

The Capital Guarantee Challenge in Islamic Banking; Jurisprudential Considerations, Root Finding and Solution

Seyyed Amrollah Hosseini*

Received: 04/12/2019

Accepted: 26/04/2020

Abstract

The allocation of resources in banks is sometimes done through partnership agreements, in which the bank, as the owner or partner of the investor, must take on the risks of economic activity. On the other hand, the bank faces the risk of default and delay in the return of facilities at the due dates, so in order to guarantee capital and peace of mind regarding the return of resources at the due dates, the contract provides the facility with the condition of operating guarantee. For reasons such as opposition to the requirements of the contract and opposition to the Shari'a, it is void. The present study, with a descriptive and analytical method, has explored the jurisprudential challenge of capital guarantee in the banking system and while examining the roots, has examined alternative solutions. According to the author, the current approach to securing capital in the banking system is facing a serious jurisprudential challenge, and efforts to overcome this jurisprudential dilemma have not been successful and in practice have not been effective and have not prevented the increase in noncurrent receivables. The root of the argument is the lack of accreditation and supervision in the process of providing facilities, which is in fact a kind of expertise in recognizing trust in partnership and trust contracts, and among the solutions, facility insurance at the expense of the bank is less challenging than other solutions.

Keywords:

Islamic Banking, Usury, Capital Guarantee, Trust Contracts, Partnership Contracts.

* Assistant Professor of Islamic Jurisprudence and Law, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran.

s.a.hosseini@isr.ikiu.ac.ir

چالش تضمین سرمایه در بانکداری اسلامی ملاحظات فقهی، ریشه‌یابی و راه‌حل

سید امرالله حسینی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۹/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۰۷

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

تخصیص منابع در بانک‌ها گاه از طریق قراردادهای مشارکتی صورت می‌گیرد که قاعداً بانک به‌عنوان صاحب و یا شریک سرمایه‌گذار باید مخاطره‌های فعالیت اقتصادی را بر عهده بگیرد. از طرفی بانک با ریسک نکول و تأخیر در بازگشت تسهیلات در سررسیدهای مقرر مواجه است، لذا جهت تضمین سرمایه و آرامش خاطر نسبت به بازگشت منابع در سررسیدهای مقرر، قرارداد اعطای تسهیلات را با شرط ضمان عامل قرین می‌سازد که این شرط از نظر مشهور فقها به دلایلی چون مخالفت با مقتضای عقد و مخالفت با شرع باطل است. پژوهش حاضر با روش توصیفی و تحلیلی، چالش فقهی تضمین سرمایه در نظام بانکی را مورد کاوش قرار داده و ضمن ریشه‌یابی به بررسی راهکارهای جایگزین پرداخته است. از نظر نویسنده رویکرد فعلی تضمین سرمایه در نظام بانکی با چالش فقهی جدی روبروست و کوشش‌ها برای خروج از این معضل فقهی موفق نبوده است و در عمل نیز کارایی نداشته و مانع افزایش حجم مطالبات غیر جاری نشده است. ریشه بحث در نقص اعتبارسنجی و نظارت در روند ارائه تسهیلات است که در واقع نوعی تخصص در شناخت امین در قراردادهای مشارکتی و امانی است و در میان راهکارها نیز بیمه تسهیلات به هزینه بانک، نسبت به راهکارهای دیگر با چالش کمتری مواجه است.

واژگان کلیدی

بانکداری اسلامی؛ ربا؛ تضمین سرمایه؛ عقود امانی؛ عقود مشارکتی.

* استادیار، فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران

مقدمه

محور اساسی فعالیت‌های بانکداری متعارف قرض با بهره است که در آن اصل سرمایه و بهره آن از ابتدا مشخص و تضمین شده است (موسویان، ۱۳۹۳، ص. ۵) و از دیدگاه اسلام این امر محقق عنوان ربای محرم است؛ لذا بانکداری اسلامی که می‌کوشد روابط و مناسبات خود را با شریعت اسلامی سازگار سازد (موسویان، ۱۳۹۳، ۳۱)، از این نظر با چالش روبروست. بانک در جایگاه صاحب یا شریک سرمایه گذار باید پیامدها و مخاطره‌های سرمایه گذاری را به عهده بگیرد (موسویان، ۱۳۹۳، ص. ۱۸۸)، از طرفی با چالش تأخیر در بازگشت تسهیلات در سررسیدهای مقرر مواجه است؛ لذا بانک‌ها جهت تضمین سرمایه و بازگشت منابع در سررسیدهای مقرر قرارداد اعطای تسهیلات را با شرط ضمان و احیاناً وجه التزام قرین می‌سازند، ولی هردو روش با چالش‌های فقهی متعددی روبروست، ضمن اینکه در عمل نیز کارآمد نبوده و هر سال بر حجم مطالبات غیر جاری افزوده شده است. در مورد حل چالش‌های وجه التزام و جریمه تأخیر تأدیه پژوهش‌های متعددی -از جمله توسط راقم این سطور- صورت گرفته و راه حل‌هایی پیشنهاد شده است اما در مورد شرط تضمین در نظام بانکی بازگشت بحث به شرط ضمان امین است به این بیان که در عقود امانی -مانند ودیعه، عاریه، اجاره، شرکت، رهن، مضاربه، مزارعه، مساقات و...- ید گیرنده امانی است یعنی در صورت نقصان یا تلف شدن مال تحت تصرف او ضامن نیست مگر به تعدی و تفریط. شرط ضمان نوعی تأمین و آرامش خاطر برای صاحب سرمایه حاصل می‌کند که با رضایت و رغبت بیشتری مال خود را تحت اختیار دیگری قرار دهد ولی این شرط باطل و غیرمنصفانه به نظر می‌رسد زیرا در عقود مشارکتی قاعده این است که طرفین در سود و زیان شریک باشند و به نوعی ریسک متعارف تن بدهند و در عقود مبادله‌ای هم اصل بر مغاینه است. شرط ضمان امین یعنی صاحب سرمایه -که بانک است- از تحمل زیان به طور کلی برکنار است و از نظر داشتن سود، حکم مضاربه را و از نظر نداشتن ضرر حکم قرض را دارد (مطهری، ۱۳۸۴، ج ۲۰، ص. ۳۲۱). در واقع با روح عقد و قرار دادن بودن و به قولی با مقتضای عقد

منافات دارد لذا مشهور فقیهان با شرط ضمان در عقودی چون اجاره و مضاربه مخالفت کرده‌اند. از طرفی یک مؤسسه مالی انتفاعی مثل بانک نیز رضایت نمی‌دهد که اموال خود و دیگران را در معرض ریسک قرار دهد بنابراین باید دید در نظام بانکی بر چه اساسی سرمایه تضمین و تأمین می‌شود و آیا تضمین اصل سرمایه همان شرطی نیست که ربا از جانب آن در قرارداد تخلل می‌یابد؟ چون در روایات هر شرطی که موجب تضمین زیاده شود ربا محسوب شده است: «جَاءَ الرَّبَّاءُ مِنْ قَبْلِ الشَّرْطِ وَ إِنَّمَا تُفْسِدُهُ الشُّرُوطُ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۴۴). اگر چنین است چه راه‌های دیگری برای تضمین سرمایه وجود دارد؟ در این مقاله ضمن بررسی فقهی تضمین سرمایه در عقود امانی، به ریشه‌یابی و ارائه راه‌حل‌های جایگزین پرداخته است.

در خصوص پیشینه پژوهش باید گفت نظر مشهور فقیهان امامیه این است که در عقود امانی شرط ضمان امین به نحو شرط نتیجه باطل است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص. ۲۰، محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ج ۷، ص. ۲۵۸؛ سبزواری، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۶۵۰؛ خوئی، ۱۴۲۶ق، ص. ۲۲۵، طباطبایی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص. ۲۰۰). سید یزدی در عروه شرط ضمان امین را صحیح دانسته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص. ۶۱)، ولی عده کثیری از محشین عروه از جمله محقق اصفهانی، خوانساری، بروجردی، خمینی، حائری، گلپایگانی و... مطابق نظر مشهور با وی مخالفت کرده‌اند. در سالهای اخیر نیز پژوهش‌هایی صورت گرفته است:

۱- شهید صدر (۱۴۱۰)، ضمن ارائه بحث فقهی مفصل نتیجه می‌گیرد که اشتراط ضمانت سرمایه برای عامل در قرارداد مضاربه به مقتضای قاعده اشکال ندارد ولی روایت خاص بر بطلان آن وجود دارد که ظاهر آن تنافی بین تضمین و شرکت در ربح است و لذا نمی‌توان به این شرط پای بند بود.

۲- باریکلو (۱۳۸۴)، ضمن رد ادله مشهور، شرط ضمان امین را به استناد قاعده تسلیط و شروط نافذ دانسته و آن را مخالف مقتضای عقد و شرع نمی‌داند، ولی قلمرو آن را محدود به موارد غیر قوه قاهره و معامله امانی غیر معوض می‌داند با این بیان که

در معاملات معوض مشروط علیه نسبت به منافع و منقصد ناشی از استعمال دارای ضمان معاوضی است و شرط ضمان نسبت به زیان منافع غیرمعقول است و تنها نسبت به تلف عین نافذ است.

۳- علوی رضوی (۱۳۸۸)، ضمن بررسی ادله شرط ضمان عامل در مضاربه، نقش شرط مذکور در تبدیل مضاربه به قرض ربوی را مورد واکاوی قرار داده و در نهایت علت اصلی منافات شرط ضمان با مقتضای مضاربه را ظالمانه و ربوی بودن آن می‌داند.

۴- رحمانی و زروندی (۱۳۹۲)، ضمن نقد و بررسی ادله مشهور مبنی بر بطلان شرط ضمان امین مقتضای قاعده «علی الید» و اطلاق «ادله شروط» را صحت شرط ضمان امین به نحو شرط نتیجه دانسته‌اند، البته در مواردی که منشأ استیمان نیست، مثل مضاربه و اجاره.

۵- نظریور و ملاکریمی (۱۳۹۴)، ضمن بررسی مفاد قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از نظر انطباق با قواعد فقهی و از جمله قاعده استیمان، درج شروط متعدد در آن را موجب تبدیل مشارکت به مبادله و نشانه عدم پای بندی و تعهد بانک به لوازم و شرایط اجرای قرارداد دانسته‌اند.

۶- اکبری دهنو، حاجیان و پارساپور (۱۳۹۴)، ضمن بررسی شیوه‌های جعل ضمان در عقود امانی شرط ضمان امین را پذیرفته ولی بر این باورند که با توجه به تصریح قانون مدنی (ماده ۵۵۸) بر بطلان چنین شرطی به تبعیت از قول مشهور فقها، باید تسلیم وضعیت حقوقی موجود شد و بطلان شرط را پذیرفت.

۷- نظریور و ملاکریمی (۱۳۹۹)، ضمن بررسی قاعده استیمان و مصادیق آن در قراردادهای بانکی به این نتیجه رسیده‌اند که در تدوین قراردادهای بانکی به فحوی قاعده استیمان توجه شده ولی به منظور جلوگیری از بروز خسارات احتمالی ید امانی مشتری از طریق شرط ضمن عقد به ید ضمانی تبدیل شده است.

پژوهش حاضر از دو جهت با پژوهش‌های مذکور تفاوت دارد:

نخست اینکه پژوهش مستقل و مسئله محور است و بحث اختصاص دارد به «چالش تضمین سرمایه در بانکداری اسلامی»، در حالی که در هیچ یک از پژوهش‌های ذکر شده به‌طور مستقل این مسئله مورد بحث قرار نگرفته بلکه برخی (موارد ۲، ۳، ۴ و ۶) تنها مشروعیت شرط ضمان امین را به‌عنوان یک مسئله فقهی مورد بررسی قرار داده و اشاره‌ای به طرح این مسئله در بانک نکرده‌اند و برخی (موارد ۱، ۵ و ۷) نیز این مسئله را به‌صورت فرعی و به فراخور موضوع پژوهش خود که چیز دیگری بوده است مطرح کرده‌اند، برخلاف پژوهش پیش رو که مسئله را در بانکداری اسلامی و به‌طور مستقل مورد بحث قرار داده است.

دوم اینکه در هیچ یک از پژوهش‌های مذکور راه‌حل ارائه نشده است، بلکه صرفاً به موضع‌گیری در مقابل شرط ضمان امین پرداخته شده است. گروهی (موارد ۲، ۳ و ۶) که با این شرط موافقت کرده‌اند بیشتر هم خود را مصروف پاسخ به اشکالات فقهی مشهور به این شرط کرده‌اند و در واقع همان راه‌حل فرض کرده و بر مشروعیت آن استدلال کرده‌اند و گروهی (موارد ۱، ۴، ۵ و ۷) که با این شرط مخالفت کرده‌اند نیز در واقع به طرفداری از نظر مشهور فقها اشکالات مطرح شده را وارد دانسته و مشروعیت این شرط را با چالش مواجه دانسته‌اند ولی راه‌حل خاصی ارائه نکرده‌اند. در حالی که پژوهش پیش رو اولاً، ادله بحث و ملاحظات فقهی در باب شرط ضمان امین را -که برخی در این مقالات هم نیامده است- تبیین و تحلیل کرده و کوشش‌های صورت گرفته برای مشروعیت بخشیدن به شرط ضمان امین را بی‌نتیجه و عقیم دانسته است و ثانیاً، با تحلیل مفاد عقود امانی و فلسفه امین بودن عامل به ریشه‌یابی مسئله بیان راه‌حل پرداخته است که نوع تبیین و راه‌حل ذکر شده صرفاً ابتکار و نوآوری نگارنده بوده و برای نخستین بار مطرح شده است و مدعی است که در صورت پای بندی به آن مسئله تضمین بازگشت سرمایه از اساس منتفی خواهد بود.

۱. تضمین سرمایه در قراردادهای بانک

تضمین سرمایه به صورت شرط ضمن عقد در غالب قراردادهای بانکی ذکر شده است برای نمونه:

الف) ماده ۱۱ قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی شریک را ملتزم و متعهد می‌کند سهم الشرکه متعلقه به بانک و سود آن را تضمین نماید و در ماده ۱۳ شریک مسئول جبران زیان بانک و عواقب ناشی از تأخیر در اجرای موضوع مشارکت شده، در ماده ۱۶ و ۲۰ شریک نسبت به معرفی ضامن و وثیقه و در ماده ۲۱ نسبت به هزینه‌های بیمه اموال ملتزم و متعهد گردیده است.

