

بررسی فقهی و حقوقی اشتراط مدت در عقد مضاربه

سید علیرضا فروغی*

چکیده:

قانون مدنی در ماده‌ی ۵۵۲ با توجه به نظریه‌ی مشهور فقهای امامیه شرط تعیین مدت در عقد مضاربه را باطل دانسته و لکن حکم به صحت عقد نموده است، در این مقاله با بررسی مفاد ماده‌ی ۵۵۲ و نظریه‌ی مشهور و پاسخ استدلال‌های ایشان، صحیح بودن شرط مدت از دیدگاه فقهی با استناد به دلایل معتبر و فتاوی فقهای برجسته و از دیدگاه قانون مدنی با توجه به سایر مواد مربوط به مباحث عقود ثابت شده است. این نظریه دارای آثار مثبت بسیاری است از جمله این که تزلزل در قراردادهای مضاربه‌ای - که از عوامل اصلی عدم استقبال از این عقد در روابط اقتصادی می‌باشد - از بین رفته و شبهه‌ی غیر شرعی بودن لزوم این عقد نیز منتفی است. بنابراین قراردادهای مضاربه‌ای منعقد در نظام بانکی و عرف تجاری تا پایان مدت معین شده، لازم بوده و متعاقبین حق برهم‌زدن یک طرفه‌ی آن را ندارند.

کلیدواژه‌ها

عقد مضاربه - شرط مدت - عقد جایز - لزوم عقد - صحت عقد.

* عضو هیأت علمی دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شیراز



مقدمه

عقد مضاربه^۱ در فقه اسلامی از جمله عقود معین بوده و قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه امامیه این عقد را با همان احکام و آثار در باب سوّم از جلد اول که اختصاص به عقود معین دارد، آورده است. در تعریف مضاربه آمده است: «مضاربه عقدی است که یکی از متعاقدین سرمایه خود را در اختیار طرف دیگر قرار می‌دهد به شرط آن‌که با آن تجارت کند و در سود شریک باشند که صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می‌شود.» (م. ۵۴۶ ق.م.)

نظر به این که مضاربه عقدی جایز است (م. ۵۵۰) و عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقت بخواهد آن را فسخ کند (م. ۱۸۶)، مالک و مضارب در هر زمان که بخواهند، می‌توانند عقد را بر هم زنند.

درباره‌ی جواز عقد مضاربه اتفاق نظر وجود دارد. صاحب جواهر آورده است: «خلافی در جواز مضاربه نیست بلکه اجماع محصل و منقول بر جواز می‌باشد و اجماع دلیل خروج از قاعده لزوم است»^۲ تنها مؤلف الجامع للشرایع آن را لازم دانسته است که آن را اشتباه کاتب در استنساخ کتاب دانسته اند.^۳

تتبع در آثار فقیهان امامیه نشان می‌دهد که جواز عقد مضاربه از طرف مالک و مضارب متفق علیه است. اما آن‌چه مورد بحث و گفت‌وگوی بسیار واقع شده، بحث پیرامون اشتراط در ضمن عقد مضاربه به طور کلی و شرط تعیین مدت به طور خاص می‌باشد؛ بدین معنا که هرگاه در مضاربه مدت تعیین شود، این امر موجب لزوم عقد می‌شود یا خیر؟ حکم عقد و شرط چیست؟ مشهور معتقدند این شرط فاسد است لکن عقد صحیح بوده و مضارب پس از انقضای مدت برای ادامه‌ی فعالیت باید اجازه بگیرد. در مقابل، گروهی از فقها معتقدند شرط و عقد هر دو صحیح می‌باشد و عقد مضاربه در این مدت لازم بوده و اثر شرط منحصر به اعلام مدت مضاربه نمی‌باشد بلکه در این مدت متعاقدین حق بر مژدن عقد را ندارند. قانون مدنی مطابق نظریه‌ی مشهور در ماده‌ی ۵۵۲ حکم نموده است لکن به نظر می‌رسد مسأله محتاج به تأمل و تحقیق بیشتر است





خصوصاً این که این مسأله دارای آثار بسیاری می‌باشد از جمله در قراردادهای مضاربه‌ای منعقد در نظام بانکی، و چنانچه نظریه‌ی دوم اثبات شود، بسیار راه‌گشا خواهد بود. از آنجا که مضاربه از جمله عقود جایز می‌باشد، لازم است ابتدا مقدمه‌ای در بیان حکم شرط در عقود جایز بیان شود.

