

## بازجستی در ویژگی های فقهی حقوقی سرمایه در عقد مضاربه

فخرالدین اصغری آقمشهدی\* / مراد عباسی گلمايي\*\*

### چکیده

به موجب ماده ۵۴۶ قانون مدنی مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین، سرمایه می دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. سرمایه، کار عامل و سهم شدن در سود ارکان عقد مزبور را تشکیل می دهند. در منابع فقهی و حقوقی دیدگاه مشهور بر آن است که سرمایه باید عین، وجه نقد، معلوم و معین باشد. مقاله حاضر با بررسی مستندات شروط مزبور، معلوم و معین بودن سرمایه را لازم دانسته اما عین بودن سرمایه را در فقه و حقوق و وجه نقد بودن آن را در فقه از شروط صحت مضاربه تلقی نمی کند. منظور از وجه نقد خصوص پول رایج کشور نیست بلکه ارزشهای خارجی را نیز شامل می شود.

**کلیدواژه:** مضاربه، سرمایه، دین، منفعت، عین، وجه نقد

---

\* دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه مازندران، نویسنده مسئول f.asghari@umz.ac.ir

\*\* مربی مؤسسه آموزش عالی غیر دولتی غیر انتفاعی ادیب مازندران

تاریخ وصول: ۹۰/۱۲/۲۲ - پذیرش نهایی: ۹۱/۸/۱۷

## طرح مسأله

عقد مضاربه یکی از عقود معینی است که در قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه در ردیف عقود با نام مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است. پیش از پیروزی انقلاب اسلامی عقد مضاربه در حیات اقتصادی و تجاری جامعه در سطح کلان همانند بانکداری اسلامی نقش چندانی ایفا نمی کرد. اما با تغییر نظام سیاسی در ایران و تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ عقد مضاربه از جایگاه ویژه ای برخوردار شد. ماده ۵۴۶ قانون مدنی در تعریف عقد مزبور مقرر می دارد: «مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین، سرمایه می دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه، مالک؛ و عامل، مضارب نامیده می شود». همین تعریف در ماده ۳۶ آیین نامه فصل دوم قانون عملیات بانکی بدون ربا تکرار شده است. عقد مزبور دارای سه رکن می باشد: سرمایه، کار و سود. سرمایه از سوی مالک تأمین می شود. کار از سوی عامل یا مضارب صورت می پذیرد که در صورت مطلق بودن مضاربه، عامل می تواند هر قسم تجارتی را که صلاح بداند، بنماید (ماده ۵۵۳ قانون مدنی). سود باید به صورت جزء مشاع بین مالک و عامل تقسیم شود (ماده ۵۴۸ قانون مدنی). موضوع تحقیق حاضر را تنها رکن اول تشکیل می دهد. در این ارتباط ابتدا به بررسی موضوع در فقه امامیه پرداخته و سپس به بررسی آن در حقوق موضوعه ایران می پردازیم.

### الف - ویژگی های سرمایه در عقد مضاربه در فقه امامیه

سرمایه در عقد مضاربه باید عین، وجه نقد، معلوم و معین باشد. در ذیل به بررسی این ویژگی ها می پردازیم:

#### ۱ - عین بودن

##### ۱-۱- بیان نظریه

در خصوص اینکه آیا در مضاربه سرمایه حتماً باید عین باشد یا اینکه دین و منفعت را هم می توان به عنوان سرمایه قرار داد، بسیاری از فقها قائل به لزوم عین بودن سرمایه هستند و از نظر آنان، دین و منفعت نمی تواند سرمایه در مضاربه باشد. در ذیل به بررسی دلایل طرفداران این نظریه می پردازیم.

##### ۱-۲- دلایل طرفداران نظریه

دلایل طرفداران این نظریه عبارتند از: ۱- اجماع ۲- دلالت ادله صحت عقد

مضاربه بر لزوم عین بودن سرمایه

### ۱-۲-۱- اجماع

مستند بسیاری از فقیهان بر لزوم عین بودن سرمایه در عقد مضاربه اجماع است (النهایه/۴۳۰؛ السرائر/۲/۴۱۱؛ تذکره الفقها/۲/۲۳۱؛ مسالک الافهام/۴/۳۵۵؛ شرح اللمعه الدمشقیه/۲۱۹/۴؛ جامع المقاصد/۸/۶۷؛ جواهر الکلام/۲۶/۳۵۶؛ ریاض المسائل/۹/۳۴۸؛ المختصر النافع/۱/۱۴۶؛ مفتاح الکرامه/۷/۴۴۱).

در استدلال به اجماع باید گفت که اولاً، برخی از فقها در اجماع مذکور خدشه وارد کرده اند (مجمع الفائده و البرهان/۱۰/۲۳۵). ثانیاً، جمعی از فقها مانند شیخ مفید در کتاب مقنعه، شیخ صدوق در کتاب مقنعه و ابن حمزه در کتاب وسیله در بررسی عقد مضاربه نفیاً و اثباتاً متعرض اصل مسأله نشده اند. ثالثاً، به دلیل وجود روایات باب مضاربه احتمال می رود بازگشت چنین اجماعی به ادله مذکور باشد که در این صورت اجماع، مدرکی خواهد بود و چنانکه در کتب اصولی آمده است، چنین اجماعی حجت نیست (انوار الاصول/۲/۴۰۶).

### ۲-۲-۱- دلالت ادله صحت عقد مضاربه بر لزوم عین بودن سرمایه

دلایل صحت عقد مضاربه یا ادله خاصه مانند روایات باب مضاربه است و یا عمومات. ادله خاصه فقط اعیان را شامل می شود و دین و منفعت را در بر نمی گیرد. به عنوان مثال، ابوبصیر می گوید از امام صادق (ع) راجع به مردی سؤال کردم که به دیگری می گوید متاعی را برای تو می خرم و سود آن برای من و تو باشد. امام فرمود اشکالی ندارد (وسائل الشیعه/۱۳/۱۸۵). کلمه متاع ظهور در عین دارد. بنابراین، اگر سرمایه مضاربه غیر عین باشد و ما شک کردیم که چنین عقدی صحیح است یا نه حکم به فساد آن عقد می کنیم. یکی دیگر از روایاتی که با استناد به آن بر لزوم عین بودن سرمایه استناد شده است، موثقه سکونی است. سکونی از امام صادق (ع) روایت کرد که حضرت از امیرالمؤمنین (ع) نقل فرمود که شخصی از دیگری طلبی دارد و از او می خواهد تا طلبش را بپردازد ولی مدیون مالی ندارد تا طلب داین را بدهد و داین می گوید طلبی که از تو دارم نزد تو به عنوان مضاربه باشد. حضرت فرمود صحیح نیست مگر این که دین و طلب را قبض کند (الکافی/۵/۲۴۰؛ وسائل الشیعه/۱۳/۱۸۷).<sup>۱</sup> روایت مذکور ظهور در عدم صحت مضاربه ای دارد که سرمایه در آن دین می باشد و تا زمانی که دین قبض نشود و به عین تبدیل نشود، نمی توان آن را به عنوان

۱- عن السکونی عن ابی عبدالله (ع) قال: قال امیرالمؤمنین (ع) فی رجل له علی رجل مال فیتقاضاه و لا یکون عنده فیقول: هو عندک مضاربه قال: لا یصح حتی تقبضه منه.

سرمایه در عقد مضاربه قرار داد (مبانی العروه الوثقی / ۱ / ۱۹).

عموماتی مثل أوفوا بالعقود و تجاره عن تراض و امثال آنها نیز فقط شامل عین می شود و دین و منفعت را در بر نمی گیرد چه آنکه مضاربه برخلاف قاعده اولیه است. دلیل خلاف قاعده بودن مضاربه این است که بر طبق اصل تبعیت نماء از اصل مال، تمام سود متعلق به صاحب سرمایه است نه این که بخشی از آن به مالک و بخشی دیگر متعلق به عامل باشد چرا که قاعده در هر معامله ای چنین است که عوض به ملکیت کسی در می آید که معوض را تملیک کرده است. سود نیز مال کسی است که سرمایه متعلق به اوست. در نتیجه، وارد شدن بخشی از سود سرمایه در مضاربه در ملک عامل بر خلاف قاعده و اصل مذکور می باشد. بنابراین، اگر دلیلی خاص، مضاربه را مورد امضاء قرار نداده باشد، بر اساس قواعد اولیه فقه این معامله باطل می باشد. به این معنا که اگر در عقد مضاربه سرمایه عین نباشد و ما شک کنیم که آیا مضاربه علاوه بر عین با دین و منفعت هم صحیح است یا نه در این صورت به قدر متیقن اکتفا می کنیم که عبارت است از مضاربه با عین و در مابقی اصاله الفساد جاری می کنیم (مبانی العروه الوثقی / ۱ / ۱۸).

در جواب می توان گفت که اولاً، تمسک به اصاله الفساد با وجود دلیل لفظی جایز نیست. عمومات باب معاملات و ادله خاصه - روایات مضاربه - به موجب عموم خود دلالت بر صحت عقدی دارد که سرمایه در آن غیر عین باشد. ثانیاً، قاعده تبعیت سود از اصل مال گرچه یک قاعده معروف عقلی است، پذیرش آن به صورت مطلق مشکل است زیرا، اگر مقصود از ربح و سود، نمائات متصل و منفصل است، بدون هیچ شکی به حکم عرف و ارتکاز عقلاء چنین نمائاتی متعلق به مالک آنها است مثل نماء درخت و نتاج حیوانات. ولی سؤال این است که آیا قاعده مذکور در جاهای دیگر نظیر سودهایی که در نتیجه تجارت و یا تولید به دست می آید، قابل اجرا است. در جواب می توان گفت در کنار دخالت سرمایه برای کسب سود، تأثیر کار نیز قابل انکار نیست (فقه المضاربه/ ۱۵-۱۴).

در جواب از موثقه سکونی نیز می توان گفت روایت مزبور منصرف به موردی است که مدیون، مالی برای پرداخت بدهی خویش ندارد. در این صورت، قرار دادن همان طلب نزد او به عنوان مضاربه عقلایی نیست چرا که شخصی که به دلیل نداشتن مال قادر به پرداخت بدهی نیست، چگونه می توان گفت این وجه نزد تو به عنوان مضاربه باشد؟ ولی بحث ما در جایی است که شخصی بدهکار است و می خواهد بدهی خود را بپردازد ولی طلبکار طلب خویش را نمی گیرد و می گوید این طلب نزد تو به عنوان مضاربه بماند. معلوم است که این

صورت را روایت منع نمی کند (تفصیل الشریعه، کتاب المضاربه/۱۷؛ فقه المضاربه/ ۳۰؛ الفقه، کتاب المضاربه/ ۱۹-۲۰). گرچه از ظاهر روایت بر می آید که امام (ع) صحت عقد را منوط به قبض نموده و نه تمکن از پرداخت ولی با دقت در روایت و با توجه به اینکه مدیون مالی برای پرداخت دین نداشته، فهمیده می شود که علت عدم صحت، عدم توان مالی مدیون بوده است. به عبارت دیگر، اگر مدیون توان مالی می داشت امام در پاسخ سؤال کننده احتمالاً عبارت «صحیح نمی باشد مگر این که دین و طلب را قبض کند» اظهار نمی داشت. از طرفی، مناسبت بین سؤال و جواب نیز اقتضا می کند که پاسخ امام ناظر به حالت عدم تمکن از پرداخت باشد مگر اینکه دلیلی بر خلاف آن وجود داشته باشد. زیرا، سؤال ناظر به حالتی بوده که مدیون قادر به پرداخت دین نبوده است پس جواب نیز اختصاص به همان حالت دارد.

چنانکه گفته شد فقیهانی که عین بودن سرمایه را شرط می دانند مضاربه را در صورتی که سرمایه منفعت باشد، باطل می دانند. با این استدلال که آنچه که از ظاهر روایات مضاربه و ادله خاصه فهمیده می شود این است که مالک سرمایه اش را در اختیار عامل قرار می دهد تا وی با آن به تجارت بپردازد با این شرط که تمام سرمایه باقی بماند و در نهایت، سود بین آنها بر اساس نسبتی که بین خود مقرر کرده اند، تقسیم شود. در حالی که اگر در عقد مضاربه منفعت به عنوان سرمایه قرار گیرد، این معنا محقق نمی شود. زیرا، منفعت به تدریج حاصل می شود. یک جزء آن وجود پیدا می کند و منعدم می شود و جزء دیگر تحقق پیدا می کند و وجود مجموعی متمرکز ندارد. بنابراین، چون تمام سرمایه از ابتدا تا آخر عقد باقی نیست، جایز نیست منفعت به عنوان سرمایه در عقد مضاربه قرار داده شود (مبانی العروه الوثقی / ۱۹/۱).

در جواب چنانکه برخی فقیهان نیز نوشته اند می توان گفت: هیچ دلیلی دلالت ندارد بر این که تمام سرمایه باید از اول تا آخر عقد باقی بماند. اگر مقداری از سرمایه تلف شد، چه تلفی که مستلزم ضمان باشد مثل تلف با تعدی و تفریط یا تلفی که مستلزم ضمان نباشد مثل تلف بدون تعدی و تفریط، سبب نمی شود که مضاربه فسخ شود ولو نسبت به آن جزئی که تلف شده است بلکه مضاربه در این صورت به قوت خود باقی است ولو عقد جایز است و طرفین می توانند عقد را هر زمانی که اراده کنند، فسخ کنند. اما تا زمانی که فسخ نکرده اند مضاربه به قوت خود باقی است. بنابراین، اگر کسی منفعت یک سال خانه اش را به عنوان سرمایه در عقد مضاربه به عامل بسپارد، هیچ دلیلی مانع از صحت عقد مزبور نیست (تفصیل الشریعه، کتاب المضاربه/ ۱۸).

سؤالی که مطرح می‌شود این است که چگونه ممکن است منفعت در عقد مضاربه به عنوان سرمایه قرار گیرد؟ در جواب باید گفت که از دو طریق ممکن است منفعت به عنوان سرمایه قرار گیرد:

۱- زمانی عامل با ثمن و اجاره بهای حاصل از منافع به تجارت می‌پردازد. به عنوان مثال، مالک آپارتمانی را در اختیار عامل قرار می‌دهد وی آپارتمان را اجاره می‌دهد و با پولی که از بابت اجاره به دست می‌آورد، به تجارت می‌پردازد. در این صورت قطعاً سرمایه عین است نه منفعت.

۲- زمانی عامل با خود منفعت به تجارت می‌پردازد. به عنوان مثال، مالک آپارتمانی را در اختیار عامل قرار می‌دهد او از کسی کالائی می‌خرد و ثمن آن را سکونت یکساله آپارتمان مذکور قرار می‌دهد. روشن است که در این صورت خود منفعت به عنوان ثمن قرار می‌گیرد. با توجه به مطالب مذکور در فوق باید گفت مضاربه مطلقاً صحیح است اعم از این که سرمایه عین باشد و یا دین و یا منفعت. چه آنکه اولاً، عمومات مربوط به باب معاملات دلالت بر صحت چنین عقدی دارد. زیرا، طرفین با رضایت کامل عقدی را منعقد کرده‌اند و چنین عقدی مصداق «تجاره عن تراض» بوده و واجب الوفاء می‌باشد. ثانیاً، روایاتی که در باب مضاربه وارد شده‌اند، مطلق هستند و کلمه «المال» که در این روایات آمده است، شامل دین و منفعت هم می‌شود و منحصر به عین نمی‌باشد (فقه المضاربه/ ۲۷-۲۹). به عنوان مثال، جمیل به امام صادق عرض می‌کند که مردی مالی را به دیگری می‌دهد تا با آن کالای خاصی را بخرد اما آن شخص کالای دیگری را می‌خرد. امام فرمود آن شخص ضامن است (وسائل الشیعه/ ۱۳/ ۱۸۲).<sup>۱</sup> مال در روایت مزبور اختصاص به عین ندارد و می‌تواند شامل موردی باشد که طلبکار به مدیون می‌گوید به جای اینکه طلب را به من بدهی با آن مالی بخر تا در سود شریک باشیم (برای مشاهده سایر روایات ر.ک.: وسائل الشیعه/ ۱۳/ ۱۸۴-۱۸۰).

