

نشریه علمی- پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره اول، پاییز-زمستان ۱۳۸۹، صفحات ۲۳-۱

تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۰۸/۲۰

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۸۹/۱۲/۰۴

وضعیت شرط ضمان سرمایه در حقوق اسلام

علیرضا باریکلو^۱

چکیده

قرارداد سرمایه‌گذاری عقد جدیدی است که در زمان گذشته سابقه نداشته است. در قرارداد سرمایه‌گذاری، اعم از مستقیم و غیرمستقیم، سرمایه‌گذار بدون تضمینات کافی سرمایه خود را در اختیار سرمایه‌پذیر قرار نمی‌دهد، لذا شرط ضمان سرمایه در اغلب قراردادهای سرمایه‌گذاری درج می‌شود. بنابراین، این سؤال مطرح است که شرط ضمان سرمایه طبق قواعد حقوق اسلام چه حکم و وضعیتی دارد. هر شرطی از حیث حکم ممکن است مبطل عقد، باطل و یا نافذ باشد که به نظر می‌رسد شرط ضمان سرمایه با توجه به مفهوم عرفی آن نافذ است.

واژگان کلیدی: سرمایه، شرط ضمان، ممنوعیت تصرف، جبران خسارت، وضعیت حقوقی.

مقدمه

در جامعه امروزی سرمایه و سرمایه‌گذاری از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است، زیرا با روند توسعه زندگی شهرنشینی و تقسیم شدن افراد جامعه به دو گروه، اقلیت غنی و اکثریت فقیر، دولت‌ها ناچارند جهت ایجاد اشتغال برای افراد فقیر از سرمایه اغنیا، اعم از داخلی و خارجی، استفاده کنند. به همین جهت دولت ایران در سال ۱۳۸۱، علی‌رغم وجود سرمایه هنگفت داخلی، اقدام به تصویب قانون جذب سرمایه خارجی کرده و در راستای جذب بیشتر آن قدم برداشته است.

با وجود این، تعارض منافع سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر از یک جهت و نیاز سرمایه‌پذیر به سرمایه از جهت دیگر موجب شده است که سرمایه‌پذیر نتواند به راحتی جذب سرمایه کند، بلکه برای جذب آن ناچار است امتیازاتی را به سرمایه‌گذار واگذار کند تا او تشویق به سرمایه‌گذاری شود؛ زیرا هر چند سرمایه‌گذار نیز برای تأمین منافع خود نیازمند به محلی امن برای سرمایه‌گذاری است و رکود سرمایه و عدم استفاده از آن به سرمایه‌گذار زیان وارد می‌کند، اما وجود بازار رقابت در جذب سرمایه و نیز وجود سرمایه‌گذاری‌های غیرمفید و در عین حال دارای سود کلان برای سرمایه‌گذار، او را در موقعیت مناسب‌تری قرار داده و این موضوع موجب شده است که دولت‌ها با دخالت در امر سرمایه‌گذاری و هدایت آن به سرمایه‌گذاری مولد و مفید از طریق اعطای امتیازات ویژه به سرمایه‌گذار، او را تشویق به سرمایه‌گذاری در بخش مفید و مطلوب جامعه کنند که یکی از این مشوق‌ها ضمان سرمایه است که سرمایه‌پذیر برگشت سرمایه سرمایه‌گذار را تضمین می‌کند.

با توجه به اینکه صاحب نظران حقوق اسلامی درباره ماهیت سرمایه‌گذاری و حکم شرط ضمان آن اختلاف دارند و بسیاری شرط ضمان سرمایه در عقد مضاربه را موجب تبدیل ماهیت انشایی به عقد قرض دانسته‌اند، این سؤال مطرح است که آیا از دیدگاه قواعد حقوقی اسلام، ضمان سرمایه مشروع است و بر مبنای آن، در صورت تلف یا نقصان، سرمایه‌پذیر باید خسارت وارده را جبران کند و یا چنین شرطی نامشروع است و تعهدی برای سرمایه‌پذیر ایجاد نمی‌شود و در خطر بودن سرمایه شرط مشروعیت سود برای سرمایه‌دار می‌باشد و اگر

شرط ضمان سرمایه شود، سرمایه‌گذار نمی‌تواند از سود حاصله از سرمایه‌گذاری بهره‌مند گردد.

بنابراین، برای روشن شدن وضعیت شرط ضمان سرمایه در حقوق اسلام، لازم است ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری، وضعیت شرط ضمان سرمایه و نیز مفهوم ضمان سرمایه از دیدگاه صاحب نظران حقوق اسلامی مورد بررسی قرار گیرد تا وضعیت شرط و یا قرارداد ضمان سرمایه در قواعد حقوقی اسلام بررسی شود.

۱- مفهوم قرارداد سرمایه‌گذاری

قرارداد سرمایه‌گذاری عبارت از قراردادی است که یک طرف معامله در قبال طرف دیگر متعهد می‌شود که سرمایه خود را در موضوع مورد تقاضای او مورد بهره‌برداری مستقیم یا غیرمستقیم قرار دهد.

سرمایه در عرف تجاری به ثروت خالص یک واحد اقتصادی و یا یک شخص یا به کلیه سرمایه‌گذاری‌های نسبتاً دائمی که شخص از دارایی خود یا قرضه دراز مدت انجام داده، اطلاق می‌شود (مهدوی، ۱۳۸۰: ۴۱).

سرمایه از لحاظ ماهوی، همان‌گونه که از ماده ۱ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ برمی‌آید، به سه نوع فیزیکی، که شامل تجهیزات و ماشین‌آلات می‌شود و مالی که شامل اوراق بهادار و سهام است، و انسانی تقسیم می‌شود و از لحاظ منبع تأمین‌کننده نیز به سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی و از لحاظ روش اجرایی به دو نوع، مستقیم و غیرمستقیم قابل تقسیم است. در سرمایه‌گذاری مستقیم، مالک سرمایه، به تقاضای سرمایه‌پذیر خود عملیات سرمایه‌گذاری را انجام می‌دهد. این نوع سرمایه‌گذاری، همان‌گونه که از ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ ظاهر است، به دو نوع مستقل و مشترک انجام می‌شود. سرمایه‌گذاری مستقیم مستقل عبارت از سرمایه‌گذاری است که مالک سرمایه، تمام سرمایه را تأمین و منحصراً عملیات آن را انجام دهد. ولی سرمایه‌گذاری مستقیم مشترک عبارت از سرمایه‌گذاری است که سرمایه‌گذار و

سرمایه‌پذیر هر دو مشترکاً سرمایه مورد نیاز را تأمین و عملیات آن را انجام دهند. سرمایه‌گذاری غیرمستقیم عبارت از سرمایه‌گذاری است که سرمایه‌گذار، سرمایه خود را در اختیار سرمایه‌پذیر قرار دهد تا با انجام عملیات تولیدی یا بازرگانی در سود حاصله شریک باشد (همان: ۴۹-۴۸).

به هر حال در سرمایه‌گذاری، اعم از مستقیم یا غیرمستقیم، خصوصاً در سرمایه‌گذاری خارجی و غیرمستقیم، سرمایه‌گذار حاضر نیست، بدون تضمین کافی، سرمایه خود را در اختیار سرمایه‌پذیر قرار دهد و به همین علت شرط ضمان سرمایه در بازار سرمایه رایج شده است. بنابراین، با توجه به رایج شدن درج شرط ضمان در قرارداد سرمایه‌گذاری، قابل بررسی است که آیا بر مبنای قواعد حقوقی اسلام، شرط ضمان سرمایه مشروع است؟ برای بررسی مشروعیت شرط لازم است که ابتدا ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری غیرمستقیم بررسی شود، چون ماهیت عقد غالباً در حکم شرط مؤثر است.

۲- ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری غیرمستقیم

در مورد ماهیت سرمایه‌گذاری مستقیم که شرکت عنان فقهی مصداق بارز سرمایه‌گذاری مستقیم مشترک است، بین صاحب نظران حقوق اسلامی اختلافی نیست (ر.ک. علامه حلی، ۱۴۱۸: ج ۲، ۳۲۵؛ طباطبایی، ۱۴۲۰: ج ۹، ۵۷)، زیرا در این نوع سرمایه‌گذاری سرمایه در اختیار مالک است و به استناد قاعده سلطه، او می‌تواند در مال خود هرگونه تصرفی را انجام دهد اما در مورد سرمایه‌گذاری غیرمستقیم که سرمایه از تصرف مالک خارج و در اختیار سرمایه‌پذیر قرار می‌گیرد، چون هدف سرمایه‌گذار، علاوه بر حفظ سرمایه، کسب سود است، این سؤال مطرح شده است که آیا شرط ضمان سرمایه با اکتساب سود مشروع است یا در صورتی سود مشروع است که سرمایه‌پذیر ضامن سرمایه نباشد و نسبت به آن امین باشد، صاحب نظران حقوق اسلامی با توجه به تفسیری که از ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری داشته‌اند، در مورد آن اظهار نظر کرده‌اند که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱- عقد قرض

قرارداد سرمایه‌گذاری غیرمستقیم با شرط ضمان اصل سرمایه، به عقد قرض توصیف شده است، چون همان‌گونه که در عقد قرض، مقتضی ضمان است که مثل مال را به مقرض برگرداند، در قرارداد سرمایه‌گذاری نیز سرمایه‌پذیر باید مثل سرمایه را به مالک مسترد کند. در نتیجه، ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری غیرمستقیم مشروط به شرط ضمان همان عقد قرض است که تمام سود به ضامن متعلق است و مالک نمی‌تواند از سود ناشی از قرارداد بهره‌مند شود. به‌عنوان مثال بعضی رابطه بانک با مشتری سرمایه‌گذار را که نوعی سرمایه‌گذاری غیرمستقیم است، رابطه مقتضی و مقرض دانسته و معتقدند: سپرده سرمایه‌گذاری مانند حکم قرض دادن است و در صورتی که شرط سود شود حرام و ربوی است (مدنی تبریزی، ۱۴۱۶: ۹۰ و ۹۴؛ خوبی، ۱۴۱۲: ۴۰۰).

بر مبنای این نظریه شرط ضمان سرمایه‌پذیر نسبت به اصل سرمایه نافذ است؛ چون ماهیت انشایی با توجه به شرط ضمن آن، قرض محسوب می‌شود و سرمایه‌پذیر ضامن است زیرا اثر ذاتی و اقتضایی عقد قرض در این است که مقتضی ضمان مثل مال مورد قرض باشد.

این نظریه با قرارداد سرمایه‌گذاری از لحاظ موضوع عرفی مطابق نیست، زیرا از لحاظ عرف، که در باب معاملات موضوعات احکام شرع را تشخیص می‌دهد (شهیدی، ۱۳۷۹: ۳۰۵)، قرارداد سرمایه‌گذاری با قرض دو ماهیت متفاوت دارند، چون در قرارداد سرمایه‌گذاری، مالکیت مال در دارایی سرمایه‌گذار باقی و سرمایه‌پذیر در قبال او متعهد می‌شود که آن را در موضوعی که شرط شده یا متعارف است، جهت کسب سود مورد استفاده قرار دهد، در حالی که در عقد قرض، مقتضی مالک مال موضوع قرض می‌شود و می‌تواند به استناد حق مالکیت خود هر نوع تصرفی در آن انجام دهد و مقرض فقط حق مطالبه مثل آن را خواهد داشت. در قرارداد سرمایه‌گذاری، که مضاربه نمونه سنتی آن است، سرمایه‌دار مستحق دریافت سود حاصله از سرمایه‌گذاری است، زیرا سرمایه مصرف امور جاری نمی‌شود، بلکه

مالیت آن در قالب اموال دیگر حفظ می‌گردد، در حالی که در قرض ممکن است سودی حاصل نشود چون مقترض حق دارد آن را برای امور جاری و نیاز شخصی استفاده کند.

علاوه بر این، به استناد قاعده فقهی - حقوقی «العقود تابعه للقصد» هر عقدی زمانی منعقد و معتبر است، که قصد مشترک طرفین به انعقاد آن تعلق گرفته باشد و در صورتی که قصد طرفین و یا یکی از آنان به انشاء عقد خاصی تعلق نگرفته باشد، چنین عقدی باطل است. بنابراین، با توجه به اینکه قصد طرفین از قرارداد، انعقاد عقد قرض نیست، اقتضای قاعده تابعیت عقد از قصد، انعقاد عقد مقصود طرفین است نه عقد قرضی که طرفین آن را انشا نکرده‌اند. بله ممکن است ماهیت انشایی مقصود طرفین را شارع امضا نکند و آن را باطل اعلام کند، اما اعتبار ماهیتی که طرفین آن را قصد نکرده‌اند، مطابق با قواعد حقوقی و ماهیت عقد که ذاتاً تابع اراده است، معقول نیست و در نتیجه، این توصیف با ماهیت عرفی قرارداد سرمایه‌گذاری انطباق ندارد.

۲-۲- عقد وکالت

تحلیل دیگری از قرارداد سرمایه‌گذاری ارائه شده است که قرارداد سرمایه‌گذاری را نوعی عقد وکالت توصیف می‌کند و رابطه سرمایه‌گذار با سرمایه‌پذیر را رابطه موکل و وکیل به حساب می‌آورد. این نظریه عمدتاً در توجیه سپرده‌های سرمایه‌گذاری در بانک ارائه شده است و هدف اصلی آن را باید مشروعیت دادن به سود حاصله برای مالک و تمایز آن از ربا که حرام شرعی است، دانست. زیرا با انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری، مالکیت سرمایه به سرمایه‌پذیر منتقل نمی‌شود و به اقتضای قاعده سلطه، فقط مالک یا نماینده او حق تصرف در آن را دارد، در حالی که در سرمایه‌گذاری غیرمستقیم، مالک، متصرف در سرمایه‌گذاری نیست، تا سود ناشی از عملیات سرمایه‌گذاری از ربا متمایز شود، بلکه سرمایه‌پذیر در آن متصرف است و برای صحت تصرفات، ناگزیر متصرف باید وکیل مالک باشد (موسویان، ۱۳۸۱: ۳).

پس، با توصیف قرارداد سرمایه‌گذاری به عقد وکالت، از طرفی تصرف سرمایه‌پذیر در سرمایه مشروع می‌شود و از طرف دیگر، سود حاصله برای مالک، از بهره و ربا متمایز می‌گردد.

بیشتر طرفداران نظریه بانکداری اسلامی یا بانکداری بدون ربا و بهره، به این نظریه تکیه کرده‌اند تا رابطه بانک با سپرده گذار سرمایه را در قالب عقد وکالت بررسی کنند و سود پرداختی به مشتری را بر مبنای قاعده تابعیت منافع و سود از عین مال مشروع جلوه دهند، چون بر مبنای این نظریه متصرف وکیل مالک است و سود حاصله نیز بر مبنای قاعده تابعیت سود از عین متعلق به مالک است و وجهی برای حرمت سود پرداختی باقی نمی‌ماند (طنطاوی، ر.ک. الجمل^۱، ۲۰۰۳: ۱۲).

