

## عقد «مضاربه» و تفاوت آن با عقد ربوی

مطمئنا در دنیای پرتلاطم امروزی، یکی از موضوعاتی که می تواند جوامع بشری را از اختلافات شخصی و جمعی در امان بدارد...



مطمئنا در دنیای پرتلاطم امروزی، یکی از موضوعاتی که می تواند جوامع بشری را از اختلافات شخصی و جمعی در امان بدارد، «آشنایی با حقوق متقابل افراد با یکدیگر و قانون» است که مهمترین اثر این آشنایی و آگاهی را می توان در پیشگیری از وقوع بسیاری از مشکلات حقوقی دانست؛ بنابراین، امروز تلاش داریم تا موضوع «عقد مضاربه» را بررسی کنیم.

مضاربه از عقود معینی است که در فقه امامیه، قانون مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا مورد بحث قرار گرفته است. فقهای امامیه احکام و شرایط این عقد را به دقت مورد بررسی قرار داده اند. حقوقدانان نیز به پیروی از فقهای بزرگ، عقد مذکور را در مباحث حقوقی و قانون مدنی مطرح کرده اند که بسیاری از قواعد و احکام مربوط به آن را از فقه امامیه اتخاذ نموده اند. در فقه و حقوق، عقد مضاربه در کنار دو عقد مزارعه و مساقات مورد مطالعه قرار گرفته است.

عقود مذکور اگرچه در زمره عقود معوض قرار دارند اما چون در جوهر و ذات همه آنها نوعی تعاون، همکاری و اتحاد وجود دارد و مشارکت وصف مشترک آنهاست، از سایر عقود متمایزند. باید گفت که تفاوت بین مضاربه، مزارعه و مساقات این است که مضاربه مشارکت کار و سرمایه برای تجارت است در حالی که این مشارکت در مزارعه فعالیت های کشاورزی و در مساقات باغداری است. از طرف دیگر بحث از قراردادهای یاد شده به ویژه عقد مضاربه اهمیت خاصی برخوردار است. زیرا از دیدگاه اقتصادی، عقود نامبرده مبین نقش کار و سرمایه در قلمرو فعالیت های اقتصادی است.

### مفهوم و اصطلاحات مضاربه

در مفهوم اصطلاحی، مضاربه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را در اختیار دیگری قرار می دهد تا با آن تجارت کند و در سود حاصل هر دو با هم شریک باشند و مفاد ماده ۵۴۶ قانون مدنی در حال معرفی عقد مضاربه است. به عبارت دیگر مضاربه عقدی است که به موجب آن یکی از متعاملین سرمایه می دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کند و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه، مالک و عامل، مضارب نامیده می شود. مشابه این مفهوم را قانونگذار در ماده ۲۶ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ بیان داشته است: مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده دار تأمین سرمایه (نقدی) می شود با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند.

با مقایسه این دو تعریف مشاهده می شود که در اساس هیچ تفاوتی باهم ندارند جز اینکه در ماده ۲۶ قانون عملیات بانکی بدون ربا به نوع سرمایه که باید وجه نقد باشد تصریح شده است در حالی که در ماده ۵۴۶ قانون مدنی به آن اشاره نشده است ولی این امر نباید موجب اشتباه شود که ذکر سرمایه در ماده ۵۴۶ قانون مذکور بلافاصله بعد از ماده مقرر بیان شده که (سرمایه باید وجه نقد باشد). تفاوت دیگر در قانون مدنی مضاربه را به عنوان «عقد» تعبیر کرده ولی در ماده ۲۶ قانون عملیات بانکی بدون ربا از آن به عنوان «قرارداد» یاد شده است ولی با توجه به اینکه از نظر عرف، تفاوتی بین عقد و قرارداد وجود ندارد و در میان عرف معمولاً این دو به جای هم به کار می روند، لذا قانونگذار هم براساس تفاهم عرفی در قانون اخیر از واژه «قرارداد» استفاده کرده است.

### ویژگی های عقد مضاربه

برای ایجاد عقد مضاربه رعایت شرایط عمومی در رابطه با صحت عقود ضروری است. این شرایط اختصاص به عقد خاصی ندارد و همه و همه عقود و قراردادهای در برمی گیرد.

قانون مدنی ایران در ماده ۱۹۰ شرایط عمومی صحت عقود را چنین بیان داشته است؛

قصد و رضای طرفین؛  
اهلیت طرفین؛  
موضوع معین که مورد معامله باشد؛  
مشروعیت جهت معامله.

هر کدام از شرایط مذکور دارای ضمانت اجرای خاص خود هستند. بدین معنی که قانونگذار با این شرایط، یکسان برخورد نکرده است. بنابراین اگر عقدی با قصد طرفین ولی بدون رضایت آنها منعقد شود، آن عقد غیرنافذ است. همچنین اگر نامشروع بودن هدف معامله در عقد تصریح گردد، موجب بطلان عقد می‌شود.

قصد و رضای طرفین

قانونگذار در ماده ۱۹۰ ی ۱۹۰ قانون مدنی قائل به تفکیک قصد و رضا شده است. رضا عبارت است از شوق درونی و تمنا و تمایل انسان به انجام عمل حقوقی، اما هرگاه این تمایل و خواست به مرحله ای ایجاد و انشا برسد قصد نامیده می‌شود. به همین دلیل هم ماده ۱۹۱ ی ۱۹۱ قانون مدنی قصد انشا را شرط تحقق عقد دانسته است.

اهلیت طرفین

اهلیت عبارت است از توانایی قانونی شخص برای دارا شدن یا اجرای حق. توانایی قانونی برای دارا شدن حق را «اهلیت تمتع» یا اهلیت دارا شدن حق یا «اهلیت تصرف» می‌نامند و توانایی قانونی برای اجرای حق را «اهلیت استیفاء» یا «اهلیت تصرف» می‌گویند. قانون مدنی در مواد ۹۵۶ و ۹۵۷ به اهلیت تمتع اشاره کرده است.

موضوع معین که مورد معامله باشد

بر اساس ماده ۱۹۰ ی ۱۹۰ قانون مدنی یکی دیگر از شرایط اساسی صحت معامله این است که موضوع معامله، معین باشد. منظور از معین بودن این است که مورد معامله نباید مردد دو یا چند چیز باشد، به عبارت دیگر در فقه و حقوق «معین» در مقابل «مردد» استعمال می‌شود.

در مواد ۲۱۴ تا ۲۱۶ قانون مدنی شرایط دیگری را نیز در رابطه با معامله ذکر کرده که موضوع معامله باید مال باشد تا قابل تسلیم باشد و مال باید مالیت داشته و منفعت عقلایی و مشروع داشته باشد و نباید مبهم باشد مگر در موارد خاصه. در اینجا سؤالی قابل طرح است که مورد معامله در عقد مضاربه چیست؟

در پاسخ به این پرسش، باید گفت که از آنجا که عقد مضاربه، عقدی عهدی است لذا مورد معامله در آن عبارت است از تعهدات طرفین عقد یعنی تعهد مالک به دادن سرمایه و تعهد عامل به انجام عمل و تجارت. این امر با مواد قانون مدنی در مورد تعریف و ویژگی‌های مورد معامله مطابقت دارد چرا که تعهد به دادن مال از طرف مالک یا صاحب سرمایه انجام می‌گیرد و تعهد به انجام عمل یا تجارت از طرف عامل صورت می‌پذیرد.

مشروعیت جهت عقد مضاربه

جهت چهارمین شرط از شرایط اساسی صحت معامله بر اساس ماده ۱۹۰ ی ۱۹۰ قانون مدنی است و در فقه به معنای غرض و داعی (انگیزه) به کار رفته است. در حقوق، اصطلاح جهت عبارت است از هدف هر شخصی در وقوع عمل حقوقی که این هدف بر حسب اشخاص مختلف نیز متفاوت است. به عنوان مثال شخصی زمینی را می‌فروشد به منظور حاجت به پول آن و دیگری به منظور خرید خانه؛ ای با پول و سومی به منظور خرید زمین بهتری. در قانون مدنی به «وسیله» و «توان» مشروع یا نامشروع بودن یک عمل حقوقی را معین نمود. در فقه امامیه اگر هدف کسی از فروش انگور و خرما و سایر محصولات که از آن مسکرات تهیه می‌شود، درست کردن شراب باشد، معامله «حرام» است. اگر جهت در معامله تصریح شده باشد، باید مشروع باشد و الا معامله باطل است. بنابراین اگر دو نفر عقد مضاربه ای را میان خود منعقد کنند و در عقد تصریح نمایند یا اینکه پیش از انعقاد عقد توافق نمایند که سرمایه مضاربه ای را میان خود منعقد کنند و در عقد تصریح به «کار گرفته شود، چنین عقدی محکوم به بطلان خواهد بود.

## الف. ماهیت عقد مضاربه

مضاربه عقد است نه ایقاع، به دلیل اینکه برای تشکیل مضاربه اراده<sup>2</sup>ی دو شخص لازم است و با وجود یک اراده مضاربه منعقد نمی<sup>3</sup>شود و عقد در اصطلاح فقهی و حقوقی به عملی اطلاق می<sup>4</sup>شود که برای ایجاد آن، اراده<sup>5</sup>ی حداقل دو نفر لازم باشد. در مقابل برای تحقق ایقاع، اراده<sup>6</sup>ی یک نفر به<sup>7</sup>تنهایی کافی است مانند طلاق.

### الف.۱. مضاربه عقد مشارکتی است

مضاربه جزو عقود مشارکتی است نه معاوضی. عقود مشارکتی، عقود هستند که طرفین قرارداد به جای مقابل هم قرار گرفتن، در کنار هم قرار می<sup>8</sup>گیرند و برای رسیدن به هدفی مشترک متحد می<sup>9</sup>شوند و در واقع بنای آنان، بر مشارکت و همکاری است که هدف از ایجاد آن سودجویی است ولی سودی احتمالی و نامعلوم که در آینده به<sup>10</sup>دست می<sup>11</sup>آید و حاصل کار و سرمایه<sup>12</sup>ی طرفین عقد است.

### الف.۲. مضاربه عقد عهدی است

یکی دیگر از اوصاف و ویژگی<sup>13</sup>های عقد مضاربه، عهدی بودن است یعنی اثر اصلی و مستقیم عقد مضاربه، ایجاد تعهد است که تعهد مزبور یک تعهد دو طرفه و متقابل است. بدین معنی که به<sup>14</sup>موجب مضاربه، مالک متعهد می<sup>15</sup>شود که سرمایه<sup>16</sup>ی تعیین شده را در اختیار مالک قرار بدهد و مضارب نیز متقابلاً متعهد می<sup>17</sup>شود که با سرمایه<sup>18</sup>ی که مالک در اختیار او قرار می<sup>19</sup>دهد، تجارت مورد نظر را انجام دهد تا در صورت حصول سود باهم شریک شوند و هرکدام به نسبت سهم خود آن را مالک گردد. البته نباید مضاربه را به اعتبار مالک شدن طرفین در سود حاصله، عقدی تملیکی دانست زیرا اولاً: تملیک و مالکیت امری احتمالی است و نسبت به مالی که ایجاد نشده است تصور رابطه<sup>20</sup>ی مالکیت امکانپذیر نیست. ثانیاً: تملیک بر فرض تحقق، اثر مستقیم مضاربه نیست بلکه اثر فرعی مضاربه یا اثر غیرمستقیم آن است. زیرا همان<sup>21</sup>طور که گفته شد اثر مستقیم مضاربه، ایجاد تعهد برای مالک و مضارب است که در صورت تحقق این اثر و انجام تعهد از سوی هریک از آنان ممکن است سودی حاصل شود تا هرکدام به نسبت سهم خود از سود را مالک گردند.

### الف.۳. مضاربه عقدی احتمالی است

یکی از ویژگی<sup>22</sup>های عقد مضاربه احتمالی بودن آن است، منظور از احتمالی بودن مضاربه این است که دسترسی طرفین عقد به عوض آنچه که در مضاربه قرار می<sup>23</sup>دهند احتمالی است. زیرا عوضی که در واقع سود حاصله از فعالیت<sup>24</sup>های تجاری است، ممکن است هرگز به دست نیاید و در نتیجه به<sup>25</sup>رغم زحمتی که مضارب متحمل می<sup>26</sup>شود و مالک نیز سرمایه<sup>27</sup>ی خود را در اختیار وی قرار می<sup>28</sup>دهد، سود قابل تقسیمی وجود نداشته باشد که بتواند به دو صورت تحقق یابد.

### الف.۴. مضاربه عقد مستمر است

عقود را از حیث اثری که عامل زمان در تعیین و اجرای تعهدات ناشی از آن دارد، به مستمر و فوری تقسیم کرده<sup>29</sup>اند. در عقود فوری یا آنی، اثر عقد در لحظه<sup>30</sup>ی که طرفین انتخاب کرده<sup>31</sup>اند، ایجاد می<sup>32</sup>شود مانند عقد بیع (خرید و فروش اموال) که به محض وقوع آن خریدار مالک مبیع (مال) و فروشنده مالک ثمن (مبلغ مورد معامله) می<sup>33</sup>شود ولی در عقود مستمر موضوع معامله و آثار آن به گونه<sup>34</sup>ی است که باید در طول زمان انجام شود مانند عقد اجاره و بیمه. با توجه به تعریف فوق عقد مضاربه نیز در زمره<sup>35</sup>ی عقود مستمر قرار می<sup>36</sup>گیرد زیرا انجام تجارت مورد نظر، مستلزم زمان است.

## ب. مقتضای عقد مضاربه

مقتضای عقد به مقتضای ذات و مقتضای اطلاق تقسیم می<sup>37</sup>شود. منظور از مقتضای عقد اثری است که از عقد ناشی می<sup>38</sup>شود. مقتضای ذات عقد عبارت است از اثری که مستقیم و بالذات از عقد ناشی می<sup>39</sup>شود مثل تملیک عین (مال) در عقد بیع (خرید و فروش مال) و تملیک منفعت در عقد اجاره. اما آنچه که به<sup>40</sup>طور تبعی و

غیرمستقیم از عقد ناشی می‌شود؛<sup>۵۲۷</sup> و مقتضای اطلاق عقد است. عده<sup>۵۲۸</sup>؛ از فقهای امامیه جایز بودن را مقتضای ذات عقد مضاربه می‌داند و شرط مخالف با آن مانند شرط لزوم یا شرط عدم عزل عامل از سوی مالک را باطل می‌داند.

### ج. ارکان عقد مضاربه

در مورد طرفین عقد مضاربه قابل ذکر است که مضاربه همچنان که ممکن است بین یک مضارب و یک مالک منعقد شود، گاهی اوقات ممکن است بین یک مضارب و چند مالک نسبت به سرمایه<sup>۵۲۹</sup>؛ های متعدد و جداگانه یا یک سرمایه که همگی در آن شریک باشند، واقع شود و همچنین ممکن است مالک چند مضارب اختیار نماید و با آنان عقد مضاربه منعقد سازد که معاملات تجاری را با توافق یکدیگر انجام دهند یا یکی خریداری نماید و دیگری متصدی فروش گردد یا آنکه یکی معامله به<sup>۵۳۰</sup>؛ خصوصی را انجام دهد و دیگری معاملات نوع دیگر، که ممکن است سهم آنان مساوی یا متفاوت قرار داده شود علاوه بر شرایط اساسی صحت قراردادها به شرح مواد ۱۹۰ قانون مدنی که وجود آنها در عقد مضاربه لازم و ضروری است همان<sup>۵۳۱</sup>؛ طور که در مبحث قبلی بیان شد مضاربه مبتنی بر سه رکن اساسی دیگری است که از آنها به عنوان سرمایه، عمل و سود نام برده می‌شود که به ترتیب به بررسی آنها می‌پردازیم:

#### ج.۱. سرمایه

سرمایه عبارت است از مالی که مالک به<sup>۵۳۲</sup>؛ موجب عقد مضاربه برای انجام معامله<sup>۵۳۳</sup>؛ های تجاری در اختیار مضارب یا عامل قرار می‌دهد. سرمایه در عقد مضاربه دو شرط دارد:

سرمایه باید وجه نقد باشد

به<sup>۵۳۴</sup>؛ موجب ماده<sup>۵۳۵</sup>؛ ی ۵۲۷ قانون مدنی، سرمایه باید وجه نقد باشد قانونگذار<sup>۵۳۶</sup>؛ وجه نقد<sup>۵۳۷</sup>؛ را در ماده<sup>۵۳۸</sup>؛ ی مزبور معنی نکرده است و حقوقدانان در بیان اینکه مراد از آن چیست اختلاف نظر داشته<sup>۵۳۹</sup>؛ اند. برخی از حقوقدانان، معنای وسیعی برای وجه نقد در نظر گرفته و آن را اعم از پول رایج کشور و ارز دانسته<sup>۵۴۰</sup>؛ اند. بنابراین مطابق دیدگاه دوم سرمایه در عقد مضاربه می‌تواند دلار، مارک، یورو یا هر پول رایج دیگر باشد. علت مشمولیت این دسته، حکم عرف است، به این معنی که به پول<sup>۵۴۱</sup>؛ های خارجی نیز در عرف وجه نقد گفته می‌شود. همچنین سرمایه در عقد مضاربه نمی‌تواند طلب (دین) یا منفعت باشد مگر اینکه همانند مورد فوق مالک به مضارب وکالت می‌دهد که ابتدا طلب او را وصول نماید و سپس به وکالت از طرف او و به اصالت از خود نسبت به وجه مزبور عقد مضاربه<sup>۵۴۲</sup>؛ ای منعقد نمایند و در این مورد فرقی ندارد که مدیون خود مضارب باشد یا شخص ثالث. بنابراین طلبکار نمی‌تواند به مدیون خود بگوید که طلبش را که در ذمه اوست به<sup>۵۴۳</sup>؛ عنوان سرمایه<sup>۵۴۴</sup>؛ ی مضاربه در نظر بگیرد و با آن تجارت کند.

سرمایه باید معلوم و معین باشد

برخلاف شرط اول یعنی وجه نقد تصریح شده در قانون مدنی در مورد معلوم و معین بودن سرمایه، تصریحی در قانون مزبور وجود ندارد، زیرا سرمایه یکی از ارکان مضاربه محسوب می‌شود و بدون آن مضاربه امکانپذیر نیست و رابطه<sup>۵۴۵</sup>؛ ی مستقیمی با سود حاصله دارد و همچنین به دلیل اینکه بعد از خاتمه<sup>۵۴۶</sup>؛ ی مضاربه که عامل باید سرمایه را به مالک رد نماید، مشکلی ایجاد نشود در ابتدای امر باید مقدار آن معلوم و معین باشد. به نظر یکی از حقوقدانان اگرچه عقد مبتنی بر سرمایه حاصل از آن است بنابراین در صورتی که سرمایه مجهول باشد نمی‌توان<sup>۵۴۷</sup>؛ ادعا کرد که موضوع معامله معین و معلوم است هرچند که نسبت سهم عامل از نوع سود تجارت نیز معین شده باشد.

#### ج.۲. عمل عامل

یکی دیگر از ارکان مضاربه عبارت از کار عامل است یعنی بعد از آنکه مالک سرمایه را در اختیار عامل قرار داد وی باید با آن به تجارت بپردازد تا چنانکه سودی حاصل گردد که با مالک در آن شریک شوند به<sup>۵۴۸</sup>؛ موجب ماده<sup>۵۴۹</sup>؛ ی ۵۲۶ قانون مدنی عامل باید سرمایه را در امر تجارت به<sup>۵۵۰</sup>؛ کار گیرد. بنابراین به نظر می‌رسد که اگر مالی به دیگری بدهد تا او آن را در یکی از معاملات تجاری مذکور در ماده<sup>۵۵۱</sup>؛ ی ۲ قانون تجارت به<sup>۵۵۲</sup>؛ کار گیرد تا در سود حاصل با هم شریک باشند، می‌توان چنین توافق و عقدی را مضاربه تلقی کرد و مشمول احکام و مقررات قانونی راجع به عقد مضاربه قرار داد و این تفسیر از ماده<sup>۵۵۳</sup>؛ ی ۵۲۶ قانون مدنی نه با اراده قانونگذار مغایرتی خواهد داشت و نه با

## احکام شرعی.

مطمئننا در دنیای پرتلاطم امروزی، یکی از موضوعاتی که می تواند جوامع بشری را از اختلافات شخصی و جمعی در امان بدارد، آشنایی با حقوق متقابل افراد با یکدیگر و قانون است؛ است که مهمترین اثر این آشنایی و آگاهی را می توان در پیشگیری از وقوع بسیاری از مشکلات حقوقی دانست؛ بنابراین، امروز تلاش داریم تا موضوع عقد مضاربه را بررسی کنیم.

