

## بررسی ضمان در بانکداری اسلامی از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران

### سمیه صبح سحری

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق، دانشگاه آزاد لاهیجان

---

#### چکیده

یکی از ویژگی‌های مهم دین اسلام که آن را جاودانه کرده، این است که در کنار احکام ثابتی که از مصالح ذاتی، فطری و ابدی حکایت می‌کند، عرصه را برای طراحی شیوه‌ها و مدل‌های کاربردی نو، در اختیار مجریان و سیاست‌گذاران قرار می‌دهد تا متناسب با پیشرفت جوامع و تحولات اجتماعی و متناسب با وضعیت زمان و مکان، مدل‌سازی کنند. احکام ثابت که همانند چارچوب‌های اساسی وی ساخت‌های بنیادین است، محتوای اسلامی جامعه را حفظ می‌کند و مدل‌های متغیر، به آن تحول، تحریک، پویایی و شادابی می‌بخشد و به مسئولان امر و کارشناسان اسلامی فرصت می‌دهد تا پیوسته به فکر طراحی الگوها، مدل‌ها، سازمان‌ها و ساختارهای جدید و منطبق با عصر و زمان خود باشند. در عرصه معاملات، از جمله پولی و بانکی نیز یک سری احکام ثابت فقهی وجود دارد که جز در مواقع اضطرار و تزاحم، قابل تخفیف نیست و یک سری عرصه‌های متغیر کارشناسی وجود دارد که بر حسب اقتضای موقعیت تغییر می‌کند. در این جستار، ابتدا با استفاده از آیات و روایات و متون فقهی، احکام ثابت مباحث پول و بانکداری اسلامی استخراج و بیان می‌شود که معاملات بانکی و نظام بانکداری باید در چارچوب آن‌ها طراحی شوند.

**واژه‌های کلیدی:** ضمان، بانکداری اسلامی، دیدگاه فقه امامیه، دیدگاه حقوق ایران.

---

## ۱- مقدمه

مطابق صریح آیات قرآن، دین اسلامی، دین جهان شمول و جاودانه است.

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا<sup>۱</sup>

مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ<sup>۲</sup>

این حقیقت در روایات با صراحت بیشتری آمده است. در حدیثی از رسول گرامی اسلام (ص) می‌خوانیم که فرمود: ایها الناس! حلالی حلال الی یوم القیامة و حرامی حرام الی یوم القیامة (عاملی، بی تا) ای مردم! حلال من تا روز قیامت حلال، و حرام من تا روز قیامت حرام خواهد بود.

مهم‌ترین عاملی که باعث این جامعیت و جاودانگی شده، این است که شریعت اسلام درکنار احکام و قوانین ثابت و تغییر ناپذیری که از مصالح ذاتی، فطری و ابدی انسان‌ها حکایت می‌کند، فضای تطبیق و عمل را در اختیار مجریان و سیاستگذاران قرار می‌دهد تا متناسب با پیشرفت جوامع و تحولات اجتماعی و متناسب با وضعیت زمان و مکان، مدل‌سازی کنند. احکام ثابت که همانند چارچوب‌های اساسی وی ساخت‌های بنیادین است، محتوای اسلامی جامعه را حفظ می‌کند و عرصه‌های متغیر، به آن، تحول، تحرک، پویایی و شادابی می‌بخشد و عقلانیت جمعی، به فکر مسلمان فرصت می‌دهد تا پیوسته به بهره‌گیری از علم و تجربه بشری و عقلانیت جمعی، به فکر طراحی الگوها، مدل‌ها، سازمان‌ها و ساختارهای جدید و منطبق با عصر و زمان خود باشند. در عرصه معاملات، از جمله معاملات پولی و بانکی نیز یک سری احکام و قوانین ثابت فقهی وجود دارد که چارچوب‌های اساسی تلقی می‌شوند و جز در مواقع اضطرار و تزام تخفیف داده نمی‌شوند و یک سری عرصه‌های متغیر و کارشناسی وجود دارد که برحسب اقتضای موقعیت تغییر می‌کنند.

