



پژوهشی در اقسام بانک و احکام آن (۴)

پدیدآورنده (ها): خرازی، سید محسن

فقه و اصول :: نشریه فقه اهل بیت :: تابستان ۱۳۸۵ - شماره ۴۶ (ISC)

صفحات: از ۳ تا ۲۵

آدرس ثابت: <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/72109>

تاریخ دانلود: ۱۴۰۲/۱۱/۱۲

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- ابن سینا؛ حکمت مشائی در جهان بینی اشراقی (واکاوی تفسیر تمثیلی ابن سینا)
- فصل دوم: حدیث خوبان مراقبت نسبت به وسوسه های علمی: مرحله دوم سیر و سلوک آیت الله جوادی آملی (حفظه الله) با اندکی تلخیص
- قواعد عمومی حاکم بر عقود اذنی در فقه امامیه و حقوق ایران
- شاخصه های خانواده موفق براساس قرآن و روایات
- مشروعیت و مقبولیت از دیدگاه علامه نائینی
- استحاله ابزار حل مشکل مواد مصرفی وارداتی
- علی لسان الحق (۵): نهج البلاغه: در توصیف آفرینش آدم
- هنرهای تصویری و تجسمی در نگاه شیخ انصاری
- امام (ره) فرهنگ و اصلاحات (بررسی جامعه شناختی دیدگاه حضرت امام خمینی (ره) درباره فرهنگ)
- حکم نقاشی و مجسمه سازی از نگاه شریعت
- اثبات پذیری گزاره های دینی

عناوین مشابه

- پژوهشی در اقسام بانک و احکام آن
- پژوهشی در اقسام بانک و احکام آن (۳)
- پژوهشی در اقسام بانک و احکام آن
- پژوهشی در نحو فارسی امروز: گروه و اقسام آن در زبان فارسی
- پژوهشی در نحو فارسی: گروه و اقسام آن در زبان فارسی
- راهبرد تقیه در مکتب امامیه؛ شرایط، احکام و اقسام آن
- تحری؛ پژوهشی در مفهوم، مشروعیت، کاربرد و احکام آن
- پژوهشی در نحو فارسی: گروه و اقسام آن در زبان فارسی: مقایسه ای بین اقسام گروههای چند هسته ای
- پژوهشی در نحو فارسی: گروه و اقسام آن در زبان فارسی: گروههای اسمی چند هسته ای یا همسانی
- پژوهشی در نحو فارسی: گروه و اقسام آن در زبان فارسی: ملاحظات تاریخی درباره گروههای اسمی

پژوهشی در اقسام بانك و احكام آن (۴)

○ سید محسن خرازی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مضاربه (۲)

مسئله ششم: یکی از شرایطی که برای مضاربه مطرح کرده اند این است که سود آن باید از راه تجارت به دست آید؛ پس اگر سود از طریق دیگری به دست آید مضاربه محسوب نمی شود؛ مانند این که به کسی پول بدهند تا آن را در کار تولیدی یا ساختمان سازی و یا جاده سازی سرمایه گذاری کند. این بدان سبب است که ادله مضاربه به موردی اختصاص دارد که سود از راه تجارت به دست آید.

برخی از بزرگان اشکال کرده اند که این ادعا دلیلی ندارد، مگر آن که بگوییم قدر متیقن از ادله مضاربه همین است و باید به قدر متیقن بسنده کرد. در صورتی که اخذ به قدر متیقن در اینجا دلیلی ندارد؛ زیرا دلیل مضاربه لَبِّي (غیر لفظی) نیست تا اخذ به قدر متیقن لازم باشد، بلکه دلیل آن لفظی است و اطلاق دارد. علاوه بر این می توان به عمومات و جوب وفای به عقود استدلال کرد. مقتضای این عمومات صحت همه عقدهای عقلایی است مگر آن چه با دلیل از شمول آن خارج شود؛ بدین سان حتی بر فرض این که ادله

مضاربه این صورت را در برنگیرد، باز هم می توان گفت که عموماً وفای به عقد برای اثبات صحت چنین عقدی کافی است و فرقی نمی کند که عنوان مضاربه بر آن صدق کند یا نکند.^۱ این استدلال چند اشکال دارد:

اشکال اول: ادله مضاربه چنین اطلاقی ندارد که بتواند همه موارد مطرح شده را دربرگیرد؛ زیرا عنوان «تاجر» در مثل کلام حضرت که فرموده است: «من أتجر مالاً...»، شامل عقودی مانند مزارعه و، مساقات و... نمی شود. چون ظاهر معنای «تاجر» که در مضاربه آمده کسی است که کار او خرید و فروش است در حالی که در معاملاتی مانند مزارعه یا مساقات و... اگر چه به نوعی خرید و فروش صورت می گیرد، ولی به آنها تجارت به معنای اخص گفته نمی شود. تجارت به معنای اخص در جایی است که عملیات تجاری به تجارت (خرید و فروش) منحصر باشد.

بنابراین عنوان مضاربه - مطابق آنچه گفته شد - این موارد را شامل نمی شود: خرید مواد غذایی و پخت و فروش آنها، خرید ابزارها و قطعات و سوار کردن آنها و تولید دستگاه هایی مانند خودرو و سپس فروش آن؛ زیرا ظاهر عبارت «کسی که خرید و فروش می کند» - طبق آنچه در تفسیر کلمه تاجر آمده - کسی است که کارش خرید و فروش است بدون آن که به تولید یا ترکیب مواد و یا هر کار دیگری نیاز داشته باشد.

ممکن است بر آنچه گفته شد اشکال شود که در آیه شریفه:

... إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ...؛

مگر آن تجارتی که همراه با رضایت باشد.

تجارت به مطلق ارباح مکاسب - از هر راهی که به دست آید، تفسیر شده است و به همین دلیل فقیهان در مطلق ارباح مکاسب، خمس را واجب می دانند. در این آیه مراد از عنوان تجارت، تجارت به معنای اخص آن نیست، و غلبه وجودی تجارت به معنای اخص - یعنی خرید و فروش - باعث انصراف عنوان تجارت به این مورد نمی شود؛ علاوه بر این که اصل چنین غلبه ای را نیز می توان انکار کرد.

