

بازشناسی مبانی شرط تضمین سود در عقود مضاربه و مشارکت مدنی در قانون مدنی ایران با رویکردی بر فقه شیعه و حنفی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۰۴ ناصر علی دوستی*

علی کشاورز**

چکیده

شرط تضمین سود در عقد مضاربه و شرکت از جمله شروطی است که امروزه بانکها و موسسات اعتباری در راستای فعالیتهای تجاری با هدف کسب سود در قالب تسهیلات، بدان تمسک جسته و به هر طریق سعی در اسلامی جلوه دادن این شروط دارند؛ این در حالی است که در قوانین ماهوی در ماده ۵۵۸ و ماده ۵۷۵ ق.م. به صراحت به خلاف مقتضی ذات بودن این شروط اشاره شده است. در این زمینه فقه بیانی روشتر دارد و با تفاوتی که شیعه و حنفی در این زمینه دارند به دنبال یافتن رأی صواب و حقیقت، بدین پژوهش پرداخته ایم. ماده ۵۷۵ شرط سود بیشتر در مقابل عملی را به عنوان استثنای ذات مشارکت پیشنهاد نموده که مطابق استظهارات فقهی در شیعه و حنفی چنین استثنایی پذیرفته نیست و شرط سود بیشتر در مقابل ضمانت بیشتر پیشنهاد می‌گردد. در مورد مضاربه نیز شرط تضمین مورد نظر قانونگذار است که موجب برداشت‌های اشتباه از ماده ۵۵۸ قانون مدنی در میان حقوقدانان شده است و قسمت اخیر ماده فوق‌الذکر خلاف قواعد مسلمة فقهی است و از این رو فقه شیعه و حنفی و حقوق حنفی (مواد ۱۴۲۶-۱۴۲۸ مجله الأحكام العدلیه) در این زمینه رساتر و به عدالت نزدیکتر است که متأسفانه مقنن ایرانی در این زمینه با تتبع عمل نموده است. لذا اصلاح مواد فوق‌الذکر کاملاً ضروری است.

واژگان کلیدی: مضاربه، مشارکت، حنفی، شیعه، شرط تضمین.

طرح بحث

همانطور که پیشتر اشاره نمودیم، عقود و معاملات بانکی محوریت عملیات اقتصادی خود را بر پایه عقود اسلامی و توجیه شروط مندرج در آن قرار داده‌اند. از این رو ابتدا باید وضعیت شروط تضمین سود و شروط عدم تحمیل ضرر که سبقه فقهی نیز دارند بررسی گردد و با رویکردی که از فقه اسلامی در این زمینه استظهار می‌گردد میزان پایبندی به شروط و آثار عدم اجرای تعهدات در هر مورد به تفکیک روشن گردد. لازم به ذکر است با توجه به اینکه اُمهات فعالیت‌های عقود مشارکت بانکی که در قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز احصاء شده‌اند، بر عقود مضاربه و مشارکت مدنی استوار است که مورد بررسی قرار خواهند گرفت. این که فقه حنفی را انتخاب نمودیم بدین جهت است که تنها این مذهب فقهی است که شرکت مفاوضه را پذیرفته و ظاهراً با شیعه در تضاد است و همچنین در بحث تضمین سود با تتبع نویسندگان تنها در این قسم از فقه ایرادات وارده و جواب آنها قابل اعتنا است و شافعی و مالکی در این زمینه قولی مشابه شیعه دارند و حنبلی در بیشتر اقوال مردود میان دو قول است که مطلوب ما در تطبیق با فقه حنفی حاصل می‌گردد.

مبحث اول: شرکت و مضاربه در لغت و اصطلاح

شرکت مشتق از کلمه شرکه و دارای مشتقات بیشماری در لغت عرب می‌باشد. ابن فارس در مقائیس اللغة بودن شیئی را در ید و برای دونفر می‌داند به نحوی که هیچ کدام استقلال در آن نداشته باشند (فارس زکریا ۱۴۰۴، ج ۳، ۲۲۵). راغب اصفهانی، آن را به معنای اختلاط دو ملک تلقی نموده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ۴۵۱). در لغتنامه زمخشری، شرکه به یک مفهوم شرکت در زمین زراعی دانسته شده است که مضارعه را به عنوان مصداق آن معرفی نموده است (زمخشری، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ۱۹۶). و اشرکنا و تشارکنا در یک مورد، همانند شرکت در بیع و میراث نیز دانسته شده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ۴۴۸). چنین تعبیری از دیدگاه اهل

لغت مفهوم شرکت قهری و اختیاری را می‌رساند. شریک در لغت نیز اجتماع چند نفر در مال معرفی شده است (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ۵۹۳). در نهایت مشارکه در لغت شرکت دو نفر یا بیشتر در شی واحد و یا مختلفی در صورتی که جواز آن ممنوع نباشد؛ همانند عدم جواز شرکت یهودی یا نصرانی با مسلمان مگر در موارد معینه (حمیری، ۱۴۲۰ق، ۳۴۴۸).

در اصطلاح شرکت را در وهله‌ی اول، اباحه تصرف قلمداد نموده (حلبی، ۱۴۰۳ق، ۳۴۳)؛ که لازمه آن اختلاط میان اموال از یک جنس و مشترک می‌باشد. در بعض کتب فقهی بدون تعریف مطلق شرکت، شرایط آن معرفی شده است، بدین تعبیر که مال مورد شرکت باید مختلط باشد، نه اینکه متمایز باشد. در حقیقت شرکت آنست که تلف مال برای شرکاء و سلامت آن برای آنها باشد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ۳۴۵). چنین تعبیری در مورد مال مشاعی می‌باشد. شرکت در اصطلاح حقوقی از شرکت به معنای خاص آن، یکی از عقود معینه است که همراه با اشاعه در حق مالکیت، ایجاد می‌شود و به طور معمول، هرگاه در حقوق مدنی نامی از شرکت برده می‌شود مقصود همین معناست؛ چرا که شرکت به معنای گسترده و وسیع خود، علاوه بر شمول عقد شرکت، شامل عقد مضاربه، مزارعه و مساقات و نیز به هر مزج و اختلاط اموالی که قابل تمیز از یکدیگر نباشد (خواه اختیاراً آن مزج حاصل شده باشد و خواه قهراً) خواهد شد، لذا شرکت به عقدی و غیر عقدی تقسیم می‌گردد (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ۲۹۷).

مبحث دوم: بررسی شروط تضمین در عقد شرکت در شیعه

همانطور که می‌دانیم شرکت سبب اباحه در تصرف مختص اموالی است که هم‌جنس و از یک جنس باشند به گونه‌ای که موجب مزج مال شود و تمیز بین آنها نتوان داد (حلبی، ۱۴۰۳ق، ۳۴۴). در این صورت مقدار سود به دست آمده از آن به نسبت مالی که بین طرفین وجود دارد تقسیم می‌شود و اگر به سود بیشتری برای

دیگری توافق کرده باشند، بدون مجری جریان خاص عقد مشارکت مدنی به مقدار اضافی مبیحه به مقتضای اذن، حق رجوع برای مبیح له مادام که عین آن باقی است می‌باشد (حلبی، ۱۴۰۳ق، ۳۴۴).

مشارکت از عقود اسلامی است که هدف از آن غالباً کسب سود است که در فعالیتهای بانکی مختص به عنوان هدف بدان نگریسته شده است. در حقیقت مشارکت از صیغه‌های مصرفی است که بانکها با تمویل در جهت فعالیتهای تجارتي، زراعی و صنایع بدان مباردت می‌ورزند (سعید مرطان، ۱۴۱۹ق، ۵۶).

چنین مبالغی غالباً با تقدیم یک جا یا به دفعات متعدد همزمان با پیشرفت فعالیت مورد نظر پرداخت می‌گردند. در حقیقت تطبیق این افعال بانکها با موارد مشارکت در فقه مصداق داشته و سهم بانک از آن با دادن مبالغ موضوعیت می‌یابد. در نظام حقوق اسلامی نوین عقود اسلامی که از آنها برای مقاصد ربح و سود استفاده شده، عناوین اسلامی برای تحمیل شرایط مورد نظر فعالیتهای اقتصادی، در عناوین نوین عقود استثماری قرار گرفته‌اند.

گفتار اول: بررسی شرط تخلف از توافق در عقد شرکت

این شرط در شرکت در تجارت در فقه موضوعیت دارد که مورد مشارکت باید قابل اشاعه و امتزاج باشد به نحوی که نتوان اجزای آن را تمیز داد (طوسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ۳۴۴). مورد شرکت یا علی حده است همانند یک جنس معین مثل یک حیوان؛ یا آنکه دارای انواع و نظایر است همانند حبوبات و جنسهای دارای اجزای مقصود بالاصالة، همانند اجناس وزن شدنی و پیمانه‌ای. در قسم اول شهرت در عدم شرکت در آن است و در قسم دوم شرکت در آن جایز است. اما دلیل اینکه شرکت در قسم اول جایز به حساب نیامده اینست که یا عقد شرکت بر عین مال است یا بر ثمن مال. شرکت در عین در این مال به جهت عدم تمیز بین اموال و اینکه باید در مالی باشد که اختلاط مال به نحوی شود که نتوان هیچ یک را از دیگری تمیز داد شرط است؛

در حالی که در اینجا نمی‌توان بر عین مال معین غیر مثلی شرکتی برقرار نمود. در مورد شرکت بر ثمن عین، نیز شرکت برقرار نمی‌شود چه اینکه مستلزم اینست که شرکت معلق به صفتی محتمل شود که وجود خارجی ندارد و حتی سبب مقتضی آن هم بوجود نیامده است. به عنوان مثال با تو شریک می‌شوم در سودی که از تجارت با عین مورد نظر بدست بیاوری!! چنین تعلیقی صحیح نیست. در حقیقت مفهوم شرکت اینست که تلف از مال شرکت از آن هردو نفر یا بیشتر باشد و همچنین است سلامت و سود کالا (طوسی، ۱۴۰۶، ج ۲، ۳۴۵). در حالی که مورد پیشین مودای اینست که تلف مال از آن یکی و سود آن از آن دیگری باشد که با مقتضای شرکت مخالف است. همچنین آنچه که در مورد شرکت مدنی در فقه است اینست که اشتراک در منافع در غیرمالی که مثلی است و قابل اختلاط باشد، صحیح شمرده نشده است.

قابل ذکر است که در شرکت فقهی تعیین سود به نسبت مشارکت صاحبان سرمایه خواهد بود (طوسی، ۱۴۰۰ق، ۴۲۶). همچنین است تقسیم ضرر وارده به مال مشارکتی به نسبت رأس المالی که طرفین آورده‌اند. ضمانت تخلف از شرط در مشارکت مدنی از قواعد آمره این عقود است. در این زمینه بیانی از شیخ طوسی (ره) در باب تخلف از شرط در مشارکت مدنی به شرح زیر آورده می‌شود:

معنای عبارت چنین است: «زمانی که شرط کنند که یکی از طرفین متولی در اداره مال شود و دیگری متصرف آن مال شود برای فرد دیگر حق تصرف در آن مال نیست؛ مگر با اذن دیگری. اگر شرط کنند که تصرفشان جمعی باشد، برای هریک از آنها حق تصرف انفرادی نیست و اگر شرط کنند که تصرف هر کدام به اجتماع و اشتراک مجاز است، بر هر صورت که تصرف نمایند، صحیح است. اگر شرط نمایند که احد از شریکین مال را نسیه نفروشد و یا مال را به بلاد دیگر نبرد بدون اذن دیگری و یا خریدی بجز عین مال ننماید و شریک او مخالف توافق و تبانی عمل نماید، پس

شریکی که تخلف نموده ضامن است اگر مال از بین برود، و اگر موردی قرارداد شده در بیع و خرید و فروش نقد و نسیه که منظور مصلحتی هر دو طرفین در آن باشد، آنچه که انجام داده‌اند از موارد فوق صحیح است». (طوسی، ۱۴۰۰، اق، ۴۲۷)

مطابق بیانی که از شیخ طوسی رحمه الله علیه در مورد احکام شرکت در کتاب النهایه ذکر شد جمله‌ای که مبنی بر تخلف احد شریکین از شرط منظور طرفین می‌تواند ارائه الگوی مطلوب مبنایی و عملیاتی نماید. چه اینکه زمانی که شریک المال که متولی بر مال قرارداد شده و یا اداره مال با اوست، از شرط تخلف نماید؛ یعنی به عنوان مثال از اینکه مال را بدون اذن شریک حمل ننماید و یا آنکه آن را به غیر متاع معین نفروشد، در صورت تخلف ضامن طرف مقابل است اگر مال تلف شود. وقتی صحبت از تلف مال می‌شود ولو به قوه قاهره، نوع ضمان به ضمان ایادی غاصبه شبیه می‌باشد که تخلف از شرط، مشروط علیه را ضامن تخلف و در نتیجه تلف مالی که از غیر از آن ایجاد شده است، نیز می‌باشد. با کمی تأمل درمی‌یابیم که در اینجا در مشارکت هرکدام از طرفین که شرطی بر آنها شده است، اگر تخلف نمایند از شرط، ضمانت ضرر و زیان طرف مقابل بر اوست چه اینکه تخلف مشروط علیه، ید امانی را به ید ضمانی تبدیل نموده و مسئولیت جبران خسارت و ضرر و زیان را بر عهده مشروط علیه قرار می‌دهد.

گفتار دوم: بررسی شرط تضمین سود

می‌دانیم که شرکت فقهی در اصل آنست که طرفین شریکین در اصل و سود مال شریک باشند. همچنین است مشارکت عملیه یا قدیمیه که عقد و تراضی است؛ به تعبیر دیگر آن توافق بر انشاء عمل مشروع یا تجارت یا صنعت یا زراعت بر مبنای کسب سود و یا تقسیم میان طرفین. بنابراین تقسم سود میان آنها به نسبت رأس المال و عمل و خسارت به میزان نسبت سهم شرکاء می‌باشد که این مسئله در میان اهل تسنن نیز رایج است (محمود نور علی عبدالله، ۱۹۹۸م، ۳۲). متنها چنان که ذکر

خواهیم کرد نیاز به تعدیل دارد. همچنین مشارکت به جهت آنکه از عقود امانی است ضمانت سود در آن جز در فرض تعدی و تقصیر مفروض نیست.

از طرفی هم مشهور است در اهل سنت که تقسیم سود بنا بر توافق است ولی تقسیم ضرر بنا بر رأس المال و بر طرفین عقد تمویلی تقسیم می‌شود (أبوالهیجاء، ۲۰۰۷م، ۴۰). اما در میان حنفی ها مسئله با جزئیت بیشتری نگریسته شده و لذا در تقسیم ضرر هم، شرط را حمل بر مقتضای شرکت و آن هم به نسبت سهم از رأس المال نموده‌اند.

در مشارکتی که بانک با فرد وام گیرنده یا شریک دارد، بانک به اعتبار سابقه موفق شرکت و مدیران موفق آن و همچنین نحوه فعالیت آنها انتخاب می‌کند که در معاملات و سهم‌الشرکه شریک درخواست کننده وام، مشارکت نماید. بنابراین با علم و آگاهی و همچنین با شرط نظارت مستمر و پیگیری توسط نماینده خود می‌تواند به صورت عاقلانه میزان سود دهی فعالیت‌های مشارکتی خود را تضمین نماید. ولی چنانکه لزوم قاعده عقلی نیز چنین است، مسئولیت خساراتی که اجتناب ناپذیر و یا در زمره پیش بینی های منطقی طرفین نبوده نمی‌توان شرط زیاده نمود و خسارت احتمالی این چنینی را جز در صورت تعدی و تفریط نمی‌توان مطالبه نمود چنانکه در ایادی امانی نیز چنین شروطی با مقتضای آن عقود مخالف است و در نهایت ممکن است تبدیل به عقد دیگری شود که در این صورت، داشتن نام شرکت بر چنین توافقی تنها ظاهر امر است در حالی که هیچ یک از احکام عقد شرکت در آن جریان نمی‌یابد. از این رو برای بانک این امکان وجود دارد که خود مشتری را از جانب خود در اداره شرکت وکیل بگیرد و یا شخص دیگری را در اداره شرکت همراه با مشتری انتخاب کند. در هر دو صورت، وکیل مسئول و ضامن خسارت نیست مگر در صورتی که افراط و تفریط کرده باشد و مقصر شناخته شود.

