

Validity of the condition of waiving the agent's right to terminate in a bank Mudaraba contract and the survival of this right by the bank

✉ **Zahra Mehdikhani Sarvojahani**  / PhD student in Islamic Economics, University of Qom
z.mehdikhani70@gmail.com

Mohammad Ali Raghebi / Associate Professor, Department of Quran and Hadith Sciences, University of Qom
ma.raghebi@qom.ac.ir

Saeed Farahani Fard / Professor, Department of Islamic Economics, University of Qom

Received: 2025/05/11 - **Accepted:** 2025/09/23
s.farahanifard@qom.ac.ir

Abstract

One of the conditions that has been included in bank Mudaraba contracts since 2015 is the condition of waiving the agent's right to terminate. In this article, we will examine the validity of this condition using an analytical method. Based on Article 4 of the executive contract of bank Mudaraba approved on 19/8/1394 by the Council of Money and Credit, the bank has stipulated the obligation to fulfill the term and waive the agent's right to terminate. Based on the hypothesis of the article, this condition is contrary to the views of jurists in jurisprudence and contrary to Sharia. According to the results of the research, Mudaraba is a permissible contract and, like other permissible contracts, its permissibility is an inseparable part and one of the requirements of its essence; as a result, the term condition in Mudaraba, if it is from the owner, is not associated with the condition of non-termination and does not necessitate the Mudaraba contract; but if this condition is from the agent, its return to the condition of non-termination is contrary to the requirements of the essence of the contract and is invalid; in this context, there is no difference between the condition of act and result, a condition within the contract or a condition within the contract that is necessary or permissible; therefore, the condition of non-termination mentioned in the second paragraph of Article 4 of the executive contract of bank Mudaraba is invalid.

Keywords: Mudaraba, Interest-free banking, Islamic banking, Banking contracts, Condition of non-termination.

JEL Classification: G24, G29, L14.

صحت‌سنجی شرط اسقاط حق فسخ عامل در عقد مضاربه بانکی و بقای این حق از طرف بانک*

z.mehdikhani70@gmail.com

ma.raghebi@qom.ac.ir

s.farahanfard@qom.ac.ir

ک زهرا مهدیخانی سروجانی  / دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم

محمدعلی راغبی / دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم

سعید فراهانی‌فرد / استاد گروه اقتصاد دانشگاه قم

دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۲۱ - پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۰۱

چکیده

یکی از شرایطی که از سال ۱۳۹۴ در قراردادهای مضاربه بانکی گنجانده شده، شرط اسقاط حق فسخ عامل است. در این مقاله با استفاده از روش تحلیلی به بررسی صحت این شرط می‌پردازیم. بر اساس ماده ۴ قرارداد اجرایی مضاربه بانکی مصوب ۱۳۹۴/۸/۱۹ شورای پول و اعتبار، بانک وفای به مدت و اسقاط حق فسخ عامل را شرط کرده است. بر اساس فرضیه مقاله، این شرط خلاف دیدگاه فقها در فقه و مخالف شرع می‌باشد. بر اساس نتایج پژوهش، مضاربه عقدی اذنی است و همانند سایر عقود اذنی، جواز آن جز لاینفک و از مقتضیات ذات آن می‌باشد؛ در نتیجه شرط مدت در مضاربه اگر از سوی مالک باشد، ملازمه با شرطیت عدم فسخ آن نداشته و سبب لزوم عقد مضاربه نمی‌گردد، اما اگر این شرط از سوی عامل باشد، بازگشتش به اشتراط عدم فسخ بوده که مخالف با مقتضای ذات عقد و باطل می‌باشد. در این زمینه تفاوتی میان شرط فعل و نتیجه، شرط ضمن عقد یا شرط در ضمن عقد لازم یا جایز دیگر نیست؛ بنابراین اشتراط عدم فسخ که در بند دوم ماده ۴ قرارداد اجرایی مضاربه بانکی آمده باطل است.

کلیدواژه‌ها: مضاربه، بانکداری بدون ربا، بانکداری اسلامی، قراردادهای بانکی، شرط عدم فسخ.

طبقه‌بندی JEL: L14, G29, G24

* مقاله مستخرج از رساله دکتری با عنوان «بررسی مبانی فقهی مضاربه در عقود بانکی و چالش‌های فرا روی آن» (استاد راهنما: محمدعلی راغبی)، دانشکده الهیات، رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم، قم، ایران.

مقدمه

به دنبال پیروزی انقلاب اسلامی و برقراری جمهوری اسلامی، لزوم استقرار نظام اقتصاد اسلامی و بانکداری اسلامی به‌عنوان یکی از ضرورت‌های اساسی کشور مطرح شد. مبنای این بانکداری و نظام اقتصادی، فرار از ربا به سبب تحریم اسلام بود. در این بانکداری، بانک یا به‌عنوان وکیل عمل نموده و سرمایه مردم را در اختیار فعالان اقتصادی قرار می‌داد و یا خود به‌عنوان سرمایه‌گذار، مال را در اختیار فعالان قرار داده تا در اموری چون مشارکت، اجاره به شرط تملیک، مساقات، مزارعه و... به‌کار گیرند. مضاربه یکی از این فعالیت‌های اقتصادی بوده که در ماده ۵۴۶ قانون مدنی این‌گونه تعریف شده است: «مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند، صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می‌شود». چون این عقد برگرفته از فقه و شعار بر اسلامی بودن آن است، انتظار می‌رود که شرایط مطرح در شریعت اسلام، در این قرارداد بانکی لحاظ شده باشد، اما نسبت به آن اشکالاتی مطرح است؛ برای نمونه در بند نخست ماده ۴ قرارداد اجرائی مضاربه بانکی مصوب در تاریخ ۱۳۹۴/۸/۱۹ شورای پول و اعتبار، برای مضاربه اجل تعیین گردیده و در بند دوم، حق فسخ از عامل سلب شده است، اما این حق برای بانک محفوظ مانده است. سؤال مطرح این است که آیا تعیین شرط وفای به مدت و همچنین شرط عدم فسخ عامل، صحیح بوده و آیا تبدیل مضاربه به قراردادی که تنها از یک طرف جایز است، صحیح است یا خیر؟

در ارتباط با موضوع مضاربه مقالات متعددی نگاشته شده است که به بررسی ارکان عقد مضاربه (تفرشی و قناتی، ۱۳۷۷، ص ۱۳۳-۱۵۵)، تطبیق آن با قراردادهای تجاری دیگر (داورزنی و رضوی، ۱۳۹۳، ص ۹۴-۷۷)، یا به بررسی سرمایه و شرایط آن (اصغری آق‌مشهدی و عباسی گلماهی، ۱۳۹۱، ص ۲۸۷)، یا شرط ضمان عامل (الهام و سعدی، ۱۳۹۳) پرداخته شده است، اما در این نوشتار که با شیوه تحلیلی - توصیفی و با استفاده از نظرات خبرگان و صاحب‌نظران این مهم نگاشته شده است، تلاش خواهد شد تا قول مشهور یعنی جواز عقد مضاربه و عدم لزوم مضاربه مؤجل تقویت گردد و به بررسی اسقاط حق فسخ عامل بپردازد. شایان ذکر است که با کاوش‌های صورت‌گرفته مقاله‌ای که به بررسی شرط اسقاط اختیار فسخ عامل بپردازد، یافت نشد؛ در صورتی که بررسی این امر از اهمیت بسزایی برخوردار است.

ضرورت پرداختن به این مسئله با توجه به نیاز مبرم جامعه به این نوع از معامله و رخنه بانکداری در تمام رگه‌های جامعه و اهمیت مشروعیت آن در زندگی مردم کاملاً روشن بوده و نیاز به بررسی احکام و شروط حاکم بر مضاربه بانکی است که یکی از این شروط مهم تعیین اجل و سلب حق فسخ عامل است.

۱. تعریف مفاهیم کلیدی

۱-۱. عقد

عقد در لغت به‌معنای گره زدن و بستن، مقابل حلّ (گشودن) آمده است و در اصطلاح عبارت است از: «دو انشایی متلازم؛ یکی ایجاب و دیگری قبول که در ظرف اعتبار به یکدیگر گره خورده‌اند و تمامیت و تأثیر هریک در گرو

دیگری است». بنابراین عقد اسم است برای انشای معنایی که مقصود دو طرف عقد [متعاقدين] است، نه اسم معنایی که مسبب از آن انشاست. به بیان دیگر، عقد اسم سبب (انشا) است، نه مسبب (معنای مقصود، از قبیل تملیک و تملک و غیر آن) (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۵، ص ۴۱۸).

عقود به لحاظ جواز فسخ و برهم زدن آن و عدم جواز، به عقد لازم و عقد جایز، تقسیم می گردند. عقد لازم یا از هر دو طرف لازم است و هیچ یک از دو طرف عقد بدون رضایت دیگری و یا پیدایش اسباب مجوز فسخ، نمی توانند آن را برهم زنند مانند بیع، صلح، اجاره، ضمان و حواله؛ و یا از یک طرف لازم می باشد مانند رهن که تنها از سوی راهن (گروگذار) لازم است و او نمی تواند عقد را فسخ کند، اما از طرف مرتهن (گرو گیرنده) جایز می باشد و او می تواند عقد را فسخ نماید. عقد جایز نیز یا از هر دو طرف جایز است مانند هبه، وکالت، شرکت، عاریه و ودیعه که در همه آنها هریک از دو طرف در هر زمان می توانند عقد را فسخ نمایند؛ و یا از یک طرف جایز می باشد مانند رهن که گذشت.

۱-۲. فسخ

در برخی از کتب لغت، فسخ به معنای ضعف، چهل، طرح، افساد رأی، نقض، تفریق و ضعف عقل و بدن بیان شده است (فیروزآبادی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۶). فیومی نیز فسخ را به معنای نقض به کار برده و گفته است که فسخ هم به صورت لازم و هم به صورت متعدی استعمال می شود: «فسخت البیع والامر نقضتھما ویستعمل لازماً ومتعدیاً» (فیومی، بی تا، ص ۴۷۲)، و ابن فارس بیان داشته: «افسخت الشيء نسیته»؛ فراموش کردم شیء را و «نفسخ الشيء نقضه»؛ نقض کرد آن را (رازی، ۱۴۱۴ق، ص ۵۶۸). تھانوی نیز بیان می کند: فسخ در لغت، نقض و تفریق است و در شرع عبارت است از: «رفع العقد علی وصف کان قبله بلا زیاده ونقصان»؛ از بین بردن عقد با تمام اوصافی که قبل از، از بین بردن آن داشته است (تھانوی، بی تا، ص ۱۲۷۳). پس چنانچه لغویان بیان کردند فسخ به معنای گسسته ساختن و جدایی انداختن بین دو چیز است. فقها نیز در کتب فقهی در تعریف اصطلاحی فسخ آن را برهم زدن عقد، نقض و رفع آن تعریف کرده اند (نجفی، بی تا، ج ۳، ص ۴۳۹؛ حسینی دستی، ۱۳۷۹، ص ۵۴).

۱-۳. شرط

شرط در لغت به معنای علامت و نشانه (ابن فارس، ۱۹۷۹م، ج ۳، ص ۲۶۰)، عهد، پیمان و تعلیق چیزی به چیز دیگر (تھانوی، بی تا، ج ۳، ص ۷۵۳) است و همچنین در معنای شرط آمده است: «إلزام الشيء والتزامه فی البیع»؛ الزام کردن به چیزی و ملتزم شدن به آن در بیع (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۳۷۱). در علوم مختلف برای شرط معانی متعددی بیان شده است. نحویون شرط را به معنای مقرون کردن یک امر با امر دیگری در صورت وجود ادات؛ به طوری که جزا محقق نمی گردد، مگر به تحقق شرط، می دانند. شرط در نگاه فلاسفه نیز عبارت است از ارتباط بین شیء و آنچه در اطراف اوست؛ به طوری که بدون آنها شیء تحقق نمی یابد. شیخ انصاری شرط در معنای فلسفی را به آنچه که از عدم آن عدم حاصل است، اما از وجود آن وجود حاصل نیست، تعبیر می کند (انصاری،

۱۴۲۲ق، ج ۶، ص ۱۴). حقوق‌دانان نیز شرط را به وصفی الزام‌آور که وجود آن معلق بر امر غیر محقق در آینده است، تعریف کرده‌اند (الهام، ۱۳۹۶، ص ۴۲). اما در معنای اصطلاحی شرط در فقه، شیخ انصاری بعد از اینکه معنای شرط را به دو معنای حدی و جامدی تقسیم می‌کند و معنای حدی را همان معنای اهل لغت که عبارت از الزام و التزام در بیع، می‌داند و معنای جامدی را نیز همان تعریف فلاسفه که عبارت بود از آنچه از عدمش شیء به وجود نمی‌آید، اما از وجودش لزوماً شیء به وجود نخواهد آمد، دانسته است (انصاری، ۱۴۲۲ق، ج ۶، ص ۱۴). فقها برای شرط مصطلح در فقه معانی متعدد و مختلف بیان نمودند؛ برای مثال سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی شرط را به معنای مطلق الزام و التزام معرفی نموده و بیان کرده بهتر است از این معنا به جعل و تقریر تعبیر شود و ظاهر امر در این است که مطلق جعل مراد نیست، بلکه مقصود جعلی است که التزام را در پی دارد و موجب در تنگا قرار گرفتن مشروط علیه می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۰۵).

شرط دارای تقسیمات متعددی است که در این مجال و با توجه به اقتضای مسئله به یک تقسیم از آنها اشاره می‌گردد. شروط با توجه به اینکه در ضمن عقد گنجانده می‌شوند یا خیر به شرط ضمن عقد و شرط ابتدایی تقسیم می‌گردند.

۱-۳-۱. شرط ضمن عقد

شروطی که در ضمن عقد مندرج می‌شوند، گاهی مرتبط با محتوای عقدند، مثل شرط تسلیم مبیع در محل خاص یا شرط بیمه مبیع و امثال آن و گاه مفاد شرط هیچ ارتباطی با محتوای عقد ندارند، مثل آنکه در ضمن عقد بیع منزل شرط شود که بایع یا مشتری یک دست لباس برای دیگری بدوزد (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۴۰). این شروط به سه قسم شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل تقسیم می‌گردند.

۱. شرط صفت: به موجب این شرط، در ضمن عقد مقرر می‌شود که دو عوض یا یکی از آن دو، وصف خاصی داشته باشد؛ مانند آنکه منزلی معین فروخته شود و در ضمن عقد شرط شود که دارای مساحت معینی باشد یا مصالح به کاررفته در آن از نوع خاصی باشد (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۴۱).

۲. شرط نتیجه: شرط نتیجه اشتراط تحقق اثر یک عمل حقوقی در ضمن عقد است، اعم از آنکه آن عمل عقد باشد یا ایقاع؛ مانند وکیل بودن بایع از طرف مشتری یا بالعکس در انجام عملی. در اصطلاح فقها گاهی به این گونه شروط، شرط غایت گفته می‌شود.

۳. شرط فعل: شرط فعل آن است که در ضمن عقد، انجام دادن و یا ترک یک فعل مادی یا حقوقی بر یکی از متعاملین و یا بر شخص خارجی شرط شود؛ مثل آنکه در ضمن عقد شرط شود بایع خانه را تعمیر کند (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۴۲).

۱-۳-۲. شروط ابتدایی

شروط ابتدایی الزام و التزام‌هایی است که در ضمن عقد مندرج نشده و به عقد مرتبط نیست (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۵۰).

۲. لزوم یا جواز عقد مضاربه

عقد مضاربه از جمله عقود است که میان فقهای متقدم و متأخر در لزوم و جواز آن اختلاف وجود دارد. در این مجال به بیان اقوال فقها و دلیل ایشان در لزوم و جواز عقد مضاربه پرداخته می‌شود.

۲-۱. قول به جواز عقد مضاربه

اغلب فقهای امامیه اتفاق نظر دارند که مضاربه عقدی جایز از هر دو طرف بوده و برای هریک از دو طرف، چه قبل شروع عمل یا بعد از آن، قبل از حصول ربح و یا بعد آن و چه اصل سرمایه نقد باشد یا تبدیل به جنس شده باشد، امکان فسخ وجود دارد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۱۷۰؛ ۱۴۰۰، ص ۲۴۰؛ ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۶۷؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۶، ص ۸۹؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۴۲۹؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۴۶۰؛ ابن‌حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۲۶۴؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۰۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۳۷؛ فاضل موحد لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۳۴؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۶۴۹؛ موسوی سبزواری، بی‌تا، ص ۳۴۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۴۴؛ محقق اردبیلی، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۳۴۰؛ حلی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۱۴). اما بعد از ظهور ربح، فسخ عقد و رجوع به اجرة‌المثل جایز نیست (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۶، ص ۹۱).

ادله‌ای که فقها در بیان جواز مضاربه بیان نمودند به قرار ذیل است:

الف) اجماع؛ مهم‌ترین دلیلی که فقها در جواز مضاربه بیان نمودند، اجماع است. شهید ثانی در *مسالك الافهام* (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۴۴)، علامه حلی در *تذکرة الفقهاء* (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص ۷)، مغنیه در *فقه الامام جعفر الصادق* (مغنیه، ۱۳۷۹، ج ۴، ص ۱۵۲)، موسوی اردبیلی در *فقه المضاربه* (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۹، ص ۷۵) به وجود اجماع در این امر اشاره نمودند و صاحب جواهر در کتاب *جواهر الکلام* اجماع به هر دو قسمش (منقول و محصل) را دلیل بر جواز مضاربه دانسته است (نجفی، بی‌تا، ج ۲۶، ص ۳۴۰).