۱- اشتراط در عقد جایز

فقیهان امامیه در ضمن مباحث عقود شرکت، وکالت و مضاربه مکرر بر این نکته تصریح کرده‌اند که شرط در ضمن عقود جایز واجب الوفا نیست و این امر را در باره‌ی هر شرطی تعمیم داده‌اند. مقصود ایشان از عدم وجوب وفای به شرط این است که در صورت فسخ عقد از طرف یکی از متعاقدين وجوب وفای به شرط از بین می‌رود اما در صورتی که عقد باقی‌باشد، شرط واجب الوفا است و این که گفته می‌شود شرط در عقود جایز، واجب الوفا نمی‌باشد مقصود آن نیست که در صورت بقای عقد، شرط واجب الوفا نمی‌باشد بلکه مقصود آن است که در صورت فسخ عقد، دلیلی برای وجوب وفای به شرط وجود ندارد و شرط جایز می‌شود. دلیل این حکم آن است که مشهور فقهای امامیه شرط را یک تعهد مستقل نمی‌دانند و با استناد به کلام برخی از لغویان - که شرط را الزام و التزام در ضمن التزام دیگر تعریف کرده‌اند - می‌گویند ادله‌ی وجوب وفای به شروط از جمله حدیث «المؤمنون عند شروطهم»، شرط ابتدایی را شامل نبوده و فقط شروط ضمن عقد را دربرمی‌گیرد لذا شرط تعهد مستقل نبوده بلکه از فروع و توابع عقد است؛ مادام که متعاقدين به اصل عقد وفادار باشند به شرط نیز ملتزم هستند و در صورتی که اصل عقد از بین برود، مطابق قاعده‌ی فرعیت و تبعیت، لزوم شرط از بین می‌رود. پس شرط لزوم خود را از عقد کسب می‌کند و اگر بخواهد حتی در صورت فسخ عقد نیز واجب الوفا باشد، گفته شده تقدیم فرع بر اصل پیش می‌آید و این برخلاف قاعده‌ی تبعیت شرط از عقد است.^۴ اما آنچه جای شگفتی دارد، کلام صاحب جواهر است که معتقد است حتی در صورت بقای عقد نیز شرط واجب





الوفا نمی‌باشد. جالب آن که دلیل ایشان نیز تبعیت شرط از عقد از حیث لزوم و جواز می‌باشد و این که در صورت جواز عقد، جواز شرط اولی است. وی می‌نویسد:

«دلیل المؤمنون در مقام بیان صحت اصل شرط است نه لزوم و جواز عقد؛ چه آن که شرط در لزوم و جواز از عقدی که متضمن شرط است، تبعیت می‌کند اگر عقد لازم باشد، شرط نیز واجب بوده، چون از توابع عقد است، در غیر این صورت شرط واجب نبوده و شبیه وعد است.»^۱

کلام صاحب جواهر از جهات مختلف مخدوش است: اول آن که مشهور شرط را التزام در ضمن التزام دیگر می‌دانند و هنگامی که اندراج حاصل شد ظهور دلیل المؤمنون متضمن وجوب وفای به شرط است و فقها فعل مقدر در حدیث را از ماده‌ی التزام گرفته‌اند و تقدیر حدیث می‌شود: «جميع المؤمنین يلتزمون او ملتزمون عند جميع شروطهم». دوم آن که دلیلی بر تبعیت شرط از عقد از حیث لزوم و جواز وجود ندارد و با تمسک به قاعده‌ی المؤمنون و ادله‌ی باب شروط، چنین شرطی مشمول اطلاق ادله می‌باشد و انکار دلالت دلیل المؤمنون بر وجوب وفای به شرط جدا موجب شگفتی است.^۲