در جواب این اشکال می‌گوییم اگر چه عنوان تجارت در آیه شریفه در معنای اعم آن استعمال شده است (به این قرینه که آیه در مقام بیان سبب‌های باطل و سبب‌های صحیح است) ولی این باعث نمی‌شود که از ظهور مضاربه در تاجری که کارش فقط خرید و فروش است دست برداریم. بنابراین جمله‌هایی مانند این سخن حضرت در صحیحه محمد بن قیس: «من اتجر مالاً و اشترط نصف الربح فليس عليه ضمان^۲؛ هر کسی که با مالی تجارت کند و تقسیم سود را شرط نماید ضامن نخواهد بود»، بر هر تجارتي اعم از این که فقط خرید و فروش باشد یا همراه با کار دیگری و یا تولید باشد صدق نمی‌کند، بلکه منظور از آن فقط خرید و فروش است. به همین دلیل محقق خوئی (ره) معتقدند از روایات باب مضاربه استفاده می‌شود که مضاربه به سود بردن از راه تجارت اختصاص دارد.^۳

علامه حلی در کتاب تذکره می‌گوید:

شرط عمل در مضاربه این است که تجارت باشد؛ پس مضاربه بر کارهایی مانند پخت غذا یا نان صدق نمی‌کند؛ زیرا این اعمال معین هستند و می‌توان آنها را اجاره کرد و نیازی به مضاربه در آنها نیست. مضاربه فقط در کارهایی جایز است که اجاره در آنها صحیح نباشد از جمله تجارت که تعیین اعمال آن و شناخت مقدار کار و مقدار عوض در آن ممکن نیست. تجارت مورد نیاز مردم است و از طرفی اجاره بر آن نیز امکان ندارد، پس با وجود جهل به عوض و معوض، به حکم ضرورت، عقد مضاربه تشریح شده است.^۴

این سخن علامه خالی از اشکال نیست؛ زیرا جایز نبودن مضاربه در این موارد به دلیل آن است که پیشتر گفتیم - یعنی اختصاص مضاربه به تجارت به معنای اخص (خرید و فروش) - نه به دلیل آن چه علامه به آن اشاره نموده مبنی بر این که این اعمال معین و مضبوط است و مضاربه در جایی است که اعمال مضبوط نباشد.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۲۱، باب ۳ از ابواب المضاربه، حدیث ۲.

۳. میانی العروة الوثقی، ج ۳، ص ۲۹.

۴. همان.

چون مضاربه در جایی که نوع تجارت و مقدار عملیات تجاری معین و مضبوط باشد نیز صحیح است و برای انحصار مضاربه در اعمال غیر مضبوط دلیل وجود ندارد.

اشکال دوم: تمسک به آیه شریفه «أوفوا بالعقود» که بر وجوب وفای به عقد دلالت می‌کند در این مورد صحیح نیست؛ زیرا مضاربه از عقود جایز (غیر لازم) می‌باشد، از این رو استدلال بر آن به ادله‌ای که بر لزوم و وجوب دلالت می‌کند صحیح نیست.

البته می‌توان برای اثبات صحت مضاربه در موارد مذکور به آیه شریفه «... إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ...» استدلال کرد؛ چون تجارت به معنای اعم، بر مواردی که پیشتر آمده - مانند خرید مواد اولیه غذایی و ترکیب و طبخ و فروش آنها - صدق می‌کند؛ اگر چه ادله خاصی که در مضاربه آمده شامل آنها نمی‌شود. مقتضای شمول آیه شریفه این است که در چنین مواردی با این که مضاربه اصطلاحی نیست عقد صحیح باشد. به همین دلیل محقق یزدی در شرط نهم از شروط مضاربه احتمال داده‌اند که اطلاق عمومات شامل سود آوری از راه غیر تجارت به معنای خاص آن نیز بشود؛ مانند آن که به کسی پولی داده شود تا آن را در زراعت هزینه کند و سودش میان آن دو تقسیم گردد.^۵

آیت الله خویی بر این نظریه سید محمد کاظم طباطبایی یزدی اشکال کرده که استدلال به عمومات بعید است؛ چون دلالت عمومات تمام نیست و حکم به صحت چنین معامله‌هایی به دلیل خاص نیاز دارد و از آن جا که دلیل خاصی وجود ندارد مقتضای قاعده، بطلان این معاملات می‌باشد.^۶ ایشان در باره دلیل بطلان - طبق مقتضای قاعده - و بعید بودن تمسک به عمومات می‌نویسد:

گاهی عقد خارجی از نوع بیع و اجاره و مانند آن است؛ یعنی عقدهایی که هریک از طرفین چیزی را که مالک آن هستند به دیگری تملیک می‌کنند. در چنین مواردی تمسک به عمومات تجارت اشکالی ندارد و بر این اساس ما برای اثبات صحت معاطات به عمومات تجارت استدلال کردیم. برخی دیگر از عقود چنین

۵. عروة الوثقی، ج ۵، ص ۱۵۰.

۶. مبانی العروة الوثقی، ج ۳، ص ۲۹.

نیستند؛ یعنی طرفین در آن‌ها مال خود را به یک دیگر تملیک نمی‌کنند؛ مانند مضاربه و مزارعه و مساقات که مالک در آنها چیزی جز بخشی از سود را به عامل تملیک نمی‌کند و آن سود نیز الآن وجود ندارد؛ زیرا مالک چیزی جز اصل مالش را مالک نیست، پس چگونه می‌تواند بخشی از سودی را که هنوز مالک آن نشده به دیگری تملیک کند. بنابراین مقتضای قاعده در این موارد بطلان است و عمومی نیز وجود ندارد که مقتضی صحت باشد. از این رو همه سود برای مالک است؛ چون منافع تابع اصل مال می‌باشد.

اگر بخشی از سود از ابتدا و بدون تملیک از طرف مالک برای عامل باشد این امر بر خلاف مقتضای قاعده در عقود است؛ زیرا طبق قاعده، بهای کالا مال کسی است که کالا را داده است و همین‌طور کالا برای کسی است که بهای آن را پرداخته باشد؛ بنابراین دلیلی وجود ندارد که بخشی از آن برای عامل باشد. اما انتقال سود در یک لحظه به ملک مالک و سپس به عامل اگر چه معقول است ولی بر خلاف قانون مضاربه و مزارعه و مساقات است...^۷ حاصل آن که صحت عقد در این موارد به دلیل خاص احتیاج دارد و اگر دلیل خاصی برای آن وجود نداشته باشد مقتضای قاعده بطلان است، مانند اجاره دادن زمین به اجرتی که از محصولش تأمین می‌شود یا فروش چیزی که بعدها به ارث می‌رسد. ادله «تجاره» عن تراضی این موارد را شامل نمی‌شود و صحت آنها بر خلاف قاعده است و به دلیل خاص نیاز دارد، علاوه بر این که مضاربه نسبت به دیگر معامله‌های مذکور اشکال بیشتری دارد؛ چون مضاربه در بیشتر اوقات به یک بار تجارت منحصر نمی‌شود، بلکه تحقق آن به تجارت متعدد و مستمر نیاز دارد.

بنابراین اگر فرض کنیم که اصل مال صد دینار باشد و برای عامل هم نصف سود در نظر گرفته شود، سپس عامل با آن مال تجارت کند و کالایی را به صد دینار بخرد و به دوست دینار بفروشد؛ مقتضای عقد مضاربه این است که صد و پنجاه

دینار برای مالک باشد و برای عامل هم نصف سود در نظر گرفته شود، سپس عامل با آن مال تجارت کند و کالایی را به صد دینار بخرد و به دویست دینار بفروشد؛ مقتضای عقد مضاربه این است که صد و پنجاه دینار برای مالک باشد و فقط پنجاه دینار آن به عامل تعلق بگیرد. پس اگر دو باره کالایی را با دویست دینار بخرد و به چهار صد دینار بفروشد، مقتضای عقد مضاربه این است که صد و پنجاه دینار برای عامل و دویست و پنجاه دینار برای مالک باشد، در حالی که این بر خلاف قاعده است؛ زیرا دویست دینار سودی که از تجارت دوم به دست می‌آید سود مجموع پنجاه دیناری است که سهم عامل بوده است، به اضافه صد و پنجاه دیناری که سهم مالک می‌باشد و طبق مقتضای قاعده باید $\frac{1}{4}$ از مبلغ سود [دویست دینار] برای عامل و $\frac{3}{4}$ باقیمانده برای او و مالک باشد. بنابراین باید از مجموع چهار صد دینار، صد و هفتاد و پنج دینار برای عامل و دویست و بیست و پنج دینار برای مالک باشد؛ در صورتی که عامل فقط صد و پنجاه دینار می‌گیرد و لازمه چنین چیزی این است که سود عامل میان عامل و مالک تقسیم شود، در حالی که این بر خلاف قاعده اولیه است؛ چون مالک کاری در آن انجام نداده و همه آن فقط سهم عامل است؛ زیرا عامل آن کار را انجام داده است، پس دلیلی وجود ندارد که نصف سود عامل برای مالک باشد.

