

بررسی خاستگاه خیار در قرارداد مضاربه بانکی از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی

رضا میرزاخانی*

صادق الهام**

چکیده

امروزه در قراردادهای بانکی در بازار پول، انواع مختلف و متنوعی از تخلفات فقهی و حقوقی دیده می‌شود. برخی از این تخلفات ناشی از ربوی شدن یا صوری شدن قراردادهاست. از جمله عقود بانکی در راستای تخصیص و تجهیز منابع، عقد مضاربه می‌باشد که از عقود اسلامی پرکاربرد است و جایگزین مناسبی برای قرض به شمار می‌آید. یکی از مسائل مورد بحث در مورد این قرارداد بانکی، مسئله ضمان عامل (امین) است که در قرارداد مضاربه بانک به‌عنوان شرط در ضمن عقد لازم دیگر، تصحیح شده است؛ درحالی‌که اشکالاتی بر این شرط از جمله خلاف مقتضای عقد مضاربه بودن، مخالفت با قاعده «بطلان ربح مالم یضمن» و مخالف صریح با روایات باب مضاربه از سوی فقهاء مطرح شده است که به دنبال آنها، شرط یادشده را شرطی فاسد تلقی نموده‌اند.

سؤال اصلی این تحقیق، امکان‌سنجی فقهی اعمال خیار فسخ در عقد مضاربه بانکی در حالت تخلف از شرط فاسد می‌باشد. در این راستا با بررسی عیوب رضا، لاضرر، حاکمیت اراده، اشتباه و تروی، نظریه حمایتی به‌عنوان مبانی و ملاک‌های خیار در عقود، جریان خیار به‌عنوان راهکاری جبران‌کننده در شرط فاسد عقد مضاربه بررسی شده است. چنانچه مبنای جریان خیار در عقد مضاربه، حاکمیت اراده و شروط صریح و ضمنی اراده طرفین در عقد باشد، می‌توان جریان خیار در عقد مضاربه مشروط به شرط فاسد ضمان عامل را از منظر فقهی و حقوقی تصحیح کرده و قوانین و مقررات اجرایی حاکم بر آن را نهادینه نمود. واژگان کلیدی: مضاربه، شرط فاسد، خیار، لاضرر، حاکمیت اراده.

طبقه‌بندی JEL: K30

مقدمه

یکی از مباحثی که باید در راستای نظام بانکداری و قواعد حاکم بر آن تحلیل فقهی شود، امکان‌سنجی جریان‌های خیار در عقود و قراردادهای بانکی است. خیار به‌عنوان مهم‌ترین ابزار حق فسخ معاملات، از جایگاه قابل توجهی در فقه اسلامی و حقوق موضوعه برخوردار است؛ از این رو در متون فقهی و حقوقی به تناسب در ابواب مختلف بررسی شده است.

امروزه در قراردادهای بانکی در بازار پول، انواع مختلف و متنوعی از تخلفات دیده می‌شود. برخی از این تخلفات ناشی از ربوی شدن و یا صوری شدن قراردادهاست. در نظام بانکی بدون ربا سعی بر این است که فرایندهای متناسب با موازین شرعی جایگزین فرایندهای ربوی و غیرشرعی شود. این نظام بانکی باید از سویی اثرات سودمند نظام بانکی ربوی در حوزه تجهیز و تخصیص منابع را داشته باشد و از سوی دیگر با محذورات ربا مواجه نشود.

مسئله‌ای که امروز اهمیت دارد و تحقیق جدید در این زمان را اقتضا می‌کند، روش‌های نوینی است که به صورت نظام‌مند اتفاق می‌افتد و بخش عظیمی از مبادلات خصوصی و روابط اقتصادی و مالی بین دولت و اشخاص را دربرمی‌گیرد؛ از جمله آنها عقود است که در نظام بانکداری بدون ربا به‌عنوان جایگزین برای عقد قرض در نظر گرفته شده است.

این تحقیق که به روش توصیفی-تحلیلی و روش گردآوری اطلاعات، اسنادی-کتابخانه‌ای نگاشته شده است، در پی پاسخ به این سؤال است که متناسب با ماهیت قرارداد بانکی و مبانی و ملاک‌های خیار، کیفیت اعمال خیار در عقد مضاربه به‌عنوان یکی از عقود مهم بانکی در بازار پول در حالت تخلف از شرط فاسد چگونه است؟ به این منظور ابتدا فاسد بودن شرط ضمان در عقد مضاربه و سپس با رویکردی مبنایی ملاک‌ها و مبانی فقهی و حقوقی خیار در عقود تحلیل شده است و سرانجام با توجه به دستاوردهای پژوهشی این تحقیق، توصیه‌هایی جهت سیاست‌گذاری در نحوه تنظیم قرارداد مضاربه بانکی در نظام بانکداری بدون ربا ایران ارائه خواهد داد.

۱. پیشینه تحقیق

- کاشانی (۱۳۸۴ش)، «نارسایی‌های حقوقی بانکداری در ایران»: موضوع این مقاله، نارسایی‌های حقوقی بانکداری در ایران است که با چالش‌های قانونی گوناگونی روبه‌رو شده است. در این راستا پس از بیان یک پیشینه کوتاه تاریخی، دولتی کردن بانک‌ها، قانون عملیات بانکی بدون ربا و پیامدهای آن نقد و بررسی می‌شود. نویسنده در این مقاله تلاش بر این دارد تا با تفکیک بین ربا و

بهره بانکی و نقد نارسایی‌های نظام بانکداری اسلامی همان سیستم بانکداری غربی را تأیید و قابل اجرا در کشورهای اسلامی بداند.

- عیوضی (۱۳۸۶ش)، «مبانی خیار از منظر فقهاء»: نویسنده در این مقاله ضمن بیان اینکه خیار از یکی از مهم‌ترین دلایل نقض اصل لزوم عقود می‌باشد که آن را مورد تخصیص قرار داده است، مبانی تخلف از اصل لزوم در خیار که عرف و شرع آن را متزلزل نموده را بررسی، تحلیل و تبیین کرده است.

- هاشمی شاهرودی (۱۴۳۲ق)، بحوث الفقهیه؛ کتاب المضاربه: این کتاب شرحی است استدلالی، به زبان عربی، بر کتاب المضاربه از کتاب العروة الوثقی سید محمدکاظم طباطبایی یزدی. هاشمی شاهرودی در این کتاب، ضمن شرحی دقیق بر کتاب عروه الوثقی، مبانی و احکام و قواعد حاکم بر عقد مضاربه را در ضمن مبانی فقهی آن تحلیل نموده و به قراردادهای مستحدث بانکی و غیربانکی با موضوع مضاربه نیز اشاره دارد.

- اسحاق فیاض (۱۴۳۲ق)، البنوک: نویسنده در این کتاب بازار پول و بانک را از نظر فقهی و شرعی بررسی و تحلیل کرده و ضمن تبیین برخی از قراردادهای و فرایندهای بانکی، به لزوم تطبیق آنها براساس ضوابط فقهی تأکید می‌نماید. از جمله مسائلی که در این کتاب اشاره شده است، موضوع ربا و قراردادهای صوری در برخی از معاملات بانکی و مؤسسات مالی می‌باشد.

- عمیدزنجانی و احمدزاده (۱۳۹۰ش)، «بررسی کلیات احکام خیار»: در این مقاله، قواعد و احکام عمومی خیار، به‌عنوان یکی از سنت‌های معمول فقهای اسلامی در تبیین و تحلیل ماهوی خیار، بحث و واکاوی شده است. بعد از تحلیل و تبیین مقام بحث در هر یک از موارد یادشده و استخراج مبانی و اصول اتخاذی هر یک از دیدگاه‌ها، نظریه مختار و دیدگاه تنقیحی ارائه و تبیین شده است.