این نظریه نیز از دید عرف و قصد طرفین با قرارداد سرمایه‌گذاری غیرمستقیم منطبق نیست زیرا از دیدگاه عرفی رابطه سرمایه‌پذیر و سرمایه‌گذار رابطه وکیل و موکل نیست و سرمایه‌پذیر مستقلاً و به عنوان اصیل در سرمایه تصرف می‌کند. سرمایه‌گذار نمی‌تواند بر او نظارت کند، در حالی که در وکالت، وکیل از استقلال کامل برخوردار نیست و موکل می‌تواند بر اعمال او نظارت کند (سُفیا نظرز^۲، ۲۰۰۴: ۴). به عنوان مثال بانک سرمایه‌پذیر، قرارداد وام دیگری به اصالت با مشتری خواهان اعتبار و وام منعقد می‌کند و نرخ بهره و شرایط قراردادی او با قراردادی که با سرمایه‌گذار منعقد کرده، کاملاً متفاوت است و نمی‌توان گفت که بانک وکیل سپرده‌گذار در سرمایه‌گذاری است، بلکه اصیل با استقلال کامل در عملکرد خود است. علاوه بر این، بر مبنای قاعده تابعیت عقد از قصد نیز این توصیف مشکل است، زیرا روشن است که قصد طرفین به انعقاد عقد وکالت تعلق نگرفته است.

۲-۳- ودیعه مشروط

توصیف دیگر بر این مبتنی است که قرارداد سرمایه‌گذاری غیرمستقیم، عقد ودیعه مشروط به شرط انجام فعالیت سودآور توسط مستودع است. به این بیان که مالک با سپردن سرمایه به سرمایه‌پذیر قرارداد ودیعه منعقد کرده است، اما چون به اقتضای اصول مسلم حقوقی، مستودع تصرفی غیر از جهات حفاظتی در مال نمی‌تواند انجام دهد والا ضامن است، در

1- A.El-Gamal

2- Sophia Netzer

ضمن عقد شرط استفاده از سرمایه درج شده است. این نوع قرارداد نوعی مشارکت مالک در فعالیت اقتصادی بانکی است که به ناچار باید آن را این چنین فهمید^۱ (غنی، ۱۴۲۳: ۱۵۶).

بعضی دیگر قرارداد سرمایه‌گذاری غیرمستقیم را ودیعه مشروط به شرط نتیجه وکالت توصیف کرده و معتقدند که ودیعه‌ای است که مستودع وکیل مالک در به کار بردن و سرمایه‌گذاری آن می‌شود (تسخیری، ۱۳۸۰: ۱۵ به بعد).

این تحلیل تحت تأثیر نظریه یکی از صاحب نظران حقوق اسلامی (صدر، ۱۴۰۳: ۲۶ و ۳۲) ارائه شده که قصد داشت سپرده سرمایه‌گذاری در بانک‌ها را با اصول حقوق اسلامی منطبق کند زیرا در سپرده سرمایه‌گذاری بانکی، هر چند از این لحاظ که مالک، سرمایه خود را در اختیار بانک قرار می‌دهد سرمایه‌گذاری غیرمستقیم است، ولی از این لحاظ که بانک آن را مستقیماً به کار نمی‌برد، بلکه به مشتریان خود می‌دهد تا با آن تجارت کنند، با سایر قراردادهای سرمایه‌گذاری غیرمستقیم متفاوت است. جهت‌رهایی از شبهه ربوی بودن بهره‌های بانکی و نیز رفع تعارض قرارداد سرمایه‌گذاری غیرمستقیم با نصوص روایی^۲ از قبیل آنچه که از حضرت امیرالمؤمنین (ع) نقل شده است که فرمود کسی که تاجری را ضامن قرارداد دهد، او حقی بر تاجر ضامن غیر از سرمایه ندارد و چیزی از سود به او تعلق نمی‌گیرد (حر عاملی، ۱۳۷۵: ج ۱۳، ۱۸۶)، تلاش شده است سرمایه‌پذیر، وکیل سرمایه‌گذار و واسطه او با سرمایه‌پذیر اصلی محسوب شود تا شبهه ربوی بودن بهره، رفع و تعارض آن با نصوص روایی برطرف شود، زیرا در قراردادهای سرمایه‌گذاری غیرمستقیم دو موضوع برای سرمایه‌گذار اساسی است: نخست اینکه برگشت سرمایه او تضمین شود و بعد از اتمام فعالیت تجاری یا تولیدی تمام سرمایه به مالک برگردد. دوم اینکه از فعالیت سرمایه‌گذاری سود مورد نظر مالک برای او حاصل شود.

روایت مذکور ظاهر در این است که طبق اصول و قواعد حقوق اسلامی نمی‌توان دو شرط، یعنی شرط ضمان سرمایه و شرط سود برای مالک، را در یک عقد درج کرد، زیرا

۱- «فان الايداع المبنى على الفائدة هو في حقيقه نوع من المشاركه في الانشطه الاقتصاديه للبنك و لابد لنا من فهمه كذالك...».

۲- «من ضمن تاجراً فليس له الا رأس ماله و ليس له من الربح شيء».

صحت شرط ضمان سرمایه، مستلزم تعلق تمام سود به ضامن است و صحت شرط تعلق سود به مالک سرمایه، مستلزم امانی بودن تصرف سرمایه‌پذیر و عدم ضمان او نسبت به سرمایه است. به همین دلیل رابطه سرمایه‌پذیر با مشتری سپرده‌گذار مضاربه محسوب نمی‌شود، چون او در قبال مالک ضامن سرمایه است و شرط ضمان با شرط تعلق سود به مالک با هم سازگار نیست. لذا برای تطبیق رابطه طرفین سرمایه‌گذاری با قواعد حقوق اسلامی آن را ودیعه مشروط به وکالت و رابطه بانک با مشتری سرمایه‌پذیر را رابطه وکیل مالک با سرمایه‌پذیر و تاجر توصیف کرده‌اند.

این نظریه نیز با قرارداد سرمایه‌گذاری غیرمستقیم مطابق نیست زیرا در ودیعه، اعم از اینکه مشروط به شرط کسب سود یا شرط وکالت باشد، مستودع نمی‌تواند در آن تصرفی غیر از حفاظت کند، درحالی که در قرارداد سرمایه‌گذاری، سرمایه‌پذیر تمام سرمایه را مصرف می‌کند و در پایان مثل سرمایه همراه با سهم مالک از سود حاصله را به او برمی‌گرداند که مضاربه در فقه اسلامی نمونه بارز سرمایه‌گذاری غیرمستقیم است. بنابراین از لحاظ عرف که موضوعات احکام شرعی را تعیین می‌کند، قرارداد سرمایه‌گذاری، عقد ودیعه نیست.

علاوه بر این، قصد طرفین به انشاء ماهیت ودیعه و شرط وکالت تعلق نگرفته است زیرا در معاملات به وکالت، تمام حقوق تعهدات ناشی از آن برای موکل است و وکیل فقط استحقاق دریافت اجرت انعقاد قرارداد را دارد. در حالی که در معاملات بانکی در تمام دنیا، بانک به عنوان شخص حقوقی با مشتریان خود، اعم از سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر، رابطه حقوقی اصلاتی دارد. بنابراین، این وجه نیز با قواعد حقوق اسلام مطابق نیست.

۲-۴- قرارداد سرمایه‌گذاری

با توجه به اینکه رویه شارع در معاملات امضایی بوده و نیز توصیف معامله از عناوین موضوعی است که به تشخیص عرف محول می‌شود، انصافاً قرارداد سرمایه‌گذاری، هرچند ممکن است با بعضی از عقود احکام مشترکی داشته باشد، اما با هیچ کدام از عناوین عقود

سنتی زمان شارع انطباق ندارد و عرف عقلاء آن را قرارداد جدیدی می‌داند که در گذشته رایج نبوده است.

علاوه بر این، موضوع تمام قراردادهای سرمایه‌گذاری غیرمستقیم منحصر در انجام فعالیت بازرگانی نیست، که بتوان آن را با عقد مضاربه منطبق کرد، بلکه عملیات تولیدی و ایجاد زیربنای اقتصادی را نیز شامل می‌شود. همچنین با لحاظ اینکه قصد طرفین در قرارداد سرمایه‌گذاری انعقاد مضاربه که عقدی جایز است، نیست، بلکه تا حدودی رابطه آنان محکم‌تر از رابطه مضارب و عامل است، ظاهر این است که قرارداد سرمایه‌گذاری، ماهیت جدیدی است که با هیچ کدام از ماهیت‌های حقوقی زمان شارع منطبق نیست، ولو اینکه با برخی از آن شباهت‌هایی داشته باشد. به همین دلیل بعضی رابطه سپرده‌گذار سرمایه با بانک را مبتنی بر عقد ودیعه و قرض نمی‌دانند و معتقدند: قرض در موردی است که مقتضی محتاج باشد در حالی که سرمایه‌پذیر محتاج نیست. بنابراین، نمی‌توان رابطه سرمایه‌پذیر با سرمایه‌گذار را قرض دانست، چون سرمایه‌گذار، سرمایه خود را جهت کسب سود در اختیار سرمایه‌پذیر قرار داده است که این رابطه مبتنی بر سرمایه‌گذاری است (عبدا...النجار، ر.ک. الجمل، ۲۰۰۳: ۸).

در نتیجه، در توصیف قرارداد سرمایه‌گذاری لازم است با توجه به تفسیر عرف جامعه به تحلیل آن پرداخت و چون عرف جامعه مساعد تطبیق آن با یکی از عقود سنتی زمان شارع نیست، بلکه قراردادی است جدید و به استناد قاعده سلطه و شروط، اقتضای صحت آن موجود و مانعی برای نفوذ آن وجود ندارد.

۳- حکم شرط ضمان سرمایه

با توجه به پیدایش موضوع جدید عقد سرمایه‌گذاری بررسی این نکته لازم است که حقوقدانان و صاحب نظران حقوق اسلامی چه حکمی بر شرط ضمان سرمایه مترتب کرده‌اند. هر چند عنوان سرمایه‌گذاری به روش عرفی، موضوعی مستحدثه است، اما دانشمندان حقوق اسلامی در عقد مضاربه، موضوع را بررسی کرده و هر کدام بر طبق مستندات خود نظریاتی ابراز کرده‌اند که مورد بحث قرار می‌گیرد.

۳-۱- عامل تغییر ماهیت

بعضی شرط ضمان سرمایه را موجب تبدیل شدن ماهیت انشایی به عقد قرض می‌دانند و معتقدند که اگر بر تاجر یا سرمایه‌پذیر، شرط ضمان سرمایه شود، ماهیت انشایی، عقد قرض محسوب می‌شود و سرمایه‌پذیر ضامن است ولی تمام سود به او متعلق است و سرمایه‌گذار نمی‌تواند از سود آن بهره‌مند شود (طباطبایی، ج ۹، ۱۴۲۰: ۹۴-۳ / ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۱: ج ۲، ۵۹) مستند این نظریه حدیث منقولی از حضرت امیرالمؤمنین (ع) است که اگر کسی (سرمایه‌گذاری) بر تاجری (سرمایه‌پذیری) شرط ضمان سرمایه کند، سودی به او تعلق نمی‌گیرد و تمام سود به تاجر ضامن متعلق است (حر عاملی، ج ۱۳، ۱۳۷۵: ۱۸۶).

با این وجود، بعضی احتمال مناقشه در ظهور اطلاق روایت نسبت به مضاربه را موجه می‌دانند و معتقدند که اطلاق روایت شامل مضاربه و قرض می‌شود ولی این ظهور قابل مناقشه است و احتمال دارد مضاربه (سرمایه‌گذاری) را شامل نشود چون اولاً روایت دلالت می‌کند که تمام معامله از آن تاجر است و مالک از آن سودی نمی‌برد. ثانیاً بر طبق قاعده تابعیت عقد از قصد، قرارداد تابع قصد طرفین است. اگر طرفین قصد انشاء مضاربه یا مشارکت کنند، چگونه ماهیت انشایی به قرض تبدیل می‌شود، با وجود این که طرفین قصد انعقاد آن را نکرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۲۰: ج ۹، ۹۴). لذا بعضی احتمال حمل روایت بر موردی که مالک، مال را به تاجری بدون تعیین قرض یا مضاربه داده باشد، موجه دانسته‌اند و معتقدند که در این فرض از مشروعیت سود برای مالک سؤال شده است و امام اعلام کرده‌اند که اگر او را ضامن قرار دهد، سودی به مالک تعلق نمی‌گیرد (فهد حلی، ۱۴۱۲: ج ۲، ۵۶۱).

پس، روایت وارده هر چند از لحاظ سند، صحیحه است اما اطلاق ظهور آن با اصول و قواعد حقوقی اسلام سازگار نیست، زیرا عقد به حکم شارع منعقد نمی‌شود، بلکه به قصد طرفین منعقد می‌شود. به همین جهت هر ماهیت انشایی باید با توجه به قصد طرفین از انعقاد آن، شناسایی و توصیف شود (نراقی، ۱۳۷۵: ۱۵۹).

افزون بر این، بر فرض عدم مشروعیت شرط و بطلان عقد، اقتضای ادله این است که تمام معاملات تاجر، فضولی و غیرنافذ باشد و با تنفیذ مالک، تمام سود به او تعلق گیرد. بر فرض باطل بودن شرط نامشروع و عدم تأثیر آن بر عقد، اقتضای ادله این است که تاجر، ضامن سرمایه نباشد ولی سود حاصله را طرفین به نسبت تعیین شده شریک باشند. اطلاق ظهور این روایت با هیچ کدام از فروعی که اقتضای ادله است، مطابق نیست. در نتیجه شایسته است روایت مزبور حمل بر مواردی شود که مقصود طرفین از ماهیت انشایی مشخص نیست و به استناد شرط ضمان مندرج در ضمن آن، آثار عقد قرض بر آن مترتب شود.

۳-۲- مبطل عقد

بعضی دیگر شرط ضمان سرمایه را موجب بطلان قرارداد می‌دانند زیرا صحت شرط با صحت عقد منافات دارد چون از جهتی اقتضای ذات عقد در این است که سرمایه‌پذیر ضامن سرمایه نباشد. از جهت دیگر، اقتضای ذات شرط، بر فرض صحت، در این است که سرمایه‌پذیر ضامن باشد. در نتیجه، شرط موجب بطلان قرارداد می‌شود. این نظریه به مشهور فقهای امامیه نسبت داده شده است (آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۶: ج ۴: ۱۸).

ماده ۵۵۸ قانون مدنی نیز تحت تأثیر این نظریه مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود... عقد باطل است...» بعضی حکم این ماده را مبتنی بر شرط مخالف ذات عقد توجیه می‌کنند و معتقدند چون شرط خلاف مقتضای عقد است، موجب بطلان آن می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۹: ج ۲: ۳۳۱). این وجه مورد قبول سایر صاحب نظران قرار نگرفته است، زیرا معتقدند امانی بودن ید سرمایه‌پذیر و تاجر در مضاربه اقتضای اطلاق است، نه ذات قرارداد و شروط خلاف اطلاق عقد، موجب بطلان قرارداد نمی‌شود (آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۱۹: ج ۴: ۱۸ / عبده، ۱۳۸۰: ۲۶۳).

