در اسلام در طول اراده شارع است، پس قانون‌گذار در ماده ۱۰ ق.م.ا، حرفی غیر از نظریه شریعت بیان ننموده همچنان که برخی بیان داشته‌اند که عین مدلول ماده در استدلال‌های فقها تلویحاً و تصریحاً دیده شده است.<sup>۳</sup> البته عمومیت ماده دلالت بر حاکمیت اراده، بدون هیچ محدودیتی در موارد تراضی طرفین و اراده بر ایجاد قرارداد نیست، بلکه قوانین امری، نظم عمومی، اخلاق حسنه و تقلب نسبت به قانون، مواردی‌اند که طرفین نمی‌توانند بر خلاف آن تراضی نمایند.<sup>۴</sup>

به نظر می‌رسد مکتب پوزیتیویسم، مبنای اصلی و معیار مشروعیت قوانین را به‌طور کلی صرفاً در دو حیطه می‌داند: ۱- واقعیت‌هایی همچون طبیعت و فطرت که انسان باید به کشف آنها بپردازد؛ ۲- اراده و خواست انسان که ملاک اعتبار قوانین باشد و انسان خود مستقلاً به وضع قانون بپردازد و با این حساب گزاره‌های جعلی و یکسره در روابط مالی، مخلوق قرارداد اجتماعی یا اراده دولت‌اند؛ در حالی که مبنا در مکتب اسلام نسبت به

۱. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۳)، ص ۵۷.

۲. حائری، مسعود، تحلیلی از ماده ۱۰ ق.م.ا، (تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۷۳)، ص ۳۹.

۳. لنگرودی، حقوق مدنی، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸)، ص ۱۴۰.

۴. مختارچهاربری، اکبر؛ فرحزادی، علی‌اکبر، «تعیین قلمرو اصل آزادی قراردادی در پرتو تئوری حق و حکم»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۲۱، (۱۳۹۹)، ص ۱۸۶.

محدوده یک عقد و دستیابی به عدالت در آن برای طرفین و آثار آن در جامعه، در طول کشف اراده شارع و به مدد عقل نظری و مبتنی بر واقعیت‌های عینی است. البته تمامی این امور در نهایت محصول جعل و اراده تشریحی خدا هستند. در قلمروی پوزیتیویسم برخلاف اسلام، ایجاد و تغییر قواعد حقوقی عمدتاً به اراده قانون‌گذار است حتی تغییرات جزئی که به یاری تفسیر و استدلال قضایی هستند منتسب به اراده مقنن‌اند و فن تفسیر در این مکتب در حد ابزاری برای کشف تقلیل یافته و اراده از آن وی بوده و قانون فقط برای بیان آن است.

### ب) اعتبار قانون در بستر شناسایی هست‌ها از بایدها در مرحله تدوین

مکتب در هر نظامی، آئینه بایدها، نبایدها و تشخیص هست‌ها از بایدها است. هم‌پوشانی میان مکتب و قانون در قالب تلازم، موضوعی است که در سنجش اعتبار قانون در بستر بایدها و نبایدها در اختیار عموم قرار می‌گیرد و زمینه‌ساز توسعه یا تضییق اعتماد مردم به قانون است. تصمیمات قانون‌گذار نیز از شناخت نیازها، احترام به خواست مردم، توجه به رشد و گسترش رویه‌های رفتاری و معاملاتی شکل می‌گیرد. برخی در این باره قائلند: «کار شناخت با انسان عقل است، اما ایجاد هنجار یا وضع قانون، یک عمل شناختی نیست. خلق هنجار شناسایی یک موضوع از قبل موجود نیست، بلکه طلب ایجاد چیزی است که «باید» باشد»<sup>۱</sup>. بر مبنای تلقی رایج، قانون‌گذاری عملی ارادی و قانون ماحصل آن است که قانون‌گذار انشا می‌کند و لذا صدق و کذب، که وصف گزاره‌های اخباری است، میان‌های با فعالیت او ندارد،<sup>۲</sup> اما مکتب یک تئوری کلی است که هدف آن، کمال انسان و تأمین سعادت است و در آن خطوط اصلی و تمامی ملزومات مشخص است و منبع الهام مسئولیت‌ها می‌باشد. طرز تفکر مکتب درباره هستی، تکیه‌گاه فکری آن به شمار می‌رود که اصطلاحاً جهان‌بینی نامیده می‌شود. هدف‌ها، راه و روش‌ها، بایدها و نبایدها و مسئولیت‌هایی که مکتب می‌آورد همه به منزله نتایج لازم و ضروری جهان‌بینی است که عرضه داشته است.<sup>۳</sup> اگر مکتب و قانون، تلفیقی از عقل نظری و عملی در ارائه بایدها و

۱. الشریف، پیشین، ص ۶۱.

۲. نبوی، لطف‌الله، مبانی منطقی فلسفی، (تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۹)، ص ۸۹.

۳. مطهری، مرتضی، مقدمه‌ای بر جهان‌بینی اسلامی، (تهران: صدرا، ۱۳۷۵)، ص ۵۴-۴۶.



