



10.30497/IRJ.2022.76388

Bi-quarterly Scientific Journal of “Research Letter of Social Jurisprudence”
Vol. 10, No. 2 (Serial 20), Spring & Summer 2022

Exploring the Possibility of Adjusting the Fiqh Principle of Annulling the Usurious Sale to Banking Muzariba

Mohammad Tagi Ganavati *
Mohammad Andalib **

Received: 04/05/2021

Accepted: 25/08/2021

Abstract

Muzariba has been a very important type of contract much favored in usury free banking and has appeared in Iranian Usury Free Banking Act. The spirit dominating Islamic *muzariba* is sharing the transaction risk between the investor and the agency, a fact that has rendered the whole activity justice-based. Besides, some *fiqh* principles related to profit making prove the necessity of this kind of risk sharing to the extent that if neglected the whole financial contracts will be rendered void. The study is to seek how to adjust the principle of annulling the usurious sale to *muzariba*. According to this principle, in case the individual lacks guarantee in regard to his property, the ensuing profits do not belong to him. The results show the provision included in the contract denies guarantee for the bank as the owner of the capital, while it has been supposed to share the profit according to the contract. Hence, any “*solh*” or settlement provision in contract is practically breaching the principle and will lead to the annulment of *muzariba*.

Keywords

Profit without Liability; Muzariba; Guarantee; Banking.

* Ph.D. Student, Fiqh and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran (Corresponding Author).
mt.ganavati@ut.ac.ir

** Ph.D. Student in Economic Sciences, Imam Sadiq University, Tehran, Iran

امکان سنجی تطبیق قاعده بطلان ربح ما لم یضمن بر قرارداد مضاربه بانکی

محمد تقی قنوازی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۱۴

محمد عندلیب**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۰۳

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

یکی از مهم‌ترین عقود مشارکتی که از ابتدا در بانکداری بدون ربا مورد توجه بوده و در موارد متعددی مورد استفاده قرار گرفته است و می‌گیرد، عقد مضاربه است که در قانون بانکداری بدون ربا در قالب قرارداد مضاربه بانکی بیان شده است. روح حاکم بر عقد مضاربه اسلامی، تسهیم ریسک ناشی از تجارت بین عامل و صاحب سرمایه است و همین امر به نوعی سبب عدالت‌بنیان شدن این عقد شده است. از طرفی، هم قواعد فقهیه موجود اعم از بطلان ربح ما لم یضمن، من له الغنم فعلیه الغرم، الخراج بالضمن و... هم مؤید یک‌طرفه نبودن منافع یا مضار عقود و لزوم تسهیم ریسک هستند؛ به طوری که عدم رعایت این اصل به عنوان یک قاعده بالادستی، سبب بطلان قراردادهای مالی می‌شود. آنچه در این پژوهش مورد بررسی قرار می‌گیرد، تطبیق قاعده بطلان ربح ما لم یضمن بر قرارداد مضاربه بانکی است. طبق قاعده بطلان ربح ما لم یضمن، اگر فرد نسبت به مال ضمانتی نداشته باشد، منافع حاصل از آن مال به او تعلق نمی‌گیرد. نتایج این پژوهش نیز نشان می‌دهد که آنچه به وسیله عقد صلح به عنوان شرط ضمن عقد در این قرارداد اجرا می‌شود، سلب‌کننده ضمان از صاحب سرمایه (بانک) است در حالی که بانک به عنوان یکی از طرفین قرارداد در منافع حاصل از قرارداد سهیم است. لذا شرط عقد صلح عملاً ناقض قاعده است و موجب بطلان قرارداد مضاربه بانکی می‌شود.

واژگان کلیدی

ربح ما لم یضمن؛ مضاربه؛ ضمان؛ بانکداری.

* دانشجوی دکتری، فقه و مبانی حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

mt.qanavati@gmail.com

** دانشجوی دکتری، علوم اقتصادی، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.

مقدمه

با عنایت به اینکه معاملات و مراودات اشخاص در دنیای کنونی تنوع و گستردگی فراوانی یافته و نظام مالی و بانکی بخش قابل توجهی از گردش ثروت را بر عهده گرفته است، تحلیل ضوابط و قواعد ناظر بر معاملات مالی در معاملات اقتصادی اهمیت ویژه‌ای می‌یابد (جمالی و نایی، ۱۳۹۴، ص. ۲). نظام بانکداری بدون ربا هم با بهره‌گیری از عقود اسلامی، نقش ویژه‌ای برای آن‌ها در نظام مالی کنونی (نظام بانکی) قائل است؛ به نحوی که اغلب قراردادهای بانکی، شکلی گسترش‌یافته از عقود اسلامی است. از طرفی، وجود قواعد فقهی به‌عنوان راهنما و سنگ محک، نقش مؤثری در شکل‌گیری و پایش قراردادهای اجتماعی دارد. یکی از قواعد فقهی مورد استفاده در نظام مالی، قاعده بطلان ربح ما لم یضمن است که منجر به عادلانه بودن تسهیم منافع و مضار معامله و عقود و قراردادها می‌شود.

یکی از روش‌های تخصیص منابع در بانکداری اسلامی این است که بانک سرمایه مورد نیاز فعالان اقتصادی را با قرارداد مضاربه تأمین کرده و در سود حاصل از فعالیت با آن‌ها شریک شود. با توجه به فتوای شهید صدر، قرارداد مضاربه به بخش بازرگانی اختصاص ندارد و در همه بخش‌های اقتصادی مانند صنعت، معدن، کشاورزی و خدمات قابل اجراست (موسویان، ۱۳۹۳، صص. ۳۶۸-۳۶۵).

امروزه قرارداد مضاربه در سطح گسترده‌ای در نظام بانکداری مورد استفاده قرار می‌گیرد، اما از طرفی هم به نظر می‌رسد موازنه مورد نیاز در قرارداد هم آن‌طور که باید، رعایت نشده است و کاملاً منطبق بر عقد مضاربه اسلامی نیست و شامل بخش‌هایی بیشتر از عقد مضاربه بانکی است. مضاربه عقدی است که به‌موجب آن، یکی از متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کند و در سود آن شریک باشند؛ یعنی در این عقد، طرفین ضمن به اشتراک گذاشتن کار (تجارت) و سرمایه، در سود و زیان ناشی از آن با یکدیگر شریک‌اند (صدر، ۱۴۲۰، ص. ۳۵).

در این پژوهش مسئله اصلی، بررسی قرارداد مضاربه بانکی و تطبیق قاعده بطلان ربح ما لم یضمن به‌عنوان قاعده‌ای پرکاربرد در مشروعیت‌بخشی به سود فعالیت‌های مالی بر این قرارداد است. لذا در نخستین قسمت، به بررسی این قاعده از حیث لغوی و اصطلاحی پرداخته و در بخش‌های دوم و سوم، مستندات و قلمرو قاعده بیان شده

است و ضمن معرفی عقد مضاربه و ویژگی‌های آن، در بخش بعدی، قرارداد مضاربه بانکی به همراه اجزا و بندهای آن مورد تدقیق واقع می‌شود. در انتها، ضمن تطبیق قاعده بر قرارداد مضاربه، صحت و بطلان قرارداد مضاربه بانکی مشخص می‌شود.

۱. پیشینه تحقیق

جمالی و ناییبی (۱۳۹۵) در پژوهشی با عنوان *بطلان سود بدون عهده در بازارهای مالی*، به بررسی ضوابط این قاعده در بازارهای مالی پرداخته و ضمن بیان قاعده، پرداخت سود را در قراردادی که فرد متضمن هر دو بخش نفع و ضرر نشود، دارای شبهه ربوی معرفی می‌کند. توکلی (۱۳۹۴) در تعریف بانکداری اسلامی و مؤلفه‌های آن از نگاه فقه حکومتی، به بیان مؤلفه‌های بانکداری اسلامی با دید فقه کلان‌نگر پرداخته و قاعده بطلان ربح ما لم یضمن را به‌عنوان یکی از قواعد اساسی در این رویکرد معرفی کرده است.

الهام و همکاران (۱۳۹۳) در مقاله با عنوان «بطلان شرط ضمان در قرارداد مضاربه بانکی در بانکداری اسلامی»، به بررسی صحت یا عدم صحت در برقراری این شرط در مضاربه پرداخته و ضمن نقد نظر فقها، نظر جدیدی در این موضوع ارائه می‌دهند.

صادقی شاهدانی و آقابابایی (۱۳۹۰) در پژوهشی با عنوان *تحلیل مقایسه‌ای ریسک اعتباری در بانکداری اسلامی و بانکداری متداول*، به بیان رویکرد اسلام نسبت به مفهوم ریسک پرداخته و ضمن بیان وجود تفاوت میان ریسک و غرر، به ارائه تحلیلی نظری در مقایسه ریسک اعتباری در بانکداری اسلامی و متداول پرداخته‌اند.

توکلی (۱۳۸۱) در مقاله‌ای با عنوان «بررسی توزیع سود سپرده‌ها در نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران» به بیان مشکلات نظام تعیین سود در بخش‌های مختلف نظام بانکی ایران پرداخته و ضمن بیان مشکلات از قبیل تعیین سود قطعی و مبنادار نبودن نحوه تعیین سود و...، به بیان راهکارهایی برای اصلاح نظام بانکداری اسلامی می‌پردازد.

مساعده بن عبدالله بن حمد الحقیل (۲۰۱۱) در رساله دکتری خود با عنوان *ربح ما لم یضمن: درسه تأصیلیه تطبیقیه*، به بررسی کاربردی بحث قاعده ربح ما لم یضمن در امور فقهی-اقتصادی مرتبط با آن پرداخته است.

هاشمی شاهرودی (۱۳۷۶) در پژوهشی با عنوان *قاعده بطلان ربح ما لم یضمن*، به

بیان و تشریح این قاعده با استفاده از رویکرد فقهی پرداخته و آن را به عنوان یکی از قواعد اصلی مغفول در نظام مالی و بانکداری معرفی کرده است. همان‌طور که پرواضح است، به‌رغم وجود پژوهش‌های مرتبط با این حوزه اعم از تعریف و بررسی آن در نظام بازارهای مالی، اما به تطبیق این قاعده با قرارداد مضاربه بانکی پرداخته نشده است. لذا آنچه در این پژوهش به آن پرداخته خواهد شد، تطبیق این قاعده بر قرارداد مضاربه بانکی خواهد بود.

۲. صحت شرط ضمان در عقد مضاربه

در خصوص شرط ضمان در عقد مضاربه به‌طور کلی سه نظر وجود دارد.

۱. گروهی این شرط را جایز می‌دانند.
 ۲. عده‌ای کاملاً جایز نمی‌دانند.
 ۳. گروهی هم قائل به تفصیل شده‌اند.
- مرحوم صاحب عروه ذیل مبحث مضاربه، این شرط را جایز شمرده و آن را مخالف مقتضای عقد نمی‌داند. ایشان عدم ضمان عامل را مقتضای اطلاق عقد نه مطلق آن می‌داند؛ البته در صورت تعدی و تفریط، طبیعتاً عامل ضمان دارد (یزدی، ۱۴۹۰ق، ج ۲، ص. ۶۴۵). برخی دیگر چون شیخ یوسف بحرانی، مرحوم گلپایگانی، فیروزآبادی و آیت‌الله حکیم، این شرط را صحیح می‌دانند، اما معتقدند که عقد در این صورت تبدیل به قرض می‌شود. عمده محشین عروه و افرادی چون سیدابوالحسن اصفهانی، مرحوم خوانساری، امام خمینی (رحمت‌الله علیه)، مرحوم حائری، محقق خوئی و مرحوم نائینی از جمله مهم‌ترین افراد معاصر هستند که عمدتاً با این شرط مخالفت کرده و با بیان مخالف مقتضای عقد شمردن آن، اصل را بر عدم جواز گذارده‌اند. گروه سوم نیز فقهای هستند که این شرط را در صورتی که شرط فعل باشد، صحیح و اگر شرط نتیجه باشد غیر صحیح می‌دانند (هاشمی، ۱۴۳۲ق، ص. ۱۵۱). یکی از افراد متأخر در طیف دوم، آیت‌الله هاشمی شاهرودی است که در *قرائات الفقہیہ المعاصره* تحت عنوان قاعده فقهیه بطلان ربح ما لم یضمن متعرض این موضوع شده است.

۳. قاعده بطلان ربح ما لم یضمن

آیت الله هاشمی شاهرودی، قاعده بطلان ربح ما لم یضمن را منع از سود بردن و استرباح بر مالی دانسته است که صاحب سرمایه، ضامن آن نیست (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۲۰۳). به عبارت دیگر، کسی که ضمان و عهده سرمایه و دارایی را پذیرفته باشد، مستحق دریافت سود و ربح آن است. این قاعده بیانگر این مطلب است که بین ضمان و دریافت سود ارتباط و تلازم وجود دارد؛ به این معنا که دریافت سود و منافع بدون تحمل ضمان و عهده و به بیانی دیگر، ریسک و مخاطره مال یا سرمایه، جنبه ربوی پیدا می‌کند. قاعده بطلان ربح ما لم یضمن، قاعده‌ای برگرفته از روایت نبوی صلی الله علیه و آله و سلم است که ایشان به طور صریح این نوع از استرباح را باطل می‌دانستند.

در منابع اهل سنت، تعاریف متعددی از این قاعده صورت گرفته است. *لسان العرب* در تعریف این قاعده، از ابن اثیر این گونه بیان کرده است:

«ابن الأثیر: هو أن یبیع سلعة قد اشتراها و لم یکن قبضها بریح، و لا یصح البیع و لا یحل الربح لأنها فی ضمان البائع الأوّل و لیست من ضمان الثانی، فربحها و خسارتها للأوّل» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۴۴۳).

اینکه شخصی کالایی را که قبلاً خریداری کرده و آن را قبض و دریافت نکرده است، با سودی به دیگری بفروشد، در اینجا بیع صحیح نیست و سود آن نیز حرام است. اگر تلف و خسارتی یا سودی حاصل شود، برای بایع اول است؛ زیرا بایع اول ضامن است. پس سود و خسارت برای بایع اول است. احمد حنبل از ائمه اهل سنت نیز ربح ما لم یضمن را به هر سودی که دارای ضمان و عملی نباشد، تعریف کرده است. او بیع طعام قبل از قبض را نمونه‌ای از ربح ما لم یضمن می‌داند. کل ربح لا یکون علیه ضمان و لا عمل (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۴۷۵)

۱. این قاعده تطبیقات مهمی در باب‌های مختلف فقه معاملات داشته و نقش مهمی در نظریه‌های اقتصادی دارد؛ البته مفهوم تصریح شده در این قاعده، در سایر قواعد فقهی هم به بیانی دیگر آمده است. برای مثال، می‌توان به قاعده «الخراج بالضمن» یا قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» و «من علیه النقمه فعلیه النقمه» اشاره کرد. در واقع، این قاعده بیان می‌دارد که اسلام با هرگونه دریافت سودی که فرد مابه‌ازای آن

تحمل خطر و ریسکی را نکند، مخالف است و دریافت این سود را غیرشرعی می‌داند. اما عکس قاعده، پرواضح می‌سازد که «الریح بالضمن» است که از لحاظ اسلامی بلاشکال است. در این قسمت برای شناخت هرچه بهتر این قاعده، به بیان معانی واژگان به‌کاررفته در این قاعده پیش از ورود به این بحث پرداخته می‌شود.

۳-۱. معنای واژگان قاعده

۳-۱-۱. معنای «ریح»

مقصود از ریح به قرینه سیاق، در فقراتی که در روایت آمده است، بلکه فی‌نفسه، اراده سود تجاری است؛ یعنی آنچه از معامله به دست می‌آید (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۲۲۲)، اما واژه ریح معانی متعدد دیگری هم دارد و از جمله در مفهوم سود، کسب، سود پول و بهره پول به کار می‌رود (معطوف، ۱۳۸۷، ۱، ص ۶۹۲). درآمد ناشی از به‌کارگیری سرمایه ملکی شخص در امور اقتصادی را در قالب انواع عقود-که مغایر موازین شرعی نباشد - سود می‌گویند.

۳-۱-۲. معنای «ما»

در این قاعده، «ما» به معنای «هرآنچه»، مای موصوله بوده و افاده عموم می‌کند. بنابراین، قاعده «بطلان ریح ما لم یضمن» از اقسام عام افرادی یا استغراقی است؛ زیرا حکمی که به آن تعلق گرفته، به‌طور مستقل به هریک از افراد و مصادیقش تعلق می‌گیرد و در حقیقت به شمار افراد و مصادیق آن، حکم وجود دارد. همان‌گونه که از صله موصول (لم یضمن) به دست می‌آید، هر چیزی که ضمانت‌نشده باشد، در معنای عام حدیث وارد است و دلیلی بر خروج هیچ‌یک نیست (جمالی و نایی، ۱۳۹۴، ص ۲۰۱).

۳-۱-۳. معنای «ضمان»

«ضمان» در کتب لغت به معنی احتوا و التزام، کفالت، اشتغال و پذیرش مخاطره به کار رفته است. «الضَّمانُ: الكفيل، ضمن الشيء و به ضمناً و ضماناً: كَفَلَ به، ... و كل شيء جعلته في وعاء فقد ضَمَّنْتُهُ اياه (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۸، صص ۹۰-۸۹). جعل الشيء في شيء يحويه (ابن فارس، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۳۷۲) و كل شيء أحرزَ فيه شيءٌ فقد ضَمَّنَهُ

(فراهیدی، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص. ۵۱). هرگاه «ضمنت المال» به صورت ثلاثی گفته شود، به این معنی است که گوینده ضامن مخاطره مال شده و آن را بر گردن گرفته است (فیومی، ۱۴۰۵ق، ص. ۳۶۷).

پذیرش ریسک و مخاطره در عهده ضامن نامیده می‌شود. کلمه ضمان در نصوص قرآنی نیامده، اما در احادیث وارد شده که در همه آنها معنا واحد است، ولی تطبیقات و صورت‌های مختلفی دارد که آن معنای واحد، پذیرش ریسک و مخاطره در عهده است. «قال رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) الإمام ضامن» (قزوینی، بی تا، ج ۱، ص. ۳۱۴)؛ در این روایت، تصریح بر پذیرش مخاطره تکلیفی امام نسبت به نماز مأمومین است. در این حدیث، پذیرش مخاطره مالی نیست، اما نوعی پذیرش مخاطره معنوی را که امام نسبت به مأمومین دارد، بیان می‌کند.

«قال رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم): الخراج بالضمان» (قزوینی، بی تا، ج ۲، ص. ۷۵۴). نبی اکرم در این روایت می‌فرماید که عایدی مابه‌ازای قبول ریسک است. «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّرَ فَلْيَأْخُذْ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيهِ وَالْأ فَهُوَ لَهُ ضامن (حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۹، ص. ۱۹۵). این روایت هم به دریافت اذن از سرپرست بیمار توسط طبیب اشاره دارد و در صورت عدم انجام این امر، خود طبیب را ضامن و پذیرنده ریسک و مخاطره می‌داند.

«قال أمير المؤمنين (عليه السلام): مَنْ ضَمَّنَ تاجراً فليس له إلا رأس ماله و ليس له من الريح شيء» (حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص. ۱۸۶)؛ هر صاحب سرمایه‌ای که پذیرش مخاطره را بر عهده تاجر قرار دهد، از سود چیزی نمی‌گیرد و صرفاً سرمایه خود را می‌گیرد.

«قال أمير المؤمنين (عليه السلام): إذا استقلَّ البعيرُ بحمله فقد ضَمَّنَ صاحبه»؛ اگر مرکبی به تنهایی بار حمل کند، آنگاه صاحب آن مرکب، ضامن و پذیرش «ریسک و مخاطره» آن را کرده است (حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۹، ص. ۱۵۱).

«عن الصادق (عليه السلام): كُلُّ مُفْتٍ ضامنٌ»؛ هر فتوادهنده‌ای، پذیرش مخاطره فتوای نادرست خود را کرده است (حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۸، ص. ۱۶۱).

«قال الصادق (عليه السلام): مَنْ أضرَّ بشيءٍ مِنْ طريقِ المسلمین فهو له ضامن»؛ هرگاه شخصی از طریق راه‌های ارتباطی عمومی به دیگری آسیب رساند، آنگاه برای آن شخص

به طور قهری ضامن و پذیرش مخاطره کرده است» (حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۹، ص. ۱۸۰).
 «قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم): «بل عارية مضمونة». رسول خدا از صفوان بن امیه خواستار هفتاد زره جنگی شد. وی گفت آیا آن‌ها را مجبورم بپردازم؟ پیامبر اکرم فرمود: آن‌ها را به عنوان عاریه‌ای که مخاطره آن پذیرفته شده، دریافت می‌شود» (حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص. ۲۳۶).

«امام کاظم (علیه السلام): لیس علی الضامن غرم، الغرم علی من اكل المال». این حدیث بیان می‌کند که بر پذیرنده مخاطره خسارت منافع و زیان حاصل از عدم انتفاع نیست، غرامت منافع تقویت شده بر عهده کسی است که از آن استفاده کرده است» (حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص. ۱۴۹).

فقهای شیعه، بر اساس عرف و لغت، به تعریف اصطلاحی «ضمان» در مواضع متعددی پرداخته‌اند. هیچ‌یک از این تعاریف، برخلاف معنای پذیرش «ریسک و مخاطره» در عهده نیست. برخی مانند شیخ انصاری، آن را به این صورت تعریف کرده است: «کون تلفه علیه»؛ ضامن (پذیرنده مخاطره) کسی است که تلف مال بر عهده او باشد (انصاری، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۱۸۰)؛ یعنی مسئول تلف باشد و پذیرنده «ریسک و مخاطره» مال شده باشد. در جایی دیگر، شیخ انصاری ضمان را این چنین تعریف می‌کند: «هو کون درک المضمون، علیه، بمعنی کون خسارته و درکه فی ماله الاصلی»؛ خسارت مالی که پذیرش مخاطره آن را کرده است بر ذمه او باشد (انصاری، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۱۸۳)؛ خسارت و درک مالی که پذیرش مخاطره آن را کرده است، در مال اصلی پذیرنده مخاطره روی می‌دهد. بر وی لازم است که از آن محل، اقدام به تأدیه خسارت کند. در جای دیگر، عبارت شیخ انصاری پس از بحث مختصری در این باره چنین است: «فالمراد بالضمان الذي بازائه الخراج التزام الشيء على نفسه و تقبله له مع امضاء الشارع له»؛ منظور از ضمان (پذیرش مخاطره بر عهده) که در برابر منافع است، پذیرفتن و قبول چیزی در عهده خود با تأیید شارع است» (انصاری، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۰۲).

فقیه ژرفاندیش حسین حلی، ضمان را «ادخال الشيء في العهده» داخل کردن (پذیرش) چیزی (کالا و دارایی و... بر عهده دانسته‌اند) (بحرالعلوم، بی تا، ص. ۲۴). یکی دیگر از فقها، در تعریف ضمان می‌نویسد: «انه عبارة عن مجرد كون المضمون على الضامن

وَ فِي ذِمَّتِهِ؛ عبارت از صرف بودن مضمون (متعلق مخاطره) بر عهده ضامن (پذیرنده مخاطره) است» (شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷ق، ص. ۲۰۷). تحریرالمجله، حقیقت ضمان را بودن مال انسان در عهده دیگری معنی کرده است (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ص. ۸۶).

۳-۲. نظریه برگزیده در معنای الضمان

به نظر می‌رسد معنای کلی و جامع واژه «ضمان»، در قلمرو فقه مالی به خصوص در ابواب معاملات و اقتصاد اسلامی، تنها به معنی وجوب پرداخت خسارت و ذرک یا بازگرداندن مال نیست، بلکه به مفهوم حکم وضعی، پذیرش مخاطره مال در عهده است. از جمله آثار آن، وجوب تکلیفی پرداخت خسارت و ذرک است و ضمان، مفهوم و حقیقتی واحد به معنی پذیرش مخاطره مال در عهده دارد. این مفهوم واحد به اعتبار اسباب گوناگون ایجاد پذیرش «ریسک و مخاطره» و مورد پذیرش «ریسک و مخاطره»، تکثر می‌یابد. تقسیم ضمان به اختیاری و قهری، اصلی و تبعی، جعلی و معاوضی در متون فقهی، حقوقی و حدیث به همین اعتبار اسباب و مورد صورت گرفته است. در اینجا شواهدی دیگر را بر معنای برگزیده یادآور می‌شویم.

در بعضی روایات، واژه «ضمان» (پذیرش مخاطره در عهده)، در مقابل «امان» (بی‌خطری) قرار گرفته است و نفی ضمان از امین و مؤتمن شده است. پس از این روایات، می‌توان ظهور و متبادر به ذهن بودن معنای پذیرش مخاطره در عهده را از واژه «ضمان» استنباط کرد. همچنین، عدم صحت سلب معنای پذیرش مخاطره در عهده، از واژه «ضمان» بسیار روشن است.

«لَيْسَ عَلَى الْمُؤْتَمَنِ ضَمَانٌ»؛ بر شخصی که در امن و بی‌خطری قرار داده شده است، پذیرش مخاطره نیست (نوری طبرسی، ۱۴۰۸ق، ج ۱۴، ص. ۱۶).

«عن الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: لَيْسَ عَلَى مُسْتَعِيرِ عَارِيَةٍ ضَمَانٌ وَ صَاحِبُ الْعَارِيَةِ وَ الْوَدِيعَةُ مُؤْتَمَنٌ»؛ حلبی از امام صادق نقل می‌کند که بر شخص عاریه‌کننده، پذیرش ریسک و مخاطره نیست و صاحب عاریه و ودیعه، در امن و بی‌خطری قرار داده شده‌اند (حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص. ۲۳۷).

«عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَسْتَبْضِعُ الْمَالَ فَيُهْلِكُ أَوْ يَسْرِقُ أَعْلَى

صَاحِبِهِ ضَمَانٌ فَقَالَ لَيْسَ عَلَيْهِ غُرْمٌ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ أَمِينًا؛ از حضرت امام صادق درباره مردی سؤال کردم که با مالی تجارت می‌کند. پس گاهی مال از بین می‌رود یا دزدیده می‌شود، آیا بر وی پذیرش مخاطره است؟ فرمود: خسارتی بر وی نیست بعد از آنکه وی در امن و بی‌خطری قرار داده شد» (حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۹، ص. ۲۱).

در متون فقهی از امین و مؤتمن و شخصی که در امن و بی‌خطری است، نفی ضمان و حکم وضعی پذیرش مخاطره در عهده شده است که شاهدی بر ظهور معنای پذیرش مخاطره در عهده از واژه «ضمان» است.

«المضاربُ مؤتمنٌ، لا ضمانَ علیه»؛ شخصی که عامل مضاربه است، در امن و بی‌خطری است، پذیرش ریسک و مخاطره سرمایه بر او نیست (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۴۰۹).
«العینُ المُستأجرةُ أمانةٌ، فلا يضمنها المُستأجرُ»؛ عین مورد اجاره در دست مستأجر در امن و بی‌خطری است. بنابراین مستأجر، ضمانی در مقابل آن ندارد و پذیرش مخاطره آن توسط مستأجر نیست» (نجفی، بی‌تا، ج ۲۷، ص. ۲۱۵).

در کتاب‌های فقهی مشاهده می‌شود که فقها افراد محسن را ضامن (پذیرنده مخاطره منفی) ندانسته‌اند و در فتاوی خود پیرامون اشخاص محسن، نظر به عدم حکم وضعی ضمان (پذیرش مخاطره منفی در عهده) داده‌اند. با توجه به اینکه احسان یا از باب دفع ضرر (مخاطره منفی) یا از باب جلب منفعت باشد، این مطلب از شواهد است که معنای ضمان، پذیرش مخاطره بر عهده است.

اینکه فقها در عقود امانی مبنی بر اینکه مقتضای ذات عقد، امن و بی‌خطر بودن است، بحث کرده‌اند که شرط ضمان باطل است یا نه، شاهدی دیگر بر معنای پذیرش «ریسک و مخاطره» در عهده، از واژه «ضمان» است.

۳-۳. مستندات قاعده

۳-۳-۱. آیات

در این مورد آیه‌ای که به صورت واضح تصریح بر این معنا کند، وجود ندارد اما در برخی از آیات، به مضمون این قاعده اشاره شده است که البته به‌عنوان حکم کلی در مناسبات اقتصادی و غیراقتصادی قابل استفاده است. برای مثال، می‌توان به آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»؛ مال یکدیگر را به باطل نخورید مگر

آنکه معامله‌ای از روی رضایت انجام داده‌اید (نساء/۲۹)، اشاره کرد که سنگ بنای مسائل مربوط به معاملات و مبادلات مالی بوده و در تمام ابواب معاملات، پایه استدلال فقیهان قرار می‌گیرد. این آیه مستند نهی از هرگونه غش، تقلب، تجاوز، معاملات ربوی و معاملاتی که حدود آن‌ها کاملاً مشخص نباشد، بوده و همچنین، خرید و فروش اجناسی که فایده منطقی و عقلایی ندارند، قرار گرفته است که البته از موضوع بحث این مقاله خارج است. با وجود تفسیرهای گوناگون در خصوص مفهوم باطل، نظر برگزیده، ظهور ممنوعیت در آیه مذکور است؛ زیرا باطل که به معنای زایل و از بین رفته است، همه مصادیق را دربرمی‌گیرد. لذا آیه فوق، معاملات باطل، نامشروع و بدون مجوز را از مصادیق اکل مال به باطل می‌داند. از همین رو می‌توان ریح ما لم یضمن را از مصادیق معاملات باطل به حساب آورد (نایی و جمالی، ۱۳۹۴، ص. ۱۹۹).

۲-۳-۳. روایات

واضح‌ترین سند بر قاعده بطلان ریح ما لم یضمن حدیث پیامبر اکرم است. این حدیث به همین صورت در کتب تفصیل و سایل الشیعه، المستدرک علی الصحیحین و در برخی کتب دیگر آمده است که در ذیل به برخی از این روایات اشاره می‌کنیم.

«عن النبی (صلی الله علیه و آله و سلم): «لا یحل سلف و لایبع، و لا شرطان فی بیع، و لا ریح ما لم یضمن و لا بیع ما لیس عندک» (حاکم نیشابوری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص. ۲۵). در روایتی هم سلیمان ابن صالح از ابی عبدالله (علیه السلام) نقل می‌کند: «نهی رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) عن سلف و بیع، و عن بیعین فی بیع، و عن بیع ما لیس عندک، و عن ریح ما لم یضمن» (وسایل الشیعه، ج ۱۲، ح ۴). همچنین، در مؤثقه عمار از ابی عبدالله (علیه السلام) نقل است که: «بعث رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) رجلاً من أصحابه والیا فقال له: إني بعثتك إلى أهل الله - أهل مكة - فأنهم عن بیع ما لم یقبض و عن شرطین فی بیع و عن ریح ما لم یضمن» (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۸، ص. ۷۰۷). شیخ صدوق (رحمت الله علیه) نیز در حدیثی که پیرامون موارد منهی از طرف پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) است، چنین آورده: «و نهی عن بیع و سلف و نهی عن بیعین فی بیع و نهی عن بیع ما لیس عندک و نهی عن بیع ما لم یضمن» (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص. ۴۸۶).

محمد بن قیس از امام باقر (علیه السلام) از امیرالمؤمنین (علیه السلام) در حدیثی نقل می‌کند: «من ضمن تاجرا فلیس له الا رأس ماله» (حرعاملی، ۱۳۷۵، ج ۱۳، ص. ۱۸۶). در احادیث فوق، روایات به نهی و عدم حلّیت ربح ما لم یضمن پرداخته بودند، اما حدیث آخر به بیان حد شرعی سود فرد می‌پردازد. براین اساس، اگر صاحب سرمایه، عامل را ضامن مال قرار دهد، چیزی جز سرمایه‌اش را نمی‌تواند دریافت کند. لذا شیخ یوسف بحرانی در کتاب حدائق الناظره چنین می‌فرماید: «انه بمجرد المالك للمضارب یصیر المال قرضا و یخرج عن المضاربة» [تأکید اضافه شد]. به بیان دیگر، در این حالت، عقد از حالت مضاربه خارج و به قرض تبدیل می‌شود و همان‌طور که می‌دانیم، در قرض ربح معنایی ندارد (حرعاملی، ۱۳۷۵، ج ۱۳، ص. ۷۰). همچنین، در روایت دیگری آمده است: «من ضمن مضاربة فلیس له الا راس ماله و لیس له من الربح شیء»؛

اگر فردی عامل را یا همان مضارب را ضامن کند، دیگر حق ندارد از ربح آن چیزی بگیرد.

به گفته آیت‌الله هاشمی شاهرودی، مال به کسی اعطا و تملیک شده و ضمانت آن بر عهده خود آن فرد است که حقیقت آن، تبدیل به قرض می‌شود و اراده جدی فرد قرض بوده است، اما در جایی که فرد پولی را برای تجارت به فرد دیگری بسپارد و طرفین در سود و زیان آن شریک باشند، موضع مضاربه بوده و قصد جدی وی مضاربه است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۲۲۵). علامه حلی نیز می‌نویسد: «انقلب القراض قرضا»؛ اگر فردی ضامن را در مضاربه منتقل کند، آنگاه مضاربه به قرض تبدیل می‌شود. این بدین معناست که اگرچه صیغه مضاربه خوانده شده باشد، قرض دادن اراده جدی فرد بوده است. یعنی قصد فرد در مضاربه، استعمالی بوده است (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص. ۴۸۶).

آیت‌الله هاشمی شاهرودی در کتاب قرائات الفقیه المعاصره چنین می‌گوید: «لا اشکال فی ان الشارع قد حرم جمله من المعاملات التي تنتهی الی الربا روحا و لبا» (شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۲۱۹).

مقصود ایشان در این عبارت این است که به دلیل توصیه‌های مکرر شارع در حرمت

ربا، هم از شکل و هم از ماهیت ظالمانه ربا نهی کرده است. مگر حرمت ربا چیست؟ ایشان در توضیح خود درباره ماهیت ربای جاهلی — که ربای قرضی است — این نکته را بیان می‌کنند که در قرض ربوی، علاوه بر تضمین سرمایه فرد قرض دهنده، او بهره‌مند در ربی است که هیچ مابه‌ازایی برای او متصور نیست و تفاوت اصلی آن با ربح تولیدی و تجاری و... در عدم قبول ضمانت توسط قرض دهنده نسبت به سرمایه است. لذا ماهیت ظالمانه ربا که ممیز آن از سایر عقود است، همین وجه عدم ضمان نسبت به سرمایه و مشارکت در زیان احتمالی است. از همین رو در عقد مضاربه یا تمام عقود دوجانبه که وجه مشارکت دارند، واگذاری ضمان همان برخورداری از شرط ظالمانه در ربای قرضی بوده که باطل‌کننده معامله است. نهی پیامبر اکرم در روایات دال بر بطلان ربح ما لم یضمن، ممنوعیت استریح را از سرمایه‌ای که ضمان و عهده آن پذیرش نشده باشد، می‌رساند. این نهی استلزامی عقلی بیش از عدم استحقاق، سود و ربح را نخواهد داشت، لکن این نهی فساد و بی‌اثر بودن معامله و بیعی را که ضمان آن پذیرش نشده باشد، استلزام عقلی در پی ندارد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۲۲۵).

از مجموع آیه و روایات آورده شده در فوق، می‌توان نتیجه گرفت که در اسلام، ربح از مالی که فرد یا مجموعه در ضمان و طرف دارای ریسک و زیان احتمالی مشارکت نمی‌کند، دارای اشکال بوده و باطل است. لذا مطابق قاعده، فردی از سود چیزی می‌تواند بهره‌مند شود که در ریسک و زیان آن هم شریک باشد.

۳-۴. قلمرو قاعده

آیت‌الله هاشمی شاهرودی در مقاله خود با عنوان «بطلان ربح ما لم یضمن»، مصادیق قاعده را به شرح زیر بیان کرده است (الهاشمی الشاهرودی، ۲۲، صص. ۲۰۱۰-۲۱۹).

۱. بیع کالا قبل از قبض (بیع ما لم یقبض).

۲. بیع کالا قبل از خرید و تملک (بیع ما لم یملک).

۳. عقد مضاربه در صورت ضامن کردن عامل.

۴. قرض.

در مذاهب عامه نیز نویسندگان مصادیق ذیل را تحت قاعده ربح ما لم یضمن بررسی و بیان کرده‌اند.

۱. بیع ما لم یملک (بیع آنچه به تملک در نیامده است).
 ۲. بیع الثمار المشتره قبل جذاذها (بیع میوه درختان پیش از چیدن آنها).
 ۳. بیع الدین (بیع دین).
 ۴. ربا الدین (ربای در دین).
 ۵. ضمان المضارب لرأس المال (تضمین سرمایه از سوی مضارب (عامل)).
 ۶. تأجیر المستاجر العین المستأجره (اجاره دادن عین مستأجره از سوی مستاجر).
- همان طور که مشهود است، یکی از موارد مشترک در هر دو قلمرو، تضمین کردن سرمایه از سوی مضارب (عامل)، مضاربه است که سبب بطلان ربح می شود.

۳-۵. موارد نقض قاعده

نقض‌هایی به این قاعده وارد شده که بیانگر این مطلب است که التزامی بین ضمان و استرباح وجود ندارد. ما در اینجا به این نقوض پاسخ می دهیم.

۳-۵-۱. نقض به موارد ضمان ید

بیان نقض: زمانی که شخص غاصبی مالی را غصب کرد، ضمان بر عهده او (غاصب) است در صورتی که ربح و نماء برای مالک است. این مطلب یعنی نقض ربح ما لم یضمن؛ ضمان نیست ولی ربح و نماء است.

پاسخ اول اینکه، ربحی که ما در قاعده بطلان ربح ما لم یضمن بیان می کنیم، ربح تجاری حاصله از معامله است و ربح تجاری نمائات و منافع را خارج می کند و شامل آن‌ها نمی شود. ربح به نماء اطلاق نمی شود و این نقض، شامل قاعده نمی شود.

پاسخ دوم اینکه، ضمان در این قاعده، ضمان به معنای مصدری است نه ضمان به معنای اسم مصدری. ضمان را به دو دسته ضمان عقدی و قهری تقسیم می کنیم. ضمان قهری، ضمان ید است و اسم مصدری و ضمان عقدی به معنای مصدری است. اهل سنت روایتی را بیان کرده‌اند از رسول خدا که: «من ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن یقیم ثم وجد به عیباً فخاصمه إلی النبی (صلی الله علیه و آله و سلم) فردّه علیه، فقال الرجل یا رسول الله قد استغلّ غلامی، فقال رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) الخراج بالضمن» (حاکم نیشابوری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص. ۱۸)؛ مردی عبدی را خریداری کرد و

سپس متوجه عیبی در آن شد و به سبب خیار، عیب آن را رد کرد. فروشنده به پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) گفت یا رسول الله! همانا او از غلام من استفاده کرده است. رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) فرمودند «الخراج بالضمان»؛ منافع در مقابل ضمان است. نکته ای که مطرح می شود، این است که ابوحنیفه این روایت را اشتباه فهم کرده بود. او ضمان را برای ضمان غرامت نیز تعمیم داده بود و براین اساس قضاوت کرد. در صحیحہ ابی ولاد، امام صادق (علیه السلام)، ابوحنیفه را برای تمسک به روایت الخراج بالضمان تویخ کرده اند... امام در آنجا به نحوه استدلال ابوحنیفه اشکال کرده اند، چون مراد از ضمان در قاعده، ضمان مسمی است و ابوحنیفه در ضمان غرامت به آن تمسک کرده است. پس صحیحہ ابی ولاد نیز نمی تواند نقض قاعده باشد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۲۲۲).

۲-۵-۳. نقض دوم

مورد دوم نقض، این است که اگر شخصی مالی را غصب کرد و فضولی نیز آن را فروخت، در اینجا ضمان برای غاصب است، ولی ربح و سود برای صاحب مال است (بعد از اجازه و نافذ شدن معامله) ولو اینکه آن مال را غاصب به اکثر فروخته باشد. اینجا صاحب مال استریاح می کند بدون آنکه ضامن رأس المال بوده باشد. این نقض قاعده بطلان ربح ما لم یضمن است.

پاسخ: ضمان در اشکال فوق ضمان غضبی است. درست است که ربح تجاری به دست آمده، ولی در حقیقت، ضمان بالید است نه بالعقد. ما باید طبق بیان قبل، ربح را با ضمان عقدی مقایسه کنیم. پس این مطلب نقض قاعده به حساب نمی آید (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۲۲۲).

۳-۵-۳. نقض سوم

مورد سوم نقض، بیع مبیع شخصی قبل از قبض کردن آن است. شخص، معامله ای انجام داده، لکن آن مبیع را قبض نکرده است. آنگاه مبیع را به قیمت بالاتری می فروشد و استریاح می کند. ربح به دست آورده درحالی که ضمان آن مبیع بر عهده او نبوده است؛ زیرا «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»؛ هر مبیعی قبل از دریافت و قبض کردن

تلف شود، از مال و دارایی فروشنده و بایع می‌رود. پس اگر قبل از قبض کردن مبیع، تلف شود، ضمان آن بر عهده بایع است. در نتیجه، قاعده بطلان ریح ما لم یضمن نقض شد؛ زیرا ریح آمد، لکن ضمان بر عهده بایع بود نه شخص خریدار. فقها نیز این معامله را صحیح می‌دانند و روایات متعددی نیز بر این عمل تصریح دارند از جمله روایت صحیحی حلبی از امام صادق (علیه‌السلام): «سألته عن الرجل يشتري الثمرة ثم یبئها قبل ان یاخذها، قال (علیه‌السلام): لا باس به ان وجد بها ربها فلیبع» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص. ۶۶).

پاسخ به اشکال و نقض قاعده: در پاسخ به این نقض و اشکال ابتدا باید پرسیده شود «قبضه» در عبارت «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» به چه معناست؟ آیا قبض موضوعیت دارد یا سلطه مشتری بر کالا برای هر تصرفی که بخواهد انجام بدهد، کفایت می‌کند؟ تصرف یا فیزیکی یا اعتباری است. در هر دو صورت آن، به محض اینکه معامله انجام شد، مبیع برای مشتری می‌شود و می‌تواند آن را بفروشد. همین که بیع صورت می‌گیرد، از ضمان بایع خارج می‌شود و نفس فروش به شخص دیگر، قبض و تصرف است.

نکته دیگری که مطرح می‌شود، این است که ریح و سودی که نصیب مشتری اول که بایع دوم نیز هست، شده است، ضمان آن نیز بر عهده اوست و پس از فروختن باید مبیع را به مشتری دوم تحویل دهد. لذا مشتری دوم مبیع را از او طلب می‌کند؛ به نظر نقضی صورت نگرفته است.

۳-۶. ارتباط قاعده با سایر قواعد فقهی

۳-۶-۱. ارتباط قاعده با قاعده من له الغنم

غرم به معنای خسارت، ضرر، تاوان، زیان و خرابی است (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۶، ص. ۱۲۷) و غنم یعنی غنیمت، سود، بهره و بازده (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص. ۷). این قاعده بیان این است که هرکسی زیان و ضرر سرمایه و مالی را بر عهده بگیرد، از منفعت و بهره آن نیز برخوردار است. عکس این قاعده نیز این است که «من علیه الغرم فله الغنم»؛ هرکسی که از سود و فایده دارایی برخوردار شود، باید خسارات وارد بر دارایی را هم بر عهده بگیرد. بنابراین، کسی که فایده و بهره سرمایه شرعاً برای او باشد، غرامت و ضرر آن نیز بر عهده اوست. این قاعده بیان تلازم بین خسارت و منافع است؛ یعنی

هر که شرعاً از منافع مال و سرمایه‌ای بهره‌مند می‌شود، خسارت و تلف آن دارای نیز از آن اوست (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص. ۲۸۹). وجه تفاوت این قاعده با قاعده بطلان ربح ما لم یضمن در این است که این قاعده، قاعده‌ای عام است که هم در مسائل مالی و هم در مسائل غیرمالی به کار می‌رود، ولی قاعده بطلان ربح ما لم یضمن صرفاً در مسائل مالی و اقتصادی کاربرد دارد؛ به این معنا که دایره شمول قاعده بطلان ربح ما لم یضمن نسبت به قاعده فوق خاص‌تر و محدودتر است.

۲-۶-۳. ارتباط قاعده با قاعده الخراج بالضمن

اهل لغت، خراج را به فایده، بهره، مالیات و غله معنا کرده‌اند، لکن در مجموع می‌توان گفت که خراج به معنای منفعت و فایده هر چیزی است. برخی باء در قاعده الخراج بالضمن را، باء سببیت می‌دانند و براین اساس، معنای قاعده چنین می‌شود که منافع کالا یا سرمایه‌ای منوط به پذیرش ضمان و تعهدی است که شخص نسبت به کالا یا مال بر عهده می‌گیرد. اگر باء را باء مقابله بگیریم، به معنای قاعده ضرری نمی‌رساند؛ یعنی خراج به‌زای ضمان است و باز همان معنای فوق را می‌دهد. این قاعده مانند قاعده بطلان ربح ما لم یضمن، دال بر عدم استحقاق منافع و بهره توسط شخصی است که ضمان و عهده و مخاطره سرمایه را نپذیرفته باشد.

۳-۶-۳. ارتباط قاعده با قاعده النعمه بقدر النعمه

طبق این قاعده برخورداری از هر چیزی به‌اندازه سختی آن است و سختی هر چیزی به‌اندازه برخورداری از آن است که موافق همان مفاد قاعده بطلان ربح ما لم یضمن است؛ البته قاعده دیگری هم در همین زمینه هست که برخی آن را به‌عنوان قسمت دوم همین قاعده بیان می‌کنند. آن قاعده النعمه بقدر النعمه است؛ البته برخی قائل‌اند قسمت اول این قاعده همان مضمون الغنم بالغرم را دارد و قسمت دوم آن هم اشاره به مضمون الخراج بالضمن می‌کند (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص. ۱۳).

۴. تطبیق قاعده بر قرارداد مضاربه بانکی

۴-۱. عقد مضاربه

واژه مضاربه به معنای الضرب فی الارض یعنی سیر در زمین است و مضارب فردی است که با مسافرت از طریق تجارت، ربحی را به دست می‌آورد و هم به معنای الضرب فی المال و تقلیب به معنای تحول در مال و مبادله است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱، ص. ۵۴۵)؛ البته مضاربه مترادف با قراض ذکر شده است که به قطع تصرف مالک و ایجاد امکان تصرف عامل در مال اشاره دارد.

در اصطلاح، مضاربه قراردادی است بین‌الاثنی که در آن پول یا سرمایه از طرفی و عمل از طرف دیگر تأمین می‌شود؛ به نحوی که ربح حاصل، به نسبتی معلوم بین طرفین توزیع شود. به بیان دیگر، در مضاربه دو رکن اساسی عامل و صاحب سرمایه وجود دارد. صاحب سرمایه، سرمایه را در اختیار عامل قرار می‌دهد و عامل با آن سرمایه به تجارت می‌پردازد. اگر در فرایند تجارت سودی به دست آمد، آن سود به صورت توافقی بین این دو تقسیم می‌شود (موسویان، ۱۳۹۳، ص. ۹۹). مضاربه از عقود عقلایی مورد تأیید و امضای شارع است و طبق ماده ۵۴۶ قانون مدنی، مضاربه عقدی است که به موجب آن، احدالمتعاملین سرمایه می‌دهد با این قید که طرف دیگر با آن تجارت کند و در سود آن شریک باشد. صاحب سرمایه، مالک و عامل، مضارب نامیده می‌شود. حسب مقررات قانونی، سرمایه مضاربه باید وجه نقد باشد و سود به حصه‌ای مشخص، میان افراد تقسیم شود و در صورت عدم تعیین سهم هریک از طرفین عقد، نیمی از سود حاصل خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ص. ۱۰۵). در مضاربه باید نوع خاصی از تجارت را مشخص کرد، ولی اگر مضاربه مطلق باشد، عامل در تعیین قسم تجارت مختار خواهد بود، اما در شیوه تجارت باید حد متعارف را رعایت کند. با توجه به مقتضای تجارت، طرفین باید در سود و ضرر آن سهیم باشند. لذا در ماده ۵۵۷ قانون مدنی به این نکته پرداخته شده است که اگر کسی مالی را برای تجارت بدهد و قرار گذارد که تمام منافع مال مالک باشد، در این صورت معامله مضاربه محسوب نمی‌شود. به علاوه اگر در مضاربه شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود یا خسارت حاصل از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است مگر اینکه به صورت لزوم شرط شده باشد مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً

به مالک تملیک کند (مسعودی، ۱۳۸۶، ص. ۹۴).

مضاربه سه رکن دارد.

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

۲. کار یا عمل: منظور از کار یا عمل موضوع عقد مضاربه، امور بازرگانی و تجارتي است. اعمال تجاری و بازرگانی به موجب ماده ۲ قانون تجارت مشخص شده است.

به موجب ماده ۶ دستورالعمل اجرایی مضاربه، کار لازم برای اجرای عملیات مضاربه کاملاً باید توسط عامل انجام بشود و این امر در قرارداد منعقد بین بانک و عامل قید شده می‌شود و عامل قید می‌شود و عامل حق واگذاری سرمایه را به دیگری ندارد.

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

۲-۴. قرارداد مضاربه بانکی

این قرارداد که مستند به قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین‌نامه و دستورالعمل‌های اجرایی مربوط و سایر قوانین و مقررات موضوعه، مخصوصاً ماده ۱۰ قانون مدنی بین امضاکنندگان است، طبق مواد ۳۶، ۳۷، ۳۸ و ۳۹ آیین‌نامه اجرایی قانون عملیات بدون ربا، قرارداد مضاربه بانکی به صورت زیر تعریف می‌شود.

ماده ۳۶- مضاربه قراردادی است که به موجب آن، یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌شود با قید اینکه طرف دیگر (عامل)، با آن تجارت کرده و در سود حاصل شریک باشند.

ماده ۳۷- بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور

بازرگانی به‌عنوان مالک، سرمایه نقدی (منابع لازم) جهت گسترش امور بازرگانی به‌عنوان مالک را در اختیار عامل اعم از شخص حقیقی یا حقوقی قرار دهند. بانک‌ها در اعطای این تسهیلات به تعاونی‌های قانونی اولویت خواهند داشت.

ماده ۳۸- بانک‌ها در امر واردات، مجاز به مضاربه با بخش خصوصی نیستند.

ماده ۳۹- انواع هزینه‌های قابل قبول در مضاربه توسط بانک مرکزی تعیین و اعلام خواهد شد.

قرارداد مضاربه بانکی عموماً دارای دو بخش کلی است. قسمتی از قرارداد مختص شرایط عقد مضاربه بانکی بوده و در قسمت دیگر، از عقد صلح به‌عنوان شرط ضمن عقد استفاده شده است. لذا قراردادی که در بانک‌ها به قرارداد مضاربه موسوم است، دارای این ویژگی‌هاست.

۱- باید طرفین قرارداد (فرد/ شرکت) با مشخصات دقیق و آدرس قید شوند.

۲- موضوع مضاربه با قید کالاها و شرایط خرید و فروش مشخص شود.

۳- میزان سرمایه و نحوه استفاده از آن در قرارداد مرقوم شود.

۴- عقد صلح و شرایط ضمن عقد صلح ذکر شود.

۵- مدت قرارداد و نحوه تصفیه مضاربه موضوع قرارداد و تضمین طرفین مشخص شود.

با توجه به ارتباط بحث، در ادامه به‌صورت اجمالی به بیان عقد صلح و شرایط

ضمن عقد مطروح در قرارداد می‌پردازیم.

۳-۴. عقد صلح

صلح در فقه نوعی عقد لازم است که در آن دو طرف، توافق بر امری می‌کنند که عنوان آن امر از عقود معروف از قبیل بیع، رهن، اجاره و امثالهم نباشد. صلح در لغت به معنای سازش، آشتی کردن، توافق کردن، پیمانی که برحسب آن دعوایی را حل و فصل کردن و پیمان تسلیم است. عقد صلح در اصطلاح به معنای تراضی و تسالم بر امری است (کاتوزیان، ۲۹۷، ص. ۱۳۶۸).

عقد صلح برای صحت باید شرایط زیر را دارا باشد.

۱. اهلیت طرفین.

۲. موضوع صلح باید مشروعیت و منفعت عقلایی (مالیت) داشته باشد.

۳. جهت صلح باید مشروع باشد.

۴. قصد و رضای طرفین نسبت به عقد مشخص باشد.

۱-۳-۴. عقد صلح قرارداد مضاربه بانکی

در این عقد، عامل تعهد و قبول می‌کند که غیر از هزینه‌های مربوط به خرید کالا، سایر هزینه‌ها را از اموال خود مجاناً تأمین کند و جمع سهم بانک از هزینه‌های مذکور را در قبال دریافت یک هزار ریال به بانک، صلح کند.

مطابق قرارداد مضاربه بانکی

- عامل قبول کرد در صورتی که به هر دلیل خسارتی بر اصل سرمایه وارد آید، خسارت وارد ولو خسارت ناشی از حوادث قهری را به میزانی که بانک تأمین می‌کند، از اموال خود مجاناً پرداخت کند.

- عامل قبول و تعهد کرد کالای خریداری شده از محل سرمایه مضاربه این قرارداد را بلافاصله پس از خرید تا زمان فروش به نام و نفع بانک بیمه کند.

- عامل ضمن عقد صلح فوق‌الذکر، همه مواد و شرایط این قرارداد را پذیرفته و متعهد به اجرای کامل آن شد. همچنین، عامل حق فسخ قرارداد را تا پایان مدت آن از خود سلب و اسقاط کرد.

در ترکیب این دو عقد، از ویژگی‌های هر کدام استفاده شده است. در این بخش، به دنبال این هستیم که ترکیب دو عقد با یکدیگر، چقدر مقتضیات هر یک را متأثر خواهد کرد؟

۴-۴. تطبیق قاعده بر قرارداد مضاربه بانکی

در ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی مضاربه این‌گونه آمده است «بانک‌ها موظف‌اند برای جبران خسارت وارد بر اصل سرمایه، ضمن عقد صلح، موضوع ماده هشت این دستورالعمل را از عامل تعهد کافی اخذ کنند» (خاوری، ۱۳۶۹، صص. ۲۶۷-۲۶۶). به همین خاطر، با اجازه حاصل از ذیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی، مشتری به نحوی الزام‌آور تعهد و تضمین می‌کند که اگر سرمایه مضاربه تلف شود یا تجارت منتهی به سود نشود، به میزان تلف از محل اموال و دارایی‌های مشخص خود، خسارت را به صورت مجانی به بانک تملیک نموده و سود مورد انتظار بانک نیز حداقل سودی باشد که مشتری حصول و

پرداخت آن را به بانک تضمین می‌کند (مسعودی، ۱۳۸۶، ص. ۹۶). لذا قرارداد مضاربه بانکی این‌گونه تنظیم شده است که در بخش اول قرارداد، شرایط مربوط به عقد مضاربه اعم از ذکر طرفین، مبلغ و... آورده شده است، اما در بخش دوم توسط یک شرط ضمن عقد خارج لازم در عقد صلح، این تکلیف را بر عامل (مضارب) لازم می‌کند که هرگونه خسارت ناشی از تلف شدن سرمایه را به‌صورت مجانی متعهد شود. از طرفی، همان‌طور که در قسمت‌های قبل بیان شد، شرط ضمان در مضاربه، مخالف مقتضای عقد بوده و از این‌رو صحیح نیست. مطابق قاعده، برقرار کردن چنین شرطی، مساوی با این است که عقد از حالت مضاربه به قرض تبدیل یافته و همان‌طور که در عقد قرض مشارکت، مقرض در ربح وجود ندارد، لذا وی حق بهره‌برداری از ربح فعالیت تجاری در عقد مذکور را نخواهد داشت. لذا شرط ضمن عقد سبب بطلان عقد مذکور می‌شود.

نتیجه‌گیری

مطابق آنچه از مفهوم و قلمرو و گستره قاعده بطلان ربح ما لم یضمن بیان شد، این قاعده شامل بیع کالا قبل از قبض (بیع ما لم یقبض)، بیع کالا قبل از خرید و تملک (بیع ما لم یملک) و عقد مضاربه در صورت ضمان کردن عامل و قرض می‌شود. از طرفی، قرارداد مضاربه بانکی مرسوم کاملاً منطبق بر عقد مضاربه فقهی نیست، بلکه علاوه بر عقد مضاربه فقهی، شامل شرط ضمن عقد صلح است که طی آن، بانک مضارب (عامل) را مجبور به جبران تمام مضار ناشی از مضاربه کرده و از مشارکت در مضار احتمالی ناشی از مضاربه، خود را معاف کرده است. این در حالی است که بهره‌مند از سود مضاربه است که این طبق قاعده بطلان ربح ما لم یضمن خلاف مقتضای عقد مضاربه است. لذا آنچه از تطبیق این قاعده فقهی بر قرارداد مضاربه بانکی به دست می‌آید، عملاً عدم تسهیم ریسک و مشارکت بانک در سود و زیان است که خلاف قاعده است. لذا مطابق قاعده، سودی که بانک از این قرارداد به دست می‌آورد، باطل و حرام است و در قرارداد مضاربه بانکی، قاعده بطلان ربح ما لم یضمن رعایت نشده است.

کتابنامه

قرآن کریم.

آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹). *تحریرالمجله*. نجف: المکتبه‌المرتضویه و مطبعته‌الحیدریه.

- ابن اثیر (۱۳۷۶). *النهاية* (چاپ ۴). قم: اسماعیلیان.
- ابن فارس، احمد بن زکریا (۱۴۱۱ق). *معجم مقاییس اللغة*. بیروت: دارالجیل.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۶ق). *لسان العرب*. بیروت: داراحیاء التراث العربی و مؤسسه التاریخ العربی.
- الحقیل، مساعد بن عبدالله بن حمد (۱۴۳۲ق). *ریح ما لم یضمن، دراسة تاصیلیة تطبیقیة*. ریاض: دارالمیمان للنشر و التوزیع.
- الهاشمی الشاهرودی، السید محمود (۱۳۷۶). *المنهاج*. تهران.
- الهام، صادق؛ سعدی، حسین علی؛ و اسدی، حمید (۱۳۹۳). *بطلان شرط ضمان در قرارداد مضاربه بانکی در بانکداری اسلامی. پژوهش های فقه و حقوق اسلامی*. ۱۰ (۳۷).
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۹ق). *المکاسب* (جلد ۱۰). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- بحرالعلوم، عزالدین (بی تا). *بحوث فقهیة من محاضرات آیت الله العظمی الشیخ حسین الحلی* (چاپ ۴). نجف: مؤسسه المنار.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة* (چاپ ۱). قم: دفتر نشر اسلامی.
- توکلی، محمدجواد (۱۳۸۱). *بررسی توزیع سود سپرده ها در نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران*. معرفت، ۱۴ (۵۳).
- توکلی، محمدجواد (۱۳۹۴). *تعریف بانکداری اسلامی و مؤلفه های آن از نگاه فقه حکومتی*. معرفت، ۱۸ (۲۱۳).
- جمالی، جعفر؛ نایی، سهیلا (۱۳۹۴). *بطلان سود بدون عهده در بازارهای مالی اسلامی*. راهبرد. ۷ (۷۶).
- حاکم نیشابوری، ابی عبدالله محمد بن عبدالله (۱۴۱۱ق). *المستدرک علی الصحیحین* (مصطفی عبدالقادر عطا، محقق). بیروت: دارالکتب العلمیة.
- حراملی، محمد بن حسن (۱۴۰۳ق). *وسائل الشیعة* (چاپ ۵). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حراملی، محمد حسین (۱۴۰۹ق). *تفصیل وسائل الشیعة* (جلد ۱۱). بیروت: دارالمعرفة.
- حراملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعة* (جلد ۳۰). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- حلی، ابن ادیس (۱۴۱۰ق). *کتاب السرائر*. قم، اسلامی.

- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ق). *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامية*. ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- خاوری، محمودرضا (۱۳۶۹). *حقوق بانکی*. تهران: مؤسسه بانکداری اسلامی.
- زیبیدی حسینی، سیدمحمد مرتضی (۱۴۱۴ق). *تاج العروس من جواهر القاموس* (۲۰ جلد). بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۴۰۷ق). *هدایة الطالب الی اسرار المكاسب*. قم: مکتبه المرعشی النجفی.
- صادقی شاهدانی، مهدی؛ و آقابابایی، محمد ابراهیم (۱۳۹۰). تحلیل مقایسه‌ای ریسک اعتباری در بانکداری اسلامی و بانکداری متداول. *تحقیقات مالی اسلامی*، ۱(۱).
- صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۲۰ق). *البنک اللاروی فی الاسلام*. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- طریحی، فخرالدین (۱۳۷۵). *مجمع البحرین* (چاپ ۳). تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۵ق). *العین*. قم: دارالهجره.
- فیومی، احمد بن محمد (۱۴۰۵ق). *مصباح المنیر*. قم: دارالهجره.
- قزوینی، ابی عبدالله محمد بن یزید (بی تا). *سنن ابن ماجه*. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸). *حقوق مدنی* (۲). (چاپ ۱). تهران: گنج دانش.
- کاشانی، محمدمحسن فیض (۱۴۰۶ق). *الوافی* (جلد ۱۸). اصفهان: کتابخانه امام علی (ع).
- مسعودی، علی رضا (۱۳۸۶). *حقوق بانکی*. تهران: پیشبرد.
- مصطفوی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱ق). *مائة قاعدة فقهية* (۱ جلد). قم: دفتر انتشارات اسلامی و وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- موسویان، سیدعباس؛ میسمی، حسین (۱۳۹۳). *بانکداری اسلامی*. تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
- نجفی، محمدحسن (بی تا). *جواهر الکلام*. ج ۷، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- نوری طبرسی، حسین (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*. بیروت: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام، لاحیاء التراث).
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۳ق). *قراءات فقهیه معاصره* (چاپ ۱). قم: مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۳۳ق). *کتاب المضاربه*. قم: مؤسسه الفقه و المعارف اهل البيت.
- یزدی طباطبایی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۹). *العروة الوثقی فیما تعم بها البلوی* (محمشی). (چاپ ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی.