



آیین نامه حق مالکیت مادی و معنوی در مورد نتایج پژوهش های علمی مؤسسه آموزش عالی شفق

با عنایت به سیاست های پژوهشی و فناوری مؤسسه در راستای تحقق عدالت و کرامت انسانها که لازمه شکوفایی علمی فنی است و رعایت حقوق مادی و معنوی مؤسسه و پژوهشگران ، لازم است اعضای هیأت علمی ، دانشجویان ، دانشجویمان ، دانش آموختگان و دیگر همکاران طرح در مورد نتایج پژوهش های علمی که تحت عنوان پایان نامه ، رساله و طرح های تحقیقاتی با هماهنگی مؤسسه انجام شده است موارد زیر را رعایت نمایند:

ماده ۱ - حق نشر و تکثیر پایان نامه و درآمدهای حاصل از آن ها متعلق به مؤسسه می باشد ولی حقوق معنوی پدیدآورندگان محفوظ خواهد بود.

ماده ۲ - انتشار مقاله یا مقالات مستخرج از پایان نامه به صورت چاپ در نشریات علمی و یا ارائه در مجامع علمی باید به نام مؤسسه بوده و با تأیید استاد راهنمای اصلی ، یکی از اساتید راهنما و یا دانشجوی مسئول مکاتبات مقاله باشد ولی مسئولیت علمی مقاله مستخرج از پایان نامه و رساله به عهده اساتید راهنما و دانشجو می باشد.

تبصره: در مقالاتی که پس از دانش آموختگی به صورت ترکیبی از اطلاعات جدید و نتایج حاصل از پایان نامه نیز منتشر می شود نیز باید نام مؤسسه درج شود.

ماده ۳ - انتشار کتاب ، نرم افزار و یا آثار ویژه ( اثری هنری مانند فیلم ، عکس ، نقاشی و نمایش نامه ) حاصل از نتایج پایان نامه و تمامی طرح های تحقیقاتی کلیه واحدهای مؤسسه اعم از دانشکده ها ، مرکز تحقیقاتی ، پژوهشکده ها ، پارک علم و فناوری و دیگر واحدها باید با مجوز کتبی صادره از معاونت پژوهشی مؤسسه و بر اساس آیین نامه های مصوب انجام شود.

ماده ۴ - ثبت اختراع و تدوین دانش فنی و یا ارائه یافته ها در جشنواره های ملی ، منطقه ای و بین المللی که حاصل نتایج مستخرج از پایان نامه و تمامی طرح های تحقیقاتی مؤسسه باید با هماهنگی استاد راهنما یا مجری طرح از طریق معاونت پژوهشی مؤسسه انجام گیرد.

«اینجانب مهدی داداشی گواهر دانشجوی رشته فقه و حقوق خصوصی ورودی سال تحصیلی ۱۳۹۵ مقطع کارشناسی ارشد دانشکده شفق تنکابن متعهد می شوم کلیه نکات مندرج در آیین نامه حق مالکیت مادی و معنوی در مورد نتایج پژوهش های علمی مؤسسه آموزش عالی شفق را در انتشار یافته های علمی مستخرج از پایان نامه تحصیلی خود رعایت نمایم. در صورت تخلف از مفاد آیین نامه فوق الاشعار به مؤسسه وکالت و نمایندگی می دهم که از طرف اینجانب نسبت به لغو امتیاز اختراع به نام بنده و یا هر گونه امتیاز دیگر و تغییر آن به نام مؤسسه اقدام نماید. ضمناً نسبت به جبران فوری ضرر و زیان حاصله بر اساس برآورد مؤسسه اقدام خواهم نمود و بدین وسیله حق هر گونه اعتراض را از خود سلب نمودم.»

امضا : .....

تاریخ : .....

## آیین نامه چاپ پایان نامه دانشجویان مؤسسه آموزش عالی شفق تنکابن

نظر به اینکه چاپ و انتشار پایان نامه تحصیلی دانشجویان مؤسسه آموزش عالی شفق تنکابن ، مبین بخشی از فعالیت های علمی - پژوهشی مؤسسه است بنابراین به منظور آگاهی و رعایت حقوق مؤسسه ، دانش آموختگان این مؤسسه نسبت به رعایت موارد ذیل متعهد می شوند:

ماده ۱ : در صورت اقدام به چاپ پایان نامه خود ، مراتب را قبلاً به طور کتبی به « واحد پژوهشی » مؤسسه اطلاع دهد.

ماده ۲ : در صفحه سوم کتاب ( پس از برگ شناسنامه ) عبارت ذیل را چاپ کند:

« کتاب حاضر ، حاصل پایان نامه کارشناسی ارشد نگارنده در رشته فقه و حقوق خصوصی است که در سال ۱۳۹۷ در دانشکده علوم انسانی مؤسسه آموزش عالی شفق تنکابن به راهنمایی جناب آقای دکتر سیدمحمدتقی کریم پور آلهاشم و مشاوره آقای دکتر مصطفی راشدی از آن دفاع شده است .»

