درس خارج فقه استاد درایتی

سال تحصیلی 98-1399

مقرر: رضا میهن دوست

* جلسه1 یکشنبه 24شهریور 1398

# ادامه احکام مضاربه

## فسخ و انفساخ مضاربه

مساله29 از مسائل مضاربه

"تبطل المضاربة بموت كل من العامل و المالك‌ أما الأول فلاختصاص الإذن به و أما الثاني فلانتقال المال بموته إلى وارثه فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه فإن كان المال نقدا صح و إن كان عروضا فلا لما‌ عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين و هل يجوز لوارث المالك إجازة العقد بعد موته قد يقال بعدم الجواز لعدم علقة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعا على ماله أو متعلق حقه و هذا بخلاف إجارة البطن السابق في الوقف أزيد من مدة حياته فإن البطن اللاحق يجوز له الإجازة لأن له حقا بحسب جعل الواقف و أما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلا و إنما ينتقل إليه المال حال موته و بخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية و في المنجز حال المرض على القول بالثلث فيه فإن له حقا فيما زاد فلذا يصح إجازته و نظير المقام إجارة الشخص ماله مدة مات في أثنائها على القول بالبطلان بموته فإنه لا يجوز للوارث إجازتها لكن يمكن أن يقال يكفي في صحة الإجازة كون المال في معرض الانتقال إليه و إن لم يكن له علقة به حال العقد فكونه سيصير له كاف و مرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورث لا قبوله و لا تنفيذه فإن الإجازة أقسام قد تكون قبولا لما فعله الغير كما في إجازة بيع ماله فضولا و قد تكون راجعا إلى إسقاط حق كما في إجازة المرتهن لبيع الراهن و إجازة الوارث لما زاد عن الثلث و قد تكون إبقاء لما فعله المالك كما في المقام‌"

العروة الوثقى (للسيد اليزدي)، ج‌2، ص: 658‌

تحریر محل نزاع

این مساله به یکی از مسائل انفساخ مضاربه اشاره دارد. فسخ در جایی است که یکی از مالک یا عامل با قصد خودشان عقد مضاربه را ابطال کنند ولی انفساخ در جایی است که عقد بدون اراده دو طرف، عقد خود به خود از بین برود.

مدعای سید

"تبطل المضاربة بموت كل من العامل و المالك‌"

سید می فرماید، موت یکی از عامل یا مالک باعث انفساخ مضاربه می شود از صدر و ذیل کلام سید می توان برداشت که این انفساخ ثابت است ولو برای عقد مضاربه مدت تعیین کرده باشند.

دلیل انفساخ با موت عامل

"أما الأول فلاختصاص الإذن به"

مضاربه منفسخ می شود چون شمای مالک به عامل اذن داده بودید و وقتی او فوت کرد موضوع مضاربه و اذن از بین می رود پس عامل از ارکان مضاربه است.

مثل این که من در مورد کالایی که زید اذن تصرف بدهم. حال اگر او فوت کرد، آیا وراث او می توانند در آن کالا تصرف کنند؟! خیر.

دلیل انفساخ با موت مالک

"و أما الثاني فلانتقال المال بموته إلى وارثه"

مضاربه منفسخ می شود چون اموال مضاربه ملک وراث است و آن آقایی که شما با او عقد بسته بودی نسبت به این اموال، رابطه ای ندارد.

شرایط ابقاء مضاربه

"فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه فإن كان المال نقدا صح و إن كان عروضا فلا لما‌ عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين"

یکی از شرایط مضاربه بنابر نظر برخی این بود که سرمایه باید نقدین باشد و نمی تواند کالا باشد.

مراد از نقدین، طلا و نقره است ولی در زمان ما پول را هم به عنوان مضاربه قبول می کنند.

حال اگر عامل پول را تبدیل به کالا نکرده باشد می تواند مضاربه را ایجاد کند ولی اگر عامل پول را بخاطر مضاربه قبلی تبدیل به کالا کرده است، باید دوباره تبدیل به نقدین شود و سپس مضاربه جدید ایجاد شود.

اجازه مضاربه قبل توسط وراث

"و هل يجوز لوارث المالك إجازة العقد بعد موته قد يقال بعدم الجواز لعدم علقة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعا على ماله أو متعلق حقه"

آیا ورثه مالک می توانند مضاربه قبلی را اجازه دهند یا حتما باید مضاربه جدید باشد؟

اگر ورثه بتوانند مضاربه قبل را اجازه دهند، دیگر این که باید تبدیل به پول و نقدین شود، منتفی می شود؛ اما اگر نیاز به مضاربه جدید باشد، کالا باید تبدیل به نقدین شود.

نظر1

مضاربه سابق قابل تنفیذ و اجازه نیست.

نظر2: سید

اجازه مضاربه سابق صحیح است.

دلیل نظر1: عدم صحت اجازه مضاربه سابق

این وارث که می خواهد عقدی را اجازه دهد که در لحظه ایجاد آن عقد مضاربه، نه مالک بوده است و نه حقی در مال داشته است.

پشتوانه این استدلال یک قاعده کلی است و آن این است که "اجازه در صورتی صحیح است که در لحظه انعقاد حقی برای مجیز باشد"

اشکال به دلیل

نقض1 : وقف

"و هذا بخلاف إجارة البطن السابق في الوقف أزيد من مدة حياته فإن البطن اللاحق يجوز له الإجازة لأن له حقا بحسب جعل الواقف و أما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلا و إنما ينتقل إليه المال حال موته"

بطن سابق مال موقوفه را اجاره به زمانی که اکثر از زمان خودش است؛ مثلا خانه ای را وقف اولاد کردند. پدر خانه را اجاره داده است مثلا یک ساله ولی خودش سر شش ماه فوت کرد که در این جا می گویند بطن لاحق می تواند اجازه دهد در حالیکه در لحظه انعقاد اجاره حقی نداشته است.

با وقف واقف تمام بطون نسبت به این خانه به صورت طولی حق قرارداده شده است. ولی در بحث ما هیچ حقی وجود نداشته است.

نقض2: وصیت

"و بخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية و في المنجز حال المرض على القول بالثلث فيه فإن له حقا فيما زاد فلذا يصح إجازته و نظير المقام إجارة الشخص ماله مدة مات في أثنائها على القول بالبطلان بموته فإنه لا يجوز للوارث إجازتها"

پدر بیش از ثلث وصیت کرده است می گویند اگر ورثه تنفیذ کنند، وصیت نافذ است درحالیکه وراث در لحظه وصیت هیچ حقی نداشتند.

نکته

همین بحث وصیت را به عنوان اشکال به استدلال هم مطرح کردند به این بیان که در فقه ثابت است که شما می توانید در زمان حیات پدر، وصیت بیش از ثلث را تنفیذ کنید و این یعنی حقی دارید پس در بحث مضاربه هم وراث حقی داشته اند و لذا اجازه باید بتوانند بدهند و اصلا این نقض آن قاعده ای که گفتید هم محسوب نمی شود.

البته کلام سید همان نقض قاعده است.

جواب به نکته

ورثه نسبت به مازاد بر ثلث حق دارند ولی نسبت به کل مال حق ندارد و لذا ربطی به بحث مضاربه ندارد؛ چون در مضاربه بحث ثلث نیست.

خصوصیت وصیت این است که انشائش سابق است و تنفیذش لاحق است. منشأ بعد از مرگ است.

آن زمانی که وصیت می خواهد اجراء شود، من وارث حق دارم پس حق در زمان انعقاد وصیت نیست.

* جلسه2 دوشنبه 25شهریور 1398

گفتیم کسانی که معتقدند ورثه مالک نمی توانند مضاربه سابق را اجازه دهند به قاعده "اجازه در صورتی صحیح است که در لحظه انعقاد حقی برای مجیز باشد" استناد کردند که به نظر می رسد پشتوانه این قاعده را سیره عقلائیه می دانند و یا به لحاظ قواعد کلی فقه به این نتیجه رسیده اند.

در بحث ما وارث در لحظه انعقاد عقد حقی در موضوع ندارد و لذا وراث نمی توانند مضاربه اجازه دهند.

سید این قاعده را می پذیرند ولی تبصره ای به این کبرا می زنند و می گویند کسی که در معرض حق باشد هم ملحق به صاحب حق می شود.

"لكن يمكن أن يقال يكفي في صحة الإجازة كون المال في معرض الانتقال إليه و إن لم يكن له علقة به حال العقد فكونه سيصير له كاف و مرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورث لا قبوله و لا تنفيذه فإن الإجازة أقسام قد تكون قبولا لما فعله الغير كما في إجازة بيع ماله فضولا و قد تكون راجعا إلى إسقاط حق كما في إجازة المرتهن لبيع الراهن و إجازة الوارث لما زاد عن الثلث و قد تكون إبقاء لما فعله المالك كما في المقام‌"

پس بنابر این کلام سید، قاعده به این صورت می شود که کسی می تواند عقد را ابقاء کند که در لحظه انعقاد عقد، حق بالفعل و یا حق شأنی داشته باشد.

بررسی کلام سید

مساله29 در واقع، دو مساله است:

مساله1: آیا با موت مالک عقد مضاربه باطل می شود یا خیر؟

مساله2: آیا با اجازه وارث عقد مضاربه تداوم پیدا می کند یا خیر؟

بررسی مساله1

مضاربه دارای دو قسم اذنی و عهدی است.

مضاربه عهدی، مضاربه ای است که عامل تعهد می دهد با سرمایه مالک کار کند و مالک تعهد می دهد که سرمایه را در اختیار عالم بگذارد.

در مضاربه عهدی عامل نمی تواند بگوید من این یک سال کار نمی کنم بر خلاف مضاربه اذنی که مالک می گوید شما می توانید با این پول کار کنید و عامل تعهد نداده است که کار کند.

در مضاربه عهدی مالک تعهد داده که سرمایه را در اختیار قرار دهد بر خلاف مضاربه اذنی که مالک تعهد نداده که سرمایه را پس نگیرد.

سید در مساله اول گفت که مضاربه منفسخ می شود؛ ولی به نظر ما این کلام سید در مضاربه اذنی است؛ اما در مضاربه عهدی اگر مالک فوت کرده باشد می گوییم مالک تعهد داده است که سرمایه دست این آقا تا یکسال باشد پس این تعهد باقی می ماند.

در مورد عامل هم اگر عامل فوت کرده است بستگی دارد که در مضاربه مباشرت عامل در عمل شرط شده است یا عمل اعم از مباشری و تسبیبی شرط شده است؟

اگر عمل مباشری شرط است، حتی در عهدی مضاربه باطل می شود چون موضوع ندارد؛ اما اگر عمل تسبیبی هم جایز باشد یعنی مباشرت در عمل را شرط نکرده است، عامل که فوت کرده است عمل بدهکار است و این عمل مباشری نیست بلکه می تواند بالتسبیب باشد پس ورثه می تواند این تسبیب را انجام دهند و مثلا وکیل بگیرند.

پس به این راحتی نمی توان گفت مضاربه به خودی خود منفسخ می شود. موت مالک باعث انفساخ نیست و موت عامل در یک صورت انفساخ را پذیرفتیم ولی در یک صورت نپذیرفتیم.

البته سخن در انفساخ است و الا مضاربه عقد جایز است و فسخش جایز است.

اما در مضاربه اذنی، عموما می گویند انفساخ محقق می شود و کلام سید درست است؛ چون موضوع منتفی است. موضوع اذن مالک است و وقتی مالک نیست، اذن هم نیست.

تفصیل بین مضاربه عهدی و اذنی عموما در کلمات فقهاء نیست و متاخرین این تقسیم را انجام داده اند و لذا مثلا مرحوم سید اصلا متوجه این تقسیم نیست و شاید بدین جهت بوده است که مرحوم سید بین این دو قسم تفصیل ندادند.

نکته: اذن و اجازه فضولی

مرحوم سید در این مساله این نکته را نگفتند ولی در مسائل دیگر رشحاتی از این نکته وجود دارد.

پدری مالی را در اختیاری عامل قرار می دهد و به او می گوید تا هر وقت که دوست داشتی یا تا 100 سال دیگر اذن عمل دادم در حالیکه تا 100 سال دیگر زنده نیست ولی پدر از طرف وراث اذن و اجازه می دهد.

مثلا استفاده از کتاب کسی را بدون علم او، اذن دادم که این اذن فضولی است و اگر اذن فضولی مثل بیع فضولی باشد پس با اذن متاخر نافذ می شود. پس در بحث ما هم وراث اذن که بدهند، عقد سابق باقی می ماند.

البته این صورتی است که در مساله قابل تصویر است ولی همه صور نیست چون شرط این صورت این است که پدر قصد اذن فضولی از طرف وراث را داشته باشد.

برخی می گویند وقتی بیع فضولی صحیح است، اذن فضولی به طریق اولی صحیح است. اگر این نکته را پذیرفتیم پس ضرورتی ندارد که حین عقد، من صاحب حق نسبت به مال باشم.

مرحوم سید این نکته اذن فضولی را مطرح نکرده است درحالیکه در مساله دخیل است. آقایان دیگر هم این صورت را مطرح نکردند.

این نکته تکمله مساله اول (صحت و بطلان عقد) و مقدمه مساله2 (اجازه وراث) بود.

مساله2: اجازه وراث

اگر قائل به بطلان مضاربه شدیم حال این سوال مطرح می شود که آیا وراث می توانند مضاربه سابق را تنفیذ کنند یا خیر؟ اگر گفتیم تنفیذ صحیح نیست، تداوم مضاربه نیاز به انعقاد مضاربه جدید دارد.

کلام آقای شاهرودی در کتاب مضاربه

اشکال اجازه مضاربه از سوی ورثه به چند اشکال بر می گردد:

اشکال1

اگر شما معتقدید که با موت، مضاربه باطل شده است، مضاربه باطل شده که با اجازه، احیاء نمی شود. مثلا می گویند بیع ربوی باطل است، آیا رضایت شما به بیع ربوی، آن بیع را تصحیح می کند؟ خیر.

سید از طرفی می گویند مضاربه باطل است و از طرفی می گویند اجازه باعث تداوم می شود.

جواب

اصطلاح1: عدم اهلیت عقد

بطلان عقد یعنی فاقد شرایط صحت است مثل بیع ربوی که با رضایت تصحیح نمی شود.

اصطلاح2: فقد رضایت

بطلان عقد یعنی بدون رضایت مالک، باطل است یعنی بدون رضایت، نافذ نیست.

و بطلانی که سید فرمودند به اصطلاح دوم است.

اشکال2

برخی معتقدند که اذن و اجازه فقط در یکی از این دو مورد می تواند نقش داشته باشد:

مورد1: عقد از فضول صادر شده باشد که اجازه مالک می تواند نقش داشته باشد.

مورد2: وقتی اجازه دهنده و اذن دهنده، ولایت بر عقد داشته باشد که اذن و اجازه او هم نافذ است. این ولایت اعم از ولایت خود مالک و ولایت ولی صغیر است.

در بحث ما نه مورد اول است چون پدر فضول نبوده است و نه مورد دوم است چون وارث در لحظه عقد، ولایت ندارد.

جواب

اجازه مختص به این دو مورد نیست بلکه اجازه در جایی است که مجیز در لحظه اجازه، ولایت داشته باشد نه این که در لحظه عقد ولایت داشته باشد که این نقد آن قاعده مطرح شده در کلام سید است.

در بحث ما وارث، در لحظه اجازه، نسبت به موضوع عقد، حق دارد و ولایت دارد.

* جلسه3 سه­شنبه 26شهریور 1398

ادامه ادله عدم جواز تداوم مضاربه سابق

مشهور قائل هستند که ورثه نمی توانند مضاربه سابق را اجازه دهند.

ادله این قول مشهور را تحت عنوان اشکالات در مساله در کلام آقای شاهرودی بیان کردیم که دو دلیل بود.

دلیل3: آقای خویی

لازمه تنفیذ مضاربه مالک به اجازه ورثه این است که عامل باید متحمل خسارت در بعضی از صور شود و در باب مضاربه ادله ای داریم که عامل متحمل خسارت نمی شود. عباراتی مانند "العامل امین فلایضمن الا بالخیانة"

عامل در حیات مورث با مال مضاربه که کار کرده است موجب شده است که زیان کند مثلا 10 میلیون تبدیل به 5 میلیون شده است.