مضاربه از عقود معینی است که در فقه امامیه، قانون مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا مورد بحث قرار گرفته است. فقهای امامیه احکام و شرایط این عقد را به دقت مورد بررسی قرار داده اند. حقوقدانان نیز به پیروی از فقهای بزرگ، عقد مذکور را در مباحث حقوقی و قانون مدنی مطرح کرده و به بسیاری از قواعد و احکام مربوط به آن را از فقه امامیه اتخاذ نموده اند. در فقه و حقوق، عقد مضاربه در کنار دو عقد مزارعه و مساقات مورد مطالعه قرار گرفته است.

عقود مذکور اگرچه در زمره عقود معوض قرار دارند اما چون در جوهر و ذات همه نوعی تعاون، همکاری و اتحاد وجود دارد و مشارکت وصف مشترک آنهاست، از سایر عقود متمایزند. باید گفت که تفاوت بین مضاربه، مزارعه و مساقات این است که مضاربه مشارکت کار و سرمایه برای تجارت است در حالی که این مشارکت در مزارعه فعالیت های کشاورزی و در مساقات باغداری است. از طرف دیگر بحث از قراردادهای یاد شده به ویژه عقد مضاربه اهمیت خاصی برخوردار است. زیرا از دیدگاه اقتصادی، عقود نامبرده مبین نقش کار و سرمایه در قلمرو فعالیت های اقتصادی است.

### مفهوم و اصطلاحات مضاربه

در مفهوم اصطلاحی، مضاربه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را در اختیار دیگری قرار می دهد تا با آن تجارت کند و در سود حاصل هر دو با هم شریک باشند و مفاد ماده ۵۴۶ قانون مدنی در حال معرفی عقد مضاربه است. به عبارت دیگر مضاربه عقدی است که به موجب آن یکی از متعاملین سرمایه می دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کند و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه، مالک و عامل، مضارب نامیده می شود. مشابه این مفهوم را قانونگذار در ماده ۳۶ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ بیان داشته است: مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده دار تأمین سرمایه (نقدی) می شود با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند.

با مقایسه این دو تعریف مشاهده می شود که در اساس هیچ تفاوتی باهم ندارند جز اینکه در ماده ۳۶ قانون عملیات بانکی بدون ربا به نوع سرمایه که باید وجه نقد باشد تصریح شده است در حالی که در ماده ۵۴۶ قانون مدنی به آن اشاره نشده است ولی این امر نباید موجب اشتباه شود که ذکر سرمایه در ماده ۵۴۶ قانون مذکور بلافاصله بعد از ماده مقرر بیان شده که (سرمایه باید وجه نقد باشد). تفاوت دیگر در قانون مدنی مضاربه را به عنوان عقد تعریف کرده ولی در ماده ۳۶ قانون عملیات بانکی بدون ربا از آن به عنوان قرارداد تعریف شده است ولی با توجه به اینکه از نظر عرف، تفاوتی بین عقد و قرارداد وجود ندارد و در میان عرف معمولاً این دو به جای هم به کار می روند، لذا قانونگذار هم براساس تفاهم عرفی در قانون اخیر از واژه قرارداد استفاده کرده است.

### ویژگی های عقد مضاربه

برای ایجاد عقد مضاربه رعایت شرایط عمومی در رابطه با صحت عقود ضروری است. این شرایط اختصاص به عقد خاصی ندارد و همه عقود و قراردادها را در برمی گیرد.

قانون مدنی ایران در ماده ۱۹۰ شرایط عمومی صحت عقود را چنین بیان داشته است:

قصد و رضای طرفین؛

اهلیت طرفین؛

موضوع معین که مورد معامله باشد؛

مشروعیت جهت معامله.

هر کدام از شرایط مذکور دارای ضمانت اجرای خاص خود هستند. بدین معنی که قانونگذار با این شرایط، یکسان برخورد نکرده است. بنابراین اگر عقدی با قصد طرفین ولی بدون رضایت آنها منعقد شود، آن عقد غیرنافذ است. همچنین اگر نامشروع بودن هدف معامله در عقد تصریح گردد، موجب بطلان عقد می شود.

### قصد و رضای طرفین

قانونگذار در ماده ۱۹۰ قانون مدنی قائل به تفکیک قصد و رضا شده است. رضا عبارت است از شوق درونی و تمنا و تمایل انسان به انجام عمل حقوقی، اما هرگاه این تمایل و خواست به مرحله و ایجاد و انشا برسد قصد نامیده می شود. به همین دلیل هم ماده ۱۹۱ قانون مدنی قصد انشا را شرط تحقق عقد دانسته است.

### اهلیت طرفین

اهلیت عبارت است از توانایی قانونی شخص برای دارا شدن یا اجرای حق. توانایی قانونی برای دارا شدن حق را «اهلیت تمتع» و توانایی دارا شدن حق یا «اهلیت تکلیف» می‌نامند و توانایی قانونی برای اجرای حق را «اهلیت استیفاء» و «اهلیت تصرف» گویند. قانون مدنی در مواد ۹۵۶ و ۹۵۷ به اهلیت تمتع اشاره کرده است.

موضوع معین که مورد معامله باشد

بر اساس ماده ۱۹۰ قانون مدنی یکی دیگر از شرایط اساسی صحت معامله این است که موضوع معامله، معین باشد. منظور از معین بودن این است که مورد معامله نباید مردد دو یا چند چیز باشد، به عبارت دیگر در فقه و حقوق «معین» در مقابل «مردد» استعمال می‌شود.

در مواد ۲۱۴ تا ۲۱۶ قانون مدنی شرایط دیگری را نیز در رابطه با معامله ذکر کرده که موضوع معامله باید مال باشد تا قابل تسلیم باشد و مال باید مالیت داشته و منفعت عقلایی و مشروع داشته باشد و نباید مبهم باشد مگر در موارد خاصه. در اینجا سؤالی قابل طرح است که مورد معامله در عقد مضاربه چیست؟

در پاسخ به این پرسش، باید گفت که از آنجا که عقد مضاربه، عقدی عهدی است لذا مورد معامله در آن عبارت است از تعهدات طرفین عقد یعنی تعهد مالک به دادن سرمایه و تعهد عامل به انجام عمل و تجارت. این امر با مواد قانون مدنی در مورد تعریف و ویژگی‌های مورد معامله مطابقت دارد چرا که تعهد به دادن مال از طرف مالک یا صاحب سرمایه انجام می‌گیرد و تعهد به انجام عمل یا تجارت از طرف عامل صورت می‌پذیرد.

مشروعیت جهت عقد مضاربه

جهت چهارمین شرط از شرایط اساسی صحت معامله بر اساس ماده ۱۹۰ قانون مدنی است و در فقه به معنای غرض و داعی (انگیزه) به «کار رفته» است. در حقوق، اصطلاح جهت عبارت است از هدف هر شخصی در وقوع عمل حقوقی که این هدف بر حسب اشخاص مختلف نیز متفاوت است. به عنوان مثال شخصی زمینی را می‌فروشد به منظور حاجت به پول آن و دیگری به منظور خرید خانه یا پول و سومی به منظور خرید زمین بهتری. در قانون مدنی به «وسیله» این هدف می‌توان مشروع یا نامشروع بودن یک عمل حقوقی را معین نمود. در فقه امامیه اگر هدف کسی از فروش انگور و خرما و سایر محصولات که از آن مسکرات تهیه می‌شود، درست کردن شراب باشد، معامله «حرام» است. اگر جهت در معامله تصریح شده باشد، باید مشروع باشد و الا معامله باطل است. بنابراین اگر دو نفر عقد مضاربه‌ای را میان خود منعقد کنند و در عقد تصریح نمایند یا اینکه پیش از انعقاد عقد توافق نمایند که سرمایه «مضاربه جهت خرید و فروش مشروبات الکلی» باشد، چنین عقدی محکوم به بطلان خواهد بود.

الف. ماهیت عقد مضاربه

مضاربه عقد است نه ایقاع، به دلیل اینکه برای تشکیل مضاربه اراده «مضاربه» و با وجود یک اراده مضاربه منعقد نمی‌شود و عقد در اصطلاح فقهی و حقوقی به عملی اطلاق می‌شود که برای ایجاد آن، اراده «مضاربه» حداقل دو نفر لازم باشد. در مقابل برای تحقق ایقاع، اراده «مضاربه» تنها کافی است مانند طلاق.

الف. ۱. مضاربه عقد مشارکتی است

مضاربه جزو عقود مشارکتی است نه معاوضی. عقود مشارکتی، عقود هستند که طرفین قرارداد به جای مقابل هم قرار گرفتن، در کنار هم قرار می‌گیرند و برای رسیدن به هدفی مشترک متحد می‌شوند و در واقع بنای آنان، بر مشارکت و همکاری است که هدف از ایجاد آن سودجویی است ولی سودی احتمالی و نامعلوم که در آینده به دست می‌آید و حاصل کار و سرمایه «مضاربه» طرفین عقد است.

الف. ۲. مضاربه عقد عهدی است

یکی دیگر از اوصاف و ویژگی‌های «مضاربه»، عهدی بودن است یعنی اثر اصلی و مستقیم عقد مضاربه، ایجاد تعهد است که تعهد مزبور یک تعهد دو طرفه و متقابل است. بدین معنی که به موجب مضاربه، مالک متعهد می‌شود که سرمایه «مضاربه» را در اختیار مالک قرار بدهد و مضارب نیز متقابلاً متعهد می‌شود که با سرمایه «مضاربه» که مالک در اختیار او قرار می‌دهد، تجارت مورد نظر را انجام دهد تا در صورت حصول سود با هم شریک شوند و هرکدام به نسبت سهم خود آن را مالک گردند. البته نباید مضاربه را به اعتبار مالک شدن طرفین در سود حاصله، «عقدی تملیکی دانست زیرا اولاً: تملیک و مالکیت امری احتمالی است و نسبت به مالی که ایجاد نشده است تصور رابطه «مضاربه» مالکیت امکانپذیر نیست. ثانیاً: تملیک بر فرض تحقق، اثر مستقیم مضاربه نیست بلکه اثر فرعی مضاربه یا اثر غیرمستقیم آن است. زیرا همان «مضاربه» طور که گفته شد اثر مستقیم مضاربه، ایجاد تعهد برای مالک و مضارب است که در صورت تحقق این اثر و انجام تعهد از سوی هریک از آنان ممکن است سودی حاصل شود تا هرکدام به نسبت سهم خود از سود را مالک گردند.

الف. ۳. مضاربه عقدی احتمالی است

یکی از ویژگی‌های عقد مضاربه احتمالی بودن آن است، منظور از احتمالی بودن مضاربه این است که دسترسی طرفین عقد به عوض آنچه که در مضاربه قرار می‌دهند احتمالی است. زیرا عوضی که در واقع سود حاصله از فعالیت‌های تجاری است، ممکن است هرگز به دست نیاید و در نتیجه به‌ZWNJ؛رغم زحمتی که مضارب متحمل می‌ZWNJ؛شود و مالک نیز سرمایه‌ZWNJ؛ی خود را در اختیار وی قرار می‌ZWNJ؛دهد، سود قابل تقسیمی وجود نداشته باشد که بتواند به دو صورت تحقق یابد.

الف. ۴. مضاربه عقد مستمر است

عقود را از حیث اثری که عامل زمان در تعیین و اجرای تعهدات ناشی از آن دارد، به مستمر و فوری تقسیم کرده‌ZWNJ؛اند. در عقود فوری یا آنی، اثر عقد در لحظه‌ZWNJ؛ی که طرفین انتخاب کرده‌ZWNJ؛اند، ایجاد می‌ZWNJ؛شود مانند عقد بیع (خرید و فروش اموال) که به محض وقوع آن خریدار مالک مبیع (مال) و فروشنده مالک ثمن (مبلغ مورد معامله) می‌ZWNJ؛شود ولی در عقود مستمر موضوع معامله و آثار آن به گونه‌ZWNJ؛ی است که باید در طول زمان انجام شود مانند عقد اجاره و بیمه. با توجه به تعریف فوق عقد مضاربه نیز در زمره‌ZWNJ؛ی عقود مستمر قرار می‌ZWNJ؛گیرد زیرا انجام تجارت مورد نظر، مستلزم زمان است.

ب. مقتضای عقد مضاربه

مقتضای عقد به مقتضای ذات و مقتضای اطلاق تقسیم می‌ZWNJ؛شود. منظور از مقتضای عقد اثری است که از عقد ناشی می‌ZWNJ؛شود. مقتضای ذات عقد عبارت است از اثری که مستقیم و بالذات از عقد ناشی می‌ZWNJ؛شود مثل تملیک عین (مال) در عقد بیع (خرید و فروش مال) و تملیک منفعت در عقد اجاره. اما آنچه که به‌ZWNJ؛طور تبعی و غیرمستقیم از عقد ناشی می‌ZWNJ؛شود مقتضای اطلاق عقد است. عده‌ZWNJ؛ی از فقهای امامیه جایز بودن را مقتضای ذات عقد مضاربه می‌ZWNJ؛دانند و شرط مخالف با آن مانند شرط لزوم یا شرط عدم عزل عامل از سوی مالک را باطل می‌ZWNJ؛دانند.