ماده ۳ : به منظور جبران بخشی از هزینه های انتشارات مؤسسه ، تعداد یک درصد شمارگان کتاب (در هر نوبت چاپ) را به « واحد پژوهشی » مؤسسه اهدا کند. مؤسسه می تواند مازاد نیاز خود را به نفع مرکز نشر در معرض فروش قرار دهد.

ماده ۴ : در صورت عدم رعایت ماده ۳ ، ۵۰٪ بهای شمارگان چاپ شده را بعنوان خسارت به مؤسسه آموزش عالی شفق تنکابن ، تأدیه کند.

ماده ۵ : دانشجو تعهد و قبول می کند در صورت خودداری از پرداخت بهای خسارت ، مؤسسه می تواند خسارت مذکور را از طریق مراجع قضایی مطالبه و وصول کند؛ بعلاوه به مؤسسه حق می دهد به منظور استیفای حقوق خود ، از طریق دادگاه ، معادل وجه مذکور در ماده ۴ را از محل توقیف کتاب های عرضه شده نگارنده برای فروش تأمین نماید.

ماده ۶ : اینجانب مهدی داداشی گواهر دانشجوی رشته فقه و حقوق خصوصی مقطع کارشناسی ارشد تعهد فوق و ضمانت اجرایی آن را قبول کرده ، به آن ملتزم می شوم.

نام و نام خانوادگی :

تاریخ و امضا :



مؤسسه آموزش عالی شفق تنکابن

دانشکده علوم انسانی

گروه آموزشی حقوق

پایان نامه ارائه شده به عنوان بخشی از فعالیت های تحصیلی لازم  
جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق گرایش فقه و حقوق خصوصی

بررسی فقهی و حقوقی ماهیت و ویژگی های سرمایه در عقد مضاربه

دانشجو

مهدی داداشی گوابر

استاد راهنما

دکتر سید محمدتقی کریم پور آلهاشم

استاد مشاور

دکتر مصطفی راشدی

بهمن ۱۳۹۷

## چکیده

مضاربه عقدی است که در آن سرمایه و کار به شراکت نهاده می شود. بدین ترتیب که یک طرف قرارداد، سرمایه آن را تأمین می کند که مالک نام دارد و طرف دیگر با آن سرمایه به تجارت پرداخته و به کسب سود برای طرفین می پردازد که شخص اخیر عامل نامیده می شود. این عقد به لحاظ مشارکت دو طرف، از عقود معاوضی محسوب می گردد.

عقد مضاربه دارای سه رکن اساسی می باشد که عبارتند از سرمایه مالک، تجارت عامل و سود حاصل. موضوع مورد تفحص در این نگاشته رکن اول، سرمایه عقد مضاربه می باشد. برای انعقاد صحیح عقدی معین چون مضاربه باید چهارچوب های تعیین شده در قانون و شرع مراعات گردد. سرمایه این قرارداد نیز دارای شرایطی است که در جهت نیل به اهداف آن باید مورد رعایت طرفین قرار بگیرد.

تنها ماده از قانون مدنی در وصف سرمایه مذکور ماده ۵۴۷ آن است که بیان داشته است «سرمایه باید وجه نقد باشد» و قانون موضوعه در بیان سایر شروط سرمایه سکوت اختیار نموده است که این خود ابهامی بر سر راه متعاقبین این عقد است. لذا لازم شد با بررسی استدلالات فقها و حقوقدانان و تطبیق آنها با یکدیگر و قواعد حاکم بر عالم حقوق تلاشی در مرتفع شدن این ابهام صورت گیرد.

با اندکی تأمل می توان شرایط لازم برای سرمایه عقد مضاربه از دیدگاه شرع و قانون را در نظر گرفت که شامل عین بودن، معلوم بودن، معین بودن و وجه نقد بودن آن می باشد. تمامی صفات یاد شده با ماده قانونی یاد شده و مفهوم آن قابل مطابقت می باشد.

همچنین اکثریت فقهای اسلام در شرایط فوق با یکدیگر در توافق هستند و عدم رعایت آنها در سرمایه را سبب بطلان عقد مضاربه و یا لااقل خروج آن قرارداد از شمول عقد مضاربه و تلقی آن بعنوان عقدی نامعین بر اساس اصل آزادی اراده در قراردادها و ماده ۱۰ قانون مدنی می دانند.

قواعدی دیگر نیز بر سرمایه مضاربه حاکم است از جمله شرایط اهلیت تأدیه کننده و دریافت کننده آن و لزوم مالکیت مالک بر مال مضاربه یا نمایندگی وی از جانب مالک. محل مصرف سرمایه نیز تنها باید در تجارت باشد، آن هم تجارتي که در عقد مورد توافق طرفین قرار گرفته و در صورت اطلاق عقد تجارتي که عرف به مصلحت قرارداد می بیند.