بر این اجماع چند اشکال وارد شده است: اول اینکه اجماع تنها از تعدادی از علما ذکر گردیده و بزرگانی چون سید مرتضی، سید رضی و شیخ صدوق متذکر این مسئله نشده‌اند؛ بنابراین روشن می‌گردد اجماع معتبر اصولی که کاشف از دلیلی است که به دست فقهای متقدم رسیده، ولی به ما نرسیده است، نبوده و نمی‌تواند کاشف از رأی معصوم باشد؛ ثانیاً امکان دارد که اجماعی که برخی از فقها بیان نمودند، اجماع بر قاعده باشد؛ به این شکل که قاعده «ان الوکیل قابل للعزل» میان فقها اجماعی بوده و مضاربه نیز از مصادیق وکالت است و در وکالت نیز انسان هر زمان که بخواهد می‌تواند وکیل را عزل کند؛ در نتیجه در باب مضاربه نیز انسان هر زمان که بخواهد می‌تواند عقد مضاربه را برهم زده و عامل را عزل نماید؛ ثالثاً می‌توان بیان داشت که اجماع فقهای که بیان شد، مربوط به مضاربه مطلقه است، یعنی مضاربهای که در آن مدت و اجل تعیین نگردیده است؛ به این بیان که مضاربه مطلقه جایز بوده و دو طرف می‌توانند هر زمان که خواستند آن را فسخ نمایند؛ زیرا اگر مضاربه مطلقه لازم باشد به این معناست که شخص

مالک با انعقاد عقد قرارداد دیگر هیچ تسلطی بر مال خویش نداشته و عامل نیز راه‌هایی از عمل ندارد، مگر با مرگ عامل یا مالک؛ پس این مضاربه مطلق است که اجماع بر جواز آن وجود دارد (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۵). از طرف دیگر اگر اجماع را بپذیریم، اجماع دلیل لبی بوده و چاره‌ای جز تمسک به قدر متیقن وجود ندارد و آن، جواز مضاربه مطلق است (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۹، ص ۴۸۸).

در پاسخ به این اشکال‌ها می‌توان بیان داشت: اولاً اینکه بزرگانی چون سید مرتضی و شیخ صدوق متذکر این اجماع نشده‌اند، به این بیان نیست که ایشان جواز مضاربه را قبول نداشتند، بلکه با جست‌وجویی که در کتاب‌های فقهی ایشان انجام گرفته، اصلاً مسئله مضاربه مطرح نشده است؛ ثانیاً بیان اجماع بزرگانی چون صاحب جواهر با توجه به اینکه مخالفی میان فقهای متقدم در جواز مضاربه یافت نشده، بلاوجه نخواهد بود و این گواه این است که دلیلی بر جواز مضاربه وجود داشته که وصل الیه‌م ولم یصل الینا؛ ثالثاً این اجماع، اجماع بر قاعده نبوده و فقهایی که متذکر جواز مضاربه شده‌اند، بیان داشتند که عقد مضاربه از عقود اذنی بوده و اصل در عقود اذنی جواز است و اگر فقهی به وکالت اشاره کرده است، از باب مثال بوده نه اینکه مضاربه را از مصادیق وکالت بدانند، و اینکه گفته شود این اجماع مربوط به مضاربه مطلقه است، امری بوده که هیچ‌یک از اجماع‌کنندگان بدان اشاره ننمودند، و از آن جهت که غالب اوقات در انعقاد عقد مضاربه، زمان تعیین می‌گردد و مضاربه بدون هیچ قیدی انصراف به مضاربه مؤجل دارد؛ بنابراین نمی‌توان لفظ مضاربه در کلام فقها را حمل بر مورد مغلوب، یعنی مضاربه مطلقه نمود؛

ب) دلیل دومی که در جواز مضاربه بیان شده، این است که مضاربه همانند عقد وکالت، عاریه، ودیعه و عقود مشابه‌شان، از عقود اذنی بوده که با ارتفاع اذن، حکم نیز مرتفع می‌شود و التزامی از طرفین وجود ندارد و نهایت امر اینکه مالک اجازه داده که عامل در سرمایه‌اش تصرف کند و هر زمان که بخواهد می‌تواند اذن خود را پس بگیرد (خوئی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۶، ص ۳۱).

در این دلیل به این نحو مناقشه شده است که مضاربه از عقود اذنی که التزامی در آنها نیست نمی‌باشد؛ زیرا در مضاربه هر دو طرف ملتزم می‌شوند به انجام وظایف خود؛ مالک متعهد می‌شود مال را بپردازد و عامل نیز متعهد به اقامه وظایف خود می‌شود و اگر عامل کوتاهی نماید، ضامن بوده و اگر التزامی در بین نباشد، معنای این ضمان چیست؟ (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۶، ص ۹۲).

در پاسخ به این اشکال می‌توان بیان داشت که در سایر عقود اذنی چون وکالت، عاریه، ودیعه و... نیز این چنین است که طرفین متعهد به امری می‌شوند؛ برای نمونه در وکالت شخص وکیل متعهد می‌گردد تا به‌عنوان نایب موکل، اعمال محوله به او را انجام دهد و در صورت توافق بر اجرت، موکل نیز متعهد به پرداخت اجرت به وی می‌شود. در ودیعه نیز شخص مستودع متعهد به حفظ و نگهداری مال به امانت گذاشته شده می‌شود و در صورت تعدی و تفریط ضامن خواهد بود. در عاریه نیز شخص مستعیر متعهد به حفظ و نگهداری مال به عاریه گذاشته شده می‌باشد. بنابراین می‌توان بیان

داشت که مقصود از عقود اذنی، عقودی است که ذات آنها با اذن مالک عجین شده؛ اگرچه پس از آن تعهداتی را نیز به دنبال داشته باشد. بنابراین تعهدات عامل و مالک در مضاربه منجر به انقلاب ماهیت این عقود نمی‌گردد.

بنا بر آنچه بیان شد و با توجه به ادله و مناقشات وارد بر آنها، می‌توان بیان نمود که ماهیت عقد مضاربه، اذنی بودن آن است و همانند سایر عقود اذنی، جواز آن جز لاینفک این عقد می‌باشد و حتی فقهای عصر حاضر نیز که اجماع مطرح در این مجال را نپذیرفتند بر این باورند که عقد مضاربه مطلق، از عقود جایز بوده و چارهای جز جواز این عقد نیست؛ زیرا در صورت لزوم، مال مالک باید به صورت دائم در اختیار عامل باشد و استرجاعی در کار نباشد و از طرف عامل نیز به این بیان است که مادام‌العمر در خدمت مالک باشد و آزادی از این عمل نداشته باشد (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۶، ص ۹۳). اگرچه به این سخن اشکال وارد است که در مضاربه مطلق، تعیین زمان بر عهده عرف بوده و در زمان متعارف، عامل باید تجارت را انجام داده باشد، اما همین تعیین زمان توسط عرف مردم و رجوع به آن و اختلافاتی که در تعیین مدت در مکان‌ها و زمان‌های مختلف وجود دارد، موجب ایجاد حرج و ضرر بر عامل و مالک می‌باشد و می‌توان قاعده لا ضرر را مؤید جواز مضاربه مطلقه دانست؛ زیرا با لزوم مضاربه مطلقه، نمی‌توان از زبانی که بر رب‌المال و عامل وارد می‌شود چشم‌پوشی نمود.

۲-۲. قول به لزوم عقد مضاربه

برخی از فقهای معاصر عقد مضاربه را عقدی لازم دانسته و بحث از مسائلی چون درج شرط عدم فسخ در مضاربه را لغو دانسته‌اند (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۶، ص ۹۳-۹۴). این گروه در مقام استدلال به ادله ذیل تمسک نمودند:

الف) اصل در عقود، لزوم است (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۱۹۵) و جواز نیاز به دلیل دارد، مضاربه نیز از عقود بوده؛ بنابراین مشمول آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌شود و اصل در آن لزوم است، مگر اینکه با دلیلی از عموم این آیه خارج شود و آنچه از عموم دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» خارج شده، عقودی چون ودیعه، عاریه و امثال آن است، اما در مورد مضاربه دلیلی که آن را از تحت این دلیل خارج کند، وجود نداشته؛ بنابراین اصل در آن لزوم است.

در پاسخ به این دلیل بیان می‌گردد که وجود اجماع در جواز عقد مضاربه، عموم دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» را تخصیص زده و آن را از عموم این دلیل خارج می‌کند؛

ب) مصلحت مهمی که در مضاربه وجود دارد، این است که اموال را کد در اختیار عامل قرار گرفته تا هم سرمایه در رگه‌های اقتصاد به گردش درآید و هم اینکه مسئله کارآفرینی اتفاق افتاده و کارگران بیکار نباشند و مهم‌تر از همه مانع از ربا گردد. حال اگر قرارداد مضاربه، عقدی جایز باشد و عامل بداند که صاحب سرمایه هر زمان که بخواهد معامله را برهم خواهد زد، هیچ زمان مبادرت به دریافت سرمایه از مالک نخواهد کرد و در نتیجه مضاربه معطل خواهد ماند، و این اشکال که عمل به مصلحت از نظرات اهل سنت بوده نه شیعه، در پاسخ بیان می‌شود که این امر کاملاً صحیح بوده و لکن مصلحت مقوم مسئله بوده و ایجاب می‌کند که شرع جانب لزوم مضاربه را گرفته باشد تا نه عامل و نه مالک متضرر نشوند.