نبایدها در یک ارتباط صحیح و کارآمد معاملاتی باشند، تفکیک عقل به نظری و عملی، تبلور آن است که عقل عملی متوکی شناخت بایدها و گزاره‌های انشایی و عقل نظری ارائه‌دهنده شناخت هست‌ها و گزاره‌های اخباری است. پذیرش این تفکیک در تولید ماهیت انشایی قواعد حقوقی، مبتنی بر ادراکات اعتباری و طبق عقلانیت عملی است؛ زیرا برخلاف علوم نظری که برهانی هستند، قواعد جدلی بوده و قیاسی که در آنها است از مشهورات و مسلّمات تشکیل شده است.<sup>۱</sup> مکتب مجموعه نظریه‌هایی است که به مشکلات اقتصادی افراد و قانون مدنی بر جزئیات روابط مالی و حقوق شخصی و عینی ایشان اشاره دارد و براساس متون فقهی و به صورت مکتب اقتصادی اسلام، مطرح هستند و پیوند نیرومندی میان آن دو برقرار است؛ زیرا هر دو به ارگانسیم نظری واحدی تعلق دارند.<sup>۲</sup> قانون، روینای مکتب است و مطالبات اجتماعی در واقع، مقبولیت یک نظام حقوقی را با کارآیی آن گره می‌زند و استناد به علم و مکتب در تدوین تلازم از این نوع است. پوزیتیویسم نیز که حقوق را مجموع وقایعی می‌داند که دادرس را محدود می‌سازد، در مبانی خود تا حدودی به استنادات فقهی نزدیک است و در درک واقعیت جامعه آن را به عنوان علم تجربی نگریسته و بهترین راه حل برای رفع نیاز جامعه می‌داند. البته افراط موجود در آن به عنوان نقطه ضعف نمی‌تواند بایدها را از هست‌ها مانند اسلام مجزا ارائه دهد؛ زیرا با سیطره تدریجی تجربه‌گرایی در آن، راه‌های ایده‌پردازی از بین رفت و مبنادار بودن قوانین نفی و وضع ارزش‌ها به میل انسان واگذار شد که در نتیجه آن میان هست‌ها و بایدها فرق گذاشت؛ اما اسلام در تبیین عقود معاملاتی کارآمد، جامع و منطبق با نیاز جامعه به ارزش‌های اخلاقی به عنوان بایدها تصریح و در بطن قوانین تزریق کرد، ولی پوزیتیویست در اینکه آنها عنصر حقوقی، اثباتی و عینی باشند، تردید داشته و پیرامون آن بحث‌ها و سؤال‌های متافیزیکی و هنجاری فراوانی مثل میزان دخالت، استقلال و انفکاک حقوق و اخلاق کرده است.<sup>۳</sup> در نظر پوزیتیویسم، عینی بودن حقوق ذیل دو معنای اتکای حقوق به امور واقعی و یا عینیت روش شناسایی قواعد حقوقی است. انتخاب معنای تحقیقی برای حقوق با توجه به معانی و قرائت‌های متفاوت از پوزیتیویسم، در تعیین مفهوم حقوق

۱. طباطبائی، محمدحسین، *نهایه الحکمه*، (قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۳۰)، ص ۲۲۹.

۲. صدر، پیشین، (۱۳۹۹)، ص ۳۶۵-۳۶۶.

3. Hardin, Russell, "Law and Social Order Philosophical", *Issues II Social and Political and Legal Philosophy*. Vol. 21 No. 4 (2010), P 967-995.

و در نتیجه نسبت آن با منطق و انواعش، تأثیر مستقیم دارد.<sup>۱</sup> بررسی کارآیی و پاسخگویی به مطالبات جامعه در حقوق و اخلاق نشان می‌دهد، حقوق برای رسیدن به اهداف و درونی نمودن محتوای خود، نیاز دارد که بایدها را از قاعده شناسایی اخلاق کنار گذارد. نیازسنجی تقنینی برای ارائه بهترین باید در راستای آنچه هست، به وضع قوانین کارآمد کمک می‌رساند و مانع متروک ماندن قوانین به واسطه مطابق نبودن با نیازهای واقعی مردم و برآورده نساختن آنها می‌شود.<sup>۲</sup> اعتبار بایدها از بذر هست‌ها در مرحله تدوین تا اجرا که در قوانین مشاهده می‌گردد، متأثر از جامعه است و زمانی متناسب‌اند که در تدوین آنها، به جامعه توجه شود. در این صورت شهروندان، خود را ملتزم به اجرا و رعایت قانون دانسته و در نقطه مقابل، فرجام بی‌توجهی به این عوامل در قانون‌گذاری، عدم اجرای قانون توسط شهروندان است.<sup>۳</sup>

#### پ) مصاف پوزیتیویسم حقوقی با قانون‌گذاری اسلام در عقد مضاربه

تقابل یا هم‌سویی اسلام و پوزیتیویسم نسبت به مضاربه در درج شرط ضمان عامل است. برخی برای حلّ معضل و تبری مالک از ضرر و صحت مطالبه اصل سرمایه از عامل در صورت شکست خوردن سرمایه‌گذاری، متوسل به عقود ضمیمه‌ای شده‌اند. بایستگی قوانین شرعی در ارائه راهکاری برای حلّ نیازهای جدید در معاملات، با عنایت به اکمال دین و اتمام نعمت از سوی خدا، در متون فقهی، حضری و دارای اعتبار مستمر است، اما واقعیت کارآمدی در گذر زمان و رواج مسائل جدید نمایان و کاربری آنها در بروز ضروریات نوظهور مشخص می‌گردد و بهره‌بری از عقد را با ظرف جدید زمانی و مکانی نشان می‌دهد. اکمال کارآیی مضاربه که مدعای جمع بین اعتباریت و واقعیت در حقوق دینی را داشته نیاز به تبیین مستقل و نگرشی نو دارد. همچنان که سیره عقلا به طریق اولی قائل به تنظیم حرکت اراده بر انجام اعمال حقوقی است که رفع عسر و حرج و یا دفع ضرر می‌نمایند.

1. White, Brigit, Is There a Place for Morality in Law? (1996), P235.

2. Burton, J. K. & Merrill, P. F, "Needs assessment: Goals, needs and priorities", L. J. Briggs, Introduction to Instructional Design, Englewood Cliffs, NJ: Educational Technology Publications. (1977), P22 51.

۳. هاشمی، محمد، «تهذیب قوانین و راههایی که باید پیمود»، مجلس و پژوهش، شماره ۳، (۱۳۷۲)، ص ۲۵۱

اگر آنچه وضع می‌شود در عمل متروک بماند و در زندگی اجتماعی اثر نکند، نباید در شمار حقوق آورده و برعکس؛ قواعد ساخته‌شده عرف که در عمل از طرف عموم رعایت می‌شود، در زمره قواعد حقوقی است، هرچند که دولت در وضع آن دخالتی نداشته باشد.<sup>۱</sup> دلیل این امر، اهمیت غایت در یک موضوع حقوقی است که در قالب خاص مشخص و نقش محوری در حقوق را بر عهده دارد. غایت در نظام حقوقی قدرت زیرساخت‌ها است که بر تفسیر و اجرای قانون نیز اثر گذارده و نحوه استدلال از منطلق آن، به دست می‌آید؛ زیرا مبنای فرجام‌شناسانه دارد. اگر یک نیاز نوظهور در جامعه معرفی شود و احتمال اینکه دستورالعمل شرع نتواند راهی مجزا تعریف نماید مانند شرط ضمان اصل سرمایه و شرط لازم مجزای از عقد ذکر نماید که برخی آن را کارآمد ندانند<sup>۲</sup> و در عمل آن را عقد دیگر بدانند، باید پذیرفت راه‌حل در ورای اصرار بر باقی ماندن در مضاربه خلاصه می‌شود. بی‌تردید، استفاده از ابزار اصولی می‌تواند تابوی پایبندی بر مضاربه برای سرمایه‌گذاری و استناد به آن را بشکند. همچنان که برخی قائلند که علم حقوق، نیاز مستمر و شدید به تطور و تحول دارد و مصلحتی را می‌طلبد تا همت گمارد و مباحثی را از علم اصول فقه اقتباس و وارد این علم کند و در نتیجه، قواعد کلی را بنیان نهد تا در شرایطی که نصوص قانونی به دلایلی مانند پیچیدگی متن، تعارض، سکوت و جهات دیگر که مانع از استناد به قانون می‌شود، برای حل مشکل کافی نباشند، این قواعد مرجع تعیین حکم قرار گیرند و از تحکّم قضات و اجتهادات آنها که پایه درستی ندارد، جلوگیری شود.<sup>۳</sup> پس در چنین مواردی ضمانت‌اجرای راه‌حل مستقل که الزامی‌اند، ممکن است از روی اختیار و مبتنی بر قناعت ناشی از اراده آزاد نسبت به ضرورت این عمل باشد و یا از سر اجبار و با تهدید فرد متخلف به مجازات باشد.

