

# **Examination of the Guarantee Clause in Contracts (Mudarabah and Civil Partnership) in Iran's Legal System with a Focus on Shi'a and Hanafi Jurisprudence**

1. Ali Gholamalizadeh: PhD Student, Department of Private Law, Birjand Branch, Islamic Azad University, Birjand, Iran
2. Ebrahim Taghizadeh\*: Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Payam Noor University, Tehran, Iran. Email: Taghizaadeh@gmail.com (Corresponding Author)
3. Ali Chehkandinejad: Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Birjand Branch, Islamic Azad University, Birjand, Iran

## **ABSTRACT**

The guarantee clause for profit in Mudarabah and partnership contracts is among the stipulations employed by banks and financial institutions to pursue commercial activities for profit within the framework of facilities. These institutions attempt to present such clauses as compliant with Islamic principles. However, substantive laws, specifically Articles 558 and 575 of the Iranian Civil Code, explicitly identify these clauses as inconsistent with the intrinsic requirements of such contracts. Islamic jurisprudence offers a clearer perspective, with notable differences between Shi'a and Hanafi schools on this matter. This research seeks to uncover the most accurate legal stance. Article 575 suggests an exception to the intrinsic nature of partnership by proposing a higher profit margin in exchange for additional efforts, an exception that Shi'a and Hanafi jurisprudence do not accept based on their interpretations. Similarly, in Mudarabah, the guarantee clause is implicitly assumed by the legislator, which leads to misinterpretations of Article 558 of the Civil Code among jurists. The latter part of the aforementioned article contradicts established principles of Islamic jurisprudence. Consequently, Shi'a and Hanafi jurisprudence, along with Hanafi legal provisions (Articles 1426–1428 of the *Majallat al-Ahkam al-Adliyah*), offer a clearer and more just perspective. Unfortunately, Iranian legislators have not adequately followed these insights. Therefore, revising the aforementioned articles is absolutely necessary.

**Keywords:** *Mudarabah, Partnership, Hanafi, Shi'a, Guarantee Clause.*

How to cite: Gholamalizadeh, A., Taghizadeh, E., & Chehkandinejad, A. (2024). Examination of the Guarantee Clause in Contracts (Mudarabah and Civil Partnership) in Iran's Legal System with a Focus on Shi'a and Hanafi Jurisprudence. *Comparative Studies in Jurisprudence, Law, and Politics*, 6(4), 254-269.

© 2024 the authors. This is an open access article under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) License.

Submit Date: 28 September 2024  
Revise Date: 29 October 2024  
Accept Date: 16 November 2024  
Publish Date: 25 December 2024



پژوهش‌های تطبیقی فقه،

حقوق و سیاست

## بررسی شرط تضمین در عقود (مضاربه و شرکت مدنی) در نظام حقوقی ایران، با رویکردی بر فقه شیعه و فقه حنفی

۱. علی غلامعلی زاده: دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند، ایران

۲. ابراهیم تقی زاده\*: استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. پست الکترونیک: [Taghizaadeh@gmail.com](mailto:Taghizaadeh@gmail.com) (نویسنده مسئول)

۳. علی چهکندی نژاد: استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند، ایران

### چکیده

شرط تضمین سود در عقد مضاربه و شرکت از جمله شروطی است که امروزه بانک‌ها و موسسات اعتباری در راستای فعالیت‌های تجاری با هدف کسب سود در قالب تسهیلات، بدان تمسک جسته و به هر طریق سعی در اسلامی جلوه دادن این شروط دارند؛ این در حالی است که در قوانین ماهوی در ماده ۵۵۸ و ماده ۵۷۵ ق.م. به صراحت به خلاف مقتضی ذات بودن این شروط اشاره شده است. در این زمینه فقه بیانی روشنتر دارد و با تفاوتی که شیعه و حنفی در این زمینه دارند به دنبال یافتن رأی صواب و حقیقت، بدین پژوهش پرداخته ایم. ماده ۵۷۵ شرط سود بیشتر در مقابل عملی را به عنوان استثنای ذات مشارکت پیشنهاد نموده که مطابق استظهارات فقهی در شیعه و حنفی چنین استثنایی پذیرفته نیست و شرط سود بیشتر در مقابل ضمانت بیشتر پیشنهاد می‌گردد. در مورد مضاربه نیز شرط تضمین به همین منوال خود مفروض مقنن است که برداشت‌های ناصواب از ماده ۵۵۸ ق.م. در میان حقوقدانان و قسمت اخیر ماده فوق‌الذکر خلاف قواعد مسلمة فقهی است و از این رو فقه شیعه و حنفی و حقوق حنفی (مواد ۱۴۲۶-۱۴۲۸ مجله الأحكام العدلیه) در این زمینه رساتر و به عدالت نزدیکتر است که متأسفانه مقنن ایرانی در این زمینه با تتبع عمل ننموده است. لذا لزوم اصلاح مواد فوق‌الذکر کاملاً ضروری است.

**واژگان کلیدی:** مضاربه، شرکت، حنفی، شیعه، شرط تضمین.

نحوه استناددهی: غلامعلی زاده، علی، تقی زاده، ابراهیم. و چهکندی نژاد، علی. (۱۴۰۳). بررسی شرط تضمین در عقود (مضاربه و شرکت مدنی) در نظام حقوقی ایران، با رویکردی بر فقه شیعه و فقه حنفی. پژوهش‌های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، ۶(۴)، ۲۶۹-۲۵۴.

© ۱۴۰۳ تمامی حقوق انتشار این مقاله متعلق به نویسنده است. انتشار این مقاله به صورت دسترسی آزاد مطابق با گواهی (CC BY-NC 4.0) صورت گرفته است.

تاریخ ارسال: ۷ مهر ۱۴۰۳

تاریخ بازنگری: ۸ آبان ۱۴۰۳

تاریخ پذیرش: ۲۶ آبان ۱۴۰۳

تاریخ چاپ: ۵ دی ۱۴۰۳



همانطور که پیشتر اشاره نمودیم، عقود و معاملات بانکی محوریت عملیات اقتصادی خود را بر پایه عقود اسلامی و توجیه شروط مندرج در آن قرار داده‌اند. از این رو ابتدا باید وضعیت شروط تضمین سود و شروط عدم تحمیل ضرر که سببه فقهی نیز دارند بررسی گردد و با رویکردی که از فقه اسلامی در این زمینه استظهار می‌گردد میزان پابندی به شروط و آثار عدم اجرای تعهدات در هر مورد به تفکیک روشن گردد. لازم به ذکر است با توجه به اینکه أمهات فعالیت‌های عقود مشارکت بانکی که در قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز احصاء شده‌اند، بر عقود مضاربه و مشارکت مدنی استوار است که مورد بررسی قرار خواهند گرفت. این که فقه حنفی را انتخاب نمودیم بدین جهت است که تنها این قسم از فقه، شرکت مفروضه را پذیرفته و ظاهراً با شیعه در تضاد است و همچنین در بحث تضمین سود با تتبع نویسنده تنها در این قسم از فقه ایرادات وارده و جواب آن‌ها قابل اعتنا می‌باشد و شافعی و مالکی در این زمینه قولی مشابه شیعه دارند و حنبلی در بیشتر اقوال مردد میان دو قول است که مطلوب ما در فقه حنفی یافت شد.

### مبحث اول: شرکت و مضاربه در لغت و اصطلاح

شرکت مشتق از کلمه شرکه و دارای مشتقات بیشماری در لغت عرب می‌باشد. ابن فارس در مقائیس اللغه بودن شیئی را در ید و برای دونفر می‌داند به نحوی که هیچ کدام استقلال در آن نداشته باشند (Abu Al-Hussein, 1983). راغب اصفهانی، آن را به معنای اختلاط دو ملک تلقی نموده است (Al-Raghib Al-Isfahani, 1991). در لغتنامه زمخشری، شرکه به یک مفهوم شرکت در زمین زراعی دانسته شده است که مضارعه را به عنوان مصداق آن معرفی نموده است (Al-Zamakhshari, 1996). و اشترکنا و تشارکنا در یک مورد، همانند شرکت در بیع و میراث نیز دانسته شده است (Ibn Manzur, 1993). چنین تعبیری از دیدگاه اهل لغت مفهوم شرکت قهری و اختیاری را می‌رساند. شریک در لغت نیز اجتماع چند نفر در مال معرفی شده است (Al-Jawhari, 1989). در نهایت مشارکه در لغت شرکت دو نفر یا بیشتر در شی واحد و یا مختلفی در صورتی که جواز آن ممنوع نباشد؛ همانند عدم جواز شرکت یهودی یا نصرانی با مسلمان مگر در موارد معینه (Al-Humairi, 1999).