## ۲- بحث و بررسی

## ۲-۱- تعاریف، اصطلاحات مربوط به ضمان

## ۲-۱-۱- مفهوم ضمان در لغت

واژه «ضمان» از ریشه «ضمن» گرفته شده است. در کتب لغت عربی این ریشه را با قرائتها و معانی گوناگون آورده‌اند. از میان آنها ریشه «ضَمَنَ» به معنی «قبول مسئولیت، تعهد، ضمانت، پذیرفتاری و التزام» برای مفهوم ضمان قراردادی متناسب‌تر و قابل استفاده‌تر است.<sup>۳</sup> در کتب لغت فارسی نیز «ضمان» به معنی «قبول کردن، پذیرفتن، برعهده گرفتن و ام دیگری و ملتزم شدن» آمده است. (فرهنگ فارسی معین، ۱۳۷۲ ذیل واژه).

ضمان یکی از انواع روابط حقوقی در اسناد تجاری است که برای شناخت مفهوم آن از دیدگاه فقه اسلامی باید به نظریات فقهای عظام مراجعه کرد. با وجود اینکه اصولاً مطالعه کتب لغت در این زمینه‌ها- به دلیل احتمال نقل از معنی لغوی به معانی اصطلاحی در فنون مختلف و در نتیجه عدم حجیت کلام ایشان- نقشی در سرنوشت اینگونه قراردادهای و مفهوم اصطلاحی آنها در قلمرو و عرف و فقه و حقوق ندارد؛ اما به دلیل اختلاف نظر فقها در مورد مفهوم و ریشه لفظی واژه «ضمان» در مفهوم

<sup>۱</sup> سبأ (۳۴): ۲۸ و ما تو را جر بشارت بخش و هشدار دهنده برای تمام مردم نفرستادیم.

<sup>۲</sup> احزاب (۳۳): ۴۰ محمد، پدر هیچ یک از مردان شما نیست؛ ولی فرستاده ی خدا و خاتم پیامبران است.

<sup>۳</sup> ابن منظور، لسان العرب، جلد ۱۳، ص ۲۵۷؛ زبیدی، تاج العروس، جلد ۹، ص ۲۶۵؛ شرتونی، اقرب الموارد، جلد ۱، ص ۶۹۰؛ جوهری، صحاح اللغة، چاپ سنگی؛ جمال فرشی؛ صراح اللغة، چاپ سنگی، ص ۳۲۴؛ فیروزآبادی، قاموس اللغة، چاپ سنگی؛ ابن اثیر، النهاية، جلد ۳، ص ۱۰۲، طریحی، مجمع البحرین، جلد ۶، ص ۲۷۵؛ نهانوی، کشف الاصطلاحات و الفنون، جلد ۱، ص ۸۹۵؛ ابی الحسین احمد بن فارسی بن ذکریا، عجم مقابیس اللغة،

جلد ۳، ص ۳۷۲؛ صفی پور، منتهی الارب، جلد ۲، ص ۷۳۹؛ خلیل جر، فرهنگ لاروس، جلد ۲، ص ۱۳۶۲

اصطلاحی و ماهیت فقهی- حقوقی این عمل حقوقی و آثار ناشی از آن مطالعه و بررسی مفهوم واژه ضمان ضروری به نظر می‌رسد.