## ۲ - وجه نقد بودن

آیا لازم است سرمایه در عقد مضاربه حتماً وجه نقد باشد و یا اعیان دیگر هم می‌توانند سرمایه قرار گیرند؟ مشهور بین فقیهان امامیه (جواهر الکلام/ ۲۶/ ۳۵۶؛ الخلاف/ ۳/ ۴۵۹؛

۱- عن جمیل عن ابی عبدالله (ع) فی رجل دفع الی رجل مالا یشتري به ضرباً من المتاع مضاربه فذهب فاشتري به غیر الذی امره قال: هو ضامن و الربح بینهما علی ما شرط.

بازجستی در ویژگی های فقهی حقوقی سرمایه در عقد مضاربه \_\_\_\_\_ ۱۳  
السرائر / ۴۰۷/۲؛ تذکره الفقها / ۲۳۱/۲) این است که سرمایه حتماً باید وجه نقد باشد و دلیل  
این امر به شرح ذیل می باشد:

### ۱ - ۲ - اجماع

عده ای از فقیهان امامیه در لزوم وجه نقد بودن سرمایه گفته اند که در این مورد  
اختلافی وجود ندارد و در تأیید نظر خود مدعی اجماع شده اند (جواهر الکلام / ۳۵۶/۲۶؛  
الخلاف / ۳ / ۴۵۹؛ السرائر / ۴۰۷/۲؛ تذکره الفقها / ۲۳۱/۲).

در مورد ادعای اجماع باید گفت که اولاً، بعضی از فقها (مجمع الفائده و  
البرهان / ۲۴۸/۱۰) در اجماع مذکور خدشه وارد کرده اند و عده ای از فقهای متأخر (مفاتیح  
الشرائع / ۳ / ۹۰؛ الحدائق الناضره / ۲۱ / ۲۱۹) با آن مخالفت کرده اند. در نتیجه، وجود اجماع  
محل تردید است.

ثانیاً، بر فرض وجود اجماع و صحت آن، اجماع بر این است که مضاربه با وجه نقد  
صحیح است ولی اجماع بر عدم صحت مضاربه با غیر وجه نقد وجود ندارد (الفقه، کتاب  
المضاربه / ۲۲). به عبارت دیگر، اجماع به این صورت نبوده که سرمایه باید وجه نقد باشد تا از  
مفهوم مخالف آن استفاده شود که مضاربه با غیر وجه نقد باطل است.

ثالثاً، با توجه به وجود روایات، احتمال مدرکی بودن اجماع وجود دارد. در نتیجه،  
اجماع مزبور حجت نیست (الفقه، کتاب المضاربه / ۲۲؛ فقه المضاربه / ۳۶؛ تفصیل الشریعه،  
کتاب المضاربه / ۱۹؛ صانعی / تعلیقه بر عروه الوثقی / ۹۳/۴).

### ۲ - ۲ - ملازمه وجه نقد نبودن سرمایه با دریافت تمام سود از سوی مالک و یا استرداد تنها بخشی از سرمایه

برخی فقیهان امامیه در بیان لزوم وجه نقد بودن سرمایه در عقد مضاربه می نویسند:  
« در صورتی که سرمایه در مضاربه کالا باشد، لازم است که مالک یا تمام سود را  
دریافت کند یا بخشی از سرمایه را ببرد» (تذکره الفقها / ۲۳۱/۲). بدین توضیح که اگر سرمایه  
مال مثلی باشد سرمایه، یا خود آن مال است یا قیمت آن که در صورت اول مضارب باید در  
پایان مضاربه و زمان محاسبه عین آن را در صورت وجود و مثل یا قیمت آن را در صورت  
تلف بدهد. در این صورت، اگر برای مثال قیمت کالا در روز تسلیم آن به مضارب ده میلیون  
ریال باشد و در پایان مضاربه قیمت بازاری آن تغییری نکرده باشد و سود مضاربه سه میلیون  
ریال باشد مشکلی به وجود نمی آید اما اگر قیمت کالا بالا رفته یا پائین آمده باشد عامل باید  
بعد از پایان مضاربه همان کالا را مسترد کند و در صورت تلف مثل آن را به قیمت بالا رفته

یا پائین آمده خریداری کند که در صورت اول لازم می‌آید اصل و سود به مالک داده شود و در صورت دوم لازم می‌آید فقط بخشی از سرمایه به مالک داده شود و مضارب در مابقی آن با مالک سرمایه شریک شود حال آن که سرمایه مضاربه از آن مالک است.

در جواب استدلال مذکور می‌توان گفت که بالا رفتن قیمت مال مثلی و پائین آمدن آن مشکلی ایجاد نمی‌کند. زیرا، بالا رفتن قیمت مانند وضعیت وارد آمدن زیان و خسارت در مضاربه است که عامل، در آن به هیچ سودی نمی‌رسد و پائین آمدن قیمت نیز مانند مضاربه دارای سود است الا این که عامل سود بیشتری می‌برد (مفتاح الکرامه/ ۴۴۰/۷).

بر فرض قبول اشکال باید گفت حتی در صورتی که سرمایه، وجه نقد نیز باشد، اشکال وارد است و منحصر به کالا نمی‌شود. چرا که اگر ما پول‌های رایج را نسبت به یکدیگر و با نسبت به قیمت کالاها مقایسه کنیم می‌بینیم که گاهی در آنها نوسان ایجاد می‌شود. مثلاً قیمت ریال نسبت به دلار و ارزهای دیگر و حتی نسبت به قیمت اجناس دچار نوسان می‌شود (فقه المضاربه/ ۳۷).

### ۳ - ۲ - روایات

دلیل سوم بر لزوم وجه نقد بودن سرمایه در مضاربه روایات است. در روایت عبدالملک بن عتبه از امام صادق (ع) آمده است که به آن حضرت گفتم: همیشه به مردی مالی می‌دهم، وی می‌گوید: مال هلاک شده یا از بین رفته است چه حيله ای می‌توانم به کار بیندم؟ حضرت فرمودند: ۱۰۰۰ درهم به او قرض بده و ۲۰ درهم به او بده تا با تمام آنها کار کند و بگو اینها سرمایه من و تو است و سودی که به دست می‌آید مال هر دو باشد. از امام راجع به این امر سؤال کردم. امام فرمودند: این کار اشکالی ندارد (وسائل الشیعه/ ۱۳/ ۱۸۴).<sup>۱</sup> همچنین در روایت عبدالملک بن عتبه از امام موسی بن جعفر (ع) آمده است که از آن حضرت درباره شخصی پرسیدم که مالی را به او می‌دهم و هنگام دادن مال به او می‌گویم این مال ۵۰۰۰۰ درهم است. ۱۰۰۰۰ درهم به عنوان قرض باشد و با بقیه آن هر مالی را خواستی برای من بخر، آیا این امر جایز است؟ آیا این امر پیش شما دوست داشتنی تر است یا این که مالی را با اجرت معلوم به او اجاره دهیم؟ امام فرمودند اشکالی ندارد

۱- عن عبدالملک بن عتبه قال: قلت: لا ازال اعطی الرجل المال فیقول: قد هلك او ذهب فما عندک حيله تحتالها لی؟ فقال اعط الرجل الف درهم أقرضها اياه و أعطه عشرين درهما یعمل بالمال كله و یقول: هذا رأس مالی و هذا رأس مالک فما أصبت منهما جمیعا فهو بینی و بینک فسألت ابا عبدالله (ع) عن ذلک فقال: لا بأس به.