به هر حال آنچه از تتبع کتاب‌های فقهی به دست می‌آید آن است که فقها برخی شروط ضمن عقود جایز از جمله مضاربه را صحیح دانسته و برخی را باطل که بعضاً مبطل عقد نیز می‌باشند و برای وجوب وفای به شروط صحیح به عموماًت باب عقد و شرط تمسک کرده‌اند و برای بطلان نیز به دلایلی هم‌چون مخالفت با ذات عقد یا اطلاق آن و یا مخالفت شرط با کتاب و سنت استناد کرده‌اند؛ بنابراین بحث در دو قسمت می‌باشد: ۱- شرط در ضمن عقد مضاربه ۲- شرط تعیین مدت و اجل در عقد مضاربه. از آن جا که موضوع اصلی مقاله، بحث دوم می‌باشد، بحث اول به طور خلاصه توضیح داده شده و حکم آن تبیین می‌شود. اما در باره‌ی شرط تعیین مدت گفتنی است که سه صورت متصور است: ۱- شرط در



ضمن خود عقد مضاربه ۲- شرط در ضمن عقد جایز دیگر ۲- شرط در ضمن عقد خارج لازم.

۲- شرط در ضمن عقد مضاربه

همان‌طور که در فوق آورده شد مقصود هر شرطی غیر از شرط تعیین مدت می‌باشد. بررسی کلمات فقها نشان می‌دهد که در هر مورد به طور خاص باید بحث شود و چنانچه آن شرط از شروط صحیح باشد و با قواعد کلی باب شرط موافقت داشته باشد، حکم به صحت می‌شود از جمله در قواعد علامه حلی آمده است: «مضاربه (قراض) عقدی است که قابلیت شروط صحیح را دارد»^۷ و در صورت مخالفت حکم به بطلان می‌شود که گاه جنبه‌ی مبطلیت نیز داشته و عقد را نیز باطل می‌کند.

اما آن‌چه بیشتر در کلمات فقها پیرامون آن بحث شده است درباره‌ی لزوم وفای به چنین شرطی است که مشهور با توجه به این که اصل عقد مضاربه جایز است، وجوب شرط را در صورت بقای اصل عقد می‌دانند و با انحلال عقد، شرط بدون اثر می‌شود؛ چون دلیل وجوب وفای به شرط را همان دلیل وجوب وفای به عقد می‌دانند و فرض آن است که شرط، خود به عنوان یک تعهد مستقل مورد التزام طرفین قرار نگرفته است که در صورت فقدان عقد، شرط به وجود خود باقی باشد و - همان‌طور که بند قبل آوردیم - دلیل اصلی در این حکم قاعده‌ی تبعیت و فرعیت شرط نسبت به عقد بوده و با انحلال تعهد اصلی وجوب وفای به تعهد فرعی منتفی است. در باره‌ی صحت استدلال نظریه‌ی مشهور جای گفت‌وگو و مناقشه‌ی بسیار است که خود مقاله‌ی مستقلی را طلب می‌کند.

۳- جواز عقد مضاربه

فقیهان امامیه در بحث از مضاربه بر جایز بودن آن اتفاق نظر دارند و غالباً با عبارات مشابه آن را بیان داشته اند؛ از جمله صاحب جواهر آورده است:





«خلافی در جواز مضاربه نیست بلکه اجماع محصل و منقول بر جواز می‌باشد و اجماع دلیل خروج از قاعده‌ی لزوم است.»^۸

نکته‌ی مهم در این بحث آن است که مستند حکم جواز عقد مضاربه چیست؟ برخی فقها عقیده دارند که دلیل اصلی جواز، عدم شمول ادله‌ی لزوم عقود نسبت به عقود اذنی از جمله مضاربه است چون در عقود اذنی هیچ گونه التزامی از طرفین عقد وجود ندارد تا مشمول ادله‌ای هم‌چون اوفوا بالعقود و غیر آن شود.^۹ برخی نیز دلیل اصلی را اجماع می‌دانند از جمله صاحب جواهر که در عبارت فوق ذکر شد. همچنین مؤلف مستمسک عروة الوثقی می‌نویسد:

«دلیل جواز منحصر به اجماع است و اکتفای به قدر متقین در مخصص لیبی مانند اجماع، لازم است؛ پس رجوع به عموم ادله‌ی لزوم واجب است.»^{۱۰}

مقصود ایشان آن است که عمومات لزوم با اجماع تخصیص خورده است و چون اجماع یک دلیل لیبی است اکتفای بر قدر متقین نموده و عقد مضاربه‌ی مطلق را مشمول ادله می‌دانیم اما مضاربه‌ای را که در آن شرط اجل شده است، مشمول عمومات می‌دانیم.

۴- تعیین مدت و اجل در عقد مضاربه

مشهور فقهای امامیه معتقدند که اگر در عقد مضاربه تعیین مدت شود - بدین معنا که مضاربه واقع شود به شرط این که مثلاً مدت آن تا سه سال باشد - شرط باطل بوده اما عقد را باطل نمی‌کند. و در ماده‌ی ۵۵۲ نیز قانون‌گذار به تبعیت از فقه امامیه آورده است: «هرگاه در مضاربه برای تجارت مدت معین شده باشد تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی‌گردد لیکن پس از انقضای مدت مضارب نمی‌تواند معامله بکند مگر به اجازه جدید مالک.»

برای توضیح بحث و فهم بهتر ماده‌ی ۵۵۲ لازم است مطالب در دو قسمت بررسی شود: ۱- حقیقت شرط تعیین مدت ۲- دلایل بطلان شرط تعیین مدت.



۵ - حقیقت شرط تعیین مدت

درباره‌ی شرط تعیین مدت و به تعبیر کتاب‌های فقهی اشتراط اجل، برخی فقها آن را به شرط عدم فسخ ارجاع داده‌اند و گفته‌اند: «معنای شرط مهلت همان عدم فسخ تا آن مهلت است»^{۱۱} لکن با دقت بیشتر می‌توان اثر دیگری را نیز بر این شرط مترتب دانست و آن اعلام مدت عقد مضاربه است. به عبارت دیگر تعیین مدت در عقد مضاربه می‌تواند دارای آثار زیر باشد:

۱. لزوم عقد و ایجاد التزام برای متعاقدين که هیچ یک نتوانند تا پایان مدت مذکور عقد را برهم زنند.

۲. اعلام مدت مضاربه به گونه‌ای که بعد از پایان مدت، اذن مالک از بین برود و برای ادامه‌ی فعالیت مضارب نیاز به اذن جدید مالک و در حقیقت عقد جدید باشد.

در عبارت ماده‌ی ۵۵۲ به هر دو اثر شرط؛ یعنی لزوم عقد و اعلام مدت مضاربه اشاره شده است. روشن است که استنباط نویسندگان قانون مدنی صحیح بوده و مطابق نظر غالب فقها می‌باشد که اثر شرط تعیین مدت را منحصر به لزوم عقد نمی‌دانند.^{۱۲} اما بحث اصلی درباره‌ی حکم چنین شرطی است و این که به چه دلیل مشهور این شرط را باطل دانسته‌اند در حالی که حکم به صحت عقد کرده‌اند. برای توضیح بهتر، ابتدا دلایل نظریه‌ی مشهور را بررسی نموده سپس نظریه‌ی مختار را با استناد به ادله و دیدگاه‌های فقیهان امامیه خصوصاً معاصران، ارائه خواهیم نمود.

۶ - دلایل بطلان شرط تعیین مدت

در بررسی کلمات فقها سه نوع دلیل برای بطلان چنین شرطی ذکر

شده‌است:





۱-۶- برخی چنین شرطی را مخالف مقتضای ذات عقد دانسته و دلیل آورده‌اند که چون مقتضای عقد مضاربه جواز است، شرط مزبور بر خلاف مقتضای مزبور بوده و حکم چنین شرطی بطلان است.^{۱۳}

در انتقاد از این استدلال وجوه زیر گفته شده است:

۱- مقتضای ذات عقد مضاربه جواز فسخ عقد نیست تا شرط عدم فسخ بر خلاف مقتضای ذات عقد باشد.

۲- شرط خلاف مقتضای ذات عقد، از شروط باطل و مبطل می‌باشد و اگر شرط فوق بر خلاف مقتضای ذات باشد، می‌بایست عقد نیز باطل شود در حالی که فقها عقد را صحیح می‌دانند و این نشان می‌دهد مشهور این شرط را مخالف مقتضای ذات عقد نمی‌دانند.

۳- مشهور فقها شرط عدم فسخ را - چنان چه در ضمن عقد لازم دیگری قرارداد شده - صحیح دانسته و عقد را تا پایان مدت لازم می‌دانند در صورتی که شرط برخلاف مقتضای ذات موجب بطلان است چه در ضمن خود عقد جایز باشد و چه در ضمن عقد لازم. از مجموع مطالب فوق استفاده می‌شود که قطعاً چنین شرطی بر خلاف مقتضای ذات عقد نمی‌باشد.

