

# پایگاه اطلاعات علمی ایران



دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی  
دانشکده حقوق و الهیات  
پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)  
رشته حقوق خصوصی

عنوان:

## بطلان شرط ضمان در عقد مضاربه بانکی

استاد راهنما:

دکتر راضیه عبدالصمدی

استاد مشاور:

دکتر مصطفی نفری

نگارش:

حسام الدین قاسمی

پاییز ۹۹

ب

## واگذاری حقوق

کلیه حقوق مادی و معنوی مترتب بر دست‌آوردهای مطالعات، ابتکارات و نوآوری‌های ناشی از پژوهش موضوع این پایان‌نامه/رساله متعلق به دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی است. دانشجو موظف به رعایت آیین‌نامه و منشور اخلاق در پژوهش برای ارائه و یا چاپ مطالب مستخرج از پایان‌نامه/رساله می‌باشد.



دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی

دانشکده حقوق و الهیات؛ گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)

رشته حقوق خصوصی حسام الدین قاسمی

تحت عنوان:

## بطلان شرط ضمان در عقد مضاربه بانکی

در تاریخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۰ توسط هیات داوران بررسی و با درجه خیلی خوب به تصویب نهایی

رسید.

هیئت داوران:

- |   |       |                            |
|---|-------|----------------------------|
| دکتر راضیه عبدالصمدی با مرتبه علمی استادیار | امضاء | ۱- استاد راهنما پایان نامه |
| دکتر مصطفی نفری با مرتبه علمی استادیار      | امضاء | ۲- استاد مشاور پایان نامه  |
| دکتر احسان صافیان با مرتبه علمی استادیار    | امضاء | ۳- استاد داور داخل از گروه |
| دکتر غزاله کبیرآبادی با مرتبه علمی استادیار | امضاء | ۴- استاد داور خارج از گروه |

مهر و امضاء مدیر گروه

ث

## سپاسگذاری

شاهین ملکوت تفکر من برای ستایش ایزد منان و نیایش به درگاه سبحان در قفس کلام بال های خود را می گشاید اما پرواز نتوان کرد . نعمتت بار خدایا ز عدد بیرون است شکر انعام تو هرگز نکند شکر گزار با زبانی ناتوان و حالتی پر خضوع به درگاه حی لایزال و ایزد متعال سپاس نعمت می گویم که مرا در تمام مراحل انجام این پژوهش یاری نمود و توانایی به اتمام رساندن آن را به من عنایت فرمود.

بار الهی:

با نظر کیمیایی اثر حضرتت مرا توفیقی ازلی که از منبع فیض لم یزلی نشأت گیرد بخشا و بر بنان و بیانم نیروی آفرینندگی بخش تا آنچه را که شایسته است به واژگان هدیه کنم و به دوستان علم نثار نمایم.

تشکر قلبی و لسانی خود را از استاد عالی قدر جناب آقای دکتر راضیه عبدالصمدی که زحمت راهنمایی این پایان نامه را عهده دار گردیدند و در تمامی مراحل انجام رساله از راهنمایی های مدبرانه ایشان استفاده نمودم ابراز می دارم و توفیقات روز افزون ایشان را توأم با صحت و سعادت خواستارم و همچنین از استاد مشاور دکتر مصطفی نفری که با حسن خلق از هیچ کمکی دریغ نکردند، صمیمانه تشکر می کنم.

## تقدیم به وجود مقدس امام عصر (عج):

پدرانمان

مادرانمان

اساتیدمان

وتمام کسانی که داشته های خود را مدیون آنان می دانم .

که صبر ، حمایت و عاطفه شان سختی های راه را بر من هموار کرد، آنان که در مسیر پر پیچ و خم زندگی، مشعل امید را در شب های زندگییم به ارمغان آوردند و یاری سبزشان همواره و بی منت، امید بخش و یاری دهنده در تمام زندگییم بوده است و در تمام مراحل انجام این رساله ، حامی و پشتیبان من بوده اند.

باشد که توانسته باشم قطره ای از دریای بی کران محبت هایشان را سپاس گفته باشم.

## چکیده

مضاربه از جمله تسهیلات اعتباری است که بانک به عنوان مالک جهت رشد و توسعه ی امور بازرگانی و برای انجام یک معامله، تجاری در اختیار متقاضی به عنوان عامل، به نسبت سود از پیش توافق شده قرار می دهد. فقیها عقد مضاربه را با وجه نقد و فقط در صورتی صحیح می دانند که عملیاتی که توسط عامل انجام می شود عملیات تجاری باشد. و این دو شرط در آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۹ قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز مطرح شده است. در این پژوهش این سوالات بوجود می آید که راهکارهایی که می توان در گرو آن از بطلان شرط ضمان جلوگیری و به پیروی از بند اخیر مرقومه، سرمایه مالک را ضمن عقد مضاربه از مال مضارب تضمین نمود چیست؟ و با توجه به عدم شرط ضمان در ماهیت مضاربه بانک های اسلامی در عمل چگونه سرمایه خود را مصون از تلف یا اتلاف قرار می دهند و عدول از ماده ۵۵۸ را با مساعدت دیگر تضامین حقوقی برای خویش مهیا می نمایند؟ قانون مدنی، شرط ضمان مضارب را شرط باطل و موجب بطلان مضاربه دانسته است، حقوقدانان در شرح ماده ۵۵۸ علت این حکم را مغایرت شرط با مقتضای ذات عقد مضاربه می دانند و این حکم مبتنی بر نظر مشهور فقهاء است. ولی این نظریه مورد پذیرش پاره ای از فقها و حقوقدانان قرار نگرفته است. یافته های این پژوهش حاکی از آن است که امکان ضمان بودن مضارب (عامل) در صورت تلف سرمایه و نیز تضمین سرمایه مالک در عقد مضاربه وجود دارد. و طبق ماده ۵۵۸ در صورت عدم امکان درج شرط ضمان در عقد مضاربه، ساز و کار تضمین سرمایه مالک در عقد مضاربه بانکی تعبیه و پیش بینی شده است.

کلیدواژه ها: بطلان، شرط ضمان، مضاربه، عقود بانکی

## فهرست مطالب

- ۱-مقدمه و بیان مسئله ..... ۱
- ۲-پیشینه و تاریخچه موضوع تحقیق ..... ۲
- ۳-اهمیت و ارزش تحقیق ..... ۳
- ۴-اهداف تحقیق ..... ۴
- ۵-سوال‌های تحقیق ..... ۵
- ۶-فرضیه‌های تحقیق ..... ۵
- ۷-روش تحقیق ..... ۵
- ۸-ساماندهی پژوهش ..... ۵
- فصل اول مفاهیم اصلی و بنیادین پژوهش ..... ۶**
- بخش اول: مضاربه ..... ۷
- مبحث اول: مفهوم مضاربه ..... ۷
- مبحث دوم: مضاربه از منظر فقها ..... ۹
- گفتار اول: بررسی تعاریف فقها ..... ۱۱
- مبحث سوم: مبنای مضاربه ..... ۱۲
- گفتار اول: قرآن ..... ۱۲
- گفتار دوم: سنت ..... ۱۳
- گفتار سوم: اجماع مسلمین ..... ۱۴



۱۵.....	مبحث چهارم: مفهوم عقد و ایقاع
۱۵.....	گفتار اول: مفهوم عقد
۱۶.....	گفتار دوم: مفهوم ایقاع
۱۷.....	بند اول: روشهای تشخیص عقد از ایقاع
۱۷.....	الف- تشخیص بر مبنای ماهیت انشاء
۱۷.....	ب- تشخیص بر اساس اثر حقوقی قصد انشاء
۱۸.....	ج- تشخیص بر اساس آزادی اراده
۱۸.....	بند دوم: اصالت عقد یا ایقاع
۲۰.....	<b>فصل دوم ماهیت و خصوصیات عقد مضاربه در فقه و حقوق</b>
۲۱.....	بخش اول: خصوصیات عقد مضاربه
۲۱.....	مبحث اول: مضاربه و خصوصیات آن
۲۳.....	مبحث دوم: وضع حقوقی عامل نسبت به سرمایه
۲۴.....	مبحث سوم: صورتهای اشتراط ضمان مضارب
۲۴.....	گفتار اول: اشتراط ضمان مضارب در ضمن عقد مضاربه
۲۵.....	گفتار دوم: شرط تملیک مجانی به مقدار تلف یا خسارت بصورت الزامی
۲۶.....	مبحث چهارم: مضاربه عقد یا ایقاع
۲۷.....	مبحث پنجم: عقد مضاربه لازم یا جایز
۲۷.....	گفتار اول: اثرات جایز بودن مضاربه
۲۹.....	مبحث ششم: تنجیزی بودن عقد مضاربه
۳۱.....	بخش دوم: متعاقدين و ویژگی ها