ب) در ماده ۱۱ و ۱۲ دستورالعمل اجرایی مضاربه، بانک خود را محق و موظف می‌داند برای حصول اطمینان از برگشت سرمایه از عامل تأمین و تعهد کافی اخذ نماید. ج) طبق ماده ۸ قرارداد مضاربه بانک مرکزی نیز عامل در ضمن عقد خارج لازم متعهد گردیده در صورتی که نتیجه عملیات مضاربه منجر به زیان شود اصل سرمایه متعلقه را به حساب بانک منظور نماید.

د) در ماده ۲۰ همین قرارداد، هزینه بیمه اموال موضوع عملیات ناشی از قرارداد مضاربه در برابر خطراتی همچون آتش سوزی، انفجار، زلزله و... بر عهده عامل قرار داده شده است.

ه) در بند ۴ ماده ۵ و ماده ۷ قرارداد مضاربه بانک انصار و ماده ۱۱ قرارداد مضاربه بانک ملی و بانک کارآفرین نیز همین مفاد مقرر گردیده است.

و) بند ۳ ماده ۵ و بند ۲ ماده ۱۵ قرارداد مرابحه بانک انصار مقرر می‌دارد در صورتی که قبل از خرید مورد معامله مبلغ تسهیلات تلف شود و از بین بروید مشتری مکلف است از مال خود مجانی به بانک تملیک نماید.

ز) در قرارداد مرابحه بانک مرکزی نیز ضمن تضمین اصل مال کلیه هزینه‌های بیمه و مالیات و حق وکالت و... بر عهده مشتری گذاشته شده است.

ح) ماده ۱۱ قرارداد جعاله بانک ملی و ماده ۱۵ قرارداد جعاله بانک مرکزی نیز همین موارد را بر عهده جاعل گزارده‌اند.

ط) در ماده ۷ قرارداد اجاره به شرط تملیک آمده است مستأجر تعهد نمود از مورد اجاره محافظت و نگهداری کامل نموده و به صورت صحیح از آن استفاده نماید و تمامی هزینه‌های مربوط به مورد اجاره از جمله، هزینه‌های تعمیرات، تکمیل، نگهداری و نظایر آن‌ها را حتی در مواردی که تعمیرات اساسی و کلی باشد، بدون حق مطالبه از بانک/مؤسسه اعتباری پرداخت نماید.

۲. ادله و ملاحظات فقهی

اگر شرط ضمان به نحو شرط فعل باشد یعنی مالک شرط کند که امین در حفظ مال کوشا باشد و اگر خسارتی بر آن وارد شد و سرمایه از بین رفت، عامل یا اجیر مثل یا قیمت تالف را از مال خود جبران کند، به اتفاق فقیهان صحیح است، ولی اثر آن خیار فسخ برای مشروط له است و عامل تنها در صورتی ضامن است که به وظیفه خود در حفظ مال عمل نکرده باشد ولی ضامن تلف مال به آفات سماوی (قوه قاهره) نمی‌باشد و در آن بحثی نیست، محل بحث جایی است که به نحو شرط نتیجه شرط شود عامل ضامن برگشت سرمایه باشد، در این صورت هم اگر مقتضای عقد نیابت باشد مثل ودیعه که استنابه در حفظ است به اتفاق فقها شرط ضمان باطل و مبطل عقد است زیرا با مقتضای ذات عقد در تنافی است، سخن در موارد دیگر از عقود امانی است مثل اجاره، مضاربه، شرکت، مزارعه، مساقات، وکالت، رهن و... که علاوه بر امانت هدف و اثر دیگری از عقد متوقع است. در این موارد نظر مشهور این است که شرط ضمان به نحو شرط نتیجه باطل است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۰۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص. ۲۰؛ کرکی، ۱۴۰۸ق، ج ۷، ص. ۲۵۸؛ سبزواری، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۶۵۰؛ خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۱۹۲). ولی صاحب عروه قائل بر صحت این شرط شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص. ۶۱) که محشین عروه از جمله محقق اصفهانی، محقق خوانساری، بروجردی، خمینی، حائری، گلپایگانی و ... این نظر را

نپذیرفته و با مشهور همراهی کرده‌اند. برخی در بطلان شرط ادعای اجماع کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۱۳۷؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۲۵۹؛ ابن زهره حلی، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۸۸). قانون مدنی ایران نیز در مورد مضاربه از نظر مشهور پیروی کرده است. ماده ۵۵۶ ق.م می‌گوید: «مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی‌شود مگر در صورت تفریط یا تعدی». ماده ۵۵۸ ق.م نیز مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است».

بر بطلان شرط ضمان امین به چند وجه استدلال شده است ولی عمده دلیل که در بحث اجاره و مضاربه و امثال آن مورد نقض و ابرام قرار گرفته است، مخالفت با مقتضای عقد و مخالفت با شرع است و مدعیان صحت شرط هم کوشش کرده‌اند به این دو دلیل پاسخ‌هایی بدهند که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱-۲. مخالفت با مقتضای ذات عقد

شرط ضمان امین مخالف با مقتضای عقد است، زیرا در عقود امانی، متصرف و عامل به‌منزله شریک است و ید او امانی است و بر این مطلب روایات بسیاری وجود دارد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص. ۲۰). صاحب جواهر بر امین بودن عامل مضاربه ادعای اجماع کرده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص. ۳۷۸)، بنابراین امین بودن متصرف مقتضای ذات عقد است و اثر شرط مذکور با آن در تعارض است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص. ۱۷۶؛ محقق اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۰، ص. ۶۹؛ نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۳۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۳۱۸) و شرط مخالف مقتضا علاوه بر بطلان مبطل عقد هم هست چون قصد و رضای مالک تعلق گرفته به عقد مشروط «والرضا ما وقع الا بالشرط و ما حصل، و بدونه ما حصل» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۵۴).

برخی پاسخ داده‌اند که اثر ذاتی عقد مفادی است که در عقد انشاء می‌شود مثلاً در اجاره تملیک منفعت و در مضاربه تجارت، امانی بودن مقتضای اطلاق عقد است نه

ذات عقد و شرط مخالف اطلاق عقد است و آن را مقید می‌کند، شرط ضمان در عاریه و مقبوض بالوسوم نمونه‌ای از جمع بین امانی بودن و ضمان است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص. ۳۴۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص. ۱۶۲؛ خمینی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۶۲).

نسبت به این دلیل و پاسخ آن ملاحظاتی وجود دارد:

یک. تمییز مقتضای ذات عقد از مقتضای اطلاق آن کار آسانی نیست و به گفته شیخ انصاری فقیهان بزرگی چون محقق کرکی ارائه ضابطه در این باب را ناممکن دانسته و به نظر فقیه احاله داده‌اند (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۴۱۵)، به نظر ما هر چیز که در رغبت افراد به معامله تأثیر اساسی داشته باشد جزو مقتضای عقد است، چه مفاد عقد باشد چه لوازم و آثار آن. مقتضای عقد اثر مجموعه عقد است، در عقود مشارکتی طرفین باید در سود و زیان شریک باشند، سود به نسبت مقرر بین آن‌ها تقسیم می‌شود، ولی زیان مالک از سرمایه است و زیان عامل تجارت همان هدر رفتن وقت و فعالیت او است، تحمل ریسک جزو لاینفک از ملکیت و کسب سود است، ملکیت اقتضا دارد تحمل زیان را و همان‌طور که برخی محققان گفته‌اند شرط ضمان مخالف مقتضای ملکیت است (صدر، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۹۵).