اما پوزیتیویسم، مبنای حقوق را از قدرتی که آن را بیان نموده و یا کارآیی و تأثیر آن تعریف می‌نماید و قائل است که در اعتبار قوانین، اراده دولت حاکم است که به نوبه خود

۱. ساکت، محمدحسین، نگرشی تاریخی بر فلسفه حقوق، (تهران: شرکت انتشارات جهان معاصر، ۱۳۷۰)، ص ۱۱۰.

۲. بخش آخر ماده ۵۵۸ ق.م. برای باز کردن راهی است که بخش نخست بسته که مبنای آن نیاز صاحبان سرمایه به تضمین بیشتر برای به کار انداختن آن است و گرنه تفاوت دو بخش تنها جنبه نظری دارد (کاتوزیان، پیشین، (۱۳۸۳)، ص ۴۰۱).

۳. حکیم، محمدتقی، *الأصول العامة للفقهاء المقارن*، (بیروت: مؤسسه آل‌النبی، ۱۹۷۹م)، ص ۵۱.

زاییده قواعد حقوقی است و علم به نیازهای نوظهور و تلاش در جهت برطرف نمودن آنها، واجد جنبه کاشفیت و به حسب ذات خود مستقل از شرایط زمانی، مکانی، فرهنگ و اخلاق است. برخی نیز آن را شبیه فرمان یک فرد مسلح می‌دانند که تأکید می‌کند که حق از یک دارنده قدرت مرکزی و مطلق صادر می‌شود و متابعت از آن بر همه واجب است و کارآمدی روش، شرایطی از اعتبار و نه دلیل اعتبار است و قائلند هنجار قانونی، قبل از آنکه کارآمد باشد، معتبر است؛ اما در کل اعتبار مستمر آن به کارآیی سیستم قانونی بستگی دارد.<sup>۱</sup> برخی نیز حقوق را نظامی از قواعد اجتماعی می‌دانند که صرفاً تابع قواعد اولیه و ثانویه نیست و افراد نگرش‌های خاص به آن دارند و در جهت نقد هم از این قواعد استفاده می‌کنند؛ در نتیجه ممکن است قواعدی یا حقوقی دارای اعتبار لازم باشند، اما دارای کارایی لازم نباشند.<sup>۲</sup> در حالی که هدف پوزیتیویسم پیشبرد اجتماع و حل موانع کاربری هم چون مضاربه و سرمایه‌گذاری است که دولت با توجه به مطالبات با اراده حاکم دست به تغییرات بزند و مستند آن را واقعیت‌های بیرونی قرار دهد. البته اعتقاد صرف به واقعیت‌های بیرونی به عنوان مبنای تنظیم قوانین برخلاف اسلام، کلیه اصول ثابت را از بین می‌برد. پوزیتیویسم قانون را دارای ماهیتی صرفاً قراردادی می‌داند که راه‌حل جزمی در رفع ضعف یک عقد در آن دور از انتظار نیست، اما در اسلام ماهیتی اعتباری و متعلق جعل الهی و واقعی است و اراده تشریحی در آن هم‌سو با اراده تکوینی و مبتنی بر مصالح و مفاسد واقعی است. پس مصاف اسلام و پوزیتیویسم در فلسفه کارآیی مضاربه را می‌توان از نوع عموم و خصوص من وجه دانست که پذیرش اراده حاکم در هردو الزامی اما جنبه و مبنای اراده متفاوت است.

### ت) تسری روش پویای پوزیتیویسم حقوقی در قبول ضمان منفعل

محتوی باور در پوزیتیویسم متشکل از به کارگیری قواعد عرفی، عقلی و تجربی است. همانگونه که برخی در پی جست‌وجوی فهم حقوق طبیعی در عالم، معتقدند که تغییر جهان با تغییر فلسفه رخ خواهد داد و حقوق دانان و قضات برای تقویت جامعه باید به کارکردهای فلسفه حقوق روی آورند تا وفاداری به حقوق حفظ شود. ضمن آنکه جهت خواستگاه

1. Austin, John, The Province of Jurisprudence Determined, At Introduction to Jurisprudence, By M.D.A, Freeman, Sweet and Maxwell, (1996), 6th end, Co 184.

2. Hart, H.L.A, the European Journal of International Law, (2011), Vol4 EJIL, No 21.

کارآیی اقتصادی از حقوق الهی و اخلاق نشأت می‌گیرد و قضات که دارای تجربه اقتصادی هستند این آرامش را دارند که در حیطة حاکمیت رأی دادگاه عالی بوده و مشکل را رد نکنند، بلکه با استنباط از حقوق اخلاقی آن را حل نمایند.<sup>۱</sup> اهتمام پوزیتیویسم در فضای وجود مخاطره اقتصادی، تلاش در درک، دریافت و ارائه راهکار منطبق با واقع ذیل اراده حاکمیت است. رویدادهای اقتصادی مانند تورّم و تحریم که تأثیر مستقیم در روند معاملات دارند، سبب گردیده، صاحبان سرمایه به دنبال ضمانت از اصل سرمایه خود باشند. ضرر که در اسلام به عنوان خط قرمز بسیاری از قواعد از جمله لاضرر، غبن، غرر و ضمانید و در الزامات خارج از قرارداد به عنوان قوانین تکمیلی بیان شده‌اند، همگی بر این مدعا تأکید دارند که در فضای ظنّ وقوع ضرر، این حق برای طرف متضرر ملحوظ و در قالب شرط می‌تواند تصریح شود.

شرط ضمان عامل در مضاربه، از وضعیت منفعلی برخوردار است و انفعال مستقر در شروط ذیل آن به دلیل عدم جامعیت و مانعیت مضاربه در معاملات و روابط اقتصادی بوده که نتوانسته پاسخگوی نیازها و موقعیت‌های خطر باشد. در عین حال، اسلام نیز به عنوان مبنا و ملاک قواعد و قوانین در جامعه، صحت شرط‌ها را به داشتن ضابطه‌های خاصی منوط کرده است، از جمله اینکه مخالفتی با مقتضای ذات عقد نداشته باشد. در حالی که برخی، شرط ضمانت اصل سرمایه در مضاربه، را مخالف مقتضای عقد و باطل دانستند. نحوه نگرش به ضمان در پوزیتیویسم با عنایت به مسئله خسارت، که اشکال و انواع گوناگونی گرفته است متمایل به نظریه‌ای است که در بانکداری بدون ربا پذیرفته شده و شرط ضمان عامل نسبت به اصل مال در مضاربه را به انضمام عقد مجزا به کار برده است. در حالی که مطابق روایت‌های موجود، از جمله روایت حضرت رضا (ع)، در حال طبیعی در قرارداد مضاربه سود بین مالک و عامل به نسبت از پیش تعیین شده توزیع می‌شود، اما ضرر بر مالک است.<sup>۲</sup>

1. Fuller, Lon, Positivism and Fidelity to Law- A Reply to Professor, (1957), p634.

۲. عن ابی الحسن (ع) قال سألت عن مال المضاربه قال الربح بینهما و الوضیعه علی المال؛ از ایشان درباره مال مضاربه پرسیدم، پاسخ دادند: سود بین مالک و عامل توزیع می‌شود و زیان به سرمایه وارد می‌شود (حراعلی، پیشین، ج ۱۹: ص ۲۲).

### ث) سرمایه‌گذاری در قالب عقد جدید و کارآمد

اهرم‌های قانونی کارآمد در جهت به‌روز رسانی روابط اقتصادی منطبق بر شرایط زمانی مختلف، ضروری است. اسلام با توجه به جنبه تشریحی خود موکد مواد قانونی است و برنامه‌ریزی مدوئی نسبت به گذر زمان، مکان و سیر نیازمندی‌ها در جامعه از گذشته تاکنون را دارد. استقرا و تفتیش در احکام تشریحی و نظریات تفسیری مختلف فقها پیرامون روابط معاملاتی با عنایت به عمومیت برخی نصوص و قواعد فقهی متخذ از آنها، نشان می‌دهد هدف از تشریح احکام، توجه به مصالح عامه می‌باشد که بسیاری از این اهداف در ملازمه با عقل از غرض عقلایی نیز برخوردار هستند. حجیت احکام فقهی مترتب بر موضوع معاملات و روابط اقتصادی و دستیافت به عقد منطبق با نیاز جامعه از جمله رسالت اسلام است که با طراحی اصول و قواعد دقیق و مطابق با واقعیات روز میزان کارآمدی و چگونگی کاربرد این قواعد را در مرحله عمل هموار می‌سازد. از این حیث، نباید به جهت حفظ مقاصد شریعت تصمیم و رویه فقها در تعیین مبانی نظری و بنیادهای قواعد و احکام اختصاصی معاملات و سرمایه‌گذاری در حیطه روابط اقتصادی که در قالب عقود جایز و لازم مشخص گردیده، کارگیری و میزان کارآمدی عقود مذکور در گذر زمان را نادیده انگاشت؛ زیرا ممکن است قواعد ارائه‌شده نسبت به عقود ملحوظه همچون مضاربه، در شکل‌گیری شرایط معاملاتی جدید در عمل، کارآمدی چندانی نداشته باشند و این موضوع می‌تواند از حیث جلوگیری از سقوط در ورطه خطوط قرمزی مانند ربا باشد و یا به دلیل عدم قابلیت نوع تشریح عقد مربوطه باشد و در چنین موقعیتی به حکم عقل و فرصت مغتنم و تصویب‌شده از سوی شارع در قالب منطقه الفراغ، می‌توان به گزینه‌های جدید به عنوان ایجاد فضای معاملات در قالب عقد جدید اندیشید. برخی فقها نیز به‌طور کلی این دیدگاه را پذیرفته‌اند و بیان می‌کنند که باید به مناطق آزاد فقهی توجه کنیم با این توضیح که نظام اقتصادی، مشتمل بر دو جنبه است: جنبه‌ای که به‌طور کامل بدان پرداخته شده و جنبه دیگری که تصمیم‌گیری درباره آن به دولت اسلامی، واگذار شده و منطقه آزاد فقهی به‌شمار می‌رود. پیامبر(ص) جنبه نخست را خود اجرا کرد و در جایگاه ولی امر، به پر کردن جنبه دوم نیز پرداخت و به‌رغم این که فرمان‌ها و اوامری که براساس ولایت امری صادر می‌شوند، احکام ثابتی به‌شمار نمی‌روند، چنین فرمان‌هایی می‌تواند روشنایی بخش و

الهام‌بخش روش‌های انجام این کار، متناسب با تحقق اهداف عالی اقتصادی باشند.<sup>۱</sup> بر این اساس در نظام حقوقی اسلامی منطقه‌ای فارغ از جعل و تشریح خاص وجود دارد که حاکم اسلامی با توجه به عناصری که شریعت مقرر نموده<sup>۲</sup> می‌تواند به قانون‌گذاری یا وضع قاعده حقوقی بپردازد.