بازجستی در ویژگی های فقهی حقوقی سرمایه در عقد مضاربه \_\_\_\_\_ ۱۵  
(همان/ ۱۳/ ۱۸۴).<sup>۱</sup> چنانکه ملاحظه می شود در هر دو روایت، سرمایه مضاربه، درهم است که وجه نقد رایج در آن عصر بوده است.

در مورد روایات مزبور باید گفت که استدلال مبتنی بر مفهوم لقب است (الفقه، کتاب المضاربه/ ۲۲) و مفهوم لقب حجت نیست. منظور از مفهوم لقب این است که اگر عنوان و اسمی موضوع حکمی قرار گرفت هر آنچه عموم این اسم شامل آن نشود، حکم از آن منتفی می شود. برای مثال، واژه فقیر در جمله «فقیر را اطعام کن» عنوان و اسمی است که موضوع حکم اطعام کردن واقع شده است. مفهومش این است که ثروتمند را اطعام نکن. در مورد بحث بالا استدلال به مفهوم لقب چنین است: در روایات عنوان حکم، درهم و دینار (وجه نقد) است و چون کالا از این عنوان خارج است پس مضاربه در مورد آن صحیح نیست. بنا بر نظر تمام اصولیان و فقها، مفهوم لقب حجت نیست و حتی گفته شده است که مفهوم لقب ضعیف ترین مفاهیم است (رجوع کنید به: اصول الفقه/ ۱/ ۱۳۰).

با توجه به انتقادهای وارده بر دلائل سه گانه مذکور، بعضی از فقهای امامیه در لزوم وجه نقد بودن سرمایه در مضاربه تردید کرده اند. اینان با توجه به عموم ادله مضاربه، دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» و همچنین با توجه به اکثر روایات باب مضاربه که در آن کلمه «مال» آمده است که منحصر به وجه نقد نمی شود، می گویند سزاوار است که در مضاربه به غیر وجه نقد اشکالی وارد نباشد (مجمع الفائده و البرهان/ ۱۰ / ۲۴۹؛ فقه المضاربه/ ۳۷).

شایان ذکر است که در زمان نزول قرآن و معصومین (ع) پول نقد تنها درهم (نقره) و دینار (طلا) بوده است و در همه روایات نیز نام درهم و دینار آمده است. اسکناس در قرن اخیر، یعنی بعد از جنگ جهانی اول پدید آمده است (ابراهیمی/ مضاربه/ ۸۰). اکنون جای این پرسش است که آیا در زمان حاضر هم باید پول در مضاربه، همان پول های قدیمی باشد یا این که هر پولی باشد، کافی است. اگر بگوئیم همان پول قدیم باشد، آن پول ها در بازار وجود خارجی ندارد و آنها را فقط در موزه ها می توان یافت و در نتیجه، مضاربه سالبه به انتفای موضوع خواهد بود. اما اگر بگوئیم منظور از درهم و دینار در روایات مطلق پول است و در زمانی نوعی از پول رواج داشته و اکنون نوعی دیگر و زمانی دیگر ممکن است چیز

---

۱- عن عبدالملک بن عتبه عن ابی الحسن موسی (ع) قال: سألته عن رجل أَدفع اليه مالا فاقول له اذا دفعت المال و هو خمسون ألفا: عليك من هذا المال عشرة آلاف درهم قرض و الباقي معك تشتري لي بها ما رأيت. هل يستقيم هذا؟ هو احب اليك أم أستأجره في مال بأجر معلوم؟ قال: لا بأس به.

دیگری باشد، مشکلی پیش نمی‌آید و مضاربه انجام می‌شود.

شایان ذکر است تنها دلیل راجع به این که در مضاربه سرمایه فقط باید درهم و دینار باشد و نه سایر اعیان، اجماع است که بعضی از فقهای گذشته آن را نقل کرده‌اند (جواهر الکلام/۲۶/۳۵۶؛ الخلاف/۳/۴۵۹ - ۴۶۰؛ المذهب/۱/۴۶۰؛ جواهر الفقه/۱/۲۴؛ مسالك الافهام/۴/۳۵۵؛ جامع المقاصد/۸/۶۶؛ غنیه النزوع/۲۶۱).

در جواب از اجماع باید گفت اولاً، اجماع مذکور از طرف بعضی از فقها مورد قبول واقع نشده است (مجمع الفائده و البرهان/۱۰/۲۳۵). دوم اینکه، عده زیادی از متقدمین مانند شیخ مفید در کتاب مقنعه، شیخ صدوق در کتاب المقنع، سلار در المراسم العلویه، ابن حمزه در الوسيله و سید مرتضی در کتاب الانتصار نفیاً و اثباتاً اصلاً متعرض شرط مذکور نشده‌اند. سوم اینکه، عده زیادی از فقهای گذشته که درهم و دینار بودن سرمایه را شرط کرده‌اند، اشاره ای به اجماع یا نفی خلاف نکرده‌اند (السرائر/۲/۴۰۷؛ شرائع الاسلام/۲/۱۴۶؛ الجامع للشرایع/۳۱۴). چهارم اینکه، متعلق اجماع صحت مضاربه با درهم و دینار است نه بطلان مضاربه به غیر درهم و دینار (موسوی خمینی، تعلیقه بر عروه الوثقی/۴/۹۴؛ خوئی/تعلیقه بر عروه الوثقی، ۴/۹۳؛ تفصیل الشریعه، کتاب المضاربه/۱۸ - ۱۹؛ الفقه، کتاب المضاربه/۲۲). پنجم اینکه، بر فرض ثبوت و صحت اجماع باید گفت که قدر متیقن از آن عدم جواز مضاربه با کالا می‌باشد. اما صحت مضاربه در صورتی که سرمایه در آن وجه نقد رایج مانند دینار عراقی و اسکناس ایرانی باشد، خالی از قوت نیست چرا که اولاً، عموماً باب معاملات مثل «وفوا بالعقود»، «تجاره عن تراض»، «الناس مسلطون علی اموالهم» (غوالی اللثالی/۱/۴۵۷) و «المؤمنون عند شروطهم» دلالت بر صحت چنین عقدی دارد. ثانیاً، معامله در این صورت عقلایی است و هیچ غرری در آن وجود ندارد لذا دلیلی بر بطلان چنین عقدی وجود ندارد. ثالثاً، بعضی از روایاتی که در مورد مضاربه وارد شده است (وسائل الشیعه/۱۳/۱۸۱ - ۱۸۳)، کلمه مال در آنها آمده است و عنوان مال اطلاق دارد و همان گونه که بر درهم و دینار صدق می‌کند، بر سایر اموالی که صرفاً به عنوان مالیت اعتبار دارند مانند اسکناس و سایر وجوه نقد صدق می‌نماید (العروه الوثقی مع تعالیق الامام الخمینی/۴/۹۳). ششم اینکه، بیان درهم و دینار در اجماع فقها به این دلیل بوده که وجه نقد و پول رایج زمان آنان را درهم و دینار تشکیل می‌داده است و درهم و دینار بودن به معنای مسکوکات طلا و نقره موضوعیت ندارد.

