

البرق



پردیس بین الملل

گروه حقوق

عنوان پایان نامه:

ضمان در مضاربه

نگارش:

رضا عابدی مکی

ارائه شده جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد

در رشته حقوق گرایش خصوصی

استاد راهنما:

دکتر رضا معبودی نیشابوری

استاد مشاور:

دکتر محمد عابدی

آبان 1394



به نام خدا

دانشگاه فردوسی مشهد

پردیس بین الملل

تاریخ:

شماره:

پیوست:

صورتجلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

جلسه دفاع از پایان نامه آقای رضا عابدی مکی دانشجوی دوره کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی با شماره دانشجویی ۹۰۶۳۸۱۳۱۳۹ در ساعت ۱۲:۰۰ روزیکشنبه مورخ ۹۴/۸/۳ با حضور امضاکنندگان ذیل تشکیل گردید.

پس از بررسی های لازم، هیات داوران پایان نامه نامبرده را با نمره به عدد ۱۰۰۰ به حروف **بسیار** ... و با درجه **خوب** ... مورد تأیید قرار داد.

عنوان پایان نامه: "ضمان در مضاربه"

اعضاء هیات داوران:

ردیف	نام و نام خانوادگی	سمت	مرتبۀ علمی	امضاء
۱	دکتر رضا معبودی	استاد راهنما	استادیار	
۲	دکتر محمد عابدی	استاد مشاور	استادیار	
۳	دکتر اعظم انصاری	استاد داور	استادیار	
۴	دکتر سیدمهدی قبولی درافشان	استاد داور	دانشیار	
۵	دکتر سیدمهدی قبولی درافشان	نماینده آموزش پردیس بین الملل	دانشیار	

پردیس بین الملل

تعهدنامه

اینجانب **رضا عابدی مکی** دانشجوی دوره کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی دانشکده پردیس **بین الملل** دانشگاه فردوسی مشهد نویسنده پایان نامه **ضمان در مضاربه** تحت راهنمایی دکتر رضا معبودی نیشابوری متعهد می شوم:

- تحقیقات در این پایان نامه توسط اینجانب انجام شده است و از صحت و اصالت برخوردار است.
- در استفاده از نتایج پژوهش های محققان دیگر به مرجع مورد استفاده استناد شده است.
- مطالب مندرج در پایان نامه تاکنون توسط خود یا فرد دیگری برای دریافت هیچ نوع مدرک یا امتیازی در هیچ جا ارائه نشده است.
- کلیه حقوق معنوی این اثر متعلق به دانشگاه فردوسی مشهد می باشد و مقالات مستخرج با نام «دانشگاه فردوسی مشهد» و یا «Ferdowsi University of Mashhad- Intenational Campus» به چاپ خواهد رسید.
- حقوق معنوی تمام افرادی که در به دست آمدن نتایج اصلی پایان نامه تأثیر گذار بوده اند در مقالات مستخرج از رساله رعایت شده است.
- در کلیه مراحل انجام این پایان نامه، در مواردی که از موجود زنده (یا بافت های آنها) استفاده شده است ضوابط و اصول اخلاقی رعایت شده است.
- در کلیه مراحل انجام این پایان نامه، در مواردی که به حوزه اطلاعات شخصی افراد دسترسی یافته یا استفاده شده است، اصل رازداری، ضوابط و اصول اخلاق انسانی رعایت شده است.

امضاء دانشجو
رضا عابدی مکی

مالکیت نتایج و حق نشر

- کلیه حقوق معنوی این اثر و محصولات آن (مقالات مستخرج، کتاب، برنامه های رایانه ای، نرم افزارها و تجهیزات ساخته شده) متعلق به دانشگاه فردوسی مشهد می باشد. این مطلب باید به نحو مقتضی در تولیدات علمی مربوطه ذکر شود.
- استفاده از اطلاعات و نتایج موجود در پایان نامه بدون ذکر مرجع مجاز نمی باشد. متن این صفحه نیز باید در ابتدای نسخه های تکثیر شده وجود داشته باشد.

تقدیم به

پیشگاه چهارده معصوم

به ویژه امام الرئوف علی ابن موسی الرضا (ع)

همسر و فرزندانم

روح پاک و مظلومانه پدر و مادرم

سپاس‌گزاری

سپاس بی‌کران‌ خدای راست که دست‌انجم را توان نوشتن از اوست، تابه انجام به رسنم حرآنچه را می‌لوش آخاز کردم. خدایی که به مانت نهاد و باب علم را بر ما کشود. اکنون که به لطف ایزدمنان این پژوهش را به میان رسانیده‌ام بر خود فرض میدانم از باب «من لم یسکر المخلوق لم یسکر خالق» از بر کسانی که مراد انجام این محمیاری رسانده‌اند، شکر و قدردانی‌نایم.

