

امکان سنجی تعمیم عقد مضاربه به تمام فعالیت های تجاری

حسین داورزنی* / سید محمد رضوی**

چکیده

فقیهان، عقد مضاربه را با وجه نقد و فقط در صورتی صحیح می دانند که عملیاتی که توسط عامل انجام می شود عملیات تجاری باشد، و سود آن باید از راه تجارت به دست آید. این که مراد از عملیات تجاری چیست محل تردید است. به نظر می رسد با توجه به فلسفه تأسیس عقد مضاربه و استفاده از عموماً و خوب وفای به عقود و اطلاعات موجود می توان نوع عملیاتی که عامل برای تحصیل سود انجام می دهد را به همه انواع فعالیت های مشروع و قانونی اقتصادی تسری داد.

کلیدواژه: مضاربه، شرکت، عامل، تجارت

* استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، نویسنده مسئول davarzani@ut.ac.ir

** استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه بیرجند

تاریخ وصول: ۹۳/۴/۲۵ - پذیرش نهایی: ۹۳/۹/۵

۱- طرح مسأله

یکی از مطالبی که فقیهان از روایات باب مضاربه استفاده می کنند انحصار تجارت مذکور در روایات به خرید و فروش است. یعنی یک طرف اقدام به تأمین سرمایه می کند و طرف عامل، با این سرمایه اقدام به خرید و فروش کرده و سود حاصل را به نسبت معین میان خود تقسیم می کنند. در این استنباط اگر عامل با سرمایه اقدام به عملی غیر از خرید و فروش، مانند مزارعه یا مساقات و یا سپرده گذاری در بانک کند عملش درست نبوده و سود حاصل برای مالک سرمایه خواهد بود. سؤالی که در اینجا به ذهن می آید این است که آیا با تکیه بر ادله معتبر می توان چنین اعمالی را داخل در عنوان مضاربه نموده و به صحت آن قائل شد، خصوصاً که نیاز جامعه نیز آن را اقتضا می کند، و اگر امکان ادخال آن در عنوان مضاربه نیست آیا می توان آن را به عنوان یک تعهد ابتدایی صحیح دانسته و در معاملات متنوع امروزی آن را به کار بست، یا این که چنین امکانی وجود ندارد و نمی توان به صحت چنین عملی در قالب عقد مضاربه معتقد شد؟

۲- حقیقت مضاربه

مضاربه عبارت است از این که شخص، مالی را به دیگری بدهد تا با آن تجارت کند و سود حاصل میان آن دو تقسیم شود (العروه الوثقی/۱۴۴/۵)؛ به عبارت دیگر، مضاربه عقدی است که میان دو شخص واقع می شود و مال از یک فرد و عمل از دیگری است و سود حاصل میان آنان تقسیم می شود (حاشیه عروه/خمينی/۴۴).

برخی مضاربه را عقد شرکتی دانسته که در آن مال از یک طرف و عمل از طرف دیگر است و سود به نسبت شرط بین آنها تقسیم می شود و خسارت بر صاحب مال است (معجم لغه الفقهاء/۴۲۴)؛ در این تحلیل، سهمی از سود در مقابل مال و سهم دیگری در مقابل عمل انسان قرار می گیرد (حاشیه عروه/پروجردي/۱۴۵/۱).

۳- موضوع عقد مضاربه

فقیهان برای موضوع عقد مضاربه ویژگی هایی ذکر کرده اند:

الف- عین بودن؛ یکی از شرایط مال المضاربه عین بودن آن است (المبسوط/۱۶۸/۳) و بنابراین مال المضاربه قرار دادن دین درست نیست (ریاض المسائل/۷۱/۹)؛ و نیز به اجماع فقیهان، درهم و دینار می تواند موضوع عقد مضاربه قرار گیرد (مسالك الألفهام/۳۵۳/۴؛ الروضه البهیه/۱۷۶/۲؛ تذکره الفقهاء/۲۳۰/۲). همان گونه که برخی فقیهان هم نقل کرده اند که غیر از اجماع، دلیل دیگری بر این امر وجود ندارد (الروضه البهیه/۱۷۶/۲؛ مفاتیح الشرائع/۹۰/۳). برخی از فقهای معاصر از درهم و دینار، الغاء خصوصیت کرده و آن را در هر نقد رایجی صحیح دانسته (حاشیه عروه/خمینی/۱۴۷/۵) و می گویند از عبارت خلاف و غنیه چنین بر می آید که اجماعی که در مسأله 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 (کتاب المضاربه/۲۱) و فقیهان در فرضی که تحصیل سود از طریق غیر تجارت باشد مثلاً از طریق زراعت باشد و سود را نیز بین خودشان تقسیم کنند اشکال کرده اند، چراکه آن چه از ادله مضاربه بدست می آید عنوان تجارت است و به همین دلیل است که برخی می گویند در صورتی که غیر تجارت را بر اساس عمومات درست بدانیم داخل در عنوان مضاربه نخواهد بود (یزدی/همان).

ظاهر عنوان تجارت در کلمات این گروه از فقیهان، خرید و فروش با مال المضاربه است، اما برخی حقوقدانان پا را فراتر گذاشته و سخن دیگری بدین مضمون بیان داشته اند:

به موجب ماده ۵۴۶ قانون مدنی، عامل باید با سرمایه ای که صاحب آن (مالک) در اختیار او می گذارد تجارت کند. برای شناسایی اعمال تجاری علاوه بر آن چه تا زمان تصویب قانون تجارت در عرف عمل تجاری محسوب می شده، می توان به

قانون تجارت رجوع کرد و مفاد ماده ۲ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ را در نظر داشت. بنابراین، هرگاه شخصی به منظور تأسیس و به کار انداختن کارخانه ای به دیگری سرمایه داده (بند ۴ ماده ۲ ق.ت.) و قرار بگذارند که در برابر خدمات مربوط به اداره کارخانه، سود حاصل را بین خود تقسیم کنند، این پیمان تابع قواعد مضاربه است (حقوق مدنی، مشارکتها - صلح/۱۱۵-۱۱۶).

به نظر می رسد این سخن در مقابل کلام فقیهان، طرح جدیدی است که بر اساس آن، عملیات تجاری را از خرید و فروش به عملیات تجاری ماده ۲ قانون تجارت تسری داده است.

چیزی که در نگاه اول از این کلام به دست می آید مسامحه واضحی است که در آن وجود دارد، چرا که اگر بخواهیم قائل به تعمیم تجارت بشویم اولاً - هیچ دلیلی بر تعمیم آن به این چند مورد وجود ندارد؛ ثانیاً - عنوانی که در ماده ۵۴۶ ق.م. بکار رفته است ناظر به پیشینه تاریخی بحث در کتاب های فقهی است، نه ناظر به ماده ۲ قانون تجارت؛ چرا که قانون تجارت بعد از قانون مدنی تصویب شده است. ثالثاً - اگر بخواهیم دلیل تعمیم تجارت را ماده ۲ قانون تجارت بگیریم برخی موارد را که بر اساس مبانی قطعاً می تواند موضوع مضاربه قرار گیرد باید از تحت شمول آن خارج بدانیم.^۱ در ادامه ادله صحت و بطلان عقد مضاربه در غیر تجارت را مطرح کرده، و سپس ادله بطلان را مورد مناقشه قرار می دهیم.

۱- یکی از این موارد، معاملات شخصی است که تجارت شغل معمولی او نیست و بر اساس ماده یک قانون تجارت نمی توان او را تاجر دانست (اسکینی/حقوق تجارت؛ کلیات/۹۴) حال آن که چنین معاملاتی از سوی این اشخاص می تواند موضوع عقد مضاربه قرار گیرد لذا طبق این نظر مضاربه آن هم نباید درست باشد و حال آن که تمامی فقیهان این گونه اعمال را مشمول قواعد مضاربه می دانند. مورد دیگر خرید و تحصیل اموال غیر منقول است که مشمول قانون تجارت نیست و عملیات تجاری محسوب نمی شود (همان/ ۶۴) اما در عنوان مضاربه داخل است.

۴- ادله بطلان

۴-۱- اجماع و نقد آن

فقیهان مضاربه را با غیر وجه نقد درست نمی دانند. صاحب جواهر اولین دلیل این امر را اجماع محصل و منقول دانسته و می گوید با وجود اجماع، از اقامه دلیل بر این امر بی نیاز هستیم هر چند خود در ادامه بحث اقدام به اقامه دلیل می کنند (جواهرالکلام/۲۶/۳۵۶).

اما در مورد اجماعی که برخی فقیهان مانند صاحب جواهر، هم به صورت محصل و هم منقول ادعا کرده اند اشکالات زیر به نظر می رسد:

اولاً- همان طور که برخی فقیهان هم بیان داشته اند آن چه از عبارات قدما مثل صاحب کتاب خلاف و غنیه به دست می آید این است که اجماعی که در مسأله اقامه شده، بر صحت مضاربه با درهم و دینار اقامه شده است، نه بر عدم صحت آن با غیر درهم و دینار (حاشیه عروه/خمینی/۱۴۷/۵).

ثانیاً- محقق حلی در بیان این مسأله که اگر کسی بر عامل شرط کند که با رأس المال کالایی تهیه کند (و این کالا منافع و نماآتی داشته باشد) و در نماآت آن کالا با هم شریک بشوند بدون این که عملی روی آن انجام شود از قول برخی فقها می گویند که چنین مضاربه ای باطل است، چون مقتضای مضاربه اشتراک در سود حاصل از تصرف در سرمایه است؛ اما خود ایشان در مسأله مذکور اظهار تردید می کنند (شرائع الاسلام/۱۱۰/۲) و این بدان معنی است که مسأله تحصیل سود در مضاربه فقط از طریق تجارت، اجماعی نیست. همچنین صاحب جواهر در توضیح این تردید محقق می گویند: «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 معامله ای را اقوی می دانند (جواهر الکلام/۲۶/۳۴۴).

از سوی دیگر، برخی فقیهان تحصیل سود با طریقی غیر از تجارت را به دلیل شمول عمومات بعید ندانسته و می گویند که نهایت اشکالی که در اینگونه موارد هست این است که در این فرض، آن را داخل در عنوان مضاربه نخواهیم دانست (کتاب المضاربه/۲۱)؛ همچنین برخی فقیهان در این مسأله که عامل با مال دیگری و بدون اطلاع او تجارت می کند می گویند که لحوق اجازه، مستلزم صحّت چنین مضاربه ای نیست چراکه صحّت مضاربه، نیازمند انشاء است و مجرد عمل عامل به این عنوان که سود بین آنها تقسیم شود نمی تواند موجب صحّت چنین معامله ای بشود. اما در این که آیا اجازه می تواند موجب نفوذ این تجارت باشد تردیدی نیست؛ در این حالت تعدی به غیر بیع، ممکن و حتی أحسن خواهد بود (الیع/۴۲/۲).

سؤالی که در اینجا به نظر می رسد این است که چه تفاوتی میان بیع فضولی و مضاربه فضولی وجود دارد. چرا بیع فضولی را با شرایط مقرر بین متبایعین صحیح می دانید حال آن که مضاربه فضولی را از صورت مضاربه خارج دانسته و فقط آن را به شکل بیع فضولی برای مالک می پذیرید.

۴-۲-أصالة الفساد

یکی از اصولی که به هنگام شکّ در وقوع یا عدم وقوع یک عقد یا قرارداد می توان به آن استناد کرد اصالة الفساد است (کفایه الأصول/۷۲/۱؛ صیغ العقود والایقاعات/۱۵۷)؛ بدین معنی که در زمان سابق، عقد یقیناً واقع نشده و در زمان حال، شکّ در وقوع یا عدم وقوع آن به وجود آمده است؛ در این صورت بنا را بر یقین سابق گذاشته و به شکّ لاحق اعتنایی نمی کنیم و این به معنای أصالة الفساد در معاملات است؛ برخلاف جایی که در صحّت یا فساد معامله ای که واقع شده است شکّ کنیم که این فرض، مجرای أصالة الصحّة خواهد بود. در محل بحث ما نیز عقد مضاربه ای می خواهد تشکیل بشود که یکی از شرایط صحّت آن موجود نیست، لذا به هنگام شکّ در وقوع یا عدم وقوع آن با اجرای اصل فساد می گوییم که چنین عقدی واقع نشده است.

