

بررسی انقلاب عقد مضار به عقد قرض ربوی در صورت اشتراط ضمان عامل*

- صدیقه سادات فقیه^۱
- حسین ناصری مقدم^۲
- اصغر ابوالحسنی^۳

چکیده

«شرط ضمان امین» از جنجالی‌ترین مباحث علمی در هر سه عرصه فقهی، حقوقی و اقتصادی، و کاربردی‌ترین شرط ضمن عقد در حوزه قراردادهای مشارکت بانکی و پروژه‌های سرمایه‌گذاری عصر حاضر است. شدت تفاوت فتاوی صادره در خصوص شرط مذکور، از «صحت و حلیت» که نظر «اقلیت» فقهاست تا حکم به «باطل و مبطل» بودن و «حرمت» آن که نظر «مشهور» ایشان است و نیز نزدیکی مرز قراردادهای امانی مشروط به شرط مذکور، به دلیل انقلاب ماهیت به «بزرگ‌ترین خط قرمز اقتصادی جهان اسلام» یعنی عنصر «ربا»، بازبینی و تدقیق در مبانی صدور احکام و قوانین متعارض در این خصوص را

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۵/۵.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور (نویسنده مسئول) (faqih.sediqe@gmail.com).

۲. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد (naseri1962@ferdowsi.um.ac.ir).

۳. دانشیار دانشگاه پیام نور (abolhasani2003@yahoo.com).

ضروری می‌سازد. قوت ادله «بطلان شرط ضمان عامل»، امکان توجیه‌پذیری فقهی و حقوقی آن را به حداقل ممکن رسانده و لزوم توجه طراحان الگوهای سرمایه‌گذاری اقتصادی را به پاسداشت مبانی اقتصاد اسلامی در راستای مصونیت از لغزش در ورطه اقتصاد ربوی، بیش از پیش آشکار می‌سازد. این مهم در زمینه عقود مشارکتی و امانی، جز با اجرای لوازم «مشارکت واقعی طرفین» از جمله «توزیع منصفانه ریسک و بازده» بین سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر و به عبارتی عدم امکان اشتراط ضمان علیه عامل، امکان‌پذیر نخواهد بود.

واژگان کلیدی: شرط ضمان امین، عقد مضاربه، شرط نتیجه، شرط فعل، شرط نامقدور، انقلاب عقد، حیل الربا.

مقدمه

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، در راستای زدودن مقررات ضد اسلامی از نظامات و سازمان‌های کشور از جمله نظام بانکداری، مبحث اشتراط ضمان عامل در عقد مضاربه - که پس از حذف عقد قرض ربوی، از پرکاربردترین عقود بانکی محسوب می‌شود - مورد بررسی و مذاقه علمای عصر حاضر قرار گرفت.

حکم به صحت شرط مذکور که به مذاق بانک‌ها در جهت اطمینان از دریافت اصل سپرده و عدم تحمل ریسک، نزدیک‌تر بود، از طرف قریب به اتفاق نویسندگان مورد استقبال قرار گرفت و برخی محققان با استناد به آرای اقلیت فقها و نظرات شاذ در این مورد و نیز موارد مختلفی از مقررات اقتصادی اسلام، تلاش و افری در جهت همسوسازی اقتصاد نوپای ایران اسلامی با مقررات بانک‌ها، بورس‌ها و مؤسسات بیمه در سطح جهانی نمودند و در همین راستا، قوانینی در کشور وضع گردید که به رغم ظاهر اسلامی، سنخیتی با روح قوانین ضد ربوی اسلامی نداشت. تصویب مقرراتی تحت عنوان حیل و کلاه شرعی و تبدیل آن به شاهرهای برای انجام معاملات بانکی کشور نه تنها نقض غرض شارع در وضع قواعدی است که هر کدام بر اساس مصالحی عالیه مقرر گردیده‌اند، بلکه سیطره روح ظالمانه و ربوی چنین قراردادهایی، قطعاً منافع ملت و دولت را با مخاطرات جدی مواجه خواهد ساخت.

موضوع مقاله حاضر از حساسیتی ویژه برخوردار است؛ زیرا نزدیکی مرز قراردادهای امانی مشروط به شرط ضمان امین بر اساس دلایل متقن و خصوصاً برخی روایات

صحیح‌السنند، به بزرگ‌ترین خط قرمز اقتصادی جهان اسلام یعنی عنصر «ربا»، به دلیل انقلاب ماهیت عقد مضاربه به عقد قرض ربوی، لزوم بازخوانی مقررات عقود مشارکتی و عقد مضاربه بانکی و نیز ضرورت تدقیق در مبانی صدور فتاوی متعارض در خصوص اندراج شرط ضمان عامل را مضاعف می‌سازد.

طبق قوانین حاکم بر عقود امانی 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. «مشهور» فقها 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 می‌شمارند. 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 داده‌اند و عده‌ای دیگر نیز به «صحت شرط» و «بطلان عقد مضاربه» و نیز «انقلاب ماهیت مضاربه» به «عقد قرض» و «حرمت» بهره‌وری مالک سرمایه از سود حاصل و در نتیجه «ربوی» گردیدن آن حکم نموده‌اند. گروه اندکی از فقها نیز قائل به صحت شرط ضمان در قالب «شرط فعل» می‌باشند.

از آنجا که اکثر مقالات به نقد و بررسی دلایل اصلی مخالفان و موافقان اشتراط ضمان امنا پرداخته و از سایر دلایل که اهمیت آن کمتر از دلایل مذکور نمی‌باشد، چشم‌پوشی کرده‌اند، بر آنیم که پس از ارائه‌ی اجمالی دلایل اصلی نظیر مخالفت شرط ضمان امین با اقتضای ذات عقود امانی، و منافات شرط مذکور با اقتضای امانت و مالکیت و نیابت، به تحلیل و بررسی تفصیلی دلایل کمتر مطرح‌شده‌ای مثل بررسی امکان اشتراط ضمان در قالب «شرط نتیجه» و «شرط فعل»، امکان انقلاب عقد مضاربه به عقد قرض در صورت اشتراط ضمان عامل، نامقدور بودن شرط ضمان امین و امکان دستاویز قرار گرفتن شرط ضمان عامل برای اخذ ربا پردازیم. قبل از پرداختن به مستندات موافقان و مخالفان اندراج شرط ضمان امین، به طرح مطالب مختصری از جایگاه شرط مذکور در میان فقهای شیعه و اهل سنت و نیز مواد قانونی مربوطه می‌پردازیم.

۱. شرط ضمان امین در فقه شیعه، فقه سنت و مجموعه قوانین

۱-۱. شرط ضمان امین در میان فقهای شیعه

امکان اشتراط شرط ضمان امین در صورت عدم وقوع تعدی و تفریط به ویژه در عقد مضاربه، در میان فقهای امامیه، مخالفانی چون: شیخ طوسی (۱۳۸۷: ۱۴۹/۲)، ابن ادریس حلی (۱۴۱۰: ۴۰۹/۲)، ابن زهره حلبی (حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۶۷)، شهید اول (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۵۵)، بیهقی کیدری (۱۴۱۶: ۲۶۴)، علامه حلی (۱۴۱۴: ۱۰-۲۴۶-۲۴۸)، ابن فهد حلی اسدی (۱۴۰۷: ۵۶۱/۲)، شهید ثانی (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۴-۳۳۱)، محقق حلی (۱۴۱۸: ۱۴۷/۱)، فیض کاشانی (۱۴۰۶: ۱۸-۸۸۰)، علامه مجلسی (۱۴۰۶: ۱۱-۳۳۹ و ۳۴۳)، سید بحرانی (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱-۲۰۲)، صاحب ریاض طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۳۳/۹، صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۷-۲۱۷)، محقق نائینی (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۱۷/۲)، محقق حکیم (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۲-۷۲)، شهید صدر (۱۴۱۷: ۵۷۳-۵۷۴)، مکارم شیرازی (به نقل از: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۲-۵۵۸)، و موافقانی نظیر: سید یزدی (همو، ۱۴۰۹: ۲-۶۴۶)، محقق خویی (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۱-۵۱) و امام خمینی (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۱-۶۱۲) دارد.

بررسی حداقل ده مقاله نوشته شده در سال‌های اخیر^۱ در این باره، نشانگر تکرار دلایل مطروحه در فتاوی فقهای موافق شرط ضمان از جمله سید یزدی می‌باشد که به استناد کتاب العروة الوثقی، از پیش قراولان قائل به صحت شرط ضمان به شمار می‌رود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۲-۶۰۰ و ۶۴۶). ظاهر کلام ایشان در کتاب العروه، حکم به صحت اشتراط ضمان در قالب «شرط نتیجه» است، هرچند هیچ یک از محشیان این کتاب قائل به این حکم نبوده‌اند (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۱-۵۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۲-۷۲). اما این عالم بزرگ در حاشیه المکاسب، صراحتاً به بطلان «شرط نتیجه ضمان امین» حکم داده و تنها به صحت «شرط فعل ضمان» فتوا داده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲-۱۱۵).

۱. ر.ک: صادقی، ۱۳۷۲: ش ۱۳-۱۴؛ صفار، ۱۳۷۷: ش ۱۴؛ رستگار جویباری، ۱۳۸۶: ش ۵۳؛ باقری و بهمن پوری، ۱۳۸۷: ش ۳؛ باریکلو، ۱۳۸۴: ش ۶۷؛ همو، ۱۳۸۹: ش ۱؛ کاشانی، ۱۳۸۴: ش ۴۲؛ خرازی، ۱۳۸۵: ش ۴۵؛ علوی، فصلنامه اقتصاد اسلامی، ۱۳۸۸: ش ۳۳؛ محبوبی، ۱۳۹۲: ش ۹۴؛ نظریور، ۱۳۹۲: ش ۵۰.

ضمناً در کتب ایشان، دلیلی بر توجیه و رد حدیث صحیح محمد بن قیس مبنی بر حرمت اشتراط ضمان عامل - که مانع بزرگی در مقابل حکم به صحت شرط مذکور است - یافت نگردید.

۲-۱. شرط ضمان امین در میان فقهای اهل سنت

حکم به عدم صحت شرط ضمان عامل، عمومیت بیشتری در میان فقهای اهل سنت دارد. فقهای اصلی هر چهار مذهب اهل سنت از مالک، شافعی، ابوحنیفه، احمد بن حنبل و نیز مجموع علمای متقدم، بر بطلان شرط ضمان عامل متفق بوده‌اند و اختلاف ایشان تنها بر سر مبطل بودن یا نبودن شرط ضمان است (دیبان، ۱۴۳۲: ۶۷/۹-۶۸)؛ چنانچه مالکیه^۱ و شافعیه^۲ شرط ضمان رأس المال بر عامل مضاربه را فاسد و مفسد عقد دانسته و حنفیه^۳ و حنبله^۴ بر باطل و غیر مبطل بودن شرط مذکور فتوا داده‌اند.

۳-۱. شرط ضمان امین در مجموعه قوانین

در خصوص «شرط ضمان امین» در قانون مدنی ایران نیز دو حکم صریح در دو عقد امانی وجود دارد:

یک: ماده ۶۴۲ ق.م. که بر اساس 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 (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۷/۲۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۲۹/۱۷؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۱۷/۲؛ توحیدی تبریزی، ۱۴۱۷: ۳۳۴/۷-۳۳۵).

دو: ماده ۵۵۸ ق.م. که مبنی بر عدم پذیرش شرط مذکور در عقد مضاربه است و

۱. «إذا شرط ربُّ المال الضمانَ على العامل، فقال مالك: لا يجوز القراض وهو فاسد، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة وأصحابه: القراض جائز والشرط باطل. وعمدة مالك» (ابن رشد قرطبي، ۱۴۲۵: ۲۲/۴).

۲. «لو شرطاً في عقد القراض تحمّل العامل للخسران، كان القراض باطلاً» (ماوردی بصری، ۱۴۱۹: ۳۳۲/۷). نیز: «الشيء إذا كان حكمه في الأصل على الأمانة، فإنّ الشرط لا يغيّره عن حكم أصله» (خطابی بستی، ۱۳۵۱: ۱۷۶/۳).

۳. «اشترط الضمان على الأمين، باطل» (سرخسی حنفی، ۱۴۱۴: ۸۴/۱۵؛ بغدادی حنفی، بی تا: ۳۳).

۴. «متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضعية، فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافاً، والعقد صحيح نصّ عليه أحمد» (ابن قدامة مقدسی، ۱۳۸۸: ۴۰/۵). نیز: «كل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه، وما كان مضموناً لا ينتفى ضمانه بشرطه» (مرداوی سعدی، بی تا: ۱۱۳/۶).

همهانگ با سایر عقود امانی و موافق با قاعده می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۲/۲۶). این ماده 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 به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.

برداشت صاحب‌نظرانی که مسلط به سوابق فقهی متون قانونی هستند، این است حکم انتهای ماده، از قابلیت ایجاد «حکم وضعی ضمان» بر ذمه‌عامل، قاصر است. بر اساس این رویکرد، نتیجه اشتراط قسمت دوم ماده فوق، صرفاً «وعده‌ای جایز» است که مفاد آن بنا بر نظر مشهور فقها، چیزی جز «حکم تکلیفی محض» بر عهده مضارب نخواهد بود (محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۱۳۹۳: ۳۲۷).

مقرر قانونی دیگر، ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا در خصوص قرارداد مضاربه مصوب ۱۳۶۲ است:

بانک‌ها «موظف» هستند برای جبران خسارت وارده بر اصل سرمایه، ضمن عقد صلح، ... از عامل، تعهد کافی اخذ نمایند.

ماده مذکور، محصول برداشت نادرست از ماده ۵۵۸ ق.م. بوده و حکم تکلیفی این ماده قانون مدنی را به حکم وضعی ضمان تبدیل نموده است. باید اذعان نمود که تمام فعالیت‌های اقتصادی به طور 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 عامل سرمایه بر اقتصاد را فراهم خواهد ساخت.

۲. دلایل اصلی موافقان و مخالفان شرط ضمان امین

این دلایل عبارت‌اند از: مخالفت شرط ضمان امین با اقتضای ذات عقود امانی و منافات شرط مذکور با اقتضای امانت و مالکیت و نیابت که به شرح مختصر آن اکتفا می‌کنیم.

۱-۲. مخالفت شرط ضمان امین با اقتضای ذات عقد

اولین مستند بطلان شرط ضمان امین از نظر مخالفان صحت شرط مذکور، مخالفت آن با اقتضای ذات عقد است. شناسایی «مقتضای ذات» هر عقد از «اطلاق» آن، یکی از مناقشه‌برانگیزترین بحث‌های فقهی و حقوقی است. از بررسی بیانات فقهای متقدم و متأخر، این نتیجه حاصل می‌شود که تعیین ملاکی یکسان که نشان‌دهنده اقتضای ذات هر عقد باشد، امری مشکل بوده و از معیارهای «عرف» و «شرع» تا «قرارداد بین طرفین» متغیر است.

موافقان صحت شرط ضمان امین، با تمسک به معیار اخیر و تضییق دایره اقتضات ذات عقود امانی به مقصود اصلی متعاملین، به عدم مخالفت شرط ضمان با اقتضای ذات عقد رأی داده‌اند. هرچند این گروه از علما همگام با مشهور فقها، در خصوص عقد ودیعه، به بطلان شرط ضمان و مبطل بودن آن قائل‌اند،^۱ در سایر عقود امانی، شرط ضمان را خلاف اقتضای اطلاق عقد و نه خلاف اقتضای ذات دانسته و آن را تجویز نموده‌اند (آل‌عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۴۵/۲۱؛ اردبیلی، خراسانی و صاحب ریاض، به نقل از: نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۶/۲۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۶۰۰/۲ و ۶۴۶؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۶۱۲/۱). بر قائلان این نظر چنین ایراد شده است که ایشان «معیار نوعی» تمییز مقتضای عقد (قانون و عرف) را رها نموده و به «معیار شخصی» (انشا یا مفاد قصد مشترک) که معیاری نامطمئن و گمراه‌کننده است، متوسل گردیده‌اند؛ و نیز قوانین شرعی و مقررات حقوقی، چنان آفریده عرفی و نهاد ارادی عقد را احاطه کرده‌اند که لوازم قانونی نیز عنصری از این ماهیت به شمار می‌آیند. به عبارتی، مخالفت شرط ضمان با احکام قانونی و شرعی که لازمه تحقق عقد هستند، به مخالفت آن با اقتضات عقد نیز منجر می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۸۰/۳).

در تأیید نظر فوق، برخی از متأخران معتقدند:

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

۱. «... هذا بخلاف الوديعة، فإن حقيقتها تسليطه على العين على وجه الاستنابة في الحفظ، فتضمينه منافع لحقيته هذا...» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۵/۲).

نیز در بر می‌گیرد (مکارم شیرازی به نقل از: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۵۵۸/۲).
- نصوص وارده در باب مضاربه نشان می‌دهد که شارع، خسارت را بر مالک قرار داده و ضمان سرمایه را به عهده وی گذارده است. پس اشتراط خلاف آنچه شارع مقرر نموده، جایز نیست و موجب بطلان است (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۳۵).

۲-۲. خلاف اقتضای امانت بودن شرط 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»، خود به وسیله «قاعده ضمان ناشی از تقصیر» محدود شده است. بر اساس مفاد قاعده اخیر، با ارتکاب «تعدی و تفریط» از سوی امین، دیگر مجالی برای بهره‌مندی وی از ثمرات «ید امانی» وجود نداشته و ضامن شناختن او به عنوان نوعی «مجازات مدنی»، امری مشروع و موجه خواهد بود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۴۶/۲-۴۴۷). اینکه اذن امانی، مانع ضمان است، مطلبی واضح و بی‌نیاز از اثبات است؛ با این حال می‌توان به معروف‌ترین روایات معصومان علیهم‌السلام در باب استیمان اشاره نمود:

- «لیس علی المؤمن ضمان» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۶/۱۴).

- «إنَّ الأَمینَ لا یضمن» (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۵۰/۱).

- «لا تَتَّهَمُ من ائتمنت» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۸۰/۱۹).

مهم‌ترین مناقشه‌ای که از طرف برخی فقها بر روایات دال بر عدم ضمان امین صورت گرفته، بدین مضمون است که به باور ایشان، مفاد روایات مذکور این است که در این گونه ایادی بر خلاف ایادی عدوانی، اقتضایی نسبت به ضمان نیست، نه اینکه در آن اقتضای عدم ضمان وجود داشته باشد تا بتوان گفت که شرط ضمان، در مخالفت با شرع است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۷۰/۱۲) و نیز تحلیل موافقان شرط ضمان امین بر حدیث «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» بدین بیان است که ایشان معتقدند حدیث مذکور 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. لذا اطلاق روایت را منصرف به «ید غیر مأذون» دانسته و نتیجه گرفته‌اند که خروج ید امانی از قلمرو ایادی ضمانی، «خروج موضوعی» و به «تخصص» است. بدین ترتیب نمی‌توان شرط ضمان امین را خلاف «احکام اقتضایی اسلام» دانست (محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۱۳۹۳: ۵۰۴)

اما گروه مقابل معتقدند که حدیث «علی الید» اطلاق دارد و کلمه «أخذ» یک عنوان کلی متواطی است که بر مصادیق و افرادش به نحو یکسان صدق می‌کند و بنابراین صدقش نسبت به ید مأذون و غیر مأذون، عدوانی و غیر عدوانی، علی‌السویه است. لذا ایشان با رد استدلالات فوق، ظهور «قاعده ضمان ید» را در شمول ایادی امانی و غیر امانی قابل خدشه ندانسته و بر آن‌اند که «ادله عدم ضمان امین» مثل «الأمین لا یضمن»، «قاعده علی الید» را تخصیص زده و ید امان را استثنائاً از حکم ضمان خارج نموده است (مامقانی، ۱۴۲۳: ۶۳/۵).

از منظر برخی اساتید نیز عموم «علی الید» شامل ید امین هم می‌شود و «ظهور» آن اقتضا دارد که امین نیز ضامن آن چیزی باشد که در دست دارد. پس حال که امین، ضامن نیست، حتماً مقتضی آن، عدم ضمانت است (صدر، ۱۴۰۱: ۱۸۹).

لذا مشهور فقها، خلاف شرع بودن شرط ضمان امین را از جهت مخالفت آن با «اقتضای ذات امانت» دانسته و با تأکید بر تجویز اشتراط ضمان در عقد عاریه بنا به «دلایل خاص شرعی»، بر عدم امکان تسری آن به سایر عقود امانی و «حرمت قیاس» صحه گذارده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۷/۲۷).

۲-۳. خلاف اقتضای مالکیت و نیابت بودن شرط ضمان امین

برخی از فقها، شرط ضمان را نه از جهت «مخالفت با مقتضای امانت»، بلکه از جهت «مخالفت با مقتضای مالکیت و نیابت» در ساختار این قرارداد، باطل می‌دانند. به نظر ایشان، حقیقت مالکیت مال باعث می‌شود تا دَرک و خسارت وارده بر عهده مالک باشد و نمی‌توان این معنا را در قالب «شرط جبران خسارت»، برای غیر مالک قرار داد؛ زیرا در این صورت مفهوم شرط این است که مملوک در عهده غیر مالک باشد و خسارت وارده بر مال را شخصی غیر از مالک متحمل شود. 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 (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۵/۲).

۳. دلایل کمتر مطرح‌شده موافقان و مخالفان شرط ضمان امین

چنانچه در مقدمه ذکر شد، قصد ما از انجام این پژوهش، بررسی و تحلیل تفصیلی دلایل کمتر مطرح‌شده مخالفان و موافقان شرط ضمان امین با تأکید بر عقد مضاربه است که در واقع قسمت اصلی مقاله را در بر می‌گیرد و عبارت است از چهار عنوان زیر:

۱. بررسی امکان اشتراط ضمان در قالب «شرط نتیجه» و «شرط فعل»؛

۲. اشتراط ضمان، عامل انقلاب عقد مضاربه به عقد قرض؛

۳. شرط ضمان مطلق، شرطی نامقدور؛

۴. امکان دستاویز قرار گرفتن شرط ضمان عامل برای اخذ ربا.

۳-۱. بررسی امکان اشتراط ضمان در قالب «شرط نتیجه» و «شرط فعل»

برخی از فقها علت «خلاف شرع بودن» شرط ضمان را چنین مطرح نموده‌اند که اشتراط ضمان ضمن عقد نمی‌تواند در کنار سایر اسباب و موجبات ضمان که وضع و رفع آن به ید انحصاری شارع یا عقلاست، اثر حقوقی داشته و ایجادگر ضمان باشد.^۱ البته برخی از فقها در امکان ضمان آور بودن انواع مختلف شرط ضمان امین، قائل به تفصیل هستند؛ صورت اول (شرط نتیجه) که شرط ورود خسارات به طور مستقیم به عامل و عدم توجه زیان به مالک سرمایه است. صورت دوم (شرط فعل) که به «شرط تدارک تلف» معروف است و بدین معناست که ابتدا خسارات به مالک سرمایه وارد می‌شود، ولی عامل آن را از مال خود به مالک هبه می‌کند.

۱. «ومن الواضح أنَّ الضمان، "حكم شرعی أو عقلانی" مجعول بأسباب خاصّة، ولا یکاد يتحقّق بجعل الشارط [فی ضمن العقد] ولا بالتزام المشروط علیه، لخروجه عن اختیار المتعاقدين» (بروجردی، بی‌تا: ۲۲۸/۳).

۱-۱-۳. ضمان در قالب شرط نتیجه

اکثریت قریب به اتفاق فقها صراحتاً به این نکته اشاره کرده‌اند که شرط ضمان نمی‌تواند در قالب «شرط نتیجه» منعقد شود؛ زیرا به اعتقاد ایشان، اسباب ضمان نسبت به مثل یا قیمت در شریعت احصا شده و در اتلاف به مباشرت یا به تسبیب، 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 دستور شرع 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. شاید توجه به این مهم باعث شده است که صاحب جوهر سرانجام در صلاحیت عموم «قاعده وجوب وفای به شرط» نسبت به شمول اشتراط ضمان مستأجر تشکیک کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۵۵/۲۷).

پس به عبارتی، حکم به ضمان از احکام شرعی است و جعل احکام شرعی از حیطة اراده افراد بیرون است و شرط نمی‌تواند مستقلاً سبب ایجاد حکمی شود که در شرع، مقتضی و سبب برای آن ذکر نشده است. لذا شرط نمی‌تواند از اسباب تشریح و موجبات ضمان محسوب شود؛ بلکه فقط می‌تواند امری را که مشروعیت آن در شرع پذیرفته شده، ایجاد کند و قاعده وجوب وفای به شروط نیز تنها شروط جایز و مباح را لازم‌الوفا می‌داند (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۲۲۹/۱).

برخی اساتید بر نظر فوق، چنین ایراد نموده‌اند:

اگر به وسیله ادله، اثبات شود که ضمان مثل یا قیمت از جمله نتایجی است که باید منحصرأ به وسیله اسباب خاص شرعی و قانونی تحقق یابد، صرف اشتراط در عقد، کافی در تضمین امین نیست؛ لیکن دلیلی موجود نیست که ضمان مثل یا قیمت را موقوف بر اسباب خاصی کرده باشد و می‌توان با کمک از «اصل عدم انحصار ضمان بر سبب خاص»، به صحت اشتراط ضمان در کنار سایر اسباب تحقق ضمان حکم داد (صادقی، ۱۳۷۲: ش ۱۳-۱۴/۲۳).

با وجود دلایل واضحی که برای انحصار ضمان امین بر وضعیت تعدی و تفریط وی در ابواب مختلف عقود امانی به جز عاریه وجود دارد، امکان تمسک به «اصل» فوق

در غایت اشکال به نظر می‌رسد و نیز ایراد فوق در حالی است که امکان استناد به «اصل عدم انحصار ضمان به اسباب خاص (مثل تعدی و تفریط)»، متوقف بر قابلیت مشروعیت بخشی شرط است و روشن است که از نظر فقها، شرط نمی‌تواند مشرّع باشد. ضمن اینکه برخی معتقدند «دلیل عدم ضمان امین، عام است و عمومیت آن شرط را نیز در بر می‌گیرد»^۱ و به بیان دیگر، «عبارت "لیس علی الأمین إلا الیمین" مطلق است و هر دو صورت شرط و عدم شرط ضمان را شامل می‌شود؛ بنابراین با عموم "المؤمنون عند شروطهم" منافات دارد»^۲. به عبارت دیگر، اشتراط ضمان موجب نمی‌شود که اذن و تسلیط مالکی که منشأ عنوان ائتمان و استیمان است، از بین برود؛ حتی با اشتراط ضمان بر مثل اجیر، عنوان امین بر آن صادق است و لذا مشروط‌علیه، مشمول ادله نفی ضمان از امین و مؤتمن قرار می‌گیرد (صدر، ۱۴۱۷: ۱۹۰).

وجود چنین نظراتی، احتمال مخالفت شرط ضمان را با احکام اقتضایی و آمره تشدید نموده و امکان توسل به اصل فوق‌الذکر را بعیدتر می‌نماید. باید یادآوری نمود که اصل صحت نیز توان پشتیبانی از شرط ضمان امین را ندارد. از آنجا که حکم شرط ضمان بدون تعدی و تفریط در شرع و قانون پیش‌بینی نشده است، تردید در صحت شرط ضمان امین از باب «شبهه حکمی» می‌باشد و این در حالی است که به نظر مشهور فقها، مجرای اصل صحت تنها «شبهه موضوعی» است. لذا پذیرش شرط ضمان در قالب شرط نتیجه بعید به نظر می‌رسد.

۲-۱-۳. ضمان در قالب شرط فعل

به نظر می‌رسد که در خصوص حکم «شرط ضمان امین بدون تعدی و تفریط» به رغم سکوت ماده ۴۹۳ قانون مدنی در باب اجاره،^۳ قانون‌گذار به پیروی از نظر مشهور فقها،

۱. «أنه مناف لمقتضى ما دلّ على عدم ضمان الأمانة، الشامل بعمومه لحال الشرط...» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۷/۲۷).

۲. «إن مقتضاه عدم ضمان الأمین سواء اشترط ذلك علیه أم لم يشترط فيبطل لا محالة...» (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۵۰/۱).

۳. مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست؛ به این معنا که اگر عین مستأجره بدون تعدی و تفریط او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود. ولی اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است، اگرچه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.

«ضمان شرعی» را حتی در قالب «شرط فعل» نیز نپذیرفته است. شاهد این موضوع، عبارت ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. می باشد:

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 قانون گذار، ضمان حکمی از احکام شرع است و بنابراین طرفین نمی توانند از طریق اشتراط، یکدیگر را ضامن یعنی مدیون سازند. می دانیم که ضامن شدن یک نفر در قبال دیگری، به معنای مدیون شدن ضامن و دائن شدن مضمون له به نحو «شرط نتیجه» است. 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 بر اساس این تعهد، برای متعهد بدهی منفی (دین)، و برای متعهدله دارایی مثبت (طلب) به نحو بالفعل فراهم نمی شود و مضمون این تعهد، متعهد شدن یک نفر نسبت به تملیک مال به دیگری است، به گونه ای که او را مدیون و طرف مقابل را مالک ذمه او نمی سازد. بلکه نتیجه اشتراط، صرفاً یک «تعهد و التزام» است که مفادش بنا بر نظر مشهور، چیزی جز یک «حکم تکلیفی محض» نخواهد بود و به هیچ وجه قابلیت ایجاد حکم وضعی (ضمان) را ندارد،^۱ به گونه ای که در فرض مرگ متعهد، به ترکه وی تعلق نمی یابد و در صورت تخلف نیز برای مشروط له صرفاً «خيار تخلف از شرط» ایجاد می شود، ولی به هر حال برای مشروط علیه، «دین» ایجاد نمی گردد و حتی به نظر برخی، عامل در صورت تخلف، مکلف به جبران خسارت نیز نمی باشد^۲ (توحیدی تبریزی، بی تا: ۳۳۴/۷-۳۳۵).
واقعیت این است که به نظر «مشهور فقها»، «تعهد» از «اسباب دین» یا از

۱. «...أی علی سبیل شرط الفعل الراجع إلى اشتراط الموجه علی المستأجر أن يدفع مقداراً معیناً من المال علی تقدیر تلف العین من غیر أن تشتغل ذمته بشیء، (لا بعنوان الضمان) بل علی أن یکون هذا الدفع تکلیفياً محضاً» (بروجردی، بی تا: ۲۳۱/۳).

۲. در موارد فراوانی، شرع تکلیف محض می کند؛ مانند وجوب نفقه اقارب که تکلیف محض است و به هیچ وجه حکم وضعی به معنای ضمان و یا حق دینی برای اقارب به وجود نمی آید؛ یا وجوب پرداخت دیه بر عاقله... (ر.ک: محقق داماد، قواعد فقه، ۱۳۹۳: ۴۹).

«موجبات ضمان» نیست (محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۱۳۹۳: ۵۱۲). به عبارت روشن‌تر، هرچند در حقوق معاصر و به ویژه «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، ۱۳۷۹: ۲۲)، اما از نظر اکثر فقها، پذیرش این امر با مشکل جدی مواجه است (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۹/۲۷).

به نظر می‌رسد که قانون‌گذار 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.

از بررسی متون اصلی شرط ضمان امین برمی‌آید که متقدمان قائل به عدم صحت شرط ضمان عامل بوده‌اند و از متأخران، سید یزدی در هر دو باب اجاره و مضاربه، به صحت شرط مذکور نظر داده است و بیان ایشان در «باب اجاره» چنین است:

«أولى بالصحة إذا اشترط عليه أداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيب [شرط فعل]، لا بعنوان الضمان [شرط نتیجه]» (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۶۰۰/۲).

و در «باب مضاربه» می‌فرماید:

«إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففي صحته وجهان أفواهما الأول، لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد كما قد يتخيل» (همان: ۶۴۶/۲).

لکن آیه‌الله حکیم در حاشیه خود بر کتاب سید یزدی، تنها به صحت شرط ضمان در «باب اجاره» در قالب «شرط فعل» فتوا داده است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۷۲/۱۲؛ همو، ۱۴۱۰: ۱۱۹/۲). اما ایشان، «شرط فعل ضمان» در «عقد مضاربه» را نپذیرفته و به «بطال» آن فتوا داده است:

«... لا خسران عليه [العامل في المضاربة] بدون التفريط وإذا اشترط عليه تحمّل الخسران لم يصح الشرط...» (همو، ۱۴۱۰: ۱۶۰/۲).

از دیگر محشیان کتاب سید یزدی، آیه‌الله خویی نیز تنها به پذیرش «شرط ضمان

عامل» در قالب «شرط فعل» تصریح نموده است:

«أَنَّ تَدَارِكَ الْعَامِلِ لِلْخَسَارَةِ وَالتَّلَفِ مِنْ مَالِهِ الْخَاصِّ لَا عَلَى نَحْوِ الضَّمَانِ، فَعَلَّ جَائِزًا»
(موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۵۱/۱).

با توجه به مطالب پیش گفته به نظر می‌رسد که باید فتوای سید یزدی به صحت عقد ضمان را نیز تنها در پذیرش «شرط فعل ضمان»، تأویل و تفسیر نمود.

۲-۳. اشتراط ضمان، عامل انقلاب عقد مضاربه به عقد قرض

در میان عقود مشارکتی، عقد مضاربه از حساسیت ویژه‌ای در ارتباط با شرط ضمان عامل برخوردار است. چنانچه از بررسی ماهیت مضاربه در لسان روایات، این نتیجه حاصل می‌شود که حقیقت مضاربه، متقوم به تقسیم سود و ورود زیان بر سرمایه است. از جمله در موثقه اسحاق بن عمار آمده است:

«سَأَلْتُهُ عَنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ، قَالَ: الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا وَالْوَضِيعَةُ عَلَى الْمَالِ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲/۱۹)؛ از امام علیه السلام درباره مال مضاربه پرسیدم، فرمود: سود بین آن دو تقسیم می‌شود و زیان بر سرمایه وارد می‌گردد.

و در صحیح حلی از امام صادق علیه السلام نقل شده است:

«الْمَالُ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةً لَهُ مِنَ الرِّبْحِ وَلَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ» (همان: ۱۶/۱۹)؛ [کسی که] با مالی مضاربه می‌کند، سود می‌برد و زیان آن بر عهده اش نیست، مگر اینکه از دستور صاحب مال سرپیچی کند.

استنباط برخی فقها چنین است:

... در اخبار متکثره تصریح به آن شده که در مضاربه، وضعیه بر رأس المال است. پس این شرط [شرط ضمان]، مخالف مقتضای عقد است و موجب فساد آن است... و در این صورت، رأس المال «قرض» می‌شود در نزد عامل، و نفع همه، تعلق به او دارد و هر چه نقصان هم باشد با او خواهد بود (نراقی، ۱۴۲۲: ۴۲۴).

و برخی دیگر معتقدند که مضارب، امین است و ضمان بر او نیست، مگر در صورت تعدی و تفریط. پس اگر صاحب مال، ضمان را بر او شرط کرد، مضاربه تبدیل به «قرض» می‌شود و در این صورت، تمام سود از آن مضارب خواهد بود، بدون آنکه

به صاحب مال برسد.^۱

شهید صدر نیز می‌نویسد:

«عدم ضمان العامل لماله، شرط أساسی فی صحّة عقد المضاربة، وبدونه تصیح العمليّة قرضًا لا مضاربة ويكون الربح كلّه للعامل» (۱۴۱۷: ۵۷۳-۵۷۴)؛ [وجود عنصر ریسک برای صاحب مال و] عدم ضمانت مال به وسیله عامل، شرط اصلی صحت عقد مضاربه است و بدون آن، قرارداد مضاربه تبدیل به «قرض» شده و کل سود، از آن عامل خواهد شد.

افزون بر علمای فوق، بسیاری دیگر، شرط ضمان عامل را باعث تبدیل عقد مضاربه به عقد قرض می‌دانند. ابن ادریس حلی (۱۴۱۰: ۴۰۹/۲)، ابن زهره حلبی (حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۶۷)، آل عصفور بحرانی (۱۴۰۵: ۱۴۷/۱)، صاحب ریاض طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۳۳/۹، بیهقی کیدری (۱۴۱۶: ۲۶۴)، فیض کاشانی (بی‌تا: ۹۴/۳؛ همو، ۱۴۰۶: ۸۸۰/۱۸)، بحرانی و خوانساری از این جمله‌اند.^۲

مبنای اصلی در نظر این فقها، «صحیحۃ محمد بن قیس» است:

«عن أبي جعفر في حديث أن عليًا عليه السلام: "من أئجر مالا واشترط نصف الربح، فليس عليه الضمان" الحديث، وقال عليه السلام: "من ضمن تاجرًا فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء"»^۳ (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱-۲۲/۱۹؛ کلینی رازی، ۱۴۰۷: ۵/۲۴۰)؛ امام باقر عليه السلام فرمود که در روایتی از حضرت علی عليه السلام آمده است: هر کس که با مالی تجارت کند و نصف سود را شرط کند، بر او ضمانی نیست. و نیز فرمود: کسی که

۱. «إذا اشترط أن تكون الخسارة على العامل، انقلبت قرضًا وتماثل الربح للعامل» (گلبایگانی به نقل از: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۵۵۸/۲)؛ «الأقوی عدم جواز هذا الشرط، والعمدة فيه ما رواه محمد بن قیس، مضافاً إلى أنه مخالف لمقتضى طبع عقد المضاربة. هذا، وقد صرح في الرواية بأنها تبدل قرضًا» (مکارم شیرازی به نقل از: همان).

۲. «إذا اشترط الضمان على العامل، فلا ربح حينئذ لصاحب المال فينقلب قرضًا وإن لم يكن مقصودًا» (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱/۲۰۲؛ آل عصفور بحرانی، بی‌تا: ۷۶/۱۲)؛ «... كقوله: "خذه و ائجر به و عليك ضمانه"، كان قرضًا إجماعًا نظرًا إلى المعنى وصونًا للعقد عن الفساد» (ابن فهد اسدی حلی، ۱۴۰۷: ۵۶۱/۲).

۳. این روایت از چند طریق در وسائل الشیعه آمده و روایت نقل شده به وسیله محمد بن قیس، «صحیحۃ» برآورد شده است. علامه مجلسی در توضیح حدیث فوق می‌فرماید: «قوله عليه السلام: "من ضمن" مضاربة أى: شرط عليه الضمان ولعل وجه الحكم إنه خرج حينئذ عن حكم المضاربة وصار قرضًا» (۱۴۰۶: ۳۳۹/۱۱ و ۳۴۳).

تاجری را ضامن قرار دهد، او حقی بر تاجر ضامن، غیر از اصل سرمایه ندارد و چیزی از سود به او تعلق نمی‌گیرد.

بنابراین طبق اصول و قواعد حقوق اسلامی نمی‌توان دو شرط «ضمان سرمایه علیه عامل» و «سود برای مالک» را در یک عقد درج نمود؛ زیرا صحت شرط «ضمان سرمایه»، مستلزم تعلق تمام سود به ضامن است و صحت شرط «تعلق سود به مالک سرمایه»، مستلزم امانی بودن تصرف سرمایه‌پذیر و عدم ضمان او نسبت به سرمایه است. اشکال نخستی که بر این دلیل وارد شده، این است که روایت بر صحت شرط و عدم صحت مضاربه دلالت دارد، در حالی که این امری غیر معروف بین علماست؛ چنانچه سه قول معمول در خصوص اثر شرط بر عقد عبارت‌اند از: صحت عقد و شرط، صحت عقد و بطلان شرط، بطلان عقد و بطلان شرط. اما بطلان عقد و صحت شرط بین فقها معروفیتی ندارد و این روایت مخالف قواعد است و در ادامه این ایراد به این نکته اشاره می‌کنند که برای تحقق عقد قرض، نیاز به «قصد انشای قرض» توسط مالک و عامل و صیغه مخصوص می‌باشد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۳۳/۹). نظر صاحب جواهر نیز چنین است:

نمی‌توان بیش از حکم مضاربه فاسد بر آن بار کرد و آن را قرض دانست (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۷/۲۶).

پاسخ: واقعیت آن است که نیت در مضاربه تضمینی غیر از قرض نیست. فقها در تأیید این پاسخ می‌گویند که شرط ضمانت باعث تبدیل مضاربه به قرض می‌شود و اشکال خلاف قاعده «ما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد» بودن بر این عقد وارد نیست؛ زیرا قرض چیزی جز اعطای مال و تضمین خسارت نیست که همراه با وضع ضمان عامل محقق می‌شود.^۱

اشکال دیگری که مطرح شده این است که صحیحه محمد بن قیس، مربوط به

۱. «... وقد صرح في الرواية بأنها تتبدل قرصاً عند اشتراط الخسارة، ولا مانع من العمل به إلا ما قد يقال من أنه مخالف للقواعد، لأن ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد. ولكن يمكن أن يقال: إنه ليس حقيقة القرض إلا إعطاء المال وتضمين الخسارة، أعني البدل؛ و بعبارة أخرى: التملك مع الضمان، فتدبر» (مكارم شیرازی به نقل از: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۵۵۸/۲).

جایی است که از ابتدا تضمین به صورت فعلی (نه لفظی) مطرح شود و ناظر به «ضمان مطلق» باشد که در واقع همان «قرض» است؛ زیرا فقط در قرض، مال معینی از ابتدا در ذمه دیگری قرار داده می‌شود. لذا صحیحه فوق ربطی به شرط ضمان مال مضاربه در صورت تلف آن ندارد.^۱

پاسخ: ادعای ایشان با توجه به ابتدای صحیحه نادرست است؛ زیرا مقصود از عبارت «من اتجر مالاً واشترط نصف الربح...»، همان مضاربه اصطلاحی معروف است که در آن سود تقسیم می‌شود و حکم آن، عدم ضمان عامل است و معلوم است که چنین عقدی، قرض نیست؛ در غیر این صورت، تمام سود برای خود عامل بوده و او ضامن مثل آن مال خواهد بود. شاهد بر این مطلب، روایت دیگری به همین مضمون است که از طریق شیخ طوسی نقل گردیده و در آن به عنوان «مضاربه» تصریح شده است. ایشان طبق سندی صحیح از محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام چنین روایت می‌کند:

«قضى علي بن ابي ابيان في تاجر اتجر بمال واشترط نصف الربح: فليس على المضارب ضمان، وقال ابي ابيان أيضاً: من ضمن مضاربه فليس له إلا رأس المال وليس له من الربح شيء» (تهذيب الاحكام، ۱۴۰۷: ۱۸۸/۷).

اشکال دیگری که مطرح شده این است که حدیث مذکور، شامل جایی نمی‌شود که ملکیت صاحب سرمایه بر مالش باقی باشد و مقصود از «شرط ضمان»، «شرط تدارک و جبران زیان» است و دست کم شمول این حدیث در این مورد، مشکوک است. در چنین جایی، مقتضای قاعده این است که به عموم «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کنیم (خرازی، ۱۳۸۵: ش ۳۱/۴۵).

پاسخ: شهید صدر در کتاب *بانک بدون ربا*، به شمول روایت محمد بن قیس نسبت به «شرط تدارک خسارت» در قالب «شرط فعل» نیز تصریح می‌کند. بیان ایشان چنین است:

۱. «فهذه الصحیحة لما كانت ناظرة إلى الضمان المطلق أعنی دفع ماله إلى غیره لیکون فی عهده من أول الأمر... فإنها واردة فی القرض ابتداء لا فی انقلاب المضاربة إلى القرض بالاشتراط. فالصحیحة -بناء علی ما ذکرناه واختاره صاحب الوافی والحدائق- غیر واردة فی المضاربة، وإنما هی واردة فی التضمین الفعلی وأین ذلك من اشتراط الضمان عند التلف؟» (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۵۱/۱).

«فإن مقتضى إطلاقها أن كل ما يصدق عليه أنه تضمن للمال عرفاً لا يجتمع مع استحقاق المالك لشيء من الربح شرعاً فيشمل التضمنين بغير الإقراض أى التضمنين بالشرط، بل قد يدعى شموله لموارد اشتراط التدارك بنحو شرط الفعل لا شرط النتيجة أيضاً؛ لأنه وإن لم يكن تضميناً بالمعنى الدقيق إلا أنه مما يشمل العنوان عرفاً، فيقال عن المالك الذى اشترط على عامل المضاربة أن يدفع من ماله ما يساوى الخسارة إذا وقعت: إنه ضمنه» (۱۴۰۱: ۲۰۳)؛ مقتضای اطلاق روایت [صحيحه محمد بن قيس] این است که از لحاظ شرعی، هر چیزی که عرفاً بر آن «تضمن مال» صدق کند، با استحقاق مالک نسبت به بخشی از سود جمع نمی‌شود. لذا شامل تضمین به غیر قرض یعنی «تضمن با شرط» نیز می‌شود. بلکه همچنین شمول آن علاوه بر «شرط نتیجه»، بر موارد «جبران زیان» به صورت «شرط فعل» نیز ادعا می‌شود؛ زیرا اگرچه آن به معنای دقیق، «تضمن» نیست، «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.

۳-۳. شرط ضمان مطلق، شرطی نامقدور

در میان موافقان شرط ضمان، هرچند بعضی نسبت به شمول ضمان مشروط‌علیه امین نسبت به خسارات وارده از قوه قاهره، در صورت وجود توافق معتقدند و آن را حسب مورد، «شرط تضمین سلامت» مال امانی نامیده و آن را نافذ می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۳۱۴/۴؛ همو، ۱۳۹۲: ۴۲۱/۱). برخی دیگر، سعی در تحدید قلمرو شرط ضمان نموده و با استناد به ادله متعددی از جمله «غیر عقلایی بودن»، «غیر مقدور بودن»، «خلاف مبانی عرفی بودن» و «سائغ نبودن» شرط ضمان مطلق، حکم به تضییق دایره ضمان و عدم شمول تلف سماوی داده‌اند.

از نظر فقها اولین شرط صحت شروط، «مقدور» بودن اجرای آن توسط مشروط‌علیه است. با توجه به اینکه شرط، مشروط‌علیه را به انجام موضوع آن مکلف می‌سازد، باید بر انجام آن قادر باشد. باید دانست که «قدرت» از «شرایط عمومی صحت تکالیف»

۱. در تحقیق حاضر، چنانچه شرط ضمان از لحاظ موضوع، شامل خسارتی شود که از ناحیه «حوادث قهری» و یا «شخص ثالث» بر مال امانی وارد می‌شود، به آن «ضمان مطلق یا موسع»، و در صورت تحدید حدود آن به جبران ضرر و زیان‌های قابل انتساب به امین، به آن «ضمان محدود یا مضیق» اطلاق شده است.

است (محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۱۳۹۳: ۸۸).

برخی معتقدند که «تضمین»، ظهور در «شرط فعل» دارد و هر شرطی باید برای مشروط‌علیه مقدور باشد و از آنجا که «شرط تضمین حفظ مال از حوادث قهری»، عرفاً امری غیر مقدور و غیر قابل تحمل می‌باشد، لذا محکوم به بطلان است. اگر گفته شود مفهوم شرط ضمان در این نیست که مشروط‌علیه باید مال را حفظ کند، بلکه در این است که او باید خسارات وارده بر رأس‌المال را ولو از ناحیه قوه قاهره وارد شود، جبران نماید و در این صورت، شرط به استناد قوه قاهره، غیر مقدور تلقی نمی‌شود، گفته می‌شود که جبران خسارت (ضمان)، ضمانت اجرای فقهی و حقوقی شرط است؛ یعنی در سیره عقلا، وقتی شرط فعل ضمان کسی، نسبت به مالی شود، مفهوم شرط این است که مشروط‌علیه باید در نگهداری و حفظ مال بکوشد، وگرنه ضامن خسارت است. در نتیجه با توجه به مفهوم عرفی شرط فعل ضمان، خسارت ناشی از حوادث قهری شامل ضمان مشروط‌علیه نمی‌شود. اگر صحت اشتراط ضمان را به صورت «شرط نتیجه» نیز بپذیریم، این شرط نیز باید سائن (مقدور) باشد (باریکلو، ۱۳۸۴: ش ۷۵/۶۷).

نیز برخی دیگر معتقدند:

شرط ضمان مستأجر در مواردی که بر خلاف «عقل» و «سیره عقلایی» باشد، محکوم به بطلان خواهد بود. بنابراین اگر موجر در ضمن عقد اجاره منزل مسکونی، ضمان مستأجر را نسبت به عین مستأجره شرط کرده باشد و در اثنای اجاره یا پس از اتمام آن و پیش از رد به مالک (در فرضی که تأخیر در استرداد موجه باشد) منزل مذکور به واسطه «آفت سماوی» از بین برود، موجر نمی‌تواند با استناد به شرط ضمان، از مستأجر خسارت بگیرد، چون «عرف» و «ارتکاز عقلایی» چنین ضمانی را نمی‌پذیرد (باقری و بهمن‌پوری، ۱۳۸۷: ش ۵۴/۳).

به نظر می‌رسد ویژگی «عرفی و عقلایی نبودن» شرط ضمان موسع امین نیز به خصوصیت «عدم قدرت بر انجام آن» برمی‌گردد؛ زیرا عقلا هیچ‌گاه تحقق امور نامقدور را از طرف قرارداد خویش مطالبه نمی‌کنند.

ظاهر کلام فقها در باب عاریه که «شرط ضمان» را نافذ دانسته‌اند، این است که

مشروط علیه «به طور مطلق» ضامن است؛ زیرا «ضمان مشروط علیه» را در ردیف «ضمان متعدی» بحث نموده‌اند. در فقه مسلم است که اگر امین تعدی و تفریط کند، مسئولیت او «مطلق» است.^۱ ولی در این وجه می‌توان مناقشه نمود، همان گونه که فقهای بزرگی به «ضمان مطلق امین» اشکال گرفته و بیان داشته‌اند که دلیلی از کتاب یا سنت یا اجماع وجود ندارد که دلالت بر «ضمان مطلق متعدی» نماید و این حکم خصوصاً در مواردی که تعدی، نقشی در ورود خسارت نداشته باشد، قابل تأمل است.^۲

نکته قابل ذکر این است که در مواردی که امین، بر مبنای امانت بر مال دیگری استیلا می‌یابد، ضمان وی امری استثنایی و خلاف قاعده است. در نتیجه، تعمیم ضمان امین به موارد مشکوک، امری ناسازگار با قواعد است که باید از آن اجتناب کرد. از این رو حتی در صورت پذیرش صحت شرط ضمان امین، باید به حکم قاعده، قائل به تفسیر مضیق قلمرو آن شد و حدود آن را به جبران خسارات قابل انتساب به امین محدود کرد.

۳-۴. امکان دستاویز قرار گرفتن شرط ضمان عامل برای اخذ ربا

برخی فقها به عقد مضاربه به عنوان بستری احتمالی برای فرار از ربا اشاره نموده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۳۳). برخی دیگر، ارائه راه حل برای تحمیل خسارت به عامل را به عنوان شرط ضمن عقد خارج لازم، «حیله» ای می‌دانند که به منظور خروج از راهکاری که مدنظر شریعت می‌باشد، رخ نموده است (حسن‌نیا، ۱۳۹۳: ۵۱-۵۴).

برخی از حقوق‌دانان نیز به «حیله» بودن راه حل فوق (تملیک مجانی از مال عامل معادل خسارت وارده به مالک) برای فرار از عدم صحت شرط ضمان اذعان نموده‌اند (امامی، ۱۳۸۹: ۱۷۸/۲). به نظر می‌رسد اشتراط ضمان امین در عقد مضاربه، حیله و ترفندی است که به منظور بهره‌مندی از ربح غیر مجاز شرعی (ربا) به کار گرفته می‌شود؛ زیرا پس از انقلاب مضاربه به عقد قرض در اثر اشتراط ضمان عامل، اخذ سود حاصله

۱. در ماده ۶۴۲ ق.م. نیز که از فقه امامیه اقتباس شده، مقرر شده است: «اگر بر مستعیر، شرط ضمان شده باشد، مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود، اگرچه مربوط به عمل او نباشد».

۲. «اعلم أنه قد كثر في الأمانات، أن المفترض والمتعدى بأى وجه ضامن مطلقاً وإن علم عدم مدخلة التفریط في التلف، لأنه حينئذ يده يد ضمان وغصب. وفيه تأمل؛ إذ لا دليل عليه شرعاً، كتاباً، سنة وإجماعاً... لأن الإذن السابق موجودة فتأمل» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۸۷/۱۰).

توسط صاحب اصلی سرمایه، مصداق روایت نبوی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «كُلُّ قَرْضٍ يَجْرُ مِنْفَعَةٌ فَهُوَ حَرَامٌ» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۷/۱۳) خواهد بود.^۱

لازم به ذکر است که برخی فقها با اشاره به ظهور آیه ربا،^۲ عنصر «ظلم» را علت یا حکمت تحریم ربا دانسته و از همین رو دریافت زیاده را معادل جنگ با خدا و رسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ معرفی می‌کنند.^۳ در تأیید نظر ایشان، برخی دیگر قرض ربوی را از نظر طبیعت حقوقی، امری «ظالمانه» دانسته و سرچشمه این ظلم را انتقال مالکیت از قرض‌دهنده به قرض‌گیرنده و عقیم دانستن مال ذمی نسبت به سود و تلف می‌دانند و اخذ ربا را دریافت نوعی درآمد بدون زحمت و بی‌مخاطره از دسترنج قرض‌گیرنده توسط قرض‌دهنده محسوب می‌کنند (مطهری، ۱۳۹۳: ۴۲ و ۶۸). در قرارداد مضاربه^۴ مشروط به ضمان نیز اختیار مال در دست عامل است و وی مانند رباگیرنده، به تنهایی ریسک سرمایه را بر دوش می‌کشد و در عین حال باید سهم سود مالک را نیز از دسترنج خود بپردازد. لذا ضامن^۵ قرار دادن مطلق امین، موجب از میان رفتن تعادل میان منفعت بردن و تحمل ضرر و نیز سبب باز شدن راه تحمیل قراردادی ضرر بر غیر منتفع یا بی‌عدالتی در توزیع منافع و خسارات در عقود مستلزم امانت می‌شود که شامل بخش عمده‌ای از معاملات مورد ابتلای جامعه است و اقدام بر آن‌ها بدون پذیرش آثار امانت، موجب زیان رسیدن به افراد جامعه، و ترک آن‌ها نیز موجب اختلال در بسیاری از فعالیت‌های مفید اقتصادی و اجتماعی می‌گردد که مصداق بارزی از «مخالفت با نظم عمومی» است.

۱. این حدیث از طرق دیگر و نیز با تغییراتی نقل گردیده است؛ از جمله در کتاب *الکافی* آمده است: «أَنَّ كُلَّ قَرْضٍ يَجْرُ مِنْفَعَةٌ فَهُوَ فَاسِدٌ» (کلبی رازی، ۱۴۰۷: ۵/۲۵۵). نیز در کتاب *الخلاف* از قول معصوم عَلَيْهِ السَّلَام مقرر گردیده است: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مِنْفَعَةً فَهُوَ رِبَا» (طوسی، کتاب *الخلاف*، ۱۴۰۷: ۳/۱۷۴).

۲. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ * فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ زُؤُوسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» (بقره / ۲۷۸-۲۷۹)؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید، از خدا بترسید و زیادی ربا را رها کنید، اگر به راستی اهل ایمانید. پس اگر ترک ربا نکردید، آگاه باشید که به جنگ خدا و رسول برخاسته‌اید و اگر از این کار پشیمان گشتید، اصل مال شما برای شماست که در این صورت به کسی ستم نکرده‌اید و از کسی ستم نکشیده‌اید.

۳. «ومعلوم أن كونه ظلماً وفساداً أوجب حکم الله تعالى بالتحريم، فالتحريم معلول الظلم بدلالة ظاهر الآية الكريمة، والظلم علته أو حکمته، كما أن الأخذ إيدان بحرب الله تعالى ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲/۵۴۲).

دریافت هر گونه خسارت از عامل توسط مالک سرمایه، مصداقی از کسب بدون کار و خلاف قاعده «انحصار منشأ کسب درآمد به کار» نیز می‌باشد (ایروانی، ۱۳۹۳: ۷۳/۹). لذا استنباط بسیاری بر این است که الزام مضارب به تضمین سرمایه در قالب شرط ضمان، به معنای قرار دادن تعهدی بلاعوض و ظالمانه بر ذمه عامل است و نیز از آنجا که قلمرو حیل‌های مجاز توسط شرع برای فرار از حرام^۱ (ربا) به حلال (معاملات مشروع)، محدود به حدود «ربای معاملی» است و توسل به حیل در حوزه «ربای قرضی» - که مورد بحث ماست - خصوصاً از نظر فقهای معاصر، باطل و مردود است،^۲ لذا چنانچه قصد اصلی شخص سرمایه‌گذار از توسل به شرط ضمان عامل، بهره‌خواهی در عین تضمین اصل سرمایه خویش باشد، هرچند عقد عنوان مضاربه را یدک بکشد، اما عرف برداشتی جز «عقد قرض ربوی» از توافق طرفین نخواهد داشت. همچنان که برخی معتقدند اگر لفظ و معنا هر دو بر عقدی خاص 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 مصدق خطاب‌های شارع را تشخیص می‌دهد (تسخیری، ۱۳۸۴: ۱۶/۱۸).

با توجه به این نکته که معیار تشخیص موضوع ربا نیز عرف می‌باشد، تأکید عرف بر عدم صدق ربوی بودن معامله ضرورت دارد و این امر، مستلزم ترک بسیاری از حالات مشتبه و اتخاذ روش «احتیاط» است و این نکته به ملاحظه دو دسته از روایات است؛ اول روایاتی که تأکید فراوان بر حرمت ربا و دوری از آن دارند؛^۳ دوم روایات بسیاری

۱. امام باقر (ع): «... نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال» (کلینی رازی، ۱۴۰۷: ۲۴۷/۵).

۲. «وقد جددت النظر في المسألة فوجدت أن التخلّص من الربا غير جائز بوجه من الوجوه، والجائز هو التخلّص من المماثلة مع التفاضل، كبيع من من الحنطة المساوي في القيمة لمئين من الشعير أو الحنطة الرديّة، فلو أريد التخلّص من مبيعة المماثلين بالتفاضل يضم إلى الناقص شيء فرازا من الحرام إلى الحلال، وليس هذا تخلّصاً من الربا حقيقة، وأما التخلّص منه فغير جائز بوجه من وجوه الحيل» (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۵۳۹/۱).

۳. برخی روایات حرمت ربا عبارت‌اند از: رسول‌الله (ص): «وقتی زنا و ربا در جامعه‌ای پیدا شود، اجازه نابودی آن جامعه داده می‌شود». امام علی (ع): «رسول خدا (ص) ربا و خوردن ربا و فروشندگی ربا و مشتری ربا و نویسنده و دو شاهد آن را لعنت کرد». امام باقر (ع): «زشت‌ترین فعالیت اقتصادی، رباخواری است» (ر.ک: بخش فرهنگی جامعه مدرسین، ۱۳۸۶: ۱۷۵-۱۷۹).

که در باب احتیاط وارد شده است.^۱

به نظر برخی از اساتید، هرچند احکام الهی بر اساس لطف و رحمت خدا بر بندگان وضع گردیده و سخت‌گیری در خصوص آن، مخالف با روح احکام که امتنان و محبت اوست، می‌باشد، اما از سوی دیگر مواردی وجود دارد که خود شارع بر آنها تأکید ویژه نموده است، مانند مسائل عرض و ناموس، اموال و خصوصاً مسئله ربا؛ پس به صورت طبیعی باید در آنها احتیاط شود. بنابراین تا زمانی که از دیدگاه عرف، اطمینان به سالم بودن معامله‌ای از ربا نیافته‌ایم، لازم است احتیاط کرده و از آن معامله دوری کنیم (همان: ش ۲۰/۱۸).

با وجود ویژگی‌های معامله ربوی در هر قراردادی، ولو اینکه عناوین متفاوت باشد، عرف آن عناوین غیر ربوی را عناوینی دروغین و آن معامله را مصداق ربا محسوب خواهد کرد. به عبارت دیگر، عرف مفهوم ربای قرضی را توسعه داده، افزون بر قرض، شامل تمام موارد مشابه قرض می‌داند. هر موردی که به دید عرف، مصداق این عنوان توسعه‌یافته است، مفهوم ربا بعد از توسعه، شامل آن نیز می‌شود و آن را از حکم حلیت خارج می‌کند. از جمله عناصری که نظر عرف را از ربا دور می‌کند، عبارت است از: نبود ضمانت قرض، نبود شرط سود قطعی یا پایین بودن نرخ بهره در حدی که عرف آن را هزینه انجام خدماتی چون تنظیم سند و امثال آن می‌داند.

نمونه عملی قضاوت صریح عرف (خاص و عام) را در عملکرد بانک‌های کنونی می‌توان یافت. برخی از اساتید فن معتقدند یکی از مشکلاتی که در اجرای عقود مشارکتی از جمله عقد مضاربه وجود دارد و به نوعی باعث نارضایتی مشتریان می‌شود، سهم نشدن بانک‌ها در زیان احتمالی حاصل از مشارکت است؛ زیرا در حال حاضر بانک‌ها به دلیل مبلغ ناچیزی که به عنوان «حق صلح» در ابتدای قرارداد به مشتریان می‌پردازند، همه زیان‌های احتمالی را به ایشان منتقل نموده و آن‌ها را موظف به تأمین

۱. برخی از روایات باب احتیاط عبارت‌اند از: امام علی علیه السلام: «ای کمیل! دین تو برادر توست. هر چه می‌توانی در مورد آن احتیاط کن». امام صادق علیه السلام: «هر کس از شبهات پرهیزد، همانا دین خود را محفوظ داشته است». به نظر اساتید، این احادیث با وجوب منافاتی ندارند (به نقل از: تسخیری، ۱۳۸۴: ش ۲۰/۱۸).

اصل و سود خود می‌کنند (حاجیان، ۱۳۹۰: ۹۵؛ علوی، بانکداری بدون ربا، ۱۳۸۸: ۲۹؛ کوثری، ۱۳۹۰: ۱۲).

لازم به ذکر است که روح عقود مشارکتی، به بقای آثار ملکیت برای صاحبان سرمایه است که موجب توزیع عادلانه ریسک و بازده بین طرفین عقد می‌شود. بانک‌ها مدعی هستند که نظارت بر نتیجه عملیات هر گیرنده تسهیلات و احراز میزان سود و زیان وی، با توجه به ساختار فعلی و کمبود امکانات موجود نظام بانکی، امری مشکل است. لذا برای پرهیز از تقبل هزینه‌های نظارت بر عملیات عامل و نیز احتراز از ریسک معامله (لوازم مشارکت واقعی)، با تحمیل «شرط ضمانت اصل مال» و بالاتر از آن، برای اطمینان از کسب سود، با درج «شرط تضمین حداقل سود» توسط مشتری، مبلغ قابل دریافت از مشتری در عقود مشارکتی را - که در صحنه واقعیات تجاری (بخش واقعی اقتصاد)، امری کاملاً احتمالی و منوط به تحقق بسیاری از شرایط غیر قابل پیش‌بینی است - به یک رقم ثابت و قطعی تبدیل نموده و کلیه ریسک قرارداد را به صورت ظالمانه‌ای بر طرف مقابل قرارداد تحمیل می‌نمایند و بدین ترتیب موجبات انقلاب ماهیت «قرارداد مضاربه» را به «عقد قرض ربوی» فراهم می‌آورند و این چنین است که توسل به «شرط ضمان عامل» ضمن عقد مضاربه بانکی و سایر عقود مشارکتی، تحت عنوان «حیل الربای نوین»، به عنوان فرضیه‌ای کاملاً منطقی رخ می‌نماید.

نتیجه‌گیری

۱. اکثریت قریب به اتفاق فقها، اشتراط شرط ضمان به صورت «شرط نتیجه» را به دلیل مخالفت با اقتضای ذات عقد مضاربه و نیز منافات با اقتضای ذات، امانت، مالکیت و نیابت و تعارض با نص شرعی (صحیحۀ محمد بن قیس) که مبنای رأی به انقلاب ماهیت مضاربه به عقد قرض می‌باشد، باطل می‌دانند.
۲. اما برخی به امکان اشتراط آن به صورت «شرط فعل» به معنای «شرط تدارک خسارت» فتوا داده‌اند که به قابلیت ایجاد ضمان به دست غیر شارع (حق یا حکم بودن ضمان) برمی‌گردد که خود امری اختلافی است.
۳. نکته اساسی این است که به نظر اکثریت فقهای موافق، «شرط فعل ضمان»،

- ضمان آور نیست، بلکه وعده‌ای به حساب می‌آید که موجد «حکم تکلیفی محض» است و قابلیت ایجاد «حکم وضعی ضمان» را ندارد. نظر قانون مدنی نیز چنین است.
۴. فقهای گروه مخالف، هر دو شرط نتیجه و شرط فعل ضمان را مصداق تضمین در روایت صحیحه محمد بن قیس دانسته و به انقلاب ماهیت مضاربه تضمینی به عقود قرض، و حرمت اخذ سود از عامل توسط مالک سرمایه فتوا داده‌اند و اجتهاد فقهای موافق شرط ضمان امین در مقابل نص صریح (صحیحه محمد بن قیس) امری عجیب به نظر می‌رسد.
۵. حکم به جواز اشتراط ضمان به صورت شرط فعل، منوط به «مقدور بودن» آن است که در نتیجه جبران تلفات ناشر از قوه قاهره را از قلمرو ضمان امین خارج می‌سازد.
۶. برخی شرط مذکور را از باب حيله قرار گرفتن برای وصول ربا، حرام و باطل می‌دانند.
۷. به نظر می‌رسد اقتضانات خاص عقد مضاربه، خصوصاً وجود وجهه امانی آن و بروز انقلاب در ماهیت آن و تبدیل عقد مذکور به عقد قرض در صورت اشتراط ضمان بر مبنای روایات صحیح‌السند که حداقل از سه طریق نقل گردیده است و نیز نامقدور بودن اجرای شرط مذکور و احتمال قوی دستاویز قرار گرفتن عقود مضاربه مشروط برای اخذ ربا، امکان توجیه‌پذیری فقهی و حقوقی شرط ضمان عامل را به حداقل ممکن سوق می‌دهد.

کتاب شناسی

۱. آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد، *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع* (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۲. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۳. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن رشد قرطبی، ابوالولید محمد بن احمد اندلسی، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، قاهره، دار الحديث، ۱۴۲۵ ق.
۵. ابن فهد حلی اسدی، جمال الدین ابوالعباس احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۶. ابن قدامه مقدسی، موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد، *المغنی*، چاپ سوم، قاهره، مكتبة القاهرة، ۱۳۸۸ ق.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الايمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۸. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ بیست و دوم، تهران، اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
۹. ایروانی، جواد، «بررسی قاعده انحصار منشأ کسب درآمد به کار»، *دوفصلنامه آموزه های فقه مدنی*، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۳ ش.
۱۰. باریکلو، علی رضا، «شرط ضمان امین در فقه امامیه»، *فصلنامه مطالعات اسلامی*، شماره ۶۷، ۱۳۸۴ ش.
۱۱. همو، «وضعیت شرط ضمان سرمایه در حقوق اسلام»، *دوفصلنامه فقه و حقوق اسلامی*، سال اول، شماره ۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹ ش.
۱۲. باقری، احمد و بهمن پوری، عبدالله، «نقد و بررسی ادله بطلان شرط ضمان مستأجر»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷ ش.
۱۳. بخش فرهنگی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، *ربا (پیشینه تاریخی، ربا در قرآن و سنت، انواع ربا و فرار از ربا)*، چاپ دوم، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۶ ش.
۱۴. بروجردی، مرتضی، سیدابوالقاسم، *المستند فی شرح العروة الوثقی (الاجاره)*، تقریرات درس آیه الله سیدابوالقاسم موسوی خویی، بی تا.
۱۵. بغدادی حنفی، غیاث الدین ابو محمد غانم بن محمد، *مجمع الضمانات فی مذهب الامام الاعظم ابي حنیفة النعمان*، بی جا، دار الكتاب الاسلامی، بی تا.
۱۶. بیهقی کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، *اصباح الشیعة بمصباح الشریعه*، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۶ ق.
۱۷. تسخیری، محمدعلی، «جایگاه الفاظ و معانی در قراردادهای مالی»، *فصلنامه اقتصاد اسلامی*، شماره ۱۸، ۱۳۸۴ ش.
۱۸. توحیدی تبریزی، محمدعلی، *مصباح الفقاهه*، تقریرات درس آیه الله سیدابوالقاسم موسوی خویی، قم، ۱۴۱۷ ق.
۱۹. حاجیان، محمدرضا، *موانع و مشکلات اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی کشور*، تهران، پژوهشکده

- پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۰ ش.
۲۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۲۱. حسن نیا، مهدی، *عقد مضاربه از منظر فقه، حقوق و قانون عملیات بانکی بدون ربا*، تهران، شلاک، ۱۳۹۳ ش.
۲۲. حسینی حلبی، سید حمزه بن علی بن زهره، *غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۷ ق.
۲۳. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۴. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقہیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۵. خرازی، سید محسن، «پژوهشی در اقسام بانک و احکام آن»، *فصلنامه فقه اهل بیت*، شماره ۴۵، بهار ۱۳۸۵ ش.
۲۶. خطابی بستی، ابوسلیمان حمد بن محمد بن ابراهیم بن خطاب، *معالم السنن؛ شرح سنن ابی داود*، حلب، المطبعة العلمية، ۱۳۵۱ ق.
۲۷. دیبان، ابو عمر دیبان بن محمد، *المعاملات المالية، اصالة و معاصرة*، ریاض، مكتبة الملك فهد الوطنية، ۱۴۳۲ ق.
۲۸. رستگار جویباری، محی الدین، «حدود مسئولیت امین در عملیات بانکی غیر ربوی»، *فصلنامه فقه*، سال چهاردهم، شماره ۵۳، ۱۳۸۶ ش.
۲۹. سرخسی حنفی، شمس الأئمة ابوبکر محمد بن احمد بن ابی سهل، *المبسوط*، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. صادقی، علی اکبر، «شرط ضمان مستأجر»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره‌های ۱۳-۱۴، ۱۳۷۲ ش.
۳۱. صدر، سید محمد باقر، *اقتصادنا*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۲. همو، *البنک اللاریبی فی الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۰۱ ق.
۳۳. صفّار، محمد جواد، «نقد و تحلیل حقوقی ماده ۵۵۸ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب»، *فصلنامه نامه مفید*، شماره ۱۴، ۱۳۷۷ ش.
۳۴. طباطبایی حائری، سید علی بن سید محمد علی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، تصحیح محمد بهره مند و دیگران، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۳۵. طباطبایی حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۳۶. همو، *منهاج الصالحین*، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. طباطبایی قمی، سید تقی، *الغایة القصوی فی التعلیق علی العروة الوثقی*، قم، محلاتی، ۱۴۲۳ ق.
۳۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۳۹. همو، *العروة الوثقی مع التعليقات*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ ق.
۴۰. همو، *حاشیة المكاسب*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۴۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.

۴۲. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۳. همو، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۴۴. عاملی جعبی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق.
۴۵. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، اللمعة الدمشقية فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۴۶. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۷. علوی، یحیی، «بانکداری بدون ربا: چالش ها و راهکارها»، تهران، دانشگاه امام صادق (علیهم السلام)، ۱۳۸۸ ش.
۴۸. همو، «شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، سال نهم، شماره ۳۳، ۱۳۸۸ ش.
۴۹. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، کتاب الوافی، اصفهان، کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (علیهم السلام)، ۱۴۰۶ ق.
۵۰. همو، مفاتیح الشرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۵۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، چاپ هفتم، تهران، انتشار، ۱۳۹۲ ش.
۵۲. همو، قواعد عمومی قراردادها، چاپ سوم، تهران، انتشار، ۱۳۸۰ ش.
۵۳. همو، نظریه عمومی تعهدات، تهران، دادگستر، ۱۳۷۹ ش.
۵۴. کاشانی، سید محمود، «نارسایی های حقوقی بانکداری در ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۴۲، ۱۳۸۴ ش.
۵۵. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح التواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۵۶. کلینی رازی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۵۷. کوثری، شهریار، آسیب شناسی نظام بانکی کشور، تهران، مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۹۰ ش.
۵۸. مامقانی، محمد حسن بن عبدالله، غایة الآمال فی حاشیة المکاسب مع نهاية المقال فی تکملة غایة الآمال، قم، ثامن الحجج (علیهم السلام)، ۱۴۲۳ ق.
۵۹. ماوردی بصری، ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب، الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الامام الشافعی، تحقیق علی محمد معوض و عادل احمد عبدالموجود، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۹ ق.
۶۰. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۶۱. محبوبی، سید نصرالله، «بررسی شرط ضمان امین با تکیه بر ضمان مستأجر»، فصلنامه مطالعات اسلامی، فقه و اصول، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۴، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۶۲. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، المختصر النافع فی فقه الامامیه، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸ ق.
۶۳. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، چاپ چهل و چهارم، تهران، علوم اسلامی، ۱۳۹۳ ش.
۶۴. همو، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، علوم اسلامی، ۱۳۹۳ ش.

۶۵. مرداوی سعدی، علاءالدین ابوالحسن علی بن سلیمان بن احمد حنبلی، *الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الامام المبیحجل احمد بن حنبل*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۶۶. مطهری، مرتضی، *مسئله ربا و بانک*، چاپ بیست و دوم، تهران، صدرا، ۱۳۹۳ ش.
۶۷. مکارم شیرازی، ناصر، *بررسی طرق فرار از ربا*، تدوین ابوالقاسم علیان نژادی، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۳۸۹ ش.
۶۸. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، ۱۳۷۹ ش.
۶۹. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۷۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۷۱. موسوی خویی، سید محمد تقی، *مبانی العروة الوثقی*، تقریرات درس آیه الله سید ابوالقاسم موسوی خویی، قم، دار العلم، ۱۴۰۹ ق.
۷۲. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جوهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۷۳. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *کتاب منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تقریرات بحث میرزا محمد حسین غروی نائینی، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۷۴. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *رسائل و مسائل*، قم، کنگره نراقیین ملامهدی و ملا احمد، ۱۴۲۲ ق.
۷۵. نظری پور، محمد مهدی، «بررسی فقهی تضمین سرمایه در اوراق مشارکت»، *فصلنامه اقتصاد اسلامی*، سال سیزدهم، شماره ۵۰، ۱۳۹۲ ش.
۷۶. نوری طبرسی، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.