در قانون مدنی در ماده ۵۷۵ که تجویز سهم زیادتر را برای یکی از شریکین نسبت به رأس المال در نظر گرفته شده است ناظر به موردی باید حمل نمود که با

احکام و قواعد آمره عقد مشارکت در تضاد نباشد. در فقه نیز شرط زیاده در سود برای یکی از طرفین مشارکت تنها در فرضی تجویز شده که شرط سود بیشتر در مقابل عملی که ممتاز باشد و یا حاصل تخصص و مهارتی باشد که دیگری ندارد و یا از آن بهره نجسته در این مشارکت در نظر گرفته شود و تنها به همین فروض محدود شود. البته مطابق استظهار از روایات در میان شیعه و آنچه که مشهور در فقه حنفی است و ذکر خواهیم نمود، شرط زیاده می‌تواند توافق بر تحمیل ضرر برای میبج‌له را، مباح سازد. چه اینکه لزوم قاعده عقلی نیز تجاوز از احکام و قواعد آمره عقود، چنانچه مورد استثنا نداشته باشد سبب بطلان است و چنانچه دارای استثنائاتی این چنینی باشد، در محدوده‌ی استثناء جاری و در غیر آن سبب بطلان عقد مورد نظر است. (مصباحی مقدم، ۱۳۹۷، ۳۲). در این زمینه روایتی مبنی بر صحت شرط بردن تمام سود و زیان برای یک طرف اشاره شده است:

از ابن ابی عمیر از حماد از حلبی «از امام صادق علیه السلام در مورد دو مردی که در مالی مشترک شده بودند پرسیده شد که در آن مال سودی بود ولی در آن دین هم بود؛ از این رو یکی به دیگری گفت به من اصل مال را بده و سود شرکت از آن تو باشد، و همچنین است بدهکاری مال؛ سپس امام فرمود اشکالی ندارد اگر چنین شرطی بسته شود، پس اگر شرطی خلاف کتاب خدا باشد، پس باید به فرمان الهی رد شود» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۱۰، ۳۶۵).^۱

محقق شعرانی در شرح وافی گفته است که قول او: «اشترکا فی مال» ظاهر در اینست که عقد شرکت اختیاری است و عده‌ای از فقهاء شرکت در اموال قیمی را قبول ندارند چه اینکه اختلاط اشتباهی رخ می‌دهد. بحث شرکت در اموال

۱. «عَلِيُّ بْنُ إِسْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنِ الْحَلْبِيِّ: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلَيْنِ اشْتَرَا فِي مَالٍ، فَرَبِحَا فِيهِ، وَكَانَ مِنَ الْمَالِ دَيْنٌ وَعَلَيْهِمَا دَيْنٌ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: أُعْطِنِي رَأْسَ الْمَالِ وَلَكَ الرَّبْحُ، وَعَلَيْكَ الثَّوْبُ. فَقَالَ: «لَا بَأْسَ إِذَا اشْتَرَطَا، فَإِذَا كَانَ شَرْطُ يُخَالِفُ كِتَابَ اللَّهِ، فَهُوَ رَدٌّ إِلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ».

مثلی، اجماعی است و این را در فقه شرکت عنان نامیده‌اند. بنابر نظر علامه شعرانی، شرکت وجوه، مفاوضه و شرکت در عمل محمل فقهی ندارد، و اجماع علیه آن می‌باشد (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۳۶۶).

قول: «لک الربح وعلیک التوی» مربوط به انتهای عقد شرکت و در زمان اراده فسخ می‌باشد. چرا که زیادت اگر باشد به همراه او، بمنزله هبه است و زیان برای دیگری به منزله ابراء می‌باشد؛ اما قبل از فسخ چنین چیزی نیست، به جهت منافات داشتن با وضعیت شرکت به صورت شرعی.

در درج چنین شرطی در عقد شرکت عده‌ای طرفدار بطلان این شرط و ابطال عقد شرکت هستند که این قول و نظر ابن ادریس حلی و محقق حلی می‌باشد و عده‌ای هم به صحت شرط و عقد نظر دارند که نظر سید مرتضی علم الهدی و علامه حلی می‌باشد. ابوصلاح حلی به صحت شرکت بدون چنین شرطی نظر دارد و ظن در مورد عدم تساوی در سود و زیان و رأس المال دارد که آن را مخالف مقتضای شرکت معرفی می‌کند. چه اینکه چنین شرطی به قصد صدمه می‌زند. اما به نظر می‌رسد آنچه که منافی قصد شرکت می‌باشد عدم اختصاص رأس المال به سهم یکی از شرکاء می‌باشد.

صاحب اصباح الشیعه اثر حقیقی شرکت را در کسب سود و زیان ناشی از مشارکت مقدار رأس المال به عنوان محور عنوان نموده است (بیهقی نیشابوری، بی‌تا، کتاب شرکء، ۲۶۰). در حقیقت اگر در صورت تساوی مال سود بیشتری برای دیگری در نظر بگیرند و یا سود مساوی در صورت تفاضل رأس المال در نظر بگیرند، عدم التزام به چنین شرطی را مقدم می‌دارد و همچنین است تعیین وضعیت سود بیشتر برای دیگری به نسبت عملش در آن؛ و برای آنکه عمل او بیشتر و یا دارای تأثیر بیشتری باشد، به جای تعیین سود بیشتر، اجرت المثل عمل را به عنوان مقتضای مخالف اثر تشریک شرعی پیشنهاد می‌نماید (بیهقی نیشابوری، بی‌تا، کتاب شرکء، ۲۶۱). اما به عنوان اثر جدای از شرکت و مقتضای آن می‌توانند با تراضی مقداری از

مال خود را برای دیگری مباح ساخته و یا تملیک کنند که در فرض تعیین از مقدار سود مشارکت پس از افراز و تعیین، تعیین می‌یابد. مرحوم محقق حلی بیان می‌دارد که زمانی که در مشارکت مدنی در صورت تساوی شریکین در رأس المال سود بیشتری برای دیگری در نظر بگیرند و همچنین در صورتی که با تفاضل اموال، سود مساوی در نظر بگیرند، دو قول وجود دارد: یکی آنکه شرط و عقد باطل است و هریک، مالک سود به نسبت رأس المالش می‌باشد و برای هر کدام از شریکین اجرت‌المثل عمل او می‌باشد و عده‌ای هم گفته‌اند که شرط باطل و عقد صحیح است؛ در این میان مرحوم محقق، قول اول را با مذاق شریعت سازگارتر و به عدالت نزدیکتر می‌داند (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ۱۰۶).

نکته آخری که در این بحث مورد ذکر فقهاء می‌باشد، وضعیت ید بر مال مشارکت است. مطابق نظر محقق حلی آنچه که در ید هر یک از شریکین می‌باشد، ید امانی شرعی است و ضامن تلف مالی که در ید اوست نمی‌باشد مگر آنکه تعدی و تفریط نموده باشد؛ از این رو قول شریک در حکم مستودع، به همراه یک سوگند مقدم می‌شود (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ۱۰۷). این نظر در ماده ۵۸۴ قانون مدنی نیز مورد تأیید قرار گرفته و در ماده ۵۸۵ مسئولیت شریک غیر مأذون در مقابل طرف معامله منحصر به خود معامله کننده بوده و چیزی بر صاحب مال نیست. هم چنین مرحوم محقق در زمینه تقسیم سود و ضمانت در مال الشریکه به روایت بکر ابن حبیب اشاره نموده است: مطابق این روایت امام جعفر صادق در مورد مال یتیمی که به تجارت داده شده بود، فرمودند: اگر سودی داشت برای یتیم است و اگر نقصی داشت، نقص مزبور برای طرفی است که مال به او داده شده است (حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ۲۴۲). البته در این وضعیت موردی که مال یتیم از طرف مولی اعم از ولی و وصی او داده می‌شود خارج است؛ چه اینکه فرض غبطه او توسط مولی او شده است و در غیر از آنها، فرض شارع بر عدم رعایت غبطه‌ی یتیم می‌باشد.

با توجه به اینکه مقتضای شرط و تخلف از آن رعایت احکام آمره عقود در وهله اول و سپس مقتضای اطلاق رعایت احکام مخیره عقود است می توان تحلیل تخلف از شرط را در صورتی که واجد خصوصیتی نباشد تعمیم داد و از ملاک آن بهره برد. در حقیقت چه تفاوتی دارد که مفاد شرط خصوصیت حمایت از شریک باشد یا سرمایه او؟ یحیی ابن سعید حلّی (۶۸۹ ه.ق.) بیان می دارد که مال مورد مشارکت امانت است و بدون تعدی و تفریط ضمانی را در پی ندارد. بنابراین اگر یکی بر دیگری شرط تعیین صرف مال در جهت خاص یا مال مشخصی نموده و از آن شرط تخلف شود، مشروط علیه ضامن است در هر حال (حلّی، ۱۴۰۵ ق، ۳۱۱).