قبول ناتوانی مضاربه در خدمت‌رسانی به همه نوع اراده طرفین معامله که با وجود تمام شرایط عمومی متعاملین، صرفاً به دلیل ارائه شرطی ضمن عقد برای عدم ضمان مالک و یا ضمان از اصل مال برای عامل که با عنایت به موقعیت حساس معاملاتی کنونی پذیرش آن دعوت به امر مالایطاق نبوده و برحسب اصل حاکمیت اراده نه تنها در اسلام بلکه در تمام مکاتب دیگر همچون پوزیتیویسم نیز مهر تأیید دریافت نموده و منبعث از نصوص به عنوان بخشی از قواعد حقوقی و همچنین احکام متغیر مبتنی بر مصلحت و چارچوب‌های کلان شریعت در مالانص فیه به‌عنوان بخشی دیگر از قواعد حقوقی که از نتایج<sup>۳</sup> بهره‌وری از ظرفیت منطقه‌الفراغ می‌باشد، می‌توان ترسیم و تحقق عقد مجزا در قالب عقد معین یا نامعین را در دستور کار فقها قرار داد. طریقی همچون منطقه‌الفراغ نشان‌دهنده انعطاف‌پذیری معقولانه با هدف پاسخگویی به مسائل متغیر و جدید در پرتو مبانی، اهداف و اصول پذیرفته‌شده نظام حقوق اسلامی است و اساساً وسعت ظرف حوزه فراغ، مقاصد الشریعه و عمومیت قواعد راهبردی دیگر، در شریعت و قانون‌گذاری، بر این بنا شده است که تشریح اسلامی فrazمانی و فرامکانی است و صلاحیت به کارگیری در زمان‌های مختلف را دارد و البته مکانیزم طراحی شده در موارد مذکور تحقق‌بخش این هدف نیز هستند. شارع نیز در راستای آینده‌نگری مبانی و قواعد نسبت به موضوعات متغیر که در محدوده مباحات به معنای اعم قرار می‌گیرند، بی‌توجه نیست و راه‌حل اختیار دادن به حاکم در وضع حکم مبتنی بر مصلحت عمومی را قرار داده است.<sup>۴</sup> نظریه اعطای اختیار به حاکم اسلامی نسبت به وضع قواعد حقوقی مبتنی بر مصلحت نیز از جهتی با نظریه‌های حقوقی پوزیتیویستی

۱. صدر، پیشین، (۱۳۹۹)، ص ۳۸۰.

۲. علیدوست، ابوالقاسم، «ادله عمومی قراردادها»، فقه اهل بیت، شماره ۶۶ و ۶۷، (۱۳۹۰)، ص ۳۳۷.

۳. نائینی، پیشین، (۱۳۸۲)، ص ۱۰۱.

۴. صدر، پیشین، (۱۳۹۹)، ص ۶۸۶ و ۶۸۹.

شبهت دارد که مبنا و منشأ قواعد حقوقی را در اراده حاکم معرفی می‌کنند مانند نظریه جان آستین که قانون را فرمان حاکم می‌داند که از ضمانت اجرا برخوردار است.<sup>۱</sup>

### ۳-۲-۴. اشکال اول و پاسخ آن

اگر نسبت به ارائه عقد جدید ذیل رعایت تمام اسلوب مندرج در عقود دیگر اشکال شود که صحیح نبوده و عقود حصری و شامل موارد ذکر شده در نصوص می‌باشند؛ پاسخ داده می‌شود بر فرض که صحت آن براساس این ادله مورد مناقشه قرار گیرد، می‌توان به عنوان یک تعهد ابتدایی چنین عقدی را صحیح دانست. در نتیجه اگر سرمایه‌گذاری به سرمایه‌پذیری مالی بدهد به مانند اینکه سهم الارث خویش را برای اینکه معطل نماند و استفاده اقتصادی شود و برحسب قاعده لاضرر حفظ اصل مال خویش در کنار سود یا ضرر آن را شرط این اقدام قرار دهد و سرمایه‌پذیر هم برحسب اقدامات خویش با سرمایه، سود حاصل را به نسبت معین میان خود تقسیم کند، چنین عملی را نمی‌توان ربا دانست؛ زیرا سرمایه‌گذار امکان وقوع ضرر را هم پذیرفته و صرفاً به دنبال سود عقد نیست و حفظ اصل مال را شرط مقتضای عقد قرار داده که به نظر می‌رسد، از نظر اسلام جایز و صحیح باشد؛ زیرا بر طبق قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، عمل سرمایه‌گذار منطبق با عقل است.

### ۴-۲-۴. اشکال دوم و پاسخ آن

اگر ایراد شود که قاعده اصالة الفساد در معاملات و اجماع فقها، تعمیم دادن کاربرد مضاربه را به منظور صحت تمامی فعالیت‌های تجاری را تأکید نموده، پاسخ داده می‌شود عمومیت ادله‌ای همچون اوفوا بالعقود، اطلاق آیه تجارة عن تراض و روایاتی که تجارت را به همراه مشتقات آن ذکر می‌نمایند و تعمیم مضاربه بر مبنای عقود همچون شرکت، وکالت و قرض نشان از آن دارد که نگاه انحصاری به مضاربه در معاملات سرمایه‌گذاری امری معقول به نظر نمی‌رسد و فقها بیشتر به کلی‌گویی و توضیح واضحات پرداخته و قواعدی را به طور مداوم به بحث می‌گذارند که نتیجه‌چندانی در عصر کنونی ندارد و یا در عمل با موانع نظری و عملی، تعدد برداشت‌ها و اختلاف نظرها مواجه می‌شود که به تدریج از کارآمدی می‌افتد و قواعد عرفی، عقلی و تجربی جای آنها را می‌گیرد و اینگونه نگرش

1. Austin, Previous, (1996), p.28.



پوزیتیویسمی حاکمیت اراده و ارائه راهکار نو شکل می‌گیرد و راهکار اسلام در نظر به بن‌بست خورده تلقی می‌شود.

