

بررسی فقهی تضمین سرمایه در اوراق مشارکت

تاریخ تأیید، ۹۳/۲/۲۱

تاریخ دریافت، ۹۲/۴/۱۹

محمدنقی نظرپور*
مهدی خوش اخلاق**

چکیده

نظر به ممنوعیت ربا (بهره) در اسلام و به تبع آن حرمت به کارگیری ابزارهای مبتنی بر بهره، به کارگیری ابزارهای مبتنی بر بهره غیرممکن خواهد بود؛ از این رو محققان اقتصاد اسلامی به دنبال جایگزین‌های مناسب برای ابزارهای ربوی برآمدند. در این جهت اوراق مشارکت که بر مبنای عقد شرکت بود، طراحی و مورد استفاده قرار گرفت و هم‌اکنون نیز در ایران حجم بالایی از نقدینگی را به خود اختصاص داده است. از طرفی وجود مخاطره در فعالیت‌های اقتصادی باعث شده است که صاحبان سرمایه به ویژه افراد ریسک‌گریز به دنبال نوعی ضمانت برای اصل سرمایه آن باشند.

مقاله پیش‌رو با توجه به اهمیت و کاربرد شرط تضمین سرمایه در اوراق مشارکت می‌کوشد ادله فقهی مرتبط با تضمین سرمایه را مورد بررسی قرار دهد. روش تحقیق در مقاله پیش‌رو توصیفی - تحلیلی با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و استفاده از شیوه متعارف حوزوی است. فرضیه تحقیق آن است که تضمین سرمایه در اوراق مشارکت با مانع شرعی روبه‌رو نیست. نتیجه‌های تحقیق از تأیید این فرضیه حاکی است.

واژگان کلیدی: اوراق مشارکت، عقد شرکت، تضمین سرمایه.
طبقه‌بندی JEL: D86, K22, Z12

مقدمه

ربا از بزرگترین گناهان کبیره است. آیه‌ها و روایت‌های فراوانی به حرمت ربا و شدت مجازات آن دلالت دارد. دست‌کم هفت آیه از قرآن کریم به وضوح تحریم ربا را ثابت می‌کند.* در جمهوری اسلامی ایران استفاده از اوراق قرضه به علت ماهیت ربوی با استقرار قانون بانکداری بدون ربا متوقف شد. برای جایگزینی اوراق قرضه که ماهیت ربوی داشت، کوشش‌های فراوانی صورت گرفت و سرانجام در قدم نخست اوراق مشارکت معرفی و در قدم‌های بعدی اوراق دیگری؛ مانند: اوراق اجاره، استصناع، سلف و مباحه مطرح شد. این ابزار از سال ۱۳۷۳ به‌منظور تأمین مالی پروژه‌های حایز شرایط لازم به‌کار گرفته شد تا از این راه سرمایه‌های خرد موجود در جامعه در کنار هم جمع‌آوری شده و به‌صورت هدفمند در اختیار پروژه‌های خاصی قرار گیرد. این اوراق به‌عنوان ابزار مالی و گاهی ابزار پولی توانست حجم بالایی از نقدینگی را به خود اختصاص دهد.

هر چند درباره این اوراق بررسی‌های اقتصادی متعددی صورت گرفته است؛ اما خلأ قابل‌توجهی در پژوهش‌های فقهی این اوراق مشاهده می‌شود. با توجه به اینکه اوراق مشارکت، ابزاری مالی اسلامی است، بررسی جنبه‌های فقهی این اوراق ضروری است. یکی از مهم‌ترین موضوعات فقهی در اوراق مشارکت، تضمین سرمایه این اوراق است که باعث پدیدآمدن شبهه فقهی در این اوراق شده است. هر چند تضمین اصل سرمایه مختص به

*. در آیه ۲۷۵ سوره بقره آمده است: «يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ»: «خداوند متعال ﷻ ربا را تباه و صدقات را افزون می‌کند» و در آیه ۲۷۹ همان سوره رباخواری به منزله جنگ با خداوند متعال ﷻ و پیامبر اکرم ﷺ دانسته شده است. امام خمینی ﷻ در *تحریر الوسیله* می‌نویسد: «بلکه بعید نیست که حرمت آن از ضروریات اسلام باشد»؛ سپس در ادامه روایت‌ها می‌آورد؛ از جمله روایتی از امام صادق ﷺ که فرمود: «دِرْهَمُ رَبَاً عِنْدَ اللَّهِ أَشَدُّ مِنْ سَبْعِينَ زَيْنَةً كُلِّهَا بِذَاتِ مَحْرَمٍ»؛ یعنی گناه یک درهم ربا نزد خداوند شدیدتر است از گناه هفتاد زنا که انسان با محارم خویش انجام داده باشد» (موسوی‌خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۴۲۳).

ربا دو قسم دارد ربای معاملی و ربای قرضی. ربای معاملی آن است که دو هم‌جنس با همدیگر مبادله شوند؛ در حالی که یکی بر دیگری زیاده‌ای داشته باشد. ربای قرضی هم آن است که در قرض شرط شود که زیادتر از آنچه قرض داده شده است، بازپرداخت شود.

اوراق مشارکت نبوده و در تمام عقدها مبتنی بر عقد شرکت جاری است؛ اما به جهت کاربرد فراوان اوراق مشارکت مقاله با این عنوان تدوین شده است. فرضیه این تحقیق عدم مانع شرعی برای تضمین سرمایه در اوراق مشارکت است. این فرضیه با بررسی‌های فقهی مورد تأیید قرار می‌گیرد. در نوشتار پیش‌رو بعد از تعریف عقد شرکت و معرفی اجمالی اوراق مشارکت ابتدا اقوال فقیهان در این مسئله بیان شده؛ سپس به بررسی دلایل شرعی در این مسئله می‌پردازیم. بررسی ادله کتاب و سنت، نخستین قدم در جست‌وجو از دلایل فقهی است. در این بررسی بعد از بررسی عمومات کتاب و سنت به فحص از مخصصات این عمومات می‌پردازیم که آنها نیز به دو دسته تقسیم می‌شوند. در قسمت بعد مخالفت این شرط با مقتضای عقد مورد بررسی قرار می‌گیرد. بررسی قاعده فقهی و اصولی مرحله‌های بعدی در این بررسی فقهی است. یکی از اشکال‌های مهم در تضمین سرمایه، مخالفت این اشتراط با مقتضای عقد است که این اشکال نیز مطرح و بررسی می‌شود.