پس از اجرای عقد یا انحلال آن و در هنگام تقسیم سود نخست به میزان سرمایه اولیه از سود ناخالص برداشته و به عنوان سرمایه مضاربه به مالک عودت می گردد و از سود خالص باقی مانده بین اصحاب قرارداد تقسیم می شود. در صورت تلف سرمایه عامل امین است و جز در صورت تعدی و تفریط یا شرط لازم ضمن عقدی دیگر مبنی بر لزوم جبران تلف از جانب عامل ضامن نقصان سرمایه نمی باشد.

کلید واژه ها : سرمایه ، مضاربه ، شرکت ، قراض ، مال المضاربه

## الف - شرح و بیان مساله پژوهشی:

بشریت به جهت رفع نیازهای خود محکوم به اجتماعی بودن و اجتماعی زندگی کردن است و لازمه این سبک زندگی، این است که روابط با یکدیگر بر پایه اصول و قواعدی نهاده شوند که قاعده لاضرر در مورد هر دو طرف این ارتباط اجرا گردد. پس این روابط که با « قرارداد » بین یکدیگر مستحکم می شوند به مقرراتی محتاج است که بشر به نحو اعتباری در میان خود تبیین می کند.

اصل آزادی قراردادی منجر به این امر می شود که همان گونه که از ماده ۱۰ قانون مدنی بر می آید طرفین می توانند هرگونه توافقی را با هم برقرار کنند مشروط بر این که مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد. اما فارغ از آزادی قراردادی مذکور در این ماده برخی عقود از جانب شارع مقدس و در پی آن از سوی قانونگذار تعیین گشته که قالب و چهارچوب خاصی دارند و در صورت بکارگیری این عقود می بایست مراعات گردد. از جمله این عقود « مضاربه » است.

مضاربه در لغت به معنای « با هم راه رفتن » است و آن بدین جهت است که مضارب برای کسب ربح مورد نظر باید سفر کرده و تجارت کند و مالک نیز با مال التجاره ای که تأمین کرده و در اختیار مضارب قرار داده در این سفر تجاری سهیم است. (تفسیر قانون مدنی، حسن ره پیک و ... ، ص ۲۰۰) اما مضاربه در علم حقوق عقدی است که در آن یک طرف قرارداد مالی را در اختیار طرف دیگر قرار می دهد تا وی با آن به تجارت بپردازد مشروط بر این که سود حاصل از تجارت بین طرفین عقد تقسیم گردد. صاحب سرمایه را مالک و صاحب عمل تجاری را مضارب می نامند. (قانون مدنی در نظم کنونی، ناصر کاتوزیان ، ماده ۵۴۶)

بر مبنای آنچه بیان شد از یک منظر عقد مضاربه دارای سه رکن اساسی است: سرمایه تأمین شده توسط مالک، عمل مضارب در زمینه تجارت و سود حاصله از عمل مضارب. در این نگاشته سعی بر این است که در خصوص سرمایه مضاربه و ماهیت و وضعیت حقوقی و فقهی آن قلم ساییده شود.

منطوق ماده « ۵۴۷ » از قانون مدنی چنین اشعار می دارد که « سرمایه باید وجه نقد باشد.» اما قانون در خصوص ویژگی های دیگر سرمایه عقد مضاربه سکوت اختیار کرده که این امر موجب بروز ابهام و اختلاف در چهارچوب لازم الرعایه سرمایه موضوع بحث است.

عده ای از حقوقدانان بر این عقیده اند که اگر شیء در عقد مضاربه سرمایه قرار داده شود عقد منعقد شده باطل است؛ چرا که از شرایط اساسی و مقتضیات ذات این عقد نقد بودن سرمایه آن است و با نقض آن عقد می بایست باطل تلقی گردد. ولی شماری دیگر از عالمان حقوق بر این باورند که در این شرایط تنها می توان عقد منعقد را خارج از شمول مقررات مربوط به عقد مضاربه دانست و باید عقد معین دیگر و یا عقدی نامعین وفق ماده ۱۰ قانون مدنی محسوب کرد.

علاوه بر شرط نقد بودن وجه سرمایه مضاربه شرایط دیگری نیز برای آن قابل تصور است. از جمله عین بودن مال المضاربه و مشخص بودن مقدار آن که مجهول بودن آن موجب مجهول بودن ربح حاصل از مضاربه می شود که خود مبطل این عقد است. (دانشنامه حقوق

خصوصی، مسعود انصاری و ... ، ص ۱۸۶۸) معین بودن سرمایه مضاربه نیز می تواند برای صحت عقد مضاربه مورد توجه قرار گیرد.