#### ۴-۲-۵. اشکال سوم و پاسخ آن

اگر اشکال شود شرط مقتضای ذات چنین عقدی بیم ربا را با خود به همراه دارد، پاسخ داده می‌شود زمانی صحبت از ربا است که سرمایه‌گذار مشارکت در ضرر را نپذیرد و منظور ضرر با اقدامات سرمایه‌پذیر تعریف می‌گردد، مگر آنکه عوامل قهری رخ دهد که با عدم اقدام اتلافی از سوی سرمایه‌پذیر، مطالبه بیش از اصل سرمایه از او صورت نخواهد گرفت. مطمئناً زمانی که سرمایه‌پذیر نتواند به راحتی جذب سرمایه کند و برای آن ناچار به دادن امتیازاتی به سرمایه‌گذار باشد تا او را تشویق به سرمایه‌گذاری کند و نگرانی سرمایه‌گذار برای حفظ اصل سرمایه، ایجاب معقولی برای انعقاد چنین عقدی به نظر می‌رسد. وفق عمومیت ماده ۱۰ ق.م. در صورت عدم مخالف صریح اراده طرفین با قانون امری و تراضی بر آن و احکام باب لزوم و جواز، اگر تردید شود که شرط لزوم مندرج در عقد جدید، مخالف قانون امری است یا نه، به رجوع به قدر متیقن که مخالف قوانین تکمیلی است، اکتفا می‌نماییم و حکم به عدم مخالفت می‌دهیم؛ زیرا مفاد ماده بر تمامی تشریفات و محدودیت‌های اراده آزاد متعاقدين حاکمیت دارد و طرفین در انتخاب نوع، طرف قرارداد و شکل عقد آزادند و هر جا شک کنیم، توافق افراد صحیح است یا خیر، به استناد ماده، حکم به صحت آن می‌دهیم. اگر نسبت به معین یا نامعین بودن آن و یا صحت شرط لزوم دچار تردید شویم، باز هم حکم به صحت داده مگر آنکه عقد منعقد شده یا شروط ضمن آن مخالف قوانین امری یا نظم عمومی باشد در حالیکه در موارد قبل دلیلی دال بر حرمت چنین شرطی یافت نشد. حال اگر طرفین در مورد لزوم یا جواز عقد خویش سکوت کنند، تکلیف لزوم یا جواز عقد را از قانون جویا می‌شویم که تصریح طرفین عقد، اولی در این مقام است.

#### نتیجه

روشن گردید که اولاً، مضاربه به جهت آنکه ذات مشارکت در این عقد پذیرش نفع و ضرر را به طور هم‌زمان و یا در طول هم اقتضا دارد، همواره مورد توجه نظریه پردازان حقوقی و اقتصادی بوده است. حاکمیت اسلام در صورت ارائه الگوی ویژه در تخصیص

سرمایه به بخش‌های مختلف اقتصادی ذیل عقد منطبق با شرایط روز جامعه می‌تواند، ابهامات واصله از ناکارآمدی یک عقد فقهی را از بین ببرد. ثانیاً، در بستر نظام حقوقی مدرن و با حضور مکتب پوزیتیویسم در کنار قوانین ایران که فرمالیسم آن برگرفته از فقه است نشان می‌دهد، رویکرد تصلب بر قانون و روش استنتاجی قضایی همواره مطابق با آرمان‌های حقوقی و عدالت نیست و برآیند تعاملی جریان نص‌گرای فقهی و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی بیشتر تمایل به پوزیتیویسم را نشان می‌دهد که موجب خلط مندرجات نظام‌های حقوقی مبتنی بر مبانی مدرنیته با نظام حقوقی اسلام در اصول متعددی از قانون اساسی و قوانین عادی شده است. ثالثاً، نظریه شهید صدر در خصوص اینکه شرط ضمان عامل در مضاربه باعث بطلان این عقد و تبدیل به عقد قرض می‌گردد، دارای این تالی فاسد است که با قاعده تبعیت عقد از قصد در تعارض است؛ زیرا به هیچ‌عنوان طرفین، عقد قرض را قصد نکرده‌اند. رابعاً، در شرایط کنونی که موضوع مضاربه وجه نقد است و به‌طور خودکار، تورم حاکم از ارزش پول می‌کاهد، درج شرط ضمان عامل نسبت به اصل سرمایه، حداقل تلاشی است که مالک می‌تواند در جهت کاهش ضرر خود بدان تمسک کند و لذا بر خلاف برداشت عده‌ای، قاعده تلازم نفع و ضرر با خدشه مواجه نمی‌گردد. خامساً، اختلاف دیدگاه مستقر در اعمال شرط ضمان و استناد آن به عامل، به جهت برداشت متفاوت از متن تشریح در قالب قانون، فضای غبارآلودی را ایجاد نموده که پیشنهاد می‌شود در جهت کارآیی و رفع بن بست قانونی پیش‌آمده به دلیل عدم امکان درج شرط ضمان عامل در مضاربه به دلیل باطل و مبطل بودن آن، قانون‌گذار با شناسایی یک عقد جدید معین تحت عنوان «عقد سرمایه‌گذاری» یا عقد نامعین و تابع ماده ۱۰ ق.م.، شرط عدم ضمان سرمایه‌گذار نسبت به خسارات وارده به اصل سرمایه را پذیرفته و از چالش لزوم انضمام یک عقد مستقل همچون صلح به عنوان حيله و چاره برون‌رفت از مشکل بطلان که خود مشکل تعدد عقود و صوری بودن آنها و تأثیرات عقود متعدد بر هم را به‌وجود می‌آورد، رهایی یابد.

### تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

## ORCID

Mahmoud Kazemi



<http://orcid.org/0000-0001-6628-7338>

Hassan Ansari Cheshme



<http://orcid.org/0009-0003-0340-0288>

Fard

## منابع

- الشریف، محمد مهدی، منطق حقوق، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲).
- خمینی، روح‌الله، العروة الوثقی مع تعالیق الإمام الخمینی، ج ۲، (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی «ره»، ۱۴۲۲ق).
- خمینی، روح‌الله، صحیفه نور، ج ۲۰، (تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۶۹).
- خمینی، روح‌الله، کتاب البیع، (قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۶۸).
- امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۲، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۷).
- بنی‌هاشمی خمینی، محمد حسن، توضیح المسائل دوازده مرجع تقلید، ج ۲، (قم: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت «ع»، ۱۳۷۸).
- غروی نائینی، محمد حسین، تنبیه الأمه و تنزیه المله، (قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۲).
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه حقوق مدنی، جلد ۲، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰).
- حائری، مسعود، تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، (تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۷۳).
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۹، (قم: مؤسسه آل‌البیت «ع»، ۱۴۰۹).
- حسینی عاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۷، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۹۱).
- حکمت‌نیا، محمود، آرای عمومی (مبانی اعتبار و قلمرو)، (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۲).
- حکیم، محمد تقی، الأصول العامه للفقّه المقارن، (بیروت: مؤسسه آل‌النبی، ۱۹۷۹م).
- خویی، ابوالقاسم، کتاب المضاربه، ج ۲۱، (قم: المطبعه العلمیه، ۱۴۰۸).
- الدروس فی علم الاصول (الحلقه الثالثه)، (قم: دار الصدر، ۱۴۲۹ق).
- راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، ج ۲، (تهران: دراک، ۱۳۹۶).
- زرنشان، شهرام؛ میرجعفری، حسین، «جایگاه پوزیتیویسم حقوقی در ارکان ملل متحد»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۸، شماره ۴ (۱۳۹۷).