در اصطلاح فقهاء شرکت را در وهله‌ی اول، اباحه تصرف قلمداد نموده (Al-Halabi, 1983) که لازمه آن اختلاط میان اموال از یک جنس و مشترک می‌باشد. در بعض کتب فقهی بدون تعریف مطلق شرکت، شرایط آن معرفی شده است، بدین تعبیر که مال مورد شرکت باید مختلط باشد، نه اینکه متمایز باشد. در حقیقت شرکت آنست که تلف مال برای شرکاء و سلامت آن برای آن‌ها باشد (Al-Tusi, 2011). چنین تعبیری در مورد مال مشاعی می‌باشد. شرکت در اصطلاح حقوقی از شرکت به معنای خاص آن، یکی از عقود معینه است که همراه با اشاعه در حق مالکیت، ایجاد می‌شود و به طور معمول، هرگاه در حقوق مدنی نامی از شرکت برده می‌شود مقصود همین معناست؛ چرا که شرکت به معنای گسترده و وسیع خود، علاوه بر شمول عقد شرکت، شامل عقد مضاربه، مزارعه و مساقات و نیز به هر مزج و اختلاط اموالی که قابل تمیز از یکدیگر نباشد (خواه اختیاراً آن مزج حاصل شده باشد و خواه قهراً) خواهد شد، لذا شرکت به عقدی و غیر عقدی تقسیم می‌گردد (Taheri, 1997).

## مبحث دوم: بررسی شروط تضمین در عقد شرکت

همانطور که می‌دانیم شرکت سبب اباحه در تصرف مختص اموالی است که هم‌جنس و از یک جنس باشند به گونه‌ای که موجب مزج مال شود و تمیز بین آن‌ها نتوان داد (Al-Halabi, 1983). در این صورت مقدار سود به دست آمده از آن به نسبت مالی که بین طرفین وجود دارد تقسیم می‌شود و اگر به سود بیشتری برای دیگری توافق کرده باشند، بدون مجری جریان خاص عقد مشارکت مدنی به مقدار اضافی میبچه به مقتضای اذن، حق رجوع برای مبیح مادام که عین آن باقی است می‌باشد (Al-Halabi, 1983).

مشارکت از عقود اسلامی است که هدف از آن غالباً کسب سود است که در فعالیت‌های بانکی مختص به عنوان هدف بدان نگریسته شده است. در حقیقت مشارکت از صیغه‌های مصرفی است که بانک‌ها با تمویل در جهت فعالیت‌های تجاری، زراعی و صنایع بدان مباردت می‌ورزند (Al-Tusi, 1976).

چنین مبالغی غالباً با تقدیم یک جا یا به دفعات متعدد همزمان با پیشرفت فعالیت مورد نظر پرداخت می‌گردند. در حقیقت تطبیق این افعال بانک‌ها با موارد مشارکت در فقه مصداق داشته و سهم بانک از آن با دادن مبالغ تمویلی موضوعیت می‌یابد.

در نظام حقوق اسلامی نوین عقود اسلامی که از آن‌ها برای مقاصد ربح و سود استفاده شده، عناوین اسلامی برای تحمیل شرایط مورد نظر فعالیت‌های اقتصادی، در عناوین نوین عقود استثماری قرار گرفته‌اند.

### گفتار اول: بررسی شرط تخلف از توافق در عقد شرکت

این شرط در شرکت در تجارت در فقه موضوعیت می‌یابد که مورد مشارکت باید قابل اشاعه و امتزاج باشد به نحوی که نتوان اجزای آن را تمیز داد (Al-Tusi, 2012). مورد شرکت یا علاحده است همانند یک جنس معین مثل یک حیوان؛ یا آنکه دارای انواع و نظایر است همانند حبوبات و جنسهای دارای اجزای مقصود بالاصال، همانند اجناس وزن شدنی و پیمانهای. در قسم اول شهرت در عدم شرکت در آن است و در قسم دوم شرکت در آن جایز است؛ اما دلیل اینکه شرکت در قسم اول جایز به حساب نیامده است اینست که یا عقد شرکت بر عین مال است یا بر ثمن مال. شرکت در عین در این مال به جهت عدم تمیز بین اموال و اینکه باید در مالی باشد که اختلاط مال به نحوی شود که نتوان هیچ یک را از دیگری تمیز داد شرط است؛ در حالی که در اینجا نمی‌توان بر عین مال معین غیر مثلی شرکتی برقرار نمود. در مورد شرکت بر ثمن عین، نیز شرکت برقرار نمی‌شود چه اینکه مستلزم اینست که شرکت معلق به صفتی محتمل شود که وجود خارجی ندارد و حتی سبب مقتضای آن هم بوجود نیامده است. به عنوان مثال با تو شریک می‌شوم در سودی که از تجارت با عین مورد نظر بدست بیاوری! چنین تعلیقی صحیح نیست. در حقیقت مفهوم شرکت اینست که تلف از مال شرکت از آن هر دو نفر یا بیشتر باشد و همچنین است سلامت و سود کالا (Al-Tusi, 1999). در حالی که مورد پیشین مودای اینست که تلف مال از آن یکی و سود آن از آن دیگری باشد که با مقتضای شرکت مخالف است.

همچنین آنچه که در مورد شرکت مدنی در فقه است اینست که اشتراک در منافع در غیرمالی که مثلی است و قابل اختلاط باشد، صحیح شمرده نشده است.

قابل ذکر است که در شرکت فقهی تعیین سود به نسبت مشارکت صاحبان سرمایه خواهد بود (Al-Tusi, 2012). همچنین است تقسیم ضرر وارده به مال مشارکتی به نسبت رأس المالی که طرفین آورده‌اند. ضمانت تخلف از شرط در مشارکت مدنی از قواعد آمره این عقود است. در این زمینه بیانی از شیخ طوسی (ره) در باب تخلف از شرط در مشارکت مدنی به شرح زیر آورده می‌شود:

معنای عبارت چنین است: «زمانی که شرط کنند که یکی از طرفین متولی در اداره مال شود و دیگری متصرف آن مال شود برای فرد دیگر حق تصرف در آن مال نیست؛ مگر با اذن دیگری. اگر شرط کنند که تصرفشان جمعی باشد، برای هر یک از آن‌ها حق تصرف انفرادی نیست و اگر شرط کنند که تصرف هر کدام به اجتماع و اشتراک مجاز است، بر هر صورت که تصرف نمایند، صحیح است. اگر شرط نمایند که احد از شریکین مال را نسیه نفروشد و یا مال را به بلاد دیگر نبرد بدون اذن دیگری و یا خریدی بجز عین مال ننماید و شریک او مخالف توافق و تبانی عمل نماید، پس شریکی که تخلف نموده ضامن است اگر مال از بین برود و اگر موردی قرارداد شده در بیع و خرید و فروش نقد و نسیه که منظور مصلحتی هر دو طرفین در آن باشد، آنچه که انجام داده‌اند از موارد فوق صحیح است» (Al-Tusi, 2012).

مطابق بیانی که از شیخ طوسی رحمه الله علیه در مورد احکام شرکت در کتاب النهایه ذکر شد جمله‌ای که مبنی بر تخلف احد شریکین از شرط منظور طرفین می‌تواند ارائه الگوی مطلوب مبنایی و عملیاتی نماید. چه اینکه زمانی که شریک المال که متولی بر مال قرارداد شده و یا اداره مال با اوست، از شرط تخلف نماید؛ یعنی به عنوان مثال از اینکه مال را بدون اذن شریک حمل ننماید و یا آنکه آن را به غیر متاع معین نفروشد، در صورت تخلف ضامن طرف مقابل است اگر مال تلف شود. وقتی صحبت از تلف مال می‌شود ولو به قوه قاهره، نوع ضمان به ضمان ایادی غاصبه شبیه می‌باشد که تخلف از شرط، مشروط علیه را ضامن تخلف و در نتیجه تلف مالی که از غیر از آن ایجاد شده است، نیز می‌باشد. با کمی تأمل درمی‌یابیم که در اینجا در مشارکت هر کدام از طرفین که شرطی بر آن‌ها شده است، اگر تخلف نمایند از شرط، ضمانت ضرر و زیان طرف مقابل بر اوست چه اینکه تخلف مشروط علیه، ید امانی را به ید ضمانی تبدیل نموده و مسئولیت جبران خسارت و ضرر و زیان را بر عهده مشروط علیه قرار می‌دهد.