بنابراین قول آن عده از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۹۱ ش، ۴۰۸) را که شرط نفوذ سهم بیشتر برای یکی از طرفین مشارکت را بدون عوض متقابل همانند عملی خاص را باید بر آنچه که از شرع دریافت می شود حمل نمود و آن اینست که شرط سود زیاده تر مطابق روایت که همین مفهوم در مضاربه نیز بیشتر وارد شده است، در مقابل بر عهده گرفتن زیان می باشد و با این تفسیر اثر و مقتضای اصلی شرکت که سود و زیان به مقدار رأس المال می باشد، حفظ می گردد؛ زیرا مبنای تقسیم سود و زیان در شرکت، رعایت تناسب و عدالت است و زمانی که سود بیشتری برای یکی شرط می شود، در صورتی که زیان مال را به همان نسبت بر عهده گیرد، تساوی رعایت می شود و این با سیره عقلا هم همخوانی دارد.

مبحث سوم: بررسی شروط تضمین در عقد مضاربه

در مورد مضاربه و وضعیت شروط در آن شرع مقدس اسلام، شفاف و احکام آن غالباً در زمره قواعد آمره مورد بررسی و محل آراء فقهاء قرار گرفته اند. در این مبحث ضمن بررسی کلی مضاربه، محوریت بحث با وضعیت شروط تضمین سرمایه و همچنین وضعیت ادخال ضرر در مال مضاربه و عهدهی مضارب می باشد. از این رو این مبحث را در دو گفتار فقه و حقوق مورد بررسی قرار می دهیم. در زمینه تعیین نرخ سود و زیان روایتی از امام موسی کاظم علیه السلام نقل است که

مقدار ضرر را برای کسی مجری جریان توافق می داند که از آن مال به مقدار آن سود برده باشد (تعیین سود کرده باشند).

مطابق روایت فوق چنین آمده: «از امام موسی کاظم علیه السلام در مورد مردی پرسیده شد که مال خود را به مضاربه به مرد دیگری داده و برای او مقداری از سود معین را تعیین کرده است، و مال را با وضعه (نقص) برگرداند، امام فرمود: از وضعه به میزانی که از سود برای او تعیین شده بر عهده مضارب خواهد بود» (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ۱۲۷).^۱ در این روایت چنان که دیده می شود، از نقص مال بر عهده مضارب که ید او ید امانی است، به میزانی است که او از مال سود می برد. چنین حکمی در تطبیق و همسو با قاعده الخراج بالضمن می باشد که مطابق آن قاعده منفعت برای کسی است که ضمانت برای اوست.^۲ روایات دیگری مبنی بر مضمون عدم تعلق وضعه بر مال مضاربه در صورت اطلاق توافق بر مضاربه بیان شده که ظاهراً با رویت فوق در تعارض است؛ متن روایت فوق چنین است:

«مالی که به مضاربه داده می شود برای مضارب مقداری از سود در نظر می گیرند، و برای او از نقص مال چیزی نیست مگر آنکه صاحب مال شرط خلافی در آن کرده باشد» (طوسی، ۱۳۹۰ق، ۱۲۸).

چنان که مشاهد می شود در این روایات مضمونه بودن سلامت مال و یا کالا در صورت تعیین شرط بر عهده مضارب است در حالی که در روایت قبل در صورت اطلاق شرط است؛ و این دو در ظاهر با هم در تضاد هستند. در چنین وضعیتی معلوم نیست کدام یک از آن دو را باید مقدم بداریم. از این رو عده ای روایت قبلی را حمل بر موردی نموده اند که مورد توافق در آن شرکت باشد و مضاربه در روایت مجازاً

۱. «فَأَمَّا مَا رَوَاهُ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عِيسَى عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مَخْبُوبٍ عَنِ الْكَاهِلِيِّ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى ع فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا مُضَارَبَةً يُجْعَلُ لَهُ شَيْئًا مِنَ الرَّبْحِ مُسَمًّى فَابْتِغَاغَ الْمُضَارِبُ مَتَاعًا فَوَضَعَ فِيهِ قَالَ عَلَى الْمُضَارِبِ مِنَ الْوَضِيعَةِ بِقَدْرِ مَا جُعِلَ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ».

۲. درس خارج فقه آیت الله جوادی آملی ۱۳۸۹.

بیان شده است. اما این نظر از آن جهت مردود است که روایات وارده در این مضمون بسیار است و همچنین اثر روایت اول گویی مقتضای مضاربه معرفی شده که این در عقد شرکت هم ثابت شد، از این رو قول روایت دوم را باید حمل بر موردی نمود که طرفین بر بیشتر از سود مساوی توافق کرده باشند، چرا که در فرض اطلاق سود میان طرفین مضاربه به تساوی تقسیم می‌شود و از این رو تعارضی میان روایات موجود نیست.

روایت دیگری از عبدالملک ابن عتبه نقل شده است مبنی بر تعیین بعضی از مال مضاربه به عنوان شرکت تا در وثیقه تضمین مالش قرار گیرد فرمود: بلی اشکالی ندارد (طوسی، ۱۳۹۰ق، ۱۳۰).^۱ در کتاب سرائر ابن ادریس نقل است که اگر عقد شرکت شرعی منعقد شود، اقتضای آن را دارد که برای هریک از شرکاء به نسبت رأس المالش از سود بهره‌مند شود؛ و همچنین است نسبت به وضعی بر مال.

پس اگر به هنگام تساوی در مال شرط تفاضل کنند و یا در صورت تفاضل مال شرط تساوی در سهم سود و زیان نمایند، شرط لازم‌الوفاء نیست بنا بر قول مشهور و تنها شیخ مرتضی علم‌الهدی چنین شرطی را جایز می‌داند. اما باید دانست که چنین شرطی از آن جهت باطل است که نه در زمره اجاره قرار می‌گیرد و نه در زمره مضاربه؛ چه اینکه حقیقت مضاربه، از صاحب مال به موجب مال تحقق می‌یابد و از جهت عامل به موجب عمل تحقق می‌یابد. در حالی که در این چنین مواردی هیچ کدام از مصادیق استحقاق وجود ندارد تا بتوان شرط را جاری دانست. مگر آنکه تخلف از منظور طرفین صورت گیرد که در این صورت ضمان رأس المال بر عهده متخلف است. همچنین در فرض اطلاق سود احتمالی مضاربه به تنصیف میان صاحب مال و مضارب خواهد بود. در این زمینه معتبره ابن ابی عمیر مشهور است

۱. «عَنْهُ عَنْ عَلِيٍّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عُثْبَةَ الْهَاشِمِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى عَ هَلْ يَسْتَقِيمُ لِصَاحِبِ الْمَالِ إِذَا أَرَادَ الْإِسْتِثْقَاقَ لِنَفْسِهِ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضُهُ شِرْكَهَ لِيَكُونَ أَوْثَقَ لَهُ فِي مَالِهِ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ.»

که بیان آن چنین است: «در مورد مردی که مالش را به مضاربه می‌دهد و شرط خلافی در آن قرار دهد، در صورتی که از شرط تخلف شود، مضارب ضامن است! و در صورتی که سودی عاید شود، میان مالک و مضارب مشترک است» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ۱۹۰).

