

## بررسی عقد مضاربه و تطبیق آن با قانون عملیات بانکی بدون ربا

سیدمحمد رضا امام<sup>۱</sup>، حسین داورزنی<sup>۲</sup>، سیدمحمد رضوی<sup>۳</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۰/۱۱/۳۰ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۳/۱۰/۰۸)

### چکیده

فقیهان عقد مضاربه را با وجه نقد و فقط در صورتی صحیح می‌دانند که عملیاتی که توسط عامل انجام می‌شود عملیات تجاری باشد. این دو شرط در مواد ۳۶ و ۳۷ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۹ قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز مطرح شده است. اینکه مراد از عملیات تجاری چیست، محل تردید است. به نظر می‌رسد با توجه به فلسفه تأسیس مضاربه و استفاده از عموماً از اطلاعات موجود، می‌توان نوع عملیاتی را که عامل برای تحصیل سود انجام می‌دهد، به همه انواع فعالیت‌های مشروع و قانونی تسری داد و مواد مذکور قانون عملیات بانکی بدون ربا را اصلاح کرد تا امکان استفاده بهتر از عقد مضاربه در عملیات بانکی فراهم شود.

واژه‌های کلیدی: تجارت، ربا، شرکت، عامل، مضاربه.

### مقدمه

یکی از مطالبی که فقیهان از روایات باب مضاربه استفاده می‌کنند، انحصار تجارت مورد نظر در روایات به خرید و فروش است. یعنی یک طرف برای تأمین سرمایه اقدام می‌کند و طرف عامل، با این سرمایه به خرید و فروش می‌پردازد و سود حاصل را به نسبت معین میان خود تقسیم می‌کنند. در این استنباط اگر عامل با سرمایه برای عملی غیر از خرید و فروش اقدام کند، عملش درست نیست؛ از این رو سود حاصل متعلق به مالک سرمایه خواهد بود. سؤالی که در اینجا به ذهن می‌آید این است که آیا با تکیه بر ادله معتبر می‌توان ماده ۹ قانون عملیات بانکی بدون ربا و مواد ۳۶ و ۳۷ قانون عملیات بانکی بدون ربا را اصلاح کرد و حوزه فعالیت عامل در مضاربه را توسعه داد تا معاملات و فعالیت‌هایی غیر از خرید و فروش را در عنوان مضاربه داخل کرد و قائل به صحت آنها شد؛ خصوصاً که نیاز جامعه نیز آن را اقتضا می‌کند و اگر امکان ادخال آن در عنوان مضاربه نیست، آیا می‌توان آن را به عنوان یک تعهد ابتدایی، صحیح دانست و در معاملات متنوع امروزی به کار بست؟

### حقیقت مضاربه

منظور از مضاربه در اصطلاح فقهی، قراردادی است که در آن شخصی (مالک) مالی به دیگری (عامل) بدهد تا با آن تجارت کند و سود حاصل میان آنان تقسیم شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵: ۱۴۴). به عبارت دیگر عقدی است که میان دو شخص واقع می‌شود و مال از یک فرد و عمل از دیگری است و سود حاصل میان آنان تقسیم می‌شود (امام خمینی، ۱۴۲۲: ۸۵۳).

برخی مضاربه را عقد شرکتی دانسته‌اند که در آن مال از یک طرف و عمل از طرف دیگر است و سود به نسبت شرط بین آنها تقسیم می‌شود و خسارت بر صاحب مال است (قلعجی، بی تا، ج ۱: ۴۲۴). در این تحلیل سهمی از سود در مقابل مال و سهم دیگری در مقابل عمل انسان قرار می‌گیرد (بروجردی، ۱۴۱۹، ج ۵: ۱۴۶).

آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) نیز در ماده ۳۶، مضاربه را چنین تعریف می‌کند: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌گردد با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند».

### موضوع عقد مضاربه

فقیهان برای موضوع عقد مضاربه ویژگی‌هایی را ذکر کرده‌اند:

(الف) عین بودن. یکی از شرایط مال المضاربه عین بودن آن است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۱۶۸) از این رو، دین قرار دادن مال المضاربه درست نیست (طباطبایی، ۱۴۱۹، ج ۹: ۷۱).

همچنین به اجماع فقیهان تنها درهم و دینار موضوع عقد مضاربه قرار می‌گیرد (شهد ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۳۵۳؛ ۱۳۸۲، ج ۲: ۱۷۶؛ علامه حلی، بی تا، ج ۲: ۲۳۰) و آن گونه که برخی فقیهان نقل کرده‌اند غیر از اجماع دلیل دیگری بر این امر وجود ندارد (شهد ثانی، ۱۳۸۲، ج ۲: ۱۷۶؛ فیض کاشانی، بی تا، ج ۳: ۹۰). البته برخی از فقهای معاصر از درهم و دینار الغای خصوصیت کرده‌اند و آن را در هر نقد رایجی صحیح می‌دانند (امام خمینی، ۱۴۲۲، ج ۵: ۱۴۷) و اظهار می‌دارند از عبارت خلاف و غنیه چنین برمی‌آید که اجماعی که در مسئله هست، بر صحت مضاربه با درهم و دینار اقامه شده است، نه بر عدم صحت آن با غیر درهم و دینار.

(ب) به دست آوردن سود باید از طریق تجارت باشد (خویی، ۱۴۰۸: ۲۱) و فقیهان در فرضی که تحصیل سود از طریقی غیر از تجارت - مثلاً از طریق زراعت - باشد، اشکال کرده‌اند، چرا که آنچه از ادله مضاربه به دست می‌آید عنوان تجارت است، به همین دلیل برخی بیان می‌کنند در صورتی که غیر تجارت را بر اساس عموماً درست بدانیم، در عنوان مضاربه داخل نخواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵: ۱۴۴).

ظاهر عنوان تجارت در کلمات این گروه از فقیهان خرید و فروش با مال المضاربه است. به نظر می‌رسد در قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز از نظر فقها تبعیت شده و حوزه فعالیت عامل در مضاربه را به خرید و فروش و امور بازرگانی محدود کرده است، چرا که سیاق مواد قانون عملیات بانکی بدون ربا، خرید و فروش را به ذهن متبادر می‌کنند.

ماده ۹ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی، در چارچوب سیاست‌های بازرگانی دولت منابع مالی لازم را بر اساس قرارداد مضاربه در اختیار مشتریان با اولویت دادن به تعاونی‌های قانونی قرار دهند».

همچنین ماده ۳۶ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا مقرر کرده است: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌گردد، باقی‌اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند».

اما برخی حقوقدانان پا را فراتر گذاشته‌اند و سخن دیگری گفته‌اند به این مضمون: به موجب ماده ۵۴۶ قانون مدنی عامل باید با سرمایه‌ای که صاحب آن (مالک) در اختیار او می‌گذارد تجارت کند. برای شناسایی اعمال تجارتي علاوه بر آنچه تا زمان تصویب قانون تجارت در عرف عمل تجاری محسوب می‌شده است، می‌توان به قانون تجارت رجوع کرد و مفاد ماده ۲ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ را در نظر داشت. بنابراین هرگاه شخصی به‌منظور تأسیس و به کار انداختن کارخانه‌ای به دیگری سرمایه بدهد (بند ۴ ماده ۲ ق.ت.) و قرار بگذارند که در برابر خدمات مربوط به اداره کارخانه، سود حاصل را بین خود تقسیم کنند، این پیمان تابع قواعد مضاربه خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۵-۱۱۶).

به نظر می‌رسد این سخن در مقابل کلام فقیهان طرح جدیدی است که عملیات تجاری را از خرید و فروش به عملیات تجاری ماده ۲ قانون تجارت تسری می‌دهد. چیزی که در نگاه اول از این کلام به دست می‌آید مسامحه واضحی است که در آن وجود دارد، چرا که اگر بخواهیم قائل به تعمیم تجارت شویم، اولاً هیچ دلیلی بر تعمیم آن به این چند مورد وجود ندارد؛ ثانیاً عنوانی که در ماده ۵۴۶ ق.م. به کار رفته ناظر به پیشینه تاریخی بحث در کتاب‌های فقهی است نه ناظر به ماده ۲ قانون تجارت؛ چرا که قانون تجارت بعد از قانون مدنی تصویب شده است؛ ثالثاً اگر بخواهیم مراد را ماده ۲ قانون تجارت بگیریم، باید برخی از موارد را که بر اساس مبانی قطعاً موضوع مضاربه قرار می‌گیرد، از شمول آن خارج بدانیم.<sup>۱</sup> در ادامه ادله صحت و بطلان عقد مضاربه در غیرتجارت را بررسی می‌کنیم.

## دلیل بطلان

### دلیل اول - اجماع

فقیهان مضاربه را با غیر وجه نقد درست نمی‌دانند. صاحب جواهر اولین دلیل این امر را اجماع محصل و منقول می‌داند و می‌گوید با وجود اجماع از اقامه دلیل بر این امر بی‌نیاز هستیم، هر چند خود در ادامه بحث اقامه دلیل می‌کند (نجفی، ۱۳۸۵، ج ۲۶: ۳۵۶).

۱. یکی از این موارد معاملات شخصی است که تجارت شغل معمولی او نیست و بر اساس ماده یک قانون تجارت نمی‌توان او را تاجر دانست (اسکینی ۱۳۸۵: ۹۴) حال آنکه چنین معاملاتی از سوی این اشخاص شاید موضوع عقد مضاربه قرار گیرد لذا طبق این نظر مضاربه آن هم نباید درست باشد و حال آنکه تمامی فقیهان این‌گونه اعمال را مشمول قواعد مضاربه می‌دانند. مورد دیگر خرید و تحصیل اموال غیرمنقول است که مشمول قانون تجارت نیست و عملیات تجاری محسوب نمی‌شود (همان: ۶۴) اما در عنوان مضاربه داخل است.

### بررسی اجماع

در مورد اجماعی که برخی فقیهان مانند صاحب جواهر هم به صورت محصل و هم منقول ادعا کرده‌اند، اشکالات زیر به نظر می‌رسد:

اولاً همان‌طور که برخی فقیهان هم بیان کرده‌اند آنچه از عبارات قدما مثل خلاف و غنیه به دست می‌آید این است که اجماعی که در مسئله اقامه شده، بر صحت مضاربه با درهم و دینار اقامه شده است، نه بر عدم صحت آن با غیر درهم و دینار (امام خمینی، ۱۴۲۲، ج ۵: ۱۴۷).