در پاسخ به این استدلال می‌توان بیان داشت که مصلحت امور چیزی است که جز شارع مقدس از آن اطلاع نداشته و از طرف دیگر مضاربه از معاملات و امور امضایی بوده و این معامله از ابتدا به نحوی منعقد می‌شود که دوطرف امکان فسخ آن را دارا باشند و شارع مقدس نیز این عقد را با همین اوصاف امضا نموده است؛

ج) دلیل دیگری که بیان شده، این است که میان مضاربه، مساقات و مزارعه تفاوتی وجود ندارد که تمام فقها مساقات و مزارعه را لازم دانسته، اما مضاربه را جایز می‌دانند. در هر سه قرارداد سرمایه از جانب یک طرف و عمل از سوی دیگری است. با این تفاوت که در مضاربه سرمایه وجه نقد بوده و در مزارعه بذر و زمین و در مساقات باغ و درختان است (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۶، ص ۹۳-۹۴).

در پاسخ به این دلیل نیز می‌توان بیان داشت که ماهیت عقود با یکدیگر تفاوت داشته و دلیل اینکه هر کدام تحت عناوین مختلف بیان شده و عنوان واحدی به آنها اطلاق نگردیده، به سبب همین امر است. در مضاربه عامل در اصل مال تصرف نموده؛ در صورتی که در مساقات تصرفی در اصل مال صورت نمی‌پذیرد و عامل به اصلاح آن می‌پردازد، به همین سبب مساقات نیاز به تعیین مدت معلوم دارد. در مساقات مقصود از عقد ثمره و میوه درختان بوده و شخص عامل باید تا سررسید معین اصلاح لازم را در راس مال انجام دهد تا میوه حاصل گردد و تعیین اجل در آن یکی از شروط صحت این عقود است؛ در صورتی که در مضاربه این چنین نیست؛

د) در دلیل دیگر بیان شده، مضاربه در مرتکز عرف معامله لازم بوده و شرع مقدس برای معامله شرعی طریق قرار داده و آن طریق معامله عرفی است؛ بنابراین مضاربه از دید عرف لازم بوده و لزوم عرفی دلیل بر لزوم شرعی است، الا ما خرج بالدلیل (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۶، ص ۹۳-۹۴).

در پاسخ به این دلیل نیز می‌توان بیان داشت کلام فقها در عقود و معاملات برگرفته از عرف مردم بوده و در عرف میان مردم، مضاربه از عقود جایز است.

اما سؤال مطرح این است که اگر در ضمن عقد مضاربه یا در عقد خارجی غیر از مضاربه، اجل تعیین گردد، آیا این شرط صحیح است یا خیر؟

در ماده ۵۵۰ قانون مدنی بیان گردیده: «مضاربه عقدی جایز است» و در ماده ۵۵۲ آمده: «هرگاه در مضاربه برای تجارت مدت معین شده باشد، تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی‌شود، لیکن پس از انقضای مدت مضارب نمی‌تواند معامله بکند، مگر به اجازه جدید مالک» (امامی، بی تا، ج ۲، ص ۱۰۶). اما باید ملاحظه گردد که دیدگاه فقها در این ارتباط چیست؟

۳. مضاربه مؤجل

مسئله تعیین مدت و اجل در مضاربه از جمله مسائلی است که میان فقها اختلاف وجود داشته و اقوال مختلفی از ایشان به ثبت رسیده است. مشهور فقها بر این باورند که تعیین اجل در مضاربه، موجب لزوم آن نمی‌شود؛ همان طور که در مفتاح الکرامه (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۵، ص ۱۶۷)، /ایضاح الفوائد (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۵)، قواعد الاحکام (حلی،

۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۰۴)، جامع المقاصد (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵ ص ۲۵)، تحریر الوسیله (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۶۴۹) بیان گردیده است. برخی از این فقها بیان داشتند که در صورت تعیین اجل و توافق بر مدت خاص، این توافق الزام آور نبوده (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۶۴۹) و عقد صحیح می باشد (حلی، بی تا، ج ۲، ص ۲۵۰)، و مقصود از عدم لزوم شرط، عدم صحت آن به معنای عدم ترتب اثر بر آن، یعنی لزوم اجل است و طرفین هر زمان که بخواهند می توانند آن را برهم زنند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۰، ص ۴۲۸). برخی نیز تعیین اجل در مضاربه را موجب بطلان آن دانسته اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۱۷۰؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۳۳۱). دلیلی که در عدم لزوم مضاربه مؤجل بیان گردیده، اولاً اجماع برخی از فقها چون صاحب جواهر است (نجفی، بی تا، ج ۲۶، ص ۳۴۰) و ثانیاً به سبب جواز ذات عقد مضاربه است که مقتضای عقود جائز، جواز فسخ هریک از طرفین است هر زمان که بخواهند (سیفی، ۱۳۸۵، ص ۱۱۵). اما در تحقیق این امر، ابتدا باید صور مختلف شرط اجل در مضاربه مورد بررسی قرار گیرد.

۳-۱. شرط اجل به نحو مطلق

مقصود از اشتراط اجل به نحو مطلق این است که در متن شرط، هیچ گونه منعی از تجارت بعد از انقضای زمان نشده باشد، و این شرط مقید به عدم بیع یا شراء یا جواز بیع و منع شراء یا بالعکس نشده باشد. در این صورت باید ملاحظه گردد که آیا اجل تعیین شده دلالت بر انتفای حق فسخ طرفین می کند؟ یا اینکه بیانگر این امر است که بعد از انقضای وقت عامل حق تصرف در اصل سرمایه و خریدوفروش آن را ندارد. به عنوان مثال مالک به عامل بگوید که این مال را به تو به مدت یک سال مضاربه دادم، که در این شرط یک سال، دو احتمال وجود دارد: اینکه عامل و مالک قبل از این یک سال حق فسخ نداشته باشند، یا اینکه حق فسخ برای آنها محفوظ بوده، اما عامل بعد از مدت یک سال حق تصرف در اصل سرمایه و خریدوفروش آن را نداشته باشد.

علامه حلی قول دوم را اتخاذ و در این ارتباط بیان نموده:

در صورت اطلاق شرط، عقد مضاربه صحیح و شرط لازم نمی باشد و هریک از عامل و مالک می توانند قبل از انقضای وقت، مضاربه را فسخ کنند، و این شرط مقید منع عامل از تصرفات در سرمایه بعد از انقضای وقت می باشد، مگر آنکه مجدداً از مالک اذن دریافت کند، و دلیل این امر اصل عصمت مال غیر و منع دیگران از تصرف در اموال غیر است، مگر با اذن مالک (حلی، بی تا، ج ۲، ص ۲۳۴).

۳-۲. شرط اجل به نحو مقید

این قسم از شرط با تنقید اجل به منع از تجارت همراه است، که این منع یا به نحو منع از بیع و شراء بوده یا به نحو منع از شراء و جواز بیع و یا به نحو منع از بیع و جواز شراء است. همان گونه که در مفتاح/الکرمه بیان گردیده است: «توقیت المضاربة يقع مع الإطلاق والتقييد. فالإطلاق أن يقول: قارضتك على هذا المال سنة، والتقييد أن يقول: قارضتك سنة، فإذا انتقضت فلا تبع ولا تشتري، أو فبع ولا تشتري أو بالعكس» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۰، ص ۴۲۸). میان فقها در صحت و عدم صحت شرط اجل به هریک از صور مقید و مطلق، اقوال گوناگونی بیان گردیده که بدان ها اشاره خواهد شد.

۳-۲-۱. اقوال فقها

فقها در ارتباط با شرط اجل اقوال گوناگونی بیان نمودند؛ برخی از فقها قائل به عدم لزوم شرط و صحت عقد در صورت اطلاق و لزوم شرط در صورت تقییدند (حلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۳۴)؛ و برخی نیز بر این باورند که در صورت تقیید شرط به منع بیع و شراء، شرط فاسد و عقد صحیح است، اما در صورت تقیید به عدم شراء، هم عقد و هم شرط صحیح است (حلی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۱۶). برای نمونه در مبسوط (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۱۶۹) بیان گردیده:

اگر مالک بگوید این مال را به مدت یکسال به مضارب به تو دادم، پس با پایان یکسال نه چیزی بفروش و نه چیزی بخر. در این صورت مضارب باطل است، اما اگر بگوید این مال را به تو به مدت یکسال به مضارب دادم و بعد از یکسال بیع جایز ولی شراء ممنوع است. در این صورت مضارب صحیح است؛ زیرا مالک هر زمان که بخواهد می‌توان عامل را از شراء باز دارد و چنین شرطی از مقتضیات عقد است.

شهید ثانی نیز در مسالک تقیید شرط به منع هریک از بیع و شراء را صحیح دانسته و بیان نموده:

شرط اجل در مضارب موجب لزوم آن نمی‌گردد و فسخ آن قبل از انقضای زمان صحیح است و عقد و شرط هر دو صحیح‌اند و فائده شرط منع از تصرف بعد از انقضای وقت است؛ زیرا تصرف تابع اذن بوده و اذن بعد از پایان زمان نیست. عقد نیز صحیح است؛ زیرا شرط منافاتی با مقتضای عقد نداشته؛ زیرا مقتضای عقد اطلاق آن نیست، و اگر شرط منع شراء یا بیع بعد از انقضای وقت کند، صحیح است؛ زیرا بیع و شراء منوط به امر مالک است و مالک این حق را دارد که عامل را از هریک از آنها منع کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۴۵).

۳-۲-۲. قول مختار

اشتراط اجل در مضارب گاهی از سوی عامل و گاهی نیز از سوی مالک اتفاق می‌افتد که اگر اشتراط اجل از سوی مالک باشد، در این صورت اشتراط اجل به معنای اشتراط عدم فسخ نیست تا فسخ قبل از انقضای اجل مخالف با شرط واقع در ضمن عقد باشد که جایز نیست، بلکه تأجیل به معنای محدود کردن اذن مالک به زمان خاص و تقیید جواز تصرف به آن زمان است و مقتضای آن ثبوت جواز عمل و تصرف عامل در مال قراض تا انتهای زمان اجل و عدم جواز تصرف او بعد از انتهای زمان به سبب منتفی شدن اذن در این حین است. پس قبل از انقضای اجل جواز تصرف عامل در مال قراض وجود دارد، نه عدم جواز فسخ او، و ملازمه‌ای میان این دو وجود ندارد؛ بنابراین در این صورت وجهی برای توهّم عدم صحت تأجیل به سبب عدم صحت اشتراط عدم فسخ وجود ندارد؛ اما اگر اشتراط اجل از سوی عامل بر مالک باشد، در این صورت بازگشت این شرط به اشتراط بقای مضارب و التزام به آن تا قبل از پایان زمان مضارب است. به عبارت دیگر، عامل با قرار دادن این شرط مالک را ملزم می‌کند رجوع از اذن خود نکند که این مسئله به معنای اشتراط عدم فسخ قبل از انقضای زمان است، و صحت و عدم صحت این شرط امری است که در بخش بعدی بدان پرداخته می‌شود.

بنابراین همان‌گونه که سابقاً ذکر گردید، می‌توان بیان داشت شرط مدت در مضارب توسط مالک ملازمه با شرطیت عدم فسخ آن نداشته و سبب لزوم عقد مضارب نمی‌گردد؛ بنابراین تعیین اجل در بند اول ماده ۴ قرارداد بانکی توسط بانک به عنوان مالک سرمایه، موجب لزوم عقد مضارب نمی‌گردد و تنها بیانگر این است که بعد از انقضای زمان، عامل

حق تصرف در سرمایه مالک را ندارد؛ بنابراین از این جهت اشکالی به مضاربه اجرایی در بانک‌ها وارد نمی‌باشد، اما شرط عدم فسخ عامل از سوی بانک که در بند دوم این ماده بیان گردیده، امری است که باید مورد بررسی قرار گیرد.

۴. شرط عدم فسخ در عقد مضاربه

اگر در ضمن عقد مضاربه شرط شود که هیچ‌یک از طرفین تا فلان زمان حق فسخ مضاربه را ندارند که کنایه از لزوم مضاربه است، در اینکه آیا عمل به این شرط واجب است یا اینکه شرط باطل بوده و مبطل عقد است، یا اینکه تنها شرط فاسد بوده و مفسد عقد نیست؟ اقوالی وجود دارد. فقهای چون شیخ طوسی (۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۱۷۰)، ابن سعید (۱۴۰۵ق، ص ۳۱۷)، محقق حلی (۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۱۰)، علامه حلی (بی‌تا، ج ۲، ص ۲۵۰)، فخرالمحققین (۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۳۰۴) و شهید ثانی (۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۴۵)، شرط عدم فسخ یا شرط لزوم مضاربه را باطل و مبطل عقد می‌دانند. دلیل این گروه در بطلان عقد و شرط این است که این شرط مخالف مقتضای ذات عقد بوده؛ زیرا مقتضای ذات عقد مضاربه جواز فسخ برای هر دو طرف است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۴۵). محقق حلی نیز در شرائع الاسلام بیان نموده:

اگر در مضاربه شرط اجل شود، موجب لزوم عقد نمی‌گردد؛ مثلاً اگر مالک شرط کند بعد از انقضای وقت چیزی نخر و اما بیع صحیح است، این شرط صحیح بوده؛ زیرا این از مقتضای عقد است، و اما اگر بیان گردد من حقی در منع تو و به بیان دیگر فسخ عقد ندارم، این خلاف مقتضای عقد بوده و صحیح نیست» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۱۰). در قواعد الاحکام (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۴۵) و جامع المقاصد (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۱۴۸) نیز همانند این مطلب بیان گردیده است.

عده‌ای دیگر از فقها نیز جواز و لزوم عقد را مرتبط با ذات عقد ندانسته و معتقدند که از مقتضیات اطلاق است و در نتیجه شرط لزوم و عدم فسخ و همچنین خود عقد نیز صحیح‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۴۴). جناب حکیم در کتاب مستمسک العروة الوثقی بیان نموده: «اگر در مضاربه شرط عدم فسخ تا فلان زمان شود، ممکن است گفته شود فسخ تا انقضای آن زمان جایز نیست، بلکه این قول اقوی است به دلیل وجوب وفا به شرط، اما قول مشهور بطلان شرط مذکور است» (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۲، ص ۲۶۱).

عده‌ای دیگر نیز بر این باورند که شرط لزوم عقد مضاربه باطل است، اما به صحت عقد خللی وارد نمی‌کند (شهید اول، بی‌تا، ص ۳۰). حسینی عاملی بیان می‌دارد که: «اگر شرط اجل کند؛ به این معنا که بعد از انقضای وقت حق تصرف برای عامل نباشد، این شرط صحیح بوده، اما اگر به معنای عدم جواز فسخ باشد، شرط صحیح نمی‌باشد» (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۷، ص ۴۴۹). امام خمینی^ع نیز بیان داشته‌اند:

اگر مراد از شرط عدم فسخ، شرط لزوم مضاربه باشد؛ به این معنا که با فسخ یکی از مالک و مضارب، عقد منفسخ نگردد، چنین شرطی باطل است، ولی عقد مضاربه بنابر اقوا صحیح است، اما اگر مراد از شرط مزبور التزام طرفین به عدم فسخ باشد، چنین شرطی صحیح و لازم‌الوفا خواهد بود (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۶۱۱).

اما در تحقیق این امر می‌توان بیان نمود، اگر مالک سرمایه و عامل شرط کنند که قبل از انقضای زمان معین، حق فسخ عقد را نداشته باشند، این شرط به دو نحو قابل تصور است: یا در ضمن خود عقد مضاربه این شرط را قرار می‌دهند و یا در ضمن عقدی خارج از عقد مضاربه که این عقد یا خود جایز است یا لازم.

۴-۱. شرط عدم فسخ در ضمن خود عقد مضاربه

شرط عدم فسخ مضاربه در ضمن خود عقد مضاربه به دو صورت ذیل است:

الف) شرط عدم فسخ در ضمن عقد مضاربه به نحو شرط نتیجه؛ مراد از شرط نتیجه این است که عقد مضاربه قابلیت انفساخ به فسخ احدالطرفین را ندارد. شکی در بطلان این نوع شرط نیست، به سبب اینکه مخالف کتاب و سنت است؛ به این بیان که اگر دلیل بر جواز عقد مضاربه اجماع باشد، به این معناست که دلیلی بوده که از معصوم^ع به فقهای متقدم رسیده و بنا بر آن، اجماع بر مسئله دارند و اما آن دلیل به دست ما نرسیده است: «وصل الیهم ولم یصل الینا»؛ بنابراین اگر شرط عدم فسخ و لزوم مضاربه گردد، این شرط مخالف با قول معصوم^ع، یعنی سنت خواهد بود و اما این بطلان به اصل مضاربه سرایت نمی‌کند؛ زیرا ملازمه‌ای میان فساد شرط و فساد مشروط وجود ندارد و شرط همان التزام فی التزام است و مرتبط با عقد نیست که در لزوم و جواز تبعیت کند (فاضل موحّد لنگرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۳۶)؛

ب) شرط عدم فسخ در ضمن عقد مضاربه به نحو شرط فعل؛ به این گونه که طرفین در ضمن عقد مضاربه توافق کنند که قرارداد مضاربه را یک طرف بدون رضایت دیگری فسخ نکند. اگرچه مضاربه فی نفسه جایز بوده و قابل فسخ هم هست (سیفی، ۱۳۸۵، ص ۱۱۹)، اما شرط شود که از حق فسخ و عدم فسخ، عدم فسخ انتخاب گردد. فقهای عصر حاضر چنین شرطی را جایز شمرده‌اند و بیان نمودند که چاره‌ای جز عمل به چنین شرطی نیست (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۶، ص ۹۶). آیت‌الله سبحانی تبریزی در توضیح این شرط بیان داشته‌اند:

چه بسا ممکن است اشکال گردد که اگرچه قبول کنیم که شرط عدم فسخ در عقد مضاربه صحیح است، اما در هر صورت مطلوب حاصل نمی‌گردد و موجب لزوم عقد نمی‌شود؛ زیرا شرط جزئی از عقد بوده و حکم زائد بر عقد نیست و زمانی که عقد جائز بوده، پس شرط (عدم فسخ) نیز جائز می‌باشد.

این همان مطلبی است که شهید ثانی در مسالک بیان نموده و فرموده است: «القراض من العقود الجائزة لا یلزم الوفاء بها فلا یلزم الوفاء بما شرط فی عقدها، لأنّ الشرط کالجزء من العقد فلا یزید علیه» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۹۵). به عبارت دیگر، عمل به شرط زمانی واجب است که عقد موجود باشد و هنگامی که عقد به سبب فسخ برداشته شده، پس متبوعی موجود نیست تا عمل به تابع واجب باشد؛ پس «أنّ الشروط فی العقود غیر اللازمة غیر لازمة الوفاء» (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۸). ابتدا بهتر است که به توضیح مفاد این قاعده پرداخته شود و سپس به اشکال جناب شهید ثانی پاسخ داده شود. برای این قاعده معروف دو تفسیر وجود دارد:

الف) تفسیر نخست، تفسیر صاحب جواهر است و آن این است که شرط وارد در ضمن عقد جائز حتی در صورت عدم فسخ عقد، لازم‌الوفا نیست، یعنی شرط واجب‌الوفا نیست، و اما استدلال بر وجوب شرط با تمسک به

قول خداوند سبحان «ووفوا بالعقود» تام نبوده تا فعل امر موجود در آیه دلالت بر وجوب مطلق داشته باشد؛ به گونه‌ای که هم شامل عقود جائز و هم لازم گردد، و آیه تنها حمل بر عقود لازم می‌شود و عقود جائز از آن خارج می‌گردد. همان گونه که استدلال نمودن به حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» تام نیست؛ زیرا روایت در مقام بیان صحت اصل اشتراط است و لزوم و عدم لزوم شرط تابع عقدی است که شرط در ضمن آن بیان گردیده است (نجفی، بی تا، ج ۲۶، ص ۳۴۳).

آیت الله سبحانی تبریزی در پاسخ به این تفسیر بیان نموده:

آیه «ووفوا بالعقود» عمومیت داشته و شامل هر دو قسم عقود لازم و جائز می‌گردد، البته مادامی که موضوع یعنی عقد موجود باشد؛ زیرا شأن هر حکم مطلق این است که مقید به وجود موضوع است؛ در صورتی که از وجود موضوع چشم‌پوشی شود، آیه مطلق نخواهد بود. پس وجود موضوع اقتضا می‌کند که به شروط عمل گردد، چه در ضمن عقد لازم و چه عقد جایز. اما در ارتباط با روایت نبوی نیز می‌توان بیان نمود که مفاد حدیث بیانگر عدم انفاکاک مؤمنین و شروطشان است و مؤمن و شرط او، توأم با هم بوده و این همان معنای لزوم است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۹).
برای این امر می‌توان نماز نافله را مثال زد که اگرچه خود نماز واجب نیست، اما اگر نافله خوانده شود، انجام سجده، رکوع و... واجب است؛

ب) تفسیر دوم، تفسیر مشهور است که بیان داشته‌اند که شروط مادامی که عقد موجود باشد، واجب‌الوفا هستند. بله اگر مضاربه فسخ گردد، وجوب نیز ساقط می‌شود؛ پس با وجود موضوع عمل به شرط لازم است مگر زمانی که موضوع رفع گردد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص ۱۵۶-۱۵۹).

آیت الله سبحانی تبریزی در پاسخ به این تفسیر نیز بیان داشتند شروط مأخوذ در عقود بر دو قسم‌اند:

۱. شروطی که تابع ثمن یا مثنی یا عین مستأجره و اجرت یا یکی از ارکان عقود است. به عنوان مثال شخص بائع شرط می‌کند که من این فرش را به شما می‌فروشم به شرط اینکه پیراهنی برای بنده بدوزی. یا اینکه مشتری می‌گوید من این فرش را از شما می‌خرم به شرط اینکه یک میز هم به آن اضافه کنی. این شروط درحقیقت یا جزء ثمن و یا جزء مثنی هستند. این قسم از شروط تابع لزوم و جواز عقودند و از قاعده «أن الشروط فی العقود غیر اللازمة غیر لازمة الوفاء» تبعیت می‌کنند؛

۲. شروطی که مستقل بوده و وابستگی به ثمن و مثنی یا رکنی از ارکان عقود ندارند و برای حصول اطمینان از بقای عقدند. به عنوان مثال زید خانه‌ای از عمرو می‌خرد و شرط می‌کند که در صورت فسخ عقد مبلغی به عنوان جریمه پرداخت نماید و این مبلغ جهت اطمینان خاطر از بقای عقد است. صحت این شرط ملازم با لزوم آن است؛ زیرا معنایی ندارد که این شرط صحیح اما جایز باشد؛ زیرا هدف شخص را که حصول اطمینان است تأمین نمی‌کند. این شرط تابع قاعده «أن الشروط فی العقود غیر اللازمة غیر لازمة الوفاء» نبوده و در هر صورت لازم است. در عقد مضاربه نیز شرط عدم فسخ از نوع قسم دوم بوده که هیچ گونه وابستگی به یکی از ارکان عقد نداشته و صحت این شرط ملازم با لزوم آن است و همان گونه که قبلاً بیان گردید یکی از طرفین شرط می‌کند که از میان حق فسخ و عدم فسخ، عدم فسخ را انتخاب کند (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ق، ص ۲۰-۲۲).

۴-۲. شرط عدم فسخ در ضمن عقد دیگر

شرط عدم فسخ در ضمن عقود جایز یا لازم نیز به همان دو نحو شرط نتیجه و شرط فعل خواهد بود؛ به این نحو که برای الزامی کردن شرط عدم فسخ آن را ضمن عقدی لازم خارج از این عقد همچون بیع یا صلح شرط می‌کنند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۵، ص ۴۲۹)، یا در ضمن عقد جائز دیگری همچون مضاربه شرط عدم فسخ مضاربه دیگری را قرار می‌دهند. در این ارتباط در عروة‌الوثقی بیان گردیده:

اگر در ضمن عقد لازم دیگر، شرط عدم فسخ مضاربه را نمایند، بی‌اشکال شرط، لازم‌الوفاست، بلکه اگر در عقد مضاربه دیگر، شرط کنند که آن مضاربه سابقه را فسخ نکند، وفا به آن لازم است، مگر آنکه مضاربه دوم را فسخ کنند، آن وقت وجوب وفا به شرط ساقط و مضاربه سابقه را نیز می‌توان فسخ نمود؛ چنانچه اگر در عقد مضاربه مالی شرط کنند که از آن مال فلان جنس بخرد یا فلان مبلغ به او قرض دهد یا فلان خدمت را برای او بنماید و نحو آنها، وفا به آن لازم است، مادامی که مضاربه لاحقۀ باقی است و با فسخ آن، شرط نیز ساقط می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۳۵۵).

همان‌گونه که بیان گردید شرط در ضمن عقد جایز و لازم نیز به دو نحو شرط فعل و نتیجه بوده و برخی بیان داشته‌اند شرط نتیجه به سبب مخالفت با سنت باطل بوده، اما عمل به شرط فعل در ضمن عقد جایز دیگر مادامی که باقی است و در ضمن عقد لازم به سبب اینکه جزئی از آن است، واجب‌الوفا بوده و نباید با آن مخالفت نمود؛ زیرا چنین شرطی مخالف کتاب و سنت و حکم شارع به جواز مضاربه نیست (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ق، ص ۲۲).

امامی نیز در توضیح این امر در قانون مدنی بیان نموده:

در قانون مدنی نظر به علت مستتبۀ از ماده ۱۷۹ قانون مدنی که می‌گوید: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد». می‌توان به یکی از دو طریق ذیل عقد مضاربه را برای مدتی غیر قابل فسخ گردانید:

۱. در صورتی که عقد مضاربه مانند شرط، ضمن عقد لازمی قرار داده شود؛

۲. در صورتی که عدم فسخ عقد مضاربه از ناحیه هریک از مضارب و مالک ضمن عقد لازمی به صورت شرط قرار داده شود. اما در صورتی که عدم فسخ در ضمن عقد جایز دیگری شرط شود؛ چنان که در ضمن عقد وکالت عدم فسخ عقد مضاربه سابق شرط گردد؛ چون شرط و عقد وکالت پیکر واحدی را تشکیل می‌دهند، مادام که عقد وکالت باقی است، شرط ضمن آن لازم‌الوفا می‌باشد؛ یعنی با فسخ عقد مضاربه به وسیله یکی از طرفین عقد منحل نمی‌گردد و هرگاه عقد اصلی (وکالت) فسخ شود، شرط ساقط می‌گردد و عقد مضاربه قابل انحلال خواهد بود و منظور از آنچه مشهور است که شروط ضمن عقد جایز، لازم‌الوفا نمی‌باشند نیز همین امر است که مشروط علیه می‌تواند غیرمستقیم به وسیله فسخ عقد اصلی از متابعت شرط ضمن آن خلاصی یابد و از این جهت فرقی نخواهد داشت که شرط، ضمن عقد لازم باشد یا جائز؛ زیرا در هر دو صورت بقای شرط منوط به بقای عقد اصلی است؛ اما در صورتی که شرط عدم فسخ عقد، ضمن همان عقد جائز شود؛ چنان که کسی عقد مضاربه منعقد سازد و ضمن آن شرط نماید که آن را تا مدت معینی فسخ نکند، طبق مستتب از ماده ۵۵۲ و قاعده کلی شرط ضمن عقد از حیث جواز و لزوم تابع عقد اصلی است؛ چون عقد اصلی جائز است، شرط ضمن آن نمی‌تواند الزام‌آور باشد و هر زمان هریک از مالک و مضارب می‌تواند عقد مضاربه را فسخ نمایند (امامی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۰۶).

۳-۴. قول مختار

در پاسخ به استدلال‌های مذکور در صحت شرط مذکور و لزوم عمل به آن می‌توان بیان داشت، بنابر آنچه در بخش لزوم و جواز عقد مضاربه بیان گردید، عقد مضاربه از عقود جایز بوده و جواز آن با ذات آن گره خورده است. به عبارت دیگر، جواز عقد مضاربه از مقتضیات ذات عقد می‌باشد.

مقصود از مقتضی، موضوعات اساسی هستند که عقد به سبب آنها منعقد می‌گردد و بدون آنها ماهیت و چیستی خود را از دست خواهد داد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۴۷۱). مقتضیات عقد بر دو قسم‌اند: یا مقتضای ذات عقدند یا مقتضای اطلاق عقد. مقتضای ذات عقد، اموری هستند که عقد بدون آن محقق نمی‌گردد؛ به گونه‌ای که با انتفای آن، عقد لغتاً یا عرفاً یا شرعاً منتفی می‌شود. مقتضی اطلاق عقد نیز عبارت از امری است فرعی که هرگاه عقد به طور مطلق، یعنی بدون قید و شرط واقع شود، عقد اقتضای آن امر را می‌نماید (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۴۷۳). مقتضای اطلاق عقد منظور مستقیم و اصلی متعاقدين نیست و بدین جهت آنان می‌توانند با درج شرط و قید در عقد اقتضای مزبور را تغییر دهند (امامی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۸۰).

شروطی که در ضمن عقود بیان می‌گردد، جهت اینکه لازم‌الاجرا باشند، باید اوصافی داشته باشند که این اوصاف به قرار ذیل است:

۱. جایز باشد؛ ۲. مقدور باشد؛ ۳. غرض عقلایی داشته باشد؛ ۴. مخالف کتاب و سنت نباشد؛ ۵. منافی مقتضای عقد نباشد؛ ۶. مجهول نباشد؛ ۷. مستلزم امر محال نباشد؛ ۸. در متن عقد ملتزم به آن شده باشد؛ ۹. منجز باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۴۱۱).

بنابراین اگر شرطی یکی از این اوصاف را نداشته باشد، باطل بوده و عمل بدان جایز نمی‌باشد. شرط عدم فسخ مضاربه نیز از جمله شروطی است که نه تنها مخالف مقتضای ذات عقد است، بلکه مخالف با سنت نیز می‌باشد؛ زیرا اجماع بر جواز عقد مضاربه وجود دارد؛ یعنی دلیل در میان فقهای متقدم بوده که بنابر آن رأی داده‌اند و آن دلیل به دست ما نرسیده است و مخالفت با جواز عقد مضاربه و شرط عدم فسخ آن، مخالفت با سنت بوده و باطل می‌باشد. اگر اشکال گردد که شرط عدم فسخ مضاربه به نحو شرط نتیجه باطل است، اما به نحو شرط فعل صحیح بوده؛ به این بیان که اگر شرط عدم ملکیت فسخ و لزوم عقد گردد، در این صورت شرط باطل است، اما اگر شرط شود که شخص مالکیت بر حق فسخ خود داشته باشد، اما میان فسخ نکردن و فسخ کردن، فسخ نکردن را انتخاب کند، در این صورت شرط صحیح می‌باشد.

در پاسخ به این اشکال همانند سابق بیان می‌گردد که یکی از اوصافی که منجر به صحت شرط می‌گردد، این است که شرط منافی مقتضای ذات عقد نباشد و از معیارهایی که می‌توان به واسطه آن تشخیص داد که شرطی مخالف با مقتضای ذات عقد است، این است که شرط نباید با اثری که عقد علت تامه برای حصول آن است، منافاتی

داشته باشد؛ به این بیان که اگر عقد علت تامه یک اثری بود با هیچ شرطی نمی‌شود این اثر را از آن عقد گرفت؛ زیرا عقد علت تامه این اثر است و با ثبوت علت تامه، تخلف معلول از علت حتی در فضای اعتبار نیز محال است. درواقع اگر در فضای اعتبار، فقدان این اثر شرط شود، امری محال است و اصلاً قابلیت انشا را ندارد؛ حتی اگر بر اثر غفلت فرد انشاکننده، امکان انشا و اعتبار وجود داشته باشد، چنین انشایی اثر فقهی ندارد؛ بنابراین در هر جایی که عقد سبب و علت تامه اثر و حکمی باشد، شرط سقوط آن حکم و عدم ثبوت آن اثر، مخالف مقتضای عقد است. درواقع این اثر ملازم عقد است و هرگز از عقد جدا نمی‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶ ص ۴۴)، و همان‌گونه که سابقاً بیان گردید جواز عقد مضاربه جزء جدانشدنی از ذات عقد مضاربه بوده و شرط عدم فسخ چه به‌صورت شرط فعل و چه به‌صورت شرط نتیجه از بین‌برنده این اثر عقد مضاربه بوده و موجب تبدیل عقد مضاربه به یک عقد لازم می‌گردد.

از سوی دیگر منافات با مقتضای عقد، امر لفظی نیست که با اختلاف تعابیر و الفاظ تغییر کند (ملاکریمی و راغبی، ۱۳۹۸، ص ۹۵) و بیان گردد که شرط عدم فسخ به شکل شرط نتیجه نادرست بوده و اما یک شکل شرط فعل بدین نحو که از بین فسخ کردن و فسخ نکردن، فسخ نکردن را انتخاب کند، صحیح می‌باشد. آنچه مهم بوده حفظ محتوا و مضمون عقد است و شرط ضمن عقد نباید این محتوا را مخدوش سازد.

اما اگر اشکال گردد که بر فرض عقد مضاربه مبتنی بر جواز باشد، می‌توان در ضمن عقد دیگر شرط لزوم نمود و طبق کلام پیامبر اکرم ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» عمل بدان شرط لازم است.

پاسخ داده می‌شود که اولاً پیامبر اکرم ﷺ در این روایت در مقام انشای حکم و بیان وجوب تکلیفی عمل به شرط بوده‌اند و این روایت دلالتی بر لزوم و جواز مضاربه ندارد؛ ثانیاً شرط عدم فسخ در ضمن عقود دیگر نیز همانند شرط ضمن عقد مضاربه باطل است؛ زیرا اشتراط عدم فسخ مضاربه در ضمن عقد دیگر به‌معنای قصد انشای عدم انفساخ عقد مضاربه مدنظر بوده و از سوی دیگر قصد انشای عقد مضاربه مذکور قصد انشای مضاربه به نحو جواز است. به عبارت دیگر، قصد انشای مدلول شرط به معنای عدم قصد انشای مدلول عقد مضاربه که جواز آن است بوده و نوعی تنافی و تناقض در انشای شرط در ضمن عقد دیگر و انشای عقد مضاربه وجود داشته و باطل می‌باشد؛ ثالثاً جواز عقد مضاربه حقی برای طرفین نبوده تا با اشتراط عدم حق فسخ در ضمن عقد لازم یا جایز دیگر، طرفین از حق خود صرف‌نظر نمایند، بلکه حکمی از سوی شارع و امضا شده به‌دست ایشان است و هرگونه شرطی خلاف آن، خلاف سنت و باطل می‌باشد.

بنابراین شرط عدم فسخ در ضمن عقد مضاربه یا در ضمن عقود دیگر، شرط لزوم آن بوده و تبدیل آن به غیر آنچه ذات آن می‌باشد است، و این امر با توجه به‌معنای عقد لازم و جایز کاملاً آشکار است؛ زیرا عقد جایز عقدی است که طرفین هر زمان که اراده کنند، توانایی فسخ آن را دارند؛ در صورتی که در عقد لازم چنین حقی وجود ندارد. در اسقاط حق فسخ تفاوتی وجود ندارد که این حق از یکی از طرفین سلب گردد یا از هر دو؛ بنابراین آنچه در بند دوم ماده ۴ مضاربه اجرایی بیان گردیده و حق رجوع و فسخ از عامل سلب، ولی بانک همچنان دارنده این حق

می‌باشد، امری باطل بوده و عمل بدان جایز نمی‌باشد و این ماده باید اصلاح گردد، اما این شرط فاسد، مفسد مضاربه نخواهد بود؛ زیرا میان شرط فاسد و فساد عقد ملازمه‌ای نیست.

نتیجه‌گیری

بنابر آنچه بیان شد، ماهیت عقد مضاربه اذنی بودن آن است و همانند سایر عقود اذنی، جواز آن جز لاینفک و از مقتضیات ذات آن می‌باشد.

همچنین شرط مدت در مضاربه به دو صورت است: یا از سوی مالک شرط شده یا عامل، که اگر از سوی مالک باشد، ملازمه‌ای با شرطیت عدم فسخ آن نداشته و سبب لزوم عقد مضاربه نمی‌گردد و تنها بیانگر ممنوعیت عامل از تصرف در اصل سرمایه بعد از انقضای مدت است؛ از این رو تعیین اجل در بند اول ماده ۴ قرارداد بانکی موجب لزوم عقد مضاربه نمی‌شود و از این جهت اشکالی به مضاربۀ اجرایی در بانک‌ها وارد نمی‌باشد؛ اما اگر از سوی عامل باشد، بازگشت این شرط به اشتراط عدم فسخ عامل و ممنوعیت او از رجوع از اذن خویش است که چنین شرطی و شرط عدم فسخ مضاربه امری مخالف با مقتضای ذات عقد مضاربه که جواز آن است، بوده و باطل می‌باشد و در این میان تفاوتی بین شرط نتیجه و شرط فعل و یا شرط ضمن عقد مضاربه و یا شرط ضمن عقد دیگر وجود ندارد؛ بنابراین شرط عدم فسخ عامل از سوی بانک که در بند دوم ماده ۴ قرارداد مضاربۀ اجرایی بانکی بیان گردیده، مخالف با مقتضای ذات عقد بوده و باطل می‌باشد.

منابع

- ابن‌براج، عبدالعزیز بن‌نحیر (۱۴۰۶ق). *المهذب*. قم: جامعه مدرسین.
- ابن‌حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸ق). *الوسيلة الى نيل الفضيلة*. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- ابن‌زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق). *غنية النزوع الى علمي الاصول والفروع*. قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
- ابن‌سعید، یحیی بن احمد (۱۴۰۵ق). *الجامع للشرائع*. قم: مؤسسه سیدالشهداء (ع).
- ابن‌فارس، احمد بن زکریا (۱۹۷۹م). *معجم مقاییس اللغة*. بیروت: دارالفکر.
- اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین و عباسی گلماهی، مراد (۱۳۹۱). بازجستی در ویژگی‌های فقهی و حقوقی سرمایه در عقد مضاربه. *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۴(۷)، ۲۸۷.
- امامی، حسن (بی‌تا). *حقوق ملنی*. بی‌جا: اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۲ق). *المکاسب*. قم: مجمع فکر الاسلامی.
- بجنوردی، حسن (۱۳۷۷). *القواعد الفقهیه*. قم: الهادی.
- تفرشی، محمد عیسی و قنوتی، جلیل (۱۳۷۷). ارکان عقد مضاربه در حقوق اسلام و حقوق مدنی. *مدرس علوم انسانی*، ۹، ۱۳۳-۱۵۵.
- تهانوی، محمدعلی (بی‌تا). *کشاف اصطلاحات الفنون*. لبنان: مکتبه لبنان ناشرین.
- حسینی دستی، سیدمصطفی (۱۳۷۹). *معارف و معاریف*. بی‌جا: مؤسسه فرهنگی آرایه.
- حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*. قم: جامعه مدرسین.
- حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد (بی‌تا). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حکیم، محسن (۱۳۷۴). *مستمسک العروة الوثقی*. قم: دارالتفسیر.
- حلی، حسن بن یوسف مطهر (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام*. قم: جامعه مدرسین.
- حلی، حسن بن یوسف مطهر (۱۴۱۴ق). *تذکره الفقهاء*. قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع) لاحیاء التراث.
- حلی، حسن بن یوسف مطهر (بی‌تا). *تذکره الفقهاء*. تهران: مکتبه المرتضویه.
- حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق). *الجامع للشرائع*. قم: مؤسسه سیدالشهداء (ع) - العلمیه.
- خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۶ق). *المبانی فی شرح العروة الوثقی*. نجف: بی‌نا.
- دورزنی، حسین و رضوی، سیدمحمد (۱۳۹۳). امکان‌سنجی تعمیم عقد مضاربه به تمام فعالیت‌های تجاری. *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۱۱(۶)، ۹۴-۷۷.
- رازی، احمد بن فارس (۱۴۱۴ق). *مجلد اللغة*. بیروت: دارالفکر.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۹۶). *احکام مضاربه فی ثوبها الجدید*. قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ق). *نظام المضاربه فی الشریعة الاسلامیه الفراء*. قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۹۵). درس خارج آیت‌الله سبحانی.
- سفی، علی‌اکبر (۱۳۸۵). *دلیل تحریر الوسیله (المضاربه)*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع).
- شهید اول، محمد بن مکی (بی‌تا). *اللمعة الدمشقیة*. بی‌جا: دارالفکر.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: مکتبه الداوری.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۷ق). *العروة الوثقی*. بی‌جا: بی‌نا.

- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۸۱). *غایة القصوى فى ترجمة العروة الوثقى*. تدوین: ع. قمی. قم: صبح پیروزی.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق). *حاشیة مکاسب*. قم: اسماعیلیان.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). *المبسوط فى فقه الامامیه*. تهران: مکتبه المرتضویه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). *النهاية فى مجرد الفقه و الفتاوى*. بیروت: دارالکتب العربی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق). *ارشاد الأذهان الى احکام الايمان*. قم: جماعه المدرسين فى الحوزة العلمیه بقم.
- فاضل موحّد لنکرانی، محمد (۱۴۲۵ق). *تفصیل الشریعة (المضاربة، الشركة و...)*. قم: مرکز فقه الاثمة الاطهار علیه السلام.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). *ایضاح الفوائد فى شرح اشکالات القواعد*. قم: اسماعیلیان.
- فیروزآبادی، مجدالدین (۱۴۱۵ق). *القاموس المحيط*. بیروت: بی نا.
- فیومی، احمد بن محمد (بی تا). *المصباح المنیر فى غریب الشرح الکبیر*. بیروت: المکتبه العلمیه.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۱). *قواعد فقه*. تهران: سمت.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فى شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۳۷۶). *المختصر النافع فى فقه الامامیه*. قم: مطبوعات دینی.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *سرائع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام*. قم: اسماعیلیان.
- مغنیه، محمدجواد (۱۳۷۹). *فقه الامام جعفر الصادق علیه السلام*. قم: انصاریان.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۰ق). *المقنعه*. قم: جماعه المدرسين فى الحوزة العلمیه بقم.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا). *مجمع الفائدة و البرهان فى شرح ارشاد الاذهان*. قم: جماعه المدرسين فى الحوزة العلمیه بقم.
- ملاکرمی، فرشته و راغبی، محمدعلی (۱۳۹۸). *معیارهای تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد در عقود مشارکتی. اقتصاد/اسلامی*.
- ۱۹ (۷۴)، ۱۱۳-۸۹.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۳۷۹). *فقه المضاربة*. قم: جامعه المفید.
- موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۷۹). *قواعد فقهیه*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- موسوی سبزواری، عبدالاعلی (بی تا). *جامع الاحکام الشرعیة*. قم: مؤسسه المنار.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۹۲). *تحریر الوسیله*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- نجفی، محمدحسن (بی تا). *جواهر الکلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۲). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۲ق). *کتاب المضاربة*. قم: مرکز اهل البيت علیهم السلام للفق و المعارف الاسلامیه.
- الهام، صادق (۱۳۹۶). *نگاهی فقهی به قراردادهای مضاربه و جعاله بانکی*. تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
- الهام، صادق و سعدی، حسنعلی (۱۳۹۳). *بطلان شرط ضمان در قرارداد مضاربه بانکی در بانکداری اسلامی. پژوهش های فقه و حقوق اسلامی*. ۳۷، ۳۷-۵۶.