اشکالی که بر دلیل فوق به نظر می رسد این است که أصاله الفسادی که جاری کرده اند در این مورد با عموم «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» تعارض دارد، لذا نمی توان آن را جاری ساخت. جوابی که صاحب جواهر به این اشکال می دهند آن است که عموم أوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم، عقود لازم را شامل می شود و حال آن که مضاربه، عقدی است جایز؛ و لذا مضاربه را در بر نخواهد گرفت (همان)؛ اما این نظر مورد قبول بسیاری از فقیهان قرار نگرفته است و می گویند عمل بر طبق مقتضای عقد مادامی که عقد باقی است لازم و واجب است و از این حیث بین عقد جایز و عقد لازم تفاوتی نیست (مجمع الفائده و البرهان/۱/۱۷۲؛ الحدائق الناصره/۱۵۹/۲۲؛ کنز العرفان/۷۱/۲). ما این جواب را در تحلیل بحث أوفوا بالعقود مورد بررسی قرار خواهیم داد.

صاحب جواهر در ضمن مثالی بیان می کنند که اگر شخصی در مقابل حصّه معین، ابزار شکار به دیگری بدهد، این عقد قطعاً مضاربه نخواهد بود چراکه شرط مضاربه درهم و دینار بودن موضوع آن است و در اینجا این شرط محقق نیست. همچنین به دلیل عدم امتزاج، شرکتی نیز در کار نیست و چون اجرت معلوم نیست قرارداد اجاره هم نخواهد بود. در نتیجه چنین معامله ای باطل بوده و چیزی که صید شده، متعلق به صیاد است و باید اجرت المثل ابزار را بپردازد (جواهر الکلام/۳۵۸/۲۶)؛ بنابراین، اگر کسی یک دستگاه تاکسی خود را به راننده ای واگذار کند تا با آن مسافرکشی کرده و درآمد حاصل را بین خود به صورت مساوی تقسیم کنند چنین عقدی باطل است و حال آن که منفعت و قصد عقلایی در انجام چنین معامله ای وجود دارد؛ چراکه 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 (حقوق مدنی/۱۷۷/۲).

۴-۳- نیاز مردم

قراض در مواردی است که شناخت مقدار عمل و 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 حرفه ها، اعمالی هستند که مضبوط اند و اجیر گرفتن در آنها نیز ممکن است، لذا در تجویز قراض و ارتکاب آن و در نتیجه مخالفت با اصول^۱ ضرورتی وجود ندارد (مفتاح الکرامه/۴۴۷/۷) پس مضاربه در غیر از خرید و فروش صحیح نخواهد بود (قواعد الأحکام/۳۳۴/۲).

به نظر می رسد علاوه بر این که صغرای استدلال مذکور قابل انتقاد است بر کبرای آن نیز بتوان اشکال کرد؛ چراکه اولاً- حاجت فقط در انجام خرید و فروش نیست بلکه در مضاربه گذاردن تا کسی و ... نیز این حاجت مشهود است، به این دلیل که عامل تمام تلاش خود را برای سود بیشتر مبذول می کند حال آن که اجیر فقط به مقدار اجرت مقرر می اندیشد و این خود بهترین غرض عقلایی است.

ثانیاً- در مواردی هم که بلااشکال مضاربه را تجویز نموده اند انعقاد اجاره ممکن است و از این حیث هیچ تفاوتی میان خرید و فروش و سایر حرف و صناعات نیست.

۵- ادله صحت

۵-۱- عموم «أوفوا بالعقود»^۲

در این میان، برخی فقیهان بر این اعتقادند که هیچ دلیلی بر حصر معاملات به عقود مذکور در روایات و کتب فقهی وجود ندارد و معاملات در اسلام امضائی هستند

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

و حقیقت شرعیه و متشرعیه ندارند، بلکه صرفاً حقایق عرفیه ای هستند که چنان چه مخالف با عمومات ناهیه نباشند مورد تأیید قانونگذار اسلام قرار گرفته اند (المکاسب/۱/۲۲۸).

فقیهان نیز در اینگونه موارد، به عموم أوفوا بالعقود استناد می کنند، با این بیان که واژه عقد در این آیه، به صورت عام بکار رفته و تمام مصادیق عقد را شامل است^۱ و اگر در یک موردی، شک در وجوب یا عدم وجوب وفاء به آن پیدا شد با اجرای أصاله العموم، حکم به دخول فرد مشکوک در تحت حکم عام می شود. چراکه به نظر فقیهان، «أوفوا بالعقود» افراد عقد را شامل می شود؛ خواه نوعش در عصر رسول باشد خواه نباشد (العناوین الفقهیه/۴۳/۲)؛ و به عبارت دیگر قضیه در اینجا حقیقه است (بحوث فقهیه هائمه/۲۵۵)؛ لذا 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 «المؤمنون عند شروطهم» بوده، و صحیح خواهد بود (همان/۲۵۶).