۲-۶- برخی دیگر از فقیهان چنین شرطی را برخلاف مقتضای اطلاق عقد دانسته‌اند؛ بدین معنا که مقتضای اطلاق عقد، وجود حق فسخ برای متعاقدين است و با شرط عدم فسخ، عقد اقتضای حق فسخ را ندارد. در انتقاد از این نظریه نیز گفته شده است:

۱- شرط عدم فسخ ارتباطی با اطلاق و تقیید عقد مضاربه ندارد؛ چون مقصود از مقتضای اطلاق آن امری است که اگر در عقد به طور مطلق و بدون قید و شرط آورده شود عقد اقتضای آن را دارد و چون مقتضای اطلاق هدف اصلی متعاملین نمی‌باشد با انجام شرط می‌توانند آن را تغییر دهند؛ مانند ماده‌ی ۳۴۴ قانون مدنی که در آن آمده است: «اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده است یا برای





تسلیم مبیع یا تأدیه قیمت موعدی معین نگشته باشد بیع قطعی و ثمن حال محسوب است.»

۲- شرط خلاف مقتضای اطلاق جزء شروط باطل نبوده و از شروط صحیح به شمار می‌رود.

۶-۳- این شرط مخالف کتاب و سنت می باشد (البته به منزله‌ی مخالف کتاب و سنت می باشد) چون اگر اجماع را دلیل منحصر برای جواز عقد دانستیم و اجماع را در حکم کتاب و سنت بدانیم در واقع مخالفت با اجماع حکم مخالفت با کتاب و سنت را دارد و چنین شرطی باطل بوده و مبطل نیز می‌باشد. با توجه به آن چه در حقیقت شرط تعیین مدت گذشت هدف شرط می‌تواند تعیین مدت مضاربه باشد که لازمه‌ی آن لزوم عقد تا زمان معین شده است و هم چنین هدف شرط می‌تواند اسقاط حق فسخ و به تعبیر فقها عدم ملک فسخ از طرف متعاملین باشد؛ به عبارت دیگر گاهی هدف از شرط، عدم فسخ تا زمان معین است و گاهی هدف لازم دانستن عقد مضاربه است. به نظرمی‌رسد استدلال مشهور بر مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد یا اطلاق عقد، مبتنی بر اسقاط حق فسخ در عقد مضاربه و قائل‌شدن به لزوم آن است نه بر اساس شرط عدم فسخ تا زمان معین. البته اگر در مورد شرط عدم ملک فسخ نیز دقت شود ملاحظه می‌شود حتی به معنای فوق نیز شرط مخالف ذات عقد مضاربه نمی‌باشد؛ چون مقتضای ذات عقد عبارت از امری است که عقد برای پیدایش آن منعقد می‌گردد؛ مانند ملکیت مبیع برای مشتری و ملکیت ثمن برای بایع در عقد بیع، و در عقد مضاربه مقتضای ذات همان در اختیار گرفتن سرمایه از طرف مضارب برای تجارت است نه جواز لزوم عقد. و اگر گفته شود شرط به معنای فوق (اسقاط حق فسخ و لازم دانستن مضاربه) مخالف اطلاق عقد است، پاسخ آن است که چنین مخالفتی مشکل‌ساز نیست و شرط از این نظر صحیح می‌باشد. اما برخی فقها چنین شرطی را به منزله‌ی مخالف کتاب و سنت دانسته‌اند که در این صورت چنین شرطی قطعاً باطل و مبطل عقد است. اما نکته‌ی اصلی این است که این شرط موضوع بحث ما



نمی‌باشد؛ چون بحث ما در لزوم عقد مضاربه تا مدت معین بود و نه لازم دانستن اصل عقد مضاربه و عدم ملکیت فسخ، لذا در فرض مورد نظر شرط باطل و عقد صحیح است و شرط تعیین مدت که لازمه‌ی آن لزوم عقد تا مدت معین شده است نه مخالف مقتضای ذات عقد و نه اطلاق آن و نه مخالف کتاب و سنت می‌باشد؛ بنابراین نتیجه گرفته می‌شود دلیلی مبنی بر بطلان چنین شرطی وجود ندارد.