پیشینه و ادبیات موضوع

عقد شرکت و تضمین سرمایه در کتاب‌های گوناگون فقهی مورد بررسی قرار گرفته‌اند. بحرانی^۱ در *الحقائق الناضره* در بحث بیع‌الحيوان* به بیان استدلال‌های شیخ^۲ در *نهایه*، *ابن‌ادریس*^۳ و علامه *حلی*^۴ در *مختلف* درباره تضمین سرمایه در عقد شرکت می‌پردازد و قول شیخ^۵ را اظهر و قول *ابن‌ادریس*^۶ را ضعیف می‌داند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص ۴۱۳).

نجفی^۷ در *جواهرالکلام* در بحث بیع‌الحيوان به بررسی این موضوع پرداخته است. وی روایت‌ها و عمومات را برای اثبات این حکم کافی نمی‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۱۶۵). *خویی*^۸ در *مبانی العروة الوثقی* کتاب الشرکه موضوع را بررسی می‌کند. وی برخلاف *یزدی*^۹ در *العروة الوثقی* شرط تضمین سرمایه را باطل می‌داند (موسوی‌خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۲۶۱-۲۶۳).

*. علت آوردن این بحث در بیع‌الحيوان روایتی است که در این زمینه درباره بیع‌الحيوان آمده است.

در برخی از مقاله‌ها نیز مسائل فقهی اوراق مشارکت مورد توجه قرار گرفته است؛ اما بررسی تفصیلی مسائل فقهی این اوراق که از مهم‌ترین آنها موضوع تضمین سرمایه و سود علی‌الحساب است، کمتر مورد توجه قرار گرفته است.

سیدعباس موسویان و ابذر سروش (۱۳۸۶) در مقاله «آسیب‌شناسی فقهی، اقتصادی و مالی انتشار اوراق مشارکت در ایران»، مهم‌ترین مشکل این اوراق را در بُعدهای فقهی؛ یعنی ابهام در سود قطعی و تضمین سرمایه می‌دانند.

ربیعا اسکینی (۱۳۸۸) در مقاله «تاملاتی در خصوص ساختار و ماهیت حقوقی اوراق مشارکت موسسات و شرکت‌های دولتی و خصوصی» پس از رد کردن رابطه قرض و مضاربه بین ناشر و صاحب اوراق نشان می‌دهد که تضمین سرمایه و سود علی‌الحساب باعث بطلان شرکت نمی‌شود.

محمدنقی نظریور و محمد صادقی فدکی (۱۳۸۹) در مقاله «بررسی ماهیت فقهی و حقوقی و سود علی‌الحساب اوراق مشارکت» بحث‌های فقهی و از جمله تضمین سود علی‌الحساب را مورد بررسی قرار داده‌اند. نوشتار پیش‌رو سود این اوراق را تا حد فراوانی شبیه سود سهام می‌داند؛ با این تفاوت که ناشر پیش از پایان یافتن طرح مورد نظر بخشی از سود پیش‌بینی شده را به‌عنوان سود علی‌الحساب به دارندگان اوراق (سهام‌داران) پرداخت کرده و پس از پایان یافتن طرح و محاسبه دقیق سود تحقق یافته، مابه‌التفاوت سود قطعی و سود علی‌الحساب را به دارنده اوراق می‌پردازد.

نوشته‌های اخیر هرچند مسائل فقهی اوراق مشارکت را مورد بررسی قرار داده‌اند، به تفصیل به بررسی فقهی این مسئله نپرداخته‌اند. نوشته‌های متقدمین از فقیهان نیز نیاز به بررسی بیشتر ادله آنها دارد؛ بنابراین در مقاله پیش‌رو کوشیده می‌شود با بیان مستندها و دلایل فقهی در قالب شیوه رایج اجتهادی حوزه‌های علمیه به بررسی فقهی تضمین سرمایه در این اوراق پرداخته شود.

عقد شرکت و ماهیت فقهی اوراق مشارکت

برای وارد شدن در بحث تضمین سرمایه در اوراق مشارکت باید ابتدا با عقد شرکت و اوراق مشارکت آشنایی پیدا کرد. عقد شرکت یکی از عقود شرعی است. صاحب جواهر

در تعریف شرکت می‌گوید: «شرکت در لغت عبارت است از مخلوط و ممزوج شدن به صورت مشاع یا در مجاورت هم قرارگرفتن اموال و در شرع عبارت است از اجتماع حقوق مالکین در شیئی واحد به صورت مشاع» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۲۸۴).

گروهی از فقیهان تعریف دیگری از شرکت را ارائه کرده‌اند که از آن به شرکت عقدی یا اکتسابی یا تجارت تعبیر کرده‌اند، طبق این تعریف، شرکت عقدی عبارت است از قرارداد میان دو یا چند نفر بر معامله و تجارت با مال مشترک یا عقدی که ثمره آن جواز تصرف مالکان در مال مشترک و تجارت با آن است. شهید ثانی رحمته‌الله و محقق سبزواری رحمته‌الله در تعریف دوم برای عقد شرکت آورده‌اند: «عقد ثمرته جواز تصرف المَلْکِ للشیء الواحد علی سبیل الشیاع فیه» (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۳۰۱ / سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۶۱۸). فعالیت اقتصادی با یک مال مشترک یا انتشار اوراق مشارکت طبق این تعریف از عقد شرکت صورت می‌گیرد.

عقد شرکت، عقدی جایز است و هر یک از دو طرف هر زمان بخواهد می‌تواند آن را بر هم زند. بر جواز عقد شرکت ادعای اجماع شده است (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۴۹)؛ اما برخی معاصران، آن را لازم دانسته‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۸). جواز عقد شرکت باعث می‌شود هر یک از شریکان نسبت به ادامه شرکت به وسیله دیگری اطمینان نداشته باشد. برای تبدیل جواز عقد به لزوم آن دو راه‌حل ارائه شده است. روش نخست اشتراط عدم فسخ عقد تا زمان معین است؛ اما این اشتراط به علت جایز بودن خود عقد شرکت غیرلازم است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۳۰۸). در روش دوم مدت در ضمن عقد لازم دیگری شرط می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۳۰).

بعد از بیان عقد شرکت به معرفی اوراق مشارکت خواهیم پرداخت. طبق ماده دو قانون انتشار اوراق مشارکت، این اوراق را می‌توان چنین تعریف کرد:

اوراق مشارکت، اوراق بهادار با نام یا بی‌نامی است که به سبب این قانون به قیمت اسمی مشخص برای مدت معین منتشر می‌شود و به سرمایه‌گذارانی که قصد مشارکت در اجرای طرح‌های موضوع ماده یک* را دارند، واگذار می‌شود. دارندگان این اوراق به نسبت قیمت

*. ماده یک این قانون: «به منظور مشارکت عمومی در اجرای طرح‌های عمرانی انتفاعی دولت مندرج در قوانین بودجه سالانه کل کشور و طرح‌های سودآور تولیدی، ساختمانی و خدماتی به دولت، شرکت‌های

اسمی و مدت زمان مشارکت، در سود حاصل از اجرای طرح مربوط شریک خواهند بود. خرید و فروش این اوراق به طور مستقیم یا از راه بورس اوراق بهادار مجاز است. سرمایه‌گذاران و خریداران این اوراق در حقیقت در طرح مورد نظر شریک می‌شوند و با عقد شرعی شرکت، سرمایه‌گذاری در طرح مورد نظر صورت می‌گیرد؛ بنابراین تمام احکام فقهی عقد شرکت در این اوراق نیز جاری است.

ضرورت تضمین سرمایه در اوراق مشارکت

مدیریت ریسک یکی از مهم‌ترین شاخص‌ها در سرمایه‌گذاری افراد و مؤسسه‌هاست. به این منظور ابزارها و مؤسسه‌های متفاوتی برای کاهش ریسک سرمایه‌گذاری پدید آمده است. درباره خریداران اوراق مشارکت نیز تضمین سرمایه صاحبان اوراق در تقاضای این اوراق اثر قابل توجهی خواهد داشت؛ به‌ویژه با در نظر گرفتن این نکته که اکثر سرمایه‌گذاران در این اوراق افراد ریسک‌گریزی هستند. از جمله عواملی که سرمایه‌گذاری را تحت تأثیر قرار می‌دهد و می‌تواند باعث تشویق آن شود، بیمه طرح و پروژه در برابر خطرهای احتمالی در آینده است.

یکی از مراحل که پیش از انتشار اوراق مشارکت باید انجام گیرد، تعیین ضامن برای این اوراق است. ضمانت برای اصل سرمایه و سود علی‌الحساب صورت می‌گیرد. تضمین اصل سرمایه در اوراق مشارکت به وسیله بانی این اوراق که در طرح شریک است و تضمین سود علی‌الحساب به وسیله شخص ثالثی صورت می‌گیرد. ضمانت سرمایه در نوشتار پیش‌رو مورد بحث قرار می‌گیرد؛ اما ضمانت سود علی‌الحساب مجال دیگری را می‌طلبد.

دولتی، شهرداری‌ها، مؤسسه‌ها، نهادهای عمومی و غیردولتی، مؤسسه‌های عام‌المنفعه و شرکت‌های وابسته به دستگاه‌های مذکور و نیز شرکت‌های سهامی عام و خاص و شرکت‌های تعاونی تولیدی اجازه داده می‌شود طبق مقررات این قانون قسمتی از منابع مالی مورد نیاز برای اجرای طرح‌های مذکور شامل منابع مالی لازم برای تهیه مواد اولیه مورد نیاز واحدهای تولیدی را از راه انتشار عرضه عمومی اوراق مشارکت تأمین کنند.

اقوال فقیهان در مسئله تضمین سرمایه

این مسئله که در عقد شرکت یکی از شریکان می‌تواند اصل سرمایه دیگری را تضمین کند، در کتاب‌های قدما و متأخرین مورد توجه قرار گرفته است. پیش از شروع استدلال‌های فقهی ابتدا به بیان نظرهای فقیهان در این باره می‌پردازیم. شیخ طوسی^ع در نهاییه در اشتراط این شرط اشکالی نمی‌بیند (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۴۱۱). ابن‌دریس^ع در سرائر این شرط را غیر صحیح می‌داند؛ اما بیان می‌دارد که سیدمرتضی^ع قائل به صحت شرط و التزام آن است (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۰۰). محقق حلی^ع در شرایع الاسلام چنین شرطی را صحیح می‌داند (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۵۰)؛ اما در المختصر النافع این شرط را لازم نمی‌داند (حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۳۱). علامه حلی^ع در قواعد چنین شرطی را باطل می‌داند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۰)؛ اما در کتاب مختلف الشیعه نظر شیخ طوسی^ع و تبعیت ابن‌براج^ع از وی را می‌پذیرد و قائل به عدم مانع در اشتراط چنین شرطی می‌شود (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۲۲۹). وی در کتاب تذکره الفقها نیز بیع مشروط به چنین شرطی را صحیح می‌داند (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۳۱۲). شهید اول^ع در درس قول قائل به صحت چنین اشتراطی است (عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۲۴). شهید ثانی^ع در مسالک الافهام در صحت چنین شرطی تردید کرده است (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۳۸۰). نجفی^ع در کتاب جواهر الکلام صحت چنین شرطی را نمی‌پذیرد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۱۶۸). یزدی^ع در عروة الوثقی نیز قائل به صحت این شرط بوده و آورده است، «اگر شرط شود که تمام خسارت برای یکی از شریکان باشد، ظاهر صحت آن است؛ اما اگر شرط شود که تمام سود برای یکی از آنها باشد، عقد باطل می‌شود» (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۷۰۲).

بنابراین بعضی از موافقان صحت اشتراط چنین شرطی عبارت هستند: از شیخ طوسی^ع در نهاییه، محقق حلی^ع در شرایع الاسلام، علامه حلی^ع در مختلف الشیعه و تذکره الفقها، شهید اول^ع در دروس، یزدی^ع در عروة الوثقی و بعضی از مخالفان صحت این شرط عبارت هستند از: ابن‌دریس^ع در سرائر، علامه حلی^ع در قواعد و شهید ثانی^ع در مسالک الافهام.

بررسی ادله فقهی تضمین اصل سرمایه در عقد شرکت

برای بررسی هر مسئله فقهی ابتدا باید به کتاب و سنت مراجعه کرد. در صورت عدم وجود حکم در آنها می‌توان به قواعد فقهی یا اصولی در استنباط احکام مراجعه کرد.

استدلال به کتاب و سنت

در استدلال به کتاب و سنت ابتدا به عموماتی که فقیهان به آن استناد کرده‌اند، اشاره خواهیم کرد. در ادامه به روایت‌های وارد شده در این مسئله اشاره خواهیم کرد.

بررسی عمومات کتاب و سنت

الف) آیه تجارت، در آیه ۲۹ سوره نساء آمده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ». در این آیه برای حلیت تجارت رضایت شرط شده است. شیخ رحمته الله در استدلال به این آیه آورده که تراضی بر آنچه توافق شده، صورت گرفته است و مخالفت با آن جایز نیست (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص ۴۱۴).