از این رو بیان ماده ۵۵۸ قانون مدنی شرط تضمین مضارب و یا دفع ضرر از مالک را باطل می‌داند و قسمت دوم همان ماده راه اثر مقتضای عقد مضاربه را با شرط تملیک به مقدار تلف و خسارت نفی می‌کند که با مبانی عقد مضاربه همخوانی ندارد و تنها یک راه در جهت رفع چنین نقیصه‌ای وجود دارد و آن اینست که مطابق روایات پیش گفته، شرط ضمانت را حمل بر ربح نمائیم و از طرفی جبران خسارت را در صورتی که از تعدی و تغریط ناشی نشده باشد، به میزان برخورداری اضافه از سود مورد انتظار بدانیم؛ به عنوان مثال اگر در مضاربه‌ای شرط شود که سود مضارب ۸۰ درصد باشد، می‌توان به مقدار زیاده از نصف به میزان سی درصد از زیان را با شرط بر او تحمیل نمود؛ این در حالی که حقوقدانان بزرگی همانند مرحوم دکتر کاتوزیان (۱۳۹۰) حتی شرط تملیک رایگان را جهت رفع نقیصه خلاف قواعد می‌دانند و نظر بر صحت شرط تضمین همانند عاریه و ید امانی دارند؛ که با پذیرش چنین نظری عملاً فایده تفکیک مضاربه و شرکت با امانت از بین می‌رود درحالی که مشخص شد تبعیت از رأس المال و میزان العمل و همچنین شرط منصفانه ضرر به میزان سود از مقتضیات شرکت و مضاربه می‌باشد. همانطور که می‌دانیم این افسارگسیختگی پذیرش شروطی که اثر اصلی عقود را نفی می‌کند، راه دخول در ربا را باز نموده و دامنه عقود تحمیلی را گسترش می‌دهد در حالی که نظر شارع باید حمل بر عدالت شود نه حمل بر نفوذ اراده در مقابل اثر ذاتی عقود.

مبحث چهارم: بررسی شرط تضمین سود در شرکت و مضاربه در فقه حنفی

همانطور که پیشتر متذکر شدیم شرکت مورد نظر همان شرکت عقدی است (غیتابی حنفی، ۱۴۲۰ق، ج ۷، ص: ۳۷۴) و شامل شرکت‌های املاک که با اختلاط و امتزاج به سبب ارث و ... حاصل می‌شود، نمی‌باشد. از این رو شرکت عقدی را در حنفی از اهل سنت و شرط تضمین در آن را مورد ارزیابی قرار می‌دهیم. وجه تسمیه تطبیق با فقه حنفی آنست که در میان فرقه‌های اهل سنت، تنها حنفی در تعارض ظاهری با مشهور قول شیعه می‌باشد و چنان که ذکر شده فقه شافعی و سایر فرقه‌ها با آنچه که در شیعه مشهور است، اختلافی در مسئله شرط تضمین ندارند و از طرفی هم تنها در فقه حنفی است که اقسام شرکت صحیح را شامل مفاوضه دانسته‌اند و احکامی را برای آن جاری می‌دانند در حالی که سایرین قسم شرکت صحیح را داخل در قسم شرکه العنان دانسته‌اند (القدوری، ۱۴۲۷، ج ۶، ۳۰۲۵ و ۳۰۴۹). از این رو ضرورت تطبیق را به جهت وجود اقوال مختلف و تعارض ظاهری با فقه و نظام حقوقی ایران، ضروری است.

گفتار اول: بررسی مشارکت عقدی در فقه حنفی

در میان حنفی‌ها شرکت مدنی دارای اقسام صحیحی است که شامل شرکت مفاوضه و شرکت عنان می‌باشد. در حقیقت شرکت صحیح در میان حنفی‌ها در زمره اقسامی است که در رأس المال آن اختلاف وجود دارد؛ بدین تعبیر که بعضی معتقدند می‌بایست مال التجاره از آن یکی و دیگری مالک امانت و تقوی الهی باشد، ولی در آنچه بدست می‌آورند شریک باشند و عده‌ای هم معتقدند باید رأس المال میان طرفین شرکت مشترک باشد، و شرکت در سود داشته باشند؛ منتها میزان مشارکت در سود و زیان براساس رأس المال می‌باشد نه توافق، که هردو این نوع از مشارکت را پذیرفته‌اند (ابن نجیم المصری، ج ۵، ص: ۱۸۲). وجه افتراق دیگری که در شرکت مفاوضه و عنان دارند، اینست که مشهور در حنفی‌ها نوع عمل شرکت مفاوضه را عام و در هر نوع تجارتنی صحیح و در شرکت عنان را خاص یعنی

محدود به فعالیت خاصی می‌نمایند که آن را مقتضای توافق ایجاب و قبول بر آن می‌دانند (ابن نجیم المصری، ج ۵، ۱۸۳).

رکن شرکت در شرکت عقدی که به منظور کسب سود و یا بریات تشکیل می‌شود، تصرف معقود علیه بر مال می‌باشد (غیتابی حنفی، ج ۷، ص: ۳۷۴). به عبارت دیگر ایجاب از طرف یک طرف برای شریک کردن دیگری در مالی برای هدف تجاری و یا غیره، و پذیرش طرف مقابل که به آن معقود علیه گفته می‌شود. از این رو بایستی مال الشریکه قابلیت تصرف و استیلاء بر آن ممکن باشد. همچنین گاهی در احکام شرکت در حنفی‌ها اختلاط با عقد مضاربه صورت گرفته است؛ چه اینکه شرکت در سود و وکالت معقود علیه را از آثار شرکت عقدی دانسته‌اند (غیتابی حنفی، ۱۴۲۰ق، ج ۷، ۳۷۴؛ الکاسانی حنفی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ۷۷)^۱ و از این رو احکام مضاربه چنان که در شیعه آمده، متبادر می‌گردد. همچنین شرکت مفاوضه با نظر بر اینکه در میان حنفی‌ها با شرکت العنان یکی دانسته شده، از باب استحسان است نه از باب قیاس (همان، ۳۷۶). پس در نظر حنفیه، شرکت اشتراک چند نفر در اموال به نحوی که هر کدام به مقدار نصیب اینکه در میان حنفی‌ها آن را با شرکت العنان یکی دانسته‌اند، از باب استحسان نه از باب قیاس پذیرفته شدشان از رأس المال از سود و زیان بهره می‌برند. ولی در شرکت مفاوضه، به جهت معاوضه بودن تساوی در اموال شرط است و نوعی تساوی و اشتراک برابر در همه ارکان است. از طرفی نباید از نظر دور داشت که هم در عنان و هم در مفاوضه مقصود شرکت در سود است و از این جهت در میان حنفی و شافعی مفاوضه پذیرفته شده است (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص: ۳۰۵). منتها چنانکه گذشت در مفاوضه شرکت در سود باید به تساوی باشد ولی در شرکت عنان به مقدار مال الشریکه‌ای که هریک آورده‌اند می‌باشد (ابن عابدین،

۱. «فَجَعَلَ الطَّاهَوِيُّ الشَّرَكَةَ بِمَنْزِلَةِ الْمُضَارَبَةِ، وَبَعْضُ مَشَائِخِنَا فَرَّقَ بَيْنَ الشَّرَكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ».

۱۴۱۲ق، ج ۴، ص: ۳۰۵^۱. از این رو و از جهت اینکه در شرکت مفاوضه طرفین مشارکت در عمل هم باید مشارکت کنند، دین و زیان بر مال نیز به طور مساوی بر اموال هر یک قرار می‌گیرد (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص: ۳۰۵)^۲. مطابق نظر ابن عابدین در شرکت مفاوضه تفاوت در تصرف خدشه‌ای به صحت شرکت وارد نمی‌کند ولی در باقی ارکان باید مساوی باشند حتی در ملیت (مذهب). نزدیکی از فقهای حنفیه شرکت دو وجه دارد یکی شامل شرکت و امتزاج در مال است و دیگری شامل شرکت در عمل است که اولی می‌شود مشارکت و دومی می‌شود مضاربه (السرخسی، ۱۴۱۴ق، (دارالمعرفه) ج ۱۱، ۱۵۵).

در میان حنفیه‌ها نیازی نیست که رأس المال (در فرض عنان) با هم خلط شود و بدون امتزاج هم مشارکت عقدی تحقق پیدا می‌کند در حالی که شافعی اعتقاد دارد برای صحت عنان باید مال شریکین با یکدیگر ممزوج شود (السرخسی، همان، موقع السلام، ج ۱۳، ۳۶۴). در مورد تضمین سود، سرخسی بیان می‌دارد که در مفاوضه سود بیشتر برای یکی از طرفین معنی ندارد و شرط سود بیشتر در آن خلاف مقتضای شرکت در این قسم است. از این رو مقتضای شرکت مفاوضه در حنفی‌ها تساوی در سود و اصل مال است و إلا شرکتی محقق نگشته است. البته اعتقاد بر اینست که اگر لفظ مفهوم معنی مفاوضه باشد صحیح است و در صورت اطلاق آن شرکت عنان محسوب خواهد شد.