## ۲-۱-۲- مفهوم ضمان در فقه و حقوق

حقوقدانان اسلامی در شناخت مفهوم ضمان نهج واحدی نپیموده‌اند. با وجود این، همگی متفقاً ضمان را به عنوان یکی از توابع و وثایق دین شمرده‌اند. برخی از ایشان واژه ضمان را از ریشه «ضم»<sup>۴</sup> دانسته و «ن» را زاید در نظر گرفته‌اند و برخی آن را از ریشه «ضمن» دانسته (نجفی، بی تا: ۱۱۳ ج ۲۶). و «ن» را جزء اصلی کلمه دانسته‌اند؛ چون «ن» نه تنها در مصدر، بلکه در مشتقات هم نقش اصلی دارد. درحقیقت، هر دوگروه ریشه و مفهوم ضمان را مبتنی بر نظریه خویش درماهیت فقهی- حقوقی آن مبنی بر ضم ذمه به ذمه و ضم مطالبه به مطالبه یا نقل و انتقال بدهی از ذمه‌ای به ذمه‌دیگر قرار داده و ظاهراً قرارداد ضمان را منحصر به شبه جزیره عرب پنداشته‌اند. در حالی که در تمامی جوامع با زبانهای گوناگون اینگونه قراردادها، متعارف و متداول است. چنانچه در فرهنگ لغت و اصطلاحات زبان انگلیسی، الفاظی به معنای ضمان، تضمین، ضمان عقدی و وثیقه وجود دارد. (فرهنگ لغت حییم، ۱۳۶۲: ذیل واژه).

در فرهنگ و اصطلاحات زبان فرانسه که در حقوق مدنی و حقوق تجارت بسیاری از کشورها، از جمله کشور ایران، استفاده می‌شود نیز واژه‌هایی به معنای ضمانت، وثیقه، تأمین و تضمین به کار رفته است. واژه *Contrat de cautionnement* به معنی قراردادی است که به موجب آن شخص متعهد می‌شود بدهی‌ای را که بر ذمه دیگری است، بپردازد. (فرهنگ لغت نفیسی، ۱۳۷۱ ج ۱ ذیل واژه).

بنابراین مفهوم ضمان به عنوان اصطلاح متعارف در قلمرو فقه و حقوق خصوصاً در ابواب معاملات، حقیقتی واحد به معنی تعهد، مسئولیت و التزام است. چنانچه وجود قاعده «ما یضمن بصحبه یضمن بفاسده» با قطع نظر از کلیت یا عدم کلیت و موجبات ضمان در آن، شاهد بر مدعا نیست و سریان ضمان را در تمامی ابواب معاملات می‌رساند. البته این مفهوم واحد به اعتبار اسباب گوناگون ایجاد تعهدات و مورد تعهد تکرر می‌یابد و تقسیم ضمان به معاوضی، قهری و عقدی یا قراردادی در متون فقهی و حدیث به همین اعتبار صورت گرفته است ضمان معاوضی به موجب کلیه قراردادهای صحیح پدید می‌آید، زیرا طرفین قرارداد به موجب آن، خود را به انجام تعهدات ناشی از آن قرارداد ملتزم و متعهد می‌دانند. ضمان قهری التزام و تعهدی است که به موجب اسباب خاصی چون اتلاف، غصب، تسبیب و غیره به عنوان وقایع حقوقی ایجاد می‌شود. ضمان عقدی و قراردادی نوع دیگری از التزام و تعهد است که هم اکنون در صدد بیان آن هستیم.

## ۲-۱-۳- ضمانت بانکی

دیگر از امور رایج در بانکداری، نوعی قرارداد و تعهد، معروف به «ضمانت بانکی» است. براساس این قرارداد، بانک متعهد می‌شود که یک طرف معامله را برای دیگری ضمانت کند، که در صورت تخلف و اخلاف طرف اول در قرارداد، بانک، قرارداد را برای طرف دوم تکمیل کرده یا خسارتی را که در متن قرارداد پیش بینی شده، به طرف دوم بپردازد.

<sup>۴</sup> سرخسی، المبسوط، جلد ۱۰، ص ۱۶۰؛ هامش فتاوی الهندی، جلد ۲، ص ۲؛ محمدحسین کاشف العطاء، تحریر المجله، جلد ۲، ص ۲۳۳؛ محمدبن عابدین، ردالمختار، جلد ۴، ص ۲۴۹؛ سیواسی، شرح فتح القدر، جلد ۳۸۹؛ مرغینانی، هدایه، هامش شرح فتح القدر، جلد ۵، ص ۳۸۹؛ محمدبن محمود بابرینی، شرح عنایه، هامش شرح فتح القدر، جلد ۵، ص ۳۸۹.