۳۱.....	مبحث اول: مالک
۳۲.....	شرط اول: مدیون بودن و اثبات مدیون بودن نزد حاکم
۳۲.....	شرط دوم: کمتر بودن کل اموال او از دیونش؛
۳۲.....	مبحث دوم: عامل
۳۴.....	گفتار اول: وظایف عامل
۳۵.....	بند اول: مخارج سفر عامل
۳۷.....	بند دوم: برداشت مخارج سفر از سود
۳۸.....	بند سوم: مخارج سفر عامل و تعدد صاحبان سرمایه
۳۹.....	بند چهارم: فسخ مضاربه در زمان سفر عامل
۴۰.....	بخش سوم: صحت شرط ضمان در عقد مضاربه
۴۰.....	مبحث اول: بیان آراء و نظرات در خصوص عقد مضاربه
۴۱.....	مبحث دوم: قرار دادن ضمان بر عامل مضاربه
۴۲.....	گفتار اول: مخالفت شرط ضمان با روایات
۴۲.....	بند اول: روایات عام
۵۹.....	گفتار دوم: راه حل
۶۳.....	گفتار سوم: تحلیل مضاربه بر مبنای شرکت
۶۶.....	<b>فصل سوم</b>
۶۶.....	بخش اول: حقیقت مضاربه
۶۶.....	مبحث اول: موضوع عقد مضاربه
۶۸.....	گفتار اول: دلیل بطلان

- بند اول : اجماع..... ۶۸
- بند دوم : اصالةالفساد..... ۷۰
- بند سوم: قراض..... ۷۱
- گفتار دوم: ادله‌ی صحت..... ۷۲
- بند اول: عموم «أوفوا بالعقود»..... ۷۲
- بند دوم: اطلاق آیه‌ی «تجاره عن تراض»..... ۷۵
- الف: نقد اطلاق آیه..... ۷۶
- ب: روایات باب مضاربه..... ۷۶
- مبحث دوم: مخالفت شرط ضمان با قاعده..... ۷۷
- گفتار اول: مخالفت با مقتضای عقد..... ۷۷
- گفتار دوم: مخالفت با قاعده بطلان ربح مالم یضمن..... ۸۴
- گفتار سوم: توجیه عملیات بانکی..... ۸۷
- بند اول: راهکارها و پیشنهادات بیان شده..... ۸۸
- نتیجه گیری..... ۹۱
- منابع و مآخذ..... ۹۵

## ۱- مقدمه و بیان مسئله

یکی از روش‌های تخصیص منابع در بانکداری اسلامی این است که بانک سرمایه مورد نیاز فعالان اقتصادی را که به سرمایه نیاز دارند با قرارداد مضاربه تأمین کرده در سود حاصل از فعالیت با آن‌ها شریک شود (موسویان، ۱۳۹۰: ۱۵). به عبارت روشن‌تر مضاربه یکی از عقود اسلامی است که میان دو نفر منعقد می‌شود بر این اساس که سرمایه تجارت از یکی از آن دو می‌باشد و عمل تجارت از دیگری که اگر سودی حاصل شود هر دو در آن شریک باشند به سرمایه‌گذار مالک و به انجام‌دهنده عمل تجارت عامل گفته می‌شود. فلذا از جمله عقود معینی که احکام و شرایط آن در قانون مدنی مورد بحث قرار گرفته، عقد مضاربه است، که به نام «قراض» یا «مقارضه» نیز خوانده شده است. عقد مزبور در کنار دو عقد مزارعه و مساقات، اگرچه در زمره عقود معوض قرار دارند، اما چون در جوهر و ذات همه آن‌ها نوعی تعاون و اتحاد وجود دارد و مشارکت، وصف مشترک آن‌ها می‌باشد، از سایر عقود معوض متمایز می‌باشند. از طرفی هر چند که عقود نامبرده، نوعی شرکت عقدی تلقی می‌گردند و بر مشارکت کار و سرمایه استوار هستند، اما این تفاوت بین آن‌ها وجود دارد که در مضاربه، مشارکت کار و سرمایه برای تجارت است، در حالی که این مشارکت در مزارعه، فعالیت‌های کشاورزی و در مساقات، باغداری اساس همکاری قرار می‌گیرد (صفار، ۱۳۷۷: ۱۴).

