

ماهیت قرارداد موسوم به اجاره طلای حجمی

احمد رضا دهستانی*

چکیده

در سال‌های اخیر که با رشد بی‌رویه تورم و کاهش ارزش پول ملی مواجه بوده‌ایم، برخی برای حفظ ارزش پول و سرمایه خویش و همچنین کسب سود متعارف آن را به طلا تبدیل، و در بازار زرگری قراردادهای مختلفی منعقد می‌کنند. یکی از این قراردادهای رایج در عرف خاص زرگری به «قرارداد اجاره طلای حجمی» معروف است. در این قرارداد، طلای حجمی به معنای طلای آب‌شده است که مالک به موجب قرارداد، آن‌ها را به زرگر به‌عنوان عامل تسلیم می‌کند تا وی آن را در کارگاه طلاسازی به کارگیرد و معامله کند. در نهایت طرفین این قرارداد در سود و کارکرد به‌طور مشاعی با سهم معین سهیم هستند. همچنین زرگر موظف است در مدت مقرر قبل از تقسیم سود، به‌صورت علی‌الحساب وجوهی به مالک بپردازد. ماهیت این قرارداد، بر مبنای اصالت قصد باطنی و برخی آرای قضایی و با توجه به اینکه طلای حجمی از اموال مصرف‌شدنی است و منفعت مستقل از عین ندارد و بلکه سود و کارکرد دارد، به هیچ وجه نمی‌تواند اجاره باشد، هرچند در قرارداد، «اجاره» نامیده می‌شود، اما قرارداد مذکور در مقایسه با دیگر عقود معین به‌عنوان یک قرارداد مشارکتی، بیشترین شباهت به عقد مضاربه و عقد شرکت دارد. بر اساس قصد طرفین می‌تواند مضاربه باشد اما با ایراد وجه نقد نبودن سرمایه مواجه می‌شود. به نظر می‌رسد این قرارداد می‌تواند با برخی از اقسام عقد شرکت به خصوص قسمی به نام «شرکت اموال و اعمال» به‌عنوان یک شرکت مدنی منطبق باشد.

واژگان کلیدی: طلای حجمی، اجاره طلا، مضاربه طلا، اجرت‌المثل طلا،

مشارکت در طلا

مشخصات رأی (بدوی)

شماره دادنامه: ۹۶۰۹۹۷۰۳۰۱۲۰۱۳۶۳

تاریخ: ۱۳۹۶/۰۹/۱۳

خواسته: استرداد ۱۳۰۰ گرم طلای ۷۵۰ عیار و مطالبه اجرت المثل طلا
مرجع رسیدگی کننده: شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان یزد

«در این پرونده آقای — فرزند — دادخواستی به طرفیت آقای — با وکالت — به خواسته استرداد ۱۳۰۰ گرم طلای ۷۵۰ عیار و مطالبه اجرت المثل کارکرد از تاریخ ۱۳۸۹/۱۱/۲۷ لغایت صدور حکم به انضمام خسارات دادرسی بدین شرح که خواهان مدعی است در مورخه های ۱۳۸۹/۱۱/۲۷ و ۱۳۸۹/۱۲/۹، مقدار ۳۰۰۰ گرم طلای ۷۵۰ عیار به خواننده داده که طی قرارداد، سود کارکرد به طور مساوی تقسیم شود. ولی دو سال بعد خواننده از سود دهی از کارکرد خودداری کرده است مقدار ۱۷۰۰ گرم طلای مذکور بازگردانده است و از دادن مابقی خودداری می کند. خواننده منکر تحویل داده شدن بیش از ۲ کیلو طلا به کارگاه خویش شده است. دادگاه با عنایت به اظهارات طرفین، مستندات ابرازی از جمله تصویر مصدق قرارداد عادی طرفین و فاکتور ارائه شده که مورد تایید صادرکننده آن قرار گرفته است و از نظر دادگاه، تحویل ۳ کیلو طلا از طرف خواهان به خواننده و استرداد ۱۷۰۰ گرم به خواهان محرز است و اینکه اجرت المثل میزان طلای مورد خواسته براساس توافق و شرایط طرفین و عرف بازار توسط کارشناسان رسمی دادگستری از مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۲۷ لغایت ۱۳۹۵/۱۲/۱۴، مبلغ ۹۲۴۴۴۱۶۵۰ ریال تعیین نموده است که نسبت به نظریه مذکور اعتراض موثر به عمل نیامده و با اوضاع و احوال محقق قضیه مطابقت دارد؛ فلذا دادگاه باتوجه به حاکمیت اراده متعاملین و اصل آزادی قراردادی خواهان را ثابت تشخیص داده و به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده ۱۹۸ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی، خواننده را محکوم به تحویل ۱۳۰۰ گرم طلای ۷۵۰ عیار و پرداخت مبلغ ۸۵۰/۲۶۵/۰۹۴/۱ ریال بعنوان خسارت اجرت المثل تا پایان سال ۱۳۹۵ و پرداخت ۳۱۷/۱۱۷/۲۵ ریال به عنوان خسارت دادرسی در حق خواهان می نماید. خواهان موظف است به پرداخت مبلغ ۳۱۷/۸۸۵/۲۱ ریال بعنوان خسارت قبل از صدور اجراییه می باشد. رای صادره

حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدید نظر در دادگاه تجدید نظر استان یزد می‌باشد.^۱

۱. این رأی در شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر یزد به شماره‌ی ۹۷۰۹۹۷۰۳۰۲۵۰۰۴۷۵ تایید شده است.

مقدمه

قرارداد موسوم به اجاره طلای حجمی قرارداد نوپایی است که در عرف به غلط اجاره‌ی طلا نام‌گذاری شده و در نهایت با ایجاد اختلافات عدیده سر از محکمه درآورده است. حال این دادرسان محاکم اند که باید وصف و ماهیت حقوقی این تراضی‌ها را بیابند. در همین راستا، نشست هفتم نقد رأیی که از سوی دادگستری کل استان یزد اختصاص به این موضوع دارد.

از دو جهت، پرداختن به مسئله پیش‌رو ضروری است: اولاً این نوع قرارداد در هیچ اثری اعم از کتاب و مقاله و پایان‌نامه مورد بررسی قرارنگرفته است. ثانیاً رویه قضایی هنوز نظر قاطع و صریحی در مورد ماهیت این قرارداد نداده است و در جلسه نقد رأیی که برگزار شده، ضمن بیان نظرهای ارزشمند قضات و اساتید، نتیجه و نظر واحدی مطرح نشده است. لذا این مقاله موضوع محور در صدد پاسخ به این سوال است که: ماهیت این قرارداد چیست؟ فرضیه ابتدایی ما این است که قطعاً اجاره نیست و بلکه یک نوع عقد شرکت است.

روش تحقیق در این پژوهش، میدانی و کتابخانه‌ای است و چون عمده مواد قانون مدنی در بخش عقود معین از فقه امامیه گرفته شده است، بیشتر منابع فقهی مدنظر است. مقاله حاضر دو بخش عمده دارد: اول به مفهوم این قرارداد پرداخته می‌شود و سپس در بخش بعدی به تطبیق این قرارداد با عقود معینی که شباهت بیشتری دارد پرداخته می‌شود.

۱. مفهوم قرارداد اجاره طلای حجمی

۱.۱. مفاد و مال مورد توافق طرفین

مفاد تراضی طرفین این است که یک طرف سرمایه خود را - همان طلای حجمی - به طرف دیگر می‌دهد که وی با مهارت و ابزاری که در اختیار دارد، روی آن طلا کار کند و حسب مورد به تشخیص خود، آن‌ها را به جواهراتی تبدیل کند و در بازار مورد معامله قراردهد و در اثر نوسان قیمت طلا، سودی از عمل ساخت‌وساز و معاملات کسب کند. این سود به صورت درصدی بین طرفین، مُشاع تعیین و مقرر می‌شود این سود در مهلت خاصی مثلاً ماهیانه به صورت

علی‌الحساب پرداخت گردد و گویا همه این قراردادها مدت‌دار است. در برخی، سود به‌صورت پول و در برخی به‌صورت همان طلا پرداخت می‌شود.

مالی که موضوع و اساس این قرارداد است، طلای حجمی نامیده می‌شود و به معنای طلای آب‌شده است که فقط وزن آن مدنظر است. طلای حجمی با این وصف طبق ماده ۹۵۰ قانون مدنی در دسته‌ی اموال مثلی قرار می‌گیرد

۲.۱. بررسی منفعت طلا

در بررسی این قرارداد، با سوالاتی از این قبیل مواجه می‌شویم: طلا چه نوع منفعتی دارد؟ منفعت طلا چه فرقی با سود طلا دارد؟ وجود و طرح چنین سوالاتی باعث شده است برخی ناقدین در جلسه نقد رأی بیان کنند که استفاده از واژه اجرت‌المثل در مورد طلای حجمی صحیح نیست، چراکه مقدمه ضروری برای اجرت‌المثل این است که مال منفعت مستقلاً از عین داشته باشد و اگر اجاره طلا در نظر قضات باطل باشد، پس اجرت‌المثل هم در مورد طلا موضوعیت ندارد و در نهایت به‌جای اصطلاح اجرت‌المثل، استفاده از لفظ «سود و کارکرد» را صحیح دانسته‌اند. جدا از سخن ایشان، باید دانست اساساً اجرت‌المثل فرع بر عدم وجود قرارداد است و کاربرد این واژه در رأی پیشین صحیح نیست؛ چراکه منشأ دعوا و رابطه طرفین ناشی از یک قرارداد صحیح بوده است. در کل مبنای حرف ناقدین در این مورد می‌تواند چنین باشد: «منفعت» از واژه‌ی نفع است و معمولاً از امور جسمانی نیست اما گاهی هم جسمانی است مثل میوه درخت (لنگرودی، ۱۳۹۷: ۷۵۰) و وابسته به عین است که از آن تدریجاً حاصل می‌شود. اما «سود و کارکرد»، متفاوت از منفعت است و در اینجا، سه لفظ «سود و کارکرد و عایدات» معنای یکسان دارند. سود و کارکرد برخی اموال در گروه عمل مادی انسان بر روی آن است. در فقه امامیه نیز بین منفعت ناشی از یک مال با سود و کارکرد ناشی از مال تفکیک وجود دارد، به‌طوری که عقد اجاره مبتنی بر «منفعت» و عقد مضاربه مبتنی بر «ربح» است. ربح در این قرارداد مُرادف با سود و کارکرد و عایدات است. به عبارت دیگر اثر عقد اجاره تملیک منفعت است، منفعتی که از مال قابل‌بقا حاصل می‌شود و در حین عقد قابل استفاده است. اما اثر عقد مضاربه اشتراک در ربح است که در آینده حاصل می‌شود.^۱

۱ در مورد عقد اجاره و مضاربه در ادامه بیشتر پرداخته می‌شود ولی اجمالاً، در این آثار فقهی از واژه‌ی

۲. ماهیت قرارداد اجاره طلای حجمی در مقایسه با عقود معین

در مورد ضابطه تشخیص نوع عقد برخی گفته‌اند شرایط و احکام خاص یک عقد، منوط به تشخیص نوع عقد در مرحله نخست است، نه این که تشخیص نوع عقد، فرع بر شناسایی احکام باشد (شهیدی، ۱۳۹۸: ۱۰۸). از طرف دیگر احاله و تطبیق مستقیم و ابتدایی هر قرارداد عرفی به ماده ۱۰ قانون مدنی خطاست، به دلیل این که اولاً معتقدیم برای عقد نامعین دانستن هر قراردادی حداقل یک پیش فرض وجود دارد مبنی بر این که: قبل از حکم به توصیف قراردادها به عقد نامعین (ماده ۱۰ قانون مدنی)، باید مطمئن شد که قرارداد مورد توصیف، تحت آثار و قالب هیچ یک از عقود معین قرار نمی‌گیرد و طرفین هم چنین قصدی نداشته باشند؛ به عبارت دیگر نباید و نمی‌توان آثار عقود معین را در قالب یک عقد نامعین محقق دانست، چرا که اگر چنین وضع عقود معین بی‌فایده تلقی و تمام عقود و قراردادها منحصر در قراردادهای خصوصی می‌شود. در یک کلام، «عقد غیرمعین برای رفع نیازهای حقوقی که در قالب عقود معین قابل تحقق نباشد، وضع گردیده است.» (همان) ثانیاً با پذیرش تمام بودن مسئله با عقد نامعین موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، دیگر مجالی برای طرح پژوهش پیش‌رو و امثال باقی نمی‌ماند؛ لذا در ادامه قرارداد مورد بحث با عقود معینی که شباهت بیشتری دارد مقایسه می‌شود و ابزار ما در این بررسی، قصد طرفین، عرف خاص حاکم بر این قرارداد، مواد قانونی و نظر فقها و حقوق‌دانان است.

۱.۲. مقایسه با عقد اجاره اموال

طرفین قرارداد مورد بحث، عنوان اجاره را برای تراضی خویش برگزیده‌اند و منظورشان اجاره اموال اعیان است. مسلماً این نوع قرارداد با عقد اجاره متفاوت است. در فقه و قانون، عقد اجاره یک عقد تملیکی است که اثر آن تملیک منافع معمولی است در مقابل عوض معلوم (حلی، ۱۳۸۷: ۲۴۲؛ نجفی، بی‌تا: ۲۰۴/۲۷؛ کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۳۴۷)، در حالی که اثر اصلی قرارداد موسوم به اجاره طلای حجمی بر مبنای قصد باطنی طرفین، تملیک اعم از تملیک عین یا منفعت طلا

«رئیح» ذیل عقد مضاربه استفاده شده است: حلی، بی‌تا: ۴۹/۲؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۷۳/۳؛ بحرانی،

۱۳۶۳: ۲۵۱/۲۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۸۲/۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۶۵۱/۱

نیست، بلکه اثر اصلی آن «ایجاد اشاعه» است در منافع و عایدات حاصل در آینده. در کل به دو دلیل عمده، اجاره بودن قرارداد مورد بحث رد می‌شود. همان‌طور که گفته شد اثر اصلی عقد اجاره تملیک منفعت مالی است که معلوم و معین و قابل بقا است، در حالی که اثر اصلی قرارداد اجاره طلای حجمی ایجاد اشاعه یا به عبارتی که در عرف زرگری معروف است، ایجاد شراکت است. ممکن است سوال شود که این اشاعه در منافع هم نوعی تملیک محسوب می‌شود که در پاسخ می‌گوییم که اگر هم این مورد را تملیک منافع آینده محسوب کنیم باز به مثابه تملیک منافع در عقد اجاره نخواهد بود، زیرا منفعی که در عقد اجاره تملیک می‌شود اولاً معلوم و معین است. ثانیاً تملیک منفعت به مستاجر به صورت مفروز و منجز انجام می‌شود، در حالی که قرارداد مورد بحث هیچ یک از اوصاف اصلی و آمره‌ی عقد اجاره را ندارد، چون میزان و مقدار منفعت آینده نامعلوم و نامعین و بلکه وابسته به وضعیت بازار طلا می‌باشد. همچنین منافع و عایدات طلای حجمی بصورت معلق بر حصول آن در آینده و به‌طور مشاعی بین طرفین مورد تملیک قرار می‌گیرد.

در فقه و حقوق ذیل شرایط عقد اجاره آمده است که موضوع آن باید اموال مصرف نشدنی و قابل بقا باشد (مکی، ۱۴۱۰: ۳۳۱/۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۵۷/۱۹؛ کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۳۷۲)، به عبارت دیگر عینی که موضوع عقد اجاره است باید منفعت مستقل داشته باشد.^۱ در حالی که اولاً مورد معامله در قرارداد مورد بحث، مالی است غیر قابل بقا که مصرف‌شدنی است و در شرایط بازار مدام تغییر می‌یابد. ثانیاً این طلای آب‌شده به خودی خود هیچ منفعت تدریجی‌الوصولی که مستقل از عین خود باشد ندارد، بلکه همان‌طور که قبلاً هم بیان شد، طلای آب‌شده به جای منفعت، «سود و کارکرد» دارد.

۲.۲. مقایسه با عقد اجاره اشخاص

با توضیحات بالا، شکی نیست که قرارداد مورد بحث نمی‌تواند مصداقی از اجاره اشخاص هم باشد. با این توضیح که در قرارداد مورد بحث، اصلاً اجیر کردن هیچ یک از طرفین مدنظر طرفین نیست. همچنین مقدار سودی که طبق حصه به

۱ «منافع هر مالی نمی‌تواند موضوع عقد اجاره واقع شود، بلکه فقط منافع عین غیرمصرفی که قابلیت استقلال حقوقی از عین را دارا می‌باشد، قابلیت اجاره دارد.» (باریکلو، ۱۳۹۴: ۲۸۴)

زرگر تعلق می‌گیرد، اجرت نیست بلکه حصه مشاعی وی است. اما طرح این بند مستقل با عنوان اجاره اشخاص، برای اشاره به بخشی از یک دادنامه مرتبط که به اشتباه این تراضی را اجاره اشخاص دانسته می‌باشد:

مشخصات رأی (بدوی)

شماره پرونده: ۹۸۰۹۹۸۰۳۰۱۵

شماره بایگانی شعبه: ۹۸۰۸۱۷

تاریخ: ۱۳۹۹/۰۹/۱۳

خواسته: ۱- اثبات شراکت با موضوع شرکت در طلاسازی و ۲- مطالبه سهم‌الشرکه

۳- مطالبه منافع و عواید حاصله از شراکت

مرجع رسیدگی کننده: شعبه هفتم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان یزد

«دادگاه با بررسی جامع اوراق و محتویات پرونده و با عنایت به دادخواست تقدیمی و استناد وکیل خواهان به گواهی گواهان و استعلام از اتحادیه زرگران و با عنایت به وکلای اصحاب دعوی در جلسه دادرسی و طی لوایح تقدیمی و نظر به ارجاع امر به کارشناسی و نظریه شورای سه نفره کارشناسی که مصون از اعتراض طرفین مانده و حکایت از عدم هرگونه دلیلی بر اثبات شراکت بین خواهان و خوانده دارد و با التفات به این که حسب مقررات مربوط به عقد مشارکت و تعریفی که از عقد شرکت به عمل آمده (شرکت عبارت از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه) در فرض موضوع پرونده، علاوه بر این که آورده متعلق به خواهان در شراکت مشخص نمی‌باشد و این که آیا به نحو نقدی بوده و یا اینکه طلا، آن شیء واحد تعریف شده در مورد عقد شراکت مجهول می‌باشد ... که با این وصف این نحو رابطه قراردادی مد نظر ایشان، مشمول قرارداد اجاره اشخاص می‌باشد تا مشارکت ...»^۱

۱. نهایتاً شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان یزد در تاریخ ۱۳/۰۸/۱۴۰۰ با نقض دادنامه بدوی بدین گونه حکم به محکومیت تجدیدنظرخوانده (خواننده بدوی) به پرداخت عواید ناشی از توافق، صادر کرده است: «مستنداً به ماده ۳۵۸ و ۲ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۰ ق.م. با نقض دادنامه معترض‌عنه در قسمت خواسته‌های ردیف یک و دو قرار عدم استماع دعوا صادر و در قسمت خواسته ردیف سوم و مطالبه عواید ناشی از شراکت) با تلقی آن به عنوان مطالبه عواید ناشی از توافق موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی حکم به محکومیت تجدیدنظرخوانده به پرداخت ۸۶/۵۸ گرم طلا ۷۵۰ عیار بابت اصل

دادنامه بالا جدا از تشخیص غلط ماهیت رابطه دو طرف، ایراد برجسته‌ای دارد و آن هم تعریف اشتباه از عقد شرکت، بدین توضیح که اولاً عبارت اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد - که ماده ۵۷۱ قانون مدنی بیان کرده است - تعریف حالت اشاعه است نه تعریف عقد شرکت. ثانیاً مراد ماده مذکور این نبوده که بیان کند متعلق شرکت باید حتماً «یک شیء» یا یک مال باشد؛ به عبارت دیگر ماده ۵۷۱ که گفته است «اجتماع مالکیت متعدد در شیء واحد» مفهوم مخالف ندارد و این که نتیجه بگیریم: اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء متعدد شرکت و اشاعه محسوب نمی‌شود، مبتنی بر مفهوم وصف است که طبق نظر علمای اصول وصف مفهوم ندارد (مظفر، ۱۳۷۳: ۱۲۱/۱؛ صدر، ۱۴۱۸: ۱۰۰/۱). همچنین با پذیرش استدلال دادگاه که مبتنی بر مفهوم وصف است، شرکت معاوضی در فقه^۱ و همچنین ماده ۵۷۳ قانون مدنی^۲ - که مزج چند مال را سبب اشاعه دانسته است - به کلی نقض می‌شود، بلکه مراد این ماده این بوده است که «یک مال می‌تواند دو یا چند مالک داشته باشد».

۳.۲. مقایسه با عقد قرض

عقد قرض از عقود تملیکی است (روحانی، ۱۴۳۵: ۲۵۳/۲۹)، بدین صورت که شخصی مالی را به دیگری تملیک می‌کند و گیرنده موظف به دادن مثل یا قیمت آن است نه رد همان مالی که گرفته بود.

قرارداد موضوع بحث شباهت زیادی به عقد قرض دارد ولی باید گفت این قرارداد، قرض نیست و نمی‌تواند باشد، چرا که طرفین اصلاً قصد تملیک عین طلا ندارند. ثانیاً جدا از نکته اول، قرض تلقی کردن این قرارداد یا انعقاد چنین قراردادهایی در قالب

خواسته و مبلغ ۲۱۲ ریال بابت هزینه‌های دادرسی و مبلغ ۱۲۰۰۰۰ بابت حق الوکاله وکیل در حق تجدیدنظر خواه می‌نماید. رأی صادره قطعی است.»

۱. شرکت معاوضی عقدی است که اثر و مقتضای اصلی آن ایجاد اشاعه است. این نوع شرکت در آثار فقهای متأخر به وضوح بیان شده است: «فهو عقد بین اثنین أو أكثر أنشیء لیكون کل من المالین أو الأموال إشاعاً بین جمیع الشركاء، و الأغلب أن یكون الغرض من شركة العقد هو التجارة» (مغنیه، ۱۳۷۹: ۱۰۱/۴)

۲. ماده ۵۷۳: «شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می‌شود یا در نتیجه عمل شرکاء از قبیل مزج اختیاری یا قبول مالی مشاعاً در ازاء عمل چند نفر و نحو این‌ها.»

قرض، با ایرادی جدی در شرع و قانون مواجه می‌شود. در فقه امامیه، ربا حرام و شرط زیادی در عقد قرض مصداقی از ربا است که ربای قرضی نام دارد؛ با این توضیح که در عقد قرض، نباید هیچ‌گونه شرطی به نفع مقرض بشود چه این شرط، زیادی عینی باشد، چه زیادی منفعت (مکی، ۱۴۱۰، ۱۳/۴؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۶۹۵/۱؛ روحانی، ۱۴۳۵: ۲۵۷/۲۹). حکم تکلیفی این شرط در قرض، حرمت و حکم وضعی آن عدم افاده ملکیت برای مقرض است و طبق نظر مشهور، عقد اصلی یعنی قرض هم باطل است (همان: ۲۶۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۱۱۶). در میان قوانین، «قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» در بند الف ماده ۱،^۱ ربای قرضی را تعریف کرده است. در اصل ۴۹ قانون اساسی^۲ دولت موظف به استرداد ثروت‌های ناشی از ربا به صاحب حق است، و همچنین ماده ۶۵۳ قانون مدنی^۳ در سال ۱۳۷۰ حذف گردید. این مقررات نشان‌گر ممنوعیت ربای قرضی در نظام حقوقی کنونی است. در این راستا برخی حقوق دانان عقد قرض و شرط ربا را باطل دانسته‌اند (شهبیدی، ۱۳۹۴: ۱۲۳؛ قاسم‌زاده، ۱۴۰۰: ۳۹۴) و برخی صرفاً شرط اضافه و نفع را باطل و عقد اصلی را صحیح می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۶۲۶). به همین دلیل اگر قرارداد اجاره طلای حجمی را قرض محسوب کنیم یا این‌که اساساً چنین قراردادی به قصد قرض منعقد شود قطعاً صحیح نیست و قرارداد مذکور باطل است، زیرا سودی که طلاساز طبق توافق به مقرض می‌دهد همان

۱ بندالف ماده ۱: «الف - ربای قرضی و آن بهره‌ای است که طبق شرط یا بنا و روال، مقرض از مقرض دریافت نماید.»

۲ اصل ۴۹: «دولت موظف است ثروت‌های ناشی از ربا، غصب، رشوه، اختلاس، سرقت، قمار، سوءاستفاده از موقوفات، سوءاستفاده از مقاطعه‌کاری‌ها و معاملات دولتی، فروش زمین‌های موات و مباحات اصلی، دایر کردن اماکن فساد و سایر موارد غیرمشروع را گرفته و به صاحب حق رد کند و در صورت معلوم نبودن او به بیت‌المال بدهد. این حکم باید با رسیدگی و تحقیق و ثبوت شرعی به‌وسیله دولت اجرا شود.»

۳ ماده ۶۵۳: «مقرض می‌تواند به وجه ملزومی به مقرض وکالت دهد در مدتی که قرض بر ذمه‌ی او باقی است مقدار معینی از دارایی مدیون را در هر ماه یا در هر سال مجاناً به خود منتقل کند.» در مورد علت حذف این ماده آمده است که: «برای آنکه معامله ربوی در قالب یک عقد صحیحی ریخته شود، این ماده در نظر گرفته است، اما باید دانست که این امر، رباخواری را منتفی نمی‌سازد زیرا برداشت اضافه بر مال مورد قرض به‌عنوان وکیل مقرض، همانند پرداخت آن به وسیله‌ی شخص مقرض و ربا خواهد بود. به همین دلیل این ماده در اصلاحات سال ۱۳۷۰ حذف گردید.» (شهبیدی، ۱۳۹۴: ۱۲۵)

اشتراک نفع است و از آنجایی که این شرط نامشروع و غیرقانونی یکی از عوضین قرارداد اصلی است، در نهایت باعث بطلان قرارداد نیز می‌شود. لازم به ذکر است دلیل اصلی قرض ندانستن این قرارداد، قصد واقعی آن‌هاست که منصرف از عقد قرض است.

۴.۲. مقایسه با عقد شرکت مدنی

عقد شرکت از دو جهت به گونه‌ای متفاوت و بیشتر مورد بررسی قرار می‌گیرد: اول، به علت داشتن پیچیدگی و اقسام نسبت به دیگر عقود معین و دوم، بخاطر اینکه قرارداد اجاره طلای حجمی متضمن شرکت است.

۱.۴.۲. معرفی عقد شرکت و اقسام آن

اصطلاح «عقد شرکت» در قانون و آثار فقهی و حقوقی، مجموعاً سه معنا دارد: در معنای اول عقد شرکت مرادف است با مالکیت مشاع یا وضعیت اشاعه (نجفی، بی‌تا: ۲۸۴/۲۶؛ مغنیه، ۱۳۷۹: ۱۰/۴).^۱ معنای دوم اصطلاح عقد شرکت، توافق شرکا برای تصرف یا اداره مال مشترک و تقسیم سود و زیان است (مصطفوی، ۱۴۲۳: ۳۱۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۳۳: ۲۱۰/۲).^۲ این معنا از شرکت در ماده ۵۷۶ قانون مدنی آمده است. شرکت در معنای سوم عقد است، اما عقدی که مقتضای ذات و اثر اصلی آن ایجاد اشاعه در مالکیت است. در فقه این معنا از عقد شرکت در آثار فقهای متقدم وجود ندارد^۳ و فقط در آثار برخی فقهای متأخر قابل مشاهده است (مغنیه، ۱۳۷۹: ۱۰/۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۸۶: ۶۲۰/۲؛ کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۶؛ صفایی و جواهرکلام، ۱۴۰۱: ۴۹).^۴ همچنین شرکت از

۱ «اجتماع حقوق المآک فی الشیء الواحد علی سبیل الشیاع.» (حلی، ۱۴۱۳: ۳۲۵/۲)

۲ «... اتفاق شخصین مثلاً علی الاتجار بالمال المشاع بینهما بأحد أسباب الإشاعة فی مرحلة سابقة علی

العقد، و هذا من العقود الإذنیة و نعرعنه بالشركة الإذنیة» (سیستانی، ۱۴۱۵: ۱۶۳/۲)

۳. علت اینکه برخی از فقها به عقد شرکتی که به عنوان یک عقد معین موجد حالت اشاعه باشد قائل نیستند، اعتقاد و نظر آن‌ها بر اشتراط امتزاج مادی اموال در پیدایش شرکت (اشاعه) است؛ به عبارات دیگر آن‌ها عقد شرکت را از آثار (مسبب) مزج مادی دانسته‌اند نه این که عقد شرکت سبب امتزاج حقوقی باشد. چنان که آمده است: «فالعقد الشركة یتوقف علی الاختصاص و الامتزاج، و هما سبب له لا هو سبب لهما» (الکاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۳/۳۲۵)

۴. «الأقوی أنّ الشركة بنفسها من العقود العرفیة، و بعد إجراء صیغتها لفظاً أو المعاطاة تحصل الشركة فی

الأموال و المنافع المكتسبة منها؛ فهذا العقد بنفسه یوجب تشریک کلّ منهما فی مال الآخر من دون

جهت متعلق به چهار دسته‌ی شرکت در عین، منفعت، حق و طلب تقسیم می‌شود (مکی، ۱۴۱۰: ۱۹۷/۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۰/۲۱۹) و از جهت آورده نیز به چهار دسته‌ی شرکتِ اموال و شرکتِ اعمال و شرکتِ وجوه و شرکتِ مفاوضه تقسیم می‌شود. لازم است این مهم را یادآوری کرد که نه در قانون مدنی و نه در قانونی دیگر، ممنوعیت و بطلان هیچ قسمی از عقد شرکت بیان نشده است، لذاست که باید مطابق با اصل ۱۶۷ قانون اساسی به فقه امامیه رجوع کرد. با این پیش‌فرض ذیلاً به طرح قسمی از عقد شرکت می‌پردازیم:

۲.۴.۲. شرکت اموال و اعمال

با در نظر گرفتن قرارداد مورد بحث و برخی نمونه‌هایی که حتی در فقه مطرح شده است^۱ می‌توان به قسمی جدید از عقد شرکت قائل شد که شرکت اموال و اعمال نام دارد. این نوع شرکت دو طرف دارد: یک طرف، عامل یا نیروی کار نام دارد که آورده‌ی او «عمل و مهارت» است. طرف دیگر، مالک سرمایه یا سرمایه دار نامیده می‌شود که آورده وی «مال و سرمایه» است. متعلق شرکت اموال و اعمال در میان چهار قسم عین و منفعت و حق و دین (طلب)، «منفعت» آینده است، منفعت به معنای سود و عایدات حاصل از امتزاج سرمایه و عمل که به اصطلاح فقهی، «ربح» نامیده می‌شود. این منفعت مشاع در حین قرارداد موجود نیست ولی در آینده با ترکیب سرمایه و سایر شرایط بوجود می‌آید و سهم طرفین در هنگام قرارداد مشخص است، در کل دلایل اعتبار و صحت این نوع شرکت بدین شرح است:

منفعتی که قرار است مشاع شود در حین عقد موجود نیست ولی معدوم بودن آن خللی به صحت عقد وارد نمی‌کند، زیرا اولاً موجود نبودن عایدات آینده،

حاجه‌الی المزج» (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۶: ۲/۶۲۰)

۱. نمونه اول: اگر دو نفر شریک شوند تا یکی بذر و گاو بیاورد و دیگری عمل خویش را بیاورد، این شرکت جایز است (ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶: ۲۲۷). نمونه دوم: اگر شخصی خودرویی (سیاره) به دیگری بدهد تا وی روی آن کار کند و اجرت بین طرفین مشترک باشد، این معامله نیز یک مضاربه صحیح است (سبحانی، ۱۳۹۶: ۷۲). نمونه سوم: اگر مولف و ناشر باهم توافق نمایند که مولف حق تألیف خویش را بیاورد و ناشر هم اقدام به نشر کتاب کند این دو شخص، شریک هستند (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴: ۱۲۹).

مقتضای عقد است و عقد مبنی بر همین امر است و طرفین هم پذیرفته‌اند.^۱ ثانیاً، منافع مورد نظر در آینده، مال معین نیست که لازم باشد حتماً در حین عقد موجود باشد، بلکه نوعی مال کلی است و مال کلی لازم نیست در حین عقد موجود باشد، چنان‌که بیع مال کلی چنین است و صحیح هم است. همچنین از باب قیاس اولویت با بیع کلی نیز می‌توان شرکت اموال و اعمال را صحیح دانست، بدین صورت که اگر عقد بیع را اصل حساب کنیم و شرکت اموال و اعمال را فرع، قطعاً علت و مناط حکم به جواز بیع با مال کلی که در آینده موجود می‌شود، در شرکت اموال و اعمال نیز جاری است باتوجه به تسامح بیشتری که در عقد شرکت وجود دارد نسبت به عقد بیع.

دومین دلیل در راستای صحت این نوع شرکت این است که مزج مادی شرط صحت شرکت نیست و آنچه ملاک است مزج اعتباری است که با تراضی طرفین محقق می‌شود، چرا که اولاً با عقود و قراردادها در عالم اعتبار تصرف می‌شود نه در عالم ماده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۷) و ثانیاً در انعقاد قراردادها اصل بر قصدی بودن است، یعنی اصل بر این است که اراده‌ها به تنهایی می‌توانند در عالم اعتبار رابطه‌ای جدید بسازند، بدون این‌که عملی مادی چون مزج اموال لازم باشد.

در فقه و حقوق نیز با مصداق‌هایی از شرکت اموال و اعمال مواجهیم، عقد مضاربه و عقد مزارعه و عقد مساقات نیز شرکتی مرکب از مال یک طرف و عمل طرف دیگر است (سبحانی، ۱۴۱۶: ۲۰۰؛ گرامی، ۱۴۱۵: ۳۷۹/۴) که به‌نظر می‌رسد رواج این اعمال از ابتدا در زمان شارع، باعث این شده که تحت قالب عقود معین در فقه منعکس و از احکام و قواعد مخصوصی دارا شوند. اما این‌که برخی مصادیق شرکت اموال و اعمال تحت قالب عقود معین در فقه و قانون مدنی آمده است، مانع وجود و شکل‌گیری مصادیق دیگری از شرکت اموال و اعمال نیست.

۱. مرحوم جعفری لنگرودی، با طرح عقود مخاطره بیان کرده‌اند که غرر در این‌گونه قراردادها راه ندارد. عناصر عقد مخاطره بدین شرح است: اول، عقدمالی. دوم، دخالت عمدی خطر و سوم استقبال از خطر مورد حاجت عمومی باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹: ۴۲۹). یکی از فقهای معاصر در مورد اشکال تملیک معدوم ربح در عقد مضاربه بیان کرده‌اند: «و تملیک المعدوم و ما لا یملک لا اشکال فیه اذا کان فی ظرفه موجوداً کما فی الخرس فی معاملات الأثمار و فی المساقاة و نحوها» (گرامی، ۱۴۱۵: ۳۳۳/۴).

یکی از کارکردهای عرف در فقه موضوع‌سازی برای جریان ادله و احکام است (علیدوست، ۱۳۹۴: ۳۰۳) و همچنین احکام غیرعبادی مخصوصاً معاملات، برگرفته از عرف مردم جامعه است، به طوری که بسیاری از احکام شرعی معاملات بخاطر اقتضائات عرفی روزگار شارع وضع شده است (منتظر قائم، ۱۴۰۰: ۱۵۴). اینک نیز در روزگار ما عقد جدیدی از شرکت که آورده آن مال و عمل است به وفور در حال رواج است و موضوع جدیدی برای احکام شرعی به حساب می‌آید.

عمومات ادله شرعی چون آیات «وفوا بالعقود»، «تجارة عن تراض» و احادیثی چون «المومنون عند شروطهم» و «حدیث تسلط»، مؤید این نوع شرکت است، چرا که تا دلیلی خاص بر عدم اعتبار معاملات عقلایی نباشد، عمومات ادله شامل قراردادهای مستحدث از جمله شرکت اموال و اعمال نیز می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲۹۹/۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۴۲/۲؛ خوانساری نجفی، ۱۳۷۳: ۱۰۴/۱).

چنان که قبلاً بیان شد، پذیرش شرکتی به نام شرکت معاوضی که اثر و مقتضای اصلی آن ایجاد اشاعه بود و مورد بیان برخی فقها و دکترین حقوق قرار گرفته است و همچنین پذیرش اشاعه در منفعت و دین نیز می‌تواند مهر تأییدی بر اعتبار و صحت شرعی و قانونی شرکت اموال و اعمال باشد.

در نهایت برای تطبیق این نوع شرکت با تعریف عقد شرکت در ماده ۵۷۱ قانون مدنی باید گفت در این نوع شرکت، دو مالک حضور دارند، یکی مالک عمل خویش است و دیگری مالک سرمایه. این عقد موجد حالت اشاعه در عایدات نیز می‌باشد و شیء واحد هم همان عایدات و منافع به‌دست آمده است. لذا چنان که مشخص است در این تعریف هیچ قیدی مبنی بر لزوم امتزاج مادی، لزوم اشاعه در عین معین و انحصار آورده به مال (و نه عمل اشخاص) وجود ندارد.

یکی از مراجع تقلید در پاسخ به استفتا نگارنده در مورد ماهیت قرارداد اجاره طلای حجمی، نظر به عقد شرکت داشته و بیان کرده‌اند: «در صورتی که در قالب مشارکت صحیح باشد، مانعی ندارد.»^۱

۱. آیت‌الله نوری همدانی، کد سوال: ۵۲۱۸۵، تاریخ: ۱۴۰۲/۰۲/۲۵

۵.۲. مقایسه با عقد شرکت تجاری

قبل از مقایسه لازم است شرکت تجاری تعریف شود. شرکت تجاری در میان تعاریف عدیده چنین معرفی شده است: «شرکت تجاری، شرکتی است که دارای شخصیت حقوقی بوده (ماده ۸۵۳ قانون تجارت و ماده ۷ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران ۱۳۷۰) و غالباً آقید «غالباً» اشاره به شرکت‌های سهامی دارد که صرف نظر از موضوع آن‌ها در هر صورت شرکت تجاری است و همچنین ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها] به اعمال تجاری، موضوع ماده ۲ قانون تجارت، می‌پردازند.» (صفایی و جواهر، ۱۴۰۰: ۶۷). مقایسه قرارداد اجاره طلای حجمی با شرکت تجاری از دو جهت لازم است اول، قرارداد اجاره طلای حجمی نوعی شرکت است که متضمن خرید و فروش مال منقول است و از این جهت می‌تواند مصداقی از بند ۱ ماده ۲ ق.ت. یعنی عمل تجاری باشد و این، باعث طرح این پرسش می‌شود که این تراضی می‌تواند مشمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت باشد یا خیر. دوم، در یکی از پرونده‌های مورد مطالعه به شماره پرونده ۹۸۰۹۹۸۰۳۰۱۵۰۰۷۲۷ و شماره بایگانی ۹۸۰۸۱۷ که در شعبه هفتم دادگاه عمومی حقوقی یزد مطرح بوده است، یکی از وکلای مدعی است که این قرارداد از اقسام شرکت تجاری است. استدلال ایشان در قالب قیاس شکل اول منطقی چنین است:

صغری: هر شرکتی که موضوع فعالیت آن تجاری است مشمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت است.

کبری: هر شرکتی که مشمول ماده ۲۲۰ باشد، شرکت تجاری است.

نتیجه: تمام شرکت‌هایی که به اعمال تجاری می‌پردازند، شرکت تجاری محسوب می‌شوند.

صغری و کبری و نتیجه به دست آمده غلط است. صغری غلط است چون ممکن است شرکتی به اعمال تجاری بپردازد بدون این که شرکت تجاری باشد و بدون این که مسئولیت تضامنی ماده ۲۲۰ قانون تجارت شامل آن بشود، چنان که در مضاربه به عنوان یکی از عقود مشارکتی، مالک و عامل باهم مسئولیت تضامنی ندارند. کبری غلط است به این دلیل که هر شرکتی که موضوع ماده ۲۲۰ قانون

تجارت قرار می‌گیرد لزوماً شرکت تجاری نیست و ممکن است شرکت مدنی باشد. نتیجه حاصل نیز صحیح نیست، چون اولاً ایجاد شرکت تجاری تنها با اراده شرکا انجام می‌شود؛ به عبارت دیگر شرکا باید قصد ایجاد شخصیت حقوقی و واگذاری مالکیت خود به آن شخصیت را داشته باشند (دمرچیلی و دیگران، ۱۴۰۰: ۴۹۱؛ صفایی و جواهر، ۱۴۰۰: ۶۹). ثانیاً بر فرض که قرارداد مزبور مشمول حکم ماده ۲۲۰ قرار گیرد، باز اطلاق شرکت تجاری بر این قرارداد، طبق آنچه در لایحه وکیل خواهان آمده است صحیح نیست، چنان‌که برخی گفته‌اند، ماده مزبور در مقام بیان ایجاد شرکت تجاری و حتی ایجاد شخصیت حقوقی مجزا نیست و صرفاً حدود مسئولیت شرکا را آن هم در مقابل ثالث، تضامنی محسوب می‌کند (همان: ۷۳؛ کاشانی، ۱۳۸۸: ۱۱۱؛ صقری، ۱۴۰۰: ۲۸۸).^۱ اگر قرارداد مزبور را شرکت تجاری محسوب کنیم، طبق تعریفی که ابتدا بیان شد لاجرم باید برای آن شخصیت حقوقی مجزا، مالکیت مجزا و تابعیت مجزا در نظر بگیریم و انحلال آن را تابع قواعد خاص قانون تجارت بدانیم نتیجه‌ای که نه مقصود طرفین بوده و نه منطبق با موازین حقوق مدنی و تجارت است و نه مورد پذیرش عرف بازار. عقلائی نیست و دور از فهم عرف است که قرارداد اجاره طلای حجمی را یک شرکت تجاری تصور کنیم که زرگران به نمایندگی از شرکت عمل می‌کنند.

۶.۲. مقایسه با عقد مضاربه

آن چه مشخص است، در برخورد با این قرارداد، عنوان و قالب مضاربه به ذهن می‌آید ولی مضاربه دانستن قرارداد مذکور تنها یک ایراد دارد و آن هم وجه نقد نبودن سرمایه طبق ماده ۵۴۷ قانون مدنی^۲ است. در یکی از آراء صادر شده به این ایراد اشاره شده است که بخشی از این دادنامه ذکر می‌شود:

۱. «... این امر نه تنها کمکی به اشخاص ثالث نمی‌کند، بلکه به زیان آن‌ها هم هست، چرا که طلبکاران برای مراجعه به شریکان ابتدا باید شرکت تضامنی را منحل کنند تا بتوانند به مسئولیت شرکا استناد نمایند.» (صفایی، سیدحسین و جواهرکلام، ۱۴۰۰: ۷۳) و برای دیدن انواع دیدگاه‌ها و منابع مختلف در این زمینه رک: همان

۲. ماده ۵۴۷: «سرمایه باید وجه نقد باشد.»

مشخصات رأی (بدوی)

شماره پرونده: ۹۸۰۹۹۸۰۳۰۱۵

شماره بایگانی شعبه: ۹۸۰۸۱۷

تاریخ: ۱۳۹۹/۰۹/۱۳

خواسته: ۱- اثبات شراکت با موضوع شرکت در طلاسازی و ۲- مطالبه سهم‌الشرکه

۳- مطالبه منافع و عواید حاصله از شراکت

مرجع رسیدگی کننده: شعبه هفتم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان یزد

«دادگاه با بررسی جامع اوراق و محتویات پرونده و با عنایت به دادخواست تقدیمی و استناد وکیل خواهان به گواهی گواهان و استعلام از اتحادیه زرگران و با عنایت به وکلای اصحاب دعوی در جلسه دادرسی و طی لوایح تقدیمی و نظر به ارجاع امر به کارشناسی و نظریه شورای سه نفره کارشناسی که مصون از اعتراض طرفین مانده و حکایت از عدم هرگونه دلیلی بر اثبات شراکت بین خواهان و خوانده دارد ... مضافاً این که نمی‌توان آن را [رابطه قراردادی طرفین پرونده] در زمره عقد مضاربه، به دلیل این که سرمایه‌ای که احدی از طرفین قرارداد می‌دهد باید وجه نقد باشد که در موضوع پرونده طلا بوده که در نتیجه با عنایت به این که خواهان هیچ‌گونه دلیلی در جهت اثبات شراکت و آورده خود در موضوع شراکت ارائه ننموده و این که استناد وکیل وی به شهادت شهود و معرفی تنها یک نفر شاهد، تأثیری در موضوع ندارد و نهایتاً باتوجه به دفاعیات وکیل خوانده، خواسته‌های خواهان را وارد و ثابت تشخیص نداده و مستنداً به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی و قاعده فقهی «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر»، حکم بر بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌نماید.»

اینک به بررسی قول مشهور فقهای امامیه که مبنای وضع ماده اخیر است

می‌پردازیم:

بسیاری از فقها در باب عقد مضاربه اظهار کرده‌اند که سرمایه باید نقدین باشد و نقدین را درهم و دینار ترجمه کرده‌اند (حلی، ۱۴۱۳: ۳۳۳/۲؛ مکی، ۱۴۱۳: ۳۵۵/۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۶۶/۲۰؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۶۶/۸؛ طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸: ۳۴۸/۹؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۶۴۶/۱؛ روحانی،

۱۴۳۵: ۳۷۴/۲۸). در گذشته‌ای که عقد مضاربه در فقه پایه‌ریزی و مطرح شده، درهم و دینار به‌عنوان پول استفاده می‌شده است. با این قید، دایره شمول «سرمایه» در عقد مضاربه محدود شده است و مواردی چون عَرُوض به معنای کالا، دین، منفعت، فُلوس^۱، درهم و دینار مغشوش^۲ از دایره نقدین خارج می‌شود. با وجود این، در بررسی قول مشهور و ملاحظه نظر دیگر فقها به‌خصوص فقهای معاصر به مجموع دلایلی رسیده‌ایم که به‌طور کلی، نظر مشهور در مورد سرمایه‌ی عقد مضاربه مورد خدشه و تردید قرار می‌گیرد. این دلایل به شرح ذیل است:

اولین دلیل و مهترین دلیل نظر مشهور، اجماع است (مکی، ۱۴۱۳: ۳۵۵/۴). اولاً این اجماع در همان زمان فقهای متقدم، توسط برخی اصلا بیان نشده است (حلی، ۱۴۰۸: ۱۱۲/۳؛ ابن سعید، ۱۴۰۵: ۳۱۴). این اجماع از عصر فقهای متقدم تا اکنون، مورد خدشه بسیاری از فقها قرار گرفته، به‌طوری که توسط برخی رد شده است (بحرانی، ۱۳۶۳: ۲۱۹/۲۱؛ مغنیه، ۱۳۷۹: ۱۵۴/۴؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲: ۵۲). برخی گفته‌اند اگر هم ثابت باشد صرفاً در مورد جنبه ایجابی مسئله است نه جنبه سلبی (گرامی، ۱۴۱۵: ۳۳۴/۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۱۹)، یعنی اجماع مذکور فقط در مورد جواز درهم و دینار بودن سرمایه است و دلالتی بر بطلان غیر آن ندارد. عده‌ای دیگر آن را مدرکی دانسته و گفته‌اند هیچ کاشفیتی از قول معصوم ندارد (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۹: ۳۶؛ مغنیه، ۱۳۷۹: ۱۵۴/۴)، تا جایی که اگر چنین اجماعی نبود، حتی با دین و منفعت هم مضاربه صحیح می‌بود (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۳۴/۱۹). همچنین در نزد شیعه اجماع در عرض سایر ادله قرار نمی‌گیرد و حجیت آن منوط به کاشفیت است که به‌نظر می‌رسد در این مسئله، اجماع مذکور چنین نیست.

۱. فلوس جمع فُلَس به معنای سکه‌های مسی است که مالیت آن کمتر از درهم و دینار است.

۲. مغشوش یا مغشوشه به معنای تقلبی است و به سکه‌ای گفته می‌شود که حاوی مقداری ناخالصی چون سرب است.

۳. ایشان اثبات حکم درهم و دینا بودن وجه نقد بر مبنای قول مشهور را بعید دانسته و عمده دلیل این قول را اجماع معرفی کرده‌اند: «و لا یخفی أنّ إثبات الحكم بمثل هذه التعليلات بعید، و العمدة علی نقل الإجماع».

یکی دیگر از ادله قول مشهور، روایت است. در این زمینه دو روایت معرفی شده است، اما استدلالی که بر مبنای این روایات مطرح می‌شود مبنی بر مفهوم لقب است (حسینی شیرازی، ۱۴۱۴: ۱۴۷/۵۳). این استدلال به مفهوم لقب چنین است: در روایات، عنوان حکم درهم و دینار است و چون غیردرهم و دینار از این عنوان خارج است پس مضاربه در مورد آن صحیح نیست که بنا بر نظر تمام علمای اصول، مفهوم لقب حجت نیست (اصغری آق‌مشهدی و عباسی گلماهی، ۱۳۹۱: ۱۵).

برخی در راستای مضاربه با غیردرهم و دینار بیان کرده‌اند کلمه مال در روایات اطلاق دارد و اعم از عین و دین و منفعت است. لذا هر چیزی که مُمُول یعنی دارای مالیت و قابل تجارت کردن باشد، مضاربه با آن صحیح است و عرف بین اقسام مال تفاوتی قائل نیست (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۹: ۲۸؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲: ۴۵ و ۵۳؛ گرامی، ۱۴۱۵: ۳۳۲/۴).

از آن جایی که عموم ادله‌ای چون آیه «تجارة عن تراض» و آیه «اوفوا بالعقود» که شامل عقود مستحدث نیز می‌شود (بحرانی، ۱۳۶۳: ۲۱/۲۱۹؛ بهبهانی، ۱۴۲۴: ۲۸/۱)، برخی فقها عموم این ادله را شامل عقد مضاربه نیز می‌دانند که تخصیص آن‌ها نیازمند مخصص است و در این جا وجود ندارد (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۹: ۲۸؛ سبحانی، ۱۳۹۶: ۷۶).

احکام معاملات در فقه، امضایی است نه تأسیسی و طبق نظر برخی فقهای معاصر، عقد مضاربه در اسلام تأسیسی نیست که در هر موردی به قدر متیقن اکتفا کرد، بلکه یک عقد امضایی است و عرف بین درهم و دینار و غیر آن تفاوتی قائل نمی‌شود و معاملات اموری تعبدی نیستند که در هر موردی نظر شارع تفحص شود، بلکه صحیح بودن عرفی و مخالف نبودن با اصول مسلم کفایت می‌کند (سبحانی، ۱۴۱۶: ۶۹). یکی از مراجع تقلید، در پاسخ به استفتای نگارنده بیان کرده‌اند که «مضاربه با هر نوع مالی صحیح است.^۱ در حقوق نیز همگی بر مبنای نظر مشهور در فقه بیان کرده‌اند که مضاربه با غیروجه نقد مضاربه صحیح نیست.

برخی امثال قرارداد مورد بحث را حسب مورد حق العمل کاری یا ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۹۳). برخی دیگر پول رایج بودن رأس‌المال را یکی از عناصر مضاربه دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۵۱). البته عده‌ای هم معتقدند نباید سرمایه مضاربه را محدود دانست، بلکه منظور از وجه نقد این است که سرمایه نمی‌تواند کالا باشد (خواجه‌پیری و نوین، ۱۳۸۲: ۲۵۴).

نتیجه‌گیری

طلای حجمی به‌عنوان مال موضوع این قرارداد، مال مثلی محسوب می‌شود که منفعت مستقل از عین خود ندارد، برای همین بهتر است از «سود و کارکرد و عایدات» طلا استفاده کنیم به‌جای «منفعت و اجرت‌المثل طلا». برای این اساس بدین نتیجه رسیدیم که لفظ «اجاره» در عنوان این قرارداد صحیح نیست، چرا که اولاً طرفین قصد هیچ‌گونه تملیکی اعم از عین و منفعت طلا ندارند و ثانیاً طلای حجمی از اموال مصرف‌شدنی است که منفعت مستقلی از عین خود ندارد. این قرارداد در مقایسه با دیگر عقود معین، بیشترین شباهت را به عقد مضاربه دارد، اما مضاربه دانستن آن با ایراد «وجه نقد نبودن» سرمایه مواجه است. نظر مشهور فقهای امامیه مبنی بر لزوم وجه نقدبودن سرمایه، تنها به اجماع متکی است که این اجماع مورد تردید و خدشه بسیاری از فقها به‌ویژه معاصرین قرار گرفته است. برای رفع این ایراد و طرح دیدگاهی جدید در این زمینه، معتقدیم که قرارداد مورد بحث و دیگر عقود که اشخاص در سرمایه و عمل خویش، برای کسب سود مشاع باهم مشارکت می‌کنند، مصداق عقد شرکت «اموال و اعمال» است، شرکتی که آورده یک شریک سرمایه و آورده دیگری عمل است و متعلق اشاعه، منافع و عایدات آینده که حاصل از امتزاج سرمایه و عمل است می‌باشد. دلایل عمده‌ای بر اعتبار و صحت این قسم از عقد شرکت وجود دارد از جمله: مورد پذیرش بودن شرکت اعمال علاوه بر شرکت اموال طبق اطلاق قانون مدنی و در نظر اکثر دکترین حقوقی و حتی برخی فقها، اعتباری بودن مزج در انعقاد عقد شرکت، وجود و پیش‌بینی مصادیقی از شرکت اموال و اعمال یعنی مضاربه و مزارعه و مسابقات در فقه و همچنین اطلاق ماده ۵۷۱ قانون مدنی، این شرکت شرکت مدنی است و مشمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت نمی‌شود، مگر این که طرفین به‌نحو دیگر تراضی نمایند. باتوجه به مجموع آن چه گفته شد نتیجه این می‌شود که قرارداد مورد بحث می‌تواند به‌نوعی عقد شرکت باشد.

فهرست منابع

- باریکلو، علیرضا (۱۳۹۴)، **عقود معین ۱**، چاپ اول، تهران: میزان
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۷)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ سی‌ام با ویرایش جدید، تهران: گنج دانش
- _____ (۱۳۹۹)، **فرهنگ عناصر شناسی**، چاپ سوم، تهران: گنج دانش
- _____ (۱۳۸۰)، **فلسفه اعلی در علم حقوق**، چاپ اول، تهران: گنج دانش
- _____ (۱۳۸۴)، **مضاربه**، چاپ اول، تهران: گنج دانش
- خواجه پیری، عباس و نوین، پرویز (۱۳۸۲)، **حقوق مدنی ۶**، چاپ دوم، تهران: گنج دانش
- دمرچیلی، محمد و دیگران (۱۴۰۰)، **قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی**، چاپ بیست و هشتم، تهران: دادستان
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۴)، **حقوق مدنی ۶**، چاپ هجدهم، تهران: مجد
- _____ (۱۳۹۸)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، چاپ چهاردهم، تهران: مجد
- صفایی، سیدحسین و جواهرکلام، محمدهادی (۱۴۰۰)، **حقوق مدنی پیشرفته**، جلد ۲، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار
- _____ (۱۴۰۱)، **حقوق مدنی پیشرفته**، جلد ۳، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار
- صقری، محمد (۱۴۰۰)، **حقوق بازرگانی شرکت‌ها**، چاپ اول، تهران: مجد
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۴)، **فقه و عرف**، بی‌نوبت، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۴۰۰)، **عقود معین (۱)**، چاپ اول، تهران: دادگستر
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، **عقود معین**، جلد ۱، چاپ سوم، تهران: گنج دانش
- _____ (۱۴۰۰)، **عقود معین**، جلد ۲، چاپ سیزدهم، تهران: گنج دانش
- کاشانی، محمود (۱۳۸۸)، **قراردادهای ویژه**، چاپ اول، تهران: میزان

- آل كاشف الغطاء، محمد حسين (١٤٢٢)، **تحرير المجلة**، جلد ٣، قم: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية مركز التحقيقات و الدراسات العلمية
- ابن جنيد اسكافي، محمد بن احمد (١٤١٦)، **گردآورنده على پناه اشتهاردی، مجموعه فتاوی ابن الجنيد**، قم: مؤسسه النشر الإسلامی
- ابن سعید، يحيى بن احمد (١٤٠٥)، **الجامع للشرائع**، قم: مؤسسه سيد الشهداء (ع)
- انصاری، مرتضى (١٤١١)، **المكاسب (انصارى - دارالذخائر)**، جلد ١، قم: دارالذخائر
- بحرانی، يوسف بن احمد (١٣٦٣)، **الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة**، جلد ٢١، قم: مؤسسه النشر الإسلامی
- بهبهانی، محمدباقر (١٤٢٤)، **مصاييح الظلام فى شرح مفاتيح الشرائع**، جلد ١، قم: مؤسسه علامه مجدد وحيد بهبهانی
- حسینی شیرازی (١٣٦٦)، **سیدمحمد، الفقه، جلد ٥٣**، قم: موسسه الفكر الاسلامی
- حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد (١٤١٩)، **مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط. الحديثه)**، جلد ١٩ و ٢٠، قم: جماعة المدرسين فى الحوزة العلمية بقم مؤسسه النشر الإسلامی
- حلی، جعفر بن حسن (١٤٠٨)، **شرائع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام**، جلد ٣، قم: اسماعيليان
- حلی، حسن بن يوسف (١٤١٤)، **تذكرة الفقهاء (ط الحديثه): الطهارة إلى الجعالة**، جلد ١٦، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث
- _____ (بی تا)، **تذكرة الفقهاء (ط القديمة): الإجارة إلى النكاح**، جلد ٢، تهران: مكتبة المرتضوية
- _____ (١٤١٣)، **قواعد الأحكام**، جلد ٢، قم: جماعة المدرسين فى الحوزة العلمية بقم. مؤسسه النشر الإسلامی
- حلی، محمد بن حسن (١٣٨٧)، **إيضاح الفوائد فى شرح إشكالات القواعد**، جلد ٢، قم: اسماعيليان

- خوانساری نجفی، موسی (۱۳۷۳)، منیة الطالب، جلد ۱، تهران: المكتبة المحمدیه
- روحانی، محمد صادق (۱۴۳۵)، فقه الصادق، جلد ۲۸ و ۲۹، قم: آیین دانش
- سبحانی، جعفر (۱۳۹۶)، أحكام المضاربة فی ثوبها الجدید، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام
- _____ (۱۴۱۶)، نظام المضاربة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام
- سبزواری، محمد باقر (۱۳۸۱)، کفایة الفقه، جلد ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی
- سیستانی، علی (۱۴۱۵)، منهاج الصالحین (سیستانی)، جلد ۲، قم: مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی
- صدر، محمد باقر (۱۴۱۸)، دروس فی علم الأصول، جلد ۱، چاپ پنجم، قم: انتشارات اسلامی
- طباطبایی حکیم، محمدسعید (۱۴۳۳)، منهاج الصالحین (حکیم)، جلد ۲، قم: دارالهلل
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی (۱۴۱۸)، ریاض المسائل (ط. الحدیث)، جلد ۹، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۲۱)، العروة الوثقی (عدة من الفقهاء، جامعه مدرسين)، جلد ۵، قم: مؤسسه النشر الإسلامی
- _____ (۱۳۸۶)، العروة الوثقی (مکارم)، جلد ۲، قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب (علیه السلام)
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیة، جلد ۲ و ۳، تهران: مکتبه المرتضویة
- فاضل لکنانی، محمد (۱۴۲۵)، تفصیل الشریعة (المضاربة، الشركة و ...)، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار (علیهم السلام)
- کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۸، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث
- گرامی، محمد علی (۱۴۱۵)، المعلقات علی العروة الوثقی، جلد ۴، توحید، قم

- مصطفوی، محمد کاظم (۱۴۲۳)، **فقه المعاملات**، قم: مؤسسه النشر الإسلامی
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۳)، **اصول الفقه**، جلد ۱، چاپ هفتم، قم: موسسه اسماعیلیان
- مغنیه، محمدجواد (۱۳۷۹)، **فقه الإمام جعفر الصادق**، جلد ۴، قم: انصاریان
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۲)، **الربا و البنك الإسلامی**، قم: مدرسه الإمام علی بن أبی طالب (علیه السلام)
- مکی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (۱۰جلدی)**، جلد ۴، قم: مکتبه الداوری
- موسوی اردبیلی، عبد الکریم (۱۴۱۴)، **فقه الشریکه علی نهج الفقه و القانون**، قم: دارالعلم مفید رحمه الله
- _____ (۱۳۷۹)، **فقه المضاربه**، قم: مؤسسه النشر
- موسوی خمینی، روح الله (۱۳۹۲)، **تحریر الوسیله**، جلد ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی (قدس سره)
- موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۷)، **مصباح الفقاهه**، جلد ۲، قم: موسسه انصاریان
- موسوی سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳)، **مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام**، جلد ۱۹، قم: السید عبد الاعلی السبزواری
- نجفی، محمدحسن بن باقر (بی تا)، **جواهر الکلام (ط. القدیمه)**، جلد ۲۶، بیروت: دار إحياء التراث العربی
- هاشمی شاهرودی، محمود (۱۴۳۲)، **کتاب المضاربه**، قم: مرکز اهل البيت (ع) للفقہ و المعارف الاسلامیه
- اصغری آق مشهدی، فخرالدین و عباسی گلماهی، مراد (۱۳۹۱)، «بازجستی در ویژگی های فقهی حقوقی سرمایه در عقد مضاربه»، **مطالعات فقه و حقوق اسلامی**، سال ۴، شماره ۷
- منتظر قائم، مهدی (۱۴۰۰)، «فقها در میان عقلا»، **فصلنامه علمی - پژوهشی شیعه شناسی**، سال ۱۹، شماره ۷۴