اگر بگویید مضاربه سابق با اذن ورثه تداوم پیدا می کند معنایش این است که در ادامه این مضاربه، عامل هر چه کار کند و تجارت کند تا سقف 10 میلیون اگر رسید همه اش سرمایه است و بعد از آن ربح صدق می کند؛ ولی اگر گفتیم مضاربه جدید باید ایجاد شود، 5 میلیون از دست رفته است به عهده عامل نیست.

اشکال

اگر مالک فوت نمی کرد هم همین قصه بود و ما چرا در زمان حیات پدر نمی گوییم که ضرر کرده است؟!

جواب

وقتی مالک فوت کرد، به ورثه 5میلیون رسید و 5میلیون بعد اصلا مال ورثه نبود ر خلاف زمان زنده بودن مالک که 10میلیون داشت. پدر 10میلیون داشته و 10 میلیون می گیرد ولی وارث 5 میلیون داشته و 10 میلیون می گیرد.

گفتیم ثمره تداوم و بطلان مضاربه سابق این است که اگر کالا باشد نمی تواند مضاربه کند بلکه باید تبدیل به نقدین شود. ثمره دیگر همین نکته کلام آقای خویی است که سرمایه به چه مقدار است؟ سرمایه در مضاربه جدید 5میلیون می شود ولی اگر تداوم باشد، سرمایه، 10میلیون می شود.

اشکال به آقای خویی

اشکال1

این اشکال اخص از مدعا است. اگر خسارتی بر مضاربه وارد شده بود به دلیل ثانوی می گوییم تداوم ممکن نیست ولی اگر خسارتی بر مضاربه وارد نشده بود چرا تداوم را نمی پذیرید؟!

می گوییم تداوم ممکن است مگر یکی از احکام مضاربه نقض شود مثل همین موردی که مثال زدید.

اشکال2

چرا می گویید تنفیذ ورثه مفید نیست؟ می توان گفت تنفیذ ورثه مفید است البته به نحوی که مستلزم خسارت بر عامل نباشد یعنی اذن و تنفیذ با سرمایه فعلی (نه سرمایه سابق) رخ می دهد بخاطر ادله عدم تحمل خسارت از سوی عامل. همه شرایط قرارداد قبلی وجود دارد و فقط سرمایه تغییر می کند.

ان قلت

عقد منقلب عما هو علیه شد.

قلت

مضاربه قبلی یک ساله بود ولی شما تنفیذ مضاربه شش ماهه می کنید. آیا منقلب شد؟ خیر. این به مقتضای شرایط جدید است.

اشکال3

اگر قرار باشد که بگوییم سرمایه 5میلیون تومان است، این عقد جدید است. تنفیذ مضاربه قبل یعنی همین که سرمایه 10 میلیون باشد و عامل هم تداوم را پذیرفته است و مثل این است که پدر زنده است که نمی گویند عامل ضرر کرده است.

جواب اشکال3

بلاخره آقای وارث، 5 میلیون داشته است و الان می خواهد 10 میلیون بگیرد.

اشکال4

مدعای نایینی

در کلمات آقای نایینی این نکته وجود دارد که استمرار مضاربه سابق معنا ندارد و حتما مضاربه جدید است ولو اسم آن را تنفیذ و اجازه بگذارید و در شکل اجازه باشد.

دلیل1

مضاربه، اذن مالک به تصرف برای تجارت است. البته اذن بعلاوه این توافق است که اگر سودی داشت، تقسیم می شود.

اذن مالک به غیر دو اثر دارد:

1. رفع حرمت تکلیفی تصرف غیر
2. رفع حرمت وضعی تصرف غیر

مقصود از حرمت وضعی ضمان است. اگر بدون اذن تصرف انجام شود هم کار حرامی کرده است و هم ضامن است ولی اگر اذن باشد نه حرمت است و نه ضمان.

این حق را مالک نسبت به ملک خودش داشته است و بعد فوت، دیگر اذن او بدون موضوع می شودو تنفیذ وراث یعنی مالک جدید دارد اذن می دهد.

پس اگر مالک فوت کند، اذن وارث، اذن دوم است و اذن اول نیست. و حقیقت مضاربه همان اذن است.

دلیل2

دلیل دیگری هم گفته شده است که نایینی مطرح نکرده است.

مالک رکن عقد مضاربه است. یکی از ارکان عقدنامه مضاربه این است که مالک کیست؟ لذا مالک که عوض شد، عقد جدیدی محقق می شود.

این مساله را تشبیه به زوجین در عقد نکاح کرده اند.

* جلسه4 چهار­شنبه 27شهریور 1398

نبودم

* جلسه5 ­شنبه 30شهریور 1398

ادامه مباحث عوامل انفساخ عقد مضاربه

عامل1: موت

مرحوم سید از این عامل مستقلا بحث کردند.

عامل2: جنون

در ناحیه عامل روشن است که مضاربه منفسخ می شود و در ناحیه مالک هم می گویند مضاربه منفسخ می شود.

اما این نکته در مضاربه اذنی است نه مضاربه عهدی. چون مضاربه عهدی یک تعهد است و لذا تا پایان مدت تعهد مضاربه خود به خود منفسخ نمی شود. اما در مضاربه اذنی، اذن مالک بعد از جنون منتفی است. اگر ولی داشته باشد می توانند اذن دهند و تداوم ایجاد شود ولی وارث در این فرض نقشی ندارد.

## مساله46: احکام فسخ و انفساخ

سه صورت مضاربه

صورت1: بطلان

مضاربه ای منعقد کرده اند و بعدا فهمیدند یکی از شرایط صحت نبوده است.

صورت2: انفساخ

یکی بمیرد و یا مجنون شود و... .

صورت3: فسخ

مضاربه عقد جایز است پس می تواند فسخ شود.

مرحوم سید در این مساله به صورت اول یعنی بطلان اشاره نمی کنند و آن را در مسائل دیگری بررسی کردند پس در این مساله روی صورت2و3 تمرکز دارند.

اگر فسخ مضاربه، چه از ناحیه مالک و چه از ناحیه عامل، قبل از شروع تجارت و یا مقدمات آن باشد، حکمش روشن است که عامل باید پول را به مالک تحویل دهد.

اگر فسخ مضاربه، چه از ناحیه مالک و چه از ناحیه عامل، بعد اتمام عملیات تجارت است یعنی عامل با این پول، جنسی را خریده است و طلب ها را وصول کرده است که در این صورت باید پول را تحویل دهد و اگر سودی است تقسیم شود.

اما اگر فسخ در اثناء تجارت است یا مقدمات تجارت را انجام داده است، مثلا عامل جنسی را خریده است و می گوید مضاربه را نمی خواهم ادامه دهم، در این صورت حکم چیست؟

مضاربه فسخ شد اما آیا می توان عامل را ملزم کرد که این تجارت را به پایان برسان؟ چون عامل تجارت با این کالا را بلد بوده است و من مالک که این تجارت را بلد نیستم پس تو باید این کار را اتمام کنی. گاهی هم فروخته و پول را وصول نکرده است. آیا می توان او را ملزم کرد؟

از طرفی آیا عامل می تواند گوید فروش این کالا و یا وصول یک ماه از فرصت می گیرد و اجرت المثل می خواهم؟

مرحوم سید می گوید اگر معامله فسخ شد، نه مالک می تواند مطالبه خسارت کند و نه عامل می تواند.

مثال برای مطالبه عامل

عامل معامله بسیار خوبی را انجام داده است اما هنوز کاملا نفروخته است و مالک می بیند که اگر او تجارت را کامل کند باید سود را تقسیم کند و لذا فسخ می کند.

مثال برای مطالبه مالک

عامل کالایی خریده است که مالک نمی تواند آن را بفروشد یا ثمن را وصول کند، آیا مالک می تواند خسارتش را بگیرد؟

مگر این که در عقد مضاربه، شرط خسارت کرده باشند.

این مساله دو وجه دارد:

## **الف) شرط خسارت از سوی مالک در موارد فسخ عامل**

وجهی که قبلا بحث کردیم این بود که آیا مالک می تواند خسارت را شرط کند؟ عموما می گفتند در مضاربه نمی شود چنین شرطی کرد.

دلیل1

العامل امین و ید امانی ضمان آور نیست. شرط ضمان عامل، شرط خلاف سنت است که باطل است.

دلیل2

استناد به برخی روایات در باب مضاربه مثل من ضمن تاجرا لیس له الا راس ماله و لیس له من الرببح شیء که گفتند این مضاربه تبدیل به قرض می شود.

دلیل3

شرط هیچ وقت مصحح خودش نیست. پس صرف این که شرطی ضمن عقدی وجود داشت دلیل مشروعیت شرط نیست و تمسک به دلیل المومنون عند شروطهم تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود عام است و دلیل دیگری بر مشروعیت چنین شرطی وجود ندارد و لذا این شرط باطل است.

### نظر استاد

مختار ما و آقای خویی و برخی دیگر این بود شرط نتیجه باطل است اما شرط فعل جایز است.

## **ب) شرط خسارت از سوی عامل در موارد فسخ مالک**

وجه دیگر مساله، شرط خسارت از سوی عامل است. عامل می گوید من به شرطی با تو مضاربه می کنم که اگر شما در اثناء عملیات تجارت، عقد را بهم زدید باید اجرت المثل من را پرداخت کنید.

دلیل1

در این مساله نمی تواند به العامل امین و من ضمن تاجرا استناد کرد چون آن دو دلیل در مورد شرط مالک بر علیه عامل بود. تنها دلیلی که در بحث حاضر قابلیت جریان دارد دلیل سوم است.

اشکال

در ردّ دلیل سوم می گویند اصل بر مشروعیت شروط است مگر دلیلی بر عدم مشروعیت باشد. خود المومنون عند شروطهم ذیلی دارد که می گوید الا شرطی که تحلیل حرام کند که می گوییم همین دلالت دارد که تا تحلیل حرام و تحریم حلال اثبات نشود، این شرط از شروطی است که ذیل المومنون عند شروطهم. ما در مضاربه دلیلی بر عدم مشروعیت خسارت از سوی عامل نداریم.

برخی می گویند اصل مطالبه اجرت در برابر عمل مشروع است مثلا به دلیل اجاره اعمال.

پس دلیل سوم رد شرط خسارت از سوی عامل نشد.

دلیل2

اگر عامل بخواهد شرط خسارت کند، از حقیقت مضاربه خارج می شود. چون واقع مضاربه این است که ربح تجارت را بگیرید نه این که اجرت المثل بگیرید.

برخی گفتند خلاف مقتضای عقد است.

مقتضای عقد مضاربه این است که من مالک به شمای عامل اجرت عمل را نمی دهم. من عمل تو را نمی خرم. تو خودت اقدام بر عمل می کنی اما در ازاء بخشی از سود است. به تعبیر دیگر اگر عمل او به ازاء پول است که اجاره است و اگر مجانی است نمی تواند مطالبه کند و این را شرط کند.

قاعده اقدام حاکم بر قاعده احترام عمل مسلم است و عقد مضاربه هم عقد جایز است و هم در برابر عمل اجرتی قرار نبوده است که بگیرید چون ممکن است که تجارت سود نکند که به عامل هیچ مالی نمی رسد.

تذکر

این مطالبه در مضاربه اذنی مطرح می شود که مقصود فقهاء، از مضاربه اساسا همین مضاربه اذنی است اما مضاربه عهدی اساسا عقد جایز نیست که فسخ شود.

اشکال

اگر شرط خسارت، شرط نتیجه باشد خلاف مقتضای عقد است ولی اگر شرط فعل باشد مشکلی ندارد.

شرط نتیجه به این صورت است که اگر توی مالک عقد را بهم زدی، ضامن خسارت من هستی و اجرت من به عهده تو هست و تو بدهکاری.

شرط فعل به این صورت است که عامل می گوید تو ضامن نیستی ولی باید به ازاء عملی که من انجام دادم، پول به من پرداخت کنی مثلا به من هدیه بدهی که اگر انجام نداد، فعل حرامی را انجام داده است ولی ضمان نیست یعنی به مبلغ آن در مال ما شریک نیست.

تفاوت شرط نتیجه و فعل: اگر ضمان باشد شرط نتیجه است یعنی به مقدار آن بعد فوت او در اموال من شریک است بر خلاف شرط فعل که ضمان نیست و فقط فعل حرامی کرده است مگر کسی بگوید شرط ضمن عقد جایز، لازم نیست که در این جا لزوم وفاء هم ثابت نیست.

* جلسه6 ­یکشنبه 31شهریور 1398

### **نظر استاد در شرط خسارت از سوی عامل**

گفتیم اگر به صورت شرط نتیجه باشد باطل است و اگر به صورت فعل باشد مشکلی ندارد و لازم الاتباع است.

کلام آقای حکیم

وقتی عقد را فسخ کرد، دیگر عقدی نیست که شرط ضمن آن لزوم وفاء داشته باشد.

کلام ایشان می تواند اشکال بر نظر ما باشد.

این کلام را می توان به این صورت تکمیل کرد که اگر شرط نتیجه باشد که خلاف مقتضای عقد است و اگر شرط فعل باشد، لزوم اتباع ندارد.

جواب1

این کلام در شروطی است که منوط به فسخ نباشد اما شرطی که منوط به فسخ است با فسخ، منجز می شود.

جواب2

اگر خسارت یا هبه را معلق بر فسخ مضاربه نکنیم بلکه بگوییم به من هبه بده بعد از اتمام مضاربه آیا صحیح است؟ قطعا صحیح است حال ما می گوییم تعلیق بر فسخ هم مثل آن است. موضوع این شرط، فسخ است پس با فسخ از بین نمی رود.

ادامه کلام سید

بحث از خسارت دادن مالک به عامل دو صورت مساله داشت:

صورت مساله1: فسخ مالک بعد از انجام مقدمات تجارت و قبل از تجارت

صورت مساله2: فسخ مالک در اثناء تجارت عامل

تا این جا مساله اول را بحث کردیم اما در این قسمت، به مساله دوم می پردازد. یعنی جایی که عامل جنسی را خریده است که فردا بفروشد و سود حاصل شود ولی هنوز سود حاصل نشده است و مالک فسخ می کند.

سوال در این جا این است که حتی دون اشتراط خسارت از سوی عامل آیا عامل مستحق اجرت المثل است یا خیر؟

قول1: استحقاق اجرت المثل

محقق در شرایع، علامه، لمعه، روض، معتقدند که مالک باید اجرت عمل عامل را بدهد.

قول2: عدم استحقاق اجرت المثل

شهید در مسالک می گوید: فیه نظر و نیز علامه در قواعد، جواهر، سید در عروه استحقاق را نمی پذیرد.

قائلین دو نظریه کم نیستند.

ادله استحقاق

دلیل1: قاعده احترام

در توضیح قاعده می گویند عمل مسلم محترم است.

عملی در قاعده احترام موضوع است که مالیت داشته باشد. عمل دارای مالیت هر عملی که منفعتی از آن عائد دیگری شود. چه منفعت دنیایی چه آخرتی.

در مضاربه، عامل زحمت کشیده است و جنسی را خریده است و او نصف راه تجارت را طی کرده است و شاید اگر ادامه راه را که برود سود کند، این قاعده اقتضا دارد که باید اجرت عملش را بدهی.

در سایر عقود هم همین است مثلا در عقد وکالت، وکیل می خواهد کار را تمام کند و موکل آن را عزل می کند که باید اجرت عمل وکیل تا لحظه فسخ را بدهید.

اشکال

قاعده احترام در فرضی است که عامل متبرع نباشد. به عبارتی قاعده اقدام حاکم بر قاعده احترام است. عامل در مضاربه متبرع است. چون شاید تجارت سودی نکند که به عامل چیزی نمی رسد.

جواب

متبرع کسی است که مجانی کار می کند ولی عامل متبرع نیست بلکه به امید سود کار را انجام می دهد ولو بازاء عملش اجرت المثل طلب نکرده است.

عامل عملش را هبه نکرده است بلکه به ازاء سود کار را انجام داده است. پس قاعده احترام تمام است.

اشکال

عامل بخاطر سود عمل کرده است ولی چون سود محقق نشده است چیزی به عامل نمی رسد.

هر جا عمل به امیدی غیر از اجرت انجام دهد، اجرتی در کار نیست.

پس تبرع را باید تفسیر موسع کنیم و الا اگر تبرع را مضیق معنا کنیم باید به عامل اجرت بدهیم ولو که در مضاربه ای که فسخ نشده است و مدتش تمام شده است سود نکند.

جواب

مسالک می گوید عامل امید به ربح داشت و در مسیر آن بود ولی شمای مالک مضاربه را بهم زدی و الا سود می کردم پس نمی توانیم بگوییم عامل به امید سود بود و سود هم محقق نشد. چون مالک اجازه حصول ربح را نداد. عامل به امید استمرار و سود بود و شما استمرار را بهم زدید.