بحث از قراردادهای مزبور، به ویژه عقد مضاربه از اهمیت خاصی برخوردار است؛ زیرا از دیدگاه اقتصادی، عقود نامبرده مبین نقش کار و سرمایه در قلمرو فعالیت‌های اقتصادی می‌باشند. چنانچه در عقد مضاربه شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد در این که عقد مضاربه به دلیل مخالف بودن این شرط با مقتضای عقد باطل می‌شود و یا صرفاً خود شرط باطل می‌باشد اختلاف شده است و پاسخگویی به این سوال، مسئله مهمی است که در این پژوهش در پی یافتن پاسخ برای آن می‌باشند هر چند طرفین می‌توانند به طریق دیگری منظور

خود را تأمین نمایند. به هر روی، اگر مالک سرمایه بخواهد به این هدف برسد، حداقل از طریق درج شرط ضمان مضارب در عقد مضاربه نمی‌تواند به مقصود خود برسد، زیرا در عقد مضاربه به استناد ماده ۵۵۸ قانون مدنی: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است...» لذا خصوصیت جواز مضاربه، موجب شده است تا قانونگذار برای تضمین سرمایه، در ضمن ماده ۵۵۸ اعلام دارد: «... مگر این که به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً تملیک کند» زیرا در این صورت است که می‌توان جبران زیان وارد به سرمایه را تضمین شده تلقی نمود. آنچه که به نظر اینجانب مبهم و نیاز به بررسی همه‌جانبه دارد آن است که علی‌رغم آن که صدر ماده ۵۵۸ قانون مدنی به بطلان شرط ضمان حکم نموده است در انتهای ماده امکان درج شرط تملیک مالی از عامل (مضارب) به مقدار خسارت یا تلف به مالک را در نظر گرفته شده و این ابهام حاصله یکی دیگر از مباحثی است که در این تحقیق در پی آن یافتن پاسخی مناسب برای آن هستیم.

## ۲- پیشینه و تاریخچه موضوع تحقیق

۱- در مقاله‌ای با عنوان «بطلان شرط ضمان در قرارداد مضاربه بانکی در بانکداری اسلامی» بیان شده که محققین اسلامی برای آن که بتوانند عقد مضاربه را در عقود بانکی در بانکداری اسلامی حفظ کرده و هم عامل را ضامن به حفظ سرمایه نمایند، راهکارهایی همچون شرط ضمان در ضمن عقد لازم خارجی را پیشنهاد کرده‌اند حال آن که برای صحت شرط ضمان باید دو جنبه توجه داشت یکی عدم مخالفت با مقتضای عقد ضمان و دیگری عدم مخالفت با روایات و کتاب. فلذا در این مقاله با بررسی آراء فقها نظریه مخالفت با مقتضای عقد را مورد نقد قرار داده لکن در خصوص قیمت اخیر ماده ۵۵۸، مطلب خاصی در مقاله به چشم نمی‌خورد و آنچه که بیان شده به درستی منطبق با امکان ضامن بودن مضارب نیست (صادق و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۰).

۲- در پایان‌نامه «**بررسی عقد مضاربه در فقه و معاملات بانکی بدون ربا با رویکردی بر آرای امام خمینی(ره)**» اظهار نمود ربوی بودن مضاربه در نظام بانکداری مردود اعلام شده است با این استدلال که اطلاق مال به اسکناس اعتباری است و دارای ارزش ذاتی نمی‌باشد به علاوه این که اگر مقدار تورم را عامل جبران کند ربا نیست چرا که کاهش ارزش پول را جبران کرده است. به علاوه بررسی شده است که شرط ضمان عامل و شرط مدت موجب بطلان مضاربه نیست چرا که شرط فاسد مفسد نمی‌باشد. لکن در این پایان‌نامه نیز در خصوص راهکار ارائه شده در ذیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی توضیح و تبیینی ارائه نگردیده است و در این مقاله ما در پی توضیح و موشکافی عمیق‌تری در مورد صحت و عدم صحت استفاده از راهکار پیش‌بینی شده در انتهای ماده ۵۵۸ در عقد مضاربه بانکی هستیم (نوعی‌زاد، ۱۳۹۰: ۱۰۰).