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

همچنین اسلام دین جاودان است و لذا نمی تواند نسبت به مسائلی که مورد نیاز جامعه است بی سخن باشد بلکه باید نسبت به تمام نیازهای معقول بشر حکمی بدهد (درس خارج فقه/۱۳۸۸/۹/۲) حتی به نظر برخی از فقیهان، این ادعا که عمومات عقود

۱- در مورد مراد از عقد در آیه شریفه میان صاحب نظران اختلاف است. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام/۱۲.

و معاملات، فقط عقود موجود در زمان تشریح را در برمی گیرد، علاوه بر این که خلاف مفهوم از عمومات است خروج از فقه و بلکه خروج از دین و به نوعی انکار آن است.^۱ خدشه ای که ممکن است بر این نحوه استدلال وارد شود کلام برخی از فقیهان است که می گویند ظاهر «أوفوا بالعقود» معاملات جایز را در بر نمی گیرد (ریاض المسائل/۵۹/۹)؛ مسلماً این اشکال بر مبنایی که ما در مورد مضاربه در غیر خرید و فروش برمی گزینیم وارد نیست و تخصصاً از آن اشکال خارج خواهد بود. نیز سابقاً بیان شد که بسیاری از فقیهان بر اساس ظاهر أوفوا بالعقود می گویند که عمل بر طبق مقتضای عقد تازمانی که عقد باقی است واجب خواهد بود (مجمع الفائدة و البرهان/۱/۱۷۲؛ الحدائق الناضره/۱۵۹/۲۲؛ کنز العرفان/۲/۷۱).

برخی از حقوقدانان بر این عقیده اند که ضرورتی ندارد خواسته طرفین عقد، با یکی از صورت های پیش بینی شده در قوانین منطبق باشد، بلکه همین اندازه کافی است که قانون، چنین پیمانی را منع نکند. در قانون مدنی هیچ مانعی وجود ندارد که دو یا چند نفر بتوانند در حاصل کار خود شریک شوند. پس قرارداد بین طرفین بر اساس ماده ۱۰ ق.م. نافذ است (حقوق مدنی، مشارکتها- صلح/۱۱۳) شاید بر اساس همین مبنا باشد که برخی از فقهای معاصر، عقد مضاربه را در صورتی که در ضمن آن شرط أجل شده باشد عقدی لازم می دانند.^۲

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

۲- درس خارج فقه آیت الله سبحانی، به صورت مکرر؛ همچنین دکتر کاتوزیان در بحث از ضمانات متعدد از یک دین می گویند که چنین ضمانتی منافاتی با اصل «نقل ذمه» ندارد، زیرا آن چه در این اصل مورد تأیید قرار می گیرد برائت ذمه مضمون عنه 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 می تواند نفوذ چنین ضمانتی را تأیید کند (دوره مقدماتی حقوق مدنی (عقود معین)/۱۷۰/۲).

به عقیده بعضی از حقوقدانان، عقد غیر معین، ماهیتی است با آثار ذاتی و اصلی جدای از آثار ذاتی و اصلی عقود معین، اگرچه ایجاد تعهد بدون قید و به عنوان مطلق، اثر مشترک بین عقود غیر معین و بسیاری از عقود معین است و از این جهت هر دو گروه را می توان عقود عهدی نامید، اما هنگامی که موضوع تعهد مربوط به این موضوع ها کاملاً متفاوت است پس برای عقود غیر معین باید آثار اصلی و به تبع آن ماهیتی متمایز از ماهیت و آثار عقود معین شناخت (تشکیل قراردادها و تعهدات/۱۱۳).

بنابر آن چه بیان شد معلوم می شود که تحقق بخشیدن اثر ذاتی عقد معین از طریق عقد غیر معین، با فرار از شرایط خاص عقد معین، از اهداف وضع عقود غیر معین 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 می توان گفت که حتی تفکیک بین عقود معین از غیر معین و تنوع الگوی معاملاتی که شرایط و احکام متفاوتی برای آنها مقرر شده است، بی معنی می بود و در این صورت عقود و معاملات باید منحصر به قراردادهای خصوصی شده و فایده وضع عقود معین، تنها منحصر به آثاری می شد که طرفین در هنگام عقد یا عرف آن را تغییر نداده باشند؛ بر اساس چنین دیدگاهی، مضاربه در غیر تجارت به صورت یک عقد بی نام نادرست است.