اشکال

مبنای مهم سید و جواهر و کسانی که قائل به عدم اجرت هستند این نکته است که عامل از ابتدا مطلع بود که عقد جایز است یعنی می دانست که ممکن است استمرار از بین برود. لذا عامل اقدام بر این عملی کرده است که می داند ریسک دارد و مالک می تواند آن را بهم بزند و لذا نمی تواند بگوید من به امید استمرار و سود وارد عمل شدم پس متبرع نیستم.

تبصره آقای حکیم

گاهی مالک باید به عامل اجرت المثل دهد یعنی درست است که ما وارد عقد جایز شدیم ولی گاهی از مالک انتظار نداشتیم که فسخ کند و یا گاه شاید مالک وعده عدم فسخ داده است.

این جا نمی توان گفت متبرع است ولو به معنای موسع تبرع.

پس هر جا عامل احتمال عدم فسخ دهد قاعده احترام تطبیق می شود.

اشکال

اگر منشا این احتمال، کلماتی از سوی مالک باشد قاعده احترام تطبیق می شود ولی اگر احتمال توهم خود عامل است خیر.

جواب

اگر احتمال از سوی عامل باشد ولی مالک عالم است باز قاعده احترام تطبیق می شود.

* جلسه7 ­دوشنبه 1مهر 1398

ادامه ادله استحقاق اجرت المثل برای عامل

دلیل1: قاعده احترام

بررسی شد.

دلیل2: قاعده الاستیفاء بالضمان

این قاعده می گوید اگر خدماتی چه ریالی و چه غیر ریالی از دیگری دریافت کردید، در برابر آن ضمان مالی داریم. آقای حکیم در برخی موارد به این قاعده استناد می کند.

این قاعده تفاوت چندانی با قاعده احترام ندارد ولی اگر قاعده خاصی هم باشد در جایی است که کسی که خدمت می کند امید اجر داشته باشد ولی اگر متبرع بود ضمانی نیست. مثلا اگر کسی هدیه دهد ما ضمان نداریم چون هدیه تبرعی بوده است.

پس همان تبصره ای که در دلیل اول گفتیم در دلیل دوم هم می آید و همان مباحث را دارد.

الاستیفاء بالضمان در حکم وضعی یعنی ضمان است؛ ولی قاعده احترام حکم تکلیفی را اثبات می کند.

تفاوت هایی بین دو قاعده گفته شده است ولی اساس دو قاعده همان احترام عمل مسلم است. البته برخی می گویند الاستیفاء بالضمان در فعل غیر مسلم مثل کافر ذمی هم هست.

دلیل3: قاعده تفویت

هر وقت شما موجب شوید دیگری به سودی نرسد و منفعتی از او فوت شود در برابر آن ضامن هستید و در بحث ما مالک، با فسخ مضاربه، موجب تفویت ربح از عامل شد.

تذکر1

تطبیق این قاعده در صورتی است که سود متوقع باشد و الا تفویت سود صدق نمی کند.

تذکر2

بر اساس این قاعده باید بگوییم مالک ضامن سودی که فوت شده است نه اجرت المثل.

دلیل دوم در کلام آقای حکیم است ولی دلیل اول و سوم در کلمات مشهور و معروف است.

اشکال

ما قاعده ای به نام تفویت نداریم. بلکه قاعده اتلاف داریم یعنی مال موجود را اگر کسی تلف کند ضامن است ولی ضمانت در مورد مالی که هنوز به وجود نیامده است ثابت نیست. من به کسی گفتم این معامله را انجام نده و سود از بین رفت و کسی نمی گوید که من ضامن هستم.

قاعده ضمان جای تحقیق دارد. بحث عدم نفع در حقوق بین الملل هم مطرح است. این که عدم نفع آیا صدق ضرر دارد یا خیر؟

قاعده تفویت مدرک شرعی ندارد و یک قاعده عقلایی است و باید ارتکاز عقلایی بررسی شود. به نظر ما در مساله باید تفصیل داد و این قاعده تفویت در عصر معصوم ع هم بوده است و ممکن است بگوییم وقتی سود بسیار نزدیک است و شخصی عمدا آن را از بین می برد، ضمان ثابت است.

نظر استاد

اگر سودی متوقع است و مالک بدون عذر این کار را می کند فی الجمله بدهکار است و ضامن است.

نکته1: توقع سود

اگر در موارد عدم توقع سود بگوییم مالک ضامن است، مالک متضرر می شود و موضوع الاستیفاء بالضمان و تفویت محقق نمی شود.

نکته2: بدون عذر بودن

اگر مالک بدون عذر فسخ بکند که به تمام سود که متوقع است برسد عقلائیا ضامن است. بله گاهی عذر دارد مثلا به پولی نیاز دارد که در این صورت عقلائیا ضامن نیست.

نکته3: عرفی نبودن فسخ

درست است که مضاربه عقد جایز است ولی گاهی عرف مضاربه را یک امر مستمر می داند و این به مثابه یک شرط ارتکازی محسوب می شود.

البته این به عرف های مختلف، تفاوت پیدا می کند.

مضاربه ای که بتوان هر لحظه آن را بهم زد اصلا در بازار شکل نمی گیرد. یعنی این نگاه فقهی با نگاه عرفی متفاوت است و لذا مثل امر ارتکازی عمل می کند و قاعده اقدام تطبیق نمی شود. یعنی در عرف چنین حسی ندارند که عقدی می بندند که هر لحظه می توانند به هم بزنیم. حق فقهی دارد ولی این کار عرفی نیست.

با نگاه فقهی، اصلا مضاربه ای شکل نمی گیرد بله مضاربه اذنی آن هم در کاری یسیر ممکن است محقق شود.

البته شرط ارتکازی را ما از باب حداقل می گوییم و الا ما از آن بیشتر معتقدیم که خواهیم گفت.

تذکر: فرق عرف و سیره عقلائیه

در بحث ما استناد به عرف است و عرف شرط ارتکازی می سازد و این نیازی به امضاء ندارد ولی سیره عقلائیه نیاز به امضاء دارد. یعنی اگر این جا به سیره بخواهیم استناد کنیم باید بگوییم عقلاء عقد را لازم می دانند که این لزوم نیاز به امضاء شارع دارد.

این نکته سوم که فسخ عرفی نیست در مضاربه ای که مدت برای آن تعیین شده تقویت می شود.

* جلسه8 ­سه­شنبه 2مهر 1398

با سه شرط گفتیم که ممکن است استحقاق عامل برای اجرت را بپذیریم و گفتیم فسخ نشدن مضاربه، حداقل شرط ارتکازی است و لذا عامل اقدام بر ضرر نکرده است و از طرفی سود مترقب است و لذا تفویت صدق می کند. این را ما حتی در مضاربه اذنی می گوییم.

این عقد جایزی است که به مقتضای شرط لازم شده است.

اشکال

عرف همیشه این طور است. پس این عقد همیشه لازم است پس چرا جایز شد؟!

جواب

این عرف می تواند متغیر باشد. البته علی القاعده بازار با قوام است ولی بازارهای بی قوام هم وجود دارد و هیچ قوام و قاعده ای ندارد و مضاربه ای که دو طرف می توانند فسخش کنند هم انجام می دهند.

این نکته ای که گفتیم در مساله قبل یعنی انجام مقدمات تجارت از سوی عامل هم می آید البته در صورتی که مقدمات ارزش مالی داشته باشد.

**مراد از اجرت**

عامل چه مقدار اجرت را مستحق است؟

اگر در عرف بازار، اجرت معینی معین است همان ملاک است چون مثل شرط ارتکازی است و در غیر این صورت، به نظر ما أقلّ اجرتِ ربحِ متوقَع را مستحق است یعنی نسبت به این مقدار دلیل اثباتی داریم و نسبت به اکثر از آن برائت جاری می شود.

تذکر

حداکثر چیزی که از شرط ارتکازی بدست می آید حکم تکلیفی است به دلیل المومنون عند شروطهم ولی مراد ضمان مالک نبود. ضامن دانستن مالک راه طولانی تری می طلبد. ما تعبیر ضمان می کردیم ولی تسامحی بود.

ادامه کلام سید: فسخ عامل

اگر عامل بعد از سفر تجاری فسخ کند مثلا می رود به کشور چین و مخارجی هم دارد که به عهده مالک بود و در آن جا فسخ می کند چون مضاربه عقد جایز است.

آیا مالک می تواند بگوید تو ضمان هستی؟ یا این که بگوید اگر عذر نداری ضامن هستی و الا ضامن نیستی.

سید می گوید مالک نمی تواند او را ضامن بداند چون مالک اقدام بر عقد جایز کرده است و دیگر نمی تواند مطالبه کند.

از عبارت سید بدست می آید که دو نظر است ولی عبارت بعدش نظریه سوم می شود که مختار خودشان است.

اقوال

قول1: ضمان مطلقا

دلیل: قاعده اتلاف مال غیر و این قاعده، مقدم بر العامل امین و در واقع آن را تفسیر می کند.

عقد مضاربه جایز است و لذا فسخش حرام نیست ولی ضامن هزینه ها هستی به لا ضرر.

ولی سید می گوید قاعده اقدام مقدم بر قاعده لاضرر است. اما ممکن است بگوییم شرط ارتکازی عدم فسخ بوده است و لذا وجوب پرداخت ثابت است ولی ضمان محرز نیست ولی در موردی می گوییم که عذر نیست که می شود قول دوم.

قول2: ضمان در صورت عدم عذر

قول3: عدم ضمان مطلقا (سید)

ما معتقد به قول2 هستیم.

تذکر1

اگر محرز شد که عامل از باب سوء استفاده این کار را کرده است، در واقع او مالک را فریب داده است و لذا قاعده اقدام جاری نیست و این جا ضمان است و شاید سید یزدی غیر این صورت را اراده کرده است.

البته اگر از اول قصد فریب داشته است که مضاربه باطل است ولی این نکته در جایی است که وسط سفر قصد فریب می کند.

تذکر2

بحث در ضمان نسبت به مخارج سفر است و الا سودی که نیاورده است

ادامه کلام سید: الرابعة

صورت مساله

صورت مساله جایی است که فسخ و انفساخ محقق شده و مال هم تبدیل به کالا شده است و ربح حاصل نشده است.

وجه تقیید به حصول ربح

حصول ربح جایی است که کالا را زیر قیمت بازار خریده است و لذا درست است فعلا کالا است ولی ربح حاصل است و این سود عرفی است و لذا اگر مالک فسخ کند باید سهم سود عامل را بدهد.

پس مساله در جایی است که به این صورت نباشد.

حکم

در این صورت، عامل جایز نیست که تجارت کند هر چند احتمال سود را هم می دهد.

* جلسه9 ­شنبه 6مهر 1398

از آن جا که حکم در برخی فروعات مساله مبتنی بر بعضی از قواعد فقهی بود، قرار بر این شد که برخی قواعد را بیشتر بررسی کنیم.

**بررسی قاعده تفویت منفعت**

شیخ در بحث ضمان منافع غیر مستوفات این قاعده را مطرح کردند. جای دیگر بحث در مساله غصب است. البته در موارد دیگری هم مطرح است اما این دو جایگاه بیشتر بحث شده است.

تفاوت بین نفع و منفعت

منفعت عبارت است از منافع عین یا منافع شخص. این خانه، این درخت منفعت دارد و حتی انسان جایی که می تواند عملی انجام دهد منفعت دارد ولی نفع در تجارت است.

منفعت تابع اعیان اعم از شیء و شخص است و نفع تابع تجارت است.

در قاعده تفویت منفعت باید دید منفعت به چه معناست و این تفاوت در آن لحاظ شده است یا خیر؟

در حقوق موضوعه و نیز کنوانسیون های بین المللی، بحث عدم نفع مطرح شده است و انظار مختلفی وجود دارد و لذا مساله مختص فقه نیست.

مضمون قاعده

اگر کسی موجب شد منفعتی از کسی سلب شود، ضامن منفعت سلب شده است. پس می خواهیم توسط این قاعده، ضمان را اثبات کنیم.

ادله قاعده تفویت

دلیل1: قاعده علی الید

روایت "علی الید ما اخذت حتی تودی" اقتضا دارد که هر منفعتی که شما موجب تلف آن شدید باید آن را بپردازید.

مال غیر را اخذ کنید چه غاصبا و چه بدون اذن باشد باید آن چه را بر آن استیلاء پیدا کردید به مالکش بر گردانید.

مقصود بدون اذن مثل کسی است که خانه را اجاره کرده ولی مدتش گذشته و تحویل نداده است که اصل استیلاء غصبی نیست ولی تصرف اکنون بدون اذن است.

در بحث ما می گوییم وقتی شما عینی را اخذ کردید نه تنها بر آن استیلاء دارید بلکه بر منافع آن هم استیلاء دارید؛ چون منافع عین تابع عین است.

در اجاره خانه یا ماشین وقتی می خواهید منفعت را قبض کنید، چگونه منافع را قبض می کنید؟ قبض منافع به قبض خود خانه و ماشین است. چه منفعت را استیفاء کنی و چه منفعت آن را استیفاء نکنی. تو منافع را قبض کردی چون عین را اخذ کردی ولو استیفاء نکرده باشی.

مستاجر نمی تواند بگوید من نشد که در این خانه بنشینم چون عین را قبض کرده است.

اگر غاصب این ماشین را دزدیده و آن را به مدت یکسال گوشه ای گذاشته است و قفل کرده است یعنی آن را از مالک حبس کرده است، روایت علی الید می گوید باید منافع را بپردازی ولو استیفاء نشده باشد.

اشکال1

برخی می گویند قاعده علی الید در برخی مصادیق ضمان تفویت منافع مفید است نه در همه موارد یعنی موارد آن دو تساوی ندارند پس نمی تواند دلیل آن شود.

مثلا قاعده علی الید در فرضی که مملوک نباشد و حر باشد قابل تطبیق نیست چون استیلاء بر حر معنا ندارد. مقصود از استیلاء این است که بتوانیم از آن استفاده کنیم و ببخشیم و بفروشیم ولو به صورت فضولی و این در حر منتفی است. اما قاعده ضمان تفویت منافع در مورد حر هم تطبیق می شود و می گویند باعث ضمان از کار افتادگی حر می شود.

اشکال2: ضعف سند

آقای خویی می گوید این روایت علی الید ضعف سند دارد.

جواب: قاعده انجبار ضعف سند

برخی می گویند انجبار به عمل اصحاب دارد چون بر اساس این روایت ضعیف یک قاعده فقهی شکل گرفته است و به آن استناد می کنند.

اشکال کبروی

آقای خویی این قاعده را قبول ندارند و این را در اصول بررسی کردند.

اشکال صغروی

شاید قاعده ای که آقایان استناد می کنند بخاطر سیره عقلائیه و یا من اتلف مال الغیر و... باشد نه روایت علی الید. یعنی مضمون ثابت است نه این الفاظ علی الید و ممکن است این اختلاف عبارت در مساله تاثیرگذار باشد.

اشکال3: اشکال دلالی

علی الید ما اخذت حتی تودی شامل منافع شیء نمی شود بلکه حداکثر شامل اعیان موجوده می شود نه منافع، حتی منافع مستوفات.

فعلا بحث ما در منافع غیر مستوفات است و استدلال ایشان نسبت به منفعت غیر مستوفات این طور تطبیق می شود که اخذ کنایه از استیلاء است و استیلاء و تسلط نسبت به موجود بالفعل معنا دارد نه موجودی که وجود استعدادی دارد یعنی مقدر الوجود است.

مثلا من خانه را غصب کردم ولی در آن ننشستم که آن منفعت، موجود بالفعل نیست و موجود مقدر است.

اشکال

در اجاره، قبض منفعت را به قبض عین می دانند.

جواب

منافع در اجاره را تقدیر خاص کردیم یعنی عقلاء آن را اخذ می دانند و بر این اخذ تبانی دارند.

این نکته آقای خویی به بیان ساده تر همان استثناء است که عقلاء در استیلاء منافع، آن را استثنائا اخذ می دانند. تبانی فی ما بین خودشان این است که قبض عین را قبض منفعت می دانند.

دلیل2

از ادله دیگر قاعده تفویت روایاتی است مانند "فلا یحل لاحد ان یتصرف فی مال غیره بغیر اذنه" و یا "لایحل مال امرء مسلم الا بطیب نفسه"

مقدمه1

منافع مالیت دارد به این دلیل که می توانید واگذار کنید، هبه کنید، تملیک کنید پس مال اعم از عین و منفعت است. پس شما نمی توانید بدون اذن، در منافع مال غیر تصرف کنید.