#### گفتار دوم: بررسی شرط تضمین سود و زیان

می‌دانیم که شرکت فقهی در اصل آنست که طرفین شریکین در اصل و سود مال شریک باشند. همچنین است مشارکت عملیه یا قدیمیه که عقد و تراضی است؛ به تعبیر دیگر آن توافق بر انشاء عمل مشروع یا تجارت یا صنعت یا زراعت بر مبنای کسب سود و یا تقسیم میان طرفین؛ بنابراین تقسیم سود میان آن‌ها به نسبت رأس المال و عمل و خسارت به میزان نسبت سهم شرکاء می‌باشد که این مسئله در میان اهل تسنن نیز رایج است (Mahmoud Noor Ali, 1998). متنها چنان که ذکر خواهیم کرد نیاز به تعدیل دارد. همچنین مشارکت به جهت آنکه از عقود امانی است ضمانت سود در آن جز در فرض تعدی و تقصیر مفروض نیست.

از طرفی هم مشهور است در اهل سنت که تقسیم سود بنا بر توافق است ولی تقسیم ضرر بنا بر رأس المال و بر طرفین عقد تمویلی تقسیم می‌شود (Abu Al-Hijaj, 2007). اما در میان حنفی‌ها مسئله با جزئیات بیشتری نگریسته شده و لذا در تقسیم ضرر هم شرط را حمل بر مقتضای شرکت و آن هم به نسبت سهم از رأس المال نموده‌اند.

در مشارکتی که بانک با فرد وام گیرنده یا شریک دارد، بانک به اعتبار سابقه موفق شرکت و مدیران موفق آن و همچنین نحوه فعالیت آن‌ها انتخاب می‌کند که در معاملات و سهم‌الشرکه شریک درخواست کننده وام، مشارکت نماید؛ بنابراین با علم و آگاهی و همچنین با شرط نظارت مستمر و پیگیری توسط نماینده خود می‌تواند به صورت عاقلانه میزان سود دهی فعالیت‌های مشارکتی خود را تضمین نماید. ولی چنانکه لزوم قاعده عقلی نیز چنین است، مسئولیت خساراتی که اجتناب ناپذیر و یا در زمره پیش بینی‌های منطقی طرفین نبوده نمی‌توان شرط زیاده نمود و خسارت احتمالی این چنینی را جز در صورت تعدی و تفریط نمی‌توان مطالبه نمود چنانکه در ایادی امانی نیز چنین شروطی با مقتضای آن عقود مخالف است و در نهایت ممکن است تبدیل به عقد دیگری شود که در این صورت، داشتن نام شرکت بر چنین توافقی تنها ظاهر

امر است در حالی که هیچ یک از احکام عقد شرکت در آن جریان نمی‌یابد. از این رو برای بانک این امکان وجود دارد که خود مشتری را از جانب خود در اداره شرکت وکیل بگیرد و یا شخص دیگری را در اداره شرکت همراه با مشتری انتخاب کند. در هر دو صورت وکیل مسئول و ضامن خسارت نیست مگر در صورتی که افراط و تفریط کرده باشد و مقصر شناخته شود.

در قانون مدنی در ماده ۵۷۵ که تجویز سهم زیادتر را برای یکی از شریکین نسبت به رأس المال در نظر گرفته شده است ناظر به موردی باید حمل نمود که با احکام و قواعد آمره عقد مشارکت در تضاد نباشد. در فقه نیز شرط زیاده در سود برای یکی از طرفین مشارکت تنها در فرضی تجویز شده که شرط سود بیشتر در مقابل عملی که ممتاز باشد ویا حاصل تخصص و مهارتی باشد که دیگری ندارد و یا از آن بهره‌نجمسته در این مشارکت در نظر گرفته شود و تنها به همین فروض محدود شود. البته مطابق استظهار از روایات در میان شیعه و آنچه که مشهور در فقه حنفی است و ذکر خواهیم نمود، شرط زیاده می‌تواند توافق بر تحمیل ضرر برای مبیحله را، مباح سازد. چه اینکه لزوم قاعده عقلی نیز تجاوز از احکام و قواعد آمره عقود، چنانچه مورد استثنا نداشته باشد سبب بطلان است و چنانچه دارای استثنائاتی این چنینی باشد، در محدوده‌ی استثناء جاری و در غیر آن سبب بطلان عقد مورد نظر می‌باشد (Misbahi-Moghadam, 2018).

در این زمینه روایتی مبنی بر صحت شرط بردن تمام سود و زیان برای یک طرف اشاره شده است:

از ابن ابی عمیر از حماد از حلبی «از امام صادق علیه السلام در مورد دو مردی که در مالی مشترک شده بودند پرسیده شد که در آن مال سودی بود ولی در آن دین هم بود؛ از این رو یکی به دیگری گفت به من اصل مال را بده و سود شرکت از آن تو باشد و همچنین است بدهکاری مال؛ سپس امام فرمود اشکالی ندارد اگر چنین شرطی بسته شود، پس اگر شرطی خلاف کتاب خدا باشد، پس باید به فرمان الهی رد شود» (Al-Kulayni, 2008).

محقق شعرانی در شرح وافی گفته است که قول او: «اشترکا فی مال» ظاهر در اینست که عقد شرکت اختیاری است و عده‌ای از فقهاء شرکت در اموال قیمی را قبول ندارند چه اینکه اختلاط اشتباهی رخ می‌دهد. بحث شرکت در اموال مثلی، اجماعی است و این را در فقه شرکت عنان نامیده‌اند. بنابر نظر علامه شعرانی، شرکت وجوه، معاوضه و شرکت در عمل محمل فقهی ندارد و اجماع علیه آن می‌باشد (Al-Kulayni, 2008).

قول: «لک الربح وعلیک التوی» مربوط به انتهای عقد شرکت و در زمان اراده فسخ می‌باشد. چرا که زیادت اگر باشد به همراه او، بمنزله هبه است و زیان برای دیگری به منزله ابراء می‌باشد؛ اما قبل از فسخ چنین چیزی نیست، به جهت منافات داشتن با وضعیت شرکت به صورت شرعی. در درج چنین شرطی در عقد شرکت عده‌ای طرفدار بطلان این شرط و ابطال عقد شرکت هستند که این قول و نظر ابن ادریس حلی و محقق حلی می‌باشد و عده‌ای هم به صحت شرط و عقد نظر دارند که نظر سید مرتضی علم الهدی و علامه حلی می‌باشد. ابوصلاح حلبی به صحت شرکت بدون چنین شرطی نظر دارد و ظن در مورد عدم تساوی در سود و زیان و رأس المال دارد که آن را مخالف مقتضی شرکت معرفی می‌کند. چه اینکه چنین شرطی به قصد صدمه می‌زند؛ اما به نظر می‌رسد آنچه که منافی قصد شرکت می‌باشد عدم اختصاص رأس‌المال به سهم یکی از شرکاء می‌باشد.

صاحب اصباح الشیعه اثر حقیقی شرکت را در کسب سود و زیان ناشی از مشارکت مقدار رأس‌المال به عنوان محور عنوان نموده است (Al-Bayhaqi Al-Nishaburi). در حقیقت اگر در صورت تساوی مال سود بیشتری برای دیگری در نظر بگیرند و یا سود مساوی در صورت تفاضل رأس‌المال در نظر بگیرند، عدم التزام به چنین شرطی را مقدم می‌دارد و همچنین است تعیین وضعیت سود بیشتر برای دیگری به

نسبت عملش در آن؛ و برای آنکه عمل او بیشتر و یا دارای تأثیر بیشتری باشد، به جای تعیین سود بیشتر، اجرت المثل عمل را به عنوان مقتضای مخالف اثر تشریک شرعی پیشنهاد می‌نماید (Al-Bayhaqi Al-Nishaburi). اما به عنوان اثر جدای از شرکت و مقتضای آن می‌تواند با تراضی مقداری از مال خود را برای دیگری مباح ساخته و یا تملیک کنند که در فرض تعیین از مقدار سود مشارکت پس از افراز و تعیین، تعیین می‌یابد.

مرحوم محقق حلی بیان می‌دارد که زمانی که در مشارکت مدنی در صورت تساوی شریکین در رأس المال سود بیشتری برای دیگری در نظر بگیرند و همچنین در صورتی که با تفاضل اموال، سود مساوی در نظر بگیرند، دو قول وجود دارد: یکی آنکه شرط و عقد باطل است و هریک، مالک سود به نسبت رأس المالش می‌باشد و برای هر کدام از شریکین اجرت المثل عمل او می‌باشد و عده‌ای هم گفته‌اند که شرط باطل و عقد صحیح است؛ در این میان مرحوم محقق، قول اول را با مذاق شریعت سازگارتر و به عدالت نزدیکتر می‌داند (Al-Hilli, 1992).

نکته آخری که در این بحث مورد ذکر فقهاء می‌باشد، وضعیت ید بر مال مشارکت است. مطابق نظر محقق حلی آنچه که در ید هر یک از شریکین می‌باشد، ید امانی شرعی است و ضامن تلف مالی که در ید اوست نمی‌باشد مگر آنکه تعدی و تفریط نموده باشد؛ از این رو قول شریک در حکم مستودع، به همراه یک سوگند مقدم می‌شود (Al-Hilli, 1992). این نظر در ماده ۵۸۴ قانون مدنی نیز مورد تأیید قرار گرفته و در ماده ۵۸۵ مسئولیت شریک غیر مأذون در مقابل طرف معامله منحصر به خود معامله کننده بوده و چیزی بر صاحب مال نیست. هم چنین مرحوم محقق در زمینه تقسیم سود و ضمانت در مال الشریکه به روایت بکر ابن حبیب اشاره نموده است: مطابق این روایت امام جعفر صادق در مورد مال یتیمی که به تجارت داده شده بود، فرمودند: اگر سودی داشت برای یتیم است و اگر نقصی داشت، نقص مزبور برای طرفی است که مال به او داده شده است (Al-Hilli, 1992). البته در این وضعیت موردی که مال یتیم از طرف مولی اعم از ولی و وصی او داده می‌شود خارج است؛ چه اینکه فرض غبطه او توسط مولی او شده است و در غیر از آنها، فرض شارع بر عدم رعایت غبطه‌ی یتیم می‌باشد.

با توجه به اینکه مقتضای شرط و تخلف از آن رعایت احکام امره عقود در وهله اول و سپس مقتضای اطلاق رعایت احکام مخیره عقود است می‌توان تحلیل تخلف از شرط را در صورتی که واجد خصوصیتی نباشد تعمیم داد و از ملاک آن بهره برد. در حقیقت چه تفاوتی دارد که مفاد شرط خصوصیت حمایت از شریک باشد یا سرمایه او؟ یحی ابن سعید حلی (۶۸۹ ه.ق.) بیان می‌دارد که مال مورد مشارکت امانت است و بدون تعدی و تفریط ضمانتی را در پی ندارد؛ بنابراین اگر یکی بر دیگری شرط تعیین صرف مال در جهت خاص یا مال مشخصی نموده و از آن شرط تخلف شود، مشروط علیه ضامن است در هر حال (Al-Hilli, 1984).

بنابراین قول آن عده از حقوقدانان (Katouzian, 2012) را که شرط نفوذ سهم بیشتر برای یکی از طرفین مشارکت را بدون عوض متقابل همانند عملی خاص را باید بر آنچه که از شرع دریافت می‌شود حمل نمود و آن اینست که شرط سود زیادتر مطابق روایت که همین مفهوم در مضاربه نیز بیشتر وارد شده است، در مقابل بر عهده گرفتن زیان می‌باشد و با این تفسیر اثر و مقتضای اصلی شرکت که سود و زیان به مقدار رأس المال می‌باشد، حفظ می‌گردد؛ زیرا مبنای تقسیم سود و زیان در شرکت، رعایت تناسب و عدالت است و زمانی که سود بیشتری برای یکی شرط می‌شود، در صورتی که زیان مال را به همان نسبت بر عهده گیرد، تساوی رعایت می‌شود و این با سیره عقلا هم همخوانی دارد.

مبحث سوم: بررسی شروط تضمین در عقد مضاربه

در مورد مضاربه و وضعیت شروط در آن شرع مقدس اسلام، شفاف و احکام آن غالباً در زمره قواعد آمره مورد بررسی و محل آراء فقهاء قرار گرفته اند. در این مبحث ضمن بررسی کلی مضاربه، محوریت بحث با وضعیت شروط تضمین سرمایه و همچنین وضعیت ادخال ضرر در مال مضاربه و عهدهی مضارب می‌باشد. از این رو این مبحث را در دو گفتار فقه و حقوق مورد بررسی قرار می‌دهیم.

در زمینه تعیین نرخ سود و زیان روایتی از امام موسی کاظم علیه السلام نقل است که مقدار ضرر را برای کسی مجری جریان توافق می‌داند که از آن مال به مقدار آن سود برده باشد (تعیین سود کرده باشند). روایت مذکور چنین است: «فَأَمَّا مَا رَوَاهُ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْكَاهِلِيِّ عَنِ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى عَ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا مُضَارَبَةً يَجْعَلُ لَهُ شَيْئًا مِنَ الرَّيْحِ مُسَمًّى فَابْتِاعَ الْمُضَارِبُ مَتَاعًا فَوُضِعَ فِيهِ قَالَ عَلَى الْمُضَارِبِ مِنَ الْوَضِيعَةِ بِقَدْرِ مَا جُعِلَ لَهُ مِنَ الرَّيْحِ»

مطابق روایت فوق چنین آمده: «از امام موسی کاظم علیه السلام در مورد مردی پرسیده شد که مال خود را به مضاربه به مرد دیگری داده و برای او مقداری از سود معین را تعیین کرده است و مال را با وضعه (نقص) برگرداند، امام فرمود: از وضعه به میزانی که از سود برای او تعیین شده بر عهده مضارب خواهد بود» (Al-Tusi, 1999). در این روایت چنان که دیده می‌شود، از نقص مال بر عهده مضارب که ید او ید امانی است، به میزانی است که او از مال سود می‌برد. چنین حکمی در تطبیق و همسو با قاعده الخراج بالضمان می‌باشد که مطابق آن قاعده منفعت برای کسی است که ضمانت برای اوست. روایات دیگری مبنی بر مضمون عدم تعلق وضعه بر مال مضاربه در صورت اطلاق توافق بر مضاربه بیان شده که ظاهراً با روایت فوق در تعارض است؛ متن روایت فوق چنین است:

«مالی که به مضاربه داده می‌شود برای مضارب مقداری از سود در نظر می‌گیرند و برای او از نقص مال چیزی نیست مگر آنکه صاحب مال شرط خلافی در آن کرده باشد» (Al-Tusi, 1999).

چنان که مشاهده می‌شود در این روایات مضمونه بودن سلامت مال و یا کالا در صورت تعیین شرط بر عهده مضارب است در حالی که در روایت قبل در صورت اطلاق شرط است؛ و این دو در ظاهر با هم در تضاد هستند. در چنین وضعیتی معلوم نیست کدام یک از آن دو را باید مقدم بدانیم. از این رو عده‌ای روایت قبلی را حمل بر موردی نموده‌اند که مورد توافق در آن شرکت باشد و مضاربه در روایت مجازاً بیان شده است؛ اما این نظر از آن جهت مردود است که روایات وارده در این مضمون بسیار است و همچنین اثر روایت اول گویی مقتضای مضاربه معرفی شده که این در عقد شرکت هم ثابت شد، از این رو قول روایت دوم را باید حمل بر موردی نمود که طرفین بر بیشتر از سود مساوی توافق کرده باشند، چرا که در فرض اطلاق سود میان طرفین مضاربه به تساوی تقسیم می‌شود و از این رو تعارضی میان روایات موجود نیست. روایت دیگری از عبدالملک ابن عتبه نقل شده است مبنی بر تعیین بعضی از مال مضاربه به عنوان شرکت تا در وثیقه تضمین مالش قرار گیرد فرمود: بلی اشکالی ندارد.<sup>۱</sup> در کتاب سرائر ابن ادریس نقل است که اگر عقد شرکت شرعی منعقد شود، اقتضای آن را دارد که برای هر یک از شرکاء به نسبت رأس المالش از سود بهره‌مند شود؛ و همچنین است نسبت به وضعه‌ی بر مال.

پس اگر به هنگام تساوی در مال شرط تفاضل کنند و یا در صورت تفاضل مال شرط تساوی در سهم سود و زیان نمایند، شرط لازم الوفاء نیست بنا بر قول مشهور و تنها شیخ مرتضی علم‌الهدی چنین شرطی را جایز می‌داند؛ اما باید دانست که چنین شرطی از آن جهت باطل است که نه در زمره اجاره قرار می‌گیرد و نه در زمره مضاربه؛ چه اینکه حقیقت مضاربه، از صاحب مال به موجب مال تحقق می‌یابد و از جهت

<sup>۱</sup> - «عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عَتْبَةَ الْهَاشِمِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى عَ هَلْ يَسْتَقِيمُ لِصَاحِبِ الْمَالِ إِذَا أَرَادَ الْأَسْتِثْنَاءَ لِنَفْسِهِ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضَهُ شِرْكَهٗ لِيَكُونَ أَوْثَقَ لَهُ فِي مَالِهِ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ.»



عامل به موجب عمل تحقق می‌یابد. در حالی که در این چنین مواردی هیچ کدام از مصادیق استحقاق وجود ندارد تا بتوان شرط را جاری دانست. مگر آنکه تخلف از منظور طرفین صورت گیرد که در این صورت ضمان رأس المال بر عهده متخلف است. همچنین در فرض اطلاق سود احتمالی مضاربه به تنصیف میان صاحب مال و مضارب خواهد بود. در این زمینه معتبره ابن ابی عمیر مشهور است که بیان آن چنین است: «در مورد مردی که مالش را به مضاربه می‌دهد و شرط خلافی در آن قرار دهد، در صورتی که از شرط تخلف شود، مضارب ضامن است! و در صورتی که سودی عاید شود، میان مالک و مضارب مشترک است» (Al-Tusi, 2012).

از این رو بیان ماده ۵۵۸ قانون مدنی شرط تضمین مضارب و یا دفع ضرر از مالک را باطل می‌داند و قسمت دوم همان ماده راه اثر مقتضای عقد مضاربه را با شرط تملیک به مقدار تلف و خسارت نفی می‌کند که با مبانی عقد مضاربه همخوانی ندارد و تنها یک راه در جهت رفع چنین نقیصه‌ای وجود دارد و آن اینست که مطابق روایات پیش گفته، شرط ضمانت را حمل بر ربح نمائیم و از طرفی جبران خسارت را در صورتی که از تعدی و تفریط ناشی نشده باشد، به میزان برخورداری اضافه از سود مورد انتظار بدانیم؛ به عنوان مثال اگر در مضاربه‌ای شرط شود که سود مضارب ۸۰ درصد باشد، می‌توان به مقدار زیاده از نصف به میزان سی درصد از زیان را با شرط بر او تحمیل نمود؛ این در حالی که حقوقدانان بزرگی همانند مرحوم دکتر کاتوزیان (۱۳۹۰) حتی شرط تملیک رایگان را جهت رفع نقیصه خلاف قواعد می‌دانند و نظر بر صحت شرط تضمین همانند عاریه و ید امانی می‌دانند در حالی که با پذیرش چنین نظری عملاً فایده تفکیک مضاربه و شرکت با امانت از بین می‌رود در حالی که مشخص شد تبعیت از رأس المال و میزان العمل و همچنین شرط منصفانه ضرر به میزان سود از مقتضیات شرکت و مضاربه می‌باشد. همانطور که می‌دانیم این افسارگسیختگی پذیرش شروطی که اثر اصلی عقود را نفی می‌کند، راه دخول در ربا را باز نموده و دامنه عقود تحمیلی را گسترش می‌دهد در حالی که نظر شارع باید حمل بر عدالت شود نه حمل بر نفوذ اراده در مقابل اثر ذاتی عقود.

#### مبحث چهارم: بررسی شرط تضمین در شرکت و مضاربه در فقه حنفی

همانطور که پیشتر متذکر شدیم شرکت مورد نظر همان شرکت عقدی است (Ghaytahi Al-Hanafi, 2000) و شامل شرکت‌های املاک که با اختلاط و امتزاج به سبب ارث و... حاصل می‌شود، نمی‌باشد. از این رو شرکت عقدی را در حنفی از اهل سنت و شرط تضمین در آن را مورد ارزیابی قرار می‌دهیم. وجه تسمیه تطبیق با فقه حنفی آنست که در میان فرقه‌های اهل سنت، تنها حنفی در تعارض ظاهری با مشهور قول شیعه می‌باشد و چنان که ذکر شده فقه شافعی و سایر فرقه‌ها با آنچه که در شیعه مشهور است، اختلافی در مسئله شرط تضمین ندارند و از طرفی هم تنها در فقه حنفی است که اقسام شرکت صحیح را شامل مفاوضه دانسته‌اند و احکامی را برای آن جاری می‌دانند در حالی که سایرین قسم شرکت صحیح را داخل در قسم شرک العنان دانسته‌اند (Ahmad ibn Muhammad Al-Quduri, 2006). از این رو ضرورت تطبیق را به جهت وجود اقوال مختلف و تعارض ظاهری با فقه و نظام حقوقی ایران، ضروری است.

#### گفتار اول: بررسی مشارکت عقدی در فقه حنفی

در میان حنفی‌ها شرکت مدنی دارای اقسام صحیحی است که شامل شرکت مفاوضه و شرکت عنان می‌باشد. در حقیقت شرکت صحیح در میان حنفی‌ها در زمره اقسامی است که در رأس المال آن اختلاف وجود دارد؛ بدین تعبیر که بعضی معتقدند می‌بایست مال التجاره از آن یکی و دیگری مالک امانت و تقوی الهی باشد، ولی در آنچه بدست می‌آورند شریک باشند و عده‌ای هم معتقدند باید رأس المال میان طرفین شرکت مشترک باشد و شرکت در سود داشته باشند؛ منتها میزان مشارکت در سود و زیان براساس رأس المال می‌باشد نه توافق که هر دو این نوع از مشارکت را پذیرفته‌اند (Zain Al-Din ibn Ibrahim ibn). وجه افتراق دیگری که در شرکت مفاوضه و عنان دارند، اینست که مشهور

در حنفی‌ها نوع عمل شرکت مفوضه را عام و در هر نوع تجارتي صحيح و در شرکت عنان را خاص یعنی محدود به فعالیت خاصی می‌نمایند که آن را مقتضای توافق ایجاب و قبول بر آن می‌دانند (Zain Al-Din ibn Ibrahim ibn).

رکن شرکت در شرکت عقدی که به منظور کسب سود و یا بریات تشکیل می‌شود، تصرف معقود علیه بر مال می‌باشد (Ghaytabi Al-Hanafi, 2000). به عبارت دیگر ایجاب از طرف یک طرف برای شریک کردن دیگری در مالی برای هدف تجاری و یا غیره و پذیرش طرف مقابل که به آن معقود علیه گفته می‌شود. از این رو بایستی مال شرکت قابلیت تصرف و استیلاء بر آن ممکن باشد. همچنین گاهی در احکام شرکت در حنفی‌ها اختلاط با عقد مضاربه صورت گرفته است؛ چه اینکه شرکت در سود و وکالت معقود علیه را از آثار شرکت عقدی دانسته‌اند (Ghaytabi Al-Hanafi, 2000) و از این رو احکام مضاربه چنان که در شیعه آمده، متبادر می‌گردد. همچنین شرکت مفوضه با نظر بر اینکه در میان حنفی‌ها با شرکت العنان یکی دانسته شده، از باب استحسان است نه از باب قیاس (Ghaytabi Al-Hanafi, 2000). پس در نظر حنفیه، شرکت اشتراک چند نفر در اموال به نحوی که هر کدام به مقدار نصیب اینکه در میان حنفی‌ها آن را با شرکت العنان یکی دانسته‌اند، از باب استحسان نه از باب قیاس پذیرفته شدشان از رأس المال از سود و زیان بهره می‌برند. ولی در شرکت مفوضه، به جهت معاوضه بودن تساوی در اموال شرط است و نوعی تساوی و اشتراک برابر در همه ارکان است. از طرفی نباید از نظر دور داشت که هم در عنان و هم در مفوضه مقصود شرکت در سود است و از این جهت در میان حنفی و شافعی مفوضه پذیرفته شده است (Ibn Abidin, 1992). منتها چنانکه گذشت در مفوضه شرکت در سود باید به تساوی باشد ولی در شرکت عنان به مقدار مال شرکت‌ای که هر یک آورده‌اند می‌باشد (Ibn Abidin, 1992). از این رو و از جهت اینکه در شرکت مفوضه طرفین مشارکت در عمل هم باید مشارکت کنند، دین و زیان بر مال نیز به طور مساوی بر اموال هر یک قرار می‌گیرد (Ibn Abidin, 1992). مطابق نظر ابن عابدین در شرکت مفوضه تفاوت در تصرف خدشه‌ای به صحت شرکت وارد نمی‌کند ولی در باقی ارکان باید مساوی باشند حتی در ملیت (مذهب). نزدیکی از فقهای حنفیه شرکت دو وجه دارد یکی شامل شرکت و امتزاج در مال است و دیگری شامل شرکت در عمل است که اولی می‌شود مشارکت و دومی می‌شود مضاربه (Shams Al-A'imah, 1993).

در میان حنفیه‌ها نیازی نیست که رأس المال (در فرض عنان) با هم خلط شود و بدون امتزاج هم مشارکت عقدی تحقق پیدا می‌کند در حالی که شافعی اعتقاد دارد برای صحت عنان باید مال شریکین با یکدیگر ممزوج شود.

در مورد تضمین سود، سرخسی بیان می‌دارد که در مفوضه سود بیشتر برای یکی از طرفین معنی ندارد و شرط سود بیشتر در آن خلاف مقتضای شرکت در این قسم است. از این رو مقتضای شرکت مفوضه در حنفی‌ها تساوی در سود و اصل مال است و إلا شرکتی محقق نگشته است. البته اعتقاد بر اینست که اگر لفظ مفهوم معنی مفوضه باشد صحیح است و در صورت اطلاق آن شرکت عنان محسوب خواهد شد.

در هیچ کدام از نصوص فقهی به صورت مجزا به شرط تضمین سود و یا سرمایه یا هر دو پرداخته نشده است. منتها از مبانی با تحلیل دلایل موصوف می‌توان به جریان صحیح آثار یک ماهیت حقوقی پی برد. از این رو در پی آنیم تا مبنای تقسیم سود و زیان و شرایط آن را در فقه حنفی بررسی نمائیم. از یک طرف مطابق پیش گفته تقسیم سود در مفوضه بر مبنای شراکت است و تساوی در آن مقتضای مفوضه است؛ چه اینکه نقطه فارق آن با عنان تساوی در اصل مال و سود است و از این رو مقتضای ذات بودن این قسم نسبت به تساوی استظهار می‌گردد. پس در وهله اول خلاف این تقسیم‌بندی عقد شرکت را باطل می‌نماید؛ و تبعاً اثر عقد صحیح هم بر آن بار نیست؛ اما در بیانی دیگر سرخسی مقتضای عدم زیاده در سود را تبعی بودن آن از اصل ملک می‌داند؛ چه اینکه در مفوضه شرط است مال شرکاء برابر باشد پس سود نیز همانند

آن باید مساوی باشد و حاکمیت اراده در این قسمت مهملی ندارد. در حقیقت در عقود مشارکت مدنی همچون مضاربه و شرکت، تقسیم سود و همچنین تحمل زیان بر پایه دو چیز است. یکی آنکه زیاده یا نقیصه در برابر عمل باشد که آن می‌شود، مضاربه دیگری آنست که زیاده یا نقیصه در برابر مال باشد که آن می‌شود مشارکت مدنی عقدی، همانند مفاوضه و عنان که به نسبت میزان رأس المال شرط فوق الذکر نفوذ حقوقی دارد. ماحصل جستارهای نگارنده در فقه حنفی شرط سود بیشتر و به طریق اولی تضمین سود در دو عقد مضاربه و مشارکت را به نسبت عمل عامل در مضاربه و عنان و به نسبت رأس المال در شرکت مدنی عقدی، می‌باشد.

همچنین مبنای دیگری که بر صحت مشارکت عقدی آنست که معقود علیه قابلیت نیابت داشته باشد و إلا شرکت صحیح نیست (Ibn Mazah al-Bukhari). بنابراین اگر عملی و یا تصرف در مالی قابل نیابت نباشد نمی‌توان با آن شرکت منعقد نمود. به تعبیر دیگر مقتضی شرکت در تصرف اینست که موضوع شرکت یعنی عمل مورد توافق قابلیت نیابت و انجام آن به نیابت از دیگری وجود داشته باشد و با این وصف می‌توان در مقابل عمل میزان سود را مشخص نمود.

در مورد ضمانت شریکین در عقد شرکت، یکی از فقهای بزرگ حنفی (علاءالدین کاسانی ۵۸۷ هـ ق) استحقاق شریکین را نسبت به عمل نمی‌داند بلکه معتقد است که شریکین به جهت ضمان عمل استحقاق پیدا می‌کنند (Al-Ala Al-Din Abu Bakr ibn Mas'ud ibn Ahmad al-Kasani, 1986). به تعبیر دیگر اگر در شرکتی اعم از مال و عمل، شرط سود بیشتری برای یکی از شرکاء در نظر گرفته شود، آن زمانی اعتبار دارد که برای آن شریک ضمانتی متناسب با ربح بیشتر قرار داده شده باشد. از این رو شرط تفاضل در سود زمانی صحیح است که در مقابل برای مفضل إلیه، عمل زیادتری برای تجارت و خرید و فروش شرط شده باشد (Al-Ala Al-Din Abu Bakr ibn Mas'ud ibn Ahmad al-Kasani, 1986). البته در این مورد اختلاف است که آیا شرط زیاده در مقابل ضمان عمل است یا آنکه در مقابل اصل عمل است که مشهور حنفی‌ها ضمان عمل می‌باشد.<sup>۱</sup> بنابراین درمی‌یابیم که در اقل مراتب در فقه حنفی، ملاک، رعایت تساوی و نوعی عدالت محوری می‌باشد. هرچند که در فقه شیعه اصل اعتبار شناسی تقسیمات فوق (مفاوضه و ابدان) باطل است و نوبت به جریان آثار بر آن نمی‌رسد.

#### گفتار دوم: بررسی مضاربه در میان حنفی‌ها

در مورد مضاربه گفته شده که اهل حجاز آن را قراض قلمداد نموده‌اند و بعضی هم آن را معامله نامیده‌اند؛ همانگونه که اجاره را نیز بیع نامیده‌اند (Al-Ala Al-Din Abu Bakr ibn Mas'ud ibn Ahmad al-Kasani, 1986). از این رو مفهوماً بر یک مطلب دلالت دارد. وجه تشبیه سه لفظ ذکر شده اینست که مقارضه از قرض گرفته شده و قرض دلالت بر قطع دارد؛ از این رو زمانی که گفته می‌شود مقارضه داد یعنی اینکه صاحب مال از مال خود قطع ید کرد و آن را به تصرف مضارب داد؛ و معامله نیز لفظی است که برای خرید و فروش به کار برده می‌شود و از این جهت نیز اطلاق آن بر عقد صحیح است.

در مورد تعیین وضعیت شرط تضمین و قراردادن وضعیه در مضاربه بر عهده طرفین به صراحت صحبت شده است. مسئولیت در مضاربه در دو جهت قابل بررسی است. اول اینکه مطابق توافق طرفین مضاربه عمل شده و مضارب تخلفی نکرده باشد و حتی مطابق عرف تجاری قواعد و اصول تجاری را هم رعایت کرده باشد؛ اتفاقاً سودی حاصل نشود و یا حتی نقص بر مال هم وارد شود مثلاً ارزش مال خریداری شده پایین بیاید و ارزش مال مورد مضاربه کم شود. در این حالت ضمانتی بر عهده مضارب نیست تا زمانی که تخلف و تقصیر و اهمال او ثابت نشود (Al-Ala Al-Din Abu Bakr ibn Mas'ud ibn Ahmad al-Kasani, 1986). دوم زمانی است که شرط شود نقص بر مال و یا زیانهای ناشی از

<sup>۱</sup> - قابل ذکر است که این مفهوم با قاعده الخراج بالضمان تطابق دارد.

فعالیت مضارب بر او باشد و سود مالک و اصل مال او تضمین شود. در این میان مشهور حنفی چنین شرطی را مصداق شرط نامشروع و باطل می‌داند (Al-Ala Al-Din Abu Bakr ibn Mas'ud ibn Ahmad al-Kasani, 1986)؛ در حالی که مضاربه به قوت خود باقی است. از این رو شرط مبطل نمی‌باشد. دلیل حکم فوق در اینست که مقتضای مضاربه سود و تعیین نسبت سود هریک از مالک و مضارب می‌باشد؛ بنابراین اگر تعیین شرط موجب جهل به سود و مقدار نسبت آن شود، آن مبطل است ولی اگر تعیین شرط همانند قرارداد و ضمیمه بر مضارب، موجب جهل نیست و از این رو شرط نامشروع و باطل است (Al-Ala Al-Din Al-Samarqandi, 1994).

در موردی که شرط سود برای مضارب و مالک تعیین می‌شود؛ اولاً استحقاق مالک نسبت به سود مورد شرط نه از باب شرط بلکه از باب تبعیت از ملکیت صاحب مال است. با توجه به چنین رویکردی است که در صورت فساد شرط تعیین سود، تمام سود برای مالک است و مضارب نسبت به عملی که انجام داده مستحق اجرت المثل است (Al-Ala Al-Din Al-Kasani Al-Hanafi, 1986). تعیین سود باید به تعیین نسبت باشد نه به تعیین مقدار مال مثل صدر درهم؛ چرا که ممکن است سود بدست آمده کمتر از صد درهم باشد (Al-Ala Al-Din Al-Kasani Al-Hanafi, 1986).

نکته‌ای که از تعیین وضعیت سود برای مضارب قابل ذکر است همانطور که پیشتر ذکر آن گذشت در میان حنفی‌ها عده ای مضاربه و شرکت را ماهیتاً واحد دانسته و از این رو احکامی که در شرکت بیان شد با تبادل مفهوم در مضاربه نیز یافت شد. مطابق پیش گفته عرضه داشتیم مشهور تعیین سود برای کسی است که ضمانت مال برای او باشد. از این رو گفته شده زمانی که مضاربه به صورت صحیح منعقد شد و سودی در بر نداشت چیزی برای مضارب نیست (Al-Ala Al-Din Al-Samarqandi, 1994). این بیان مفهوم این معنی است که ضمانت در مضاربه نیز برای طرفین عقد است؛ چه اینکه اگر چنین نبود در فرض عدم ربح باید اجرت المثل عمل مضارب به او داده می‌شد در حالی که ضمانت نقص ربح بر او تحمیل شده و از این جهت است که تعیین سود در مضاربه برای مضارب نیز شرط شده است.<sup>۱</sup> در این که مضاربه از اقسام شرکت است شکی نیست و این شرکت در سود است؛ چه اینکه مال از آن رب‌المال است و شراکت تنها در سود تحقق می‌یابد به تعیین نسبت (Al-Ala Al-Din Abu Bakr ibn Mas'ud ibn Ahmad al-Kasani, 1986).

در اینکه شرط خلاف مقتضای شرکت مبدل است یا آنکه باطل است، به نظر می‌رسد که شروط فوق در فقه حنفی مبدل باشد، بدین تعبیر که اگر به عنوان مثال مالی را به مضاربه می‌دهد تا دیگری با آن تجارت کند و سود آن هم از آن صاحب مال باشد، چنین عقدی حسب مورد بضاعه نام دارد و اگر شرط تمام سود برای مضارب باشد، آن قرض محسوب می‌شود. از این رو شرط خلاف مقتضای عقد، اگر اقتضای عقد دیگری را نماید که منظور طرفین باشد، احکام منظور طرفین در آن جاری خواهد شد و در غیر این موارد باعث بطلان مضاربه خواهد شد. در مورد مضاربه نیز آنچه معیار و ضابطه برای تقسیم سود و زیان می‌باشد، اصل مال برای صاحب مال و برای مضارب عمل تجارته اوست. از این رو گفته شده که شرط سلامت در مضاربه در فرض اطلاق مفید این معنی است که سود برای مضارب باشد (Ahmad ibn Muhammad Al-Quduri, 2006)، یعنی همان قاعده‌ای که در شرکت بیان شد، در مضاربه به عنوان قسمی از مشارکت مدنی، نیز جریان می‌یابد و آن تعیین سود برای کسی است که ضرر بر عهده اوست. البته بعضی قاعده فوق را به عکس آن پذیرفته‌اند؛ یعنی ضرر بر عهده کسی است که سود برای او تعیین شده است (Abu Abdullah Muhammad ibn Hasan ibn Farqad, 2012). در این جا

<sup>۱</sup> - در ماده ۱۴۲۶ مجله الأحكام العدلیه آمده: «استحقاق رب‌المال در مضاربه از جهت مال اوست، از این رو در مضاربه فاسد تمام سود برای مالک است، از این رو مقدار مشروط در عقد، بیشتر نشده و در صورتی که مضاربه سودی نداشته باشد، برای مضارب هم به منزله اجیر، سودی نخواهد بود».

اگر این قاعده را بپذیریم می‌توان به صحت شرط تضمین مال المضاربه برعهده مضارب اذعان نمود، اما این مسئله نمی‌تواند تضمین سود برای مالک را تجویز نماید؛ چرا که در این حالت مقتضای مضاربه و آن شرکت در سود احتمالی آینده بی‌معنی می‌شود و از طرفی فایده تفکیک عقود اسلامی از میان برداشته می‌شود.

مطابق دیدگاه پیش گفته، در مجله الأحكام العدلیه که قانون مدنی عثمانی است، در ماده ۱۴۲۸ شرط تعیین خسارت و ضرر را باطل و تضمین ضرر و خسارت بر اصل مال را متعین می‌داند.

مطابق این دیدگاه، ظهور بیانات حنفیه در نفی شرط خلاف مقتضای مضاربه و آن سود احتمالی است؛ بنابراین نه می‌توان سود قطعی برای آن تعیین نمود و نه می‌توان تعیین ضرر را بر مضارب تحمیل نمود. تنها با ظابطه‌ای که برای سود بردن بیان شد می‌توان در تعدیل آن به میزانی که سود برای مضارب تعیین می‌شود، تحمل ضرر را بر عهده او قرارداد و چنانکه بیان شد این شرط به اصل مال تعلق می‌گیرد نه به سود.<sup>۱</sup>

برآمد

از بررسی اقوال فقهی و روایات ذکر شده مشخص می‌شود که در عقد مشارکت میان نظام حقوقی ایران و فقه شیعه و حنفی اختلافی آشکار وجود دارد. چنان که ذکر شد خواستگاه اصلی قوانین ماهوی در ایران فقه شیعه می‌باشد ولی مطابق روایات و مشهور ذکر شده مشخص شد که مقتضای شرط زیاده یا نقیصه در عقد شرکت، تبعیت از مالکیت طرفین بر سرمایه اصلی است که در ماده ۵۷۵ عدول از چنین شرطی را به تبع عمل زیادتر می‌داند، در حالی که می‌دانیم مقتضای ذات شرکت، در شیعه و اهل سنت (حنفی) تبعیت از اصل مال می‌باشد ولی انتهای ماده ۵۷۵ این قاعده را نقض می‌کند و استثنای آن را در مقابل عمل زیادتر می‌داند در حالی که می‌دانیم شریکی که عمل تجاری انجام می‌دهد به مقتضای تجربه و تخصص اوست و همین خصوصیت معیار شراکت و رغبت شریک دیگر می‌باشد، بنابراین از یک طرف چنین شرطی منطقی نیست و مهملی ندارد؛ از طرفی بر فرض پذیرش این شرط عامل مستحق اجرت المثل عمل خویش است؛ بنابراین باید مورد استثنا به جهت خلاف مقتضای ذات بودن حتی الامکان حمل بر مقتضا شود. همانند آنچه که ذکر شد، سود بیشتر در مقابل ضمانت بیشتر است و با چنین شرطی می‌بینیم که در ظاهر این مورد استثناست بلکه در باطن همان تبعیت از اصل مال می‌باشد چرا که کسی که در فرض شراکت تصیفی کسی که سود بیشتری مثل ۷۰ درصد می‌برد، عهده خود را در نقص آن برقرار می‌سازد، حال باید دانست که این ضمانت در مورد سود حاصل است نه در مورد اصل مال چرا که ملاک بند اول ماده ۵۵۸ ق.م.د در مورد مضاربه چنین مجوزی را به ما نمی‌دهد، اگر چه مطابق قانون عثمانی (ماده ۱۴۲۷) نقص وارده بر اصل مال را از سود کم می‌کند تا اصل مال حفظ شود و این یعنی در میان حنفیه ضمانت اصل مال در صورت وجود سود، مقتضای شرکت و مضاربه می‌باشد.

در مورد مضاربه هر دو فقه شیعه و حنفی از اهل سنت شرط تضمین سود و زیان را مکمل یکدیگر دانسته‌اند؛ یعنی سود برای کسی است که زیان بر عهده اوست؛ بدون آنکه در مقابل عمل او باشد. در حقیقت وقتی گفته می‌شود سود حاصل از مضاربه در فرض اطلاق برای مضارب می‌باشد بدین معنی است که یکی از مقتضیات مضاربه، تعیین سود مضارب است و این از ماده ۵۵۷ ق.م. ایران مستنبط است؛ نه اینکه تمام سود برای او باشد، چرا که وقتی که در مضاربه سودی حاصل نگردد و یا حاصل گردد ولی اصل مال دچار نقیصه شود، نقص بر سود تعلق می‌گیرد تا مال اصلی به حالت اولیه خود برگردد و هر قدر از سود باقی ماند مطابق شرط یا اطلاق تقسیم می‌شود که این قاعده در ماده ۱۴۲۷ قانون

<sup>۱</sup> - در قانون مدنی عثمانی، ماده ۱۴۲۷، تلف مقداری از مال مضاربه را، در بادی امر از سود می‌داند و تسری به رأس المال را مادمی که از مقدار سود موجود است، نفی می‌کند و در صورتی که ضرر وارده از سود گذر کند و به اصل مال نیز سرایت نماید، تضمینی بر عهده مضارب نخواهد بود.

مدنی عثمانی آمده ولی موضع قانونگذار ایران در ماده ۵۵۸ ق.م. در این زمینه شفاف نیست؛ اما از بند ۳ ماده ۵۵۱ می‌توان صحت چنین نظری را استظهار نمود. در حقیقت شرط ماده فوق ناظر بر عدم تضمین اصل سرمایه و یا عدم ورود خسارت بر آن می‌باشد ولی در مورد سود حاصله مطلبی در نفی آن نیامده است و از این رو مطابق استظهارات فقهی در نظام حقوقی ایران شرط تضمین سود در مضاربه به این معنی است که می‌توان سود بیشتر از عرف و یا نصف را برای مضارب تعیین نمود چرا که وقتی سودی حاصل نگردد آن از مال مضارب رفته که در برابر عمل و تلاش او می‌باشد. از این رو فرض پذیرش سود بیشتر به هیچ وجه تضمین سود را شرعاً توجیه نمی‌کند و خلاف مقتضای مضاربه و شرکت می‌باشد؛ همچنین است این وضعیت در جایی که با شرط خارج بخوانند منظور خود را با صلح و تعهد به تملیک را ضمیمه چنین عقدی قرار دهند چرا که فایده مضاربه از بین می‌رود.

#### تعارض منافع

در انجام مطالعه حاضر، هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

#### مشارکت نویسندگان

در نگارش این مقاله تمامی نویسندگان نقش یکسانی ایفا کردند.

#### حامی مالی

این پژوهش حامی مالی نداشته است.

## EXTENDED SUMMARY

Contracts like Mudarabah and civil partnerships form the backbone of Islamic banking operations, integrating financial activities within a religious framework. The application of guarantee clauses in these contracts, particularly regarding profit and loss, remains a contentious issue in Islamic jurisprudence. Both Shi'a and Hanafi legal traditions offer significant insights into these matters, diverging in interpretation yet providing a cohesive understanding of contractual obligations. This paper investigates the guarantee clause's validity and implications within the Iranian legal system, emphasizing the perspectives of Shi'a and Hanafi schools to reconcile the apparent contradictions in contemporary legal applications.

The conceptualization of partnership (Shirkah) and Mudarabah in Islamic law involves a shared responsibility model, deeply rooted in jurisprudential principles. Shirkah, derived from Arabic etymology, entails mutual ownership where no party exercises exclusive control (Al-Raghib Al-Isfahani, 1991; Ibn Manzur, 1993). Similarly, Mudarabah, a profit-sharing contract, requires an equitable division of risks and benefits between the financier and the entrepreneur. According to Al-Kulayni (2008), these principles are designed to ensure mutual justice, with wealth management and profit distribution adhering strictly to Islamic ethics. However, modern interpretations often misapply these concepts, leading to legal inconsistencies (Al-Kulayni, 2008).

Iranian civil law, under Articles 558 and 575, posits limitations on guarantee clauses within these contracts. The laws aim to preserve the inherent nature of these agreements by prohibiting conditions that ensure fixed profits, as they contradict Islamic principles (Katouzian, 2012). Yet, discrepancies arise due to misinterpretations, particularly when aligning these clauses with modern banking requirements. Hanafi jurisprudence emphasizes that profit-sharing ratios must reflect contributions and not include guarantees that undermine contractual integrity (Al-Ala Al-Din Abu

Bakr ibn Mas'ud ibn Ahmad al-Kasani, 1986). This divergence underpins the need for legislative revisions to harmonize legal provisions with established Islamic norms.

Shi'a scholars argue that conditions contradicting the nature of Mudarabah or partnership invalidate the contract. Guaranteeing profit or mitigating losses without mutual consent breaches the equitable risk-sharing principle (Al-Tusi, 1999). The Shi'a stance aligns closely with foundational Islamic legal texts, advocating for strict adherence to the principles of fairness and justice. For instance, Al-Tusi (2012) emphasizes that stipulations ensuring unilateral benefits compromise the contract's essence, necessitating stringent checks to uphold fairness (Al-Tusi, 2012).

While both schools reject the outright inclusion of guarantee clauses, Hanafi jurisprudence allows conditional profit ratios if supported by explicit agreements (Ghaytabi Al-Hanafi, 2000). This nuanced difference reflects their respective interpretations of justice and contractual obligations. Hanafi scholars advocate for greater flexibility, suggesting that such clauses may not inherently violate Islamic law if they accommodate mutual consent and equitable distribution (Al-Ala Al-Din Al-Samarqandi, 1994). This pragmatic approach provides a framework for modern applications, emphasizing adaptability without compromising religious principles.

The divergence between legal codifications and jurisprudential principles necessitates a reassessment of Articles 558 and 575 in the Iranian Civil Code. Aligning these laws with the robust insights offered by Shi'a and Hanafi traditions can eliminate ambiguities, fostering consistency and justice in contractual applications. Future reforms should incorporate a balanced perspective, ensuring that modern banking practices respect Islamic ethical standards. This alignment will not only enhance legal clarity but also strengthen the integration of Islamic principles in financial systems.

## References

- Abu Abdullah Muhammad ibn Hasan ibn Farqad, A.-S. (2012). *Al-Asl* (Vol. 4). Dar Ibn Hazm.
- Abu Al-Hijaj, E. (2007). *Developing Financing Mechanisms through Partnerships in Islamic Banks: A Case Study of Jordan* [Unpublished doctoral thesis].
- Abu Al-Hussein, A. i. F. i. Z. (1983). *Al-Mu'jam fi Maqayis Al-Lugha* (Vol. 3). Islamic Publishing House.
- Ahmad ibn Muhammad Al-Quduri. (2006). *Al-Tajrid lil-Quduri* (Vol. 6). Dar Al-Salam.
- Al-Ala Al-Din Abu Bakr ibn Mas'ud ibn Ahmad al-Kasani, A.-H. (1986). *Badai' Al-Sanai' fi Tartib Al-Sharai'* (Vol. 6). Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah.
- Al-Ala Al-Din Al-Kasani Al-Hanafi. (1986). *Badai' Al-Sanai' fi Tartib Al-Sharai'* (Vol. 6). Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah.
- Al-Ala Al-Din Al-Samarqandi. (1994). *Tuhfat Al-Fuqaha* (Vol. 3). Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah.
- Al-Bayhaqi Al-Nishaburi, K. M. i. H. *Asbah Al-Shi'ah bi Masabih Al-Shari'ah*.
- Al-Halabi, A. A.-S. T. A.-D. i. N. A.-D. (1983). *Al-Kafi fi Al-Fiqh*. Public Library of Imam Ali ibn Abi Talib (peace be upon him).
- Al-Hilli, M. N. A.-D. J. f. i. H. (1992). *Nukt Al-Nihayah* (Vol. 2). Islamic Publications.
- Al-Hilli, Y. i. S. (1984). *Al-Jami' lil-Sharay'*. Scientific Foundation of Sayyid Al-Shuhada.
- Al-Humairi, N. i. S. (1999). *same source*.
- Al-Jawhari, I. i. H. (1989). *Al-Sihah - Taj Al-Lugha wa Sihah Al-Arabiyya* (Vol. 4). Dar Al-Ilm.
- Al-Kulayni, A. J. M. i. Y. q. (2008). *Al-Kafi (Ed. - Dar Al-Hadith)* (Vol. 10). Dar Al-Hadith for Printing and Publishing.
- Al-Raghib Al-Isfahani. (1991). *Mufradat Alfaz Al-Quran*. Dar Al-Ilm.
- Al-Tusi, A. J. M. i. H. (1976). *Al-Mabsut fi Fiqh Al-Imamiyya* (Vol. 2). Al-Maktabah Al-Murtazawiyah.
- Al-Tusi, A. J. M. i. H. (1999). *Al-Nihayah fi Mujarrad Al-Fiqh wa Al-Fatawa*. Dar Al-Kitab Al-Arabi.
- Al-Tusi, A. J. M. i. H. (2011). *Al-Istibsar fi Ma Ikhtalafa min Al-Akhbar* (Vol. 3). Dar Al-Kutub Al-Islamiyyah.
- Al-Tusi, A. J. M. i. H. (2012). *Tahdhib Al-Ahkam* (Vol. 7). Dar Al-Kutub Al-Islamiyyah.
- Al-Zamakhshari, A. A.-Q. M. i. O. (1996). *Lughatnameh* (Vol. 2). Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah.
- Ghaytabi Al-Hanafi, B. A.-D. (2000). *Al-Binayah Sharh Al-Hidayah* (Vol. 7). Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah.
- Ibn Abidin, M. A. i. U. i. A. A. A.-D. A.-H. (1992). *Radd Al-Muhtar ala Al-Durr Al-Mukhtar* (Vol. 4). Dar Al-Fikr.

- Ibn Manzur, J. A.-D. M. i. M. (1993). *Lisan Al-Arab* (Vol. 10). Dar Al-Fikr for Printing, Publishing, and Distribution.
- Ibn Mazah al-Bukhari. *Al-Maih al-Burhani* (Vol. 5). Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
- Katouzian, N. (2012). *Civil Law in the Current Legal System*.
- Mahmoud Noor Ali, A. (1998). *Analysis of Investment Risks in Islamic Banks Jordan*.
- Misbahi-Moghadam, G. (2018). Juristic-Legal Analysis of Certain Cases of Civil Participation. *Interdisciplinary Research Journal*, 7(1), 32.
- Shams Al-A'imah, A.-S. (1993). *Al-Mabsut* (Vol. 11). Dar Al-Ma'rifah.
- Taheri, H. (1997). *Civil Rights* (Vol. 4). Islamic Publications.
- Zain Al-Din ibn Ibrahim ibn, N. *Al-Bahr Al-Raiq Sharh Kanz Al-Daqaiq* (Vol. 5). Dar Al-Kitab Al-Islami.