

Explaining the theory of "The Necessity of Timed Partnership"

With an emphasis on Some Fatwas of Contemporary Jurists

Mohammad Ali Moheborrahman

Assistant professor, Department of jurisprudence and law, faculty of theology, University of Shahid Madani Azarbajejan.

m.moheb@azaruniv.edu

Mohammad Mahdi Moheborrahman

PhD student at Level four of Islamic Seminary of Qom.

m.moheb@azaruniv.edu

Abstract

According to the most of the jurists' belief and civil law, partnership, even with determining time is a permissible contract and each of the sides can annul the contract any time they want one-sided. This belief can cause problems in practice. Thus, researchers have found solutions for this problem including the necessary condition in other necessary contract or condition of time in other necessary contract. In the meantime, some of the contemporary jurists have come up with better solutions in the form of a new theory. The current paper tries to explain this theory. According to this theory, there are two types of partnerships: The partnership in which the time is determined and it is considered a necessary contract, and the partnership that is absolute and with determining the time which is considered a permissible contract and can be annulled. This study has been conducted by collecting data and information from written resources, computer websites, and scientific software through a descriptive-analytical method. In this paper, the accuracy and efficiency of this theory is proven after explaining the viewpoints and examining the arguments in detail.

Keywords

Partnership, Permissible contract, necessary contract, time Mozaribah (partnership), necessary condition.



شفا

Abstracts



فصلنامه علمی - پژوهشی
سال بیست و ششم، شماره دوم (پیاپی ۹۸)، تابستان ۱۳۹۸

Feqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Vol. 26, No. 2, Summer, 2019

(صفحات ۴۹-۷۲)

تبیین نظریه «لزوم مضاربه مدت‌دار» با تأکید بر فتواهای برخی از فقیهان معاصر

محمدعلی محب‌الرحمان*

محمد مهدی محب‌الرحمان**

چکیده

بنا به نظر مشهور فقیهان و قانون مدنی، مضاربه حتی با ذکر مدت، عقدی جایز است و هر زمانی که هریک از طرفین بخواهند، می‌توانند به‌طور یک‌جانبه عقد را فسخ نمایند. این نظر در مقام عمل مشکلاتی ایجاد می‌کند؛ از این رو، محققان برای رفع این مشکل راه‌حلی در نظر گرفته‌اند، از قبیل شرط لزوم در ضمن عقد یا شرط دیگر یا شرط مدت در ضمن عقد لازم دیگر. در این بین، برخی از فقیهان معاصر راه‌حل بهتری در قالب نظریه‌ای جدید مطرح کرده‌اند. این مقاله در صدد تبیین این نظریه است. بر اساس این نظریه، مضاربه دو نوع است: مضاربه‌ای که مدت در آن ذکر می‌شود که عقدی لازم است و مضاربه‌ای که مطلق و بدون ذکر مدت است که عقدی جایز و قابل فسخ است. تحقیق پیش‌رو با گردآوری اطلاعات و داده‌ها از طریق منابع نوشتاری و مکتوب، سامانه‌های رایانه‌ای و نرم‌افزارهای علمی با روش داده‌پردازی توصیفی - تحلیلی صورت گرفته است. در این نوشته، پس از بیان تفصیلی اقوال و بررسی مفصل ادله، درستی و کارآمدی این نظریه نتیجه گرفته شده است.

کلیدواژه‌ها

مضاربه، عقد جائز، عقد لازم، مضاربه مؤجل، شرط لزوم.

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۸/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۲/۲۹

* استادیار گروه فقه و حقوق دانشکده الهیات دانشگاه شهید مدنی آذربایجان (نویسنده مسئول)

m.moheb@azaruniv.edu

mohamad60.30@gmail.com.

** دانش‌آموخته سطح چهار حوزه علمی قم



همواره افرادی در جامعه هستند که با وجود داشتن ثروت، توان سرمایه‌گذاری مستقیم را ندارند. اینان با در اختیار قرار دادن سرمایه‌شان به دیگری، سهمی از سود حاصله دریافت می‌کنند. این مفهوم در سه قالب از عقود اسلامی پیش‌بینی شده است: اگر سرمایه‌ی تحویل شده به غیر، مزرعه باشد، این توافق عقد مزارعه نام دارد (ماده ۵۱۸ قانون مدنی)؛ اگر این سرمایه باغ باشد، عقد مساقات است (ماده ۵۴۳ قانون مدنی)؛ اگر سرمایه وجه نقد باشد، آن عقد مضاربه نام می‌گیرد (ماده ۵۴۶ قانون مدنی). در این میان، مضاربه با گسترش پدیده پول، کاربرد بیشتری یافته است.

اما یکی از مشکلات مضاربه، ابهام در لزوم یا جواز این عقد است. توضیح اینکه پس از تحقق مضاربه، عامل موظف است به گونه‌ای تجارت نماید که سود بیشتری عاید خودش و سرمایه‌گذار گردد. هدفی که تحققش نیازمند ثبات است. در واقع، اگر مدت لازم الاجرائی در عقد مطرح شود و عامل بداند سرمایه تا چه زمانی در اختیار اوست، تصمیمات بهتری می‌گیرد و سود بیشتری به طرفین می‌رساند؛ همچنین سرمایه‌گذار اطمینان دارد که عامل نمی‌تواند زودتر از موعد، سرمایه‌اش را بازگرداند.

اما اگر مدت تعیین شده الزام‌آور نباشد، عامل که تجارت یا صنعتی را آغاز می‌کند، باید احتمال دهد که هر لحظه ممکن است سرمایه‌گذار منصرف شود و عمل تجاری را پایان ببخشد. چگونه می‌توان تجارتنی را سامان داد با این احتمال که هر لحظه ممکن است سرمایه اصلی از جریان خارج شود؟ به‌ویژه که ایجاد مؤسسه تجاری، تعهدات مؤسسه تجاری به اشخاص ثالث، تصفیه تعهدات، انحلال مؤسسه تجاری و دیگر مسائل همگی به زمان و پیش‌بینی آن نیازمندند.

جواز مضاربه علاوه بر ایجاد مشکلات جدی برای عامل، برای سرمایه‌گذار نیز از جهت تقلیل سود نهایی و بی‌نظمی، کار را دشوار می‌کند. به هر حال، اکثر فقهایان و نیز قانون مدنی - همان‌طور که در ادامه می‌آید - قائل به جواز عقد مضاربه هستند، هر چند زمان در آن ذکر شده باشد و مدت آن را طرفین مشخص کرده باشند.



امروزه لزوم توجه به این موضوع جدی تر است. در بسیاری از موارد، یکی از طرفین مضاربه اشخاص حقوقی هستند. در مورد اشخاص حقوقی، هم مشکل تصمیم ناگهانی وجود دارد و هم مسئله مرگ یکی از طرفین بیشتر توجه جلب می کند.

برخی از محققان برای این مشکل عملی و جدی، مقالاتی تألیف کرده اند:

الف. مقاله «شرط لزوم در عقود اذنی با تأکید بر عقد مضاربه» که به شرط لزوم در مضاربه و دیگر عقود اذنی پرداخته است و به دنبال تأیید این نظر است که عقد جایز را می توان با شرط ضمن همان عقد به عقد لازم تبدیل کرد، بدون آنکه نیاز باشد ضمن عقد لازم دیگری طرح شود (جعفری مجد و علی آبادی، ۱۳۹۶: ص ۹۱).