در هیچ کدام از نصوص فقهی به صورت مجزا به شرط تضمین سود و یا سرمایه یا هر دو پرداخته نشده است. منتها از مبانی با تحلیل دلایل موصوف می‌توان به جریان صحیح آثار یک ماهیت حقوقی پی برد. از این رو در پی آنیم تا مبنای تقسیم سود و زیان و شرایط آن را در فقه حنفی بررسی نماییم. از یک طرف مطابق پیش گفته

۱. «لَأَنَّ الْمُفَاوِضَةَ شَرْطُهَا التَّسَاوِي بِخِلَافِ الْعِنَانِ» .

۲. «لَا يُخْفَى أَنَّ التَّسَاوِي فِي التَّصَرُّفِ يَسْتَلْزِمُ التَّسَاوِي فِي الدِّينِ» .

تقسیم سود در مفاوضه بر مبنای شراکت است و تساوی در آن مقتضای مفاوضه است؛ چه اینکه نقطه فارق آن با عنان تساوی در اصل مال و سود است و از این رو مقتضای ذات بودن این قسم نسبت به تساوی استظهار می‌گردد. پس در وهله اول خلاف این تقسیم‌بندی عقد شرکت را باطل می‌نماید؛ و تبعاً اثر عقد صحیح هم بر آن بار نیست. اما در بیانی دیگر سرخسی مقتضای عدم زیاده در سود را تبعی بودن آن از اصل ملک می‌داند (السرخسی، همان، ج ۱۳، ۳۶۹)؛^۱ چه اینکه در مفاوضه شرط است مال شرکاء برابر باشد پس سود نیز همانند آن باید مساوی باشد و حاکمیت اراده در این قسمت مهملی ندارد. در حقیقت در عقود مشارکت مدنی همچون مضاربه و شرکت، تقسیم سود و همچنین تحمل زیان بر پایه دو چیز است. یکی آنکه زیاده یا نقیصه در برابر عمل باشد که آن می‌شود، مضاربه دیگری آنست که زیاده یا نقیصه در برابر مال باشد که آن می‌شود مشارکت مدنی عقدی، همانند مفاوضه و عنان که به نسبت میزان رأس المال شرط فوق‌الذکر نفوذ حقوقی دارد. ماحصل جستارهای نگارنده در فقه حنفی شرط سود بیشتر و به طریق اولی تضمین سود در دو عقد مضاربه و مشارکت را به نسبت عمل عامل در مضاربه و عنان و به نسبت رأس المال در شرکت مدنی عقدی، می‌باشد. همچنین مبنای دیگری که بر صحت مشارکت عقدی آنست که معقود علیه قابلیت نیابت داشته باشد و إلاً شرکت صحیح نیست (ابن مازه بخاری، بی تا، ج ۵، ۵۳۵).^۲ بنابراین اگر عملی و یا تصرف در مالی قابل نیابت نباشد نمی‌توان با آن شرکت منعقد نمود. به تعبیر دیگر مقتضای شرکت در تصرف اینست که موضوع شرکت یعنی عمل مورد توافق قابلیت نیابت و انجام آن به نیابت از دیگری وجود داشته باشد و با این وصف می‌توان در مقابل عمل میزان سود را مشخص نمود.

۱. «لَأَنَّ الَّذِي يُشْتَرَطُ لَهُ الزَّيَادَةُ لَيْسَ لَهُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ رَأْسُ مَالٍ وَلَا عَمَلٍ وَلَا ضَمَانٌ»

۲. قابل دسترس در : www.almeshkat.net/books

در مورد ضمانت شریکین در عقد شرکت، یکی از فقهای بزرگ حنفی (علاءالدین کاسانی ۵۸۷هـ.ق) استحقاق شریکین را نسبت به عمل نمی‌داند بلکه معتقد است که شریکین به جهت ضمان عمل استحقاق پیدا می‌کنند (الکاسانی الحنفی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ص: ۷۶). به تعبیر دیگر اگر در شرکتی اعم از مال و عمل، شرط سود بیشتری برای یکی از شرکاء در نظر گرفته شود، آن زمانی اعتبار دارد که برای آن شریک ضمانتی متناسب با ربح بیشتر قرار داده شده باشد. از این رو شرط تفاضل در سود زمانی صحیح است که در مقابل برای مفضل إلیه، عمل زیادتری برای تجارت و خرید و فروش شرط شده باشد (الکاسانی الحنفی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ۷۷).^۱ البته در این مورد اختلاف است که آیا شرط زیاده در مقابل ضمان عمل است یا آنکه در مقابل اصل عمل است که مشهور حنفی‌ها ضمان عمل می‌باشد.^۲ بنابراین درمی‌یابیم که در اقل مراتب در فقه حنفی، ملاک، رعایت تساوی و نوعی عدالت محوری می‌باشد. هرچند که در فقه شیعه اصل اعتبار شناسی تقسیمات فوق (مفاوضه و ابدان) باطل است و نوبت به جریان آثار بر آن نمی‌رسد.

گفتار دوم: بررسی مضاربه در میان حنفی‌ها

در مورد مضاربه گفته شده که اهل حجاز آن را قراض قلمداد نموده‌اند و بعضی هم آن را معامله نامیده‌اند؛ همانگونه که اجاره را نیز بیع نامیده‌اند (الکاسانی الحنفی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ۸۰). از این رو مفهوماً بر یک مطلب دلالت دارد. وجه تشبیه سه لفظ ذکر شده اینست که مقارضه از قرض گرفته شده و قرض دلالت بر قطع دارد؛ از این رو زمانی که گفته می‌شود مقارضه داد یعنی اینکه صاحب مال از مال خود قطع ید کرد و آن را به تصرف مضارب داد. و معامله نیز لفظی است که برای

۱. «فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّهُمَا لَمَّا شَرَطَا التَّفَاوُلَ فِي الْكُتْبِ، وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ إِلَّا بِشَرْطِ التَّفَاوُلِ فِي الْعَمَلِ، ...».

۲. قابل ذکر است که این مفهوم با قاعده الخراج بالضمان تطابق دارد.

خرید و فروش به کار برده می‌شود و از این جهت نیز اطلاق آن بر عقد صحیح است.

در مورد تعیین وضعیت شرط تضمین و قراردادن وضعیه در مضاربه بر عهده طرفین به صراحت صحبت شده است. مسئولیت در مضاربه در دو جهت قابل بررسی است. اول اینکه مطابق توافق طرفین مضاربه عمل شده و مضارب تخلفی نکرده باشد و حتی مطابق عرف تجاری قواعد و اصول تجاری را هم رعایت کرده باشد؛ اتفاقاً سودی حاصل نشود و یا حتی نقص بر مال هم وارد شود مثلاً ارزش مال خریداری شده پایین بیاید و ارزش مال مورد مضاربه کم شود. در این حالت ضمانتی بر عهده مضارب نیست تا زمانی که تخلف و تقصیر و اهمال او ثابت نشود (الکاسانی الحنفی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ۸۰). دوم زمانی است که شرط شود نقص بر مال و یا زیانهای ناشی از فعالیت مضارب بر او باشد و سود مالک و اصل مال او تضمین شود. در این میان مشهور حنفی چنین شرطی را مصداق شرط نامشروع و باطل می‌داند (الکاسانی الحنفی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ۸۱)^۱ در حالی که مضارب به قوت خود باقی است. از این رو شرط مبطل نمی‌باشد. دلیل حکم فوق در اینست که مقتضای مضاربه سود و تعیین نسبت سود هریک از مالک و مضارب می‌باشد؛ بنابراین اگر تعیین شرط موجب جهل به سود و مقدار نسبت آن شود، آن مبطل است ولی اگر تعیین شرط همانند قراردادن وضعیه بر مضارب، موجب جهل نیست و از این رو شرط نامشروع و باطل است (السمرقندی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص: ۲۱).

در موردی که شرط سود برای مضارب و مالک تعیین می‌شود؛ اولاً استحقاق مالک نسبت به سود مورد شرط نه از باب شرط بلکه از باب تبعیت از ملکیت صاحب مال است. با توجه به چنین رویکردی است که در صورت فساد شرط تعیین

۱. «وَالْوَضِيعَةُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْوَضِيعَةِ عَلَى الْمُضَارِبِ شَرْطٌ فَاسِدٌ فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ، وَتَبْقَى الْمُضَارَبَةُ». .