لذا اگر دلیل ما فقط قاعده اولیه بود و دلیل خاصی بر صحت مضاربه وجود نداشت در همه موارد به فساد مضاربه حکم می‌کردیم، فقط به دلیل وجود

نصوص خاص صحت مضاربه را پذیرفته ایم.^۸

در مورد تمسک به عموماً برای اثبات صحت مضاربه می‌توان گفت:

اولاً. تملیک فعلی فقط در مورد بیع لازم است نه در مضاربه؛ زیرا ماهیت حقیقی مضاربه همان تملیک سود در صورت وجود آن است نه تملیک فعلی آن؛ و تملیک سود بر فرض وجود آن در برابر کار عامل، نوعی تجارت به معنای اعم است. بنابراین تمسک به

۸. مبانی العروة الوثقی، ج ۳، ص ۱۷ و ۱۸.

عموم آیه شریفه «... إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ...» مانعی ندارد و با وجود عموم این آیه شریفه جایی برای تمسک به قاعده اوکیه و حکم به بطلان نمی ماند.

ثانیاً. آن چه محقق خوینی گفته اند - مبنی بر این که تقسیم سود سهم عامل در هر دو معامله دوم و سوم و ... خلاف قاعده است؛ چون مالک در تحقق آن کاری انجام نداده است و با خلاف قاعده بودن مضاربه، صحت آن به دلیل خاص نیاز دارد و تمسک به عمومات کافی نیست - اشکال دارد؛ زیرا در جواب ایشان می توان گفت که سهم عامل از سود معامله اول متزلزل بوده و بر عدم حصول سود در معامله دوم معلق است و هرگاه در معامله دوم سودی به دست آید سهم عامل از سود اول به وی منتقل می شود؛ گویا که در معامله اول اصلاً سودی وجود نداشته است. بنابراین در مثال قبلی، اصل سرمایه در معامله اول صد دینار بوده است، اگر چیزی را که با آن پول خریده بود به دویست دینار بفروشد سهم عامل پنجاه دینار خواهد بود و اگر چیزی را به دویست دینار بخرد و سپس آن را به چهار صد دینار بفروشد، سهم عامل از سود اول نادیده گرفته می شود و باید مجموع سود در معامله های بعدی حساب شود و چون مجموع سود چند معامله سیصد دینار شده، از این رو نصف آن - که صد و پنجاه دینار باشد - سهم عامل است؛ نسبت به معامله های بعدی هم این گونه است. بنابراین هر گاه سود جدیدی به دست آید سود قبلی نسبت به آن حساب نمی شود تا مدت مضاربه پایان پذیرد. در این هنگام آخرین سود، حساب شده و میان عامل و مالک - براساس چیزی که بر آن عقد بسته اند - تقسیم می شود که این حالت را ملکیت متزلزل می گویند. در خمس نیز این گونه است، خمس به مجرد پیدا شدن سود واجب می شود ولی شارع تأخیر در پرداخت آن را تا پایان سال مجاز شمرده است و مستحقین خمس را هم در معامله هایی که در وسط سال با آن مال صورت می گیرد شریک نکرده است و صحت آن معاملات نیز به امضای آنها یا اجازه حاکم نیاز ندارد. دلیل این مسئله چیزی نیست جز آن که سهم افراد مستحق از مال قبلی به مال بعدی منتقل می شود و سهم قبلی آنان کأن لم یکن تلقی می گردد.

همچنین نسبت به خسارت هایی که بر مال وارد می شود نیز این گونه است؛ سودهایی هم که در طول سال به دست می آید - در مسئله مضاربه و ارباح مکاسب - به عنوان پشتوانه اصل سرمایه و مال محسوب می شود و معنای پشتوانه بودن این است که مالکیت عامل یا افراد مستحق خمس نسبت به آن سودها مالکیت متزلزل است. پس اگر در طول سال زبانی وارد شود از سود کاسته شده و نقصان اصل سرمایه با آن جبران می شود و اگر بعد از جبران اصل سرمایه چیزی اضافه شود، مطابق عقد مضاربه بین عامل و مالک تقسیم می گردد و خمس آن به افراد مستحق تعلق می گیرد.

در این مطلب، میان قول مشهور - یعنی شریک شدن عامل در عین مال با پیدا شدن سود - و میان آن چه ما مطرح کردیم مبنی بر این که ممکن است عامل در مالیت مال شریک باشد فرقی وجود ندارد؛ چون در هر صورت می توان از اشکال خلاف قاعده بودن مضاربه این چنین جواب داد که ملکیت در مواردی مثل مضاربه و خمس ملکیت متزلزل است و ملکیت متزلزل نیز چیزی است که عقلا آن را - مانند دیگر اعتبارها - معتبر دانسته اند. وقتی چنین چیزی نزد عقلا معتبر بود دلیلی برای انکار شمول عمومات نسبت به آن و ادعای خلاف قاعده بودن آن وجود ندارد.

در ملکیت متزلزل هم میان ملکیت نسبت به عین و میان ملکیت نسبت به مالیت آن فرقی نیست؛ زیرا ملکیت نسبت به مالیت سود نیز به تبدیل شدن شرکت در مالیت سود از معامله اولی به شرکت در مالیت سود در معامله دوم و سوم ... نیازمند است تا زمان مضاربه و انجام معامله ها پایان یابد.

البته باید گفت اشکالی که در مورد شرکت عامل در خود عین مال وجود داشت در مورد اشتراك در مالیت وجود ندارد؛ چون در این صورت عین به مالک تعلق دارد و عامل سهمی در آن ندارد.

با این حال، انصاف آن است که مضاربه در این مواردی که مطرح شد بر خلاف قواعد است و عقلا مضاربه با این کیفیت را نمی پذیرند. همچنین تمسک به عمومات در این مورد مشکل است، اگر چه در جایی که مضاربه عرفی باشد تمسک به عمومات اشکالی ندارد و

حکم به صحت در چنین جایی از باب مطلق تجارت است نه از باب مضاربه شرعی و تجارت به معنای اخص آن.

به نظر عقلا هم مضاربه عرفی به هیچ وجه باعث نمی شود که عامل به مجرد ظهور سود حتی در مالیت آن در آن شریک شود، بلکه شراکت بعد از حصول قطعی سود و کم کردن خسارت صحیح است.