مضارب برای اجرای مضاربه و انجام تجارت مقصود می بایست سرمایه را در اختیار داشته باشد. اگر این مهم توسط مالک صورت نگیرد و مال القراض را تسلیم عامل ننماید چه سرنوشتی در انتظار عقد مضاربه و در پی آن سرمایه اش خواهد بود؟

عقد مضاربه که عقدی جایز است گاهی پیش از اجرای کامل آن منتهی به زوال می گردد و گاهی با اجرای کامل آن به پایان می رسد. در این شرایط باید دید وضعیت سرمایه مضاربه چگونه خواهد بود. آیا باید عیناً به مالک عودت گردد؛ یا اینکه مضارب می تواند اجرت المثل خود را از آن تأمین کند؟

برای پاسخ به تمامی پرسش های ذکر شده کنکاشی لازم است تا با در نظر گرفتن اصول و دکترین حقوقی و عقاید فقهای اسلام و تفسیر قانون موضوعه به ماهیت و ویژگی های لازم سرمایه برای صحت عقد مضاربه پی برده و ابهامات موجود در این راه برداشته شود.

ب - پیشینه و تاریخچه موضوع تحقیق: (مطالعات و تحقیقاتی که درباره این موضوع صورت گرفته و نتایج حاصل از آن)

#### ۱) تحریر الروضه فی شرح اللمعه

(علیرضا امینی و سیدمحمد رضا آیتی، جلد دوم، قم، مؤسسه فرهنگی طه، ۱۳۸۷)

در این مکتوب در درجه اول تأکید بر آن شده که سرمایه عقد مضاربه در هنگام انعقاد عقد باید معلوم باشد تا جهل نسبت به آن از بین برود و در این زمینه قول قویتر را عدم کفایت رؤیت سرمایه می داند و معتقد است میزان و صفت این سرمایه می بایست کاملاً برای طرفین عقد معلوم مشخص باشد. در درجه دوم بیان می دارد که سرمایه معین این عقد تنها با درهم و دینار جایز است که با ماده ۵۴۷ قانون مدنی همخوانی دارد. بنا براین مضاربه با کالا و یا با دین سابقه صحیح نمی باشد.

#### ۲) عقود معین ۲ عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم

(علیرضا باریکلو، مجد، ۱۳۸۸)

نگارنده این کتاب ابتدا وجود سرمایه را ضروری تلقی می کند چرا که تجارت بایستی با آن صورت پذیرد. سپس تأکید بر نقد بودن آن وفق ماده ۵۴۷ قانون مدنی دارد و نقد بودن را به وجه رایج محل تجارت مورد قرارداد تفسیر می کند. همچنین برای حالتی که سرمایه مضاربه وجه نقد نباشد دو حالت را تفکیک می نماید. اول آنکه سرمایه مالی در حکم وجه نقد باشد؛ مانند طلا و سکه طلا که سریعاً قابل تبدیل به وجه نقد است و دوم حالتی که سرمایه این عقد نه

وجه نقد است و نه در حکم وجه نقد؛ مثلاً ابزار کار و وسایل کسب باشد. حالت نخست را صحیح دانسته و قرارداد وکالت در تبدیل سرمایه به وجه نقد را ظهور عرفی قصد طرفین در مضاربه تلقی می‌کند. در حالت دوم قرارداد را از شمول عقد مضاربه خارج می‌داند ولی قائل به بطلان آن نیست و حکم به بطلان آن را خلاف اصل آزادی قراردادها و اصل آزادی اراده بیان می‌نماید و صحت این گونه قرارداد را با توجه به عدم تعارض آن با قانون آمره یا نظم عمومی و اخلاق حسنه، مطابق با ماده ۱۰ از قانون مدنی صحیح می‌انگارد.

### ۳) دانشنامه حقوق خصوصی

(مسعود انصاری و محمدعلی طاهری، جلد سوم)

در این نگاشته علاوه بر اینکه بر وجه نقد بودن سرمایه مضاربه تأکید دارد، عین بودن آن را نیز لازمه صحت عقد مضاربه دانسته، البته عینی که حاضر باشد و حضور آن موکول به آینده نباشد؛ ولی دین را قابل تعیین به عنوان سرمایه این عقد نمی‌داند. همچنین مشخص بودن مقدار مال المضاربه را ضروری تلقی می‌کند؛ چرا که جهالت در سرمایه، جهالت در سود را به دنبال خواهد داشت. حال آن که معلوم بودن سود شرط صحت عقد مضاربه می‌باشد. ولی در خصوص مشاع بودن مال مورد سرمایه اشکالی وارد نمی‌داند. شرط دیگری که برای صحت مضاربه لازم می‌بیند تسلیم مال القراض به عامل است و عقد مضاربه با بقای ید مالک بر مال المضاربه را باطل اعلام می‌نماید.

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

(فخرالدین اصغری آقمشهدی و مراد عباسی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۱)

در این مقاله اجماع فقها و نیز مفاد حقوق موضوعه را در عین بودن و وجه نقد بودن سرمایه مضاربه بیان می‌دارد. بر مبنای قلم این نگارنده مجهول بودن مال مضاربه باعث بطلان عقد مضاربه می‌گردد و جهل در آن منجر به غرر و جهالت می‌شود. لذا مقدار و وصف مال مضاربه باید معلوم بوده تا مضاربه صحیح منعقد گردد.