مقدمه2

حبس مال غیر، تصرف در مال اوست. مثل این که ممانعت کنید از این که از ماشینش استفاده کند. این تصرف در منفعت است بدون تصرف در عین ماشین او.

نتیجه

ضمان منافعی که در آن تصرف شده است.

اشکال1: ضعف سند

جواب: انجبار

اشکال: صغرویا و کبرویا مخدوش است.

اشکال2: اشکال دلالی

از این روایت استفاده عدم جواز تکلیفی می شود ولی بحث ما در ضمان است. در مورد علی الید اختلاف است برخی می گویند در حکم تکلیفی است و برخی می گویند در حکم وضعی است و برخی می گویند اعم است ولی این روایت (لایحل) ظهور در حکم تکلیفی دارد ولو که حبس را تصرف بدانیم که همان نکته هم محل تامل است.

* جلسه10 ­یکشنبه 7مهر 1398

ادامه ادله قاعده تفویت در کلام آقای خویی

دلیل3: موثقه ابن بکیر

در بخشی از روایت عبارت "حرمة ماله کحرمة دمه" آمده است. اشکال سندی ندارد و موثقه است.

اشکال

این روایت تقریبا هم مضمون با لایحل مال امرء مسلم... پس از این روایت، حکم تکلیفی حرمت بدست می آید نه ضمان.

ضمن این که استدلال به این روایت متوقف بر این است که حتی منافع غیرمستوفات را مال بدانیم. البته در تقریب مالیت گفته اند منافع را می توانیم تملیک کنیم و هبه کنیم پس مال است که می تواند هبه شود.

جواب

گفته شده است که حرمت مال به معنای احترام مال مسلمان است نه به معنای حرمت تصرف در آن بلااذن. حرمت مال به این معناست که باید آن را تحفظ کنید. مثلا مالی را می بینید که دارد زیر ماشین می رود که بر شما واجب است آن را حفظ کنید.

در محل بحث می گوییم وقتی تفویت کردید وظیفه حفظ را رعایت نکردید یا حفظ نکردید و یا خودتان تفویت کرده اید.

اشکال

بر فرض که به معنای حرمت مال و احترام مال باشد باز یک حکم تکلیفی است نه یک حکم وضعی. اگر شما مال دیگری را حفظ نکردی آیا ضامن هستی یعنی بدهکاری؟! احترام به معنای وجوب حفظ است نه ضمان.

احترام خون مسلم هم به معنای وجوبب تحفظ است. اگر می بینید که ماشین به این شخص دارد می زند باید دست او را بگیرید و نجاتش دهید ولی اگر نجات ندادی آیا دیه خون او بر عهده شماست؟ خیر.

دلیل4: قاعده لاضرر

لاضرر و لاضرار فی الاسلام

اگر منافع کسی را تفویت کنید به او ضرر وارد کردید یعنی تفویت منفعت مصداق ضرر است و این قاعده می گوید هیچ ضرر غیر متدارکی وجود ندارد پس اگر ضرر زدید، حتما امر به تدارک دارد و تدارک در بحث تفویت منافع، ضمان است.

اشکال1

این قاعده، قاعده ثابتی است ولی در جزئیاتش اختلاف زیادی است و قدرمتیقنی که همه بر آن تسالم دارند این است که حکمی که موجب ضرر بر شما شود، تشریع نشده است یعنی این قاعده در مقام سلب حکم است نه اثبات حکم مثل حکم وضعی ضمان و... . اما شما در تقریب استدلال، قاعده را اثباتی معنا کردید می گویید ضرر غیر متدارک نداریم یعنی تدارک واجب است.

ان قلت

حکم به عدم ضمان یا عدم حکم به ضمان موجب ضرر می شود.

قلت

عدم ضمان حکم نیست. لاضرر می گوید اگر تشریع حکم ضرری باشد بر می دارم نه این که اگر عدم تشریع ضرری بود آن عدم تشریع را بر می دارم یعنی تشریع می کنم.

اشکال2

اگر لاضرر را در این جا تطبیق کنید و حکم به ضمان کنید، این ضمان بر کسی که ضامن است ضرر است و به حکم قاعده لاضرر منتفی است. پس تعارض ضررین است.

خصوصا که منافع استیفاء هم نشده باشد که ضامن اصلا استفاده هم نکرده است و ضمان آن کاملا ضرر محسوب می شود.

جواب

لاضرر می گوید اگر به دیگری ضرر زدی، ضرر آن شخص منتفی است؛ یعنی شما ضامن هستی و دیگر این قاعده، چنین ضرر در فرض اضرار به غیر را بر نمی دارد.

اشکال3

عدم نفع غیر از ضرر است. پس اضراری رخ نداده است.

ان قلت

لغتاً عدم نفع ضرر نیست ولی ضرر عرفی است.

قلت

عرف با تسامح می گوید ضرر است ولی اگر بگوییم دقت کن و دقیق سخن بگو قبول می کند که ضرر نیست و عدم نفع است. مثلا در ترازنامه ها می گویند عدم سود است نه ضرر.

دلیل5: قاعده اتلاف

من اتلف مال الغیر فهو له ضامن

قاعده تفویت از مصادیق قاعده اتلاف است. چون منفعت مال است چون قابل تملیک و هبه و ... است و فرض این است که شخصی آن مال را تفویت کرده است یعنی اتلاف مال غیر کرده است پس ضامن است.

ترجیح قاعده اتلاف نسبت به لاضرر این است که محمول این قاعده، خود ضمان است که هدف ماست.

پس منفعت مال است و در این تقریبا شبهه این نداشتند و تفویت هم اتلاف است.

اشکال

کلمه اتلاف، در اتلاف مال موجود فعلی ظهور دارد ولی نسبت به منافع تقدیری یعنی منافعی که ممکن است از این ماشین و خانه کسب شود، منصرف است. اتلاف مثل لغت "از بین بردن" در فارسی است و ظهور این عبارت "از بین بردن" در مال موجود است نه مال تقدیری مگر قرینه ای باشد.

ظاهرا این تعبیر "اتلاف مال" در برخی نصوص هست و لذا بار لغوی آن موضوعیت دارد.

دلیل6: اجماع

مشکله صغروی

در مساله اتفاق و اجماعی در کار نیست و اختلاف است.

مشکله کبروی

این اجماع محتمل المدرک است. ممکن است این اجماع، بخاطر مدارک پنجگانه ای که گفتیم محقق شده باشد.

جمع بندی اقوال فقها

فقهاء عموماً در باب غصب، نسبت به منافع غیر مستوفات حکم به ضمان کردند ولی در بحث مقبوض به عقد فاسد حکم به ضمان نکردند؛ چون در باب غصب، وقتی استیلاء بر عین دارید، استیلاء بر منافع هم دارید و استناد به علی الید ما اخذت حتی تودیه کردند ولی در باب مقبوض به عقد فاسد به علی الید استناد نکردند.

اما این حکم به ضمان در غصب هم از باب قاعده تفویت نیست؛ لذا می گویند مشهور فقهاء این قاعده را قبول نکردند چون جایی به آن استشهاد نشده است و در غصب هم به علی الید تمسک کردند نه قاعده تفویت.

فقها نسبت به تطبیق علی الید بر مساله حبس حرتردید کردند چون استیلاء بر حر معنا ندارد و لذا علی الید مورد استناد نبوده است.

باید دید در این مساله به تفویت استناد کردند یا خیر؟

* جلسه11 ­دوشنبه 8مهر 1398

اقوال فقهاء

قاعده تفویت در کلام سید

مرحوم سید این قاعده را قبول دارند. البته شاید با همین عنوان و با این صراحت نباشد ولی مفاد آن را گفته است.

باب اجاره مساله3

"إذا استأجره لقلع ضرسه و مضت المدة التي يمكن إيقاع ذلك فيها‌ و كان الموجر باذلا نفسه استقرت الأجرة سواء كان الموجر حرا أو عبدا بإذن مولاه و احتمال الفرق بينهما بالاستقرار في الثاني دون الأول لأن منافع الحر لا تضمن إلا بالاستيفاء لا وجه له لأن منافعه بعد العقد عليها صارت مالا للمستحق فإذا بذلها و لم يقبل كان تلفها منه مع أنا لا نسلم أن منافعه لا تضمن إلا بالاستيفاء بل تضمن بالتفويت أيضا إذا صدق ذلك كما إذا حبسه و كان كسوبا فإنه يصدق في العرف أنه‌ فوت عليه كذا مقدارا هذا و لو استأجره لقلع ضرسه فزال الألم بعد العقد لم تثبت الأجرة لانفساخ الإجارة حينئذ" (العروة الوثقى (للسيد اليزدي)، ج‌2، ص: 590‌)

اگر کسی را اجیر کنید و او آماده عمل باشد ولی شرایط شما آماده استفاده از اجیر نیست که در این جا سید می گوید باید اجرت او را بدهید با این که عملی انجام نداده است ولی عمل او را شما تفویت کردید.

عمل عبد مملوک است چون خود او مملوک است و لذا تفویت عمل در آن معنا دارد ولی حر چون مملوک نیست، عملش هم مملوک نیست و لذا اگر اجیر حر باشد عمل او استیفاء نشده است لذا ضامن اجرت عمل او نیستید چون عملی را استیفاء نکردید و چیزی هم نیست که تفویتش کرده باشید.

برخی می گویند درست است که عمل او را استیفاء نکردیم ولی عمل او را تفویت کردیم چون از کار افتاد و می توانست شروع به کار کند.

سید می گوید این طور نیست که در عمل حر، فقط در صورت استیفاء ضمان اجرت است بلکه به نظر ما حتی اگر استیفاء هم نشده باشد ضمان اجرت است به شرطی که تفویت عمل او صدق کند.

ایشان می گوید ضامن است بالتفویت که این همان قاعده تفویت است.

سید می گوید اگر حُرّی را حبس کردید و کان کسوبا یعنی اهل کار و کاسبی است در این جا قاعده تفویت تطبیق می شود.

کلام آقای خویی

ولی در همین مساله آقای خویی قائل به ضمان نشدند چون برای اثبات ضمان باید دو امر باشد:

مورد1: قاعده ید

برای ضمان باید ید عدوانی باشد که ید مستاجر در این جا عدوانی نیست.

مورد2: قاعده اتلاف

برای ضمان باید اتلاف مال باشد که در این مورد اتلاف صادق نیست؛ چون درست است که عمل حر مالیت دارد و لذا در برابر آن اجرت پرداخت می شود ولی تا وقتی استیفاء نشده باشد مالیت ندارد و صدق مال نمی کند و لذا اتلاف مال صادق نیست.

نظیر

اگر انسان کسوبی بود و بسیار ماهر بود و می تواند با آن درآمد زیادی کسب کند آیا می توانیم بگوییم که مال است و لذا مستطیع است و حج بر او واجب است؟!

پس توان استعدادی و ... باعث صدق مال نمی شود.

کلام آقای جنوردی

ایشان بحث می کند که آیا قاعده تفویت ذیل قاعده اتلاف است یا خیر و معتقد می شوند که قاعده ای غیر از اتلاف و لاضرر و علی الید است چون تساوی کامل ندارند و این قاعده مستقلا معتبر است و مدرک آن سیره عقلائیه است نه من اتلف مال الغیر و یا علی الید و یا لاضرر و ... .

همین فرع سید را اگر به عقلاء عرضه کنید همه می گویند شما ضامن از کار افتادگی شخص حر هستید. چون او اجیر شده بود و عمل او را تفویت کردید.

نقض آقای خویی به ایشان وارد نیست که باید استطاعت را در او فرض کنیم چون کلام آقای خویی برای صدق اتلاف مال بود ولی ایشان می گوید اتلاف منفعت است.

البته قاعده تفویت را مستقلا بحث نکردند و ذیل قواعد دیگر بحث شده است.

آدرس کلام آقای بجنوردی: القواعد الفقهیه ج4 ص63 و ص185

سید بحرالعلوم، مقدس اردبیلی، محقق ثانی، علامه و شهید ثانی ظاهرا قاعده را قبول دارند چون این ها در حبس حر نسبت به منافع غیر مستوفات ضمان را می پذیرند پس باید قاعده تفویت را قبول داشته باشند.

در برابر، خیلی ها این قاعده را قبول ندارند. مشهور قائل به قاعده نیستند البته این نسبت از لا به لای کلماتشان مشخص می شود.

به نظر می رسد عمده دلیل این قاعده، سیره عقلائیه است.

علی القاعده مستشکلین این طور اشکال می کنند که تامل در سیره این است که اولا در صغرای سیره مورد تامل است و ثانیا اتصال آن تا زمان معصوم است.

شهید صدر راه هایی را برای کشف اتصال سیره بیان کردند مثلا می گویند امری که در زمان معصوم عادتا مورد ابتلا بوده است و الان بر آن سیره ای می بینیم که اگر سیره در زمان معصوم نباشد باید شواهد بر خلاف به ما می رسید.

وجه دیگر این است که عرف به شرایط زمان و مکان و عادات بستگی دارد و احتمال تخلفش در زمان معصوم می رود ولی سیره عقلائیه چون بما هم عقلاء است ثبات دارد.

بررسی حقوق موضوعه

برای تشخیص بهتر آن باید به حقوق موضوعه هم بپردازیم. البته حقوق موضوعه ایران، بسیار متاثر از فقه است و لذا ضرورتاً بیان گر روش های عقلائی نمی تواند باشد و لذا برای اثبات روش های عقلائیه باید به حقوق موضوعه کشورهایی بپردازیم که حقوقشان متاثر از دین و تعبد نباشد. البته حقوق ایران در ساختار، تابع حقوق فرانسه است ولی در محتوا تابع فقه است غالبا.

قوانین آیین دادرسی، ماده515 تبصره2 (مصوب21 فرودین 97): خسارت ناشی از عدم نفع قابل مطالبه نیست.

قبل از تاریخ 21 فروردین 97 قانون این بود که این خسارت ناشی از عدم نفع قابل مطالبه است.

آیین دادرسی قوانین شکلی و درجه2 است نه قانون ماهوی.

قانون آمره چیزی مثل حکومت اصول است. قاعده آمره حاکم بر همه قوانین است و همه قوانین ذیل آن باید تفسیر شود. در قانون آمره می گویند قانون ماهوی مقدم بر قانون شکلی (آیین دادرسی) است.

مقایسه قانون آمره و حکومت موضوع پایان نامه سطح4 می تواند باشد.

تفسیر آقای لنگرودی از عدم نفع

عدم نفع از دیدگاه حقوق دانان حرمان از منافعی که به احتمال قریب به یقین حسب جریان عادی امور و اوضاع و احوال خاص، امید وصول به آن معقول، مترقب و مقدور باشد، است.

آقای کاتوزیان، امامی و لنگرودی می گویند در برخی موارد، قانون، عدم نفع را تعبیر به خسارت و ضرر کرده است.

* جلسه12 ­سه­شنبه 9مهر 1398

ماده 536 قانون مدنی

"هرگاه عامل به طور متعارف مواظبت در زراعت نکند و از این حیث حاصل کم شود عامل ضامن تفاوت خواهد بود"

ماده 133 قانون تجارت: تفویت منافع، از موارد ضرر است.

ماده18 قانون کار: "محرومیت کارگر از منافع ناشی از کار خود بواسطه توقیفی که مسئولیت آن به عهده کارفرما می باشد ضرر تلقی شده است و قانون گذار کارفرما را مکلف به جبران زیان مزبور نموده است"

ماده5 قانون مسئولیت مدنی: "اگر در اثر آسیبی قوه کار زیان­دیده کم گردد و یا از بین رود وارد کننده زیان مسئول جبران خسارت مزبور است"

این جبران خسارت غیر از دیه است.

پس قوانین موضوعه ما کفه ترازو به نفع ضمان سنگین است؛ اما از این قوانین، کاشف از سیره عقلائیه نیست چون متاثر از فقه است اما اگر قانون خلاف فقه است، کاشف از سیره عقلائیه است.

### جمع بندی استاد در قاعده تفویت

نکته1

منافعی که در قاعده تفویت در آن سخن می گوییم دو قسم دارد:

قسم1: منفعت محقق

منفعت محقق یعنی منفعت قطعی است یعنی اگر فعل زیان بار وجود نداشت در موارد مسئولیت قهری و یا اگر کسی که تعهد کرده بود در موارد مسئولیت های قراردادی به تعهدش عمل می کرد این منفعت قطعی است، این جا محل نزاع است که آیا تفویت صادق است یا خیر؟

قسم2: منفعت احتمالی

مثلا کارگری که گاهی کار پیدا می کند و گاهی کار پیدا نمی کند منفعت او قطعی نیست.