- مرتاضی و صفرخانی (۱۳۹۴ش)، «قواعد عمومی «خیار» از نگاه فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران»: نویسنده در این مقاله، شش قاعده «قابلیت اسقاط»، «قابلیت ارث‌بری»، «ضمانی بودن ید مفسوخ‌علیه پس از فسخ عقد»، «تقدم فسخ بر امضا»، «سقوط خیار با تصرف» و «عدم سقوط خیار با تلف عین» را به‌عنوان قواعد عمومی قابل اجرا در همه خیار و عدم لزوم اجرای فوری و تعلق ضمان به غیر صاحب خیار در صورت تلف عین در زمان خیار را به‌عنوان قواعد کلی قابل جریان در اغلب خیار، طرح و بررسی کرده است.

- میرزاخانی و موسویان (۱۳۹۶)، «جریان خیار در معاملات سهام»: نویسندگان در این مقاله با قبول سهام به‌عنوان سند حاکی از مالکیت مشاع از عین معین، جریان خیار را به‌عنوان

یک اصل پیشگیرانه و جبران‌کننده تحلیل کرده و ضمن تبیین مبانی و ملاکات خیارات در کلام فقهاء و حقوق‌دانان، دو مبنای لاضرر و حکومت اراده را مبنای اصلی بسیاری از خیارات دانسته‌اند. همچنین نویسندگان در این مقاله معتقدند که همراه با معاملات مبتنی بر اطلاعات نهانی و دستکاری بازار، عناوین غبن، تدلیس و ضرر شکل می‌گیرد که با وجود هر یک از این عناوین، در صورت فقدان مانع اجرایی، می‌توان قائل به حق خیار فسخ در معامله سهام شد.

شایان ذکر است که موضوع خیارات با توجه به اهمیت و نقش مهم آن در عقود، از دیرباز مورد تحقیق و پژوهش فقهاء و حقوق‌دانان و علماء بوده است؛ به‌گونه‌ای که فقهاء همواره یکی از بخش‌های مهم کتب فقهی خود را به بحث خیارات و احکام آن اختصاص می‌دهند. حقوق‌دانان نیز به دنبال فقهاء در کتب حقوقی خود به این موضوع اهمیت ویژه‌ای داده و آن را با توجه به قوانین حاکم، بررسی و تحلیل می‌کنند.

همان‌طور که بیان شد، آثار علمی زیادی در موضوع عقد مضاربه و قواعد فقهی و حقوقی حاکم بر آن و نیز عقود بانکی و خیارات فسخ در قالب کتاب و مقاله نگاشته شده، اما در زمینه امکان جریان خیارات فسخ معامله در حالت شرط فاسد در قرارداد مضاربه بانکی، پژوهشی صورت نگرفته است.

۲. شرط ضمان در عقد مضاربه

عقد مضاربه از عقود اسلامی پرکاربرد و جایگزین مناسبی برای قرض می‌باشد؛ اما برای جایگزینی در نظام بانکداری دقت به چند نکته (که به نظر می‌آید در مرحله قانون‌گذاری مغفول واقع شده‌اند) لازم است. همان‌گونه که معلوم است این عقد می‌تواند هم در ناحیه تخصیص و هم در ناحیه تجهیز منابع بانکی استفاده شود؛ اما با توجه به نظام بانکداری بدون ربا در ایران، آنچه مورد بحث در این مقاله است تخصیص منابع بانکی است.

یکی از مسائل مورد بحث در مورد این قرارداد بانکی، مسئله ضمان عامل (امین) است که در قرارداد مضاربه بانکی به‌عنوان شرط در ضمن عقد لازم دیگر، تصحیح شده در حالی که با توجه به آنچه فقهاء بیان داشته و مطابق تحقیق می‌باشد، ضمان امین خلاف مقتضای عقد مضاربه است. به‌عنوان نمونه، مرحوم علامه معتقد است که وجه بطلان شرط ضمان در عقد مضاربه تنافی آن با مقتضای این عقد می‌باشد (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۲۶۷).

صاحب جواهر این شرط را مخالف مقتضای اطلاق نه مطلق این عقد می‌داند. همچنین وی منافاتی بین ضمان و امانی بودن ید ندانسته و عاریه به شرط ضمان و یا مقبوض بالسوم و امثال آن را

نمونه‌ای از جمع بین امانی بودن ید و ضمان شمرده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۳۴۲). صاحب عروه نیز با او همراه می‌باشد (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۱۶۲).

شارحین عروه در این نظر با وی اختلاف داشته‌اند. برخی قول بطلان را تقویت نموده و معتقدند که فقط در صورتی که شرط شود عامل ضامن نیمی از خسارت وارد بر سرمایه باشد، این شرط صحیح است؛ اما تا زمانی که در ذیل عقد لازم شرط نشده باشد، لازم‌الوفاء نخواهد بود (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۶۲). برخی دیگر نیز این شرط را غیر معقول دانسته و یا خالی از اشکال ندانسته‌اند. بعضی نیز این شرط را به نحو شرط فعل، نه نتیجه صحیح می‌دانند (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۶۲).

عده‌ای از فقهاء نیز شرط ضمان در عقد مضاربه را مخالف صریح روایات در باب مضاربه دانسته و حتی برخی از فقهاء که اصل ضمان امین را پذیرفته‌اند، در مضاربه به علت وجود روایات خاص، به این شرط اشکال کرده‌اند (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۲۷۵-۲۷۷)؛ از این رو ضامن قرار دادن او همراه با مشارکت در سود خلاف صریح روایات می‌باشد.

دلیل دیگری که علاوه بر روایات وجود دارد، مخالفت شرط ضمان، با قاعده بطلان ربح مالم یضمن (أحمدبن حنبل، بی تا، ج ۲، ص ۱۷۵) است. اگر این قاعده از نظر سند و متن، تمام باشد که ظاهراً همین طور است مفاد آن صریح در این است که بین ضمان و سود رابطه مستقیم وجود داشته و کسی می‌تواند سود را دریافت نماید که ضامن سرمایه باشد؛ در غیر این صورت گرفتن سود ربا محسوب شده و حرام می‌باشد؛ از این رو با ضامن قرار دادن عامل مضاربه مالک، خسارات احتمالی وارده را بر عهده نگرفته و شریک شدن او در سود از شبهه ربا خالی نمی‌باشد.

بنابراین طبق آنچه از ادله فقهی بیان شد، شرط ضمان در عقد مضاربه امکان‌پذیر نبوده و با توجه به اینکه مخالف قاعده بطلان ربح مالم یضمن است و شبهه ربوی بودن، به طور جدی در آن وجود دارد (شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۲۱۹-۲۲۱)، لذا در ضمن عقد خارج لازم نیز نمی‌توان عامل را ضامن نمود.

حال اگر چنین شرطی در ضمن عقد مضاربه بانکی، فاسد تلقی شود، بحث خیار تخلف از شرط فاسد مورد تامل بوده و این سوال مطرح می‌باشد که اگر عامل از شرط فاسدی که در عقد مضاربه محقق شده است، تخطی نماید، برای بانک به عنوان مضارب خیاری قابل فرض است و یا چون شرط ضمان عامل، شرطی فاسد و باطل می‌باشد، تخلف از آن، خیاری را هم در پی نخواهد داشت که این مسئله شایسته تحقیق است.

برای پاسخ به این سؤال و امکان اجرای خیار در این فرض، ابتدا باید ملاک‌ها و مبانی خیارات

در عقود بررسی و تحلیل شود تا مشخص شود که خاستگاه جریان خیار در عقود چگونه و در چه مواقعی بوده و آیا مجرای برای اعمال خیار در عقد مضاربه همراه با شرط فاسد وجود دارد یا خیر.

۳. مبانی و ملاک‌های ایجاد خیار

۳-۱. عیوب رضا (عیوب اراده)

رضا در لغت به معنای موافقت، سرور قلب در مقابل سخط و کراهت، طیب نفس و اختیار به کار می‌رود (ابن اثیر، بی تا، ج ۲، ص ۲۳۲). رضایی که برای نفوذ و ترتیب اثر معاملات و اعمال حقوقی ضروری و لازم است، رضای طبیعی و خودجوش است. شارع و مقنن، رضای ناشی از طیب نفس و رضای طبیعی را برای تأثیر انشاء شرط کرده است. بنابراین در حالتی که در معامله اکراهی، شوق و رضایت طبیعی وجود ندارد، معامله غیر نافذ است و برای نفوذ نیاز به الحاق رضایت طبیعی معامله‌کننده است. لذا منظور از رضا در معاملات رضای طبیعی و طیب نفس است، نه رضای عقلانی (صنعانی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۷۸۷؛ غزالی، بی تا، ج ۴، ص ۲۸۸-۳۳۴). بنابراین اگرچه برخی از فقهاء و علمای اسلامی رضا را اعم از شوق طبیعی و عقلی می‌دانند (اصفهان‌ی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۰)، ولی آنچه از تعاریف اکثر علماء اصطیاد می‌شود، این است که منظور از رضا، میل و شوق طبیعی ناشی از طیب نفس است و همین شوق و تمایل است که در حقوق منشأ اثر بوده و فقهاء در فقه معاملات، چنین معنایی را از رضا را مورد نظر دارند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۲۶۵-۲۶۶).

۳-۱-۱. نظر فقهاء

فقهاء شرایط صحت معامله را در دو عنوان کلی شرایط متعاقدين و شرایط عوضین مطرح می‌کنند و ذیل بررسی شرایط متعاقدين، قصد و رضای در معامله را تبیین می‌نمایند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۳۰۷). برخی از فقهاء قصد و رضا را تحت عنوان کلی «اختیار» بررسی می‌کنند و آن را از شرایط متعاقدين می‌دانند و بر این عقیده‌اند که منظور از رضا، «قصد به وقوع مضمون عقد از روی طیب نفس در خارج» است و در مقابل کراهت و عدم رضا قرار دارد نه مقابل جبر و الجاء. اگر مقابل جبر باشد، عقد مکروه به دلیل نداشتن قصد موضوعاً خارج می‌شود (خویی، بی تا، ج ۳، ص ۲۸۱).

حقیقت آن است که در فقه، قصد و رضا از یکدیگر متمایز هستند و احکام متفاوتی دارند؛ فقدان قصد در همه عقود و معاملات، سبب بطلان عقد خواهد بود و بر همین اساس قاعده العقود

تابعه للقصد از قواعد اساسی و مبنایی در فقه العقود می‌باشد؛ اما چنین اثری در مورد فقدان رضا وجود ندارد و در عقد اکراهی نبود رضای مالک سبب بطلان نمی‌شود و تنها عقد را غیر نافذ می‌نماید (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۸۶).

۳-۱-۲. نظر حقوق دانان

حقوق دانان رضا را میل قلبی به طرف یک عمل حقوقی که سابقاً انجام شده یا اکنون انجام می‌گیرد یا در آینده واقع خواهد شد، می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳ش، ج ۴، ص ۳۳۵). منظور از رضا در معنای مطلق آن و به عنوان شرطی برای اعتبار عقد، میلی است که در حالت عادی و بدون ورود فشار خارجی در شخص طرف معامله برای تشکیل عقد پیدا می‌شود که می‌توان آن را «رضای آزاد» تعبیر نمود؛ البته میل حاصل از دخالت فشار خارجی را نیز می‌توان رضا دانست که از همین روی مطابق ماده ۱۹۹ قانون مدنی، میل ناشی از فشار: «رضای» حاصل از اکراه نامیده شده است (شهیدی، ۱۳۸۲ش، ج ۱، ص ۱۷۳).

حال چنانچه ملاک و مبنای خیار، رضای معاملی باشد، در صورتی که عقد مضاربه بانکی همراه با شرط ضمان عامل منعقد، و طبق ادله فقهی شرط فاسد تلقی شود، این عقد مورد رضایت متعاقدین نبوده و مجرای اعمال خیار را در صورت عدم وجود مانع فراهم می‌کند.

۳-۲. لاضرر

یکی از مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقه مانند عبادات و معاملات به آن استناد می‌شود، قاعده لاضرر است. در خصوص لاضرر، روایات بسیار زیادی وارد شده که از فرط تعدد به صورت تواتر اجمالی درآمده‌اند؛ حدیث لاضرر به اسناد گوناگون نقل شده و مورد قبول فقیهان قرار گرفته است و اشکال در سند آن را روا نمی‌دارند (خمینی، ۱۳۸۵ق، ج ۱، ص ۱۹)، تا آنجا که برخی از فقهاء آن را یکی از پنج حدیثی می‌دانند که فقه اسلامی بر محور آن می‌چرخد (ابن نجیم، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۲۷۴).

در مورد کلمه ضرر و ضرار معانی مختلفی از طرف صاحب نظران در کتب لغت و منابع فقهی ذکر شده است که با توجه به بررسی موارد کاربرد واژه‌های ضرر و ضرار در منابع اسلامی نشان می‌دهد که «ضرر» شامل تمامی خسارت‌ها و زیان‌های وارد بر دیگری است، ولی «ضرار» مربوط به مواردی است که شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگری زیان وارد کند که در اصطلاح امروزی از چنین مواردی به «سوء استفاده از حق» تعبیر می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۴۱).

در تبیین مفاد این قاعده نظریات مختلفی وجود دارد. مهم‌ترین آنها نظریه شیخ انصاری مبنی بر نفی حکم ضرری (انصاری، بی‌تا، ص ۱۷۲ به بعد) و نظریه آخوند خراسانی یعنی نفی حکم به لسان نفی موضوع ضرری (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۸۱) که بر مبنای آن مفاد قاعده نفی آن دسته از احکامی است که موضوع آنها ضرری است و تفسیر امام علیه السلام از قاعده می‌باشد که نفی ضرر را از باب احکام سلطانیه و حکومتی می‌دانند (خمینی، ۱۳۸۵ق، ج ۱، ص ۵۵-۵۰).

۳-۲-۱. نظریه برگزیده

پذیرش هر یک از دیدگاه‌های پیش‌گفته که راجع به ماهیت قاعده لاضرر مطرح شده، در اختیار نظریه جبران ضرر ناروا به‌عنوان مبنای اختیارات فسخ تأثیر اساسی دارد. با این توضیح که با پذیرش نظریه اخیر یعنی نظر حضرت امام خمینی علیه السلام که حکم نهی قاعده لاضرر را حکمی حکومتی قلمداد می‌کند و آن را تنها محدودکننده قاعده تسلیط می‌داند، نمی‌توان قائل به مبنائیت قاعده لاضرر در اختیارات فسخ بود؛ زیرا مطابق این نظر، اصولاً قاعده لاضرر توان معارضه با احکام اولیه دیگر و از جمله حکم اولی لزوم قراردادهای را ندارد.

همچنین، با پذیرش مبنای مرحوم آخوند خراسانی در ماهیت قاعده لاضرر نیز، مبنای بودن قاعده یادشده برای اختیارات با چالش جدی مواجه خواهد شد؛ زیرا مطابق با این نظر در هر مورد که موضوع حکم ضرری نباشد و نفس حکم ضرری باشد؛ یعنی مسبب از نفس حکم باشد، قاعده لاضرر نمی‌تواند حکم ضرری را الغاء نماید. به‌عنوان مثال در معامله غبنی ضرر، ناشی از لزوم می‌باشد نه از خود معامله غبنی، چراکه لزوم، یک حکم شرعی است و بنا بر مبنای مرحوم آخوند، لاضرر نمی‌تواند لزوم قرارداد و معامله غبنی را لغو نماید (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۳۴).

لذا به نظر می‌رسد که (لا)ی موجود در عبارت لاضرر و لاضرار، (لا)ی نافی است و از مدخل فرد یعنی «ضرر و ضرار» نفی جنس می‌کند؛ زیرا اصولاً الفاظ در معنای موضوع‌له و حقیقی خود به‌کار می‌روند و استعمال الفاظ در معنای مجازی برخلاف اصل است. معنای حقیقی (لا) در جمله اسمیه نیز نفی است نه نهی و منع (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۳۸۲). مضاف بر اینکه به کار بردن (لا) در یک جمله اسمیه در معنای نهی، برخلاف فصاحت است. همچنین عبارت لاضرر و لاضرار به دلیل واقع شدن نکره در سیاق نفی افاده عموم می‌کند و بنابراین هر نوع ضرری که ایجاد شود، توسط این قاعده مرتفع می‌شود.

بنابراین اولاً کلمه «لا» در جمله لا ضرر و لا ضرار، نافی است، نه ناهیه؛ ثانیاً اختصاصی به ضرر شخصی ندارد، بلکه ضرر نوعی را هم شامل می‌شود و ثالثاً احکام شریعت اسلام - اعم از

تکلیفی و وضعی - مبتنی بر نفي ضرر عمومی و نوعی است و در احکام اولیه اسلام به طور کلی این اصل، یعنی عدم زیان عامه رعایت شده و همچنین در روابط اجتماعی مردم نیز هرگونه اقدام زیان بار مورد امضای شرع مقدس نیست (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۵۰).

شایان ذکر است که در فقه امامیه، فقها مبنای برخی از اختیارات از جمله خیار غبن (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۴۲)، خیار عیب (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۹۴)، خیار تأخیر ثمن (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۲۱۸)، خیار تدلیس (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۲۶۲-۲۶۴)، خیار رؤیت (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۲۴۵)، خیار تبعض صفقه (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۴۴) را قاعده لاضرر دانسته‌اند.

بنابراین، اگر مبنای اختیارات در معاملات، لاضرر باشد، در صورتی که عقد مضاربه بانکی همراه با شرط ضمان عامل منعقد شود و با توجه به فاسد دانستن آن طبق ادله فقهی، متعاقدين از جانب این شرط و عقد، دچار ضرر مادی می‌شوند که از این نظر در جهت جبران ضرر، خاستگاهی برای امکان اجرای خیار فسخ در عقد یادشده فراهم می‌آید.

۳-۳. حاکمیت اراده

براساس این مبنا، اختیارات فسخ در عقود لازم، به خواست و اراده صریح یا ضمنی دو طرف قرارداد باز می‌گردند و حکومت اراده مبنای واقعی التزام به عقد و حدود آن است. قائلین به این دیدگاه مبنای اختیار را شروط میان متعاقدين در قرارداد می‌دانند. براساس یکی از تقسیم‌بندی‌ها، شروط را به دو دسته کلی شروط صریح و شروط ضمنی تقسیم می‌کنند (میرزاخانی و موسویان، ۱۳۹۶، ص ۱۰۲).

۳-۳-۱. شرط صریح

شرط صریح تعهدی است تبعی که در متن عقد بیان می‌شود. هر یک از طرفین عقد موظف است طبق شرط یادشده در عقد رفتار کند و متعهد نمی‌تواند در ایفای شرط تصریح شده در عقد، کوتاهی نماید. تمامی قیودی که به صراحت ایجاد تعهد می‌کنند، شرط محسوب می‌شوند. برای نمونه اگر در متن قرارداد بیع، اوصاف کمالی برای مبیع که عین معین است ذکر شود، این اوصاف شرط صریح محسوب می‌شوند و در فرض تخلف، خیار تخلف شرط به وجود می‌آید (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۵۳).

شایان ذکر است که مبنای برخی از اختیارات شرط صریح مندرج در قرارداد می‌باشد و از میان

خيارات، خيار شرط و خيار تخلف از شرط در صورت ذکر و پيش بينی در قرارداد محقق می شوند و فقهاء و حقوق دانان به اين مبنا برای اين خيارات اشاره نموده اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۱۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۲۳).

۳-۳-۲. شرط ضمنی

شرط ضمنی، تعهدی است که در متن عقد ذکر نمی شود؛ اعم از آنکه پيش از عقد ذکر شود و عقد با لحاظ آن تشکیل شود یا هرگز ذکر نشود و از اوضاع و احوال و سیره عرفی و دیگر قراین مفادش استنباط شود. به عبارت دیگر شروطی که نه به دلالت صریح و مطابقی، بلکه به دلالت تضمنی و یا التزامی در ضمن عقد مورد التزام طرفین قرار می گیرند، شروط ضمنی خواهند بود (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۳۹۳).

شایان ذکر است که مطابق نظر برخی از فقهاء، مبنای خيار غبن (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۵۷)، عیب (خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۵۱۸)، تخلف از شرط (خویی، بی تا، ج ۷، ص ۴۰۳)، تأخیر (قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۷، ص ۲۳۴) و رؤیت (خویی، بی تا، ج ۷، ص ۸۳) و نیز خيار تبعض صفقه (خویی، بی تا، ص ۱۶۰)، تخلف از شرط ضمنی است.

یکی از انواع شروط ضمنی، شرط ضمنی بنایی است که از ابتکارات فقیهان امامی است و تفکیک آن از شرط ضمنی عرفی ضروری به نظر می رسد؛ زیرا طبیعتاً فرق است بین شرطی که به یک عقد اختصاص دارد و فقط معهود بین طرفین آن است، با شرطی که در همه معاملات از آن نوع متعارف است.

جمعی از فقیهان، شرط ضمنی بنایی را مشروع و لازم الوفا می دانند که از جمله اینان می توان از صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۱۹۸)، محقق اصفهانی (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۷۰)، و آیه الله خویی (خویی، بی تا، ج ۶، ص ۱۳۴-۱۳۵) نام برد. به نظر این فقهاء، توافق در مورد شرط پيش از عقد، چه در قالب کلمات رسمی به صورت تعهد و التزام و چه به صورت گفتگو، چنانچه در تراضی ملحوظ شود در حکم ذکر در متن عقد است.

شرط ضمنی عرفی نیز یکی از مصادیق شرط ضمنی است که گرچه متعاملین بدان تصریح نکرده اند، اما به قرینه عرف و عادت معلوم بوده و در قرارداد مفروض است. قرارداد چون در ظرف عرف قرار گیرد، دلالت عرفی بر امری می کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲ش، ص ۴۳۲).

در حقوق ایران به نظر می رسد شرط ضمنی عرفی از اعتبار لازم برخوردار است؛ زیرا در موادی از قانون مدنی به اعتبار عرف تصریح شده است. قانونگذار در ماده ۲۲۵ قانون مدنی می نویسد:

«متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد، به منزله ذکر در عقد است». ماده ۲۲۰ قانون مدنی نیز مفادی مشابه ماده مذکور دارد.

یکی دیگر از انواع شرط ضمنی، شرط ضمنی قانونی شرطی است که به حکم قانون وارد قرارداد شده است و وظایفی را بر عهده طرفین قرارداد می گذارد. از همین روی گفته شده است که لوازم قانونی را باید وسیله تکمیل قرارداد شمرد نه تفسیر آن و اصطلاح شرط ضمنی در این مورد برای توجیه و تعیین طبیعت و قلمرو حکم موجود و از ابزار تفسیر قانون است نه شرط واقعی (کاتوزیان، ۱۳۸۷ش، ج ۳، ص ۱۲۳).

شرط ضمنی ارتكازی نیز یکی دیگر از اقسام شرط ضمنی تلقی می شود. ارتكاز از ماده «ركز» و به معنای آن چیزی است که ثابت و استقرار یافته است. اصل ریشه (ركز) نیز به معنای استقرار یک شیء در محل و موضعی خاص می باشد (حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص ۲۶۱۳). معنای اصطلاحی واژه ارتكاز عبارت است از رسوخ و ثبوت معنایی خاص در ذهن. به عبارت واضح تر، رسوخ و ثبوت معنایی خاص در ذهن گروهی یا اکثر یا همه مردم را ارتكاز می گویند (شاهرودی و همکاران، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۳۴۵).

فقها در ابواب مختلف فقهی و در مسائل گوناگون به شرط ضمنی ارتكازی اشاره کرده اند و مسائل مزبور را با همین مبنا توجیه نموده اند. به عنوان مثال، برخی لزوم اقباض مورد معامله را شرط ضمنی ارتكازی میان متعاقدين تلقی کرده اند (قمی، ۱۴۰۰ق، ج ۴، ص ۴۸۸).

شیخ انصاری مقتضای اطلاق عقد را وقوع عقد مبنی بر سلامت کالا از عیب دانسته و ترک اشتراط سلامت کالا را به دلیل اعتماد بر اصل سلامت اعلام می نماید (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۲۷۱). برخی از فقهاء (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۱۰) انصراف بیان ایشان را به شرط ضمنی ارتكازی تلقی نموده اند. در میان فقهای معاصر نیز، مرحوم آیت الله خوئی بیش از هر کس دیگری، شرط مزبور را در آثارش مطرح کرده و بدان پرداخته است. برای مثال، ایشان مبنای خیار غبن (خویی، بی تا، ج ۶، ص ۴۰۳) و تبعض صفقه (خویی، بی تا، ص ۱۶۰) را شرط ضمنی ارتكازی دانسته است.

در صورتی که ملاک و مبنای خیار در معاملات را حاکمیت اراده و شروط ضمن عقد تلقی نماییم، در فرض منعقد شدن عقد مضاربه بانکی همراه با شرط ضمان و در فرض قائل شدن به فساد این شرط طبق ادله فقهی، در حالتی که متعاقدين خیار فسخ را ضمن عقد مذکور به صورت صریح یا ضمنی شرط کرده باشند، می توان خیار فسخ عقد را از قواعد حاکم بر آن عقد دانست.

۳-۴. نفی اشتباه و تروی

واژه تروی از «رویه» به معنای تفکر در امر می‌آید (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۳۶۴). تروی را به تدبّر و تفکر در امر بیع تعبیر کرده‌اند تا آنچه که از فسخ یا ابقاء یا امضا به مصلحت فرد است را، انجام دهند (مامقانی، ۱۳۵۰ق، ص ۶). اشتباه واژه‌ای عربی از ماده «شبه»، مصدر باب افتعال و به معنای شک کردن در صحت چیزی و مخفی ماندن واقعیت چیزی و خلط کردن بین دو چیز است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۵۰۳-۵۰۴). اشتباه نیز به‌طور کلی عبارت است از تصور خلاف واقع از چیزی و انعکاس آن در تصدیقات (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲ش، ص ۹۰).
گاه اشتباه به اندازه‌ای مهم است که اراده یا توافق اراده را از بین می‌برد و موجب بطلان معامله می‌شود. بطلان عقد به علت اشتباه، بطلان مربوط به وجود مانع تأثیر اراده می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۲ش، ص ۱۶۳). برخی یکی از آثار اشتباه را، در پاره‌ای از موارد، ثبوت خیار فسخ قلمداد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷ش، ج ۱، ص ۴۴۳).

۳-۴-۱. اشتباه و تروی در فقه

برخی از فقهاء نیز تروی و اشتباه را مبنای برخی از خیارات تلقی می‌نمایند (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۲۴). به‌عنوان مثال مرحوم شیخ انصاری عدم رعایت اصل مسلّمه لزوم را در خیار مجلس و نظایر آن، تروی (تأمل بیشتر) توجیه می‌کند تا بدین وسیله اشتباهات احتمالی رفع شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۱۶).
عده‌ای از فقهاء نیز در مورد خیار مجلس، تروی را حکمت جعل خیار تلقی نموده‌اند (عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۲۹). به این دلیل که بنای متعاملین در مجلس بر تروی است. لذا سکوت آنان را کاشف از التزام نمی‌دانند (گیلانی، ۱۴۰۷ق، ص ۲۰۴).
همچنین، برخی از فقهاء نیز حکمت جعل خیار حیوان را ایجاد فرصت و مهلت برای تروی و تشخیص اعلام نموده‌اند؛ زیرا حیوانات از حیث خلق و جهات باطنی مختلف هستند لذا جهت تروی برای مشتری، خیار جعل شده است (گیلانی، ۱۴۰۷ق، ص ۲۸۲).

۳-۴-۲. اشتباه و تروی در حقوق

برخی از حقوق‌دانان مبنای برخی از خیارات را تروی قلمداد می‌کنند. دکتر جعفری لنگرودی یکی از اقسام خیارات را، خیارات تروی می‌داند و دو خیار شرط و خیار مجلس را مشمول آن قرار می‌دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱ش، ص ۲۰۷). همان‌گونه که بسیاری از فقهاء قائل به آنند، شاید بتوان تروی را به‌عنوان حکمت (و نه مبنای) جعل خیارات در نظر گرفت (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۳).

در صورتی که ادله فقهی اشتباه و تروی در جهت اثبات خیار تمام باشد، می‌تواند برای جریان خیار فسخ عقد در معاملات مضاربه بانکی که مقرون به شرط ضمان برای عامل است، خاستگاه فقهی و حقوقی مناسبی را فراهم آورد.

۳-۵. نظریه حمایتی

براساس این نظریه عرف و شارع، به منظور حمایت از اشخاص متعاقدین، خیار فسخ را منظور نموده تا در خصوص حوزه روابط فیما بین دو طرف معامله از حقوق آنها در مقابل یکدیگر حمایت شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷ش، ج ۵، ص ۶۷). این نظریه صرفاً از طرف حقوق دانان مطرح شده است براساس این نظریه اختیارات چهره‌ای حمایتی و خصوصی دارد و از قواعد مربوط به نظم عمومی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۷ش، ج ۵، ص ۶۷).

نکته دیگر آنکه هر چند بسیار محتمل است که اهداف و اغراض حمایتی در صدور حکم اختیارات مد نظر شارع و قانونگذار بوده باشد، با این حال نمی‌توان نظریه حمایتی را به‌عنوان مبنایی علیحده و مستقل در ردیف دیگر نظرات مطرحه در حوزه مورد بحث قرار داد؛ زیرا بازگشت این نظر به مبنای دیگری مثل دفع ضرر ناروا می‌باشد و توجیه اختیارات براساس نظریه حمایتی، همان مبنای نفی ضرر می‌باشد.

حال با توجه به آنچه از مبنای و ملاک اختیارات در کلام فقهاء و حقوق دانان مطرح شد، به نظر می‌رسد دو مبنای لاضرر و حکومت اراده را می‌توان به‌عنوان مبنای اصلی خیلی از اختیارات دانست. مبنای عیوب رضا و اکراه و نیز نفی اشتباه و تروی و نظریه حمایتی که از سوی برخی از صاحب نظران به‌عنوان مبنای حق فسخ معاملات تبیین شده است، در صورتی که ادله آنها را تمام بدانیم، می‌تواند مبنای برخی از اختیارات قرار گیرد؛ از این رو آنچه از عمومیت بیشتر برای مبنای اختیارات برخوردار است، مبنای لاضرر و حاکمیت اراده است که شرط صریح و ضمنی را ذیل خود شامل می‌شود (میرزاخانی و موسویان، ۱۳۹۶، ص ۱۰۵-۱۰۶).

بنابراین، چنانچه در معامله‌ای از جمله عقد مضاربه بانکی که مقرون به شرط ضمان عامل است، این مبنای وجود داشته باشد، خاستگاه اولی برای جریان خیار در آن معامله تحقق می‌یابد و چنانچه مانع درونی یا بیرونی برای جریان خیار در آن معامله وجود نداشت، به مقتضای همان مبنای، خیار مورد نظر در معامله شکل می‌گیرد.

همان‌طورکه بیان شد، مبنای لاضرر و حاکمیت اراده از عمومیت بیشتری در میان اختیارات برخوردار است و لذا فاسد و باطل بودن شرط ضمان در قرارداد مضاربه را می‌توان بر مبنای لاضرر و حاکمیت اراده و شروط ضمن عقد، بررسی و تحلیل نمود.

۴. ترتب خیار بر شرط فاسد در عقد مضاربه

همان‌طور که در ابتدای مقاله بیان شد، با توجه به اشکال فقها بر شرط ضمان در عقد مضاربه، این شرط فاسد بوده و لذا توانایی تحقق در عقد مضاربه را نخواهد داشت. در این راستا یکی از راهکارهایی که برای جبران آن در فقه و حقوق پیش‌بینی شده است، خیار فسخ می‌باشد. حال باید بررسی شود که آیا بر فرض فاسد بودن شرط در عقد مضاربه، با توجه به ملاک و مبانی وجود خیار در معاملات، امکان جریان خیار فسخ در آن وجود دارد یا خیر.

با توجه به آنچه در زمینه مبانی فقهی و حقوقی مبنای لاضرر و حاکمیت اراده در جهت اثبات خیار فسخ در معاملات بیان و تحلیل شد، هر دو مبنای لاضرر و حاکمیت اراده در ما نحن فیه تحقق دارد و لذا در صورتی که مانع دیگری از نظر فقهی وجود نداشته باشد، می‌توان حکم به جریان خیار فسخ نمود.

در اینکه آیا شرط فاسد موجب خیار است یا خیر در بین فقها اختلاف وجود دارد. شیخ انصاری دو قول را در این موضوع بیان کرده است. وی از آن جهت که ادله و مبانی خیار همچون لاضرر و حاکمیت اراده را در اینجا جاری می‌داند و از نظر ایشان، مانع شرعی (فساد) تفاوتی با مانع عقلی (تعذر) ندارد، خیار را ثابت دانسته و حکم به جریان خیار بر شرط فاسد در عقد نموده است. اما از آن جهت که «لا ضرر» بنابر نظر مشهور صلاحیت تأسیس حکم نداشته و موارد حکم‌ساز نیز به دلیل اجماع است، خیار را در عقد مبتنی بر شرط فاسد جاری نمی‌داند؛ زیرا اجماع دلیل لبی است که باید به قدر متیقن آن اکتفا نمود، حال آنکه قدر متیقن، در صورت صحت شرط و تعذر بوده و در حالت فساد شرط تحقق ندارد. افزون بر آنچه بیان شد باید گفت که «جهل به حکم» ضرر نیست و الا هر زمان هر کس به حکم شرع جاهل بود باید لاضرر را اجرا می‌نمود. فرض یادشده صورت جهل می‌باشد؛ زیرا در صورت علم و اقدام به شرط، قاعده اقدام نه لاضرر جاری خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۹۰-۹۵). توضیح بیشتر اینکه قاعده اقدام حاکم بر قاعده لاضرر می‌باشد و لذا وقتی فردی خود اقدام به ضرر خویش نماید، قاعده لاضرر مصداقی نخواهد داشت. قاعده لاضرر برای حمایت از متضرری است که خود مقدمات زیان را برای خویش فراهم نکرده باشد (کاشانی، ۱۴۰۴ق، ص ۷).

در راستای امکان‌سنجی جریان خیار در شرط فاسد در عقد مضاربه بانکی، این نکته را نیز باید خاطر نشان نمود که برخی از پژوهشگران نیز معتقدند که تمامی ادله خیار اعم از اجماع و بناء عقلا یا مبانی خیارات همچون لاضرر ناظر به حالت عدم سلامت شرط، به معنای عدم وصول به آن و عدم حصول شرط می‌باشد؛ اما اگر مشروط علیه به شرط خود وفا کند و آن را ادا نماید دلیلی

بر ثبوت خیار وجود نخواهد داشت و بعد از آنکه مشروط علیه به شرط وفا نمود، حکم شارع به عدم نفوذ یا حرمت شرط دلیلی بر ثبوت خیار نمی‌باشد. بعد از این بیان، این دسته از فقهاء اقوال در مسئله را به سه دسته کلی تقسیم نموده‌اند: اول ثبوت خیار به‌طور مطلق و دوم عدم ثبوت به‌طور مطلق، سوم تفصیل بین شرط وصف و شرط نتیجه و فعل (خویی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۳۲۳).

مرحوم شیخ انصاری همان‌طورکه بیان شد قائل به عدم خیار است؛ درحالی‌که برخی از شارحین مکاسب قائل به خیار هستند (اصفهان‌ی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۲۲۹).

مرحوم امام خمینی رحمته‌الله نیز قائل به تفصیل به معنای ثبوت خیار در شرط فعل و نتیجه از یک سو، و عدم ثبوت خیار در شرط وصف از سوی دیگر می‌باشد. وی می‌گوید: بر مبنای آنچه بیان شد که روایت المومنون عند شروطهم تمامی اصناف شروط اعم از نتیجه و فعل و وصف را دربر می‌گیرد، می‌توان گفت که مقتضای آن عدم خیار در صورتی است که شرط از نوع شرط وصف باشد؛ زیرا شرط وصف اثری به غیر از خیار ندارد و معنای لزوم ملازمه مشروط‌علیه با شرط خود همان ترتیب آثار خیار هنگام تخلف آن می‌باشد؛ پس دلیل شرط در این قسمت بر عدم لزوم ترتیب آثار خیار یا عدم جواز آن بوده و لازمه آن عدم ثبوت خیار است؛ پس اگر شرط کند انگور بر صفتی باشد که صلاحیت شراب شدن را داشته باشد و این شرط شرعاً باطل است پس لازمه بطلان آن عدم خیار است؛ زیرا بطلان در این موضوع معنایی به غیر از عدم خیار نخواهد داشت برخلاف شرط نتیجه و فعل.