در استناد به این آیه اشکال شده است که این مسئله مندرج در این آیه شریفه نیست؛ زیرا شرکت، تجارت کالا و به عبارتی معاوضه کالایی با کالای دیگر نیست. در ضمن شرط پیش گفته یعنی تضمین اصل سرمایه نیز تجارت نبوده و دربرگیرنده معاوضه‌ای نیست؛ بنابراین نمی‌توان به این عموم استناد کرد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۳۰۱). در پاسخ این اشکال باید گفت که هر چند تجارت به معنای معاوضه به قصد سود به‌کار می‌رود؛ اما می‌توان تجارت را برای مطلق کسب و اکتساب؛ مانند: بیع، اجاره، صلح و ... به‌کار برد. در قرآن کریم نیز تجارت برای هر نوع دادوستدی، حتی اگر اخروی باشد، به‌کار رفته است.*

ب) در آیه اول سوره مائده آمده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...». عقد به این صورت (تضمین سرمایه برای شریک) واقع شده و لازم است به آن وفا شود (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص ۴۱۴). اشکالی در استناد به این آیه مطرح شده است و آن اینکه عقد شرکت، عقدی جایز و مورد آیه عقدهای لازمه است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۳۰۱) که این اشکال نیز با اطلاق آیه مخالف است.

ج) روایت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله: «المؤمنون عند شروطهم». از این روایت و روایت‌های دیگری یک قاعده فقهی استخراج شده است. این قاعده از دو قسمت تشکیل شده است. قسمت نخست تسلط مؤمنان بر اشتراط است؛ یعنی معامله‌کنندگان می‌توانند الزام‌ها و تعهدهایی را

*. از آن جمله آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ تِجَارَةٍ تُنَجِّبُكُمْ مِّنْ عَذَابِ أَلِيمٍ» (صف: ۱۰): «ای کسانی که ایمان آورده‌اید آیا شما را بر تجارتی راهنمایی کنیم که شما را از عذابی دردناک می‌رهاند».

در عقد خود قرار دهند. قسمت دوم وجوب وفا به شرط قرار داده شده در عقد است (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۶۳). طبق این قاعده مؤمنان می‌توانند شرط خاصی را در عقدهای خود قرار دهند.

د) روایت سلطنت: «الناس مسلطون علی اموالهم». سند این روایت ضعیف و مرسل است و نمی‌توانیم به آن استدلال کنیم؛ اما چون مشهور به این روایت عمل کرده‌اند، به گونه‌ای که مفاد این روایت را از قواعد فقهی قرار داده‌اند؛ بنابراین ضعف سند روایت جبران می‌شود (موسوی خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۰۰). از این روایت قاعده سلطنت استخراج شده است. دلالت این خبر یا این قاعده فقهی آن است که اگر در جواز تصرف و تسلط شک شود، به این قاعده تمسک پیدا کرده و جواز آن ثابت می‌شود؛ بنابراین مردم به‌طور مطلق بر اموالشان مسلط هستند و هر تصرفی [خارجی و اعتباری] که بخواهند، می‌توانند در آن انجام بدهند و تضمین سرمایه شریک دیگر را به عهده گیرد.

براساس تمام عمومات، اشتراط تضمین سرمایه در ضمن عقد شرکت صحیح و الزام‌آور است.

بررسی روایات تخصیص‌زننده عمومات

طبق عمومات بیان‌شده، مالک و عاقد می‌توانند شرط کنند که زیان شرکت بر عهده یکی از آنها باشد. این عمومات در صورتی قابل استناد هستند که فحص از مخصص این عمومات صورت گرفته باشد؛ وگرنه نمی‌توان به آنها عمل کرد. در جست‌وجوی مخصصات این عمومات به دو دسته روایت برخورد می‌کنیم که به بررسی آنها می‌پردازیم:

دسته اول: این روایت‌ها، سودوزیان شرکت را از آن هر دو شریک می‌داند و مطابق این روایت‌ها، تقسیم سودوزیان به نسبت اموال آنان است. روایت‌های متعددی بر این مطلب اشاره دارند؛ مانند روایت «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ مَنْصُورٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ، سَأَلْتُهُ عَنْ الرَّجُلِ يُشَارِكُهُ الرَّجُلُ فِي السَّلْعَةِ قَالَ إِنْ رِبِحَ فَلَهُ وَإِنْ وُضِعَ فَعَلَيْهِ *» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۸۵)؛ روایت «عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ، قُلْتُ لِلْعَبْدِ الصَّالِحِ عليه السلام الرَّجُلُ يَدُلُّ الرَّجُلَ عَلَى السَّلْعَةِ - فَيَقُولُ اشْتَرِهَا وَ لِي نَصْفُهَا - فَيُشْتَرِيهَا الرَّجُلُ وَ يُنْقَدُ مِنْ مَالِهِ

* «هشام بن سالم از امام صادق عليه السلام روایت کرده که از مردی که با شخص دیگری در یک کالا شریک می‌شود پرسیدم. امام عليه السلام فرمود: اگر سود یا زیان کردند این سودوزیان برای آن شریک نیز است.»

- قَالَ لَهُ نِصْفُ الرَّبْحِ - قُلْتُ فَإِنْ وُضِعَ يَلْحَقُهُ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ - قَالَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ كَمَا أَخَذَ الرَّبْحَ* (همان، ص ۱۸۷).

همان‌طور که می‌بینیم این دسته از روایات تأکید بر این مطلب دارند که در عقد شرکت، همان‌طور که سود شرکت به هر دو شریک می‌رسد، زیان شرکت را نیز باید هر دو بپردازند؛ بنابراین اگر این حکم به‌طور مطلق پذیرفته شود، شرط تضمین سرمایه یکی از شریکان به‌وسیله دیگری که با عموماً مطابقت داشت، رد می‌شود. به عبارت دیگر عموماً بیان شده به‌وسیله این روایات تأکید بر تخصیص می‌خورد؛ اما نکته‌ای که باید مورد بررسی قرار گیرد، آن است که این روایات نیز نسبت به اشتراط و عدم اشتراط آن در عقد شرکت، مطلق است و باید بررسی کرد که آیا اطلاق این روایات با روایات دیگر مورد تقیید قرار گرفته است یا خیر؟ که در قسمت بعدی به آن خواهیم پرداخت.

دسته دوم: این دسته از روایات تأکیدکننده عموماً بیان شده در ابتدای بحث است.