از مطالب مذکور در فوق این نتیجه حاصل می‌شود که نظر به اینکه ارزشهای خارجی

بازجستی در ویژگی های فقهی حقوقی سرمایه در عقد مضاربه \_\_\_\_\_ ۱۷

کالا نیستند بلکه وجه نقد محسوب می شوند و امروزه در عرف بازار تجارت هیچ فرقی بین پول رایج کشور و ارزهای خارجی از جهت وجه نقد بودن وجود ندارد و حتی اعتبار بعضی از ارزهای خارجی بیشتر از پول رایج کشور است، می توان آنها را به عنوان سرمایه مضاربه قرار داد ( صانعی / تعلیقه بر عروه الوثقی / ۸ ، ۴ / ۹۳ ؛ منهج المومنین / ۲ / ۶۳-۶۴؛ مدارک العروه / ۲۸ / ۲۳ - ۲۶؛ جامع المسائل / ۳ / ۱۱۵-۱۱۶).

### ۳ - معلوم بودن سرمایه

آیا سرمایه در عقد مضاربه حتماً باید معلوم باشد به طوری که اگر جهل نسبت به جنس، مقدار و وصف آن باشد، مضاربه باطل است؟ مشهور فقها بر این عقیده اند که سرمایه در عقد مضاربه باید از نظر مقدار و وصف مشخص باشد مثلاً مالک بگوید: با این یک میلیون ریال ایرانی به عنوان مضاربه تجارت کن. عده ای از فقها گفته اند در صورتی که سرمایه مشاهده شود (بدون علم به مقدار آن) مضاربه صحیح بوده ولی در صورت عدم مشاهده مضاربه صحیح نمی باشد. به نظر این عده مشاهده طریق حصول علم تلقی شده و شیوه مناسبی برای معلوم شدن مال مضاربه است و در صورت نزاع، قول عامل با قسم پذیرفته می شود زیرا، فرض بر این است که وی امین است (المبسوط / ۳ / ۱۹۸ - ۱۹۹؛ جامع المدارک / ۳ / ۴۱۲-۴۱۳).

به نظر مشهور فقها اگر سرمایه دقیقاً مشخص نباشد، باعث غرر و جهالت می شود و در این صورت، شک در صحت مضاربه خواهیم داشت و با شک در صحت، اصله الفساد جاری می شود. نتیجه اجرای اصل مذکور بطلان مضاربه ای است که سرمایه در آن معلوم نباشد ( جواهر الکلام / ۲۶ / ۳۵۸ - ۳۵۹). به تعبیر دیگر، مستند نظریه مشهور فقها دو دلیل ذیل است: الف: روایتی که نشانگر نهی از غرر است ( وسائل الشیعه / ۱۲ / ۲۶۲ - ۲۶۶؛ دعائم الاسلام / ۲۱). ب: اصله الفساد

برخی از فقها هر دو دلیل را مورد انتقاد قرار داده و در انتقاد به دلیل اول گفته اند که اولاً، روایات مربوط به نهی از غرر از نظر سند ضعیف است. ثانیاً، اختصاص به عقد بیع دارد. ثالثاً، اخص از مدعی است زیرا، در برخی موارد با اینکه سرمایه از نظر مقدار و وصف معلوم نیست، غرر صدق نمی کند مثل آن موردی که جهل در نهایت منجر به علم می شود. در انتقاد به دلیل دوم گفته اند اطلاعاتی که در مورد سرمایه مضاربه وجود دارد، مانع از اجرای اصله الفساد می شود. به عبارت دیگر، روایاتی که در مورد سرمایه مضاربه وارد شده است، مطلق است و هیچ دلیلی هم بر تقیید به صورت معلوم بودن وجود ندارد. در نتیجه، جای اجرای

اصاله الفساد نیست ( الفقه - کتاب المضاربه/۲۷).

برخی از فقها دو دلیل برای بطلان مضاربه با سرمایه مجهول ذکر کرده اند: ۱- غرری بودن مضاربه. البته، جهل به مقدار سرمایه در صورتی موجب بطلان مضاربه می شود که در نهایت منجر به علم نشود. بنابراین، اگر سرمایه در هنگام عقد مضاربه معلوم نباشد ولی بعد از وقوع عقد میزان آن از طریق شمردن و امثال آن مشخص گردد، غرر منتفی خواهد بود که در این صورت، باید آن را صحیح دانست. ۲- با مجهول بودن سرمایه، میزان سود مشخص نخواهد بود (جواهر الکلام/۲۶/۳۵۸).<sup>۱</sup>

برخی از فقها در ردّ دلایل فوق گفته اند:

۱- در صورت جهل به سرمایه معامله غرری نیست زیرا امکان حصول علم برای طرفین وجود دارد. به عنوان مثال، عامل بعد از انعقاد عقد مضاربه می تواند سرمایه را بشمارد و میزان آن را به مالک اطلاع دهد. به علاوه، اگر امکان شمارش سرمایه بعد از عقد وجود نداشته باشد، خرید و فروش با مال موضوع عقد به مرور زمان مستلزم علم عامل به مقدار سرمایه است. اگر حصول علم از دو طریق ذکر شده به هر دلیل ممکن نشد در صورت تنازع و اختلاف، طرفین می توانند با صلح به نزاع موجود خاتمه دهند و اگر تصالح ممکن نشد، حاکم شرع مشکل آنها را با قرعه حل خواهد کرد (مبانی العروه الوثقی/۱/۲۳؛ المبسوط/ ۱۹۹/۳-۱۹۸).

۲- مقدار سود را در صورت نزاع و اختلاف می توان از طریق قرعه تعیین کرد (مستمسک العروه الوثقی/۱۲/۲۴۷).

نتیجه ایرادات مطرح شده نسبت به نظریه مشهور و صاحب جواهر این است که بر اساس نظر این دسته از فقها مضاربه با سرمایه ای که مقدار آن معلوم نیست، صحیح است و جهل، مطلقاً مفسد عقد نیست چرا که راهکارهای ارائه شده می تواند ضررهای ناشی از جهل را نسبت به سرمایه از بین ببرد. اما واقعیت این است که راهکارهای ارائه شده برطرف کننده جهل مضر نمی باشد. زیرا، هدف کسانی که جهل را مانع صحت عقد مضاربه می دانند این است که نیازی به راهکارهای ارائه شده جهت رفع مخاصمه و نزاع نباشد زیرا، تعیین سود از طریق قرعه یا صلح و یا به حکم حاکم امر عادی و طبیعی و متعارف نیست. در نتیجه، نوعی مشقت و تکلف برای طرفین ایجاد می کند. در نتیجه، باید گفت شرط معلوم بودن سرمایه در

۱- لابد فی مال المضاربه أن یکون معلوم المقدار بعد معرفه الجنس للنهی عن الغرر و لعدم معرفه الربح من رأس المال ...

بازجستی در ویژگی های فقهی حقوقی سرمایه در عقد مضاربه \_\_\_\_\_ ۱۹

عقد مضاربه شرط درستی است زیرا، متعارف بین عرف مردم و عقلاء این است که موضوع هر عقد و تعهدی باید معلوم باشد و معامله‌ای که موضوع آن مجهول و مبهم باشد، امری متعارف و معقول نیست اعم از اینکه عاقد در آن معامله عامل و مضارب باشد یا فردی دیگر.

#### ۴ - معین بودن سرمایه

عده‌ای از فقها معین بودن سرمایه را به عنوان یکی از شروط آن در عقد مضاربه ذکر نموده‌اند و چنین استدلال کرده‌اند که اگر سرمایه مردد بین چند چیز باشد، مضاربه صحیح نیست. زیرا، در خارج فرد مردد وجود ندارد بلکه فرد مشخص و معینی وجود دارد بنابراین، اگر مالک بگوید یکی از این دو مال را به عنوان مال مضاربه قرار می‌دهم، مضاربه فاسد است ( شرایع الاسلام/ ۲ / ۱۱۴؛ مفتاح الکرامه/ ۴۱۱/۷؛ تذکره الفقها/ ۲۳۱/۲؛ مبانى العروه الوثقی / ۴۲/۱؛ تحریر الوسیله / ۶۰۹/۱؛ وسیله النجاه/ ۴۲۹؛ جواهر الکلام/ ۳۵۹/۲۶). از طرف دیگر، باید گفت مردد بودن مورد معامله موجب غرری شدن و در نتیجه، بطلان آن می‌شود (دوره عقود معین ۱ - حقوق مدنی/ ۱۱۰). از طرفی، قصد انشا به امر مردد تعلق نمی‌گیرد.

در نقد این نظریه گفته شده است که گرچه فرد مردد در خارج وجود ندارد ولی میان این افراد مردد یک عنوان وجود دارد و آن عنوان، جامع تمام افراد است. در مثال فوق، «یکی از این دو مال» نشانگر این نکته است که مالک هر دو را به عنوان سرمایه قرار نداده بلکه فقط یکی را به عنوان سرمایه مشخص نموده است و این یکی، به صورت علی البدل دارای دو مصداق است (العروه الوثقی / ۲ / ۵۵۲). از طرفی، ممکن است در تأیید صحت مضاربه با سرمایه مردد گفته شود که ادله مربوط به مضاربه در این خصوص مطلق بوده و شامل هر دو صورت معین و مردد بودن سرمایه می‌شود و دلیلی هم بر تقييد آن به صورت معین بودن سرمایه وجود ندارد.

در مقایسه دو نظر مذکور در فوق باید گفت که گرچه طرفداران هر دو نظر قبول دارند که فرد مردد در خارج وجود ندارد اما به موجب نظر دوم برای افراد مردد عنوان جامعی وجود دارد که آن عنوان جامع به صورت علی البدل دارای مصادیق متعدد است. به نظر نگارندگان پاسخ گروه دوم نمی‌تواند دلیل بر صحت مضاربه در صورت مردد بودن سرمایه باشد چه آنکه غرر را از بین نمی‌برد و با وجود دلیل غرر، نوبت به استناد به اطلاق ادله نیز نمی‌رسد.

## ب - ویژگی های سرمایه در عقد مضاربه در حقوق موضوعه ایران

در مباحث قبل روشن شد که نظر مشهور فقهای امامیه این است که سرمایه در عقد مضاربه اولاً باید عین باشد و ثانیاً باید وجه نقد باشد. همچنین روشن شد که علی رغم اتفاق نظر فقهای گذشته مبنی بر لزوم درهم و دینار بودن سرمایه اکثر قریب به اتفاق فقهای متأخر و معاصر بر این عقیده‌اند که مضاربه با پولهای رایج عصر ما مانند اسکناس ایرانی، دلار آمریکا، ریال سعودی و... صحیح می‌باشد. در این بخش به بررسی محورهای یاد شده در حقوق ایران می‌پردازیم:

### ۱ - لزوم عین بودن سرمایه

نسبت به اینکه آیا در مضاربه لازم است سرمایه حتماً عین باشد یا دین و منفعت هم می‌تواند سرمایه قرار گیرد، نص صریحی در حقوق ایران وجود ندارد. اکثر حقوقدانان با استناد به مفهوم مخالف ماده ۵۴۷ ق.م که مقرر می‌دارد سرمایه باید وجه نقد باشد، معتقدند سرمایه باید عین باشد (حقوق مدنی / ۲ / ۱۰۰؛ حقوق مدنی - مشارکت ها و صلح / ۲ / ۱۱۴). استنباط مزبور از ماده ۵۴۷ درست به نظر نمی‌رسد. ماده مزبور فقط بر لزوم وجه نقد بودن سرمایه تأکید دارد که وجه نقد اطلاق داشته و شامل دین نیز می‌شود. برخی مؤلفین حقوقی نیز در ارتباط با مضاربه با دین معتقدند که هیچ مانعی از صحت مضاربه در این صورت وجود ندارد. زیرا، مالک یا از عامل طلب دارد یا از غیر عامل و دینی را که مالک بر عهده عامل و مضارب دارد و آن را سرمایه در مضاربه قرار می‌دهد دو قسم است: ۱. دینی بدون تشخیص و تعیین کلی در ذمه (طلب) را به عنوان سرمایه قرار می‌دهد. ۲. دینی با تشخیص کلی در ذمه (طلب) را سرمایه در عقد قرار می‌دهد مثل این که به مدیون خود می‌گوید طلب مرا از صورت ذمه خارج کن و صورت خارجی به آن بده سپس می‌گوید من آن را به عنوان مضاربه به تو می‌دهم. به نظر ایشان در تمامی صور یاد شده دین و طلب می‌تواند سرمایه در عقد مضاربه قرار گیرد و مانعی برای صحت وجود ندارد (جعفری لنگرودی / مضاربه / ۵۲ و ۶۲).

### ۲ - وجه نقد بودن سرمایه

ماده ۵۴۷ ق.م ایران مقرر می‌دارد که در مضاربه «سرمایه باید وجه نقد باشد». همان گونه که قبلاً بیان شد در فقه امامیه به نظر اکثر فقها مقصود از وجه نقد مسکوکات طلا و نقره یعنی، درهم و دینار است. مقنن در ماده مذکور که از فقه امامیه اقتباس شده به این

اعتبار که درهم و دینار از نظر نقد رایج بودن مورد توجه شرع بوده است، وجه نقد را شرط سرمایه مضاربه دانسته است که بر خلاف نظر برخی مؤلفین که آن را به معنای پول رایج کشور دانسته اند (حقوق مدنی/۹۹/۲)، شامل ارزشهای خارجی نیز می شود. در واقع، منظور از وجه نقد این است که کالا نباشد. رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور شماره ۹۰-۱۳۵۳/۱۰/۱۴ (روزنامه رسمی شماره ۷۸۸۰-۱۳۵۳/۱۲/۶) نیز مؤید این نظر است (عبده / حقوق مدنی / ۲۶۹).

یکی از حقوقدانان وجه نقد را به مسکوکات طلا و نقره تفسیر کرده و در این باره می نویسد: «منحصراً مسکوکات طلا و نقره ممکن است سرمایه مضاربه واقع شود. بنابراین، معاملاتی که امروز در مورد مضاربه با سرمایه اوراق بهادار انجام می شود مانند اسکناس مطابق این تعریف و فتوای فقها مضاربه نخواهد بود و بالتیجه، مضاربه با آنها فاسد است و اگر عامل جاهل به قضیه باشد در حکم اجیر بوده نه مضارب، یعنی مستحق اجرت المثل عمل می شود ( شرح قانون مدنی / ۴۹۹ - ۵۰۰).

چنین تفسیری درست به نظر نمی رسد زیرا بیان درهم و دینار در عبارت فقها یا نصوص دیگر به این دلیل است که وجه نقد در زمان آنان درهم و دینار بوده است و درهم و دینار بودن به معنای مسکوکات طلا و نقره موضوعیت ندارد. بنابراین، ابتدائاً و بدون نیاز به هر گونه تبدیل می توان پول رایج کشور را به عنوان سرمایه مضاربه قرار داد و ظاهر و بلکه صراحت ماده ۵۴۷ ق.م نیز مؤید همین استدلال است. آنچه عرف از واژه «وجه نقد» استنباط می کند، پول رایج کشور است (تفرشی و فنوائی «ارکان مضاربه» / ۱۲۱) نه درهم و دینار بودن.

بنابر آنچه گفته شد اگر سرمایه گذار طلا و نقره را در اختیار دیگری به عنوان مضاربه بگذارد تا به فروش برساند و طرفین در سود حاصل شریک باشند، عقد مضاربه به وجود نمی آید و آنچه محقق شده است در واقع، نوعی وکالت در فروش با شرط مشارکت در سود یا نوعی حق العمل کاری است که فروشنده بر طبق قواعد عمومی اجرت کار خود را می گیرد (حقوق مدنی - مشارکت ها، صلح / ۲ / ۱۱۱ - ۱۱۲).