ب. مقاله دیگری که مرتبط با موضوع است، «تأملی فقهی حقوقی پیرامون تأثیر شرط مدت بر عقود جایز» نام دارد. بخش کوچکی از این مقاله به عقد مضاربه اختصاص دارد. این مقاله به دنبال این نظریه است که نمی توان همیشه چنین نظر داد که شرط مدت در عقد جایز مانند خود عقد، جایز و قابل فسخ است (رستمی چلکاسری و علی نژادی گورابجواری، ۱۳۹۳: ص ۱۲۳).

ج. همچنین در این خصوص می توان به مقاله «بررسی فقهی و حقوقی اشتراط مدت در عقد مضاربه» اشاره کرد. نظریه ای که در این مقاله تقویت شده است، الزام آور بودن شرط مدت در عقد مضاربه است (فروغی، ۱۳۸۱: ص ۹۹). اگرچه این مقاله نظریه ای پسندیده را طرح می کند، نقدی که بر آن وارد است بی توجهی به نظرات فقیهان معاصر و بررسی آنهاست؛ ضمن اینکه موضوع مقاله بررسی حکم شرط مدت در عقد و به طور خاص عقد مضاربه است؛ یعنی در عقد ذاتاً جایز، زمان شرط شود؛ اما موضوع تحقیق پیش رو عقدی لازم به نام مضاربه مدت دار است.

مقالات بالا بیشتر حول این محور هستند که چگونه مضاربه از اساس جایز را می توان به عقدی لازم الاجرا بدل کرد؛ در حالی که نظریه ای که این تحقیق به دنبال آن است، لزوم عقد مضاربه است که برخی از فقیهان معاصر به آن فتوا داده اند.

این دسته از فقیهان قائل به تفکیک اقسام مضاربه هستند. طبق این دیدگاه، اگر زمان در عقد مضاربه ذکر نشود، ممکن است عقد صحیح نباشد ولی با فرض صحت، عقد





جایز است نه لازم؛ ولی اگر زمان انجام مضاربه بین طرفین مشخص شده باشد، چنین مضاربه‌ای لازم است و طرفین نمی‌توانند بدون دلیل موجه آن را فسخ کنند. به گمان نویسندگان این مقاله، این نظر نگاه روشنی است و می‌تواند کاربرد بسیاری داشته باشد و منشأ تغییر نظر غالب فقیهان و در نتیجه، حل این نوع مشکلات باشد.

در ادامه، نخست اقوال مسئله تبیین می‌شود، سپس ادله دو نظر بررسی می‌شود و نتایج دو نظر گفته خواهد شد؛ در نهایت، نتیجه این خواهد بود که نظریه این دسته از فقیهان تأیید خواهد شد.

۱. بیان اقوال

۱-۱. جواز مضاربه

اغلب فقیهان و حتی بنا بر نقل شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۲۹ق: ج ۴: ص ۳۴۴)، مقدس اردبیلی (اردبیلی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۰: ص ۲۴۰) و صاحب جواهر (صاحب جواهر، ۱۹۸۱م: ج ۲۶: ص ۳۴۰) همه فقیهان مضاربه را عقدی جایز می‌دانند، از جمله شیخ طوسی (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ص ۴۲۹)، ابن حمزه (ابن حمزه، ۱۴۰۸ق: ص ۲۶۲)، ابن زهره (ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ص ۲۶۷)، یحیی بن سعید حلّی (ابن سعید، ۱۴۰۵ق: ص ۳۱۴)، ابن ادریس (ابن ادریس، ۱۴۰۶ق: ج ۲: ص ۴۰۹)، محقق حلّی (محقق حلّی، ۱۴۰۲ق: ص ۱۴۵)، فاضل آبی (فاضل آبی، ۱۴۰۸ق: ج ۲: ص ۱۲)، علامه حلّی (علامه حلّی، ۱۴۱۰ق: ج ۱: ص ۴۳۵)، شهید اول (شهید اول، ۱۴۱۱ق: ص ۱۲۸)، محقق کرکی (محقق کرکی، ۱۴۰۸ق: ج ۸: ص ۵۴) و صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۳۸۲ق: ج ۹: ص ۳۳۶). همچنین در میان معاصران تقریباً همه فقیهان به جواز مضاربه و نه لزوم آن فتوا داده‌اند. حضرات آیات صاحب عروه (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق: ج ۵: ص ۱۵۵)، امام خمینی رحمته الله علیه (امام خمینی، ۱۳۹۲ق: ج ۱: ص ۶۴۹)، گلپایگانی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق: ج ۵: ص ۱۵۵)، بهجت (بهجت، ۱۳۷۶: مسئله ۱۶۷)، فاضل لنکرانی (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳: ص ۳۵؛ همو، ۱۳۸۶: ص ۴۱۲، مسئله ۲۴۶۰)، وحید خراسانی (وحید خراسانی، ۱۴۲۱ق: ص ۶۲۳)، سیستانی (سیستانی، ۱۴۲۷ق: ج ۲: ص ۱۷۸) از این جمله‌اند.

علاوه بر این، قانون مدنی ایران نیز از نظرات غالب فقیهان تبعیت کرده است. این قانون در ماده ۵۵۰ به صراحت مضاربه را جایز دانسته است؛ ضمن اینکه فقیهان ذکر اجل و زمان در عقد را موجب لازم بودن مضاربه نمی دانند و معتقدند حتی اگر طرفین عقد مضاربه در مدت مضاربه به توافقی رسیده باشند، این توافق الزام آور نیست (قاضی ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ص ۴۶۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۲ق: ص ۱۴۵؛ همو، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ص ۳۸۱؛ فاضل آبی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ص ۱۲؛ شهید اول، ۱۴۱۱ق: ص ۱۲۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱: ص ۴۳۵؛ شهید ثانی، ۱۴۲۹ق، ج ۴: ص ۳۴۴؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸ق، ج ۴: ص ۲۱۲؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ج ۸: ص ۵۴؛ طباطبایی، ۱۳۸۲ق، ج ۹: ص ۳۳۶؛ عاملی، بی تا، ج ۲۰: ص ۴۲۹؛ امام خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱: ص ۶۴۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳: ص ۳۵). آنان حتی گاهی تعیین ضرورت اجل یا شرط لزوم را موجب بطلان مضاربه دانسته اند (شیخ طوسی، ۱۳۷۸ق، ج ۳: ص ۱۷۰؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ج ۲۶۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ص ۳۳۱). قانون مدنی نیز در ماده ۵۵۲ تعیین مدت را موجب لزوم مضاربه ندانسته است. در مورد عدم لزوم مضاربه با ذکر اجل نیز صاحب جواهر ادعای اجماع نموده است (صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۶: ص ۳۴۰).

۲-۱. لزوم مضاربه مدت دار

در این میان، برخی از فقیهان معاصر نظر تازه ای بیان کرده اند: آنان عقد مضاربه را در صورت ذکر اجل، لازم دانسته و معتقدند چنین مضاربه ای بین طرفین الزام آور است و قبل از پایان مدت، تنها با اقاله و تفاسخ از میان می رود (سبحانی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۵؛ همو، ۱۳۸۸: ص ۴۱۳؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق: ص ۷۹). این نظر نه تنها در عقد مضاربه می تواند ریشه تحول باشد بلکه در عقود مشابه دیگر نیز می تواند چنین باشد؛ به علاوه عملاً موجب کارایی بیشتر مضاربه و کم شدن رکود سرمایه و افزایش کار و فعالیت اقتصادی خواهد شد.