ج. ارکان عقد مضاربه

در مورد طرفین عقد مضاربه قابل ذکر است که مضاربه همچنان که ممکن است بین یک مضارب و یک مالک منعقد شود، گاهی اوقات ممکن است بین یک مضارب و چند مالک نسبت به سرمایه‌ZWNJ؛های متعدد و جداگانه یا یک سرمایه که همگی در آن شریک باشند، واقع شود و همچنین ممکن است مالک چند مضارب اختیار نماید و با آنان عقد مضاربه منعقد سازد که معاملات تجاری را با توافق یکدیگر انجام دهند یا یکی خریداری نماید و دیگری متصدی فروش گردد یا آنکه یکی معامله به‌ZWNJ؛خصوصی را انجام دهد و دیگری معاملات نوع دیگر، که ممکن است سهم آنان مساوی یا متفاوت قرار داده شود علاوه بر شرایط اساسی صحت قراردادها به شرح مواد ۱۹۰ قانون مدنی که وجود آنها در عقد مضاربه لازم و ضروری است همان‌ZWNJ؛طور که در محث قبلی بیان شد مضاربه مبتنی بر سه رکن اساسی دیگری است که از آنها به عنوان سرمایه، عمل و سود نام برده می‌ZWNJ؛شود که به ترتیب به بررسی آنها می‌پردازیم:

ج. ۱. سرمایه

سرمایه عبارت است از مالی که مالک به ZWNJ؛موجب عقد مضاربه برای انجام معامله‌ZWNJ؛های تجاری در اختیار مضارب یا عامل قرار می‌ZWNJ؛دهد. سرمایه در عقد مضاربه دو شرط دارد:

سرمایه باید وجه نقد باشد

به‌ZWNJ؛موجب ماده‌ZWNJ؛ی ۵۴۷ قانون مدنی، سرمایه باید وجه نقد باشد قانونگذار &laquo;وجه نقد&raquo; را در ماده‌ZWNJ؛ی مزبور معنی نکرده است و حقوقدانان در بیان اینکه مراد از آن چیست اختلاف نظر داشته‌ZWNJ؛اند. برخی از حقوقدانان، معنای وسیعی برای وجه نقد در نظر گرفته و آن را اعم از پول رایج کشور و ارز دانسته‌ZWNJ؛اند. بنابراین مطابق دیدگاه دوم سرمایه در عقد مضاربه می‌ZWNJ؛تواند دلار، مارک، یورو یا هر پول رایج دیگر باشد. علت مشمولیت این دسته، حکم عرف است، به این معنی که به پول‌ZWNJ؛های خارجی نیز در عرف وجه نقد گفته می‌ZWNJ؛شود. همچنین سرمایه در عقد مضاربه نمی‌ZWNJ؛تواند طلب (دین) یا منفعت باشد مگر اینکه همانند مورد فوق مالک به مضارب وکالت می‌ZWNJ؛دهد که ابتدا طلب او را وصول نماید و سپس به وکالت از طرف او و به اصالت از خود نسبت به وجه مزبور عقد مضاربه‌ZWNJ؛ی منعقد نمایند و در این مورد فرقی ندارد که مدیون خود مضارب باشد یا شخص ثالث. بنابراین طلبکار نمی‌ZWNJ؛تواند به مدیون خود بگوید که طلبش را که در ذمه اوست به‌ZWNJ؛عنوان سرمایه‌ZWNJ؛ی مضاربه در نظر بگیرد و با آن تجارت کند.

سرمایه باید معلوم و معین باشد

برخلاف شرط اول یعنی وجه نقد تصریح شده در قانون مدنی در مورد معلوم و معین بودن سرمایه، تصریحی در قانون مزبور وجود ندارد، زیرا سرمایه یکی از ارکان مضاربه محسوب می‌ZWNJ؛شود و بدون آن مضاربه امکانپذیر نیست و رابطه‌ZWNJ؛ی مستقیمی با سود حاصله دارد و همچنین به دلیل اینکه بعد از خاتمه‌ZWNJ؛ی مضاربه که عامل باید سرمایه را به مالک رد نماید، مشکلی ایجاد نشود در ابتدای امر باید مقدار آن معلوم و معین باشد. به نظر یکی از حقوقدانان اگرچه عقد مبتنی بر سرمایه حاصل از آن است بنابراین در صورتی که سرمایه مجهول باشد نمی‌ZWNJ؛توان ادعا کرد که موضوع معامله معین و معلوم است هرچند که نسبت سهم عامل از نوع سود تجارت نیز معین شده باشد.

یکی دیگر از ارکان مضاربه عبارت از کار عامل است یعنی بعد از آنکه مالک سرمایه را در اختیار عامل قرار داد وی باید با آن به تجارت بپردازد تا چنانکه سودی حاصل گردد که با مالک در آن شریک شوند به ZWNJ; موجب ماده ZWNJ; ی ۵۴۶ قانون مدنی عامل باید سرمایه را در امر تجارت به ZWNJ; کار گیرد. بنابراین به نظر می ZWNJ; رسد که اگر مالی به دیگری بدهد تا او آن را در یکی از معاملات تجاری مذکور در ماده ZWNJ; ی ۲ قانون تجارت به ZWNJ; کار گیرد تا در سود حاصل با هم شریک باشند، می ZWNJ; توان چنین توافق و عقدی را مضاربه تلقی کرد و مشمول احکام و مقررات قانونی راجع به عقد مضاربه قرار داد و این تفسیر از ماده ZWNJ; ی ۵۴۶ قانون مدنی نه با اراده قانونگذار مغایرتی خواهد داشت و نه با احکام شرعی.

انواع مضاربه با توجه به عمل عامل

مضاربه ZWNJ; ی مطلق و مقید؛ مضاربه ZWNJ; ی مطلق، مضاربه ZWNJ; ای است که در آن تجارت خاصی شرط نشده باشد که در این صورت عامل هر قسم تجارتی را صلاح بداند می ZWNJ; تواند انجام بدهد ولی در طرز تجارت باید متعارف را رعایت کند (ماده ۵۵۳ قانون مدنی). مضاربه ZWNJ; ی مقید، مضاربه ZWNJ; ای است که در آن تجارت خاصی شرط شده باشد که در این صورت عامل نمی ZWNJ; تواند با سرمایه ZWNJ; ای که مالک در اختیار او قرار داده، فعالیت تجاری غیر از مواردی که در قرارداد شرط شده را انجام دهد. مثلا اگر در قرارداد شرط شود که مضارب سرمایه را فقط در تجارت فرش مورد استفاده قرار دهد، مضارب نمی ZWNJ; تواند آن را در تجارت دیگری غیر از تجارت فرش به ZWNJ; کار گیرد.

مضاربه با قید مدت و بدون آن؛ با توجه به اینکه مضارب در عقد مضاربه ملزم به انجام تعهد معاملات تجاری است، مدت زمانی که مضارب اختیار چنین عملی را پیدا می ZWNJ; کند، قابل توجه است. بنابراین عقد مضاربه از حیث مدت می ZWNJ; تواند به دو قسم تقسیم شود: یا در مضاربه برای تجارت مدت معین شده یا مدت معین نشده است. چنانچه ماده ZWNJ; ی ۵۲۲ قانون مدنی به این مورد اشاره نموده که از دیدگاه قانونگذار، تعیین مدت در عقد مضاربه برخلاف نظر برخی از فقیهان امامیه شرط صحت مضاربه نیست و تعیین مدت در عقد مضاربه موجب لزوم مضاربه نمی ZWNJ; شود. یعنی همان ZWNJ; طور که عقد مضاربه بدون تعیین مدت عقدی جایز است با تعیین مدت نیز به جواز خود باقی است و در نتیجه هریک از طرفین هر وقت بخواهد می ZWNJ; تواند آن را فسخ کند و تعیین مدت مانع از فسخ مضاربه نیست.

بنابراین تنها اثری که برای تعیین مدت در مضاربه می ZWNJ; تواند در نظر گرفت این است که با انقضای مدت، مضاربه خود به خود منتهی گردیده و از بین می ZWNJ; رود و در نتیجه عامل بعد از انقضای مدت حق تصرف در سرمایه را نداشته و نمی ZWNJ; تواند به تجارت خود ادامه بدهد در حالی که اگر مضاربه مدت معین نشده باشد، مضاربه به قوت و اعتبار خود باقی خواهد بود مگر اینکه یکی از اسباب انحلال قهری مانند فوت، جنون، سفه و ZWNJ; رخ بدهد یا با اراده ZWNJ; ی یکی از طرفین عقد، فسخ گردد.

ج. ۳. سود

رکن سوم از ارکان مضاربه، سود حاصل از تجارت است که در واقع هدف نهایی طرفین عقد مضاربه نیز همین امر یعنی تحصیل سود است. در مورد سود مباحث متعددی قابل طرح است از جمله ویژگی ZWNJ; های سود، زمان تملک سود، تقسیم سود و شرط سود به نفع شخص ثالث و همچنین دارای ویژگی ZWNJ; های خاص دیگری است که هر یک از آنها از اهمیت خاصی برخوردارند. مثل احتمالی بودن سود و تملک سود به ZWNJ; وسیله ZWNJ; ی تقسیم.

تمایز سود و ربا

تعریف سود مضاربه: سود مضاربه عبارت است از منفعتی که در اثر خرید اشیا و فروش آنها به قصد تجارت حاصل می ZWNJ; شود. بنابراین تعریف سود مضاربه بایستی حتما ناشی از یک عمل تجارتی باشد و قصد منفعت ZWNJ; جویی در عمل داشته باشد.

تعریف ربا: ربا عبارت است از مبلغی که در قرض یا معامله دو کالای همجنس با یکدیگر گرفته می ZWNJ; شود و بر دو گونه است:

ربای قرضی: به این صورت است که مثلا شخصی صد هزار تومان به دیگری بدهد و مثلا دو ماه بعد صد و ده هزار تومان بگیرد.

ربای معاملی: در مبادله ZWNJ; ی دو جنس مشابه پیش می ZWNJ; آید. به عنوان مثال کسی پنجاه کیلوگرم گندم را به دیگری می ZWNJ; دهد و پس از مدتی پنجاه و پنج کیلوگرم از او می ZWNJ; گیرد.

ربای قرضی و معاملی هیچ تفاوتی باهم ندارند و از نظر اسلام هر دو عملی حرامند. لازم به ذکر است که پیش از ظهور اسلام ربای قرضی بین اعراب بسیار رایج بوده است. با توجه به مطالب فوق، تفاوت سود مضاربه و ربا مشخص می ZWNJ; شود.

تفاوت سود مضاربه با سود ربا

سود مضاربه منفعتی است که در اثر فعالیت و کوشش تجاری حاصل می ZWNJ; شود، اما ربا محصول کوشش و فعالیت نیست، همچنین ربا مقدار ثابت و معینی است که در قرض یا معامله تعیین می ZWNJ; شود، در حالی که سود مضاربه، غیر معین و احتمالی است و به تلاش شخص بستگی دارد. از سوی دیگر معامله ربوی هیچ خطر یا ضرر و زبانی متوجه شخص رباخوار نیست در حالی که تاجر ممکن است به جای سود متحمل ضرر و زیان گردد. آنچه در اسلام مورد نکوهش قرار گرفته و حرام دانسته شده ریاست نه سود و



## سود مضاربه و ZWNJ& می بانکی

در مضاربه و ZWNJ& می بانکی همانند مضاربه و ZWNJ& می مشمول قانون مدنی مقدار سهم طرفین از سود باید در قرارداد ذکر شود و این مقدار باید مطابق ماده و ZWNJ& می ۵۴۸ قانون مدنی جزء مشاعی از کل منافع باشد. به ZWNJ& می موجب ماده و ZWNJ& می ۱۳ دستورالعمل اجرایی مضاربه، حداکثر و حداقل سهم سود بانک و عامل توسط شورای پول و اعتبار تعیین خواهد شد. به این ترتیب شورای پول و اعتبار مشخص خواهد کرد که در مضاربه سهم بانک و عامل چه نسبتی از کل سود حاصله است. البته تعیین مبلغی به عنوان سهم بانک از سود که امروزه در بانک و ZWNJ& میها جریان دارد، برخلاف موازین فقهی و قانون مدنی است و موجب بطلان قرارداد مضاربه می و ZWNJ& می شود، اما در عمل بانک و ZWNJ& میها درصدی از سرمایه را به عنوان سهم بانک از سود تعیین می و ZWNJ& می کنند. مثلا از یک وام دویست هزار تومانی فرضا به مدت ۲۴ درصد سود دریافت کنند بدون احراز این امر که آیا واقعا مضاربه دارای سود است یا نه؟ ممکن است زمانی به سرمایه وارد شود که در این خصوص ماده و ZWNJ& می ۵۵۸ قانون تجارت خسارات را برمالک تحمیل کرده است و شرط ضمان عامل نسبت به سرمایه را باطل و مبطل مضاربه دانسته است ولی شرط تملک مالی از اموال مضارب را به ZWNJ& می طور مجانی به مالک پذیرفته است. انواع مضاربه با توجه به عمل عامل

مضاربه و ZWNJ& می مطلق و مقید؛ مضاربه و ZWNJ& می مطلق، مضاربه و ZWNJ& می ای است که در آن تجارت خاصی شرط نشده باشد که در این صورت عامل هر قسم تجارتهای را صلاح بداند می و ZWNJ& می؛ تواند انجام بدهد ولی در طرز تجارت باید متعارف را رعایت کند (ماده ۵۵۲ قانون مدنی). مضاربه و ZWNJ& می مقید، مضاربه و ZWNJ& می ای است که در آن تجارت خاصی شرط شده باشد که در این صورت عامل نمی و ZWNJ& می؛ تواند با سرمایه و ZWNJ& می ای که مالک در اختیار او قرار داده، فعالیت تجاری غیر از مواردی که در قرارداد شرط شده را انجام دهد. مثلا اگر در قرارداد شرط شود که مضارب سرمایه را فقط در تجارت فرش مورد استفاده قرار دهد، مضارب نمی و ZWNJ& می؛ تواند آن را در تجارت دیگری غیر از تجارت فرش به ZWNJ& می؛ کار گیرد.