اصولاً ضمانی بودن یا امانی بودن تصرف در مال غیر، حکم شرعی تصرف در مال است و ربطی به اثرعقد از لحاظ ذاتی و اطلاقی ندارد، چون در حقوق اسلام مسلم است که حکم اولیه تصرف در مال دیگری، حرمت و ضمان متصرف است. این حکم در مواردی که شارع اجازه تصرف در مال را به نفع مالک داده است، مانند تصرف ولی قهری در مال مولی‌علیه،

تبدیل به امانی شده است که اصطلاحاً امان شرعی نامیده می‌شود. یا اگر مالک جهت منافع خود مال را به دیگری به عقدی از عقود واگذار کند و تصرف دیگری را در مال خود مجاز کند و شارع نیز این وضع را تنفیذ کند، امانت مالکی خوانده می‌شود (مدنی تبریزی، ۱۴۱۶: ۳۷۸).

بنابراین، با توجه به اینکه امانی یا ضمانی بودن تصرف، حکم شرعی است و موضوع بحث نیز امانت مالکی است، شارع در صورتی حکم به امان می‌کند که مالک متصرف را امین قرار دهد یا واگذارای او مطلق باشد. اما اگر مالک از ابتدا تصریح بر ضمان متصرف و او نیز آن را قبول کند، وجهی برای امان نیست تا شرط خلاف آن بررسی شود، چون اذن مالک به تصرف در مال، حرمت تکلیفی را به مباح تبدیل می‌کند ولی ضمان اولیه تصرف در مال غیر به اعتبار خود باقی است و ملازمه ای بین حلیت انجام کار و عدم ضمان وجود ندارد (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۸: ج ۲، ۵۱۴) که اشکال شود که از یک طرف تصرف سرمایه‌پذیر در سرمایه مشروع است و از طرف دیگر او ضامن سرمایه است.

بعضی دیگر بطلان عقد به سبب درج شرط ضمان سرمایه را مبتنی بر نمایندگی می‌دانند و می‌گویند: اقتضای نمایندگی و وکالت سرمایه‌پذیر از سرمایه‌گذار در این است که او ضامن نباشد، زیرا او به جانشینی از مالک در اموال تصرف می‌کند و تصرف او در حکم تصرفات مالک است و معقول نیست کسی نسبت به مال خود ضامن باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ج ۲، ۱۳۱).

این توجیه نیز با قواعد حقوقی سازگار نیست، زیرا اولاً رابطه سرمایه‌پذیر و سرمایه‌گذار تابع رابطه وکیل و موکل نیست (آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۶: ج ۴، ۱۲)، بلکه شراکت در فعالیت اقتصادی برای تحصیل سود است. ثانیاً وکیل، موکل نیست تا اشکال ضمان شخص در قبال خود مطرح شود، بلکه موکل اجرای حق و یا تعهد خود را به وکیل واگذار کرده است (امام خمینی، ۱۴۱۵: ج ۵، ۱۹۶). ثالثاً حکم امان و ضمان در باره تصرف در مال غیر است و اگر وکیل موکل محسوب شود، حکم به امان او نیز نامعقول است. پس، این نظریه نیز فاقد مستند قوی حقوقی و فقهی است و قابل اعتماد نیست.

۳-۳- بطلان شرط

بعضی شرط ضمان سرمایه را شرطی نامشروع و خلاف کتاب و سنت دانسته‌اند و معتقدند: مفهوم ضمان سرمایه، نقل ذمه و یا ضم ذمه عقدی نیست، بلکه مراد این است که در صورت تلف سرمایه، ذمه ضامن مشغول به مثل و یا قیمت آن شود و سبب شرعی این نوع ضمان، اتلاف و تسبیب است. سبب دیگری شرعاً وجود ندارد. پس، این شرط مخالف آن چیزی است که خداوند بر بندگان واجب کرده و باطل است (خویی، ج ۷، ۱۴۱۷: ۳۳۳).

این نظریه نیز با قواعد حقوقی مطابق نیست، زیرا اولاً اصل اولیه تصرف در مال دیگری، ضمان متصرف است و اصل اولیه امان یا عدم ضمان نیست که شرط ضمان خلاف آن چیزی محسوب گردد که خداوند بر بندگان واجب کرده است. در موضوع مورد بحث متصرف، مأذون در تصرف است و باید دید چنین تصرفی امانی و یا ضمانی است. اگر مالک اذن مقید به ضمان داده باشد، عموم حرمت تکلیفی لایحل برداشته می‌شود، ولی عموم حکم ضمان وضعی آن به قوت خود باقی است. در نتیجه، شرط خلاف کتاب و سنت محسوب نمی‌شود.

۳-۴- صحت شرط

نظریه دیگر معتقد به صحت شرط ضمان سرمایه است. در فقه امامیه بیشتر کسانی که به مفهوم عرفی شرط ضمان توجه کرده‌اند، از لحاظ شرعی مانعی برای نفوذ آن نیافته‌اند و ناگزیر با وجود این که از نظر مشهور نیز حمایت کرده‌اند، شرط ضمان سرمایه به مفهوم عرفی را هم به استناد قاعده شروط صحیح دانسته‌اند (موسوی بجنوردی، ج ۳، ۱۴۲۶: ۲۴۴)، زیرا مفهوم عرفی شرط ضمان سرمایه عبارت از تعهد سرمایه‌پذیر به جبران کردن خسارت وارده بر سرمایه در قبال مالک است. چنین شرطی با ادله شرعی در تعارض نیست چون این تعهد نوعی شرط فعل مباح است و به استناد قاعده شروط و قاعده سلطه نافذ است. بنابراین، به نظر می‌رسد اختلاف صاحب نظران در حکم شرط ضمان سرمایه ناشی از اختلاف آنان در مفهوم شرط ضمان است که لازم است مقصود طرفین و عرف از مفهوم شرط مشخص شود.

۴- مفهوم ضمان سرمایه

به نظر می‌رسد اختلاف فقهی موجود در باره حکم و وضعیت شرط ضمان سرمایه ناشی از اختلاف صاحب نظران در باره مفهوم آن است و برای روش شدن حکم آن لازم است، معنا و مفهوم عرفی آن روشن شود. در فقه، در باره مفهوم ضمان سرمایه چندین احتمال مطرح شده است و در ماده ۵۵۸ قانون مدنی نیز که از فقه اقتباس شده است، سه مفهوم از ضمان سرمایه تصور شده است. بنابراین لازم است، مراد و مفهوم عرفی ضمان سرمایه معلوم شود تا حکم و وضعیت حقوقی آن نیز روشن گردد.

۴-۱- ضمان تصرف در سرمایه

یکی از معانی احتمالی شرط ضمان سرمایه در فقه، مفهوم ضمان عقدی است. ضمان به مفهوم عقدی یا ناشی از عقد ضمان در فقه امامیه عبارت از به عهده گرفتن مالی است که بر ذمه دیگری باشد. با انعقاد عقد ضمان و یا درج شرط ضمان در ضمن عقد، مضمون به از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود. به همین دلیل بعضی برای توجیه ضمان سرمایه پذیر نسبت به سرمایه و انطباق آن با قواعد حقوقی احتمال داده‌اند که شاید مراد از شرط ضمان این است که متصرف قیمت مال را بر عهده گیرد (امام خمینی، ۱۴۱۵، ج ۵: ۱۹۱)، زیرا سرمایه که عین خارجی منقول نیست تا بر ذمه قرار گیرد. بعضی دیگر در مخالفت با این معنا از شرط ضمان سرمایه تصریح کرده‌اند که مراد از ضمان سرمایه نقل مضمون به، به ذمه ضامن نیست (خویی، ۱۴۱۷، ج ۷: ۳۳۳)، چون در ضمان عقدی، مضمون به، دین بر ذمه مدیون است و با انعقاد عقد ضمان و یا شرط ضمان به ذمه ضامن منتقل می‌شود. در حالی که رابطه سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر، رابطه طلبکار و بدهکار نیست و سرمایه نیز دین بر ذمه شخص تلقی نمی‌شود. بنابراین، به طور قطع مراد عرفی از شرط ضمان سرمایه، ضمان ناشی از عقد ضمان نیست.

احتمال دیگری که در باره شرط ضمان سرمایه‌پذیر نسبت به سرمایه می‌توان تصور کرد، ضمان ناشی از قاعده ید است که به موجب آن تصرف ضامن در مضمون به از لحاظ حکمی حرام خواهد بود و او از لحاظ وضعی ضامن است تا آن را به مالک برساند. کسانی

که شرط را خلاف مقتضای عقد محسوب کرده‌اند، این معنا از شرط را در نظر داشته‌اند، زیرا امانی بودن تصرف، مثلاً تاجر در مضاربه راه اقتضای ذات عقد معرفی کرده‌اند و واضح است که در مقابل تصرف امانی در فقه، تصرف ضمانی قرار دارد. این معنا از ضمان نیز همان‌گونه که بعضی بر آن تصریح کرده‌اند (صدر، ۱۴۰۳: ۱۹۴)، نمی‌تواند منظور از شرط ضمان سرمایه باشد زیرا مالک با اذن و میل خود مال را در اختیار سرمایه‌پذیر قرار می‌دهد.

در نتیجه، مفهوم عرفی ضمان سرمایه در سرمایه‌گذاری غیرمستقیم که موضوع بحث است، مفهوم استنباطی از قاعده علی‌الید را شامل نمی‌شود، ولی در سرمایه‌گذاری مستقیم، یعنی در مواردی که سرمایه در اختیار مالک است، مفهوم عرفی ضمان سرمایه عبارت از تعهد ضامن به عدم تصرفات در سرمایه و عدم مزاحمت نسبت به سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذار است که تا حدودی مفهوم آن با مفهوم استنباطی از قاعده علی‌الید نزدیک است زیرا در این نوع شرط، ضامن متعهد می‌شود در سرمایه تصرف نکند و مزاحمتی برای سرمایه‌گذار نداشته باشد. هر چند از لحاظ مبنا، قاعده علی‌الید حکم‌شرعی است و شرط ضمان ناشی از اراده و توافق ضامن با مضمون‌له است، اما هر دو دارای مفهومی مشابه و اثری مشترک از حیث وضعی نسبت به مال‌اند. شرط ضمان سرمایه در سرمایه‌گذاری مستقیم ممکن است مطلق و یا مشروط باشد: شرط ضمان مطلق عبارت از شرطی است که ضامن تعهد می‌کند در هیچ شرایطی به سرمایه مالک متعرض نشود. شرط ضمان مشروط عبارت از شرطی است که ضامن متعهد می‌شود در صورت تعرض به سرمایه سرمایه‌گذار خسارت وارده به او را عادلانه و بر مبنای انصاف جبران و پرداخت کند. همان‌گونه که در مواد ۸ و ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ مقرر شده است^۱ دولت مانع عملیات سرمایه‌گذار نمی‌شود و در صورتی که منافع ملی اقتضای دخالت کند، دولت خسارت وارده را جبران می‌کند.

۱- ماده ۸- سرمایه‌گذاری‌های خارجی مشمول این قانون از کلیه حقوق، حمایت‌ها و تسهیلاتی که برای سرمایه‌گذارهای داخلی موجود است بطور یکسان برخوردار می‌باشند. ماده ۹- سرمایه‌گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی، به موجب فرآیند قانونی، به روش غیر تبعیض‌آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی سرمایه‌گذاری بلافاصله پس از سلب مالکیت.

این نوع شرط ضمان که اصولاً در رابطه با دولت‌ها و شرکت‌های سرمایه‌گذار خارجی درج می‌شود، نه تنها مغایرتی با قواعد حقوقی اسلام ندارد، بلکه با عموم قاعده لایحل، که تصرفات در مال غیر را جایز نمی‌داند، نیز مطابقت دارد. پس، شرط ضمان سرمایه اگر در قرارداد سرمایه‌گذاری غیرمستقیم درج شود، مفهوم استنباطی از قاعده علی‌الید را نخواهد داشت اما چنانکه در قرارداد سرمایه‌گذاری مستقیم درج شود، مفهومی مشابه و نزدیک به آن را نسبت به سرمایه خواهد داشت که با قواعد حقوق اسلام در تعارض نیست، بلکه با آن مطابقت دارد.

۴-۲- عدم ورود خسارت به مالک

معنای دیگری که از شرط ضمان سرمایه استفاده شده است، عدم ورود خسارت ناشی از تلف یا نقصان سرمایه بر مالک و ورود آن بر ضامن است. در ماده ۵۵۸ قانون مدنی به این مفهوم تصریح شده و در فقه هم مورد استناد قرار گرفته است. در این ماده مقرر شده است: «... ویا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است...» در نظریات فقهی نیز بعضی این مفهوم را غیرمعقول می‌دانند و بر این باوراند که شرط ضمان سرمایه به منزله این است که تلف مال از ملک و دارایی دیگری باشد و این معقول نیست (مقدس اردبیلی، ۱۴۲۱: ج ۱۰، ۲۰۰) بعضی دیگر معتقدند که در معاملات مالی خسارت وارده بر مال از مالک آن است و شرط ورود خسارت بر غیرمالک خلاف کتاب و سنت است (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۶: ج ۳، ۲۷۲).

اصولاً ظاهر عبارت و الفاظ تابع دیدگاه عرف است و این مفهوم و معنا از شرط ضمان مورد نظر عرف و مقصود طرفین معامله نیست (باریکلو، ۱۳۸۸: ۶۰) و چنین شرطی از لحاظ قواعد حقوقی نیز صحیح نیست زیرا اقتضای قاعده عقلی در این است که مال در ملک هر کسی است، نقصان و خسارت ناشی از تلف آن هم بر آن دارایی وارد شود. محال است، مالی که در دارایی سرمایه‌گذار است از دارایی و ملک سرمایه‌پذیر تلف شود. در نتیجه، این مفهوم از ضمان سرمایه مورد نظر عرف نیست و در صورت مراد بودن آن، از لحاظ قواعد حقوقی

صحیح نخواهد بود، زیرا شرطی غیرمعقول و غیرمقدور است، در حالی که یکی از شرایط صحت شرط، مقدور و معقول بودن است (انصاری، ۱۴۲۷: ج ۶، ۱۷).

۴-۳- تملیک مجانی معادل خسارت وارده

یکی دیگر از معانی که برای شرط ضمان سرمایه ابراز شده است، تملیک مجانی معادل خسارت وارده به مالک از طرف ضامن سرمایه است. این نظریه بر این توجیه مبتنی است که خسارت اگر از طرف سرمایه‌پذیر بر مال وارد شود، او به استناد قاعده اتلاف یا تسبیب، ضامن جبران آن است و نیازی به شرط ضمان نیست. در نتیجه، شرط ضمان سرمایه، خسارت وارده از طرف ضامن را شامل نمی‌شود، چون به مقتضای قواعد او مسئول جبران آن است. پس، شرط ضمان از لحاظ موضوع، شامل خسارتی می‌شود که از ناحیه حوادث قهری و یا ثالث بر سرمایه وارد شود. با توجه به اینکه سرمایه‌پذیر نسبت به چنین خسارتی هیچ مسئولیتی ندارد، نمی‌توان او را وادار به جبران آن کرد. اما اگر او از اموال خود به مقدار معادل خسارت وارده بر سرمایه را به سرمایه‌گذار مجاناً تملیک کند، مانعی از لحاظ قواعد حقوقی برای صحت آن وجود ندارد و شرط نافذ است. به همین جهت بعضی از عبارت طیب النفس در تملیک استفاده کرده‌اند (ایزدی‌فرد، ۱۳۷۹: ۱۰۴) این معنا از شرط ضمان سرمایه در قسمت آخر ماده ۵۸۸ نافذ تلقی شده و مقرر شده است: «... مگر اینکه به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند».

بعضی این مفهوم از شرط ضمان را حيله قانونی برای فرار از عدم صحت شرط ضمان سرمایه تلقی کرده‌اند (امامی، ۱۳۸۰: ج ۲، ۱۷۸). اما این مفهوم نیز نمی‌تواند با مفهوم عرفی شرط ضمان سرمایه سازگار باشد زیرا اولاً قرارداد سرمایه‌گذاری عرفاً قرارداد معوض تعابنی است و رابطه طرفین بر مبنای کسب منفعت بیشتر و اعطاء کمتر آن استوار است. پس، رابطه تملیک مجانی نیست که بتوان بر مبنای آن شرط را صحیح دانست. ثانیاً انجام شرط بر مشروط علیه لازم است و در صورت عدم انجام، اجبار می‌شود، در حالی که شرط تملیک مجانی برای تملیک‌کننده، لازم الوفاء نیست، بلکه مشروط له، در صورت عدم تملیک

ضامن، حق فسخ معامله اصلی را خواهد داشت. در نتیجه، این مفهوم راه‌حلی است که شرط را با قواعد حقوقی تطبیق کند، و با مفهوم شرط ضمان عرفی مطابق نیست.

د - تعهد ضامن به جبران خسارت احتمالی

معنای دیگر شرط ضمان سرمایه که مورد نظر عرف نیز است، تعهد سرمایه‌پذیر به جبران کردن خسارت احتمالی وارده به سرمایه‌گذار است. با توجه به این که سرمایه‌گذار معاصر حاضر نیست، بدون تضمینات کافی، سرمایه خود را در اختیار دیگری قرار دهد همچنین، از لحاظ بازار سرمایه نیز، درج این شرط در عقد، عقلایی و دادن سرمایه به دیگری بدون تضمینات کافی، نوعی سفاهت محسوب می‌شود، زیرا در گذشته صاحبان سرمایه بر درستی و نیکوکاری و خصوصیات شخصی سرمایه‌پذیر اعتماد می‌کردند و از لحاظ عرفی ضمان برگشت سرمایه، خصوصیات اخلاقی و صداقت و وجدان آگاه شخص سرمایه‌پذیر بوده است اما در جامعه معاصر ورود شرکت‌های بزرگ مالی در بازار جذب سرمایه که ضمانت‌های زمان گذشته در مورد آنان موضوعاً منتفی است از یک سو، و گسترش زندگی شهرنشینی و عدم شناخت و اعتماد اشخاص نسبت به همدیگر و منفعت طلبی بیش از حد سرمایه‌داری حاکم بر جوامع حتی جوامع اسلامی از سوی دیگر، موجب انعقاد و ظهور عرفی شده است که واگذاری سرمایه بدون تضمینات مالی معتبر به دیگری نوعی سفاهت تلقی شود و طبق قواعد حقوقی معاملات سفاهتی غیرنافذ است. بنابراین، از لحاظ عرف سرمایه‌گذاری درج چنین شرطی در قرارداد معقول و متعارف است.

به همین دلیل صاحب نظرانی که وضعیت شرط را با توجه به مفهوم عرفی مورد بررسی قرار داده‌اند، معتقد به صحت شرط ضمان سرمایه شده‌اند (صدر، ۱۴۰۳: ۱۹۲ / موسوی بجنوردی، ۱۴۲۶: ج ۳، ۲۷۳). زیرا این مفهوم از شرط عقلایی است و نه تنها دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد، بلکه اقتضای قواعد حقوقی مانند قاعده شروط و قاعده سلطه صحت آن است، زیرا به مقتضای قاعده شروط سرمایه‌گذار شرط ضمان و تعهد سرمایه‌پذیر را نسبت به جبران خسارت احتمالی وارده به سرمایه کرده و او نیز آن را پذیرفته است. چنین شرطی نه حرامی را حلال و نه حلالی را حرام می‌کند، بنابراین نافذ است. بر مبنای قاعده

سلطه نیز مالک سرمایه خود را مطلق در اختیار سرمایه‌پذیر قرار نداده است، بلکه آن را مقید به ضمان و تعهد او به جبران خسارت احتمالی کرده است و قاعده سلطه اقتضا دارد که به نحوه واگذاری مالک توجه شود (حسینی‌مراغه‌ای، ۱۴۱۸: ج ۲، ۵۱۴). همان‌گونه که با تنقیح مناط از ادله ضمان مستعیر در عاریه طلا و نقر، شرط ضمان او نسبت به سایر موارد صحیح و مستعیر ضامن جبران خسارت وارده بر مال مورد عاریه محسوب شده است (طباطبایی، ج ۹، ۱۴۲۰: ۱۸۰). پس، اقتضای ادله صحت شرط و مانعی برای آن وجود ندارد.

باید توجه کرد که تعهد سرمایه‌پذیر به جبران خسارت وارده، تملیک مجانی نیست، بلکه وظیفه قراردادی او است، زیرا در صورت عدم متعهد شدن او به جبران خسارت احتمالی، سرمایه‌گذار سرمایه را در اختیار او قرار نمی‌داد و آن را به دیگری واگذار می‌کرد، مانند شرط انجام عملی در ضمن بیع مثلاً اگر بایع خانه خود را به ده میلیون تومان به مشتری بفروشد و در ضمن عقد شرط شود که مشتری به مدت یک ماه برای بایع نقاشی ساختمان کند. این شرط، یک شرط اجاره مجانی و یا خدمت مجانی حساب نمی‌شود، بلکه شرط نیز در عقود معوض و تغابنی جزء موضوع است و به همین دلیل مطابق ماده ۴۱۹ ق.م. در ارزیابی و تعیین غبن، شرایط ضمن عقد نیز باید در نظر گرفته شود و نیز طبق ماده ۲۴۶ ق.م. اگر معامله بعد از عمل به شرط، فسخ یا اقاله شود، مشروط‌علیه مستحق مطالبه عوض آن از مشروط له خواهد بود. همچنین در صورت تخلف مشروط‌علیه برای مشروط له حق اجبار و خیار پیش‌بینی شده است (انصاری، ۱۴۲۷: ج ۶، ۷۰ / موسوی بجنوردی، ۱۴۲۶: ج ۳، ۳۰۲). بنابراین، اگر رایج است که در مقابل شرط، عوضی قرار داده نمی‌شود، به معنای مجانی بودن آن نیست، بلکه به این معنا است که عوض مستقل برای آن معین نمی‌شود اما در تعیین عوض یا معوض قراردادی به شرط نیز توجه شده است.

هر چند بعضی احتمال بطلان شرط را به دلیل مجهول بودن میزان تعهدات ضامن طرح کرده اند (فخار، ۱۳۷۹: ۲۶)، اما با توجه به اینکه، اولاً معلوم بودن مقدار مشروط به، شرط صحت آن نیست و ثانیاً در این مورد مقدار سرمایه معلوم است و خسارت وارده هم به تبع سرمایه قابل تعیین است زیرا خسارت وارده بر مال غالباً بیشتر از اصل مال نمی‌تواند باشد، در نتیجه، این احتمال قابل توجه نیست.

در نتیجه، شرط ضمان سرمایه، عبارت از تعهد قراردادی سرمایه‌پذیر به جبران کردن خسارت احتمالی وارده به سرمایه‌ای است که جهت سرمایه‌گذاری در اختیار او قرار گرفته است و چنین شرطی نه تنها مخالف قواعد حقوقی نیست بلکه با توجه به عرف حاکم بر روابط افراد کاملاً ضروری است و مطابق با قواعد حقوقی تلقی می‌شود.

نتیجه

هر چند وضعیت شرط ضمان سرمایه در بین صاحب نظران حقوق اسلامی، اختلافی است اما به نظر می‌رسد، برای تحلیل صحیح آن لازم است، چند موضوع به عنوان مقدمه بررسی شود. نخست توصیف قرارداد سرمایه‌گذاری است زیرا در حقوق اسلام، عقود مانند عقد قرض وجود دارد که در ضمن آن امکان درج شرط ضمان سرمایه و شرط تعلق سود به مالک وجود ندارد. بنابراین، لازم است از این حیث و نیز از جهت سازگاری شرط ضمان با عقدی که شرط در ضمن آن درج می‌شود، ماهیت عقد روشن شود در این جستار ثابت شد که قرارداد سرمایه‌گذاری هر چند ممکن است با بعضی از عقود سنتی تشابهی داشته باشد ولی با هیچ کدام کاملاً منطبق نیست و قرارداد جدیدی محسوب می‌شود که در گذشته سابقه نداشته است.

دومین موضوعی که لازم است در بررسی شرط ضمان مورد توجه قرار گیرد، مفهوم ضمان سرمایه است زیرا ضمان در حقوق اسلام به معانی متعددی استعمال شده است. ضمان به معنای حرمت تصرف در مال مضمون به و لزوم رد آن به مالک به کار رفته است که اصطلاحاً ضمان قهری نامیده می‌شود. ضمان به معنای به ذمه گرفتن مال کلی به کار رفته است که اصطلاحاً ضمان عقدی نامیده می‌شود. ضمان ناشی از شرط به هیچ کدام از این معانی نیست، بلکه عبارت از تعهدکردن سرمایه‌پذیر به جبران خسارت احتمالی واده بر سرمایه است. این مفهوم از ضمان، شرط فعلی است که سرمایه‌پذیر ملتزم می‌شود که اگر سرمایه تلف شد، خسارت وارده بر مالک را جبران کند که به استناد قاعده شروط نافذ است زیرا به استناد این قاعده، اصل، صحت هر توافق و شرطی است که در ضمن عقد درج می‌شود مگر اینکه دلیلی بر ممنوعیت آن اقامه شود.

منابع

- ۱- ابن فهد حلی، جمال‌الدین احمد بن محمد (۱۴۱۱ هـ.ق.)، *مهذب البارع*، الطبعة الاولى، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
- ۲- اراکی، شیخ محمدعلی (۱۴۱۵)، *کتاب البیع*، الطبعة الاولى، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
- ۳- آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۴۲۶ هـ.ق.)، *تحریر المجله*، طبعه الاولى، المجمع العالمی للتقريب المذاهب السلامیه، قم.
- ۴- امامی، سیدحسین (۱۳۸۰)، *حقوق مدنی*، ج ۲، چاپ پانزدهم، انتشارات اسلامیه، تهران.
- ۵- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۷ هـ.ق.)، *کتاب المكاسب*، مجمع الفکر الاسلامی، قم.
- ۶- ایزدی فرد، علی‌اکبر (۱۳۷۹)، *بررسی موضوع بهره در مضاربه بانکی*، مقالات و بررسی‌ها، ش ۶۸.
- ۷- باریکلو، علی‌رضا (۱۳۸۸)، *عقود معین ۲*، چاپ اول، تهران، مجد.
- ۸- تسخیری، محمدعلی (۱۳۸۰)، *سپرده‌های بانکی، «تطبیق فقهی و احکام آن» فقه اهل بیت*، ش ۲۵.
- ۹- حرالعالمی، شیخ محمدابن الحسن (۱۳۷۵)، *وسائل الشیعه*، انتشارات اسلامیه، تهران.
- ۱۰- حسینی، میرعبدالفتاح، (۱۴۱۸ هـ.ق.)، *العناوین*، ج ۲، ج اول، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
- ۱۱- حلی، ابن ادريس (۱۴۱۱ هـ.ق.)، *سرایر*، ج اول، مؤسسه النشر اسلامی، قم.
- ۱۲- حلی، علامه (۱۴۱۹ هـ.ق.)، *قواعد الاحکام*، الطبعة الاولى، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
- ۱۳- شهیدی، دکتر مهدی (۱۳۷۹)، *اصول قراردادهای و تعهدات*، ج اول، عصر حقوق، تهران.
- ۱۴- صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۰۳ هـ.ق.)، *البنک اللاربوی فی الاسلام*، الطبعة الثامنہ، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت.
- ۱۵- طباطبائی، سیدعلی (۱۴۲۰ هـ.ق.)، *ریاض المسائل*، الطبعة الاولى، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.

- ۱۶- عبده بروجردی، محمد (۱۳۸۰)، *حقوق مدنی*، چ اول، انتشارات طه، قزوین.
- ۱۷- غنی، موسی (۱۴۲۳هـ.ق)، *ماوراء الفقه، قراءه فی الاصول المعرفه لتمايز الربا و الفائدة البنکیه*، فقه اهل البيت، ش ۲۷.
- ۱۸- فخار، دکتر محمدجواد (۱۳۷۹)، *نقد و تحلیل ماده ۵۵۸*، نامه مفید، ش ۱۴، قم.
- ۱۹- کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۷۴)، *عقود معین (۲)*، چ ششم، گنج دانش، تهران.
- ۲۰- مدنی تبریزی، سیدیوسف (۱۴۱۶هـ.ق)، *المسائل المستحدثه*، چ چهارم، انتشارات دهقانی، قم.
- ۲۱- مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۲۱)، *مجمع الفائدة و البرهان*، چ سوم، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
- ۲۲- موسویان، سیدعباس (۱۳۸۱)، *تحلیل فقهی سپرده‌های با سود ثابت*، پگاه حوزه، ش ۷۹.
- ۲۳- موسوی خمینی، روح... (۱۴۱۵هـ.ق)، *کتاب البیع*، چ پنجم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۲۴- موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۷هـ.ق)، *مصباح الفقاهه*، مؤسسه انصاریان، قم.
- ۲۵- ----- (۱۴۱۲هـ.ق)، *المسائل المنتخبه*، الطبعه الاولى، دارالبلاغه، بیروت.
- ۲۶- موسوی بجنوردی، سیدمحمدحسن (۱۴۲۶هـ.ق)، *قواعد الفقهيہ*، الطبعه الثانیه، دلیل ما، قم.
- ۲۷- مهدوی، ابوالقاسم (۱۳۸۰)، *رشد اقتصادی و سرمایه‌گذاری*، چ اول، انتشارات جنگل، تهران.
- ۲۸- نراقی، ملا احمد (۱۳۷۵)، *عوائد الایام*، الطبعه الاولى، مرکز نشر، قم.
- 29- Mahmoud A.El Gamal (2003), *The Recent Azhar Fatwa: Its Logic, and Historical Background*, Rice University.
- 30- Mahmoud A.El-Gamal, "Interest" and the Paradox of Contemporary Islamic Law and Finance, Available at: <http://www.ruf.rice.edu/>.
- 31- Miriam Sophia Netzer (2004), *Riba in Islamic Jurisprudence*, available at <http://Fletchr.tufts.edu>.