سود، تمام سود برای مالک است و مضارب نسبت به عملی که انجام داده مستحق اجرت المثل است (الکاسانی الحنفی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ۸۱؛ السمرقندی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ۲۵). تعیین سود باید به تعیین نسبت باشد نه به تعیین مقدار مال مثل صدر درهم؛ چرا که ممکن است سود بدست آمده کمتر از صد درهم باشد (السمرقندی، ۱۴۱۴ق، همان، ج ۳، ۲۰).

نکته‌ای که از تعیین وضعیت سود برای مضارب قابل ذکر است همانطور که پیشتر ذکر آن گذشت در میان حنفی‌ها عده‌ای مضاربه و شرکت را ماهیتاً واحد دانسته و از این رو احکامی که در شرکت بیان شد با تبادل مفهوم در مضاربه نیز یافت شد. مطابق پیش گفته عرضه داشتیم مشهور تعیین سود برای کسی است که ضمانت مال برای او باشد. از این رو گفته شده زمانی که مضارب به صورت صحیح منعقد شد و سودی در بر نداشت چیزی برای مضارب نیست (السمرقندی، ۱۴۱۴ق، همان، ج ۳، ۲۵). این بیان مفهوم این معنی است که ضمانت در مضاربه نیز برای طرفین عقد است؛ چه اینکه اگر چنین نبود در فرض عدم ربح باید اجرت المثل عمل مضارب به او داده می‌شد در حالی که ضمانت نقص ربح بر او تحمیل شده و از این جهت است که تعیین سود در مضاربه برای مضارب نیز شرط شده است.^۱

در این که مضارب از اقسام شرکت است شکی نیست و این شرکت در سود است؛ چه اینکه مال از آن رب المال است و شراکت تنها در سود تحقق می‌یابد به تعیین نسبت (المرغینانی، بی‌تا، ج ۳، ۲۰۰). در اینکه شرط خلاف مقتضای شرکت مبدل است یا آنکه باطل است، به نظر می‌رسد که شروط فوق در فقه حنفی مبدل باشد، بدین تعبیر که اگر به عنوان مثال مالی را به مضارب می‌دهد تا دیگری با آن

۱. در ماده ۱۴۲۶ مجلة الأحکام العدلیه آمده: «استحقاق رب المال در مضارب از جهت مال اوست، از این رو در مضارب فاسد تمام سود برای مالک است، از این رو مقدار مشروط در عقد، بیشتر نشده و در صورتی که مضارب سودی نداشته باشد، برای مضارب هم به منزله اجیر، سودی نخواهد بود».

تجارت کند و سود آن هم از آن صاحب مال باشد، چنین عقدی حسب مورد بضاعه نام دارد و اگر شرط تمام سود برای مضارب باشد، آن قرض محسوب می‌شود (المرغینانی، بی تا، ج ۳، ۲۰۰). از این رو شرط خلاف مقتضای عقد، اگر اقتضای عقد دیگری را نماید که منظور طرفین باشد، احکام منظور طرفین در آن جاری خواهد شد و در غیر این موارد باعث بطلان مضاربه خواهد شد.

در مورد مضاربه نیز آنچه معیار و ضابطه برای تقسیم سود و زیان می‌باشد، اصل مال برای صاحب مال و برای مضارب عمل تجارتي اوست. از این رو گفته شده که شرط سلامت در مضاربه در فرض اطلاق مفید این معنی است که سود برای مضارب باشد (القدوری، ۱۴۲۷ق، ج ۷، ۳۵۲۵)، یعنی همان قاعده‌ای که در شرکت بیان شد، در مضاربه به عنوان قسمی از مشارکت مدنی، نیز جریان می‌یابد و آن تعیین سود برای کسی است که ضرر بر عهده اوست. البته بعضی قاعده فوق را به عکس آن پذیرفته‌اند؛ یعنی ضرر بر عهده کسی است که سود برای او تعیین شده است (الشیبانی، ۱۴۳۳ق، ج ۴، ۳۰۲). در این جا اگر این قاعده را بپذیریم می‌توان به صحت شرط تضمین مال المضاربه بر عهده مضارب اذعان نمود، اما این مسئله نمی‌تواند تضمین سود برای مالک را تجویز نماید؛ چرا که در این حالت مقتضای مضاربه و آن شرکت در سود احتمالی آینده بی معنی می‌شود و از طرفی فایده تفکیک عقود اسلامی از میان برداشته می‌شود. مطابق دیدگاه پیش گفته، در مجله الأحکام العدلیه که قانون مدنی عثمانی است، در ماده ۱۴۲۸ شرط تعیین خسارت و ضرر را باطل و تضمین ضرر و خسارت بر اصل مال را متعین می‌داند.

مطابق این دیدگاه، ظهور بیانات حنفیه در نفی شرط خلاف مقتضای مضاربه و آن سود احتمالی است. بنابراین نه می‌توان سود قطعی برای آن تعیین نمود و نه می‌توان تعیین ضرر را بر مضارب تحمیل نمود. تنها با ظابطه‌ای که برای سود بردن بیان شد

می‌توان در تعدیل آن به میزانی که سود برای مضارب تعیین می‌شود، تحمل ضرر را بر عهده او قرارداد و چنانکه بیان شد این شرط به اصل مال تعلق می‌گیرد نه به سود.^۱

برآمد

از بررسی اقوال فقهی و روایات ذکر شده مشخص می‌شود که در عقد مشارکت میان نظام حقوقی ایران و فقه شیعه و حنفی اختلافی آشکار وجود دارد. چنان که ذکر شد خاستگاه اصلی قوانین ماهوی در ایران فقه شیعه می‌باشد ولی مطابق روایات و مشهور ذکر شده مشخص شد که مقتضای شرط زیاده یا نقیصه در عقد شرکت، تبعیت از مالکیت طرفین بر سرمایه اصلی است که در ماده ۵۷۵ عدول از چنین شرطی را به تبع عمل زیادتر می‌داند، در حالی که می‌دانیم مقتضای ذات شرکت، در شیعه و اهل سنت (حنفی) تبعیت از اصل مال است ولی انتهای ماده ۵۷۵ این قاعده را نقض می‌کند و استثنای آن را در مقابل عمل زیادتر می‌داند در حالی که می‌دانیم شریکی که عمل تجاری انجام می‌دهد به مقتضای تجربه و تخصص اوست و همین خصوصیت معیار شراکت و رغبت شریک دیگر می‌باشد، بنابراین از یک طرف چنین شرطی منطقی نیست و مهملی ندارد؛ از طرفی بر فرض پذیرش این شرط عامل مستحق اجرت المثل عمل خویش است. بنابراین باید مورد استثنا به جهت خلاف مقتضای ذات بودن حتی الامکان حمل بر مقتضا شود. همانند آنچه که ذکر شد، سود بیشتر در مقابل ضمانت بیشتر است و با چنین شرطی می‌بینیم که در ظاهر این مورد استثناست بلکه در باطن همان تبعیت از اصل مال می‌باشد چرا که در فرض شراکت تنصیفی کسی که سود بیشتری مثل ۷۰ درصد می‌برد، عهده خود را در نقص آن برقرار می‌سازد، حال باید دانست که این ضمانت در مورد سود حاصل است نه

۱. در قانون مدنی عثمانی، ماده ۱۴۲۷، تلف مقداری از مال مضاربه را، در بادی امر از سود می‌داند و تسری به رأس المال را مادمی که از مقدار سود موجود است، نفی می‌کند و در صورتی که ضرر وارده از سود گذر کند و به اصل مال نیز سرایت نماید، تضمینی بر عهده مضارب نخواهد بود.

در مورد اصل مال چرا که ملاک بند اول ماده ۵۵۸ ق.م.در مورد مضاربه چنین مجوزی را به ما نمی‌دهد، اگر چه مطابق قانون عثمانی (ماده ۱۴۲۷) نقص وارده بر اصل مال را از سود کم می‌کند تا اصل مال حفظ شود و این یعنی در میان حنفیه ضمانت اصل مال در صورت وجود سود، مقتضای شرکت و مضاربه می‌باشد.

در مورد مضاربه هر دو فقه شیعه و حنفی از اهل سنت شرط تضمین سود و زیان را مکمل یکدیگر دانسته‌اند. یعنی سود برای کسی است که زیان بر عهده اوست؛ بدون آنکه در مقابل عمل او باشد. در حقیقت وقتی گفته می‌شود سود حاصل از مضاربه در فرض اطلاق برای مضارب می‌باشد بدین معنی است که یکی از مقتضیات مضاربه، تعیین سود مضارب است و این از ماده ۵۵۷ ق.م. ایران مستنبط است؛ نه اینکه تمام سود برای او باشد، چرا که وقتی که در مضاربه سودی حاصل نگردد و یا حاصل گردد ولی اصل مال دچار نقیصه شود، نقص بر سود تعلق می‌گیرد تا مال اصلی به حالت اولیه خود برگردد و هر قدر از سود باقی ماند مطابق شرط یا اطلاق تقسیم می‌شود که این قاعده در ماده ۱۴۲۷ قانون مدنی عثمانی آمده ولی موضع قانونگذار ایران در ماده ۵۵۸ ق.م. در این زمینه شفاف نیست؛ اما از بند ۳ ماده ۵۵۱ می‌توان صحت چنین نظری را استظهار نمود. در حقیقت شرط ماده فوق ناظر بر عدم تضمین اصل سرمایه و یا عدم ورود خسارت بر آن می‌باشد ولی در مورد سود حاصله مطلبی در نفی آن نیامده است و از این رو مطابق استظهارات فقهی در نظام حقوقی ایران شرط تضمین سود در مضاربه به این معنی است که می‌توان سود بیشتر از عرف و یا نصف را برای مضارب تعیین نمود چرا که وقتی سودی حاصل نگردد آن از مال مضارب رفته که در برابر عمل و تلاش او است. از این رو فرض پذیرش سود بیشتر به هیچ وجه تضمین سود را شرعاً توجیه نمی‌کند و خلاف مقتضای مضاربه و شرکت است؛ همچنین است این وضعیت در جایی که با شرط

خارج بخواهند منظور خود را با صلح و تعهد به تملیک را ضمیمه چنین عقدی قرار دهند چرا که فایده تفکیک مضاربه از سایر عقود مشارکتی از بین می‌رود.

منابع

کتاب

۱. ابو الحسین، احمد بن فارس بن زکریا، (معجم مقائیس اللغة)، ج ۳، قم-ایران، انتشارات تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۴۰۴ق، ص: ۲۲۵-۲۵۵.
۲. راغب اصفهانی، (مفردات الفاظ قرآن)، یک جلد، (لبنان، دارالعلم، ۱۴۱۲ق)، ص: ۴۵۱-۴۷۱.
۳. زمخشری، ابوالقاسم، (لغتنامه)، ج ۲، بیروت-لبنان، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۷ق، ص: ۱۹۶.
۴. ابن منظور، جمال الدین، محمد بن مکرم، (لسان العرب)، ج ۱۰، (بیروت-لبنان، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ق)، ص: ۴۴۸.
۵. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي، (رد المحتار على الدر المختار)، ج ۴، (بیروت، دار الفکر - ۱۴۱۲ق)، ص: ۳۰۵.
۶. ابن مازة بخاری، بی تا، المیحت البرهانی، ج ۵، (بیروت، دارإحياء التراث العربی، بی تا)، ص: ۵۳۵.
۷. جوهری، اسماعیل بن حماد، (الصحاح- تاج اللغة و صحاح العربية)، ج ۴، (بیروت - لبنان، دارالعلم للملایین، اول، ۱۴۱۰ق) ص: ۵۹۳.
۸. حمیری، نشوان بن سعید، (شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم)، ج ۴، بیروت - لبنان، دار الفکر المعاصر، ۱۴۲۰ق، ص: ۳۴۴۸.
۹. حلبی، ابوالصلاح، (الکافی فی الفقه)، یک جلد، (اصفهان - ایران، کتابخانه امام امیر المؤمنین علیه السلام، اول، ۱۴۰۳ق)، ص: ۳۴۳.
۱۰. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (المبسوط)، ج ۲، (تهران-ایران، المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷ق)، ص: ۳۴۵.

۱۱. طاهری، حبیب الله، (حقوق مدنی)، ج ۴، (انتشارات اسلامی، قم- ایران، دوم، ۱۴۱۸ق)، ص: ۲۹۷.
۱۲. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى)، یک جلد، (بیروت، دوم، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ق)، ص: ۴۲۶.
۱۳. کلینی، ابو جعفر، (الکافی)، ج ۱۰، (قم- ایران، دارالحديث، اول، ۱۴۲۹ق)، ص: ۳۶۵.
۱۴. بیهقی نیشابوری کیدری، محمد ابن حسین، (اصباح الشیعه بمصابیح الشریعه)، یک جلد، (قم- ایران، انتشارات اسلامی، کتاب شرکه، بی تا)، ص: ۲۶۰.
۱۵. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، (شرائع الإسلام)، ج ۲، (قم- ایران، مؤسسه اسماعیلیان، دوم، ۱۴۰۸ق)، ص: ۱۰۶.
۱۶. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، (نکت النهایه)، ج ۲، (قم- ایران، اول، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ق)، ص: ۲۴۲.
۱۷. حلی، یحیی بن سعید، (الجامع للشرائع)، ۱ جلد (قم- ایران، اول، سید الشهداء، ۱۴۰۵ق)، ص: ۳۱۱.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۱، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص: ۴۰۸.
۱۹. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (الاستبصار فيما اختلف من الأخبار)، ج ۳، (تهران- ایران، اول، دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۹۰ق)، ص: ۱۲۷.
۲۰. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (تهذیب الأحکام)، ج ۷، (ایران، چهارم، دار الکتب الإسلامیة، تهران- ۱۴۰۷ق)، ص: ۱۹۰.
۲۱. غیتابی حنفی، الأولی، (البنایة شرح الهدایة)، ج ۷، (بیروت، لبنان، دارالکتب - ۱۴۲۰ق)، ص: ۳۷۴.
۲۲. احمد ابن محمد، القدوری، (التجريد)، ج ۶، (قاهره، ثانیه، درالسلام، ۱۴۲۷ق)، ص: ۳۰۲۵ و ۳۰۴۹.
۲۳. زین الدین بن ابراهیم بن نجیم، المعروف بابن نجیم المصري، (البحر الرائق شرح كنز الدقائق)، ج ۵، (دارالکتب الإسلامی، بدون تاریخ)، ص: ۱۸۲.

٢٤. علاء الدین، الکاسانی، (بدائع الصنائع)، ج ٦، (بیروت- لبنان، دارالکتب العلمیه، ١٤٠٦ق)، ص: ٧٧.
٢٥. شمس الأئمة السرخسي، (المبسوط)، ج ١١، (بیروت، دارالمعرفة- بدون طبعه، ١٤١٤ق)، ص: ١٥٥.
٢٦. علاء الدین السمرقندی، (تحفة الفقهاء)، ج ٣، (بیروت- لبنان، دارالکتب العلمیه، ١٤١٤ق)، ص: ٢١.
٢٧. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، بی تا، الهدایة فی شرح بداية المبتدي، ج ٣، (بیروت- لبنان، دار احیاء التراث العربی)، ص: ٢٠٠.
٢٨. أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبوالحسين القدوري، التجريد للقدوري، ج ٧، (القاهرة، دارالسلام- ١٤٢٧ق)، ص: ٣٥٢٥.
٢٩. أبو عبدالله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، الأضل، ج ٤، (بیروت- لبنان، دار ابن حزم، ١٤٣٣ق)، ص: ٣٠٢.

مقالات

٣٠. سعيد سعد المرطان، «الفروع الإسلامية في المصارف التقليدية»، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، البنك الإسلامي للتنمية، المملكة العربية السعودية، العدد الأول، (١٤١٩ق)، ٨٨-٥٠.
٣١. محمود نور علي عبدالله، «تحليل مخاطر في المصارف الإسلامية»، الأردن، (١٩٩٨م)، ص ٣٠-٥٣.
٣٢. أبو الهيجاء، الياس، «تطوير آليات التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية» دراسة حالة الأردن، اطروحة دكتوراه غير منشورة، (٢٠٠٧م)، ص ٣٥-٩١.
٣٣. مصباحی مقدم، غلامرضا، «تحليل فقهي - حقوقي برخی از موارد مشاركت مدنی»، پژوهشنامه میان رشته‌ای، سال هفتم، شماره اول، (١٣٩٧ش)، ٤٩-٢٥.
٣٤. درس خارج فقه آیت الله جوادی آملی ١٣٨٩.