ظاهرا عدم ضمان در کلمات فقهاء در فرض عدم قطعیت منفعت بوده است و تمام فقهاء منفعت احتمالی را قبول ندارند و اثبات سیره عقلائیه در این موارد هم سخت است و مواد قانونی که گفتیم هم ظاهرا در منفعت قطعی است.

پس سخن و نزاع در منفعت قطعی است.

نکته2

منشأ تفویت منفعت

منشأ1

تفویت منفعت بخاطر عمل مجرمانه باشد مثلا کسی پای دیگری را می شکند.

منشأ2

تفویت منفعت بخاطر عدم ایفای تعهد یعنی ترک واجب بوده است.

منشأ3

تفویت منفعت بخاطر انجام عمل مباح بوده است و آن عمل مباح باعث تفویت منفعت شده است.

نه در فقه و نه در حقوق چنین تقسیمی نداریم درحالیکه این تقسیم ممکن است در تطبیق سیره عقلائیه موثر باشد.

مثال منشأ3 مثل این که کسی کالایی را می خواهد بخرد و شما می گویید من خریدم و راضی نیستم که باعث عدم فروش کالا می شود.

این عمل شخص، عمل مباح است و تفویت منفعت بخاطر آن عمل مباح رخ داد.

تذکر: این کار اگر بعد درخواست باشد ممکن است نُصح مستشیر باشد و واجب باشد که دیگر مباح نیست.

این که عقلاء در این جا حکم به ضمان کنند سخت است.

تقسیم منشأ2

قسم1: تعهد، تعهدی است که مستقیما به این منفعت ربط دارد.

مثل تعهد در زراعت؛ زارعی که مواظبتش از زراعت در برداشت محصول نقش دارد.

قسم2: تعهد، تعهدی است که مستقیما به این منفعت ربط ندارد.

تاکسی قرار بوده است دو روزه تعمیر شود ولی پنج روز طول کشید آیا باید منفعت سه روز را بدهد؟ ممکن است این جا سیره عقلائیه بر ضمان نباشد. این تعهد در مورد تعمیر ماشین بود نه مسافرکشی شما. ولی در قسم اول سیره عقلائیه بر ضمان باشد و اتفاقا برخی فقهاء در این جا قائل به ضمان هستند.

بررسی منشأ1

هر جا عمل مجرمانه مصداق غصب باشد ضمان را پذیرفته اند چون شما هم تسلط و هم استیلاء بر عین و منفعت داشتید و لذا حداقل مشهور در این جا قائل به ضمان هستند و لذا در حبس حر چون استیلاء را صادق نمی دانستند گفتند ضمان نیست چون مصداق علی الید نبود اما در غصب همه به علی الید استناد کردند.

البته برخی در حبس حر قائل به ضمان شدند و ادله ای مطرح شد. البته یکی از ادله ای که مطرح نکردیم قانون "مقابله به مثل" بود که مستند آن "فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم" است و نه لاضرر است و نه اتلاف.

پس عمل مجرمانه تفصیل داشت یا از قبیل غصب است که مشهور ضمان است و یا این طور نیست مثل حبس حر که ضمان را نپذیرفتند.

نظر دیگر تقسیم منفعت است:

منفعت عین: ضمان

منفعت عمل: عدم ضمان

اشکال

منفعت عمل ممکن است منفعت عمل عبد باشد که ملحق به قسم اول می شود.

جواب

مقصود امروزه است که عمل عبد نداریم.

در سیره عقلائیه ممکن است بگوییم بین عمل مجرمانه عامدانه و غیر عامدانه تفصیل است.

به نظر ما حبس حر کسوب اگر عامدانه باشد ضمان ثابت است البته اگر بی جهت حبس شود.

آقای خویی نیز همین مطلب را در مصباح الفقاهه ج3 ص... گفته اند.

نتیجه

مدرک قاعده تفویت سیره عقلائیه است و باید در آن تدقیق کرد و اجمالا می توان گفت قاعده تفویت منافع در برخی صور از منظر عقلاء ثابت است ولی صور مساله نیاز به تامل و تدقیق بیشتری دارد که فعلا از بحث ما خارج است.

نکته دیگر این که قدرمتیقن سیره عقلائیه فعل مباشری است نه فعل التسبیب مگر این که سبب اقوی است.

این قاعده مقابله به مثل هم قابل بررسی است. برخی گفتند این اگر باشد اختلال نظام می شود.

این قاعده مقابله به مثل در حقوق بین الملل پذیرفته شده است ولی آن جا بخاطر آن است که دولت واحدی جهانی وجود ندارد و نظام قبیله ای و بدوی حاکم است اما در قوانین داخلی کشورها نظام مختل می شود و لذا قاعده مقابله به مثل در قوانین داخلی عموما پذیرفته نمی شود.

* جلسه13 ­چهار­شنبه 10مهر 1398

ادامه مساله46

الرابعة لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك ببيع و نحوه و إن احتمل تحقق الربح بهذا البيع بل و إن وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح نعم لو كان هناك زبون بأن على الشراء بأزيد من قيمته لا يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه لأنه في قوة وجود الربح فعلا و لكنه مشكل مع ذلك لأن المناط كون الشي‌ء في حد نفسه زائد القيمة و المفروض عدمه و هل يجب عليه البيع و الإنضاض إذا طلبه المالك أو لا قولان أقواهما عدمه و دعوى أن مقتضى‌ قوله ع: على اليد ما أخذت حتى تؤدي‌ وجوب رد المال إلى المالك كما كان كما ترى.

مساله در احکام فسخ و انفساخ است. سه صورت از صور مساله را مطرح کردیم.

صورت4

اگر فسخ و انفساخ قبل از حصول ربح انجام شده است. اگر مال مضاربه کالا باشد، عامل حق تصرف در کالا را ندارد چه تصرف بیع باشد و چه تصرف دیگر.

تاملی در عبارت سید

"لو حصل الفسخ و الانفساخ قبل حصول الربح"

مراد از قبل حصول ربح چیست؟

احتمال1

سید گفت عامل هیچ حقی در ارتباط با کالا ندارد ولی قید زد به قبل حصول الربح چون گاهی فسخ بعد حصول ربح است که در آن جا عامل حقی در کالا دارد؛ مثلا عامل با مال مضاربه (100 میلیون) کالایی خریده است و سپس فروخته است و در آن 10 میلیون سود کرده اند یعنی تبدیل به 110 میلیون شد که 5 میلیون آن مال عامل است چون می تواند مطالبه قسمت کند. حال با 110 میلیونی که عامل و مالک در قسمتی از آن شریک اند، کالایی خریده شده است پس عامل و مالک در آن کالا شریک است پس حقی در آن دارد و حق تصرف دارد اگر قابل افراز باشد.

احتمال2

این قید برای احتراز از جایی است که عامل در خود خرید سود است که در آن جا هم عامل بی ربط به کالا نیست و سید با حصول الربح از این صورت احتراز کرده است؛ مثلا اگر فسخ و انفساخ صورت بگیرد و تبدیل به کالا شده است و خود آن کالا گران شده است که قبل فروش آن سود حاصل شده است عرفا و لذا عامل در آن کالا حقی دارد و لذا بی ربط به کالا نیست.

البته تورم سود نیست چون تورم یعنی همه اشیاء گران شده است ولی مراد از گران شدن در این جا این است که آن کالا گران شود ولی بقیه کالاها گران نشوند که این سود است ولو بخاطر ارتفاع قیمت سوقیه باشد.

"الرابعة لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك ببيع و نحوه و إن احتمل تحقق الربح بهذا البيع بل و إن وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح"

عبارت احتمال و امکان، یعنی سود آن قطعی است یعنی اگر سود قطعی بود حصول ربح حساب می شود یعنی بعد حصول الربح است که این عبارت، احتمال دوم را تقویت می کند چون ملاک را این قرار داده است که آیا سود قطعی است یا احتمالی که در احتمال دوم این را مطرح کردیم که کالا را به قیمتی خریدیم که سود در آن قطعی است.

"نعم لو كان هناك زبون بأن على الشراء بأزيد من قيمته لا يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه لأنه في قوة وجود الربح فعلا"

سید می گوید اگر در فرض قبل حصول ربح عامل نمی تواند تصرف کند و حقی ندارد و باید به اذن مالک شود و نظر او مهم است اما اگر حصول ربح نیست و قطعی نیست اما مشتری وجود دارد که به قیمت زیاد می خرد در این جا بعید نیست که بگوییم جایز است مالک را اجبار به بیع کنند چون در قوه حصول ربح است.

چرا این جا حصول ربح محسوب نشد بلکه در قوه است؟

سید می گوید اگر قیمت سوقیه بالا رفته است این حصول ربح محسوب می شود و لو هنوز کالا را نفروخته است ولی اگر قیمت سوقیه بالا نرفته است ولی مشتری دارد که به خرید کالا نیاز مبرم دارد و لذا حاضر است بیش از قیمت بازار بخرد این جا حصول ربح نیست ولی در قوه حصول ربح است؛ چون اگر این مشتری به هر دلیلی پشیمان شود، قیمت همان قیمت بازار است چون سود نکرده اید بله بعد از فروش حصول ربح است ولی فرض این است که نفروخته است.

"و لكنه مشكل مع ذلك لأن المناط كون الشي‌ء في حد نفسه زائد القيمة و المفروض عدمه"

سید می گوید این جا سود حاصل نشده است و می توان گفت در قوه سود هم نیست چون معیار در سود این است که قیمت بازار زیاد شود نه این که مشتری خاصی داشته باشد که اگر او پشیمان شود دیگر سودی هم نیست.

"و هل يجب عليه البيع و الإنضاض (نقد کردن پول) إذا طلبه المالك أو لا قولان أقواهما عدمه"

ما گفتیم عامل حق بیع کالا را ندارد مگر به اذن مالک؛ حال اگر مالک مطالبه بیع کرد، بر عامل واجب نیست که بیع انجام دهد.

پس عامل نه حق بیع دارد و نه بیع بر او واجب است.

"و دعوى أن مقتضى‌ قوله ع: على اليد ما أخذت حتى تؤدي‌ وجوب رد المال إلى المالك كما كان كما تری"

برخی گفتند عامل حق بیع بدون اذن ندارد ولی اگر مالک مطالبه بیع کرد عامل تکلیف بیع دارد؛ چون عامل از مالک پول گرفته است نه کالا و لذا علی الید ما اخذت حتی تودی تطبیق می شود. پس اگر پول گرفته است باید به مالک پول تحویل دهد.

دلیل بر وجوب بیع بر عامل:

دلیل1

قاعده علی الید که در کلام سید آمد.

دلیل2

شرط ضمنی عقد مضاربه این است که پایان مضاربه به نقد شدن کالا است. این نکته در کلام سید نبود.

به نظر ما بنابر دلیل دوم ذیل مساله به صدر مساله مربوط می شود. اگر این شرط ضمنی باشد عامل هم می تواند از این شرط ضمنی استفاده کند و بگوید تو حق فسخ نداری چون پایان مضاربه بعد از این است که کالا تبدیل به پول نقد شود پس شمای مالک باید صبر کنی تا کالا تبدیل به نقد شود و لذا اگر نقد شد و سود حاصل شود آن سود باید تقسیم شود نه این که همه اش مربوط به مالک باشد.

پس دو بحث را باید بررسی کنیم:

بحث1

در این بحث ما بخاطر شرط ضمنی آیا می توانیم بگوییم که عامل تکلیف دارد یا خیر؟

بحث2

در بحث قبل آیا بخاطر شرط ضمنی می توانیم بگوییم که عامل در سود شریک است؟

* جلسه14 ­شنبه 13مهر 1398

ادامه مساله4

نکاتی را مطرح کردیم و گفتیم دو بحث را باید بررسی کنیم:

بحث1

در این بحث ما بخاطر شرط ضمنی آیا می توانیم بگوییم که عامل تکلیف دارد یا خیر؟

بحث2

در بحث قبل آیا بخاطر شرط ضمنی می توانیم بگوییم که عامل در سود شریک است؟

بررسی بحث1

اگر مال المضاربه تبدیل به کالا شد آیا وظیفه نقد کردن دارد یا خیر؟ وظیفه دارد ولو بدون مطالبه مالک و یا در صورت مطالبه مالک.

دلیل بر لزوم نقد کردن

دلیل1: علی الید ما اخذت حتی تودیه

عامل از مالک نقد دریافت کرد پس باید نقد را به مالک بر گرداند.

دلیل2: شرط ارتکازی

تبدیل به نقد، شرط ارتکازی و ضمنی است چون عرف این است که کار را باید به سرانجام برساند. مثلا اگر عامل کالا را فروخته است و چک گرفته است و مالک فسخ کرده باشد، عرف بازار این است که باید چک ها نقد شود.

اشکال به دلیل1

اشکال1

قبلا اشکال سندی آن را مطرح کردیم.

قاعده انجبار را هم مطرح کردیم. آقای خویی هم در صغری و هم در کبری اشکال کردند ولی به نظر ما صغرای قاعده انجبار درست است و لذا اگر کبرا را قبول داشته باشیم مشکلی ندارد و لذا برخی استناد می کنند.

قاعده علی الید یک قاعده فقهی است و همه به آن استناد می کنند. آقای خویی گفتند مستند این قاعده، سیره است و ممکن است که استناد به روایت علی الید نباشد ولی به نظر ما استناد مشهور بخاطر روایت علی الید است نه سیره.

اشکال2

قاعده علی الید ناظر به ید عدوانی است نه ید امانی. عامل در مضاربه امین است.

ظهور علی الید در عدوانی بودن ید دارد.

تذکر

مراد از ید عدوانی، استیلائی است که بدون اذن و رضایت باشد. قید رضایت بخاطر این است که مثلا مال شخصی در معرض تلف شدن است که من اخذ کنم، برخی گفتند این ید، ید عدوانی نیست و امانی هم نیست چون بدون اذن است اما در جواب می گوییم که با رضایت مالک است و لذا ید امانی است.

اشکال3

قاعده علی الید می گوید مالی که استیلاء داری را باید برگردانی ولی در بحث ما که پول را گرفتید و با اذن و رضایت مالک این تبدیل را انجام دادید نه بدون اذن، اگر تبدیل با اذن است پس بدل را باید برگردانیم نه عین را.

بررسی دلیل2

این شرط ارتکازی، مبتنی بر عرف است و عرف ها ممکن است تغییر کنند ولی اجمالا دنباله ها و متعلقات تعهد جزء عقد محسوب می شود. پس اگر این عرف وجود داشت، تبدیل لازم است و الا لازم نیست.

به تعبیر دیگر، اگر قرائنی بر لزوم تبدیل باشد تبدیل لازم است و این قرائن می تواند عرف بازار و زمان باشد که شرط ارتکازی است و یا قرائن شخصی یک عقد مضاربه خاص باشد که به آن شرط ارتکازی نمی گویند.

بررسی بحث2

گفتیم دو بحث را باید بررسی کنیم:

بحث1: در این بحث ما بخاطر شرط ضمنی آیا می توانیم بگوییم که عامل تکلیف دارد یا خیر؟

بحث2: در بحث قبل آیا بخاطر شرط ضمنی می توانیم بگوییم که عامل در سود شریک است؟

سید در بخش اول گفتند: "الرابعة لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك ببيع و نحوه"

سید می گوید عامل نمی تواند در مال تصرف کند و باید از مالک اذن بگیرد البته با قید "قبل حصول الربح" که توضیحش را دادیم چون بعد حصول ربح اگر باشد عامل شریک می شود و لذا تصرفش جایز است.

اشکال آقای حکیم

چه عامل مالک شود و چه نشود، باز هم بدون اذن مالک، جواز تصرف ندارد چون اگر عامل مالک شود هم حداکثر شریک می شود و تصرف در مال بدون اذن شریک هم جایز نیست. پس قید "قبل حصول الربح" بی وجه است.

این کلام آقای حکیم فی الجمله درست است به نظر می رسد که مقصود سید معلوم است ولی عبارتشان دقت لازم را ندارد.

نظر استاد در ربط بین بخش1و2

به نظر ما بخش دوم مساله به بخش اول مربوط است چون اگر در بخش دوم گفتیم که بعد فسخ، عامل وظیفه دارد که تبدیل به نقد کند پس در بخش اول باید بگوییم تصرف عامل بدون اذن مالک جایز است.