از اساد رابنهای دانشمند و کراتدر جناب آقای دکتر مسودی که بارابنهایی‌هی ارزنده‌بمباره مرامور و لطف و محبت خودشان قرار داده‌اند نیات تقدیر و شکر را می‌نایم. و از خداوند متان برای ایشان آرزوی سلامتی و کامیابی‌سنت دارم.

از جناب آقای دکتر علی‌دی که بارابنهایی‌هی دلوزاز در انجام این تحقیق میاری نموده‌اند شکر و قدردانی‌می‌نایم.

از بجاری داوران محترم جناب آقای دکتر قنبری در اققان و سرکار خانم دکتر انصاری شکر و قدردانی‌می‌نایم.

از بجاری کالکلتان و پرسنل کلتبخانه و مرکز اسناد آستان محترم قدس رضوی شکر و قدردانی‌می‌نایم.

چکیده پایان نامه / رساله

نام و نام خانوادگی دانشجو: رضا عابدی مکی	شماره دانشجویی: 9063813139
استاد راهنمای اول: دکتر رضا معبودی نیشابوری	استاد راهنمای دوم:
استاد مشاور اول: دکتر محمد عابدی	استاد مشاور دوم:
گروه آموزشی: حقوق	رشته تحصیلی: حقوق خصوصی
گرایش: خصوصی	تاریخ دفاع: 1394/8/3
تعداد صفحات پایان نامه: 119	درجه ارزشیابی رساله / پایان نامه: خوب
عنوان رساله / پایان نامه: ضمان در مضاربه	
کلید واژه‌ها: شرط ضمان، حیل قانونی، عقد مضاربه، شرط باطل و مبطل.	
<p style="text-align: center;">چکیده:</p> <p>مضاربه یک نوع شرکت عقدی است که در قانون مدنی به عنوان یکی از عقود معین شناخته شده است. ماهیت واقعی مضاربه، شرکت سرمایه و کار است و در بیان حقیقت آن تقریباً هیچ اختلافی بین فقیهان و حقوق دانان وجود ندارد. عامل در عقد مضاربه، امین است و امین جز در صورت ارتکاب تقصیر، مسئول خسارات وارد بر مورد تصرفش نمی‌باشد. بنابراین مضارب، ضامن مال مضاربه نمی‌شود، مگر در صورت تعدی یا تفریط. حال باید دید آیا شرط ضمان عامل در مضاربه صحیح است یا باطل و این شرط خلاف مقتضای ذات عقد است یا خلاف مقتضای اطلاق عقد؟ اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه شخص مالک نخواهد شد، عقد باطل است. بدین معنی که این شرط هم خود باطل بوده و هم مفسد عقد می‌باشد. شرط مزبور، مخالف مقتضای ذات عقد مضاربه است، زیرا مقتضای ذات عقد، همان اشاعه در سود حاصله و امانت عامل است. در نتیجه این گونه شروط باطل و مبطل عقد هستند. اما اگر طرفین بخواهند برخلاف شرط مزبور توافق کنند براساس قسمت دوم ماده 558 ق.م و به وسیله حیل قانونی، به نحوی که به طور لزوم شرط شود در صورت تلف یا خسارت، مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند، هدف آنان تأمین می‌گردد.</p> <p>امضاء استاد راهنما</p>	

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چکیده	13
مقدمه	14
الف - بیان مسئله	14
ب- ضرورت و اهمیت تحقیق	17
پ- اهداف تحقیق	18
ت- سوالات تحقیق	18
ث- فرضیه‌های تحقیق	19
ج- پیشینه تحقیق	19
چ- روش انجام تحقیق	20
ح- جنبه جدید بودن و نوآوری طرح	20
خ- ساختار تحقیق	20

فصل نخست: مبادی تصویری پژوهش

مبحث نخست: مفهوم مضاربه	23
گفتار نخست: مفهوم لغوی	23
گفتار دوم: مفهوم اصطلاحی	25
مبحث دوم: ارکان مضاربه	26
گفتار نخست: نقد بودن سرمایه	26
گفتار دوم: معلوم و معین بودن سرمایه	30

- 32 گفتار سوم: کار مضارب
- 34 گفتار چهارم: ربح یا سود
- 37 مبحث سوم: شرط فاسد و شرط مفسد
- 37 گفتار نخست: تمایز مفهوم شرط فاسد و مفسد
- 42 گفتار دوم: جایگاه شرط ضمان مضارب در میان شروط فاسد و مفسد
- 43 مبحث چهارم: شرط محدودکننده مسئولیت و شرط عدم مسئولیت
- 44 گفتار نخست: مفهوم شرط محدودکننده مسئولیت
- 44 بند 1- شرط محدود کننده مسئولیت
- 45 بند 2- شرط عدم مسئولیت
- 46 الف- دیدگاه شکلی
- 46 ب- دیدگاه توصیفی
- 47 پ- مقایسه با حقوق ایران
- 47 گفتار دوم: شروط کاهش تعهد و شروط کاهش مسئولیت و تفاوت آن‌ها در حقوق انگلیس، فرانسه و ایران
- 47 بند نخست: تعریف شروط کاهش تعهد
- 48 بند دوم: اعتبار اصولی شروط کاهش تعهد و استثنای وارد بر آن
- 48 بند سوم: تفاوت شروط کاهش تعهد و شروط کاهش مسئولیت
- 49 گفتار سوم: اعتبار شرط محدودکننده مسئولیت
- بند نخست: دلایل نقضی (دلایل مخالفان) - اختیاری شدن اجرای تعهد و بی‌جهت ماندن تعهد
- 49 الف: اختیاری شدن اجرای تعهد
- 50 ب: بی‌جهت ماندن تعهد طرف مقابل
- 50 بند دوم: ابراء دین ناموجود
- 54 بند سوم: امری بودن نظام مسئولیت قراردادی
- 54 بند چهارم: نظم عمومی (چهره منفی)
- 56 گفتار چهارم: اعتبار شرط عدم مسئولیت و بطلان شرط مزبور از نظر دکتر کاتوزیان
- 56 الف: اعتبار شرط عدم مسئولیت
- 57 ب: بطلان شرط عدم مسئولیت (شرط نامشروع)

- 58..... گفتار پنجم: دلایل حلی (دلایل موافقان)
- 58..... بند نخست: نظم عمومی (چهره مثبت)
- 60..... بند دوم: آزادی قراردادی
- 60..... الف: ماده 10 ق.م و اصل صحت قراردادها
- 60..... ب: قوانینی که شروط کاهش مسئولیت را بطور کلی مجاز می‌دانند
- 61..... پ: ملاک قوانین مبتنی بر اعتبار شروط کاهش مسئولیت
- 63..... گفتار ششم: آثار شرط محدودکننده مسئولیت
- بند نخست: آثار شرط محدودکننده و ساقط کننده مسئولیت نسبت به طرفین (شرط عدم مسئولیت و مسئله تداخل مسئولیت قهری و قراردادی)
- 63..... بند دوم: وضع نظام‌های قائل به عدم امکان جمع بین دو مسئولیت (حقوق فرانسه)
- 64..... بند سوم: وضع نظام‌های قائل به امکان جمع بین دو مسئولیت
- 65..... بند چهارم: حقوق ایران
- 66..... گفتار هفتم: آثار شرط عدم مسئولیت باطل
- 69..... بند نخست: بطلان جزئی شرط
- 69..... بند دوم: بطلان جزئی قرارداد (اثر شرط عدم مسئولیت باطل بر قرارداد)
- 70..... مبحث پنجم: شرط ضمان در عقود امانی
- 71..... گفتار نخست: مفهوم شرط ضمان در عقود امانی
- 72..... گفتار دوم: اعتبار شرط ضمان در عقود امانی
- 73..... بند نخست: دلایل طرفداران صحت شرط ضمان در عقود امانی
- 73..... بند دوم: دلایل طرفداران بطلان شرط ضمان در عقود امانی
- 75..... گفتار سوم: آثار شرط ضمان در عقود امانی
- 76.....

فصل دوم: مفهوم، انواع، وضعیت و آثار شرط ضمان مضارب

- 78..... مبحث نخست: مفهوم شرط ضمان مضارب
- 80..... مبحث دوم: انواع شرط ضمان مضارب از لحاظ نحوه وضع
- 81..... گفتار نخست: شرط ضمان مضارب در خود عقد مضاربه
- 81..... گفتار دوم: شرط ضمان مضارب در عقد خارج جایز

82	گفتار سوم: شرط ضمان مضارب در عقد خارج لازم
82	گفتار چهارم: شرط ضمان مضارب به عنوان یک توافق مستقل
83	گفتار پنجم: شرط ضمان مضارب در مضاربه‌های بانکی
85	مبحث سوم: وضعیت حقوقی شرط ضمان مضارب
86	گفتار نخست: دلایل طرفداران صحت شرط ضمان مضارب
87	گفتار دوم: دلایل طرفداران بطلان شرط ضمان مضارب
89	مبحث چهارم: آثار شرط ضمان مضارب

فصل سوم: شرط تملیک مجانی به مقدار تلف یا خسارت به صورت الزامی

92	مبحث نخست: مفهوم شرط تملیک مجانی
96	مبحث دوم: نحوه وضع شرط تملیک مجانی
97	گفتار نخست: اندراج شرط در خود عقد مضاربه
97	گفتار دوم: اندراج شرط در عقد خارج جایز
98	گفتار سوم: اندراج شرط در عقد خارج لازم
99	گفتار چهارم: وضع شرط به عنوان یک توافق مستقل
99	گفتار پنجم: شرط تملیک مجانی در مضاربه‌های بانکی
100	مبحث سوم: اعتبار شرط تملیک مجانی
100	گفتار نخست: دلایل طرفداران اعتبار شرط تملیک مجانی
103	گفتار دوم: دلایل طرفداران بطلان شرط تملیک مجانی
104	مبحث چهارم: آثار شرط تملیک مجانی
105	نتیجه
108	فهرست منابع
	پیوست: نمونه قرارداد مضاربه بانک رفاه کارگران کد 4001

