

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

خلاصه مباحث قبل

بحث به اینجا رسید که آیا اشتراط ضمان در عقد مضاربه صحیح است یا خیر؟ به این معنا که عامل در همان موردی که مالک شرط کرده عمل کند از شرط مالک تخلفی نکند، اما مالک بگوید در همین مورد اگر خسارتی وارد شد تو ضامن باشی، آیا این شرط صحیح است یا نه؟ عرض کردیم که مرحوم سید (قدس سره) در عروه می‌فرمایند چنین شرطی صحیح است اما مرحوم امام در تحریر می‌فرمایند این شرط صحیح نیست مگر اینکه مقصود این باشد که این خسارتی که بر عهده‌ی مالک به حسب عقد مضاربه هست عامل بپایب جبران کند و آن را تدارک ببیند، یعنی نگوئیم اگر در عقد مضاربه خسارتی وارد شد از اول زمه‌ی عامل مشغول باشد و زمه‌ی مالک نه! بلکه اشتغال زمه مال خود مالک است یعنی بر عهده‌ی مالک است اما عامل متعهد می‌شود که آنچه بر عهده‌ی مالک هست ادا کند.

ادامه‌ی کلام مرحوم امام خمینی

امام می‌فرمایند:

[1] اگر به این نحو باشد بعد می‌فرمایند این شرط را چه در ضمن عقد لازم بکنند و چه در ضمن عقد جایز، می‌فرمایند این لزوم وفا دارد مادامی که عقد جایز باقی است و به هم نخورده شرط در ضمن او لزوم وفا دارد و باز در آخر می‌فرمایند: کما أنه لا بأس بالشرط على وجه غير بعيد در همان مسئله 14، لو كان مرجعه إلى إنتقال الخسارة إلى عهده بعد حصولها في ملكه بنحو شرط النتيجة.

در آن استدراک اول فرمودند لو كان مرجعه إلى اشتراط أنه على تقدير وقوع الخسارة على المالك خسر العامل نصفه من كيسه، اگر خسارت بر مالک وارد شد شرط کند که عامل نصفش را یا یک مقدارش را ملتزم شود که بپردازد منتها اینجا دیگر چیزی بر زمه‌ی عامل نمی‌آید در این فرض، فقط عامل یک شرطی را قبول کرده و اگر این شرط را مخالفت کرد معصیت کرده اما چیزی بر زمه‌ی او نیست، در این انتها أنه لا بعث بالشرط على وجه غير بعيد به این نحو است که این خسارتی که در ملک مالک واقع

شده انتقال پیدا کند به ذمه‌ی عامل به نحو شرط نتیجه، که این را باید دقت بفرمایید فرقی با آن فرض اول روشن باشد.

در فرض اول اصلاً خسارتی بر عهده‌ی عامل نمی‌آید، خسارت آمده بر عهده‌ی مالک، منتها عامل قبول می‌کند با این شرط که عملاً ادا کند، اگر هم ادا نکرد دیگر چیزی بر ذمه‌اش نیست، اگر هم از دنیا رفت چیزی به عنوان دین او باقی نمی‌ماند، اما در فرض اخیر می‌فرمایند ما بگوییم شرط کند آن خسارتی که بر عهده‌ی مالک هست انتقال پیدا کند به ذمه‌ی عامل، به نحو شرط نتیجه، دیگر نیاز به اینکه یک عقد ضمان دیگری باشد، یک سببی بیاید برای ضمان، ندارد. خود همین شرط منشأ برای اشتغال ذمه‌ی عامل باشد.

امام (قدس سره) می‌فرمایند: روی این دو فرض این اشتراط صحیح است، اما غیر از این اگر بخواهد باشد که از اول بگوییم در عقد مضاربه ولو ماهیت مضاربه این است که خسارت بر عهده‌ی مالک است اما مالک می‌گوید من شرط می‌کنم خسارت از اول بر عهده‌ی شما بیاید، اصلاً بر عهده‌ی مالک خسارت نیاید، از اول خسارت بر عهده‌ی عامل بیاید، می‌فرمایند این شرط باطلی است.

مرحوم آقای گلپایگانی (قدس سره) یک مطلبی و یک نظری دارند در همین حاشیه‌ی عروه، می‌فرماید: شرط ضمان در عقد مضاربه موجب انقلاب مضاربه از عقد مضاربه به قرض است، یعنی اگر یک کسی پولی به دیگری داد و گفت با این پول تجارت کن مضارباً اما به شرط اینکه اگر خسارتی وارد شد این خسارت بر عهده‌ی خودت باشد ولو اسمش مضاربه است حتی تصریح به مضاربه هم کنند اما ایشان می‌فرمایند ماهیتش ماهیت قرض است.

خلاصه ای از سه نظریه

پس در این اشتراط سه نظر وجود دارد؛ باز با آن اشتراطی که، یعنی آنچه که مرحوم اصفهانی و مرحوم امام خودش در مسئله‌ی اشتراط ضمان در فرض تلف با او نباید خلط کنیم، اینجا در فرضی است که مال باقی است، یعنی در فرض تخلف، اینجا در فرضی است که تخلفی وجود ندارد اما به رأس المال یک خسارتی وارد شده، به سرمایه خسارت وارد شده، سه قول وجود دارد؛ یک قول این است که اشتراط ضمان بر عهده‌ی عامل باطل است، امام قائل‌اند، حتی مرحوم والد ما هم در حاشیه‌ی عروه‌شان نظر شریف‌شان این است که همین نظر امام را دارند.

هم امام و هم مرحوم والد ما (قدس سرهما) می‌فرمایند این شرط باطل است، مرحوم سید می‌فرماید این شرط صحیح است، مرحوم آقای گلپایگانی می‌فرمایند این شرط اگر شد این مضاربه انقلاب به قرض پیدا می‌کند.

بررسی اقوال

اینجا باید ببینیم آنچه در ذهن شریف امام یا مرحوم والد ما بوده چیست؟ البته عرض کنم همان استثنائاتی که امام و استدراکی که امام دارند که اگر به این نحو باشد که مالک ضامن است اما ادعایش را عامل کند، یا مالک ضامن است به نحو شرط نتیجه انتقال بر ذمه‌ی عامل پیدا کند فرض استثنای اولش را هم والد ما قبول دارند و استثنای دوم را از باب شرط نتیجه می‌فرمایند ما قبول نداریم، در شرط نتیجه اشکال می‌کنند.

اینجا یک وقت بحث این است که چرا این شرط باطل است، آنهایی که مثل امام می‌فرمایند این شرط باطل است، می‌گویند این با حقیقت این عقد منافات دارد، چرا؟ چون عقد مضاربه یک عقدی است که پول ملک مالک است، حالا که پول ملک مالک است عامل هم امین است و آدمی نیست که ید او ید عدوانی باشد بلکه امین است. پول مال مالک است و عامل هم امین است و

تعدی و تفریط نکرده، حالا اگر نقصانی در این پول به وجود آمد بالضروره باید بگوییم که بر عهده‌ی خود مالک است، این عقد که مالک به عامل پول می‌دهد چون پول در ملک مالک است لذا ضمانش هم باید بر عهده‌ی خود مالک باشد، حالا ما بگوییم از اول اگر مضاربه را انجام دادی ذمه‌ی مالک مشغول نباشد و از اول ذمه‌ی عامل مشغول باشد این برخلاف حقیقت عقد است.

اما مرحوم سید همان حرف مرحوم اصفهانی را دارد که منافات با اطلاق عقد دارد، منافات با حقیقت عقد ندارد. طبق بیانی هم که ما قبلاً داشتیم حقیقت مضاربه اتجار به مال الغیر است، یک. مع کون المال مال الغیر، دو. و الربح بینهما، سه. حالا اگر تا همین جا آمد مطلق باقی ماند به این معناست که ضمان باید بر عهده‌ی مالک باشد، اما اگر آمد گفت به شرط اینکه ضمان بر عهده‌ی شما عامل باشد با کجای این حقیقت مضاربه منافات دارد، یعنی الآن اگر یک کسی، مثل شما در باب امانت: مگر در باب امانت، امانت ملک مالکش نیست؟ چرا، به یک کسی امانت می‌دهید می‌گویید به شرط ضمان من امانت می‌دهم، یعنی ولو تو تعدی و تفریط هم نکنی اگر این از بین رفت تو ضامنی، ما به امام، به مرحوم والدیمان عرض می‌کنیم شما در باب امانت چه می‌فرمایید؟ در باب امانت همه‌ی فقها قبول دارند، یا مثلاً در باب عاریه، عاریه‌ی مضمونه را که همه قبول دارند، در باب عاریه اگر عاریه دهنده شرط کند ضمان عاریه گیرنده (مستعیر) را، همه قبول دارند.

پس در اینجا هم همین‌طور است نمی‌خواهیم البته قیاس کنیم، در اینجا می‌گوییم اگر چیزی گفته نشود به خودی خود باشد، می‌گوییم پول مال هر کسی هست ضرر هم بر عهده‌ی اوست، این روشن است. یک ملازمه‌ی طبیعی وجود دارد، پول مال چه کسی بوده؟ ضرر هم مال اوست. در باب قرض اگر آدم به شما یک میلیون قرض دادم که یک سال دیگر این قرض را ادا کنید، اگر این یک میلیون بعداً ضرر کرد و همه‌اش از بین رفت بر عهده‌ی مقترض است، قرض گیرنده، چرا؟ چون او مالک است.

حالا در این مضاربه پول مال مالک است و ضررش هم متوجه او است اما این اطلاقش اقتضا دارد، حالا اگر این مالک گفت، مثل قضیه امانت، عاریه مضمونه، گفت این پول مال من است ولی تو باید ضامن باشی، این اشکالی ندارد و مانعی در اینجا وجود ندارد لذا به نظر ما این اشتراط صحیح است و نیازی به این دو راهی که امام فرمودند که بگوییم عامل ادا کند یا مسئله‌ی شرط نتیجه در کار باشد نیست، این اشتراط اشتراط صحیح است. به نظر ما اشتراط ضمان طبق این بیانی که عرض کردیم صحیح است و اشکالی ندارد.

کلام مرحوم گلپایگانی

[2]

مرحوم آقای گلپایگانی به یک روایتی تمسک کرده و آن روایت صحیح‌ی محمد بن قیس است

[3]، از امام باقر(ع)، «فی حدیثٍ إنَّ علیاً (ع) قال من ضمَّن تاجراً فلیس له إلا رأس ماله و لیس له من الربح شیئاً»، می‌فرمایند روایت این است که اگر یک کسی آمد پولش را به یک تاجری داد و او را نسبت به پول خودش ضامن قرار داد، «فلیس له إلا رأس ماله»، این فقط استحقاق رأس المال دارد اگر این تاجر هم رفت با این پول کار کرد اینجا ربح تماماً مال تاجر است از این ربح چیزی مال مالک نیست، درست مثل قضیه‌ی قرض، اگر شما پولی را به کسی قرض دادی، قرض گیرنده فقط باید رأس

المال را به شما بدهد، با این پول هر چه هم سود کرده باشد سودش هم مال خود قرض گیرنده است.

حالا اگر کسی بگوید این اشتراط ضمان، هر چند در هر عقد مضاربه‌ای صحیح است ولی مضاربه را منقلب می‌کند، یک انقلابی در آن به وجود می‌آورد که از مضاربه تبدیل به قرض می‌شود طبق این روایت، کما اینکه مرحوم آقای گلپایگانی طبق همین روایت فرموده مضاربه انقلاب به قرض پیدا می‌کند، اینجا باید چی گفت؟

بعبارة أُخری ایشان طبق این روایت دیگر فرق نمی‌کند شرط ضمان عامل از اول بشود یا مالک ضامن باشد و انتقال به عامل پیدا کند یا از اول شرط نتیجه باشد، چون روایت می‌گوید من ضَمَنْ یعنی به هر نحوی از انحاء تضمین، اطلاق دارد. از اول بگوید من مالک هیچی ضامن نیستم فقط تو ضامنی، یک. یا بگوید من ضامنم اما تو هم باید ادا کنی، دو. یا بگوید به نحو شرط نتیجه، خصوصاً صورت شرط نتیجه‌ای که قطعاً داخل در این روایت است اطلاق دارد. آن وقت باید در اینجا چه بگوییم؟ آیا این روایت که عرض کردم صحیح‌ای محمد بن قیس هم هست از امام باقر(ع)، چه باید گفت؟

اشکال مرحوم فاضل لنکرانی

مرحوم والد ما (قدس سره) فرمودند: «الانقلاب مخالف لما هو المشتبه من كون العقود تابعة للقصور»

[4]، می‌فرماید اینکه ما بیایم قائل به انقلاب شویم خود انقلاب با این قاعده‌ی مسلم در باب معاملات که العقود تابعة للقصور منافات دارد. این یک قاعده‌ای است حاکم بر همه‌ی قواعد، العقود تابعة للقصور، چطور می‌شود یک کسی قصد مضاربه را دارد و می‌خواهد ربح بینهما باشد، بگوییم چون یک چنین اشتراطی کرده، این اشتراط سبب شود که این عقد مضاربه بشود عقد قرض، با این قاعده منافات دارد.

گویا می‌خواهند بفرمایند چون این روایت ولو صحیح است، خود ایشان هم قبول می‌کنند که روایت صحیح است اما چون مخالف با سایر قواعد مسلم است از این نظر روایت را کنار بگذاریم. در مورد این روایت ایشان چند تا احتمال دیگر می‌دهند در همین کتاب تفصیل الشریعه‌شان، در کتاب المضاربه در تفصیل الشریعه، برای اینکه پیش مطالعه‌ای کنید، بالآخره باید تکلیف این روایت را روشن کنیم، این مسئله‌ی مهمی است، ما اگر بخواهیم مسئله‌ی اشتراط ضمان را قبول کنیم و بگوییم اشتراط درست است باید تکلیف این روایت را روشن کنیم، ببینید این من ضَمَنْ تاجراً را چه باید معنا کنیم؟ آیا بگوییم این روایت صحیح السند است اما چون مخالف با قواعد است کنار بگذاریم؟ یا مقصود دیگری از این روایت در اینجا در میان هست، این تفصیل الشریعه کتاب المضاربه صفحه 39 تا 41 را آقایان ببینند.

و صلى الله على محمد و آله الطاهرين

[1] □ تحرير الوسيلة، ج 1، ص: 612؛ مسألة 14 العامل أمين فلا ضمان عليه لو تلف المال أو تعيب تحت يده إلا مع التعدي أو التفريط، كما أنه لا ضمان عليه من جهة الخسارة في التجارة، بل هي واردة على صاحب المال، و لو اشترط المالك على العامل أن يكون شريكاً معه في الخسارة كما هو شريك في الربح ففي صحته وجهان، أفواهما العدم، نعم لو كان مرجعه إلى اشتراط أنه على تقدير وقوع الخسارة على المالك خسر العامل نصفه مثلاً من كيسه لا بأس به، و لزم العمل به لو وقع في ضمن عقد لازم، بل

لا يبعد لزوم الوفاء به و لو كان في ضمن عقد جائز ما دام باقيا، نعم لو فسخه و رفع موضوعه، كما أنه لا بأس بالشرط على وجه غير بعيد لو كان مرجعه إلى انتقال الخسارة إلى عهده بعد حصولها في ملكه بنحو شرط النتيجة.

[2] العروة الوثقى (المحشى)، ج5، ص: 163: مرحوم سيد مى فرمايند: «كالربح أو اشترط ضمانه لرأس المال ففي صحته وجهان، أقواهما الأول». مرحوم گلپایگانی در تعليقه كلام ايشان مى فرمايند: «مشكل بل إذا اشترط أن تكون الخسارة على العامل انقلبت قرضاً و تمام الربح للعامل للنص المعمول به.»

مرحوم فاضل لنكرانى اينگونه كلام ايشان را نقل و توضيح فرموده اند: تفصيل الشريعة – المضاربة، ص: 40: و عن بعضهم القول بانقلاب عقد المضاربة عند اشتراط الضمان على العامل قرضاً، فيكون جميع الربح للعامل و لا يكون للمالك إلا رأس المال، مستندا إلى مثل صحيحة محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام في حديث أن علياً عليه السلام قال: من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله، و ليس له من الربح شيء.

[3] الكافي (ط – دار الحديث)، ج10، ص: 305: 9089/3. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ، عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ: عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ: مَنْ أَتَجَرَ مَالاً وَ اشْتَرَطَ بِنَصْفِ الرِّبْحِ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ. وَ قَالَ: مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ، وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ شَيْءٌ». (التهذيب، ج 7، ص 188، ح 830؛ و ص 190، ح 839؛ و الاستبصار، ج 3، ص 126، ح 453، بسند آخر عن عاصم بن حميد. التهذيب، ص 192، ح 852، بسنده عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر، من دون الإسناد إلى أمير المؤمنين عليهما السلام. الفقيه، ج 3، ص 228، ح 3843، معلقاً عن محمد بن قيس، مع اختلاف يسير، و في الأخيرين من قوله: «و قال: من ضمن تاجراً» الوافي، ج 18، ص 880، ح 18482؛ الوسائل، ج 19، ص 20، ح 24065، إلى قوله: «فليس عليه ضمان»؛ و فيه، ص 22، ح 24070، من قوله: «وقال: من ضمن تاجراً».)

[4] تفصيل الشريعة – المضاربة، ص: 40: و لكنّها و إن كانت صحيحة لكن الانقلاب المذكور مخالف لما هو المشتهر من كون العقود تابعة للقصد، فإذا كان المقصود المضاربة، فلا وجه للانتقال إلى القرض، غاية الأمر البطلان، دون الانقلاب، إلا أنها لا ارتباط لها بالمقام، لورودها في التضمين من أول الأمر، لا اشتراط الضمان عند التلف، بل لم يفرض فيها الضرر و الخسران، و كلمة التضمين لا دلالة لها على ذلك، بل المفروض فيها حصول التجارة و تحقق الربح، مع أن أصل الانقلاب يكون على خلاف القاعدة؛ لأنّ العقود تابعة للقصد، و بطلان الشرط على تقديره إنّما يؤثر في خصوص بطلان الشرط، أو مضافاً إلى أصل المعاملة أيضاً، و لا مجال للانقلاب إلى غير ما هو المقصود، فتدبر.

و لعلّ ذكر صاحب الوسائل الرواية في أبواب أحكام المضاربة دليلاً على ارتباطها بالمضاربة، كما لا يخفى.