ساکت، محمدحسین، نگرشی تاریخی بر فلسفه حقوق، (تهران: شرکت انتشارات جهان معاصر، ۱۳۷۰).

سبحانی، جعفر، نظام الطلاق فی الشریعه الاسلامیه الغراء، (قم: مؤسسه امام صادق «ع»، ۱۴۱۴).  
سبحانی، جعفر، درس خارج فقه: بحث شرکت‌ها، جلسات ۱۲/۱۳/۱۵/۱۹/۲۰/۷ (۱۳۸۸).  
شهبازی، محمدحسین، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵).  
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی‌العاملی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد ۴، (قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳).

شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۳).  
شیخ طوسی، محمدبن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۳، (تهران: المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷).  
صدر، محمدباقر، اقتصادنا، ترجمه عبدالعلی اسپهیدی، (بیروت: دارالتعارف لبنان، ۱۳۹۹ق).  
صفار، محمدجواد، نقد و تحلیل حقوقی ماده ۵۵۸ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب، نامه مفید، شماره ۱۴ (۱۳۷۷).

طباطبایی یزدی، محمدکاظم، العروه الوثقی، ج ۵، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۰).  
طباطبائی، محمدحسین، نهاییه الحکمه، (قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۳۰).  
علیدوست، ابوالقاسم، «ادله عمومی قراردادها»، فقه اهل بیت، شماره ۶۶ و ۶۷ (۱۳۹۰).  
فیض کاشانی، ملامحسن، الوافی، ج ۱۸، (اصفهان: مکتب الامام امیر المومنین «ع»، ۱۴۰۶).  
قاسمی اصل، محمدجواد، بررسی و تحلیل جایگاه استقراء در روش شهید صدر در اقتصاد اسلامی، (قزوین: مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی «ره»، ۱۳۹۳).

قلعجی، محمد، معجم لغة الفقهاء، ج ۲، (قم: کتابخانه مدرسه فقهت، بی تا).  
کرکی، علی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۸، (قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت «ع»، ۱۴۱۴).  
کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۲، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹).  
کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی رهن و صلح، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸).  
کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (مشارکت‌ها: صلح)، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵).  
کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، (تهران: میزان، ۱۳۸۳).  
محدث قمی، عباس، الغایه القصوی فی ترجمه العروه الوثقی، ج ۲، (قم: منشورات صبح پیروزی، ۱۴۲۳ق).

محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، ج ۲، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۰).  
مختار چهاربری، اکبر؛ فرحزادی، علی‌اکبر، «تعیین قلمرو اصل آزادی قراردادی در پرتو تئوری حق و حکم»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۲۱ (۱۳۹۹).

مطهری، مرتضی، مقدمه‌ای بر جهان بینی اسلامی، (تهران: صدرا، ۱۳۷۵).

جایگاه پوزیتیویسم حقوقی در تبیین تلازم نفع و ضرر در عقد مضاربه | کاظمی و انصاری چشمه‌فرد | ۱۰۵

- ملکیان، مصطفی، تاریخ فلسفه غرب، ج ۴، (تهران: دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، ۱۳۷۷).
- نائینی، محمدحسین، اجود التقریرات، ج ۲، (تهران: نشر صاحب الامر «عج»، ۱۳۷۷).
- نبوی، لطف‌الله، مبانی منطق فلسفی، (تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۹).
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، (لبنان: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۹).
- هاشمی، محمد، «تهذیب قوانین و راه‌هایی که باید پیمود»، مجلس و پژوهش، شماره ۳ مجلس و پژوهش (۱۳۷۲).

### In Persian

- Al-Sharif, Mohammad Mahdi, Logic of Law, (Tehran: Publishing Company, 2012).
- Emami, Hassan, Civil Rights, Vol. 2, (Tehran: Islamiya Publications, 2017).
- Bani Hashemi Khomeini, Mohammad Hasan, Explanatory of the twelve issues of Marja Taqlid, Vol. 2, (Qom: Ahl al--- Bayt Educational Research and Publishing Institute, 1999).
- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar, Philosophy of Civil Rights, Volume 2, (Tehran: Ganj Danesh Publications, 2010).
- Haeri, Masoud, an analysis of Article 10 of the Civil Code, (Tehran, Kayhan Publishing House, 2013).
- Hekmatnia, Mahmoud, Public Opinions (Basics of Credibility and Territory), (Tehran: Research Institute of Islamic Culture and Thought, 2012).
- Khomeini, Ruhollah, Sahifa Noor, vol. 20, (Tehran: Organization of Cultural Documents of the Islamic Revolution, 1990).
- Rasakh, Mohammad, monitoring and balance in the constitutional rights system, vol. 2, (Tehran: Drak, 2016).
- Zaranshan, Shahram; Mirjafari, Hossein, "The Place of Legal Positivism in the United Nations", Public Law Studies, Volume 48, Number 4 (2017).
- Saket, Mohammad Hossein, a historical perspective on the philosophy of law, (Tehran: Jahan Mazazer publishing company, 1991).
- Sobhani, Jafar, Lessons outside of jurisprudence: the discussion of companies, sessions 12/13/15/19/20/7 (2008).
- Shahbazi, Mohammad Hossein, Basics of Necessity and Permissibility of Legal Actions, (Tehran: Mizan Publishing House, 2015).

- Shahidi, Mehdi, Formation of contracts and obligations, (Tehran: Majd Publications, 2013).
- Safar, Mohammad Javad, "Criticism and legal analysis of Article 558 of the Civil Code regarding the Mudarab guarantee clause", Mofid Letter, No. 14 (1998).
- Alidoust, Abulqasem, "General Evidence of Contracts", Fiqh Ahl al-Bayt, No. 66 and 67 (2011).
- Ghasemi Asl, Mohammad Javad, investigation and analysis of the position of induction in the method of Martyr Sadr in Islamic economics, (Qazvin: Imam Khomeini Research Institute "Ra", 2013).
- Katouzian, Nasser, Moin contracts, vol. 2, (Tehran: Sahami Atahi Co., 2009).
- Katouzian, Nasser, Civil rights of pledge and peace. (Tehran: Ganj Danesh Publications, 2018).
- Katouzian, Nasser, Civil Rights (Partnerships: Peace), (Tehran: Shareholding Publishing Company, 2006).
- Katouzian, Nasser, Civil Law in the Current Legal Order, (Tehran: Mizan, 2013).
- Mukhtarchaharbari, Akbar; Farahzadi, Aliakbar, "Determining the scope of the principle of freedom of contract in the light of the theory of right and ruling", Uzmeh Fiqh Madani, No. 21 (2019).
- Motahari, Morteza, an introduction to Islamic worldview, (Tehran: Sadra, 1996).
- Malekian, Mustafa, History of Western Philosophy, vol. 4, (Tehran: Department of Cooperation and University, 1998).
- Nabavi, Lotfollah, Fundamentals of Philosophical Logic, (Tehran: Tarbiat Modares University, 2009)
- Hashemi, Mohammad, "Refining the Laws and the Ways to Follow", Majles and Research, No. 3, Majlis and Research (1993).

#### ب) عربی

ابن ادریس، محمد بن منصور حلّی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰).

ابن براج، عبدالعزیز بن تحریر طرابلسی، المهدّب، ج ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶).

ابن حمزه، محمد بن علی طوسی، الوسيله الی نیل الفضیله، (قم: کتابخانه عمومی آیت الله مرعشی نجفی «ره»، ۱۴۰۸).

### **In arabic**

- Ibn Idris, Muhammad bin Mansour Hali, Al-Saraer al-Hawi for Tahrir al-Fatawi, (Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Society,1989).
- Ibn Baraj, Abd al-Aziz bin Tahrir Tripoli, Al-Mahdhab, vol. 1, (Qom: Islamic Publishing House,1985).
- Ibn Hamzah, Muhammad bin Ali Tousi, al-Wasila al-Nil al-Fadilah, (Qom: Ayatollah Marashi Najafi public library,1987).
- Khomeini, Ruhollah, al-Uruwa al-Waqhi with Ta'aliq al-Imam al-Khomeini, vol. 2, (Qom: Institute for Editing and Publishing the Works of Imam Khomeini "Ra",2008).
- Khomeini, Ruhollah, Kitab al-Bay, (Qom: Ismailian Publications1989).
- Gharavi Naini, Mohammad Hossein, Punishment of the Ummah and Tanziyeh al-Mulleh, (Qom: Bostan Kitab, 2012).
- Hiraamili, Muhammad ibn Hasan, Vasal al-Shia, Vol. 19, (Qom: Al-Al-Bayt Institute "A",1988).
- Hosseini Aamili, Mohammad Javad, Miftah al-Karamah fi Sharh Qaaba al-Allamah, vol. 7, (Qom: Islamic Publication Institute, 2011).
- Hakim, Mohammad Taqi, Usul al-Ameh for Comparative Fiqh, (Beirut: Al-Nabi Institute, 1979).
- Khoei, Abu al-Qasim, Kitab Al-Madarabah, vol. 21, (Qom: Al-Mattabah Al-Alamiya,1987).
- Khoei, Abu al-Qasim, al-Dros fi ilm al-usul (the 3rd circle), (Qom: Dar al-Sadr,2008).
- Sobhani, Jafar, Nizam al-Talaq fi al-Shari'a al-Islamiyya al-Ghara, (Qom: Institute of Imam Sadiq "A", 1993).
- Martyr Thani, Zain al-Din bin Ali al-Omili, Masalak al-Afham al-Tankih Shar'i al-Islam, Volume 4, (Qom: Al-Maarif al-Islamiya Institute,1992).
- Sheikh Tusi, Muhammad ibn Hasan, Al-Mabusut fi fiqh al-Umamiyah, vol. 3, (Tehran: Al-Maktab al-Mortazawiyya,2008).
- Sadr, Mohammad Baqir, Ekhtazna, translated by Abdul Ali Espahabdi, (Beirut: Dar al-Ta'arf Lebanon,1978).
- Tabatabaei Yazdi, Mohammad Kazem, Al-Arwa Al-Wagghi, vol. 5, (Qom: Nashr-e-Islami Institute, 1999).
- Tabatabaei, Mohammad Hossein, Nahayeh al-Hikma, (Qom: Islamic Publications,2008).
- Faiz Kashani, Hilmasan, Al-Wafi, vol. 18, (Isfahan: Maktab al-Imam Amir al-Mominin "AS",1985).

- Qalaji, Mohammad, *The Dictionary of Linguistics*, Volume 2, (Qom: Library of Jurisprudence School, No date).
- Karki, Ali, *Jami al-Maqasad fi Sharh Al-Qasas*, vol. 8, (Qom: Al-Bayt Institute "A", 1993).
- Muhaddith Qomi, Abbas, *Al-ghayyah al-ghayyah fi tarajh al-arwa al-Wathqi*, vol. 2, (Qom: Sobh Pirouzi Manshurat. 2002).
- Mohagheq Hali, Najm al-Din Jafar bin Hasan, *Sharia al-Islam*, vol. 2, (Qom: Islamic Publishing House, 1999).
- Naini, Mohammad Hossein, *Ajud al-Tagharirat*, vol. 2, (Tehran: Sahib al-Amr "Aj" Publishing House, 1998).
- Najafi, Mohammad Hasan, *Jawaharlal Kalam in the Description of Islamic Laws*, vol. 26, (Lebanon: Dar Ihiya al-Tarath al-Arabi, 1988).

#### پ) انگلیسی

- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined, At Introduction to Jurisprudence*, 6th. By M.D.A, Freeman, Sweet and Maxwell, (1996).
- Burton, J. K. & Merrill, P. F, "Needs assessment: Goals, needs and priorities", L. J. Briggs, *Introduction to Instructional Design*, Englewood Cliffs, NJ: Educational Technology Publications. (1977).
- Brigit White *Is There a Place for Morality in Law?* (1996)
- H.L.A. Hart, *the European Journal of International Law* Vol. 21 no. 4 EJIL (2011).
- Lon. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law- A Reply to Professor Hart", 71 *HARV.L.REV.* (1957).
- Russell Hardin, "Law and Social Order Philosophical" *Social and Political and Legal Philosophy*. Issues II, Vol. 21 No. 4 (2010).

استناد به این مقاله: کاظمی، محمود و انصاری چشمه فرد، حسن. (۱۴۰۲). جایگاه پوزیتیویسم حقوقی در تبیین تلازم نفع و ضرر در عقد مضاربه. پژوهش حقوق خصوصی، ۱۱(۴۲)، ۷۷-۱۰۸. doi: 10.22054/jplr.2023.68884.2702



Private Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.