

A look at the concept of trade in the commandite contract¹

Seyyed Mahdi mirdadashi,¹ Mahdi azizi²

¹ Assiant professor, Departemant of Law, Islamic Azad University, Qom Branch, Qom, Iran. mirdadashim@yahoo.com.

² Master Student of Private Laws Student,, Islamic Azad University, Qom Branch, Qom, Iran(**Corresponding Author**). Mehdiiazizillaaww@gmail.com.

Abstract

despite the task of commanditer to doing business with capital, legislator in none of concerned articles in (articles of ۰۰۱, ۰۰۲, ۰۰۳, ۰۰۰, ۰۰۷ and ۰۰۸ Civil Code) has the meaning been explicitly stated and given that understanding the concept of trade is effective in explaining the scope of the commandite contract, the question that arises is what is meant by "trade" in the above Articles? In response to this question, the topic "A look at the concept of business in the commandite contract" was selected for the present study. After conducting research by the library method, as well as analyzing the proposed opinions by descriptive and analytical methods, it was determined, contrary to the opinion of some legal writers, The will of commanditer, when choosing the type of trade, is not limited to the Article ۷ of the Commercial Code. The agent, In addition to matters such as the establishment of public warehouses and transactions subject to Article ۰ of the Apartment Ownership Law, which are considered as intrinsic commercial acts outside Article ۷ of the Commercial Code, he can even choose things such as buying and selling real estate which is commonly considered commercial.

Keywords: Commandite contract, Business, Iran, Civil Code, Commercial rules, Trade acts.

¹ The present research is an excerpt from the master's thesis entitled "The relationship between commandite contract with commercial law", by student Mehdi Azizi, supervisor: Seyyed Mehdi Mirdadashi Kari, presented at the Islamic Azad University, Qom Branch in ۱۴۰۰.

نگاهی به مفهوم تجارت در عقد مضاربه^۱

سید مهدی میرداداشی کاری^۱، مهدی عزیزی^۲

استادیار، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم، قم، ایران.
دانشجوی کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم، قم، ایران (نویسنده مسئول).
Mirdadashim@yahoo.com
Mehdiazizillaaww@gmail.com

چکیده

با وجود تکلیف مضارب به انجام تجارت با سرمایه، مقنن منظور خود از «تجارت» را در هیچ‌کدام از مواد مربوطه (مواد ۵۴۶، ۵۵۱، ۵۵۲، ۵۵۳، ۵۵۵، ۵۵۷ و ۵۵۸ قانون مدنی) به طور صریح بیان نکرده و با توجه به اینکه شناخت مفهوم تجارت در تبیین قلمرو عقد مضاربه موثر است، پرسشی که در این زمینه مطرح می‌گردد این است که مراد از «تجارت» در مواد فوق چیست؟ در این راستا، هدف پژوهش حاضر بررسی مفهوم تجارت در عقد مضاربه است. روش پژوهش توصیفی تحلیلی بوده و نتایج نشان داد که برخلاف نظر برخی از نویسندگان حقوقی، اراده عامل در مضاربه، به هنگام انتخاب نوع تجارت، محدود و محصور به اعمال موضوع ماده ۲ قانون تجارت نیست و عامل در قراض، می‌تواند علاوه بر اموری مانند تاسیس انبارهای عمومی و معاملات موضوع ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ که خارج از ماده ۲ قانون تجارت در زمره اعمال تجاری ذاتی قلمداد شده‌اند، حتی اعمالی مانند مبادرت به خرید و فروش اموال غیرمنقول را نیز که عرفاً تجاری قلمداد می‌گردد، به عنوان تجارت برگزیند.

کلیدواژه‌ها: عقد مضاربه، تجارت، قانون مدنی ایران، قوانین تجاری، اعمال تجاری.

^۱پژوهش حاضر مستخرج از پایان‌نامه کارشناسی ارشد با عنوان «**رابطه عقد مضاربه با حقوق تجارت**»، توسط دانشجوی مهدی عزیزی، استاد راهنما: سید مهدی میرداداشی کاری، ارائه شده در دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم در سال ۱۳۹۹ می‌باشد.

تجارت در کنار صناعت و زراعت از اقسام کسب بوده و در اهمیت آن تردیدی وجود ندارد. حتی برخی از انبیاء و اولیای الهی نیز به این کار پرداخته‌اند. مضاربه شیوه‌ای قدیمی برای تجارت و تامین مالی است که احکام آن برگرفته از فقه امامیه می‌باشد. تا پیش از انقلاب مشروطیت و تشکیل مجلس قانون‌گذاری در ایران، قوانین مدونی در مورد موضوعات مختلف اعم از تجاری، مدنی، جزایی و... در کشور ما وجود نداشته و اصول و موازین شریعت اسلامی بر روابط مختلف موجود در جامعه مسلمان ایرانی حاکم بوده است. پس از وقوع انقلاب مشروطیت و ایجاد تحولات عمیق در ساختار جامعه ایرانی، مجالس قانون‌گذاری به منظور ایجاد نظم نوین، اقدام به تصویب قوانین مختلفی نمودند که یکی از مهم‌ترین این قوانین، *قانون مدنی ایران* نام دارد که در سه مرحله و در سال‌های ۱۳۰۷، ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴ به تصویب رسیده است.

جلد اول این قانون مشتمل بر ۹۵۵ ماده مصوب اردیبهشت ماه ۱۳۰۷ بوده و مواد ۵۴۶ الی ۵۶۰ آن به مضاربه اختصاص یافته و از این تاریخ به بعد، مضاربه یکی از عقود معین موجود در قانون مدنی قلمداد می‌گردد. طبق ماده ۵۴۶ قانون مدنی: «مضاربه عقدی است که به موجب آن احد از 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».

با بررسی مقررات مربوط به عقد مضاربه در قانون مدنی مشخص می‌گردد که مقنن با وجود این‌که علاوه بر ماده فوق در مواد ۵۵۱ الی ۵۵۳ و ۵۵۵ و ۵۵۷ الی ۵۵۸ نیز واژه «تجارت» را مورد استفاده قرار داده، لکن در هیچ‌کدام از این مواد، مفهوم آن را به طور صریح بیان نکرده است و با توجه به اینکه شناخت مفهوم تجارت در تبیین قلمرو عقد مضاربه موثر است، پرسشی که در این زمینه مطرح می‌گردد این است که مراد از «تجارت» در مواد فوق چیست؟ در پاسخ به این پرسش، موضوع «نگاهی به مفهوم تجارت در عقد مضاربه» برای تحقیق حاضر انتخاب گردید. آنچه ما را به تحقیق در این خصوص ترغیب نمود، عبارت است از این‌که علی‌رغم ارزشمند بودن مباحث و مطالب مرتبط موجود در منابع مختلف، متأسفانه تاکنون جمیع زوایای مربوط به مفهوم تجارت در عقد مضاربه در یک تحقیق منسجم و جامع مورد بررسی قرار نگرفته است و اغلب حقوق‌دانان به نحو پراکنده در کتب و مقالات مختلف، صرفاً به ذکر اشاراتی در خصوص این موضوع بسنده کرده‌اند. لذا، در این پژوهش تلاش بر این است تا جمیع مباحث ناظر بر مفهوم تجارت در عقد مضاربه که در تقریرات و آثار نویسندگان حقوقی مغفول مانده، به نحو شفاف، نظام‌مند و در قالب یک تحقیق منسجم مورد بررسی قرار گیرد.

انجام تجارت در مضاربه به قدری دارای اهمیت است که صاحب جواهر، آن را روح مضاربه دانسته است (نجفی، ۱۳۹۴ق، ج ۲۶، ص ۳۶۰). با وجود این، همان‌طور که در بخش قبل ذکر شد، قانون‌گذار نه در ماده ۵۴۶ در قانون مدنی و نه در هیچ‌یک از مواد دیگر آن قانون، مراد خود از تجارت را بیان نکرده است.

از سوی دیگر، خارج از مجموعه قانون مدنی، قانون‌گذار با بیان این‌که «تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار دهد» (ماده یک قانون تجارت)، معاملات تجاری را در ماده ۲ قانون تجارت، طی ۱۰ بند برشمرده است. به موجب ماده مذکور: «معاملات تجاری از قرار ذیل است:

۱. خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش یا اجاره اعم از اینکه تصرفاتی در آن شده یا نشده باشد.
۲. تصدی به حمل و نقل از راه خشکی یا آب یا هوا به هر نحوی که باشد.
۳. هر قسم عملیات دلالی یا حق‌العمل‌کاری (کمسیون) و یا عاملی و همچنین تصدی به هر نوع تاسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می‌شود، از قبیل تسهیل معاملات ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رسانیدن ملزومات و غیره.

۴. تاسیس و به‌کار انداختن هر قسم کارخانه مشروط بر این که برای رفع حوائج شخصی نباشد.
 ۵. تصدی به عملیات حراجی.
 ۶. تصدی به هر قسم نمایشگاه‌های عمومی.
 ۷. هر قسم عملیات صرافی و بانکی.
 ۸. معاملات برواتی اعم از این که بین تاجر یا غیرتاجر باشد.
 ۹. عملیات بیمه بحری و غیر بحری.
 ۱۰. کشتی‌سازی و خرید و فروش کشتی و کشتیرانی داخلی یا خارجی و معاملات راجع به آن‌ها.
- بدیهی است که هر کدام از مواد ۵۴۶ قانون مدنی و ماده ۲ قانون تجارت، شأن تقنینی جداگانه‌ای دارند. یکی از نویسندگان حقوقی با ذکر این مقدمه که فلسفه تأسیس عقود مساقات و مزارعه آن است که در نتیجه سهم بودن عامل به‌طور مشاع در ثمره و محصول، وی سعی و کوشش می‌کند تا ثمره و محصول بیشتری بدست آید، بیان داشته است که: «عقد مضاربه شباهت تامی به مزارعه و مساقات دارد با این تفاوت که مضاربه در امور تجاری و مزارعه در زراعت و مساقات در باغداری می‌باشد» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۸۹ و ۹۸). عبارت مذکور نشان می‌دهد که مفهوم تجارت در عقد مضاربه، بیش از هر چیز، وجه ممیزه این عقد از سایر عقود مشارکتی هم‌چون مزارعه و مساقات می‌باشد. در حالی که قانون‌گذار با تصویب قانون تجارت، گامی بلند برای هویت‌بخشی به حقوق تجارت در مقابل حقوق مدنی برداشته است و در وضع ماده ۲ قانون تجارت، در کنار ماده یک همان قانون، به بیان نظریه موضوعی حقوق تجارت پرداخته و این نظریه، هم‌چون خود قانون تجارت، برگرفته از حقوق کشورهای اروپایی می‌باشد.
- البته علی‌رغم مطالب فوق و با وجود این که عقد مضاربه و حقوق تجارت، هر کدام خواستگاه جداگانه‌ای دارند، نظر به این که قانون‌گذار در قانون مدنی با وجود تصریح به تکلیف مضارب به انجام تجارت با سرمایه دریافتی، در بیان مفهوم تجارت در عقد مذکور سکوت اختیار کرده و از طرفی اعمال تجارتي در ماده ۲ قانون تجارت درج شده‌اند، می‌توان بیان داشت که از این حیث بین عقد مضاربه با حقوق تجارت، حداقل ارتباط ظاهری وجود دارد. به عبارت دیگر، ضمن اذعان به تفاوت آشکار و غیرقابل انکاری که بین عقد مضاربه با حقوق تجارت از حیث ریشه و مبنا وجود دارد، قدر مسلم این است که از یک‌سو عامل در عقد مضاربه می‌بایست به تجارت بپردازد و از سوی دیگر، اعمال تجارتي در ماده ۲ قانون تجارت ذکر شده‌اند و بر همین اساس، برخی از نویسندگان حقوقی معتقدند که برای شناخت مفهوم تجارت در عقد مضاربه باید به حقوق تجارت رجوع و مفاد ماده ۲ قانون تجارت را در نظر داشت، اما به باور ما، تحدید اراده مضارب به انتخاب تجارت از بین اعمال تجاری مندرج در ماده ۲ قانون تجارت، علاوه بر این که با منطق حقوقی سازگار نیست، با پیشینه تاریخی نهاد مضاربه نیز در تعارض می‌باشد.

۲. معنای لغوی و مفهوم اصطلاحی مضاربه

مضاربه مصدر باب مفاعله و مشتق از ضرب می‌باشد. ضرب در لغت معانی متعددی دارد که از جمله آن‌ها می‌توان به، زدن، مسافرت کردن، بیان کردن، بستر و اعراض کردن اشاره کرد (مقری فیومی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۵۹). در فرهنگ‌های لغت فارسی نیز برای واژه ضرب، معانی یکبار زدن، زدن، زخم، کوفتن و برآمدن به جنگ ذکر شده است (معین، ۱۳۸۴، ص ۶۵۳).

در مفهوم اصطلاحی، مضاربه عقدی است که براساس آن، یک نفر مالی را در اختیار دیگری قرار می‌دهد تا فرد با آن تجارت کند و طرفین، در سود حاصل، هر دو با هم شریک باشند. قریب به این مضمون در ماده ۵۴۶ قانون مدنی در مقام تعریف عقد مضاربه آمده 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».

مشابه این مفهوم را قانون‌گذار در ماده ۳۶ آیین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ بیان نموده است: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تامین سرمایه (نقدی) می‌گردد، با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند».

مفهوم اصطلاحی مضاربه بی‌ارتباط با معنای لغوی آن نیست. زیرا همان‌طور که در بخش قبل ذکر گردید، مضاربه مصدر باب مفاعله و مشتق از ضرب می‌باشد و یکی از معانی لغوی ضرب نیز مسافرت کردن است و پرداختن به تجارت نیز که مبنای مضاربه را تشکیل می‌دهد، معمولاً با سیر و سفر همراه است و در «... مضاربه که عامل به دستور مالک برای تجارت به هر طرف سیر می‌کند و می‌رود تا سودی بدست آورد، یکی مباشر سیر و دیگری سبب سیر بر روی زمین شده‌اند و از این‌رو معنی مفاعله محقق می‌گردد» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۹۸). همچنان که ضرب در برخی از آیات قرآن کریم مانند «... لا یستطیعون ضرباً فی الارض...» (بقره، ۲۷۳)، «... اذا ضربوا فی الارض...» (آل عمران، ۱۵۶)، «... و اذا ضربتم فی الارض...» (نساء، ۱۰۱) و «... ان اتم ضربتم فی الارض...» (مائده، ۱۰۶) نیز به معنای سیر و سفر کردن به کار رفته است. البته به اعتقاد برخی از فقهای امامیه، مضاربه از ضرب به معنای زدن اموال به یکدیگر جهت کسب سود اخذ شده است (جبعی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۲۱۱؛ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۳۳۶). همچنین این احتمال نیز داده شده است که «ممکن است مضاربه مشتق از ضرب، به معنی بردن سهمی از سود باشد» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۹۸).

برخی از فقیهان امامیه، در کتاب‌های خود، احکام و مطالب مربوط به مضاربه را، تحت عنوان قراض یا مقارضه مطرح نموده‌اند، مانند شیخ طوسی در کتاب خلاف، ابن حمزه طوسی در کتاب الوسیله الی نیل الفضیله، ابن زهره حلبی در کتاب غنیه، ابن ادریس در سرائر و... «مضاربه لغت اهل عراق و قراض یا مقارضه لغت اهل حجاز است» (مروراید، ۱۴۱۰ق، ج ۲۱، ص ۱۹۹). وجه تسمیه قراض و مقارضه که هر دو از قرض (به معنی بریدن و قطع کردن) مشتق شده‌اند، این است که در مضاربه، مالک قسمتی از مال خود را از اموال دیگر خود قطع و جدا نموده و جهت تجارت در اختیار عامل قرار می‌دهد. البته برخی نویسندگان، موضوع را به گونه‌ای دیگر توجیه کرده و گفته‌اند «آن عقد را قراض هم می‌گویند که مشتق از قرض (= قطع) است، زیرا مالک قطعه‌ای از ربح تجارت را به عامل مضاربه می‌دهد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۹). پس از بیان معنای لغوی مضاربه و تبیین مفهوم اصطلاحی آن، در ادامه به بررسی معنای لغوی و مفهوم اصطلاحی تجارت می‌پردازیم.

۳. معنای لغوی و مفهوم اصطلاحی تجارت

تجارت واژه‌ای است عربی به معنای خرید و فروش به قصد تحصیل سود یا دادوستد به عنوان حرفه (معلوف، ۱۳۶۵، ص ۵۹). همچنین معنای آن را به کارگیری سرمایه به منظور سود بردن نیز دانسته‌اند (طریحی، ۱۳۸۶ق، ج ۱، ص ۲۸۲). معادل فارسی تجارت، واژه بازرگانی است و برخی از نویسندگان حقوقی برای کتاب خود به جای حقوق تجارت، عنوان حقوق بازرگانی را برگزیده‌اند (اعظمی زنگنه، ۱۳۵۱؛ کیانی، ۱۳۵۰). همچنین در فرهنگ فارسی عمید نیز، بازرگان به معنی تاجر و سوداگر آمده است (عمید، ۱۳۶۰، ص ۱۸۲).

تجارت در علم اقتصاد، دارای مفهومی است مضیق که تنها شامل خرید و فروش کالای ساخته شده می‌شود. اما «لفظ تجارت در علم حقوق مفهوم وسیع‌تری از همین لفظ در علم اقتصاد دارد، یعنی هم شامل اعمالی می‌شود که از نظر علم اقتصاد جنبه تجارتي دارند(مانند خرید و فروش کالای ساخته شده) هم شامل اعمالی است که جنبه تولیدی دارند(صنعت) و هم شامل اعمالی که خدماتی هستند»(اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۴).

برخی از نویسندگان حقوقی نیز، بدون این‌که اشاره‌ای به عقد مضاربه نمایند، اصطلاح تجارت را به طور کلی این‌گونه تعریف کرده‌اند: «معاملات به قصد انتفاع به طوری که در تفاهم عرف، بر آن صدق تجارت نماید»(جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷، شماره ۱۱۳۱). از نگاهی دیگر، کسب به معنای شغل و پیشه شامل سه قسم تجارت، صناعت و زراعت است و در این معنا تجارت در مقابل صنعت و زراعت قرار داشته و خود، یکی از اقسام کسب است(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۷۵).

پس از بیان معنای لغوی و مفهوم اصطلاحی «مضاربه» و «تجارت»، در ادامه، موضوع مفهوم تجارت در عقد مضاربه بررسی می‌شود.

۴. مفهوم تجارت در عقد مضاربه

مضاربه مانند هر عقد دیگری، از حیث شرایط اساسی صحت، تابع قواعد عمومی قراردادها به شرح ماده ۱۹۰ قانون مدنی است. علاوه بر این، عقد مذکور مبتنی بر سه رکن اساسی سرمایه، عمل و سود نیز بوده و موضوع این تحقیق، بررسی مفهوم رکن دوم عقد مذکور می‌باشد.

این پرسش که مراد از تجارت در عقد مضاربه چیست، پرسش اصلی پژوهش حاضر بوده و با توجه به سکوت قانون مدنی در این خصوص، ابتدا مفهوم تجارت در خواستگاه قانون مدنی(روایات و منابع فقهی) مورد بررسی قرار گرفته و در ادامه دیدگاه حقوق دانان در این خصوص تشریح می‌گردد.

۴-۱. مفهوم تجارت در روایات و دیدگاه فقهای امامیه

یکی از منابع فقهی در مورد مضاربه، روایاتی است که از ائمه معصومین(ع) نقل شده است. با مراجعه به روایات موجود اگرچه مشخص می‌گردد که مضارب می‌بایست سرمایه را در تجارت بکار گیرد، اما در روایات مزبور، مراد از تجارت به صراحت بیان نگردیده است. البته در برخی از روایات از عمل عامل تحت عنوان خرید و فروش(بیع و شراء) یاد شده و این، همان مفهوم عرفی تجارت است. به عنوان مثال در کتاب وسائل‌الشیعه از حضرت علی(ع) روایت شده است: «من اتجره مالا و اشترط نصف‌الربح فلیس علی ضمان...»، «کسی که با مالی تجارت کند و شرط نماید که نصف سود تجارت متعلق به او باشد، در این صورت ضامن مال نخواهد بود(حر عاملی، ۱۳۶۷، ج ۱۳، ص ۱۸۵).

در روایتی که محمدبن قیس از امام صادق(ع) نقل کرده، به صراحت از خرید و فروش مضارب با سرمایه‌ای که در اختیار او قرار گرفته، یاد شده است(شیخ صدوق، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۲۲۸).

به اعتقاد برخی از فقهای امامیه، تجارت در اصطلاح فقیهان سه کاربرد دارد:

اول. مطلق کسب و اکتساب که تجارت در این معنا، ابواب متعددی از فقه چون بیع، اجاره، صلح و مضاربه را دربرمی‌گیرد.

دوم. معاوضه به قصد سود بردن که تعبیرات فقیهان از تجارت در باب زکات همین معنا را افاده می‌کند.

سوم. مطلق بیع و دادوستد. اعم از این‌که مشتمل بر سود باشد یا قصد سودآوری و انتفاع در آن ملاحظه نشود و فقهای امامیه در بیان احکام و مسائل ریز و درشت خرید و فروش تحت عنوان مکاسب، همین معنا را در نظر دارند(حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۴، ص ۴).

در ارتباط با معنای تجارت در مضاربه، با وجود این که فقهای امامیه به لزوم انجام تجارت توسط مضارب تصریح کرده‌اند، اما در اکثر کتاب‌های فقهی در خصوص این که مراد از تجارت چیست، توضیحی وجود ندارد (شیخ مفید، ۱۴۱۰ق، ص ۶۳۱؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق، ص ۲۶۳).

در برخی از کتاب‌های فقهی اگرچه به معنی تجارت در مضاربه به صراحت اشاره‌ای نشده، اما از عبارات به کار رفته مشخص می‌گردد که مراد از تجارت در مضاربه، خرید و فروش بوده است. برای مثال عمل عامل را تحت عنوان خرید و فروش تعبیر کرده‌اند یا به این موضوع پرداخته‌اند که در صورت اطلاق مضاربه، آیا عامل مجاز به فروش به نسیه است یا می‌بایست معامله را منحصرأً به صورت نقد انجام دهد؟ یا این فرض را بررسی کرده‌اند که در صورتی که مضاربه مطلق باشد، آیا محدوده اختیار عامل، فروش به قیمت ثمن‌المثل است یا این که می‌تواند به کمتر از آن هم معامله را واقع سازد؟ همچنین این پرسش را مطرح کرده‌اند که آیا مالک می‌تواند شرط کند که مضارب از شخص معینی خرید نکند و یا این که به شخص معینی نفروشد یا خیر؟ که همه این عبارات دلالت بر اراده معنای خرید و فروش از مفهوم تجارت در عقد مضاربه دارد (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۶۶؛ محقق حلی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۳۸۲-۳۸۱؛ جبعی عاملی، بی‌تا، ج ۴، ص ۲۱۷-۲۱۶؛ نجفی، ۱۳۹۴ق، ج ۲۶، ص ۳۴۳).

علامه حلی هم در کتاب تذکره بیان داشته است که: «والتجاره انما هی الاسترباح بالبیع و الشراء لا بالحرف و الصنایع»، «تجارت، تحصیل سود از طریق خرید و فروش است، نه کسب سود از طریق کار کردن و اشتغال به صنعت» (علامه حلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۳۳). ایشان در توضیح عبارت خود آورده‌اند که اگر کسی مالی را به دیگری به عنوان مضاربه بدهد و شرط کند که با آن پول گندم بخرد و آن را آرد کند یا آرد بخرد و نان بپزد یا طعامی بخرد و آن را بپزد یا لباسی بخرد و آن را رنگ بزنند و سپس محصول (اعم از آرد، نان، غذای آماده شده یا لباس رنگ شده) را بفروشند و سود بدست آمده را بین خود تقسیم کنند، چنین مضاربه‌ای صحیح نخواهد بود، زیرا در مضاربه، سود می‌بایست مبتنی بر خرید و فروش باشد، نه بر اساس انجام فعل و حرفه (علامه حلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۳۳).

علاوه بر علامه حلی، یکی از فقهای معاصر نیز به صورت مختصر به مفهوم تجارت در عقد مضاربه اشاره کرده و بیان داشته است که اگر صاحب سرمایه بر عامل شرط کند که با پولی که در اختیار او قرار داده شده است گوسفند و درخت میوه‌دار بخرد تا طرفین از میوه درخت و شیر گوسفند یا بچه آن استفاده کنند، چنین مضاربه‌ای باطل است، زیرا مقتضای مضاربه و قراض این است که تصرف در سرمایه انجام گیرد (حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۱۲، ص ۲۷۳).

به اعتقاد صاحب عروه‌الوثقی نیز، در مضاربه استرباح به تجارت شرط است. بدین شرح که سود در مضاربه می‌بایست از تجارت بدست بیاید. بنابراین، اگر سود از طریقی غیر از تجارت حاصل شود، مثل این که سرمایه در امر زراعت به کار گرفته شود تا طرفین در سود حاصله شریک گردند، در این صورت صحت مضاربه خالی از اشکال نمی‌باشد، چرا که قدر معلوم از ادله در مضاربه، عبارت تجارت است و اگر مضاربه از طریق غیرتجارت را هم به دلیل عمومات صحیح فرض کنیم، در این صورت با وجود این که صحت چنین عملی بعید نیست، اما توافق مذکور را نمی‌توان مضاربه دانست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۶۴۷).

بنابر آنچه بیان گردید، می‌توان اظهار داشت که به اعتقاد فقهای امامیه، تجارت در عقد مضاربه، به معنای خرید و فروش بوده است. به نظر می‌رسد که علت این امر به این حقیقت برمی‌گردد که در ازمنه قدیم اصولاً تجارت بر معنای عرفی آن یعنی خرید و فروش حمل می‌شده است و از طرفی با توجه به این که احکام شرعی در مورد معاملات، غالباً واجد جنبه امضایی هستند، نه تاسیسی، لذا، بر همین اساس، فقهای امامیه نیز تجارت در مضاربه را معادل همان معنای عرفی تجارت دانسته‌اند.

۲-۴. مفهوم تجارت از دیدگاه حقوق دانان

حقوق دانان در ارتباط با بیان مفهوم تجارت در عقد مضاربه رویه واحدی ندارند. به طوری که برخی از آنان در کتب خود هیچ توضیحی در مورد این موضوع نداده اند (عدل، ۱۳۷۸؛ بروجردی، ۱۳۸۰؛ ره پیک، ۱۳۸۷، ج ۲). برخی از حقوق دانان به موضوع تجارت در عقد مضاربه اشاره مختصری کرده و بیان داشته اند: «عملی که مورد تعهد مضارب قرار می گیرد، چنان که از ماده ۵۴۶ معلوم می شود تجارت است و مضارب نمی تواند با آن سرمایه عمل غیر تجاری انجام دهد. چنان که آن را در امور صنعتی و یا فلاحتی به کار اندازد» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۱۰۰).

یکی از صاحب نظران حوزه حقوق مدنی در خصوص مفهوم تجارت در عقد مضاربه معتقد است: «عمل مورد التزام عامل در عقد مضاربه باید عمل تجاری باشد. پس اگر در مضاربه شرط کند که عامل باید نخست با سرمایه نقدی آهن بخرد و ذوب کند و بیل و کلنگ بسازد و آن گاه آن ها را بفروشد و در ربح شریک باشند، این مضاربه فاسد است. معذک عدم حصر عمل مورد التزام در امور تجاری منع ندارد. مثلاً در مضاربه صحیح شرط کند که شاخه های درختان باغ معین مالک را هرس کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۵۷). از قسمت اخیر بیان فوق مشخص می گردد که از نظر این حقوق دان، می توان در مضاربه در کنار تعهد اصلی مضارب که مبادرت به تجارت است، انجام امور غیر تجاری را نیز شرط کرد. با وجود این، ایشان منظور خود از تجارت در عقد مضاربه را به طور صریح مشخص نکرده اند.

شاید بتوان ادعا کرد که در میان حقوق دانان، هیچ کس به اندازه دکتر ناصر کاتوزیان در مورد مفهوم تجارت در عقد مضاربه صریح سخن نگفته است. ایشان ابتدا با ذکر این مقدمه که: «به موجب ماده ۵۴۶ قانون مدنی، عامل باید با سرمایه ای که در اختیار او گذارده می شود، تجارت کند. پس اگر پیمانی درباره سرمایه گذاری در امور صنعت یا کشاورزی بین دو نفر بسته شود، این پیمان تابع قواعد عقد مضاربه نیست و باید بر طبق قواعد عمومی معاملات و اصل حاکمیت اراده، حقوق و تکالیف آن دو را در برابر یکدیگر معین ساخت» (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ج ۳، ص ۹۶)، بیان داشته است که: «برای شناسایی اعمال تجاری باید به حقوق تجارت رجوع کرد و مفاد ماده ۲ قانون تجارت را در نظر داشت. بنابراین، هرگاه شخصی به منظور تاسیس و به کار انداختن کارخانه ای به دیگری سرمایه دهد (بند ۴، ماده ۲ قانون تجارت) و قرار گذارند که در برابر خدمات مربوط به اداره کارخانه سود حاصل را بین خود تقسیم کنند، این پیمان تابع مضاربه است. هرچند که در عرف زمان تدوین ماده ۵۴۶، این گونه کارها را تجاری نمی دانستند و مقصود از تجارت، دادوستد (بند ۱، ماده ۲، قانون تجارت) یا خرید و فروش کالا به منظور سودجویی بوده است» (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ج ۳، ص ۹۶). البته این گفته که در عرف زمان تدوین ماده ۵۴۶ قانون مدنی، اعمال مذکور در ماده ۲ قانون تجارت را تجاری نمی دانستند، خالی از اشکال نمی باشد، زیرا اگرچه جلد اول قانون مدنی که مشتمل بر ۹۵۵ ماده است و ماده ۵۴۶ نیز در آن قرار دارد، در اردیبهشت ماه سال ۱۳۰۷ تصویب شده است و از طرفی، قانون تجارت که معاملات ذاتی تجاری در ماده ۲ آن احصاء گردیده، مصوب اردیبهشت ماه سال ۱۳۱۱ می باشد، اما پس از تصویب، قانونی تحت عنوان «قانون قبول و نکول بروات تجاری» مورخ ۲۸ ثور^۱ ۱۲۸۹ هجری شمسی معادل نهم جمادی الاول ۱۳۲۸ هجری قمری، دومین گام مقنن قانونی ایرانی برای هویت بخشی به حقوق تجارت، تصویب قانون تجارت سال های ۱۳۰۳ و ۱۳۰۴ در ۲۵ دلو ۱۳۰۳ و ۱۲ فروردین و ۲۰ خرداد ماه سال ۱۳۰۴ هجری شمسی بود که در آن قانون نیز مقنن معاملات تجاری را همانند ماده ۲ قانون تجارت فعلی (مصوب ۱۳۱۱) بیان کرده بود.

^۱ دومین ماه از برج های دوازده گانه که مطابق با اردیبهشت ماه می باشد. دوازده برج عبارت اند از حمل، ثور، جوزا، سرطان، اسد، سنبله، میزان، عقرب، قوس، جدی، دلو و حوت.

بنابراین، حتی در زمان تصویب ماده ۵۴۶ قانون مدنی نیز، قانون‌گذار ایرانی با مفهوم معاملات تجارتي ذاتی آشنا بوده است. اما این نکته که آیا نویسندگان قانون مدنی در زمان نگارش احکام عقد مضاربه به مفهوم معاملات تجارتي مندرج در ماده ۲ قانون تجارت سال‌های ۱۳۰۳ و ۱۳۰۴ هجری شمسی توجه داشته‌اند یا خیر، پرسشی است که با توجه به فقدان صورت مذاکرات کتاب اول قانون مدنی^۱ نمی‌توان به آن پاسخ قاطعی داد. البته به اعتقاد پژوهشگر این تحقیق، این احتمال که نویسندگان قانون مدنی در هنگام استخراج احکام عقد مضاربه از فقه، به معاملات تجارتي ذاتی مندرج در ماده ۲ قانون تجارت سال‌های ۱۳۰۳ و ۱۳۰۴ هجری شمسی که برگرفته از حقوق اروپایی است، توجه داشته‌اند، بسیار بعید است و شاید این گفته دکتر کاتوزیان که در عرف زمان تدوین ماده ۵۴۶ قانون مدنی، اعمال مذکور در ماده ۲ قانون تجارت را تجارتي نمی‌دانستند، اشاره به همین موضوع باشد.

به هر جهت، پس از بیان مفهوم تجارت در عقد مضاربه از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان، لازم است در مقام جمع‌بندی دیدگاه‌های مطروحه، نظر خود را در این خصوص شرح دهیم.

۳-۴. جمع‌بندی و ارائه نظر در خصوص مفهوم تجارت در عقد مضاربه

پس از ملاحظه و بررسی تمام دیدگاه‌های موجود و مذاقه در مبانی نظرات مطروحه، باید بیان داشت که اگرچه برخی از حقوق‌دانان به طرفداری از دیدگاه دکتر کاتوزیان مبنی بر این‌که برای تبیین مفهوم تجارت در عقد مضاربه می‌بایست به حقوق تجارت مراجعه و اعمال تجاری موضوع ماده ۲ قانون تجارت را معیار قرار داد، برخاسته‌اند (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۰، ص ۱۰۲-۱۰۰)، اما اطلاق دیدگاه مذکور مورد پذیرش ما نیست، زیرا:

اولاً. برخی از نویسندگان حقوقی، اعمال تجاری را به سه دسته کلی:

۱- اعمال تجارتي ذاتی یا مطلق،

۲- اعمال تجارتي تبعی یا نسبی،

۳- اعمال تجارتي به حکم قانون یا حکمی تقسیم کرده‌اند (ستوده تهرانی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۴۷ و ۴۶).

اعمال تجارتي ذاتی یا مطلق «اعمالی هستند که طبیعت عمل به خودی خود تجاری است و در قوانین تجاری که نظریه اعمال تجاری را پذیرفته‌اند، تجاری بودن این معاملات به اعتبار تاجر بودن طرفین معامله نیست. مصادیق این دسته از معاملات در ماده ۲ قانون تجارت ایران بیان شده‌اند» (عبدی پورفرد، ۱۳۹۶، ص ۵). اعمال تجاری تبعی یا نسبی، معاملاتی هستند که به تبع تاجر بودن طرفین معامله یا یکی از آن‌ها تجاری محسوب می‌شوند و این قبیل معاملات در ماده ۳ قانون تجارت درج شده‌اند. اما آن دسته از اعمال که در آنها عملاً گردش ثروت انجام نمی‌شود و براساس ضوابط پذیرفته شده در مورد اعمال تجاری ذاتی اصولاً نمی‌توان آنها را تجارتي دانست، ولی قانون‌گذار آن‌ها را تجاری فرض کرده است و اعمال تجاری حکمی می‌نامند و معاملات برواتی موضوع بند ۸ ماده ۲ قانون تجارت در این دسته جای می‌گیرد. به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان «منظور از معاملات برواتی اعمال حقوقی‌ای است که روی برات انجام می‌شود و ایجاد و انتقال آن را محقق می‌کند، یعنی صدور، قبولی، ظهنویسی و ضمانت» (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۶۱).

^۱ «در اواخر سال ۷۰ خورشیدی که استاد حسن افشار به دنبال چندین سال اقامت در پاریس به ایران برگشته بود، شبی در میهمانی خانه ابوالقاسم گرجی، استاد فقه و اصول دانشکده، این داستان را تعریف کرد. استاد افشار می‌گفت که از منصورالسلطنه عدل، یکی از حقوق‌دان‌هایی که در تدوین قانون مدنی شرکت داشته‌اند پرسیده که چرا صورت مشروح مذاکرات تدوین قانون مدنی در دسترس نیست؟ پاسخ منصورالسلطنه این بود که پس از تصویب قانون، صورت مذاکرات سوزانده شده است تا از آن پس حقوق‌دان‌ها و قضات دادگستری هر جا به اشکالی در فهم ماده‌ای از آن برخوردند، در تفسیر آن به‌جای مراجعه به منابع فقهی قدیم، یعنی نص‌های قدیم، به اصول حقوق جدید برگردند و بدین سان، قانون قدیم را در برابر مقتضیات زمان و مکان علم حقوق جدید قرار دهند» (طباطبایی، ۱۳۹۸، ص ۲۲۳).

اگر این دیدگاه را به صورت مطلق بپذیریم که برای تبیین مفهوم تجارت در عقد مضاربه می‌بایست به حقوق تجارت مراجعه و اعمال تجاری موضوع ماده ۲ قانون تجارت را معیار قرار داد، در عمل، این مجوز را برای مضارب صادر کرده‌ایم که می‌تواند به عنوان مبادرت به تجارت، عملی را به عنوان تجارت انتخاب کند که ذاتاً تجاری نیست و تنها به حکم قانون‌گذار، تجارتی فرض شده است. این در حالی است که همان‌طور که پیش از این نیز بارها بیان شده است، تردیدی وجود ندارد که مضارب با سرمایه‌ای که در اختیار او قرار داده می‌شود، می‌بایست به تجارت بپردازد.

ثانیاً. به نظر می‌رسد که علت ملاک قرار دادن اعمال تجاری موضوع ماده ۲ قانون تجارت برای تعیین نوع عمل عامل در مضاربه، این تصور باشد که از این طریق، عامل در مضاربه، خواسته یا ناخواسته به فعالیت یا فعالیت‌های ذاتاً تجاری خواهد پرداخت، در حالی که اعمال تجاری ذاتی در حقوق ما منحصر به موارد مذکور در ماده ۲ قانون تجارت نبوده و اموری مانند تاسیس انبارهای عمومی^۱ و معاملات موضوع ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ نیز خارج از ماده ۲ قانون تجارت در زمره اعمال تجاری ذاتی هستند. بنابراین، نتیجه دیدگاه دکتر کاتوزیان مبنی بر محدود بودن اراده مضارب در انتخاب نوع فعالیت از بین اعمال موضوع ماده ۲ قانون تجارت، این است که عامل اساساً از مبادرت به برخی اعمال ذاتاً تجاری مانند تاسیس انبارهای عمومی و معاملات موضوع ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها ممنوع خواهد بود. آن هم تنها به این دلیل که اعمال مذکور در ماده ۲ قانون تجارت ذکر نشده‌اند.

ثالثاً. براساس ماده ۴ قانون تجارت: معاملات غیرمنقول به هیچ وجه تجاری محسوب نمی‌شود. به اعتقاد یکی از نویسندگان حقوقی «استثنایی که بر این اصل وجود دارد معاملات غیرمنقول شرکت‌هایی است که به منظور ساخت و فروش آپارتمان ایجاد شده‌اند» (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۶۸). به موجب ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳: «انواع شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت که به قصد ساختمان خانه و آپارتمان و محل کسب به منظور سکونت یا پیشه یا اجاره یا فروش تشکیل می‌شود، از انجام سایر معاملات بازرگانی غیرمرتبط به کارهای ساختمانی ممنوع‌اند». در ارتباط با این ماده لازم به ذکر است که از یک سو، با توجه به استثنایی بودن حکم مذکور و عدم تصریح مقنن، اشخاص حقیقی که عملیات موضوع این ماده را انجام می‌دهند، هم‌چنان غیرتاجر محسوب می‌شوند (فرحناکیان، ۱۳۹۱، ص ۴۵) و از سوی دیگر با توجه به ممنوعیت شرکت‌های موضوع ماده مذکور از انجام سایر معاملات بازرگانی، حقوق دانان معاملات غیرمنقول مندرج در ماده مذکور را از نوع معاملات ذاتاً تجاری دانسته‌اند، نه معاملات تجاری تبعی و نسبی (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۶۹ - ۶۸).

اگر هدف از ملاک قرار دادن اعمال تجاری موضوع ماده ۲ قانون تجارت برای تعیین نوع عمل عامل در مضاربه را این امر بدانیم که با این رویکرد، مضارب را به سمت فعالیت‌هایی سوق داده‌ایم که مبادرت به آن‌ها باعث گردش ثروت می‌شود، در این صورت با محدود نمودن مضارب به انتخاب اعمال موضوع ماده ۲ قانون تجارت، عملاً وی را از مبادرت به معاملات اموال غیرمنقول که بسیار بیشتر از اموال منقول، موجب کسب منفعت و گردش ثروت می‌شود، ممنوع کرده‌ایم. از طرفی «این نظریه که معاملات غیرمنقول به هیچ وجه تجاری محسوب نشود، دیگر طرفدار ندارد و رویه قضایی در اغلب کشورها سعی می‌کند تفسیر این اصل را تا آن‌جا که ممکن است محدود کند» (ستوده تهرانی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۶۸).

^۱ ماده یک تصویب‌نامه قانونی مربوط به تاسیس انبارهای عمومی مورخ ۱۳۴۰/۰۶/۱۱: «انبار عمومی موسسه‌ای است بازرگانی که به منظور قبول امانت و نگهداری مواد اولیه و محصولات صنعتی و فلاحی و کالاهای صاحبان صنایع و کشاورزان و بازرگانان با موافقت هیئت نظارت بر انبارهای عمومی و با رعایت مقررات این قانون و آیین‌نامه‌های مربوطه به صورت شرکت سهامی تاسیس و بر طبق مقررات قوانین ایران به‌ثبت رسیده باشد».

همچنین «غیرتجارتی قلمداد نمودن معاملات غیرمنقول در حقوق تجارت ما ریشه در حقوق قدیم فرانسه دارد (و) قانون‌گذار ما در سال ۱۳۱۱ هجری شمسی با تأسی از قانون تجارت ۱۸۰۷ میلادی فرانسه چنین قاعده‌ای را در ماده ۴ قانون تجارت پیش‌بینی نمود. در حقوق قدیم فرانسه وجود چنین قاعده‌ای علل اجتماعی، سیاسی و اقتصادی داشته که به طور سنتی وضع شده است، لکن از سال ۱۹۶۷ میلادی، قانون‌گذار فرانسوی از این قاعده عدول نموده و فرقی بین اموال منقول و غیرمنقول قائل نشده است و امروزه نیز در حقوق آن کشور معاملات اموال غیرمنقول تجاری تلقی می‌شود، مشروط بر این که به قصد ساخت و ساز نباشد. در حالی که در حقوق ما (با توجه به ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳) درست عکس این قاعده وجود دارد» (تقی‌پور و حسینی جلیلیان، ۱۳۹۷، ص ۳۵).

رابعاً. برخی از منتقدان ارجاع مفهوم تجارت در عقد مضاربه به ماده ۲ قانون تجارت به درستی بیان داشته‌اند که «قانون مدنی ناظر به ... پیشینه فقهی است و فقه هم مستند به ... روایات بوده و به هنگام صدور روایات هم خبری از قانون تجارت نبوده است» (داورزنی و رضوی، ۱۳۹۳، ص ۹۰). بنابراین، محدود نمودن اراده عامل به انتخاب تجارت از بین اعمال موضوع ماده ۲ قانون تجارت با پیشینه تاریخی این نهاد نیز هم‌سو نمی‌باشد.

البته علی‌رغم تمام انتقادات مشروحه بر دیدگاه دکتر کاتوزیان، به باور ما کنار گذاشتن کامل مفاد ماده ۲ قانون تجارت در تبیین مفهوم تجارت در عقد مضاربه رویکرد صحیحی نیست. لذا، اگرچه اطلاق دیدگاه دکتر کاتوزیان مبنی بر این که برای تبیین مفهوم تجارت در عقد مضاربه می‌بایست به حقوق تجارت مراجعه و اعمال تجاری موضوع ماده ۲ قانون تجارت را معیار قرار داد، قابل پذیرش نیست، لکن، به منظور شناسایی مفهوم تجارت در عقد مضاربه می‌توان از ظرفیت حقوق تجارت بهره برد و بیان داشت که: برای تبیین مفهوم تجارت در عقد مضاربه می‌توان به حقوق تجارت مراجعه و اعمال تجاری موضوع ماده ۲ قانون تجارت را معیار قرار داد.

اما در ارتباط با مضاربه‌های بانکی نیز لازم به ذکر است که براساس ماده ۹ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲: «بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی در چهارچوب سیاست‌های بازرگانی دولت، منابع مالی لازم را براساس قرارداد مضاربه در اختیار مشتریان با اولویت دادن به تعاونی‌های قانونی قرار دهند». شبیه همین حکم در ماده ۳۷ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور آمده است: «بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی به عنوان مالک، سرمایه نقدی (منابع) لازم را در اختیار عامل اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی قرار دهند...». اما در خصوص این که منظور از امور بازرگانی در مواد فوق چیست؟ هرچند که قانون‌گذار تصریحی در این مورد ندارد، لکن از مفاد ماده ۷ دستورالعمل اجرایی مضاربه که ناظر به قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۱ می‌باشد، می‌توان به این نکته پی برد که مقنن در بیان امور بازرگانی، بیشتر مفهوم عرفی آن، یعنی خرید و فروش را مدنظر دارد. براساس ماده مذکور: «هزینه‌های مالی قابل قبول مضاربه عبارتند از: قیمت خرید کالا، بیمه و حق ثبت سفارش، حمل و نقل، انبارداری، حقوق گمرکی و سود بازرگانی، هزینه بانکی، هزینه‌های بسته‌بندی». بر همین اساس است که برخی از نویسندگان حقوقی پیشنهاد داده‌اند که: «برای توسعه اختیارات بانک در استفاده از عقد مضاربه، ماده ۹ قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۳۷ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور اصلاح شود و به جای عبارت امور بازرگانی در مواد مذکور از عبارت امور تجاری استفاده شود (و) در ضمن تبصره‌ای در ذیل ماده مذکور، امور تجاری را تبیین کند و آن را به معاملات و فعالیت‌هایی غیر از خرید و فروش توسعه دهد» (امام، داورزنی و رضوی، ۱۳۹۳، ص ۲۲۷).

۵. نتیجه گیری

در این پژوهش، برای شناسایی مفهوم تجارت در عقد مضاربه، ابتدا با معنای لغوی و مفهوم اصطلاح «مضاربه» و «حقوق تجارت» آشنا شده و در ادامه، اشاره‌ای به روایات و دیدگاه فقهای امامیه در ارتباط با موضوع مورد بحث گردید و پس از بیان نظرات حقوق دانان برجسته، به نتایج ذیل حاصل شد:

- ۱- عامل در مضاربه می‌تواند غالب اعمال مندرج در ماده ۲ قانون تجارت را به عنوان تجارت برگزیند، مگر آن دسته از اعمال موضوع ماده ۲ قانون تجارت مانند معاملات برواتی که اصولاً در گردش ثروت دخالت ندارند.
- ۲- عامل در قراض، به هنگام انتخاب تجارت محدود و محصور به اعمال موضوع ماده ۲ قانون تجارت نیست و می‌تواند علاوه بر اموری مانند تاسیس انبارهای عمومی و معاملات موضوع ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ که خارج از ماده ۲ قانون تجارت در زمره اعمال تجاری ذاتی قلمداد شده‌اند، حتی اعمالی مانند مبادرت به خرید و فروش اموال غیرمنقول را نیز که عرفاً تجاری قلمداد می‌گردد را به عنوان تجارت برگزیند که نه تنها داخل در مفاد ماده ۲ قانون تجارت نیست، بلکه به حکم ماده ۴ همان قانون کاملاً غیر تجارتي دانسته شده است. چرا که محدود نمودن مضارب به انتخاب تجارت از بین اعمال موضوع ماده ۲ قانون تجارت با پیشینه تاریخی این نهاد هم‌سو نمی‌باشد. البته این آزادی عمل عامل مطلق نبوده و اختیار وی در برگزیدن نوع عمل، تا حدی قابلیت دفاع دارد که بر عمل انتخابی عنوان عام تجارت صدق نماید. در این دیدگاه، ضمن وفاداری به ماهیت سنتی مضاربه، از ظرفیت‌های حقوق تجارت نیز بهره برده شده است.

قرآن کریم.

۱. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی (۱۴۰۸ق). *الوسيله الی نیل الفضيله*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۲. ابن زهره حلبی، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع*. قم: موسسه امام صادق (ع).
۳. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳). *حقوق تجارت (کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری)*. تهران: انتشارات سمت، ج ۱، چاپ پنجم.
۴. اعظمی زنگنه، عبدالحمید (۱۳۵۱). *حقوق بازرگانی*. تهران: بی نا، چاپ چهارم.
۵. امام، سید محمدرضا؛ داورزنی، حسین؛ رضوی، سید محمد (۱۳۹۳). *بررسی عقد مضاربه و تطبیق آن با قانون عملیات بانکی بدون ربا. فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و هفتم، شماره دوم، ص ۲۱۵-۲۲۹*.
۶. امامی، سید حسن (۱۳۶۸). *حقوق مدنی*. تهران: کتابفروشی اسلامیة، ج ۲، چاپ پنجم.
۷. بروجرودی، محمد (۱۳۸۰). *حقوق مدنی*. تهران: انتشارات گنج دانش.
۸. تقی پور، بهرام؛ حسینی جلیلیان، امیر (۱۳۹۷). *لزوم تجارتي قلمداد شدن معاملات غیرمنقول. پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۸۹، ص ۳۵-۵۸*
۹. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین (بی تا). *الروضه البهیة*. اصفهان: مکتبه امیرالمومنین (ع)، ج ۴.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۷). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴). *مضاربه*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). *دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت*. تهران: کتابخانه گنج دانش، ج ۱.
۱۳. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۳۶۷). *وسائل الشیعه*. تهران: کتابفروشی اسلامیة، ج ۱۳.
۱۴. حسینی عاملی، سید محمدجواد (بی تا). *مفتاح الکرامه*. بیروت: موسسه آل البیت (ع) لاحیاء التراث، ج ۴.
۱۵. حکیم، سید محسن (۱۳۹۱ق). *مستمسک عروه الوثقی*. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ج ۱۲، چاپ سوم.
۱۶. داورزنی، حسین؛ رضوی، سید محمد (۱۳۹۳). *امکان سنجی تعمیم عقد مضاربه به تمام فعالیت های تجاری. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ششم، شماره یازدهم، ص ۹۴-۷۷*.
۱۷. ره پیک، حسن (۱۳۸۷). *حقوق مدنی، عقود معین*. تهران: انتشارات خرسندی، ج ۲.
۱۸. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۹). *حقوق تجارت*. تهران: نشر دادگستر، ج ۱، چاپ بیست و هفتم.
۱۹. سکوتی نسیمی، رضا (۱۳۹۰). *عقود معین - مضاربه*. تهران: میزان.
۲۰. شیخ مفید (۱۴۱۰ق). *المقنعه*. قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۱. صدوق، ابی جعفر محمد (۴۰۴ق). *من لایحضره الفقیه*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه، ج ۳، چاپ دوم.
۲۲. طباطبایی، جواد (۱۳۹۸). *ملت، دولت و حکومت قانون*. تهران: انتشارات مینوی خرد.
۲۳. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۰۹ق). *عروه الوثقی*. بیروت: موسسه اعلمی، ج ۲، چاپ دوم.
۲۴. طریحی، فخرالدین (۱۳۸۶ق). *مجمع البحرین*. به کوشش احمد حسینی. نجف: بی نا، ج ۱.
۲۵. عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۶). *حقوق تجارت (تجار و معاملات تجاری)*. تهران: انتشارات مجد، چاپ سوم.
۲۶. عدل، مصطفی (۱۳۷۸). *حقوق مدنی*. قزوین: انتشارات طه.

۲۷. علامه حلی (بی تا). *تذکره الفقها*. بی جا: بی نا، ج ۲.
۲۸. عمید، حسن (۱۳۶۰). *فرهنگ فارسی عمید*. تهران: موسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ پانزدهم.
۲۹. فرحناکیان، فرشید (۱۳۹۱). *قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی*. تهران: نشر میزان، چاپ پنجم.
۳۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶). *عقود معین (مشارکت‌ها، صلح)*. تهران: کتابخانه گنج دانش، ج ۳، چاپ یازدهم.
۳۱. کیائی، کریم (۱۳۵۰). *حقوق بازرگانی*. تهران: بی نا، چاپ سوم.
۳۲. محقق حلی (۱۳۷۰). *شرایع الاسلام*. تهران: نشر استقلال، ج ۱، چاپ سوم.
۳۳. مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ق). *سلسله الینابیع الفقهیه*. بیروت: موسسه فقه الشیعه، ج ۲۱.
۳۴. معلوف، لوئیس (۱۳۶۵). *المنجد فی اللغه*. تهران: اسماعیلیان (چاپ افسست).
۳۵. معین، محمد (۱۳۸۴). *فرهنگ معین*. تهران: انتشارات سرایش، چاپ هفتم.
۳۶. مقرئ فیومی، احمد (۱۴۰۵ق). *المصباح المنیر*. بی جا: انتشارات دارالمجزه.
۳۷. نجفی، محمدحسن (۱۳۹۴ق). *جواهر الکلام*. تهران: دارالکتب الاسلامیه، ج ۲۶، چاپ ششم.