دو. اذن مالک به تصرف، اذن ضمنی به تلف قهری هم هست، زیرا اذن به تصرف نمی‌تواند مقید به بقای سرمایه بدون تلف قهری باشد، چون علم به این تلف حین عقد وجود ندارد، برخلاف عاریه که اذن تنها در تصرف است که منافات با تلف قهری ندارد، مستعیر حقی در مال ندارد جز انتفاع، مالک می‌تواند آن را مقید به عدم تلف کند ولی در مضاربه، ودیعه، اجاره و... تقیید اذن مساوق با عدم اذن فعلی است و لذا منافی با مقتضا و باطل است، تقیید اذن به ضمان نهایت می‌تواند استیمان از ناحیه تلف اموال نزد عامل را نفی کند ولی نمی‌تواند نسبت به خسارت اثبات ضمان بنماید زیرا استیمان لازمه اذن به تجارت است و ضمان در خسارت خلاف مقتضای مضاربه است و مضاربه را شبیه به قرض می‌کند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲ق، صص. ۱۵۳-۱۵۴)، چون قرض

تملیک مال بر وجه ضمان است (انصاری، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص. ۱۴). با تملیک مال حق تصرف و سود و زیان به گیرنده انتقال می‌یابد و در عوض او متعهد به رد مثل می‌شود که همان «تضمین اصل سرمایه» است. هر جا این ویژگی باشد قرض صدق می‌کند، عدم ضمان و وجود ریسک شرط اصلی صحت قرارداد مشارکتی مثل مضاربه است بدون آن قرارداد تبدیل به قرض می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۳۶؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص. ۴۰۹؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۶۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۳۴۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص. ۳۳۳؛ صدر، ۱۴۱۷ق، ص. ۵۷۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص. ۲۷۶). به عبارت دیگر تضمین سرمایه مستلزم ورود خسارت به عامل است که با روح مشارکت و مضاربه در تضاد است.

سه. در قرض، مقصود گیرنده انتفاع به منافع مال است، یا منافع بالفعل مثل خوردن و پوشیدن که در قرض مصرفی است و یا منافع بالقوه که در قرض‌های تولیدی و سرمایه‌گذاری است و با تجارت و صنعت پیدا می‌شود، به شرط آنکه قابلیت مذکور از آفات غیرارادی انسان مصون بماند و گرنه کشف می‌شود که شخص از اول مالک آن منافع نبوده است (مطهری، ۱۳۸۹، ص. ۳۱۵)، چنانکه در روایت نبوی آمده است که اگر میوه‌ای را به برادر مؤمنت فروختی و دچار آفت شد، حق نداری از او چیزی بگیری (مسلم نیشابوری، بی‌تا، ج ۵، ص. ۲۹). این روایت اشعار دارد که نمی‌توان سرمایه و سود بالقوه را تضمین کرد و تضمین، حقی برای مالک ایجاد نمی‌کند.

چهار. در برخی روایات سود بردن از مالی که اصل آن توسط مالک ضمانت نشده، نهی شده است: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَنْ رِيحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۲۳۰). برخی فقیهان معاصر از آن به قاعده «بطلان ریح مالم يُضْمَنْ» یاد کرده‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۰۱) و گفته‌اند شرط ضمان در ضمن عقد و تحمل خسارت توسط عامل منجر به «ریح ما لم یضمن» می‌شود که مطابق روایات باطل است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲ق، ص. ۱۶۶). مفاد این قاعده صریح در این است که بین ضمان و سود رابطه مستقیم وجود دارد و کسی نمی‌تواند سودی را اخذ

کند که ضامن سرمایه‌اش نیست در غیر این صورت اخذ سود ربا محسوب گشته و حرام است.

پنج. شرط ضمان با نمایندگی در تضاد است، زیرا عامل وکیل و نماینده مالک در تجارت است و با اذن او در مال تصرف کرده است (طوسی، ۱۳۸۸، ج ۳، ص. ۱۷۴)، اثر اصلی عقد اعطای همین نمایندگی است، حال اگر معامله‌ای زیان آور انجام دهد باید در مرحله اول از سود و در مرحله دوم از سرمایه و در نهایت از دارایی مالک جبران شود، در حالی که شرط ضمان به این معناست که آثار معامله در دارایی نماینده ظاهر شود و این با مفهوم نیابت و مقتضای عقودی چون مضاربه مخالف است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۳، ص. ۱۳۱)، لذا ماده ۵۵۸ قانون مدنی می‌گوید: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است». همچنان که بند ۳ ماده ۵ و بند ۲ ماده ۱۵ قرارداد مرابحه بانک انصار مشتری را ضامن تلف مبلغ قبل از خرید می‌داند در حالی که در قرارداد مرابحه مشتری وکیل بانک است و وکیل امین است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۶۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص. ۳۸۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص. ۳۴۷).

شش. در روایات برای تضمین سرمایه راه‌حلهایی پیشنهاد شده است از جمله اینکه راوی می‌گوید به شخصی گفتم پیوسته به مردی مالی می‌دهم و می‌گوید از بین رفت و نابود شد آیا حيله‌ای نزد تو وجود دارد تا بدان تمسک جویم؟ گفت هزار درهم به او قرض بده و بیست درهم را به‌عنوان سرمایه مضاربه قرار بده و به او بگو این سرمایه من و آن سرمایه تو با تمام آن‌ها تجارت کن و آنچه حاصل شده با یکدیگر شریک باشیم، این مطلب را از امام پرسیدم فرمود اشکالی ندارد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۳۰۷). در حالی که اگر شرط ضمان مشکلی نداشت امام همان را توصیه می‌کرد که راه ساده‌تری است، این روایت نشان می‌دهد که امام شرط ضمان را مخالف مقتضای مضاربه می‌دانسته و بطلان آن را مسلم گرفته است.

۲-۲. مخالفت با شرع

عموم قاعده ید، ضمان متصرف در مال غیر را اقتضا دارد، در عقود امانی این عموم به دلیل خاص تخصیص خورده است، روایات بسیاری در مورد جمال، جمال، قصار، صاحب کشتی و اجیر وارد شده که ضامن نیستند (خویی، ۱۳۶۵، ص. ۲۲۰). برای نمونه در صحیح محمد بن قیس از امام باقر(ع) آمده است که امیرالمؤمنین(ع) فرمود: «مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرِّيحِ شَيْءٌ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص. ۲۴۰)، یا در موثقه اسحاق بن عمار از امام رضا(ع) در مورد مضاربه آمده است: «الرِّيحُ بَيْنَهُمَا وَ الْوَضِيعَةُ عَلَى الْمَالِ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص. ۱۸۸) و شبیه آن در صحیح حلبی از امام صادق(ع) آمده است که «لَهُ مِنَ الرِّيحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ» (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص. ۱۳۱). بنابراین شرط ضمان مخالف دلیل خاص شرعی است (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۱۱۷؛ حکیم، ۱۳۹۲، ج ۱۲، ص. ۷۰).

قاعده شروط مُشَرَّع نیست ضمان ایجاد نمی‌کند فقط شروط مباح و جایز را لازم می‌کند آری اگر شرط فعل بدانیم مشروط له خیار تخلف دارد ولی مشروط علیه مکلف به جبران خسارت نیست (خوانساری، ۱۳۶۴، ج ۳، ص. ۴۵۸؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص. ۴۸۱؛ خویی، ۱۴۱۷، ج ۷، ص. ۳۳۳).

در مورد این دلیل هم گفته شده است آنچه متصرف را از تحت قاعده علی الید خارج می‌کند عنوان امین است ولی در شرط ضمان اذن مالک مقید به ضمان است و لذا تحت عنوان علی الید باقی می‌ماند و عنوان امین بر آن بار نمی‌شود لذا حاکم بر ادله نفی ضمان از امین و مؤتمن است (صدر، ۱۴۱۰، ص. ۱۹۰).

پاسخ این سخن در گذشته آمد که تقیید اذن نهایت بتواند استیمان را نفی کند ولی اثبات ضمان نمی‌کند. لذا خود شهید صدر که شرط ضمان را به مقتضای قاعده بی‌اشکال می‌داند در خصوص مضاربه به دلیل روایات خاص به‌ویژه صحیح محمد بن قیس (مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرِّيحِ شَيْءٌ)، بطلان شرط مذکور را تائید

می‌کند. به نظر وی ظاهر روایت تنافی بین تضمین و شرکت در ربح است یعنی صاحب سرمایه یا باید تضمین سرمایه را برگزیند یا مشارکت در سود را، هر دو با هم قابل جمع نیست (صدر، ۱۴۱۰ق، ص. ۲۰۲).

به نظر ما این روایات در واقع مؤید قاعده بطلان ربح مالم یضمن است که پیش‌تر از آن یاد رفت.

به نظر ما شرط ضمان از جهت دیگری هم مخالف شرع است و آن اینکه در اغلب قراردادهای مشارکتی بانک با استفاده ناصحیح از عقد صلح حقوقی را که در عقود اسلامی برای تسهیلات گیرنده تعریف می‌شود به‌طور کامل از بین می‌برد به نحوی که هر دو طرف از ابتدای قرارداد علم دارند که مشارکتی صورت نمی‌گیرد و گیرنده تسهیلات ملزم به پرداخت نرخ سود معین به بانک است و این با اهداف شارع از وضع عقود مشارکتی و حقوق متقابل آنها در تعارض است (موسویان، ۱۳۹۳، ص. ۶۸۹). با شرط زیاده و تضمین سرمایه معامله از مثلث می‌افتد و ربا می‌شود در حالی که شرع تماثل و برابری در حقوق و وظایف را در عقود مشارکتی و تماثل در عوضین را در عقود مبادله‌ای لازم دانسته است، بنابراین بازگشت شرط ضمان به قرض به شرط زیاده است که ریاست و لذا این شرط مخالف شرع است (جوادی آملی، تقریر درس خارج، ۹۳/۱/۲۳). رغبت و طیب خاطر برای مشارکت هم وجود ندارد بلکه مشتریان خود را ناگزیر از آن می‌بینند. لذا در برخی روایات امام صحت معامله چینی را مقید به طیب خاطر و رغبت عامل نموده است، «فَإِذَا طَابَتْ نَفْسُهُ فَلَا بَأْسَ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۲۲۱).

۳. ریشه‌یابی و راه‌حل

با توجه به دلایل و ملاحظات روشن شد که تضمین سرمایه به‌صورت شرط ضمان و صلح که امروزه در قراردادهای بانکی مرسوم است با چالش جدی فقهی و حقوقی روبروست و در نظم کنونی حقوق ایران نیز این رویه پذیرفته نیست، زیرا توافقی خلاف قانون (ماده ۵۵۸ قانون مدنی) است، بعلاوه این روش کارآمدی لازم را نداشته و

در عمل حجم مطالبات غیر جاری در نظام بانکی افزایش یافته است. از طرفی بانک نمی‌تواند سرمایه خود را که در واقع وجوه مشتریان است بدون تضمین در اختیار افراد و در معرض نابودی قرار دهد، بنابراین باید راهکار دیگری برای امنیت سرمایه پیدا کرد که چالش‌های موجود را نداشته باشد و از کارآمدی هم برخوردار باشد، اما ارائه راه‌حل منوط به شناخت علت و ریشه مسئله است. چون بر عقود اسلامی فرمالیسم حاکم نیست، عقود اسلامی ماهیتی دارد که بدون توجه به آن نمی‌توان شکل و فرمی تعریف کرد که ماهیت را فاقد باشد در عین حال همان اثر را داشته باشد، باید دید اساساً چه نیازی هست که از طریق شرط ضمن عقد عامل را امین قرار داد؟ پاسخ را باید در این نکته جستجو کرد که در عقود مشارکتی و امانی از قبیل مضاربه آنچه اهمیت دارد شخصیت طرف عقد است، یعنی شخصیت او به‌گونه‌ای است که مالک اعتماد می‌کند و او را امین می‌شمارد و به رضایت خود مال خود را در اختیار او قرار می‌دهد، جوهره اصلی این عقود رضایت و اذن است و همین امر برای صدق امانت و نفی ضمان کافی است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص. ۲۶۹)، اثر امانی بودن عقد هم دو چیز است، یکی استیمان و دیگری پذیرش قول امین مبنی بر عدم تقصیر، یعنی بار اثبات تقصیر بر دوش مالک است، و او فقط باید اثبات کند که رفتار امین در تلف مال تأثیر داشته است و برای احراز تقصیر هم رفتار متعارف اهل فن و متخصص در هر حرفه‌ای ملاک است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص. ۳۰۹). حال اثر شرط ضمان - اگر صحیح باشد - این است که بار اثبات تقصیر را از دوش مالک برداشته و به دوش امین می‌گذارد. بنابراین ریشه بحث در اثبات تقصیر است، در عقود امانی آنچه بر عهده امین است اثبات این است که نقصان و تلفی که بر سرمایه وارد آمده است تقصیر او نیست و در اثر حادثه‌ای که غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب بوده است به وجود آمده است، تعهد عامل تعهد به‌وسیله است و باید مراقبت لازم را به کار برد و مال را در راه‌های صحیح و متعارف تجارت به کار بگیرد، ریشه مسئله به شخصیت عامل از یک طرف و اذن و رضایت مالک از طرف دیگر برمی‌گردد. اگر این دو عنصر به خوبی محقق شده باشد اساساً

نیازی به تضمین سرمایه نیست و این است آن چیزی که در عملیات بانکی دچار خدشه و آسیب جدی شده است؛ نتیجه نظرسنجی و تحقیق میدانی و مصاحبه نگارنده با کارشناسان بخش‌های اعتبارات و مدیریت ریسک و پژوهش‌های مرتبط، این است که شرط ضمان و تضمین سرمایه در عمل نقشی در امنیت سرمایه گذاری بانک نداشته و طی سالیان گذشته با افزایش حجم مطالبات غیر جاری در بانک‌ها مواجه بوده‌ایم.

از نظر اجرایی اعطای تسهیلات به مشتریان بانک و وصول آن طی فرایندی صورت می‌گیرد که «چرخه اعتبارات» یا «زنجیره اعتبارات» نامیده می‌شود این چرخه شامل اعتبارسنجی، نظارت بر مصرف تسهیلات، زمان سررسید، سازماندهی وصول مطالبات، اقدامات حقوقی، اخذ مال و تملیک مال می‌باشد، نقص در هر یک از این موارد، می‌تواند بازگشت سرمایه را به خطر اندازد. ولی مهم‌تر از همه نقص در نظرسنجی و نظارت است که در واقع همان شخصیت شناسی امین است، در نظام بانکی این مرحله با نقص و آسیب مواجه شده است و با وجود گرفتن تضمینات و وثایق متعدد در عمل بازگشت سرمایه همچنان با چالش روبروست و بانک مجبور است به مراحل عملیاتی و حقوقی وصول مطالبات دست یازد.

نخستین مرحله در اعطای تسهیلات پس از تقاضای مشتریان، «اعتبار سنجی» است. در اعتبار سنجی باید به این پرسش پاسخ دهیم که چرا تسهیلات داده شده است؟ در نظام بانکی ایران، بانک جامع اطلاعاتی وجود ندارد که در آن وثیقه‌ها و ضمانت‌ها مورد بررسی قرار گرفته و به مشتری یک نمره اعتباری داده شود، بلکه بر اساس «خود اظهاری» مشتری عمل می‌شود که قابل اعتماد نیست. در سال ۱۳۸۶، بانک مرکزی شرکتی به نام «شرکت اعتبار سنجی ایران»، تأسیس کرد. این شرکت همایش‌ها و کنفرانس‌هایی هم برگزار کرده و محصولاتش هم در این زمینه ارائه داده است منتهی کارآمدی لازم را تاکنون نداشته است. نتیجه پژوهش‌های علمی و میدانی این است که ضعف اعتبار سنجی از مهم‌ترین عوامل بروز معوقات در نظام بانکی است (تقی نتاج و نجف‌پور، ۱۳۹۲، صص. ۱۳۴-۱۴۳). در مرحله بعد بفرض اینکه اعتبار سنجی

به خوبی انجام شود و بر اساس آن تسهیلات ارائه شود، باید نظارت شود که تسهیلات واقعاً در مجرای خودش مصرف شود، مثلاً تسهیلاتی که برای تولید داده می شود در مسیر خرید و فروش مصرف نشود. از نظر آکادمیک استاندارد وجود دارد ولی در عمل دچار نقص است، عقود مشارکتی و مبادله ای هر کدام نظارت و الزامات خاص خود را دارند. مراقبت از تسهیلات و نظارت مستمر بر فعالیت تسهیلات گیرنده، نقش بسیار جدی در کاهش ریسک عدم بازگشت سرمایه و کاهش مطالبات غیر جاری دارد. بانک می تواند از وقوع بحران و نارسایی های عمیق احتمالی در عملیات بازرگانی یا تولیدی تسهیلات گیرنده، خصوصاً در محدوده های نزدیک به سررسید مطالبات مطلع شده و اقدامات لازم را در راستای جلوگیری از هر گونه وقفه در وصول مطالبات انجام دهد. علاوه بر این، چنین نظارت هایی می تواند به درک و شناخت عمیق بانک از نوع فعالیت های مشتری و مسائل و دغدغه های جاری او کمک کند و با ارائه راهکارهای مالی در قالب مشاوره مالی از تعویق تسهیلات تا حدود زیادی جلوگیری به عمل آورد ولی بانک های ایران در این باره ضعیف عمل می کنند.

یکی از عوامل نقص در فرایند تسهیلات و افزایش مطالبات غیر جاری که در مرحله اعتبار سنجی و نظارت پیدا می شود، تسهیلات تکلیفی و دستوری است. تسهیلات تکلیفی به تسهیلاتی گفته می شود که با ضوابط پرداخت تسهیلات بانکی مطابقت ندارد و به عنوان ابزاری در اختیار دولت است تا بخشی از اهداف خود را - که به دلیل ناکافی بودن منابع درآمدی نمی تواند از طریق بودجه محقق کند - با استفاده از منابع بانکها تأمین کند و بانک به دلیل مصوباتی خارج از رویه عادی نظام بانکی مجبور به پرداخت آنها است، هر چند طرحی که بابت آن تسهیلات پرداخت می شود دارای توجیه اقتصادی کافی نباشد و غالباً هم بدون در نظر گرفتن ضوابط اعتباری و اطمینان از بازگشت وجوه و بدون بررسی های کارشناسانه و اعتبارسنجی مناسبی صورت می گیرد و وثایق و تضمینات کافی از مشتری دریافت نمی شود. از این رو معمولاً بازپرداخت تسهیلات تکلیفی نیز با مشکل مواجه است و مطالبات معوق مربوط به این تسهیلات،

رقم بالایی را در شبکه بانکی به خود اختصاص داده است. تسهیلات تکلیفی گاه بر اساس دستورات دولتی نسبت به اشخاص و شرکت‌های خاص صورت می‌گیرد که توجیه عقلانی ندارد، قانون و استناداری هم در این مورد وجود ندارد و این خود یکی از عوامل مهم افزایش مطالبات غیر جاری است که در واقع به نقص و بلکه نبود اعتبار سنجی و نظارت برمی‌گردد.

بنابراین ریشه مشکل در اعتبار سنجی و نظارت است، اعتبارسنجی همان عنصر شخصیت‌شناسی در عقود امانی است، شخصیت تجاری و بازرگانی و اقتصادی. همان‌طور که در گذشته و حال در عرف بازار به یک فرد با اعتبار بدون هیچ وثیقه‌ای کالا و خدمات داده می‌شود، یعنی همواره افرادی هستند که سال‌ها در زمینه خاصی فعالیت کرده و اعتماد بازار سرمایه را به خود جلب کرده‌اند، لذا صاحبان سرمایه سرمایه‌های خود را در مقابل درصدی از سود حاصل از تجارت به آن‌ها می‌سپارند، برخلاف عقود مبادله‌ای که شخصیت طرف اهمیتی ندارد زیرا از همان ابتدا مبادله و نقل و انتقال صورت می‌گیرد، در عقود مشارکتی شخصیت طرف، اعتبار و تخصص او اهمیت دارد، آری بانک حق دارد سرمایه مردم را در اختیار هرکس و ناکسی بدون تضمین نگذارد ولی اگر فرد تخصص و اعتبار لازم را نداشته باشد، تضمین سرمایه هم دردی دوا نمی‌کند برخلاف اینکه اگر سرمایه‌گذاری با پیش‌بینی‌های لازم صورت گرفته باشد به تضمین سرمایه نیازی نیست.

اعتبارسنجی در واقع یعنی شناسایی امین از غیر امین، برای سپردن مال به امین؛ و «امین» در اینجا اصطلاحی است که شامل افرادی می‌شود که تخصص و تجربه کافی در تجارت و بازرگانی و تولید و خدمات را دارند و در این زمینه‌ها اعتبار کافی را کسب کرده‌اند، بانک باید با چنین افرادی قرارداد منعقد کند، نه اینکه با افراد بی‌اعتبار و کم اعتبار معامله کند و به‌صرف اینکه قرارداد مشارکتی را امانی بدانیم آن فرد امین شمرده شود و بانک با چالش تضمین سرمایه و یا ریسک از بین رفتن آن مواجه باشد! عقود امانی خود امین ساز نیستند، مثلاً اینکه در مضاربه عامل امین است به این معنا نیست

که مضاربه عامل را واجد عنوان و صفت امین می‌کند، بلکه مضاربه حاکی از این است که عامل در واقع امین است، حکایت از این واقعیت دارد که یک طرف قرارداد فرد امین است، حاکی است نه موجد، حکایت دارد از اینکه در عرف بازار این فرد تخصص و تعهد و اعتبار لازم را برای اینکه طرف قرارداد واقع شود دارا بوده است، همان‌طور که در علم اصول مقرر شده است حکم محقق موضوع نیست باید موضوعی باشد تا حکم بر آن بار شود، وقتی حکم می‌کنیم که در مضاربه عامل امین است به این معناست که در واقع امین وجود دارد و با او قرارداد منعقد شده است، یعنی صحت مضاربه به امین بودن عامل است نه اینکه صحت مضاربه عامل را امین می‌کند! شأن وجود بانک این واقعیت را تأیید می‌کند زیرا فعالیت اصلی بانک تجهیز و تخصیص منابع مالی است، یعنی بانک از یک طرف سرمایه‌های سرگردان و وجوه مازاد مردم را از آنها می‌گیرد (تجهیز) و از طرف دیگر آنها را در اختیار افراد توانا و امین می‌گذارد تا به گردش درآید (تخصیص) و در واقع بانک شبیه قلب عمل می‌کند که سرمایه‌های راكد و غیر مولد را از سراسر کشور جذب کرده و به دست پرتوان بخش‌های مولد اقتصادی می‌رساند (جمشیدی، ۱۳۷۹، ص. ۳۴). اما آیا بانک این اجازه را دارد که وجوه جمع آوری شده را به صرف اخذ وثایق و ضمانات در اختیار هر شخصی که اعتبار و شخصیت او ناشناخته است قرار دهد؟ صرف اعطای تسهیلات در قالب عقود امانی فرد گیرنده تسهیلات را واجد عنوان «امین» نمی‌کند، این وصف و عنوان در عرف بازار طی سالیان دراز تجارت و تولید و توزیع به دست می‌آید، به نوعی «آبروی تجاری» است، اگر غیر از این باشد، ضمانت و وثیقه کارایی لازم را نخواهد داشت چنانکه امروزه شاهد هستیم. اما اگر صفت امین احراز شد دیگر شرط ضمان معنا ندارد، آری اگر امین مرتکب تعدی و تفریط شد این وصف را از دست می‌دهد ولی اثبات این امر بر عهده بانک است و شرط ضمان تنها بار اثبات را بر دوش عامل می‌گذارد، اگر تخلف محرز شد و عدم بازگشت سرمایه مستند به تعدی و تفریط عامل بود، آن وقت راه‌های وصول مطالبات مورد کنکاو قرار می‌گیرد، از قبیل جریمه تأخیر، وجه التزام، تعزیر مالی و...

ضمن اینکه نام فرد متخلف در فهرست سیاه افراد بی اعتبار وارد شده و امکان هرگونه فعالیت اقتصادی از آن‌ها سلب گردد. این روشی است که در درجه اول پیشنهاد می شود.

ولی در بانک اولاً اعتبار سنجی به صورت دقیق و واقعی صورت نمی گیرد و ارائه تسهیلات از دستور و تکلیف‌های غیر منضبط رنج می برد، ثانیاً همواره و در همه حال عدم بازگشت سرمایه را به مشتریان نسبت می دهد و موارد تخلف را تفکیک نمی کند و در عین حال به هدف خود نائل نشده است، بلکه از هدف واقعی خود دور شده است و با این عمل خود بانک صفت امین بودن را از دست داده است زیرا سرمایه‌های مردم را در اختیار افراد غیر امین قرار داده است.

و اما راه‌های دیگری که پیشنهاد شده و می شود خالی از اشکال نیست، یک راه بیمه تسهیلات به هزینه بانک است زیرا سرمایه همچنان در ملکیت بانک است و هزینه‌های آن را باید متحمل شود، لذا بانک مرکزی ایران در بخش نامه ۹۱/۴۴۳۴۱-۱۳۹۱/۲/۲۴، بانک‌ها را موظف به انعقاد قرارداد بیمه اعتباری تسهیلات، با شرکت‌های بیمه کرد. در صورت عدم بازپرداخت تسهیلات توسط مشتری، شرکت بیمه، تسهیلات را باز پرداخت می کند و سپس به نیابت از بانک به مشتری رجوع می کند و چون بیمه‌گذار و ذی نفع بانک است لذا خود رأساً به پرداخت حق بیمه مکلف است، بانک مرکزی در بخش نامه ۹۰/۹/۳-۲۰۶۶۸۷/۹۰ به صورت خاص دریافت حق بیمه از گیرندگان تسهیلات را ممنوع اعلام کرد. البته تحمیل هزینه‌های بیمه بر بانک موجب افزایش هزینه‌های بانکی می شود که بانک زیر بار این هزینه‌ها نمی رود.

راه دیگر کاهش تسهیلات مشارکتی و ارائه تسهیلات بیشتر در قالب عقود مبادله‌ای است که اخیراً بانک مرکزی در بخش نامه شماره ۹۹/۲۲۱۰۰۷ خود بدان اشاره کرده است، در این بخش نامه که به اصلاح برخی از مواد «دستورالعمل شناسایی درآمد مؤسسات مالی» (مصوب خرداد ۱۳۹۷) پرداخته، آمده است:

«با امعان نظر به لزوم اجرای دقیق عملیات بانکی بدون ربا و اجتناب از هرگونه شائبه صوری بودن قراردادهای مشارکتی و النهایه کاهش ریسک حقوقی شبکه بانکی کشور در این خصوص، مؤکداً توصیه می‌شود بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیر بانکی در فرآیند تخصیص منابع عمدتاً به عقود غیر مشارکتی معطوف شوند و اعطای تسهیلات در قالب عقود مشارکتی صرفاً با به‌کارگیری سازوکارهای مقتضی که محاسبه سود و زیان واقعی موضوع مشارکت در آن امکان‌پذیر است، انجام شود».

اما این راه بیشتر به پاک کردن صورت مسئله شبیه است، به‌علاوه فلسفه وجودی بانک که واسطه در تجهیز و تخصیص منابع و به‌گردش در آمدن سرمایه‌های راکد و سرگردان برای حرکت چرخ تولید و اقتصاد کشور است زیر سؤال رفته و بیشتر بانک را به یک بنگاه مبادلاتی که واسطه تبدیل پول به پول است مبدل می‌سازد.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

از پژوهش فوق نتایج ذیل حاصل می‌آید:

یک. تضمین سرمایه به‌صورت شرط ضمان و صلح و ... که امروزه در قراردادهای بانکی مرسوم است با چالش جدی فقهی و حقوقی روبروست و در نظم کنونی حقوق ما نیز قابل قبول نیست چراکه:

۱- شرط ضمان در عقود مشارکتی مخالف مقتضای آن یعنی مشارکت در سود و زیان است و آن را شبهه به قرض ربوی می‌کند، زیرا در عقود مشارکتی غرض انتفاع از منافع بالقوه مال‌التجاره است که مشروط به مصون ماندن از آفات است ولی غرض از تضمین سرمایه انتفاع از منافع بالفعل است.

۲- شرط ضمان در ضمن عقد و تحمل خسارت توسط عامل منجر به «ربح ما لم یضمن» می‌شود که مطابق روایات باطل است، طبق این قاعده کسی نمی‌تواند سودی را اخذ کند که ضامن سرمایه‌اش نیست در غیر این صورت اخذ سود ربا محسوب گشته و حرام است.

۳- شرط ضمان با نمایندگی در تضاد است، اقتضای نمایندگی این است که آثار معامله در دارایی مالک ظاهر شود در حالی که مفاد شرط ضمان این است که آثار معامله در دارایی نماینده ظاهر شود و این با مفهوم نیابت در تضاد است.

۴- شرط ضمان با شرع (ادله خاص) مخالفت دارد که عامل در اجاره و مضاربه را امین می‌داند، ظاهر روایات تنافی بین تضمین و شرکت در ربح است یعنی صاحب سرمایه یا باید تضمین سرمایه را برگزیند یا مشارکت در سود را، هر دو با هم قابل جمع نیست، چنانکه در روایات «بطلان ربح مالم یضمن» وارد شده است.