یکی از اندیشمندان حقوقی می گوید: شرط خلاف مقتضای ذات عقد در صورتی توافق را بی اثر می سازد که معلوم شود طرفین، هیچ اثر حقوقی را به طور جدی اراده نکرده اند یا آن چه را که خواسته اند با قانون یا نظم عمومی مخالف است، وگرنه امکان دارد که شرط خلاف مقتضای عقد، توافق را تبدیل به قرارداد مشروع دیگری سازد. پس در واقع، بحث در این نکته نیست که آیا مشاع بودن سود، مقتضای مضاربه است یا نه؟ بلکه پرسش اصلی این است که آیا توافقی که در آن سهم عامل به طور قطعی معین شده است با قانون یا نظم عمومی مخالفت دارد، یا این که طبق ماده

۱۰ قانون مدنی باید آن را نافذ شمرد (همان/۱۱۸)؛ همین نکته در مورد نوع عملیاتی که عامل انجام می دهد قابل بیان است؛ یعنی قراردادی که در آن نوع عمل غیر از تجارت است نیز بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی نافذ خواهد بود.

دکتر امامی مثال هایی را ذکر می کنند که در آنها برخی از احکام مضاربه جاری است اما در برخی دیگر جاری نیست و آنها را طبق ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح می دانند (حقوق مدنی/۱۹۶/۲) همچنین در پاره ای از روایات، عنوانی به نام «ضریبه» وجود دارد که شیخ طوسی در استبصار آن را بیان داشته اند (الاستبصار/۱۰۴/۳) و آن عبارت است از این که مالک، عده ای از گوسفندان و گاو های خود را برای مدتی به منظور نگهداری به دیگری بدهد و شرط کنند که پشم و شیر و نتاج، از آن محافظ باشد و محافظ نیز مقداری روغن یا نتاج و یا چیز دیگری به مالک بدهد.^۱

۵-۲- اطلاق آیه «تجاره عن تراض» و نقد آن

«یا ایها الذین آمنوا لاتاکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلیا أن تکون تجاره عن تراض» (نساء/۲۹)؛ بدین معنا که تمام تصرفات زمانی که معامله همراه با رضایت باشد مباح است (غایه المراد فی شرح نکت الارشاد/۱۰۶/۲).

در این آیه، خداوند از تصرف به سبب باطل در اموال دیگران نهی فرموده است (خارج فقه/۱۳۸۸/۹/۱۰) اسباب باطل هم در موارد متعددی تذکر داده شده و حتی می توان چنین مفهومی را از احادیثی چون حدیث اطلاق هم به دست آورد. در این حدیث آمده است که: «کلّ شیء مطلق حتّی یرد فیه نهی» (وسائل الشیعه/۱۲۷/۱۸) یعنی از نظر شارع تنها اموری منهی عنها است که در آنها نهی وارد شده باشد.

۱- علی بن ابراهیم عن أبیه عن ابن أبی عمیر عن حماد عن الحلّبی عن أبی عبد الله علیه السلام فی الرجل یکون له غنم یعطیها بضریبه سمناً شیئاً معلوماً أو دراهم معلومه فی کلّ شاه کذا و کذا قال: لا بأس بالدرهم و لست أحبّ أن یکون بالسمن.

عقد مضاربه ای که در غیر خرید و فروش واقع شده باشد اولاً- داخل در عناوین منهی عنها نیست، ثانیاً- می تواند داخل در عنوان «تجاره عن تراض» هم قرار گیرد؛ به علاوه غرض عقلایی هم در انعقاد چنین عقدی وجود دارد (فقه المعاملات/۲۳۶).
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 (کنز العرفان/۳۳/۲).

مشکل تمسک به اطلاق این آیه از دو جهت ممکن است مطرح شود: اول این که آیه در صدد بیان شرایط، اجزاء 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 لذا اصل اطلاق گیری نیز دچار مشکل خواهد شد (علیدوست، ادله عمومی قراردادها، فقه اهل بیت، شماره ۶۶ و ۶۷/۸۵)؛ اما آن چه مسلم است این که متفاهم عرفی از آیه مذکور این است که بیان آن چه در سببیت برای نقل و انتقال و تصرف در مال مردم معتبر است در محدوده سببیت و نه بیشتر، مورد قصد شارع است؛ لذا در موارد شک در مسببیت یک قرارداد، می توان به اطلاق آیه تمسک کرد هر چند در جزئیات مربوط به تصرف یا ملکیت، امکان چنین تمسکی نیست (همان/۸۸).

۵-۳- بررسی روایات باب

تأکید فقیهان بر روایات، روی مشتقات تجارت است که در نوع روایات باب مضاربه تکرار شده است و به همین دلیل ما از ذکر روایات متعدد خودداری می کنیم.
در روایت صحیحی از امام باقر(ع) آمده است: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أّتجر مالاً و اشتراط نصف الربح فليس عليه ضمان» (وسائل الشیعه/۱۹/۲۲).
از اطلاق تجارت در این روایت و روایات مشابه، می توان سایر امور تجارتي را نیز استفاده کرد مگر این که بگوئیم 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 و لذا سخن کسانی که می گویند برای شناسایی اعمال تجارتهای باید به حقوق تجارت رجوع کرد و مفاد ماده ۲ قانون تجارت (مصوب ۱۳۱۱) را در نظر داشت درست به نظر نمی رسد؛ زیرا چیزی که واضح است این است که قانون مدنی ناظر به این پیشینه فقهی است و فقه هم مستند به اینگونه روایات صحیح است و به هنگام صدور روایات هم خبری از قانون تجارت نبوده است. به علاوه، این مبنا اشکالاتی هم دارد؛ مثلاً خرید و فروش کسبه جزء، مسلماً داخل در اطلاق روایات قرار می گیرد حال آن که بر اساس قانون تجارت، عملیات تجاری محسوب نمی شود.

۵-۴- تحلیل مضاربه بر مبنای شرکت

عقد مضاربه، عقدی است جایز که بر اثر آن، شرکتهای مدنی بین مالک سرمایه و عامل ایجاد می شود و برخلاف شرکت های تجاری، شخصیت حقوقی ندارد. به همین جهت است که برخی فقیهان در بیان مضاربه آن را نوعی شرکت می دانند (درس خارج فقه، بحث شرکت ها، به صورت مکرر) در برخی موارد نیز از آن به «شرکت المضاربه» تعبیر شده است (معجم لغه الفقهاء/۲۴).

یکی از ویژگی های مهم عقد شرکت این است که موضوع آن تابع اراده و خواست مشترک طرفین است؛ بر این اساس باید طرفین بتوانند چیزی غیر از تجارت را موضوع عقد شرکت قرار دهند و از این حیث اشکالی در آن نیست و این مطلب خصوصاً بر طبق نظر فقیهانی که شرکت وجوه و اعمال را صحیح می دانند (درس خارج فقه ۱۲ و ۱۳ و ۱۵ و ۱۹ و ۲۰/۱۳۸۸) واضح به نظر می رسد.

از سوی دیگر، در مورد معلوم بودن عمل عامل، فقیهان جهل به عمل را مضرّ نمی دانند از اینرو در فقه امامیه، معلوم بودن کار عامل از شرایط صحّت عقد مضاربه

نیست (ریاض المسائل/۱/۶۰۶؛ مفاتیح الشرائع/۳/۹۰) همچنین برخی فقیهان در لزوم معلوم بودن مال المضاربه از حیث مقدار و وصف و نیز معین بودن آن اظهار تردید کرده اند (منهاج الصالحین/۲/۱۲۵، مسأله ۵۶۷) به همین دلیل در فقه اسلام مضاربه را یک عقد غرری دانسته اند (مسالك الأفهام/۴/۳۵۵) که شارع به دلیل نیاز و حاجت مردم آن را تشریح کرده است (مفتاح الکرامه/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 بوده و فقط نوع آن تجارت نباشد نیز نباید با اشکالی مواجه باشد؛ خصوصاً این که در اینگونه موارد و در بسیاری از مصادیق، هیچ گونه غرری در آن راه ندارد و حال آن که در فرض مذکور، احتمال غرر وجود دارد.

