فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی/ سال دهم/ شماره سی و هفت / پاییز ۹۳/ صفحات۵۶-۳۷

بطلان شرط ضمان در قرارداد مضاربه بانکی در بانکداری اسلامی[۱]

صادق الهام*

حسین‌علی سعدی**

حمید اسدی***

چکیده

یکی از عقود بانکی که هم در ناحیه تخصیص و هم تجهیز منابع بسیار مورد توجه قرار گرفته است، عقد مضاربه می‌باشد و از آنجا که عاملامین بوده و ادعایا و مبنی بر نابودی سرمایه بدون افراط و تفریط، پذیرفته شده و در سود و زیان شریک عامل است، در نتیجه این عقد از نظر اقتصادی در عملیات بانکی توجیه اقتصادی نخواهد داشت.به همین دلیل محققین اسلامی برای حل این معضل که هم بتوانند عقد مضاربه را در عقود بانکی در بانکداری اسلامی حفظ کرده و هم عامل را ضامن به حفظ سرمایه نمایند، راهکارهایی همچون شرط ضمان در ضمن عقد لازم خارجی را پیشنهاد کرده‌اند. حال آنکه برای صحت شرط ضمان باید به دو جنبه توجه داشت. ابتدا عدم مخالفت با مقتضای عقد ضمان و دیگری عدم مخالفت با روایات و کتاب. هر چند که برخی برای بطلان شرط ضمان، مخالفت آن را با مقتضای عقد بحث می‌نماید لیکن ما در این مقاله در پی آن هستیم تا با بررسی آراء فقها و برخی از حقوق‌دانان و روایات واصله، نظریه مخالفت با مقتضای عقد را مورد نقد قرار داده و نظریه جدید مخالفت شرط ضمان با کتاب را در عقد مضاربه مطرح نماییم.

کلید واژه‌ها: مضاربه، ضمان، عملیات بانکی، شرط فعل، شرط نتیجه.

۱- تاریخ وصول: ۹۲/۱۰/۲۴ تاریخ پذیرش: ۹۳/۱/۲۸

* دانشجوی دکتری گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران

** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران

*** دانشجوی کارشناسی ارشد گروه حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران
ha.asadi@isu.ac.ir

Archive of SID

www.SID.ir

۱- مقدمه

یکی از روش‌های تخصیص منابع در بانکداری اسلامی این است که بانک سرمایه‌ی مورد نیاز فعالان اقتصادی را که به سرمایه نیاز دارند، با قرارداد مضاربه تأمین کرده، در سود حاصل از فعالیت با آن‌ها شریک شود. با توجه به فتوای شهید صدر، قرارداد مضاربه، به بخش بازرگانی اختصاص ندارد و در همه‌ی بخش‌های اقتصادی چون صنعت، معدن، کشاورزی و خدمات قابل اجراست(موسویان،۱۳۹۰، ۳۶۵- ۳۶۸).

در بانکداری اسلامی مضاربه از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. به نظر شهید صدر، الگوی بانکداری بدون ربا، واسطه‌گری مالی بانک، میان سپرده‌گذاران و سرمایه‌گذاران در قرارداد مضاربه است. در این الگو، بانک وجوه مازاد سپرده گذاران را جذب می‌کند، سپس آن‌ها را بر اساس مضاربه در اختیار سرمایه گذاران قرار می‌دهد(موسویان،۱۳۸۵،۷۱).

مفهوم مضاربه در فقه اسلامی با آنچه در اقتصاد جدید بیان گردیده است مختلف است. مضاربه بنا بر آنچه در فقه اسلامی آمده است عبارت است از عقد خاصی که بین مالک سرمایه و عامل بر تجارتی که در آن سرمایه از یکی و کار از دیگری باشد. و در یک سود معین شریک شوند ... اگر نه سود و نه زیان حاصل شود پس فقط اصل سرمایه به صاحب آن باز می گردد و عامل در این تجارت سهمی نخواهد داشت. هرگونه زیان به جزء و یا کل سرمایه به صاحب سرمایه باز می‌گردد. تحمیل خسارت بر عامل جایز نیست و اگر صاحب سرمایه عامل را ضامن کند در این صورت عقد مضاربه به قرض تبدیل شده و صاحب سرمایه حق گرفتن سود نخواهد داشت(صدر، ۱۴۰۱، ۲۵). به موجب این عقد فرد مراجعه کننده به بانک در حکم عامل و بانک در حکم مالک قرار گرفته و احکام مضاربه بین آنها اجرا می‌گردد. عامل متعهد است با سرمایه‌ای که بانک در اختیار او قرارداده است تجارت کرده و سود حاصل از این سرمایه را بین خود و بانک طبق قراردادی که بین آنها امضا شده است تقسیم کنند.

۲- بیان مسأله و سؤالات تحقیق

این عقد که یک عقد جایز می‌باشد همچنان‌که دارای شرایط عمومی عقود مثل عقل و بلوغ و ... بوده دارای شرایط اختصاصی خود نیز می‌باشد. یکی از احکام این عقد عبارت است از اینکه عامل امین بوده و بنابراین اگر بدون تعدی و تفریط سرمایه در دست او تلف گردید ضامن نمی‌باشد. مضارب در حکم امین است و

www.SID.ir

ضامن مال مضاربه نمی‌باشد. پس چنانچه در ضمن عقد مضاربه شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد مضاربه باطل می‌شود، زیرا شرط مزبور خلاف مقتضای عقد است، اما طرفین می توانند به طریق دیگری منظور خود را تأمین نمایند.

در اینکه آیا می شود بوسیله‌ی شروطی در ضمن عقد، ویژگی‌های اصلی عقود مثل لازم بودن و یا امانی بودن ید و... را تغییرداد، اختلاف است. لکن آنچه مهم و مورد بحث در این تحقیق می‌باشد آن است که در ماده ۱۱ قرارداد مضاربه بازرگانی داخلی در عملیات بانکداری بدون ربا آمده است:

«عامل ضمن عقد خارج لازم قبول و متعهد گردید که چنانچه به اصل سرمایه بانک خسارت و یا نقصانی وارد شد آن‌را از اموال خود جبران و مجاناً و بلاعوض پرداخت نماید».

همانگونه که معلوم است به موجب این قرارداد ید عامل مضاربه که ید امانی است به ضمانی تبدیل شده و وی ضامن حفظ اصل سرمایه خواهد بود و در صورت از بین رفتن آن و لو بدون تعدی و تفریط فرد وظیفه جبران آن را خواهد داشت.در این تحقیق سعی بر آن است که ابتدا به بررسی صحت شرط ضمان ید امانی مورد تحلیل واقع شده و سپس وجود دارد یا خیر بررسی شده و ثانیاً در صورت عدم امکان آن آیا راهکاری برای تصحیح این امر در عملیات بانکی وجود دارد یا خیر؟

همچنین آیا عقد مضاربه می تواند جایگزین مناسبی برای قرض ربوی در معاملات بانکی باشد یا خیر؟

۳- مفهوم‌شناسی

در اصطلاح فقهی مضاربه عبارت است از در اختیار قراردان سرمایه به فرد و سهیم شدن در سود حاصله طبق قرارداد[۱]. مضاربه از عقود عقلایی است که مورد تأیید و امضای شارع قرار گرفته شده است. همچنین حسب ماده ۵۴۶ قانون مدنی مضاربه عقدی است که به موجب آن، احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید این که طرف دیگر با آن تجارت کند و در سود آن شریک باشد. صاحب سرمایه، مالک و عامل، مضارب نامیده می‌شود. حسب مقررات قانونی، سرمایه مضاربه باید وجه نقد باشد، به علاوه حصه‌ی هر یک از مالک مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل، از قبیل؛ ربع یا ثلث یا غیره باشد که این حصه‌ها باید

۱- المضاربه و هی ان یدفع مالا الی غیره لیعمل فیه بحصه معینه من ربحه(شهید ثانی،۱۴۱۰، ۴، ۲۰۹)أنا لمضاربة دفع الإنسان إلی غیره مال الیعملفیه بحصة منربحه(نجفی، بی‌تا، ۲۶، ۳۳۸)

www.SID.ir

در عقد مضاربه تعیین شود. به علاوه در مضاربه می‌توان نوع خاصی از تجارت را مشخص کرد ولی اگر مضاربه مطلق باشد؛ یعنی، تجارت خاصی شرط نشده باشد، عامل می‌تواند هر قسم تجارتی را که صلاح بداند، انجام دهد ولی در طرز تجارت باید حد متعارف را رعایت نماید. با توجه به مقتضای تجارت، مضارب و مالک باید در سود و زیان حاصل از اعمال تجاری انجام شده، سهیم و شریک باشند، به همین دلیل ماده ۵۵۷ قانون مدنی اشعار می دارد: " اگر کسی مالی را برای تجارت بدهد و قرار گذارد که تمام منافع، مال مالک باشد در این صورت، معامله مضاربه محسوب نمی شود." به علاوه اگر در مضاربه شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود یا خسارت حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است مگر این که به صورت لزوم شرط شده باشد، مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجانا به مالک تملیک کند(مسعودی،۹۴،۱۳۸۶). در دستور العمل اجرایی مضاربه و آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، مضاربه به شرح زیر تعریف شده است: مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه نقدی می‌گردد، با قید این که طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله، هر دو طرف شریک باشند.

در مضاربه سه رکن اصلی وجود دارد:

۱. سرمایه: سرمایه مهم ترین عامل در تجارت و کسب سود و منفعت است و به موجب ماده ۵۴۷ قانون مدنی بایستی وجه نقد باشد و منظور از وجه نقد، پول رسمی و رایج کشور است. بنابراین در صورتی که سرمایه مضاربه کالا قرار گیرد، چنین عقدی مضاربه نیست.

۲. کار یا عمل: منظور از کار یا عمل موضوع عقد مضاربه، امور بازرگانی و تجارتی است. اعمال تجاری و بازرگانی به موجب ماده‌ی ۲ ق.ت مشخص شده است.

به موجب ماده‌ی ۶ دستورالعمل اجرایی مضاربه، کار لازم برای اجرای عملیات مضاربه کاملا بایستی توسط عامل انجام شود و این امر در قرارداد منعقده بین بانک و عامل قید می‌شود و عامل حق واگذاری سرمایه را به دیگری ندارد.

۳. سود: از آن جایی که کسب سود و منفعت در عقد مضاربه احتمالی است و تحقق آن به اوضاع و احوال اقتصادی بستگی دارد، بانک‌ها قبل از مبادرت به انجام معامله و دادن تسهیلات، بایستی به انجام بررسی لازم پیرامون عوامل مذکور، به نتیجه برسند که حاصل عملیات مضاربه، متضمن حداقل سود خواهد بود که توسط شورای پول و اعتبار تعیین می‌شود(خاوری،۱۳۶۹، ۲۶۳-۲۶۶).

Archive of SID

www.SID.ir

۴- صحت شرط ضمان در عقد مضاربه

۴-۱- بیان آراء و نظرات

در این موضوع بطور کل سه رأی وجود دارد:

۱- عده ای این شرط را جایز می‌دانند.

۲- عده اینیز کاملا جایز نمی‌دانند.

۳- گروهی نیز قائل به تفصیل گردیده اند.

مرحوم صاحب عروه در مسأله چهارم از مسایل مضاربه از جمله کسانی است که این شرط را جایز شمرده و آن را مخالف مقتضای عقد نمی داند. وی عدم ضمان عامل را مقتضای اطلاق عقد نه مطلق عقد می داند. البته در صورت تعدی و تفریط طبیعتا عامل ضمان دارد(یزدی،۱۴۰۹،۲، ۶۴۵).

فقهای بزرگواری که در حاشیه عروه نظرات خویش رابیان کرده اند عمدتاً با این نظر مخالفت کرده‌اند.

مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی ضمن مخالفت با این نظر معتقد است که اصل بر عدم جواز این شرط است بله اگر شرط کند که اگر نقصانی بر سرمایه حاصل شد عامل مکلّف به جبران نصف مثلاً باشد، صحیح است زیرا مخالف مقتضی نمی باشد اما وفای به آن لازم نیست مگر آنکه در ضمن یک عقد لازم دیگری شرط شود نه در ضمن مضاربه که یک عقد جایز است. محقق بروجردی نیز این شرط را غیرمعقول می‌داند.

مرحوم آیات خوانساری و حایری نیز آن را صحیح نمی‌دانند.

مرحوم محقق خویی نیز این شرط را درصورتی که شرط لزوم تدارک خسارت از سوی عامل باشد صحیح می‌داند اما اگر مراد رجوع خسارت به عامل باشد آن شرط را باطل می‌داند.

بنابر رأی مرحوم خویی اگر شرط، شرط فعل باشد صحیح و اگر شرط نتیجه باشد غیرصحیح است.

مرحوم امام خمینی(ره) نیز در ذیل این عبارت آورده است:

اقوی عدم صحت است بله اگر شرط کند که خسارت در سرمایه باعث شود که عامل ملزم به تدارک نصف بر فرض باشد اشکالی ندارد چه این شرط در ضمن عقد لازم و چه جایز باشد... حتی اگر شرط به نحو شرط نتیجه باشد یعنی خسارت به عهده عامل قرار گیرد بعید نیست که صحیح باشد.

Archive of SID

www.SID.ir

مرحوم گلپایگانی و فیروزآبادی شرط را صحیح می دانند ولیکن معتقدند که عقد در اینصورت تبدیل به قرض می شود.

مرحوم نائینی شرط را صحیح نمی‌داند اما در اینکه باعث بطلان عقد گردد اشکال کرده است(یزدی،۱۴۰۱۹، ۵، ۱۶۲).

مرحوم آیت الله حکیم نیز در مستمسک نظر صاحب عروه را تایید می‌کند(حکیم،۱۲،۱۴۳۰، ۱۶۴).

برخی از فقهای معاصر نیز این شرط را در صورتی که شرط فعل باشد صحیح و اگر شرط نتیجه باشد غیر صحیح می‌دانند(هاشمی،۱۴۳۲، ۱۵۱).

همچنین برخی از حقوق‌دانان چنین بیان می‌کنند که اگر در مضاربه شرط شود که عامل، جبران خسارت را نکند یا تنها خسارت گذشته یا آینده را جبران سازد، بعضی از فقها همچون صاحب عروه شرط را نافذ دانسته‌و برخی دیگر همچون میرزای نائینی بر آن اشکال کرده‌اند. لکن از مفاد ماده ۵۶۰ ق.م که حکومت اراده را بر تمام موارد سکوت در قانون حاکم دانسته است، چنین بر می آید که باید نظر نخست را تأیید کرد (کاتوزیان،۱۳۶۸، ۱۴۶).

۴-۲- تحلیل آراءو نظرات

۴-۲-۱- مخالفت شرط ضمان با قاعده

در این مطلب چهار نظر وجود دارد:

۱- صحت شرط و عقد.

۲- بطلان شرط و عقد.

۳- بطلان شرط و صحت عقد.

۴- صحت شرط و بطلان عقد به این معنا که مضاربه به قرض تبدیل می شود(هاشمی،۱۴۳۲، ۱۵۱).

مرحوم حکیم از جمله کسانی است که این اشکال را وارد ندانسته و نظر صاحب عروه را کاملاً صحیح می داند. وی در دفاع از نظر خویش چنین بیان می‌دارد:

شرط مخالف مقتضی بر سه بخش است:

۱- مخالف مضمون عقد

Archive of SID

www.SID.ir

۲- مخالف لوازم عرفی

۳- مخالف احکام شرعی اقتضائی

مراد از احکام شرعی اقتضائی عبارت است از آنکه مطلق اقسام آن عقد دارای چنین حکمی باشد حتی اگر شرط خلافی نیز در آن بشود باعث تغییر حکم نمی شود این حکم را حکم اقتضائی یا طبعی گویندو در مقابل آن حکم فعلی مطلق قرار دارد(سند،۱۴۲۸، ۲۵۳).

وی مورد بحث را قطعا از دو قسم اول نمی‌داند. چرا که ایشان ضمانی بودن یا امانی بودن ید عامل را جزء مضمون عقد مضاربه نمی داند همانگونه که این مطلب لازمه عرفی آن نیز نمی‌باشد.

اشکال در مورد سوم است که آیا این مورد(شرط ضمان در مضاربه) از آنجا که باعث ضمانی شدن ید امین که یک حکم شرعی اقتضائی است می شود، مصداق آن می باشد یا خیر؟

مرحوم حکیم معتقد است که مورد سوم نیز شامل این بحث نیست چرا که عدم ضمان امین یک حکم اقتضائی نیست بلکه به علت عدم مقتضی در ضمان مقتضای عدم است.

توضیح مطلب آن است که ید امین تا زمانی که دلیلی بر ضمان آن نباشد ضمانی نیست اما اگر مقتضی ضمان باشد دلیلی بر عدم ضمان نداریم (حکیم،۱۴۳۰، ۱۲، ۱۶۴).

بطور کل وی مانند صاحب عروه معتقد است که شرط در این موارد مخالف اطلاق عقد است نه مطلق عقد. و همانگونه که در جای خود ثابت گردیده است اگر شرطی مخالفت با اطلاق عقد داشته باشد حکم شرط مخالف با مقتضی را نخواهد داشت. اما تشخیص اینکه در این موارد آیا مخالف با مقتضی و یا اطلاق است مشکل می‌باشد. مرحوم محقق ثانی معتقد است که شروط دو دسته‌اند: نخست آنکه برمخالفت یا موافقت شرط با مقتضای عقد اجماع وجود دارد.

دوم آنکه مخالفت یا موافقت شرط با مقتضی واضح است گرچه اجماع نمی‌باشد.

حکم دو مورد قبل معلوم است اما در غیر این دو صورت باید مطابق نظر فقیه عمل کرد(انصاری، ۱۴۱۵، ۶، ۴۸).

شیخ انصاری با اشکالی که بر محقق ثانی دارد، بیان می‌کند که وضوح منافات(شرط با مقتضی) چگونه حاصل می شود:

Archive of SID

www.SID.ir

اگر مورد استناد عرفاست، مثل اشتراط عدم انتقال در عوضین دراین مواقع عقد به صورت عرفی واقع نمی‌شود نه اینکه عقد صحیح باشد و شرط باطل است، زیرا که منشأ عرفاست و در عرف چنین است.

اگر مرجع شرع است اعم از نص و اجماع، در این صورت در حرمت یا عد محرم تشرط می‌بایست به آنها مراجعه شود. اگر غیر این دو است باید به دلیل مقتضی عقد مثل دلیل انتقال یا قیمومیت رجل در بیع و نکاح مراجعه کنیم تا معلوم شود که دلیل آنها این مقتضی را مطلق و بدون تغییر نسبت به شرط می‌داند تا شرط مخالف مقتضی شود و یا آن را مطلقند انسته بلکه آن را مقتضاً یا طلاق نه ماهیت می‌داند پس قابل تغییر خواهد بود.

اگر شک در موارد دلیل اقتضا کردیم که آیا این دلیل از نوع اطلاق است یا ماهیت، یعنی ماهیت عقد چنین اقتضایی دارد یا اطلاق آن در این موارد رجوع به اصالت ثبوت این اثر بر وجهد ومی عنی(خلی و طبعه)می‌کنیم پس عموم المؤمنون به عمومیت خود باقی خواهد ماند(انصاری، ۱۴۱۵، ۶، ۵۰).

بنابر رأی شیخ در نهایت در این مورد شک می‌کنیم و از آنجا که عقد مضاربه یک عقد عرفی و امضایی است، باید به عرف رجوع کرد و بنابر رأی مدعی عرف شرط ضمان یا عدم آن در عقد مضاربه لازم نمیداند. و نهایتاً اگر شکی در مخالف بودن این مورد با مقتضای عقد داشته باشیم اصل ثبوت و نفوذ شرط(المؤمنون عند شروطهم) جاری خواهد بود.

مخالفان این قول معتقدند که المومنون عند شروطهم در این موارد جاری نخواهد بود چرا که اراده مالک از در اختیار قرار دادن پول به عامل چه بوده است؟

مالک با این کار اراده کرده بود که عامل تجارت کند و رأس المال نزد عامل باشد(تسلط داشته باشد.) این کار در واقع یک اذن فعلی را در درون دارد که عامل ضامن تلف قهری نیست چرا که امکان ندارد به کسی اذن در تصرف بدهیم و مقید به امری که در اختیار او نیست بکنیم. پس ضامن تلف قهری نمی‌باشد.

با این فرض مقتضی مضاربه آن است که فرد نباید ضامن باشد اگر فرد (مالک) بیاید این اذن در تصرف که لازمه‌اش عدم ضمان در تلف قهری است را مقید کند به عدم خسارت، لازمه‌اش عدم اذن است زیرا یا اذن داده که لازمه ی اذن عدم ضمان و خسارت است(بدون تعدی و تفریط) یا اذن نداده اما اذن مقید خلاف مقتضی اصل است تفاوت آن با عاریه مضمونه و امثال آن در این است که در آنها اراده مالک انتفاع مستعیر است پس می تواند این انتفاع را مقید کند اما در مضاربه اراده تجارت کردن و تسلط پیدا کردن بر مال است که در اینجا نمی‌تواند آن را محدود به بقای سرمایه کند(هاشمی، ۱۴۳۲، ۱۵۲).

Archive of SID

www.SID.ir

اما قول صاحب عروه که آن را مقتضای اطلاق عقد نه نفس عقد می دانستصحیح نیست زیرا آنچه وی بیان داشته است شاید بتواند نفی استیمان در تلف مال کند اما اثبات ضمان خسارت که در تجارت بدون تعدی و تفریط حاصل شده است نمی کند و همچنین استیمان را از اصل عقد مضاربه بر نمی دارد چرا که لازمه ی مضاربه و اذن عامل به مالک چنین استیمانی است(هاشمی، ۱۴۳۲، ۱۵۲). وجه استدلال محقق ارجمند معلوم نیست و اگر مدعی این باشد که در این موارد باید به عرف مراجعه کرد و یا در صورت شک اصل نفوذ شروط را جاری نمود، بیان ایشان که مقتضای عقد مضاربه عدم ضمان است به عنوان ردی بر این مدعی نوعی مغالطه است. چرا که این مطلب بحث مورد سوال است و ایشان آن را مفروض پنداشته است. برخی از فقهای معاصر در عدم صحت این شرط چنین بیان داشته‌اند که: این نوعی تشریع است چرا که دلیلی نداریم که کسی بتواند دیگری را ضامن در پرداخت مال بدون سبب مثل قرض و... کند وقتی اصل آن شرعا صحیح نیست پس شرط-کردن آن در ضمن عقد نیز صحیح نخواهد بود. ادله المومنون عند شروطهم و... نیز ناظر به مقام تشریع نیست بلکه آنچه شرعا جایز است را شامل می شود(خوئی،۱۴۱۸، ۳۰، ۲۲۷). در پاسخ به این استدلال نیز چنین بیان شده است که این بحث تشریع نخواهد بود چرا که بحث در محدود کردن فرد در تصرف در مال خویش است و این ربطی به تشریع ندارد و از سویی ضامن کردن فرد ابتدائاً نیز امری است که در شرع نمونه دارد و خرید در ذمه را می‌توان به عنوان یک نمونه بر این مطلب دانست(هاشمی،۱۴۳۲، ۱۵۷). از مجموع آنچه بیان گردید معلوم است که نمی‌توان شرط ضمان در مضاربه را مخالف با مقتضای عقد دانست و طبق قاعده صحیح است.

۲-۲-۲- مخالفت شرط ضمان با روایات

در قسم قبل ثابت گردید که آنچه از مخالفت شرط ضمان با مقتضای عقد آمده است صحیح نمی باشد. در این قسم بحث از روایاتی است که در این مورد وجود دارد.

روایاتی که محققین در این باب مورد تمسک قرار داده اند بر دو قسم است:

۲-۲-۲-۱- روایات عام

اول آن دسته روایات که ضامن قراردادن غیر صاحب مال را، بی اشکال می دانند. مثل صحیحه حلبی از امام صادق(ع) که فرمود:

Archive of SID

www.SID.ir

عَنِ الْحَلَبِیِّ عَنْ أَبِی عَبْدِاللَّهِ عفِیرَ جُلَیْنِ اشْتَرَکَا فِیمَا لِفَرَبِحَا فِیه وَ کَانَ مِنَا لْمَا لِدَیْنٌ وَ عَلَیْهِمَا دَیْنٌ فَقَالَ أَحَدُ هُمَا لِصَاحِبِهِ أَعْطِنِ یراَ سَالْمَ الِوَلَکَال رِّبْحُوَ عَلَیْکَ التَّوَی فَقَالَ لَا بَأْسَ إِذَا اشْتَرَطَا فَإِذَا کَانَ شَرْطٌ یُخَالِفُ کِتَابَ اللَّهِم فَهُوَ رَدٌّ إِلَی کِتَابِ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ[۱].

راوی از امام(ع) در مورد دو نفر که با یکدیگر شریک در مالی شدند و سود می کنند.

بر این مال دینی است و این دین بر عهده هردو نفر می‌باشد. یکی از آنها به دیگری می گوید که سرمایه را به من بده و هر چه سود و خسارت است بر گردن تو باشد. امام(ع) فرمود: اگر شرط کرده باشند اشکالی ندارد. اگر شرط مخالف کتاب باشد باید آن را به کتاب خدا باز گرداند(کلینی،۱۴۰۷، ۵، ۲۵۸).

برخی از محققین از این روایت چنین استدلال می کنند که امام(ع) شرط ضمان بر عهده فرد دیگر را صحیح می داند. در این روایت صریحاً آمده است که در عین حالی که اصل مال به دیگری انتقال پیدا نمی کند فرد ضامن خسارت خواهد شد و بحث مضاربه نیز دقیقا شبیه همین موضوع است(صدر،۱۴۰۱، ۲۰۰).

و نیز روایات زیر را برخی در استدلال به این مطلب آورده اند:

ابْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ رِفَاعَةَ قَالَ سَأَلْتُ أَبَاالْحَسَنِ ععَنْ رَجُلٍ شَارَکَفِی جَارِیَةٍ لَهُوَ قَالَ إِنْ رَبِحْنَا فِیهَا فَلَکَ نِصْفُ الرِّبْحِ وَ إِنْ کَانَوَ ضِیعَةً فَلَیْسَ عَلَیْکَ شَیْءٌ فَقَالَ لِیلَا أَرَی بِهَذَا بَأْساً إِذَا طَابَتْ نَفْسُ صَاحِبِ الْجَارِیَةِ[۲]

رفاعه می گوید: از امام موسی بن جعفر(ع) در مورد مردی که در جاریه ای با دیگری شریک شده بود و گفته بود که اگر سودی حاصل شد برای تو نصف سود باشد و اگر ضرری حاصل شد هیچ چیزی بر گردن تو نخواهد بود، سؤال کردم.

امام(ع) فرمود: اشکالی در این موضوع وجود ندارد اگر صاحب جاریه راضی باشد(طوسی، ۱۴۰۷ ،۷، ۷۱).

و یا در روایت دیگری چنین آمده است:

أَبِی الرَّبِیعِ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ ع فِی رَجُلٍ شَارَکَ رَجُلًا فِی جَارِیَةٍ فَقَالَ لَهُ إِنْ رَبِحْتَ فَلَکَ وَ إِنْ وُضِعْتَ فَلَیْسَ عَلَیْکَ شَیْءٌ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِکَ إِنْ کَانَتِ الْجَارِیَةُ لِلْقَائِلِ[۳]

۱-(عَلِیُّبْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَیْرٍ عَنْ حَمَّاد عَنِ الْحَلَبِیِّ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ ع) روایت صحیحه می‌باشد.

۲- طریق شیخ به ابن محبوب صحیح است و روایت را بزرگان صحیح دانسته‌اند.

۳ -(الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ خَالِدِبْنِ جَرِیرعَنْ أَبِی الرَّبِیعِ عَنْأَبِ یعَبْدِاللَّهِ ع) این روایت را نیز بزگان صحیحه می‌دانند.

www.SID.ir

راوی از امام صادق(ع) سؤالی مشابه سوال روایت قبل را پرسیده و امام(ع) در پاسخ چنین فرمودند: که اشکالی ندارد اگر که قائل مالک جاریه باشد(طوسی،۱۳۹۰، ۸۳،۳).

بعضی از محققین معاصر این روایات را به علت عدم عمل اصحاب طرد کرده‌اند(سند، ۱۴۲۸، ۲۶۲)

همان محقق تمامی روایات در این موضوع صحیح نمی داند چرا که یا از اینها را یا ازباب صلح و یا ازباب اشتراط در شرکت و ... دانسته و ارتباطی با مورد بحث در آنها نمی‌بیند(سند، ۱۴۲۸، ۲۵۷–۲۶۸).

فارغ ازصحت یا عدم بیان وی آنچه مهم است روایات خاص باب مضاربه می‌باشد. زیرا که بر فرض صحت استدلال روایات فوق از آنجا که روایاتی خاص در باب مضاربه وجود دارد توجه به این روایات مفید نخواهد بود.

۲-۲-۲-۲- روایات خاص

قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ صمَن اتَّجَرَمَالً اوَ اشْتَرَطَ نِصْفَ الرِّبْحِ فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ وَ قَالَ مَنْضَمَّنَ تَاجِراً فَلَيْسَ لَهُإِلَّا رَأْسُ مَالِ هِوَ لَيْسَ لَهُمِ نَالرِّبْحِ شَيْءٌ[۱]

امیر المؤمنین(ع) فرمود: کسی که با مالی تجارت کند و نصف سود تجاری را شرط کند(عقد مضاربه) حق ضمان ندارد و فرمود(ع): کسی که تاجری را ضامن قرار دهد حق گرفتن بیش از سرمایه‌ی خویش را ندارد و از سود سهیم نخواهد بود(کلینی، ۱۴۰۷، ۵، ۲۴۰).

الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِاللَّهِ ع قَالَ الْمَالُ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةً لَهُمِ نَالرِّبْحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِن اَلْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْيُ خَالِفَأَ مَرَ صَاحِبِ الْمَالِ[۲]

امام صادق(ع) فرمود: مالی که با آن مضاربه صورت می‌گیرد(عامل) در سود آن شریک است اما خسارتی به او نسبت داده نمی شود مگر آنکه مخالفت مالک کرده باشد(طوسی،۱۳۹۰، ۳، ۱۲۶).

إِسْحَاقَ بْنِعَ مَّارٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ ع قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ مَالِا لْمُضَارَبَةِ قَالَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا وَ اَلْوَضِيعَةُ عَلَى الْمَالِ[۱]

۱- (عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ أَمِيرُالْمُؤْمِنِينَ) روایت صحیحه می‌باشد.

۲- (احْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍعَنْ أَبَانٍ وَ يَحْيَى عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِاللَّهِ (ع)حدیث دارای دو طریق است گرچه طریق یحیی را برخی مجهول می دانندامادر طریق ابان حدیث صحیحه می باشد.

www.SID.ir

راوی از امام(ع) سوال از مال مضاربه می کند. امام(ع) پاسخ می‌دهند که سود در بین آنها و خسارت بر مالک خواهد بود(همان).

از این روایات مخصوصا روایت اول چند برداشت شده است که در یک نگاه کلی می‌توان آن را به چند دسته تقسیم کرد:

اول آنکه: در صورتی که مالک عامل را ضامن گرداند شرط باطل است(حلی،۱۴۲۰، ۳، ۲۶۷).

دوم آنکه: به مجرد شرط عقد به قرض تبدیل می‌گردد زیرا این امر از لوازم قرض است و ذکر لازم ملزوم را می‌رساند(حلی، بی‌تا، ۱۷، ۵۳؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ۷، ۱۲۹؛ کاشانی، ۱۴۲۵، ۲،۲ ۱۳۳۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۱، ۲۰۲).

برخی در این وجه اشکال کرده اند که عقد به صیغه نیازمند است و به صرف چنین شرطی به قرض تبدیل نمی‌گردد(حکیم، ۱۴۳۰، ۹، ۳۳۳).

سوم آنکه: اگر به صیغه مضاربه باشد عقد باطل است و و عامل اجرت المثل را دریافت می‌کند بنا براین نظر اولاً اگر عقد را مطلقاً یعنی به غیر از صیغه مضاربه بخوانند مثلاً بگویند این را بگیر نه اینکه بگویند با این را به عنوان مضاربه بگیر عقد بی‌اشکال خواهد بود و ثانیاً در این نظر ضمیر در عبارت فالربح له را به مالک نه عامل باز گزدانده است بر خلاف مشهور که مرجع آن را عامل می‌دانند(حلی، ۱۴۰۷، ۲، ۵۶۰). چهارم آنکه: اگر مطلقا بگوید به قرض منقلب می‌شود اما اگر به صیغه مضاربه بخواند مضاربه باطل بوده و ربح به مالک باز می‌گردد عاملی، بی‌تا، ۱۱۰).

برخی از این اشکال که وقتی فرد قصد مضاربه دارد چگونه به قرض تبدیل می شود در حالیکه قصد قرض ندارد و اجماع فقها بر این است که عقود تابع قصد است چنین پاسخ داده‌اند که رجوع از عقد همانگونه که با قصد حاصل می‌گردد با فعلی که منافی با عقد باشد نیز حاصل می‌گردد همانگونه که عزل وکیل هم با قصد عزل حاصل هم با فروش موکل مال مربوطه را گرچه قصد عزل وکیل را نیز نکرده باشد(موسوی بهبهانی، ۱۴۰۵، ۲، ۲۹۲).پنجم آنکه: روایت صریح در آن است که شرط ضمان با ربح جمع نمی‌گردد. حمل بر فرض قرض‌کردن هم گرچه ممکن است ولی خلاف ظاهر روایت است و ظاهر اطلاق روایت نشان می-دهد که هرچه عرفاً تضمین مال بر آن صدق کند با ربح جمع نمی‌گردد(صدر، ۱۴۰۱، ۲۰۲).

۱-(الْحَسَنُ بْنُ محَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَعَنْ عَبْدِاللَّهِ بْنِ جَبَلَةَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عمَّارٍ عَنْ أَبِی الْحَسَنِ ع) حسن‌بن‌محمد و همچنین عبدالله بن‌جبله واقفی و ثقه می‌باشند بنابراین حدیث در اصطلاح مؤثق می‌باشد.

www.SID.ir

آن دسته از فقیهانی که چنین شرطی را جایز می‌شمارند روایات را حمل بر موردی که هنوز شرط نشده باشد می‌کنند. بر طبق این رای اگر عقدی مطلق باشد عامل نیز با توجه به این روایات ضامن نخواهد بود اما این دلیل نیست که شرط هم صحیح نباشد.

اگر اشکال شود از آنجا که روایات علی الاطلاق ضمان را نفی کرده و فقط صورت تعدی و تفریط را از موضوع استثناء شده است نشان می‌دهد که حکم به عدم ضمان عامل یک تعبد در مضاربه است و حتی نیازی به بحث از مخالفت یا موافقت آن با مقتضای عقد نیز نمی‌باشد.

پاسخ آن است که نهایت مطلبی که از این روایات بدست می آید حکم شارع به عدم جواز می‌باشد اما منع از شرط مالک نمی کند. و ادله ی نفوذ شرط دال بر جواز نفوذ شرط می‌باشد(حکیم، ۱۴۳۰، ۱۲، ۱۶۵).

برخی دیگر نیز این روایات را چنین توجیه نموده‌اند که روایات دال بر آن است که نفس مضاربه نه ضمان و نه عدم آن را می‌رساند.

که اگر به روایات مراجعه شود صریح در عدم جواز است(هاشمی، ۱۴۳۲، ۱۵۹).

اشکال دیگر بر این روایات آن است که روایات اجنبی از بحث است. زیرا روایات در موردی است که از اول شرط ضمان شده باشد نه اینکه شرط ضمان در صورت تلف که مبحوث ما است شده باشد(خوئی، ۱۴۱۸،۳۱، ۳۶).

اشکال این استدلال معلوم است چرا که:

اولا تمامی فقها روایت را در باب مضاربه آورده‌اند.

ثانیاً در روایت مخصوصاً آنچه از طریق شیخ نقل شده است لفظ مضارب آمده است.

ثالثاً عبارت تضمین در روایت دال بر آن است که مراد قرض نمیباشد بلکه دال بر مضاربه است (هاشمی،۱۴۳۲، ۱۶۳-۱۶۴).

اشکال دیگر آنکه از آنجا که این روایات دال بر یک مضمونی است که مطابق روایات اهل سنت است آنها را حمل بر تقیه نموده و رد می‌کنیم.

توضیح این مطلب آن است که این روایات دال بر مضمون روایت الخراج بالضمان است. مراد آن است که اگر فردی ضامن اصل شی شد منافع(خراج) آن را در مقابل ضمان اصل مالک خواهد بود و در اینجا نیز عامل با شرطی که انجام می‌دهد ضامن می‌شود پس منافع آن که همان سود باشد را مالک خواهد شد.

Archive of SID

www.SID.ir

الخراج بالضمان یک روایت عامی است بنابراین از آنجا که فرمودند خذ بما خالف العمامه این روایات طرح می-شوند(حکیم،۱۴۳۰، ۱۲، ۱۴۳).

در پاسخ به این مطلب باید بیان داشت آنچه عامه بدان معتقدند و امام(ع) در صحیحه اب ولاد آن را رد کرده است آن است که اگر فرد به هر شکل ضامن شد در مقابل می‌تواند از منافع آن بهره مند گردد. این درحالی است که در روایات اهل سنت آچه دال بر قاعده می‌باشد چنین است:

ففی سنن أبی داود بسند إلی عائشة: أنّ رجلًا ابتاع غلام أفأقام عند هما شاءا للّه أن یقیم ثم وجد به علی بأف خاصمه إ لی النبی صلی الله علیه و آل هو سل مفردّه علیه، فقال الرجل: یا رسول اللّه قد استغل غلامی، فقال رسول اللّه صلی الله علیه وآل هو سلم: الخراج بالضمان.

در سنن ابی داود چنین آمده است که مردی غلامی را خریداری کرده و مدتی در نزد او باقی بود تا اینکه عیبی در آن پیدا کرد شکایت را در نزد پیامبر(ص) برده و ایشان غلام را به بایع باز گرداندند. بایع به پیامبر(ص) شکایت کرد که این مرد در این مدت از غلام من استفاده نموده است. پیامبر(ص) فرمودند: الخراج بالضمان(سجستانی،۱۴۱۰، ۲، ۱۴۶).

روایت صریح در آن است که استفاده از منافع در جایی است که فرد بدست خود ضامن شده باشد نه در جایی که ضمانش قهری باشد. بنابر این آنجا که امام(ع) از روایت نهی فرموده(صحیحه ابی ولاد) برای آن است مورد ضمان قهری است و ابی حنیفه تمسک به قیاس نموده و الخراج بالضمان را بدان تعمیم داده است. پس مورد بحث نیز از آنجا که فرد بدست خویش ضامن گردیده است پس چه بسا این روایت در مورد او جاری باشد نتیجه آنکه صرف موافقت با عامه دلیل بر طرح روایت نیست (هاشمی،۱۴۳۲، ۱۶۵).

مرحوم شیخ نیز الخراج بالضمان را در جایی که ضمان عمدی باشد جاری می‌داند(انصاری، ۱۴۱۵، ۳، ۲۰۱) گرچه برخی از فقها تفصیل شیخ را نپذیرفته و قایل به پذیرش قاعده علی الاطلاق و یا رد آن علی الاطلاق گردیده‌اند)(یزدی، ۱۴۱۰، ۱، ۹۶).

اما با توجه به روایت مذکور(ابی داود) صحت این تفصیل معلوم می‌گردد.

از دیگر اشکالاتی که بر این روایات وارد است تعارض آن معتبره کاهلی است:

نَالْكَاهِلِيِّ عَن ْأَبِی الْحَسَنِ مُوسَی جعفِرَ جُلٍ دَفَعَ إِلَی رَجُلٍ مَالًا مُضَارَبَةً يَجْعَلُ لَهُ شَيْئاً مِن اَلرِّبْحِ مُسَمًّی فَابْتَاعَ الْمُضَارِبُ مَتَاعاً فَوُضِعَ فِيهِ قَال َعَلَی الْمُضَارِبِ مِنَ الْوَضِيعَةِ بِقَدْرِ مَا جُعِلَ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ[1]

۱- (أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِبْنِ عِيسَی عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْكَاهِلِيِّ عَنْ أَبِی الْحَسَنِ مُوسَی ع) روایت صحیحه می‌باشد.

www.SID.ir

کاهلی از موسی بن جعفر(ع) نقل می کند که از ایشان در مورد مردی که با دیگری مضاربه کرده بود و خسارتی در مال حاصل شد، سوال شد امام(ع) فرمود: مضارب(عامل) به اندازه سهمی که دارد خسارت نسبت به او باز می‌گردد(طوسی،۱۳۹۰، ۳، ۱۲۷).

روایت صریح بر جواز ضمان عامل است.

برخی در رفع این تعارض معتبره کاهلی را حمل بر موردی کرده اند که عامل با مالک در سرمایه شریک باشد. به این معنا که روایت اجنبی از بحث مضاربه و ناظر به بحث شرکت می‌باشد.

این توجیه مسلما صحیح نیست زیرا که عبارت فابتاع المضارب متاعا که در روایت آمده صریح بر مضاربه نه شرکت است و از سویی دیگر در شرکت خسارت به اندازه سرمایه و نه سود می‌باشد.

برخی دیگر این روایت را حمل بر تقیه کرده‌اند.

این طریق حل تعارض نیز صحیح نمی باشد چرا که اجماع اهل سنت بر آن است که در مضاربه خسارت بر عهده مالک نه عامل است(هاشمی،۱۴۳۲، ۱۶۰-۱۶۱)

برخی دیگر نیز این روایت را به علت عدم عمل اصحاب طرح کرد ه اند.(حکیم، ۱۴۳۰ه.ق، ج۱۲، ص۱۶۵)

و طریق دیگر برای رفع این تعارض نیز آن است که از آن جهت که در مقابل این خبر واحد اخبار مستفیضه وجود دارد این خبر واحد کنار گذاشته می‌شود (هاشمی، ۱۴۳۲، ۱۶۱).

و اما آنچه که در روایات از جواز چنین شرطی بیان گردیده است مثل صحیحه ی حلبی از امام صادق (ع) که در مورد مردی که مالی به دیگری داده است و به او امر کرده که به فلان سرزمین برو و فلان شی را خریداری کن و عامل از این امر تجاوز نمود، فرمودند:

فَإِنْ جَاوَزَ هَاوَهَ لَکَ الْمَالُ، فَهُوَ ضَامِنٌ؛ وَ إِنْ اشْتَرَى مَتَاعاً، فَوَضَعَ فِيهِ، فَهُوَ عَلَيْهِ؛ وَ إِنْ رَبِحَ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا[1]

اگر تجاوز کرد(مراد از آنچه برای او شرط شده است) و اصل مال هلاک گردیدعامل ضامن است. و اگر کالایی خرید و در آن کالا عیبی پیدا شد از کیسه او(عامل) رفته است. و اگر سودی حاصل شد بین آنها تقسیم میگردد(کلینی، ۱۴۰۷ه.ق، ج۱۰،ص۳۰۴).

و نیز در صحیحه محمد بن مسلم آمده است:

۱- عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنِ الْحَلَبِيِّ عن ابی عبدالله (ع) روایت صحیحه است.

www.SID.ir

که از امام (ع) سوال کردم که فردی مالی را به دیگری داده است تا با آن تجارت کند و او را از خروج از شهر نهی کرد و او خارج شد. امام (ع) فرمود:

يُضَمَّنُ الْمَالَ، وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا[1]

مال را ضامن است. و ربح در بین آن دو خواهد بود(کلینی، ۱۴۰۷، ۱۰، ۲۰۵).

این روایت صریح در این است که جمع بین ربح و ضمان در مضاربه بی‌اشکال است. لکن می‌توان تعارض بین این روایات و آنچه که در قبل آمد را به اینگونه پاسخ داد که این روایت در مقام ضمان قهری است و می‌توان بیان کرد که این مورد از استثنائات قاعده است و حالتی که فرد افراط و یا تفریط کرده باشد را بیان می کند. پس در مجموع اولاً نمی‌توان به این روایت تمسک کرده و قاعده کلی جواز ضمان در مضاربه را نتیجه گرفت و ثانیاً نمی‌توان به علت وجود این روایات از ظاهر روایت قبل دست کشید پس چاره ای جز حمل بر آنچه بیان گردید نیست.

با توجه به مجموع آنچه بیان گردید می‌توان چنین نتیجه گرفت که گرچه نظرات متعددی در مورد روایت مذکور همانگونه که آمد وجود دارد ولی اولاً باید اذعان داشت که نظر پنجم به حق نزدیک‌تر است چرا که در سایر آراء تلاش برای دست برداشتن از ظواهر روایت و تاویل و یا توجیه آن می‌باشد که خلاف اصل است و از سوی دیگر بر فرض پذیرش نظر فقهایی که قائل به تبدیل‌شدن عقد مشروط به قرض می‌باشند باز مشکل در محل نزاع حل نمی‌گردد زیرا نهایت چیزی که با این توجیه حل شود آن است که در مقام ثبوت جمع بین سود وضمان در مضاربه ممکن باشد اما در مقام اثبات آنچه توسط بانک انجام میگیرد توجیه نمی گردد زیرا بر این فرض هم که عقد منقلب به قرض گردد شبهه ربا به جای خود باقی است مگر توجیهی برای آن بیان شود که در بخش بعدی این تحقیق بدان اشاره خواهد شد.

از مجموع آنچه بیان گردید معلوم می‌شود که روایات صریح در عدم جواز شرط ضمان در مضاربه می‌باشد. چه حکم به عدم جواز را تعبد و یا بیان مقتضای عقد بدانیم نتیجه آن است که شرط ضمان شرط مخالف کتاب خواهد بود و قطعا صحیح نمی‌باشد. حتی کسانی که روایات عام را در مورد صحت شرط ضمان پذیرفته‌اند نتوانسته‌اند این روایات را توجیه کرده بنابراین عدم جواز را بر طبق این روایات پذیرفته‌اند(صدر،۱۴۰۱، ۲۰۴).

قول مخالف که سعی در توجیه روایت دارد همانگونه که بیان گردید مخالف صریح روایت و دست از ظهور برداشتن بوده که خلاف قواعد اصول می‌باشد.

۱- مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ، عَنِ الْعَلَاءِ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ روایت صحیحه است.

www.SID.ir

۳- توجیه عملیات بانکی

با توجه به آنچه بیان گردید ملاحظه می‌شود که شرط ضمان در عقد مضاربه از جمله شروط مخالف کتاب محسوب می‌شود و صحیح نمی‌باشد. امابا توجه به قراردادهای بانکی معلوم می‌گردد این شرط از جمله شروط این قراردادها است. طبیعت عقد مضاربه ایجاب می‌کند که مالک سرمایه که هم چنان از منافع و سود حاصل غنیمت می‌برد، بایستی ضرر را هم جبران کند. لذا در ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی مضاربه آمده است: «بانک‌ها موظفند برای جبران خسارت وارده بر اصل سرمایه ضمن عقد صلح، موضوع ماده هشت این دستورالعمل از عامل تعهد کافی اخذ نمایند(خاوری،۱۳۶۹، ۲۶۶- ۲۶۷). بانک به عنوان یک مؤسسه‌ی مالی و اعتباری و مؤسسه‌ی تجاری که انتفاع و سود سرلوحه‌ی اقدامات وی است، نمی‌تواند سرمایه خود را که در واقع وجوه مشتریان است، وابسته به اقدامات گاه نابخردانه و دور از احتیاط برخی از مشتریان خود نماید. به همین خاطر با اجازه حاصل از ذیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی، مشتری به نحو الزام آوری تعهد و تضمین می کند که اگر سرمایه مضاربه تلف گردد و یا تجارت منتهی به سود نگردد، از محل اموال و دارایی‌های شخصی خود به میزان تلف و خسارت، به صورت مجانی به بانک تملیک کند و سود مورد انتظار بانک نیز حداقل سودی است که مشتری حصول و پرداخت آن را به بانک تضمین می-کند(مسعودی، ۱۳۸۶، ۹۶). برخی از فقها نیز تلاش کرده‌اند راهی برای توجیه این شرط در قرارداد بیان دارند که برخی از این توجیهات چنین است: آنچه که مورد اشکال است شرط ضمان‌کردن مالک نسبت به عامل است یعنی مالک سرمایه حق ضامن قراردادن عامل را نخواهد داشت. با توجه به ساز وکار عملیات بانکی معلوم می‌گردد که بانک در این قرارداد مالک سرمایه محسوب نشده و فرد ثالث و واسطه در عقد این قرداد است. و دلیلی بر عدم صحت شرط از سوی واسطه نیز نمی باشد(سند، ۱۴۲۸، ۲۲۷).

۳-۱- راهکارها و پیشنهادات بیان‌شده

بانک می تواند به عنوان واسطه در ضمن یک عقد شرعی عامل را ملزم به ضمان کند. بانک می-تواند از طرق مختلفی این کار را انجام داده که در ذیل به دو طریق آن اشاره می‌گردد:

اول آنکه در ضمن یک قرارداد، در کنار مضاربه برای خود حق جُعل به علت واسطه‌گری در انجام این عقد قراردده که این جعل مقداری برابر با سرمایه باشد. که اگر عامل نتوانست اصل سرمایه را به بانک باز گرداند (و از آنجا که امین است و ادعای او با قسم پذیرفته شده و بانک نمی تواند بر علیه اقامه دعوی

www.SID.ir

کند) این حق جعل جبران خسارت سرمایه از دست رفته برای مالک اصلی آن باشد(سند، ۱۴۲۸، ۲۲۸). اما این وجه محرز نیست زیرا اگر به عنوان حق جعل یا کارمزد قرار داده شده بر عامل باشد، در هر صورت باید آن را پرداخت نماید چه سرمایه از بین برود وچه از بین نرود و اگر آن را منوط به از بین‌رفتن سرمایه کند در واقع محذور قبل بازگشته و شرط ضمان برای عقد مضاربه قرارداده شده است. بله اگر شرط ضمان در مضاربه از جمله شروط مخالف مقتضای عقد می‌بود و تمام علت در عدم صحت شرط نیز همین علت می‌بود و از آنجا که دلیل عدم صحت شرط خلاف مقتضی را نیز وقوع تلاقی بین عقد مقید به این شرط و مقتضای آن بدانیم و چون مقتضی حاصل نمی‌شود و وفای به شرط هم معنا نمی‌دهد پس محال می‌شود(انصاری،۱۴۱۵، ۶، ۴۴). در نتیجه چه بسا بتوان در ضمن عقد دیگری آن را تصحیح کرد اما اگر علت عدم صحت را مخالفت با کتاب بدانیم همانطور که نمی‌شود در ضمن عقد دیگری حکم به حرمت ازدواج با دو زن یا بیشتر داد، نمی‌شود در ضمن عقد دیگری نیز حکم به ضمان فرد عامل داد مگر اینکه در عقد دیگری به بیانی دیگر این امر توجیه شود که قراردادن حق جعل راه مناسبی برای این موضوع نیست.

اما راهکار دومی که ارائه شده این است که بانک به عنوان فرد ثالث از طریق شرط فعل و نه شرط نتیجه عامل را ملزم به پرداخت خسارت در صورت تلف مال کند. اگر اشکال شود که شرط فعل ضمان آور نیست پاسخ آن است که همانگونه که گذشت شرط فعل در صورتی که متعلق آن از اموری باشد که ضمان آور است، ضمان آور خواهد بود(سند، ۱۴۲۸، ۲۲۸-۲۲۹). اما اولاً همانگونه که بیان گردید اگر علت عدم صحت را مخالفت با کتاب بدانیم این طرق راه مناسبی برای صحت آن نمی‌باشند از سوی دیگر واسطه(بانک) در عقد این قرارداد از طرف صاحب مال وکیل است بنابراین آنچه او شرط کند به مالک باز می‌گردد و اینکه او فرد ثالثی مشکل را حل نخواهد کرد و ثالثاً نتیجه در این موارد یکی است با این طریق عامل ضامن مال مضاربه می‌گردد و مسبب این ضمان نیز صاحب مال بواسطه بانک خواهد بود بنابراین روایات شریفه در نهی اخذ آن در اینجا جاری خواهد بود و محذور به جای خود باقی است.

۴- نتیجه‌گیری

شرط ضمان در عقد مضاربه صحیح نیست، اما نه از باب مخالفت با مقتضای عقد چرا که معلوم گردید مقتضای عقد مضاربه عدم ضمان نیست بلکه مقتضای اطلاق آن چنین است و مخالفت با مقتضای اطلاق بی-اشکال است و نه از باب ضمان قرار دادن امین، که ثابت گردید امین تا زمانی که شرط نشده باشد ضامن نیست

www.SID.ir

نه بطور مطلق. همچنین شرط ضمان در مضاربه مخالف صریح روایات است و آنچه در توجیه روایات بیان گردیده است دستبرداشتن از ظهور روایات و توجیهات غیرقابل قبول است. معتبره کاهلی نیز از آنجا که واحد در برابر اخبار مستفیض است و فقها بدان عمل ننموده اند را نمی‌پذیریم. در نتیجه شرط ضمان شرط مخالف کتب نه مقتضی است گرچه مشهور آن را مخالف مقتضی دانسته‌اند. طرقی که برای توجیه عملیات بانکی در ضامن قراردادن عامل بیان گردیده صحیح نمی‌باشد چرا که اگر علت عدم صحت را مخالفت با کتاب بدانیم شرط‌کردن در ضمن عقد لازم دیگر و یا شرط فعل نه نتیجه‌بودن و... مشکل را حل نخواهد کرد. بنابراین شرط ضمان در مضاربه در عقود بانکی به هیچ وجه قابل توجیه نخواهد بود. بنابراین بانک اگر با مشتریان خود چه در تجهیز منابع و چه در تخصیص منابع عقد مضاربه منعقد می‌کند باید این نکته را به مالک سرمایه یادآوری کند که در سود و زیان شریک است و اگر از نظر اقتصادی این امر در عملیات بانکی صحیح نباشد باید با سایر عقود به عملیات بانکی اقدام نماید.

فهرست منابع

۱- انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۵)، المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، کنگره جهانی شیخ اعظم، قم، چاپ اول،

۲- بحرانی، یوسف بن احمد، (۱۴۰۵)، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، دفتر نشر اسلامی، قم، چاپ اول.

۳- حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، (۱۴۱۸)، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، مؤسسه آل البیت، قم، چاپ اول.

۴- حکیم، سید محسن طباطبایی، (۱۴۳۰)، مستمسک العروه الوثقی، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ اول.

۵- حلی، جمال الدین، احمد بن محمداسدی، (۱۴۰۷)، مهذب البارع فی شرح مختصر النافع، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.

۶- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی(الف)، (۱۴۲۰)، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، مؤسسه امام صادق ع، قم، چاپ اول.

۷- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (بی‌تا)، تذکره الفقهاء، موسسه آل البیت، قم، چاپ اول،

۸- خاوری، محمود رضا، (۱۳۶۹)، حقوق بانکی، مؤسسه‌ی بانکداری اسلامی، تهران.

۹- خوئی، سید ابو القاسم موسوی، (۱۴۱۸) موسوعه الامام الخوئی، موسسه الآثار الامام الخوئی، قم، چاپ اول.

۱۰- السجستانی، سلیمان بن الأشعث، (۱۴۱۰)، سنن أبی داود، دار الفکر للطباعه و النشر التوزیع، بیروت، چاپ اول.

۱۱- سند، محمد، (۱۴۲۸)، فقه المصارف و النقود، مکتبه فدک، قم، چاپ اول.

۱۲- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، (۱۴۱۰)، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، نشر داوری، قم، چاپ اول.

۱۳- صدر، سید محمد باقر، (۱۴۰۱)، البنک اللاربوی، دار التعارف للمطبوعات، بیروت، چاپ هفتم.

Archive of SID

www.SID.ir

۱۴- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، تهذیب الاحکام، دار الکتب الاسلامیه، تهران، چاپ اول.
۱۵- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۳۹۰)، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، دار الکتب الاسلامیه، تهران، چاپ اول.
۱۶- عاملی، زین الدین بن علی، (بی‌تا)، حاشیه المختصر النافع، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، چاپ اول.
۱۷- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۸)، حقوق مدنی(مشارکت‌ها- صلح)، گنج دانش، تهران.
۱۸- کاشانی، محمد محسن فیض، (۱۴۲۵)، الشافی فی العقائد و الاخلاق و الاحکام، دار نشر اللوح المحفوظ، تهران، چاپ اول.
۱۹- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷)، الکافی، دار الکتب الاسلامیه، تهران، چاپ چهارم.
۲۰- مجلسی، محمد تقی، (۱۴۰۶)، روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، قم، چاپ دوم.
۲۱- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶)، قواعد فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ دوازدهم.
۲۲- مسعودی، علی رضا، (۱۳۸۶)، حقوق بانکی، انتشارات پیشبرد، تهران.
۲۳- موسویان، سید عباس، (۱۳۹۰)، طرح تحول نظام بانکی، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران.
۲۴- موسوی بهبهانی، سید علی، (۱۴۰۵)، الفوائد العلیه، مکتبه دار العلم، اهواز
۲۵- موسویان، سید عباس، (۱۳۸۵)، بانکداری بدون ربا از نگاه شهید صدر، مجله اقتصاد اسلامی، شماره۲۱، تهران.
۲۶- نجفی، محمد حسن، (بی‌تا)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، دار الکتب الإسلامیه، تهران.
۲۷- هاشمی، سید محمود، (۱۴۳۲)، بحوث فی الفقه(کتاب المضاربه)، مرکز اهل البیت الفقه الاسلامی، قم.
۲۸- یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، (۱۴۱۹)، العروه الوثقی فیما تعم بها البلوی(محشی)، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.

Archive of SID

www.SID.ir