## پ - اهمیت و ضرورت تحقیق:

در دنیای کنونی اقتصاد و بازرگانی از اهم امور جاری مردم است. در دین مبین اسلام نیز تأکید بر آن شده است که برای امرار معاش و کسب روزی تلاش شود، ولی از راه حلال و مسیری که شرع مقدس تعیین و تبیین نموده است. در دنیای عدالت و انصاف که نشان دهنده مسیر درست هدایت است و در قانون ایران نیز که برگرفته از شرع مقدس اسلام می باشد با تدوین قوانین موضوعه دقیق تلاش شده است که این کسب روزی در جهت عدالت بوده و در آن هیچ حقی از کسی ضایع نشود.

لذا تحقیق حاضر با در نظر گرفتن تطبیقی قانون و شرع در خصوص یکی از ارکان عقد مضاربه، یعنی سرمایه مورد تجارت در صدد است یکی از طرق درآمدزایی را به صورت عادلانه و منصفانه مورد تفحص و بررسی قرار دهد تا مسیر عدالت که از جانب پروردگار تعیین و سپس به دست جامعه اسلامی تدوین و تقریر گردیده روشنتر و هدایتگرتر نشان داده شود.

## ت - اهداف تحقیق:

### هدف اصلی:

تبیین ماهیت و وضعیت سرمایه در عقد مضاربه

### هدف فرعی:

- ۱- تعیین شرایط و احکام ناظر بر سرمایه در عقد مضاربه
- ۲- مقارنه مراتب مربوط به سرمایه عقد مضاربه در فقه امامیه

## ث - فرضیه‌ها (در صورت لزوم) یا سوالهای تحقیق:

### سؤال اصلی:

شرایط و احکام خاصه سرمایه در عقد مضاربه کدامند؟

سؤال فرعی:

- ۱- آیا مطلق اعیان را می توان به عنوان سرمایه در عقد مضاربه قرار داد یا لزوماً این سرمایه باید وجه نقد باشد؟
- ۲- آیا ماهیت سرمایه در عقد مضاربه در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران یکسان است؟

فرضیه اصلی:

سرمایه باید معلوم و معین باشد و مجهول و مردد بودن آن منجر به بطلان عقد مضاربه می شود.

فرضیه فرعی:

- ۱- اعیان نمی تواند در عقد مضاربه به عنوان سرمایه تعیین گردد و تعیین وجه نقد برای سرمایه ترجیح دارد.
- ۲- علیرغم پراکندگی نظریات در فقه امامیه، حقوق ایران با فقه امامیه در باب ماهیت سرمایه مطابقت دارد.

ج - روش تحقیق و گردآوری اطلاعات:

- (۱) نوع مطالعه و روش بررسی فرضیه ها و یا پاسخگوئی به سؤالات تحقیق پیش رو از نوع توصیفی- تحلیلی می باشد.

(۲) مراحل اجرایی تحقیق

(۳) جامعه آماری (در صورت لزوم)

فقه و حقوق موضوعه

(۴) روش و طرح نمونه برداری

۵) حجم نمونه و روش محاسبه

۶) ابزار گردآوری داده ها

کتابخانه ای

بدین گونه که ابتدا با مراجعه به کتابها، تحقیقات گذشته، سایتهای اینترنتی و سایر مراجع اقدام به جمع آوری مطالب و دیدگاه ها نموده و آنگاه با تجزیه و تحلیل آن اطلاعات اقدام به نتیجه گیری می نماید.

۷) ابزار تجزیه و تحلیل

۸) روش گردآوری اطلاعات

مراجعه به کتب مربوطه

چ - کاربرد نتایج تحقیق:

انتشارات علمی

## فهرست مطالب

۱	مقدمه
۵	فصل اول: ماهیت سرمایه در عقد مضاربه
۶	(۱) ماهیت عقد مضاربه
۶	(۱-۱) تعریف عقد مضاربه
۷	(۱-۱-۱) تعریف حقوقی
۹	(۱-۱-۲) تعریف فقهی
۱۱	(۱-۲) خصوصیات عقد مضاربه
۱۱	(۱-۲-۱) عقد بودن مضاربه
۱۳	(۱-۲-۲) معین بودن عقد مضاربه
۱۵	(۱-۲-۳) عهدی بودن عقد مضاربه
۱۸	(۱-۲-۴) جایز بودن عقد مضاربه
۲۲	(۱-۲-۵) معاوضی بودن عقد مضاربه
۲۵	(۱-۲-۶) مستمر بودن عقد مضاربه
۲۷	(۲) ماهیت سرمایه مضاربه
۲۷	(۲-۱) تعریف سرمایه
۲۸	(۲-۲) انواع سرمایه
۲۸	(۲-۲-۱) سرمایه مشهود
۲۹	(۲-۲-۲) سرمایه نامشهود
۳۱	(۲-۱-۳) ماهیت سرمایه موضوع عقد مضاربه
۳۲	(۳) نتیجه فصل اول