۲. بیان ادله

۲-۱. دلایل جواز مضاربه مؤجل

به نظر می رسد بیشتر فقیهان جواز مضاربه را امری بدیهی و مفروغ عنه تلقی کرده اند. آنان



فقه



بیشتر از احکام مضاربه سخن گفته‌اند و اصل لزوم یا جواز مضاربه کمتر بررسی شده است. در واقع، بسیاری از فقیهان فقط لزوم و جواز را گفته‌اند و دلیل آن را بررسی نکرده‌اند (شیخ طوسی، ۱۳۷۸ق، ج ۳: ص ۱۷۰؛ همو، ۱۴۰۰ق: ص ۴۲۹؛ فاضل آبی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ص ۱۲؛ ابن‌ادریس، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۴۰۹؛ ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق: ص ۲۶۷؛ ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۲: ص ۵۵۶؛ ابن‌سعید، ۱۴۰۵ق: ص ۳۱۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۶: ص ۲۴۰؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸ق، ج ۴: ص ۲۱۲؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ج ۸: ص ۵۴). دلایلی که این فقیهان گاه به آن اشاره کرده‌اند، عبارت‌اند از:

۱-۲-۱. اجماع

اجماع مهم‌ترین دلیلی است که می‌تواند در این باره وجود داشته باشد. شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۲۹ق، ج ۴: ص ۳۴۴) و مقدس اردبیلی (اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰: ص ۲۴۰) در این مورد ادعای اجماع دارند. صاحب جواهر مدعی شده است که هم اجماع منقول و هم اجماع محصل بر جواز و نه لزوم مضاربه وجود دارد (صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۶: ص ۳۴۰). در مورد جواز مضاربه‌ای که مدت در آن ذکر شده نیز اجماع را نقل کرده‌اند (صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۶: ص ۳۴۰). حتی برخی از فقیهان معتقدند تنها دلیل جواز مضاربه‌ای که مدت آن میان طرفین مورد توافق بوده است، اجماع است (طباطبایی، ۱۳۸۲ق، ج ۹: ص ۳۳۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۱۲: ص ۲۶۱؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق: ص ۷۹) و همین دلیل اجماع است که مضاربه را از قاعده لزوم عقد خارج می‌کند (صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۶: ص ۳۴۰).

اما در پاسخ می‌توان گفت:

نخست، با توجه به اینکه این مسئله در بین قداما مطرح نبوده است، معلوم نیست چنین اجماعی وجود داشته باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ص ۷۹)؛ چراکه با مراجعه به تألیفات تفصیلی فقیهان می‌توان ادعا کرد ظاهراً فقیهان قبل از صاحب جواهر در مورد جواز و عدم لزوم این نوع مضاربه مدعی اجماع نبوده‌اند. این امر ممکن است ناشی از این مسئله باشد که آن موضوع مطرح نبوده یا بر سر آن مناقشه‌ای نبوده است. به هر حال، ثابت نشده است که در مورد جواز مضاربه مدت‌دار، اجماعی در میان قداما وجود داشته باشد.

دوم، اجماع در مذهب امامیه در صورتی می‌تواند حجت به حساب بیاید که کاشف از قول معصوم و نظر شارع باشد (مظفر، ۱۳۷۳، ج ۲: ص ۹۳؛ سبحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲: ص ۳۱)؛ در حالی که بعید است این اجماع کاشف از قول معصوم باشد، چرا که به نظر نمی‌رسد معصومان علیهم‌السلام سخنی در جواز مضاربه فرموده باشند و به ما نرسیده باشد ولی به فقیهان دیگر رسیده باشد و آنان نیز بر اساس سخن معصومان علیهم‌السلام حکم به جواز مضاربه داده باشند. بنابراین، این اجماع از اجماعاتی است که قول معصوم را نمی‌رساند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق: ص ۷۹؛ سبحانی، ۱۴۱۶ق: ص ۱۴). شاید از همین جهت است که برخی از محققان معتقدند دلیل جواز مضاربه اجماع نیست بلکه ادله دیگر است (خوئی، ۱۴۳۰ق: ص ۲۵).

۲-۱-۲. قرار گرفتن مضاربه در عقود اذنی

دلیل دومی که بر جواز مضاربه اقامه شده، این است که مضاربه از عقود اذنیه و در ادامه عقد شرکت و وکالت دانسته شده است؛ پس مانند شرکت و وکالت، جایز و قابل فسخ است (شهید ثانی، ۱۴۲۹ق، ج ۴: ص ۳۴۴؛ طباطبایی، ۱۳۸۲ق، ج ۹: ص ۳۳۵؛ خوئی، ۱۴۳۰ق: ص ۲۵؛ سبحانی، ۱۴۱۶ق: ص ۱۴). در واقع، مضاربه از عقود اذنیه است: با اذن ایجاد می‌شود و با اذن مالک بر طرف می‌شود؛ پس وقتی مالک اذن بدهد، مضاربه ایجاد می‌شود و با نظر او و بدون توجه به نظر طرف مقابل و شرایط دیگر، از میان می‌رود؛ چرا که هر کس حق هر تصرفی بر اموالش را دارد. مالک تا دیروز به عامل اجازه تصرف در مالش را داده بود و اکنون چنین اجازه‌ای نمی‌دهد (خوئی، ۱۴۳۰ق: ص ۲۶). بنابراین می‌توان گفت مضاربه از سنخ وکالت است و با اذن مالک، در مال او تصرف می‌شود؛ همچنان که از سنخ شرکت نیز هست (ابن حمزه، ۱۴۰۸ق: ص ۲۶۲) چون مالک سرمایه می‌آورد، عامل تلاش و کار را به آن ضمیمه می‌کند و سود حاصل میان آن دو تقسیم می‌شود.

این مهم‌ترین دلیل بر جواز مضاربه است (خوئی، ۱۴۳۰ق: ص ۲۶). این دلیل از این جهت مهم است که بر پایه یکی از قواعد مهم فقه معاملات یعنی تفکیک و تفاوت بین عقود اذنی (عقود مبتنی بر اذن) و عقود عهدی (عقود مبتنی بر التزام) بنا شده است.





اما این دلیل دست کم در باب مضاربه مدت دار قابل نقد است؛ چون در چنین مضاربه‌ای تعهد و التزام وجود دارد و صرف اذن نیست: مالک به عامل می‌گوید که این مال را به تو دادم تا در فلان مدت با آن کار کنی و سود آن متعلق به هر دو باشد؛ عامل نیز قبول می‌کند که در مال تصرف کند و با آن کار کند و سود مشترک بین هر دو باشد. عرف و وجدان چنین عقدی را صرف اذن نمی‌دانند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق: ص ۷۸).

پایه و محور مضاربه نه اذن تصرف که تعهد به عمل با سرمایه و تعهد به مالکیت مشترک سود و زیان است. اذن در تصرف از لوازم مضاربه است نه آنکه پایه عقد بر اذن باشد، همانند عقد اجاره که پایه‌اش استفاده از مال و پرداخت اجاره است و از لوازم آن، اذن در تصرف است.

شباهت به شرکت نیز نمی‌تواند موجب اذنی بودن عقد و حکم جواز شود؛ چراکه مزارعه و مساقات نیز شرکت در سرمایه و عمل است، درحالی که آنها عقد لازم قلمداد می‌شوند (سبحانی، ۱۴۱۶ق: ص ۱۴). تنها تفاوت آنها با مضاربه در این است که در مضاربه سرمایه‌ای که تحویل طرف دیگر می‌شود مال و وجه نقد است؛ اما سرمایه در مزارعه و مساقات، مزرعه و باغ است. بنابراین از جهت شباهت به عقد شرکت، میان مضاربه، مساقات و مزارعه هیچ تفاوتی نیست و هر سه به یک میزان شبیه عقد شرکت هستند.

حتی می‌توان گفت عقد شرکت به معنای شرکت در مال است و شراکت در سرمایه و عمل را نمی‌توان شرکت شمرد؛ به همین جهت است که مزارعه و مساقات مانند شرکت نیستند و لازم‌اند.

همچنین مضاربه و کالت نیست چون هر اذن در تصرفی به معنای و کالت نیست؛ مثلاً در اجاره، مزارعه و مساقات و... که اذن در تصرف وجود دارد، تغییر مالکیت رخ نمی‌دهد، ولی عدم تغییر در مالکیت، به معنای و کالت بودن آنها نیست.

۳-۱-۲. اصل جواز

به عنوان دلیل سوم برای جواز مضاربه‌ای که مدت در آن تعیین شده، گاهی به «اصل» نیز استناد شده است (شهید ثانی، ۱۳۹۸ق، ج ۴: ص ۲۱۲؛ طباطبایی، ۱۳۸۲ق، ج ۹: ص ۳۳۵؛ صاحب جواهر،

۱۹۸۱م، ج ۲۶: ص ۳۴۰). این در حالی است که در عقود، اصل بر لزوم است نه جواز؛ به علاوه، با توضیحاتی که در قسمت اصل لزوم بیان خواهد شد، این دلیل هم نمی تواند دلیل کارآمدی تلقی شود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق: ص ۷۹)؛ حتی کسانی که مضاربه را جایز می دانند چنین اصلی را واجد معنای روشنی نمی دانند (شیرازی زنجانی، ۱۳۹۸).

۲-۲. دلایل لزوم مضاربه مؤجل

برخی از فقیهان معاصر برای اثبات لزوم در عقد مضاربه‌ای که اجل در آن تعیین شده است، دلایلی اقامه کرده‌اند. در ادامه، به این دلایل توجه می‌شود؛ ضمن اینکه علاوه بر آنها، می‌توان دلایل دیگری را نیز اضافه کرد: از آنها نیز سخن به میان آمده است.

۲-۲-۱. اصل لزوم

این دلیل به اصل لازم بودن عقود اشاره می‌کند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق: ص ۷۹؛ سبحانی، ۱۴۱۶ق: ص ۱۴؛ بجنوردی، ۱۴۲۴ق، ج ۵: ص ۱۹۵). اصل لزوم از عموماً استنباط شده است و موقع شک باید به آن رجوع کرد؛ ضمن اینکه ممکن است به معنای استصحاب ادامه آثار عقد بعد از فسخ یک‌جانبه نیز در نظر گرفته شود (انصاری، ۱۴۲۴ق، ج ۵: ص ۱۴؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق: صص ۷۸ و ۱۶۷). بنابراین هر جا دلیل اختصاصی‌ای بر جواز یا لزوم عقدی یافت نشود، حکم عقد مورد نظر بر طبق اصل اولیه و قاعده لزوم خواهد بود.

اصل لزوم قراردادها از آیه شریفه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده: ۱) برگرفته شده است. در واقع، با توجه به این اصل، هر عقدی لازم است مگر آنکه دلیل متقنی مطرح باشد که عقد را از لزوم خارج نماید؛ چراکه هر التزام دو سویه و متقابلی، در محدوده اصل لزوم قرار می‌گیرد (حائری، ۱۴۱۵ق، ج ۱: ص ۲۱۰).

در موضوع مسائل مربوط به مضاربه نیز اولاً فقیهان به این آیه شریفه و روایت «المؤمنون عند شروطهم» (حر عاملی، ۱۴۰۱ق، ج ۱۵: ص ۳۰) استناد می‌کنند (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۶: ص ۲۴۰)؛ در نتیجه پیدا است که آن را عقد می‌دانند؛ ثانیاً عرف عقلاً مضاربه‌ای را که هنگام تعهد، زمان آن مشخص شده و به طرفیت سرمایه‌گذار و عامل انجام می‌شود تا





عامل با سرمایه هنگفت او تجارت کند و طرفین در سود و زیان شریک شوند، عقد و عهد مشدد و تعهد دوسویه به حساب می‌آورد.

علاوه بر این، هر چند برخی از فقیهان به وجود دلایلی برای تخصیص مضاربه و خروج آن از این اصل سخن گفته‌اند (اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰: ص ۲۴۰)، اما به جز ادله‌ای که نقل و نقد شد، دلیل دیگری برای تخصیص این اصل به دست نیامده است. همچنین اشاره شد که ادعای اذنی بودن عقد مضاربه نمی‌تواند مضاربه را از اصل لزوم خارج کند.

۲-۲-۲. مصلحت وقوع مضاربه

برخی از فقیهان در بیان دلیل لزوم مضاربه مدت دار، به مصلحت و عقلانیت در فقه اشاره می‌کنند: امری که با وجود توجه فقیهان، همچنان بررسی بیشتر آن مورد نیاز جامعه علمی و فقهی کشور است.

مطابق این نظر، مصلحت وقوع عقد مضاربه را کدنماندن سرمایه و گردش آن، و به تبعش افزایش بهره‌وری، اشتغال و فعالیت جامعه دانسته می‌شود. حال، اگر تحقق این مصلحت منوط به اطمینان طرفین از زمان پایان عقد باشد، باید مضاربه به صورت لازم برگزار گردد تا در نتیجه، سرمایه گذار بداند تا چه زمانی مال در دست عامل است و عامل بداند که سرمایه گذار به صرف اراده در هر زمانی، نمی‌تواند عقد را یک‌جانبه فسخ کند؛ چرا که اگر مضاربه‌ای که زمان برای آن مشخص شده است، قابل برهم خوردن در هر زمانی باشد، بدیهی است که دیگر اطمینانی برای طرفین باقی نمی‌ماند، حکمت مورد نظر شارع محقق نمی‌شود و تشریح مضاربه عملاً کم‌فایده خواهد بود (سبحانی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۵).

۲-۲-۳. تطابق نگاه عرف و شرع در معاملات

دلیل سوم برای لزوم مضاربه مدت دار آن است که عرف لزوم را پذیرفته است. این پذیرش در مورد مضاربه نیز محقق شده است؛ چرا که عرف چنین معامله‌ای را لازم‌الوفا

و صحیح می‌شمارد. وقتی مضاربه‌ای براساس مال مهمی انجام شود و طرفین روی زمان و مدت مضاربه دقیقاً و به تفصیل توافق کنند، اگر یکی از طرفین بخواهد در میانه مدت، منصرف شود، عرف چنین فسخی را نمی‌پذیرد و شایسته نمی‌داند.

از دیگر سو، همان‌طور که فقیهان تصریح کرده‌اند، هر عقدی که عرفاً صحیح باشد، شرعاً نیز صحیح خواهد بود (انصاری، ۱۴۲۴ق، ج ۳: ص ۲۰)؛ بنابراین مضاربه نیز صحیح و لازم است (سبحانی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۵)؛ ضمن اینکه اختلاف حکم شرع و عرف، که موجب حکم به بطلان معامله‌ای مانند ربا شده است، نیازمند دلیل متقن است. چنین دلیلی در موضوع مضاربه به دست نیامده است.

در تکمیل این دلیل می‌توان افزود که در موضوع مضاربه ده‌ها حدیث در کتاب‌های روایی معتبر نقل شده و در هیچ‌یک امکان فسخ یک‌سویه مضاربه مطرح نشده است. از سوی دیگر، این قاعده کلی وجود دارد که در معاملات آنچه در نزد شارع معتبر است، همان چیزی است که در نزد عرف معتبر است (آخوند خراسانی، ۱۴۲۹ق، ج ۱: ص ۴۹). اطلاق ادله روایی به همراه این قاعده چنین نتیجه می‌دهد: مضاربه‌ای که در نزد عرف معتبر است، عیناً نزد شارع نیز معتبر است، مگر در مواردی که شارع نهی کرده باشد. نهی از لزوم مضاربه در شرع نیامده است؛ بنابراین با توجه به اینکه امکان فسخ یک‌سویه در روایات مطرح نشده است، در این مورد می‌توان به نظر عرف عمل کرد: عرف مضاربه را تعهد و لازم‌الوفادانسته است که تنها با تقابیل یا پایان مدت مورد توافق برطرف می‌شود.

۳-۲. مؤیدات لزوم مضاربه مؤجل

۱-۳-۲. روایات باب مضاربه

یکی از مهم‌ترین معانی لغوی مضاربه، سفر است (ابن ادریس، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۴۰۷)؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۲: ص ۵۵۳؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق: ص ۷). حتی در آیه ۲۰ سوره مزمل، که برای مشروعیت مضاربه بدان استناد می‌شود، به موضوع سفر اشاره شده است (شیخ طوسی،





۱۳۷۸ق، ج ۳: ص ۱۶۷؛ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۱: ص ۱۹۹؛ اردبیلی، بی تا: ص ۴۶۴. در این آیه آمده است: ﴿وَآخِرُونَ يُضْرَبُونَ فِي الْأَرْضِ يَتَّبِعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾: «برخی برای به دست آوردن فضل و نعمت الهی به سفر می روند» و نیز در آیه ۱۰۱ سوره نساء ضرب به معنای سفر آمده است (شیخ طوسی، ۱۳۸۹ق، ج ۴: ص ۴۵). در روایات نیز گاه موضوع مسافرت، که به معنای لغوی مضاربه نزدیک است، صراحتاً مطرح شده است، مثلاً روایت کنانی (شیخ صدوق، ۱۴۰۴ق، ج ۳: ص ۲۲۷؛ شیخ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷: ص ۱۹۰؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۸: ص ۸۸۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۱ق، ج ۱۸: ص ۱۸۲) که صحیحی دانسته شده است (مجلسی، محمدتقی، ۱۴۰۶ق، ج ۷: ص ۱۲۶؛ مجلسی، محمدباقر، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹: ص ۲۹۴؛ حسینی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳: ص ۴۱۱) یا روایت حلبی (کلینی، ۱۳۸۸ق، ج ۵: ص ۲۴۰؛ حر عاملی، ۱۴۰۱ق، ج ۱۸: ص ۱۸۱) که حسن تلقی شده است (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹: ص ۲۹۱).

صاحب وسائل الشیعه نیز بابتی برای این موضوع در نظر گرفته است. به عقیده او، محل سفر و اصل آن باید با توافق طرفین باشد و اگر عامل برخلاف نظر مالک به محل دیگری به سفر برود، ضامن خواهد بود (حر عاملی، ۱۴۰۱ق، ج ۱۸: ص ۱۸۱). از این نکته پیداست که در عصر تشریح، سفر جزء لوازم عرفی مضاربه بوده است.

این امر می تواند مؤید لزوم در مضاربه باشد؛ چراکه در زمان صدور روایات، مسافرت بسیار طول می کشیده است و به همین سبب، عامل و سرمایه گذار از دسترس هم دور می شده اند؛ پس معقول نیست که یکی از طرفین، بدون علت موجب فسخ یا بدون توافق بتواند طرف دیگر را که فاصله مکانی و به دنبال آن فاصله زمانی بسیاری بین شان بوده است، از ادامه عمل نهی کند یا انصراف خود را از ادامه عمل به او اعلام کند. به طور کلی، به نظر می رسد در عصر تشریح مضاربه، تصور مضاربه ای که هر لحظه قابل فسخ باشد، دور از ذهن است.

۲-۳-۲. قاعده لاضرر

یکی از دلایلی که در موضوعات فقهی قابل استناد است قواعد فقهی است. در مورد

لزوم مضاربه‌ای که اجل در آن تعیین شده است، می‌توان به قاعده لاضرر^۱ و قواعد مشابه استناد کرد. در این نوع مضاربه، آنچه مورد اراده طرفین بوده، لزوم مضاربه است و طرفین به همین جهت برای مضاربه تا پایان مدت برنامه‌ریزی کرده‌اند. حال، اگر یکی از طرفین در میانه مدت منصرف شود و این انصراف را واجد اثر بدانیم، طرف دیگر دچار ضرر و نیز عسرو و حرج می‌شود. این جهت هم در مورد عامل و هم در مورد سرمایه‌گذار مطرح است. فرض کنید سرمایه‌گذار مالش را برای مدتی معین به عامل سپرده و خود به امور دیگری مشغول شده است (مثلاً به سفر رفته است)؛ حال، اگر عامل منصرف شود، او مجبور خواهد بود همه برنامه‌هایش را بازتعریف کند و از این جهت ضرر جدی به او می‌رسد و دچار عسرو و حرج خواهد شد. در مورد عامل نیز این امر وجود دارد و ملموس‌تر هم هست.

بنابراین، همان‌طور که برای اثبات احکامی مانند خیار غبن، می‌شود به قاعده لاضرر استناد کرد (شیخ طوسی، بی تا، ج ۳: ص ۴۲؛ انصاری، ۱۴۲۴ق، ج ۵: ص ۱۶۱) و حکم به امکان فسخ یک‌سویه بیع داد، در مورد عدم امکان فسخ بی‌مورد مضاربه‌ای که در آن مدت تعیین شده است نیز می‌توان به قاعده لاضرر استناد کرد.

۲-۳-۳. توقیفی نبودن مفهوم لزوم و جواز

در تأیید نظریه لزوم مضاربه مدت‌دار، باید اضافه کرد که لزوم و جواز از مفاهیم بسیط پیشینی نیستند بلکه مفاهیمی انتزاعی و پسینی هستند؛ به این معنا که این‌گونه نیست که در ابتدا در متون دینی آمده باشد که مضاربه جایز است و براساس این متون، احکام مضاربه از قبیل قابلیت فسخ، انتزاع شده باشد؛ بلکه عکس این حالت به واقعیت نزدیک‌تر است: ابتدا در روایات، احکام عقد مثلاً مضاربه ذکر شده است و لزوم و جوازی که فقیهان انتزاع کرده‌اند، برای بیان شرایط کلی یا تفهیم و دسته‌بندی است؛ بنابراین، می‌توان گفت عقود تابع تقسیم به جایز و لازم نیستند و ممکن است بین این دو

۱. مفاد اجمالی قاعده این است که حکمی که مستلزم ضرر باشد رفع می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۰ق، ج ۱: ص ۵۸).





مفهوم در نوسان باشند و محتمل است عقدی باشد که بخشی از احکام لزوم و بخشی از احکام جواز را توأمان داشته باشد (طباطبایی، ۱۳۸۲ق، ج: ۹، ص: ۲۴۱).

موضوع این است که آیا مدتی که در عقد مضاربه ذکر شده الزام آور است یا خیر. همچنین باید دانست که این مدت یا جزء ارکان عقد و قصد است (که در این صورت براساس «أوفوا بالعقود» و ماده ۱۰ قانون مدنی الزام آور است) یا جزء شرایط عقد است (که براساس «المؤمنون عند شروطهم» الزام آور است) و عنوان لزوم یا جواز که در کتب فقهی آمده است، خود منشأ اثر نیست.

۳. آثار و نتایج

۳-۱. فسخ با توافق طرفین

مطابق نظریه لزوم، مضاربه‌ای که در آن مدت ذکر شده باشد، قبل از پایان مدت، تنها با توافق طرفین و اقاله از میان می‌رود (سبغانی، ۱۴۱۶ق: ص ۱۵؛ همو، ۱۳۸۸: ص ۴۱۳؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق: ص ۳۲۶)؛ یعنی هیچ‌یک از طرفین بدون علت موجه نمی‌توانند این عقد را به‌طور یک‌جانبه فسخ کنند.

علت موجه نیز همان علل موجهه موجود در خیاراتی است که در همه عقود جریان دارد؛ توضیح آنکه به‌جز خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن (که مختص بیع‌اند) بقیه خیارات از جمله خیار شرط، تدلیس، غبن و مانند آن در همه عقود لازمه موجودند مگر آنکه به نحوی استثنا شده باشند (ماده ۴۵۶ قانون مدنی). همه این خیارات غیرمختص به بیع، ممکن است در عقد مضاربه نیز به‌وجود بیایند، از جمله خیار تخلف شرط یا خیار تبعض صنفه (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق: صص ۱۰۰ و ۴۱۲) و یا اینکه ممکن است طرفین برای خود تا مدتی معین خیار شرط قرار دهند.

به‌علاوه در صورت لزوم مضاربه و فسخ به‌جهت یکی از خیارات، مضاربه از ابتدا فسخ می‌شود (همان: ص ۱۹۸) و مالک مستحق سود و عامل مستحق اجرت عمل خواهند بود.

اما در مقابل، طبق دیدگاه جواز مضاربه، فسخ یک‌جانبه بدون دلیل موجه و بدون کسب رضایت از طرف دیگر یا مراجع قانونی، ممکن است؛ به این معنی که هریک از طرفین هر زمانی که اراده کند، چه زمان کوتاهی از آغاز مضاربه گذشته باشد و چه مدتی طولانی از شروع تجارت سپری شده باشد، در هر صورت و بدون هیچ دلیلی می‌تواند عقد را فسخ کند و چه بسا موجب ضرر مستقیم یا غیرمستقیم طرف دیگر شود. البته فقیهانی که قائل به جواز مضاربه هستند، برای اینکه یکی از طرفین با فسخ یک‌جانبه، اسباب عدم ثبات را ایجاد نکند، شرایط ضمن عقد را مطرح می‌کنند؛ به این معنا که طرفین می‌توانند ضمن عقد شرط کنند که تا پایان مدت، طرفین یا یکی از آنها حق فسخ نداشته باشد.

اگرچه برخی از فقیهان (حسینی روحانی، ۱۳۹۲، ج ۲۰: ۲۴۶؛ سیستانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲: ۱۷۸) و حقوق دانان (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴: ۲۰۸) به امکان لازم شدن عقد جایز با شرط لزوم در ضمن همان عقد جایز اشاراتی کرده‌اند، ولی بیشتر فقیهان (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۱: ۱۹۹؛ طباطبایی حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۱۲: ۲۶۵؛ امام خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱: ۶۴۹؛ فاضل لنگرانی، ۱۳۸۳: ۳۵) و حقوق دانان (امامی، ۱۳۹۱، ج ۲: ۱۰۶) معتقدند این شرط باید در ضمن عقد خارج لازمی مطرح شود؛ چراکه شرط ضمن عقد جایز نیز جایز است (طباطبایی، ۱۳۸۲ق، ج ۹: ۳۳۶). در مورد مضاربه نیز برخی از فقیهان چنین شرطی را به نوعی الزام آور می‌دانند؛ ولی همان‌طور که محقق نائینی تصریح کرده، درنهایت در مضاربه نیز این قاعده جاری است که از نظر جواز و لزوم، شرط تابع عقد است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق، ج ۵: ۱۵۷)؛ مگر اینکه عقد را لازم بدانیم که این همان نظریه‌ای است که این تحقیق در پی آن است.

به عبارت دیگر، برای اینکه سرمایه گذار و عامل قرارداد مضاربه کلانی را امضا کنند و بخواهند از بابت عدم فسخ یک‌جانبه آسوده باشند، ضمن خود مضاربه نمی‌توانند لزوم آن را شرط کنند و باید ضمن یک عقد لازم دیگر - که ممکن است عقد خُرد و کوچکی باشد - یک مضاربه مهم را امضا کنند. ارکان هر دو عقد نیز باید کامل باشد تا مضاربه به طور یک‌جانبه قابل فسخ نباشد.





بنابراین، از حیث آثار نیز نظر موضوع این تحقیق به واقع و عرف نزدیک تر است؛ چراکه عرف تجارت که طالب ثبات بازار است، خواهان لزوم مضاربه در مدت معین است و شرط شدن ضمن عقد خارج لازم، چه بسا خالی از واقعیت و به حیل‌های شرعی نزدیک باشد.

۲-۳. عدم فسخ به موجب فوت یا جنون

اثر دیگر لزوم آن است که عقد با فوت و جنون و مانند آن از بین نمی‌رود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق: ص ۱۵۹)؛ بلکه همانند اجاره، وراثت یا ولی قائم‌مقام قانونی کسی خواهند بود که فوت کرده یا مجنون شده است. قائم‌مقام قانونی برای ازمیان رفتن مضاربه باید تا پایان مدت مضاربه صبر کند؛ مگر اینکه مباشرت برای عامل شرط شده باشد که در این صورت با موت یا جنون عامل، مضاربه فسخ خواهد شد.

در مقابل، براساس نظر فقیهان دیگر که قائل به جواز مضاربه هستند، با فوت یا جنون هر یک از طرفین، عقد فسخ می‌شود و ادامه فعالیت به اذن جدید احتیاج دارد (ابن سعید، ۱۴۰۵ق: ص ۳۱۶؛ صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۶: ص ۳۴۴؛ طباطبایی حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۱۲: ص ۳۱۸؛ امام خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱: ص ۶۴۹).

از جهت این اثر نیز نظریه لزوم مضاربه مدت دار قابل دفاع تر است؛ چراکه براساس نظر مشهور، عروض ناگهانی فوت یا جنون می‌تواند یک نهاد تجارتي را که براساس مضاربه شکل گرفته است و چه بسا یک شخصیت حقوقی است به ناگاه و بدون هیچ خطاری ازمیان ببرد.

۳-۳. تفاوت انواع مضاربه در لزوم و جواز

با این نظر، مضاربه دو نوع اصلی خواهد داشت: مضاربه‌ای که مدت در آن ذکر شده باشد (که عقدی لازم است)؛ مضاربه‌ای که مدت در آن ذکر نشده باشد.

مضاربه‌ای که مدت در آن ذکر شده است، به دلایلی که ذکر شد، لازم و غیرقابل فسخ است؛ اما اگر به عمد و از روی قصد و اراده، مدت در مضاربه ذکر نشود،

به نظر می‌رسد حکم به جواز و نه لزوم این مضاربه صحیح‌تر باشد. شاید مدت را بتوان از ارکان مضاربه دانست؛ در این صورت، مضاربه بدون ذکر مدت باطل خواهد بود (سبحانی، ۱۴۱۶ق:ص ۱۴). این نظر ممکن است برخلاف اجماع همه فقیهان دانسته شود.

نظر متصور دیگر جایز بودن این مضاربه و نه لزوم آن است (همان؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق:ص ۷۹).

لزوم این نوع مضاربه را نمی‌توان پذیرفت؛ چراکه لزوم به معنای غیرقابل فسخ بودن است یعنی تا ابد قابل فسخ نباشد مانند بیع و نکاح که تا ابد رابطه ملکیت یا زوجیت ایجاد می‌کنند. این معنا در مضاربه قابل ایجاد نیست چون ارکان مضاربه کار کردن عامل با مال و بهره مشترک از سود و زیان است. لازم بودن این نوع مضاربه به این معنا است که مال دائماً حتی پس از مرگ مالک همچنان در ید عامل باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق:ص ۷۹) و عامل نیز تا ابد در خدمت مالک باشد (سبحانی، ۱۴۱۶ق:ص ۱۴).

چنین مفهومی نمی‌تواند صحیح باشد؛ چراکه اگر مالی دائماً در اختیار دیگری باشد و قابل پس گرفتن نباشد، نیازمند مفهوم بیع، هبه و تغییر مالکیت هستیم. مضاربه نمی‌تواند مالکیت اصل مال را تغییر دهد، چون ذات آن بقای مالکیت مال است و می‌توان با اطمینان گفت که تغییر مالکیت خلاف مقتضای عقد مضاربه است.

ابدی بودن در مورد عامل هم صحیح نیست؛ چراکه به معنای خدمت ابدی و غیرقابل تغییر شخصی به دیگری است و این برخلاف حقوق اساسی است و بر نهی مذکور در ماده ۹۵۹ قانون مدنی انطباق دارد.

شاید به همین دلیل است که مشهور یا اشهر فقیهان معتقدند: شرط لزوم مضاربه باطل است (شهید ثانی، ۱۳۹۸ق، ج ۴:ص ۲۱۳؛ طباطبایی، بی تا، ج ۲:ص ۱۶۸) و حتی برخی از فقیهان تصریح کرده‌اند که اگر مدت مضاربه بسیار زیاد باشد (مثلاً هزار سال) این مضاربه باطل است (شیخ طوسی، ۱۳۷۸ق، ج ۳:ص ۱۶۹؛ قاضی ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱:ص ۴۶۱).

بنابراین در صورت اطلاق مضاربه و عدم قید مدت، مضاربه لازم نیست و حکم بطلان نیز برخلاف اجماع است؛ از سویی مضاربه مطلق به مفهوم اذن و کالت قرابت





بیشتری دارد: هر کس می‌تواند به‌طور مطلق به دیگری اذن دهد که با مالش کار کند و این نمی‌تواند باطل باشد.

به این امر نیز باید توجه کرد که تصور عقدی که در صورت تعیین اجل الزام‌آور است و در صورت اطلاق و عدم تعیین زمان، جایز و قابل فسخ است، استبعادی ندارد؛ مثلاً عقد حبس در صورتی که به‌شکل عمری و رقبی نباشد و مطلق باشد، جایز و هر لحظه قابل فسخ است؛ در حالی که اگر برای آن مدت تعیین شود، الزام‌آور است.^۱ بنابراین، نظریه جواز مضاربه مطلق که قدرمتیقن اجماع است قابل دفاع خواهد بود.

از نظر برخی از فقیهان، مفهوم عرفی مضاربه مطلق که مدت در آن ذکر نشده است، مدت اندک است؛ یعنی اگر در مضاربه مدت ذکر شده باشد، لازم است؛ ولی اگر مدت ذکر نشده باشد، مفهوم آن را عرف تعیین می‌کند. این مدت ظاهراً مدتی کوتاه است که برای انجام عمل مورد نظر ضرورت دارد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق: ص ۷۹). این نظر در مواردی که قرائن و امارات قضایی وجود دارد، کاملاً قابل دفاع است؛ چون در عمل، در بسیاری از موارد، ذکر نکردن زمان به معنای مدتی کوتاه است؛ اما در صورت نبود قرائنی بر تعیین و توافق روی زمانی کوتاه، به نظر می‌رسد نظر به جواز این نوع مضاربه قابل دفاع‌تر باشد.

نتیجه‌گیری

بنا به آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد نظریه لزوم عقد مضاربه در مدتی که در هنگام عقد، مورد توافق طرفین بوده است، نظری درست‌تر است (گرچه متفاوت از نظر بیشتر فقیهان است)؛ چراکه مفهوم جواز و لزوم در روایات نیامده و حتی ممکن است اشاراتی در روایات، مبنی بر لزوم مضاربه در مدت مورد توافق مطرح باشد؛ پس وقتی در روایات، جواز عقدی ذکر نشده باشد، اصل بر لزوم هر عقدی است که عرف آن را عقد می‌داند.

۱. ماده ۴۴: در صورتی که مالک برای حق انتفاع مدتی معین نکرده باشد حبس مطلق بوده و حق مزبور تا فوت مالک خواهد بود مگر اینکه مالک قبل از فوت خود رجوع کند.

در این مورد باید به آیه شریفه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ عمل کرد. به علاوه، لزوم و جواز از مفاهیم پسینی فقه‌اند و مستقیماً در روایات نیامده‌اند و مهم استنباطی است که از منابع فقهی می‌شود. بنابراین، با توجه به تأکید قرآن کریم بر عمل به تعهد، و در نظر گرفتن عرف و عقل، توجه به مصلحت اصلی وقوع مضاربه و احتساب ضرر ناشی از فسخ ناگهانی، حکم به لزوم مضاربه‌ای که مدت در آن ذکر شده است و طرفین با اراده آزاد در مورد آن توافق کرده‌اند، به نظر شارع نزدیک‌تر است.

از این جهت، طرح و بررسی بیشتر موضوع ضروری است تا بیشتر مورد توجه فقیهان قرار گیرد و برخی از مسائل اجرایی حل شود.



کتابنامه

۱. قرآن کریم
۲. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۲۹ق)، کفایة الأصول، ج ۱، چ ۵، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۳. ابن ادریس (محمد بن احمد) (۱۴۰۶ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. ابن حمزه (محمد بن علی) (۱۴۰۸ق)، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، ج ۱، قم: مكتبة آية الله مرعشي.
۵. ابن زهره (حمزة بن علی) (۱۴۱۷ق)، غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، (قسم الفروع)، قم: مؤسسه الإمام الصادق عليه السلام.
۶. ابن سعید (یحیی بن سعید حلّی) (۱۴۰۵ق)، الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سيدالشهداء عليه السلام.
۷. ابن فهد حلّی (احمد بن محمد) (۱۴۰۷ق)، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، محقق: مجتبی عراقی، ج ۲، چ ۱، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۱۶ق)، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۰، چ ۲، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۹. _____ (بی تا)، زبدة البیان فی أحكام القرآن، تهران: مكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية.
۱۰. امامی، حسن (۱۳۹۱)، حقوق مدنی، ج ۲، چ ۳۳، تهران: اسلامیه.
۱۱. انصاری، مرتضی (۱۴۲۴ق)، المكاسب، ج ۳ و ۵، چ ۱، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۱۲. بجنوردی، حسن (۱۴۲۴ق)، القواعد الفقهية، محققان: مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، ج ۵، چ ۱، قم: دلیل ما.
۱۳. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۱، چ ۲، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۴. بهجت، محمد تقی (۱۳۷۶)، رساله توضیح مسائل، چ ۱۰، قم: دفتر دفتر معظم له، قابل دسترسی در:

<http://v0.bahjat.ir/index.php/ahkam-2/resaleh/297-2011-09-07-02-34-42.html>



۱۵. جعفری مجد و محمد علی آبادی (۱۳۹۶)، «شرط لزوم در عقود اذنی با تأکید بر عقد مضاربه»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، مجله پگاه، دوره ۲۲، ش ۷۷ و ۷۸، ص ۹۱-۱۱۲.
۱۶. حائری، کاظم (۱۴۱۵ق)، فقه العقود، ج ۱، چ ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۱ق)، وسائل الشیعة فی تحصیل أحكام الشریعة، عبدالرحیم ربانی شیرازی، ج ۱۳ و ۱۵، چ ۵، تهران: مکتبه الاسلامیه.
۱۸. حسینی روحانی، محمدصادق (۱۳۹۲)، فقه الصادق علیه السلام، ج ۲۰، چ ۵، قم: مؤسسه دار الکتب.
۱۹. حسینی خوانساری، احمد (۱۳۵۵)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، محقق: علی اکبر غفاری، ج ۳، چ ۲، تهران: مکتبه الصدوق.
۲۰. خمینی (امام)، روح الله (۱۳۹۲)، تحریر الوسیله، ج ۱، چ ۱، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی علیه السلام.
۲۱. خوئی، ابوالقاسم (۱۴۳۰ق)، المبانی فی شرح العروة الوثقی، ج ۱، چ ۴، بی جا: مؤسسه الخوئی الاسلامیه.
۲۲. رستمی چلکاسری، عبادالله و محمد علی نژادی گورابجواری (۱۳۹۳)، «تأملی فقهی - حقوقی پیرامون تأثیر شرط مدت بر عقود جایز»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ششم، ش ۱۱، ص ۱۲۳-۱۶۰.
۲۳. سبحانی، جعفر (۱۳۸۸)، رساله توضیح مسائل، مشهد: هاتف.
۲۴. _____ (۱۴۱۶ق)، نظام المضاربه فی الشریعة الاسلامیه الغراء، چ ۱، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
۲۵. _____ (۱۴۲۹ق)، الوسیط فی أصول الفقه، ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
۲۶. سیستانی، سیدعلی (۱۴۲۷ق)، منهاج الصالحین، ج ۲، چ ۱، مشهد: مکتب سماحة آیه الله العظمی السید السیستانی.
۲۷. شبیری زنجانی، سیدموسی (۱۳۹۸/۷/۵)، «درس خارج آیت الله شبیری»، <http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/shobeiry/feqh/94/941106>
۲۸. شهید اول (محمد بن مکی عاملی) (۱۴۱۱ق)، اللعة الدمشقیة، چ ۲، قم: دار الفکر.
۲۹. شهید ثانی (زین الدین بن علی) (۱۳۹۸ق)، الروضة البهیة فی شرح اللعة الدمشقیة، مصحح: محمد کلانتر، ج ۴، چ ۲، قم: دار الهادی للمطبوعات.



٣٠. _____ (١٤٢٩ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ٤، ٤، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
٣١. شيخ صدوق (ابن بابويه، محمد بن علي) (١٤٠٤ق)، من لا يحضره الفقيه، مصحح: علي أكبر غفاري، ج ٣، ٢، قم: جامعة مدرسين حوزة علمية قم.
٣٢. شيخ طوسي (محمد بن حسن) (١٣٦٥)، تهذيب الأحكام، محققان: حسن خراسان و محمد آخوندی، ج ٢، قم: دار الكتب الإسلامية.
٣٣. _____ (١٣٨٧ق)، المبسوط في فقه الإمامية، ج ٣، ١، تهران: مرتضويه.
٣٤. _____ (١٣٨٩ق)، تفسير التبيان، ج ٤، ١، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
٣٥. _____ (١٤٠٠ق)، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، ج ٢، بيروت: دار الأندلس.
٣٦. _____ (بي تا)، الخلاف، ج ٣، قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
٣٧. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (١٩٨١م)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، شارح: عباس قوجاني، ج ٢٦، ٧، بيروت: دار إحياء تراث العربي.
٣٨. طباطبائي حكيم، محسن (١٣٩١ق)، مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ٤، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
٣٩. طباطبائي يزدی، محمد كاظم (١٤١٧ق)، العروة الوثقى فيما من به البلوى، ج ٥، ١، قم: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين بقم.
٤٠. طباطبائي، علي بن محمد (١٣٨٢ق)، رياض المسائل في بيان الأحكام با الدلائل، ج ٩، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
٤١. _____ (بي تا)، الشرح الصغير في شرح مختصر النافع، ج ٢، قم، مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي رحمته الله.
٤٢. عاملي، محمد جواد بن محمد حسيني (بي تا)، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ٢٠، قم: مؤسسه النشر الإسلامي.
٤٣. علامه حلي (حسن بن يوسف) (١٤١٠ق)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الايمان، ج ١، ١، قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
٤٤. _____ (١٤١٢ق)، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ٦، ١، قم: مؤسسة النشر الإسلامي.



٤٥. _____ (١٤١٣ق)، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، ج ٢، ج ١، قم: مؤسسة النشر الإسلامي.

٤٦. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب (١٤٠٨ق)، كشف الرموز في شرح المختصر النافع، محققان: عل پناه اشتهاردی و حسین یزدی، ج ٢، قم: مؤسسة النشر الإسلامي.

٤٧. فاضل لنکرانی، محمد (١٣٨٣)، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: المضاربة، الشركة، ج ١، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار عليه السلام.

٤٨. _____ (١٣٨٦)، رساله توضیح مسائل، ج ٣، قم: آدینه سبز.

٤٩. فروغی، سیدعلیرضا (١٣٨١)، «بررسی فقهی و حقوقی اشتراط مدت در عقد مضاربه»، رهنمون، س ١، ش ١، ص ٩٩-١١٢.

٥٠. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (١٤٠٦ق)، الوافی، ج ١٨، ج ١، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی عليه السلام.

٥١. قاضی ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر (١٤٠٦ق)، المهذب، ج ١، قم: مؤسسة النشر الإسلامي.

٥٢. کاتوزیان، ناصر (١٣٧٦)، حقوق مدنی، عقود معین، ج ٤: عقود اذنی، ج ٢، تهران: شرکت سهامی انتشار.

٥٣. کلینی، محمد بن یعقوب (١٣٨٨ق)، الکافی، مصحح: علی اکبر غفاری، ج ٥، ج ٣، قم: دار الکتب الإسلامية.

٥٤. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (١٤٠٤ق)، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول عليه السلام، ج ١٩، ج ٢، قم: دار الکتب الإسلامية.

٥٥. مجلسی، محمدتقی بن مقصود علی (١٤٠٦ق)، روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، ج ٧، ج ٢، قم: بنیاد فرهنگ اسلامی حاج محمدحسین کوشانپور.

٥٦. محقق حلی (جعفر بن حسن) (١٤٠٢ق)، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، ج ٢، تهران: مؤسسه البعثة.

٥٧. _____ (١٤٠٩ق)، شرائع الإسلام، ج ٢، ج ٢، تهران: استقلال.

٥٨. محقق کرکی (علی بن حسین) (١٤٠٨ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ٨، ج ١، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.

٥٩. مظفر، محمدرضا (١٣٧٣)، اصول فقه، ج ٢، ج ٢، قم: مکتب الإعلام الإسلامی.



۶۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۰ق)، القواعد الفقهية، ج ۱، چ ۱، قم: مدرسة الإمام أمير المؤمنين عليه السلام.

۶۱. موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۲۱ق)، فقه المضاربه، چ ۱، قم، مؤسسة النشر لجامعة المفید.

۶۲. _____ (۱۳۹۸/۷/۵)، «رساله توضیح المسائل»، پایگاه اطلاع رسانی معظم له، <http://www.ardebili.com/fa/Library/View/1/438>

۶۳. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۱ق)، رساله توضیح المسائل، چ ۴، قم: مدرسه باقرالعلوم عليه السلام.