نتیجه

فقیهان عقد مضاربه ای را که عملیات تجاری آن غیر از خرید و فروش باشد صحیح نمی دانند، اما به نظر می رسد با توجه به مطالبی که بیان شد می توان چنین عقد مضاربه ای را صحیح دانست؛ چراکه عموم اوفوا بالعقود و اطلاق عنوان تجارت، آن را شامل می شود و حتی در بسیاری موارد، از غرض عقلایی نیز برخوردار است. بر فرض که صحت آن بر اساس این ادله مورد تردید و مناقشه قرار گیرد می توان به عنوان یک تعهد ابتدایی چنین عقدی را صحیح دانست، در نتیجه اگر کسی به دیگری سرمایه ای بدهد تا با آن فعالیت اقتصادی مشروع نماید و سود حاصل را به نسبت معین میان خود تقسیم کنند چنین عملی از نظر قانونگذار اسلام جایز و صحیح خواهد بود.

منابع

- قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمد کاظم، کفایه الأصول، ج ۲، قم، تحقیق و تعلیق عباس علی زارعی سبزواری، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۶ق.

- اردبیلی (مقدس اردبیلی)، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٠٣ق.
- اسکینی، ربیعاً، **حقوق تجارت** (کلیات)، تهران، انتشارات سمت، ١٣٨٥.
- امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج ٢٠، تهران، انتشارات اسلامی، ١٣٨٧.
- انصاری (شیخ انصاری)، مرتضی، **کتاب المکاسب**، ج ٤، مؤسسه مطبوعات دینی، ١٣٨٥.
- بجنوردی، سیدمحمدحسن، **القواعد الفقہیہ**، ج ٢، انتشارات دلیل ما، ١٣٨٤.
- بحرانی، شیخ یوسف، **الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤٠٥ق.
- جعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **دار التفسیر**، ج ٣، قم، ١٣٨٢.
- _____، **مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام**، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ١٤١٣ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤٢٠ق.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر، **قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام**، قم، انتشارات اسلامی، ١٤١٣ق.
- خمینی، سیدمصطفی، **البیع**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ١٤١٨ق.
- خوئی، سیدابوالقاسم، **کتاب المضاربه**، قم، المطبعه العلمیه، قم، ١٤٠٨ق.
- _____، **منهاج الصالحین**، ج ٢٨، قم، نشر مدینه العلم، ١٤١٠ق.
- سبحانی، جعفر، **درس خارج فقه**، بحث شرکت ها، سال تحصیلی ٨٨-٨٩.
- _____، **غایه المراد فی شرح نکت الارشاد**، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤١٤ق.
- شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، ج ٦، تهران، انتشارات مجد، ١٣٨٦.
- طباطبائی، سیدعلی، **ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل** (طبع جدید)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٩ق.

- طباطبائی یزدی، سیدمحمد کاظم، **العروه الوثقی** (همراه با حواشی)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ق.
- طوسی (شیخ الطائفه)، ابوجعفر محمد بن حسن، **الإستبصار**، دار الکتب الاسلامیه، قم، بی تا.
- _____ **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۳، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ق.
- عاملی، سیدمحمد جواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، بی جا، بی تا.
- فاضل مقداد سیوری، جمال الدین مقداد بن عبدالله، **کنز العرفان فی فقه القرآن**، قم، بی تا.
- فیض کاشانی، ملا محمد محسن، **مفاتیح الشرائع**، بی تا.
- قزوینی زنجانی، ملاعلی، **صیغ العقود و الایقات**، شرح میرزامحمد علی تبریزی، قم، انتشارات شکوری، ۱۴۱۴ق.
- قلنجی، محمد رواس، **معجم لغه الفقهاء**، ج ۲، دار النفاثس و النشر، ۱۴۰۸.
- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی؛ مشارکت ها - صلح**، ج ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- _____ **دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس هایی از عقود معین**، ج ۱۴، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۹.
- محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه مدنی**، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۴.
- مراغی، سیدمیر عبد الفتاح، **العناوین الفقهیه**، بی جا، بی تا.
- مصطفوی، سیدمحمد کاظم، **فقه المعاملات**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ق.
- مظفر، محمدرضا، **أصول الفقه**، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، **بحوث فقهیه هامه**، قم، مدرسه امام علی (ع)، ۱۴۲۲ق.
- مکی عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین، **اللمعه الدمشقیه**، ج ۱۶، قم، دار الفکر، ۱۳۸۲.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۵، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۵.