مضاربه عرفی مانند ضمان عرفی، نوعی عقد است و این غیر از مضاربه شرعی است؛ از این رو احکام مضاربه شرعی را ندارد؛ چون مطابق قاعده نیست.

مسئله هفتم: از ادله مضاربه چنین استفاده می شود که سود میان مالک و عامل باید به صورت مشاع باشد. پس اگر برای یکی از آن دو نفر سود معینی قرار داده شود و بقیه اش برای دیگری باشد یا این که بقیه آن به صورت مشترك میانشان تقسیم گردد صحیح نیست؛ زیرا ظاهر روایات این است که آن دو در تمام سود به صورت مشاع شریکند؛ و تعیین مقداری از سود برای یک نفر با مفهوم عقد مضاربه ای که در روایات آمده منافات دارد.

در این زمینه روایات فراوانی وجود دارد: *علوم اسلامی*

- صحیح محمد بن مسلم، قال: سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة ويتهي

أن يخرج به فخرج، قال: يضمن المال والريح بينهما؛^{۱۰}

محمد بن مسلم از یکی از دو امام - باقر(ع) یا صادق(ع) - روایت می کند که از

ایشان در باره مردی پرسیدم که مالش را به عنوان مضاربه به دیگری می دهد و او

را از بیرون بردن آن نهی می کند ولی وی آن را بیرون می برد. امام(ع) در پاسخ

فرمودند: او ضامن مال است و سود میانشان تقسیم می شود.

نظیر این حکم در صحیح حلبی^{۱۱} و صحیح کنانی^{۱۲} و صحیح جمیل^{۱۳} نیز آمده است.

۱۰. وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۱۵، باب ۱ از ابواب المضاربه، حدیث ۱.

۱۱. همان، حدیث ۲.

۱۲. همان، ص ۱۷، حدیث ۶.

۱۳. همان، ص ۱۸، حدیث ۹.

- در موثقه اسحاق بن عمار از امام کاظم (ع) چنین آمده است:

قال: سألته عن مال المضاربة، قال: الربح بينهما والوضیعة علی المال؛^{۱۴}

اسحاق بن عمار می گوید از حضرت کاظم (ع) در باره مال مضاربه پرسیدم. آن حضرت در پاسخ فرمودند: سود میان آن دو تقسیم می شود و خسارت به همه مال تعلق می گیرد.

در برابر این روایات، روایتی در کتاب قرب الإسناد وجود دارد که عبدالله بن حسن از علی بن جعفر و او هم از برادرش، موسی بن جعفر (ع) چنین نقل می کند:

قال: سألته عن رجل أعطى عبده عشرة دراهم علی أن یؤدی إلیه العبد کل شهر عشرة دراهم قال: لایأس؛^{۱۵}

راوی می گوید: از امام هفتم در باره مردی پرسیدم که ده درهم به غلامش داد به این شرط که غلامش هر ماه به او ده درهم بدهد. آن حضرت در پاسخ فرمودند: اشکالی ندارد.

این روایت ضعیف است و کسی به آن عمل نکرده است.

به هر حال از ظاهر روایات چنین بر می آید که سود مال میان مالک و عامل تقسیم می شود و طبق مقتضای اطلاق «الربح» که اسم جنس است همه سود چنین حکمی دارد؛ از این رو نمی توان مقدار معینی از سود را برای یک نفر و بقیه را برای دیگری و یا به صورت مشترك میان آن دو قرار داد؛ چون این کار با مقتضای روایات که می گویند همه سود مال میان آن دو تقسیم می شود منافات دارد.

از آن چه گفته شد اشکال سخن آقای خوبی (ره) در کتاب مبانی العروة الوثقی معلوم می شود. ایشان می گوید:

از ادله مضاربه به دست نمی آید که جزء جزء سود میان آن دو مشترك است. از ادله مضاربه فقط این مطلب استفاده می شود که مجموع سود برای آن دو نفر

۱۴. وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۲۲، باب ۳ از ابواب المضاربه، حدیث ۵.

۱۵. همان، ص ۱۸، باب ۱ از ابواب المضاربه، حدیث ۱۲.

است، در برابر این که مجموع آن به یکی اختصاص داشته باشد. در اینجا هم اگر مالک ده دینار از سود را برای خودش بردارد و بقیه اش میان آن دو به صورت مساوی تقسیم شود، این مطلب صدق می کند که مجموعه سود برای آن دو نفر بوده است و این به این معنا است که مضاربه با آن مال به این شرط محقق شده که نصف سود - به جز پنج دینار - برای عامل باشد و با وجود اطمینان به بیشتر بودن سود از ده دینار این نوع مضاربه هیچ اشکالی ندارد؛ زیرا در اینجا صدق می کند که سود میان آن دو مشترك و به صورت مشاع می باشد.^{۱۶}

اشکال این سخن آن است که همان گونه که گفته شد ظاهر عبارت «الربح بینهما» این است که سود میان آن دو نفر تقسیم می شود؛ به این معنا که هر جزیی از سود به صورت مشاع به آن دو نفر تعلق دارد و با جدا کردن بخشی از سود برای صاحب مال سازگاری ندارد. این سخن نیز که مقصود از «الربح بینهما» این است که مجموع سود میانشان تقسیم شود، مخالف ظاهر اطلاق این جمله است و به مؤونه بیشتری نیاز دارد.

بنابراین اگر در مضاربه بخش معینی (مثلاً ۲۰٪ از اصل مال، نه از سود) به عنوان سود مضاربه و سهم قطعی مالک قرار داده شود اشکال دارد؛ زیرا طبق مفاد اخبار مضاربه تمام سود به صورت مشاع میان آن دو تقسیم می گردد.

برخی ادعا کرده اند که چنین مضاربه ای را می توان این گونه تصحیح کرد که مالک مضاربه کننده عامل را وکیل می کند تا هر سهم مشاعی - از سود - را که بخواهد برایش تعیین کند، سپس او را وکیل می کند تا آن سهم را با سهم معینی که ماهانه به مالک می پردازد مصالحه کند؛ در این صورت مالک می تواند آن مقدار معین از سود یا کمتر از آن را - قبل از آن که سودی به دست آید - یک دفعه از عامل به عنوان قرض بگیرد. وقتی سود به دست آمد مقداری را که گرفته از سهم مشاع کم و بقیه را مصالحه می کند.

این راه حل صحیح نیست؛ چون لازمه اش این است که هنگام وکیل نمودن عامل، مضاربه ای در میان نبوده و فقط وعده مضاربه است که آن هم با تعیین سهم از طرف وکیل

۱۶. میانی العروة الوثقی، ج ۳، ص ۲۶.

محقق می شود و این نیز باطل است .

پس برای تصحیح این مطلب بهتر است که گفته شود تعیین مقدار معینی از اصل مال هنگام مضاربه راهی است برای تعیین سهم کسری از سود که واقعاً با آن برابری می کند و عامل با وکیل شدن از طرف مالک آن را آشکار می سازد . در اینجا اگرچه هنگام مضاربه غرر وجود دارد ولی از غرر در همه معامله ها نهی نشده است و تنها از غرر در بخشی از معامله ها نهی شده است .

مسئله هشتم : اگر فرض کنیم که بانک همه سپرده های ثابت مردم را در یک زمان خاص سرمایه گذاری کند و به کار بندد، در این صورت می توان سهم هر سپرده را از مجموع سود؛ با مقایسه نسبت آن سپرده به مجموع سپرده ها در طول سال تعیین کرد . این فرض اگر چه هیچ اشکالی ندارد، ولی نادر است؛ زیرا بانک همه سپرده را جمع نمی کند تا در یک زمان همه آنها را سرمایه گذاری کند، بلکه به تدریج و در زمان های مختلف آنها را به کار می بندد .

بنابراین لازم است در باره این فرض شایع بحث کنیم :

اگر سهم هر سپرده از لحظه سپرده گذاری تا زمان برداشت از حساب در نظر گرفته شود، شهید صدر در این باره می نویسد :

این فرض ما را از نظریه مضاربه اسلامی دور می کند؛ چون درآمد از راه مضاربه به تجارت با مال و به دست آوردن سود از این طریق استوار است و این با درآمد ربوی - که به اسم سود و بر پایه قرض استوار است - فرق دارد . پس اگر از روز اوگ، سپرده گذاری ثابت را در حساب سود وارد کنیم - علی رغم این که چنین سپرده ای در این روز هیچ نتیجه و سودی ندارد - معنای چنین کاری این است که ما به درآمد حاصل از بهره نزدیک شده و از درآمدی که بر اساس مضاربه اسلامی به دست می آید دور شده ایم . به همین دلیل پیشنهاد می کنیم بانک حساب های خود را بر این فرض تنظیم کند که بازدهی هر سپرده ثابتی بعد از دو ماه از زمان سپرده گذاری شروع می شود و قبل از آن اصلاً بازدهی نداشته باشد . توجیه

فقهی این پیشنهاد آن است که بانک با سپرده گذاران شرط کند که اگر سهم واقعی سود آنها از سهمی که بانک بر اساس فرض مطرح شده - در نظر گرفته بیشتر شد از آن مقدار اضافی صرف نظر کنند. بنابراین وقتی که سپرده زید از ابتدای ماه دوم تا پایان سال بازدهی داشته باشد و بازدهی سپرده دیگری به همان اندازه که مال خالد است از ابتدای ماه چهارم تا پایان سال باشد و فرض کنیم که سود به دست آمده از بازدهی سپرده زید بیشتر از سود بازدهی سپرده خالد باشد - علی رغم این که مقدار آن دو در این فرض مساوی است - در این صورت سهم واقعی سپرده زید از سود، بیشتر از سهم سپرده خالد است. از این رو برای این که بانک بتواند دو سپرده را در مقدار سود با هم برابر کند، باید با سپرده گذاران شرط کند که بر اساس روشی که بانک طبق آن سودها را بین سپرده ها تقسیم می کند، از آن مقدار اضافی صرف نظر کنند؛ در این صورت سود بین سپرده ها بر اساس مقدار آنها و مدت زمان سپرده گذاری - بعد از آن که زمان لازم برای بازدهی که به صورت تمام در نظر گرفته شده از آن کم شد - تقسیم می گردد.^{۱۷}

البته فرد بعدی می تواند بر اساس شراکت عقدی؛ به مجرد سپرده گذاری، با فرد قبلی شریک شود همچنان که برخی از روایات بر این نوع تشریک دلالت می کنند و در بحث شرکت به آنها اشاره خواهیم کرد. بنابراین هیچ مانعی ندارد که فرد بعدی با فرد قبلی در مال مضاربه شریک شود و شریک هم از زمان تحقق شرکت سود خواهد برد.

مسئله نهم: اگر مضاربه باطل گردد تمام سود برای مالک خواهد بود، خواه عامل و مالک هر دو از فساد مضاربه آگاه باشند یا هر دو نسبت به آن بی اطلاع باشند و یا یکی عالم به فساد باشد و دیگری جاهل؛ زیرا معامله هایی که عامل انجام می دهد برای مالک است و سود آن نیز برای مالک خواهد بود و بطلان مضاربه به آن ضرری نمی زند؛ چون مضاربه حتی اگر باطل باشد باز هم مستلزم اذن مالک در تجارت است، پس وقتی معامله با اذن مالک باشد صحیح است.

نمی‌توان اشکال کرد که در صحت معامله‌ها اظهار رضایت لازم است و مجرد رضایت قلبی کفایت نمی‌کند و در اینجا هم اظهار رضایت مفقود است؛ زیرا در جواب می‌گوییم: اظهار رضایت مالک نسبت به مضاربه بدون آن که رضایت را به مضاربه مقید کند، اظهار رضایت نسبت به دیگر معامله‌ها نیز حساب می‌شود و مجرد رضایت قلبی نیست؛ البته اگر رضایتش را به مضاربه مقید کند صحت معامله‌های دیگر بر اجازه او توقف خواهد داشت و گرنه این معامله‌ها به دلیل فقدان اذن یا اجازه باطلند.

در مضاربه باطل - بنا بر این که اذن مالک به مضاربه محدود نباشد - اگر عامل معامله‌ای را با مال مالک انجام دهد و هر دوی آنها یا فقط خود عامل نسبت به بطلان مضاربه بی اطلاع باشد عامل مستحق أجره المثل عملش خواهد بود؛ زیرا فرض بر این است که مالک به انجام آن معامله‌ها اذن داده است و عامل نیز قصد انجام عمل مجانی را نداشته است. پس کسی که از عمل عامل بهره برداری می‌کند ضامن مزد آن نیز خواهد بود و فرض بر این است که مالک، عمل عامل را استیفا کرده است؛ چون وی اذنش را به مضاربه مقید نکرد، و بطلان مضاربه هم به استیفاء مالک و ضمان أجره المثل ضرری نمی‌زند. ولی اگر مالک و عامل هر دو و یا فقط عامل نسبت به آن آگاه باشد سید محمد کاظم یزدی می‌فرماید که عامل اجرتی ندارد؛ زیرا او با وجود آگاهی از صحیح نبودن معامله به آن اقدام کرده است. مرحوم حکیم نیز در کتاب مستمسک العروه بر گفته ایشان چنین اشکال می‌کند:

علم به عدم صحت شرعی معامله اقتضا نمی‌کند که عامل بر عمل تبرعی و مجانی اقدام کرده باشد تا موجب عدم استحقاق اجرت گردد. همچنین در مسئله غاصب هم این گونه است، چون وقتی وی چیزی را با مال غصبی می‌خرد، قصد خرید دارد نه آن که قصد گرفتن مال را به صورت مجانی داشته باشد؛ فروشنده هم وقتی از غصب آگاه باشد باز هم قصد فروش دارد نه تملیک مجانی، و به همین دلیل بیع با اجازه مالک صحیح است و اگر آن دو قصد بیع را

نداشتند بیع با اجازه صحیح نمی‌شد.^{۱۸}

سخن مرحوم خوئی در کتاب مبانی العروة الوثقی نیز به همین نکته باز می‌گردد:

علم به فساد شرعی، با انجام عمل به صورت مجانی و بدون عوض ملازمه‌ای ندارد و معمولاً عامل قصد عوض دارد اگر چه بداند شارع آن مضاربه را امضا نکرده است و مقتضای سیره قطعی عقلایی این است که اگر کسی فردی را به کاری امر کند و عملش را استیفا نماید ضامن اجرت عملش خواهد بود، خواه عالم به فساد باشد و خواه جاهل؛ زیرا تنها معیار برای عدم ضمان اجرت، قصد مجانی داشتن است و در اینجا عامل چنین قصدی ندارد.^{۱۹}

برخی احتمال داده‌اند که در صورت علم هر دو به فساد مضاربه، عامل از باب قصد جعاله مستحق سهمش از سود است؛ چون مضاربه مرکب از وکالت و جعاله یا وکالت و اجاره است. این احتمال درست نیست؛ زیرا مضاربه مانند مصالحه امر بسیطی است و تحلیل آن به وکالت و اجاره آن را از بسیط بودن خارج نمی‌کند، پس دلیلی ندارد که عامل از باب جعاله مستحق سهمش از سود باشد.

تمام این بحث‌ها در صورتی است که اذن مالک در خصوص مضاربه نباشد اما در صورتی که اذن و اجازه بعدی مالک به مضاربه اختصاص داشته باشد، عامل نه مستحق سود خواهد بود و نه مستحق أجره المثل؛ زیرا فرض بر این است که اذن مالک مقید به مضاربه است و مالک او را به عمل دیگری فرمان نداده و چیزی از عملش را استیفا نکرده است و همان گونه که مرحوم خوئی تصریح کرده‌اند،^{۲۰} اجازه معامله‌ها بعد از وقوع آنها به منزله استیفا عمل نیست.

البته اگر در این فرض مالک به خیال این که عقد مضاربه صحیح است او را به انجام معامله‌ها فرمان دهد بر او لازم است که أجره المثل این کار را به او بدهد حتی اگر بعد از آگاهی از فساد مضاربه آن معامله‌ها را اجازه ندهد؛ زیرا کار عامل، محترم است و فرض هم بر این است که مالک او را به انجام این کار امر کرده است.

۱۹. مبانی العروة الوثقی، ج ۳، ص ۱۶۱.

۲۰. همان، ص ۱۶۰.

از آنچه گفته شد معلوم می شود در جایی که مضاربه باطل است می توان معامله های بانکی را صحیح دانست؛ چون نوعاً اذن مالک به مضاربه محدود نیست. البته بانک در برابر کارش فقط مستحق أجره المثل است و سودی نمی برد؛ زیرا فرض بر این است که مضاربه صحیح نیست. بنابراین اگر عامل و مالک به مقدار سودی که در مضاربه معین شده صلح کنند هیچ اشکالی ندارد و اگر مصالحه ای در میان نباشد مالک باید أجره المثل بدهد. هیچ اشکالی ندارد که مالک بانک را وکیل کند برای این که حق خود را از أجره المثل در برابر معامله هایی که بر مال مضاربه انجام داده، تعیین کند حتی با این فرض که مضاربه صحیح نباشد.

همچنین از مطالب گذشته حکم این مسئله هم معلوم می شود که مالک به عامل اجازه بدهد که معامله های دیگری مانند مساقات و مزارعه و یا شرکت انجام بدهد. چون فرض بر این است که عامل در انجام هر نوع معامله ای وکیل می باشد، پس همه معامله ها صحیح است؛ زیرا در انجام هر نوع معامله ای اذن صریح وجود دارد و تنها بحث در باره حق عامل است؛ برای این که حق او در غیر از مضاربه معلوم نیست. حال اگر مالک به او وکالت دهد تا میزان حقتش را از أجره المثل تعیین کند و یا با او به مبلغی مصالحه کند هیچ اشکالی ندارد، در غیر این صورت بر مالک لازم است که اجرة المثل را بدهد؛ چون کار عامل محترم است و با اذن و امر مالک انجام گرفته است.

مسئله دهم: اگر شخصی از بانک پول بگیرد تا با آن مضاربه کند، ولی با آن مضاربه انجام ندهد، بلکه آن را در پرداخت بدهی هایش یا ساخت منزل یا تعمیر آن و یا دیگر نیازهایش هزینه کند، او عصیان و خیانت کرده و مستحق تنبیه و تعزیر است و با تصرف در آن مال و اتلافش ضامن می باشد. البته بانک نمی تواند بیشتر از آن مقداری که شخص گرفته است به عنوان سود از او بگیرد؛ زیرا فرض بر این است که آن شخص یا آن مال، مضاربه ای انجام نداده و نسبت به سود هم هیچ ضمانتی ندارد؛ از این رو که سودی وجود نداشت تا ضامن باشد، بلکه فقط امکان داشت با مضاربه حاصل شود و فرض هم بر این است که به دست نیامده است. اگر آن شخص با رضایت خودش چیزی را به بانک بدهد

اشکالی ندارد؛ چون قرض یا شرطی در میان نیست تا این سود باعث ربا شود، بلکه در حقیقت آن چه او می پردازد بخشش (هبه) است. البته نمی توان آن شخص را مجبور کرد که چیزی را به عنوان هبه بپردازد، مگر این که پرداخت آن در عقد لازم دیگری به عنوان جریمه کوتاهی و تعدی او از آن چه در عقد مقرر شده، شرط شود. این جریمه ای که شرط می شود تحت عنوان شرط سود در قرض نمی گنجد، بر خلاف شرط غرامت در باب قرض که عنوان شرط سود بر آن صدق می کند.

همه این ها در صورتی است که آن شخص پول را در جهت حوایج شخصی خود خرج کرده و آن را تلف کند. اما اگر آن پول را در معامله های دیگری غیر از مضاربه مانند مزارعه یا مساقات و یا یک کار تولیدی هزینه کند و اذن بانک هم به خصوص مضاربه مقید نباشد، معامله هایی که با عین آن مال انجام می شود صحیح است؛ زیرا مورد اذن است. سود این معامله ها برای بانک است و عامل مستحق *أجرة المثل* می باشد؛ چون با توجه به این که اذن بانک به مضاربه اختصاص نداشت، کار این شخص در انجام معامله ها مورد اذن بانک و مستحق اجرت است. البته بانک می تواند در *أجرة المثل* معامله هایی که عامل انجام داده با وی مصالحه کند. ولی اگر اذن بانک به خصوص مضاربه مقید باشد، معامله هایی که عامل با عین آن مالی که از بانک گرفته انجام داده، باطل است، مگر این که بانک نسبت به آنها اجازه دهد و با اجازه، بانک مستحق سود آن معامله خواهد بود و عامل استحقاق اجرت ندارد؛ زیرا نسبت به کار او اذنی وجود نداشت و فرض هم بر این است که بانک عمل او را استیفا نکرده است. اگر چه اجازه بانک موجب صحت معامله هایی می شود که عامل انجام داده است ولی این اجازه به منزله استیفای عمل عامل نیست.

در صورتی که عامل معامله ها را در ذمه و برای خودش انجام دهد و با آن پولی که از بانک گرفته بدهی اش را بپردازد، معامله هایی که برای خودش انجام داده صحیح است و بانک نسبت به سود آنها هیچ حقی ندارد و فقط می تواند پولی را که عامل گرفته بود بدون زیاده مطالبه کند، مگر این که در ضمن عقد لازمی، گرفتن زیاده به عنوان جریمه تخلف او از قرار عقد شرط شده باشد.

مسئله یازدهم: مضاربه با مرگ یا دیوانه شدن یکی از دو طرف عقد مضاربه باطل می شود؛ چون مضاربه از عقود جایز و اذنی است و مرده یا دیوانه نمی تواند اذن بدهد و نمی شود به او اذن داد.

بعضی از فقها، سفاهت را به جنون و موت ملحق کرده اند. شاید منظور از لفظ جنون در عبارت عروۃ الوثقی همین سفاهت باشد؛ زیرا بعد از ذکر شرط بلوغ و عقل و اختیار در عبارت نیازی به لفظ جنون نبود.

بیشتر فقها در اینجا بحث سفاهت را مطرح نکرده اند و فقط در بحث حجر گفته اند که سفیه از تصرف در مالش محجور است. در مبانی العروه آمده است:

بدون تردید، عدم سفاهت در مالک معتبر است و سفیه نمی تواند با عامل عقد مضاربه ببندد؛ چون از تصرف در اموالش محجور است. اما نسبت به اعتبار عدم سفاهت عامل دلیلی وجود ندارد؛ برای این که قبول مضاربه توسط عامل نه تصرف در اموالش به شمار می آید و نه تصرف در عملش که در حکم مال است. عامل عملش را به مالک تملیک نمی کند و مضاربه عقدی است شبیه وکالت - چنان که از محقق حلی نقل شده - یا شبیه جعاله. بنابراین دلیلی برای شرط عدم سفاهت در عامل وجود ندارد؛ زیرا سفیه از پذیرش وکالت یا جعاله منع نمی شود. بلکه بسیاری از فقها گفته اند سفیه می تواند عوض خلع را بگیرد، چون این کار به دست آوردن مال است نه تصرف در اموال.^{۲۱}

می توان گفت مضاربه از سنخ معاوضه است؛ زیرا بخشی از سود در برابر کار عامل و کار عامل هم در برابر بخشی از سود است و مقتضای معاوضه تملیک از هر دو طرف است. بنابراین در اینجا لازم می آید عامل با این که سفیه است و از تصرف در اموالش محجور می باشد، عملش را که به منزله مالش محسوب می شود به مالک تملیک کند. به همین دلیل گروهی از فقها در باب اجاره گفته اند که سفیه نمی تواند خود را برای کاری اجاره دهد. در حالی که در جعاله و وکالت هیچ تملیک عملی وجود ندارد، بلکه جعاله از

۲۱. همان، ص ۱۶.

ایقاعات به شمار می‌رود در صورتی که مضاربه عقد است؛ پس نمی‌توان مضاربه را به وکالت یا جعالة قیاس کرد.

بنابراین در عامل مضاربه نیز شرط است که سفیه نباشد، علاوه بر این می‌توان گفت که آیه شریفه «لَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ؛^{۲۲} مال هایتان را به سفیهان ندهید» دلالت می‌کند که مالکان نباید مالشان را به افراد سفیه بدهند؛ پس چگونه می‌توان از آنان کاری را پذیرفت که مانند مال است.

از آنچه گفته شد حکم بیهوشی هم روشن می‌شود، اذن یا بیهوش شدن اذن دهنده باطل می‌شود؛ پس همچنان که وکالت با بیهوش شدن باطل می‌شود، اذن صاحب مال در مضاربه نیز با بیهوش شدن او باطل می‌گردد.

مسئله دوازدهم: هر تعهدی که عامل در ضمن عقد مضاربه به مالک بدهد، تا هنگامی که مضاربه پابرجاست واجب است به آن عمل کند، بلکه باید به هر تعهدی که در ضمن عقد لازم دیگری مانند صلح داده باشد نیز عمل کند. پس اگر عامل متعهد شد که مال را بیمه کند واجب است آن را بیمه کند و اگر جبران خسارت مال را - در صورت بیمه نکردن آن - به عهده بگیرد، در صورت خسارت دیدن مال باید آن را جبران کند. این حکم هیچ منافاتی با روایات «الوضیعة علی المال» ندارد؛ زیرا مضمون شرط مذکور جبران خسارت است نه این که خسارت از ابتدا بر عامل باشد.

همچنین اگر عامل به مالک تعهد دهد که در پایان مضاربه یا فسخ آن، مال مضاربه را به قیمت روز پایان مضاربه یا روز فسخ آن و یا به قیمت توافقی از مالک بخرد، بر او واجب است که مطابق شرط و تعهد آن مال را بخرد.

مسئله سیزدهم: عامل در زمان حیات خود می‌تواند بانک را وکیل کند که مال مضاربه را در محلی که قرار دارد؛ ببیند و آن را انتقال دهد و در صورت لزوم آن را بفروشد و سود را تقسیم کرده و سهم عامل را بدهد. این کار به مقتضای وکالت جایز بوده و به معنای فسخ مضاربه نیست، بلکه مضاربه همچنان باقی است و بانک فقط به عنوان وکیل از طرف عامل

۲۲. نساء، آیه ۵.

این کار را انجام می دهد، اگر چه آن مال برای بانک است. حتی عامل می تواند وصیت کند که بانک این کارها را بعد از مرگ او و انفساخ مضاربه انجام دهد؛ چون این کار وصیت به پس دادن امانت هایی است که انجام آن بر وصی لازم است.

البته بانک برای ورود به انبار کالاها و نقل آنها باید از ورثه عامل اجازه بگیرد و این مقتضای جمع بین ادله نفوذ وصیت با ادله ای است که مدلول آنها عدم جواز تصرف در مال دیگری است، مگر با اذن او. این در صورتی است که موصلی برای ورود و خروج کالا مبلغی تعیین نکرده باشد، ولی اگر خود او مالی برای آن تعیین کرده باشد در وصیت به ثلث داخل می شود و به اجازه گرفتن از ورثه نیازی نیست.

آشکار است که لزوم اجازه گرفتن برای فروش کالاها در صورتی است که عامل به اندازه سهمش از سود در آن کالاها شریک باشد؛ زیرا آن سهم به ورثه منتقل شده است.

مسئله چهاردهم: فسخ مضاربه از طرف مالک یا عامل جایز است، مگر این که در ضمن عقد لازم دیگری شرط شود تا مدت معینی مضاربه فسخ نشود؛ در این صورت به مقتضای شرط، فسخ مضاربه جایز نیست. ادعای این که چنین شرطی حرام کردن حلال است، درست نیست؛ زیرا شرط عدم فسخ، شرط چیزی است که اختیار انجام دادن یا ترك آن را داشته است و شرط فعل یا ترك، شرط کاری است که جایز است و حرام کردن حلال نیست.

اگر طرف شرط تخلف کند و مضاربه را فسخ نماید مضاربه باطل می شود؛ چون شرط عدم فسخ، حکم وضعی در پی ندارد و فسخ از حقوق نیست تا مانند حق خیار- در بیع- با شرط ساقط شود، بلکه فسخ از احکام شرعی است و شرط عدم فسخ فقط حکم تکلیفی دارد.

اگر مضاربه قبل از پایان زمان آن فسخ شود و نتوان حق عامل را معین کرد، عامل و مالک باید نسبت به آن صلح کنند و همان گونه که در برخی قوانین آمده است حق عامل به اجرة المثل تبدیل نمی شود؛ زیرا اجرة المثل در جایی است که اجرت معینی در عقد مطرح نباشد و در اینجا اجرت معین وجود دارد.

مسئله پانزدهم: در احکامی که مطرح شد میان مضاربه فردی و مضاربه اشتراکی تفاوتی وجود ندارد. مقصود از مضاربه اشتراکی، نوعی از مضاربه است که چندین نفر در عرض هم یا در پی هم با یک شخص حقیقی یا حقوقی توافق کنند که آن شخص با اموالشان کار کند و به طور صریح یا ضمنی به او اجازه بدهند که اموالشان را با هم یا با مال خود مخلوط کرده و با آن معامله کند.

در مضاربه اشتراکی همه آن افراد بهره بردار - به صورت مجموعی - به عنوان صاحب کالا به حساب می آیند و ارتباط میان آنها مشارکت به اندازه نسبت مالشان می باشد. عامل کسی است که متعهد شده تا با اموال آنها کار کند و فرقی نمی کند که آن شخص حقیقی باشد یا حقوقی (مانند بانک ها یا مؤسسات مالی)، ارتباط میان صاحبان مال و عامل به صورت مضاربه است.

عامل می تواند با آنان در اصل مال شریک شود؛ در این صورت عامل به نسبت مالش با آنان شریک و نسبت به سهم دیگران عامل به شمار می آید. در مضاربه اشتراکی، مخلوط شدن اموال صاحبان سرمایه با یکدیگر و یا با مال عامل - در صورت رضایت صریح یا ضمنی - اشکال ندارد.

مضاربه اشتراکی طوری نیست که ضرر فقط به برخی از افراد برسد، با معین شدن سهم هریک در اصل سرمایه و اقدام عامل به مضاربه و تنظیم و تقسیم سود نیز بر اساس سهم هریک از شرکا، ضرر و خسارت نیز بر همه صاحبان سرمایه به نسبت سهمشان وارد می گردد، سود هم به همان نسبت میان آنها تقسیم می شود.

در تعیین سهم سود سرمایه ها باید مدت بقای هریک از افراد در سرمایه گذاری در نظر گرفته شود، سرمایه های هریک از افراد بر حسب مقدار و مدت سرمایه گذاری از سهمی از درآمدها برخوردار است. برخوردار از سهم سود متناسب با میزان و مدت سرمایه گذاری، عادلانه ترین راه برای رسیدن صاحبان سرمایه به حق خود می باشد. اما در مورد حقوق و منافی که دست یابی به آن ممکن نیست، ظاهر اقدام آنها بر مضاربه اشتراکی این است که توافق ضمنی بر ابرای آن دارند. بنابراین اگر یکی از سرمایه گذاران در وسط کار

جدا شود سود او به نسبت سهمش تا آن زمان محاسبه می گردد ولی خسارت های احتمالی بعدی در نظر گرفته نمی شود. از این رو بعد از این مصالحه و توافق اگر خسارتی پدید آید به فردی که از آنان جدا شده نمی توان مراجعه کرد؛ چون صلح از عقود لازم است، مگر این که شرط شود که در خسارت بعدی نیز به نسبت سهمش به او مراجعه شود که در این صورت اشکالی ندارد.

ضمیمه ۱: شهید صدر می فرماید: گاهی عامل مضاربه به دروغ ادعا می کند که مال مضاربه تلف شده یا سودی نداشته است. پیشنهاد می شود که بانک با او طبق این اصل کلی رفتار کند که مقرر می دارد همواره مفروض بقای سرمایه و بقای حداقل سود است مادامی که خلاف آن با قراین معین ثابت نشده باشد و از آن جا که این اصل بر خلاف قاعده ای است که می گوید قول امین را باید در اموالی که مالک در اختیارش گذاشته و اجازه تجارت با او را داده، پذیرفت. بنابراین باید اصل فرض بقای سرمایه و حداقل سود را یا از راه شرط فعل تصحیح کرد به این صورت که بانک در ضمن عقدی با عامل شرط کند در صورتی که برای خسارت وارده قراینی - که بانک آن قراین و شواهد را معین کرده - نیابد باید به اندازه خسارتی که ادعا کرده به بانک بپردازد یا از راه جعله، به این صورت که عامل برای تحصیل سرمایه مضاربه، جعلی برای بانک قرار دهد، مقدار جعل به اندازه قیمت اصل سرمایه با حداقل سود مفروض باشد... و یا این که آن قراینی را که بانک معین کرده است بیاورد. ۲۳

ضمیمه ۲: شهید صدر همچنین می نویسد: سهمی که به صورت درصدی از سود برای بانک غیر ربوی در نظر گرفته می شود به مقتضای عقد مضاربه نیست؛ چون طبق عقد مضاربه فقط بخشی از سود - که طبق قاعده اولی برای مالک است - برای عامل مضاربه در نظر گرفته می شود، در حالی که در اینجا بانک، عامل مضاربه نیست بلکه عامل مضاربه تاجری است که مالی را از بانک می گیرد و بانک فقط نقش واسطه را دارد.

در اینجا نیز نمی توان دو مضاربه را فرض کرد؛ یک مضاربه بین سپرده گذار و بانک و

مضاربه دیگر بین بانک و تاجر - بنابراین که عامل مضاربه بتواند با عامل دیگری عقد مضاربه ببندد - و سهمی را که بانک دریافت می کند بر این اساس باشد که او عامل در مضاربه اول است . علت این که در اینجا نمی توان دو مضاربه را فرض کرد این است که لازمه عامل بودن بانک در مضاربه با مالک این است که نمی توان ضمانت مال را برعهده او گذاشت ؛ زیرا پیش تر گذشت که عامل مضاربه ضامن نیست ، پس بانک باید فردی بیگانه از مضاربه باشد تا بتواند متحمل ضمانت مال شود ؛ بنابراین نقش بانک در مضاربه فقط نقش واسطه است . ۲۴

اشکال این سخن روشن است ؛ چون منع از ضامن بودن عامل اگر از این جهت باشد که به شرط عروض خسارت از ابتدا بر عهده عامل بر می گردد، صحیح است ؛ زیرا چنین شرطی با فرض عدم ملکیت عامل ، معقول نیست و به استناد صحیح محمد بن قیس ، شرط تضمین عامل در مضاربه - تعبداً - باعث انقلاب عقد مضاربه به قرض شده و مضاربه باطل می شود . اگر ضامن بودن عامل به شرط تدارک و جبران خسارت از طرف عامل برگردد ، دلیلی برای منع یا بطلان شرط ضامن وجود ندارد همچنان که در اولین مسئله از مسائل مضاربه به تفصیل در باره آن بحث کردیم .

بنابراین می توان دو مضاربه را فرض کرد : یک مضاربه میان سپرده گذار و بانک و مضاربه دیگر میان بانک و تاجر ، به این شرط که عامل در مضاربه اول کاری را انجام دهد و ضامن بودن عامل اول یا عامل دوم - به معنای جبران خسارت - هیچ اشکالی ندارد ؛ از این رو بانک می تواند بر اساس عقد مضاربه ، درصدی از سود را برای خودش تعیین کند به گونه ای که با آن بتواند شرط تدارک خسارت را جبران کند .