۳۴	فصل دوم: ویژگی های سرمایه در عقد مضاربه
۳۵	(۱) عین بودن سرمایه
۳۵	(۱-۱) مفهوم عین
۳۹	(۱-۲) عینیت سرمایه از منظر فقهی
۴۴	(۱-۳) عینیت سرمایه از منظر حقوق موضوعه
۴۶	(۱-۴) نتیجه گیری عینیت سرمایه
۴۷	(۲) معلوم بودن سرمایه
۴۷	(۲-۱) مفهوم معلوم بودن
۵۳	(۲-۲) معلوم بودن سرمایه از منظر فقهی
۵۸	(۲-۳) معلوم بودن سرمایه از منظر حقوق موضوعه
۵۹	(۲-۴) نتیجه گیری معلوم بودن سرمایه
۶۰	(۳) معین بودن سرمایه
۶۰	(۳-۱) مفهوم معین بودن
۶۴	(۳-۲) معین بودن سرمایه از منظر فقهی
۶۷	(۳-۳) معین بودن سرمایه از منظر حقوق موضوعه
۶۹	(۳-۴) نتیجه گیری معین بودن سرمایه
۷۰	(۴) وجه نقد بودن سرمایه
۷۰	(۴-۱) مفهوم وجه نقد
۷۳	(۴-۲) وجه نقد بودن سرمایه از منظر فقهی
۷۹	(۴-۳) وجه نقد بودن سرمایه از منظر حقوق موضوعه
۸۲	(۴-۴) نتیجه گیری وجه نقد بودن سرمایه
۸۳	(۵) نتیجه فصل دوم

۸۵	فصل سوم: قواعد حاکم بر سرمایه در عقد مضاربه
۸۵	(۱) تأدیه کننده و دریافت کننده سرمایه مضاربه
۸۵	(۱-۱) شرایط تأدیه کننده و دریافت کننده سرمایه مضاربه
۸۷	(۱-۲) قبض و اقباض مال مورد سرمایه
۹۸	(۲) محل مصرف سرمایه
۹۹	(۲-۱) تجارت و معاملات تجاری
۱۰۰	(۲-۱-۱) معاملاتی تجاری ذاتی
۱۰۵	(۲-۱-۲) معاملات تجاری تبعی
۱۰۹	(۲-۲) تجارت موضوع عقد مضاربه
۱۱۳	(۳) وضعیت سرمایه در پایان عقد مضاربه
۱۱۵	(۳-۱) وضعیت تلف سرمایه
۱۱۷	(۳-۲) ضمان تلف سرمایه
۱۲۱	(۳-۲-۱) اشتراط ضمان مضارب در ضمن عقد مضاربه
۱۲۹	(۳-۲-۲) شرط تملیک مجانی به مقدار خسارت بصورت الزامی
۱۳۲	(۴) نتیجه فصل سوم
۱۳۴	منابع و مأخذ

**ABSTRACT**

**138**

## مقدمه

بشر اولیه به تبع محدودیت های زیست محیطی خود ، در پی برآوردن نیازهای محدودی بوده است که خود به تنهایی از پس آنها بر می آمد. ولی با گذشت زمان و رشد فکری و فیزیولوژیکی انسان ، نیازهای وی نیز گسترده تر و برآوردن آنها نیز سختتر می شد. به همین دلیل آدمی ناچار به برقراری روابط اجتماعی با سایر بشر گردید تا برخی از حاجات خود را با مدد از اطرافیان و ساکنین آبادی های دور و نزدیک برطرف نماید. مایحتاج بشر با گذشت زمان بیشتر و بیشتر شد ؛ به گونه ای که دیگر نه تنها محصولات خود بلکه قصبه و شهرهای اطراف را نیز برای برآوردن احتیاجات زندگی کافی نمی دید.

این احتیاج انسان به هم نوعان خود و تبادل محصولات و برآوردن مایحتاج یکدیگر به الزام می بایست با داد و ستد همراه می بود و برای داشتن داد و ستد و بازاری منصفانه و عادلانه چهارچوب و قواعدی لازم بود تا هیچ خلل و ضرری بر کسی وارد نیاید. چه بسا که اگر چنین نبود هیچ داد و ستدی رخ نمی داد و یا در پس هر معامله ای نزاع و جنگی بر سر حقانیت به وقوع می پیوست. لذا عاقلان بشریت با طرح و وضع قوانین بر آن شدند تا هر کسی از طرفین معاملات خرسند و راضی از آن باشند و غرری متوجه آنها نشود.

همچنین از بدو خلقت انسان ، خالق بی نقص وی روش زندگی را به او آموخته و راه را برای ایشان روشن ساخته است و از زندگی در گمراهی وی را بر حذر داشته است. خداوند از طریق فرستادگان فراوان در ادوار مختلف به راهنمایی این موجود ناطق پرداخته و گاه با مکتوباتی مقدس، قواعد و قوانین درست زیستن را به انسان آموزانده است.