نخستین و مهم‌ترین دلیل قائلان به صحت اشتراط این شرط، استناد به روایت رفاعه است:
 مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ رِفَاعَةَ قَالَ، سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى عليه السلام عَنْ رَجُلٍ - شَارَكَ رَجُلًا فِي جَارِيَةٍ لَهُ - وَقَالَ إِنَّ رَبِحَنَا فِيهَا فَلَكَ نِصْفُ الرَّبْحِ - وَإِنْ كَانَتْ وَضِيعَةً فَلَيْسَ عَلَيْكَ شَيْءٌ - فَقَالَ لَا أَرَى بِهَذَا بَأْسًا - إِذَا طَابَتْ نَفْسُ صَاحِبِ الْجَارِيَةِ* (حرر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۷).

علامه مجلسی رحمته الله این خبر را صحیح می‌داند (اصفهانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۶، ص ۳۴). با بررسی روایان روایت می‌توان به صحت آن پی برد. روایان این خبر به ترتیب عبارت هستند از: محمد بن یعقوب (شیخ کلینی) که از مؤثق‌ترین و ثابت‌ترین افراد در روایت حدیث

*. «به امام عليه السلام عرض کردم شخصی کالایی را به شخص دیگری نشان داد و گفت آن کالا را بخر که نصف کالا از آن من است. آن شخص نیز آن کالا را خرید و پول آنرا از اموال خودش پرداخت کرد. امام عليه السلام فرمود: نصف سود از آن وی است. عرض کردم اگر زیان کنند به آن شریک هم آن زیان وارد می‌شود. امام عليه السلام فرمود: همان‌طور که سود به وی می‌رسد زیان هم به وی خواهد رسید».

** «از امام موسی کاظم عليه السلام درباره مردی پرسیده شد که با مرد دیگری در یک کنیز شریک شد و به شریک خود گفت اگر در آن سود کردیم نصف سود از آن تو باشد و اگر ضرر کردیم چیزی از ضرر برای تو نیست. امام عليه السلام در پاسخ فرمود این کار اشکالی ندارد اگر صاحب کنیز به این امر رضایت داشته باشد».

است (حلی، ۱۳۸۱ق، ص ۱۴۵). راوی بعدی محمد بن یحیی ابوجعفر عطار قمی استناد شیخ کلینی است. وی ثقه، مورد اعتماد و کثیرالروایه است (تفرشی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۳۴۷). احمد بن محمد عیسی اشعری نیز از ثقات است (نراقی، ۱۴۲۲ق، ص ۴۹). راوی بعدی حسن بن محبوب است که وی در حدیث از معتمدترین راویان شیعه است و همه رجالیان و محدثان در وثاقتش متفق هستند. رفاعه نیز که منظور رفاعه بن موسی الاسدی النخاس می باشد، از ثقات راویان است (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۶۶). همان طور که ملاحظه شد، سلسه راویان حدیث متصل و تمام راویان آن ثقه و امامی هستند و حدیث صحیح است. استدلال در این مسئله به استناد این روایت روشن است. امام علیه السلام شراکت در جاریه را به شرط آنکه زیان حاصل از شراکت بر عهده یکی از شریکان باشد، جایز می دانند؛ بنابراین در دیگر مصداق های شرکت نیز می توان این شرط را قرار داد.

اشکال های استناد به این روایت در جواز تضمین

الف) صحیحه وارد شده دلالت بر صحت عقد و فساد شرط دارد وگرنه قسمت واپسین روایت؛ یعنی «اذا طابت نفس صاحب الجاریه» لغو می شود؛ زیرا خود صاحب جاریه درخواست چنین پیشنهادی را داده است؛ بنابراین روایت دلالت بر فساد شرط دارد؛ زیرا اگر شرط صحیح بود، نیازی به رضایت صاحب جاریه برای پرداخت ضرر وجود نداشت و اناطه حکم به رضایت صاحب جاریه دلالت بر عدم لزوم شرط دارد. در پاسخ به این اشکال باید گفت که اناطه حکم به رضایت دلالت بر فساد یا عدم لزوم شرط ندارد. رضایت بیان شده در انتهای روایت بر رضایت صاحب جاریه پیش از انشای شرط دلالت دارد. به عبارت دیگر روایت در بیان حکم کلی است که اگر شریکی با رضایت و طیب نفس جبران خسارت شریک دیگر را بپذیرد، این شرط صحیح است و اگر منظور امام علیه السلام اعطای آن زیان از روی احسان باشد، باید در عبارت به بطلان این شرط اشاره شود؛ به ویژه اینکه پرداخت مالی به هر شخصی از روی احسان واضح است و نیازی به بیان ندارد. در ضمن اگر بگوییم که رضایت بیان شده دلالت بر فساد یا عدم لزوم آن شرط دارد، باید قائل به بطلان عقد شد؛ زیرا آنچه براساس آن توافق صورت گرفته، غیر از واقع شده است. در روایت نشانه ای از بطلان عقد دیده نمی شود.

ب) خبر وارد شده صراحت در مطلوب ندارد؛ زیرا مورد روایت جاریه است. شهید اول علیه السلام در پاسخ این اشکال آورده که اقرب آن است که حکم به غیر جاریه تعدی پیدا می‌کند بلکه برای مطلق شرکت جاری است (عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۲۲۴)؛ زیرا دلیلی برای تفاوت بین جاریه و دیگر کالاها در حکم این مسئله وجود ندارد.

ج) ممکن است مورد روایت یک نوع مقاوله و گفت‌وگو بین مالک و شخص دیگر برای همراهی وی در خرید جاریه باشد و عقد شرکت حقیقی نباشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۱۶۸). در پاسخ باید گفت که روایت ظهور در شرکت دارد (شارک رجلا) و برای ظهور در غیر شرکت نیاز به قرینه‌ای است که در عبارت روایت چنین قرینه‌ای وجود ندارد.

روایت دوم خبر ابی ربیع است که چنین است:

بِإِسْنَادِهِ (مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ) عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنْ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ خَالِدِ بْنِ جَرِيرٍ عَنْ أَبِي الرَّبِيعِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: فِي رَجُلٍ شَارَكَ رَجُلًا فِي جَارِيَةٍ - فَقَالَ إِنَّ رَيْحَتَ فَلَكَ - وَ إِنُّ وَضَعْتُ فَلَيْسَ عَلَيْكَ شَيْءٌ - قَالَ لَأَبَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا كَانَتْ الْجَارِيَةُ لِلْقَائِلِ (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۲۶۶).

بررسی سند این روایت نشان از صحت این خبر دارد. وصف محمد بن یعقوب کلینی، احمد بن محمد بن عیسی اشعری و حسن ابن محبوب در روایت پیشین گذشت که از ثقات هستند. خالد بن جریر البجلی نیز به نقل کشی صالح است (کشی، ۱۴۰۹ق، ص ۳۴۶). برای ابوالربیع الشامی در کتاب‌های رجال ذمی وارد نشده است و به نظر می‌رسد ثقه باشد. در این روایت برخلاف صحیح رفاعه، شرط عدم مانع برای اشتراط عدم زیان شریک دیگر آن است که قراردهنده این شرط صاحب جاریه باشد. باید توجه داشت که این روایت نسبت به روایت پیشین شرط جدیدی را اضافه نمی‌کند، بلکه حالت خاصی از صحیح رفاعه است؛ زیرا هنگامی که شخصی شرطی را قرار می‌دهد، خود به آن رضایت دارد. بنابراین دو روایت پیش گفته دلالت بر صحت اشتراط تضمین دارند.

مخالفت تضمین اصل سرمایه با مقتضای عقد

یکی از ضوابط صحت شرط ضمن قرارداد آن است که شرط مخالف مقتضای عقد نباشد (انصاری، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۴۴). در تعریف مقتضای عقد می‌توان گفت که مقتضای عقد؛ یعنی آنچه عقد برای پیدایش آن منعقد می‌شود و می‌توان آن را مقصود اصلی و اساسی از

عقد دانست؛ به طوری که از عقد انفکاک پذیر نبوده و سلب آن نفی خود عقد را به همراه خواهد داشت.

میرزای نائینی رحمته الله علیه در **منیة الطالب** در این باره آورده است:

مقتضیات عقد دو دسته هستند: دسته نخست، مقتضای ذات عقد است؛ به این معنا که سلب آن از عقد، مساوی با نفی و ابطال خود عقد است و دسته دوم مقتضای اطلاق عقد است. مقتضای اطلاق می تواند از آثاری باشد که در عرف بر عقد مترتب است؛ مانند نقذ بودن ثمن یا از احکامی باشد که در شرع برای عقد ثابت است؛ مانند خیار مجلس برای متعاقدين (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۱۱).

شناسایی مقتضای ذات عقد از مقتضای اطلاق یکی از مناقشه برانگیزترین بحث های فقهی است. در مسئله تضمین سرمایه نیز اشکالی وارد شده که مشارکت در سودوزیان از مقتضیات عقد شرکت است و مخالفت با آن باعث بطلان شرط یا عقد شرکت می شود؛ زیرا در این صورت شرکتي محقق نشده است.

در پاسخ باید گفت که مقتضای ذاتی عقد شرکت، تبدیل عنوان اختصاص به اشتراک است؛ بنابراین مفاد عقد شرکت که شرط مخالف آن مخالف مقتضای عقد است، اشتراک در یک مال است؛ اما کیفیت سودوزیان خارج از مقتضای ذاتی عقد شرکت بوده، لازمه اطلاق عقد است که عندالاطلاق به اشتراک در سودوزیان به نسبت سرمایه انصراف دارد. به عبارت دیگر، شرط تضمین سرمایه مخالف با اطلاق عقد است که این مخالفت خللی به عقد شرکت وارد نمی کند. شهید نیز در تأیید این مطلب می گوید که تبعیت نما از اصل را برای مطلق عقد شرکت نمی پذیریم بلکه برای عقد شرکت مطلق است (حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۲۰). ممکن است گفته شود که مشارکت در سودوزیان از لوازم و احکام مترتب بر عقد شرکت است؛ اما باید توجه داشت که؛ اولاً، مشارکت در سودوزیان به لوازم عقد شرکت محل مناقشه است؛ ثانیاً، مخالفت با هر نوع از لوازم و احکام عقد مخالفت با مقتضای عقد شمرده نمی شود.

قواعد فقهی در این مسئله

قواعد فقهیه، سلسله احکام کلیه ای هستند که از کتاب و سنت یا دلیل عقل و اجماع استنباط شده اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ص ۳۷۲). با تطبیق این قواعد کلی، احکام شرعی

جزئی حاصل می‌شود؛ بنابراین اگر در مسئله‌ای اماره‌ای از کتاب و سنت به دست نیامد، به قواعد فقهی رجوع می‌شود؛ پس هرگاه دلیل اجتهادی با دلیل فقهی و به عبارت دیگر اماره با اصل در تعارض قرار گیرد، اماره بر اصل مقدم است؛ زیرا همان‌طور که اشاره شد، موضوع اصل برائت عدم علم به حرمت واقعی است.

در مسئله تضمین سرمایه در عقد شرکت نیز به روایت‌های وارد شده استناد شد. اگر روایت‌های وارد شده در قسمت پیش به دلایل سندی یا اثباتی پذیرفته نشوند، ممکن است این پرسش پدید آید که تضمین اصل سرمایه چه حکمی دارد یا ممکن است این پرسش پدید آید که آیا مخالفت این روایت‌ها با بعضی قواعد فقهی می‌تواند باعث طرد روایت شود. در قسمت استدلال به آیه‌ها و روایت‌ها چند مورد از قواعد فقهی که از عمومات استخراج شده بود، مورد بررسی قرار گرفت. در اینجا به مورد دیگری که به آن استناد شده است، اشاره خواهیم کرد.

یکی از مهم‌ترین دلایل مخالفت با تضمین سرمایه در عقد شرکت، قاعده فقهی تبعیت سودو زیان از سرمایه است. ابن‌دیریس این اصل را از اصول مذهب می‌داند که مخالفت با آن ممکن نیست. به همین جهت عمل به روایت را طرد می‌کند. این قاعده تحت عنوان‌های «من له الغنم فعليه الغرم»، «الضمان بالخراج»، «الربح و النماء تابعان لراس المال» نیز یاد شده است. توضیح آنکه حقیقت ملکیت مال باعث می‌شود که زیان و خسارت بر عهده مالک باشد و نمی‌توان این معنا را برای غیرمالک قرار داد. معنای این قاعده تلازم بین خسارت و فائده است؛ بنابراین هر کس که فایده و سود مال از آن وی است، زیان مال هم به وی تعلق می‌گیرد. این قاعده در تمام معامله‌های صحیح جاری است؛ اما معامله‌های فاسد مانند بیع فاسد یا غصب از مورد این قاعده خارج است (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸۴). در این استدلال چند نکته وجود دارد که باید مورد توجه قرار گیرد.

نخستین نکته مدرک این قاعده است. قاعده «الخراج بالضمن» از روایت نبوی اتخاذ شده است. در جوامع روایی شیعه هیچ‌کس این روایت را نقل نکرده است، مگر ابن‌ابی‌جمهور احسائی که در کتاب *غوالی اللالی* از کتاب شیخ الطائفه نقل کرده است؛ بنابراین فقیهان عظام از این روایت با عنوان مرسله یاد کرده‌اند. شهرت عملی یا فتوائی آن نیز ثابت نیست (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۲، ص ۲۷۷). در دلالت این خبر بر مطلب هم اشکال وارد است.

ممکن است مراد از ضمان، ضمان زمین‌های خراجیه باشد؛ بنابراین سند و دلالت این خبر بر مطلب کامل نیست و بر این خبر تکیه نمی‌شود؛ اما مضمون آن از روایت‌های دیگر استفاده شده است (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸۶) و طبق استناد به مضمون این روایت‌ها، این قاعده مورد استفاده قرار می‌گیرد.

نکته دوم آنکه پذیرش این نظریه باعث می‌شود که هر نوع تضمین سرمایه ممنوع باشد؛ چرا که براساس این نظریه، مالک باید همواره ریسک مال را خود بر عهده بگیرد و حق انتقال آن به غیر از راه ضمانت را نداشته باشد. این در حالی است که در بحث ضمانت فقهی و نیز در بسیاری از قراردادها مانند بیمه، خدمت تضمین سرمایه قراردادی شرعی و عقلایی شمرده می‌شود. در قرارداد بیمه، خدمت تضمین سرمایه در ازای اجرتی به نام حق بیمه مبادله می‌شود. در این‌گونه قراردادها، اختیار دخل و تصرف سرمایه در دست مالک است و انتقال ملکیت به شرکت بیمه اتفاق نمی‌افتد و در عین حال سرمایه در برابر بسیاری از مخاطره‌ها تضمین می‌شود (علوی‌رضوی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۱).

با فرض پذیرش این قاعده می‌توان آن را به دو حالت مطلق و مقید تقسیم کرد. در حالت مطلق، سود و زیان از اصل مال تبعیت می‌کند؛ اما می‌توان در برخی از عقود شرط کرد که این تبعیت وجود نداشته باشد و مانند تضمین اصل سرمایه در عقد شرکت فقط در سود تبعیت وجود داشته باشد و زیان از مالک نباشد. برای صحت این اشتراط می‌توان به قاعده فقهی اقدام استدلال کرد.* در اینجا قاعده اقدام بر قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» حاکم است؛ به عبارت دیگر قاعده اقدام موضوع قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» را تضییق کرده و مواردی مانند عدم تبعیت زیان از اصل سرمایه و تضمین آن به وسیله یکی از شریکان از موضوع آن خارج می‌شود.

بنابراین با توجه به مدرک قاعده، از اصول مذهب بودن این قاعده را نمی‌توان پذیرفت. از طرفی تضمین سرمایه، مخالفت با این قاعده نیست و قاعده اقدام بر آن حاکم است.

* منظور از قاعده اقدام آن است که شخصی اقدام به ضرر و ضمان کند؛ به این معنا که شخص بالغ عاقل می‌تواند خسارت مالی را بپذیرد مانند اینکه کالایی را با قیمتی بالاتر از قیمت متعارف بخرد (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص ۵۷).

قاعده اصولی در این مسئله

در استنباط احکام مواردی پیش می‌آید که شخص مجتهد در کتاب، سنت، اجماع و عقل دلیل کافی نمی‌یابد. در این وضعیت، مجتهد به مقتضای زمان و مکان و به کمک اصول عملیه حکم مسئله را تعیین می‌کند. به این ترتیب اصول عملیه، خلأ ناشی از عدم کفایت یا سکوت دلایل موجود در منابع فقه را جبران می‌کند؛ البته در اینجا با توجه به امارات و قواعد فقهی، حکم مسئله مشخص شد؛ اما می‌توان قاعده اصولی را برای حالتی که دلایل فقهی مورد پذیرش قرار نگیرند، بیان کرد.

در استدلال به این مسئله می‌توان به استصحاب* تمسک کرد. در این مسئله مقتضی را که همان صحت تضمین است، به وسیله عمومات اثبات می‌کنیم و شک در مانع داریم؛ اما چون مقتضی با امارات و اصل فقهی احراز شده است، مانع را با استصحاب عدم برمی‌داریم. این عمومات و اطلاعات هم عموم افرادی دارد و هم عموم ازمانی و هم عموم احوالی و با شک در مانع به این عمومات تمسک می‌کنیم.

از مجموع بحث‌ها این نتیجه به دست می‌آید که استدلال‌های مخالفان با اشتراط جبران خسارت به وسیله یکی از شریکان تمام نبوده و اشتراط آن در عقد شرکت مورد تایید است.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

در قرض ربوی اصل سرمایه و سود قطعی آن برای قرض‌دهنده تضمین می‌شود؛ اما در اسلام قرض ربوی حرام و مجازات اخروی شدیدی برای آن در نظر گرفته شده است. از طرفی، افراد ریسک‌گریز همواره به دنبال تضمین اصل سرمایه و گاهی سود آن هستند. عقدهای مبادله‌ای مانند مرابحه متضمن چنین معنایی است؛ اما در عقدهای مشارکتی هم نیاز به تضمین اصل سرمایه برای جذب نقدینگی افراد ریسک‌گریز است. با توجه به

* هر گاه مکلف نسبت به حکم شرعی یا موضوع حکم شرعی یقین داشته باشد؛ سپس نسبت به بقای امر یقینی پیشین شک کند، استصحاب جاری می‌شود؛ مانند آنکه فردی پیش از این به طهارت داشتن خود یا کربودن آبی یقین داشته و اکنون برای وی در بقای طهارت یا کربیت آب شک عارض شده است، طهارت داشتن یا کربودن آب را استصحاب می‌کند؛ در نتیجه آثار طهارت مانند جواز مس آیات قرآن و دخول در نماز و آثار کربیت آب مانند عدم انفعال آن به ملاقات نجس بر آن مترتب می‌شود.

اهمیت و کاربرد این موضوع در مقاله پیش‌رو کوشش شده است که صحت فقهی شرط تضمین سرمایه در اوراق مشارکت مورد ارزیابی قرار گیرد. فقیهان در این مسئله نظر واحدی ندارند. عده‌ای قائل به بطلان این شرط و عده‌ای قائل به صحت آن هستند که دلایل هر گروه مورد بررسی قرار گرفت. از بررسی فقهی صحت تضمین سرمایه در نوشتار پیش‌رو نتیجه‌های ذیل به دست آمد:

۱. براساس عموماتی مانند آیه تجارت، آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، روایت پیامبر اکرم ﷺ، «المؤمنون عند شروطهم»، حدیث سلطنت، «الناس مسلطون علی اموالهم» اشتراط تضمین سرمایه در ضمن عقد شرکت صحیح و الزام‌آور است.

۲. عمومات بیان‌شده در صورتی قابل استناد است که فحص از مخصص این عمومات صورت گرفته باشد. در جست‌وجوی مخصصات این عمومات به دو دسته روایت برخورد می‌کنیم: الف) این روایت‌ها سودوزیان شرکت را از آن هر دو شریک می‌داند؛ ب) اشتراط تضمین سرمایه را صحیح می‌داند. در حقیقت روایت‌های دسته دوم تأکیدکننده عمومات و تخصیص‌زننده روایت‌های دسته اول است.

۳. یکی از ضوابط صحت شرط ضمن قرارداد آن است که شرط مخالف مقتضای عقد نباشد. مقتضیات عقدها دو دسته هستند: الف) مقتضای ذات عقد؛ ب) مقتضای اطلاق عقد. مقتضای ذاتی عقد شرکت تبدیل عنوان اختصاص به اشتراک است؛ اما کیفیت سودوزیان خارج از مقتضای ذاتی عقد شرکت بوده، لازمه اطلاق عقد است.

۴. اگر روایت‌های واردشده در صحت عقد شرکت پذیرفته نشوند، باید به قواعد فقهی و اصولی مراجعه کرد. یکی از مهم‌ترین دلایل مخالفت با تضمین سرمایه در عقد شرکت، قاعده فقهی تبعیت سودوزیان از سرمایه است. افزون بر اشکال‌های سندی بر این قاعده می‌توان گفت که این قاعده در حالت اطلاق عقد جاری است؛ اما با اشتراط مخالف آن در عقد قاعده اقدام بر آن حاکم می‌شود.

منابع و مأخذ

۱. اسکینی، ربیعاً؛ «تاملاتی در خصوص ساختار و ماهیت حقوقی اوراق مشارکت موسسات و شرکت های دولتی و خصوصی»؛ فصلنامه پژوهش های حقوق تطبیقی، ش ۶۳، ۱۳۸۸.
۲. انصاری، مرتضی؛ المکاسب؛ قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۵ق.
۳. بحرانی، آل عصفور؛ الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۴. تفرشی، سیدمصطفی؛ نقد الرجال؛ ج ۵، ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ق.
۵. حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة؛ قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق.
۶. حلّی، ابن ادريس؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۷. حلّی، علامه حسن بن یوسف؛ المختصر النافع فی فقه الإمامیة؛ مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ق.
۸. _____؛ تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة)؛ قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق.
۹. _____؛ تذکرة الفقهاء (ط - الحدیثة)؛ قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ق.
۱۰. _____؛ رجال العلامة - خلاصة الأقوال؛ قم: منشورات المطبعة الحیدریة، ۱۳۸۱ق.
۱۱. _____؛ قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۲. حلّی، مقدادبن عبدالله سیوری؛ التنقیح الرائع لمختصر الشرائع؛ قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی علیه السلام، ۱۴۰۴ق.
۱۳. حلّی، نجم الدین؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۱۴. سبزواری، سید عبدالاعلی؛ مهذب الأحكام (للسبزواری)؛ قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.

۱۵. سبزواری، محمدباقر بن محمد؛ کفایة الأحكام؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۱۶. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن؛ النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی؛ بیروت: دار الكتاب العربی، ۱۴۰۰ق.
۱۷. _____؛ تهذیب الأحكام؛ ج ۷، قم: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ق.
۱۸. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی؛ الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۱۹. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام؛ قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
۲۰. علوی رضوی، سیدیحیی؛ «شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه»؛ فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، س ۹، ش ۳۳، ۱۳۸۸.
۲۱. کشی، ابو عمرو، محمد بن عمر بن عبدالعزیز؛ رجال الکشی؛ مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه مشهد، ۱۴۹۰ق.
۲۲. مجلسی، محمدباقر؛ ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار؛ قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته، ۱۴۰۶ق.
۲۳. مصطفوی، سید محمد کاظم؛ مائة قاعدة فقهیة؛ ج ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ق.
۲۴. مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقهیة؛ ج ۲، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ق.
۲۵. _____؛ دائرة المعارف فقه مقارن؛ قم: انتشارات مدرسه امام علی امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۲۷ق.
۲۶. موسویان، سیدعباس و اباذر سروش؛ «آسیب شناسی فقهی، اقتصادی و مالی انتشار اوراق مشارکت در ایران»؛ فصلنامه بورس اوراق بهادار، ش ۴، ۱۳۹۰.
۲۷. موسویان، سیدعباس؛ ابزارهای مالی اسلامی؛ تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶.
۲۸. موسوی بجنوردی، سیدمحمد؛ قواعد فقهیة؛ تهران: مؤسسه عروج، ۱۴۰۱ق.

۲۹. موسوی خمینی، سیدروح الله؛ تحریر الوسيلة؛ ترجمه علی اسلامی؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ق.
۳۰. موسوی خویی، سیدابوالقاسم؛ مبانی العروة فی شرح العروه الوثقی؛ قم: منشورات مدرسه دار العلم - لطفی، ۱۴۰۹ق.
۳۱. _____؛ مصباح الفقاهة (المکاسب)؛ قم: نشر فقاہت، ۱۴۱۳ق.
۳۲. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا؛ هداية العباد؛ قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ق.
۳۳. نائینی، میرزا محمدحسین؛ منية الطالب فی حاشية المکاسب؛ قم: المكتبة المحمديه، ۱۳۷۳ق.
۳۴. نجاشی، ابوالحسن، احمدبن علی؛ رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشيعة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۳۵. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۳۶. نراقی، میرزا ابو القاسم؛ شعب المقال فی درجات الرجال؛ ج ۲، قم: کنگره بزرگداشت نراقی رحمته، ۱۴۲۲ق.
۳۷. نظریور، محمدنقی و محمدصادق فدکی؛ «بررسی ماهیت فقهی و حقوقی و سود علی الحساب اوراق مشارکت»؛ مجله حقوق اسلامی؛ س ۷، ش ۲۵، ۱۳۸۹.
۳۸. یزدی، سیدمحمد کاظم؛ العروة الوثقی (المحشی)؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.