بخش1: "الرابعة لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك ببيع و نحوه و إن احتمل تحقق الربح بهذا البيع بل و إن وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح نعم لو كان هناك زبون بأن على الشراء بأزيد من قيمته لا يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه لأنه في قوة وجود الربح فعلا و لكنه مشكل مع ذلك لأن المناط كون الشي‌ء في حد نفسه زائد القيمة و المفروض عدمه"

بخش2: "و هل يجب عليه البيع و الإنضاض إذا طلبه المالك أو لا قولان أقواهما عدمه و دعوى أن مقتضى‌ قوله ع: على اليد ما أخذت حتى تؤدي‌ وجوب رد المال إلى المالك كما كان كما ترى"

تاثیر دیگر بخش دوم در بخش اول این است که اگر در بخش دوم مساله گفتیم که عامل وظیفه تبدیل دارد، آیا در سود هم شریک می شود یا خیر؟

ما در بخش دوم گفتیم که شرط ارتکازی است و به موارد، مختلف است مثلا کالا در گمرک است و باید ترخیص شود که این یعنی شرط ارتکازی است خصوصا در جایی که این کارها کار مالک نباشد و این کارها را بلد نیست. پس در بخش اول هم اگر این طور بود دیگر اذن از مالک معنا ندارد و نیز بحث شراکت در سود را هم باید بررسی کنیم.

اما در بحث مشارکت در سود هم می توان گفت که وقتی این تبدیل به نقد عرفی شد و ارتکازی شد و باید تبدیل به نقد کند پس شریک در سود هم هست چون متعلقات عقد که تمام شد، مضاربه آن تمام می شود و باید تقسیم سود بعد متعلقات باشد. معقول نیست که عامل وظیفه دارد و اجرت المثل ندارد و از سودش هم بی بهره است.

ادله برای اثبات شراکت در سود

دلیل1: قاعده احترام عمل مسلم

تذکر

این دلیل، دلیل بر شرکت در سود نیست بلکه می گوید عمل او را بدون ما بازاء رها نکنید اما نمی گوید که در سود شریک باشد بلکه می تواند اجرت المثل داده شود پس بین اجرت و سود باید چیزی را به او بدهند.

دلیل2: قاعده توازن بین منافع و مسئولیت

قاعده ای داریم که "من علیه الغنم علیه الغرم" اما به نظر ما از مجموعه ادله، دو طرف قضیه اثبات می شود یعنی "من علیه الغنم علیه الغرم و من علیه الغرم علیه الغنم"

ممکن است برخی مدرک این قاعده توازن را قاعده عدل و انصاف بدانند ولی ما از این باب نمی دانیم بلکه دلیل آن مجموعه ادله و احکام فقهی است.

این قاعده می گویند مسئولیت فعل، ملازم با عوائدش است و عوائد بر اساس مضاربه شرکت در سود است نه اجرت المثل.

دلیل3: اقتضای خود عقد مضاربه

اگر فروختن این کالا مقتضای مضاربه است و بخشی از آن باقی مانده است، پس استفاده از سود هم مقتضای مضاربه است یعنی بخشی از آن است. پس فسخ از بین رفتن مضاربه بالمره نیست پس عوائدش هم باید تقسیم شود.

* جلسه15 ­دوشنبه 15مهر 1398

ادامه مساله46: امر چهارم

بخش1: "الرابعة لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك ببيع و نحوه و إن احتمل تحقق الربح بهذا البيع بل و إن وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح نعم لو كان هناك زبون بأن على الشراء بأزيد من قيمته لا يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه لأنه في قوة وجود الربح فعلا و لكنه مشكل مع ذلك لأن المناط كون الشي‌ء في حد نفسه زائد القيمة و المفروض عدمه"

بخش2: "و هل يجب عليه البيع و الإنضاض إذا طلبه المالك أو لا قولان أقواهما عدمه و دعوى أن مقتضى‌ قوله ع: على اليد ما أخذت حتى تؤدي‌ وجوب رد المال إلى المالك كما كان كما ترى"

بیان شد که اگر در بخش دوم گفتیم وظیفه عامل این است که کالا را نقد کند، باید در بخش اول هم بگوییم که در سود شریک است.

ادامه مساله46: امر پنجم

"الخامسة إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده و بالمال عروض فإن رضيا بالقسمة كذلك فلا إشكال و إن طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته و إن احتمل ربح فيه خصوصا إذا كان هو الفاسخ"

صورت مساله

فسخ و انفساخ بعد حصول ربح است؛ چه عملیات تجارت تمام شده باشد چه خیر و مال هم کالا است یعنی کالا خریده است و رشد قیمت داشته است و همین در عرف، حصول ربح محسوب می شود.

حکم تقسیم کالا و یا نقد کردن

حالت1: تراضی دو طرف به تقسیم کالا

اگر راضی به تقسیم همین کالا باشد که مشکلی نیست.

حالت2: طلب نقد کردن از سوی مالک و عدم رضایت عامل

اگر عامل می گوید بفروشیم و نقدش را تقسیم کنیم چون اگر نقد کنیم پول بیشتری حاصل می شود، بر مالک واجب نیست که بپذیرد؛ چون این ملک، ملک مالک است و شما نمی توانید مالک را مجبور کنید که ملکش را بفروشد. سود عامل چه می شود؟ سود در تقسیم کالا محفوظ است و عامل کالا نمی خواهد پس مالک باید پولش (ثمن المثل) را از جیبش بدهد چون گاهی مالک احساس می کند اگر کالا را نفروشد به نفعش است.

حالت3: طلب نقد کردن از سوی عامل و عدم رضایت مالک

" و إن طلبه المالك ففي وجوب إجابته و عدمه وجوه ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقدا فلا يجب و بين عدمه فيجب لأن اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملا‌ بقوله ع: على‌ اليد‌ و الأقوى عدم الوجوب مطلقا"

قول1: نقد کردن مطلقا واجب نیست.

قول2: نقد کردن مطلقا واجب است.

شرط ضمنی و ارتکازی است که باید تا آخر مضاربه حرکت کنید.

قول3: تفصیل

اگر در آن چه بعد تجارت مانده است و موجود است، پول نقد به اندازه سرمایه و مال المضاربه است که عامل همان را به مالک می دهد و سود تقسیم می شود و دیگر علی الید تطبیق نمی شود چون سرمایه را نقد گرفته و نقد هم تحویل داده است.

اگر پول نقد به اندازه سرمایه نیست در این جا وظیفه عامل است که کالا را بفروشد و راس المال را نقد کند و به مالک برگرداند.

اما سید می گوید اقوی این است که چه راس المال نقد باشد و چه خیر، بر عامل نقد کردن واجب نیست.

این کلام سید علی القاعده است و قبلا هم گفت که علی الید این جا را نمی گیرد چون ید امانی است.

ادامه کلام سید

"و إن كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفا على الإنضاض و لعله يحصل الخسارة بالبيع إذ لا منافاة فنقول لا يجب عليه الإنضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة بل أو بعدها يجب جبرها بالربح حتى أنه لو أخذه يسترد منه"

اگر گفتیم ملک عامل نسبت به سود وقتی است که کالا نقد شود و الا سود مستقر نیست چون شاید بعد نقد کردن خسارت ببینیم.

اشکال مقدر

ادعای1: عامل وقتی سودش مستقر است که کالا نقد شود.

ادعای2: عامل وظیفه ندارد که پول را نقد کند.

بین این دو حرف منافات است. اگر گفتیم سود او بعد فروش است پس عامل باید نقد کند تا سودش معلوم شود و الا که معلوم نیست که سود چقدر است.

جواب سید

منافاتی نیست چون ما می گوییم عدم وجوب نقد کردن بر عامل بخاطر عدم دلیل بر نقد کردن است پس سود به صورت تقسیم کالا تقسیم می شود ولی اگر کالا تقسیم شد و مالک دید که خسارت کرده است می تواند به عامل رجوع کند چون سود عامل مستقر نبوده است.

اشکال آقای خویی و حکیم

بعد تقسیم سود دیگر معنا ندارد که مالک وقتی نقد کرد رجوع به عامل کند. مثلا بعد فسخ و انفساخ ما تقسیم کالا کردیم چون عامل وظیفه نقد کردن ندارد ولی شما می گویی مالک بعد از پنج ماه می خواهد یخچال­ها را بفروشد می بیند که یخچال ها 10درصد ارزان شده است دیگر نمی تواند به عامل رجوع کند. این نزول قیمت ربطی به عامل ندارد.

بله اگر بعد پنج ماه معلوم شود که در زمان تقسیم درست تقسیم نشده بوده است این بحث دیگری است و ربطی به این مساله ندارد. فرض سید این است که در زمان تقسیم، سود باشد و بعدا خسارت شود.

ان قلت

مالک همان موقع که یخچال ها را گرفته بود سود کرده بود چون می تواند استفاده کند.

قلت

مضاربه برای تجارت است و این که از یخچال استفاده کرده یا خیر مربوط به مضاربه نیست.

برای این که این بحث تکمیل شود مساله34 را باید بخوانیم.

مساله34

سید می گوید نظر مشهور بلکه اجماع این است که عامل حصه خودش را از سود مالک می شود به مجرد این که قیمت کالا بالا رود و مالکیش متوقف بر نقد کردن نیست. کما این که متوقف بر تقسیم هم نیست.

قسمت نه ناقل است و نه کاشف است.

سید در این مساله به 4قول اشاره کردند:

قول1: مشهور و اجماعی می گویند به مجرد حصول ربح، عامل مالک ربح می شود.

قول2: عامل بعد نقد کردن مالک می شود.

قول3: عامل بعد قسمت مالک می شود و تقسیم در حکم نقل ملکیت است یعنی یخچال ها از زمان تقسیم مال عامل می شود نه این که کشف کند که از زمان حصول ربح عامل مالک بوده است.

قول4: عامل بعد قسمت مالک می شود و تقسیم کاشف است که عامل از زمان حصل ربح مالک بوده است.

اشکال به سید

برخی اشکال کردند که کلام سید در مساله34 با مساله46 ناسازگار است چون در مساله46 گفتید ملک مستقر بعد نقد شدن است ولی در این جا می گویید به مجرد حصول ربح است و این اجماع است.

نظر استاد

باید ادله سید را مطرح کنیم که بفهمیم می توانیم بین دو کلام جمع کنیم و ببینیم که این مساله راجع به ملک مستقر است یا خیر؟

ادله سید

دلیل1

اجماع

دلیل2

مقتضای عقد مضاربه این است که به مجرد حصول ربح عامل مالک شود چون در مضاربه گفتید و الربح بینهما و الان صادق است که سود حاصل شده است.

دلیل3

این سود مملوک است و لذا باید مالکی داشته باشد و مسلم است که این سود در ملک مالک اصلی نیست چون مالک اصلی مالک سرمایه و بخشی از سود است نه تمام سود.

دلیل4: روایات بیع من ینعتق علیه

صحیحه محمد بن قیس

"عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ‏ قَالَ‏ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع رَجُلٌ‏ دَفَعَ‏ إِلَى‏ رَجُلٍ‏ أَلْفَ‏ دِرْهَمٍ‏ مُضَارَبَةً فَاشْتَرَى أَبَاهُ وَ هُوَ لَا يَعْلَمُ قَالَ يُقَوَّمُ فَإِنْ زَادَ دِرْهَماً وَاحِداً أُعْتِقَ وَ اسْتُسْعِيَ فِي مَالِ الرَّجُلِ‏"

عامل با سرمایه، عبدی را خریده است و بعد فهمیده است که پدرش است که امام ع فرمود لازمه این است که به اندازه نیم درهم، عامل، مالکِ پدرش باشد چون سود یک درهم بود پس باید سپس پول مالک را برگرداند هم اصل سرمایه و هم نیم درهم را.

وجه استدلال

اگر عامل مالک به صرف حصول ربح مالک نشده باشد که عامل مالک پدرش نشد که بعد امام ع بگویند که پدر آزاد شده است.

* جلسه16 ­سه­شنبه 16مهر 1398

اهمیت بحث معیار صدق ربح

سید در مساله34 این را مطرح کردند که عامل چه موقع مالک سود می شود؟ صرف افزایش قیمت باعث ملکیت می شود یا خیر؟

این مساله در ابواب دیگر فقهی هم مطرح است مثلا خمس ارتفاع قیمت را باید بدهیم یا خیر؟ و اگر خمس دادیم و سپس قیمت کاهش پیدا کرد می توانیم به دفاتر مراجعه کنیم یا خیر؟

اگر برای تجارت کالایی بخرید و در اثناء سال قیمت آن بالا رفت و سر سال خمسی قیمتش کم شد آیا این جا هم باید خمس بدهد یا خیر؟

اگر قیمت کالایی که در دست ماست، زیاد شد آیا مستطیع هستیم یا خیر؟

ادامه کلام سید

سید در مساله35 کلام خودشان در مساله34 تکمیل می کنند.

سود جنبه حفاظت از سرمایه را دارد و به محض حصول ربح ملک او حاصل است ولی این ملک متزلزل است و ملک مستقر نیست. لذا اگر 10 میلیون سود حاصل شده است اما بعد از آن 10 میلیون از سرمایه خسارت می­بیند، این سود جایگزین سرمایه می شود و گویا سودی در کار نبوده است و این توضیح تزلزل است.

پس کلام سید در مساله46 و مساله34 تهافتی ندارد و عدم تهافتش بخاطر تفصیل بین تزلزل و استقرار ملک است. این مساله34 و 35 را برای تکمیل کلام سید در مساله46 بیان کردیم.

ادامه کلام سید در مساله34

مسأله34

"يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره‌ من غير توقف على الإنضاض أو القسمة لا نقلا و لا كاشفا على المشهور بل الظاهر الإجماع عليه‌ لأنه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما و لأنه مملوك و ليس للمالك فيكون للعامل‌ و للصحيح: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه و هو لا يعلم قال يقوم فإن زاد درهما واحدا انعتق و استسعى في مال الرجل‌ إذ لو لم يكن مالكا لحصته لم ينعتق أبوه نعم عن الفخر عن والده أن في المسألة أربعة أقوال و لكن لم يذكر القائل و لعلها من العامة

أحدها ما ذكرنا

الثاني أنه يملك بالانضاض لأنه قبله ليس موجودا خارجيا بل هو مقدر موهوم

الثالث أنه يملك بالقسمة لأنه لو ملك قبله لاختص بربحه و لم يكن وقاية لرأس المال

الرابع أن القسمة كاشفة عن الملك سابقا لأنها توجب استقراره

و الأقوى ما ذكرنا لما ذكرنا

و دعوى أنه ليس موجودا كما ترى و كون القيمة أمرا وهميا ممنوع"

سید گفت به محض حصول ربح، ملک عامل محقق می شود اما ملک متزلزل و ادله آن را بیان کردیم. اما قول دیگر کلام جواهر است.

کلام جواهر

قول دوم کلام جواهر است.

"الثاني أنه يملك بالانضاض لأنه قبله ليس موجودا خارجيا بل هو مقدر موهوم"

سید می گوید که صاحب جواهر معتقد است به صرف حصول ربح، عامل مالک نمی شود. اصلا در این صورت، ربح صادق نیست.

دلیل صاحب جواهر در کلام سید این است که ملک در صورت تقسیم و انضاض است و الا قبل از آن که ربح وجود خارجی ندارد بلکه یک امر فرضی موهوم است. شما پانصد متر زمین خریدید و الان هم پانصر متر زمین است. بله وقتی فروخته شد و نقد شد موجود خارجی اضافه محقق می شود.

کبرای کلام جواهر این است که سود همیشه یک امر موجود است. آن چه ملک به آن تعلق می گیرد یک امر موجود است. امر موجود شامل امر خارجی و کلی فی الذمه می شود که کلامش شامل دین شود.

صغرای بحث این است که زیاده قیمت نه امر خارجی است و نه کلی فی الذمه مثل دین است و لذا ملکیت آن بی معناست؛ چون امر موهوم است.

نکته

اگر همین کلام جواهر را در خمس بگوییم پس باید ارتفاع قیمت را باعث خمس ندانیم و نیز در بحث استطاعت و نیز در بحث زکات و بحث ارث.

پس کلام اول جواهر این است که ممکن است سود باشد ولی مالکیت نسبت به آن بی معناست اما سید می گوید حرف جواهر حتی این است زیاده صادق بر سود نیست و بحث ملکیتش را کار ندارد.

البته کلام جواهر از این جهت روشن نیست.