هم در آموزه های پروردگار عالمیان و هم در قوانین توضیح شده فکر بشر ، هدف ، تبیین اسلوب صحیح زندگی و روابط سالم بین انسان هاست. روابط بین انسان ها اشکال گوناگونی دارد و این به جهت وجود سلايق و اهداف متفاوت انسان ها و نیازهای مختلف آنان در زندگی است. بنابراین قواعد و روش های بسیاری به تعداد روابط حاکم بر افراد بشر باید تعیین شده باشد.

از موضوعات مهم و اساسی در حقوق اسلام و جامعه بشریت همکاری و تعاون اجتماعی است که قراردادها یکی از راه های تحقق آن می باشد. هرچند تمام قراردادها از این دیدگاه مورد توجه می باشند ؛ زیرا از جهتی عقد محصول همکاری حداقل دو اراده است و از جهت دیگر قرارداد ، کانال توزیع ثروت و تأمین نیازهای اشخاص در جامعه است. ولی در برخی عقود، همکاری و تعاون نقش برجسته تری دارد ، زیرا این امر هدف اصلی آنها را تشکیل می دهد. عقود مشارکتی همچون مضاربه از این دسته اند.

اسلام برای کسانی که دارای سرمایه نقدی هستند و به دلایلی نمی خواهند و یا نمی توانند با سرمایه ای که در اختیار دارند کسب و کاری کنند و دارایی خود را افزایش دهند و از طرفی نیز مایلند تا از یک راه شرعی و صحیح، موجودی آنها افزایش یابد؛ راههای متعددی را قرار داده است که یکی از آنها «مضاربه» است. باید توجه داشت که از نظر اسلام هر داد و ستد و یا معامله و تجارتي باید بر اساس یکی از عقود شرعی ( قراردادی که اسلام حکم به جواز آن کرده است ) صورت پذیرد تا سود حاصل از آن حلال باشد در غیر این صورت آن قرار داد باطل بوده و تصرف در سود حاصله جایز نمی باشد. یکی از قراردادهایی که اسلام آن را مجاز دانسته و سود حاصل از آن را کاملاً حلال می داند قراردادی است به نام «مضاربه». مالی که از راه مضاربه نصیب انسان می شود حلال است به شرط آنکه طرفین قرارداد احکامش را به خوبی فراگرفته و با دقت آن را به مرحله اجرا گذارند .



عقد مضاربه یکی از عقود معین است که در قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه در ردیف عقود خاص و بانام، مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است. پیش از پیروزی انقلاب اسلامی به دلیل دور بودن حکومت از فقه اسلامی، عقد مضاربه مانند دیگر عقود شرعی در حیات اقتصادی و تجاری جامعه، در سطح کلان، نقش چندانی ایفا نمی کرد، بویژه با توجه به اینکه نظام بانکداری قبل از حاکمیت جمهوری اسلامی، نظامی متناسب با ویژگی های نظام اقتصادی حاکم و بر مبنای نظام بانکداری ربوی بود و عقود اسلامی از جمله مضاربه اهمیت در خور توجهی نداشت.

اما با تحول نظام سیاسی و در نتیجه تحول نظام اعتباری، اهداف نظام بانکی معین شد و استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل و رعایت ضوابط اسلامی به منظور تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت و رشد اقتصاد کشور، فعالیت برای تحقق اهداف و سیاست ها و برنامه های اقتصادی دولت جمهوری اسلامی با به کارگرفتن ابزارهای پولی و اعتباری، ایجاد تسهیلات لازم به منظور گسترش تعاون عمومی و قرض الحسنه آن هم از طریق جذب و جلب وجوه آزاد و اندوخته ها و پس اندازها و سپرده ها و بسیج آنها برای تأمین شرایط و امکانات کار و سرمایه گذاری به قصد اجرای بند ۲ و ۹ اصل چهل و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عنوان اهداف نظام بانکی اعلام شد و بدین ترتیب، تخصیص منابع که در نظام بانکداری ربوی مبتنی بر اعطای وام و اعطای اعتبار بود دگرگون شد و در نظام جدید، اعطای وام و اعطای اعتبار جای خود را به تسهیلات اعطایی بر پایه معاملات و عقود اسلامی داد و اینگونه شد که عقود اسلامی از جمله مضاربه، بویژه با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ نقش مؤثر و برجسته خود را در نظام اقتصادی کشور پیدا کرد.

این عقد هم در احکام دین مبیین اسلام و هم در قوانین موضوعه ایران اسلامی در زمره عقود معین و با چهارچوب مشخص قرار داده شده است که رعایت این چهارچوب در جهت

صحت و در نتیجه اعتبار بخشی به این قرارداد لازم انگاشته شده است. این چهاچوب علاوه بر قواعد عمومی و اصولی است که در تمامی عقود معین و نامعین جاری است. ضمن این که این عقد شرعی با اندکی بی دقتی، آلوده به حرام شده و سر از ربا در می آورد.

عقد مضاربه دارای سه رکن اساسی است که شامل سرمایه مضاربه، کار و تجارت عامل، و سود حاصل از تجارت است. هدف اصلی طرفین عقد، رکن سوم، یعنی سود حاصل از تجارت عامل است که می بایست بین ایشان بصورتی که در هنگام انعقاد قرارداد توافق شده است تقسیم گردد. آنچه منجر به کسب این سود عقد می باشد عمل و فعالیت عامل بوده که در امور تجاری که یا با توافق طرفین تعیین شده و یا مطلق تجارت با صلاحدید عامل منظور است، صورت پذیرفته است. و در نهایت آن که عامل با آن به تجارت مشغول گشته و کسب درآمد می نماید رکن اول، سرمایه عقد مضاربه است.

در قانون مدنی در خصوص ویژگی های سرمایه این عقد، تنها در یک ماده خود وجه نقد بودن آن را لازم دانسته و سایر ویژگی های آن را در هاله ای از ابهام رها کرده است. در حالی که فقیهان و تعدادی حقوقدانان شرایطی دیگر را به ویژگی مذکور اضافه نموده اند. لذا لازم است در زمینه ماهیت و ویژگی های سرمایه مورد بحث از تمامی جهات بررسی شده و نکات مبهم آن بر همگان آشکار گردد.

نگارنده نگاشته پیش رو نیز در صدد تبیین و بررسی ماهیت «سرمایه در عقد مضاربه» و خصایص و ویژگی های فقهی و حقوقی و بیان ابهامات آن و رفع اختلافات علما و همچنین بیان آثار آن در عقد است. بر این اساس لازم آمد نخست پیرامون نفس عقد مضاربه و مفهوم آن و همچنین معنا و ماهیت سرمایه در آن سخن رانده شود. سپس در زمینه خصوصیات و ویژگیهای لازم الرعایه سرمایه عقد مضاربه از دیدگاه حقوقدانان و فقهای اسلامی نتیجه حاصل از تفحص بیان شود. در پایان نیز از قواعد حاکم بر سرمایه در عقد مضاربه در حالات مختلف اظهار نظر گردد.

## فصل اول

### ماهیت سرمایه در عقد مضاربه

در جهت شناسایی و آشنایی با اصول صحیح رأس المال و در نتیجه قرارداد مضاربه و در پی آن بکارگیری این عقد مشروع در چرخه اقتصادی فردی و اجتماعی، در وهله اول باید با مفهوم دقیق آن آشنا گشته تا از صور نادرست و گاهاً نامشروع مشابه آن دوری کرد. بر این اساس نخست باید به معنا و مفهوم عقد مضاربه پرداخته و سپس با محتوا و اساس سرمایه بکار رفته در این عقد آشنایی حاصل نماییم.

لذا در این فصل پیش از تعریف سرمایه مضاربه، به طور اجمالی در تعریف اصل عقد مضاربه کوشش می شود و پس از درک مبنا و پایه سرمایه موضوع بحث، در معرفی سرمایه در عقد مضاربه کنکاش و سعی می شود.

# ۱) ماهیت عقد مضاربه

## ۱-۱) تعریف عقد مضاربه

مضاربه در علم لغت شناسی مشتق است از «ضرب در ارض» یعنی راه رفتن و سفر کردن در زمین. بدین لحاظ که در مضاربه شخص عامل به منظور تجارت و تحصیل ربح به مسافرت مبادرت می نماید و چون سفر به سرمایه مالک و اقدام عامل انجام می گیرد یعنی هر يك از آنها در این عمل مدخلیت و تأثیر دارند بدین جهت معنی مفاعله (مضاربه) تحقق دارد.<sup>۱</sup> به دیگر سخن هر یک از عامل و مالک در این حرکت تجاری بر زمین به نوبه خود سهیمند. ولی مضاربه اصطلاح اهل عراق بوده و اهل حجاز، اصطلاح «قراض» را استفاده می کنند. قرض به معنای قطعه است و در این معنا صاحب مال قطعه ای از مال خود را از خویش جدا می کند و عامل نیز قطعه ای از سود را جدا کرده و به طرف دیگر قرارداد می دهد.<sup>۲</sup>

به هر حال مضاربه نوعی شرکت عقدی است، آن هم نه شرکت دو یا چند سرمایه بلکه شرکت کار و سرمایه. یعنی یک یا چند نفر به عنوان مالک، سرمایه ای نقدی برای تجارت می گذارند و یک یا چند نفر دیگر به عنوان عامل عملیات تجاری را به عهده دارند و در نهایت باید نحوه تقسیم سود حاصله به صورت مشاعی هنگام انعقاد عقد معین گردد.<sup>۳</sup>

۱) جابري عربطو، محسن، فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامي (در باب معاملات)، نشر اميرکبير سال ۱۳۶۲، صفحه ۱۶۴

۲) قاسم زاده، سيد مرتضى و حسن ره پيک و عبدالله کيایى، تفسير قانون مدنى، ص ۲۰۰

۳) آقایى، محمدعلى، شرح مختصر اصطلاحات حقوقى، نشر خط سوم، ۱۳۸۶، ص ۳۶