به‌طورکلی باید گفت شرط صفت اثری به غیر از ثبوت خیار ندارد و بطلان آن نیز معنایی به غیر از نفی خیار نخواهد داشت؛ اما در غیر از شرط صفت دلالت بر نفی اثر در نتیجه و عدم وجوب در فعل دارد و دلیلی بر تنزیل شرط به منزله عدم نیست تا عدم خیار را از آن استفاده کرد (خمینی، ۱۴۳۰ق، ج ۵، ص ۳۷۰).

برخی از فقهاء معاصر چنین نوشته‌اند که اگر مبنای ثبوت خیار را تعلیق التزام به عقد از طرف مشروط له بر وجود شرط و تحقق آن دانست، پس ثبوت خیار برای مشروط له در صورت عدم وجود چنین شرطی معلوم خواهد بود (زیرا دلیلی بر لزوم شرط وجود نخواهد داشت) با این نگاه، در اینکه معلق علیه حلال و یا حرام باشد، تفاوتی وجود نخواهد داشت؛ زیرا بعد از تعلیق التزام عقد در مقام انشاء بر امری که محقق نشده است، اثری برای التزام به آن عقد وجود نخواهد داشت. اما اگر طبق نظر مشهور فقهاء، مبنای خیار، همان لاضرر و حاکمیت اراده و یا سیره عقلا باشد، باز هم باید قائل به ثبوت خیار در صورت تخلف شرط شد؛ زیرا متعاملین بر عقدی که توابع و شروط را به همراه داشته باشد اقدام نموده‌اند و حکم به لزوم این عقد بدون توابع و شروط ضرری

می باشد و در نتیجه ادله نفی ضرر شامل حال آن خواهد شد. سیره و بناء عقلا نیز بر عدم فرق بین مواردی می باشد که تخلف آن قهری و یا اختیاری است. در نتیجه بر تمامی مبانی خیار ثابت خواهد بود (خویی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۳۲۶).

مرحوم آقای خویی رحمته الله علیه سپس به تبیین و نقد رأی مرحوم امام خمینی رحمته الله علیه می پردازد و می نویسد: «از آنچه بیان گردید کلام امام خمینی رحمته الله علیه نیز معلوم می گردد زیرا نصوص صرفاً امضای الزام و التزام و تعهدات متعاقدان می باشد به طوری که این لزوم فردی به یک لزوم شرعی و قانونی تبدیل می گردد. اما ثبوت خیار در صورت تخلف از شرط، امری خارج از مدلول آن می باشد و ارتباطی به آن نخواهد داشت چه شرط صحیح و چه فاسد باشد. (با این بیان باید گفت) اشتراط وصف، خود قراری است که دارای مفهوم خاص و معنای معینی می باشد و اشتراط خیار بر تقدیر عدم آن وصف یک قرار دیگری است که مفهوم و معنای خاص به خود را دارد. با این توضیح اگر امکان تصور یک معنایی که محصل جعل لزوم در شرط وصف باشد، نبود باید حکم به خروج آن (شرط وصف) از مفاد نص و عدم شمولیت نص نسبت به آن داد نه اینکه قائل به خیار شد» (خویی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۳۲۷).

به نظر می رسد اشکال مرحوم آقای خویی رحمته الله علیه به کلام مرحوم امام خمینی رحمته الله علیه اشکال مبنایی است؛ زیرا استدلال مرحوم امام بر دو مقدمه استوار است: اول آنکه عموم «المؤمنون عند شروطهم» شرط وصف را هم دربر می گیرد و دوم اینکه شرط وصف اثری به غیر از ثبوت خیار ندارد. از کنار هم قرار دادن این دو مقدمه می توان این گونه نتیجه گرفت که شرط وصف لازم الوفا است و در صورت فاسد بودن آن خیار ثابت خواهد بود. در پاسخی که مرحوم آقای خویی رحمته الله علیه به امام خمینی رحمته الله علیه داده اند هر دو مقدمه را نپذیرفته و به ویژه در مقدمه دوم تشکیک کرده اند که اثر شرط وصف خیار است. ایشان معتقد است که شرط وصف یک مفاد و معنایی به غیر از خیار دارد در واقع خیار امری به غیر از شرط وصف است در نتیجه ملازمه ای بین عدم وصف و ثبوت خیار وجود ندارد. به نظر می رسد بر مستشکل لازم بود تا ادله خود را اثبات و یا دلیل مرحوم امام رحمته الله علیه را نقد می کرد نه اینکه بر مبانی خود به نقد نظر دیگری پردازد که او نیز بر مبنای خود نتیجه گرفته است. البته ایشان بعد از بیان اشکال، اشاره ای به این مطلب نیز دارد که اگر شرط وصف به شرط خیار بازگردد همچنان دلیل مفید مطلب نخواهد بود؛ زیرا از آنجا که به شرط مخالف کتاب باز می گردد اخص از مدعاست.

در هر حال با فرض پذیرش این اشکال به نظر می رسد دلایل مرحوم آقای خویی رحمته الله علیه، در اثبات خیار نیز خالی از اشکال نباشد؛ زیرا اولاً آنچه بر مبنای مشهور بیان کرده است، تکرار اشکال

مرحوم شیخ است. به‌دیگرسخن، وی در این پاسخ نیز روش نقد مبنایی را پیش گرفته است؛ زیرا کلام شیخ در عدم ثبوت خیار بر مبنای قاعده لاضرر دو نکته را دربر دارد: اول: عدم حکم‌ساز بودن مفاد لاضرر و دوم: عدم ضرری بودن موضوع مذکور. محقق شهید خویی رحمته‌الله در رد این موضوع به عمومات نفی ضرر تمسک کرده است؛ درحالی‌که بر مبنای کسانی که لا ضرر را حکم‌ساز ندانند، امکان چنین تمسکی وجود نخواهد داشت. وی همچنین با فرض ضرری بودن حالت مذکور حکم به ثبوت خیار می‌دهد؛ درحالی‌که شیخ حالت یادشده را به‌طور کل ضرری نمی‌داند و البته شایان ذکر است که اثبات ضرری بودن یا نبودن چنین موضوعاتی با عرف می‌باشد. در هر صورت اگر این محقق ارجمند به هر دلیلی اثبات ضرری بودن موضوع نموده است بر او لازم بود تا آن را تبیین کرده نه اینکه مفروض بپندارد.

اگر مبنای محقق خویی در تعلیق التزام عقد به شرط که درظاهر برگرفته از کلام محقق نائینی است (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۵۱) پذیرفته شود، ثبوت خیار معلوم است؛ اما بر مبنای مشهور، اشکالات شیخ انصاری به نظر وارد می‌رسد، مگر آنکه به‌طور مبنایی ادله شیخ را نقد کرد؛ البته برخی از شارحین مکاسب تلاش برای توجیه مسئله بر مبنای شیخ داشته‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۲۲۹) که توجیهاات مقبول مشهور واقع نشده و لذا از ذکر آنها خودداری می‌شود.

۵. نتیجه‌گیری و پیشنهادها

با توجه به بیان و تحقیق در کلام فقهاء و حقوق‌دانان، عامل امین است و ضامن قرار دادن او همراه با مشارکت در سود خلاف صریح روایات و قاعده بطلان ربح مالم یضمن می‌باشد. بنابراین، شرط ضامن در عقد مضاربه شرطی فاسد است. در بررسی به عمل آمده که در جهت نقش خیار فسخ معامله به‌عنوان راهکاری جبران‌کننده برای جبران ضرر و زیان ناشی از شرط فاسد در عقد مضاربه بانکی به عمل آمد، با رویگری مبنایی به تبیین ملاک‌ها و مبانی فقهی و حقوقی خیار فسخ در عقود پرداخته شد و از این رهگذر، ضمن بیان مبانی فقهی و حقوقی مبانی خیار فسخ در معاملات، مبنای لاضرر و حاکمیت اراده از عمومیت بیشتری برخوردار بوده و مقتضای جریان خیار در شرط فاسد در عقد مضاربه وجود دارد.