۵- همچنین شرط ضمان معامله را از تعادل و مغایبه خارج می‌سازد و معامله از مثلثیت می‌افتد و ربا می‌شود؛ و این شرطی است که از جانب آن ربا لازم می‌آید لذا مخالف شرع است که تمائل و برابری در حقوق و وظایف را در عقود مشارکتی و تمائل در عوضین را در عقود مبادله‌ای لازم دانسته است.

دو. تضمین حقوقی سرمایه در قراردادهای بانکی کارآمد نبوده و در عمل نتوانسته است بازگشت سرمایه را تضمین نماید، ریشه نادرستی تضمین سرمایه در این است که در عقود امانی و مشارکتی شخصیت طرف قرارداد از لحاظ تخصص و اعتبار اهمیت دارد، جوهره اصلی این عقود رضایت و اذن است که مبتنی بر امانت‌دار بودن عامل است، اثر امانی بودن عقد این است که قول امین مبنی بر عدم تقصیر در اتلاف مال پذیرفته است و اثبات تقصیر بر دوش مالک است، اثر تضمین این است که بار اثبات تقصیر را از دوش مالک برداشته و به دوش امین می‌گذارد، شخصیت طرف عقد امروزه از طریق اعتبارسنجی‌های دقیق صورت می‌گیرد که در بانک‌های ایران دچار آسیب شده است. لذا با وجود گرفتن تضمینات و وثایق متعدد در عمل بازگشت سرمایه همچنان با چالش روبروست و بانک بیشتر به مراحل عملیاتی و حقوقی وصول مطالبات مشغول است.

در حالی که نکول و عدم بازگشت سرمایه معلول عدم اعتبار سنجی و نظارت است، بانک به معلول پرداخته و از علت غفلت ورزیده است و نقص در اعتبار سنجی هم به

میزان زیادی ریشه در تسهیلات تکلیفی و دستوری دارد که با ضوابط پرداخت تسهیلات مطابقت ندارد و با این عمل بانک از هدف واقعی خود که واسطه در تجهیز و تخصیص منابع است دور شده و صفت امین بودن را از دست داده است، زیرا سرمایه‌های مردم را در اختیار افراد غیر امین قرار داده است.

کتابنامه

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع إلى علمی الاصول و الفروع*. قم: امام صادق (ع).
- اردبیلی، مولی احمد (۱۴۲۱ق). *مجمع الفائده والبرهان*. قم: اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۸ق). *کتاب المکاسب*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- تقی‌نجاج، غلامحسین؛ و نجف‌پور کردی، حمیدرضا (۱۳۹۲). بررسی و تحلیل علل افزایش مطالبات معوق بانک نمونه و راهکارهای پیشگیری و کاهش آن. *تحقیقات حسابداری و حسابرسی*، ۴(۱۷)، ۱۴۳-۱۳۴.
- توکلی، محمد جواد (۱۳۹۲)، سازوکار بانکداری اسلامی. قم: المصطفی.
- جمشیدی، سعید (۱۳۷۹). *بانکداری اسلامی*. تهران: شکوه اندیشه.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*. قم: مؤسسه آل‌البی (ع).
- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۸ق). *العناوین الفقهیه*. قم: اسلامی.
- حسینی، سید امراله (۱۳۹۶). ضوابط شروط ضمن قرارداد، مطالعه موردی: وجه التزام بانکی. *اقتصاد اسلامی*، ۱۷(۶۶)، ۱۵۷-۱۳۳.
- حسینی، سید امراله (۱۳۹۷). امکان سنجی تعزیر مالی مدیون مماطل در نظام بانکداری اسلامی. *اقتصاد اسلامی*، ۱۸(۶۹)، ۲۲۶-۲۰۱.
- حکیم، سید محسن (۱۳۹۲). *مستمسک العروه الوثقی*. نجف: مطبعه الآداب.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۵ق). *کتاب البیع*. قم: اسلامی.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۶ق). *تحریر الوسيله*. قم: الإسلامی.

- خوانساری، سید احمد (۱۳۶۴). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مکتبه الصدوق.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۵). مستند العروه. قم: دار العلم.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ق). مصباح الفقاهه. قم: انصاریان.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعه الإمام الخویی. قم: إحياء آثار الإمام الخویی.
- رحمانی، محمد؛ و زروندی، نفیسه (۱۳۹۲). شرط ضمان در ید امین. فقه (کاوشی نو در فقه)، ۲۰(۸۷)، ۸۶-۱۰۳.
- سبزواری، محمدباقر (۱۴۱۷ق). کفایه الأحکام. قم: اسلامی.
- سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیة. قم: داوری، اول.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۴ق). مسالک الأفهام فی شرح شرایع الإسلام. قم: معارف اسلامی.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۱۰ق). البینک اللاریوی فی الاسلام. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۱۷ق). اقتصادنا. قم: دفتر تبلیغات اسلامی، اول.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۷ق). العروه الوثقی فیما تعم به البلوی. قم: اسلامی.
- طباطبایی، سید علی (۱۴۱۲ق). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام باللائل. قم: اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۸)، المبسوط فی الفقه الامامیه، تهران: المکتبه المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام. قم: اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء. قم: آل‌البيت (ع).
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام. قم، امام صادق (ع).
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران، دار الکتب الإسلامیة.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). الزامهای خارج از قرارداد (ضمنان قهری). تهران: دانشگاه تهران.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). عقود معین. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد. قم: آل‌البیت(ع).
- مداحی، جواد (۱۳۸۶). آسیب شناسی مطالبات معوق. بانک صادرات ایران، (۱۳) ۴۲-۳۶.
- مسلم نیشابوری، ابن حجاج (بی‌تا). صحیح مسلم. بیروت: دار الفکر.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۴). مجموعه آثار استاد شهید مطهری. تهران: صدرا.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۸). مسأله ربا و بانک. تهران: صدرا.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۹). یادداشت‌های استاد مطهری. تهران: صدرا.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیه. قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین(ع).
- ملاکریمی، فرشته (۱۳۹۴). بررسی روش‌های حل معضل تأخیر تأدیه در نظام بانکداری بدون ربا
ایران، با تکیه بر تجارب بانک‌های اسلامی. تهران: آموزش عالی بانکداری.
- مؤمنی علیرضا؛ و شریفی حسن (۱۳۹۳). صندوق‌های ضمانت و بیمه سرمایه‌گذاری. تهران:
دانشگاه شهید بهشتی.
- موسویان، سید عباس (۱۳۸۵). بررسی راهکارهای حل مشکل تأخیر تأدیه در بانکداری بدون ربا.
فقه و حقوق، ۲(۸)، ۱۰۵-۱۲۴.
- موسویان، سید عباس؛ و میسمی، حسین (۱۳۹۳). بانکداری اسلامی. تهران: پژوهشکده پولی و
بانکی.
- نایینی، محمد حسین (۱۳۷۳ق). منیة الطالب. تهران: المكتبة المحمدیه.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام. بیروت: داراحیاء التراث
العربی.
- نظریور، محمدنقی؛ و ملاکریمی، فرشته (۱۳۹۹). بررسی قاعده استیمان و کاربردهای آن در
قراردادهای بانکی. اقتصاد و بانکداری اسلامی، ۹(۳۰)، ۲۵-۴۷.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۳ق). قرانات فقهیه معاصره. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه
اسلامی بر مذهب اهل‌بیت(ع).
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۳۲ق). کتاب المضاربه. قم: بنیاد فقه و معارف
اهل‌البیت(ع).