## ۲-۲- دیدگاه فقها درباره ضمان در بانکداری

### ۲-۲-۱- صحت شرط ضمان در قراردادهای بانکی

#### ۲-۲-۱-۱- بیان آراء و نظرات

در این موضوع بطور کل سه رأی وجود دارد:

۱- عده ای این شرط را جایز می‌دانند.

۲- عده ای نیز کاملاً جایز نمی‌دانند.

۳- گروهی نیز قائل به تفصیل گردیده‌اند.

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

فقه‌های بزرگوار که در حاشیه عروه نظرات خویش را بیان کرده‌اند عمدتاً با این نظر مخالفت کرده‌اند. مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی مخالفت با این نظر معتقد است که اصل بر عدم جواز این شرط است بلکه اگر شرط کند اگر نقصانی بر سرمایه حاصل شد عامل مکلف به جبران نصف مثلاً باشد، صحیح است زیرا مخالف مقتضی نمی‌باشد اما وفاق به آن لازم نیست مگر آنکه در ضمن یک عقد دیگری شرط شود نه در ضمن مضاربه که یک عقد جایز است. محقق بروجردی نیز این شرط را غیرمعمول می‌داند. مرحوم آیات الله خوانساری و حایری نیز آن را صحیح نمی‌دانند. مرحوم محقق خویی نیز این شرط را در صورتی که شرط لزوم تدارک خسارت از سوی عامل باشد صحیح می‌داند اما اگر مراد رجوع خسارت به عامل باشد آن شرط را باطل می‌داند. بنابر رأی مرحوم خویی اگر شرط، شرط فعل باشد صحیح و اگر شرط نتیجه باشد غیر صحیح است.

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

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

مرحوم گلپایگانی و فیروزآبادی شر را صحیح می‌دانند و لیکن معتقدند که عقد در این صورت تبدیل به قرض می‌شود. مرحوم نائینی شرط را صحیح نمی‌داند اما در اینکه باعث بطلان عقد گردد اشکال کرده است. (یزدی، ۱۴۰۹: ۱۶۲).

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

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

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

#### ۲-۲-۱-۲- تحلیل آراء و نظرات

### ۲-۲-۱-۲-۱- مخالفت شرط ضمان با قاعده

در این مطلب چهار نظر وجود دارد:

۱- صحت شرط و عقد

۲- بطلان شرط و عقد

۳- بطلان شرط و صحت عقد

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

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

شرط مخالف مقتضی بر سه بخش است:

۱- مخالف مضمون عقد

۲- مخالف لوازم عرفی

۳- مخالف احکام شرعی اقتضائی

مراد از احکام شرعی اقتضائی عبارت است از آنکه مطلق اقسام آن عقد دارای چنین حکمی باشد حتی اگر شرط خلافی نیز در آن بشود باعث تغییر حکم نمی‌شود این حکم اقتضائی یا طبعی گویند و در مقابل آن حکم فعلی مطلق قرار دارد. (سند، ۱۴۲۸: ۲۳۵). وی مورد بحث را قطعاً از دو قسم اول نمی‌داند. چرا که ایشان ضمانی بودن یا امانی بودن را جزء مضمون عقد مضاربه نمی‌داند همانگونه این مطلب لازمه عرفی آن نیز نمی‌باشد.

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

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

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

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

نخست آنکه بر مخالفت یا موافقت شرط با مقتضای عقد اجماع وجود دارد.

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

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

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

اگر مورد استناد عرفاست، مثل اشتراط عدم انتقال در عوضین در این مواقع عقد به صورت عرفی واقع نمی‌شود نه اینکه عقد صحیح باشد و شرط باطل است، زیرا که منشأ عرفاست و در عرف چنین است. اگر مرجع شرع است اعم از نص و اجماع، در این صورت در حرمت یا عدم محرم تشرط می‌بایست به آنها مراجعه شود. اگر غیر این دو است باید به دلیلی مقتضی عقد مثل دلیل انتقال یا قیومیت رجل در بیع و نکاح مراجعه کنیم تا معلوم شود که دلیل آنها این مقتضی را مطلق و بدون تغییر نسبت به شرط می‌داند تا شرط مخالف مقتضی شود و یا آن را مطلق ندانسته بلکه آن را مقتضاً یا طلاق نه ماهیت می‌داند پس قابل تغییر خواهد بود.

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

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

مخالفان این قول معتقدند که «المؤمنون عند شروطهم» در این موارد جاری نخواهد بود چرا که اراده مالک از در اختیار قراردادن پول به عامل چه بوده است؟ مالک با این کار اراده کرده بود که عامل تجارت کند و رأی المال نزد عامل باشد (تسلط داشته باشد). این کار در واقع یک اذن فعلی را در درون دارد که عامل ضامن تلف قهری نیست چرا که امکان ندارد به کسی اذن در تصرف بدهیم و مقید به امری که در اختیار او نیست بکنیم. پس ضامن تلف قهری نمی باشد.

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

اما قول صاحب عروه که آن را مقتضای اطلاق عقد نه نفس عقد می دانست صحیح نیست زیرا آنچه وی بیان داشته است شاید بتواند نفی استیمان در تلف مال کند اما اثبات ضمان خسارت که در تجارت بدون تعدی و تفریط حاصل شده است نمی کند و همچنین استیمان را از اصل عقد مضاربه بر نمی دارد چرا که لازمه مضاربه و اذن عامل به مالک چنین استیمانی است. (هاشمی، ۱۴۳۲: ۱۵۲).

وجه استدلال محقق ارجمند معلوم نیست و اگر مدعی این باشد که در این موارد باید به عرف مراجعه کرد و یا در صورت شک اصل نفوذ شروط را جاری نمود، بیان ایشان که مقتضای عقد مضاربه عدم ضمان است به عنوان ردی بر این مدعی نوعی مغالطه است.

چرا که این مطلب بحث مورد سؤال است و ایشان آن را مفروض پنداشته است. برخی از فقهای معاصر در عدم صحت این شرط چنین بیان داشته اند که: این نوعی تشریح است چرا که دلیلی نداریم که کسی بتواند دیگری را ضامن در پرداخت مال بدون سبب مثل قرض و .. کند وقتی اصل آن شرعاً صحیح نیست پس شرط - کردن آن در ضمن عقد نیز صحیح نخواهد بود. ادله المومنون عند شروطهم و ... نیز ناشر به مقام تشریح نیست بلکه آنچه شرعاً جایز است را شامل می شود. (خوی، ۱۴۱۸: ۲۲۷).

در پاسخ به این استدلال نیز چنین بیان شده است که این بحث تشریح نخواهد بود چرا که بحث در محدود کردن فرد در تصرف در مال خویش است و این ربطی به تشریح ندارد و از سویی ضامن کردن فرد ابتدائاً نیز امری است که در شرع نمونه دارد و خرید در ذمه را می توان به عنوان یک نمونه بر این مطلب دانست. (هاشمی، ۱۴۳۲: ۱۵۷).

از مجموع آنچه بیان گردید معلوم است که نمی توان شرط ضمان در مضاربه را مخالفت با مقتضای عقد دانست و طبق قاعده صحیح است.

## ۲-۲-۱-۲-۲- مخالفت شرط ضمان با روایات

در قسم قبل ثابت گردید که آنچه از مخالفت شرط ضمان با مقتضای عقد آمده است صحیح نمی باشد. در این قسم بحث از روایاتی است که در این مورد وجود دارد. روایاتی که محققین در این باب مورد تمسک قرار داده اند بر دو قسم است:

اول آن دسته روایات که ضامن قراردادن غیرصاحب مال را، بی اشکال می دانند. مثل صحیح حلی از امام صادق (ع) که فرمود: «عَنْ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَفِيرِ جَلِينِ اشْتَرَاكَ فَيَمَّا لِفَرَبِحَا فِيهِ وَ كَانَ مِنَّا لِمَا لِدِينٍ وَ عَلَيْهِمَا دِينَ فَقَالَ أَحَدُ لِصَاحِبِهِ اهْطِنِ يَرَا سَالِمَ الْوَالِكَالِ رِبْحُوْ عَلَيْكَ التَّوَى فَقَالَ لَا بَأْسَ إِذَا اشْتَرَطًا فَإِذَا كَانَ شَرْطٌ يُخَالِفُ كِتَابَ اللَّهِ فَهُوَ رَدٌّ إِلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.»

روای از امام (ع) در مورد دو نفر که با یکدیگر شریک در مالی شدند و سود می کنند. بر این مال دینی است و این دین بر عهده هر دو نفر می باشد. یکی از آنها به دیگری می گوید که سرمایه را به من بده و هر چه سود و خسارت است بر گردن تو باشد. امام (ع) فرمود: اگر شرط کرده باشند اشکالی ندارد. اگر شرط مخالف کتاب باشد باید آن را به کتاب خدا بازگرداند. (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۵۸ ج ۵).



منعقد می‌کند باید این نکته را به مالک سرمایه یادآوری کند که درسود و زیان شریک است و اگر از نظر اقتصادی این امر در عملیات بانکی صحیح نباشد باید با سایر عقود به عملیات بانکی اقدام نماید.

### منابع و مأخذ

۱. قرآن کریم
۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۵)، المکاسب المحرمه و البیع و الخيارات، کنگره جهانی شیخ اعظم، قم: چاپ اول.
۳. حکیم، سید محسن طباطبایی، (۱۴۳۰)، مستمسک العروه الوثقی، بیروت: داراحیاء التراث العربی، چاپ اول.
۴. حیییم، سلیمان، (۱۳۶۲)، فرهنگ لغت حیییم، تهران: انتشارات معاصر.
۵. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی، (۱۴۱۸)، موسوعه الامام الخوئی، قم: مؤسسه الآثار الامام الخوئی، چاپ اول.
۶. سند، محمد، (۱۴۲۸)، فقه المصارف و النقود، قم: مکتبه فدک، چاپ اول.
۷. صدر، سید محمد باقر، (۱۴۰۱)، البنک اللاربوی، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، چاپ هفتم.
۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، تهذیب الاحکام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول.
۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۳۹۰)، الاستیصار فیما اختلف من الاخبار، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول.
۱۰. عاملی، زین الدین بن علی، (بی تا)، حاشیه المختصر النافع، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۸)، حقوق مدنی (مشارکت ها- صلح)، تهران: گنج دانش.
۱۲. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷)، الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
۱۳. معین، محمد، (۱۳۷۲)، فرهنگ فارسی، دوره‌ی شش جلدی، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ هشتم.
۱۴. نجفی، محمد حسن، (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۱۵. نفیسی، سعید، (۱۳۷۱)، فرهنگ لغت فرانسه-فارسی، تهران: انتشارات صفی علیشاه. دوره دو جلدی.
۱۶. هاشمی، سید محمد، (۱۴۳۲)، بحوث فی الفقه (کتاب المضاربه)، قم: مرکز اهل بیت الفقه الاسلامی.
۱۷. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، (۱۴۰۹)، العروه الوثقی فیما تعم بها البلوی (محشی)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.



# Survey Responsibility in Islamic Banking from the Perspective of Jurisprudence and Iranian Law

Somayeh Sobh Sahari

*Master of Jurisprudence and Legal Practices*

---

## Abstract

An important feature of Islam is that it remains with the principals of the materials inherent natural and eternal tells. New User field for design practices and models for policy and enforcement gives. To suit the development of societies and social change and appropriate to the circumstances of time of time and space modeling them. He fixed rules as the basic framework of basic building society maintains Islamic content variable models to stimulate the development of dynamism and vitality gives and gives authorities the Islamic experts to always thinks Alvha model design organizations and structures consistent with their age and time. In the area of monetary and banking transactions including fixed a Series of legal rulings except in emergencies and conflict that cannot discount and a series of areas of expertise are variable in terms of ad hoc changes. In this paper by using the verses and hadith and fiqh texts principals of money and banking and expressed the Islamic cause that transactions within the banking system should be designed.

**Keyword:** Liability, Islamic banking, Jurisprudence views, Irans rights perspective

---