تحليل شرط تضمين المُضارِب في المادة ٥٥٨ من القانون المدني في إيران

حسين وليپوري
عضو الهيئة التدريسية وطالب دكتوراه في قسم القانون الخاص في جامعة "آزاد" فرع خرم آباد ـ إيران
h.valipoori1984@gmail.com
د. هنغامة غضنفري
أستاذة مساعدة في جامعة "آزاد" ـ فرع خرم آباد ـ قسم القانون الخاص ـ إيران
ghazanfari_h50@yahoo.com
د. جمشيد ميرزايي
أستاذ مساعد في جامعة "آزاد" ـ فرع خرم آباد ـ قسم القانون الخاص ـ إيران
mirzaei.1348@yahoo.com

An Analysis of the guaranty condition on bailee of the subject of Article 558 of the Iranian Civil Code

Hossein Valipouri
Lecturer and PhD Student in Private Law, Islamic Azad University, Khorramabad Branch, Iran
Dr Hengameh Ghazanfari
Assistant Professor, Islamic Azad University, Khorramabad Branch, Private Law Department, Iran
Dr Jamshid Mirzaei
Assistant Professor, Islamic Azad University, Khorramabad Branch, Private Law Department. Iran

الملخص:-

وفقاً للقواعد العامة فإن المُضارب ليس مسؤولاً عن تلف رأس المال أو نقصه سوى بالتعدي والتفريط، والأمر الذي يستحق التأمل في هذا الخصوص هو: هل يعدّ عدم تضمين المضارب حكماً قابلاً للتغيير حتى يمكنَ اشتراط تشديد المسؤولية على المضارب؟ وذلك أن يد المضارب في رأس المال يد أمانة، وهذا أمر مهم جداً في العلاقات الاجتماعية، ولهذا فإنشرح هذا الشرط وفقاً للدراسات القانونية أمر ضروري جداً في محتوى هذه الدراسة. لقد قامت هذه الدراسة المكتبيّة وفقاً للطريقة التحليلية العقلانية القائمة على جمع الملاحظات، وتوصلت إلى نتيجة مفادها أنه بعد دراسة طبيعة مسؤولية المضاربة وحدودها فإن اشتراط تضمين المضارب أمر باطل وغير شرعي.

الكلمات المفتاحية: الأمانة، المسؤولية، المضارب، اشتراط التضمين.

Abstract:-

By general rules, the bailee is not liable for loss or deficiency of capital; unless it is extravagance or dissipation, the question that remains to be considered in this sector is whether the non-guarantee of the bailee is a changeable sentence, which intensify liability clause on bailee; Since possession of bailee in is capital is deposited possessory and is very important in community relations, it is irrevocable and necessary that the status of such a condition be explained by legal issues in the content of the research. This study, reached to this conclusion based on the rational content analysis method with library taking note method, after knowing the nature and extent of bailee responsibility, guaranty condition on bailee, is an example of illegal condition and it is invalid.

Key words: Deposit, responsibility, bailee, guaranty condition.

١ـ المقدمة:ـ

١-١- شرح الموضوع: إن التزام المضارب بحفظ و حماية المال المؤتمن عليه هو التزام غير مباشر، فالمضارب يلتزم وفقاً لحدود الأعرف بالحفاظ عليه، ولا يكون ضامناً سوى في حال تجاوز حدود العرف و المتاح له، ومن ضرورات ائتمان شخص وجعله أميناً، عدم تضمينه فيما يتعلق بخسارة ذلك المال، فالمضارب لا يضمن بقاء المال المؤتمن عليه أثناء قبول عقد المضاربة، وعدم مسؤولية المضارب هنا تعود إلى كونه يد أمانة وإلي أمانته الملكية. ونظراً لأن العلاقات الاقتصادية جعلت الناس يضعون ثرواتهم في أيدي الآخرين من أجل تحسين أوضاعهم المالية وذلك باستفادتهم من تخصص الآخرين ومعرفتهم من أجل حصولهم على أرباح، فإن الأموال في هذا المجال ليست بيد المالكين دائماً، ومن الممكن أن توضَع هذه الأموال بيد الآخرين بهدف الاستثمار. وفقاً لما تقدَّم فإن موضوع الأمانة وتضمين المضارب في الحياة المعاصرة يشكّل جزءاً كبيراً من علاقات الناس فيما بينهم وعلاقات الأشخاص الحقيقين مع الكيانات القانونية، ومن هنا تُستحسن دراسة حدود المضارب ومسؤوليته بشكل مفصّل. إن اشتراط تضمين المضارب يعدّ أحد المواضيع في باب مسؤولية المضارب، قد يصل إلينا هذا المعنى في النظرة الأولى ناتجاً عن حرية العقود والأدلة العامة على العقود، فكل اتفاق لا يخالف مبدأ العقد يُعتَبر صحيحاً، ولكن أحياناً ما يسبب مبدأ الحرية التعاقدية خللاً في النظام العام ويلغي أمان العقود ويزيل الخصوصية الأساسية للعقد، ومن هنا يجب اعتبار الاتفاق صحيحاً حين يكون مدعوماً من قِبل المشرِّع ولا يجب اعتبار سيادة الإرادة إلزاميةً في كل الأحوال. إن اشتراط تضمين المضارب في القسم الأخير من المادة ٥٥٨ من القانون المدني من الشروط التي تشكّل خلافاً في مدى صحتها أو خطئها وفقاً للمبادئ والقواعد العامة، وذلك لعدم وجود الاطلاع الكافي فيما يتعلق بهذا الشأن.

١-٢- سؤال الدراسة: إن السؤال الرئيسي لهذه الدراسة يتركز حول جوهر شرط تضمين المضارب، وعلى افتراض صحة ذلك أو عدمها، ففي أي شكل يكون الشرط صحيحاً وفي أيّ شكل يكون باطلاً؟

١-٣- خلفية الموضوع: لم يتمّ التطرق حتى الآن إلى دراسة خاصة ومفصّلة تقوم

بتحليل الشرط بأشكال الشروط الصحيحة والباطلة المختلفة، وتمّ الاكتفاء بإبداء الآراء بهذا الشأن بشكل عام جداً، فيرى الدكتور ناصر كاتوزيان (١٣٩٠هـ.ش.) أن اشتراط تضمين المضارب صحيح في ضوء مبدأ حرية الإرادة، في حين يرى الدكتور باريكلو (١٣٩٤) أن الأصول المتعلقة بالأموال ليست قطعية بحيث يكون الشرط المخالف لها باطلاً، ومن هنا فإن اشتراط التضمين صحيحٌ وفقاً لمبدأ الصحة. بينما يرى الدكتور حسن إمامي (١٣٩٠)أن شرط تضمين المضارب مع مراعاة أوامر المالك والأمور المتعارفة كلها تشكّل شرطاً مخالفاً لإطلاق العقد وليس للعقد بحدّ ذاته، ولكن لا بدّ من قبول إبطاله نظراً لكونه تصريحاً قانونياً، والقسم الأخير من المادة ٥٥٨ من القانون المدني يشكّل حيلة قانونية اقترحها المشرِّع لكلا الطرفين. كما يرى السيد ره بيك (١٣٩٥) أنه في حال الموافقة على القسم الأخير من المادة ٥٥٧ من القانون المدني فلا يجب اعتبار العقد نوعاً من المضاربة بل هو تابع لعقد آخر. وفي كل الأحوال فإن هذه الدراسة -كما سترون- تختلف اختلافاً عميقاً عما سبق ذكره من دراسات تطرقت بشكل بسيط جداً وتحليلي إلى حدود مسؤولية المضارب ومعرفة أصل العقد وماهيته ودراسة شرط التضمين بما يقتضيه العقد وتطبيقه وفقاً للشروط الصحيحة والباطلة مع الأخذ بعين الاعتبار للأصول والقوانين الحاكمة والنظريات المختلفة للحقوقيين والفقهاء.

١-٤- تعريف عقد المضاربة: المضاربة مصدر من باب المفاعلة، وهي مشتقة من ضرب بمعنى "الضرب في الأرض". يقوم العامل في عملية المضاربة بتنفيذ أمر المالك بالسير في أي اتجاه بهدف التجارة ليحقق ربحاً (إمامي، ١٣٩٠، ١٧٤/٢). وقد جاء أيضاً أن المضاربة مصدر ضارَبَ وهي مشتقة من (الضَرَبَ فِي الأرض) كما في الآية ٢٠ من سورة المزمل: ((وآخَرُونَ يضرِبُونَ فِي الأَرضِ)) (حسيني، ١٣٨٥، ٤٧٩)، وقد جاء في المادة ٥٤٦ من القانون المدني في باب عقد المضاربة تعريفها كالآتي: "المضاربة عقد يقوم أحد المتعاقدين بموجبه بإعطاء رأس المال لشخص آخر بشرط أن يتاجر به الشخص الآخر ويشتركان في الأرباح، ويسمى مالك رأس المال مالكاً في حين يسمى العامل مضارباً". وفقاً للمادة ٥٤٨ من القانون المدني فإنه يجب أن تُحدَّد حصة كل من الطرفين-المالك والعامل- من الأرباح وأن تكون جزءاً مشاعاً من الكل، لذلك فإنها إذا لم تكن جزءاً مشاعاً من الكل وكانت بشكل معيّن فإنها لا تجري عليها أحكام المضاربة. يكون الربح للحفاظ على رأس المال،

وعادةً ما تُعوَّض الأضرار والخسائر في رأس المال كلّه أو جزء منه من الأرباح، لذلك فإن مالكية المالك لرأس المال غير ثابتة أو مستقرة. والمضاربة من العقود العهدية وذلك لأن رأس مال المالك لا يصبح مُلكاً للمضارب وإنما يعطى الحق في التجارة به فقط. إن تبديل عقد المضاربة بناءً على الأرباح والقوة العاملة ليس متماشياً مع المبادئ والقواعد، وذلك لأنه لا يوجد أرباح في المضاربة، ومن هنا فإنه رأس المال في المضاربة يكون من المالك ويوجد مقابل رأس المال القوة العاملة (باريكلو، ١٣٩٤، ٤٦).يبدو أن التبديل في عقد المضاربة أمر ممكن ولكنه ليس حتمياً، وذلك لأنه قد لا يتمكن العامل إطلاقاً من القيام بالتجارة والحصول على أرباح وامتلاكها. بالنسبة للعقود التي يكون فيها المال الموضوع في العقد متروكاً كأمانة في يد المتصرف فإن المشرِّع يعتبره أميناً على ذلك المال، وإذا تعرض ذلك المال لخسارة دون أن يكون الخطأ في تلك الخسارة ناجماً عن الأمين فإنه ليس ضامناً له، وفي العقود التي يكون المال الموضوع في العقد أمانةً في يد المتصرف فإنه لا تقع على عاتقه أية مسؤولية في حال عدم ارتكابه لخطأ بنفسه.

١-٥- **ماهية المضاربة:** يتكّون عقد المضاربة من عدة عقود، وهي الأمانة والوكالة على التصرف في المال المؤتَمن، والقيام بالمعاملات التجارية والمشاركة في الأرباح (إمامي، ١٣٩٠، ١٨١/٢). فعقد المضاربة يتمتع بطبيعة قانونية خاصة وذلك لأنه نتج عن عدة عقود، وليس له طبيعة قانونية بسيطة ومستقلة؛ فلديه طبيعة الوكالة من جهة وذلك لأن المالك يمنح العامل وكالة ليتاجر بأمواله وحسابه، ومن جهة أخرى فإن المال الموضوع في المعاملة أمانة في يد العامل، وله طبيعة عقود الودائع، ومن جهة ثالثة يتعاقد العامل والمالك مع بعضهما في أن يكون العامل شريكاً في الأرباح الناتجة عن التجارة بالمال الموضوع في العقد وهنا تكون طبيعة عقد الشراكة المدنية (كاتوزيان، ١٣٨٨، ١٠٨/٢). فالمضاربة تشكل إحدى الحالات الخاصة والمعيّنة للشراكة (ره بيك، ١٣٩٥، ٤٠). يوضح السيد حائري شاهباغ جوهر عقد المضاربة كالآتي: إذا لم يحصل من عقد المضاربة ربح ما يكون المال أمانةً في يد العامل، ويجري على العامل حكم الأمين، وإذا حصل ربح فإن عقد الشراكة هو المُطبَّق، وإذا تم العمل ضمن حدود العقد فالعقد عقد وكالة (حائري شاهباغ، ١٣٩٦، ٤٩٩). فالموضوع الرئيسي لعقد المضاربة هو المشاركة في رأس المال والعمل التجاري بهدف المشاركة في

الأرباح (جعفري لنغرودي، ١٣٨٤، ٧٩). وأمانة يد عامل المضاربة لا تقتضي عقد المضاربة بذاته أو بدلالته ولكنها تقتضي إطلاق عقد المضاربة (جعفري لنغرودي، ١٣٨٤، ١١٦)، فما يقتضي ذات المضاربة هو حق تجارة التاجر برأس مال المالك وتصرفه فيه في حين إن ائتمان التاجر عليه أو عدم ائتمانه لا ينجم عن الأثر الذاتي لعقد المضاربة بل عن حكم القانون (باريكلو، ١٣٩٤،٥٧).

٢- شرط ضمان المضارب: لا يقع على عاتق الأمين أي ضمان من وجهة النظر القانونية والفقهية، إلا في حال التعدي أو التفريط "فالأمين لا يضمن سوى بالتعدي والتفريط" ولذلك فإن القانون المدني في إيران لا يعتبر الأمين في عقود الأمانة مسؤولاً سوى في حال التعدي والتفريط وذلك وفقاً للمواد الفقهية ٦١٤ و ٦٣١ و ٥٥٦ و ٦٤٠ و ٤٩٣ و ٥٥٨، ولم يوضّح أي قيد آخر يعتبره مسؤولاً. يحق للمتعاقدين في المضاربة -كبقية العقود الأخرى- أن يُدرِجوا الشروط الصحيحة ضمن عقدهم، ومن الشروط التي تكوّن موضوع بحثنا وهي -في الوقت نفسه- من الأمور المهمة والجديرة بالبحث والدراسة، شرط ضمان المضارب دون أن يكون قد ارتكب خطأً، ومن هنا سيتم التطرق فيما سيأتي إلى هذا الشرط من وجهة نظر قانونية وفقهية أحياناً حول إذا ما كان الشرط صحيحاً أو باطلاً في حال عدم ارتكاب خطأ.

٢-١- الأدلة على صحة شرط الضمان: سنقوم -في هذا القسم- بدراسة وتحليل أدلة الحقوقيين وبعض الفقهاء ممن يعتقدون بصحة شرط الضمان، وآرائهم في ذلك.

٢-١-١- الإرادة هي مبدأ الحرية: حرية الإرادة هي المبدأ الأول في العقود، ومن هنا، ووفقاً لهذا المبدأ فإنه يحق للمتعاقدين أن يُدرِجوا أي شرط أو اتفاق في العقد بحيث لا يخالف الطبيعة الأساسية للعقد. لربما حكمنا بصحة شرط الضمان في النظرة الأولى وفقاً للنظام القانوني واستناداً إلى قاعدة سيادة الإرادة والمادتين ١٠ و٢٢٣ من القانون المدني، وأحياناً يُقبل حكم المُشرِّع للشرط بتشديد المسؤولية كما في المادة ٦٤٢ من القانون المدني في باب العارية أو الاستعارة، حيث جاء "إذا اشتُرط تشديد الضمان على المستعير فسيكون مسؤولاً عن أي نقص أو خسارة، حتى ولو لم يكن سبب ذلك متعلقاً بعمله". يُوضِح السيد كاتوزيان شرط الضمان وعدمه بقوله أنه كما يحق للمتعاقدين الالتزام في علاقاتهم يحق لهم

أيضاً أن يبيّنوا نتيجة مخالفة ذلك بحرية إلا إذا كان ذلك مخالفاً للنظام العام (كاتوزيان، ١٣٩٠، ٢٩١/٤).

وفقاً لرأي كاتب المقال فإنه ليس بإمكاننا بمجرد نظرة قانونية بسيطة أن نعتبر أي شرط أو عقد يطابق هذا المبدأ مقبولاً وصحيحاً ولا يحق لنا توسيع دائرته أكثر من بقية المبادئ دون أخذها بعين الاعتبار.

٢-١-٢- **مبدأ الحاكمية (قاعدة التسليط):** حكم قاعدة التسليط حكم المالك لماله، ولأن هذه السلطة مطلقة ولا تُقيَّد ببعض التصرفات فإن حكم هذه القاعدة يستوجب سلطة المالك على أي تصرف في ماله. ووفقاً لقاعدة التسليط التي تنطوي في عبارة "الناس مسلطون على أموالهم" فإنه بإمكان أي شخص أن يتصرف بماله كما يريد بحيث لا يخالف القانون، ولهذا يمكن للناس أن يوسعوا نطاق عقودهم لإدراج أي شرط صحيح يتعلق بأموالهم.

٢-١-٣- **مبدأ الصحة:** يعود هذا المبدأ إلى حكم وضعي وتترتب عليه نتائج عملية، ففي حال حدوث شك في كيفية القيام بالأعمال الحقوقية بشكل صحيح، يمكن الحكم بصحة ذلك العمل الحقوقي، فقد جاء في المادة ٢٢٣ من القانون المدني: "كل معاملة تم إجراؤها محكومةٌ بالصحة إلا إذا تبيّن بطلانها" والقواعد المتعلقة بالأموال ليست قطعية ليكون الشرط المخالف لها غير شرعي قطعاً، ومن هنا فإن شرط الضمان صحيح وفقاً لمبدأ الصحة (باريكلو، ١٣٩٤، ٥٧). إن الممارسة المنطقية والحكيمة من أهم وأقوى الأدلة فيما يتعلق بموضوع الصحة في المعاملات ومن بينها صحة شرط المسؤولية، والإمام الخميني (ره) يعتبر أن الدليل الوحيد لإثبات مبدأ الصحة هو الممارسة والبناء المنطقيين (الخميني، ١٣٨١، ٣٥٨).

٢-١-٤- **ضرورة تعويض الخسارة والأضرار دون ارتكاب خطأ:** حينما يتسبب شخص ما -قاصداً أو عن طريق الخطأ- بخسارة شخص آخر فإن النظام الاجتماعي والقانوني وكذلك التفكير المنطقي يستوجب ألا تبقى تلك الخسارة دون تعويض، وأن يكون المتسبِّب بهذه الخسارة مسؤولاً عن تعويضها باعتباره أكثر شخص متسبب بها. ومن هنا فإن أي نوع شرط أو اتفاق يضمن تنفيذ هذا القانون بحيث يلقى الموافقة والاحترام من قِبل المجتمع والحقوق سيكون نافذاً. يؤكد مبدأ "لا ضرر" الموجود في الإسلام هذا الموضوع ووفقاً له فإنه

بالإمكان إيجاد أي حكم ضروري أو النهي عن أي أمر يسبب الخسارة التي لا تعوَّض، كما أن الشخص المخطئ يعدّ مسؤولاً عن تعويض الخسارة. يعتقد السيد باريكلو أنه إذا امتلك شخص حق التصرف في مالٍ ما فعليه أن يرد المال بعينه أو قيمته إلى صاحبه، حتى لو تعرض للتلف لأسباب قاهرة (باريكلو، ١٣٩٤، ٥٨). يجب القول رداً على استدلاله بأن ضمان المتصرف يكون مطلقاً حين يكون تصرفه غير مشروع منذ البداية أو حسب ما يقتضيه الموقف حين التصرف، ولا تجري هذه القاعدة ولا يدخل هذا الحكم في هذا الإطار حين يكون التصرف وفقاً لإذن المالك.

٢-١-٥- القرآن: تقول الآية الأولى من سورة المائدة "يا أَيهَا الَّذينَ آمَنُوا أوفُوا بِالعُقُود" فكلمة "أوفُوا" فعل أمر من المادة "وفاء"، والوفاء وهي لغوياً بمعنى القيام بالعمل وإكماله. يمكننا استنتاج أن الألف واللام في كلمة "العقود" تدل على عمومية وشمول العقود التي يجب إيفاؤها، وهذا ما يشمل كل أفراد موضوع العقد طالما أنه لا توجد قرينة تثبت دلالة الانصراف من هذا العموم (مكارم شيرازي، ١٤١١، ٣٤١/٢).

٢-١-٦- السنة والروايات: يعود مبدأ حرية الإرادة التي تلقى قبولاً في قوانيننا إلى أصول ومبادئ فقهية، فرواية: " أَلْمُؤمِنُونَ عِندَ شُرُوطِهِم" التي تعتبر قاعدة فقهية معتبرة يُجمع عليها الفقهاء، تلقى نفوذاً وتنفيذاً قانونياً، وذلك لأن الرواية المذكورة تبيّن قاعدة عامة وتشمل الشروط والأحكام كلها. إن مقتضيات الأحكام والقواعد العامة والأدلة من قبيل "المُؤمِنُونَ عِندَ شُرُوطِهِم" تفيد بوجوب الوفاء بالالتزامات والعهود التي يتحملها الإنسان في حق الآخرين (نراقي، ١٤٠٨، ١٤٢).

٢-٢- الأدلة على عدم صحة شرط الضمان: سنتطرق - في هذا القسم - إلى تحليل جميع الأدلة المطروحة من الحقوقيين وبعض الفقهاء فيما يتعلق ببطلان شرط الضمان.

٢-٢-١- عدم شرعية الشرط: الشرط غير المشروع هو شرط يخالف القوانين النافذة أو يخالف القرآن والأحكام الإلهية أو يخالف النظام العام، وقد تمّ ذكر هذا الشرط في المادة ٢٣٤ من القانون المدني. يعتقد بعض المفكرين أن اشتراط تضمين الأمين يقع بشكل عام ضمن الشروط غير الشرعية، وهم يحللون ذلك بأن الأمين ليس ضامناً بموجب القانون إلا في حال التعدي أو التفريط، ويد الأمين على المال المؤتمن عليه مثل يد المالك، فهو ممثل له،

ولا يجب أن يكون ضامناً على الإطلاق لأي طارئ ليس له شأن أو علاقة به. جاء في المادة ٦٣١ "إذا تملك شخص حق التصرف في مال ليس وديعة لديه، وأجازت له القوانين أن يكون مؤتمناً على ذلك المال فإنه يُعامل معاملة الوديعة، لذلك فإن المستأجِر لا يعدّ ضامناً بالنسبة للمُلك المستأجَر، والقيّم والوليّ لا يعدّ ضامناً بالنسبة لمال الصغير أو المولى عليه وأشباههم، سوى في حال تعدّيه أو تفريطه..." ونظراً إلى محتوى المواد المذكورة التي وردت في باب الوديعة وفي جميع العقود القطعية بشكل عام فقد اعتبر المشرّع ضمان الأمين مقروناً شرطياً بحدوث أحد الأمرين؛ التعدي أو التفريط. قُرِّر في باب المضاربة وفقاً للمادة ٥٥٦ من القانون المدني أن "يكون المضارب بحكم الأمين، ولكنه لا يضمن مال المضاربة إلا في حال التعدي أو التفريط" وكذلك جاء في المادة ٥٥٨ من القانون نفسه أنه "إذا اشتُرط أن يكون المضارِب ضامناً لرأس المال أو ألا تكون الخسارة الناجمة عن التجارة على عاتق المالك، فإن العقد باطل إلا إذا اشتُرط لزوماً أن يعطي المضارِب من ماله مقدار الخسارة للمالك دون مقابل". يمكن الاستنباط من ظاهر المادة الأخيرة أن المشرِّع قبلَ بشرط الضمان في باب المضاربة، ولكن موضوع المادة المذكورة كان محطّا لكثير من الجدل وهو ما سنتطرق إليه فيما سيأتي. إن شرط ضمان المضارب مع رعاية جميع المعايير وأوامر المالك هو شرط مخالف لإطلاق العقد وليس للعقد بحد ذاته، ولكن لا بدّ من قبول بطلانه لأنه تصريح قانوني (إمامي، ١٣٩٠، ١٨٦/٢). والقسم الأخير من المادة ٥٥٨ يشكّل حيلة قانونية اقترحها المشرِّع للطرفين (إمامي، ١٣٩٠، ١٧٨/٢). يعتقد السيد ره بيك أنه لا يجب أن نعتبر العقد عقد مضاربة فيما إذا كنا قد وافقنا على القسم الأخير من المادة ٥٥٨ من القانون المدني، بل هو تابع لعقد آخر (ره بيك، ١٣٩٥، ٤٩). من الممكن أن تكون المادة ٥٥٨ من القانون المدني على وجهين: الأول أن يُشتَرط ضمن عقد المضاربة أن تكون الخسارة أو الأضرار في رأس المال على عاتق العامل أو المضارب حتى لو لم تكن الخسارة ناجمة عن خطأ ارتكبه، ويُعتَبر هذا الشرط باطلاً ومُبطِلاً، والثاني أنه غيّر شكلياً في الشرط المذكور وبيّن ميزتين لصحته؛ الميزة الأولى أنه أدرج الشرط المذكور ضمن العقد اللازم، والمقصود من كلمة "لزوماً" في المادة ٥٥٨ من القانون المدني أن الحيلة القانونية يجب أن تُدرج في العقد اللازم لتكون معتبرة وفعالة، لأن عقد المضاربة عقد جائز ومن الممكن في أي وقت أن يزول أساس العقد وبالتالي أن يزول الشرط الموجود ضمنه. الميزة الثانية أن يُملِّك المضارِب للمالك ما

يعادل الخسارة من ماله الخاص على أنها هبة أو أي شيء آخر. إن مشرِّعنا في الحقيقة جعل أشكال الاتفاقات هي الأساس، وبعبارة أخرى فهو يعتمد على الشكلية أكثر من الانتباه إلى طبيعة الأمر ورغبة كلا الطرفين والنتيجة وآثارها. وفضلاً على ذلك فإن القسم الأول من المادة ٥٥٨ من القانون المدني مأخوذ بالكامل من الفقه الإسلامي وكان الهدف من إنشاء المادة المذكورة يتمحور حول أنه لا يجب اعتبار المضارِب مخطئاً دون دليل أو تحميله خسارة دون أن يكون قد تسبب فيها. إن اعتبار شخص ما مسؤولاً دون أن يكون مخطئاً لا يحتل أية مكانة في القوانين، وذلك لأنه يشوه العدالة الاجتماعية والاقتصادية، ولهذا فإن الهدف من وجود المادة ٥٥٨ من القانون المدني إبعاد المضارب عن الخسارة المحتملة التي لا شأن له بها. وقد اعتبر أغلب الحقوقيين والفقهاء القسم الأخير من المادة ٥٥٨ من القانون المدني التي قبلت بشرط ضمان المضارب يشكّل حيلة قانونية وهي غير مبررة لأنه لا يمكن بمجرد تغيير اللفظ أن تتغير طبيعة العقود وتأثيراتها المباشرة والتي تنتهي جميعها إلى نتيجة واحدة، وللأسف فإن المصارِف ومؤسسات الائتمان تستخدم هذه الحيلة القانونية الموجودة في المادة ٥٥٨ من القانون المدني في عقود المضاربة الخاصة بها مع الناس. إن هذه المضاربة التي لا تشكل أي خطر على مالك رأس المال ولا تحمل له سوى الربح تتعارض مع الطبيعة الحقيقية والمباشرة لعقود المضاربة.

الدليل الذي يمكن أن يساعدنا على إبطال شرط ضمان المضارب في كلّ من الحالتين للمادة ٥٥٨ من القانون المدني هو المادة ٥٥٧ من القانون المدني التي تُقرّ بأنه "إذا أعطى شخص ما مالاً للتجارة واشترط أن تكون الأرباح والمنافع كلها للمالك فإن شكل هذه المعاملة لا يُعدّ من المضاربات" ومن هنا فإن شرط الضمان في عقد المضاربة يستوجب ألا يبلغ المالك أي ضرر أو خسارة، وهو ما ينافي طبيعة المضاربة.

٢-٢-٢- معارضة شرط الضمان للنظام العام: عندما يكون الإنسان عضواً في المجتمع فلا بدّ له من أن يؤدي حقوقاً وواجبات تجاه الآخرين وذلك لأن الحياة الاجتماعية تستلزم أموراً وضرورات معينة، والشخص الذي يقف وسط هذه الحقوق والواجبات لا يستطيع أن يُخلّ بواجباته الاجتماعية عن طريق العقود (كاتوزيان، ١٣٨٨، ١٦٢/١). ينشأ النظام العام عن القانون والأخلاق الحسنة والأعراف والعادات، وينشأ الإخلال بالنظام العام وتجاوزه عن التعدّي على روح القانون والقواعد التي تشكل الأساس لمجموعة المبادئ. كما تعدّ

الأعراف أيضاً أساساً للأخلاق الحسنة ولمراعاة مشاعر الناس (كاتوزيان، ١٣٨٨، ١٦٣/١)،وإبرام عقد قبل حدوث خسارة وضرر بحيث يكون هذا العقد المنعقد بين المتضرر المحتمل والمتسبب بالخسارة بشكل كلي أو جزئي مقتضياً لإخلاء المسؤولية، هو أمرٌ باطل ومخالف للنظام العام في المسؤولية المدنية (إمامي، ١٣٩٠، ٧٣٦/١). واعتقاد السيد إمامي هنا فيما يتعلق بإعلام انتفاء الخسارة عند اشتراط إخلاء المسؤولية يصحّ أيضاً فيما يتعلق بشرط إخلاء المسؤولية لتداخله مع النظام العام.

وفقاً لرأي كاتب هذه المقالة فإنه لا أساس لمنح الاعتبار للعمل الحقوقي المذكور من قِبل القانون الذي يعدّ نفسه حامياً لنظام المجتمع، فذلك يؤدي إلى تمهيد أرضية الإخلال في النظام والمجتمع. ومن هنا فإن القيام بإدراج شرط غير مشروع يعني القيام بما هو مخالف للنظام العام والترويج للقيام بالأعمال المخالفة للأعراف.

٢-٢-٣- مخالفة شرط الضمان لنظرية التوازن: يعدّ التوازن أحد أكثر المبادئ عمومية مما يتم الالتزام به في المجتمعات البشرية والطبيعية (جعفري لنغرودي، ١٣٩٣، ١١). يعتقد السيد لنغرودي أن الشرط المخالف لأصول التوازن باطل ومبطل للعقد (جعفري لنغرودي، ١٣٩٠، ١٢٢/٣). فحينما يكون المتعهد عاقلاً وبالغاً ولكنه التزم بشيء غير منطقي وغير عقلاني تحت تأثير عوامل نفسية خاصة فإنه التزامه هذا باطل ولا قيمة له، مثلما يحدث حينما يلتزم شخص ما تحت تأثير مشاعرة بالمسؤولية الكاملة لحادثة ما. يمكن الإشارة إلى عدم توازن طرفي العقد من حيث القدرة المادية والاقتصادية في عقود تقديم السلع والخدمات، فالأفضلية المادية للجانب المقدِّم وقدرته الاقتصادية المرتفعة ناشئة عن المكانة التي منحهم إياها المجتمع للقيام بنشاطاتهم، ومن هنا فإنه عليهم أن يتحملوا مسؤوليةً تجاه المجتمع فيما يتعلق بالربح الذي يجنونه مقابل أعمالهم والمخاطر التي يتقبلونها والخسارة التي يسببونها للآخرين، ومن هنا فإن تحميل المسؤولية لشخص دون أن يكون الخطأ ناجماً عنه في هذا النوع من العقود والعقود المشابهة يعدّ أمراً لا يمكن تبريره.

ومن هنا فإن رأي كاتب المقال أنه يمكن تحقيق التوازن في كل موقف يُحكم فيه بالعدل لأن الحكم بالعدل لا يمكن دون تحقيق التوازن.

٢-٢-٤- مخالفة الشرط مع المعايير الشرعية (الكتاب والسنّة): إن شرط مخالفة الكتاب والسنة من أهم الشروط التي قدمها الفقهاء على بطلان شرط تشديد المسؤولية، فوفقاً لاعتقاد أغلب الفقهاء يكون ضمان حكم شرعي ما وإزالته أو تأكيده بيد المشرِّع، فمن وجهة النظر الشرعية لا يمكن جعل شخص ما ضامناً بالاشتراط عليه ضمن العقد، ويرى الشيخ الأنصاري أن المقصود بالكتاب يشمل القرآن وأحكام الدين أيضاً بما فيها الأحاديث التي وصلتنا من الرسول ﷺ والأئمة عليهم السلام (الأنصاري، ١٣٧٩، ٦/٣). إن يد المؤتمن على المال وسيادته عليه تشبه يد المالك، وجعلُه ضامناً على المال يشبه أيضاً أن يكون المالك ضامناً لخسارة ماله (لطفي، ١٣٨٣، ١٩٥). يقول الله تعالى في كتابه الكريم: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (سورة النساء: ٢٨). وفقاً لرأي الفقهاء الإماميين فإن مصطلح "تجارة" يحمل معنى عاماً وهو يشمل الكسب بجميع الطرق، وكلمة "تراضٍ" هي معيار لاعتبار صحة العقد القائم بين الطرفين وشرعيته، والعبارة "تجارة عن تراضٍ" عامةً تدل على العرف والعقل.

وقد عدّ البعض الشرط المذكور مخالفاً لما جاء في الآية: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ...﴾ (التوبة: ٩١) ولروايات من قبيل "الأمين لَا يضمِن" و "لَيسَ على الأمين إلَّا اليمين" والتي جاءت فيما يتعلق بعدم تضمين الأمين. وقد استنتج الفقهاء من مضمون هذه الروايات أن المضارب أمين على حماية رأس المال، كما تدل هذه الروايات على عدم تضمين الأمين وخروج يده عن قاعدة ضمان اليد (حكيم، ١٤٠٤، ٦٩/١٢). تُعرّف الشروط الظالمة وغير الشرعية بأنها الشروط التي يفرضها أحد الطرفين بفضل قوته وقدرته المرجّحة على الطرف الآخر ليؤمّن بذلك مصالحه ومنفعته بشكل أكبر (بهلوان، ١٣٩٦، ٩٣). يرى كاتب هذه المقالة أنّ محتوى الآية والروايات يدل على جميع أنواع الشروط التي لا تؤثر فيما إذا اختلت حالة التوازن.

٢-٢-٥- تعارض الشرط مع أمانة يد الأمين: إن الجوهر الرئيسي لتسمية شخص أميناً ألا يكون مسؤولاً فيما يتعلق بالمؤتمن عليه، فإذا اعتبرنا الشخص الأمين مسؤولاً فكأننا سلبنا منه صفة الأمين، ولا يمكننا بعد ذلك تسميته أميناً، فهذا يخالف الأحكام والقواعد الإلهية. وفي الحقيقة فإن الأمانة الملكية أو الشرعية هي الأمانة نفسها التي يمتنع فيها الضمان، وإذا

بدر منه خطأ تتغير يده من يد الأمانة إلى يد الضمان (عميد زنجاني، ١٣٨٩، ١٦٩). يعتبر السيد بروجردي‌عبده أن أمانة العامل صحيحة بشرط ضمان العامل في قوالب بقية المؤسسات الحقوقية (بروجردي‌عبده، ١٣٨٠، ٣١١). ومن هنا وبالانتباه إلى الآراء والمواضيع المختلفة، نرى أن الضمان لا يتفق مع طبيعة العقود الأمانية، ولا يمكن للأمين أن يقبل التضمين أو الضمان لإكمال أمانته وإحسانه وخاصة فيما يتعلق بعقود الوديعة والإعارة.

٢-٢-٦- فقدان السبب في المسؤولية الناتجة عن شرط الضمان: تقول القاعدة في القانون الإيراني وفي الفقه الإسلامي في باب الضمان أنه يمكن الحكم بالتضمين المالي لشخص عندما يكون ذلك الشخص مسبباً للخسارة المالية، ولكن الموضوع الذي يتعلق بكون العقد سبباً للضمان أم لا هو بحد ذاته موضع جدل. بعبارة أخرى هل يمكن أن يكون العقد سبباً ويؤدي إلى حدوث الضمان دون ارتكاب خطأ من الضامن ودون إيجاد خطر في المؤسسات التي عُرِفت أسباب وجودها كأسباب الضمان؟ السبب في اللغة يعني الاستمرارية، وفي الاصطلاح هو أي شيء يؤدي إلى الوصول إلى الهدف (عميد زنجاني، ١٣٨٩، ٧٦). ولعلّ من أكثر الأمور أهمية ومحوريةً في موضوع إثبات الضمان هو السببية في الضمان والتي لا يتحقق الضمان دونها، ويمكن أن نذكر من مسببات الضمان التخريب وإلحاق الأذى والتعدي والغرور (عميد زنجاني، ١٣٨٩، ٨٧). ومن هنا فإنه يمكن الاستنتاج أن مسببات الضمان تعادل في التعبير القانوني فعل إلحاق الضرر. يعتقد السيد محقق داماد أنه وفقاً للمشرِّع المدني فإن الضمان حكم من أحكام الشرع وبناءً عليه لا يمكن للطرفين أن يضمنا بعضهما بالاشتراط على بعضهما، ولا يمكن أن يُعدّ الالتزام من أسباب الدين على الإطلاق (محقق داماد، ١٣٩٠، ٥١١).

وفقاً لرأي كاتب هذه المقالة فإن وجود العقد بحد ذاته لا يؤدي إلى نتيجة مفادها أن نعتبر المسؤولية عقدية في موضوع العقد كلما تضرر الطرف الآخر من العقد، ولكن يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين العقد والخسارة لنتمكن من القول أن الخسارة حصلت نتيجة عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد.

٢-٢-٧- تعارض الشرط مع الشروط الصحيحة: عندما نقدم موضوع تشديد المسؤولية على أنها شرط فإنها ستبدو دون شك كشكل من أشكال المادة ٢٣٤ من القانون المدني

بحيث تترتب عليها الآثار القانونية، وما عدا هذه الحال فإن الشرط يفقد اعتباره. شرط الصفة من أشكال الشروط وهو خارج عن نطاق موضوع بحثنا نظراً لطبيعته. وشرط الفعل فيما يُظهره المشرِّع في المادة ٢٣٧ من القانون المدني على النحو الآتي: "إذا كان الشرط ضمن العقد شرط فعل فإنه يجب على الملتزم به أن يؤديه إثباتاً أو نفياً، وفي حال امتناعه يمكن للطرف الآخر من المعاملة أن يلجأ إلى الحاكم ويطب منه إجباره على أداء الشرط". وفقاً لرأي كاتب المقال إن الشرط الذي جاء في موضوع شرط الفعل يقع على عاتق المشترط عليه كما ذُكر مسبقاً، والقيام بالأمر أو الامتناع عنه هو فعل يتوجب عليه تنفيذه أو تركه، ومن هنا فإن توسيع نطاق شرط الضمان إلى ما يشمل شرط الفعل أمر مرفوض من حيث الموضوع، لأنه لا يوجد فعل في شرط الضمان بحيث يُلزَم المشترط عليه بتنفيذه، ولا يمكن أن نعتبر أن تسديد الخسارة -دون أن تكون مسبَّبة عن خطأ المشترط عليه- فعلاً على الإطلاق لنتمكن من إدراجها تحت قائمة شرط الفعل في العقود.

شرط النتيجة هو عبارة عن اشتراط مقتضى أحد العقود ضمن معاملة أخرى، ووفقاً لرأي كاتب هذه المقالة فإن شرط النتيجة يحصل كلما كانت الظروف اللازمة مهيأة أثناء العقد لحدوث شرط النتيجة، ولكن لا تكون هنالك نتيجة كلما كانت الظروف اللازمة لحدوث شرط النتيجة غير مهيأة. ومن هنا فإنه ليس هناك حاجة لإجبار طرف العقد فيشرط النتيجة، لأن النتيجة المطلوبة ستحصل بالعقد من تلقاء نفسها. من هنا يمكن الاستنتاج أنه إذا اعتبرنا شرط الضمان شرط نتيجة فإننا في اللحظة نفسها نكون قد اعتبرنا المشترط عليه (الأمين) مديوناً في حين إن هذا الأمر - بغض النظر عن صحته أو خطئه- لا يتحقق إلا إذا حصلت الخسارة. بناء على ما ذكرنا فإنه لا يمكن اعتبار شرط الضمان داخلاً في إطار شرط النتيجة لأن الضمان لا يحصل بالاشتراط المحض فحدوثه مقرون بسبب خاص لم يكن قد أوجِد بعدُ أثناء إبرام العقد وإدراج الشرط.

رأي الباحثين في هذه المقالة: بعد دراسة وتحليل النظريات المختلفة للحقوقيين وبعض الفقهاء ونقد آرائهم، فقد اجتمعت آراء الباحثين في هذه المقالة على تأييد المجموعة الثانية في الاعتقاد بأن شرط ضمان المضارب باطل وملغىً للأسباب الآتية: ١- بعد التحقيق في مضمون البحث توصلنا إلى أن شرط ضمان المضارب لا يمكن استيعابه في أي من الشروط

الثلاثة الصحيحة (الفعل والنتيجة والصفة). ٢- الاستناد إلى قاعدة ضمان اليد في باب يد المضارب ليس أمراً صحيحاً، لأن يد العامل مبنية على إذن المالك وسماحه وليس مشمولاً على اليد وذلك لأن خروج يد الأمانة عن قاعدة الضمان تكون في الأصل بالتخصص والتقيد وليس بالتخصيص. ٣- يعتقد المتقدمون والمتأخرون من الفقهاء جميعاً فيما يتعلق بباب مسؤولية الأمين أن الأمين ليس مسؤولاً عن خسارة المال المؤتمن عليه إلى في حال التعدي أو التفريط. ٤- يكون الاستناد بقاعدة السلطة في باب الأموال صحيحاً حينما لا يكون ذلك مخالفاً للشرع والقانون وحينما يكون الشرط المذكور -استناداً إلى ما تقدم- لا يتعارض مع الشرع والقانون. ٥- أعلن المشرِّع بشكل صريح في كل من المواد ٥٥٦ و٥٥٨ و٦٣١ من القانون المدني أن المضارب ليس مسؤولاً سوى في حال التعدي والتفريط، وهذه المواد من القوانين القطعية التي يعدّ الاتفاق على الاختلاف فيها أمراً دون تأثير وجدوى. ٦- اعتبار الأمين (المضارب) ضامناً في غير التعدي أو التفريط ودون وجود سبب قانوني أو شرعي أمرٌ يضرُّ به دون مبرر، وهو مثال صريح على ما تشمله عبارة "بالباطل" في الآية ٢٩ من سورة النساء. ٧- ليس على الأمين إلى اليمين، فعندما يُسقَط اليمين عن الأمين فهذا يعني أن الضمان قد أُسقِط عنه بشكل مبدئي. ختاماً، يعتقد الناس استناداً إلى الأعراف السائدة أن الهدف من إبرام العقود هو تنفيذها، ومن هنا يجب الامتناع عن التحليلات التي تهدف إلى إبطال العقود وفسخها طالما أنه لم يلحق بطبيعة العقد تشوه أو تحريف، وبالنتيجة فإن اعتبار الشرط باطلاً وغير شرعي، أو بعبارة أخرى تفريغ الشرط من تأثيره، يحافظ على قوة العقد وعلى استمرارية حياته القانونية.

النتيجة:ـ

يبين المشرِّع الهدف من شرح عقد المضاربة بأشكال مختلفة في مواد متعددة من باب المضاربة، وهو يحاول ألا يتفكك إطار العقد وطبيعته تحت تأثير الاتفاقات بين الطرفين. استخدم المشرِّع في أغلب المواد التي تتعلق بواجبات الطرفين كلمة "يجب" وقد دلّ استخدام هذه الكلمة على حالة الأمر وعدم إمكانية التغيير. لا يمكن تغيير قواعد المسؤولية بالعقود الخاصة لأنه ما دام بالإمكان تغيير هذه الضوابط عن طريق العقود فلا فرق بين جعل معيار المسؤولية خطأً أو تضميناً أو مسؤولية محضةً. تقوم القاعدة في باب الضمان على أنه يمكن

الحكم بضمان مال شخص عندما يكون مسبّباً للخسارة في المال وتكون هذه المسبّبات غير قانونية. لا يمكن أن يكون لتضمين الأمين سبب ما لأن أسباب الضمان الحقيقي وبواعثه إما أن تكون الإتلاف أو يد الغرور وكلاهما لا يصح فيما يتعلق بالمضاربة، وخروج يد الأمانة عن قاعدة ضمان اليد تكون تخصيصاً، أي إن قاعدة "على اليد" خارجة عن يد الأمين. مع ما تقدم فإن اعتبار المضارب ضامناً هو إضرار به دون سبب. فكل شخص يستند إلى وضعه الاقتصادي والاجتماعي الجيد في إرغام شخص آخر لا يتمتع بوضع اقتصادي مشابه على قبول الشروط التي يرغب بها الأول بشكل غير عادل، ولا يكون أمام الطرف الثاني سوى الموافقة على الشرط غير العادل فقد اعتدى ذلك الأول على حدود حرية الآخر وعلى عمله وحقه، وقام باستغلال الحق لصالحه وهنا يحصل عيب الرضا وتكون نتيجة العقد غير نافذة ولا فعالة، وفضلاً على ذلك فإن شرط الضمان مع ما تقدم ذكره لا يقع في إطار أيٍّ من الأطر القانونية للشروط الصحيحة لكي نعدَّه صحيحاً.

قائمة المصادر والمراجع

إن خير ما نبتدىء به القرآن الكريم.

١- الأنصاري، مرتضى (١٣٧٩)، المكاسب، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار المؤتمر العالمي لتأبين الشيخ الأنصاري العظيم للنشر، قم.

٢- إمامي، ميرسيدحسن (١٣٩٠)، الحقوق المدنية، الجزء الأول، الطبعة الثانية والثلاثون، دار المنشورات الإسلامية، طهران.

٣- إمامي، مير سيد حسن (١٣٩٠)، الحقوق المدنية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة والعشرون، دار المنشورات الإسلامية، طهران.

٤- بروجردي عبده، محمد (١٣٨٠) الحقوق المدنية، الطبعة الأولى، دار كنز المعرفة للنشر، طهران.

٥- باريكلو، عليرضا (١٣٩٤) الحقوق المدنية، العقود المعينة ٢، الطبعة الثالثة، دار مجد للنشر، طهران.

٦- بهلوان، محمد جواد (١٣٩٦) مطالبة مقارنة في زيادة الشروط وتقليل المسؤوليات، الطبعة الثالثة، دار فردوسي للنشر، طهران.

٧- جعفري لنغرودي، محمد جعفر (١٣٩٣) نظرية التوازن، الطبعة الثالثة، دار كنز المعرفة للنشر، طهران.

٨- جعفري لنغرودي، محمد جعفر (١٣٨٤) المضاربة، الطبعة الأولى، دار كنز المعرفة للنشر، طهران.

٩- جعفري لنغرودي، محمد جعفر (١٣٩٠) الفارق، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار كنز المعرفة للنشر، طهران.

١٠- حائري (شاه باغ)، سيدعلي (١٣٩٦) شرح القانون المدني، الطبعة الرابعة، دار كنز المعرفة للنشر، طهران.

١١- حسيني، سيدمحمد (١٣٨٥) معجم المصطلحات الفقهية، الطبعة الثانية، دار سروش للنشر، طهران.

١٢-الخميني، روح الله (١٣٨١) الاستصحاب، نشر أعمال الإمام الخميني، قم.

١٣-لطفي، أسداله (١٣٨٣) قواعد الفقه المدني ٢، الطبعة الأولى، نشر جامعة بوعلي سينا، همدان.

١٤-ره بيك، حسن (١٣٩٥) حقوق المسئولية المدنية والتعويضات، الطبعة الأولى، دار خرسندي للنشر، طهران.

١٥-ره بيك، حسن (١٣٩٥) الحقوق المدنية المتقدمة، الطبعة الثانية، دار خرسندي للنشر، طهران.

١٦-عميدزنجاني، عباس علي (١٣٨٩) مقتضيات الضمان، الطبعة الثانية، دار ميزان للنشر، طهران.

١٧- كاتوزيان، ناصر (١٣٨٨) القواعد العامة للعقود، الجزء الأول، الطبعة الثامنة، دار سهامي للنشر، طهران.

١٨- كاتوزيان، ناصر (١٣٨٨) القواعد العامة للعقود، الجزء الرابع، الطبعة السادسة، دار سهامي للنشر، طهران.

١٩-كاتوزيان، ناصر (١٣٨٨) الحقوق المدنية؛ المشاركات والصلح، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة، دار كنز المعرفة للنشر، طهران.

٢٠-محقق داماد، مصطفي(١٣٩٠) نظرية الشروط و الالتزامات في القوانين الإسلامية، الطبعة الثانية، مركز العلوم الإسلامية للنشر، طهران.

٢١-مكارم شيرازي، ناصر (١٤١١) مدرسة الإمام أمير المؤمنين عليه السلام، الجزء الثاني، قم.