شایان ذکر است که هرچند چنین مقتضایی برای جریان خیار در شرط فاسد در عقد مضاربه وجود دارد، اما در صورتی که مبنای جریان خیار در عقد مضاربه فقط لاضرر باشد و در صورت قائل شدن به عدم حکم‌ساز بودن لاضرر، به تبع آن جریان خیار در عقد مضاربه بانکی که مشروط به شرط فاسد ضامن عامل است، با مشکل فقهی مبنایی روبه‌رو خواهد بود.

از طرفی چنانچه مبنای جریان خیار در عقد مضاربه را حاکمیت اراده و شروط صریح و ضمنی اراده طرفین در عقد دانسته و یا مبنا در قاعده لاضرر، حکم ساز بودن آن باشد و علاوه بر نفی حکم ضرری، چنانچه در اثر خلأ یک حکم و قانون، ضرری مترتب گردد، اثبات حکم نیز می‌نماید، در این حالت می‌توان جریان خیار در عقد مضاربه مشروط به شرط فاسد ضمان عامل را از منظر فقهی و حقوقی تصحیح کرده و قوانین و مقررات اجرایی حاکم بر آن را نهادینه نمود.

جهت تحقیقات آتی و در راستای خروج از محذور فقهی شرط فاسد ضمان عامل در عقد مضاربه بانکی، پیشنهاد می‌شود سازوکار بیمه به جای شرط ضمان برای تضمین سرمایه توسط عامل از منظر فقهی، حقوقی و اقتصادی تحلیل شود و در صورت امکان، فرایند اجرایی آن در قوانین و مقررات بانکی ناظر به عقد مضاربه بازنگری و اصلاح شود.

منابع

۱. ابن اثیر، مبارک بن محمد (بی تا)، النهاية فی غریب الحدیث و الأثر، چاپ اول، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲. ابن منظور، ابو الفضل و محمد بن مکرم جمال الدین (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع-دار صادر.
۳. أحمد بن حنبل، مسند احمد (بی تا)، ج ۲، بیروت: دار صادر.
۴. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم (۱۴۰۵ق)، الأشباه و النظائر، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۵. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۹ق)، کفایة الأصول، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۶. اصفهانی، محمدحسین کمپانی (۱۴۱۸ق)، حاشیه کتاب مکاسب، چاپ اول، قم: أنوار الهدی.
۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین (بی تا)، فرائد الاصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۸. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، کتاب مکاسب، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۹. ایروانی، علی، (۱۴۰۶ق)، حاشیه مکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی،
۱۰. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیه، چاپ اول، قم: نشر الهادی.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱ش)، تئوری موازنه، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳ش)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲ش)، وسیط در ترمینولوژی حقوق، چاپ ۵، تهران: گنج دانش.
۱۴. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق)، الصحاح-تاج اللغة و صحاح العربیه، اول، بیروت: دار العلم للملایین.
۱۵. حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۶ق)، مستمسک العروة الوثقی، چاپ اول، قم: مؤسسه دار التفسیر.

۱۶. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ق)، تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۷. حمیری، نشوان بن سعید (۱۴۲۰ق)، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام، چاپ اول، ج ۴، بیروت: دارالفکر المعاصر.
۱۸. خمینی، روح الله موسوی (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۹. خمینی، روح الله موسوی (۱۴۳۰ق)، کتاب البیع، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۰. خمینی، روح الله موسوی (۱۳۸۵ق)، الرسائل، مع تزییلات لمجتبی الطهرانی، چ اول، قم: اسماعیلیان.
۲۱. خویی، سید ابوالقاسم موسوی (بی تا)، مصباح الفقاهة (المکاسب).
۲۲. خویی، سید محمد تقی موسوی (۱۴۱۴ق)، الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود، چاپ اول، بیروت: دار المؤرخ العربی.
۲۳. خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۹ق)، دراسات فی علم الاصول، ج ۳، قم: مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، مقرر: هاشمی شاهرودی، سید علی.
۲۴. شاهرودی، سید محمود هاشمی و همکاران (۱۴۲۶ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، ج ۱، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۲۵. شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۲۳ق)، قراءات فقهية معاصرة، چاپ اول، ج ۱، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ص ۲۰۱-۲۰۳.
۲۶. شاهرودی، سید محمود هاشمی، (۱۴۳۲ق)، بحوث الفقهیه؛ کتاب المضاربه، قم: بنیاد فقه و معارف اهل بیت.
۲۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲ش)، حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
۲۸. صنعانی، محمد بن اسماعیل (۱۴۰۸ق)، سبل الاسلام، ج ۳، بیروت-لبنان: دارالکتب العلمیه.
۲۹. فیاض، محمد اسحاق، (۱۴۳۲ق)، البنوک، نجف-عراق: دارالبذرة،

۳۰. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، الخلاف، چاپ اول، ج ۳، قم-ایران: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۱. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (بی تا)، القواعد و الفوائد، چاپ اول، قم-ایران: کتابفروشی مفید.
۳۲. عمید زنجانی عباسعلی، احمدزاده ابوالفضل (۱۳۹۰ش)، «بررسی کلیات احکام خیار»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۴۴، شماره ۱،
۳۳. عیوضی، حمید، (۱۳۸۶ش)، «مبانی خیار از منظر فقهاء»، فصلنامه پژوهش‌های اعتقادی کلامی، شماره ۸،
۳۴. غزالی، محمد بن محمد (بی تا)، احیاء العلوم، ج ۴، دارالکتب العربی، بی جا.
۳۵. قمی، سیدتقی طباطبایی (۱۴۰۰ق)، درساتنا من الفقه الجعفری، چاپ اول، ج ۴، قم: مطبعة الخيام.
۳۶. قمی، سیدصادق حسینی روحانی (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیه السلام، چاپ اول، قم: دار الكتاب-مدرسه امام صادق علیه السلام.
۳۷. کاشانی، ملا حبیب الله شریف (۱۴۰۴ق)، تسهیل المسالک إلى المدارک، چاپ اول، قم: المطبعة العلمية.
۳۸. کاشانی، محمود، (۱۳۸۴ش)، «نارسایی حقوقی بانکداری در ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۴۲،
۳۹. کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا (۱۳۵۹ق)، تحریر المجلة، چاپ اول، ج ۱، قسم ۲، نجف اشرف-عراق: المكتبة المرتضوية.
۴۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ش)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، انحلال قرارداد، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۱. گیلانی، نجفی، میرزا حبیب الله رشتی (۱۴۰۷ق)، فقه الإمامية، قسم الخيارات، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.
۴۲. مامقانی، ملا عبدالله بن محمدحسن (۱۳۵۰ق)، نهاية المقال فی تکملة غاية الآمال، چاپ اول، قم: مجمع الذخائر الإسلامية.
۴۳. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران-ایران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۴۴. مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهية، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۵. میرزاخانی، رضا و سیدعباس موسویان (۱۳۹۶ش)، «جریان خیرات در معاملات سهام»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۳۹.
۴۶. نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، چاپ اول، تهران: المكتبة المحمدية.
۴۷. نجفی، صاحب الجواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۴۸. یزدی، سیدمحمدکاظم طباطبایی (۱۴۱۹ق)، العروة الوثقی (المحشی)، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.