



بررسی امکان اشتراط ضمان امین در قرارداد مضاربه و عقود مشارکتی بانکی از منظر حقوقی و فقهی (امامیه و عامه)*

دکتر صدیقه سادات فقیه^۱

استادیار دانشگاه پیام نور تهران

Email: faqih.sedique@gmail.com

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naseri1962@um.ac.ir

دکتر علی اصغر ابوالحسنی

دانشیار دانشگاه پیام نور تهران

Email: abolhasani2003@yahoo.com

چکیده

از منظر فقه مدنی، «امین» جز در صورت تعدی یا تفریط، ضامن هیچ گونه خسارتی نیست. اما آیا می‌توان با شرط ضمن عقد، امین را حتی در صورت عدم افراط و تفریط، ضامن دانست؟ این مسئله از مسائل اختلافی و مسبوق به پیشینه در فقه اسلامی است و جنبه‌ای که آن را روزآمد می‌سازد، تحلیل این مسئله در «عقود مشارکتی بانکی از جمله قرارداد مضاربه» است. اکثریت قریب به اتفاق فقیهان شیعه و اهل سنت، اشتراط ضمان امین را به صورت «شرط نتیجه» به دلیل مخالفت با اقتضای ذات عقد و نیز منافات با اقتضای امانت، مالکیت و نیابت عقد مضاربه، «باطل و مبطل» می‌دانند. اندکی که به صحت «شرط فعل ضمان»، فتوا داده‌اند، شرط مذکور را «وعده‌ای» به حساب آورده‌اند که صرفاً موجب «حکم تکلیفی محض» بوده و قابلیت ایجاد «حکم وضعی ضمان» را ندارد. به نظر می‌رسد مستندات قائلان به صحت شرط مزبور، از اتقان برخوردار نیستند و مستندات مخالفان مانند اطلاق «صحیحۃ محمد بن قیس» که اشتراط ضمان تاجر را عامل «انقلاب ماهیت» مضاربه به عقد قرض ربوی معرفی می‌کند، راجح‌اند. هر چند قانون‌گذار ایران نیز، همین دیدگاه را در ماده ۵۵۸ قانون مدنی پذیرفته است اما ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی قانون بانکداری بدون ربا مصوب ۶۲، ضمان امین را تجویز نموده است که نیازمند اصلاح است. این تحقیق بر اساس روش توصیفی و تحلیلی و بهره‌گیری از ابزار گردآوری اسنادی سامان یافته است. رویکرد اصلی مقاله، فقهی است ولی به جهت نیاز به تحلیل قوانین مرتبط کشور، مسئله از منظر حقوقی نیز مورد واکاوی قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: شرط ضمان امین، عقود مشارکتی بانکی، عقد مضاربه، ماده ۵۵۸ قانون مدنی.

* مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۴/۱۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۰۵/۱۰.

۱. نویسنده مسئول

Investigating the Possibility of Stipulation of the Trustee's Liability in the Mudarabah Contract and Banking Profit and Loss Sharing Contracts from a Legal and Jurisprudential Perspective (Imamia and Sunni)

Sediqe Sadat Faqih, Ph.D. Assistant Professor, Payame Nour University of Tehran (corresponding author)

Hossein Naseri Moghaddam, Ph.D. Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Ali Asghar Abolhasani, Ph.D. Associate Professor, Payame Nour University of Tehran

Abstract

From the perspective of civil jurisprudence, the trustee is not liable for any damages unless in case of excessive use or failure of due care. However, a question arises whether a trustee may be liable, by inserting a condition, even in the absence of excessive use or failure of due care? This is a controversial precedented issue in the Islamic jurisprudence and the aspect which makes it up-to-date is its analysis in “banking profit and loss sharing contracts including Mudarabah”. The vast majority of Shiite and Sunni jurists consider the stipulation of the trustee’s liability in the form of a “corollary condition” as “null and void and invalidating” due to its being against the requirements of contract and its contradiction with the requirements of trust, ownership and representation of Mudarabah. The few jurists, under whose fatwa liability in the form of condition about performance is valid, consider this condition as a promise which merely creates a “pure imperative rule” and is not capable of creating “the positive rule of liability”. It appears that the evidence of those who consider this condition as valid are not convincing and the evidence of opponents such as the absoluteness of “Sahiha of Mohammad ibn Ghais” which declares the stipulation of merchant’s liability as the cause of the “transformation of Mudaraba nature” into usurious loan, are preferable. Although the Iranian legislator has also accepted this opinion in article 558 of the Civil Code, article 12 of the Executive Directive of Usury-Free Banking Act passed in 1984, has permitted the trustee's liability which needs amendment. This research is based on a descriptive-analytical method and the use of documentary collection tools. The main approach of this paper is jurisprudential; however, given the need to analyze the relevant Iranian laws, the issue has been studied from a legal perspective as well.

Keywords: stipulation of trustee’s liability, banking profit and loss sharing contracts, Mudarabah contract, article 558 of the Civil Code.

مقدمه

طبق قوانین حاکم بر عقود امانی همانند مضاربه در فقه و حقوق ایران، «امین»، ضامن هیچ‌گونه خسارتی نیست مگر در صورت اقدام به «تعدی و تفریط» و صحت «شرط ضمان امین» در صورت عدم تحقق تعدی و تفریط، امری اختلافی است. به عنوان نمونه در عقد مضاربه، چند نظریه ابراز شده است: یک. «مشهور» فقیهان قائل به «باطل» و «مبطل» بودن شرط مذکور بوده و آن را «خلاف مقتضای ذات عقد» دانسته و اشتراط ضمان را چه در قالب «شرط فعل» و چه در قالب «شرط نتیجه»، «مفسد» عقد می‌دانند.

دو. گروهی دیگر با اذعان به «خلاف مقتضای اطلاق عقد» بودن و «خلاف شرع» بودن آن، تنها به «بطال» شرط ضمان عامل و صحت عقد فتوا داده و عده‌ای دیگر نیز به «صحت شرط» و «بطال عقد مضاربه» و نیز «انقلاب ماهیت مضاربه» به «عقد قرض» و در نتیجه «حرمت» بهره‌وری مالک سرمایه از سود حاصل به دلیل «ربوی» گردیدن آن، در صورت اشتراط ضمان عامل در هر دو قالب «شرط نتیجه» و «شرط فعل»، حکم داده‌اند.

سه. اندکی از فقها نیز قائل به صحت شرط ضمان در قالب «شرط فعل» شده‌اند، اما استدلال‌های آنان از تحلیل برخی از دلایل اصلی بطلان شرط ضمان از جمله «صحیحة محمد بن قیس» تهی می‌باشد، و نیز سایر دلایل مطروحه توسط ایشان نیز مورد مناقشة اساسی سایر علما قرار گرفته است.

بررسی حداقل ده مقاله نوشته شده در سال‌های اخیر^۱ در خصوص شرط ضمان امین در عقود امانی و مشارکتی، نشان‌گر تکرار دلایل مطروحه در فتاوی فقیهان موافق شرط ضمان از جمله «محمدکاظم طباطبایی یزدی» است که از قائلان به صحت شرط ضمان به استناد کتاب «العروه»، محسوب می‌شود (العروة الوثقی، ۲/ ۶۰۰ و ۶۴۶) ظاهر کلام ایشان در کتاب «العروه»، حکم به صحت اشتراط ضمان در قالب «شرط نتیجه» می‌باشد، هر چند هیچ‌یک از حاشیه‌نویسان این کتاب قائل به این حکم نبوده‌اند (خونی، مبانی العروة الوثقی، ۱/ ۵۱؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۱۲/ ۷۲)؛ قابل توجه اینکه این عالم بزرگ در کتاب «حاشیه‌المکاسب»، صراحتاً به بطلان «شرط نتیجه ضمان امین» حکم کرده و تنها به صحت «شرط فعل ضمان» فتوا داده است (یزدی، حاشیه‌المکاسب، ۲/ ۱۱۵). براساس رویکرد اخیر، نتیجه شرط فعل ضمان، صرفاً «وعده‌ای جایز» است که مفاد آن بنا به نظر مشهور فقها، چیزی جز «حکم تکلیفی محض» برعهده مضارب نخواهد بود و این نظر با دیدگاه قانونگذار قانون مدنی در تقنین بند دوم

۱ - صادقی (۱۳۷۲)، صفار (۱۳۷۷)، رستگار جویباری (۱۳۸۶)، باقری (۱۳۸۷)، باریکلو (۱۳۸۴)، کاشانی (۱۳۸۴)، خرازی (۱۳۸۵)، علوی (۱۳۸۸)، باریکلو (۱۳۸۹)، محبوبی (۱۳۹۲)، نظریور (۱۳۹۲)

ماده ۵۵۸ قانون مدنی هماهنگ است لکن برداشت های متناقضی از آن در جامعه حقوق دانان صورت گرفته و این استنباط، مرجع تصویب آیین نامه ها و دستورالعمل هایی در حوزه نظام بانکی واقع گردیده که «حکم وضعی ضمان» را بر عامل مضاربه جایز شمرده است.

متن اصلی پژوهش حاضر دربرگیرنده دو بخش است؛ بخش اول درخصوص مقررات مربوط به شرط ضمان امین در قوانین ایران، فقه امامیه و عامه است و بخش دوم به ارائه دلایل بطلان شرط ضمان امین و نقد و بررسی استدلالات موافقان و مخالفان شرط مذکور پرداخته و عبارت است از: ۱) خلاف مقتضای ذات عقد بودن شرط ضمان، ۲) خلاف اقتضای امانت بودن شرط ضمان و ۳) خلاف اقتضای مالکیت و نیابت بودن شرط ضمان، که مجموعه استدلالات فوق، تحت عنوان «خلاف شرع بودن شرط ضمان امین» در بیانات فقها مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

موقعیت شرط ضمان امین در فقه اسلامی و قوانین ایران

۱. شرط ضمان امین در میان فقهای امامیه و عامه

امکان اشتراط شرط ضمان امین در صورت عدم وقوع تعدی و تفریط خصوصاً در عقد مضاربه، در میان فقهای امامیه، مخالفانی چون: شیخ طوسی (المبسوط، ۱۴۹/۲)، ابن ادریس (۴۰۹/۲)، ابن حمزه (۲۶۴)، ابن زهره (۲۶۷)، شهید اول (۱۵۵)، کیدری (۲۶۴)، علامه حلی (تذکره الفقهاء، ۱۰/۲۴۸-۲۴۶)، ابن فهد حلی (۵۶۱/۲)، شهید ثانی (۳۳۱/۴)، محقق حلی (۱۴۷/۱)، فیض کاشانی (الوافی، ۱۸/۸۸۰)، علامه مجلسی (۳۳۹/۱۱ و ۳۴۳)، بحرانی (۲۰۲/۲۱)، صاحب ریاض (۳۳۳/۹)، ملا احمد زراقی (۴۲۴/۱)، صاحب جواهر (۲۱۷/۲۷)، محقق نائینی (۱۱۷/۲)، محقق حکیم (مستمسک العروة الوثقی، ۷۲/۱۲)، شهید صدر (اقتصادنا، ۵۷۴-۵۷۳)، مکارم شیرازی و گلپایگانی (به نقل از العروه الوثقی مع التعليقات، ۵۵۸/۲) و موافقانی از جمله: یزدی (العروة الوثقی، ۶۴۶/۲)، محقق خوئی (مبانی العروة الوثقی، ۵۱/۱) و امام خمینی (۶۱۲/۱) دارد. دلایل هر دو گروه به طور تفصیلی در متن اصلی مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

در میان فقهای اهل سنت، فقهای اصلی هر چهار مذهب اعم از مالک، شافعی، ابی حنیفه، احمدبن حنبل و نیز مجموع علمای متقدم بر بطلان شرط ضمان عامل (و حتی کلیه امضاء در سایر عقود امانی غیر از عاریه) متفق بوده اند و اختلاف ایشان تنها بر سر مبطل بودن یا نبودن شرط ضمان است

(الدبیان، ۶۷/۹-۶۸)؛ چنانچه مالک^۱ و شافعی^۲ شرط ضمان رأس المال بر عامل مضاربه را فاسد و مفسد عقد دانسته و حنفیه^۳ و حنابله^۴ بر باطل و غیر مبطل بودن شرط مذکور فتوا داده‌اند. برخی معتقدند آنچه در معاملات معتبر است، لفظ به کار رفته توسط متعامل و ظن او نیست؛ بلکه معانی و آنچه حقیقتاً واقع می‌شود، تعیین‌کننده ماهیت عقد می‌باشد و شرط ضمان عامل، ماهیت شرعی عقد را دگرگون کرده و آن را تبدیل به «عقد قرض» می‌نماید و اخذ سود حاصل توسط صاحب مال، در حکم «ربای نسبیته» است (المخلفی، ۱۰۲-۹۹). دببانی نیز در کتاب «المعاملات المالیه اصاله و معاصره»، پس بررسی دلایل فقهای قدیم و جدید اهل سنت و ارائه مناقشات وارده، نهایتاً به بطلان اشتراط ضمان عامل مضاربه حکم می‌دهد (الدبیان، ۱۰۱/۹).

۲. شرط ضمان امین در قانون مدنی

درخصوص «شرط ضمان امین» در قانون مدنی ایران، دو حکم صریح در دو عقد امانی وجود دارد: یک) ماده ۶۴۲ ق.م. که براساس آن شرط ضمان مستعیر در عقد عاریه که مستند به نص خاص شرعی می‌باشد، پذیرفته شده و به زعم فقها، حکمی استثنایی و خلاف قاعده است (صاحب جواهر، ۲۷/۲۱۷؛ عاملی، ۱۷/۴۲۹؛ نائینی، ۲/۱۱۷؛ خوئی، مصباح الفقاهه، ۷/۳۳۴-۳۳۵). دو) ماده ۵۵۸ ق.م. که مبنی بر عدم پذیرش شرط مذکور در عقد مضاربه است و هماهنگ با سایر عقود امانی و موافق با قاعده می‌باشد (صاحب جواهر، ۲۶/۳۴۲).

ماده فوق درخصوص «عقد مضاربه» مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است؛ مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.» برداشت صاحب نظرانی که مسلط به سوابق فقهی متون قانونی هستند، این است حکم انتهای ماده، از قابلیت ایجاد «حکم وضعی ضمان» بر ذمه عامل، قاصر است و در نتیجه نمی‌توان عامل را مدیون صاحب سرمایه دانست؛ براساس این رویکرد، نتیجه اشتراط قسمت دوم ماده فوق، صرفاً «وعده‌ای جایز» است که مفاد آن

۱ - «إِذَا شَرَطَ رَبُّ الْمَالِ الضَّمَانَ عَلَى الْعَامِلِ، فَقَالَ مَالِكٌ، لَا يَجُوزُ الْقَرَضُ وَهُوَ فَاسِدٌ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ، الْقَرَضُ جَائِزٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ. وَعَمَدَةُ مَالِكٍ، أَنَّ اشْتِرَاطَ الضَّمَانَ زِيَادَةٌ غَرَرٌ فِي الْقَرَضِ نَفْسَهُ...» (ابن رشد قرطبی، ۴، ۲۲).

۲ - «لو شرطاً في عقد القراض تحمل العامل للخسائر كان القراض باطلاً؛ لاشتراطهما خلاف موجب» (ماوردی، ۷، ۳۳۲)؛ «الشیء إذا كان حکمه فی الأصل علی الأمانة فإن الشرط لا یغیره عن حکم أصله» (خطابی، ۳، ۱۷۶).

۳ - «اشتراط الضمان علی الامین، باطل» (سرخسی، ۱۵، ۸۴؛ بغدادی حنفی، ۳۳).

۴ - «متی شرط علی المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضیعة، فالشرط باطل، لا نعلم فیہ خلاف، والعقد صحیح نص علیہ أحمد» (ابن قدامة، ۵، ۴۰) و نیز در کتب قواعد فقهیه حنابله این قاعده بسیار به چشم می‌خورد: «کل ما كان أمانة لا یصیر مضموناً بشرطه، وما كان مضموناً لا ینتفی ضمانه بشرطه» (مرداوی، ۶/۱۱۳).

بنا به نظر مشهور فقها، چیزی جز «حکم تکلیفی محض» برعهده مضارب نخواهد بود (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۲۷).

۳. شرط ضمان امین در قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین نامه مربوطه

ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی مضاربه از سلسله مصوبات شورای پول و اعتبار در راستای اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۳/۱/۱۹ است بدین مضمون که: «بانک‌ها «موظف» هستند برای جبران خسارت وارده بر اصل سرمایه، ضمن عقد صلح موضوع ماده ۸ این دستورالعمل، از عامل، تعهد کافی اخذ نمایند.» ماده مذکور، محصول برداشت نادرست از ماده ۵۵۸ ق.م.ب. بوده و حکم تکلیفی این ماده قانون مدنی را به حکم وضعی ضمان تبدیل نموده است.

این صراحت در قراردادهای متحدالشکل مضاربه که توسط بانک مرکزی تهیه گردیده بیشتر است؛ واقعیت آن است که موادی که در بطن فرم‌های استاندارد عقود مشارکتی بانکی، گنجانده شده است، حتی تناسبی با عقود مذکور از نظر شارع و قانونگذار نیز ندارد و ماهیت آنها را به عقد قرض ربوی، متحول و منقلب می‌کند. این مواد و تبصره‌ها عمدتاً به منظور انتقال ریسک‌های مختلف و تحمیل آن به تسهیلات گیرنده، طراحی گردیده است که نشان از اصرار بانک‌ها برای تثبیت موقعیت خویش در حاشیه امن و امان اقتصاد اعتباری و اجتناب از مواجهه با تحولات و نوسانات طبیعی بازار تجارت دارد. این اشکالات را با محوریت عقد مضاربه بررسی کرده و در این راستا به برخی از مواد و تبصره‌های قراردادهای متحدالشکل بانکی نیز اشاره خواهیم کرد.

* قرارداد متحدالشکل مضاربه

ماده ۴ - ... عامل، ضمن عقد خارج لازم، حق رجوع و فسخ قرارداد را از خود سلب و ساقط نمود. (پوشش ریسک نکول)

تبصره بند ۶ - سایر هزینه‌های متعلقه به موضوع قرارداد با مصالحه طرفین، بر عهده عامل خواهد بود. (پوشش ریسک هزینه‌های اضافی)

ماده ۸ - «در صورتی که نتیجه عملیات مضاربه منجر به زیان شود، عامل با امضای این قرارداد و ضمن عقد خارج لازم دیگری متعهد گردید؛ اصل سرمایه‌ی متعلقه را به حساب بانک منظور نماید. (پوشش ریسک سرمایه = "شرط ضمان عامل")

ماده ۹ - «چنانچه به تشخیص بانک، عامل بنا به دلایلی خارج از اراده، قادر به انجام موضوع قرارداد و یا اتمام آن نباشد؛ بانک می‌تواند نسبت به فسخ قرارداد حاضر، اقدام نماید. در این صورت عامل مکلف به

بازپرداخت سرمایه ی مضاربه و در صورت تحصیل سود، پرداخت سهم بانک از سود مکتسبه می باشد.» (پوشش ریسک حوادث)

ماده ۱۰- عامل متعهد گردید که در صورت عدم پرداخت وجوه در سررسید مقرر، از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل با بانک، علاوه بر وجوه تأدیه نشده خود، مبلغی به عنوان وجه التزام تأخیر تأدیه دین... به بانک پرداخت نماید. نرخ وجه التزام تأخیر تأدیه دین، معادل ۶ درصد به علاوه نرخ سود مورد انتظار، مجموعه معادل درصد می باشد. (پوشش ریسک تأخیر)

ماده ۱۳- نرخ سود مورد انتظار مندرج در مواد ۱۰، ۱۱ و ۱۲ این قرارداد معادل درصد می باشد. (پوشش ریسک سودآوری)...

باید اذعان نمود که تمام فعالیت های اقتصادی به طور طبیعی با نوعی مخاطره همراه است، پذیرش عدم مسئولیت سرمایه گذار و بیمه نمودن سرمایه او از تمام خطرات و متوجه نمودن همه ریسک ها به عامل نیروی کار (سرمایه پذیر)، نظامی بسیار شبیه به سیستم ربوی و سلطه عامل سرمایه بر اقتصاد را فراهم خواهد ساخت.

نقد دلایل موافقان و مخالفان شرط ضمان امین^۱

بررسی کتب فقهی نشان می دهد بسیاری از استدلالات موجود به «خلاف شرع بودن» شرط ضمان امین باز می گردد، چنانچه، برخی از فقها، «شرط خلاف مقتضای عقد» را نیز از اقسام «شرط نامشروع» دانسته و دلیل بطلان آن را «مخالفت با کتاب و سنت» بیان کرده اند (شیخ طوسی، المیسوط، ۱۴۹/۲؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۰/۲۴۸-۲۴۶ و فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع؛ ۳/۶۵-۶۶). لذا از جمله مستندات خلاف شرع بودن شرط ضمان، «خلاف اقتضای ذات عقد بودن» و «خلاف اقتضای امانت بودن» و «مخالفت شرط ضمان با اقتضای مالکیت و نیابت» می باشد که این قسمت از پژوهش به تبیین موارد فوق، پرداخته است.

۱ - به لحاظ ساختاری این امکان وجود داشت که شکل مقاله به صورت تقابل دیدگاه موافقان و مخالفان شرط ضمان امین سازماندهی شود اما ساختار انتخابی ما برای بیان موضوع، شامل بیان ترکیبی دیدگاه مخالفان شرط ضمان و سپس موافقان و نهایتاً نقد آن است. این انتخاب به این دلیل است که اول، مخالفت با یک رویه مألوف و نظر مشهور (خلاف شرع بودن اشتراط ضمان امین)، بیشتر مستلزم طرح دقیق مواضع مشهور است تا دفاع از نظرات اقلیت. حال آنکه مقالات بسیاری که اخیراً در همین زمینه منتشر گردیده، با چشم پوشی از ارائه برخی از مهم ترین مستندات مخالفان و نقد آن، عمدتاً و ابتدائاً به دفاع از نظرات موافقان پرداخته است. دوم، با توجه به محدودیت حجمی مقاله، پرداختن به تمامی نظرات موافق و مخالف و ارزیابی آنها امکان پذیر نیست. با وجود این، مقاله به شکلی نگاشته شده که تصویری شفاف از مهم ترین دیدگاهها و مواضع موافقان و مخالفان را منعکس ساخته است.

۱. خلاف مقتضای ذات عقد بودن شرط ضمان

یکی از استدلال‌های فقها در حکم به باطل و مبطل بودن شرط ضمان امین، «خلاف مقتضای ذات عقد بودن» آن است. چنان‌که می‌دانیم عقد دو «مقتضا» دارد: مقتضای ذات و مقتضای اطلاق؛ «مقتضای ذات عقد»، همان «جوهر عقد» یا «موضوع اصلی» مورد توافق است که عقد به خاطر آن واقع می‌شود و «شرط خلاف مقتضای ذات»، ماهیت آن‌چه را که «تراضی»، «قانون» و «عرف» به اشتراک آفریده‌اند، نفی می‌کند، لذا چنین شرطی، باطل و مبطل قرارداد است. «مقتضای اطلاق عقد» نیز عبارت از امری فرعی است که عقد برحسب اطلاق خود، یعنی در صورت عدم تقیید به اموری مانند وصف، مکان و یا زمان، مقتضای آن است و طرفین می‌توانند با درج شرط و قید در عقد، خلاف اقتضای مزبور را توافق کنند (نائینی، ۱۱۱/۲-۱۱۲).

۱-۱. معیار تشخیص اقتضای ذات عقد از اقتضای اطلاق آن

شناسایی «مقتضای ذات» هر عقد از «اطلاق» آن، یکی از مناقشه‌برانگیزترین بحث‌های فقهی و حقوقی است. بزرگان در تمیز مقتضیات ذات عقد، راه‌های متفاوتی را پیموده و معیارها و ملاک‌های متعددی ارائه نموده‌اند. برخی «شرع و قانون» را ملاک قرارداد (محقق کرکی، ۴/ ۴۱۴-۴۱۶) و برخی به «عرف» بسنده نموده (نراقی، ۱۵۱) و برخی به «قصد مشترک متعاقدین» اشاره نموده و بر این نظر قائل‌اند که آن‌چه طرفین عقد، به‌طور صریح، اولاً و بالذات انشاء کرده‌اند و مدلول مطابقی عقد است ملاک تشخیص مقتضای ذات عقود است (نائینی، ۱۱۲/۲).

گروهی از علما، با تمسک به معیار اخیر و توضیح دایرة اقتضانات ذات عقود امانی به مقصود اصلی متعاملین، به خلاف اقتضای اطلاق عقد بودن شرط ضمان در عقود امانی رأی داده‌اند. البته ایشان، همگام با مشهور فقها، در خصوص «عقد ودیعه»، قائل به استثنا بوده و به خلاف اقتضای ذات عقد بودن اشتراط ضمان در عقد مذکور و باطل و مبطل بودن آن، قائلند (بحرانی، ۲۱/ ۵۴۵؛ صاحب جواهر، ۲۷/ ۲۱۶؛ یزدی، العروة الوثقی، ۲/ ۶۴۶ و ۶۰۰؛ امام خمینی، ۱/ ۶۱۲).

علاوه بر ایراد به تنوع ملاک‌های ارائه‌شده از مقتضای ذات عقد و عدم اتحاد در مبنا، اشکال دیگری که به نظر موافقان شرط وارد شده این است که ایشان، «معیار نوعی» تمییز مقتضای عقد را که «قانون و عرف» است رها کرده‌اند و به «معیار شخصی» که «مفاد قصد مشترک» و معیاری نامطمئن و گمراه‌کننده است، متوسل گردیده‌اند. ایراد سوم نیز این است که اگرچه «عقد»، نهادی ارادی و آفریده‌ای عرفی است اما قوانین شرعی و مقررات حقوقی نیز عنصری از این ماهیت به‌شمار می‌آیند و به‌هیچ وجه نباید مغفول واقع شوند. برای مثال، در پاره‌ای از قراردادها، قبض، شرط صحت عقد است. ضرورت قبض را دو طرف انشاء

نمی‌کنند اما قانون، آن را لازمه جدایی‌ناپذیر و غیرقابل انفکاک از قرارداد می‌داند و شرطی که قبض را در وقف یا هبه یا رهن یا بیع صرف لازم نمی‌داند، خلاف مقتضای عقد می‌بیند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳/ ۱۸۰) و نیز در این خصوص توجه به این نکته ضروری است که حسب مبانی فقه امامیه، «اصل حاکمیت اراده» با توجه به امضای شرع از طریق جمله «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» پذیرفته شده است (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۱۳۶) لذا حتی در صورت منوط نمودن تعیین معیار اقتضای ذات عقد به اراده متعاقدین و پذیرش نظر موافقان در این خصوص، ضرورت دارد اشتراط ضمان امین، ناقض مقررات شرعی نباشد.

۲-۱. خلاف اقتضای ذات بودن شرط ضمان در عقود مختلف امانی

در بادی امر به نظر می‌رسد که علمایی که مقتضای ذات عقد را با «قصد اصلی متعاملین» مرتبط دانسته‌اند، قائل به جواز شرط ضمان امین در کلیه عقود امانی هستند و این در حالی است که حتی بزرگ‌ترین قائلان به مبنای فوق، در اکثر عقود امانی و مشارکتی، به مخالفت شرط مذکور با اقتضای ذات عقد، هم‌زمان با مخالفت آن با شرع، فتوا داده‌اند. به‌طور خلاصه به برخی از استدلالات ایشان در خصوص خلاف مقتضای ذات بودن شرط ضمان در عقود اجاره اعیان، وکالت، ودیعه، شرکت و مضاربه اشاره می‌کنیم:

- در «عقد اجاره اعیان»، وضعیت مستأجر ناشی از صرف اذن موجد نبوده بلکه ناشی از «حق مالکی» بوده که به وسیله عقد اجاره ایجاد گردیده است و عقد اجاره، «متعرض» عین مستأجره و «مقتضی» وقوع آن، تحت «ید انتفاعی» و «سلطنت شرعی» مستأجر و «عدم ضمان مستأجر» نسبت به آن می‌باشد و روشن است که عدم ضمان «ید مالکی» و «ید واقع بر اشیاء که ناشی از حق و استحقاق باشد»، یک امر مسلم و ثابت در شرع مقدس بوده و شرط ضمان در این‌گونه موارد علاوه بر این که «شرط خلاف مقتضای ذات» عقد اجاره است، «شرط خلاف کتاب و سنت» نیز به شمار می‌آید. (نائینی، ۲/ ۱۱۵) و نیز تمام فقها بالاجماع معتقد هستند که با تسلیم عین مستأجره به اطلاق عقد اجاره، موجد استحقاق دریافت مال الاجاره را دارد و نیز مستأجر فقط ضامن اجرت به «ضمان معاملی» بوده و ابداً نسبت به عین مستأجره ضمانی ندارد و گرنه لازم می‌آید نسبت به مال واحد، یک شخص دارای دو ضمان بوده باشد؛ اول: «ضمان معاملی» و دوم: «ضمانید» و جمع دو ضمان، از نظر فقهی، غیرقابل قبول است (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۷۳/ ۱۲).

- مرجع شرط ضمان در «عقد وکالت» نیز به ضمان شخص مالک باز می‌گردد، زیرا ید آن‌ها به منزله ید مالک است و حقیقت استنباطه (نمایندگی)، منافی با ضمان است (نائینی، ۲/ ۱۱۵).

- به اقتضای اثر ذاتی «عقد ودیعه» نیز ید مشروط‌علیه نسبت به مال، امانی است و به اقتضای اثر شرط، بر فرض صحّت آن، ید مشروط‌علیه نسبت به آن ضمانی می‌شود، واضح است که حکم ضمان و امان نسبت به شیء واحد و ید واحد در زمان واحد با هم سازگاری ندارند و وجود تضاد میان مفاد شرط و مفاد عقد، موجب اثبات و نفی مقتضای در آن واحد است که مستلزم خلل در قصد انشای عقد و در نتیجه موجب بطلان قرارداد است. از نظر ایشان بطلان شرط ضمان در عقد ودیعه، متناسب با قاعده و حکم کلی حاکم بر عقود امانی است (شهیداول، ۱۵۵؛ علامه‌حلی، قواعد الأحکام، ۲/۳۰۴؛ شهیدثانی، ۴/۳۳۱؛ محقق‌کرکی، ۷/۲۵۸؛ صاحب‌جواهر، ۲۶/۳۴۲).

- در «عقد شرکت» نیز فقها، «شرط ضمان کلیة خسارات بر احد شرکا» و یا «شرط عدم‌خسران برخی شرکا» را «خلاف مقتضای ذات عقد شرکت» دانسته و معتقدند لازمة ذات شرکت، «تساوی شرکاء در سود و زیان» و «تقسیم سود و جبران زیان به نسبت سرمایه» است (صاحب‌جواهر، ۲۶/۳۰۳؛ خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱/۲۶۳).

- نصوص وارده در باب مضاربه نیز نشان می‌دهد که شارع، خسارت را بر مالک قرار داده و ضمان سرمایه را به عهده وی گذارده است، پس اشتراط خلاف آن چه شارع مقرر نموده، جایز نیست و موجب بطلان است. (قمی، ۳۵) و گفتنی است «ظاهر این نصوص نشان می‌دهد تعلیل به این‌که شرط ضمان، منافی مقتضای اطلاق عقد است نه ذات آن، تعلیل کاملی نیست، زیرا اقتضای عقد مضاربه، دلایل شرعی را نیز دربرمی‌گیرد.»

۳-۱. تفاوت اشتراط ضمان در قالب دو شرط نتیجه و فعل^۲

عده اندکی از فقها در امکان ضمان‌آور بودن انواع مختلف شرط ضمان امین، (شرط نتیجه و شرط فعل) قائل به تفصیل هستند^۳؛ اکثریت قریب به اتفاق فقها صراحتاً به این نکته اشاره کرده‌اند که شرط ضمان، نمی‌تواند در قالب «شرط نتیجه» منعقد شود و چنین شرطی نمی‌تواند به صرف اشتراط حاصل شود؛ زیرا به اعتقاد ایشان، علت «خلاف شرع بودن» شرط ضمان به این دلیل است که اشتراط ضمان

۱ - «و من هنا يظهر أنّ تعليله بعدم كونه منافياً لمقتضى العقد بل لإطلاقه، غير تامّ بعد ورود النصّ و اقتضاء عقد المضاربة ذلك» (مکارم، به نقل از العروة الوثقی مع التعليقات، ۲، ۵۵۸).

۲ - (شرط نتیجه): شرط ورود خسارات به طور مستقیم به عامل و عدم توجه زیان به مالک سرمایه و (شرط فعل): یا «شرط تدارک تلف بدین معناست که ابتدا خسارات به مالک سرمایه وارد می‌شود ولی عامل، مبلغ خسارت را به مالک، هبه می‌کند.

۳ - بیانات خوئی به پذیرش «شرط ضمان عامل» تنها در قالب «شرط فعل» صراحت دارد. (خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱/۵۱) حکیم نیز به صحت شرط ضمان در «باب اجاره» در قالب «شرط فعل»، فتوا داده‌اند (حکیم، منهاج الصالحین، ۲، ۱۱۹؛ همو، مستمسک العروة الوثقی، ۱۲/۷۲)؛ اما ایشان، به «بطلان» «شرط فعل ضمان» در «عقد مضاربه» حکم رانده‌اند: «...لا خسران علیه [العامل فی المضاربه] بدون التفريط و إذا اشترط علیه تحمل الخسران لم یصح الشرط...» (حکیم، منهاج الصالحین، ۲/۱۶۰).

ضمن عقد نمی‌تواند در کنار سایر اسباب و موجبات ضمان که وضع و رفع آن به ید انحصاری شارع یا عقلاً است، اثر حقوقی داشته و ایجادگر ضمان باشد. (خوئی، المستند فی شرح العروة الوثقی، ۳/ ۲۲۸) به عبارتی، اسباب ضمان نسبت به مثل یا قیمت در شریعت احصا شده و در اتلاف به مباشرت یا به تسیب، غصب، غرور و تعدی و تفریط امین، منحصر است. بنابراین، عنوان اشتراط نمی‌تواند در عرض موجبات ضمان، قرار گیرد و پذیرش صحت شرط ضمان به معنای تأیید تحقق مسبب (ضمان)، بدون اسباب آن است و این، خلاف آن چیزی است که خداوند بر بندگانش واجب کرده است، مگر این‌که دلیل مخصصی وجود داشته باشد، مانند دلیل ضمان مال مورد عاریه توسط مستعیر در طلا و نقره که دلالت بر ضمان متصرف مال می‌نماید.

اما برخی دیگر از فقها معتقدند اشتراط ضمان چه در قالب «شرط نتیجه» و چه در قالب «شرط فعل» تأثیری در مخالفت شرط ضمان با اقتضای عقد ندارد و عرف هر دو حالت را «تضمین» به حساب می‌آورد. شهید صدر در کتاب بانک بدون ربا، می‌نویسد: «... مقتضای اطلاق روایت (صحیحة محمد بن قیس) این است که از لحاظ شرعی، هر چیزی که عرفاً بر آن، «تضمین مال» صدق کند، با استحقاق مالک نسبت به بخشی از سود، جمع نمی‌شود. لذا شامل تضمین به غیر قرض یعنی «تضمین با شرط» نیز می‌شود؛ بلکه همچنین ادعا می‌شود که شمول آن علاوه بر «شرط نتیجه»، بر موارد «جبران زیان» به صورت «شرط فعل» نیز می‌باشد؛ زیرا اگرچه آن به معنای دقیق، «تضمین» نیست اما «عرفاً» شامل آن نیز می‌شود؛ لذا به مالکی که با عامل مضاربه، شرط می‌کند تا هنگام وقوع خسارت، مقداری مال برابر با زیان به وی بدهد (شرط فعل)، می‌گویند که وی، عامل را ضامن کرده است.» (صدر، البنك اللاربوی، ۲۰۳).

باید گفت قانون‌گذار نیز به پیروی از نظر مشهور فقها، در خصوص حکم «شرط ضمان امین بدون تعدی و تفریط»، «ضمان شرعی» را حتی در قالب «شرط فعل» نیز نپذیرفته است؛ چنانچه ماده ۵۸۸ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب، ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد بود، عقد باطل است، مگر این‌که به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.»

تفاوت دو فرض باطل و صحیح صدر و ذیل ماده فوق این است که به نظر قانون‌گذار، ضمان، حکمی از احکام شرع است و بنابراین طرفین نمی‌توانند از طریق اشتراط، یکدیگر را ضامن، یعنی مدیون سازند. می‌دانیم که ضامن شدن یک نفر در قبال دیگری به معنای مدیون شدن ضامن و دائن شدن مضمون‌له به نحو «شرط نتیجه» است که موافقی در میان فقها ندارد؛ ولی نکته قابل ذکر این است که مفاد «فرض دوم» که قانون آن را به نحو «شرط فعل» صحیح دانسته، نیز نوعی «تعهد» است؛ که به نظر فقها براساس این تعهد،

برای متعهد، بدهی منفی (دین) و برای متعهدله، دارایی مثبت (طلب) به نحو بالفعل فراهم نمی‌شود و مضمون این تعهد، متعهد شدن یک نفر نسبت به تملیک مال به دیگری است به گونه‌ای که او را مدیون و طرف مقابل را مالک ذمه او نمی‌سازد؛ بلکه نتیجه اشتراط، صرفاً یک «تعهد و التزام» است که مفادش بنا بر نظر مشهور، چیزی جز یک «حکم تکلیفی محض» نخواهد بود^۱، به گونه‌ای که در فرض مرگ متعهد، به ترکه وی تعلق نمی‌یابد و در صورت تخلف نیز برای مشروطه، صرفاً «خیار تخلف از شرط» ایجاد می‌شود، ولی به هر حال برای مشروط‌علیه، «دین یا حکم وضعی (ضمان)» ایجاد نمی‌گردد و حتی به نظر برخی، عامل در صورت تخلف، مکلف به جبران خسارت نیز نمی‌باشد^۲.

هرچند در «حقوق معاصر» و در مبحث «نظریه عمومی تعهد»، به موجب تعهد، «حق مطالبه» برای متعهدله به وجود می‌آید و در شمار یکی از عناصر دارایی به شمار آمده و به عنوان «مال» مورد مطالعه قرار می‌گیرد (کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، ۲۲)؛ اما از نظر اکثر فقها، پذیرفتن این امر با مشکل جدی مواجه است و «مشهور فقها» معتقدند «تعهد» از «اسباب دین» یا از «موجبات ضمان» نیست (صاحب جواهر، ۶۹/۲۷) به نظر می‌رسد قانون‌گذار مدنی نیز، همین دیدگاه را در خصوص شرط مذکور پذیرفته است؛ زیرا اگر شرط، موجب ضمان یعنی «حق ذمی» یا «حق دینی» می‌بود، مورد استثنای ذیل ماده ۵۵۸ ق.م.همانند مورد صدر ماده (شرط ضمان مضارب) هم باطل و هم مبطل بود و تفاوتی میان آن‌ها وجود نداشت. به نظر این دسته از علما، قانون برای فرار از ضمان، به «حیلة» ذیل ماده، متمسک شده و مفاد آن را تعهد موجد ضمان نمی‌بیند (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۲۷).

از پژوهش‌های انجام گرفته در اولین مستند صحت شرط ضمان امین، که «خلاف اقتضای ذات عقد» نبودن آن است، این نتیجه حاصل می‌شود که در بیانات فقها، تعیین ملاک یکسانی که نشان‌دهنده اقتضای ذات هر عقد باشد، امری مشکل است و از معیارهای «عرف» و «شرع» تا «قرارداد بین طرفین» متغیر می‌باشد. برآیند نظرات علما و حقوق‌دانان این است که در واقع شرطی «خلاف مقتضای ذات عقد» به شمار می‌رود که خلاف «احکام تکلیفی و الزامی» شرعی بوده و منافی «قواعد امره» حقوقی باشد؛ لذا خلاف اقتضای ذات نبودن شرط ضمان به دلیل اختلافی بودن معیار تعیین آن، نه تنها دلیل مناسبی برای

۱ - «...أی علی سبیل شرط الفعل الراجع إلى اشتراط الموجر علی المستأجر ان یدفع مقداراً معیناً من المال علی تقدیر تلف العین من غیر أن تشتغل ذمته بشئ، (لا بعنوان الضمان) بل علیان یكون هذا الدفع تکلیفياً محضاً.» (خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱/ ۲۳۱).

۲ - «أن الاشتراط لیس من أسبابه [الضمان] و قد عرفت فی القسم الثالث من الشرط أن اشتراط ما لیس بسبب لحکم وضعی أو تکلیفی لا یكون نافذاً و یكون الالتزام به لغواً.» (خوئی، مصباح الفقاهة، ۷، ۳۳۵-۳۳۴).

اثبات صحت شرط مذکور نمی‌باشد؛ بلکه لازم است برای اثبات «حق» یا «حکم» بودن آن و یا «حکم وضعی» یا «تکلیفی» بودن شرط مذکور به سایر ادله رجوع کرد.

۲. شرط ضمان، خلاف اقتضای امانت

به منظور کشف خلاف اقتضای امانت بودن یا نبودن شرط ضمان، این قسمت از پژوهش، به بررسی و تحلیل سه مبحث قاعده عدم ضمان امین، خروج تخصیصی ید امانی از قاعده علی‌البد و مناقشه در مثال‌هایی که به عنوان «موارد نقض قاعده استیمان» مورد استناد قرار گرفته، پرداخته است.

۲-۱. قاعده عدم ضمان امین

یکی از استثنائات مهم «قاعده ضمان متصرف مال غیر»، «قاعده استیمان» است که به «قاعده عدم ضمان امین» شهرت داشته و از مسلمات شرع اسلام به شمار می‌رود. مضمون قاعده این است که چنانچه شخصی با «ید امانی» بر مال دیگری استیلا یابد، ضامن آن مال نخواهد بود. «قاعده استیمان» که به وسیله ادله نقلی فراوانی پشتیبانی می‌شود، خود به وسیله «قاعده ضمان ناشی از تقصیر» محدود شده است. براساس مفاد قاعده اخیر، با ارتکاب «تعدی و تفریط» از سوی امین، ضامن شناختن او به عنوان نوعی «مجازات مدنی»، امری مشروع و موجه خواهد بود. (مراغی، ۲/۴۷-۴۶) این‌که اذن امانی، مانع ضمان است مطلبی واضح است و احتیاج به اثبات ندارد با این حال می‌توان به معروف‌ترین روایات معصومین (ع) در باب استیمان اشاره نمود که عبارتند از: «لیس علی المؤمن، ضمان» (محدث‌نوری، ۱۶/۱۴)؛ «ان الامین لایضمن» (خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱، ۵۰) و «قال لیس علی مستعیر عاریه، ضمان - و صاحب العاریه و الودیعه مؤتمن» (حرعاملی، ۹۳/۱۹).

برخی معتقدند: «از نصوص وارده در خصوص ضمان مستأجر در صورت وقوع تعدی، اقتضای عدم ضمان وی در صورت عدم وقوع تعدی استنباط می‌شود.» (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۶۹/۱۲) جمعی نیز بر این عقیده‌اند که: «عموم و اطلاق روایات فوق، عقود امانی را در هر دو صورت اشتراط و عدم اشتراط ضمان شامل می‌شود.» (خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱/۵۰) و نیز از نصوص فوق برداشت می‌شود که مستأجر، مضارب و مستودع، شرعاً «امین» هستند و از آن‌جا که شرط ضمان، موجب خروج ایشان، از وصف امین بودن می‌شود و این وصف را زائل می‌کند، محکوم به بطلان است؛ لذا شرط ضمان امین، شرطی مخالف کتاب و سنت است (شهیدثانی، ۳۳۱/۴).

مهم‌ترین مناقشه‌ای که از طرف برخی فقها بر روایات دال بر عدم ضمان امین صورت گرفته، بدین مضمون می‌باشد که ایشان معتقدند که مفاد روایات مذکور این است که در این‌گونه ایادی برخلاف ایادی عدوانی، اقتضایی نسبت به ضمان نیست، نه این‌که در آن اقتضای عدم ضمان وجود داشته باشد تا بتوان

گفت شرط ضمان، در مخالفت با شرع است (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۷۰/۱۲) به بیان روشن‌تر، موضوعاتی که متعلق احکام شرعی واقع می‌شوند گاه چنانند که در نظر شارع، اقتضایی نسبت به «الزام مثبت» یعنی «وجوب» و یا «الزام منفی» یعنی «حرمت» ندارند که در این صورت، این موضوعات همان «مباحات» هستند و گاهی در آن‌ها اقتضایی نسبت به «الزام مثبت» و یا «منفی» وجود دارد که «واجبات» و «محرمات» از این قبیل موضوعات هستند که توافق برخلاف آن‌ها غیر ممکن است. موافقان صحت شرط ضمان می‌گویند شرط ضمان در عقود امانی، مخالف با احکام شرع که در آن‌ها «اقتضای الزام منفی» (حرمت) وجود داشته باشد، نیست. گروه مقابل در راستای رد برداشت فوق از روایات مربوطه مبنی بر «لا اقتضا» دانستن ید امین نسبت به ضمان، به مبحث اصولی «خروج تخصیصی» یا «حکمی» ید امانی از قلمرو قاعدة علی الید متمسک شده‌اند.

۲-۲. خروج تخصیصی ید امانی از قاعدة علی الید

موافقان شرط ضمان امین معتقدند حدیث «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه»، فقط بر «ید غیر مأذون» دلالت دارد و شواهدی ذکر نموده‌اند از جمله این‌که واژه «أخذ» در جایی استعمال می‌شود که تصرف بر مال غیر، با «قهر و غلبه» همراه باشد و نیز بیان کرده‌اند که روایت علی الید، در خصوص بقای عین و استمرار آن را در دست غیر مالک به ضرر متصرف آن است و این نوع بیان، اصطلاحاً نشان‌گر «لحن زجری» حدیث است که صرفاً مناسبت با موارد «عدوان» دارد، لذا اطلاق روایت را منصرف به «ید غیر مأذون» دانسته و نتیجه گرفته‌اند که خروج امانی از قلمرو ایادی ضمانی، «خروج موضوعی» و به «تخصیص» است؛ لذا اقتضای ضمان برای ایادی امانی وجود ندارد، نه این‌که در ایادی امانی، اقتضای عدم ضمان وجود داشته باشد. (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۵۰۴).

اما گروه مقابل، معتقدند حدیث «علی الید» اطلاق دارد و کلمه «أخذ» یک عنوان «کلی» است و نسبت به مصادیقی که به عنوان افرادش هستند، عنوان «متواطی» دارد و صدقش نسبت به ید مأذون و غیر مأذون، عدوانی و غیرعدوانی، علی السویه است؛ لذا ایشان با رد استدلال فوق، ظهور «قاعدة ضمانی» را در شمول ایادی امانی و غیرامانی قابل‌خدشه ندانسته و برآند «ادلة عدم ضمان امین» مثل «الأمین لایضمن»، «قاعدة علی الید» را تخصیص زده و ید امان را استثنائاً از حکم ضمان خارج نموده است (مامقانی، ۵، ۶۳).

در تأیید مطلب فوق برخی از اساتید می‌نویسند: «... ادعا می‌شود که شرط ضمان، مخالف مقتضی نیست، بر این مبنا که تنها مخالف حکم اقتضایی، مخالف حکم خداست، لذا شرط مذکور، مخالف کتاب و سنت هم نیست، اما این ادعا، مردود است؛ زیرا «عموم» (علی الید ما أخذت) شامل ید امین نیز

می‌شود و «ظهور» آن اقتضاء دارد که امین نیز ضامن آن‌چه در دستش هست، باشد. پس حال که امین، ضامن نیست حتماً مقتضی آن، عدم ضمانت است.» (صدر، البنك اللاربوی، ۱۸۹).

برخی از علما، نیز ضمن تحلیل دیدگاه گروه اول و استناد به «شبهة مصداقیه» بودن شرط ضمان و عدم جواز رجوع به عموم «المسلمون»^۱ و شمول عمومیت ادلة عدم ضمان امین نسبت به شرط ورد امکان «تزامم» و ترجیح ادلة استیمان در «تعارض» با «قاعدة وجوب وفای به شرط» و نیز استناد به عدم امکان توسل به «اصل عدم مخالفت با شرع» و «ارتکاز عقلا» به خروج تخصیصی امین از قاعدة ضمانت، نتیجه می‌گیرند عدم ضمان امین ناشی از اقتضای ادله می‌باشد و ایشان صراحتاً به مخالفت شرط ضمان امین با احکام شرعی فتوا داده‌اند (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۱۲/۷۱-۷۰).

۳-۲. ایرادات وارده بر شواهد نقض قاعدة استیمان

موافقان صحیح بودن شرط ضمان در تأیید نظر خویش به شواهدی که در فقه از شرط ضمان امین وجود دارد، استناد می‌کنند. این بخش از پژوهش، به بررسی اساسی‌ترین شواهد مدعیان «عدم ملازمة امان و عدم ضمان» و اشکالاتی که علما بدان‌ها وارد نموده‌اند از جمله ید آخذ بالسوم، صنعت‌گر، باربر و ید مستعیر در عاریة مضمونه، می‌پردازد.

الف) کالایی را که کسی برای خرید از مالک دریافت می‌دارد تا مشاهده نموده و بخرد یا خود بدین‌منظور با اجازه مالک برمی‌دارد، «مقبوض بالسوم» می‌نامند، با وجود اذن از جانب مالک، کالا در دست شخص، امانت است، با این حال، فقها، در صورت تلف مال در دست قابض، قائل به ضمان وی شده‌اند (صاحب جواهر، ۳۷، ۷۳). واقعیت این است که اتفاق نظری بر ضامن محسوب شدن قابض بالسوم وجود ندارد؛ زیرا برخی از فقهاء، مقبوض بالسوم را امانت مالکی و ید قابض را نیز ید امانی و غیرمضمون می‌دانند (علامه حلی، قواعد الأحکام، ۵/۳۲۱؛ خوانساری، ۳/۴۱۵) و نیز برخی از فقها این مسئله را داخل در شمول «قاعدة علی الید ما أخذت حتی تودیه» محسوب داشته و اذن و امانت را منتفی دانسته‌اند؛ نه اینکه مقبوض بالسوم را از استثنائات و تخصیصات قاعدة عدم ضمان امین بشمارند (بجنوردی، ۱/۲۱۴) روشن است بنا نمودن حکم براساس مسئله‌ای که در آن اختلاف نظر وجود دارد، خلاف اصول فقهی است.

ب) صنعت‌گران و افرادی که اجناس و مواد اولیه و خام را از مالک تحویل می‌گیرند تا آن را به اجناس مصنوع تبدیل کنند، بر اساس نظر بسیاری از فقها، اگر مال مزبور در دست آنان حتی بدون تعدی و تفریط

۱ - «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله عزوجل لایجوز» (حرعاملی، ۲۱، ۲۷۶).

تلف شود، ضامن خواهند بود در حالی که گفته می‌شود از طرف مالک، اذن داشته‌اند و به عنوان امانت مالکی، آن را در اختیار گرفته‌اند (بجنوردی، ۱/۱۳۲). در این خصوص نیز بسیاری از فقها، حکم مسأله را مختص موردی می‌دانند که شخص عامل به علت خروج از حد اذن و اجازه مالک، موجب ورود خسارت به مال گردد، نه آن‌جا که در حدود اذن، عمل کرده است. بی‌تردید، در صدق عنوان اتلاف، «احراز انتساب تلف به فاعل»، لازم است و لذا چنان‌چه پارچه و یا لباس به آفت سماوی در دست خیاط تلف شود، مسلماً وی شامل ضمان اتلاف نخواهد شد؛ فقها در این‌گونه موارد علاوه بر تأکید بر عدم صدق عنوان «اتلاف»، نسبت به عدم شمول ضمان «تعدی و تفریط»، نیز صراحت دارند و از نظر ایشان متصرف امین، در قبال حوادث غیر مترقبه، هیچ‌گونه مسئولیتی ندارد (محقق داماد، قواعد فقه، ۱۰۸) «عرف» نیز هرگز بروز «تلف سماوی» را موجب انقلاب ید امان به ضمان نمی‌پندارد؛ به عبارتی، از آن‌جایی که بسیاری از فقها، ملاک تشخیص تعدی و تفریط، را «عرف» می‌دانند، بی‌گمان در مواردی که امین به‌طور غیراختیاری و از روی سهو، به دلیل لغزش یا، آسیبی به مال امانی وارد می‌آورد، بنا به نظر عرف، به تبدیل ید امانی به ید عدوانی حکم نکرده و او را مقصر نمی‌شناسند؛ به‌ویژه اگر مسأله از باب تسبیب مورد توجه قرار داده شود؛ چنان‌چه به عنوان مثال به واسطه افتادن امین از بلندی به علت طوفان بر مال امانی، به آن، آسیبی رسد و یا تلف شود، نمی‌توان این‌گونه موارد را از مصادیق تعدی و تفریط به شمار آورد (عمیدزنجانی، ۱۷۳)؛ نایینی و خوانساری نیز در حاشیه بر عروه‌الوثقی عقیده به عدم ضمان وی دارند (محقق داماد، قواعد فقه، ۱۰۸)؛ برخی فقهای شیعه حتی جنایت حاصل از این اعمال را موجب ضمان ندانسته‌اند. (خویی، مبانی تکمله المنهاج، ۲: ۲۲۳).

ج) در عاریه مضمونه که از عقود امانی است، ضمان می‌تواند به مقتضای حکم شرع در عاریه طلا و نقره و یا به مقتضای شرط در ضمن عقد عاریه وجود داشته باشد. این درحالی است که به نظر مشهور فقها، مجوز اشتراط ضمان در بطن عاریه مضمونه به دلیل «نص خاص شرعی» صورت گرفته است؛ لذا از نظر این گروه از فقها، امکان اخذ «وحدت ملاک» و تسری آن به سایر عقود امانی منتفی است. زیرا در غیر این صورت باید به جواز اشتراط ضمان در «عقد ودیعه» نیز قائل شد و این درحالی است که خلاف مذاق شارع بودن آن (در نظر فقها)، امری کاملاً واضح است (صاحب جواهر، ۲۷/۲۱۷).

به نظر می‌رسد بزرگ‌ترین مانع صحت شرط ضمان امین، ادعای «خلاف اقتضای امانت» بودن آن است که موافقان شرط مذکور تلاش می‌کنند با ایرادات متعددی از جمله محدود نمودن قلمرو قاعده استیمان به عدم اقتضای ضمان و نیز مضیق نمودن دایره امین صرفاً به مستودع در عقد ودیعه و حذف

وصف امین از سایر عقود امانی نظیر اجاره، مضاربه و شرکت و نیز این بیان که اذن مالک، تنها «حرمت» یا «حکم تکلیفی» را برمی‌دارد و شرط، صرفاً «حکم وضعی ضمان» را اثبات می‌کند، لذا تعارضی میان اذن امانی و شرط ضمان وجود ندارد، از قدرت دومین مستند بکاهند؛ لکن مخالفان با استناد به «اطلاق و عموم» واژگان قاعده استیمان که نص صریح روایات متواتر صحیح‌السند است و استناد به «شبهه مصداقیه» بودن شرط مذکور و عدم جواز رجوع به «ادله وجوب وفای به شرط» و رد امکان «تراحم» و نیز با استناد به «شهرت فتوایی» و «اصل عملی» (همان) بر نظرات موافقان خدشه وارد نموده و از جمله اثبات می‌کنند عموم «قاعده علی‌الید»، ید امین را نیز دربر می‌گیرد و «ظهور» آن اقتضا دارد که امین نیز ضامن مال امانی باشد؛ پس حال که به دلیل قاعده استیمان، وی ضامن نیست، مقتضی آن «عدم ضمانت» است نه اینکه در آن، اقتضایی نسبت به ضمان نباشد و نیز ایشان بر کلیه شواهدی که گروه نخست بر رد ملازمه امان و عدم ضمان ارائه می‌کنند، مناقشه وارد نموده و تجویز اشتراط ضمان در «عقد عاریه» را نیز بنا به «دلیل خاص» دانسته و بر «حرمت قیاس» در تنقیح مناط و تسری آن به موارد مشابه تاکید ورزیده‌اند.

۳-۳. شرط ضمان خلاف اقتضای مالکیت و نیابت

برخی از فقها، شرط ضمان را نه از جهت «مخالفت با مقتضای امانت»، بلکه از جهت «مخالفت با مقتضای ملکیت و نیابت» در ساختار این قرارداد، باطل می‌دانند. (یزدی، حاشیه المکاسب، ۲/۱۱۵). به نظر ایشان، حقیقت ملکیت مال باعث می‌شود تا ذرک و خسارت وارده بر عهده مالک باشد و نمی‌توان این معنا را در قالب «شرط جبران خسارت»، برای غیر مالک قرار داد. به عبارتی؛ دست امین و سلطه او بر مال به منزله ید مالک است؛ بنابراین ضامن قرار دادن امین نیز بدین مفهوم است که مالک را ضامن تلف مال خود سازیم یا خسارت تلف مال مالک را از دیگری مطالبه کنیم. چنین نتیجه‌ای را قانون‌گذار جز در مورد «غصب» مال دیگری نمی‌پذیرد.

در «عقد مضاربه» نیز عامل به نیابت از طرف مالک، تجارت می‌کند و اثر اساسی عقد نیز اعطای همین نمایندگی از طرف مالک به وی است. معنی انعقاد قرارداد از طرف نماینده این است که پیمان را او می‌بندد ولی آثار این پیمان، دامن‌گیر اصیل و مالک سرمایه می‌شود، عامل نیز صرفاً نماینده به حساب می‌آید و از زیان‌های ناشی از تجارت مصون است. زیان‌های وارده در فعالیت‌های ناشی از عقد مضاربه، در مرحله اول باید از سود حاصل از تجارت و در مرحله دوم از سرمایه و سرانجام از دارایی مالک جبران شود. پس اگر شرط شود که خسارت متوجه مالک نخواهد شد، بدین معنی است که آثار معامله در دارایی نماینده ظاهر شود و این نتیجه با مفهوم نیابت مخالف است. (کاتوزیان، حقوق مدنی (مشارکتها - صلح)،

یکی از مهم‌ترین دلایل مخالفت با تضمین سرمایه در «عقد شرکت» نیز همین مفهوم «تبعیت سود و زیان از سرمایه» است که در قالب یک اصل یا قاعده فقهی، رخ نموده است. این قاعده، در کتب فقهی، تحت عناوین مختلفی نظیر «من له الغنم فعلیه الغرم»، «الخراج بالضمان»، «النعمة بقدر النعمة» و «الربح و النماء تابعان لرأس المال» نیز یاد شده است (مصطفوی، ۲۸۴) و قواعدی مثل «ملازمة ملكیت و ضمان»، «ملازمة ملكیت و منافع» و «ملازمة ضمان و منافع» از آن، منتج می‌شود؛ براساس این قاعده، سود و زیان از آن مالک مال است و نیز از قاعده مذکور این مطلب استفاده می‌شود که منفعت مال از آن هرکس باشد، زیان مال نیز متوجه او خواهد بود. به عبارتی، این قاعده، تحمّل ریسک را جزء جدایی‌ناپذیر از کسب سود می‌داند.

اشکالی که در این جا مطرح شده، استناد به «قاعده فقهی اقدام» است که براساس آن، شخص می‌تواند با علم و قصد و رضا، ضرر و ضمانی را علیه خویش بپذیرد؛ مانند اینکه کالایی را با قیمتی بالاتر از قیمت متعارف بخرد یا آن را به دیگری دهد که در دریا بیندازد. در این صورت هیچ‌کس ضامن خسارت وارده بر او نخواهد بود (محمدی، ۲۱۲). برخی معتقدند قاعده اقدام، موضوع قاعده ملازمة بین ملكیت و ضمان را توضیح کرده است و مواردی مانند تضمین زیان به وسیله یکی از شریکان (در عقد شرکت یا عامل در مضاربه)، از موضوع آن خارج می‌شود (نظرپور و دیگران، ۱۲۵).

پاسخ: همان‌طور که قلمرو «قاعده تسلیط^۱» محدود به حدود قانونی و شرعی است، قلمرو حکومت «قاعده اقدام» نیز تا جایی است که با مانع «قواعد آمره» مواجه نشود. توجه به این نکته ضروری است که براساس روایات صحیح‌السندی^۲ که مستند فتاوی بسیاری از فقهای شیعه^۳ قرار گرفته است، اشتراط شرط ضمان در ضمن عقد مضاربه، باعث انقلاب ماهیت آن به عقد قرض می‌شود و نیز با استناد به برخی روایات معتبر^۴، در عقد قرض، کوچک‌ترین شرط نفع برای مالک، ربا و حرام است. پس مضاربه، با

۱ - «قاعده تسلیط» موضوع ماده ۳۰ قانون مدنی است: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف و انتفاع را دارد، مگر در مواردی که «قانون» استثنا کرده باشد.»

۲ - در صحیح محمدبن قیس از امام محمد باقر (ع) به نقل از امام علی (ع) آمده است: «من ضمن تاجرأ فلیس له الا رأس ماله و لیس له من الربح شیء» «کسی که تاجری را ضامن قرار دهد، او حقی بر تاجر ضامن، غیر از اصل سرمایه ندارد و چیزی از سود به او تعلق نمی‌گیرد.» (جرعاعلمی، ۱۹، ۲۲-۲۱؛ کلینی، ۵، ۲۴۰). این روایت از چند طریق در وسائل الشیعه آمده است و علمای علم رجال و حدیث آن را «صحیح» برآورد نموده‌اند.

۳ - از جمله علمایی که شرط ضمان عامل را باعث تبدیل عقد مضاربه به عقد قرض می‌دانند: (ابن زهره، ۲۶۷)؛ (ابن ادریس، ۲/ ۴۰۹)؛ (کیدری، ۲۶۴)؛ (محقق حلی، ۱/ ۱۴۷)؛ (بحرانی، ۲۱/ ۲۰۲)؛ (بحرانی، ۱۲/ ۷۶)؛ (طباطبایی، ۹/ ۳۳۳)؛ (نراقی، ۱/ ۴۲۴)؛ (صدر، اقتصادنا، ۵۷۴-۵۷۳)؛ (فیض کاشانی، ۱۸/ ۸۸۰)؛ (گلپایگانی و مکارم شیرازی، العروه الوثقی مع التعليقات، ۲/ ۵۵۸) و (علامه مجلسی، ۱۱/ ۳۳۹ و ۳۴۳) که علامه می‌فرماید: «قوله (ع): «من ضمن مضاربه أی، شرط علیه الضمان و لعل وجه الحکم إنه خرج حیثئذ عن حکم المضاربه و صار قرضاً.»

۴ - حضرت رسول اکرم (ص) می‌فرماید: «کل قرض یجر منفعه فهو حرام» (علامه حلی، ۱۳/ ۲۷). این حدیث از طرق دیگر و نیز با تغییراتی

پذیرش شرط ضمان در عقد مضاربه، تاجایی می‌تواند به ضرر خود اقدام نماید که معادل مثل یا قیمت رأس‌المال باشد که همان مفاد عقد قرض (تملیک بالضمن) است؛ اما اقدام به پرداخت بیشتر از رأس‌المال تحت‌عنوان سود سرمایه با مانع ربا مواجه می‌شود که به دلیل منع صریح شارع، خلاف قواعد و مقررات امری و مخالف نظم عمومی است و امکان تراضی و اقدام برخلاف آن وجود ندارد؛ چنانچه اقدام به «معامله غرری» ولو از روی علم و آگاهی، آن را صحیح و قانونی نمی‌سازد. همچنانکه در اسراف و اتلاف بیهوده مال نیز چنین وضعیتی حاکم است. گفتنی است برخی از اساتید، غیرطبیعی بودن «ربا» را ناشی از نقض «قاعده ملازمة ملکیت و سود و زیان» می‌دانند (مطهری، ۴۲).

تأکید بر این نکته ضروری است که در هر حال صدور مجوز اقدام به عامل علیه خود در حد رأس‌المال (صدور امکان اشتراط ضمان عامل ضمن عقد مضاربه) ماهیت عقد مذکور را به عقد قرض دگرگون می‌نماید و واقعیت دیگر آن است که نیت در مضاربه تضمینی غیر از قرض نیست. بنابه نظر فقها، شرط ضمانت باعث تبدیل مضاربه به قرض می‌شود و اشکال خلاف «قاعده ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» بودن این عقد، وارد نیست؛ زیرا قرض چیزی جز اعطای مال و تضمین خسارت نیست که همراه با وضع ضمان عامل، محقق می‌شود؛ لذا بعد از ورود نص مذکور و اقتضای عدم ضمان داشتن عقد مضاربه، تعلیل به خلاف اقتضای ذات عقد نبودن شرط ضمان، استدلالی غیرتام است (مکارم‌شیرازی، به نقل از العروه الوثقی مع التعليقات، ۲، ۵۵۸). برخی نیز معتقدند حتی اگر لفظ و معنا، هر دو بر عقد خاصی تعلق بگیرد، چه بسا «فهم عرفی»، قرارداد را از حالتی به حالت دیگر تغییر می‌دهد و این امری واضح است که شارع، در خطاب‌های خود، «عرف» را مخاطب قرار داده است و «عرف»، موضوعات و مصادیق را تشخیص می‌دهد و مدالیل خطاب‌های شارع را درک می‌کند (تسخیری، ۱۶)؛ لذا در صورتی که قصد اصلی شخص سرمایه‌گذار از توسل به شرط ضمان عامل، بهره‌خواهی در عین تضمین اصل سرمایه خویش باشد، هر چند عقد، عنوان مضاربه را یدک کشد، اما «عرف»، برداشتی جز «عقد قرض ربوی» از توافق طرفین نخواهد داشت.

نتیجه‌گیری

۱. مشهور فقها با استناد به مستندات فوق، خصوصاً «خلاف مقتضای ذات عقد» بودن، قائل به «باطل» و «مبطل» بودن شرط مذکور بوده و اشتراط ضمان را چه در قالب «شرط فعل» و چه در قالب

نقل شده است: «أن كل قرض یجر منفعه فهو فاسد» (کلینی، ۵/ ۲۵۵) و نیز در کتاب خلاف از قول معصوم (ع) نقل گردیده است: «كل قرض جر منفعه فهو ربا» (طوسی، ۳/ ۱۷۴).

«شرط نتیجه»، «مفسد» عقد می‌دانند. گروهی دیگر با اذعان به «خلاف مقتضای اطلاق عقد» بودن و «خلاف شرع» بودن آن، تنها به «بطلان» شرط ضمان عامل و صحت عقد فتوا داده و گروه اندکی از فقها نیز قائل به صحت شرط ضمان در قالب «شرط فعل» می‌باشند و این درحالی است که اطلاق «صحیحة محمدین قیس» که اشتراط ضمان تاجر را عامل «انقلاب ماهیت» عقد مضاربه به عقد قرض ربوی می‌داند، «تضمین» را در هر دو حالت شرط نتیجه و شرط فعل دربرمی‌گیرد. به عبارتی، پذیرش این روایت صحیح‌السند، موجب «حرمت» بهره‌وری مالک سرمایه از سود حاصل، حتی در صورت اشتراط ضمان عامل در قالب «شرط فعل» است.

۲. از منظر حقوقی نیز ماده ۵۵۸ ق.م در خصوص «عقد مضاربه» مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است؛ مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف معجانه به مالک تملیک کند.» مقایسه حکم صدر و ذیل ماده مذکور در نگاه اولیه ممکن است هر خواننده‌ای را به شگفتی واداشته و او را به تجویز حيله یا تقلب توسط قانون‌گذار برای دستیابی به حکم صحت عقد مذکور رهنمون سازد؛ امری که متأسفانه در تاریخ تقنین ایرانی، بی‌سابقه نیست؛ چنانچه ماده ۶۵۳ ق.م را می‌توان نمونه‌ای از دور زدن «قانون ممنوعیت ربا» توسط قوانین گذشته معرفی کرد که به دست قانون‌گذار پس از انقلاب نسخ گردید. به موجب ماده مذکور: «مقترض می‌تواند به وجه ملزومی به مقرض وکالت دهد در مدتی که قرض بر ذمه او باقی است مقدار معینی از دارایی مدیون را در هر ماه یا در هر سال، معجانه به خود منتقل نماید.»؛ اما استنباط صاحب نظرانی که مسلط به سوابق فقهی متون قانونی هستند، این است که دو حکم ابتدا و انتهای ماده مذکور از نظر عدم امکان ایجاد «حق دینی یا ذمی» بر عهده امین، یکسان بوده و به عبارت دیگر، حکم اخیر ماده، از قابلیت ایجاد «حکم وضعی ضمان» بر ذمه عامل، قاصر است. براساس این رویکرد، نتیجه اشتراط قسمت دوم ماده فوق، صرفاً «وعده‌ای جایز» است که مفاد آن بنا به نظر مشهور فقها، چیزی جز «حکم تکلیفی محض» بر عهده مضارب نخواهد بود.

۳. هرچند شورای پول و اعتبار در ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی مضاربه از سلسله آیین نامه های اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا در خصوص قرارداد مضاربه مصوب ۱۳۶۳ شرط ضمان را در قالب عقد صلح تجویز نموده و ظاهراً به این مبحث جنجالی خاتمه داده است؛ اما باید توجه داشت که آیین نامه از نظر سلسله مراتب قانونی ذیل قانون عادی قرار می‌گیرد و نمی‌تواند خلاف قانون عادی (م ۵۵۸ قانون مدنی) وضع شود و نیز اینکه برای تجویز و تصویب معاملات نظام مالی و بانکی که دائر مدار سایر مؤلفه‌های اقتصادی هستند بایستی از عقود که مشروعیت آنها مسلم و مورد اتفاق است، استفاده شود تا

روابط اقتصادی میلیون‌ها انسان مسلمان بر پایه امور شبهه‌انگیز یا مورد اختلاف در اصل مشروعیت، بنا نشود و همچنین از آن‌جا که تمام فعالیت‌های اقتصادی به‌طور طبیعی با نوعی مخاطره همراه است، پذیرش عدم مسئولیت سرمایه‌گذار و بیمه نمودن سرمایه او از تمام خطرات و متوجه نمودن همه ریسک به عامل نیروی کار (سرمایه‌پذیر)، نظامی بسیار شبیه به «سیستم ربوی» و سلطه ظالمانه عامل سرمایه بر اقتصاد را فراهم خواهد ساخت خصوصاً اینکه شارع بر فهم «عرف» از نوع قرارداد، صحه گذارده است و قضاوت عرف از اینگونه قراردادهای مشروط به جبران خسارت، چیزی جز معامله ربوی نیست؛ لذا حتی اگر بتوان با کمک باهوش‌ترین مشاوران حقوقی و تمامی ظرفیت فقهی، تمام جزئیات قراردادهای مطلوب بانکی را با قوانین حقوقی و شرعی در زمینه‌ی مشارکت، هماهنگ کرد؛ اما آنچه در صحنه‌ی واقعیت و عمل رخ می‌دهد، قطعاً فاقد آثار و نتایج یک قرارداد مشارکت در اقتصاد واقعی است؛ و اگر در «فقه فردی» با توسل به عناوین مختلف فقهی و حقوقی مانند صلح، بیمه و جعاله و...، بتوان قراردادهای شرعی مذکور را در خدمت اهداف ناعادلانه خرده نظام‌های سرمایه‌داری بانک، بورس و بیمه قرار داد، از نگاه کلان «فقه اجتماعی»، تجویز شرط ضمان عامل، غیرقابل توجیه به نظر می‌رسد.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، *غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسیله*، مصحح: محمدحسون، قم، انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی، ۱۴۰۸ ق.
- ابن‌رشد، محمد بن احمد، *بدایه المجتهد و نهایه المقصد*، قاهره، دارالحدیث، مصر، ۱۴۲۵ ق.
- ابن‌قدمه، عبدالله بن احمد، *المغنی*، مکتبه القاهره، چاپ سوم، ۱۳۸۹ ق.
- باریکلو، علی‌رضا، «شرط ضمان امین در فقه امامیه»، *مجله مطالعات اسلامی*، ش ۶۷، (۱۳۸۴).
- باقری، احمد و بهمن‌پوری، عبدالله، «نقد و بررسی ادلة بطلان شرط ضمان مستأجر»، *مجله حقوق*، دوره ۳۸، پاییز، شماره ۳، صص ۴۳-۵۶، (۱۳۸۷).
- بجنوردی، محمد بن حسن، *قواعد فقهیه*، تهران - ایران، مؤسسه عروج، چاپ سوم، ۱۴۰۱ ق.

بحرانی، آل عصفور، حسین بن محمد، *الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع* (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیة، چاپ اول، بی تا.

بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

البغدادی الحنفی، ابو محمد غانم بن محمد، *مجمع الضمانات*، دارالکتب الاسلامی، بی تا.
تسخیری، محمدعلی، «جایگاه الفاظ و معانی در قراردادهای مالی»، *مجله اقتصاد اسلامی*، شماره ۱۸، صص ۱۱-۳۴. (۱۳۸۴).

_____، *مضاربه*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۴.
حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم - ایران، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مؤسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
_____، *منهاج الصالحین* (المحتشی للحکیم)، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
خرازی، محسن، «پژوهشی در اقسام بانک و احکام آن»، *مجله فقه اهل بیت*، بهار، شماره ۴۵، صص ۲۷-۵۴. (۱۳۸۵).

خطّابی، حمد بن محمد، *معالم السنن*، وهو شرح سنن أبی داود، حلب، سوریه، المطبعة العلمیة، ۱۳۵۱ ق.
الخلیفی، عبدالعزیز، *ضمان المضارب فی ضوء تجربه المصارف الإسلامیة*، مجله دارالحديث الحسنيہ، العدد ۱۲، صص ۱۰۴-۹۵. ۱۴۱۵ ق.

خمینی، روح اللّٰه، *تحریر الوسیله*، ۲ جلد، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، ۱۳۷۹.
خوانساری، احمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.

خوئی، ابو القاسم، *المستند فی شرح العروة الوثقی*، (مبحث الإجاره)، بی تا.
_____، *مبانی العروة الوثقی*، قم، منشورات مدرسة دار العلم - لطفی، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
_____، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
_____، *مصباح الفقاهة* (المکاسب)، بی تا.

الدبیان، دبیان بن محمد، *المعاملات المالیه اصاله و معاصره*، ریاض، انتشارات، مکتبه الملك فهد الوطنیه، عربستان سعودی، ۱۴۳۲ ق.

رستگار جویباری، محی الدین، «حدود مسئولیت امین در عملیات بانکی غیر ربوی»، *مجله فقه*، سال چهاردهم، شماره ۵۳، صص ۱۶۴-۱۴۰. (۱۳۸۶).

سنهوری، عبدالرزاق احمد، *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۵۴ م.

- شمس الائمه سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۴ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية*، بیروت، دارالتراث - الدار الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشی - کلاتر)*، قم - ایران، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام*، بیروت - لبنان، دار إحياء التراث العربی، هفتم، ۱۴۰۴ ق.
- صادقی، علی اکبر، «شرط ضمان مستأجر»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۳ و ۱۴، صص ۲۸-۲۷ (۱۳۷۲).
- صدر، محمد باقر، *اقتصادنا*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *البنک اللاربوی*، بیروت - لبنان، دار التعارف للمطبوعات، چاپ هفتم، ۱۴۰۱ ق.
- صفّار، محمد جواد، «نقد و تحلیل حقوقی ماده ۵۵۸ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب»، *نامه مفید*، شماره چهاردهم، تابستان، ۱۳۷۷.
- طباطبایی، علی بن محمد حائری، *ریاض المسائل في تحقیق الأحكام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت (علیهم‌السلام)، مصحح، محمد بهره‌مند و دیگران، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، ۶ جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- _____، *المبسوط في فقه الإمامية*، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران - ایران، سوم، ۱۳۸۷ ق.
- عاملی، جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء (ط - الحديثة)*، قم - ایران، مؤسسه آل‌ال‌بیت علیهم‌السلام، اول، ۱۴۱۴ ق.
- _____، *قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- علوی‌رضوی، یحیی، «شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه»، *فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی*، سال نهم، شماره ۳۳، بهار، صص ۱۷۸-۱۶۱.
- عمیدزنجانی، عباسعلی، *موجبات ضمان*، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
- فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، *الوافی*، مصحح، ضیاء الدین حسینی اصفهانی، اصفهان، کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی علیه‌السلام، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.

- اول، بی تا. _____، *مفاتیح الشرائع*، قم، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی، چاپ
- اول، بی تا.
- قمی، تقی طباطبایی، *الغایة القصوی فی التعلیق علی العروة الوثقی - کتاب المضاربة*، تک جلدی، قم، انتشارات محلاتی، چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی؛ مشارکتها - صلح*، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۹.
- _____، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۰.
- _____، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۹.
- کاشانی، محمود، «نارسایی های حقوقی بانکداری در ایران»، *مجله تحقیقات حقوقی*، پاییز و زمستان، شماره ۴۲، صص ۶۸-۹. (۱۳۸۴).
- کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، دوم، ۱۴۱۴ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی (ط - الإسلامية)*، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- کیدری، محمد بن حسین، *إصباح الشیعة بمصباح الشریعة*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- مامقانی، محمد حسن بن عبد الله، *غایة الامال فی حاشیة المكاسب مع نهاية المقال فی تکملة غایة الامال*، قم، مطبع ثامن الحجج (ع)، ۱۴۲۳ ق.
- ماوردی، علی بن محمد، *الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی وهو شرح مختصر المنزی*، المحقق، الشیخ علی محمد معوض و الشیخ عادل أحمد عبد الموجود، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۹ ق.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخیار*، قم، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی، ۱۴۰۶ ق.
- محبوبی، سید نصرالله، «بررسی شرط ضمان امین با تکیه بر ضمان مستأجر»، *مجله مطالعات اسلامی، فقه و اصول*، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۴، پاییز، صص ۱۴۲-۱۲۳-۱۳۹۲.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الإمامیة*، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.
- محقق داماد، مصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، چاپ سوم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۳.
- _____، *قواعد فقه (بخش مدنی، مالکیت و مسئولیت)*، چاپ چهل و چهارم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۳.

- مراغی، میر عبد الفتاح بن علی، *العناوین الفقهیة*، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- مرداوی، علی بن سلیمان، *الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف*، دار إحياء التراث العربی، بی تا.
- مصطفوی، محمد کاظم، *مئة قاعدة فقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۲۱ ق.
- مطهری، مرتضی، *مسئلة ریا و بانک*، تهران، انتشارات صدرا، چاپ بیست و دوم، ۱۳۹۳.
- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیة*، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین (علیه السلام)، چاپ سوم، ۱۴۱۱ ق.
- نائینی، محمد حسین، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تهران - ایران، المكتبة المحمدیة، ۱۳۷۳ ق.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *رسائل و مسائل (للنراقی)*، قم، کنگره نراقیین، ملاً مهدی و ملاً احمد، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
- _____، *عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام*، در یک جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- نظرپور، محمد مهدی و خوش اخلاق، مهدی، «بررسی فقهی تضمین سرمایه در اوراق مشارکت»، *فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی*، سال سیزدهم، شماره ۵۰، (۱۳۹۲).
- نوری، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت - لبنان، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- یزدی، محمد کاظم طباطبایی، *العروة الوثقی*، بیروت - لبنان، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- _____، *العروة الوثقی مع التعليقات*، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۸ ق.
- _____، *حاشیة المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.