چکیده

مضاربه یک نوع شرکت عقدی است که در قانون مدنی به عنوان یکی از عقود معین شناخته شده است. ماهیت واقعی مضاربه، شرکت سرمایه و کار است و در بیان حقیقت آن تقریباً هیچ اختلافی بین فقیهان و حقوق دانان وجود ندارد. عامل در عقد مضاربه، امین است و امین جز در صورت ارتکاب تقصیر، مسئول خسارات وارد بر مورد تصرفش نمی‌باشد. بنابراین مضارب، ضامن مال مضاربه نمی‌شود، مگر در صورت تعدی یا تفریط. حال باید دید آیا شرط ضمان عامل در مضاربه صحیح است یا باطل و این شرط خلاف مقتضای ذات عقد است یا خلاف مقتضای اطلاق عقد؟ اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه شخص مالک نخواهد شد، عقد باطل است. بدین معنی که این شرط هم خود باطل بوده و هم مفسد عقد می‌باشد. شرط مزبور، مخالف مقتضای ذات عقد مضاربه است، زیرا مقتضای ذات عقد، همان اشاعه در سود حاصله و امانت عامل است. در نتیجه این گونه شروط باطل و مبطل عقد هستند. اما اگر طرفین بخواهند برخلاف شرط مزبور توافق کنند براساس قسمت دوم ماده 558 ق.م و به وسیله حيله قانونی، به نحوی که به طور لزوم شرط شود در صورت تلف یا خسارت، مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند، هدف آنان تأمین می‌گردد.

واژگان کلیدی: شرط ضمان، حیل قانونی، عقد مضاربه، شرط باطل و مبطل.

مقدمه

الف) بیان مسئله

در جوامع قدیم زمینه فعالیت و بکارگیری سرمایه به مانند امروزی آن مثل تولید، ایجاد و راه اندازی کارخانه و غیره... به مفهوم گسترده وجود نداشته است. در عربستان قبل از ظهور اسلام مضاربه با همین نام میان مردم رایج بوده است. به دلیل کم یزرع بودن مکه شغل غالب مردم آن زمان تجارت بوده است. مضاربه میان آنان بدین صورت بوده است که شخص مال خود را در اختیار فرد دیگری می گذاشت تا با آن به تجارت بپردازد و سود آن را بین خود تقسیم کنند و خسارت احتمالی متوجه صاحب مال بوده است. قرآن کریم در سوره مبارکه‌ی قریش شماره 106، راجع به تجارت آنان می گوید: قریش برای تجارت، سفرهای تابستانه و زمستانه داشتند. به گواهی تاریخ، علت وقوع جنگ بدر کاروان تجاری کفار قریش بود؛ یعنی ابوسفیان در برگشت از سفر تجاری شام در نزدیکی مدینه با مسلمانان برخورد نمود؛ به خاطر این که مال التجاره به دست مسلمانان نیفتد، از بیراهه رفت و از مردم مکه (صاحبان سرمایه) یاری خواست. سرانجام کفار در منطقه بدر با پیامبر و مسلمانان جنگیدند و شکست خوردند. پیامبر (ص) قبل از بعثت به علت امانت‌داری مورد توجه بود. تجار و سرمایه‌داران آن عصر از جمله حضرت خدیجه، سرمایه خود را برای تجارت در اختیار ایشان قرار داد و در سفری به شام سود کلانی به دست آوردند. بنابراین عقد مضاربه، پیش از ظهور اسلام در شبه جزیره عربستان رایج و مورد توجه بوده و از عقود امضایی اسلام می‌باشد (ابراهیمی، 1377، صص 19-23).

مضاربه مولود و زائیده‌ی زندگی اجتماعی است. در اجتماع همه افراد دارای سرمایه نقدی نیستند و همه‌ی صاحبان سرمایه، دارای توانایی و قابلیت استفاده از توانایی و امکانات مالی خود نمی‌باشند. بنابراین باید راهی پیدا شود که سرمایه و کار با هم جمع شوند. عقد مضاربه باعث پیوند این عوامل است و ترکیبی را برای سودآوری مناسب پیدا می‌کند.

عقد مضاربه یکی از عقود معین می‌باشد که در قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است.

در صورت اجرای درست این عقد، بعضی مسائل اقتصادی مردم سامان می‌گیرد و از رکود سرمایه‌های نقدی جلوگیری می‌شود. این عقد در بانک‌ها مورد توجه و اعمال قرار گرفته و در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب 1362 سعی شده که منطبق با موازین شرعی و اسلامی و از شبهه‌ی ربا دور باشد.

مضاربه پیمانی است بین مالک و عامل؛ شرکتی است که یک طرف، سرمایه می‌دهد طرف دیگر خدمت و کارایی خود را در میان می‌گذارد. اما این شرکت فاقد شخصیت حقوقی است و با شرکت‌های تجاری متفاوت است. در شرکت‌های تجاری شخصیت حقوقی مستقل از شرکاء است، و همه شرکاء در سود و زیان شرکت سهیم هستند. عقد مضاربه شباهت زیادی به مزارعه و مساقات دارد. این عقود بر مشارکت کارکرد و سرمایه استوار است با این تفاوت که مضاربه در امور تجاری، مزارعه در زراعت و مساقات در باغداری است.

عقد مضاربه مرکب از چند عقد است؛ عقد وکالت، امانت، شرکت. این اعمال حقوقی جملگی از عقود جایز هستند و هیچ الزامی برای طرفین به وجود نمی‌آورد. مضاربه از عقود معوض است از یک طرف مالک، مال را در اختیار عامل می‌گذارد و از طرف دیگر، عامل خدمات خود را در اختیار مالک قرار می‌دهد و اگر سودی عاید گردد، سهم مشاعی را مالک می‌شوند و این سود جنبه احتمالی دارد. لذا باید مضاربه را در زمره عقود احتمالی آورد مانند بیمه (کاتوزیان، 1368 الف، صص 108 و 109) و برخی آن را از عقود مخاطره نام برده‌اند (جعفری لنگرودی، 1384، ص 56).

آنچه در این تحقیق از آن بحث شده، شرط ضمان مضارب است و سؤال اینجاست که آیا در عقد مضاربه، می‌توان مضارب را مسئول تلف سرمایه یا خسارات وارده دانست اگر چه تعدی و تفریط هم نکرده باشد؟ براساس قسمت نخست ماده 558 ق.م. «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است...».

یکی از احکام عقد مضاربه، امین بودن مضارب است. این ویژگی در تمام عقود امانی از جمله ودیعه، عاریه، وکالت، اجاره، مزارعه و مساقات وجود دارد. ماده 584 ق.م. این اصل را بیان داشته و مقرر می‌دارد: «شریکی که مال الشرکه در ید اوست، در حکم امین است و ضامن تلف و نقص آن نمی‌شود مگر در صورت تعدی یا تفریط».

ماده 556 ق.م. مقرر می‌دارد «مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی‌گردد مگر در صورت تعدی یا تفریط».

با توجه به امین بودن مضارب، این سؤال مطرح است که آیا در صورت تلف سرمایه و خسارت وارد بر آن مسئولیت او محدود به تعدی یا تفریط است؟

ماده 614 ق.م. مقرر می‌دارد «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی‌باشد مگر در صورت تعدی یا تفریط».

بنابراین قاعده «مال الامین الا الیمین» درباره همه امانت مقرر شده و کاربرد دارد. ماده 631 ق.م. در مورد عقد ودیعه مقرر می‌دارد «هر گاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است. بنابراین مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن‌ها ضامن نمی‌باشد مگر در صورت تعدی یا تفریط و در صورت استحقاق مالک به استرداد فقط، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد».

با توجه به قاعده امانت و ماده مزبور، سئوالی مطرح می‌گردد و آن این است که آیا قاعده مزبور از قواعد آمره است یا خیر؟ و آیا شرط ضمان امین صحیح و نافذ است یا فاسد و مفسد عقد؟ یا این که می‌توان مطابق اصل آزادی قراردادی و ماده 10 ق.م. به عنوان یک شرط ابتدایی امین را ضامن نمود اگر چه تعدی و تفریط نکرده باشد. در این زمینه میان فقیهان نظرات مختلف است. بعضی معتقدند شرط باطل است و باعث بطلان عقد می‌گردد (حلی، 1368، ص 264، شهید ثانی، 1390، ص 289). برخی دیگر معتقدند شرط صحیح است (طباطبائی یزدی، 1420، ص 262). قانون مدنی در دو مورد به صراحت اعلام نظر نموده است؛ یکی در مورد عقد عاریه است که ماده 642 ق.م. مقرر می‌دارد: «اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد مسئول هر کسر و نقصان خواهد بود اگر چه مربوط به عمل او نباشد» در حالی که در ماده 640 ق.م. مقرر می‌دارد «مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌شود مگر در صورت تعدی یا تفریط». این ماده مستعیر را در حکم امین دانسته است.

مورد دوم، در خصوص مضارب، در عقد مضاربه است که قسمت نخست ماده 558 ق.م. مقرر می‌دارد «اگر شرط شود... عقد باطل است...» و در قسمت ذیل ماده با استفاده از حیل قانونی مقرر داشته است «... مگر این که به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند».

دقیقاً در مقابل شرط ضمان مضارب شرط عدم مسئولیت مضارب قرار دارد؛ یعنی اگر در اثر تعدی یا تفریط مضارب خسارتی به سرمایه وارد شود در قبال مالک مسئولیت جبران خسارت را برعهده نداشته باشد. درست نقطه مقابل ماده 556 ق.م. سئوالی در این زمینه مطرح می‌شود که آیا این شرط از نظر حقوقی معتبر است یا فاسد؟ در این زمینه دو نظریه مطرح است. براساس نظر اول، شرط عدم ضمان مضارب باطل است و دو دلیل در بطلان شرط عدم مسئولیت مضارب بیان شده است. 1- شرط عدم مسئولیت مضارب، ابراء از دین ناموجود است (ابراء ما لم یجب) چون دین، احتمالی و درآینده بوجود خواهد آمد، لذا ابراء چنین دینی باطل است، در نتیجه شرط عدم مسئولیت مضارب باطل است (امامی، 1368 ب، ص 172). 2- شرط عدم مسئولیت مضارب، مخالف نظم عمومی و نامشروع است و مطابق بند 1 ماده 232 ق.م. باطل می‌باشد (سکوتی نسیمی، 1390، ص 253).

نظریه دوم این که، شرط عدم مسئولیت مضارب صحیح و دارای اعتبار است. دلایل آن قاعده «المؤمنون عند شروطهم»، «وفوا بالعقود» و اصل آزادی قراردادی (ماده 10 قانون مدنی) می‌باشند (کاتوزیان، 1368 ج، ص 327).

البته شرط عدم مسئولیت مضارب مواردی را که مضارب به عمد و از روی سوء نیت باعث تلف سرمایه شود و یا قصد اضرار عمدی را داشته باشد شامل نمی‌گردد، زیرا این اعمال خلاف توافق طرفین و نظم عمومی است. در مورد این که آیا قاعده‌ی عدم مسئولیت مضارب از قواعد امری است یا تکمیلی، برخی معتقدند که مقررات قانونی در مورد عقود و معاملات جنبه تکمیلی دارد نه آمره و ماده 556 قانون مدنی از این قاعده مستثنی نیست. پس شرط عدم مسئولیت مضارب از قواعد تکمیلی است (سکوتی نسیمی، 1390، ص 254).

به استناد اصله الاباحه و آزادی قراردادی می‌توان هر شرطی را که خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه نباشد در ضمن آن شرط نمود. گفتنی است براساس قسمت نخست ماده 558 ق.م. «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه شخص مالک نخواهد شد عقد باطل است...». بدین معنی که این شرط هم خود باطل بوده و هم مفسد عقد می‌باشد. مبنای این حکم آن است که تصور شده شرط فوق مخالف مقتضای ذات عقد مضاربه است. از این نظر مقتضای ذات عقد همان اشاعه در سود حاصله و امانت عامل است. در نتیجه براساس این نظر، این گونه شروط باطل و مبطل عقد هستند (حلی، 1368، ص 264، شهید ثانی، 1390، ص 289). در عین حال برخی نیز معتقد به صحت این شروط می‌باشند، زیرا شروط مزبور مخالف مقتضای عقد نیستند، بلکه خلاف مقتضای اطلاق عقد می‌باشند (امامی، 1368 ب، ص 110)؛ و فی الواقع محل نزاع همین جا است که، ملاک تشخیص خلاف مقتضای ذات عقد یا اطلاق عقد چه چیزهایی است؟ ثمره بحث نیز این است که اگر این شرط، فاسد و مفسد باشد عقد باطل بوده و بطلان هم آثارش روشن و قهقراپی است. البته قسمت دوم ماده 558 اشعار می‌دارد: «... مگر این که به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند». اما این سؤال مطرح است که آیا شرط تملیک مجانی مندرج در قسمت اخیر ماده 558 ق.م. اولاً مشروعیت شرعی نیز دارد یا خیر و در صورتی که پاسخ مثبت است، این امر ضمن کدام عقد می‌بایست شرط شود؟

ب- ضرورت و اهمیت تحقیق

بشر برای رفع احتیاجات خود به معاملات و قراردادها نیاز دارد و این نیاز ایجاب می‌کند که برای آن‌ها قوانینی وضع کند. مضاربه نیز یکی از معاملات رایج میان مردم بوده، قبل و بعد از اسلام در جوامع مختلف رواج داشته است. در این معامله به وسیله مالک و عامل میان دو عنصر کار و سرمایه ارتباط خاصی ایجاد شده و براساس این ارتباط، عامل با سرمایه مالک، به فعالیت اقتصادی می‌پردازد و در ازای این تلاش، سهمی از سود حاصله از آن وی می‌گردد. اما اگر زیانی بر سرمایه وارد شود، این زیان متوجه صاحب سرمایه خواهد بود. به تعبیر دیگر عامل فقط در سود

شریک می‌باشد و نه زیان احتمالی. مضاربه پس از پیروزی شکوهمند انقلاب اسلامی و اجرا نمودن قانون عملیات بانکی بدون ربا رونق بیشتری یافت، در حال حاضر یکی از معاملات مبتلا به می‌باشد. کمتر کاسبی را می‌توان یافت که با مفهوم مضاربه، حداقل در بانک‌ها آشنایی نداشته باشد. زیرا به موجب ماده 9 قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی در چارچوب سیاست‌های بازرگانی دولت منابع مالی لازم را براساس قرارداد مضاربه در اختیار مشتریان قرار دهند. بدیهی است پاسخ به پرسش‌های این پژوهش می‌تواند از مشروعیت یا عدم مشروعیت برخی شروط رفع شبهه نماید. با روشن شدن قضیه اخیر، اهمیت و ضرورت انجام این تحقیق نمایان می‌گردد.

پ- اهداف تحقیق

نقد و تحلیل فقهی - حقوقی آنچه که قانون‌گذار ایران در مورد موضوع پژوهش وضع نموده و ارایه راهکارهای مناسب در این رابطه به مقنن، اهداف اصلی این تحقیق می‌باشند. چه این که با مذاقه در ریشه‌های فقهی و حقوقی قضیه و شناخت مبنای ملحوظ نظر قانون‌گذار در هنگام تدوین ماده قانون مذکور، می‌توان به جمع‌بندی مناسبی در این زمینه دست یافت.

1- هدف کلی: نقد و تحلیل فقهی حقوقی ضمان در مضاربه.

2- اهداف ویژه: ارائه راهکار مناسب به نظام بانکی درخصوص شرط ضمان در مضاربه که مورد اعتراض برخی از اشخاص و مشتریان بانک‌ها قرار می‌گیرد.

ت- سئوالات تحقیق

1- آیا شرط ضمان عامل در مضاربه فاسد است؟

2- آیا شرط ضمان عامل، خلاف مقتضای ذات عقد است یا خلاف مقتضای اطلاق عقد؟

3- آیا شرط تملیک مجانی که در قسمت اخیر ماده 558 ق.م.آ آمده از نظر فقهی لازم‌الوفاست؟

4- شرط تملیک مجانی اموال عامل به نفع مالک سرمایه، باید ضمن کدام عقد آورده شود؟

ث - فرضیه‌های تحقیق

- 1- قرار دادن شرط ضمان عامل براساس آنچه قانون‌گذار اراده نموده، فاسد است.
- 2- شرط ضمان در عقد مضاربه خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه است، زیرا مقتضای عقد مضاربه عدم ضمان مضارب است.
- 3- شرط تملیک مجانی موجود در قسمت دوم ماده 558 ق.م. از نظر شرعی و قانونی لازم‌الوفاء، و مشمول عموم قواعد «وفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد.
- 4- در صورت آوردن شرط ضمان عامل به صورت لازم، ضرورت دارد که، نوع عقد لازم - مثلاً صلح - ذکر شود، و در صورتی که شرط مزبور، تعهد مستقل تلقی شود، صحت و بطلان آن، دایر مدار صحت و بطلان تعهدات ابتدایی است.

ج - پیشینه تحقیق

در مورد عقد مضاربه، کتب و مقالات فراوان و بسیار وجود دارد، و در این زمینه، کار زیاد شده است که بیشتر منابع، فقهی و به زبان عربی است. منابع عربی بسیار بسیار اندک و در حد انگشت شمار ترجمه شده است. در مورد ضمان در مضاربه تحقیقاتی به زبان فارسی به شرح ذیل صورت گرفته است:

- 1- مقاله «شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه» (علوی رضوی، 1388) به موضوع شرط ضمان عامل، اختلاف آراء فقهی و ادله موافقان و مخالفان پرداخته و آنان را مورد نقد قرار داده است.
- 2- مقاله «نقد و تحلیل حقوقی ماده 558 ق.م. پیرامون شرط ضمان مضارب» (صفار، 1377) به این موضوع پرداخته که ق.م. شرط ضمان مضارب را باطل و موجب بطلان عقد دانسته است. حقوق‌دانان علت حکم را مغایرت شرط با مقتضای ذات عقد مضاربه و مبتنی بر نظر مشهور فقها می‌دانند. در این مقاله به تحلیل ماده مزبور، انتقاد از آن و تقویت دیدگاه‌های مخالف پرداخته شده است.
- 3- در مقاله «شرط ضمان امین در فقه امامیه» (باریکلو، 1384) وضعیت شرط مزبور از لحاظ فقهی بررسی، و نظریات مختلف به سه گروه تقسیم بندی و تشریح گردیده است؛ 1- نظریه بطلان شرط و عقد به استناد مخالف بودن شرط با مقتضات ذات عقد. 2- نظریه بطلان شرط به دلیل مخالفت شرط با کتاب و سنت. 3- نظریه صحت شرط، چون دلیلی بر بطلان چنین شرطی وجود ندارد.
- 4- تحقیق «بررسی دلایل صحت شرط ضمان امین بخصوص مستأجر» (محبوبی، 1391). که در آن، ادله صحت و بطلان شرط ضمان امین، در دو فصل بحث و بررسی گردیده است.

5- کتاب «حقوق مدنی - عقود معین - مضاربه» (سکوتی نسیمی، 1390) که در آن به عقد مضاربه و موضوعات مربوط به آن از دیدگاه قانون‌گذار، فقیهان امامیه و حقوق‌دانان، پرداخته شده است. در پژوهش حاضر، سعی شده است شرط ضمان مضارب موشکافی و مورد تجزیه و تحلیل عمیق قرار گرفته و با تطابق آن با قانون عملیات بانکی بدون ربا، دستورالعمل اجرایی این عقد، آیین نامه‌های بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، و با توجه به کاربرد عقد مضاربه و نحوه اجرای شرط ضمان مضارب در قراردادهای بانکی به شبهات شرعی و قانونی که در این زمینه وجود دارد، پاسخ مناسب داده شود.

ج - روش انجام تحقیق

این تحقیق، از نظر روش تحلیلی و توصیفی است. روش گردآوری اطلاعات، کتابخانه‌ای است و در آن، از ابزار فیش برداری استفاده شده است.

ح - جنبه جدید بودن و نوآوری طرح

اصل عقد ضمان، موضوع تألیفات حقوقی و فقهی بوده است، اما کمتر مؤلفی به صورت مستقل، موضوع ضمان در مضاربه و سئوالات و ابهامات راجع به آن را به عنوان یک بحث مجزا مورد بررسی و تحلیل عمیق قرار داده است. لذا به نظر می‌رسد همچنان زمینه برای تحلیل‌های عمیق‌تر در این خصوص وجود دارد. به علاوه توجه به کاربرد عقد مضاربه و شرط ضمان مضارب در امور بانکی از ویژگی‌های پایان‌نامه‌ی حاضر می‌باشد.

خ - ساختار تحقیق

پژوهش حاضر در سه فصل به شرح ذیل تدوین یافته است.

فصل نخست: به مبادی تصویری پژوهش پرداخته شده و شامل 5 مبحث است.

مبحث نخست: شامل دو گفتار و در آن مفهوم لغوی و اصطلاحی مضاربه مورد بررسی قرار گرفته است.

مبحث دوم: به ارکان مضاربه در چهار گفتار شامل، نقد بودن سرمایه، معلوم و معین بودن سرمایه، کار مضارب و سود پرداخته است.

مبحث سوم: شامل دو گفتار، در مورد مفهوم شرط فاسد و مفسد و جایگاه شرط ضمان مضارب در میان شرط فاسد و مفسد می‌باشد.

مبحث چهارم: شامل هفت گفتار به مفهوم شرط محدودکننده مسئولیت، دیدگاه‌های مختلف در حقوق رمی ژرمنی، آنگلو ساکسون و مقایسه آن‌ها با حقوق ایران، شروط کاهش تعهد و کاهش مسئولیت و تفاوت آن‌ها در حقوق انگلیس، فرانسه و ایران، اعتبار شرط مذکور، دلایل نقضی (دلایل مخالفان) اعتبار شرط، دلایل حلی (دلایل موافقان) اعتبار شرط و نقد دلایل آن‌ها، آثار شرط محدودکننده مسئولیت و آثار شرط عدم مسئولیت باطل پرداخته است.

مبحث پنجم: شامل سه گفتار به مفهوم، اعتبار، آثار شرط ضمان در عقود امانی، دلایل طرفداران صحت و دلایل طرفداران بطلان شرط مزبور پرداخته است.

فصل دوم: مفهوم، انواع، اعتبار و آثار شرط ضمان مضارب، دلایل طرفداران صحت و دلایل طرفداران بطلان شرط مزبور را در چهار مبحث مورد بررسی قرار داده است.

مبحث نخست: به مفهوم شرط ضمان مضارب پرداخته است.

مبحث دوم: انواع شرط ضمان مضارب از لحاظ نحوه وضع، در پنج گفتار شامل اندراج شرط مزبور در خود عقد مضاربه، در عقد خارج جایز، در عقد خارج لازم، به عنوان یک توافق مستقل و در مضاربه‌های بانکی را مورد بررسی قرار داده است.

مبحث سوم: اعتبار شرط ضمان مضارب در دو گفتار، به دلایل طرفداران صحت و دلایل طرفداران بطلان شرط مزبور پرداخته است.

مبحث چهارم: به آثار شرط ضمان مضارب پرداخته است.

فصل سوم: شرط تملیک مجانی به مقدار تلف یا خسارت به صورت الزامی را در چهار مبحث مورد بررسی قرار داده است.

مبحث نخست: به مفهوم شرط تملیک مجانی پرداخته است.

مبحث دوم: نحوه وضع شرط تملیک مجانی در پنج گفتار شامل، اندراج شرط مزبور در خود عقد مضاربه، در عقد خارج جایز، در عقد خارج لازم، به عنوان یک توافق مستقل و در مضاربه‌های بانکی را مورد بررسی قرار داده است.

مبحث سوم: اعتبار شرط تملیک مجانی در دو گفتار، به دلایل طرفداران اعتبار و دلایل طرفداران بطلان شرط مزبور پرداخته است.

مبحث چهارم: به آثار شرط تملیک مجانی پرداخته است.