سوال از صاحب جواهر

اگر قیمت زیاد شد و مالک مضاربه را فسخ کرد درحالیکه سرمایه متاع بود، آیا عامل هیچ حقی ندارد؟! چون ربح صادق نیست و یا قابل تملک نیست پس چیزی به عامل نمی رسد.

جواب صاحب جواهر

صاحب جواهر می خواهد بین حرف خودشان و این سهم داشتن عامل از سود جمع کند. لذا می فرماید عامل مالک سود نیست ولی عامل حق دارد که مطالبه قسمت یا نقد کردن کند و بعد قسمت و نقد کردن امر موجود می شود و سود و ملک صادق است.

پس عامل مالک نیست بلکه حقی دارد. مثل حق سرقفلی و یا حق ارتفاق که ملک نیست ولی حق است.

چالش1

سوال از جواهر این است که این حق مالیت دارد یا خیر؟ مثلا سرقفلی خرید و فروش می شود. جواهر نسبت به این قضیه اظهار نظر نکرده است در حالیکه در بحث موثر است.

چالش2

چالش دیگر جواهر صحیحه محمد بن قیس است که سید به آن استناد کرد.

در آن روایت، گفته شد که عامل پدرش را خرید و چون سود کرده بود به اندازه نصف آن مالک پدرش شده بود و لذا امام ع فرمود که پدرش منعتق است پس ربح و ملک صادق بوده است که انعتاق محقق شده است.

جواب

این روایت تعبدی است و علی القاعده نیست و اختصاص به بحث عتق دارد.

ادله کلام صاحب جواهر در کلام سید

سید یک دلیل برای کلام جواهر را ذیل بیان قول دوم بیان می کنند (الثاني أنه يملك بالانضاض لأنه قبله ليس موجودا خارجيا بل هو مقدر موهوم) و سپس بعد از نقل همه اقوال، دوباره ادله جواهر را از عبارت (و دعوی ...) شروع می کند و نقد می کند.

دلیل1

"و دعوى أنه ليس موجودا كما ترى و كون القيمة أمرا وهميا ممنوع"

جواب سید به این دلیل

جواب1

سید می گوید اگر می گویید زیاده قیمت وجود خارجی ندارد که کبرای کلام شما مخدوش است چون ما مالک موجودات اعتباری هم می شویم.

اگر می گویید زیاده قیمت، وجود اعتباری ندارد که صغرای این کلام مخدوش است چون زیاده قیمت، وجود اعتباری هست.

جواب2

"مع أنا نقول إنه يصير شريكا في العين الموجودة بالنسبة و لذا يصح له مطالبة القسمة"

عامل حق مطالبه قسمت را دارد کما این که شما این را پذیرفتید. سید می گوید این حق مطالبه شاهد این است که عامل سهیم در ملک است یعنی سود صادق است و ملک هم صادق است.

اشکال به سید

موارد نقضش سرقفلی و ... است.

جواب1

قاعده این است که کسی حق دارد که مالک باشد و در غیر این مورد، دلیل خاص می خواهد مثل سرقفلی ولی در مضاربه دلیل خاص نداریم که ملک ندارد ولی حق دارد.

قاعده این است که شریک حق مطالبه تقسیم دارد.

البته سرقفلی دلیل خاص روایی ندارد بلکه دلیل خاصش سیره عقلائیه است.

جواب2

موارد خاصی که می گویید در ملک غیر حق داریم، حق مطالبه قسمت و نقد کردن نیست. حق سرقفلی و ارتفاق و ... حق قسمت و نقد کردن نیست یعنی مالک را الزام کنیم به تصرف در ملکش. چنینی چیزی نداریم. این حق تقسیم حتما بعد از این است که من سهم در ملک دارم و برای این دیگر نقضی هم وجود ندارد.

تذکر

باید بین دو نوع شرکت تفصیل قائل شد که در کلمات قدما وجود ندارد ولی در متاخرین چنین تقسیمی وجود دارد.

قسم1: شراکت در عین مال

قسم2: شراکت در مالیت

باید به این نکته بپردازیم که مراد سید کدامیک از این دو مورد است؟

* جلسه17 ­چهار­شنبه 17مهر 1398

گفتیم نظر اول و مشهور این است که به مجرد حصول ربح مثل ارتفاع قیمت، ربح و ملک آن برای عامل محقق می شود؛ اما نظر دوم نظر جواهر بود که می گوید به مجرد حصول ربح ملکیت آن اتفاق نمی افتد البته ایشان در نهایت می گویند مگر این که اجماع باشد یعنی خود جواهر هم تردیدی در مساله دارد.

تذکر

نکته ای که در کلام جواهر روشن نیست این است که ایشان آیا می گوید به صرف ارتفاع قیمت ربح حاصل نمی شود و یا ربح حاصل می شود ولی مالکیت آن بی معناست؟

بحث1: صدق حصول ربح

کلام سید در خمس

این بحث در خمس هم مطرح است و صورت مساله آن این است که آیا ارتفاع قیمت ربح است یا خیر؟

سید در خمس گفته است که ارتفاع قیمت ربح نیست.

اشکال آقای حکیم به سید

آقای حکیم به سید اشکال می کنند که شما در خمس می گویید ارتفاع قیمت سود است پس در این بحث هم باید بگویید ارتفاع قیمت سود است.

دفاع آیت الله خویی از سید

آقای خویی در خمس قائل به تفصیل هستند و نظرشان این که مراد سید هم همین تفصیل است.

اگر کالایی برای تجارت خریداری شده است، صرف ارتفاع قیمت، ربح است ولی اگر برای تجارت نبوده بلکه برای مصرف است، صرف ارتفاع قیمت ربح محسوب نمی شود. این تفصیل مقتضی عرف است یعنی خانه اگر برای تجارت باشد از نظر عرفی ربح است ولی وقتی خانه را می نشیند از نظر عرفی ربح نیست بله وقتی خانه ای که می نشینید را می فروشید ربح حاصل می شود.

آقای خویی بعد از بیان این تفصیل در مضاربه می گوید ما مثل سید در بحث خمس همین تفصیل را دادیم یعنی فهم او از کلام سید، تفصیل است.

در بحث مضاربه، آن کالا برای تجارت خریده شده است و لذا صرف ارتفاع قیمت سود است و لذا با کلام بحث خمس تنافی ندارد.

چیستی ربح

پس باید دید که عرف ربح را چه می داند؟ برخی می گویند بحث از چیستی ربح، بحث لغوی است و برخی می گویند عرفی است ولی بحث لغوی هم در واقع برگشت به بحث لغوی است.

لذا چون بحث عرفی است نمی توان به صورت تئوری و قاعده ای اظهار نظر کرد بلکه نیاز به کار میدانی دارد و به نظر ما تورم اساسا سود نیست چون قیمت زیاد شده است ولی قدرت خرید ما زیاد نشده است چون همه کالاها گران شده است اما در غیر تورم اگر بازار با ثبات باشد، تفصیل آقای خویی صحیح به نظر می رسد که اگر به قصد تجارت است، ارتفاع قیمت سود است ولو نقد نشده است واگر به قصد مصرف است، سود بعد از نقد شدن است اما اگر بازار بی ثبات باشد هم به نظر ما ربح وقتی صادق است که کالا نقد شود.

بحث2: قابلیت ملیک

نکته دیگر این که بر فرض ارتفاع قیمت، ربح است چون در مضاربه تجارت است.

معیار1

معیار جواهر این بود که شیء باید موجود باشد یا عین باشد و یا کلی فی الذمه.

معیار2

هر چه عقلاء برای آن مالیتی قائل اند قابل تملک است چه عین چه کلی فی الذمه و چه غیر آن مثل اعتبارات عقلایی.

این را ذیل کلام سید گفتیم.

معیار3

هر چه عقلاء برای آن مالیت قائل اند و استقلال داشته باشد. شیء غیر مستقل قابل تملک نیست.

دوخت لباس، مالیت دارد و خیاط برابر آن پول می گیرد ولی چون استقلال ندارد خیاط نمی تواند بگوید من با تو شریک هستم. آقایان می گوید شریک نیستند بلکه مالک لباس، بدهکار اجرت المثل است.

پس صرف مالیت، باعث ملک نمی شود بلکه باید استقلال هم داشته باشد.

حال آیا ارتفاع قیمت از مواردی است که استقلال دارد و یا استقلال ندارد حتی در اعتبارات عقلایی.

پس در اعتبارات عقلایی درست است که ربح مالیت دارد ولی مثل خیاطت ثوب است و استقلال ندارد و لذا ملکیت در ارتفاع قیمت معنا ندارد. ملک بعد از نقد شدن است.

این معیار سوم می تواند اشکالی به سید باشد و نظر جواهر و مشهور در نتیجه، تقویت می شود.

دفاع استاد از سید

آقایان شرکت را در مثال خیاطت قائل نیستند ولی به نظر ما اگر از ابتدا شرکت نباشد شاید نفی شرکت صحیح باشد ولی اگر از ابتدا قرار بر شرکت باشد می توان گفت در عرف این را شرکت می دانند.

ما در بحث شرکت خواهیم گفت که برخی اقسام شرکت مثل شرکت در عمل را آقایان قبول نکردند چون دلیل خاص بر آن نداریم ولی ممکن است بگوییم دلیل آن سیره عقلائیه است.

شرکت هایی که امروزه داریم اصلا شرکت فقهی نیست چون شرکت را به عنوان نهاد حقوقی ایجاد می کنند. شخصیت حقوقی ایجاد می کنند و آن شخص حقوقی مالک و بدهکار می شود. اما اشخاص حقیقی هیچکاره هستند. یعنی طلبکاران نمی توانند از سهام داران مطالبه داشته باشند.

فقهاء می گویند ما چنین شرکتی نداریم؛ چون دلیل خاص بر آن نداریم ولی ممکن است از باب سیره عقلایی بپذیریم که در شرکت مطرح خواهیم کرد.

پس نتیجه این شد که شرکت قابل تصویر است و حصول ملک قابل تصویر است.

اما باید این را بحث کنیم که آیا شراکت در عین است یا شراکت در مالیت؟

* جلسه18 ­­شنبه 20مهر 1398

ادامه بحث ارتفاع قیمت

سید گفتند به مجرد حصول ربح، عامل مالک می شود ولی اگر خسارت صورت بگیرد این ربح از ملک او خاجر می شود.

خسارت کاشف از این نیست که از اول داخل در ملک عامل نبوده است بلکه خسارت ناقل است.

سپس سید آثاری را بر نظر خودشان مترتب می کنند. گفتیم بنابر این نظر ارتفاع قیمت باعث وجوب خمس می شود و اگر بعدا نزول قیمت رخ داد مثل این است که ماشین را سر سال خمس دادید و سپس ماشین را دزد برده است. اما این جا سید خودشان آثاری را بار می کنند.

اثر1

"و على ما ذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكية من جواز المطالبة بالقسمة و إن كانت موقوفة على رضا المالك"

عامل می تواند از مالک، تقسیم سود کند. البته تقسیم متوقف بر رضایت مالک است چون آن کالا ملک مالک است و فروش آن نیاز به اذن مالک دارد.

آیا شراکت عامل و مالک در عین است یا در مالیت؟

شراکت در مالیت یعنی عامل در پول و ثمن کالا شریک است نه در عین کالا. شراکت در مالیت غیر از ذمه است. شراکت در مالیت متغیر است و بستگی به قیمت کتاب دارد و تلف در آن تاثیر دارد ولی ما فی الذمه امر ثابت است و تغییری ندارد مثلا 50 هزارتومان بدهکارید و این تفاوتی به قیمت چیزی ندارد.

اگر در عین است، دو شریک هستند و احکام شراکت بار می شود که اذن تصرف دارند با رضایت دیگری.

اما اگر در مالیت شریکند، عامل حق تصرف در عین ندارد و تصرف مالک هم در عین، بلا منازع است چون عامل که در عین شریک نیست. بلکه مالک باید سهم شریک را به لحاظ مالیت پرداخت کند.

این بحث شراکت در عین و مالیت، در کلمات متاخرین مطرح است ولی در کلمات قدماء ندیدم. این بحث در خمس هم مطرح است اگر شراکت در مالیت باشد، نماز در لباسی که خمسی است اشکالی ندارد.

البته در زکات ظاهرا همه معتقدند که شریک در عین اند.

سوال

حالا می توان گفت مقصود سید از عبارت " جواز المطالبة بالقسمة و إن كانت موقوفة على رضا المالك" شراکت در مالیت بوده است؟

جواب

نه احتمال دارد که مراد شراکت در عین باشد چون در شراکت در عین هم توقف بر رضای مالک هست.

البته اگر بگوییم که مطلقا متوقف بر رضایت مالک است یعنی حتی حاکم شرع هم نمی تواند اجبارش کند این در شراکت در مالیت است چون در شراکت در عین حاکم می تواند شریک را مجبور به بیع کند.

اشکال به سید

اگر قائل به کلام جواهر بشویم هم این اثر ثابت است یعنی بنابر صاحب جواهر هم این حق مطالبه قسمت را عامل دارد چون جواهر گفت به مجرد حصول ربح، عالم مالک ربح نمی شود ولی حق دارد که مطالبه فروش و نقد کردن کند تا بفهمد که سود کرده است یا خیر و وقتی نقد شود سود امر خارجی می شود و عامل هم سهم دارد.

خصوصا اگر حقی که عامل دارد مثل سرقفلی و ... مالیت داشته باشد که خرید و فروش می شود.

حقی که مالیت دارد مثل حق تقدم در خرید زمین های اوقافی که حق تقدیمی خرید و فروش می شود یعنی شما این حق را دارید که تا هر وقت خواستید این جا بنشینید و مالک نمی تواند شما در سر سال اخراج کند و شما این حق تقدیمی را به دیگران واگذار می کنید. البته امروزه، حق تقدیمی به اندازه قیمت ملک شده است.

مرحوم آقای تبریزی نظرشان این بود که در خرید و فروش سهام شرکت ها شما حق را خرید و فروش می کنید نه عین را. حقی که می توانید از سود بخشی را بردارید. البته به نظر ما این نظر، درست نیست.

ظهور کلام سید در این است که این ثمرات بر اساس نظریه ماست و بنابر نظریه جواهر و مشهور این ثمرات نیست.

اثر2

"و من صحة تصرفاته فيه من البيع و الصلح و نحوهما"

وقتی عامل با حصول ربح مالک می شود، عامل می تواند آن را بیع و صلح و ... کند.

ظهور این ثمره در این است که سید شراکت در عین را قائل هستند ولی شراکت در مالیت هم قابل خرید و فروش است و لازم نیست حتما شراکت در عین باشد.

آثار دیگر

"و من‌ الإرث و تعلق الخمس و الزكاة و حصول الاستطاعة للحج و تعلق حق الغرماء به و وجوب صرفه في الدين مع المطالبة إلى غير ذلك‌"

اگر عامل فوت کنند، ورثه قائم مقام عامل می شوند. ارتفاع قیمت باعث خمس است. ارتفاع قیمت باعث زکات است. ارتفاع قیمت موجب حصول استطاعت می شود.

آیا می توان بخاطر احتمال تلف شدن مال و ... سر سال خمسی، خمس آن را ندهید؟ خیر. این جا هم به همین صورت است.

اگر بدهکارید، حق طلبکاران به آن تعلق می گیرد و اگر طلبکار مطالبه کرد و دین حال شد، واجب است که این ربح را در دین صرف کند مثلا یا صلح کنید آن ربح را با طلبکاران و یا از مالک در مضاربه طلب قسمت کنید تا دینتان را بدهید.

اشکال به سید

اگر کلام جواهر در حقی باشد که مالیت دارد تمام این ها بیع و صلح و خمس و... ثابت است و اگر در حقی باشد که مالیت ندارد برخی از این موارد ثابت است ولی مثلا استطاعت نیست چون استطاعت برای حج در صورتی است که پیگیری کنید و به آن مال می رسید و این تحصیل استطاعت می شود که واجب نیست.

مساله35

مسأله35

"الربح وقاية لرأس المال‌"

**ادعای سید**

سود بعد از این است که سرمایه محفوظ بماند. نمی توانید بگویید این سود است و سرمایه نصف شده است و لذا خسارت سرمایه را سود جبران می شود و بعد از جبران خسارت، سود تقسیم می شود.

**دلیل بر این ادعا**

دلیل1

اجماع فقهاء این است.

دلیل2

سیره عقلائیه این است که سود را بعد حفظ سرمایه محاسبه می کنند.

دلیل3

موثقه اسحاق بن عمار: "الربح بینهما و الوضیعة علی المال"

اگر مراد از مال، مجموع سود و سرمایه باشد، خسارت از سود و سرمایه با هم کسر می شود.

اشکال آقای حکیم به دلیل3

سرمایه و ربح یعنی سود و مال یعنی سرمایه نه مجموعه سود و سرمایه.

نتیجه

دلیل لفظی و تعبدی نداریم و این ارتکاز عقلائیه و سیره عقلائیه است و لذا به اطلاق هم نمی توان تمسک کنیم.

* جلسه19 ­یکشنبه 21مهر 1398

ادامه کلام سید در مسأله35

"الربح وقاية لرأس المال‌ فملكية العامل له بالظهور متزلزلة فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به إلى أن تستقر ملكيته"

این جا سید تصریح دارند که ملک عامل متزلزل است و لذا اگر خسرانی اتفاق افتاد از سود جبران می شود و لذا بین دو کلام ایشان جمع شد:

کلام1: مجرد ظهور ربح عامل مالک می شود.

کلام2: خسارت کاشف از عدم ملک نیست بلکه نقل ملک می شود.

**عوامل استقرار ملک**

چه موقع ملک مستقر می شود که نتیجه اش این است که خسارت به ملک عامل ضرری نمی زند.

"و الاستقرار يحصل بعد الإنضاض و الفسخ و القسمة"

سید می فرماید عوامل استقرار سه چیز است:

1. نقد کردن
2. فسخ کردن
3. تقسیم کردن

سید معتقدند این سه باید با هم محقق باشد تا استقرار رخ دهد مگر در نقد کردن که نکته ای دارند.

نتیجه استقرار

"فبعدها إذا تلف شي‌ء لا يحسب من الربح بل تلف كل على صاحبه"

نتیجه استقرار این است که کسر سرمایه از سود قابل تدارک نیست.

فسخ و قسمت باید با هم باشند و به تنهایی کافی نیست.

حالت1: قسمت بدون فسخ

"و لا يكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ بل و لا قسمة الكل كذلك"

اگر قسمت به تنهایی اتفاق افتاد در تجارت اول و سودی به عامل داده شد ولی فسخ نشد، اگر در تجارت های بعدی که ادامه مضاربه اول است خسارتی رخ داد این ملک عامل نسبت به آن چه به او داده بودیم متزلزل بود و لذا خسارت سرمایه از سود جبران می شود.

"بل و لا قسمة الكل كذلك"

این تعبیرِ سید ظاهرا تسامحی است چون ربح فقط تقسیم می شود نه سرمایه. این تعبیر در قدماء هم بوده است و سید از آنها گرفته است و جامع المقاصد و دیگران هم اشکال کردند.

ظاهرا مقصود از قسمت کل، استرداد سرمایه به عامل است یعنی بعد پس دادن سرمایه به مالک هم ملک متزلزل است اگر فسخ نشده باشد.

اشکال

وقتی رد سرمایه شد، این فسخ عملی است. رد سرمایه بدون فسخ معقول نیست.

لذا اشکال به سید شده است که تقسیم سرمایه که بی معناست و رد سرمایه بدون فسخ هم بی معناست. [[1]](#footnote-1)

جواب

رد سرمایه ملازمه ای با فسخ مضاربه ندارد. ما قبلا گفتیم که در مضاربه اصلا لازم نیست که سرمایه در ید عامل باشد. مثلا عامل می تواند چک بدهد و مالک حساب را پر کند و یا اصلا خود مالک چک می دهد. پس عامل می تواند سرمایه را برگرداند ولی مضاربه را ادامه دهد که این جا سید می گوید اگر ربح حاصل شد و تقسیم شد و سرمایه برگردانده شد، این ملک عامل متزلزل است چون هنوز مضاربه ادامه دارد.

ترقی به "بل" بخاطر این است می خواهیم بگوییم پول اگر نزد مالک بدون افراط و تفریط او تلف شد، از سود جبران می شود و این مقداری عجیب است لذا ترقی آمده است. عجیب بودنش بخاطر این است که بعد افراز و تقسیم دیگر شراکتی نیست ولی باز هم تلف مال نزد او به عامل مربوط است و این بخاطر بقاء مضاربه است.

حالت2: فسخ بدون قسمت

در مضاربه فسخ صورت گرفته است ولی هنوز قسمت نشده است و هنگام تقسیم، خسارت رخ داد در این جا هم خسارت باید از سود جبران شود.

"و لا بالفسخ مع عدم القسمة فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق فيكون الربح مشتركا و التلف و الخسران عليهما و يتمم رأس المال بالربح"

خصوصیت ملک متزلزل این است که هم خسارت به عامل مربوط است و هم ربح به عامل مربوط است.

حالت3: فسخ و قسمت بدون نقد کردن

"نعم لو حصل الفسخ و لم يحصل الإنضاض و لو بالنسبة إلى البعض و حصلت القسمة فهل تستقر الملكية أم لا إن قلنا بوجوب الإنضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار و إن قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار"

اگر فسخ محقق شد و قسمت هم محقق شد اما قسمت کالا بود نه قسمت پول ها یعنی کالای تقسیم شده، نقد نشده بود آیا این جا ملک مستقر است یا خیر؟

اگر ملک مستقر است دیگر خسران و ... ربطی به عامل ندارد ولی اگر ملک متزلزل باشد خسران از سود جبران می شود یعنی اگر کالا تقسیم شد و دو ماه بعد نقد شد و نزول قیمت داشت باید از سود جبران شود.

سید در این حالت سوم می گوید باید دید که عامل وظیفه نقد کردن دارد یا خیر؟

اگر در عرف عقلاء این نقد کردن را تتمه مضاربه می دانند و لذا عامل را موظف به نقد کردن می دانند این جا ملک متزلزل است.

اما اگر انضاض و نقد کردن وظیفه عامل نیست دو احتمال در آن وجود دارد.

* جلسه20 ­دوشنبه 22مهر 1398

ادامه مساله35

حالت3: فسخ و قسمت بدون نقد کردن

"نعم لو حصل الفسخ و لم يحصل الإنضاض و لو بالنسبة إلى البعض و حصلت القسمة فهل تستقر الملكية أم لا إن قلنا بوجوب الإنضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار و إن قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار و الحاصل أن اللازم أولا دفع مقدار رأس المال للمالك ثمَّ يقسم ما زاد عنه بينهما على حسب حصتهما فكل خسارة و تلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح"

سید در مورد نقد کردن تفصیل دادند که اگر انضاض بر عامل لازم است باید بگوییم سود او تا قبل نقد کردن استقرار ندارد پس ملک مستقر بعد از انضاض است. پس ملک مستقر بعد از این است که هم قسمت باشد و هم فسخ باشد و هم نقد کردن.

اما اگر عامل وظیفه نقد کردن نداشته باشد دو وجه است. استقرار و تزلزل ولی اقوی این است که ملک مستقر است. پس در این صورت قسمت و فسخ باعث استقرار می شود و نقدکردن در آن نقش ندارد.

نظر نهایی سید

"و تماميتها بما ذكرنا من الفسخ و القسمة‌"

سید انضاض را وظیفه عامل نمی داند و لذا ملک را مستقر می داند و لذا تمامیت ملکیت در صورت فسخ و قسمت است و نقد کردن در آن نقش ندارد.

**ارائه نظر استاد ضمن بررسی نکات کلام سید**

**الف) بررسی نکته1: "الربح وقایة لراس المال"**

برخی گفته اند این مطلب، اجماعی است.

برخی گفته اند این مطلب، مقتضای سیره عقلائیه است.

برخی گفته اند این مطلب، شرط ارتکازی در عقد مضاربه است.

اما به نظر ما اصلا این مقتضای مضاربه است و علی القاعده است.

قاعده این است که تملیک بخشی از سود برای عامل بعد حفظ سرمایه است و الا قبل حفظ سرمایه، تملیکی نبوده است.

این مطلب ما بالاتر از شرط ارتکازی است. می گوییم مالکیت تو مقید به این است که سرمایه محفوظ باشد. تقیید است نه اشتراط. شرط ممکن است به موضوع معامله ربطی نداشته باشد اما قید اگر نباشد اصلا عقدی نیست.

در مورد شرط عدم فسخ هم گفتیم حداقل شرط ارتکازی در مضاربه است ولی به نظر ما حداکثری هم در کار هست که مقصودمان از حداکثر همین تقیید بود.

اشکال بر قاعده "الربح وقایة لرأس المال" [[2]](#footnote-2)

روایت اسحاق بن عمار: "الربح بینهما و الوضیعة علی المال"

این روایت می گوید وضیعه از ربح کسر نمی شود بلکه خسارت از مالک محسوب می شود.

جواب1

"و الوضیعة علی المال" یعنی عامل، ضامن خسارت نیست یعنی اگر سودی نبود و سرمایه هم کسر شد، عامل ضامن سرمایه مالک نیست که این را قبلا هم گفته بودیم ولی نمی گوید اگر سود حاصل شد و سپس از خسارت بر سرمایه وارد شد، سرمایه از سود جبران نمی شود.

جواب2

خود عرف هم می گوید این ربح هست مشروط به این که خسارت نیاید. اگر بپرسید سود کردید؟ می گوید بله اما اگر قیمت پایین نیاید. پس خود الربح در روایت وقتی محقق می شود که خسارت در ادامه نیاید.

**ب) بررسی نکته2 در کلام سید**

عامل بخشی از سود را مالک است و سود در صورتی است که مضاربه تمام شود، بعد حفظ سرمایه هر چه ماند به آن سود می گویند پس تا پایان مضاربه نمی توان گفت سودی در کار است یا خیر؟

پس به محض وجود ربح می توان گفت ملک عامل مشروط به شرط متاخر عدم خسارت و تلف به راس مال هست. بعد اتمام مضاربه کشف می شود که شما مالک بودید یا خیر ولی سید گفتند نقل است.

در لحظه حصول ربح، چون مشروط بدون شرط است، آثار ملک بار نمی شود مثل استطاعت و خمس و... بله اگر بعدا خسارت نبود کشف می شود که این سود از قبل بوده است در این صورت، بعضی آثار مترتب می شود.

مثلا اگر شخص شاغل است و سال خمسی او در همین مدت گذشته است باید خمس را بدهد و اگر شخص غیر شاغل است می تواند برای هر ربحی را سال مستقلی قرار دهد و لذا در اگر سه ماه از حصول ربح گذشته است خمس بر او واجب نیست.

اثر دیگر استقرار حج است. اگر خسارت نبود و کشف شد که از سه ماه قبل مالک سود بوده است یعنی قبل از زمان حج این ملک بوده است پس استطاعت داشته است و لذا حج بر او مستقر می شود و لذا سال بعد ولو بدون استطاعت شرعی باید به حج برود مگر این کع عدم قدرت عقلی یا عسر و حرج و ... باشد که حج بر او واجب نمی شود و اولین سالی که قدرت عقلی دارد و عسر و حرج منتفی شد، باید به حج برود.

این نظر بنابر امکان شرط متاخر است که متاخرین می گفتند ولی بنابر عدم امکان شرط متاخر باید بگوییم که ملک سود بعد اتمام مضاربه است یعنی باز کلام سید را نمی پذیریم.

سوال

شما گفتید ملک ربح بعد اتمام مضاربه است نه پایان هر معامله پس اگر شرط کردیم که بعد هر تجارت تقسیم صورت بگیرد این شرط باطل و مبطل عقد است.

جواب

این شرط عرفا باعث انحلال مضاربه است یعنی هر تجارتی یک مضاربه است.

تذکر

به نظر ما عامل شریک در ربح است یعنی شریک در مالیت است نه شریک در عین.

این مطلب بنابر این است که شراکت در مالیت را شناسایی کنیم یعنی معتبر بدانیم. متاخرین ملتزم به شراکت در مالیت هستند ولی اسمش را نمی آورند. فتاوایی می دهند که مبتنی بر شراکت در مالیت است مثل این که برخی می گویند که تصرف در مالی که خمسش را ندادید اشکال ندارد ولی خمس را بدهکارید. این فتوا در صورتی است که شراکت در مالیت باشد نه شراکت در عین.

تذکر

ما قائل به ملک متزلزل نیستیم بلکه قائل به ملک مشروط هستیم. ملک متزلزل این بود که خسارت نقل ملک دهد ولی ما قائل به کشف شدیم که ملک مشروط شد و تفاوتش هم در ترتب آثار است که توضیح دادیم.

اشکال[[3]](#footnote-3)

صحیحه محمد بن قیس با نظریه شما نمی سازد چون در این روایت داشت که اگر عامل با سود مضاربه، پدرش را بخرد منعتق می شود و امام ع نفرمودند اگر بعدا ضرری حاصل شد پدر به عبد بودن بر می گردد.

جواب1: جواب صاحب جواهر

این در خصوص بیع من ینعتق است.

جواب2: جواب استاد

این روایت می گوید با این اتفاق خرید پدر، مضاربه پایان می پذیرد. یعنی به محض خریدن مضاربه فسخ می شود. بخاطر خصوصیت بحث احترام پدر و فرزند و به دلیل تعبد به روایت.

**ج) بررسی نکته3 در کلام سید**

نکته سوم این بود که به تعبیر ما شرط متاخر که پایان عقد مضاربه است چه موقع حاصل می شود؟

به تعبیر مرحوم سید، استقرار چه موقع حاصل می شود؟

سید نهایتا گفتند نقدکردن مدخلیتی ندارد و فسخ و قسمت باعث استقرار است.

به نظر ما کلام سید در این قسمت صحیح است. یعین با فسخ و قسمت، مضاربه پایان می پذیرید.

تذکر

قسمت در کلام آقایان دو معنا دارد:

معنای1: تقسیم به معنای افراز

سهم را معین کنیم ولو این که سهم را به صاحب حق ندهیم.

معنای2: تقسیم به معنای اداء حق

یعنی حق هر کسی را به صاحب حق تحویل بدهیم.

آن ها که گفتند تلف و خسارت به عامل مربوط است مقصودشان معنای اول است و آن ها که گفتند به عامل مربوط نیست مقصودشان معنای دوم است.

سوال

آیا قسمت به معنای2 (رد مال به صاحب آن) فسخ عملی است یا خیر؟

اگر این اتفاق به صورت منجز اتفاق بیافتد این فسخ عملی است ولو این که صورت مضاربه باقی باشد ولی واقعیتش فسخ مضاربه است و ادامه تجارت ها مضاربه جدید است چون خسارت از این به بعد به سود و سرمایه قبل ربطی ندارد. این مضاربه جدید عرفا با شرایط قبلی است و معاطاتی است یا می گویید که عقد قبلی منحل شده به چند عقد.

اما اگر تقسیم، علی الحساب باشد نه منجز، این فسخ عملی نیست. یعنی هر کس می داند که ممکن است بخاطر خسارت های بعدی سود تفاوت کند. در این صورت کسر سرمایه از سود کسر می شود.

این تفصیل، عرفی است.

تقریبا مساله46 سید را تمام کردیم و پایه های مباحث آن را ذیل مساله34و35 مطرح کردیم.

* جلسه21 ­یکشنبه 12آبان 1398

/////////////////

ادامه مساله46

السادسة لو كان في المال ديون على الناس فهل يجب على العامل أخذها و جبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا وجهان أقواهما العدم من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك. السابعة إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيما مر من الأحكام. الثامنة لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك و ماله فلا يجب عليه الإيصال إليه نعم لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد المالك و لو كان بإذنه يمكن دعوى وجوب الرد إلى بلده لكنه مع ذلك‌ مشكل‌ و قوله ع: على اليد ما أخذت‌ أيضا لا يدل على أزيد من التخلية و إذا احتاج الرد إليه إلى الأجرة فالأجرة على المالك كما في سائر الأموال نعم لو سافر به بدون إذن المالك إلى بلد آخر و حصل الفسخ فيه يكون حاله حال الغاصب في وجوب الرد و الأجرة و إن كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي- من عدم جواز السفر بدون إذنه"

1. . شاید هم مقصود سید از قسمة الربح، قسمت بعض سود است و مقصود از قسمة الکلف تقسیم کل سود باشد. البته خلاف ظاهر است. [↑](#footnote-ref-1)
2. . این اشکال و جواب بعد از کلاس مطرح شد و استاد فرمودند به متن اضافه شود. [↑](#footnote-ref-2)
3. . این اشکال و جواب بعد از کلاس مطرح شد و استاد فرمودند به متن اضافه شود. [↑](#footnote-ref-3)