همچنین بر اساس مفهوم مخالف ماده ۵۴۷ ق.م سرمایه مضاربه نباید کالا باشد. در صورتی که مالک کالایی را به عامل بدهد و قصد انعقاد عقد مضاربه را داشته باشد، عقد مضاربه واقع نمی شود مگر این که او را وکیل در فروش کالا سازد و پس از فراهم شدن وجه نقد حاصل از فروش کالا، عقد مضاربه را به وکالت واقع سازد و خود به عنوان مضارب آن را قبول نماید در این صورت، مضارب به دو عنوان موجب و قابل می باشد (حقوق مدنی / ۲ / ۹۹).

بنابراین، اگر مالکی تور ماهیگیری و قایق در اختیار یک ماهیگیر بگذارد تا ماهی بگیرد و در آنچه صید می‌شود طرفین شریک باشند، مضاربه باطل است، زیرا سرمایه وجه نقد نیست و نمی‌تواند شرکت باشد زیرا، امتزاج در سرمایه حاصل نشده و اجاره نیز نیست زیرا، اجرت و مدت در آن معین نشده است (حقوق مدنی/۲/۱۰۰-۹۹) (ماده ۵۷ ق.م).

ولی باید دید چنین پیمانی هر چند در قالب هیچ یک از عقود معین نمی‌گنجد و همان گونه که قبلاً بیان شد بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه مضاربه با غیر وجه نقد باطل است، آیا می‌توان چنین عملی را در قالب عقد بی نام صحیح دانست یا نه؟ به عبارت دیگر، آیا بر عمل مذکور هیچ اثر حقوقی مترتب نمی‌شود به گونه ای که در مثال بالا کارگر مالک ماهی‌های صید شده است و باید اجرت المثل قایق و تور را بپردازند یا بر طبق ماده ۱۰ ق.م باید حاکمیت اراده آنان را محترم شمرد؟

برخی از حقوق دانان معتقدند که اگر ماهیگیر به قصد شرکت با صاحب قایق و تور، ماهیها را بگیرد هر یک از مالک قایق (و تور) و ماهیگیر مالک سهم معین خود می‌گردد ولی صاحب قایق باید اجرت المثل عمل ماهیگیر را به نسبت سهم خود بپردازد همچنان که ماهیگیر باید اجرت المثل قایق و تور را نسبت به سهم خود به مالک آنها بپردازد. زیرا، ماهیگیر با قایق و توری که به او داده شده ماهی را که از اموال میباحه است، حیازت نموده است و در حیازت مزبور، قصد نموده که سهمی از آن متعلق به دیگری باشد. بنابراین، چون عمل او محترم است طبق ماده ۳۳۶ ق.م ماهیگیر مستحق اجرت المثل سهم طرف می‌گردد و مالک قایق و تور که صریحاً اجازه استیفاء منفعت به ماهیگیر داده طبق ماده ۳۳۷ ق.م مستحق اجرت المثل آن دو به نسبت سهم ماهیگیر می‌شود. این در صورتی است که در حیازت مباحات مباشرت شرط نباشد و الا ماهی‌ها از آن ماهیگیر خواهد بود و او باید اجرت المثل قایق و تور را به مالک آن بدهد. به نظر می‌رسد که به نمایندگی می‌توان حیازت مباحات نمود (حقوق مدنی/۲/۱۰۰).

در نقد نظر مذکور چنانکه برخی مؤلفین نیز نوشته اند (عقود معین ۲ - عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم/۵۰) می‌توان گفت که اصولاً اگر ماهیت انشایی باطل باشد، نمی‌توان حکم به مالکیت مالک ابزار نسبت به سهم تعیین شده از ماهی کرد زیرا، اگر ماهیت انشایی باطل باشد، وجهی برای نفوذ قرارداد نمایندگی و مالکیت محصول باقی نمی‌ماند و در این صورت تمام محصول متعلق به ماهیگیر خواهد بود و مالک ابزار فقط می‌تواند اجرت المثل منافع آن خواهد بود.



برخی دیگر از حقوق دانان بر این عقیده اند که در نظام کنونی حقوقی ما باید این پیمان را محترم شمرد و ضرورتی ندارد که خواسته طرفین عقد با یکی از صورت های پیش بینی شده در قوانین منطبق باشد و 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 نیز شریک شوند پس قرارداد بین طرفین نافذ است (ماده ۱۰ ق.م) و در نتیجه، مالک وظیفه ای در پرداختن اجرت کار ماهیگیر ندارد و ماهیگیر نیز در اثر استفاده از قایق و تور مدیون اجرت المثل آنها نمی شود زیرا قصد هیچ یک از آنها این نبوده است که از بابت مال یا کار خود از دیگری اجرت المثل بگیرد (حقوق مدنی - مشارکت ها، صلح / ۱۱۳/۲).

ولی به عقیده بعضی از حقوق دانان «این گمان که تحقق بخشیدن اثر ذاتی عقد معینی از طریق عقد غیر معینی با فرار از شرایط خاص عقد معین از اهداف وضع عقد غیر معین و مقررات ماده ۱۰ قانون مدنی است، ناصحیح و غیر قابل قبول است. چه اینکه 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 قبض و اقباض در بیع صرف و رهن نادیده گرفت بلکه 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 می شد و فایده وضع عقود معین تنها منحصر به آثاری می شد که طرفین در هنگام عقد یا عرف آن را تغییر نداده باشند (تشکیل قراردادها و تعهدات / ۱ / ۱۰۸ - ۱۰۹). بر اساس چنین دیدگاهی مضاربه با غیر وجه نقد در قالب یک عقد بی نام نادرست است.

اگر قصد طرفین در موارد مذکور در فوق انشای عقد مضاربه باشد، از آنجا که در مضاربه سرمایه باید وجه نقد باشد، چنین قراردادی را باید باطل دانست و در این خصوص نمی توان به ماده ۱۰ قانون مدنی تمسک کرد. اما در صورتی که بنای طرفین از ابتدا انشای عقد مضاربه نبوده بلکه انعقاد یک عقد نامعین بر مبنای اصل آزادی قراردادها باشد، باید آن با توجه به اینکه مخالف قانون آمره، نظم عمومی و یا اخلاق حسنه نیست، صحیح دانست.

### ۳ - معلوم و معین بودن سرمایه

در حقوق ایران معلوم بودن مورد معامله در هر عقدی از شرایط درستی آن است (بند ۳ ماده ۱۹۰ ق - م). ماده ۲۱۶ ق.م مقرر می دارد: «معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». اطلاق مواد مزبور شامل عقد مضاربه می شود و

دلیلی که عقد مضاربه را در این خصوص تخصیص بزند، وجود ندارد. همچنین سرمایه باید معین بوده و مردد بین چند چیز نباشد چندان که بتوان معلوم کرد که کدام یک از دو سرمایه به عامل سپرده می‌شود (حقوق مدنی - مشارکت ها و صلح / ۲ / ۱۱۴ - ۱۱۵؛ حقوق مدنی / ۲ / ۱۰۱؛ شرح قانون مدنی / ۵۰۰ - ۵۰۱؛ عبده / حقوق مدنی / ۲۶۹). معلوم بودن غیر از معین بودن است. معلوم بودن به معنای مبهم و مجهول نبودن و معین بودن به معنای مردد نبودن بین چند چیز است. در ماده ۶۹۴ قانون مدنی دو گانگی این دو ویژگی به خوبی تبیین شده است. چه آنکه به موجب ماده مزبور علم ضامن به میزان دین شرط نیست (لازم نیست مورد معامله معلوم باشد) ولی ضامن از چند دین به نحو تردید باطل است (معین بودن مورد معامله شرط صحت آن است).

### نتیجه

یافته های تحقیق به شرح ذیل می باشد :

برای صحت عقد مضاربه لازم نیست که سرمایه عین باشد بلکه مضاربه با دین و منفعت نیز صحیح است. طرفین عقد با رضایت کامل آن را منعقد کرده‌اند و چنین عقدی مصداق «تجاره عن تراض» بوده و واجب الوفاء می‌باشد. در روایات باب مضاربه نیز کلمه «مال» آمده است که شامل دین و منفعت نیز می‌شود. از اطلاق ماده ۵۴۷ قانون مدنی نیز می‌توان استفاده کرد که مضاربه با سرمایه ای غیر از عین نیز صحیح است.

از نظر حقوقی سرمایه باید وجه نقد باشد (ماده ۵۴۷ قانون مدنی). پول رایج کشور خصوصیتی نداشته و مضاربه با ارزهای خارجی نیز با توجه به رأی وحدت رویه صحیح است. البته، از نظر برخی فقیهان وجه نقد بودن سرمایه خصوصیتی نداشته و مضاربه با کالا نیز صحیح بوده و مشمول عموماً باب معاملات مثل «اوفوا بالعقود»، «تجاره عن تراض»، «الناس مسلطون علی اموالهم» و «المؤمنون عند شروطهم» می شود.

اگر طرفین کالایی را به عنوان سرمایه قرار دهند بدون اینکه قصد آنها انعقاد عقد مضاربه باشد، چنین قراردادی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی بوده و صحیح می باشد.

سرمایه در عقد مضاربه باید معلوم و معین باشد. مضاربه با سرمایه مجهول و مردد به لحاظ غرری بودن و عدم تعلق قصد انشا به امر مردد باطل است. ماده ۱۹۰ و ۲۱۶ قانون مدنی که به صورت قاعده ای عام، معلوم بودن و معین بودن مورد معامله را شرط صحت هر عقدی می داند در مورد عقد مضاربه تخصیص نخورده است.

## منابع

### - قرآن کریم

- ابراهیمی، محمد حسن، **مضاربه**، ج ۲، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۰ق.
- ابن براج، قاضی عبدالعزیز، **المهذب**، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ق.
- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی، **غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع**، قم، مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۷ق.
- امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۲، تهران، دانشگاه تهران ۱۳۴۲.
- باریکلو علیرضا، **عقود معین ۲ - عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم**، ج ۱، تهران، مجد، ۱۳۸۸.
- احسائی، ابن ابی الجمهور محمد بن ابراهیم، **غوالی (عوالی) اللالی**، ج ۱، قم، دار سید الشهداء (ع) ۱۴۰۵ق.
- اشتهاردی، علی پناه، **مدارک العروه**، ج ۲۸، تهران، دارالاسوه للطباعة والنشر، ۱۴۱۷ق.
- بحرانی، یوسف بن ابراهیم، **الحدائق الناضره**، ج ۲۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ق.
- بهجت، محمد تقی، **جامع المسائل**، ج ۳، قم، بی نا.
- تفرشی، محمد عیسی و قنواتی، جلیل، **ارکان مضاربه**، مدرس علوم انسانی، تهران، دانشگاه تربیت مدرس، شماره ۹، زمستان ۱۳۷۷.
- تمیمی مغربی، نعمان بن محمد بن منصور، **دعائم الاسلام**، ج ۲، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۳۸۵ق.

۲۶ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۴ - شماره ۷ - پاییز و زمستان ۹۱

- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، **مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام**، ج ۴، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- \_\_\_\_\_، **الروضه البهيه فى شرح العمه دمشقيه**، ج ۴، بیروت، دارالعالم الاسلامی، بی تا.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **مضاربه**، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴.
- حائری شهاباغ، سید علی، **شرح قانون مدنی**، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد، **مفتاح الكرامه**، ج ۷، بیروت، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث بی تا، بی جا.
- حر عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشيعه**، ج ۶، ج ۱۲ و ۱۳، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۷.
- حکیم، سید محسن، **مستمسک العروه الوثقی**، ج ۱۲، قم، مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ق.
- حل(علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر، **تذکره الفقها**، ج ۲، بی جا، بی تا.
- حل(محقق)، جعفر بن حسن، **شرائع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام**، قم، ج ۲، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- \_\_\_\_\_، **المختصر النافع**، ج ۶، ج ۱، قم، مؤسسه مطبوعات دینی، ۱۴۱۸ق.
- حل(ابن ادریس)، محمد بن منصور بن احمد، **السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى**، ج ۲، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.
- حل(یحیی بن سعید)، **الجامع للشرائع**، قم، مؤسسه سید الشهداء، ۱۴۰۵ق.
- خمینی، سید روح‌الله، **العروه الوثقی مع تعالیق الامام الخمينی**، ج ۲، ج ۴، قم، انتشارات میثم، ۱۴۲۸ق.
- \_\_\_\_\_، **تحریر الوسیله**، ج ۱، قم، دارالعلم، ۱۴۰۹ق.
- خوانساری، سیداحمد، **جامع المدارک**، ج ۲، ج ۳، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
- خوئی، سید محمد تقی، **مبانی العروه الوثقی** (تقریرات درس آیه الله سید ابوالقاسم خوئی)، ج ۱، قم، چاپخانه علمیه، ۱۴۰۸ق.
- خوئی، سید ابوالقاسم، **تعليقه بر عروه الوثقی**، ج ۲، ج ۴، قم، انتشارات میثم، ۱۴۲۸ق.
- شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، ج ۱، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
- شیرازی، سید محمد، **الفقه كتاب المضاربه**، قم، مطبه سید الشهداء (ع)، ۱۴۰۴ق.
- صانعی، یوسف، **تعليقه بر العروه الوثقی**، ج ۲، ج ۴، قم، انتشارات میثم، ۱۴۲۸ق.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، **العروه الوثقی**، ج ۲، ج ۲، بیروت مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ق.
- طباطبائی، سیدعلی، **ریاض المسائل**، ج ۹، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۸۱ق.
- طوسی(شیخ الطائفه)محمد بن حسن، **النهايه**، ج ۳، تهران، المكتبه المرتضويه لاحیاء الآثار الجعفريه، ۱۳۸۷ق.

- بازجستی در ویژگی های فقهی حقوقی سرمایه در عقد مضاربه \_\_\_\_\_ ۲۷
- \_\_\_\_\_ **الخلافا**، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق.
- \_\_\_\_\_ **المبسوط**، ج ۳، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الایثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.
- عبده، محمد، **حقوق مدنی**، طه و نشر امروز، بی جا، ۱۳۸۰.
- عدل، مصطفی، **حقوق مدنی**، تهران، موسسه چاپ و انتشارات امیرکبیر، ۱۳۴۲.
- فاضل لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعه کتاب مضاربه**، قم، اعتماد، ۱۴۲۵ق.
- فیض کاشانی، محمدحسن، **مفاتیح الشرائع**، ج ۳، بی جا، بی نا، بی تا.
- \_\_\_\_\_ **جواهر الفقه**، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۱ق.
- قدسی، احمد، **انوار الاصول** (تقریرات مکارم شیرازی ناصر)، ج ۲، قم، مؤسسه علی بن ابیطالب (ع)، ۱۴۲۸ق.
- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی - مشارکتها، صلح**، ج ۴، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.
- \_\_\_\_\_ **دوره عقود معین (۱) - حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی)**، ج ۴، شرکت انتشار، ۱۳۷۱.
- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، **الکافی**، ج ۴، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- محقق ثانی، علی بن حسین، **جامع المقاصد**، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعات دینی، ۱۴۱۴ق.
- مرعشی نجفی، سیدشهاب الدین، **منهاج المومنین**، ج ۲، قم، کتابخانه آیت الله نجفی مرعشی، ۱۴۰۶ق.
- مظفر، محمد رضا، **اصول الفقه**، ج ۱، نجف اشرف، دار نعمان، ۱۳۸۶ق.
- مقدس اردبیلی، مولی احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان**، ج ۱۰، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، **فقه المضاربه**، قم، دانشگاه مفید، ۱۴۲۱ق.
- نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۶، قم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ق.