۷- حکم شرط تعیین مدت در مضاربه

با توجه به مباحث شماره‌ی قبل روشن شد که دلیلی بر بطلان چنین شرطی وجود ندارد. از آن طرف عمومات باب شروط، وفای به چنین شرطی را لازم می‌داند. در واقع نکته‌ی اصلی آن است که فقهای گذشته تصور می‌کردند قول به لزوم عقد موجب تشریح و بدعت شده و عقد مضاربه - که جایز است - لازم شده و بدین صورت مخالفت با حکم الهی شده است در حالی که با تحلیل مسأله مشخص شد اگر کسی در عقد خاصی شرط مدت کند یا عدم فسخ را شرط کند این عقد خاص لازم می‌شود نه آن‌که عقد مضاربه به طور کلی لازم شود به خلاف حالتی که حق فسخ را از خود ساقط کند یا مالکیت خود را بر فسخ منتفی کند که لازمه‌ی آن لزوم عقد مضاربه به طور کلی باشد. به هر حال با وجود عمومات و اطلاقات، تمسک به آن‌ها صحیح بوده و حکم به صحت چنین شرطی می‌کنیم. این رویکرد در آثار فقهای معاصر کاملاً آشکار است. آیت ا. خویی معتقد است:

«هرگاه شرط، عدم ملک فسخ باشد شرط و عقد هر دو باطل است اما اگر شرط عدم فسخ این عقد مضاربه‌ی خاص در خارج باشد شرط و عقد هر دو صحیح است.»^{۱۰۸}

مؤلف جامع المدارک می‌نویسد:

«و قول به صحت و لزوم ممکن می‌باشد؛ زیرا بعد از این که منافی مقتضای عقد نبوده و مخالفت آن با کتاب و سنت دانسته نشد محکوم به صحت است، اما

عدم منافات با مقتضای عقد معلوم است، بلکه اگر اجماع نبود مقتضای قاعده لزوم بود»^{۱۰}

فقیه دیگری می نویسد:

اقوی عدم جواز فسخ مضاربه قبل از پایان یافتن مدت می باشد زیرا تعیین مدت در واقع بازگشت به التزام و تعهد به عدم فسخ قبل از مدت مذکور می کند و این چنین شرطی داخل در شروط لازم الوفا می باشد.^{۱۱}

همچنین با توجه به این که عقود مزارعه و مساقات - که با مضاربه شباهت دارند - لازم می باشند قول به لزوم مضاربه - خصوصاً زمانی که در آن شرط اجل شده باشد - صحیح و تمام است.

این نگرش در شرح قانون مدنی نیز دیده می شود؛ از جمله برخی استادان با توجه به ماده‌ی ۱۰ که حکم به نفوذ قراردادهای خصوصی می کند و همچنین ماده‌ی ۶۷۹ که مقرر می دارد: «موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل خود را عزل کند مگر این که وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد خارج لازم شرط شده باشد» و با توجه به شباهت وکالت و مضاربه حکم به صحت و لزوم عقد مضاربه کرده اند.^{۱۲}

۸- صور مختلف شرط تعیین مدت

همان طور که اشاره شد، شرط تعیین مدت یا عدم فسخ می تواند در ضمن خود عقد مضاربه باشد و می تواند در ضمن عقد جایز دیگر از جمله مضاربه باشد و می تواند در ضمن عقد خارج لازم باشد. جالب است بسیاری از فقهای که در صورت اول حکم به بطلان شرط کرده اند در صورت سوم حکم به صحت شرط کرده اند و استدلال کرده اند که شرط، به دلیل قرار گرفتن در ضمن یک تعهد دیگر که عقد لازم باشد، از آن کسب لزوم می کند و مشمول عمومات باب عقد و شرط هر دو می شود و همچنان که قبلاً اشاره شد این خود نشان می دهد که اصل شرط از نظر ایشان صحیح بوده اما دلیل وجوب و فا فقط بنا بر نظر مشهور در





صورت سوم می‌باشد. درباره‌ی صورت دوم نیز در بحث شرط در عقد جایز توضیح دادیم بنا بر نظریه‌ی مشهور مادام که اصل عقد باقی است شرط واجب الوفا است اما چنانچه عقد فسخ شود لزوم وفای به شرط - که متخذ از وجوب وفای به عقد بود - از بین می‌رود.