۳- در مقاله «**نقد و تحلیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب**» عنوان کرده است که قانون مدنی، شرط ضمان مضارب را شرط باطل و موجب بطلان مضاربه دانسته است، حقوقدانان در شرح ماده ۵۵۸ علت این حکم را مغایرت شرط با مقتضای ذات عقد مضاربه می‌دانند و این حکم مبتنی بر نظر مشهور فقهاء است. ولی این نظریه مورد پذیرش پاره‌ای از فقها و حقوقدانان قرار نگرفته است و نهایتاً در این مقاله به بحث از ماده مزبور و انتقاد از آن و تقویت دیدگاه مخالف آن پرداخته است (صفار، ۱۳۷۷: ۵۰).

۴- در کتاب «**حقوق مدنی**» در مورد عناصر و شرایط صحت و ارکان اصلی و اولیه عقد مضاربه به توضیحات کامل و جامعی پرداخته و ما در این پایان‌نامه و در فصول مختلف آن از مطالب ارزشمند آن بهره جستیم (امامی، ۱۳۶۲: ۱۵).

### ۳- اهمیت و ارزش تحقیق

طبیعت عقد مضاربه ایجاب می‌کند که مالک سرمایه همانگونه که از منافع و سود حاصل غنیمت می‌برد بایستی ضرر را هم جبران کند از طرف دیگر بانک‌ها نمی‌توانند سرمایه خود را که در واقع وجوه مشتریان است وابسته به اقدامات دور از احتیاط برخی از مشتریان خود نمایند به همین دلیل ذیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی راهکاری ارائه نموده که بر اساس آن مشتری تضمین نماید که اگر سرمایه مضاربه تلف گردد یا تجارت منتهی به سود نگردد از محل اموال و دارایی‌های شخصی خود به میزان تلف خسارت به طور معانب به بانک تملیک کند. در واقع باید گفت که عامل به نیابت از طرف مالک تجارت می‌کند و اثر اساسی عقد نیز اعطای همین نمایندگی به اوست. معنی انعقاد قرارداد از طرف نماینده این است که پیمان را او می‌بندد ولی آثار این پیمان دامنگیر اصیل می‌شود. عامل نیز اگر نماینده به حساب آید، از زیان‌های ناشی از تجارت مصون است. این زیان‌ها در مرحله اول باید از سود حاصل از تجارت و در مرحله دوم از سرمایه و سرانجام از دارایی مالک جبران شود. پس اگر شرط شود که خسارت متوجه مالک نخواهد بود، بدین معنی است که آثار معامله در دارایی نماینده ظاهر شود این نتیجه با مفهوم نیابت و در نتیجه مقتضای مضاربه مخالف است. در صورتی که مالک بخواهد از زیان‌های احتمالی تجارت مصون بماند می‌تواند بر مضارب شرط کند که به مقدار خسارتی که به بار آمده است از مال خود به مالک بدهد، زیرا این شرط با مقتضای نمایندگی منافات ندارد و التزامی مستقل است. لذا آنچه ضروری می‌نماید بحث و تدوین پژوهشی در خصوص امکان درج چنین شرطی در عقد مضاربه بانکی به لحاظ حفظ حقوق طرفین عقد و ایجاد اطمینان خاطر در دارنده سرمایه خواهد بود و همین ضرورت ما را بر آن داشت که تحقیقی همه‌جانبه و در عین حال کاربردی و مفید نگارش و در اختیار جامعه قرار دهیم.

#### ۴-اهداف تحقیق

۱- ارزیابی مخالفت یا عدم مخالفت شرط ضمان با مقتضای عقد مضاربه.

۲- ارزیابی امکان ضامن بودن مضارب (عامل) در صورت تلف سرمایه و نیز تضمین سرمایه مالک در عقد مضاربه.

۳- ارزیابی ساز و کار تضمین سرمایه مالک در عقد مضاربه بانکی در صورت عدم امکان درج شرط ضمان.

### ۵-سوال های تحقیق

۱- راهکارهایی که می توان در گرو آن از بطلان شرط ضمان جلوگیری و به پیروی از بند اخیر مرقومه، سرمایه مالک را ضمن عقد مضاربه از مال مضارب تضمین نمود چیست؟

۲- با توجه به عدم شرط ضمان در ماهیت مضاربه بانک های اسلامی در عمل چگونه سرمایه خود را مصون از تلف یا اتلاف قرار می دهند و عدول از ماده ۵۵۸ را با مساعدت دیگر تضامین حقوقی برای خویش مهیا می نماید؟

### ۶- فرضیه های تحقیق

۱- امکان ضامن بودن مضارب (عامل) در صورت تلف سرمایه و نیز تضمین سرمایه مالک در عقد مضاربه وجود دارد.

۲- در صورت عدم امکان درج شرط ضمان در عقد مضاربه، ساز و کار تضمین سرمایه مالک در عقد مضاربه بانکی تعبیه و پیش بینی شده است.

### ۷- روش تحقیق

داده ها با استفاده از روش کتابخانه ای و با بهره گیری از کتب و مقالات مرتبط با موضوع و روش تجزیه و تحلیل به صورت توصیفی - تحلیلی، مورد بررسی قرار می گیرد.

### ۸- ساماندهی پژوهش



## فصل اول

# مفاهیم اصلی و بنیادین پژوهش

## بخش اول: مضاربه

### مبحث اول: مفهوم مضاربه

در کتاب «لسان‌العرب» مضاربه چنین تعریف شده است:

«ضرب فی التجاره و فی الارض و فی سبیل الله و ضاربه فی الحال، هی المضاربه و هی القراض و المضاربه ان تعطى انساناً من مالک ما يتجر فيه على ان يكون الربح بینکما او يكون له سهم معلوم من الربح و كانه ما خوذ من الضرب فی الأرض لطلب الرزق، قال الله تعالى: و آخرون يضربون فی الأرض یتتغون من فضل الله، قال: و على قیاس هذا المعنى یقال للعامل «ضارب» لانه هو الذى یضرب فی الارض. قال: و جاز أن يكون كل واحد من رب المال و من العامل یسمى مضارباً، لان كل واحد منهما یضارب صاحبه، كذلك المقارض...» (انصاری، ۱۶۱۳: ۳۲).

مضاربه همان قراض است و آن عبارت است از این که انسانی از مالکی آنچه می‌توان در آن تجارت نمود را دریافت کند بر این اساس که سود میان هر دو بوده. یا سهمی از سود برایش مشخص گردد. گویا مضاربه از کلمه «ضرب» در زمین برای جستجو رزق و روزی مشخص گردیده است. خداوند تعالی می‌فرماید: گروهی به جستجوی فضلی از خداوند زمین را زیر پا می‌گذارند. بر قیاس این معنی، به عامل ضارب گفته می‌شود. زیرا اوست که زمین را برای سفر تجاری) زیر پا می‌گذارد و می‌توان هر یک از عامل و مالک را مضارب نامید، زیرا هر کدام از آن دو با دیگری مضاربه می‌کند. در مورد مقارض نیز همین‌گونه است.

همچنین دانشمند لغت‌شناس عرب ابوبکر محمد بن الحسن بن درید در مورد مضاربه گفته است:

«ضارب فلان لفلان فی ماله اذا اتجر فيه». وقتی به تحقیق در زمینه ریشه کلمه مضاربه و علت نامگذاری معامله فوق به این نام می‌پردازیم می‌بینیم بسیاری از دانشمندان گفته‌اند: کلمه مضاربه از ضرب مشتق شده است و چنین علت آورده‌اند که عامل در تلاش برای به دست آوردن سود زمین را زیر پا

می‌گذارد» (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۲: ۵۵۱) و آنگاه گفته‌اند: مضاربه، مفاعله است و نیازمند دو طرف می‌باشد.

بنابراین مفاعله بودن مضاربه به این اعتبار است که مالک، سبب و عامل مباشر است. همچنین گفته شده است: علت نامگذاری این معامله به مضاربه این است که هر کدام از عامل و مالک سهم خود را از سود بر می‌دارد؟

البته برخی نیز احتمال داده‌اند. علت نامگذاری این است که در این معامله سرمایه در گردش است. تمامی این توجیحات برای کلمه مضاربه از این جهت است که میان دانشمندان مطلبی شهرت یافته که پایه و اساس علمی ندارد و آن این که هیئت مفاعله به دو طرف بستگی دارد و به تعبیر دیگر هیئت صیغه مفاعله برای صدور ماده از دو نفر وضع گردیده است. در حالی که این سخن، صحیح نیست، زیرا هیئت مفاعله فقط بر تصدی و قیام فاعل برای تحقق بخشیدن ماده در خارج وضع شده است، خواه ماده در خارج به وجود آمده باشد یا نه. مثلاً می‌توان گفت: «خادعته فلم یخدع» (خویی، ۱۴۰۸: ۱۱) [او را فریب دادم پس فریب نخورد]. بر این مطلب که هیئت مفاعله فقط برای نشان دادن تصدی فاعل به فعل استعمال شده شواهد زیادی وجود دارد، مانند: طلعت الكتاب [کتاب را مطالعه کردم]، یا دافعت الزید [در برابر زید مقاومت کردم] (اگرچه زید ایستاده باشد و حرکتی از خود نشان ندهد).

البته در برخی موارد، ماده مقتضی دو طرفه است، مانند: مساوات، مشاکلت، مقابلت، محاذات و مشارکت. اما این ربطی به هیئت مفاعله ندارد. آیه شریفه ذیل نیز می‌تواند دلیلی بر گفتار فوق باشد: «یخادعون الله و الذین آمنوا و ما یخدعون الا انفسهم و ما یشعرون» (بقره/۹). ترجمه: با خدا و کسانی که ایمان آورده‌اند، سخت نیرنگ می‌بازند ولی جز خود را فریب نمی‌دهند و این را در نمی‌یابند.

این آیه نشانگر این نکته است که مفهوم «خادع» با «خدع» اتحاد ندارد. زیرا «خدع» در این معنی ظهور دارد که ماده خدعه در خارج تحقق دارد، در حالی که «خادع» فقط بر تصدی فاعل و اراده او برای

تحقق بخشیدن ماده در خارج دلالت می‌کند، نه این که خدعه نیز تحقق پیدا کرده است. با توجه این نکته، ما نیازی به ذکر تأویل برای صدق مفاعله در مضاربه نداریم. زیرا در مضاربه مالک به ضرب مال خود اقدام می‌کند و همین در تحقق مفاعله کافی است. کلمه مضاربه لغتی بوده که مردم عراق برای این معامله به کار می‌برده‌اند. اما مردم حجاز، از این معامله به «قراض» تعبیر می‌کرده‌اند (طوسی، بی تا: ۱۶۷). در مورد کلمه قراض دو احتمال وجود دارد: نخست این که قراض از ماده قرض به معنی قطع است و علت نامگذاری این معامله به قراض این است که گویا صاحب مال و سرمایه، بخشی از مال خود را از سایر اموالش قطع نموده و به عامل تسلیم می‌کند و در مقابل عمل عامل نیز بخشی از سود مالش را از مال بریده و به عامل می‌پردازد. دوم این که، قراض از مضاربه به معنی مساوات است. چنان که در شعر ابی‌الدرداء گفته شده است.

إن قارضت الناس قارضوك و إن ترکتهم لم یتروکوک.

ترجمه: اگر با مردم بدرفتاری کنی با تو همان کنند و اگر آنان را رها کنی تو را رها نخواهند کرد. بر این اساس، علت نامگذاری این معامله به قراض این است که سرمایه از یک طرف و عمل از سوی دیگر است وجود داشته و سود در مقابل این دو می‌باشد. بنابراین مالک و عامل در قوام عقد یا اصل استحقاق سود مساوی می‌باشند. اگرچه ممکن است میزان سهم هر یک از دو طرف از نظر کمیت اختلاف داشته باشد.

### مبحث دوم: مضاربه از منظر فقها

امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله مضاربه را اینگونه تعریف نموده‌اند:

«مضاربه که آن را قراض می‌گویند عقدی است که بین دو نفر معتقد می‌شود بر این اساس که سرمایه تجارت از یکی از آن دو باشد و عمل تجارت از دیگری، که اگر سودی حاصل شود هر دو در آن شریک باشند...» (موسوی خمینی، ۱۳۸۰: ۱۵۶).