مضاربه با قید مدت و بدون آن؛ با توجه به اینکه مضارب در عقد مضاربه ملزم به انجام تعهد معاملات تجاری است، مدت زمانی که مضارب اختیار چنین عملی را پیدا می و ZWNJ& می؛ کند، قابل توجه است. بنابراین عقد مضاربه از حیث مدت می و ZWNJ& می؛ تواند به دو قسم تقسیم شود: یا در مضاربه برای تجارت مدت معین شده یا مدت معین نشده است. چنانچه ماده و ZWNJ& می ۵۲۲ قانون مدنی به این مورد اشاره نموده که از دیدگاه قانونگذار، تعیین مدت در عقد مضاربه برخلاف نظر برخی از فقیهان امامیه شرط صحت مضاربه نیست و تعیین مدت در عقد مضاربه موجب لزوم مضاربه نمی و ZWNJ& می؛ شود. یعنی همان و ZWNJ& می؛ طور که عقد مضاربه بدون تعیین مدت عقدی جایز است با تعیین مدت نیز به جواز خود باقی است و در نتیجه هریک از طرفین هر وقت بخواهد می و ZWNJ& می؛ تواند آن را فسخ کند و تعیین مدت مانع از فسخ مضاربه نیست.

بنابراین تنها اثری که برای تعیین مدت در مضاربه می و ZWNJ& می؛ توان در نظر گرفت این است که با انقضای مدت، مضاربه خود به خود منتفی گردیده و از بین می و ZWNJ& می؛ رود و در نتیجه عامل بعد از انقضای مدت حق تصرف در سرمایه را نداشته و نمی و ZWNJ& می؛ تواند به تجارت خود ادامه بدهد در حالی که اگر مضاربه مدت معین نشده باشد، مضاربه به قوت و اعتبار خود باقی خواهد بود مگر اینکه یکی از اسباب انحلال فهری مانند فوت، جنون، سفه و &hellip; رخ بدهد یا با اراده و ZWNJ& می؛ یکی از طرفین عقد، فسخ گردد.

## ج.۳. سود

رکن سوم از ارکان مضاربه، سود حاصل از تجارت است که در واقع هدف نهایی طرفین عقد مضاربه نیز همین امر یعنی تحصیل سود است. در مورد سود مباحث متعددی قابل طرح است از جمله ویژگی و ZWNJ& می؛ های سود، زمان تملک سود، تقسیم سود و شرط سود به نفع شخص ثالث و همچنین دارای ویژگی و ZWNJ& می؛ های خاص دیگری است که هر یک از آنها از اهمیت خاصی برخوردارند. مثل احتمالی بودن سود و تملک سود به ZWNJ& می؛ وسیله و ZWNJ& می؛ تقسیم.

## تمایز سود و ربا

تعریف سود مضاربه: سود مضاربه عبارت است از منفعتی که در اثر خرید اشیا و فروش آنها به قصد تجارت حاصل می و ZWNJ& می؛ شود. بنابراین تعریف سود مضاربه بایستی حتما ناشی از یک عمل تجارتهای باشد و قصد منفعت و ZWNJ& می؛ جویی در عمل داشته باشد.

تعریف ربا: ربا عبارت است از مبلغی که در قرض یا معامله دو کالای همجنس با یکدیگر گرفته می و ZWNJ& می؛ شود و بر دو گونه است:

ربای قرضی: به این صورت است که مثلا شخصی صد هزار تومان به دیگری بدهد و مثلا دو ماه بعد صد و ده هزار تومان بگیرد.

ربای معاملی: در مبادله و ی دو جنس مشابه پیش می‌آید. به عنوان مثال کسی پنجاه کیلوگرم گندم را به دیگری می‌دهد و پس از مدتی پنجاه و پنج کیلوگرم از او می‌گیرد.

ربای قرضی و معاملی هیچ تفاوتی باهم ندارند و از نظر اسلام هر دو عملی حرامند. لازم به ذکر است که پیش از ظهور اسلام ربای قرضی بین اعراب بسیار رایج بوده است. با توجه به مطالب فوق، تفاوت سود مضاربه و ربا مشخص می‌شود.

#### تفاوت سود مضاربه با سود ربا

سود مضاربه منفعتی است که در اثر فعالیت و کوشش تجاری حاصل می‌شود، اما ربا محصول کوشش و فعالیت نیست، همچنین ربا مقدار ثابت و معینی است که در قرض یا معامله تعیین می‌شود، در حالی که سود مضاربه، غیر معین و احتمالی است و به تلاش شخص بستگی دارد. از سوی دیگر معامله ربوی هیچ خطر یا ضرر و زیانی متوجه شخص رباخوار نیست در حالی که تاجر ممکن است به جای سود متحمل ضرر و زیان گردد. آنچه در اسلام مورد نکوهش قرار گرفته و حرام دانسته شده رباست نه سود و قانون عملیات بانکی نیز بر اساس همین نگرش قانون عملیات بانکی بدون ربا ناشی شده است.

#### سود مضاربه و ی بانکی

در مضاربه و ی بانکی همانند مضاربه و ی مشمول قانون مدنی مقدار سهم طرفین از سود باید در قرارداد ذکر شود و این مقدار باید مطابق ماده ۵۴۸ قانون مدنی جزء مشاعی از کل منافع باشد. به موجب ماده ۱۳ دستورالعمل اجرایی مضاربه، حداکثر و حداقل سهم سود بانک و عامل توسط شورای پول و اعتبار تعیین خواهد شد. به این ترتیب شورای پول و اعتبار مشخص خواهد کرد که در مضاربه سهم بانک و عامل چه نسبتی از کل سود حاصله است. البته تعیین مبلغی به عنوان سهم بانک از سود که امروزه در بانک و ها جریان دارد، بر خلاف موازین فقهی و قانون مدنی است و موجب بطلان قرارداد مضاربه می‌شود، اما در عمل بانک و ها درصدی از سرمایه را به عنوان سهم بانک از سود تعیین می‌کنند. مثلا از یک وام دویست هزار تومانی فرضا به مدت ۲۴ درصد سود دریافت کنند بدون احراز این امر که آیا واقعا مضاربه دارای سود است یا نه؟ ممکن است زمانی به سرمایه وارد شود که در این خصوص ماده ۵۵۸ قانون تجارت خسارات را برمالک تحمیل کرده است و شرط ضمان عامل نسبت به سرمایه را باطل و مبطل مضاربه دانسته است ولی شرط تملک مالی از اموال مضارب را به و طور مجانی به مالک پذیرفته است.