ثانیاً محقق در بیان این مسئله که اگر کسی بر عامل شرط کند که با رأس‌المال کالایی تهیه کند (و این کالا منافع و نمآتی داشته باشد) و در نمآت آن کالا با هم شریک بشوند، بدون اینکه عملی روی آن انجام شود، از قول برخی فقها می‌گوید چنین مضاربه‌ای باطل است. چون مقتضای مضاربه، اشتراک در سود حاصل از تصرف در سرمایه است، اما خود در مسئله اظهار تردید می‌کند (محقق حلی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۱۱۰). و این یعنی مسئله تحصیل سود در مضاربه فقط از طریق تجارت اجماعی نیست. همچنین صاحب جواهر در توضیح این تردید محقق، بیان می‌کند: «قراض عبارت است از دادن سرمایه از سوی مالک و انجام عمل از سوی عامل و اشتراک در سود حاصل از آن، خواه سود حاصل، نماء فعل عامل باشد یا نماء مال مضارب؛ هر چند خود در نهایت قول به فساد چنین معامله‌ای را اقوی می‌داند» (نجفی، ۱۳۸۵، ج ۲۶: ۳۴۴).

از سوی دیگر برخی فقیهان تحصیل سود با طریقی غیر از تجارت را به دلیل شمول عموماً بعید ندانسته‌اند و می‌گویند نهایت اشکالی که در این گونه موارد وجود دارد این است که در این فرض آن را در عنوان مضاربه داخل نخواهیم دانست (خویی، ۱۴۰۸: ۲۱). همچنین برخی فقیهان در این مسئله که عامل با مال دیگری و بدون اطلاع او تجارت می‌کند، می‌گویند حقوق اجازه مستلزم صحت چنین مضاربه‌ای نیست، چراکه صحت مضاربه نیازمند انشاء است و مجرد عمل عامل به این عنوان که سود بین آنها تقسیم شود، موجب صحت چنین معامله‌ای نمی‌شود. اما در این تردیدی نیست که اجازه موجب نفوذ این تجارت می‌شود. در این حالت تعدی به غیر بیع ممکن و حتی احسن خواهد بود (خمینی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۴۲).

سؤالی که در اینجا به نظر می‌رسد این است که چه تفاوتی میان بیع فضولی و مضاربه فضولی وجود دارد. چرا بیع فضولی را با شرایط مقرر بین متبایعین صحیح می‌دانید، حال آنکه مضاربه فضولی را از صورت مضاربه خارج می‌کنید و فقط آن را به صورت بیع فضولی برای مالک می‌پذیرید.

### دلیل دوم - اصالةالفساد

یکی از اصولی که به هنگام شک در وقوع یا عدم وقوع یک عقد یا قرارداد می‌توان به آن استناد کرد، اصالةالفساد است (آخوندخراسانی، ۱۴۲۶، ج ۱: ۷۲؛ قزوینی زنجانی، ۱۴۱۴: ۱۵۷) به این معنا که در زمان سابق عقد یقیناً واقع نشده و در زمان حال شک در وقوع یا عدم وقوع آن به وجود آمده است، در این صورت بنا را بر یقین سابق می‌گذاریم و به شک لاحق اعتنایی نمی‌کنیم و این به معنای اصالةالفساد در معاملات است، برخلاف جایی که در صحت یا فساد معامله‌ای که واقع شده شک می‌کنیم که این فرض مجرای اصالةالصحة خواهد بود. در محل بحث مانیز عقد مضاربه‌ای تشکیل می‌شود که یکی از شرایط صحت آن موجود نیست، پس به هنگام شک در وقوع یا عدم وقوع آن با اجرای اصل فساد می‌گوییم چنین عقدی واقع نشده است.

اشکالی که بر این دلیل به نظر می‌رسد این است که اصالةالفسادی که جاری کرده‌اند، در این مورد با عموم "أوفوا بالعقود" و "المؤمنون عند شروطهم" تعارض دارد، پس نمی‌توان آن را جاری کرد.

صاحب جواهر به این اشکال پاسخ می‌دهد که عموم "أوفوا بالعقود" و "المؤمنون عند شروطهم" عقود لازم را شامل می‌شود، حال آنکه مضاربه عقد جایز است، از این رو مضاربه را در بر نخواهد گرفت (همان).

اما بسیاری از فقیهان این نظر را نپذیرفته‌اند و می‌گویند عمل بر طبق مقتضای عقد، مادامی که عقد باقی است لازم و واجب خواهد بود و از این حیث بین عقد جایز و عقد لازم تفاوتی نیست (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱: ۱۷۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۲: ۱۵۹؛ فاضل مقداد، بی تا، ج ۲: ۷۱) ما این جواب را در تحلیل بحث «أوفوا بالعقود» بررسی خواهیم کرد.

صاحب جواهر در ضمن مثالی بیان می‌کند که اگر شخصی ابزار شکار در مقابل حصه معین به دیگری بدهد، این عقد قطعاً مضاربه نخواهد بود، چرا که شرط مضاربه درهم و دینار بودن موضوع آن است و در اینجا این شرط محقق نیست. همچنین به دلیل عدم امتزاج، شرکتی هم در کار نیست. همچنین به دلیل معلوم نبودن اجرت، قرارداد اجاره هم نخواهد بود. در نتیجه چنین معامله‌ای باطل و چیزی که صید شده متعلق به صیاد است و باید اجرت‌المثل ابزار را بپردازد (نجفی، ۱۳۸۵، ج ۲۶: ۳۵۸). بنابراین اگر کسی یک دستگاه تاکسی خود را به راننده‌ای بدهد تا با آن مسافرکشی کند و درآمد حاصل را بین خود به صورت مساوی تقسیم کنند، چنین عقدی باطل است؛ حال آنکه منفعت و قصد عقلایی در انجام چنین معامله‌ای وجود دارد، چرا که فلسفه عقد مضاربه

تشویق و ترغیب مضارب در کوشش برای ازدیاد سود است و این امر به وسیله تقسیم سود به نسبت معینه در قرارداد به عمل خواهد آمد (امامی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۷۷).

### دلیل سوم

قراض در مواردی است که شناخت مقدار عمل، ضبط آن و همچنین مقدار عوض ممکن نیست؛ چراکه این عقد به دلیل وجود حاجت مردم تشریح شده است، در حالی که در آن عوضین مجهول هستند. اما سایر اعمال از قبیل صناعات و حرفه‌ها اعمالی محسوب می‌شوند که مضبوط هستند و اجیر گرفتن در آنها نیز ممکن است، پس در تجویز قراض و ارتکاب آن و در نتیجه مخالفت با اصول<sup>۱</sup> ضرورتی وجود ندارد (عاملی، بی‌تا، ج ۷: ۴۴۷). پس مضاربه در غیر از خرید و فروش صحیح نخواهد بود (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۳۳۴). به نظر می‌رسد علاوه بر اینکه صغرای این استدلال جای انتقاد دارد، بر کبرای آن نیز می‌توان اشکال کرد، چراکه اولاً حاجت فقط در انجام دادن خرید و فروش نیست، بلکه در مضاربه گذاردن تاکسی و... نیز این حاجت مشهود است، به این دلیل که عامل تمام تلاش خود را برای سود بیشتر می‌ذول می‌کند، حال آنکه اجیر فقط به مقدار اجرت مقرر می‌اندیشد و این خود بهترین غرض عقلایی است. ثانیاً در مواردی هم که بلاشکال مضاربه را تجویز کرده‌اند، انعقاد اجاره ممکن است و از این حیث هیچ تفاوتی میان خرید و فروش و سایر حرف و صناعات نیست.

### ادله صحت

#### عموم «أوفوا بالعقود»<sup>۲</sup>

در این میان برخی فقیهان بر این اعتقادند که هیچ دلیلی بر حصر معاملات به عقود مذکور در روایات و کتاب‌های فقهی وجود ندارد، چرا که معاملات در اسلام امضایی هستند و حقیقت شرعی و متشرعه ندارند، بلکه صرفاً حقایق عرفیه‌ای محسوب می‌شوند که اگر مخالف با عموماً ناهیه نباشند، مورد تأیید قانونگذار اسلام قرار گرفته‌است. (شیخ انصاری، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۲۸).

فقیهان نیز در این گونه موارد به عموم «أوفوا بالعقود» استناد می‌کنند، با این بیان که

۱. مراد از اصول در اینجا معلوم بودن مورد عقد یا همان عوض و معوض در عقود معاوضی است.

۲. سوره مائده، آیه ۱؛ یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود.

واژه عقد در این آیه به صورت عام به کار رفته است و تمام مصادیق عقد را شامل می‌شود<sup>۱</sup> و اگر در یک مورد شک در وجوب یا عدم وجوب وفا به آن پیدا شد، با اجرای اصالة العموم حکم به دخول فرد مشکوک در تحت حکم عام می‌شود. زیرا به نظر فقیهان «أوفوا بالعقود» افراد عقد را شامل است، خواه نوعش در عصر رسول باشد خواه نباشد (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۵؛ مراغی، بی تا، ج ۲: ۴۳) و به عبارت دیگر قضیه در اینجا حقیقه است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۵۵) پس اگر کسی برای زراعت، صنعت و ... سرمایه به دیگری بدهد و سود حاصل را به نسبت معین میان خود تقسیم کنند، چنین قراردادی حتی اگر تحت عنوان مضاربه قرار نگیرد و احکام مضاربه بر آن جاری نشود، داخل در عمومات «أوفوا بالعقود» و «المومنون عند شروطهم» و صحیح است (همان: ۲۵۶).

تحلیل دیگری که در مورد «أوفوا بالعقود» وجود دارد، این است که وجوب وفا و عمل بر طبق مفاد عقد به دلیل عهد و پیمان بودن آن است، چراکه تعلیق حکم به یک وصف مشعر به علیت است (مظفر، بی تا، ج ۱: ۱۲۳). پس دلیل وجوب وفا، بیع، اجاره، مزارعه و مضاربه بودن نیست تا اشکال شود که وقتی عقد داخل در این مصادیق با ارکان معلوم نبود، وجوب و لزوم وفا هم ندارد.

همچنین اسلام دین جاودان است، پس نباید نسبت به مسائلی که مورد نیاز جامعه است، بی سخن باشد، بلکه باید نسبت به تمام نیازهای معقول بشر حکمی بدهد (آیت الله سبحانی، درس خارج فقه، ۱۳۸۸/۹/۲) حتی به نظر برخی از فقیهان این ادعا که عمومات عقود و معاملات فقط عقود موجود در زمان تشریع را در برمی گیرد، علاوه بر اینکه خلاف مفهوم از عمومات است، خروج از فقه و بلکه خروج از دین و به نوعی انکار آن محسوب می‌شود.<sup>۲</sup>

خداوندی که شاید بر این نحوه استدلال وارد شود، کلام برخی از فقیهان است که می‌گویند ظاهر «أوفوا بالعقود» معاملات جایز را در بر نمی‌گیرد (طباطبایی، ۱۴۱۹، ج ۹: ۵۹). بی تردید این اشکال بر مبنایی که ما در مورد مضاربه در غیر خرید و فروش برمی‌گزینیم، وارد نیست و تخصصاً از آن اشکال خارج خواهد بود. همچنین سابقاً بیان شد که بسیاری از فقیهان بر اساس ظاهر «أوفوا بالعقود» اظهار می‌دارند که عمل بر طبق مقتضای عقد، تازمانی که عقد باقی است واجب خواهد بود (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱: ۱۷۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲: ۱۵۹؛ فاضل مقداد، بی تا، ج ۲: ۷۱).

۱. در مورد مراد از عقد در آیه شریفه میان صاحب نظران اختلاف است. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: (نراقی: ۱۲).

۲. این مطلب را امام خمینی در کلاس درس بیان داشته‌اند. به نقل از: آیت الله سبحانی، درس خارج فقه، ۱۳۸۸/۹/۲



برخی از حقوقدانانها بر این عقیده‌اند که ضرورتی ندارد خواسته طرفین عقد با یکی از صورت‌های پیش‌بینی شده در قانونها منطبق باشد، بلکه همین اندازه کافی است که قانون چنین پیمانی را منع نکند. در قانون مدنی هیچ مانعی وجود ندارد که دو یا چند نفر بتوانند در حاصل کار خود شریک شوند. پس قرارداد بین طرفین بر اساس ماده ۱۰ نافذ است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۳). شاید براساس همین مبنا باشد که برخی از فقهای معاصر عقد مضاربه را در صورتی که در ضمن آن شرط اجل شده باشد، عقدی لازم می‌دانند.<sup>۱</sup>

به عقیده برخی از حقوقدانان عقد غیرمعین ماهیتی با آثار ذاتی و اصلی جدای از آثار ذاتی و اصلی عقود معین است، اگرچه ایجاد تعهد بدون قید و به‌عنوان مطلق اثر مشترک بین عقود غیرمعین و بسیاری از عقود معین است و از این جنبه هر دو گروه را می‌توان عقود عهدی نامید، هنگامی که موضوع تعهد مربوط به این موضوعها کاملاً متفاوت باشد، پس باید برای عقود غیرمعین آثار اصلی و به تبع آن ماهیت متمایزی از ماهیت و آثار عقود معین شناخت (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۱۳).

بنابر آنچه بیان شد معلوم می‌شود که تحقق بخشیدن اثر ذاتی عقد معین، از طریق عقد غیرمعین، با فرار از شرایط خاص عقد معین از اهداف وضع عقود غیرمعین نیست، چراکه در این صورت نه تنها باید مقرراتی را که عدم رعایت این شرایط را در عقود معین، موجب بطلان عقد معرفی کرده است (مانند لزوم تجارت در عقد مضاربه) نادیده گرفت؛ بلکه می‌توان گفت حتی تفکیک بین عقود معین از غیرمعین و تنوع الگوی معاملاتی (که شرایط و احکام متفاوتی برای آنها مقرر شده است) بی‌معنا بود و در این صورت عقود و معاملات باید به قراردادهای خصوصی منحصر می‌شد و فایده وضع عقود معین تنها به آثاری منحصر بود که طرفین در هنگام عقد یا عرف آن را تغییر نداده باشند. بر اساس چنین دیدگاهی مضاربه در غیر تجارت به صورت یک عقد بی‌نام نادرست است.

یکی از اندیشمندان حقوقی می‌گوید: شرط خلاف مقتضای ذات عقد در صورتی توافق را بی‌اثر می‌کند که معلوم شود طرفین هیچ اثر حقوقی را به‌طور جدی اراده نکرده‌اند یا آنچه را که خواسته‌اند با قانون یا نظم عمومی مخالف باشد و گرنه امکان دارد

۱. درس خارج فقه آیت‌الله سبحانی، به صورت مکرر؛ همچنین دکتر کاتوزیان در بحث از ضمانات متعدد از یک دین می‌گویند چنین ضمانتی منافاتی با اصل «نقل ذمه» ندارد. زیرا آنچه در این اصل مورد تأیید قرار می‌گیرد برائت ذمه مضمون‌عنه و انتقال دین از ذمه او به ذمه ضامن است و این امر منافاتی با مسئولیت مشترک ضامنان یا انتقال تمام دین به ذمه چند ضامن ندارد. پس مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل صحت نیز شاید نفوذ چنین ضمانتی را تأیید کند (دوره مقدماتی حقوق مدنی (عقود معین)، ج ۲: ۱۷۰).

که شرط خلاف مقتضای عقد، توافق را به قرارداد مشروع دیگری تبدیل کند. پس در واقع، بحث در این نکته نیست که آیا مشاع بودن سود مقتضای مضاربه است یا خیر؟ بلکه پرسش اصلی این است که آیا توافقی که در آن سهم عامل به طور قطعی معین شده است، با قانون یا نظم عمومی مخالفت دارد یا برطبق ماده ۱۰ قانون مدنی باید آن را نافذ شمرد (کاتوزیان، همان: ۱۱۸). همین نکته در مورد نوع عملیاتی که عامل انجام می‌دهد بیان‌شده است؛ یعنی قراردادی هم که در آن نوع عمل غیر از تجارت است، بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی نافذ خواهد بود. دکتر امامی مثال‌هایی را ذکر می‌کنند که در آنها برخی از احکام مضاربه جاری است، اما برخی دیگر جاری نیست و آنها را بر طبق ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح می‌دانند (امامی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۹۶). همچنین در روایاتی عنوانی به نام «ضریبه» وجود دارد که شیخ در استبصار آن را بیان کرده است (شیخ طوسی، بی‌تا، ج ۳: ۱۰۴) و آن عبارت است از اینکه مالک تعدادی از گوسفندان و گاوهای خود را برای مدتی نگهداری به دیگری بدهد و شرط کنند که پشم و شیر و نتاج از آن محافظ باشد و محافظ مقداری روغن یا نتاج یا چیز دیگری به مالک بدهد.<sup>۱</sup>

#### اطلاق آیه «تجارة عن تراض»

«یا ایها الذین آمنوا لاتاکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض» (نساء: ۲۹) به این معنا که تمام تصرفات، زمانی که معامله همراه با رضایت باشد مباح است (شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۲: ۱۰۶). در این آیه خداوند از تصرف به سبب باطل در اموال دیگران نهی فرموده است (آیت‌الله سبحانی، خارج فقه، ۱۳۸۸/۹/۱۰). اسباب باطل هم در موارد متعددی تذکر داده شده است و حتی می‌توان چنین مفهومی را از احادیثی چون حدیث اطلاق هم به دست آورد. در این حدیث آمده است «کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی» (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۱۲۷) یعنی از نظر شارع تنها اموری منهی عنها است که در آن نهی وارد شده باشد.

عقد مضاربه‌ای که در غیر خرید و فروش واقع شده است، اولاً داخل در عناوین منهی عنها نیست؛ ثانیاً شاید داخل در عنوان «تجارة عن تراض» هم قرار گیرد، به علاوه غرض عقلایی هم در انعقاد چنین عقدی وجود دارد (مصطفوی، ۱۴۲۳: ۲۳۶).

۱. علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون له غنم يعطيها بضريبة سمناً شيئاً معلوماً أو دراهم معلومة في كل شاة كذا وكذا قال: لا بأس بالدرهم و لست أحب أن يكون بالسمن.

مراد از کلمه تجارت در آیه صرفاً خرید و فروش نیست، بلکه به نظر برخی چون اغلب اسباب تحصیل مال، خرید و فروش است، در آیه نیز عنوان تجارت به کار رفته است (فاضل مقداد، بی تا، ج ۲: ۳۳).

### نقد اطلاق آیه

مشکل تمسک به اطلاق این آیه شاید از دو جهت مطرح شود؛ اول اینکه آیه درصدد بیان شرایط، اجزا و نحوه انعقاد معاملات نیست تا بتوان از عدم ذکر قید خاص نتیجه اطلاق گرفت. به علاوه چون شارع در قرآن در مقام بیان کلیات و مقاصد کلان خود بوده است، پس اصل اطلاق گیری نیز دچار مشکل خواهد شد (علیدوست، ۱۳۹۰، شماره ۶۶ و ۶۷: ۸۵). اما مسلم است که متفاهم عرفی از این آیه این بوده که بیان آنچه در سببیت برای نقل و انتقال و تصرف در مال مردم معتبر است، در محدوده سببیت (و نه بیشتر) مورد قصد شارع بوده است، پس در موارد شک در مسببیت یک قرارداد می توان به اطلاق آیه تمسک کرد، هر چند در جزییات مربوط به تصرف یا ملکیت امکان چنین تمسکی نیست (همان: ۸۸).

### روایات باب

تأکید فقیهان بر روایات روی مشتقات تجارت است که در نوع روایات باب مضاربه تکرار شده اند و به همین دلیل ما از ذکر روایات متعدد خودداری می کنیم.

در روایت صحیحی از امام باقر (ع) آمده است: «قال امیر المؤمنین علیه السلام: من اتجر مالا و اشترط نصف الربح فلیس علیه ضمان» (حرعاملی، بی تا، ج ۱۹: ۲۲).

از اطلاق تجارت در این روایت و روایات مشابه می توان سایر امور تجارته را نیز استفاده کرد، مگر اینکه بگوییم مراد از تجارت در عصر معصوم فقط عمل خرید و فروش بوده است که در این صورت باید به همان اکتفا کنیم و اطلاق گیری از عنوان تجارت در روایات، به دلیل وجود قدر متیقن، صحیح نخواهد بود.

در این روایت عنوان تجارت به صورت مطلق به کار رفته است، پس سخن کسانی که می گویند برای شناسایی اعمال تجارته باید به حقوق تجارت رجوع کرد و مفاد ماده ۲ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ را در نظر داشت (کاتوزیان، همان) درست به نظر نمی رسد، چون واضح است که قانون مدنی ناظر به این پیشینه فقهی بوده، فقه نیز مستند به

این گونه روایات صحیح است؛ لذا به هنگام صدور روایات هم خبری از قانون تجارت نبوده است. به علاوه این مبنا اشکالاتی هم دارد. به عنوان مثال خرید و فروش کسبه جزء مسلماً داخل در اطلاق روایات قرار می‌گیرد، حال آنکه بر اساس قانون تجارت، عملیات تجاری محسوب نمی‌شود.

### تحلیل مضاربه بر مبنای شرکت

عقد مضاربه عقد جایزی است که بر اثر آنشرکتی مدنی بین مالک سرمایه و عامل ایجاد می‌شود و برخلاف شرکت‌های تجاری، شخصیت حقوقی ندارد. به همین دلیل است که برخی فقیهان در بیان مضاربه آن را نوعی شرکت می‌دانند (آیت‌الله سبحانی، درس خارج فقه، بحث شرکت‌ها، به صورت مکرر) در برخی موارد نیز از آن به «شرکت‌المضاربه» تعبیر شده است (قلعجی، بی تا: ۲۴).

یکی از ویژگی‌های مهم عقد شرکت این است که موضوع آن تابع اراده و خواست مشترک طرفین خواهد بود؛ بر این اساس باید طرفین بتوانند چیزی غیر از تجارت را موضوع عقد شرکت قرار دهند. بنابراین از این حیث اشکالی در آن نیست. این نوع نگاه، طبق نظر فقیهانی که شرکت وجوه و اعمال را صحیح می‌دانند (آیت‌الله سبحانی، درس خارج فقه ۱۲، ۱۳، ۱۵، ۱۹، ۲۰ و ۱۳۸۸/۷/۲۰) واضح به نظر می‌رسد.

### تحلیلی دیگر

در مورد معلوم بودن عمل عامل، فقیهان جهل به عمل را مضر نمی‌دانند. از این رو در فقه امامیه معلوم بودن کار عامل از شرایط درستی عقد مضاربه نیست (طباطبایی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۶۰۶؛ فیض کاشانی، بی تا، ج ۳: ۹۰) همچنین برخی فقیهان در لزوم معلوم بودن مال المضاربه از حیث مقدار، وصف و معین بودن آن اظهار تردید کرده‌اند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۲۵، مسئله ۵۶۷) به همین دلیلدر فقه اسلام مضاربه را یک عقد غرری دانسته‌اند (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۳۵۵) که شارع به دلیل نیاز و حاجت مردم آن را تشریح کرده است (عاملی، بی تا، ج ۷: ۴۴۷). وقتی این مقدار جهل در مضاربه پذیرفته شود و معلوم نبودن عمل عامل از حیث مقدار عمل مضر نباشد، پس در مواردی که عمل و مقدار آن معلوم است و فقط نوع آن تجارت نیست، نباید با اشکالی مواجه باشد. به ویژه اینکه در این گونه موارد و در بسیاری از مصادیق، هیچ گونه غرری در آن راه ندارد، حال آنکه در فرض مذکور احتمال غرر وجود دارد.

### نتیجه‌گیری

فقیهان عقد مضاربه‌ای را که عملیات تجاری آن غیر از خرید و فروش باشد، صحیح نمی‌دانند، اما به نظر می‌رسد با توجه به مطالبی که بیان شد می‌توان چنین عقد مضاربه‌ای را صحیح دانست، چراکه عموم "أوفوا بالعقود" و اطلاق عنوان تجارت آن را شامل می‌شود و حتی در بسیاری موارد از غرض عقلایی نیز برخوردار است. برفرض که صحت آن بر اساس این ادله با تردید و مناقشه روبه‌رو باشد، می‌توان به‌عنوان تعهدی ابتدایی چنین عقدی را صحیح دانست. در نتیجه اگر کسی به دیگری سرمایه‌ای بدهد تا با آن به‌صورت مشروع فعالیت اقتصادی کند تا سود حاصل را به‌نسبت معین میان خود تقسیم کنند، چنین عملی از نظر قانونگذار اسلام جایز و صحیح خواهد بود.

بر این اساس پیشنهاد می‌شود برای توسعه اختیارات بانک در استفاده از عقد مضاربه، ماده ۹ قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۳۷ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، اصلاح شود و به جای عبارت "امور بازرگانی" در مواد مذکور از عبارت "امور تجاری" استفاده شود. در ضمن تبصره‌ای در ذیل ماده مذکور، امور تجاری را تبیین کند و آن را به معاملات و فعالیت‌هایی غیر از خرید و فروش توسعه دهد.

### منابع

- [۱]. قرآن کریم.
- [۲]. آخوندخراسانی، شیخ محمدکاظم (۱۴۲۶)، کفایة الاصول، تحقیق و تعلیق عباسعلی زارعی سبزواری، مؤسسه نشر اسلامی، قم، چاپ دوم.
- [۳]. اردبیلی، احمدبن محمد (۱۴۰۳)، مجمع الفائدة و البرهان، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم.
- [۴]. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۵)، حقوق تجارت؛ کلیات، انتشارات سمت، تهران.
- [۵]. امامی، سیدحسن (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، چاپ بیستم.
- [۶]. انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۸۵)، کتاب المکاسب، مؤسسه مطبوعات دینی، چاپ چهارم.
- [۷]. بجنوردی، سید محمدحسن (۱۳۸۴)، القواعد الفقهیه، انتشارات دلیل ما، چاپ دوم.
- [۸]. بحرانی، شیخ یوسف (۱۴۰۵)، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، جامعه مدرسین، چاپ اول، قم.
- [۹]. حر عاملی، شیخ محمدبن الحسن (بی‌تا)، داراحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان.
- [۱۰]. حلی، محقق نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۲۰)، شرایع الاسلام، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.

- [۱۱]. حلی، علامه حسن بن یوسف (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.
- [۱۲]. \_\_\_\_\_ (بی تا)، تذکره الفقهاء، مؤسسه آل البيت، چاپ اول، قم.
- [۱۳]. خمینی، سیدروح الله (۱۳۸۵)، تحریر الوسیله، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی.
- [۱۴]. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۲)، العروة الوثقی مع تعالیک الإمام الخمینی، در یک جلد، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران - ایران، اول.
- [۱۵]. خمینی، سیدمصطفی (۱۴۱۸)، البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- [۱۶]. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۸)، کتاب المضاربه، المطبعة العلمیه، قم، چاپ اول.
- [۱۷]. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، نشر مدینه العلم، قم، چاپ بیست و هشتم.
- [۱۸]. سبجانی، شیخ جعفر، درس خارج فقه، بحث شرکتها، سال تحصیلی ۸۸-۸۹.
- [۱۹]. شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی عاملی (۱۳۸۰)، اللمعه دمشقیه، دارالفکر، چاپ شانزدهم.
- [۲۰]. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۴)، غایة المراد فی شرح نکت الارشاد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، چاپ اول.
- [۲۱]. شهید ثانی (۱۳۸۲)، زین الدین جعی عاملی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، دارالتفسیر، قم، چاپ سوم.
- [۲۲]. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، چاپ اول.
- [۲۳]. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ ششم.
- [۲۴]. طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۹)، ریاض المسائل (طبع جدید)، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
- [۲۵]. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۰)، العروه الوثقی (همراه با حواشی)، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- [۲۶]. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۹) العروة الوثقی (المحشی)، ۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، چاپ اول.
- [۲۷]. طوسی، شیخ ابوجعفر محمد بن حسن (بی تا)، الاستبصار، دارالکتب الاسلامیه، قم.
- [۲۸]. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، المكتبة المرتضویه، تهران، چاپ سوم.
- [۲۹]. عاملی، سیدمحمدجواد (بی تا)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، بی جا.
- [۳۰]. علیدوست، ابوالقاسم (تابستان و پاییز ۱۳۹۰)، ادله عمومی قراردادهای، فقه اهل بیت، شماره ۶۶ و ۶۷.
- [۳۱]. فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبدالله (بی تا)، کنز العرفان فی فقه القرآن، چاپ اول، قم.
- [۳۲]. فیض کاشانی، ملا محمد محسن (بی تا) مفاتیح الشرایع، بی جا.

- [۳۳]. قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱.
- [۳۴]. قزوینی زنجانی، ملاعلی (۱۴۱۴)، صیغ العقود و الایقات، شرح میرزامحمد علی تبریزی، انتشارات شکوری، قم.
- [۳۵]. قلجی، محمد (بی تا)، معجم لغة الفقهاء، کتابخانه مدرسه فقاها.
- [۳۶]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، حقوق مدنی؛ مشارکتها - صلح، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.
- [۳۷]. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۹)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ چهاردهم.
- [۳۸]. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۴)، قواعد فقه مدنی، انتشارات سمت، تهران.
- [۳۹]. مراغی، سید میر عبدالفتاح، العناوین الفقهیه، بی جا، بی تا.
- [۴۰]. مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۳)، فقه المعاملات، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
- [۴۱]. مظفر، شیخ محمدرضا، اصول الفقه، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، بی تا.
- [۴۲]. مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهیه هامة، مدرسه امام علی، قم، چاپ اول، ۱۴۲۲.
- [۴۳]. نائینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب (مقرر: نجفی خوانساری، موسی) تهران، المکتبه المحمديه.
- [۴۴]. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۸۵)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دارالکتب الاسلامیه، چاپ پنجم.
- [۴۵]. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (بی تا)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، بی جا.