نکته‌ی شایان ذکر آن است که - هم‌چنان که برخی استادان متذکر شده‌اند^{۱۸} - با توجه به ماده‌ی ۶۷۹ ق.م. ممکن است گفته شود تنها راه لازم کردن عقد مضاربه صورت سوم یعنی درج آن در ضمن عقد لازم باشد در حالی که با پذیرش اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها در ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی نیازی نیست که اراده‌ی طرفین در قالب‌های معین و مشخصی همچون عقود لازم قرارداد شود. در واقع نویسندگان قانون مدنی نظر به انسی که به فقه امامیه داشته اند قاعده‌ای را که در ماده‌ی ۱۰ پذیرفته‌اند گاه در طرح مباحث عقود معین فراموش کرده و مسأله را بر اساس قواعد مربوط به این عقود طرح کرده‌اند. و لکن از جمع بین این مواد به خوبی استفاده می‌شود که پیداشدن راه‌های نو در الزام‌آور ساختن اراده‌ی طرفین، منافاتی با مباحث عقود معین نداشته و مالک و عامل می‌توانند حق فسخ عقد مضاربه را از خود سلب کنند.

پی نوشت ها:

۱. نام دیگر عقد مضاربه قراض است. سید محمد جواد عاملی آورده است: «قراض و مضاربه دو لفظ مترادف دارای معنای واحد می‌باشند و این که قراض لغت اهل حجاز است و مضاربه لغت اهل عراق است». (سید محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح الكرامة، بیروت: دار التراث، ۱۹۹۸، ج ۱۶، ص ۶۳۷).
۲. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷، ج ۲۶، ص ۳۴۰.
۳. سید محمد جواد حسینی عاملی، پیشین، جلد ۱۶، ص ۶۳۸.
۴. درباره‌ی صحت نظریه‌ی مشهور فقهای امامیه مبنی بر عدم وجوب وفای به شروط ابتدایی، جای بحث و گفتگوی بسیار است. نگارنده در پایان‌نامه‌ی خود تحت عنوان مبانی





فقهی ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی، وجوب وفای به شروط ابتدایی را با استناد به ادله‌ی معتبر باب عقود و شروط و نظریه‌ی برخی فقهای نامدار همچون ملا احمد نراقی، سید محمد کاظم یزدی و امام خمینی به اثبات رسانده است.

۵. شیخ محمد حسن نجفی، پیشین، جلد ۲۶، ص ۳۴۲.

۶. مخفی نیست که پاسخ به صاحب جواهر بر مبنای این که مطلق شرط را واجب بدانیم اعم از ابتدایی و ضمن عقد و یا طبق نظریه‌ی مشهور فقط شرط ضمن عقد را واجب بدانیم، به دلیل اطلاق روایت تمام است گرچه به نظر نگارنده بر مبنای اول پاسخ اتم و اکمل است.

۷. علامه حسن بن یوسف حلی، قواعد الاحکام، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۵۲.

۸. شیخ محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۲۶، ص ۳۴۰.

۹. محمد تقی خوئی، مبانی العروة الوثقی، محاضرات آیت الله خوئی، ج ۳، ص ۳۸.

۱۰. سید محسن حکیم، مستمسک العروة الوثقی، قم: دارالکتب العلمیة، چاپ سوم، ۱۳۹۱، ج ۱۲، ص ۲۶۱.

۱۱. سید محسن حکیم، پیشین، ج ۱۲، ص ۲۲۴.

۱۲. محمد تقی خوئی، پیشین، ج ۳، ص ۳۹.

۱۳. محقق جعفر بن حسن حلی، شرائع الاسلام، تهران: انتشارات استقلال، ۱۴۰۳، ج ۱ و ۲، ص ۳۸۱.

۱۴. محمد تقی خوئی، پیشین، ج ۳، ص ۴۲.

۱۵. سید احمد خوانساری، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، تهران: مکتبه الصدوق، ۱۳۹۷، ج ۳، ص ۴۰۸.

۱۶. ناصر مکارم شیرازی، الحاشیة علی العروة الوثقی، قم: مدرسة الامام امیرالمؤمنین (ع)، الطبعة الثانية، ۱۴۱۳، ص ۵۵۶.

۱۷. سید حسن امامی، حقوق مدنی، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة، چاپ پنجم، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۱۰۶.

۱۸. ناصر کاتوزیان، مشارکت‌ها - صلح، تهران: کتابخانه‌ی گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۳، ص ۱۲۶.





ثروء شكار علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی