

## تحلیل فقهی - حقوقی صحت یا عدم صحت شرکت مفاوضه در فقه مذاهب اسلامی

مهدی جلیلی،<sup>۱</sup> علیرضا فصیحی زاده،<sup>۲</sup> سید محمدصادق طباطبایی،<sup>۳</sup> میثم محمدی<sup>۴</sup>  
(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۹/۳۰، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۲۳)

### چکیده

فقه‌های مذاهب مختلف اسلامی، با توجه به ترکیب و نوع آورده‌ها، انواع شرکت را به چهار دسته عنان، اعمال، وجوه و مفاوضه تقسیم نموده‌اند. در مورد تعریف، آثار و احکام این شرکتها، اختلاف نظرات اساسی میان فقه‌های مذاهب مختلف اسلامی وجود دارد. با توجه به اختلاف دیدگاه‌های فقهی، حقوقی و سکوت قانون مدنی، دامنه این اختلاف نظرات، به صحت یا عدم صحت شرکت مفاوضه نیز کشیده شده است. موافقان صحت شرکت مفاوضه به دلایلی چون وجود برخی احادیث، اجماع سکوتی، شباهت ماهیت اصلی این شرکت با دو عقد مجاز شرعی کفالت و وکالت و تأکید دین مبین اسلام بر مشارکت و تعاون تمسک می‌جویند. در مقابل، مخالفان صحت شرکت مفاوضه به دلایلی چون عدم وجود دلیل صریح شرعی در مورد صحت این شرکت، غرری بودن و اجماع اشاره نموده‌اند. در این مقاله با نگاهی تطبیقی به مذاهب مختلف اسلامی و با تأکید بر کتب فقهی فقه‌های امامیه و با بهره‌مندی از روش تحلیلی توصیفی، بعد از تعریف شرکت مفاوضه، با تجزیه و تحلیل دلایل موافقان و مخالفان صحت این شرکت، با تأکید بر پاسخهای حلی و نقضی که به دلایل مخالفان و

۱. استادیار گروه حقوق مؤسسه آموزش عالی المهدی مهر اصفهان /

mahdijalili20@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول) /

fasihizadeh@ase.ui.ac.ir

۳. دانشیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان / tabatabaei@ase.ui.ac.ir

۴. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مذاهب اسلامی /

meysam.m1370@gmail.com

موافقان صحت شرکت مفروضه داده می‌شود، در نهایت این نتیجه حاصل می‌گردد که با توجه به سکوت قانون و علی‌رغم نظر مخالف برخی فقها، با عنایت به نظر فقهای چون طوسی، شهید ثانی و مفید، شرکت مفروضه در معنای مشهور آن در فقه امامیه و به دنبال آن با توجه به اصل چهار و اصل صدوشت‌وهفت قانون اساسی در حقوق کنونی ایران باطل است.

**کلیدواژه‌ها:** شرکت، شرکت مفروضه، شرکت اعمال، شرکت عنان، شرکت وجوه.

### طرح مسئله

در فقه اسلامی به چهار نوع شرکت اشاره گردیده است. این شرکت‌های چهارگانه فقهی که ملاک اصلی تقسیم‌بندی آنها نوع و ترکیب آورده هر یک از شرکاست، عبارت هستند از: شرکت عنان، اعمال، وجوه و مفروضه (ابن زهره حلبی، ۱۳۷۵ش، ۲۶۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۳۴۹/۷؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۴ق، ۳۲/۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ۵۲۳/۲). درباره شرکت‌های چهارگانه فقهی حتی با نگاهی بسیار گذرا به کتب فقهی مذاهب مختلف اسلامی این ادعا تأیید می‌گردد که پیرامون آثار، احکام و حتی صحت یا عدم صحت این شرکتها اختلاف نظرات اساسی میان فقها وجود دارد.

شرکت عنان شرکتی است که بین دو یا چند نفر و در اموال به وجود می‌آید، چه آن مال مشترک پول باشد و چه کالا. در مورد شرکت عنان با وجود اختلافاتی که در تعریف و احکام این شرکت بین فقهای اسلامی وجود دارد، اما در نهایت از دید همه فقهای اسلامی و حقوقدانان شرکت عنان شرکتی صحیح قلمداد می‌گردد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۱۵۸/۲۱؛ رافعی قزوینی، ۱۴۲۶ق، ۱۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۳۱۰/۱؛ حائری شهاباغ، ۱۳۷۶ش، ۵۱۹/۱). شرکت اعمال شرکتی است که بر اساس توافق حاصله بین شرکا، قرار بر آن می‌گردد که در آنچه در نتیجه کار به دست می‌آورند شریک باشند؛ چه کار آنها یکسان باشد، مانند دو پزشک و چه متفاوت، مانند یک پزشک و یک مهندس (حکیم، ۱۴۰۴ق، ۱۶/۱۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۳۴۸/۷؛ ایروانی، ۱۴۲۰ق، ۱۶۴/۲؛ فحوص الحسینی، ۱۴۳۳ق، ۲۱۱/۱۱). علی‌رغم اختلاف نظری که در تعریف و صحت یا عدم صحت شرکت اعمال وجود دارد، به جز عده محدودی از فقها و حقوقدانان (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۹۳؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰ش، ۳۲۸؛ گودرزی، ۱۳۹۴ش، ۹۸) بیشتر فقهای اسلامی، شرکت اعمال را شرکتی

باطل می‌دانند (مفید، ۱۴۱۴ق، ۶۳۲؛ بیهقی کیدری، ۱۳۷۴ش، ۲۵۹؛ حکیم، ۱۴۰۴ق، ۱۵/۱۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۳۴۸/۷).

شرکت وجوه در معنای مشهور آن شرکتی است که بر اساس آن دو یا چند نفر که دارای مال نبوده، اما در میان مردم دارای اعتبار هستند، با هم قرار می‌گذارند که با بهره‌مندی از اعتبار خود اجناسی را به صورت نسبه خریداری نمایند و بعد از فروش آن، در سود حاصله با یکدیگر شریک باشند. شرکت وجوه در دیدگاه بیشتر فقهای اسلامی به خصوص فقهای امامیه شرکتی باطل دانسته شده است (طوسی، بی تا، ۳۴۷/۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۲۹ق، ۱۶۴/۲؛ غزالی، ۱۴۱۸ق، ۳۵۸/۱؛ آل‌نجم، ۱۴۳۲ق، ۱۴۴).

شرکت مفاوضه که از زیرمجموعه‌های عقد محالفت یا برادرخواندگی می‌باشد، شرکتی است که بر اساس آن بین شرکا تضامن در مطالبات، داراییها و بدهیها به وجود می‌آید، چه در مورد اموال موجود در زمان انعقاد عقد و چه در مورد آنچه بعداً به وجود می‌آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱ش، ۱۶۳/۳؛ مروارید، بی تا، ۵؛ ابن‌قدامه، ۱۴۱۷ق، ۱۳۷/۷).

در این مقاله بعد از ارائه تعریفی از شرکت مفاوضه، نظرات موافقان و مخالفان صحت این شرکت، هم در میان فقهای مذاهب مختلف اسلامی و هم در میان حقوقدانان بررسی و تجزیه و تحلیل می‌شود تا با پاسخهای حلی و نقضی که به دلایل ارائه شده توسط موافقان و مخالفان صحت شرکت مفاوضه داده می‌شود، این موضوع از پرده ابهام خارج گردد که آیا با توجه به اختلاف نظر شدید میان فقها و حقوقدانان از یک سو و از سوی دیگر سکوت قانون مدنی می‌توان بر این نظر اعتقاد داشت که شرکت مفاوضه شرکتی صحیح قلمداد می‌گردد و مردم می‌توانند در روابط اقتصادی خویش از این نوع شرکت بهره‌مند گردند یا می‌بایست با فقها و حقوقدانانی که شرکت مفاوضه را باطل قلمداد می‌نمایند هم‌داستان شد و بر این نظر متمایل گشت که با توجه به سکوت قانون مدنی و با عنایت به اصل چهار و صدو شصت - وهفت قانون اساسی نمی‌توان در سیستم حقوقی ایران شرکت مفاوضه را از جمله شرکت‌های صحیح دانست.

### تعریف شرکت مفاوضه

مفاوضه در لغت دارای معانی متعددی است که از جمله معانی آن مماثلت، تساوی، مساوات و اختیاردادن، می‌باشد (موسی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۰؛ رازی، ۱۴۲۸ق، ۴۷۱/۱؛ واصل، ۱۴۱۸ق،

۲۰۶؛ غزالی، ۱۴۱۸ق، ۳۵۸/۱). وجه تسمیه شرکت مفاوضه نیز با توجه به آن است که مبنای شرکت مفاوضه، تفویض و تضامن در داراییها و بدهیها بر اساس وکالت و کفالت است و هر یک از شرکا به شریک دیگر اختیارات خود را در این زمینه‌ها تفویض می‌نماید (قاضی عبدالوهاب، بی‌تا، ۴۱۴/۱؛ موسی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۰).

فقه‌های مذاهب مختلف اسلامی در مورد تعریف شرکت مفاوضه رویه‌های گوناگونی را در پیش گرفته‌اند. عده‌ای از فقها چنان بر بطلان شرکت مفاوضه اعتقاد و اصرار داشته‌اند که شرکت‌های فقهی را مانند اکثر قریب به اتفاق فقها (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ۵۲۳/۲؛ ابن‌زهره حلبی، ۱۳۷۵ش، ۲۶۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۳۴۹/۷) چهار نوع شرکت ندانسته، بلکه بر این اعتقادند که شرکت‌های فقهی تنها سه شرکت عنان، وجوه و اعمال بوده و از همین رو در کتب فقهی این دسته از فقها یا کوچک‌ترین اشاره‌ای به شرکت مفاوضه نگردیده و یا آنکه فقط به ذکر نام این شرکت بدون آنکه از این شرکت تعریفی ارائه نمایند، اکتفا شده است (ابن‌رفعه، ۲۰۰۹م، ۱۸۱/۱۰). در کنار این دسته از فقها، برخی دیگر تنها به ارائه تعریفی کوتاه و مختصر از شرکت مفاوضه اکتفا نموده و شرکت مفاوضه را اشتراک دو نفر در هر آن چه به‌دست می‌آورند، دانسته‌اند (بیهقی کیدری، ۱۴۱۶ق، ۲۵۹؛ ابن‌زهره حلبی، ۱۳۷۵ش، ۲۶۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۳۵ق، ۳۴۳/۲۸؛ فحص الحسینی، ۱۴۳۳ق، ۲۱۱/۱۱؛ قاهری شافعی، ۱۴۳۲ق، ۹۰). در کنار فقهایی که در کتب خویش به شرکت مفاوضه هیچ اشاره‌ای نکرده‌اند و فقهایی که به ارائه تعریف مختصر از این شرکت بسنده نموده‌اند، دسته‌ای دیگر از فقها و به تبع آنها حقوق‌دانانی وجود دارند که تعریف کاملی از این شرکت ارائه نموده‌اند، تعریفی که می‌توان آن را مطابق با نظر مشهور دانست و در این مقاله نیز همین تعریف مدنظر است. بر اساس این دیدگاه شرکت مفاوضه عبارت است از پیمانی که بین دو یا چند نفر منعقد می‌گردد و بر اساس این پیمان آنها در تمام انواع عایدیها و تملکات چه در نتیجه عقدی از عقود باشد یا در نتیجه ارث و در تمامی خسارات و ضررهایی که در نتیجه تقصیر یا جرمی ایجاد شود با یکدیگر شریک می‌گردند (طوسی، بی‌تا، ۳۴۷/۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ق، ۵۱۵/۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۳۴۹/۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۳۱۴/۱).

در مقایسه سه رویه فوق فقها، در برخورد با تعریف شرکت مفاوضه، دیدگاه آن دسته از فقهایی که تعریفی کامل از شرکت مفاوضه ارائه نموده‌اند به راه صواب نزدیک‌تر است؛ زیرا چه شرکت مفاوضه را شرکت صحیح بدانیم (موسی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۰) و چه اعتقاد به عدم

صحت این شرکت داشته باشیم (حکیم، ۱۴۰۴ق، ۱۵/۱۳؛ خمینی، ۱۳۷۴ش، ۱/۶۲۴)، نیازمند آن هستیم که این شرکت را به طور دقیق و کامل تعریف نماییم؛ زیرا تا اجزای تشکیل دهنده و تعریف دقیق این شرکت را ندانیم در عمل نمی توان درباره صحت یا عدم صحت شرکت مفاوضه به درستی اظهار نظر نمود؛ زیرا اظهار نظر و تحلیل نظر موافقان و مخالفان صحت شرکت مفاوضه مستلزم شناخت دقیق تعریف این شرکت است. از همین رو در این مقاله شرکت مفاوضه در معنای مشهور آن مدنظر بوده و نظرات موافقان و مخالفان صحت شرکت مفاوضه بر مبنای تعریف مشهور از این شرکت است.

### تحلیل نظرات موافقین و مخالفین صحت شرکت مفاوضه

همانند آنچه پیرامون شرکت وجوه و شرکت اعمال گفته شده است (بیهقی کیدری، ۱۳۷۴ش، ۲۵۹؛ ابن قدامه، ۱۴۱۷ق، ۱۲۱/۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۳۴۸/۷؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۹۳)، درباره صحت یا عدم صحت شرکت مفاوضه نیز بین فقهای مذاهب مختلف اسلامی، اختلاف نظر وجود دارد، اختلاف نظراتی که به علت سکوت قانون به دکتترین حقوقی نیز راه یافته و رویه قضایی در محاکم دادگستری نیز از آن بی بهره نمانده است. عده ای از فقها، بطلان شرکت مفاوضه را آن قدر مسلم می دانند که برای اعلام بطلان این نوع از شرکت خود را نیازمند ارائه دلیل نمی دانند و بدون ذکر علت و استدلالی خاص، فقط به اعلام عدم صحت این شرکت در کتب فقهی خود بسنده نموده اند (ابن رفعه، ۲۰۰۹م، ۱۰/۱۸۱). در مقابل، عده ای دیگر از فقها نیز وجود دارند که برای اعلام صحت یا عدم صحت شرکت مفاوضه دلایلی ذکر نموده تا از طریق استدلالهای موجود در دلایل خویش، مهر تأییدی بر درستی عقیده خود زده باشند (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ۸۰۰/۴؛ رازی، ۱۴۲۸ق، ۱/۴۷۲؛ نووی، بی تا، ۷۴/۱۴). در این قسمت مقاله با پاسخهای حلی و نقضی که به دلایل موافقان و مخالفان صحت شرکت مفاوضه داده می شود در صدد آن هستیم که در نهایت نظر بهتر را برگزینیم. نظریه ای که از یک سو مطابق با نیازها و مقتضیات روز جامعه بوده و از سوی دیگر با چهارچوب سیستم حقوقی کشور و اصول و مبانی فقهی هم خوانی داشته باشد، تا این مقاله و امثال آن مقدمه ای باشد برای آنکه در صورت اصلاح قانون مدنی زمینه ای فراهم گردد تا با وضع مقرره ای قانونی به این اختلاف نظرات پایان داده شود.

## ۱. تجزیه و تحلیل نظر موافقین صحت شرکت مفاوضه

فقهای که اعتقاد به صحت شرکت مفاوضه دارند، برای اثبات درستی ادعای خویش به دلایل مختلفی استناد نموده‌اند که مهم‌ترین این دلایل تجزیه، تحلیل و مقارنه می‌شوند تا درستی یا نادرستی آنها مشخص گردد:

### ۱-۱. وجود برخی احادیث پیرامون شرکت مفاوضه

این دسته از فقها بر این اعتقادند که در کنار آیات و احادیث عامی که بر لزوم وفای به عهد تأکید می‌نمایند، مانند آیه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ: ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به عقود خود پایبند بمانید» (مائده، ۱) یا روایت: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» از جمله مهم‌ترین دلایلی است که می‌توان برای تأیید صحت شرکت مفاوضه به آنها استناد نمود. هم‌چنین احادیث مختلفی در این باره وجود دارد. احادیثی که در آنها مردم به انجام شرکت مفاوضه تشویق گردیده‌اند و این امر خود دلیلی بر صحت این شرکت است. از جمله مهم‌ترین این احادیث عبارتند از: «إِذَا تَفَاوَضْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْمَفَاوضَةَ»، «فَاضُوا، فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبِرْكَه»، «ثَلَاثٌ فِيهِنَّ الْبِرْكَةُ: الْبَيْعُ إِلَى أَجَلٍ وَالْمُقَارَضَةُ وَإِخْلَاطُ الْبُرِّ بِالشَّعِيرِ لِلْبَيْتِ، لَا لِلْبَيْعِ» (خلیل، ۱۴۰۱ق، ۱۲۲؛ رازی، ۱۴۲۸ق، ۱/۴۷۲).

این استدلال قابل‌خنده به نظر می‌رسد؛ چرا که از یک سو در احادیث آنچه بیش از همه چیز اهمیت دارد آن است که صدور آن از جانب پیامبر اکرم ﷺ قطعی باشد و تنها در چنین حالتی است که می‌توان به مفاد آن حدیث، به عنوان حدیث صحیح تمسک نمود. تعداد احادیثی که به پیامبر گرامی اسلام ﷺ نسبت داده می‌شود، بسیار زیاد است، اما همه آنها قابلیت استناد را ندارند؛ زیرا با توجه به وجود روایات و احادیث جعلی فراوان، تنها می‌توان بر احادیثی اعتماد نمود که در کتب معتبر حدیث مانند کافی کلینی، من لا یحضره ابن‌بابویه، تهذیب الاحکام طوسی، وسایل الشیعه حر عاملی و بحار الانوار مجلسی وجود داشته باشد، این در حالی است که احادیث فوق در مورد شرکت مفاوضه در کتب معتبر حدیث موجود نبوده و یا درجه استناد آنها ضعیف است و از همین رو حجیت ندارد (موسی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۱؛ زحیلی، ۱۴۰۵ق، ۸۰۱/۴؛ فقی، ۱۴۰۶ق، ۲۹۴). از سوی دیگر برخی از فقها اعتقاد دارند در حدیث آخر که پیامبر ﷺ فرموده‌اند: «ثَلَاثٌ فِيهِنَّ الْبِرْكَةُ: الْبَيْعُ إِلَى أَجَلٍ وَالْمَفَاوضَةُ وَإِخْلَاطُ الْبُرِّ بِالشَّعِيرِ لِلْبَيْتِ، لَا لِلْبَيْعِ»، کلمه «المفاوضه» که یکی از شرکتهای چهارگانه فقهی

است، مدنظر نبوده و این کلمه به اشتباه در مورد این حدیث ثبت شده است و کلمه «المقارضه» که منظور همان عقد قرض است صحیح می‌باشد و از همین رو به این حدیث نمی‌توان در راستای اثبات صحت شرکت مفاوضه تمسک نمود؛ زیرا در آن نامی از این شرکت نیامده است (عتیقی، ۱۴۱۷ق، ۵۸).

در مقابل احادیثی که درباره شرکت مفاوضه آمده است، عده‌ای دیگر از فقها به مضامین آیاتی مانند: «وَأَلْهَا مَا كَسَبَتْ وَ عَلِيَّهَا مَا اِكْتَسَبَتْ: آنچه (از خوبی) به‌دست آورده به سود او و آنچه (از بدی) به‌دست آورده به زیان اوست» (بقره، ۲۸۶) یا: «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى: هیچ باربرداری بار (گناه) دیگری را بر نمی‌دارد» (انعام، ۱۶۴) استناد نموده و این‌گونه استدلال می‌نمایند که احادیث پیرامون شرکت مفاوضه دارای سند ضعیف است (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ۸۰۱/۴؛ موسی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۱). این در حالی است که موارد فوق از آیات قرآن بوده و مفهوم این آیات آن است که هر کس باید پاسخ‌گوی اقدامات خود باشد و با وجود این آیات به عنوان مثال چگونه می‌توان دیه جنایت یکی از شرکارا بر شریک دیگر تحمیل نمود (عتیقی، ۱۴۱۷ق، ۵۷).

## ۱-۲. اجماع سکوتی در مورد صحت شرکت مفاوضه

این عده از فقها بر این اعتقادند که با توجه به اینکه مردم جامعه از زمان رسول اکرم ﷺ تا به حال از این نوع شرکت در روابط خویش استفاده می‌نموده و با وجود آن بسیاری از فقها به عدم صحت شرکت مفاوضه اشاره‌ای نداشته‌اند، این امر خود به نوعی اجماع سکوتی محسوب گردیده و حجیت دارد (موسی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۱؛ عتیقی، ۱۴۱۷ق، ۵۸؛ خلیل، ۱۴۰۱ق، ۱۲۲؛ زحیلی، ۱۴۰۵ق، ۸۰۰/۴). منظور از اجماع سکوتی آن است که فقهای درباره یک مسئله شرعی به‌طور صریح نظریه و فتوای خویش را اعلام نمایند و در این حالت اگر فقها و مجتهدان هم‌عصر آن فقیهان یا فقهای اعصار بعدی در مورد آن موضوع سکوت اختیار نموده و هیچ اظهارنظری ننمایند، اگر این سکوت را دلیل بر هم‌رأیی و هم‌نظری آنها بدانیم، در این حالت اجماع سکوتی اتفاق افتاده است؛ چرا که در اجماع سکوتی، سکوت فقیه را در حکم اعلام نظر صریح او تلقی می‌نمایند.

استناد به اجماع سکوتی در راستای اثبات صحت شرکت مفاوضه صحیح به‌نظر نمی‌رسد؛ زیرا از یک سو این اعتقاد که فقها درباره صحت یا عدم صحت شرکت مفاوضه تنها به دو

دسته تقسیم می‌شوند، صحیح نیست. دسته اول، فقهای هستند که به صحت شرکت مفاوضه اعتقاد داشته و دسته دوم فقهای هستند که درباره صحت یا عدم صحت این شرکت، سکوت اختیار نموده‌اند. علت عدم صحت این دسته‌بندی آن است که بسیاری از فقها، نه تنها درباره صحت یا عدم صحت شرکت مفاوضه، سکوت اختیار نموده‌اند، بلکه به صراحت آن را شرکتی باطل دانسته و یا حتی در رابطه با بطلان آن ادعای اجماع نموده‌اند (خمینی، ۱۳۷۴ ش، ۶۲۴/۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق، ۲۹۸/۲۶؛ حکیم، ۱۴۰۴ ق، ۱۶/۱۳). از همین رو در این حالت که عده زیادی از فقها اعتقاد به بطلان شرکت مفاوضه دارند، استناد به اجماع سکوتی آن هم در راستای اثبات صحت شرکت مفاوضه صحیح نیست. از سوی دیگر اجماع سکوتی در دیدگاه فقهای امامیه حجیت نداشته و قابل استناد نیست؛ چرا که در دیدگاه فقهای امامیه حجیت اجماع ذاتی نبوده، بلکه اجماع در صورتی اعتبار و حجیت پیدا می‌نماید که آن اجماع کاشف از قول معصوم علیه السلام باشد و اگر در مورد موضوعی اجماع وجود داشته باشد، اما این اجماع کاشف از قول معصوم علیه السلام نباشد، آن اجماع حجیت ندارد؛ زیرا حجیت اجماع به واسطه و به خاطر کاشفیت آن از قول معصوم علیه السلام است، امری که در مورد شرکت مفاوضه وجود ندارد، زیرا از یک سو اجماعی وجود نداشته و از سوی دیگر این اجماع کاشفیتی قطعی از قول معصوم علیه السلام ندارد. در عین حال که سکوت بسیاری از فقها درباره صحت یا عدم صحت شرکت مفاوضه را نمی‌توان حمل بر صحت شرکت مفاوضه نمود؛ زیرا سکوت یک فقیه ممکن است دلایل متفاوتی داشته باشد و به عنوان مثال ممکن است دلیل سکوت وی در مورد یک مسئله فقهی، تقیه نمودن او باشد، یا در حالتیایی ممکن است فقیه نسبت به اینکه یک موضوع را بیان نماید غفلت نموده و به بیان آن نپرداخته باشد و حتی ممکن است از موضوع شرعی مطلع بوده، اما نیازی به بیان آن ندیده باشد. به هر حال علی‌رغم آنکه بعضی فقهای اهل سنت به حجیت اجماع سکوتی اعتقاد دارند، به نظر می‌رسد که این اجماع نه تنها در موضوع شرکت مفاوضه، بلکه در هیچ مورد دیگری نیز حجیت ندارد؛ زیرا پایه و اساس این نوع اجماع بر مبنای حدس و گمان است و نمی‌تواند حجیت داشته باشد، چرا که سکوت معنایی اعم از رضایت و هم‌فکری و هم‌نظری در یک موضوع دارد (ساعدی، ۱۳۸۴ ش، ۱۶۰).



### ۱-۳. ماهیت شرکت مفاوضه ترکیبی از عقد وکالت و کفالت

عده‌ای از فقها بر این اعتقادند که چون تحلیل دقیق شرکت مفاوضه این امر را نشان می‌دهد که ماهیت و خمیرمایه اصلی شرکت مفاوضه، ترکیبی از دو عقد وکالت و کفالت است و از لحاظ فقه اسلامی این عقود در حالت انفراد، عقود صحیح محسوب می‌گردند، بنابراین حالت اجتماع آنها، یعنی شرکت مفاوضه نیز صحیح است (عبده، ۱۳۹۶ق، ۵۲: برنی، ۱۴۱۱ق، ۲۷؛ نووی، بی‌تا، ۷۴/۱۴).

این استدلال نیز قابل ایراد است؛ زیرا از یک سو عقود وکالت و کفالت در حالت انفراد نیز اگر موضوع آن به‌طور دقیق مشخص نباشد، باطل هستند، پس نمی‌توان استدلال فوق را برای صحت شرکت مفاوضه استفاده کرد (عتیقی، ۱۴۱۷ق، ۵۹)؛ زیرا چه در فقه اسلامی و چه در قانون مدنی که منبعث از فقه است، موضوع معین که مورد معامله باشد، از جمله شرایط اساسی صحت معامله است و این در حالی است که در شرکت مفاوضه با توجه به گستردگی عام موضوعات، این معلوم‌بودن وجود ندارد. به عبارت دیگر حتی با قصد شرکا مبنی بر انعقاد شرکت مفاوضه یا با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی نیز شرکت مفاوضه شرکتی صحیح تلقی نمی‌گردد؛ زیرا اگرچه اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادها اصولی قابل احترام هستند، اما نمی‌توان این اصول را آن‌قدر گسترده تفسیر نمود که بر اساس آن شرکت مفاوضه را شرکتی صحیح قلمداد نماییم؛ چرا که موضوع این شرکت به علت تنوع اسبابی که فرد می‌تواند بر اساس آن مالک شود یا مدیون گردد آن‌قدر گسترده است که موضوع شرکت مفاوضه معلوم نبوده و در آن غرری عظیم وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۳۱۴/۱؛ شهیدی، ۱۳۸۰ش، ۱۲۵). از سوی دیگر اگرچه نمی‌توان منکر شباهت زیاد شرکت مفاوضه با دو عقد مُجاز و شرعی وکالت و کفالت شد، اما به صرف این شباهت ظاهری نمی‌توان تمسک جست و اعتقاد به صحت شرکت مفاوضه پیدا نمود؛ چرا که هر عقد دارای ماهیت خاص خود بوده و به صرف شباهت دو عقد با یکدیگر نمی‌توان تمام آثار و احکام آن دو را به یکدیگر تسری داد، به خصوص در مورد صحت یا عدم صحت یک عقد که خود سرمنشأ آثار و احکام متفاوت و متنوعی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ۵۲۳/۲؛ ابن‌قدامه، ۱۴۱۷ق، ۱۳۷/۷؛ حکیم، ۱۴۰۴ق، ۲۲/۱۳).

### ۱-۴. تأکید دین مبین اسلام بر تعاون

عده‌ای از فقها بر این اعتقادند که چون در دین مبین اسلام به همکاری، مشارکت و کسب روزی بسیار تأکید گردیده است و آیات و روایات فراوانی در این راستا وجود دارد و استفاده از شرکت مفاوضه می‌تواند یکی از مصادیق این آیات و احادیث و به تبع آن باعث گسترش حس تعاون و مشارکت در جامعه باشد، از همین رو دلیلی بر منع نمودن شرکت مفاوضه وجود ندارد و منع شرکتهایی مانند مفاوضه، وجوه یا اعمال با این آموزه‌های دینی منافات دارد (خلیل، ۱۴۰۱ق، ۱۲۲).

این استدلال از میان شرکتهای چندگانه فقهی، حداقل درباره شرکت مفاوضه قابل قبول به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اگرچه دین مبین اسلام به کسب روزی و تعاون در آیات و احادیث زیادی مانند: «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجاره عن تراض منکم؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید، اموال همدیگر را به ناروا نخورید مگر آنکه داد و ستدی با تراضی یکدیگر، از شما (انجام گرفته) باشد» (نساء، ۲۹) یا: «و ابتغوا من فضل الله؛ و فضل خدا را جويا شوید و خدا را بسیار یاد کنید» (جمعه، ۱۰) تأکید فراوان داشته، اما از یک سو صرف تأکید اسلام به کسب روزی نمی‌تواند دلیل قاطعی مبنی بر صحت شرکت مفاوضه باشد و برای اعتقاد به صحت این شرکت در کنار این دلیل، نیازمند ارائه دلایل دیگر نیز هستیم؛ زیرا چه بسا مواردی که باعث کسب روزی فراوان برای افراد جامعه گردد، اما اسلام نه تنها به انجام آن تأکید ننموده، بلکه به شدت آن را نهی می‌نماید، مانند ربا که بر اساس صریح آیه: «و أحل الله البیع و حرّم الربا؛ و حال آنکه خدا داد و ستد را حلال و ربا را حرام گردانیده است» (بقره، ۲۷۵) ممنوع گردیده و یا قمار و گروبندی که نه تنها در فقه اسلامی منع شده، بلکه به تبع فقه، به قانون مدنی نیز سرایت نموده و بر اساس ماده ۶۵۴ قانون مدنی قمار و گروبندی باطل و دعاوی راجع به آنها مسموع نخواهد بود. از سوی دیگر در دین مبین اسلام درباره معاملات، قواعدی عمومی وجود دارد که رعایت این قواعد، نه تنها در شرکت مفاوضه، بلکه در هر عقد دیگری نیز لازم‌الاتباع است. از جمله مهم‌ترین این قواعد که در این مقاله نیز اشاره می‌شود، قاعده نهی غرر با توجه به حدیث نبوی: «نهی التبی عن بیع الغرر» است که بر اساس آن از معاملات غرری نهی گردیده و این نهی، ظهور در فساد معامله دارد (محقق داماد، ۱۳۸۹ش، ۴۱۲/۲)، این غرر در شرکت مفاوضه موجود است؛ زیرا به هنگام انعقاد عقد، موضوع شرکت معلوم نبوده و تنوع اسبابی که می‌تواند

شخص را دارا یا متضرر نماید در زمان انعقاد عقد قابل احصاء نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۳۱۴/۱) و از همین رو شرکت مفاوضه همراه با غرر است و دین مبین اسلام اگرچه به کسب روزی و تعاون تأکید دارد، اما تأکید اسلام به کسب روزی و تعاون بدون غرر است، نه کسب روزی و تعاونی که در آن غرر وجود داشته باشد.

## ۲. تجزیه و تحلیل نظر مخالفین صحت شرکت مفاوضه

در دیدگاه بسیاری از فقهای اسلامی، شرکت مفاوضه در معنای مشهور آن، شرکتی باطل به حساب می‌آید، به گونه‌ای که بسیاری از فقها به صراحت به این موضوع در کتب فقهی خویش اشاره نموده‌اند و بر این اعتقادند که چون این عقد باطل است، فاقد هرگونه اثر است، بنابراین هر یک از طرفین قرارداد، مالک آن چیزی است که به دست آورده و از سوی دیگر مسئول پرداخت بدهیهای خویش نیز هست و هیچ شراکتی در مورد طلبها و بدهیها بین آنها به وجود نمی‌آید (ابن‌قدمه، ۱۴۱۷ق، ۱۳۷/۷؛ حکیم، ۱۴۰۴ق، ۲۲/۱۳؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ق، ۵۱۵/۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ۵۲۳/۲). در اندیشه این فقها دلایل متعددی در راستای علت بطلان شرکت مفاوضه به چشم می‌خورد (شهید ثانی، ۱۴۳۴ق، ۴۵۲/۱۴؛ محقق حلی، ۱۴۲۵ق، ۳۸۷/۱؛ خمینی، ۱۳۷۴ش، ۶۲۴/۱) که از جمله مهم‌ترین این دلایل موارد زیر است که در این قسمت، ضمن اشاره به آنها، هر یک به‌طور جداگانه تجزیه و تحلیل می‌شود:

### ۲-۱. عدم وجود دلیل شرعی مبنی بر صحت شرکت مفاوضه

عده‌ای از فقها، اصل را بر فساد در معاملات می‌دانند و بر این عقیده پافشاری می‌نمایند که تا زمانی که صحت توافق اراده‌های متعاملین از طریق وجود دلیل قطعی شرعی اثبات نگردد، اصل بر فساد آن معامله است و هیچ اثری بر توافق طرفین قرارداد بار نمی‌گردد؛ زیرا در معاملات اصل بر توقیفی بودن است، به این معنا که اصل بر بطلان توافقات طرفین و احصاء عقود به عقود موجود در زمان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله است، مگر آنکه در شرع مقدس اسلام بر اساس آیات یا احادیث، دلیلی قطعی مبنی بر صحت توافق متعاملین در مورد عقدی وجود داشته باشد (نراقی، ۱۴۲۲ق، ۱۳) و از همین رو این دسته از فقها بر این اعتقادند که چون دلیل شرعی قطعی مبنی بر صحت شرکت مفاوضه وجود ندارد و احادیث ذکر شده درباره شرکت مفاوضه از جمله احادیث ضعیف و غیرقابل استناد هستند (موسی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۱؛ زحیلی، ۱۴۰۵ق، ۸۰۱/۴)، بنابراین بر اساس اصله الفساد می‌بایست اعتقاد به عدم صحت شرکت

مفاوضه داشت (طوسی، بی تا، ۳۴۷/۲؛ مروارید، بی تا، ۵؛ زحیلی، ۱۴۰۵ق، ۸۰۱/۴؛ موسی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۱).

اگرچه نتیجه‌ای که این دسته از فقها مبنی بر بطلان شرکت مفوضه گرفته‌اند، نتیجه‌ای صحیح است، اما استدلال آنها در رسیدن به این نتیجه قابل خدشه است؛ زیرا با توجه به اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادها، نه تنها اصل بر فساد نیست، بلکه در معاملات اصل بر صحت است. عموم و اطلاق بسیاری از آیات و احادیث از جمله آیه: «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا: به پیمان (خود) وفا کنید؛ زیرا که از پیمان پرسش خواهد شد» (اسراء، ۳۴) یا روایت: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» نیز مَهر تأییدی بر آن است که اصل اولی در معاملات صحت است نه فساد. امری که در ماده ۲۲۳ قانون مدنی نیز مقرر شده است: «هر معامله که واقع شده باشد معمول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود.» بنابراین علت بطلان شرکت مفوضه نمی‌تواند عدم وجود دلیل شرعی مبنی بر صحت این شرکت و استناد به اصالة الفساد باشد و استدلال فقهایی که اعتقاد به بطلان شرکت مفوضه به علت عدم تصریح به صحت این شرکت در شرع دارند، اگرچه در نتیجه صحیح است، اما استدلالهای آنها با مبانی فقهی از جمله اصل صحت هماهنگ نیست.

## ۲-۲. غرری بودن شرکت مفوضه

مهم‌ترین دلیلی که فقها به عنوان علت اصلی بطلان شرکت مفوضه به آن اشاره نموده‌اند آن است که این عقد به علت غرری بودن باطل است؛ چرا که بر اساس حدیث نفی غرر، پیامبر اکرم ﷺ مردم را از معامله غرری نهی فرموده‌اند و نهی از معامله ظهور در فساد دارد (محقق داماد، ۱۳۸۹ش، ۴۱۲/۲؛ ابن‌زهره حلبی، ۱۳۷۵ش، ۲۶۴؛ ابن‌قدامة، ۱۴۱۷ق، ۱۳۷/۷؛ حکیم، ۱۴۰۴ق، ۱۶/۱۳).

در مقابل، عده‌ای دیگر از فقها، شرکت مفوضه را دارای غرر نمی‌دانند تا مشمول حدیث نهی از غرر گردد. این دسته از فقها برای اثبات دیدگاه خود سه گونه استدلال می‌نمایند: استدلال اول آنکه آنها بر این اعتقادند که می‌بایست بین عقود غرری و عقود مخاطره‌ای تفاوت قائل گردید و عقود غرری را باطل، اما عقود مخاطره‌ای را صحیح قلمداد نمود. منظور از عقود مخاطره‌ای عقودی هستند که در آن استقبال طرفین عقد از خطر موجود در عقد، نوعی و مورد احتیاج جامعه است و جامعه از این مقدار غرر چشم‌پوشی می‌نماید و

بحث غرر تنها در عقود مغایه‌ای مانند بیع مدنظر است، نه در عقود مخاطره‌ای، مانند مضاربه و شرکت (جعفری لنگروی، ۱۳۹۱ش، ۱۶۴/۳).

این استدلال قابل پذیرش نیست؛ زیرا استدلال ذکرشده توسط این دسته از فقها و حقوقدانان اگرچه ممکن است شامل شرکت عنان، اعمال و وجوه گردد، اما در مورد شرکت مفاوضه صدق نمی‌نماید، زیرا در شرکتهای عنان، اعمال و وجوه غرری وجود ندارد و یا اگر غرری قابلیت تصور دارد این مقدار از غرر در عرف جامعه قابل گذشت است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ۵۲۶/۲؛ خلیل، ۱۴۰۱ق، ۱۴۱)، اما درباره شرکت مفاوضه از آنجایی که از یک سو انعقاد این شرکت باعث می‌شود زندگی حقوقی و مالی دو نفر با یکدیگر مخلوط شود و به عبارت دیگر اختلاط در داراییها پیش آید و از سوی دیگر موضوع این نوع از شرکت به علت تنوع اسباب دارا یا متضرر شدن اشخاص قابلیت تعیین دقیق ندارد، به همین جهت همراه با غرر و باطل است (کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۳۱۴/۱). این مقدار غرر آنقدر زیاد و بدیهی است که برخی از فقها از شرکت مفاوضه با عنوان غرر عظیم یاد می‌نمایند (ابن‌زهره حلبی، ۱۳۷۵ش، ۲۶۴) و برخی دیگر بطلان شرکت مفاوضه به علت غرر را آن قدر بدیهی دانسته که با حالتی کنایه آمیز بر این اعتقادند که شرکت مفاوضه شرکتی باطل بوده و برای آن نیاز به ذکر علتی خاص نیست، زیرا بر این اعتقادند که اگر در دنیا شرکت مفاوضه را باطل بدانیم، پس چه چیز را غرری و باطل بدانیم: «و نَسِبَ إِلَى الشَّافِعِيِّ: إِنَّ لَمْ تَكُنْ شِرْكَةً الْمُفَاوِضَةِ بَاطِلَةً، فَلَا بَاطِلَ أَعْرَفَهُ فِي الدُّنْيَا» (خلیل، ۱۴۰۱ق، ۱۳۱).

استدلال دوم فقهایی که شرکت مفاوضه را غرری ندانسته و اعتقاد بر آن دارند که نمی‌توان به بهانه غرر اعتقاد به عدم صحت این شرکت داشت آن است که با وجود احادیثی مانند: «إِذَا تَفَاوَضْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْمُفَاوِضَةَ»، «فَاضُوا، فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرِّكَه»، دیگر محلی برای بطلان شرکت مفاوضه به علت غرر باقی نمی‌ماند؛ زیرا اگر غرری در شرکت مفاوضه وجود داشت، چنین احادیثی که افراد جامعه را تشویق به شرکت مفاوضه می‌نماید وجود نمی‌داشت (رازی، ۱۴۲۸ق، ۴۷۱/۱).

این استدلال نیز صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا همان‌طور که گفته شد درجه اعتبار این احادیث که در کتب معروف حدیث وجود ندارند، ضعیف بوده و در علم حدیث نمی‌توان به مفاد احادیث ضعیف استناد نمود (موسی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۱؛ زحیلی، ۱۴۰۵ق، ۸۰۱/۴).

استدلال سوم طرفداران عدم وجود غرر در شرکت مفروضه آن است که بر اساس حدیث نفی غرر که پیامبر گرامی اسلام ﷺ فرموده‌اند: «نهى النبى عن بيع الغرر»، آنچه نفی صریح شده، انجام بیع غرری است و عقد شرکت، بیع نیست تا مشمول حدیث نفی غرر گردد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ۳/۴۰۲).

این استدلال نیز قابل خدشه است؛ چرا که با توجه به تبعات منفی غرر در روابط شخصی طرفین معامله و به تبع آن آثار سوء گسترش معاملات غرری در جامعه، آن چیزی که در دین مبین اسلام نفی شده، نفس غرر است، نه وجود غرر در یک عقد خاص مانند عقد بیع. ذکر عقد بیع در حدیث نبوی فوق از باب غلبه بوده؛ زیرا بیشترین عقدی که در جامعه بین افراد مختلف بسته می‌شود، بیع است و ذکر کلمه بیع در حدیث مورد اشاره از این باب است؛ بنابراین نمی‌توان به صرف وجود کلمه «بیع» در حدیث نبوی اعتقاد داشت آن چیزی که نفی شده غرر در بیع است، اما غرر در عقود دیگر مانند اجاره، شرکت و سایر عقود، تأثیری در صحت یا عدم صحت عقد نداشته و این معاملات علی‌رغم وجود غرر، عقدی صحیح محسوب می‌گردند، نتیجه‌ای پذیرش آن دشوار و دارای آثار فراوان سوء در جامعه است.

## ۲-۳. اجماع

بر خلاف شرکت اعمال که در آن فقهای بسیاری به اجماع استناد نموده تا این شرکت را شرکتی باطل تلقی نمایند (حکیم، ۱۴۰۴ق، ۱۳/۱۶؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ۳/۴۰۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۳۵ق، ۲۸/۳۴۰) در شرکت مفروضه کمتر فقیهی به وجود اجماع درباره علت عدم صحت شرکت مفروضه استناد نموده، به طوری که می‌توان گفت بطلان شرکت مفروضه تنها مطابق با نظر مشهور فقهاست (خمینی، ۱۳۷۴ش، ۱/۶۲۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۶/۲۹۸؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ۳/۴۰۳).

استدلال این دسته از فقها که اعتقاد به وجود اجماع در مورد بطلان شرکت مفروضه دارند صحیح نیست؛ زیرا از یک سو اجماع زمانی محقق می‌شود که درباره یک موضوع بین فقها اتفاق نظر وجود داشته باشد، این در حالی است که پیرامون بطلان شرکت مفروضه چنین اتفاق نظری وجود ندارد؛ زیرا اگرچه اکثر فقهای فقه شافعی، حنبلی و امامیه اعتقاد به بطلان این شرکت داشته، اما در مقابل بسیاری از فقهای فقه حنفی و مالکی اعتقاد به صحت شرکت مفروضه دارند (موسی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۰؛ ریمی، ۱۴۱۹ق، ۱۲). از سوی دیگر از دیدگاه فقهای

امامیه اجماع زمانی دارای حجیت است که کاشف از قول معصوم علیه السلام باشد، بنابراین از دیدگاه شیعیان اجماع دلیل مستقلی در کنار کتاب و سنت نیست، از همین رو حجت بودن اجماع به خاطر نفس اجماع نیست، بلکه به خاطر کاشفیت اجماع از قول معصوم علیه السلام است. فقهای امامیه بر این اعتقادند که استناد به روایاتی مانند: «لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَى الْخَطَا» به علت ضعف روایی که دارند نمی‌تواند مستند خوبی برای حجیت داشتن اجماع باشد، در عین حال که در حالتی که حتی اجماعی پیرامون بطلان شرکت مفاوضه وجود داشته باشد، اما کاشف از قول معصوم علیه السلام نباشد باز هم آن اجماع اعتبار و حجیت ندارد (محمدی، ۱۳۵۱ش، ۴). فلذا با توجه به ضعف سند احادیث پیرامون شرکت مفاوضه (فقی، ۱۴۰۶ق، ۲۹۴؛ موسی، ۱۴۱۵ق، ۳۳۱؛ رازی، ۱۴۲۸ق، ۴۷۱/۱) نمی‌توان اجماع ادعا شده در مورد بطلان شرکت مفاوضه را از کاشف از قول معصوم علیه السلام و دارای حجیت دانست.

### صحت یا عدم صحت شرکت مفاوضه در دکترین حقوقی

اختلاف دیدگاههای فقهی درباره صحت یا عدم صحت شرکت مفاوضه به دکترین حقوقی نیز راه یافته و در این مورد بین حقوقدانان نیز اختلاف نظرات اساسی وجود دارد. عده‌ای از حقوقدانان بر این اعتقادند که با توجه به مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان شرکت مفاوضه را از جمله عقود صحیح به حساب آورد؛ زیرا این ماده حاکی از به رسمیت شناختن اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی در نظام حقوقی ایران است و با توجه به این اصول، اراده انشایی افراد توان ایجاد هر عمل حقوقی را دارد، مگر آنکه به صراحت در قانون یا فقه اسلامی مانع قطعی در مورد آن وجود داشته باشد، از همین رو و از آنجایی که در فقه و قانون، هیچ مانع صریح و قطعی در مورد صحت شرکت مفاوضه وجود ندارد، از همین رو این شرکت را از جمله شرکتهای صحیح قلمداد می‌نمایند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰ش، ۳۲۹؛ گودرزی، ۱۳۹۴ش، ۹۸). عده‌ای دیگر از حقوقدانان نظری کاملاً متفاوت از گروه اول برگزیده اند و حتی با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی اعتقاد به بطلان شرکت مفاوضه دارند، زیرا از یک سو موضوع شرکت مفاوضه را نامعلوم دانسته و از سوی دیگر اعتقاد به صحت شرکت مفاوضه را بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌دانند، چراکه نظم عمومی این اقتضاء را دارد که شخص زیان‌های ناشی از جرایم و تقصیرهای عمدی خویش را پاسخگو بوده و دیگری نتواند از پیش ضامن آن گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۳۱۰/۱). برخی دیگر از

حقوقدانان اعتقادی میانه دو دیدگاه فوق دارند، به این نحو که اگرچه در دیدگاه آن ها شرکت مفروضه باطل است، اما با توجه به نیاز جامعه به این شرکت، بر این نظر هستند که با انعقاد عقد صلح می توان به همان نتیجه شرکت مفروضه دست یافت (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹ش، ۸۸۲).

در پاسخ به این نظر جعفری لنگرودی می توان گفت که: شرکت مفروضه از جمله شرکتهای باطل به حساب می آید و این بطلان را می توان از اصل ۴ و ۶۷ قانون اساسی استنباط کرد. و به طور کلی از شرایط اساسی صحت معامله این است که مورد معامله موضوع معینی باشد اما این امر در شرکت مفروضه با توجه به گستردگی موضوع این معلوم بودن وجود نداشته و مشمول معاملات غرری نیز می گردد.

از نظر حقوقی هیچ دلیلی بر بطلان این نوع قراردادها وجود ندارد، مگر آنکه موضوع شرکت مجهول باشد و هیچ کدام از طرفین نداند که در چه چیز با طرف دیگر شریک است؛ مثلاً اگر دو نفر باهم قرار بگذارند که تمام آنچه از راه های مختلف تحصیل می نمایند میانشان مشترک باشد، نمی توان حکم به صحت این قرارداد نمود؛ زیرا آورده هر شریک و موضوع شرکت مجهول است. ولی در موردی که مقصود طرفین عقد، کار معینی باشد تا آنچه به دست می آورند میان خود تقسیم کنند، دلیلی برای حکم به بطلان وجود ندارد، خصوصاً با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی که مقرر می دارد: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

نفوذ این توافقات نیاز به اذن خاص قانون گذار ندارد و فقط کافی است که دلیلی بر بطلان آن وجود نداشته باشد که در مسئله مورد بحث موجود نیست. همچنین از احکام مربوط به مضاربه، مزارعه و مساقات چنین برمی آید که سهم هر شریک می تواند عمل او باشد و بخشی از سود آن به این عمل اختصاص یابد. نیز اگر به وسیله عقد صلح می توان نیمی از منفعت را به دیگری تملیک نمود، پس به وسیله عقد شرکت نیز چنین مبادله ای ممکن است (کاتوزیان، ۱۳۸۸ش، ۳۴).



## وجه تشابه و تمایز بین انواع شرکت مفاوضه، عنان، اعمال و وجوه

### ۱. وجه اشتراک

۱- در سبب: سبب شرکت گاهی به ارث بردن عین یا منفعت یا حقی مانند حق شفع یا خیار بوده و گاهی عقد است مانند اینکه دو نفر در یک عقد خانه‌ای را بخرند یا هرکدام جزء مشاعی از یک خانه را بخرند و گاهی حیازت یک دفعه‌ای نسبت به برخی از مباحات است مانند اینکه دو نفر در رها کردن تیری و بدست آوردن شکاری سهمیم باشند که در این صورت باهم شریک می‌شوند و گاهی سبب شرکت آمیخته شدن مال یکی با دیگری است بگونه‌ای که قابل جدا کردن از یکدیگر نباشد به این صورت که جنس و وصف هر دو یکی شود.

۲- در موضوع شرکت: موضع شرکت گاهی در عین مالی از اموال است و گاهی منفعت است مانند اشتراک دو نفر در سکونت خانه‌ای که دونفر اجاره کرده‌اند و گاهی حق است مانند حق شفعه و خیار و رهن.

۳- در سرمایه شرکت: در صورتی که دو شریک سرمایه مساوی داشته باشند در سود و زیان برابرند؛ ولی اگر مقدار سرمایه آنان با یکدیگر متفاوت باشد نیز به همان نسبت تغییر خواهد کرد.

۴- در میزان تصرف: هیچ یک از شرکا حق ندارد در مال مشترک تصرف کند مگر با اذن تمامی شرکاباشد. و در صورت وجود اذن سایر شرکاء، این تصرف باید در محدوده اذنی که به او داده شده، تصرف نماید و اگر تصرف فراتدی بکند ضامن است.

۵- در تقسیم مال الشركه: هر یک از شرکامی تواند تقسیم مال مشترک را تقاضا کند خواه مال مشترک، کالا باشد خواه وجه نقد.

۶- در امین یا ضمان بودن شریک: شریک نسبت به مال مشترکی که در دست دارد امین محسوب می‌شود و جز با تعدی یا تفریط ضامن نیست و سوگند او با تلف شدن مال مشترک پذیرفته می‌شود اگرچه سبب تلف شدن مانند سوختن یا غرق شدن مال، آشکار باشد.

### ۲. وجه افتراق

وجه افتراق شرکت‌های مفاوضه، عنان، اعمال و وجوه در «اعتبار و مشروعیت» آنهاست که از دیگاه امامیه تنها شرکتی که معتبر بوده و مشروعیت دارد «شرکت عنان» است و بقیه شرکتها فاقد اعتبارند.

### نظرات فقهای مذاهب اربعه پیرامون شرکت مفاوضه

۱. قول اول: مشهور فقهای امامیه معتقدند که شرکت باید در مال باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ۶۹۹/۲)؛ مثلاً طرفین، دو مال را با هم بیامیزند و هر کدام به دیگری اجازه تصرف در آن را بدهد. فقهای عظام از این نوع شرکت تعبیر به شرکت عنان می‌نمایند. اینان تنها این نوع شرکت را معتبر می‌دانند و شرکتهای اعمال، وجوه و مفاوضه را باطل می‌دانند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ۲۹۹/۲؛ حلی، مختلف الشیعه، ۱۴۱۳، ۲۳۰/۶؛ شهید اول، ۱۴۱۲ق، ۱۴۳). این مسئله در میان مذهب امامیه به اجماع ثابت شده و نیز از میان مذاهب اهل سنت شافعیه و حنبلیه نیز شرکت مفاوضه را باطل می‌دانند و دلیلشان بر این است که شرکت مفاوضه عقدی است که شامل غرر عظیمی است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۴۰ق، ۲۶۸/۱۱).

۲. قول دوم: در این زمینه مذهب حنفیه و مالکیه قائل به صحت شرکت مفاوضه هستند و دلیل آنها نیز این است که پیامبر اکرم ﷺ می‌فرماید: «إِذَا تَفَاوَضْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْمَفَاوِضَةَ». این گروه شرکت مفاوضه را نیز مثل شرکت عنان معتبر و ضحیح می‌دانند. در این زمینه مذهب حنفیه شروط صحت شرکت مفاوضه را چنین بیان می‌کنند: ۱- دو شریک مسلمان و آزاد باشند؛ ۲- پول آنها در شرکت برابر باشد؛ ۳- برای عقد مفاوضه از کلامتی نظیر «تفاوضنا» و یا «اشترکنا شركة المفاوضه» استفاده نمایند؛ ۴- در مقدار و مبلغ سرمایه برابر باشند؛ ۵- هیچ یک از آنها از رأس‌المال چیزی بر ندارد جز برای سه چیز: یکی برای قوت روزانه، لباس برای پوشیدن و دیگری برای خدمتکاری که در منزل کارها را تسهیل می‌کند؛ ۶- همه آن چیزهایی را که از مال‌الشركة اعم از درهم و دینار به‌دست آورده‌اند را بیرون بیاروند (همان، ۲۶۸/۱۱-۲۶۹).

### نظر راجع نویسندگان

شرکت مفاوضه از جمله شرکتهای باطل به حساب می‌آید و «شرکت مفاوضه» معتبر نیست و آن بدین‌گونه است که دو یا چند نفر به وسیله عقد لفظی با هم شریک می‌شوند بر اینکه هر یک، آنچه از غنیمت یا تجارت یا حیازت یا میراث و... به‌دست آورد همه در آن مشترک باشند و هر یک چیزهایی را نسبت به دیگری ملتزم می‌شود که دیگری نسبت به او ملتزم شده است.

## نتیجه

اگرچه در مورد صحت یا عدم صحت شرکت مفاوضه بین فقهای مذاهب مختلف اسلامی، اختلاف نظر وجود دارد، اما در این مقاله با تأکید بر دیدگاه فقهای امامیه و نیم‌نگاهی به کتب فقهی سایر مذاهب اسلامی و با عنایت به پاسخهای حلی و تقضی که به دلایل مخالفان و موافقان صحت شرکت مفاوضه داده شد، در نهایت این نتیجه حاصل گردید:

۱. شرکت مفاوضه از جمله شرکتهای باطل است. با توجه به سکوت قانون درباره صحت یا عدم صحت شرکت مفاوضه، این بطلان، به تبع اصل چهار و صدوشصت و هفت قانون اساسی در حقوق ایران نیز قابل استناد است.

۲. احادیث ذکر شده پیرامون صحت شرکت مفاوضه برای اعلام صحت این شرکت کافی نیست؛ زیرا این احادیث، در کتب معتبر حدیث وجود ندارد و از جمله احادیث غیر قابل استناد است. در عین حال که اجماع سکوتی در مورد صحت شرکت مفاوضه نیز قابلیت استناد ندارد، زیرا با توجه به اینکه اجماع سکوتی کاشف از قول معصوم علیه السلام نیست، فقهای امامیه، این حالت را نه تنها اجماع تلقی نمی‌نمایند، بلکه برای آن به صرف سکوت نیز حجیت قائل نیستند.

۳. از سوی دیگر چه در فقه اسلامی و چه در قانون مدنی که برگرفته از فقه است، موضوع معین که مورد معامله باشد، از جمله شرایط اساسی صحت معامله است، این در حالی است که در شرکت مفاوضه با توجه به گستردگی عام موضوعات، این معلوم بودن وجود نداشته و مشمول معاملات غرری نیز می‌گردد.

۴. در عین حال که شرکت مفاوضه به خصوص در مورد جرایم و صدمات عمدی، با نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه نیز همخوانی ندارد؛ زیرا اخلاق حسنه و نظم عمومی جامعه ایجاب می‌نماید پاسخ‌گوی زیانهای وارده فوق، خود شخص باشد و فرد نتواند قبل از وقوع آنها با دیگری در این باره مسئولیت تضامنی داشته باشد و چون این توافق، مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه است، با توجه به ماده ۹۷۵ قانون مدنی، آن قرارداد باطل محسوب می‌گردد. امری که دکترین حقوقی و رویه قضایی نیز به آن بسیار متمایل است و از همین رو بهتر است در اصلاحات آتی قانون مدنی نیز به این سکوت پایان داده شود و با تصویب ماده‌ای قانونی، بطلان شرکت مفاوضه به صراحت پذیرفته گردد.

## فهرست منابع

- قرآن کریم.
- آل نجف، عبدالکریم، *دروس فی الفقه الإستدلالی (٣)*، قم، مرکز المصطفی العالمیه، ١٤٣٢ق.
- ابن رفعه، احمد بن محمد، *کفایة النبیه*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ٢٠٠٩م.
- ابن زهره حلبی، حمزة بن علی، *غنیة النزوع الی علمی الأصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق، ١٣٧٥ش.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المغنی*، ریاض، عالم الکتب، ١٤١٧ق.
- ایروانی، باقر، *دروس تمهیدیه فی الفقه الإستدلالی علی المذهب الجعفری*، قم، مؤسسه الفقه، ١٤٢٠ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، بیروت، دارالأضواء، ١٤٠٥ق.
- برنی، محمد عاشق، *التسهیل الضروري لمسائل القدری*، کراچی، مکتبه الشیخ، ١٤١١ق.
- بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، گنج دانش، ١٣٨٠ش.
- بیهقی کیدری، محمد بن حسین، *اصباح الشیعة بمصباح الشریعة*، قم، مؤسسه امام صادق، ١٣٧٤ش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دایره المعارف عمومی حقوق، الفارق*، تهران، گنج دانش، ١٣٩١ش.
- همو، *مجموعه محشی قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)*، تهران، گنج دانش، ١٣٧٩ش.
- حائری شاهباغ، سید علی، *شرح قانون مدنی*، تهران، گنج دانش، ١٣٧٦ش.
- حسینی روحانی، سید محمدصادق، *فقه الصادق*، قم، آئین دانش، ١٤٣٥ق.
- حسینی سیستانی، سید علی، *منهاج الصالحین*، بیروت، دارالمؤرخ العربی، ١٤٢٩ق.
- حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ١٤٠٤ق.
- خلیل، رشادحسن، *الشركات فی الفقه الإسلامی دراسة مقارنة*، بی جا، دارالرشید، ١٤٠١ق.
- خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دارالعلم، ١٣٧٤ش.
- خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٠٥ق.
- رازی، علی بن مکی، *خلاصة الدلائل فی تنقیح المسائل*، ریاض، مکتبه الرشد، ١٤٢٨ق.
- رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد، *المحرر فی فقه الإمام الشافعی*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ١٤٢٦ق.
- ریمی، محمد بن عبدالله، *المعانی البدیعة فی معرفة اختلاف اهل الشریعة*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ١٤١٩ق.

- زحیلی، وهبه، *الفقه الإسلامی و أدلته*، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۵ق.
- ساعدی، جعفر، «اجماع در اندیشه شیعی»، *مجله فقه اهل بیت*، شماره ۴۲، ۱۳۸۴ش.
- شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقیة*، بیروت، دارالتراث، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *حاشیه شرائع الاسلام و حاشیه المختصر النافع*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۴۳۴ق.
- همو، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
- شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران، مجد، ۱۳۸۰ش.
- طباطبایی قمی، سید تقی، *مبانی منهاج الصالحین*، بی‌جا، قلم الشرق، ۱۴۲۶ق.
- همو، *الدلائل فی شرح منتخب المسائل*، قم، کتابفروشی محلاتی، ۱۴۲۴ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، *العروه الوثقی*، بیروت، الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، بیروت، دارالکتب الاسلامی، بی‌تا.
- عبده، عیسی، *العقود الشرعیة الحاكمة للمعاملات المالیه المعاصرة*، قاهره، مکتبه الاقتصاد الإسلامی، ۱۳۹۶ق.
- عتیقی، محمد عبیدالله، *عقود الشركات، دراسة فقهیة مقارنة مع موجز فی القانون الكويتی*، کویت، مکتبه ابن‌کثیر، ۱۴۱۷ق.
- غزالی، محمد بن محمد، *الوجیز فی فقه الإمام الشافعی*، بیروت، دارالأرقم بن ابی الأرقم، ۱۴۱۸ق.
- فحص الحسینی، سید عبدالله فضل‌الله، *الجواهر الفقهیة فی شرح الروضة البهیة*، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۳۳ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
- فقی، محمدعلی عثمان، *فقه المعاملات، دراسة مقارنة*، ریاض، دارالمریخ، ۱۴۰۶ق.
- قاضی عبدالوهاب، عبدالوهاب بن علی، *التلقین فی الفقه المالکی*، ریاض، مکتبه نزار مصطفی الباز، بی‌تا.
- قاهری شافعی، احمد بن عبدالرحیم، *تحریر الفتاوی علی التنبیه و المنهاج و الحاوی*، جده، دارالمنهاج، ۱۴۳۲ق.
- کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، درسهای از عقود معین*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۵ش.
- همو، *مشارکتها و صلح*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸ش.

- گودرزی، سیاوش؛ علمی سولا، محمدرضا، «بازخوانی فقهی حقوقی شرکتهای اعمال، مفاوضه و وجوه»، مجله آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۲، ۱۳۹۴ش.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، بیروت، دارالقاری، ۱۴۲۵ق.
- محقق داماد، سید مصطفی؛ عبدی پور فرد، ابراهیم؛ قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، حسن، *حقوق قراردادها در فقه امامیه، توافق اراده‌ها، شرایط متعاقدان و مورد معامله*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۹ش.
- محمدی، ابوالحسن، «اجماع»، *مجله حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۱۰ و ۱۱، ۱۳۵۱ش.
- مروارید، علی اصغر، *سلسلة الینابیع الفقہیة*، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، بی تا.
- مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
- موسی، کامل، *احکام المعاملات*، بیروت، مؤسسه الرسالة، ۱۴۱۵ق.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دارإحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- نراقی، محمد بن احمد، *مشارق الأحکام*، قم، کنگره بزرگداشت ملامهدی نراقی و ملااحمد نراقی، ۱۴۲۲ق.
- نووی، یحیی بن شرف، *المجموع شرح المہذب*، مدینه، المكتبة السلفية، بی تا.
- واصل، نصر فرید محمد، *فقه المعاملات المدنیة و التجاریة فی الشریعة الإسلامیة*، دمشق، المكتبة التوفیقیة، ۱۴۱۸ق.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، *موسوعة الفقه الإسلامی المقارن*، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۴۴۰ق.