

درس خارج فقه استاد درایتی

سال تحصیلی ۹۸-۱۳۹۷

مقرر: رضا میهن دوست

ادامه بررسی حیل ربوی

اشکال آقای سیستانی در منهاج به یکی از حیل ربوی بیان شد. منهاج ج ۱ ص ۴۳۰:

و قد ذکر للتخلص من الربا طرق منها: أن يشتري المقترض من صاحب البنك أو من وكيله المفوض بضاعة بأكثر من قيمتها الواقعية ١٠٪ أو ٢٠٪ مثلاً بشرط أن يقرضه مبلغاً معيناً من النقد لمدة معلومة يتفقان عليها، أو يبيعه متاعاً بأقل من قيمته السوقية، و يشترط عليه في ضمن المعاملة أن يقرضه مبلغاً معيناً لمدة معلومة فيقال: أنه يجوز الاقتراض عندئذ و لا ربا فيه. و لكنه لا يخلو عن إشكال، و الأحوط لزوماً الاجتناب عنه، و مثله الحال في الهبة و الإجارة و الصلح بشرط القرض. و في حكم جعل القرض شرطاً في المعاملة المحاباتیة جعل الإمهال في أداء الدين شرطاً فيها.

آقای خویی و آقای تبریزی در منهاج قایل به جواز حيله یاد شده هستند. عبارت منهاج آقای خویی ج ۱ ص ۴۰۶ و آقای تبریزی ج ۱ ص ۴۱۹:

(مسألة ۱) لا يجوز الاقتراض منه بشرط الفائض و الزيادة، لأنه ربا محرم و للتخلص من ذلك الطريق الآتی و هو: أن يشتري المقترض من صاحب البنك أو من وكيله المفوض بضاعة بأكثر من قيمتها الواقعية ١٠٪ أو ٢٠٪ مثلاً على أن يقرضه مبلغاً معيناً من النقد، أو يبيعه متاعاً بأقل من قيمته السوقية، و يشترط عليه في ضمن المعاملة أن يقرضه مبلغاً معيناً لمدة معلومة يتفقان عليها. و عندئذ يجوز الاقتراض و لا ربا فيه. و مثل البيع الهبة بشرط القرض.

همچنین این دو بزرگوار می‌فرمایند در ضمن هر عقدی اعم از اجاره و ... می‌توان شرط قرض کرد.

تمام اشکال آقای سیستانی از محاباتی بودن عقد ناشی گردید؛ پس اگر محاباتی نباشد شبه ربا منتفی است.

رهن و اجاره ای که امروز رایج است، همین مساله هست.

استاد: حقیقت در این ماجرا، اجاره است. کسی دنبال سود گرفتن نیست. مستاجر به دنبال اجاره است؛ پس نباید

اشکال ربا در آن باشد. مهم این است که قرض دهنده به دنبال منفعت از ناحیه قرض نباشد. البته اگر در موردی،

شکل حيله به خود بگيرد، شبهه دارد. من مغازه ای را رهن میکنم و دوباره به شخص مالک اجاره میدهم. این مشکل است.

مورد دیگر که در کلام مرحوم خوبی و تبریزی است، ضمیمه است:

و لا يمكن التخلص من الربا ببيع مبلغ معين مع الضميمة بمبلغ أكثر كأن يبيع مائة دينار بضميمة كبريت بمائة و عشرة دنانير لمدة شهرين مثلا، فإنه قرض ربوي حقيقة، و إن كان بيعا صورة.

درست است که پول معدود است و ربای معاوضی در آن راه ندارد؛ اما اگر تفاضل، جنبه عقلائی نداشته باشد، باز هم ممنوع است. آن جنبه، همان ضمیمه است. (بحث تامل در مکیل و موزون بودن یا معدود بودن پول، بر اساس پشتوانه پول است که در فصل بانکداری، مفصل تر به آن خواهیم پرداخت.)
اسم این کار خرید و فروش است؛ ولی واقعیت آن قرض ربوی است. مهم واقع معامله است که قرض است و نه بیع. اسم چیزی را تغییر نمی دهد. آن ضمیمه هم صوری است.

ما چهار وجه در گذشته بیان کردیم در این که چرا این صورت قرض است و بیع نیست. مثلا شهید صدر فرمودند همیشه در قرض، آن چه مد نظر طرفین است، مالیت است. در قرض به خصوصیات نظر نداریم بلکه به مالیت نظر داریم. مهم این است که به همان میزان مالیتی که از ملک ما خارج شده است به همان میزان در ملک ما داخل شود؛ ولی در بیع به خصوصیات جنس نظر داریم. وقتی جنسی را می خریم به دنبال خصوصیات آن شیء هستیم نه این که مقدار مالیتی که رفته برگردد. وقتی میز می خرید خصوصیات میز مد نظر شماست نه حفظ مالیت آن. وقتی هندوانه می خریم برای حفظ مالیت نیست.

این تفاوت ماهیت قرض و بیع در کلام شهید صدر است. پس هر جا به دنبال این باشیم که آن مالیتی که از ما کسر شده است، آن مقدار، محفوظ بماند، این در واقع، قرض است و در محل بحث ما شما می خواهید صد دیناری که به او دادید، این میزان از مالیت، کما کان محفوظ بماند. البته حفظ مالیت به علاوه زیاده. پس شما قرض داده اید نه این که فروخته اید.

ما عرض کردیم، بیع نباید سفیهانه باشد. یک کبریت در مقابل بیست دینار، سفهی است. این شکل معامله، به دنبال کسب همان ربا است و این قالب معامله، پوششی است برای اجرای عملیات قرض ربوی. دقت کنید که در این جا نمیخواهیم از ناحیه سفهی بودنش اشکال بگیریم.

حیله ای دیگر و بررسی آن در کلام آقای سیستانی

آقای سیستانی، بیع نسیه را در معدود با تفاضل صحیح نمی دانند؛ آری در معدود ربا وجود ندارد. منهاج ج ۱ ص ۴۳۰:

و منها: تبدیل القرض بالبيع، كأن يبيع البنك مبلغاً معيناً كمائة دينار بأزيد منه كمائة و عشرين دينار نسيئة لمدة شهرين مثلاً. و لكن هذا و إن لم يكن قرضاً ربوياً على التحقيق... .

قرض ربوی نیست؛ پس گناه کبیره نکرده و اساساً گناه نکرده است. بلکه انشاء معامله باطل کرده که این حرام نیست. آری، معامله باطل است و ثمن و مثن از جای خویش حرکت نکرده اند. ربا و غرر حرام است و لاغیر. الا اینکه پس از معامله باطل، تصرف در ملک غیر کنم که در این صورت، مشکل از معامله نیست. حال اگر غیر بگویند من راضی در تصرف هستم که مشکلی نیست. این می شود اباحه در تصرف که پیامدهایی غیر از ملکیت دارد(ارث و ...).

ما از کلمات متقدمین، عدم جواز چنین معامله ای را یافتیم؛ ولی عبارت آقای سیستانی چنین نبود. بحث حرمت تکلیفی را مطرح نکردند بلکه بطلان را مطرح کردند.

اما ایشان در ادامه دارند:

غیر ان صحته بیعا محل اشکال... .

ظهور عبارت این است که اساساً، این بیع نیست بلکه قرض است. اما اینکه فرمودند و ان لم یکن قرضاً ربویاً، ظهور در همان حرف اول دارد که گفتیم. بیع هست ولی باطل است و حرام هم نیست.

ایشان در ادامه، استدراکی دارند. اگر این دو پول، با هم متفاوت باشد، میفرمایند این اشکال ندارد؛ زیرا دو جنس است. مثلاً دلار با ریال یا دینار کویت با دینار عراق. زیاده در این فرض اشکال ندارد:

نعم لا مانع من أن يبيع البنك مبلغاً كمائة دينار نسيئة إلى شهرين مثلاً، و يجعل الثمن المؤجل عملة أخرى تزيد قيمتها على المائة دينار بموجب أسعار صرف العملات بمقدار ما تزيد المائة و العشرون على المائة، و في نهاية المدة يمكن أن يأخذ البنك من المشتري العملة المقررة أو ما يساويها من الدنانير، ليكون من الوفاء بغير الجنس.

یک مساله از آقای سیستانی

آقای سیستانی در ج ۲ منهاج مساله ۲۱۷، می فرمایند که در تحقق ربای معاملی نقدی دو شرط وجود دارد:

الف) اتحاد در جنس

ب) مکیل یا موزون بودن عوضان

سپس می فرمایند: اما اگر معامله نسبه باشد، ولو در صورت عدم تحقق دو شرط مذکور باز هم ربا تصویر می شود در دو صورت:

الف) عوضان مکیل یا موزون باشند، حتی با اختلاف در جنس

ب) عوضان معدود، اتحاد در جنس، زیاده عینیه

توضیح مورد الف: در معامله نسبه اگر عوضان مکیل و موزون باشند شرط اتحاد جنس وجود ندارد. البته تعبیر ایشان این است که صحت معامله مشکل است و فتوی صریح نیست.

توضیح مورد ب: عوضان معدود، جنس متحد، زیاده عینیه. مثال ایشان این است که ده گردو بدهید به پانزده گردو یکماهه این مشکل دارد. اگر همین جا زیاده صرفا حکمیه باشد مشکل ندارد. پس بیع معدودات اگر جنس واحد باشند و بیع نسبه باشد و تفاضل باشد مشکل است.

ادامه جلسه گذشته

در جلسه گذشته رسیده بودیم به این بخش کلام آقای سیستانی که فرمودند صد دینار به صد و بیست دینار نسبه ، ربوی نیست ولی صحت معامله مشکل است. بعد فرمودند اگر همین جا دو ارز معامله میشود، جایز است تفاضل. این کار را می کنیم برای فرار از ربا.

در ادامه می فرمایند شما می توانید در زمان تحویل، ارز مشابه را تحویل دهید. درست است که از اول معامله دینار عراقی با دینار کویت یاد شده بوده، اما هنگام تحویل می توانید در مقابل دینار عراقی، دینار عراقی بدهید. می توانید مصالحه کنید. البته ایشان صریحا تعبیر مصالحه ندارند.

عبارت ایشان را مرور کنیم:

نعم، لا مانع من أن يبيع البنك مبلغاً كمائة دينار نسيئةً إلى شهرين مثلاً، و يجعل الثمن المؤجل عملةً أخرى تزيد قيمتها على المائة دينار بموجب أسعار صرف العملات بمقدار ما تزيد المائة و العشرون على المائة، و في نهاية المدّة يمكن أن يأخذ البنك من المشتري العملة المقررة أو ما يساويها من الدنانير، ليكون من الوفاء بغير الجنس. حال اگر همین جا شرط شود که موقع تحویل، ارز مشابه طرف دیگر معامله تحویل داده شود آیا صحیح است یا خیر؟ بدون شرط که بیان شد مانعی ندارد؛ اما با شرط چطور؟

کلام ایشان ساکت است؛ اما ظاهراً مشکل است، زیرا معامله حالت صوری به خود می‌گیرد.

پس ایشان فرمودند برای فرار از قرض ربوی، می‌شود معامله پول به پول انجام داد با تفاضل، نسیه، با دو ارز مختلف.

فتوی آقای خویی پیرامون فروش پول به پول

حال ما فتوی آقای خویی را در مورد معامله پول به پول بیان می‌کنیم.

ایشان درمنهاج ج ۲ ص ۵۴ مساله ۲۲۰ می‌گوید:

الأوراق النقدية لما لم تكن من المكيل و الموزون لا يجري فيها الربا فيجوز التفاضل في البيع بها لكن إذا لم تكن المعاملة شخصية لا بدّ في صحة المعاملة من امتياز الثمن عن المثلن كبيع الدينار العراقي في الذمة بالدينار الكويتي أو بالريال الإيراني مثلاً، و لا يجوز بيع الدينار العراقي بمثله في الذمة نعم إن تنزيل الأوراق لا بأس به مطلقاً.

معامله شخصیه این است که این ده تومان مشخص به آن ده تومان مشخص فروخته شود. در این صورت تفاوت عوضان نیاز نیست. ولی اگر بگویی به شکل کلی ده تومان می‌فروشم، باید بین ثمن و مثلن تفاوتی باشد؛ مثلاً دینار عراقی فی الذمه به دینار کویت معامله شود. پس دینار عراقی را به دینار عراقی نمی‌شود در ذمه معامله کرد؛ زیرا تفاوتی ندارند.

ایشان برای ایجاد تفاوت، مثال زدند به اختلاف ارز؛ ولی ممکن است این تفاوت به شکل دیگری ایجاد شود مثل دینار عراقی نو به دینار عراقی کهنه. (در ضمن آقای خویی بیع معدود به نسیه را مشکل نمی‌دانند. به خلاف آقای سیستانی)

بعد می‌فرمایند تنزیل همیشه جایز است ولو بدون تفاوت عوضان. مثلاً شما یک میلیون بدهکارید که سررسید پنج ماه دیگر می‌باشد ولی من می‌گویم نهصد هزار تومان بده ولی الان پرداخت کن.

مطلب دیگر این که اگر دو طرف معامله شخصی بود چگونه است؟ مثلاً صد تومان مشخص به صد و ده تومان مشخص در طرف مقابل یک ماهه. اگر خریدار، آن صد و ده تومان مشخص را خرج کرد و در موعد تحویل دیگر آن پول مشخص وجود نداشت، فروشنده می‌تواند بگوید هر صد و ده تومان دیگری دادی اشکال ندارد و من تو را ابراء می‌کنم، اشکالی ندارد. معامله در ناحیه طرفین شخصی بود؛ اما عند التحویل اشکالی ندارد کلی را تحویل بگیرد.

دو مساله و یک برداشت

مساله ای را دیروز خواندیم که آقای خویی و تبریزی جواز یک گونه حيله را مشکل دانستند. عبارت منهاج آقای خویی ج ۱ ص ۴۰۶ و آقای تبریزی ج ۱ ص ۴۱۹:

(مسألة ۱) لا يجوز الاقتراض منه بشرط الفائض و الزيادة، لأنه ربا محرم و للتخلص من ذلك الطريق الآتي و هو: أن يشتري المقترض من صاحب البنك أو من وكيله المفوض بضاعة بأكثر من قيمتها الواقعية ١٠٪ أو ٢٠٪ مثلاً على أن يقترضه مبلغاً معيناً من النقد، أو يبيعه متاعاً بأقل من قيمته السوقية، و يشترط عليه في ضمن المعاملة أن يقترضه مبلغاً معيناً لمدة معلومة يتفقان عليها. و عندئذ يجوز الاقتراض و لا ربا فيه. و مثل البيع الهبة بشرط القرض.

آن را ضمیمه کنیم به این مساله اخیر که از منهاج آقای خویی نقی کردیم. نتیجه این می‌شود:

خرید و فروش پول به صورت شخصی و نقد با تفاضل جایز است اما به صورت نسیه واقع آن قرض است و مشکل دارد.

ما یک بحثی داشتیم که اساساً اشتراط چیست؟ آیا به معنای تصریح است یا صرف بنای متعاملین بر چیزی می‌شود شرط. این بحث پارسال مطرح شد. در ما نحن فیه، بنای ما از اول این است که این صدو ده شخصی را نه من تحویل بگیرم نه شما تحویل دهید.

بحث دیگر اینکه نظر آقای خوبی مبنی بر شرط بودن تفاوت ثمن و مثنی در معامله کلی، چیزی غیر از همان شرط اساسی در بیع نیست. شرطی که دوگانگی ثمن و مثنی را لازم می‌داند. ممکن است سوال کنید پس چرا آقای خوبی در معامله شخصی چنین شرطی را یادآور نشدند؟ پاسخ این است که در معامله شخصی که ثمن و مثنی شخصی هستند، به شکل خودکار تفاوت ایجاد شده است و نیازی به تذکر مطلب نیست. همین که دو شیء خارجی همین الان حاضر هستند و همین نفس دوگانگی، چیزی جز تفاوت نیست. اما در معامله کلی، ممکن است همان ثمن دوباره به عنوان مثنی تحویل داده شود؛ پس آقای خوبی برای دچار نشدن معامله به اتحاد ثمن و مثنی، چنین شرطی گذاشته اند.

نسبت بین این حیل و بیع سفیهانه

دقت کردید که آقای خوبی، آن شرط عقلایی بودن معامله را مطرح نکردند. سال گذشته بیان شد که آقای خوبی فرمودند بیع سفهی باطل نیست؛ اما بیع سفیه باطل است. اما برخی فقهاء گفته اند که هر معامله سفیهانه ای، اکل مال به باطل است. آقای خوبی بر همین اساس، گفته اند مهم این است که ثمن و مثنی دوگانگی داشته باشند و دیگر عاقلانه بودن و نبودن مهم نیست.

• جلسه ۴ چهارشنبه ۷ شهریور ۱۳۹۷

حیله ای دیگر و بررسی آن در کلام آقای سیستانی

منهاج الصالحین (للسیستانی)، ج ۱، ص ۴۳۰:

و منها: أن یبیع البنک بضاعة بمبلغ کمائة و عشرين دیناراً نسیئة لمدّة شهرین مثلاً، ثم یشترها من المشتري تقدماً بما ینقص عنها کمائة دینار. و هذا أيضاً لا یصحّ إذا اشترط فی البیع الأول قیام البنک بشراء البضاعة تقدماً بالأقلّ من ثمنه نسیئة و لو بإیقاع العقد مبنیاً علی ذلك، و أمّا مع خلوه عن الشرط فلا بأس به.

شخصی متاعی را به مبلغی می‌فروشد؛ مثلاً یک گوشی را به مبلغ یک میلیون و دویست هزار تومان نسیئه. بعد می‌گوید من همین گوشی را می‌خرم یک میلیون تومان تقد.

آقای سیستانی می‌فرمایند چون در بیع اول بیع دوم را شرط می‌کنید، معامله باطل است؛ ولو شرط صریح نباشد و مبنی علیه باشد.

ولی اگر شرط نباشد نه صریح نه مبنی علیه، اشکال ندارد. دقت کنید که ایشان اشتراط را منحصر در صریح ندانستند و حتی معتقدند اشتراط با بناء نیز ایجاد می‌شود. (البته اشتراط با صرف وجود رغبت و امید ایجاد نمی‌شود. آقای تبریزی فرمایش خوبی در تعریف اشتراط دارند و آن این است که شما بتوانی مطالبه کنی) نکته دیگر این که وجه این اشکال چیست؟ خرید و فروش در ارتباط با مکیل و موزون نبود و در نتیجه مشکل ربای معاوضی ندارد. پس مشکل چیست؟

شکال این حيله

مرحوم شهید ثانی دو استدلال بر بطلان این بیع مطرح کرده‌اند. البته ایشان بر هر دو استدلال اشکال وارد کرده‌اند.

استدلال اول شهید ثانی

این معامله «دوری» است. صحت بیع دوم متوقف بر بیع اول است و صحت بیع اول متوقف بر بیع دوم است. این استدلال در فرض صحت، نه از باب ربا بلکه از باب دور معامله را باطل می‌انگارد. در بیع اول شما بیع دوم را شرط کردی. پس بیع اول مشروطی است که بدون شرطش که بیع دوم است محقق نمی‌شود. بیع دوم نیز وقتی شکل می‌گیرد که بیع اول شکل گرفته باشد.

نقد استدلال

می‌فرماید اگر شما بیع دوم را انجام ندادید، یک شرط لازم الوفاء را ترک کرده‌اید؛ اما معامله تان صحیح بوده و خدشه‌ای در آن وارد نمی‌شود. در نتیجه توقف معامله اول بر معامله دوم منتفی است و نهایتاً دور ایجاد نمی‌شود.

استدلال دوم شهید ثانی

در بیع اول خریدار اساساً قاصد خرید متاع نیست. اگر دنبال تملک بود که دیگر شرط نمی‌کرد همان کالا را بفروشد. فروشنده هم حقیقتاً قصد خروج مال از ملکیت خویش را ندارد؛ چون شرط می‌کند دوباره باید به خودش فروخته شود. در صحت بیع، قصد شرط است.

نقد استدلال

اینکه اشکالی ندارد من قصد کنم مالی را بخرم و به قیمت بالاتر بفروشم. در اینجا چنین اتفاقی پیش می‌آید. فروشنده هم به نحوی، از قصد فروش به دنبال منفعت است. وی تنها دلیل بطلان این معامله را شهرت می‌داند.

دلیل بطلان معامله مذکور در کلام جناب ایروانی

جناب شیخ باقر ایروانی می‌فرماید دلیل بر بطلان، وجود روایت است و شهرت هم ناشی از آن است.

این روایت، روایت علی بن جعفر است که به لحاظ سند به دو سند نقل شده است. یکی از قرب الاسناد از عبد الله بن حسن نقل شده که وی مجهول است. عموم روایات قرب الاسناد از عبدالله بن حسن است.

در نقل دیگر جناب شیخ حر از کتاب علی بن جعفر نقل می‌کند. مرحوم شیخ حر در خاتمه وسائل سند خود به کتاب علی بن جعفر را می‌گوید و بیان می‌دارد که از شیخ طوسی نقل می‌کند. در نتیجه از شیخ حر تا طوسی حل شد. شیخ طوسی هم در دوجا سند خودش را به علی بن جعفر نقل کرده و برخی قائل به صحت سند او هستند. پس شاید بتوان گفت که هر جا شیخ حر از کتاب علی بن جعفر به سند قرب الاسناد نقل کرده است صحیح است؛ زیرا به موازات آن، اصل علی بن جعفر را نیز مستقیماً در اختیار داشته و توجه به آن نیز داشته است. ولی ما در گذشته مطرح کردیم که علی بن جعفر دو کتاب داشته است صغیر و کبیر و نکاتی بیان شد. علاوه بر اینکه بعید است وقتی شیخ حر اصلی را در اختیار دارد، روایات آن را از کتاب دیگری نقل کند آن هم با فراوانی بالا.

اما متن روایت را بررسی می‌کنیم. باب ۵ ابواب احکام عقود:

۲۳۰۹۶-۶- عِبْدُ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ جَدِّهِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ بَاعَ ثَوْبًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِخَمْسَةِ دَرَاهِمٍ. أَيْحِلُّ قَالَ إِذَا لَمْ يَشْتَرِطْ وَرَضِيَا فَلَا بَأْسَ.

آقای ایروانی معتقد است مستند مشهور این روایت است. روشن تر از آن روایتی است که در ذیل همین روایت مرحوم شیخ حر نقل کرده و دارد که معامله اول تقدی است و دومی نسیه:

و رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: بَعَثَرَهُ دَرَاهِمَ إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِخَمْسَةِ دَرَاهِمٍ بِنَقْدٍ.

ما سال گذشته همین روایت را نقل کردیم. بیان شد که روایت معارض دارد و در نتیجه حمل بر کراهت کردیم.

• جلسه ۵ دوشنبه ۲ مهر ۱۳۹۷

ادامه کلام آیت الله سیستانی در منهاج

حیله ۳

به جای سود گرفتن در قرض، آن را تبدیل به معامله و بیع کنیم. در واقع در این جا دو بیع صورت می گیرد. چون متاعی را به اقل قیمت از آن می خرید به شرط این که دوباره آن را به قیمت واقعی به او بفروشید تا سودی برای شما حاصل شود.

آقای سیستانی می گویند این حیله جایز نیست.

وجه عدم صحت در کلام شهید ثانی

دلیل ۱: دور است

صحت بیع اول متوقف بر صحت بیع دوم است چون شرط بیع اول است.

صحت بیع دوم متوقف بر صحت بیع اول است چون زمانی آن جنس را بفروشید که قبلا خریده باشید.

جواب

جواب آن را مطرح کردیم که دور نیست.

اشکال ۲: بیع نیست

در این جا قصد تملیک و تملک وجود ندارد و صورت بیع وجود دارد نه حقیقت آن.

جواب

جواب این اشکال را هم مطرح کردیم که قصد تملیک و تملک قابل تصور است چون به دنبال سود هستیم.

اشکال ۳: روایت علی بن جعفر

باقر ایروانی در فقه البنوک به این روایت استناد کردند.

جواب

گفتیم از این روایت کراهت می فهمیم.

نظر استاد

ما گفتیم اگر عقد عقلایی باشد مشکلی ندارد و اگر صورت عقد باشد حیله است و هر چه حیله باشد شرعا جایز نیست مگر تعبدی و نصی وجود داشته باشد.

ادامه کلام آیت الله سیستانی

بر فرض این حیله جایز باشد اما بانک کاری می کند که با این حیله ها درست نمی شود و آن دریافت دیگر است.

به این مناسبت ایشان در دیرکرد وارد می شوند.

بانک علاوه بر سودی که می گیرد، به ازاء تاخیر مدت سود دومی از شما می گیرد و این حرام است و وجه شرعی ندارد.

آیت الله سیستانی می گویند حتی اگر شرط عقد لازم دیگری قرار دهند. مثلا معامله دیگری کنند و ضمن آن شرط کنند که اگر تاخیر رخ دهد این قدر سود می گیرم.

فرض کنید اساسا قرض بدون سود انجام دادید و قرض ربوی نیست ولی در ضمن معامله دوم مثلا بیعی شرط کنید که اگر قرض را تحویل ندادی یا دیر دادی این مبلغ را باید بدهید. این الزام بخاطر قرض نیست بلکه بخاطر بیع است.

شرط در برابر امهال بدهکار است و هر شرطی که بخاطر مهلت بدهکار باشد جایز نیست و لو در عقد دومی شرط شده باشد نه قرض. این عدم جواز بخاطر صدق ربای قرضی است. قبلا هم گفتیم اگر قرضی محقق شود و در هنگام قرض مشروط به سود نباشد ولی وقتی توانایی پرداخت ندارد سود بگیری، ربا است و حرام است. پس دریافت پول در برابر مهلت به بدهکار چه ابتدائاً و چه استدامتاً ربا است. چون پیوست و توابع عقد قبلی است. اتفاقاً شان نزول آیات را مفسرین همین مورد می دانستند که اشتراط سود در استدامه بوده است.

کلام شهید صدر در البنک اللاربویه

ایشان می گویند می شود دیرکرد را توجیه کرد. اگر تاجیل ظرف باشد و نه قید و اگر شرط، شرط فعل باشد نه نتیجه، مشکل حل می شود.

اگر جنسی را به کسی بفروشید و ضمن آن شرط می کنید که ماهی این قدر به من ببخشید مشکلی ندارد. بیع به شرط هبه به نحو شرط فعل. یعنی اگر هبه نکند من مالک نمی شوم چون نگفتم این مقدار پول ملک من باشد بلکه گفتم این مقدار را به من تملیک کن.

در این جا هم فرض این است که حيله را پذیرفتیم (که اشکال دیرکرد را آقای سیستانی حتی بر فرض جواز حيله مطرح کرده بودند) پس قرض نیست بلکه دو عقد البیع محقق شده است. حال ما در عقد البیع شرط می کنیم که اگر پول را پرداخت نکردید این مقدار اضافه را بگیرم. مثل بیع به شرط هبه است.

البته آقای صدر می گوید اگر شرط نتیجه باشد این حيله که بیع بود مشکل ربای قرضی دارد.

نکته ۱: ربط بحث به ربای قرضی چیست؟

در این جا شبهه ربای معاوضی وجود ندارد چون مثلاً موبایل است که مکیل و موزون نیست مثلاً. پس مشکله در ربای قرضی است درحالیکه گفتند حقیقت این قرض، بیع است و قرض نیست.

جواب این است که در قبل گفتیم، ربای قرضی که می گوئیم منحصر در ربای قرض نیست و در حقیقت، قسم دوم ربا، ربای دین است و دین ممکن است بخاطر بیع باشد.

پس کلام آیت الله سیستانی هم روشن تر شد که می گویند این که در این حيله معتقد شدیم که بیع است و نه قرض باعث نمی شود بحث از ربای دین خارج شود.

نکته ۲: ربط شرط نتیجه بودن به ربا

اگر شرط نتیجه باشد شما در برابر تاجیل در دین سود گرفتید. یعنی اگر پول را پرداخت نکنید، هر ماه ۱۰۰ هزار تومان به بدهی تو افزوده می شود. ولی اگر شرط فعل باشد و او نبخشد او حکم تکلیفی را رعایت نکرده است ولی شما حقی در مال او ندارید. به لحاظ وضعی بدهکار نیست.

در شرط فعل، چیزی به ازاء مهلت نیست یعنی نمی توانید از حساب او بردارید و بدهکار نیست ولی در شرط نتیجه، چیزی به ازاء مهلت وجود دارد و بدهکاری بیشتر شده است و می شود از حساب او برداشت کرد.

تذکر

این را آقایان ملتزم هستند در برخی موارد که حکم تکلیفی به تملیک وجود دارد می گویند وضعاً حقی در مال او ندارید. این را باید در فرصتی مستقلاً بحث کنیم. مثلاً در ضمان شرعی که انتقال ذمه است، ضامن، بدهکار می شود؛ ولی در ضمان عرفی که ضم ذمه است یعنی اگر او پول را نداد من می دهم پس بدهکار اصلی او است نه ضامن و در این جا می گویند ضامن واجب است دین را بدهد ولی ضمان وضعی وجود ندارد. یعنی اگر ضامن فوت کند، از اموالش اخذ نمی شود بلکه همه اموال به وراثش می رسد.

توضیح بحث ظرفیت و قیدیت:

الف) تصویر ظرفیت:

ما از اول بیع شرط می کنیم که در زمان عدم پرداخت بدهی، ماهانه این قدر به من ببخشید. مثل این است که بگوید در مهر ماه و در سر هر برج این مقدار را به من هبه کن.

این را به شما فروختم به شرطی که اگر تسویه نشد از فروردین به بعد این قدر به من پرداخت کنید.

ب) تصویر قیدیت:

اگر ظرف باشد پول در برابر مهلت قرار داده نشده است ولی اگر قید باشد یعنی در برابر مهلت، پول قرار داده شده است. یعنی بخاطر این که مهلت می دهم پولی باید بدهید.

• جلسه ۶ سه شنبه ۳ مهر ۱۳۹۷

بررسی حکم دیرکرد

برای بررسی حکم دیرکرد باید دید امروزه دیرکرد در بانک ها چیست؟

برای فهم آن باید سه مفهوم حقوقی را بررسی کنیم.

مفهوم ۱: وجه التزام

شرط ضمن عقدی است که کارکرد آن ضمانت اجرای قرارداد است.

شما ماشین می خرید و می گوئید که تا دوماه دیگر باید آن را سند بزنید و برای این که دو طرف، ملتزم باشند می گوئید اگر این کار را نکردید، این مقدار پول را باید بدهید.

این وجه التزام می تواند در ضمن خود قرارداد باشد و می تواند در ضمن عقد دیگری باشد ولی عموماً در همان قراردادی است که می خواهید دو طرف ملتزم به آن باشند.

مفهوم ۲: خسارت تادیه

اگر قراردادی بستید و یکی از دو طرف به درستی به تعهداتش عمل نکرد و منجر به خسارت دیگری شد باید خسارت را بپردازد. مثلاً در موعد معین، کالا را تحویل نداد و از این باب ضرری حاصل شد.

شرط آن این است که شخص تعهد را عمل نکرده است و یا فعل یا ترکمی کنید که منافی تعهدتان است.

تفاوت با وجه التزام

تفاوت ۱: احراز خسارت

شما زمانی خسارت تادیه را می توانید بگیری که از تاخیر متضرر شوید. مثلاً شما گفتید تا هفته دیگر سند بزنید و او دو هفته دیگر سند زده است ولی شما ضرری از این بابت نکردید پس شما باید اثبات کنید که متضرر شدید یعنی خسارت باید احراز شود؛ اما وجه التزام مشروط به خسارت نبود.

تفاوت ۲: تناسب مبلغ دریافتی با خسارت

مبلغ دریافتی باید با ضرر و زیان متناسب باشد. پس همیشه مبلغ معینی نیست ولی وجه التزام مبلغ معین بود.

مفهوم ۳: جریمه دیرکرد

می‌گوییم اگر پول من را در موعد ندادید باید به ازاء هر روز این مقدار پول بدهید.

تفاوت با خسارت تادیه

تفاوت ۱: جریمه می‌تواند مبلغ تعیین شده است بر خلاف خسارت که مبلغ معین نبود.

تفاوت ۲: جریمه می‌تواند بدون خسارت باشد.

تفاوت با وجه التزام

حقوقدانان می‌گویند جریمه دیرکرد، عام مطلق و وجه التزام، خاص مطلق است. یعنی وجه التزام یک قسم از جریمه دیرکرد است. اگر جریمه متناسب با خسارت باشد جریمه دیرکرد است اما وجه التزام نیست.

اشکال استاد

رابطه آن‌ها عموم من وجه است چون وجه التزام می‌تواند به صورت جریمه نباشد.

تطبیق در دیرکرد بانک‌ها

برخی می‌گویند هیچکدام از این مفاهیم حقوقی بهره و ربا نیست. آن چه بانک می‌گیرد بهره نیست بلکه وجه التزام است. شما با بانک عقد مضاربه می‌بندید و بانک شرط ضمن عقدی دارد که همان وجه التزام است.

وجه التزام می‌تواند شناور باشد یعنی به ازاء هر روز تاخیر باید این مبلغ داده شود.

نام آن را می‌توان جریمه دیرکرد هم گذاشت. ربا سود بود ولی بانک سود نمی‌گیرد بلکه شما را جریمه می‌کند.

در ربا شما اجازه تاخیر می‌دهید یعنی مهلت می‌دهید و در برابر مهلت، از او پولی دریافت می‌کنید ولی بانک به شما مهلت نمی‌دهد بلکه بابت تاخیر جریمه می‌کند. در برخی از استفتائات این تفصیل وجود دارد که اگر مهلت می‌دهید، ربا است و الا جایز است.

برخی از فقهاء، دیرکرد را تحت عنوان وجه التزام، جایز دانستند. البته فعلا در بیع می‌گوییم که فرض بر جواز حيله بود اما در عقد القرض بعدا بررسی می‌کنیم.

اشکال

برخی از فقهاء در مساله ای اختلاف کردند که باز عملیات بانکی را زیر سوال بردند. آیت الله مکارم می گوید این جریمه را دولت باید بگیرد نه این که بانک بگیرد. پول باید به بیت المال ریخته شود نه به حساب بانک.

جواب

این کلام در جریمه بیشتر مفهوم است چون دولت می تواند تمام متخلفین را جریمه کند و از جمله آن تخلف در پرداخت است. جریمه دیرکرد بانک هم از همین نوع است. این جریمه ربطی به سود پول ندارد بلکه مثل جریمه ای است در تخلفات رانندگی می گیرند.

مالک همه جرائم دولت است.

از این منظر، هیچ ربطی به اداء دین هم ندارد لذا اعتراض می کنند که به بانک چه ارتباطی دارد که بانک، وجه را بگیرد.

باید دید که گستره قوانین حکومت و دولت کجاست؟ آیا دولت می تواند در قوانین ما بین دو طرف دخالت کند و جریمه کند؟ اگر گفتیم اختیارات دولت به این اندازه نیست پس این جریمه فقط باید در بانک های دولتی باشد نه بانک های خصوصی.

پس پاسخ کلام ایشان این است که این کلام شما ذیل جریمه دیرکرد است و وجه التزام نیست؛ چون وجه التزام می تواند جریمه نباشد.

البته حقوقدانان وجه التزام را نوعی جریمه دیرکرد می دانند و شاید کلام ایشان بدین خاطر باشد. ولی ما گفتیم که وجه التزام می تواند جریمه نباشد.

مالک وجه التزام خود شخص است نه دولت. البته می توانند مالکیت شخص ثالث را شرط کنند ولی معمول نیست.

• جلسه ۷ چهارشنبه ۴ مهر ۱۳۹۷

آیت الله مکارم فرمودند که جریمه را باید دولت بگیرند ولی بانک نمی تواند جریمه بگیرد.

سوال شد که بانک هم دولت است.

بانک خصوصی و بانک دولتی و بانک مشترک

بانک دولتی که یول هایی که می گیرد به دولت بر می گردد البته با این تفاوت که به بیت المال افزوده می شود یا به عنوان منابع بانکی تلقی می شود.

کلام ایشان گویا بیشتر ناظر به بانک ها خصوصی و مشترک است. بانک مشترک یعنی بانک هایی که هم دولت در آن سرمایه دارد و هم بخش خصوصی در آن سرمایه دارد.

سوال دیگر این بود که آیا دولت می تواند نسبت به روابط فی مابین افراد جریمه بگیرد؟ در بانک خصوصی طرفین ربطی به دولت ندارند. اگر این جا حیطه دولت نباشد، دولت از اساس نمی تواند جریمه بگیرد. اما می توان گفت حکومت و دولت نسبت به آن چه مصالح عام اقتضا می کند می تواند دخالت کند. دولت می تواند در تخلف های شرکت های خصوصی، قانونی به صورت عام نه در خصوص مورد خاصی قرار بدهد چون در غیر این صورت، هرج و مرج می شود. یکی از این موارد همین موسسات مالی هستند و لذا باید دولت قانونی قرار بدهد. پس دولت می تواند در خصوص بانک های خصوصی جریمه بگیرد.

آن چه برای ما مهم است این است که ما به سه مفهوم متمایز می رسیم و نامگذاری آن مهم نیست.

وجه التزام با خسارت تادیه و جریمه دیرکرد متفاوت اند ولو در برخی مصادیق اشتراکاتی داشته باشند.

گاهی بندی را در قرارداد می گذاریم صرفا به جهت تضمین اجرای تعهد که این وجه التزام است. در این جا بدیلی برای تعهد قرارداد نمی دهد نمی گوید که می توانی به جای این بخش، این کار را بکنی بلکه برای تضمین اجرای کامل عقد است.

خسارت تاخیر تادیه، برای جبران خسارت است ولی ممکن است خسارت رخ ندهد. خسارت تادیه می تواند بدون هیچ توافق سابقی هم وجود داشته باشد. از باب قاعده لاضرر.

جریمه دیرکرد، مجازات است بر خلاف وجه التزام که مجازات نیست.

حال که جریمه دیرکرد مجازات است باید دید چه کسی حق مجازات دارد؟ آیا دولت باید مجازات کند یا

طرفین هم می توانند مجازات کنند؟

عموما ربا را به دو قسم ربای معاوضی و قرضی تقسیم می کنند؛ اما برخی تدقیق کردند و گفتند قسم دوم ربای دین است که ربای قرضی یکی از اقسام آن است.

تقسیم به اقسام جزئی تر هم امکان دارد که برخی ذکر کردند. البته شاید همه اقسام در ربای دین قرار گیرد ولی ذکر جزئیات برای تدقیق مساله مفید است.

قسم ۱: ربای معاوضی

قسم ۲: ربای قرضی

قسم ۳: ربای تبرعی

همان ربای حلال است یعنی مدیون بابت قرض، سود دهد بدون هیچ اشتراطی. این ربا حرام نیست بلکه اعطاء آن مستحب است. البته اخذ آن معلوم نیست مستحب باشد.

قسم ۴: ربای ادائی

کسی دین مدیونی را اداء می کند به شرطی که پولی دریافت کند مثلا می گوید من یک میلیون قرض تو را اداء می کنم و پنج ماه دیگر، یک میلیون و صد از تو دریافت می کنم.

در این مورد، شخصی که سود می گیرد پول را به مدیون تملیک نکرد بلکه دین او را اداء کرد پس قرض نیست و ربای قرضی منتفی است؛ اما به نحوی، دین محسوب می شود و بحث ربای دین مطرح می شود.

این نوع می تواند با قرارداد باشد و یا بدون قرارداد باشد البته به شرط رضایت مدیون.

در موارد اداء دین با رضایت و بدون قرارداد و به صورت تبرعی، حتی حق ندارید اصل پول را بگیری چه رسد به سود پول.

اگر با قرارداد باشد و سود بگیرد، ربا است هر چند که قرض بر آن صادق نیست.

قسم ۵: ربای امهالی یا انسایی (از مهلت و نسبه می آید)

این ربا محل بحث ما یعنی دیرکرد است؛ یعنی در برابر مهلت دادن، سود می گیرد.

حالت ۱: این شرط می تواند در قرارداد اصلی از ابتداء رخ بدهد. شما او را مجاز به تاخیر می کنید ولی در برابرش پول دریافت می کنید.

حالت ۲: این شرط می تواند در قرارداد دومی باشد.

اصلا ممکن است قرارداد اولی وجود نداشته باشد مثلا کسی مال شما را تلف کرده است و مدیون به شماست ولی این دین بخاطر قرارداد نیست حال در قراردادی شرط می کنید که با مهلت، سود بگیرید.

حالت ۳: می تواند این سود گرفتن با توافق متاخری رخ دهد یعنی این شرط در عقد سابق نبوده است ولی زمان سر رسید این توافق را می کنند که با هر مهلت، این مقدار سود باید داده شود.

اتفاق فقهاء امامیه و اهل سنت بر ربا بودن و حرام بودن این قسم است و حتی می گویند اصل ربا همین بوده است و در زمان جاهلیت به همین صورت بوده است.

حال آیا دیرکرد همان ربای امهالی است یا خیر؟

باید صور مساله را تفکیک کرد تا مساله دقیق تر بررسی شود.

صورت ۱: ممکن است پولی که در این قرارداد می گیریم به ازاء مهلت دادن باشد که در این صورت قطعا ربا جاهلی است.

صورت ۲: ممکن است این پول، بخاطر مهلت نباشد بلکه بخاطر عدم اجراء تعهد باشد.

صورت ۳: من می خواهم شخص را مجازات و جریمه کنم.

صورت ۴: این پول جبران خسارت من است. عدم دریافت پول در این تاریخ موجب ضرر شده است و این باید جبران شود.

فقهاء عموما به این شقوق نمی پردازند. حال ما ادله را بررسی می کنیم تا مقتضای ادله را ببینیم.

روایات

گروه ۱: روایات بیع عینه

بیع عینه، این بود که شمای مدیون کالایی را از طلبکار به صورت نسیه می خرید و همان کالا را به صورت نقد به خود او یا به شخص ثالثی می فروشید. نسیه گران تر است پس دین قبل را مهلت گرفتیم ولی مبلغ بیشتری به او دادم.

روایت ۱: محمد بن مسلم از امام باقر ع

این روایت را صاحبان کتب اربعه نقل کردند و سند صحیح هم هر چند در برخی طرقش وجود دارد.

برخی می گویند دو روایت است ولی می توان گفت که یک روایت است و نقل به مضمون رخ داده است. باید دید آن تفاوت یسیر نقشی در بحث دارد یا خیر.

ح ۱ باب ۳۲ از ابواب دین

۲۳۸۸۲ - ۱ - مُحَمَّدٌ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ يَأْسِنَادُهُ عَنْ أَبِيَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع فِي الرَّجُلِ يَكُونُ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَيَأْتِيهِ غَرِيمُهُ فَيَقُولُ أَنْقُدْنِي مِنَ الَّذِي لِي كَذَا وَكَذَا وَأَضَعُ لَكَ بَقِيَّتَهُ أَوْ يَقُولُ أَنْقُدْنِي بَعْضًا وَأَمَدِّ لَكَ فِي الْأَجَلِ فِيمَا بَقِيَ فَقَالَ لَا أَرَى بِهِ بَأْسًا مَا لَمْ يَزِدْ عَلَيَّ رَأْسَ مَالِهِ شَيْئًا يَقُولُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فَلَكُمْ رُؤْسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلَمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ.

• جلسه ۸ شنبه ۷ مهر ۱۳۹۷

بحث در روایات دیرکرد بود و گفتیم عمده دلیل همین روایات است. البته عمده دلیل در ربای دین مراد است و الا در خصوص ربای قرض، تمام ادله اشتراط محل بحث خواهد بود.

روایت ۱: محمد بن مسلم از امام باقر ع

ح ۱ باب ۳۲ از ابواب دین

۲۳۸۸۲ - ۱ - مُحَمَّدٌ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ يَأْسِنَادُهُ عَنْ أَبِيَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع فِي الرَّجُلِ يَكُونُ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَيَأْتِيهِ غَرِيمُهُ فَيَقُولُ أَنْقُدْنِي مِنَ الَّذِي لِي كَذَا وَكَذَا وَأَضَعُ لَكَ بَقِيَّتَهُ أَوْ يَقُولُ أَنْقُدْنِي بَعْضًا وَأَمَدِّ لَكَ فِي الْأَجَلِ فِيمَا بَقِيَ فَقَالَ لَا أَرَى بِهِ بَأْسًا مَا لَمْ يَزِدْ عَلَيَّ رَأْسَ مَالِهِ شَيْئًا يَقُولُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فَلَكُمْ رُؤْسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلَمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ.

اگر بدهکار بودم و طلبکار گفت بخشی را نقد بده و بقیه را می بخشم و یا در بقیه مهلت می دهم اشکالی دارد؟
امام ع فرمودند خیر به شرطی که چیزی بر سرمایه اضافه نشود.

مفهوم مخالف: اگر مهلت را تمدید کند و بر اصل پول، چیزی را اضافه کند، اشکال دارد. اشکال دارد یعنی یا حرمت دارد و یا مالک نمی شود. پس باید یا همان پول را بگیرد و یا کمتر بگیرد.

سپس امام ع به آیه **فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ** استناد کردند یعنی فقط راس المال را می توانید بگیرید.

نکات

۱. "علیه دین" روایت اختصاصی به قرض ندارد چون می گوید.
۲. "الی اجل مسمی" این دین تاریخ دارد. اگر تاریخ نباشد دین حال می شود یعنی هر وقت می تواند پس بگیرد ولی وقتی تاریخ دارد قبل از تاریخ حال نیست.
۳. "یاتیه غریمه" آیا قبل از تاریخ مراجعه کرده است یا بعد تاریخ؟ قبل تاریخ که دین حال نیست و لذا حقی ندارد.
روایت راجع به این قضیه ساکت است و باید دید قرینه ای یافت می شود بر تعیین یا خیر؟
اگر بعد تاریخ آمده است عموماً معنا ندارد که بگوید بخشی را نقد بده و بخشی را می بخشم. عموماً این جمله قبل از سررسید است که چون من حقی ندارم پس بیا با هم مصالحه ای بکنیم؛ البته این قرینیت خیلی قوی نیست؛ چون ممکن هم است که بعد تاریخ باشد و چون مدیون بد حساب است طلبکار حاضر به نقد شدن برخی از اموالش است.
نتیجتاً ظهور غیر قوی روایت در قبل از سررسید است. در این صورت باید صلحی رخ دهد. طلبکار می گوید من نصف آن را نقد می خواهم و چون سر رسید نیست امتیازی در نصف دیگر به تو می دهم. آن امتیاز و پیشنهاد این است که یا بقیه را می بخشم و یا مهلت می دهم.
۴. ربط روایت به جریمه دیرکرد
جریمه دیرکرد این بود که ما معامله نسبه ای می کنیم و بابت تاخیر در پرداخت ثمن و مهلت، پولی دریافت کند.
روایت می گوید اضافه شدن بر راس المال در برابر مهلت اشکال دارد و این در دیرکرد اتفاق می افتد.

پس به قول آیت الله سیستانی در موارد دین مالی، بیش از طلبتان را به هیچ وجه نمی توانید دریافت کنید. مثلا در قرارداد می توانید او را بخاطر دیر تحویل دادن ماشین و یا سند زدن و ... جریمه کنید ولی بخاطر ندادن پول در موعد مقرر نمی توانید او را جریمه کنید چون ازدیاد در راس المال می شود.

۵. اشکال به ربا بودن دیرکرد

مفهوم روایت "اری به باس" است. امام ع فرمود اشکال دارد ولی نگفت که این فعل، ربا است که گناه کبیره خاصی با عواقب خاصی است.

جواب

امام ع در ذیل، استناد به آیه ربا کردند پس امام ع مورد را بر ربا تطبیق کردند. ربا در آیات ناظر به ربای دین بود.

پس استدلال روایت بر ربا بودن جریمه دیرکرد تمام شد چون هم اختصاص به قرض نداشت و هم حرمت داشت و هم از باب ربا بود.

جواب شهید صدر از روایت اول

مورد روایت امهال است یعنی تو مجاز به تاخیر هستی و در برابر مهلت، پولی قرار می گیرد ولی دیرکرد جریمه است و امهال نیست.

ویژگی ۱: طلبکار راضی به تاخیر نیست.

ویژگی ۲: هر تاخیری عصیان از طرف مدیون محسوب می شود شرعا.

ویژگی ۳: در ربا طلبکار حق مراجعه ندارد ولی در موارد دیرکرد، محق هستید.

فرض کنید مدیر مدرسه ای می گوید هر کس دیر بیاید جریمه می شود. آیا شخص می تواند بگوید من جریمه را می دهم پس حق دارم که دیر بیایم؟ خیر. پس جریمه با مهلت و دریافت پول فرق دارد.

در موارد امهال، طلبکاران خوشحال هستند و این تاخیر و مهلت را می خواهند بر خلاف جریمه دیرکرد.

گویا قائلین به ربا بودن دیرکرد به تنقیح مناط استناد می کنند؛ یعنی درست است که مورد روایت امهال است ولی از روایت بدست می آید که به هر دلیلی و به هر شرطی نباید بیش از راس المال دریافت کنید. درست است که المومنون عند شروطهم ولی این روایت می گوید این شرط مخالف قرآن است.

ما فعلا در جریمه دیرکرد بحث داریم و الا اگر خسارت تادیه باشد شرط هم لازم ندارد از باب قاعده لاضرر.

به نظر ما نظر شهید صدر درست است و تنقیح مناط هم درست نیست و آن آیه ای که امام ع استناد کردند مربوط به این مورد نبوده است. آیه ارتباطی به مورد بحث ندارد بلکه در مورد معاملاتی که قبل از آیات تحریم ربا بوده است آمده است. گاهی استشهاد به آیات جنبه اسکاتی یا اقناعی دارد نه این که دقیقا تطبیق بر آن می شود.

به این نکات بیافزایید که جریمه دیرکرد ضرورتا افزایش راس المال نیست امکان دارد جریمه برای ثالثی باشد. یعنی اگر این تاخیر کردی، ۱۰۰ تومان صدقه بده. امروزه هم بانک دیرکرد را می گیرد که واسطه است و شخص ثالث است ولی آقای سیستانی همین را اشکال می کنند.

البته این که بانک واسطه است یا طرف قرض بحث است مبتنی بر این که دارایی های ما نزد بانک قرض به بانک است که او مالک می شود و طرف قرض می شود و یا امانت نزد بانک است که بانک واسطه است. برخی می گویند تمام دارایی ما قرض است که باید بحث کنیم.

• جلسه ۹ یکشنبه ۸ مهر ۱۳۹۷

ادامه روایت اول

نکته ۱

نقل کلینی با صدوق تفاوت دارد. در نقل صدوق مفهوم مخالف دارد چون عبارت "ما لم یزد علی راس ماله شیئا" یعنی جمله شرطیه بود؛ ولی نقل کلینی مفهوم مخالف ندارد؛ چون عبارت "انه لم یزد علی راس ماله شیئا" بود. اما این عبارت به منزله تعلیل است و آیا می توان گفت در غیر این مورد هم این حرمت ثابت است؟ می توان گفت العلة تعمیم و تخصص یعنی اگر در موارد امهال دین، ازدیاد بر راس المال وجود داشته باشد، اشکال دارد. پس نقل کلینی هم دلالت بر این مطلب دارد. البته نقل صدوق اظهر است. چون نقل کلینی نیاز به استظهار تعلیل دارد و استظهار دوم، مفهوم است؛ ولی نقل صدوق صریح در جمله شرطیه است که ظهور در مفهوم دارد.

ما در مفاهیم گفتیم می توان مفهوم تعلیل را قسمی از مفاهیم دانست البته با تسامحی است اما انتفاء عند الانتفاء را می فهمیم.

اساساً دو نقل از یک روایت نیستند بلکه دو روایت هستند. نقل کلینی راوی آن روایت حلبی است و او از امام صادق ع نقل می کند ولی نقل صدوق محمد بن مسلم از امام باقر ع بود حال که دو روایت است ما می توانیم به روایت صدوق استناد کنیم و روایت کلینی را کنار بگذاریم.

شیخ حر شاید بخاطر قرابت متنی که دارند آن دو را یک روایت دیده است.

دو نقل داریم یکی دال است و یکی دال نیست و اصل عدم زیاده و نقیصه هم که این جا تطبیق نمی شود چون اقل و اکثری نیست و لذا تساقط می کنند. نتیجه با نقل کلینی است بخاطر براءت از حرمت چون فرض این است که نقل صدوق اثبات حرمت می کند به مفهوم مخالف بر خلاف نقل کلینی.

استدلال به روایات بیع عینه برای اثبات حرکت دیرکرد

مدیون در سررسید بدهی، پول ندارد برای این که بدهی را بدهد، بیع عینه می کند تا بدهی را بدهد یا مهلت بگیرد که در روایات چهار صورت آمده است:

صورت ۱

بدهکار به طلبکار مراجعه می کند می گوید پول تو یعنی یک میلیون را ندارم که بدهم و از او جنس دیگری را به نسیه می خرد به مثلاً ۱ میلیون و دویصد تومان (یعنی ۲ میلیون و دویصد تومان بدهی دارم) و همان را به طلبکار خودش به صورت نقدی به مثلاً ۱ میلیون می فروشد (پس باید ۱ میلیون و دویصد تومان بعداً بدهد) و این بیع نسیه و نقد را مشروط به مهلت دینش انجام می دهد و الا غرضش حاصل نمی شود و بدین صورت، مهلتی برای بدهی خودش می گیرد. پس مهلت گرفت و دویصد تومان اضافه داد.

من آن جنس را نمی خواستم لذا خریدم و سریع فروختم پس چرا در معامله دوم خودم را دویصد هزار تومان مدیون کردم بخاطر این که مهلت در بدهکاری اولم ایجاد شود.

ح ۱ ب ۶ ابواب احکام العقود

۲۳۰۹۷-۱- مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ الْحَضْرَمِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ يَكُونُ لِي عَلَى الرَّجُلِ الدَّرَاهِمُ فَيَقُولُ بَعْنِي بِيَعًا أَقْضِكَ فَأَبِيْعُهُ الْمَتَاعُ ثُمَّ أَشْتَرِيهِ مِنْهُ وَ أَقْبِضُ مَالِي قَالَ لَا بَأْسَ.

وَرَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي بَكْرٍ الْحَضْرَمِيِّ مِثْلَهُ.

به امام صادق ع می گوید من طلبکارم از زید و او به من می گوید ماشینت را بفروش تا پول بدهی ات را بدهم و من ماشینم را به او می فروشم و بعد از او می خرم.

این بیع ماشین و خرید ماشین از مدیون چطور منجر به قضاء دین می شود؟ حتما بیع ماشین نسبه بوده است و خرید نقدی بوده است و مقصود از قضاء، مهلت است.

صورت ۲

کسی ۱ میلیون بدهکار است و به طلبکار جنسی مثلا موبایل را نقدا به ۱ میلیون می فروشد پس بدهی قبلش تسویه شد و بعد موبایل را چون لازم دارد به صورت نسبه از او می خرد به ۱ میلیون و دویصد تومان پس باید ۶ ماه بعد ۱ میلیون و دویصد به شما بدهم. پس در واقع بیع اول را مهلت گرفتیم و سود دادم ولی ظاهرش این است که بدهکاری برای بیع دوم است.

صورت ۳

من بدهکارم و پول ندارم و تو پول می خواهی تا چیزی بخری پس تو هر چه می خواهی بخری برو بخر و من ضامن می شوم و ضمان شرعی، انتقال ذمه است. چون من ضامن پول ندارم توی طلبکار باید بیع نسبه کنی تا من بتوانم ضمانت کنم و بیع نسبه با مبلغ بیشتری است پس مبلغ بیشتری را بدهکار شدم و با مهلت.

صورت ۴

من بدهکارم و پول ندارم و شما موبایلت را به من بفروش و من در بازار، نقدش می کنم و پولت را می دهم. در همه این موارد، بدهکار مهلت می گیرد و سودی هم می دهد ولی در صورت اول شرط مهلت است و در سه صورت دیگر به صورت طبیعی مهلت رخ می دهد.

روایت ۲

۲۳۰۹۸-۲- و عَنْهُ عَنْ أَحْمَدَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ سَيْفِ بْنِ عَمِيرَةَ عَنْ أَبِي بَكْرِ الْحَضْرَمِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ رَجُلٌ تَعَيَّنَ ثُمَّ حَلَّ دَيْنَهُ فَلَمْ يَجِدْ مَا يَقْضِي أَيْتَعِنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي عَيْنَهُ وَيَقْضِيهِ قَالَ نَعَمْ.

"تعین" یعنی بیع عینه کرده است و در سررسید پول ندارد می گوید آیا بیع عینه دوم می توانم بکنم؟

آیا در معامله دوم این مدیون خریدار است یا فروشنده، معلوم نیست.

روایت ۳

۲۳۰۹۹-۳- وَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِيرَةَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لِي عَلَيْهِ مَالٌ وَ هُوَ مُعَسِّرٌ فَاشْتَرَى بَيْعًا مِنْ رَجُلٍ إِلَى أَجَلٍ عَلَيَّ أَنْ أَضْمَنَ ذَلِكَ عَنْهُ لِلرَّجُلِ وَ يَقْضِيَنِي الَّذِي لِي قَالَ لَا بَأْسَ.

طلب دارم و او توانایی ندارد و من می رود بیعی نیسه انجام می دهم که این مدیون ضامن من شود که صورت سوم ماست.

روایت ۴

۲۳۱۰۰-۴- وَ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ هَارُونَ بْنِ خَارِجَةَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ عَيَّنْتُ رَجُلًا عَيْنَهُ فَحَلَّتْ عَلَيْهِ فَقُلْتُ لَهُ أَقْضِنِي فَقَالَ لَيْسَ عِنْدِي فَعَيَّنِي حَتَّى أَقْضِيكَ فَقَالَ عَيْنَهُ حَتَّى يَقْضِيكَ.

مدیون می گوید پولت را ندارم و تو بیع عینه بکن تا قضاء دین کنم و حضرت ع می فرماید معامله عینه کن و در این معامله دوم این آقا خریدار است یا فروشنده و یا به ثالث است در روایت تعیین نشده است.

این نکته مهم است که معامله دوم برای حل مشکله معامله اول بوده است نه این که معامله مستقلی باشد.

روایت ۵

۲۳۱۰۱-۵- مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ لَيْثِ الْمُرَادِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلَهُ رَجُلٌ زَمِيلٌ لِعُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ - عَنْ رَجُلٍ تَعَيَّنَ عَيْنُهُ إِلَى أَجَلٍ فَإِذَا جَاءَ الْأَجَلُ تَقَاضَاهُ فَيَقُولُ لَا وَاللَّهِ مَا عِنْدِي وَ لَكِنْ عَيْنِي أَيْضاً حَتَّى أَقْضِيكَ قَالَ لَا بَأْسَ بِيَعِهِ.

زمیل به معنای همراه.

• جلسه ۱۰ دوشنبه ۹ مهر ۱۳۹۷

صورت اول

حالت ۱: اشتراط مهلت

بدهکار به طلبکار مراجعه می کند می گوید پول تو یعنی یک میلیون را ندارم که بدهم و از او جنس دیگری را به نسیه می خرد به مثلاً ۱ میلیون و دویصد تومان (یعنی ۲ میلیون و دویصد تومان بدهی دارم) و همان را به طلبکار خودش به صورت نقدی به مثلاً ۱ میلیون می فروشد (پس باید ۱ میلیون و دویصد تومان بعداً بدهد) و این بیع نسیه و نقد را مشروط به مهلت دینش انجام می دهد و الا غرضش حاصل نمی شود و بدین صورت، مهلتی برای بدهی خودش می گیرد. پس مهلت گرفت و دویصد تومان اضافه داد.

حالت ۲: عدم اشتراط مهلت با صلح

مدیون از طلبکار گوشی را ۱ میلیون و دویصد می خرد و خود گوشی را می دهد و مصالحه می کند با بدهی سابق پس بدهی قبل تسویه می شود پس اشتراط مهلت لازم نیست ولی بابت گوشی ۱ میلیون دویصد بعداً باید بدهد.

پس اشتراط تاجیل در بیع دوم نشد.

پس در واقع، چیزی از ملک طلبکار خارج نشد و موبایل به ملک او برگشت و سودی هم بخاطر مهلت گرفت.

حالت ۳: عدم اشتراط مهلت بدون صلح

من گوشی را خریدم به یک میلیون و دویصد و سپس این گوشی را به شما می فروشم به ازاء دینی که قبلاً داشتیم. ثمن این معامله بدهی قبل باشد پس اشتراط تاجیل در دین هم نبود. این جا مصالحه هم نیست.

روایت ۶

۲۳۱۰۲-۶- و عَنْهُ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ بَكَّارِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ يَكُونُ لَهُ عَلَى الرَّجُلِ الْمَالُ فَإِذَا جَاءَ الْأَجَلَ قَالَ لَهُ بَعْنِي مَتَاعًا حَتَّى أُبَيْعَهُ فَأَقْضِيَ الَّذِي لَكَ عَلَيَّ قَالَ لَا بَأْسَ.

سند

بکار مجهول است

دلالت

کسی طلب دارد و وقتی مهلت رسید، بدهکار به طلبکار می گوید یک جنسی را به من بفروش نسبتا تا من آن را تقدا بفروشم و با پول آن دین تو را بدهم. چون معامله با طلبکار نسیه ای است مهلت ایجاد می شود. این همان صورت چهارم است.

روایت نهم این باب ۶ مخالف بود و همه آقایان حمل بر کراهت کردند و روایت هشتم در طعام بود و صورت مساله آن تفاوت با بحث داشت ولی باقی روایات دال بر جواز حيله بود.

پس از مجموع این روایات باب ۶ بدست آمد که می توانید مهلت بدهید و سود بگیری ولی باید ضمن معامله جدید این اتفاق بیافتد و به آن مقصود برسید.

روایات باب ۹ احکام العقود

روایت اول و دوم خیلی ارتباطی به بحث ما ندارد.

روایت ۳

۲۳۱۲۷-۳- و عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ هَارُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سئِلَ رَجُلٌ لَهُ مَالٌ عَلَى رَجُلٍ مِنْ قَبْلِ عَيْنِهِ عَيْنَهَا إِيَّاهُ فَلَمَّا حَلَّ عَلَيْهِ الْمَالُ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ مَا يُعْطِيهِ فَأَرَادَ أَنْ يَقْلِبَ عَلَيْهِ وَ يَبِيعَهُ لَوْلَا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ مَا يَسْوَى مِائَةَ دَرَاهِمٍ بِأَلْفِ دَرَاهِمٍ وَيُؤَخِّرُهُ قَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ قَدْ فَعَلَ ذَلِكَ أَبِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَ أَمْرِنِي أَنْ أَفْعَلَ ذَلِكَ فِي شَيْءٍ كَانَ عَلَيْهِ.

کسی دین دارد بخاطر معامله عینه و نسیه ای که قبلاً کرده بود و در سر رسید مدیون پول ندارد می خواهد مهلت بگیرد و سود بدهد. آیا طلبکار می تواند لولو ۱۰۰ درهمی را به ۱۰۰۰ درهم بفروشد و مهلت دهد؟ امام ع اشکال ندارد. پدرم این کار را کردند و به من هم امر کردند که این کار را بکن در موردی که پدرم بدهی داشت.

این روایت به مورد بحث ما نزدیک تر است چون می گوید "و یوخره" یعنی بدهی قبل را تسویه نکردیم بلکه مهلت گرفتیم در برابر سود. یوخره یعنی بدهی را به تاخیر می اندازد نه این که معامله دوم نسیه است. علی القاعده بیع لولو باید نسیه باشد و الا اگر پول نقد داشت که دین را می داد. پس افزایش قیمت بخاطر نسیه است و لذا این جا می تواند بیع محاباتی رخ داده باشد و یا محاباتی نباشد.

البته می تواند نقدی هم باشد ولی در مساله تفاوتی ایجاد نمی کند. خرید لولو از سوی مدیون می تواند نقدی باشد ولی قیمت لولو کمتر از دینش است لذا می تواند لولو را به قیمت بیشتر از قیمت واقعی اش بخرد ولی با همان پول نمی تواند بدهی را بدهد پس خرید نقدی هم متصور است.

این روایت همان صورت اول است.

روایت ۴

۲۳۱۲۸-۴ - مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ عَ يَكُونُ لِي عَلَى الرَّجُلِ دَرَاهِمٌ فَيَقُولُ أَخْرِنِي بِهَا وَأَنَا أُرِيحُكَ فَأَبِيعُهُ جَبَةً تُقَوِّمُ عَلَيَّ بِأَلْفِ دَرَاهِمٍ بَعْشَرَةَ أَلْفٍ دَرَاهِمٍ أَوْ قَالَ بَعْشَرِينَ أَلْفًا وَأَوْخَرُهُ بِالْمَالِ قَالَ لَا بَأْسَ.

مورد این روایت مانند روایت قبل است. مهم این است که معامله دوم موجب تسویه بدهی قبلی نیست بلکه مهلت می گیرد. این تعبیر به ۱۰ برابر و ... شاید ظهور در بیع محاباتی داشته باشد نه نسیه.

لا باس صریح در جواز بمعنی الاعم است ولی ظهور در نفی کراهت ندارد و با کراهت می سازد.

این روایت هم همان صورت اول است.

روایت ۵

۲۳۱۲۹-۵- وَ عَنْهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عْتَبَةَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُرِيدُ أَنْ أُعِينَهُ الْمَالَ أَوْ يَكُونَ لِي عَلَيْهِ مَالٌ قَبْلَ ذَلِكَ فَيَطْلُبُ مِنِّي مَالًا أَزِيدُهُ عَلَى مَالِي الَّذِي لِي عَلَيْهِ أَيْسَتَقِيمُ أَنْ أَزِيدَهُ مَالًا وَ أَيْبِعَهُ لَوْلَاةً تَسَوَّى مِائَةَ دِرْهَمٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَقُولُ أَيْبِعُكَ هَذِهِ اللَّوْلُوءَةَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنْ أُؤَخَّرَكَ بِثَمَنِهَا وَ بِمَالِي عَلَيْكَ كَذَا وَ كَذَا شَهْرًا قَالَ لَا بَأْسَ.

این جا تصریح دارد که خرید مدیون به صورت نسیه بوده است چون عبارت "عَلَى أَنْ أُؤَخَّرَكَ بِثَمَنِهَا" یعنی خرید لولو نسیه بوده است. البته گفتیم می تواند نقدی هم باشد و دخالتی در بحث دارد.

"وَ بِمَالِي عَلَيْكَ كَذَا وَ كَذَا شَهْرًا" یعنی بدهی هم با مهلت باشد.

این روایت هم همان صورت اول است.

روایت ۶

۲۳۱۳۰-۶- وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ عَمِّهِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ: قُلْتُ لِلرَّضَاعِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الْمَالُ فَيَدْخُلُ عَلَى صَاحِبِهِ يَبِيعُهُ لَوْلَاةً تَسَوَّى مِائَةَ دِرْهَمٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَ يُؤَخَّرُ عَنْهُ الْمَالُ إِلَى وَقْتٍ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ قَدْ أَمَرَنِي أَبِي فَفَعَلْتُ ذَلِكَ وَ زَعَمَ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا الْحَسَنِ عَ عَنْهَا فَقَالَ مِثْلَ ذَلِكَ.

این روایت هم مضمون روایات قبل را دارد.

گفتیم این روایات را به عنوان ادله جواز دیرکرد بیان کردند ولی در برابر آنها بسیاری از فقهاء به این روایات باب ۹۰۶ استناد کردند و می گویند که جریمه دیرکرد جایز نیست.

این روایات می گوید تاخیر بدهی جایز است به بدهی دیگر یعنی اگر در ضمن معامله دوم باشد جایز است و این یعنی بدون معامله دوم جایز نیست.

ان قلت

این روایات مفهوم نداشت چون لا باس در جواب به سوال موردی بود. ما از این روایات می فهمیم که این راه درست است ولی این که غیر از این راه، درست نیست را اثبات نکرد.

قلت

ما به مفهوم این روایات استناد نمی‌کنیم بلکه وجه استناد ما این است که اگر واقعا بدون معامله دوم می‌شد مهلت داد و سود گرفت جا نداشت که امام ع این را نگویند و به جای آن حيله را جایز کنند که موجب طعن مخالفین ما بشود. اگر بدون معامله دوم جایز بود حداقل در روایتی می‌گفتند که این راه هم وجود دارد.

اهل سنت به شیعیان طعن می‌زنند که شما حيله را جایز می‌دانید.

• جلسه ۱۱ سه‌شنبه ۱۰ مهر ۱۳۹۷

گفتیم برخی به این روایات استناد کردند و فرمودند که سود گرفتن در برابر امهال جایز نیست ولی با توجه به این که ما معتقدیم جریمه دیرکرد ماهیتا با سود در برابر مهلت فرق دارد این روایات دال بر عدم جواز دیرکرد نخواهد بود.

ماهیتا جریمه با سود متفاوت است. وقتی سود می‌گیرید یعنی شما به بدهکار اجازه تاخیر داده‌اید ولی جریمه مجوز تاخیر نیست.

از نظر شرعی، شما حق مطالبه دارید و او وظیفه پرداخت دارد و لذا اگر توانایی پرداخت دارد، معصیت می‌کند.

از نظر تکوینی هم طلبکار در موارد جریمه، ناراحت از تاخیر است ولی در موارد سود، خوشحال است.

اتفاقا این روایات دلالت بر جواز دارد چون این روایات می‌گویند رسیدن به سود از هر مسیری حرام نیست بلکه حرمت در جایی است که در برابر مهلت، سود بگیری. در برخی روایات داشتیم که سائل به امام ع عرض کرد مقصود اصلی طلبکار، سود است ولی به این شکل اجرائش می‌کند و امام ع فرمودند اشکالی ندارد. حتی در برخی روایات، بیع دوم، محاباتی بود یعنی بیع دوم مشخص است که فی نفسه اراده نشده است بلکه برای مهلت گرفتن دین قبلی است ولی امام ع فرمود اشکال ندارد.

پس این روایات می‌گویند نتیجه مشکل ندارد و مشکل در مسیر است و مسیر حرام، سود در برابر مهلت است و ما در دیرکرد مهلت نمی‌دهیم و اساسا مقصودمان هم سود در برابر مهلت نیست بر خلاف بعضی از این روایات که گفتیم حتی مقصودش سود در برابر مهلت است و امام ع هم می‌گویند اشکال ندارد پس در جریمه دیرکرد هم مقصود سود نیست و هم مسیر سود نیست بلکه فقط نتیجه جریمه دیرکرد (در ازدیاد مال) شبیه به سود می‌شود. بیع هم سود دارد ولی مسیرش فرق دارد. هر زیاده‌ای در مال مشکل ندارد.

آیت الله سیستانی می گوید شرط شما شرط مخالف قرآن است؛ ولی جوابش این است که شرط مخالف، سود در برابر امهال است نه جریمه. این تفاوت در تعبیر و اسم نیست بلکه ماهیتا تفاوت دارند و لذا تحت اوفوا بالعقود ... می رود.

این ها همه در دین غیر قرض است. قرض را بعدا بحث می کنیم؛ چون در آن جا دلیل خاصی هم وجود دارد که باید بحث کنیم.

اشکال

جریمه دیرکرد مخالف "ان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة" است.

جواب ۱: این مطلب، اخص از مدعا است؛ چون جریمه دیرکرد ممکن است برای غیر معسر باشد و آقایان همین را هم اشکال می کنند.

جواب ۲: روایات تصریح داشت که او معسر است و طلبکار با او بیع محاباتی می کند تا به سود برسد پس اشکال ندارد. پس "فنظرة الى ميسرة" اگر از آن حکم تکلیفی بدست آید، حکم الزامی نیست.

ان قلت

چرا بخاطر مخالفت قرآن این روایات را کنار نگذاریم؟

قلت

اگر قرآن نص می بود درست است ولی وقتی نمی دانیم مراد از آن حکم تکلیفی و الزام است یا خیر، روایت می تواند مفسر آن باشد و شاید اساسا تخصیص هم نباشد چون تخصیص در جایی است که آیه روشن و واضح باشد و ما برخی افرادش را خارج کنیم ولی این جا، مراد آیه واضح نیست و روایت تفسیر آن است که اشکالی ندارد.

نکته

برخی مراجع و حتی برخی از کارشناسان فقهی - اقتصادی مانند آقای موسویان معتقدند که بانک ها در واقع، سود در برابر تاخیر می گیرند و اسمش را جریمه دیرکرد می گذارند. آن اتفاقی که خارجا اتفاق می افتد اسمش

جریمه است ولی واقعیتش سود است. شاهدش این است که بانک عجله ندارد بدهی شما را تسویه کند و از شما بگیرد چون سود می گیرد و ناراحت نیست از تاخیر و گویا مردم مجاز به تاخیر هستند.

این نکته و ادعا نیاز به مطالعات میدانی دارد ولی بحث ما بحث نظری است اما اگر در خارج، چنین باشد، مشخص است که حرام است و شاید همین انگیزه فتوا به حرمت از سوی برخی مراجع دیگر شده است و ناظر به واقعیت خارجی بوده اند.

پیشنهاد آقای موسویان تعزیر مالی است به جای جریمه دیرکرد.

ما قبلاً گفتیم جریمه در مفهوم عامش شامل تعزیر مالی می شود. تعزیر قانونی که از طرف حکومت برای متخلفان است.

چون از طرف حکومت است مسیر تعزیر مالی هم بانک نیست بلکه خزانه است که سپس باید در تخصیص بودجه بررسی شود که در ردیف بودجه به بانک می رسد یا خیر و ظاهراً کلام آیت الله مکارم هم همین تعزیر است.

جریمه دیرکرد با وجه التزام تشابه داشت چون شرط ضمن عقد است ولی تعزیر مالی یک مفهوم حکومتی است و اساساً شاید شرط ضمن عقد نباشد. این دیگر شبهه ربا ندارد چون دولت می گیرد و شرط هم نیست.

پس آیت الله مکارم دیرکرد را در قالب تعزیر مالی پذیرفتند و لذا اشکال کردند که چرا خود بانک پول را دریافت می کند باید به خزانه برود و برخی جواب دادند که دولت از باب تعزیر می گیرد و سپس به بانک هبه می کند.

• جلسه ۱۲ چهارشنبه ۱۱ مهر ۱۳۹۷

در اوائل انقلاب گفتند سود از طرف بانک ها حرام است و جریمه دیرکرد هم حرام است لذا مردم پول می گرفتند و پول ها را پس نمی دادند و آقایان دیدند با این حکم فقهی، نمی توان چرخه اقتصاد را مدیریت کرد و لذا گفتند پیشنهاد دیگر داریم که مملکت بچرخد و نه جریمه بگیرد و نه تعزیر و نه سود و کاملاً فقهی باشد. آن پیشنهاد این است که به مشتریان خوش حساب تشویقی بدهیم که مشکل عدم پرداخت هم حل می شود و شرعی هم هست.

تشویق می تواند یولی باشد و یا خدمات بیشتر باشد.

بررسی این پیشنهاد

صورت ۱: شرط ضمن عقد در غیر عقد القرض

در غیر عقد القرض اگر شرط ضمن عقد هم باشد، با توجه به این که بر اصل سرمایه صاحب مال چیزی افزوده نشده است مصداق ما لم یزد علی ماله شیئا است و لذا اشکال ندارد و بخاطر صحیحه محمد بن مسلم نمی توان گفت این کار اشکال دارد.

این تعهدی است که طلبکار به عهده می گیرد نه بدهکار و لذا اشکال ندارد.

صورت ۲: شرط ضمن عقد در عقد القرض

اگر این شرط ضمن عقد القرض باشد، در آن جا صحیحه محمد بن قیس می گفت انما جاء الربا من قبل الشروط و یا انما یفسده الشروط وجود داشت که اگر به اطلاق آن استناد شود، این جا هم شرط ضمن عقد در قرض است و اشکال دارد.

اما ما این اطلاق را قبول نداشتیم چون امام ع در روایات دیگر، برخی از شروط را می گویند اشکال ندارد پس مراد، مطلق شروط نیست بلکه شرطی است که شمای طلبکار منفعت یا انتفاعی را مالک شوید.

صورت ۳: عقد جعاله

اگر عقد جعاله باشد اساسا شرط ضمن عقد هم نیست. موسسه مالی می گوید هر کس این کار را بکند یعنی خوش حسابی کند، این مبلغ را به او می دهیم.

عقد جعاله در قرض هم جاری می شود و مشکله شرط ضمن عقد را هم ندارد.

نظر استاد راجع به نظریه "جایزه خوش حسابی"

پس از نظر فقهی می تواند مشکلی نداشته باشد اما به لحاظ اجرایی مفید نیست. آیا این می تواند مشکله عدم پرداخت ها را حل کند؟

اگر بد حساب باشند مشکل این است که پول بر نمی گردد و اگر خوش حساب باشند مشکل این است که باید پولی را از جیب بگذاریم. پس این به عنوان پیشنهاد مکمل خوب است اما پیشنهاد جایگزین نیست. یعنی در کنار جریمه می توان جوایزی را هم گذاشت.

در برخی از قراردادها بندی به نام "حسن اجرای تعهد" وجود دارد که می تواند همین جایزه خوش حسابی باشد.

بررسی نظریه آیت الله مکارم (تعزیر مالی دولت)

در بحث تعزیر مالی وارد این بحث نشدیم که تعزیر چیست و ادله تعزیر چیست و حکومت چه موقع می تواند تعزیر کند؟ تکمیل این بحث در جای خودش است؛ اما همین قدر بگوییم که آیت الله مکارم فرمودند که بانک نباید پول را دریافت کند ولی به نظر می رسد دولتی که حق تعزیر مالی کند می تواند در دریافت تعزیر مالی آن را واگذار به بانک کند. یعنی بانک، عامل دولت باشد با قرارداد وکالت. یعنی بانک امانت دار است و باید به دولت برساند و می تواند قرارداد دومی محقق شود که این مقدار از پول را بخاطر حق عاملیت خودت بردار. اگر کل پول باشد دیگر حق عاملیت نیست بلکه هبه است که آن هم ممکن است.

تا این جا مشکلی نیست کما این که دولت می تواند تعزیر مالی که گرفته است بخاطر خسارت هایی که بانک بخاطر دیرکرد مشتریان متحمل شده است می تواند به عنوان خسارت پرداخت کند. خسارت را دولت می دهد نه مدیون تا مشکلات ربا ایجاد شود.

البته همه این ها نباید شکل صوری پیدا کند بلکه باید واقعی باشد یعنی واقعا باید تشخیص دهد که خسارت رخ داده است و به عنوان خسارت بدهد. البته ممکن است محاسبه خسارت سخت باشد و لذا درصد معینی را بابت خسارت تعریف کنیم ولی واقعا برای جبران ضرر این کار را کردیم نه این که قصد سود داشته باشیم.

جریمه دیرکرد در قرض

تمام آقایانی که دیرکرد را پذیرفته اند مثل آقای گلپایگانی که شرط ضمن عقد را می پذیرند اما در خصوص قرض، نپذیرفته اند مگر فقط تعزیر مالی باشد و هیچ شرط ضمن عقدی نباشد و آخذ مال هم طلبکار نباشد و دولت باشد.

دلیل آن هم روایات "انما جاء الربا من قبل الشروط" و ... بود که صحیحه محمد بن قیس اصرح از بقیه بود.

پس وجه التزام و ... که شرط ضمن عقد بودند مشکل دارد.

اشکال

اطلاق این روایت قابل اخذ نیست روایاتی داشتیم که اگر شرط کند که مال را در بلد دیگری به من بده که این اشکال ندارد در حالیکه شرط است.

جواب

پس دلیل عامی (الشروط جمع محلی به ال) بر حرمت شرط داریم و در خصوص اشتراط بلد دیگر و ... می تواند تخصیص منفصل باشد و لذا عمومیت دلیل عام بر حرمت شرط باقی است.

اشکال

ما از آن روایات، تخصیص نمی فهمیم بلکه تخصص می فهمیم. از امام ع می پرسد من در بلد دیگر بگیرم را شرط کردم امام ع می فرماید لایس یعنی این اساسا از موارد شروط مفسد عقد نیست. تخصیص لسان دارد.

ما معتقدیم تخصیص لسان دارد. هر خروج حکمی تخصیص نیست.

این که امام ع بگوید این مورد سوال مشکلی ندارد یعنی مفروض گرفته است که شروطی که قبلا گفتیم، غیر از این شرط است.

حال که تخصص شد، این روایت به این معناست که آن اطلاق و عمومی که شما از آن می فهمید مد نظر نیست و شروط خاصی است.

قدرمتیقن، زیاده عینی، وصفی و حکمی است.

ما نمی توانیم بگوییم از آن ها نیست و یا هست و دلیل اجمال دارد. در مورد جریمه دیرکرد ما می گوییم شرط است و زیاده است اما زیاده از باب مجازات است و لذا حکمش معلوم نیست.

نوبت به اصل عملی می رسد که حکم برائت است ولی در این موارد خوب است که احتیاط شود.

• جلسه ۱۳ شنبه ۱۴ مهر ۱۳۹۷

جریمه دیرکرد در موارد اعسار

اگر از "ان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة" حکم الزامی استظهار کنیم، جریمه دیرکرد حرام می شود و اشتراط ضمن عقد آن هم مشکل دارد چون شرط مخالف کتاب می شود.

سخن در مورد اعسار بعد از قرض گرفتن است نه کسی که قبل از قبل هم اعسار داشته است که او حق ندارد قرض بگیرد. شاید آیه ناظر به چنین اعساری نباشد.

پس این شرط به افراد متمکن اختصاص دارد.

اما اگر از آیه، استحباب را استظهار کردیم، جریمه دیرکرد نسبت به معسر هم مشکلی ندارد و شرط مخالف کتاب هم نیست حتی نسبت به کسی که در اثناء معسر شده است.

اما آیا از آن وجوب فهمیده می شود یا استحباب؟ که این خود دو روش دارد: یکی از طریق خود آیه و دو با توجه به قرائن بیرونی.

به نظر ما خود آیه به تنهایی، ظهور در وجوب دارد؛ اما به لحاظ قرائن خارجی از آن استحباب فهمیده می شود. مثلا روایت عبد الله بن سنان داشتیم که مدیون معسر بود و خواستند از طریق بیع دوم و ... مهلت را به نحو شرعی، محقق کنند. اگر امهال در موارد اعسار واجب بود، امام ع باید می گفتند باید به او مهلت بدهی نه این که مبلغ زیادتری از او بگیری ولو با بیع دوم.

ح ۳ب ۶ احکام العقود: روایت عبد الله بن سنان

۲۳۰۹۹-۳- و عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِيرَةَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لِي عَلَيْهِ مَالٌ وَهُوَ مُعْسِرٌ فَاشْتَرَى بِيَعًا مِنْ رَجُلٍ إِلَى أَجَلٍ عَلَيَّ أَنْ أَضْمَنَ ذَلِكَ عَنْهُ لِلرَّجُلِ وَ يَقْضِيَنِي الَّذِي لِي قَالَ لَا بَأْسَ.

به نظر ما مقصود آیه اعسار بعد از قرض است یا قدر متیقن آیه این است و یا انصراف آیه آن است. کسی که از اول می داند نمی تواند اداء کند هم می تواند جریمه کرد و هم حاکم می تواند تعزیرش کند.

پس چون امهال را مستحب دانستیم کسی که در اثناء و بعد القرض معسر شده است، در مورد او جریمه می تواند محقق شود. البته تعزیر او معنا ندارد چون نا توان است و لا يكلف الله نفسا الا وسعها.

اما اگر معسر از ابتدا بوده است، هم جریمه در مورد او ممکن است و هم تعزیر شدن. چون بقیه را هم گرفتار می کند و کمک به او شاید حسن نداشته باشد.

آیه "فَنظَرَةُ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ" در مطلق دین است.

مستثنیات ربا

باب ۷ ابواب الربا

بَابُ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ الرِّبَا بَيْنَ الْوَالِدِ وَالْوَالِدِ وَلَا بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَلَا بَيْنَ السَّيِّدِ وَعَبْدِهِ وَلَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرَبِيِّ مَعَ اخْتِذِ الْمُسْلِمِ الزِّيَادَةَ وَحُكْمِ الرِّبَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الذَّمِّيِّ

۲۳۳۱۹-۱- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ حَمِيدِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ الْخَشَّابِ عَنِ ابْنِ بَقَّاحٍ عَنْ مُعَاذِ بْنِ ثَابِتٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ جَمِيعٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع لَيْسَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَوَلَدِهِ رَبًّا وَ لَيْسَ بَيْنَ السَّيِّدِ وَعَبْدِهِ رَبًّا.

سند

حمید بن زیاد: واقفی است اما توثیق صریح دارد.

حسن موسی الخشاب: ثقه

معاذ بن ثابت: مهمل است.

عمرو بن جمیع: نجاشی تصریح دارد که ضعیف است.

مشکل این روایت به نظر ما عمرو است و به نظر برخی عمرو و معاذ مشکل روایت اند.

پس این روایت سندا ضعیف است مگر این که ضعف سند منجر به عمل اصحاب شود البته بنا بر مبانی برخی ولی ما انجبار را قبول نداریم.

این روایت سند دومی دارد که در ذیل حدیث دوم می آید و احتمال اعتبار سند تذییلی وجود دارد که بررسی خواهیم کرد.

دلالت

۱. احتمالات در روایات

۶. جواز تخصیص قرآن به خبر واحد پذیرفته شده است و نسخ آیه با خبر را همه نپذیرفتند اما آیه در هر حدی از غلظت و شدت باشد، باز هم خبر واحد می تواند آن را تخصیص بزند و یا حاکم بر آن باشد؟ برخی از قدماء از اصحاب بخاطر شدت حکم در قرآن، تقدم خبر واحد بر قرآن را نپذیرفتند. باید خبر به حدی باشد که بتواند مقدم بر قرآن شود. به این بحث در اقوال فقهاء می پردازیم.

این شدت حکم و "فادنوا بحرب من الله ... " می تواند مصداق عام آبی از تخصیص باشد. آیا می توان گفت حرب خدا در برخی موارد اشکال ندارد یا اساسا حرب نیست که می پردازیم.

۷. ولد کیست؟ فرزند نسبی صلیبی مذکر قطعاً ولد است.

فرزند نسبی یعنی رضاعی نباشد و فرزند صلیبی یعنی فرزند خودش نه نوه.

اما آیا ولد به دختر هم اطلاق می شود؟ و نیز پسر رضاعی و نیز نوه.

عموماً می گویند ولد (ما یتولد) شامل دختر و پسر می شود. مهم آن چه است که از انسان متولد شده باشد. الا این که برخی گفتند ولد در برخی از زمان ها و در برخی مکان ها مقصود از آن پسر است در برابر دختر. در وصایا و اوقاف و ... فرزند ذکور است.

آیا این استعمال، سبب انصراف می شود یا خیر؟

• جلسه ۱۴ یکشنبه ۱۵ مهر ۱۳۹۷

ادامه بررسی عبارت " لَيْسَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَ وَلَدِهِ رِبًا "

بحث اول این بود که آیا از این عبارت حرمت ربا فهمیده می شود و یا عدم حرمت؟

بحث دیگر در مورد لفظ ولد بود. گفتیم در برخی مناطق، به اولاد ذکور، ولد می گویند نه به انات و لذا برخی در این که ولد شامل انات شود تامل کردند و گفتند استفاده حلیت ربا بین پدر و دختر از این روایت محرز و معلوم نیست و لذا مرجع عمومات حرمت ربا می شود.

به این نکته اشاره کردیم که کتب لغت مطلق فرزند را معنای ولد می دانند. در مورد کلمه "ولید" برخی می گویند تنها شامل صبی می شود و شامل صبیبه نمی شود. البته اختلافی است و برخی در آن جا هم عمومیت را قائل هستند.

لسان العرب معتقد است ولد شامل واحد و کثیر و ذکر و انثی می شود.^۱

کتاب لغت موارد استعمال را می گوید. استعمالات فراتر از دوره و عصر خاص را هم می فهماند هر چند آخوند گفت لغوی خبره در موضوع له نیستند. لغویین خبره در موارد استعمال هستند نه موضوع له ولی بلاخره موارد استعمال عام تر را بیان می کند و چون ما به ظهورات اخذ می کنیم، مفید در بحث هستند.

حال از طرفی لغویین می گویند ولد اختصاص به ذکور ندارد ولی استعمالاتی داریم که اختصاصاً ولد را در فرزند ذکور استعمال کرده اند. حال کدام معتبر است؟

آن چه عرب این زمان استعمال می کند متصل به زمان شارع است چون شاید الان به جهت کثرت استعمال، انصراف به ذکور رخ داده است و این در زمان صدور روایات نبوده است خصوصاً که موضوع له هم اعم است. ما راهی به اتصال این استعمالات به عصر نصوص نداریم و لذا می توانیم از طریق موضوع له حکم کنیم که اعم از ذکور بوده است.

استصحاب قهقراپی، استصحاب عقلایی است و تعبدی نیست که به عموم دلیل تمسک کنیم و آن حکم عقلاء در جایی است که ما معنای لغوی عرف امروز را بدانیم و معنای لغوی عرف قبل را ندانیم ولی این جا معنای لغوی عصر قبل را می دانیم و انصراف محرز نیست و به اصله تطابق می گوئیم موضوع له اراده شده است.

علاوه بر این نکته خوب است که به استعمال کلمه ولد در آیات و روایات مراجعه کنیم تا اختصاص و اعمیت را دریابیم. لذا به عنوان نمونه دو آیه ذکر می کنیم:

بقره: ۲۳۳ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ

بحث شیردهی است و در آن قطعاً فرقی بین ولد ذکور و اناث نیست.

لقمان: ۳۳ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ وَ اخْشَوْا يَوْمًا لَا يَجْزِي وَالِدٌ عَنْ وَلَدِهِ وَلَا مَوْلُودٌ هُوَ جَازٍ عَنِ وَالِدِهِ شَيْئًا إِنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ فَلَا تَغُرَّنَّكُمُ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا وَلَا يَغُرَّنَّكُمُ بِاللَّهِ الْغُرُورُ

۱. لسان العرب ج ۳ ص ۴۶۸

عدم جزاء والد نسبت به ولد اختصاص به ذکور ندارد.

روایات زیادی داریم که حق ولد بر والد چیست؟

يَا عَلِيُّ حَقُّ الْوَالِدِ عَلَى وَالِدِهِ أَنْ يُحْسِنَ اسْمَهُ وَادْبَهُ وَيَضَعَهُ مَوْضِعًا صَالِحًا وَحَقُّ الْوَالِدِ عَلَى وَلَدِهِ أَنْ لَا يُسَمِّيَهُ بِاسْمِهِ.

عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَأَرْبَعَةٌ لَا تُرَدُّ لَهُمْ دَعْوَةٌ حَتَّى تَفْتَحَ لَهُمْ أَبْوَابُ السَّمَاءِ وَتَصِيرَ إِلَى الْعَرْشِ الْوَالِدُ لَوْلَدِهِ وَالْمُظْلَمُ عَلَى مَنْ ظَلَمَهُ وَالْمُعْتَمِرُ حَتَّى يَرْجِعَ وَالصَّائِمُ حَتَّى يُفْطِرَ.

این جا هم قطعاً اعم مراد است.

البته روایات دیگری داریم که استفاده عمومیت از آن سخت است مثلاً «الرَّجُلُ يَنْزِلُ فِي قَبْرِ وَالِدِهِ، وَلا يَنْزِلُ الْوَالِدُ فِي قَبْرِ وَلَدِهِ».

پدر در قبر فرزند نرود و او را دفن نکند و خاک نریزد چون قساوت قلب می آورد. در این موارد می توان گفت منصرف به ولد است چون دختر این کارها را نمی کند.

این موارد از باب غلبه است. تغلیب در ادبیات مورد استناد قرار می گیرد. پس در بحث ما نیز می توان تغلیب را مطرح کرد.

استعمال خاص ولد در اناث هم داریم. روایتی در بحث اذن در نکاح دختر است.

پس دلیل اعمیت ولد نسبت به دختر، هم وضع لغوی است و هم کثرت استعمال و ظهور انصرافی است.

ولد غیر صلبی

آیا ولد شامل نوه می شود؟ اطلاق ولد بر نوه صحیح است به لحاظ وضع لغوی. اما این که در این استعمال، مقصود حتی ولد بی واسطه باشد، شاید برخی اشکال کنند ولی به نظر ما وضع لغوی شامل آن می شود مگر بخاطر غلظت حکم ربا بگوییم به اطلاق مراجعه نمی کنیم و قدرمتیقن صلبی است که در جمع روایات باب خواهیم گفت.

فعلاً می گوییم این روایت لو خلی و نفسه می گوید نوه هم ولد است. این در مورد جد پدری است.

حکم نوه با جد مادری

اطلاق ولد در جد مادری محل تردید است و اطلاق این جا ثابت نیست.

اشکال

اهل بیت ع ابن رسول الله است.

جواب

آن جا دلیل حاکم است و تشریفاً است و این نشان دهنده وضع لغوی و استعمال عرفی نیست.

بررسی حکم ولد رضاعی

اطلاق ولد بر ولد رضاعی از اساس با تسامح است. ولد ما يتولد است و لذا شامل آن نمی شود.

بررسی کلمه رجل

آیا رجل خصوصیت دارد و یا مطلق پدر و مادر را می گویند؟

مکرراً در روایات رجل ذکر شده است ولی خصوصیت ندارد.

دلیل اعمیت

دلیل عمومیت می تواند این باشد که پدر و مادر حقوق مساوی دارند و بلکه شاید حقوق مادر بیشتر باشد.

این جا عبارت "لیس بین الرجل و ولده ربا" است.

در کتاب فقه الرضاع "لیس بین الوالد و ولده ربا" است.

عده ای می گویند کتاب فقه الرضاع کتابی روایی است و می توان به عبارات آن به عنوان روایات استناد کرد اما ما گفتیم اقدام کتب فقهی ماست. پس تمام کتاب، روایت نیست. البته فقه متقدمین همه اش روایت بوده است ولی باز هم نمی توانیم به عنوان کتاب روایی نگاه کنیم ولو اکثرش روایت است. پس ممکن است کلماتی اضافه شده باشد و نقل به مضمون از طرف نویسنده شده باشد چون مقید نیست که متن روایت را بگوید. اگر بگوید دارم روایت می کنم مشکل حل است ولی چنین نیست شاید به جای لیس بین الرجل می گوید لا ربا بین الوالد

گذاشته باشد چون کتابش فقهی است. اگر کتاب روایی باشد یعنی الفاظ را هم دارد به معصوم نسبت می دهد و لذا رعایت می کند اما وقتی کتاب فقهی باشد الفاظ را به معصوم نسبت نمی دهد.

اگر فرض بگیریم که فقه الرضاع کتاب روایی است. آیا بین تعبیر والد و رجل تفاوت است؟

ما در تعابیر عرفی، والد و والده می گوئیم. گاهی والد گفته می شود و هر دو اطلاق می شود ولی این قرینه می خواهد و لذا رجل و والد در یک حکم هستند. البته برخی خواستند بگویند که والد هم زن و هم مرد است در استعمالات ولی به نظر ما این ثابت نیست. وقتی هر دو مراد باشد می گویند والدین. مثلاً قرآن هم می گوید "و بالوالدین احساناً"

پس به نظر ما تفاوتی نیست و لذا باید کلمه رجل را بررسی کنیم.

رجل در لغت بر زن اطلاق نمی شود و این که از آن گاهی مرد و زن می فهمیم در روایات، الغاء خصوصیت است ولی وضع لغوی، مرد است.

گفتیم دلیل اعمیت می تواند این باشد که حقوق پدر و مادر مساوی است.

اشکال به دلیل اعمیت

پدر ولایت دارد و مادر ولایت ندارد. مثلاً هم در روایات داریم و هم در فقه داریم که اگر پدر نیازمند بود بدون اذن فرزند می تواند از مال او بردارد حال یا قرضاً و یا بلا عوض ولی در مادر چنین چیزی ثابت نیست و با توجه به این ولایت، الغاء خصوصیت، محتمل است ولی قطعی نیست.

• جلسه ۱۵ دوشنبه ۱۶ مهر ۱۳۹۷

در مورد رجل گفتیم آیا شامل جد می شود یا خیر؟

نظر خودمان را گفتیم اما در میان فقهاء اختلاف وجود دارد. برخی می گویند شامل جد نمی شود و شامل پدر می شود. برخی توقف کردند و برخی قائل به شمول شدند.

فاضل مقداد، محقق ثانی، شهیدین تصریح کردند نفی ربا به جد سرایت نمی کند.

نتیجه قول به توقف، حرمت ربا است چون عمومات لاتاکلوا الربا این جا را شامل می شود.

صاحب جواهر می گوید این که جواز ربا شامل جد شود، لایخلو عن قوه یعنی شمول را استظهار کردند؛ ولی می گویند احتیاط این است که جد ربا نگیرد. (جواهر ج ۲۳ ص ۳۸۰ دارالکتب)

برخی از بزرگان تصریح دارند که مشکلی ندارد و مطمئناً والد و رجل شامل جد می شود چون به فرزند با واسطه هم ولد گفته می شود.

حکم ربا گرفتن فرزند از پدر

آیا رابطه جواز ربا دو طرفه است یا تنها از طرف پدر؟ یعنی فقط پدر از فرزند می تواند ربا بگیرد و یا فرزند هم می تواند ربا بگیرد؟

توهم این است که حضرت ع فرمودند بین والد و ولد ربا نیست ولی بین ولد و والد ممکن است ربا باشد؛ اما مشهور فقهاء می گویند فرقی بین این دو نیست و دلیل آن کلمه بین است که ناظر به رابطه طرفینی است.

تنها مخالف، ابن جنید اسکافی است که می گوید فرزند از پدر نمی تواند ربا بگیرد. ایشان فقط فتوی دارد و استدلال معلوم نیست و شاید استدلال ایشان همان توهمی باشد که بیان شد.

علامه می گوید شاید کلام ایشان بخاطر این باشد که پدر اجازه تصرف بلاذن دارد ولی پسر اجازه ندارد. به این نکته توجه کنید که مستثنیات ربا از متفردات امامیه است.

به نظر ما اطلاق دلیل شامل هر دو مورد می شود.

ادامه روایت: لیس بین السید و عبد ربا

چون بحث مولا و عبد مطرح نیست خیلی بحث نمی کنیم اما سوالی مطرح است که عبد مگر می تواند مالک چیزی شود که از او ربا بگیریم و یا به او ربا بدهیم؟! برخی گفتند این عبد ممکن است ناظر به عبد مکاتب باشد.

این روایت سند دومی دارد که ذیل روایت دوم می آید.

۲۳۳۲۰-۲- وَبِهَذَا الْإِسْنَادِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص لَيْسَ بَيْنَنَا وَبَيْنَ أَهْلِ حَرَبِنَا رَبًّا نَأْخُذُ مِنْهُمْ أَلْفَ دِرْهَمٍ بَدْرِهِمْ وَنَأْخُذُ مِنْهُمْ وَلَا نُعْطِيهِمْ.

بهذا الاسناد یعنی کلینی از حمید بن زیاد و باقی سند که قبلا گفتیم که سند ضعیف است. این روایت سند دومی دارد که در ذیل می آید و احتمال اعتبار سند تزییلی وجود دارد.

دلالت

۱. مسلم از کافر می تواند ربا بگیرد ولی نمی تواند ربا بدهد. این جا رابطه یک طرفه است و این یک طرفه بودن بخاطر تصریح حضرت رسول ص است بر خلاف روایت قبل که این تصریح نبود.
۲. مقصود از کافر، کافر ذمی نیست بلکه کافر حربی را گفتند.
۳. آیا اهل حرب یعنی محارب بالفعل یا کسی که در سرزمین کفار حربی زندگی می کند را هم شامل می شود؟

اقسام کافر

- ✓ کافر ذمی: اهل کتابی که در سرزمین اسلام زندگی می کنند.
- ✓ کافر معاهد: با آن ها جنگ نداریم و معاهده داریم و ضرورتا هم ذمی نیستند.
- ✓ کافر مستامن: کافری که ذمی نیستند چون ذمی یعنی اهل کتاب ولی این ها اهل کتاب نیستند ولی ذیل سرزمین اسلام زندگی می کنند.
- ✓ محارب بالفعل
- ✓ کافری که در دار الحرب است ولی با ما محاربه مستقیم ندارد.

حال سوال این است که مراد از اهل حرب کدامیک است؟

حکم اقسام از این روایت فهمیده نمی شود؛ اما قدرمتیقن از "اهل حربنا" کافری است که در دار الحرب زندگی می کند و معاهده صلح هم ندارد و جنگ بالفعل هم دارند در برابر کفاری که در صدد جنگ هستند ولی در حال جنگ نیستند.

روایاتی داریم که تا حدی این اهل حرب را مشخص می کنند.

و رَوَاهُ الصَّدُوقُ مُرْسَلًا نَحْوَهُ وَ كَذَا الَّذِي قَبْلَهُ

مرسلات صدوق را برخی قبول دارند و برخی می گویند اگر ارسال مسلم باشد معتبر و الا خیر. پس روایت اول و دوم ممکن است این طور معتبر شود چون صدوق در من لایحضره الفقیه ارسال مسلم کرده است و گفته است قال رسول الله ص.

و رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ وَ كَذَا الَّذِي قَبْلَهُ.

این سند همان سند کلینی است و لذا ضعیف است.

۲۳۳۲۱-۳- و عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ يَسِ الضَّرِيرِ عَنْ حَرِيزِ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: لَيْسَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَ وُلْدِهِ وَ بَيْنَهُ وَ بَيْنَ عَبْدِهِ وَ لَا بَيْنَ أَهْلِهِ رَبًّا إِنَّمَا الرَّبُّ فِيمَا بَيْنَكَ وَ بَيْنَ مَا لَا تَمْلِكُ قُلْتَ فَاَلْمَشْرُكُونَ بَيْنِي وَ بَيْنَهُمْ رَبًّا قَالَ نَعَمْ قَالَ قُلْتَ: فَإِنَّهُمْ مَمَالِكُ فَقَالَ إِنَّكَ لَسْتَ تَمْلِكُهُمْ إِنَّمَا تَمْلِكُهُمْ مَعَ غَيْرِكَ أَنْتَ وَ غَيْرُكَ فِيهِمْ سَوَاءٌ فَالَّذِي بَيْنَكَ وَ بَيْنَهُمْ لَيْسَ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّ عَبْدَكَ لَيْسَ مِثْلَ عَبْدِكَ وَ عَبْدٌ غَيْرُكَ.

سند

یس الضریر: ممدوح است. کتاب داشته است و اجلاء از او نقل کردند و مدتی خدمت امام ع بوده است.

ما از باب مهملین اعتماد می کنیم.

آیت الله شبیری بخاطر نقل اجلاء مثل محمد بن عیسی به او اعتماد می کند.

برخی محمد بن عیسی را اشکال می کنند بخاطر مسائل نوادر الحکمه که قبلا مطرح کردیم ولی ما به او اعتماد می کنیم.

پس روایت معتبره است. کتب فقهی زیادی، تعبیر به صحیح زراره می کنند که ظاهرا از باب توثیق نقل اجلاء است.

دلالت

۱. ابتدای روایت مانند روایت قبل است.

۲. سه استثناء را تا الان گفته بودیم: بین والد و ولد و عبد و سید و بین مسلم و کافر حربی مطرح شده بود

اما این جا استثناء چهارمی ذکر شده است که ربا بین شخص با اهل خودش است.

۳. مقصود از اهل، ولد نیست چون ولد را قبلیش ذکر کردند. غیر از ولد کیست؟ اهل غیر ولد، همسر است.
۴. این که اهل لغتاً بر چه صادق است و استعمالات به چه گونه بوده است؟ بحث های کلامی و فقهی بسیاری دارند. آن چه در کلام مطرح می شود که اهل بیت ع ناظر به افراد خاصی است و شامل همسران نمی شود، به لحاظ قرائن است ولی لغتاً شامل همسر و فرزندان است.
۵. اگر رابطه دو طرفه باشد یعنی ربا از طرف همسر و شوهر مشکلی ندارد.
۶. آیا اهل تنها به زوجه دائمه اطلاق می شود یا به زوجه موقته هم اطلاق می شود؟ قطعاً زوجه موقته ای که مدتش قصیره است و با شخص زندگی نمی کند اهل نیست.
- اما گاهی زوجه ای است که موقته است ولی ۲۰ ساله است و با هم زندگی می کنند که این ممکن است اهل باشد.
- صاحب جواهر مدت قصیره را تاکید می کند که شامل نمی شود.
- ممکن است بگوییم که اهل شامل زوجه دائمه ای که عقدی خواندند و اصلاً یکدیگر را نمی بینند نشود؛ ولی ظاهراً عرفاً به هر زوجه دائمه ای اهل می گویند. بررسی بیشتر کلمه اهل خواهد آمد.
۷. امام ع سپس قاعده کلیه ای می دهد که مهم است. "إِنَّمَا الرَّبَّاءُ فِيمَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ مَا لَا تَمْلِكُ" یعنی هر کسی که شخص، مالک امر او هست (لا تملک یعنی لا تملک امره چون مالکیت نسبت به خود زن و فرزند که معنا ندارد) و می تواند امر و نهی کند و اختیاردار اوست ربا در آن وجود ندارد.
۸. روایت ظهور در تعلیل حکم سابق دارد و گویا قاعده کلیه است که اگر قاعده کلیه باشد، برخی از سوالات جواب داده می شود. چون العلة تعمیم و تخصص.
- مثلاً آیا جد می تواند از نوه ربا بگیرد؟ باید دید که اختیار دارد و ولایت دارد پس طبق این قاعده می تواند ربا بگیرد. این می تواند از باب العلة تعمیم باشد ولو والد بر جد صدق نکند.
- آیا می توان از زوجه موقته ربا گرفت؟ خیر چون هیچ تسلطی بر او نداریم و این از باب العلة تخصص است یعنی ولو اهل بر او صادق باشد ولی حکم جواز در مورد او ثابت نیست.

● جلسه ۱۶ سه شنبه ۱۷ مهر ۱۳۹۷

ادامه دلالت روایت سوم

۹. زراره سوال می پرسد که این قاعده شامل مشرکان هم می شود پس چرا مشرکان را در زمره مستثنیات ذکر نکردید؟!

در فقره اول امام ع گفته بودند که عبد هم ربا ندارد پس این سوال زراره در مورد کافری است که عبد نیست.

زراره گفت آیا ربا با مشرکان حرام است؟ امام ع فرمود حرام است. زراره گفت آنها ممالیک ما هستند پس طبق قاعده باید ربا نباشد.

"مالا تملک" یعنی آن چه به تنهایی مالک هستی ولی تو به تنهایی مالک همه مشرکان نیستی. مسلمان همه با هم مالک مشرکین هستند.

اشکال

ما که هنوز مالک کفار نشدیم.

جواب

مالکیت شخصی منتفی است ولی مالکیت کلی مشرکان که ثابت است. مشرکان عبید مسلمانان هستند ولو هنوز به اسارت گرفته نشده اند. مثل مالی است که از تسلط شما خارج است.

امام ع هم فرمودند لَأَنَّ عَبْدَكَ لَيْسَ مِثْلَ عَبْدِكَ وَ عَبْدٌ غَيْرُكَ يَعْنِي أَيْنَ كَفَارٍ، عبد شراکتی شما هستند ولو هنوز اسارت منتفی است.

۱۰. "بنده تو مثل عبد تو و عبد دیگری نیست" مالکیت تو نسبت به عبدت استقلالی است ولی مالکیت تو نسبت به عبد شراکتی، استقلالی نیست. پس ربا آن جا اشکال دارد.

پس دو نکته استفاده شد:

نکته ۱: ما از مطلق مشرک نمی توانیم ربا بگیریم.

نکته ۲: قاعده عدم ربا در موارد ماتملک در ملکیت اختصاصی است نه اشتراکی.

پس ذیل روایت می گوید اگر عبد شراکتی باشد ربا در آن جا حرام است و از مستثنیات نیست.

مراد از عبد شراکتی، اختیاردار بودن دو نفر در عرض هم است نه در طول.

عبد مکاتب و یا مبعوض مالک دوم ندارد و مالکی غیر از مولا ندارد و لذا مشمول جواز است.

اشکال

روایت گفت اگر اختیار اختصاصی نداشته باشید ربا حرام است و در این موارد عبد مکاتب و مبعوض،

اختیار اختصاصی نیست چون اختیار دیگر خودش است. درست است که مالک دومی ندارد ولی طرف

دوم خود شخص است.

جواب

در موارد دیگر مثل رابطه پدر و فرزند، پدر اختیار اموری را دارد ولی بر همه زندگی آنها تسلط ندارد و نیز زن و شوهر. پس مراد این است که شما اختیاردار او باشید و نفر دوم در عرض نباشد ولو خودش هم اختیاراتی دارد ولی مهم این است که کسی در عرض تو اختیاردار نیست.

ان قلت

جد در عرض پدر اختیاردار است.

قلت

علی المشهور عرضی نیست بلکه طولی است.

۱۱. پس این روایت تصریح دارد که بین مشرک و مسلمان ربا حرام است. ولی روایت دوم گفتند بین مسلم و اهل حرب ربا نیست پس نیاز به جمع دارد. لذا شیخ حر می گویند مقصود ذمی است. پس از ذمی ربا گرفته نمی شود و از اهل حرب می شود. أَقُولُ: هَذَا مَخْصُوصٌ بِالذَّمِّ لِمَا مَرَّ أَوْ مَحْمُولٌ عَلَيَّ الْكِرَاهَةِ.

۲۳۳۲۲ - ۴ - مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عَيْسَى عَنْ يَسِّ الضَّرِيرِ عَنْ حَرِيْزٍ عَنْ زُرَّارَةَ وَ مُحَمَّدَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: لَأَنْ عَبْدَكَ لَيْسَ عَبْدَ غَيْرِكَ.

سند

همان بحث یس ضریر.

صاحب جواهر از روایت سه و چهار که یس ضریر در آن است تعبیر به صحیحه می کند.

دلالت

نکته تازه ای ندارد.

۲۳۳۲۳ - ۵ - مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: قَالَ الصَّادِقُ ع لَيْسَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَ بَيْنَ الذَّمِّيِّ رَبًّا وَ لَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَ بَيْنَ زَوْجِهَا رَبًّا.

سند

از ارسال مسلمات صدوق است پس معتبر است.

روایات مرسله در من لایحضره الفقیه زیاد است.

دلالت

۱. روایت دوم عبارت اهل حرب داشت و روایت سه و چهار، عبارت "مشرکون" داشت و این روایت عبارت "ذمی" دارد.
۲. این روایت می گوید ربا از کافر ذمی اشکال ندارد. نفی حکم به لسان نفی موضوع.
۳. این روایت با روایت دوم مشکلی ندارد چون روایت دوم می گفت کافر حربی ربا ندارد و این روایت می گوید کافر ذمی ربا ندارد و این دو با هم می سازد چون دو روایت مفهوم نداشت. اما این دو با روایت سه و چهار تنافی دارند.
۴. کافر ذمی هر کافری که در ذمه اسلام است به شرطی که اهل کتاب باشد. در ذمه اسلام است یعنی قوانین حکومت اسلامی را پذیرفته است و جزیه می دهد.
امروزه می گویند مالیات کفار ذمی در ایران همان جزیه محسوب می شود.
کفار معاهد کفاری اند که در سرزمین اسلامی نیستند ولی پیمان و عهدنامه دارند. در قرآن هم وجود دارد که الا علی قوم بینکم و بینهم میثاق. مثل عهدنامه مودت ایران و امریکا که بر اساس آن دادگاه لاهه چند روز پیش به نفع ایران رای داد.
آیت الله مکارم می گویند کفار معاهد همه کشورهای هستند که در آن سفیر و کاردار داریم یعنی طرف معاهده ما است.
کفار مستامن کفاری هستند که امان گرفتند یعنی ممکن است در سرزمین اسلامی باشد ولی جزیه ندهند چون در امان هستند.
می گویند پناهندگان به دولت اسلامی می تواند همان کافر مستامن باشد.
دولت اسلامی بر اساس مصالح خودش به برخی از کفار، پناهندگی می دهند که شهروند ایران نیستند. پناهندگی تعریف دارد مثلا شاید بگویند که اموال غیرمنقول را مالک نمی شود.
آیت الله مکارم در استفتائات می گویند وقتی دولت اسلامی به کفار ویزا می دهد، کافر مستامن می شود پس اختصاصی به لاجئین یعنی پناهندگان ندارد. همه گردشگران کافر، مستامن می شود.

اهل ذمه مال و جانشان محترم است. کافر هم مستامن هستند و چون در امان هستند مال و جانشان محترم است. کفار معاهد هم مال و جانشان علی اختلاف محترم هستند. کفار حربی هستند که نه در ذمه ما هستند و نه در امان هستند و نه عهدنامه دارند و یا بالفعل می جنگند و یا درصدد جنگ با ما هستند و یا آنهایی را که با ما می جنگند حمایت موثر می کنند. اگر جنگ مسلم با مسلم است و کفار، یک گروه را تقویت می کند مثلا سلاح می دهد آنها کافر حربی نیستند چون کافر حربی یعنی با کل مسلمانان بجنگد و این جا با برخی از مسلمانان صلح دارند که ظاهرا این حرف درست است.

کفار مُهاند (هدنه به معنای آرامش) نه ذمی هستند و نه قرارداد صلح دارند و نه می جنگند. سرمایه هایشان در کشورهایی است که کفار حربی هستند و سود می گیرند می گویند کافر حربی مال و جانشان محترم نیست ولی ظاهرا بخاطر عنوان ثانوی حکم به عدم جواز تعرض به مال و جان آنها داده شده است بخاطر این که مسلمانان در کشورهای کفار حربی، دست به دزدی و... نزنند.

حکم اقسام کافر
بهترین حالت این اقسام کافر ذمی است چون اولاً اهل کتاب هستند و ثانياً در دولت اسلامی هستند و ثالثاً جزیه می دهند. حال اگر از او می توانیم ربا بگیریم پس بقیه اقسام به طریق اولی حکمشان جواز است.

در این صورت، رابطه روایت سه و پنج عام و خاص مطلق نیست بلکه تباین دارند.

• جلسه ۱۷ چهارشنبه ۱۸ مهر ۱۳۹۷

ادامه دلالت روایت ۵

برخی از آقایان سرقت اموال در کشور کفار حربی را اجازه ندادند و مبنای آنها عنوان ثانوی نیست بلکه از این باب است که وقتی پذیرفتید که وارد کشور دیگری شوید و ویزا گرفتید، یعنی التزام و تعهد دادید که قوانین آن را رعایت کنید و وفای به عهد و پیمان ولو با کفار واجب است "فما استقاموا لکم فاستقیموا لکم"

فراز دوم "و لا بین المراء و زوجه ربا" این مضمون را در روایت سوم هم داشتیم که فرمود: "و لا بین اهله"

این اهل شامل همسر و فرزندان می شود ولی در آن روایت گفتیم ناظر به همسر است چون ولد را در صدر روایت ذکر شده بود اما این جا تصریح به مرأه دارد.

در آن روایت بین الرجل و اهله داشت که ابتدائاً رجل ذکر شده است و در این روایت، بین المرأه و زوجه دارد یعنی ابتدائاً مرأه ذکر شده است و این نزدیک به تصریح به این است که رابطه جواز ربا از دو طرف است. پس علاوه بر ظهور کلمه "بین" در رابطه دو طرفه است و از آن بالاتر این جا دو طرف ذکر شده است.

اشکال به رابطه دو طرفه

"انما الربا بینک و بین مالک" یعنی بین ما و آن کسی که مالکش هستیم مجاز است و زن که مالک مرد نیست و مرد مالک زن است. پس زن نباید بتواند ربا بگیرد.

جواب

روایت می گوید اگر شما مالک او هستی، می توانی ربا بگیری و ربا بدهی. پس رابطه دو طرفه است.

فقهاء فروع فقهی زیادی در این قسمت مطرح کردند:

فرع ۱: آیا زوج شامل منقطعه هم می شود یا خیر؟

این را مقداری بحث کردیم.

فرع ۲: آیا شامل مطلقه رجعیه می شود یا خیر؟

تذکر روشی

صرف استدلال بر استعمال دلیل بر ظهور و معنای موضوع له نمی شود.

این که در روایتی ابن یا زوج یا زوجه شاهد بر این نیست که موضوع له آن عام یا خاص است یا ظهور دائمی آن خاص و عام است.

استعمال مجازی فقط حسن استعمال را اثبات می کند ولی ثابت نمی کند که معنای مستعمل فیه معنای موضوع له است. برای معنای موضوع له و معنای ظاهر دائمی نیاز به چیزی بیش از یک استعمال است مثلاً کثرت

استعمال می خواهد که حداقل برای شما ظهور انصرافی می سازد اگر تبدیل به وضع تعینی نشود. البته آخوند می گوید استعمال بلاعنایه ولو یک استعمال باشد را دال بر وضع می داند.

مثلا در آیه قرآن "و لکم نصف ما ترک ازواجکم" زوج مطلق است ولی قطعا مراد دائمی است چون معلوم است که اگر زوجه موقته فوت کرد به زوج او ارث نمی رسد. این یک استعمال است و صرف آن اثبات نمی کند که کلمه زوج، منصرف به دائمی است.

زوج به لحاظ وضع لغوی شامل همسر دائم و موقت می شود و هر دو زوجه هستند. ممکن است انصراف بخاطر غلبه وجودی باشد چون همسر دائمی بیشتر است که معتبر نیست و انصراف بخاطر کثرت استعمال مهم است. اگر کسی غلبه وجودی را پذیرفت معنای منصرف ملاک می شود. چون مبنای عمل فقیه، ظهورات است نه موضوع له. ما موضوع له را از این بابت بحث می کنیم که اصل تطابق موضوع له با مستعمل فیه و ظهور است. آخوند در بحث قول لغوی گفت لغوی متخصص و خبره در موضوع له نیست ولی در نهایت، استدراکی کرد که او خبره در مستعمل فیه است و همان برای ما مهم است چون مبنای ما ظهور و مراد متکلم است.

به نظر ما زوجه انصراف در زوجه دائمه دارد. حداقل در زوجه منقطعه مشکوک است و عام فوقانی، لا تاکوا الربا اضعافا مضاعفة است.

شیخ حر می گوید:

أقول: حمّله بعضُ الأصحابِ علی الذمیِّ الخارجِ عن شرائطِ الذمّةِ لما مرَّ.

چون ربای بین مسلمان و ذمی را مفروغ الجواز می دانستند این روایات را هم حمل بر ذمی خارج از ذمه کرده اند.

آقایان در برخی موارد، می گویند حکومت است و لسان تفسیر هم نیست اگر این را بپذیریم می توانیم بگوییم. روایت ۵ (که زوجه داشت) مفسر روایت ۳ (که اهل داشت) است.

لسان حکومت فقط اعنی و یعنی و ... نیست بلکه همین که دلیل دوم ناظر به دلیل اول باشد کافی است. مثلا لا ربا بین الوالد و ولده ناظر به حرم الربا است. وقتی می گوید ربا نیست یعنی ناظر به آن چه هستیم که قبلا راجع

به ربا گفتیم ولی روایت ۵ همین لسان را هم ندارد. اگر بخواهیم روایت ۵ را حاکم بدانیم باید بگوییم تمام عباراتی که مراد را از عبارت پیشین می تواند مشخص کند حکومت می شود.

۲۳۳۲۴-۶- و بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ أَنَّهُ سَأَلَ أَخَاهُ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ عَنِ رَجُلٍ أُعْطِيَ عَبْدَهُ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ عَلَى أَنْ يُؤَدِّيَ الْعَبْدُ كُلَّ شَهْرٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ أَوْ يَحِلُّ ذَلِكَ قَالَ لَا بَأْسَ.

سند

طریق صدوق به علی بن جعفر را بحث می کنیم.

دلالت

این روایت در صورت اخذ ربا است نه ربا دادن.

۲۳۳۲۵-۷- عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ عَنْ أَخِيهِ عٍ مِثْلَهُ وَ زَادَ قَالَ وَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أُعْطِيَ رَجُلًا مِائَةَ دَرَاهِمٍ يَعْمَلُ بِهَا عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ خَمْسَةَ دَرَاهِمٍ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ هَلْ يَحِلُّ ذَلِكَ قَالَ لَا هَذَا الرِّبَا مُحْضًا.

سند

شیخ حر می گوید همان روایت قبل در کتاب علی هم هست و زیاده ای دارد. پس سند دوم روایت قبل هم می تواند باشد.

دلالت

این ذیل ارتباط مستقیمی به بحث ما ندارد و می گوید مضاربه این چینی هم ربا است پس این روایت در مورد ربا است پس روایت قبل هم در مورد مضاربه ربایی است و در آن جا امام ع فرمودند که سید از عبد می تواند ربا بگیرد پس اشکال نکنید که مورد روایت ۶ ربا نیست.

پس وجه ذکر روایت ۷ این است که هم سند دوم است و هم اثبات می کند که بحث در ربا است.

• جلسه ۱۸ شنبه ۲۱ مهر ۱۳۹۷

در باب ۷ از ابواب الربا چهار عنوان ذکر شد:

عنوان ۱: لیس بین الرجل و ولده ربا

روایت سوم (زراره) قابل اعتماد است و نیز روایت چهارم (محمد بن مسلم) پس ربای بین مرد و فرزندش جایز است.

گفتیم شامل مادر نمی شود و الغاء خصوصیت نمی شود که محرز نیست و لذا تحت عمومات حرمت ربا داخل می شود.

ولد صادق بر پسر و دختر است.

تا این جا مورد اختلاف نیست.

آیا فرزند می تواند از پدر ربا بگیرد؟ ما گفتیم کلمه بین رابطه دو سویه را می رساند و لذا فرزند هم می تواند از پدر بگیرد. بین پدر و فرزند ربا اشکال ندارد چه پدر گیرنده باشد و چه دهنده باشد. این مقتضای اطلاق کلمه بین است.

ابن جنید جواز ربا گرفتن فرزند از پدر را قبول نداشت.

ولد شامل نوه پسری می شود پس پدر بزرگ می تواند از نوه خود ربا بگیرد و هم می تواند بدهد؛ اما شمولش نسبت به نوه دختری محرز نیست ظهور محل تردید است.

ولد شامل ولد رضاعی نمی شود چون اساسا ولد (ما يتولد) نیست.

حکم فرزند خوانده چیست؟ ولد نیستند چون "ما جعل ادعیائکم ابنائکم"

آیا ولد الزنا از پدر طبیعی خودش می تواند ربا بگیرد؟

ظاهرا ولد شامل ولد الزنا هم می شود؛ چون کلمه ولد اختصاصی به ولد شرعی ندارد.

عنوان ۲: لیس بین السید و ولده ربا

این هم روایت سه و هم روایت چهارم بود و لذا این مورد هم از مستثنیات ربا است.

این بحث وجود دارد که مگر عبد مالک می شود که ربا گرفته شود. اما این جا می گوئیم اگر مالک نمی شود که سالبه به انتفاء موضوع است و اما این جا می گوئیم اگر مالک هم باشد ربا اشکال ندارد.

ربا از عبد مطلق جایز است چون ما لاتملک است ولی این تقریبا سالبه به انتفاء موضوع می شود؛ اما در عبد مبعوض و مکاتب و مشترک گفتیم ربا نیست چون مالک اختصاصی آن مولا نیست.

عنوان ۳: و لا بین اهله ربا و المرأة و زوجه

در روایت سه و چهار وجود داشت و در روایت پنجم لاریا بین المرأة و زوجه وجود داشت.

روایت مخالف نداشتیم و روایت سه و چهار به لحاظ سندی معتبر بود پس این مورد هم از مستثنیات است.

گفتیم رابطه جواز ربا دو طرفه است و در بحث زن و مرد، در روایت سه و چهار، ابتدائا مرد ذکر شده است و در روایت پنجم از طرف زن مطرح شده است پس رابطه دو طرفه می شود. البته ما در رجل و ولد هم رابطه را دو طرفه می دانستیم.

این نکته در زن و مرد را از این جهت مطرح کردیم که ممکن است کسی بگوید کلمه بین بخاطر این است که عقد رابطه دو طرفی است اما آخذ ربا بستگی به این دارد که اول، کلمه رجل بیاید و یا فرزند بیاید. ولی این در رجل و ولد مطرح است نه در زوج و زوجه. مگر در روایت پنجم خدشه شود که مرسله صدوق است.

البته ما ظهور کلمه بین را در رابطه دو طرفه جواز ربا را پذیرفتیم.

اشکال

شاید تصریح به رابطه دو سویه در زوج و زوجه نشان گر این است که در رابطه های قبلی، یک سویه بوده است.

جواب

آن روایات رجل و ولد جواب سوال نیست و امام ع ابتدائا ذکر کردند و در مقام بیان بودند و اطلاق مقامی اقتضا دارد که اگر رابطه یک سویه است باید می گفتند. خصوصا که کلمه بین ظهور در رابطه دوسویه دارد.

مضافا به این که در رابطه با اهل حرب تصریح به رابطه یک سویه شده است "ناخذ منهم و لانعطيهم" یعنی اگر رابطه یک سویه باشد تذکر می دهند.

اخذ به اطلاق کلمه بین به این تقریب است که سلمنا که کلمه بین بخاطر رابطه دو سویه عقد گفته شده است پس گفتند عقد ربا نیست اما نگفتند آخذ چه کسی باشد. پس ظهور اطلاقی روایت دلالت دارد که آخذ اگر فرزند هم باشد مشکلی ندارد. مگر بگویند ادله حرمت ربا آنقدر قوی است که با این مقدار ظهور نمی توان از آن عام خارج شویم پس باید به قدرمتیقن اخذ شود. یعنی اگر متکلم می خواست این نکته را تذکر دهد باید تاکید بیشتری می کرد.

قدرمتیقن روایت این است که پدر از فرزند می تواند ربا بگیرد؛ چون این احتمال که فرزند مجاز باشد از پدرش سود اضعاف مضاعف بگیرد ولی پدر مجاز نباشد از پسرش سود اضعاف مضاعف بگیرد، خیلی بعید از ذهن است.

این که پدر بتواند ربا بگیرد، بخاطر شأن و حق و تسلط پدر قابل پذیرش است ولی از طرف فرزند این گونه نیست و این استحسان نیست بلکه تحلیل ذهن عرفی است که از مجموعه روایات و آیات این ذهنیت برای ذهن عرفی متشرعه بدست می آید.

شاهد لفظی، احتمال خصوصیت داشتن تقدیم رجل است.

عمومات حرمت ربا از عموماتی است که نزدیک به اباء از تخصیص است یعنی سخت تخصیص می خورد.

پس جواز اخذ ربای پدر از ولد صلبی (بی واسطه) ثابت شد و بقیه، تحت عمومات باقی می ماند.

وجه فنی این کلام:

وجه ۱: عمومات آبی از تخصیص

وجه ۲: کلام شهید صدر در حرمت عمل به ظنون

آیا ادله حرمت عمل به ظنون می تواند، سیره عقلائیه را ردع و منع کرده است یا خیر؟

گاهی حکمی که وجود دارد به گونه ای است که اگر دلیلی بخواهد موردی از آن را خارج کند و یا آن را بالکل رد کند باید تعدادش زیاد باشد.

اشکال

در حکومت، بحث اقواییت دلالت مطرح نیست و همیشه حاکم مقدم است.

جواب ۱

کلام شهید می تواند در حکومت هم بیاید چون حکومت هم نوعی از تخصیص است.

جواب ۲

لا ربا حاکم است بر حرم الربا و مقدم است اما سخن در این است که قلمروی موضوع لا ربا تا کجاست که این جا بحث اطلاق مطرح شد که نمی تواند مقدم بر حرم الربا باشد.

اما این کلام در زوج و زوجه نبود چون رابطه دو سویه تصریح شده بود ولی ارسال مسلم صدوق بود که به نظر ما معتبر است.

عنوان ۴: کافر و مسلم

سیاتی

• جلسه ۱۹ یکشنبه ۲۲ مهر ۱۳۹۷

در روایت سوم و چهارم یس ضریر وجود داشت.

۲۳۳۲۱-۳- و عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ يَسِ الضَّرِيرِ عَنْ حَرِيْزٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ

۲۳۳۲۲-۴- مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عَيْسَى عَنْ يَسِ الضَّرِيرِ عَنْ حَرِيْزٍ عَنْ زُرَّارَةَ وَ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ

ما از باب مهملین یعنی اصالة الوثاقه به او اعتماد کردیم و لذا نیازی به اثبات توثیق صریح نیست ولی باقی آقایان که این اصل را قبول ندارند نیاز به توثیق صریح دارند که برخی در این نکته تردید دارند.

عنوان ۴: کافر و مسلم

سه دسته روایت در باب ۷ در این مورد وجود دارد:

روایت ۲: "لیس بیننا و بین اهل حربنا ربا" که موضوع این روایت اهل حرب است.

روایت ۳ و ۴: بین مشرکین و مسلمانان ربا حرام است.

روایت ۵: "لیس بین المسلم و بین الذمی ربا"

الف) نسبت مشرک و کافر

آیا مشرک به مطلق کافر می گویند یا کافر خاصی؟

می گویند مشرک یعنی کسانی که خدا را قبول داشتند ولی برای او شریک قائل بودند ولی کافر یعنی کسی که از اساس، خدا را قبول ندارند.

در خصوص قرآن، مشرک به معنای غیر اهل کتاب است. از اهل کتاب، به تعبیر "اهل کتاب" و "کافر" می شود.

در روایات، برای ما ثابت نشد که مشرک، مطلق غیر مسلمان است یا اهل کتاب مراد است؟ اهل کتاب هم قائل به خدای سه گانه هستند. قائل به شرک در الوهیت هستند نه فقط خلق.

این که مشرک اصطلاح خاصی باشد برای ما ثابت نیست و پس مراد از آن، کفار اهل کتاب و غیر اهل کتاب است.

اگر مشرک عام باشد، نسبتشان با کافر اهل حرب، عام مطلق می شود. پس روایت ۲ روایت ۳ را تخصیص می زند. یعنی ربا با غیر اهل حرب، حرام است.

اگر گفتیم مشرک، غیر اهل کتاب است که ظهور استعمال قرآنی این است. نسبت بین اهل حرب و مشرکین، من وجه است؛ چون اهل حرب می تواند کافر کتابی باشد یا غیر کتابی و از آن طرف، مشرکون هم غیر اهل کتاب هستند ولی می تواند اهل حرب باشد یا نباشد.

ب) نسبت اهل حرب و ذمی

نسبت این دو تباین است و هیچ تنافی ندارند. پس روایت ۲ و ۵ هیچ منافاتی ندارند چون روایت ۲ اثبات حلّیت ربای مسلم با اهل حرب می کند و روایت ۳ هم اثبات حلّیت ربای مسلم با اهل ذمه می کند.

نسبت بین ذمی و مشرک

روایت ۳ و ۵

مشرکین غیر اهل کتاب هستند، نسبت این دو تباین می شود چون ذمی اهل کتابی است که در ذمه اسلام است. ربا از مشرک حرام است ولی از ذمی جایز است و نسبت آنها تباین است پس از این منظر تهافتی نیست الا این که گفتیم اگر از ذمی ربا جایز است از مشرک غیر ذمی باید به طریق اولی جایز باشد و از این جهت، بین روایت ۳ و ۵ تنافی رخ می دهد.

اگر مشرکین همه کفار را می گیرد، ذمی خاص مطلق می شود و لذا روایت ۵ روایت ۳ را تخصیص می زند. یعنی جایز نیست از هیچ مشرک و کافری ربا گرفت و اهل حرب و ذمی از آن ها استثناء شده است که از آن ها ربا جایز است اما ربا از اهل کتابی که نه ذمی است و نه اهل حرب است یعنی مهاند است ربا جایز نیست و نیز ربا از کفاری که معاهد هستند و نیز از کفاری که مستامن هستند نمی توان ربا گرفت.

نزدیکترین کافر، اهل کتابی است که شرایط ذمه را رعایت می کند و اگر ربا از او جایز باشد از همه اقسام می توان ربا گرفت و با توجه به این مفهوم اولویت بین روایت ۳ و ۵ تنافی مستقر وجود دارد و وجه جمع وجود ندارد.

روایت ۵ مرسله بود و عده ای در اعتبارش شک کردند پس روایت ۳ بدون معارض مقدم می شود و لذا باید نسبت بین روایت ۲ و ۳ سنجیده شود که با هم جمع می شود ولی ما چون ارسال مسلم بود قبول کردیم پس روایت ۳ و ۵ با هم تعارض دارند.

آیا عمل اصحاب تأییدی بر یکی از دو روایت است؟ خیر چون فقهاء به هیچیک از این دو روایت عمل نکردند؛ چون گفته اند که ربا از ذمی جایز نیست که خلاف روایت ۵ است و از طرفی کسی به عمومیت روایت ۳ اعتماد نکرده است. چون این روایت می گفت از هیچ مشرکی نمی توان ربا گرفت. پس هیچیک خذ بما اشتهر بین اصحابک و مجمع علیه نیست و وقتی مرجح نبود، تعارض و تساقط می شود و لذا روایت ۲ به تنهایی باقی می ماند و لذا باید گفت تنها گروهی که می توان از آن ربا گرفت، کفار حربی هستند که قول مشهور هم هست. روایت ۲ و روایت ۳ قابل جمع بود. نسبت اهل حرب و مشرک عموم و خصوص مطلق است که روایت ۲ مقدم می شود و یا رابطه من وجه است که تعارض می شود.

روایت ۲ مورد عمل اصحاب است و شاید تحت "فان المجمع علیه لا ریب فیه" قرار بگیرد.

روایت ۳ که اثبات حرمت می کند موافق قرآن است بخاطر "حرم الربا" و از این جهت، روایت ۳ مرجح دارد.

پس بین روایت ۳ و ۵ موافقت قرآن باعث می شود که روایت ۳ مقدم شود و لذا ربا از مشرکین حرام است.

بین روایت ۲ و ۳، روایت ۳ موافق کتاب است و نتیجه این می شود که باز هم از کفار نمی شود ربا گرفت.

به نظر ما ترجیح به کتاب مقدم بر عمل اصحاب است. اما اگر بگوییم اعراض اصحاب از روایت ۳ موهن سندش

است بنا بر برخی مبانی روایت ۳ بی اعتبار است و تعارض حجت و لاحجت می شود و لذا روایت ۳ مقدم بر

روایت ۲ می شود و اساسا تعارضی وجود ندارد. در مبنای جابریت و کاسریت، برخی می گویند جابر است یعنی

این روایت معتبر است و موجب حجیت به لحاظ صدور می شود پس کاسریت موجب لاحجت شدن می شود.

دیگر در این صورت، به موافقت کتاب اخذ نمی شود.

مساله انقلاب نسبت را می توان در این روایات اعمال کرد که تامل کنید.

آن ها که هر سه دسته را ضعیف دانستند به اجماع عمل می کنند که مورد اجماع، جواز ربا با اهل حرب است.

اجماع مدرکی نیست چون با توجه به این که روایت مخالف مثل روایت ۳ وجود دارد، پس گفته مجمعین مستند

به روایت نبوده است.

اشکال

شاید روایت ۳ را ضعیف می دانستند و عملشان مستند به روایت ۲ بوده است.

جواب

روایت ۲ اضعف سند است نسبت به روایت ۳. در روایت ۳ یس ضریر مهمل است و در روایت ۲ عمرو بن جمیع

است که تصریح به ضعف دارد و نیز معاذ بن ثابت که مهمل است. پس استناد مجمعین به روایت ۲ بعید است.

• جلسه ۲۰ دوشنبه ۲۳ مهر ۱۳۹۷

بررسی اصطلاح مشرک

آیا مشرک، مطلق کافر است و یا غیر اهل کتاب مراد است؟

گفتیم در آیات غیر اهل کتاب است اما در روایات هنوز جای تحقیق و تامل دارد.

اطلاقات کلمه مشرک بسیار متکثر است و لذا جزم به اصطلاح مشخص، مشکل است. هر چه بیشتر تتبع کردیم، بیشتر به این نتیجه رسیدیم که اصطلاح خاصی ندارد. گاهی به ریاکار هم مشرک اطلاق شده است.

آیاتی دلالت دارد که بین مشرک و اهل کتاب تمایز وجود دارد.

بقره/۱۰۵

مَا يُوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ أَنْ يُنَزَّلَ عَلَيْكُمْ مِنْ خَيْرٍ مِنْ رَبِّكُمْ وَاللَّهُ يَخْتَصُّ بِرَحْمَتِهِ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ (۱۰۵)

بینه/۱

لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِينَ حَتَّى تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ

بینه/۶

إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدِينَ فِيهَا أُولَئِكَ هُمْ شَرُّ الْبَرِيَّةِ (۶)

آل عمران

لَتُبْلَوُنَّ فِي أَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ وَلَتَسْمَعُنَّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ وَمِنَ الَّذِينَ أَشْرَكُوا أَذَى كَثِيرًا وَإِنْ تَصَبَرُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ ذَلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ (۱۸۶)

مائده/۸۲

لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً لِلَّذِينَ آمَنُوا الْيَهُودَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا وَلَتَجِدَنَّ أَقْرَبَهُمْ مَوَدَّةً لِلَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ قَالُوا إِنَّا نَصَارَى ذَلِكَ بَانَ مِنْهُمْ قَسِيصِينَ وَرُهَبَانًا وَأَنَّهُمْ لَا يَسْتَكْبِرُونَ

حج/۱۷

إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئِينَ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا إِنَّ اللَّهَ يَفْصِلُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ

توبه/۱

بِرَاءةٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ (۱)

توبه/۵

فَإِذَا أَنْسَلَخَ الْأَشْهُرَ الْحَرَّمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخَذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ وَاقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (۵)

به اهل کتاب مکرراً کفر را اطلاق شده است.

اما از برخی آیات استشمام می شود که مشرک بر غیرمسلمان اطلاق می شود.

توبه: ۳۳ هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَىٰ وَدِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَلَوْ كَرِهَ الْمُشْرِكُونَ

مشرک کنار تمام ادیان است و در برابر مسلمان است.

بقره/۱۳۵

وَقَالُوا كُونُوا هُودًا أَوْ نَصَارَى تَهْتَدُوا قُلْ بَلْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ

حضرت ابراهیم نه یهودی بود و نه نصرانی و این یعنی مشرکین همه ادیان را می گیرد.

نور/۳

الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ

زانی با مسلمان صالح نمی تواند ازدواج کنند و الا با اهل کتاب می توانند ازدواج کنند. اگر مشرک مختص به غیر کتابی باشد حکم، خلاف آن می شود.

توبه/۲۸

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ إِنْ شَاءَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ

فقهای که مشرک را گفتند نجس است، آن را اعم از کتابی و غیر کتابی دانستند.

فقهای که به مثل انما المشركون نجس استدلال کردند که همه مشرکان نجس هستند، بخاطر قرینه آیات بعد این را می گویند چون در دو آیه بعد می فرماید که یهود می گویند عزیر این الله است و مسیحی ها می گویند مسیح

ابن الله است و سپس در آیه بعد می گویند سبحانه و تعالی عما یشرکون پس اهل کتاب هم مشرک هستند و این جا قرینه داریم.

سوال

اگر مشرک حقیقت شرعیه در غیر اهل کتاب باشد، چطور می شود که امام ع در غیر آن استعمال کند؟!

جواب

ادعای ما حقیقت شرعیه نیست بلکه مراد، ظهور انصرافی است. تطابق قرآن و روایت در ظهور انصرافی ضرورتی ندارد.

به نظر ما تعبیر "مشرک" در قرآن، ظهور در غیر اهل کتاب دارد هر چند خلاف آن از برخی آیات استشمام می شود ولی در روایات نمی توان این نکته را قائل شد.

اگر تردید داشتیم، اجمال است و اخذ به قدرمتیقن می شود. مشرک، غیر اهل کتاب را قطعاً شامل می شود پس شمول نسبت به اهل کتاب ثابت نیست.

اشکال

اگر مشرک به حسب لغوی شامل اهل کتاب شود و ما شک کنیم که مشرک در لسان امام ع، اصطلاح خاصی است و یا همان معنای لغوی را دارد، باید بر همان معنای لغوی حمل شود و این جا قدرمتیقن نباید گرفت.

جواب

اگر در لسان قرآن ظهور انصرافی در غیر اهل کتاب نداشت این کلام خوب بود اما در لسان قرآن ظهور انصرافی در غیر اهل کتاب دارد دیگر نمی توان حمل بر معنای لغوی کرد و تردید در معنای ظاهر می شود و کلام مجمل می شود. مجمل، لفظی نیست که معنای موضوع له آن را نمی دانیم بلکه لفظی است که معنای ظاهرش را نمی دانیم.

جمع بندی روایات

روایت ۲: اهل حرب

روایت ۳: مشرک

روایت ۵: ذمی

بین ذمی و حربی تباین است. لذا تعارضی نیست و این که محمول، سلب است و یا ایجاب تفاوتی در مساله ایجاد نمی کند.

از طرفی گفتیم نزدیکترین کافر به مسلمان، ذمی است و اگر ربا از ذمی جایز است به طریق اولی از حربی هم جایز است. روایت ۵ به مفهوم اولویت حکم کافر حربی را هم مشخص می کند ولی چون در جواز توافق دارند روایت ۲ و ۵ با هم تنافی ندارند.

اما تعارض بین ۳ و ۵ است.

اگر در مشرک در روایت ۳، گفتیم قدرمتیقن، غیر اهل کتاب است و روایت ۵ هم ذمی را می گوید در این جا تنافی ندارد مگر این اولویت را بگوییم که روایت ۵ می گوید حربی هم جایز است که با روایت ۳ نمی سازد.

اشکال به اولویت

این نکته را آیت الله فیاض و ... گفتند که جواز ربا از کافر ذمی بخاطر قاعده الزام است نه بخاطر استثناء از حرمت ربا و لذا مفهوم اولویت از بین می رود و باز تعارض روایت ۳ و ۵ حل می شود.

ان قلت

چرا الزام را در مشرکان نگوییم؟

قلت

آن ها شریعت ندارند. البته در قاعده الزام باید دید که وقتی مشرک عملش ربا است باز الزام معنا دارد و نیاز به شریعت نیست.

نتیجه

روایت ۳ و ۵ تنافی ندارد.

• جلسه ۲۱ سه شنبه ۲۴ مهر ۱۳۹۷

آیا روایت ۴۳ و ۴۴ قرینه داخلیه دارد که مقصود از مشرک، اهل کتاب است و یا مطلق کافر است؟

زراره عرض کرد، مشرکین ممالیک هستند و امام ع فرمودند آنها حر هستند بلکه گفتند مملوک تو به تنهایی و بالاستقلال نیستند. پس آن مشرکین، مشرکینی هستند که به آنها ممالیک گفته میشود. حال باید دید که کدام مشرک مملوک مسلمانان است؟ آیا خصوص اهل کتاب و یا مطلق کفار؟

فقهاء معتقدند صرف کفر باعث مملوک شدن نمی شود بلکه باید تسلطی بر آنها محقق هم شود.

ظاهراً کفار اهل کتاب رقی نیستند و حر هستند و کفار غیر اهل کتاب اگر تحت تسلط واقع شود مملوک می شود و عبد می شود.

شاهد: کلام آیت الله خوئی^۱

بحثی دارند که آیا نظر به زنان غیر اهل کتاب جایز است؟ نقل می کنند که محقق در شرایع گفته است این ها مثل کنیزند پس نظر به آنها جایز است. اما آقای خوئی می گوید اهل کتاب احرار هستند نه ممالیک و اگر بپذیریم که ممالیک اند با برخی احکام فقهی ما نسبت به اهل کتاب سازگاری ندارد.

ایشان در آن جا می گویند برای تحقق مملوک شدن، اسرتقاء لازم است یعنی باید به رقیق درش بیاورید. باید تسلطی رخ دهد و نیاز به جنگ هم ندارد.

آن احکامی که آقای خوئی می گوید با مملوک بودن کافر کتابی نمی سازد مثل این است که می گوئیم اگر کسی که کافر کتابی و لو غیر ذمی را به قتل برساند باید به اقرباء او دیه بدهد. در حالیکه اگر رقی باشد دیه باید به مالک داده شود پس این نشان دهنده حریت اهل کتاب است.

همچنین اگر اهل کتاب فوت کنند، اموالشان به ورثه می رسد در حالیکه اگر رقی بودند به ورثه نمی رسد.

ما در این بحث مملوک بودن اهل کتاب، روایاتی داریم که اهل کتاب هم مملوک هستند اما مملوک امام ع هستند.

صحیحیه ابی بصیر

۱. موسوعه ج ۳۲ ص ۲۳

"عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَةٌ نَصْرَانِيَّةٌ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا يَهُودِيَّةً فَقَالَ إِنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ مَمَالِكٌ لِلْإِمَامِ وَذَلِكَ مُوسَعٌ مِنَّا عَلَيْكُمْ خَاصَّةً فَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَ"

مساله خاصی داریم که آیا می تواند هر چهار زن را کافر کتابی قرار دهد یا خیر؟ امام ع می فرماید این ها مملوک ما هستند و لذا ما اجازه می دهیم.

موثقه زراره

"عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ نَصْرَانِيَّةٍ كَانَتْ تَحْتَ نَصْرَانِيٍّ وَطَلَّقَهَا هَلْ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِنْهُ مِثْلُ عِدَّةِ الْمُسْلِمَةِ فَقَالَ لَا لِأَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ مَمَالِكٌ لِلْإِمَامِ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ يُؤَدُّونَ الْجَزِيَّةَ كَمَا يُؤَدِّي الْعَبْدُ الضَّرْبِيَّةَ إِلَى مَوَالِيهِ"

در این روایت هم امام ع می گوید اهل کتاب مملوک هستند.

اقوال فقهاء

الف) کافر حربی

برخی از فقهاء از جمله، آقای خوبی می گویند که مملوکیت این جا تنزیلی است و تسامحی و الا اهل کتاب حر هستند. امام ع می خواستند بگویند این ها در حکم مملوک امام هستند و لذا امام هم مالک آنها نیست.

مملوک تنزیلی یعنی تشبیه و تنزیل است یعنی احترامی که راجع به زنان مسلمان وجود دارد آنها ندارند و لذا می توان به آنها نگاه کرد.

چه اهل کتاب مملوک امام به تنهایی باشند و چه نباشند، پس روایت ۳ که می گوید مشرکین مملوک مسلمانان هستند شامل اهل کتاب نمی شود. چون اهل کتاب مملوک مسلمانان نیستند.

مشهور فقهاء در کافر حربی می گویند ربا گرفتن جایز است. برخی می گویند کافر حربی اگر امان هم داشته باشد می توان از او ربا گرفت.

اجماع در این مساله را هم می توان ادعا کرد. اما اجماع شیعه نه اجماع مسلمین چون ابوحنیفه معتقد است که ربا از کافر حربی فقط در دار الحرب جایز است؛ اما شافعی، مالک و احمد می گویند که ربا حرام است حتی از کافر حربی.

اهل سنت هیچ استثنائی از ربا را قبول ندارند و ابوحنیفه فقط در دار الحرب نسبت به کافر می گوید.

ب) کفار اهل ذمه

شیخ مفید، سید مرتضی و ابن بابویه معتقد به عدم حرمت هستند.

شیخ طوسی، قاضی ابن براج می گویند حرام است.

ابن جنید معتقد به تفصیل است و می گوید ربا از اهل ذمه ای که در دار الاسلام مقیم هستند و یا رفت و آمد دارند جایز نیست؛ اما اهل ذمه ای که در دار الحرب هستند اشکال ندارد.

اهل ذمه در دار الحرب یعنی چه؟

ممکن است حکومت اسلامی مستعمراتی داشته باشد که در آن جا اهل ذمه ای هستند که در دار الحرب هستند یعنی در دار الاسلام نیستند. دار الحرب به غیر کشور اسلامی در استعمالاتی اطلاق می شود.

جالب است که سید مرتضی می گوید اجماع داریم که ربا جایز است البته به روایت ۵ب ۷ استناد می کنند.^۱

کلام صاحب جواهر

الف) کافر حربی

ربا از کفار حربی، سالبه به انتفاء موضوع است؛ چون کافر حربی اصلا مالک نمی شود که بگوییم اخذ ربا از او چه حکمی دارد؟ عقد ربوی در واقع، استنفاذ است یعنی پولی که تحت اختیار دیگری است و مالکش نیست را از ید او خارج کنید.

اجماع محصل و منقول و روایت ۲ قائم است بر این که ربا از او جایز است ولی مراد استنفاذ است و لذا استثناء از حکم ربا هم محسوب نمی شود که بگویید اباء از تخصیص دارد و... . روایت ۲ منجیر به عمل اصحاب است.

روایت زراره هم که دلالت دارد ربا از مشرکین حرام است ممکن است مقصود از آن اهل ذمه باشند نه کافر حربی و لذا منافاتی با مطلب ما ندارد.

ربا گرفتن جایز است اما ربا دادن جایز نیست و فقط قاضی ابن براج، قائل است که جایز است.

۱. آدرس فقهاء شیعه: مختلف علامه ج ۵ ص ۸۳؛ آدرس فقهاء اهل سنت: تذکره الفقهاء علامه ح ۱۰ ص ۲۰۹.

ب) کافر ذمی

ربا دادن مسلم به ذمی قطعاً جایز نیست؛ اما ربا گرفتن مسلم از ذمی قول اشهر است و سید مرتضی، ابن بابویه و شیخ مفید، مخالف هستند؛ ولی مخالفت شیخ مفید روشن نیست.

دلیل ایشان، عمومات دال بر حرمت ربا است.

اشکال به صاحب جواهر

روایت پنجم یعنی مرسله صدوق: " ۲۳۳۲۳-۵- مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: قَالَ الصَّادِقُ ع لَيْسَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَبَيْنَ الذَّمِّيِّ رِبَاً وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَبَيْنَ زَوْجِهَا رِبَاً "

جواب ۱

مرسله است و جابر ندارد و لذا اعتبار ندارد.

جواب ۲

ممکن است مثل لارفت به معنای حرمت باشد نه جواز. جمله خبریه ای است که مفادش انشاء است.

البته در فقره بعد، مرأه و زوج وجود دارد که ایشان به آن اشاره نمی کنند.

جواب ۳

ممکن است ناظر به عصر غیبت باشد؛ چون در عصر غیبت، همه کفار، کافر حربی هستند و کافر ذمی نداریم چون امام نیست که قرارداد ذمه ببندند.

گویا ایشان می گوید اگر کافری ذمی نبود، پس حربی است. حربی در کلام ایشان و بسیاری از فقهاء، به معنای محارب نیست بلکه به معنای غیر ذمی است که شامل مهاند و معاهد و... هم می شود.

• جلسه ۲۲ چهارشنبه ۲۵ مهر ۱۳۹۷

صاحب جواهر گفت مرسله صدوق ممکن است ناظر به عصر غیبت باشد ولی این که امام صادق ع حکم زمان غیبت را بیان کنند بعید است مگر این که جواهر می خواهد بگوید حکم زمان غیبت واضح است چون ذمی زمان غیبت، همان حربی است.

بررسی کلام جواهر

این بحث که کفار اهل کتاب در زمان غیبت کافر حربی هستند و یا ممکن است ذمی باشند در کتاب الجهاد مطرح می شود و بین فقهاء، اختلاف هستند

اشکال محقق عراقی

ایشان در شرح تبصرة المتعلمین محقق عراقی ج ۵ ص ۲۶۴ می گوید در زمان غیبت، کافر ذمی هم داریم؛ اما در کتاب الجهاد این کتاب، به تفصیل بیان می کنند که قرارداد ذمه را هر مسلمانی که اختیار داشته باشد و حکومت داشته باشد می تواند ببندد.

ایشان می گوید حتی حکام جور هم می توانند قرارداد ذمه ببندند. کفار ذمی زمان معصومین ع قراردادی با امام ع نبسته بودند بلکه با خلفاء بنی عباس و بنی امیه قرارداد بسته بودند. اگر کلام جواهر درست باشد باید بگوییم فقط در زمان حضرت رسول ص و امام علی ع کفار ذمی وجود داشته است.

ان قلت

ممکن است که عصر حضور و غیبت تفاوت داشته باشد و ما شک کنیم مثلا به این که قرارداد خلفاء در عصر حضور بود و ممکن است بگوییم سکوت امام ع تنفیذ است.

قلت

اگر شک کنیم که عصر حضور خصوصیتی داشته باشد، برای دوران غیبت، استصحاب جواز عقد ذمه می کنیم.

جمع فقهاء

جمع ۱

عموما می گویند روایت ۲ اهل حرب بود که ربا جایز است و روایت ۳ مشرکون بود که ربا جایز نیست که آن را حمل بر اهل ذمه می کنیم و روایت ۵ که می گوید ربا از اهل ذمه جایز است و تصریح به ذمی می کرد که می گوئیم مراد از اهل ذمه، اهل ذمه ای اند که شرایط ذمه را رعایت نمی کنند.

شاهد جمع

در کتاب الربا فقهیا و اقتصادیا آقای جواهری شاهی برای اختصاص روایت ۳ به اهل ذمه ذکر کرده است. ایشان می گوید امام ع گفتند این کافر، ملک تو ملک غیر تو هستند. مقصود امام ع این است که این ها جزیه می دهند و جزیه مال همه مسلمانان است و تو تنها مالک نیستی. اهل حرب که جزیه نمی دهند پس مراد، اهل ذمه است.

کدام کافر است که چیزی به مسلمان می دهد که ملک همه آنهاست؟ کافر ذمی که جزیه می دهد.

اشکال ۱

امام ع فرمود خود کافر، مملوک توست نه این که اموال او مملوک توست که جزیه را طرح کنید. مگر این که ایشان بگویند ما هیچ تفسیر صحیحی برای مالکیت خودشان معنا ندارد پس همین قرینه می شود که مقصود، مالکیت اموال آنهاست که مراد جزیه است.

اشکال ۲

این قرینه برای اختصاص روایت ۳ به ذمی بود اما شاهد اختصاص روایت ۵ بر اهل ذمه ای که شرایط ذمه را رعایت نکردند چیست؟! من ندیدم کسی قرینه ای اقامه کند.

جمع ۲

در روایت ۲ گفتند ما می توانیم از اهل حرب ربا بگیریم ولی روایت ۳ که می گوید ربای مشرک حرام است مقصود این است که مشرک بخواهد از مسلمان ربا بگیرد. یعنی ربا دادن به مشرک حرام است و ولی ربا گرفتن از آن ها جایز است.

اشکال

این حمل هم قرینه ندارد و اتفاقاً ظهور روایت بالعکس است.

روایت ۵ می گفت بین مسلمان و ذمی ربا نیست

اگر این روایت را سنداً قبول کردیم مثل روایت ۲ آن را تقیید می زند و مختص می شود به جایی که مسلمان بخواهد از ذمی ربا بگیرد که جایز است و نتیجه این می شود که ما از کفار چه حربی و چه ذمی می توانیم ربا بگیریم و آنها چه ذمی و چه حربی نمی توانند از ما ربا بگیرند.

اشکال

در روایت ۵ مرأه و زوج داشت که همه می گویند رابطه دو طرفه است.

دیروز بحث استنقاذ را در کلام جواهر مطرح کردیم که کافر حربی مالک نمی شود. گفتیم آقای فیاض قاعده الزام را مطرح کردند.

آقای تبریزی هم در منهاج مرحوم تبریزی ج ۲ ص ۵۹ الزام و استنقاذ را مطرح کردند.

ایشان در کافر حربی استنقاذ را طرح کردند و در کافر ذمی قاعده الزام را مطرح کردند. اما نکته تازه کلام ایشان این است که ظاهراً بین حکم تکلیفی و وضعی تفاوت قائل اند.

این کلام را آقای خوبی و شاگردان ایشان غالباً ذکر کردند.

عقد ربوی با کافر به لحاظ حکم تکلیفی جایز نیست ولی به لحاظ حکم وضعی شما مالک می شوید. چون آقای تبریزی می گوید ربا گرفتن مشکل است و الاحوط وجوباً ترکه نعم یجوز اخذ ... بعد وقوع المعامله.

"(مسألة ۲۱۸): المشهور علی أنه لا ربا بین الوالد و ولده فیجوز لكل منهما بیع الآخر مع التفاضل و کذا بین الرجل و زوجته و بین المسلم و الحربی إذا أخذ المسلم الزیادة و لکنه مشکل و الأحوط وجوباً ترکه نعم یجوز أخذ الربا من الحربی بعد وقوع المعامله من باب الاستنقاذ.

(مسألة ۲۱۹): الأظهر عدم جواز الربا بین المسلم و الذمی و لکنه بعد وقوع المعامله یجوز أخذ الربا منه من جهة قاعدة الإلزام"

چرا در کافر حربی، استنقاذ مطرح شده است؟ چون مال او احترام ندارد و می توان به حيله ای مثل عقد مال را از چنگ او در آورد.

چرا در کافر ذمی، الزام مطرح شده است؟ چون مال کافر ذمی محترم است و باید راهی را رفت که او راضی باشد.

در مورد عبد اگر گفتید که مالک نمی شود تخصصا خارج است و استثناء از ربا نیست.

در کافر حربی اگر گفتیم مالشان احترام ندارد یعنی مالک نمی شوند باز تخصصا خارج است ولی ما عدم احترام را به معنای عدم وجوب حفظ می دانیم نه عدم مالکیت.

اما در والد و ولد و زن و شوهر درست است که ادله ای داریم که حجیت آنها بنابر مبانی می توانست ثابت باشد مثل ارسال مسلمات صدوق و ... ولی احتیاط وجوبی در ترک ربا است.

اجماع به تنهایی کافی برای تخصیص کتاب نیست.

ادله حرمت ربا در قرآن و روایات شداد و غلاظ است و مثل "لا تظلمون و لا تظلمون" آبی از تخصیص است. البته شاید بگوییم که لسان شاید حکومت باشد نه تخصیص و لذا گفتیم احتیاط واجب و الا فتوا به حرمت می دادیم.

• جلسه ۲۳ شنبه ۲۸ مهر ۱۳۹۷

ابواب المضاربه

گفتیم پرداختن به قراردادهای بانکی نیازمند بررسی فقهی مضاربه و مشارکت است. لذا به بحث مضاربه می پردازیم.

تبویب ابواب مضاربه را می توان به نحو بهتری سامان داد ولی در این ابواب، چون روایات زیادی وجود ندارد، چینش وسائل را رعایت می کنیم.

تبویب می تواند مثلا با چینش روایات، از عام به خاص باشد و یا روایاتی که به چستی می پردازند مقدم شود بر روایاتی که به شرایط و قیود می پردازند.

شیخ حر با کلینی شروع می کنند و سپس از شیخ می گویند ولی می توان با روایات اقوی سنداً شروع کرد. یعنی روایات را بر اساس مضمون از عام به خاص چید و در میان آنها اقوی سنداً مقدم شود.

باب ۱

بَابُ أَنْ الْمَالِكَ إِذَا عَيَّنَ لِلْعَامِلِ نَوْعًا مِنَ التَّصْرِفِ أَوْ جِهَةً لِلسَّفَرِ لَمْ يَجْزَ لَهُ مُخَالَفَتُهُ فَإِنْ خَالَفَ ضَمِنَ وَإِنْ رِبِحَ كَانَ بَيْنَهُمَا

عنوان باب، فتوای شیخ حر است یعنی نتیجه روایات را می گوید.

آیات قرآن دال بر بحث مضاربه را هم بررسی خواهیم کرد که سه آیه است. اگر ابتدائاً آیات قرآن را بررسی کنیم شکل مناسبتری و فنی تری دارد اما چون روش ما خواندن روایات و سائل است آیات را بعد از آن می خوانیم.

تعریف مضاربه اولین بحثی است که باید به آن پرداخت. تعریف شیخ حر ظاهراً این است که مالک، جنسی را دارد و عامل با مال مالک کار می کند و سود بین آنها تقسیم می شود.

۲۴۰۴۸-۱- مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَىٰ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُعْطَى الْمَالَ مُضَارَبَةً وَيُنْهَى أَنْ يَخْرُجَ بِهِ (از سفر نهی می کند) فَخَرَجَ قَالَ يَضْمَنُ الْمَالَ (عامل ضامن است) وَالرَّبْحُ بَيْنَهُمَا.

سند

صحیح

دلالت

۱. "يعطى المال مضاربه" یعنی این اعطاء به صورت قرض نبوده است بلکه مضاربه بوده است؛ اگر قرض بدهد، اشتراط معنا ندارد مگر این که خود قرض مشروط به آن باشد.
۲. تعبیر به "مضاربه" نشان می دهد که این نوع از معامله، در عصر صادقین ع اصطلاح بوده است.
۳. شرط عدم سفر از سوی مالک است و عامل آن را رعایت نکرده است پس ضامن مال است.

۴. "و الریح بینهما" این تعبیر دلالت دارد که مخالفت با شرط موجب بطلان عقد نمی شود. اگر عقد مضاربه باطل شود، بیع فضولی می شد و سود آن برای مالک می شد.

۵. "یضمن المال" قدرمتیقنش این است که اگر مال در سفر تلف شد، خسارتش با عامل است. از این تعبیر می توان برداشت کرد که تلویحا گفته است که در غیر موارد تخلف شرط، عامل ضامن مال نیست. البته این دلالت، در حد مفهوم نیست.

۶. این نهی در ضمن عقد مضاربه بوده است. یعنی شرط عقد مضاربه است نه توصیه ای بعد از عقد مضاربه که در این صورت، عامل ضامن نیست.

و رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ مِثْلَهُ.

سند شیخ به حسین صحیح است.

۲۴۰۴۹-۲- و عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الْمَالَ فَيَقُولُ لَهُ أَتَتْ أَرْضَ كَذَا وَكَذَا وَ لَأُتْجَاوِزَهَا وَ أَشْتَرِ مِنْهَا قَالَ فَإِنْ جَاوَزَهَا وَ هَلَكَ الْمَالُ فَهُوَ ضَامِنٌ وَ إِنْ اشْتَرَى مَتَاعًا فَوُضِعَ فِيهِ فَهُوَ عَلَيْهِ وَ إِنْ رِيحَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا.

سند

صحيحه يا مصححه يا حسنه به ابن هاشم؛ چون توثيق صريح ندارد ولی مدح دارد البته برخی توثيقش کردند.

دلالت

۱. این روایت تصریح به مضاربه ندارد ولی ظهور در مضاربه دارد البته احتمال دارد وکالت باشد. در مضاربه، کسی را اجیر می کنید ولی در غیر آن ممکن است وکیل باشد. مضاربه با اجاره هم فرق دارد. اما ظهور در مضاربه دارد چون می گوید اگر سود کند، بین آن دو تقسیم می شود پس وکالت نیست و اجاره هم نیست چون اگر اجیر روزمزدی باشد باز هم "یکون الریح بینهما" معنا ندارد چون اجرت او غیر از سود معامله است. وکالت اگر مجانی نباشد، همان اجاره می شود.

۲. اگر عامل شرط را رعایت نکند:

حالت ۱: اگر تلف شود، عامل ضامن است.

حالت ۲: اگر ضرر کند، عامل ضامن است. "فهو عليه" یعنی عامل باید راس المال را به مالک برگرداند. برگشت ضمیر به مالک خیلی بعید است.

حالت ۳: اگر سود کند، بین عامل و مالک تقسیم می شود.

این نکته در روایت قبل نبود در روایت قبل گفته شد "فَخَرَجَ قَالَ يَضْمَنُ الْمَالَ" اما نگفتند در چه فرضی ضامن است؟ آیا در صورت تلف فقط یا چه تلف و چه ضرر؟ اما این جا تصریح دارد.

وَرَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عَيْسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ أَبَانَ وَيَحْيَى عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنِ الْحَلْبِيِّ مِثْلَهُ.

سند شیخ به احمد صحیحه است.

در محمد بن عیسی اختلاف است نجاشی توثیق کرده است و شیخ تضعیف کرده است ولی در یکی از دو کتابش می گوید ضعیف است و در کتاب دیگرش می گوید ضعیف عند القمیین است.

تضعیف شیخ بخاطر استثنائات نوادر الحکمه است.

ما به ایشان اعتماد کردیم. تعارض جرح و تعدیل باعث سقوط اعتبار می شود اما توثیق نجاشی مقدم بر تضعیف شیخ است. خصوصاً که وجه تضعیف، استثناء از نوادر الحکمه است که نظر خود را راجع به استثناء نوادر الحکمه بیان کردیم.

ابی المغراء: نجاشی می گوید ثقه است.

۲۴۰۵۰-۳- و عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يَعْمَلُ بِالْمَالِ مُضَارِبَةً قَالَ لَهُ الرِّيحُ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ عَنْ شَيْءٍ مِمَّا أَمَرَ صَاحِبُ الْمَالِ.

سند

ابی الصباح الكنانی: مهمل بلکه ممدوح است اما توثیق صریح ندیدیم. برخی این روایت را صحیحه می نامند که وجه آن را در جلسه بعد خواهیم گفت.

دلالت

۱. "لَهُ الرِّيحُ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الوَضِيعَةِ شَيْءٌ" قاعده و قانون مضاربه این است که عامل در سود شریک است ولی در ضرر شریک نیست. این قانون مضاربه فی نفسه است اما اگر عالم شرطی را رعایت نکرد و یا اگر مالک، در خود عقد مضاربه، شرط کند که خسارت را عامل بدهد و یا تقسیم شود که مشروع بودن این شرط را هم در روایات بعدی بررسی می کنیم.
۲. مفهوم این روایت این است که اگر مخالفت با شرط کرد "علیه من الوضیعه شیء" است و این یعنی کل نقصان به عهده اوست و یا خسارت هم بر اساس قرارداد باید تقسیم شود. مثلاً گفتیم سود بالمناصفه است حال آیا ضرر هم بالمناصفه است و یا همه ضرر با عامل است. روایت قبل ظهور داشت در این که کل ضرر با عامل است ولی ظهور این روایت مثل روایت قبل نیست.
۳. این که عامل ضرر کرده است بدون فرض افراط و تفریط است و این دو فرض را هم باید بعداً بررسی کنیم.

۲۴۰۵۱-۴- مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي بَانَ وَ يَحْيَى عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: الْمَالُ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةٌ لَهُ مِنَ الرِّيحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ.

سند

همان سند تذیلی روایت قبل است. البته احمد مشترک است بین احمد بن محمد بن عیسی و احمد بن محمد بن خالد برقی که فرقی ندارد چون هر دو ثقة هستند.

یحیی مشترک بین مجهول و ثقة است و لذا سندی که یحیی در آن است ضعیف است.

دلالت

۱. "له من الریح" یعنی برای او بخشی از سود است.

۲. متن مانند روایات قبل است.

۲۴۰۵۲-۵- وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الرَّجُلَ مَالًا مُضَارَبَةً فَيُخَالَفُ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرِّيحُ بَيْنَهُمَا.

سند

۱. مضمون تکراری است.

۲۴۰۵۳-۶- و عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيْلِ عَنِ الْكِنَانِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الْمُضَارَبَةِ يُعْطَى الرَّجُلُ الْمَالَ يَخْرُجُ بِهِ إِلَى الْأَرْضِ وَيُنْهَى أَنْ يَخْرُجَ بِهِ إِلَى غَيْرِهَا فَعَصَى فَخَرَجَ بِهِ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى فَعَطِبَ (تلف می شود) الْمَالُ فَقَالَ هُوَ ضَامِنٌ فَإِنْ سَلِمَ فَرَبِحَ فَالرَّبِيحُ بَيْنَهُمَا.

سند

شیخ از حسین بن سعید اهوازی از محمد بن فضیل

روایت قابل اعتماد است.

محمد بن فضیل:

محمد بن فضیل صیرفی کوفی ازدی

نجاشی می گوید له کتاب و لذا ما گفتیم مهمل است چون قدحی در آن ذکر نشده است؛ اما شیخ طوسی در فهرست می گوید له کتاب ولی شیخ در رجال در یک جا می گوید له کتاب ولی رمی به غلو شده است و در جای دیگر می گوید ضعیف است.

صرف رمی به غلو دلالت بر ضعف نمی کند چون رمی یعنی اتهام به غلو ثابت شده نیست و این که در جایی دیگر "ضعیف" دارد احتمالا بخاطر همان رمی به غلو است.

با توجه به این که شیخ در فهرست تضعیف نکرده است و در یک کتاب یعنی کتاب رجال هر دو نکته را آورده است پس علی القاعده، ضعیف، همان رمی به غلو است چون در یک کتاب است و مولف وقتی کتابش تمام می شود تغییرات نظرش را اعمال می کند.

دلالت

۱. "يَخْرُجُ بِهِ إِلَى الْأَرْضِ" یعنی با آن مسافرت کند و تجارت کند.

۲. مضمون تکراری است تصریح به مضاربه است و بحث تخلف شرط است.
۳. این روایت ظهور در تلف مال دارد و نه خسارت قیمت سوقی یعنی بحث ضرر نیست.
۴. در تمام این روایاتی که خواندیم سوالی وجود داشت. در مضاربه ممکن است تعیین کنیم که هر یک چقدر سود ببرند و چقدر ضرر را ضامن باشد ولی ممکن است که سود را تقسیم نکنیم و اصل مضاربه بدون تعیین انجام شود که باید به این فرض هم پرداخت.

و رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ مِثْلَهُ.

• جلسه ۲۴ یکشنبه ۲۹ مهر ۱۳۹۷

وعده ای دادیم که در مورد ابی الصباح کنانی بررسی بیشتری انجام دهیم. ابی الصباح در روایت سوم ذکر شد. در مورد ابی الصباح، روایاتی داریم دال بر وثاقت او که امام ع فرمود تو میزانی و او عرض کرد که هر میزانی عیب و علت دارد. امام ع فرمودند: تو میزانی هستی که عیب و علت نداری.

این روایت توثیق است ولی در برابرش روایاتی داریم که دال بر غمز و مذمت است نه جرح؛ مثلاً روایت داریم که امام صادق ع به او گفتند اصحاب پدرم بهتر از اصحاب من بودند امام ع می گویند اصحاب پدرم گلی بودند که خار نداشت و اصحاب من خاری هستند که گل ندارد.

ابی الصباح می گوید من هم از اصحاب پدر شما بودم ولی امام ع می فرماید در آن روز بهتر از امروز بودی که این روایت مذمتی است برای او.

در روایت دیگری دارد که او به امام ع عرض کرد در کوفه ما را مسخره می کنند و ما را سرزنش می کنند و به ما می گوید شما جعفری هستید که غضب ابو عبد الله و فرمودند اصحاب جعفر خیلی کم هستند. اصحاب جعفر کسانی هستند که ورع شدید دارند و برای خدا فعل انجام می دهند.

این روایت هم مذمت اوست ولی در حد جرح نیست.

۲۴۰۵۴-۷- و عَنْهُ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي الْمَالِ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةً لَهُ مِنَ الرَّبْحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ فَإِنَّ الْعَبَّاسَ كَانَ كَثِيرَ الْمَالِ وَ

كَانَ يُعْطَى الرَّجَالَ يَعْمَلُونَ بِهِ مُضَارَبَةً وَ يَشْتَرِطُ عَلَيْهِمْ أَنْ لَا يَنْزِلُوا بَطْنَ وَادٍ (دره و مکان پر خطر) وَلَا يَشْتَرُوا ذَا كَبِدٍ رَطْبَةً (ذا کبد رطبه یعنی حیوان) فَإِنْ خَالَفتَ شَيْئًا مِمَّا أَمَرْتُكَ بِهِ فَأَنْتَ ضَامِنٌ لِلْمَالِ.

سند

صحيحه

دلالت

۱. به لحاظ ذات عقد مضاربه، عامل سود می برد و نقصان به عهده او نیست مگر با امر مالک مخالفت کند.

۲. مالک حق دارد شیوه تجارت با مال خودش را در عقد مضاربه معین کند.

۳. امر صاحب مال ظهور دارد که این امر شرط ضمن عقد است نه این که بعد از عقد امر بکند.

این شرط، شرط خود عقد نبود؛ چون گاهی انعقاد عقد مضاربه را مشروط به شرطی می کند که اگر تخلف کند، کل عقد باطل می شود:

دلیل ۱: برخی می گویند تعلیق در انشاء است و این باعث بطلان است.

جواب: تعلیق در منشا است.

دلیل ۲: عقد مضاربه مشروط به این شرط است و بدون شرط، مشروط هم نیست.

اما این مطالب در این روایت نیست چون این روایت، حکم به بطلان نکرد پس اصل عقد مشروط نیست.

۴. امام ع به فعل غیر معصوم (عباس عموی پیامبر ص) استناد کردند.

احتمال ۱

در حدیث ۱۲ همین باب دارد که این فعل عباس به گوش حضرت رسول ص رسید و ایشان اجازه

دادند و شاید استناد امام ع به فعل عباس بخاطر اجازه نبی ص بوده است.

احتمال ۲

امام ع با خود همین استناد، تقریر فعل عباس است؛ ولی این با ظهور روایت نمی سازد چون امام ع در

مقام تعلیل حکم هستند.

احتمال ۳

استناد به فعل صحابی است و تقیه است چون عامه فعل صحابی را حجت می دانند.

در مثل این موارد این بحث مطرح می شود که اگر تعلیل تقیه است آیا حکم هم تقیه است؟
تعلیل جنبه اقناع مخاطب دارد و لذا ضرورتی ندارد که اگر علت، تقیه باشد، حکم هم تقیه باشد. ممکن است حکم برای او قانع کننده نباشد و علت قانع کننده باشد.

۲۴۰۵۵-۸- و عَنْهُ عَنْ فَضَالَةَ عَنْ رِفَاعَةَ بْنِ مُوسَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي مُضَارِبٍ يَقُولُ لِصَاحِبِهِ إِنَّ أَدْنَتَهُ
أَوْ أَكَلْتَهُ فَأَنْتَ لَهُ ضَامِنٌ قَالَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ إِذَا خَالَفَ شَرْطَهُ.

سند

صحیحہ

دلالت

۱. در برخی نسخ، "ادنته" دارد و در برخی "آذیته" دارد که "آذیته" معنا نمی دهد و "ادنته" درست است.
"ادنته" یعنی مال مرا قرض بدهی.

۲. بحثی داریم که صاحب مال می تواند عالم را ضامن کند یا خیر؟
روایاتی داریم که خواهد آمد که می گوید این کار در عقد المضاربه جایز نیست.
حال با توجه به این روایات، این روایت می گوید مالک به عامل می گوید تو حق قرض دادن و اکل
آن را نداری.

حضرت ع فرمود اگر مخالف شرط بود، ضامن است یعنی ضمان در فرض صرف عدم مخالفت شرط و
یا موافقت شرط، ثابت نیست.

۳. در برخی روایات دیگر امام ع فرموده اند در صورت مخالفت شرط، ضمان است چه صاحب المال
تصریح به ضمان کرده باشد و چه تصریح نکرده باشد. لازم نیست شرط ضمانت باشد. اما در این
روایت مورد جایی است که شرط ضمانت شده است.

۴. سوال در روایت

اصلا مال مضاربه را نمی توان قرض داد چون مالک نیست. قرض دادن مال مضاربه جایز نیست. البته
این در سوال راوی بود اما امام ع در روایت نگفت که قرض دادن جایز است ولی سوال این است که
چرا امام ع تذکر ندادند و گویا ذهنیت او را تقریر کردند.

۵. "اکلته" می توان کنایه از اتلاف باشد نه این که آن را بخورد؛ چون اکل برای خودش که معلوم است جایز نیست.

وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ الْوَشَّاءِ عَنْ رِفَاعَةَ بْنِ مُوسَى نَحْوَهُ.

صحیحہ

• جلسه ۲۵ دوشنبه ۳۰ مهر ۱۳۹۷

۲۴۰۵۶ - ۹ - و عَنْهُ عَنِ مُعَاوِيَةَ بْنِ حَكِيمٍ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ جَمِيلٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا يَشْتَرِي بِهِ ضَرْبًا مِنَ الْمَتَاعِ مُضَارَبَةً فَذَهَبَ فَاشْتَرَى بِهِ غَيْرَ الَّذِي أَمَرَهُ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَالرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَ.

سند

معاویة بن حکیم را نجاشی توثیق کرده است ولی کسی می گوید فطحی است.

دلالت

۱. حضرت ع فرمودند ضامن است با این که اشتراط ضمان نشده بود و تنها شرط فعلی در آن بود. پس تخلف شرط باعث ضمانت است و شرط ضمانت لازم نیست.
۲. آیا ضامن راس المال است در صورت تلف و یا ضامن خسران هم هست؟ ظاهر روایت مطلق است و شامل هر دو می شود.
- می گویند اگر مالک به عامل، متاع بدهد مرابحه است و اگر پول بدهد مضاربه می شود. در این صورت چه کل پول از بین برود و چه بخشی از آن تلف شود یعنی خسارت هم نوعی تلف می شود پس نیاز به اطلاق گیری هم ندارد. اما اگر متاع باشد ممکن است قیمت پایین بیاید ولی متاع هست و تلف نشده است.
۳. سوال در مضاربه این است که باید سود، درصدی باشد و یا می توان مبلغ معینی باشد؟ این که درصدی باشد مورد اتفاق است اما آیا از "و الربح بینهما علی ما شرط" می توان اطلاق گیری کرد و گفت مبلغ معین هم می تواند به عنوان سود مشخص شود؟

عموما می گویند سود مضاربه باید درصدی باشد و الا اگر مبلغ معینی باشد، وکیل یا اجیر می شود.

به نظر می رسد اطلاق گیری منتفی است؛ چون مولا در مقام بیان کیفیت اشتراط ربح نیستند.

۴. اگر عقد مضاربه ای محقق شد و فقط گفتیم که سود بین ما تقسیم شود ولی حصه عامل و مالک در آن معین نیست.

آیا از "و الربح بينهما علی ما شرط" می توان برداشت کرد که شرط باید باشد یعنی مقدارش هم باید مشخص شود؟ آیا این عبارت روایت به این معناست که زمانی این سود تقسیم می شود که سابق بر آن شرط باشد؟

دلالت "علی ما شرط" بر لزوم اشتراط حصه بعید است چون در مقام بیان آن نبودند ولی می تواند بر این دلالت کند که عموماً در عقد مضاربه اشتراط رخ می دهد.

۲۴۰۵۷-۱۰- و بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ وَهَيْبِ بْنِ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُعْطِي الرَّجُلَ مَالًا مُضَارَبَةً وَيُنْهَاهُ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى فَعَصَاهُ فَقَالَ هُوَ لَهُ ضَامِنٌ وَالرَّيْحُ بَيْنَهُمَا إِذَا خَالَفَ شَرْطَهُ وَ عَصَاهُ.

سند

حسن بن محمد بن سماعه توثیق صریح دارد ولی می گویند معاند فی الوقف. معتبر است. اعتقادات راوی دخیل در وثاقتش نیست غیر از غلو که گویا غالب غالیان، غیر ثقه اند. قسمی از غلو مبتلا به اباحه گری بوده است و لذا در احکام شرعی، قابل اعتماد نیستند. چون معتقد بودند اگر شیعه باشد، دیگر از گناهان سوال نمی شود.

حتی برخی می گویند ان الصلاة تنهی عن الفحشاء والمنکر یعنی علی ع تنهی از ابوبکر و عمر پس نماز نداریم.

شهید صدر در حجیت خبر واحد در بحوث می گوید برخی از روایات هستند که اصلاً دغدغه احکام نداشتند و یک روایت در فقه ندارد و این زمینه های تفکر غلو است. البته نمی گویند مفضل غالی است ولی می گویند زمینه غلو داشتند.

وهیب بن حفص: ثقه

دلالت

۱. "وَالرِّيحُ بَيْنَهُمَا إِذَا خَالَفَ شَرْطُهُ وَ عَصَاهُ" حتی اگر مخالفت بکند هم ریح بین آن دو است. نه این که اگر مخالفت نکند ریح بین آن دو نیست.

۲۴۰۵۸-۱۱- وَ عَنْهُ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ وَ أَبِي شُعَيْبٍ عَنْ أَبِي جَمِيلَةَ عَنْ زَيْدِ الشَّحَّامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الْمُضَارَبَةِ إِذَا أُعْطِيَ الرَّجُلُ الْمَالَ وَ نَهِيَ أَنْ يَخْرُجَ بِالْمَالِ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى فَعَصَاهُ فَخَرَجَ بِهِ فَقَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرَّيْحُ بَيْنَهُمَا.

سند

ابی جعفر جعفر بن محمد بن سماعه: واقفی ثقه

ابی شعیب صالح بن خالد: ثقه

ابی جمیله از نظر ما ضعیف است؛ ولی برخی از آقایان به طرقی می خواهند تصحیحش کنند که سابقا بررسی کردیم.

زید شحام: ثقه

دلالت

۱. تصریح به مضاربه است.

۲. اشتراط بوده است و عامل رعایت شرط نکرده است. امام ع می فرماید عامل ضامن است و ریح بین آن دو تقسیم می شود.

۳. "الریح بینهما" در این جا بدون "علی ما شرط" آمده است بر خلاف روایات دیگری که علی ما شرط را داشت. حال آیا این یعنی دقیقا حصه عامل طبق شرط سابق است یا باید حصه عامل را تنصیف کنیم؟ در روایاتی که علی ما شرط داشت تصریح به این است که حصه عامل بر طبق شرط سابق در عقد مضاربه باید داده شود اگر تخلف شرط کرد ولی معامله سود آور بود. اما این جا می گوید الریح بینهما که ممکن است بگوییم می گوید بخاطر تخلف شرط، حصه عامل را باید تقسیم کنیم و مقداری به مالک بدهیم علاوه بر حصه سابق مالک که شرط شده بود.

ظاهرا این عبارت ساکت است که سود به چه صورتی باید تقسیم شود؟ ضمن این که روایات قبل تصریح داشت که علی ما شرط باید باشد و این یعنی همه مفاد قرارداد مضاربه به قوت خودش باقی

است. پس مخالفت با شرط اگر باعث تلف یا ضرر نشود، نه اصل مضاربه را از بین می برد و نه سایر

قیود ذیل آن را.

۲۴۰۵۹-۱۲-أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن أبيه قال: قال أبو عبد الله ع كان للعباس مال مضاربه فكان يشترط أن لا يركبوا بحراً ولا ينزلوا وادياً فإن فعلتم فأنتم ضامنون فأبلغ ذلك رسول الله ص فأجاز شرطه عليهم.

سند

معروف است که احمد بن محمد بن عيسى الاشعري قمی کتابی به نام نوادر داشته است و معروف است که کتاب معتبری بوده است و کلینی بارها از آن نقل کرده است.

احمد از بزرگان شیعه بودند و شناخته شده بودند و از اصحاب امام رضا ع و امام جواد ع و امام هادی ع بودند. امروزه هم کتابی به نام نوادر احمد بن محمد بن عيسى وجود دارد و اخیراً هم موسسه امام مهدی ع آن را چاپ کرده است.

نوادر یعنی احادیث غیر مشهور در آن ذکر شده است.

بحثی در کتاب امروزه است که آیا این کتاب همان کتاب نوادر احمد بوده است یا خیر؟ یعنی تطابق این کتاب موجود با کتاب نوادر قدیمی محل بحث است.

بحث دوم این است که همان کتاب قدیمی، آیا مربوط به اوست یا انتساب از اساس اشتباه است؟ برخی می گویند راوی کتاب بوده است نه تالیف او.

آیا شیخ حر کتاب نوادر را داشته است یا خیر؟ اگر داشته است همین کتاب امروزه همان کتاب نوادر است.

در بحث دوم تقریباً مشهور و معروف است که کتابی به نام نوادر داشته است لذا فعلاً بحث جدی در این است که این کتاب امروزه که دست ماست و در اختیار شیخ حر بوده است آیا همان کتاب نوادر قدیمی است یا خیر؟

آقای شبیری مقاله ای دارند در مجله "آینه پژوهش" ش ۴۶ که همین بحث را مطرح کردند و می گویند این کتاب امروزه، کتاب حسین بن سعید اهوازی است نه کتاب نوادر. در برخی باب ها قرینه دارند که کتاب حسین بن سعید است و در برخی ابواب می گویند ممکن است مربوط به حسین بن سعید هم نباشد.

قرینه آقای شبیری مشایخ کتاب را قرینه می گیرند چون آنها مشایخ حسین هستند نه مشایخ احمد. نسبت این کتاب نوادر با کتاب فقه الرضاع را هم باید بررسی کنیم. این کتاب به عنوان تکمله فقه الرضاع چاپ شده است و خیلی از عباراتش هم همان عبارات فقه الرضاع است.

• جلسه ۲۶ سه شنبه ۱۳۹۷ آبان

ادامه سند روایت ۱۲

آیا کتاب نوادر مربوط به احمد بن محمد بن عیسی اشعری قمی است؟

قول ۱: عده نوادر همان کتاب سی فصلی حسین بن سعید اهوازی است.

قول ۲: نوادر بخشی از کتاب زهد حسین بن سعید است که به خط احمد بن محمد بن عیسی نوشته شده است.

قول ۳: منتخبی از کتاب حسین است.

قول ۴: بخشی از کتاب فقه الرضاع است.

قبلا نوادر احمد به عنوان تتمه فقه الرضاع چاپ می شده است. مقایسه و مقارنه نشان می دهد که برخی عبارات فقه الرضاع با نوادر مشابهت دارد.

قول ۵: همان کتاب معروف نوادر اشعری است.

برخی از بزرگان می گویند این همان کتاب معروف نوادر اشعری است. آغابزرگ تهرانی در الذریعه ج ۲۴ ص ۳۲۲ می گوید این کتاب، کتاب احمد است.

علامه مجلسی تردید دارند؛ چون در ابواب مختلفی (ابواب صوم و نذر و ایمان)، از مشایخ حسین بن سعید نقل می شود که از مشایخ احمد نیستند؛ تردید ایشان بین احمد و حسین است و احتمال فقه الرضاع را مطرح نمی کنند.

اما علامه مجلسی نهایتا بر این کتاب، اعتماد می کنند. چه کتاب مربوط به احمد باشد و چه حسین باشد قابل اعتماد است.

علت تردید هم این است که در ترجمه حسین بن سعید اهوازی نقل نشده است که او نوادر دارد.

محقق کتاب نوادر اشعری در مقدمه کتاب، استناد را بحث می کند و در صدد اثبات استناد به احمد است.

به نظر ما هم فرقی ندارد که کتاب حسین باشد و یا کتاب احمد باشد؛ چون هر دو ثقه هستند.

اشکال

ممکن است بخشی از فقه الرضاع باشد که اعتبارش را نپذیرفتید.

جواب

توهم فقه الرضاع منتفی است؛ چون صرف این که در پایان کتاب فقه الرضاع چاپ می شده است دلیل بر تتمه بودن برای آن نیست. و مشاکلت در عبارات هم طبیعی است چون فقه متقدمین مشوب به روایات است و لذا عبارات شبیه به هم می شود.

مشکله دوم

سند این بود که احمد بن محمد بن عیسی از پدرش از امام صادق ع در حالیکه پدر ایشان محمد بن عیسی از اصحاب امام رضا ع و امام جواد ع بوده است و این که او از امام صادق ع بدون واسطه نقل کند معقول نیست و لذا سقطی در روایت وجود دارد.

اشکال

چرا همین روایت دلیل بر این نباشد که او از اصحاب امام صادق ع بوده است؟

جواب

رجالین او را حتی از اصحاب امام کاظم ع هم نمی دانسته اند چه رسد به امام صادق ع و این مقدار از اشتباه از همه رجالین خیلی بعید است؛ چون آنها بخاطر روایت اندک هم راوی را جزو اصحاب آن امام قرار می دادند.

آقای شبیری در نرم افزار درایه، هم احمد بن محمد بن عیسی و هم پدرش را مجهول تلقی کرده است.

پس ایشان را احمد بن محمد بن عیسی اشعری قمی نمی داند چون ایشان قطعاً ثقه است.

وجه این که مجهول قرار داده است معلوم نیست. شاید اشتباه نرم افزار باشد ولی اگر درست باشد، شاید ایشان می گوید کتاب نوادر احمدی هست که پدرش می توانسته بی واسطه از امام صادق ع نقل کند که این خیلی بعید است.

آقایان می گویند احمد در نقل روایت، سخت گیر بوده است و روایتی که روایات ضعیف را نقل می کردند، ایشان آنها را از قم می انداختند بیرون. لذا برخی می گویند اگر سقطی دارد حتما معتبر بوده است.

در مواردی که می گویند راوی لایروی الا عن ثقه این خودش توثیق است ولی وثاقت سند و روایت نیست؛ آقای خوبی بالصراحه می گویند مفید نیست ولی ما مرسلات صدوق را قبول کردیم چون او اعتماد بر قرائن نوعیه می کنند نه قرائن شخصیه.

نظر استاد راجع به مرسلات احمد بن محمد بن عیسی

شخصیت احمد در نقل روایت و قرب عهد او به امام صادق ع این اطمینان را تا حدی می آورد که اگر چیزی حذف شده باشد، قرائن نوعیه بوده است. یعنی قرائن شخصیه ای نبوده است که ضعیف باشد. شخصیت او طوری است قرائنش عادی و نوعی است چون انسان سخت گیری بوده است. حتی برخوردهای اجتماعی هم می کرده است.

پس نظر ما این شد که تردید داریم کتاب مربوط به احمد است یا حسین ولی هر دو ثقه اند اما در مرسلات تفاوت دارند.

البته در خصوص این روایت، مشکله سقط بود که می گوئیم اگر احمد باشد درست است چون نقل احمد را دال بر وثوق روایت دانستیم اما اگر حسین بن سعید اهوازی باشد هم سقط از بین می رود چون پدر حسین می تواند از امام صادق ع نقل کند.

ولی به هر حال، این روایت همان روایت ۷ همین باب بود و سند معتبر داشت و لذا بحث سندی منتفی است.

دلالت روایت ۱۲

۱. مالک می تواند شرایطی قرار دهد.
۲. این جا شرط ضمانت شده است پس شرط ضمانت هم مشکلی ندارد.

أَقُولُ: وَ يَأْتِي مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ.

باب ۲

بَابُ أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْمَالِكِ أَنْ يَدْفَعَ أَكْثَرَ الْمَالِ قَرْضًا وَالْبَاقِيَ قِرَاضًا وَ يَشْتَرِطُ حِصَّةً مِنْ رِبْحِ الْجَمِيعِ أَوْ يَجْعَلَ الْبَاقِيَ بَضَاعَةً فَإِنْ تَلَفَ ضَمِنَ الْقَرْضَ

قرض مشخص است.

قراض مضاربه است.

بضاعه یعنی با مال دیگری کار کنید و تمام سودش مال مالک باشد. مجانی و تبرعی برای کسی با پولش کار کند.

۲۴۰۶۰ - ۱ - مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ ثَعْلَبَةَ بْنِ مَيْمُونٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عْتَبَةَ قَالَ: قُلْتُ لَأُزَالَ أُعْطِيَ الرَّجُلُ الْمَالَ فَيَقُولُ قَدْ هَلَكَ أَوْ ذَهَبَ فَمَا عِنْدَكَ حِيلَةٌ تَحْتَالُهَا لِي فَقَالَ أَعْطِ الرَّجُلَ أَلْفَ دَرَاهِمٍ أَقْرِضْهَا إِيَّاهُ وَ أَعْطِهِ عَشْرِينَ دَرَاهِمًا يَعْمَلُ بِالْمَالِ كُلِّهِ وَ يَقُولُ هَذَا رَأْسُ مَالِي وَ هَذَا رَأْسُ مَالِكَ فَمَا أَصَبْتَ مِنْهُمَا جَمِيعًا فَهُوَ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ فَسَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهِ.

سند

کلینی این عده ای که از احمد بن محمد بن عیسی نقل می کنند را تعریف کرده است و لذا به معنای ارسال نیست. البته نه هر عده من اصحابنا بلکه به نقل از احمد.

موتقه به ابن فضال.

• جلسه ۲۷ چهارشنبه ۲ آبان ۱۳۹۷

کلامی از آیت الله خویی در نوادر احمد بن محمد بن عیسی

ایشان ضمن توثیق احمد می گویند لها کتاب النوادر و سپس می گوید طریق شیخ حر به او صحیح است. چون طریق شیخ حر منتهی به طریق شیخ می شود و طریق شیخ صحیح است.

ایشان این جا اساسا به بحث احمد و حسین نمی پردازند. موسوعه ج ۲۲ ص ۲۵۰

آقای خویی می گویند احمد از اصحاب امام رضا ع و امام جواد ع و امام هادی ع بوده است هر چند ما هیچ روایتی از او از امام رضا ع ندیدیم و از امام جواد ع هم دو روایت دارد.

البته در نرم افزار جستجو کردیم که چند روایت از امام رضا ع هم داشت.

حسین فراوان از امام رضا ع حدیث دارد. پس در یک طبقه هستند و همین باعث تردید میان فقهاء شده است و با این که در یک طبقه هستند خود احمد از راویان از حسین است.

اولین حدیث نوادر، احمد از حسین است و این مشکلی ندارد مشکل، این است که احمد از مشایخ حسین بدون واسطه نقل می کند.

گفتیم حسین بن سعید از پدرش اگر نقل کند، سقط وجود ندارد چون پدرش می تواند از امام صادق ع نقل کند ولی معهود نیست که حسین از پدرش نقل کند و پدر حسین به عنوان راوی شناسایی نشده است.

گفتیم پدر احمد هم از امام صادق ع نمی تواند نقل کند اما ممکن است ابیه ناظر به جد او باشد یعنی احمد بن محمد بن عیسی از عیسی اشعری نقل کرده و عیسی از روات جلیل القدر است.

دلالت روایت اول

۱. کسی به غیر معصوم می گوید من پول به کسی می دهم کار کند ولی چون ضرر بر مالک است او کار می کند و می گوید تلف شد. چکار کنم؟ غیر معصوم در جواب گفت به عامل بگو هزار درهم قرض می دهم و بیست درهم مضاربه می دهم. شرط می کنی که سود از مجموعه قرض و مضاربه باشد که اگر سود کند، مثل مضاربه در تمام مال می شود و اگر ضرر کند، قرض را باید پس بدهد یعنی بدین ترتیب، هزار درهم محفوظ می ماند.

پس مضاربه ای است که بخشی از راس المال تضمین شده باشد.

اشکال اول: اشتراط مضاربه در قرض

شما هزار درهم قرض دادید و شرط کردید که سود از مجموعه باشد و این ربا است. چون اگر قرض ربوی نباشد آن شخص می تواند هزار درهم را بگیرد و با ۲۰ درهم کار کند و سود همان را بدهد.

جواب: اشتراط قرض در مضاربه

در ۲۰ درهم شرط می‌کنید که من این ۲۰ درهم را مضاربه می‌دهم به شرط قرض و تقسیم سود مجموع پس اشتراط در مضاربه شد.

اشکال ۱

اگر قرض را بدون شرط گرفته است چه دلیلی دارد مضاربه شما را بپذیرید.

جواب

این اشکال در صورتی است که ابتدائاً قرض باشد اما می‌تواند مضاربه ابتدائاً باشد و شرط کند که هزار درهم قرض بدهم و سود از مجموع باشد.

اشکال

در هر حال، اگر شرط باشد، شبهه ربا دارد.

اشکال ۲

عقد مضاربه عقد جایز است و شرط در ضمن عقد جایز، الزام آور نیست. پس ممکن است به تعهد خودش عمل نکند.

اشکال دوم

مشکله اول شبهه ربا است و مشکله دوم این است که قرار شد که عنوان عقد، شرکت باشد چون عامل پول نداشت و مالک، پولی به او قرض داد و پولی خودش گذاشت تا شرکت رخ دهد و در شرکت، سهم هر شریکی از سود باید به میزان سرمایه باشد در حالیکه این شخص، سرمایه اش قلیل است و سودش کثیر است.

۲. فَهُوَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ ظَهْوَرٌ دَارِدٌ كَمَا سَوَدَ مَنَاصِفُهُ اسْتِ وَ اِگَر مَنَاصِفُهُ هَم نِيَسْتِ بَلَكُهُ سَوْدِي بِالَا تَرَا ز

سود ۲۰ درهم مراد بوده است چون حل مشکله شخص همین بود که سود مجموع را می‌خواست.

پس این روایت دو مشکله داشت که باید روایات دیگر را بخوانیم تا ببینیم حلی دارد یا خیر.

۲۴۰۶۱ - ۲ - مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ الْجَهْمِ عَنْ ثَعْلَبَةَ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عْتَبَةَ قَالَ: سَأَلْتُ بَعْضَ هَوَلَاءٍ يَعْنِي أَبَا يُوسُفَ وَ أَبَا حَنِيفَةَ - فَقُلْتُ إِنِّي لَا أَزَالُ أَدْفَعُ الْمَالَ مُضَارَبَةً إِلَى الرَّجُلِ فَيَقُولُ قَدْ ضَاعَ أَوْ قَدْ ذَهَبَ قَالَ فَادْفَعْ إِلَيْهِ أَكْثَرَهُ قَرْضًا وَ الْبَاقِيَ مُضَارَبَةً فَسَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ يَجُوزُ.

روایت قبل، روایت کلینی بود ولی این جا شیخ طوسی است ولی هر دو از احمد است و احمد از حسن بن جهم بن بُکیر است که نجاشی می گوید ثقه است ولی برخی می گویند این حسن بن علی بن فضال است و مثل سند بالا است. یعنی احمد از حسن است.

حسن بن جهم و حسن بن علی بن فضال هر دو ثقه اند ولی ابن فضال امامی نیست.

حسن بن جهم از امام کاظم ع و امام رضا ع روایت می کرده است. حسن بن علی بن فضال هم طبقه اش همین است و لذا جای این توهم وجود دارد.

چرا حسن بن جهم نباشد؟ چون معهود نیست که احمد از حسن بن جهم روایت کند ولی از حسن بن علی بن فضال بسیار نقل می کند.

ضمن این که حسن بن جهم از ثعلبه هم نقل نمی کند.

ثعلبۀ بن میمون: ثقه

این بحث سندشناسی بود و الا هر دو ثقه اند و در اعتبار روایت خدشه ای نیست.

دلالت

۱. در روایت اول داشت که عبد الملک بن عتبه به غیر معصوم گفته بود و در ذیل روایت گفت از امام ع پرسیم. ولی این جا تصریح دارد که عبد الملک از فقهاء اهل سنت پرسیده بود.
۲. در روایت قبل، تصریح به مضاربه نبود ولی در این روایت تصریح به مضاربه دارد.
۳. همان فرع قبل مطرح شد و راه حل هم همان راه حل است و امام ع هم حکم به جواز کردند.
۴. این جا تصریح نشده که ربح بین هر دو باشد و از مجموع باشد.
۵. چرا اکثرش را قرض بده؟ چون اگر تلف شد، اکثر مال محفوظ باشد.
۶. هم "لاباس" و هم "یجوز" صریح در جواز بالمعنی الاعم است.
۷. بعید است که عبد الملک دو بار مساله را از امام ع پرسیده باشد و شاید یک روایت است که هم شیخ و هم کلینی نقل کرده است. ولی عبارات متفاوت بود.

۲۴۰۶۲-۳- وَ عَنْهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عْتَبَةَ الْهَاشِمِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى ع هَلْ يَسْتَقِيمُ لِصَاحِبِ الْمَالِ إِذَا أَرَادَ الْأَسْتِثْقَاقَ (اطمینان و وثوق در سرمایه گذاری) لِنَفْسِهِ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضَهُ شَرِكَةً لِيَكُونَ أَوْثَقَ لَهُ فِي مَالِهِ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ.

سند

صحیحہ

دلالت

۱. این روایت سخن از قرض نیست بلکه بحث شرکت است. بخشی از پول را شرکت قرار دهیم و بخشی دیگر شرکت نیست و مال مالک است و می خواهد دست کسی دهد پس مضاربه است. چه موقع، بعضی از راس المال شرکت است؟ وقتی که این بخش را تملیک کنم به عامل.

ان قلت

شاید مراد شرکت با مال عامل است.

قلت

شرکت با مال عامل که باعث استیثاق نیست.

نکته

بحث تملیک بلاعوض نیست چون این آقا می خواهد سود کند و مال ضایع نشود پس تملیک با عوض است که می شود همان قرض دادن و این دقیقاً همان فرع روایات قبل است.

اشکال

ممکن است بگوییم شرکت با مال عامل است و استیثاق از این جهت است که وقتی عامل خودش پولی بگذارد مواظب است که ضرر نکند.

جواب ۱

شرکت با مال عامل که سوال ندارد و معلوم است که جایز است.

جواب ۲

در این صورت، بعض مال را شرکت قرار دهد معنا ندارد.

• جلسه ۲۸ یکشنبه ۲۰ آبان ۱۳۹۷

۲۴۰۶۳-۴- و عَنْهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عْتَبَةَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَدْفَعُ إِلَيْهِ مَالًا فَأَقُولُ لَهُ إِذَا دَفَعْتُ الْمَالَ وَهُوَ خَمْسُونَ أَلْفًا عَلَيْكَ مِنْ هَذَا الْمَالِ عَشْرَةَ أَلْفٍ دَرَاهِمٍ قَرْضٌ وَالْبَاقِي مَعَكَ تَشْتَرِي لِي بِهَا مَا رَأَيْتَ هَلْ يَسْتَقِيمُ هَذَا هُوَ أَحَبُّ إِلَيْكَ أَمْ أَسْتَأْجِرُهُ فِي مَالٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ.

سند

صحيحه

دلالت

۱. کسی به آقای پولی می دهد که بخشی از آن قرض است و بخشی از آن قرض نیست بلکه "وَالْبَاقِي مَعَكَ تَشْتَرِي لِي بِهَا مَا رَأَيْتَ" یعنی یا مضاربه (سود مشترک بین عامل و مالک) است و یا بضاعه (سود مال مالک است و عامل یا تبرعا انجام می دهد و یا اجرت المثل کارش را می گیرد)
۲. سوال اول عبد الملک: این کار صحيح است یا خیر؟

سوال دوم عبد الملک: این کار بهتر است و یا این که اجرت معلومی برای او تعیین کنم؟ باید دید این کار اول، مضاربه است و یا بضاعه؟ که اگر مضاربه باشد روایت مرتبط به محل بحث می شود و الا بی ارتباط است.

احتمال ۱: سوال از مضاربه است و مرتبط با آن.

در مضاربه شراکت در سود است و عامل اجیر نیست. در بضاعه، عامل، اجیر است. پس وقتی سوال این است که کار اول بهتر است و یا اجاره، این یعنی کار اول اجاره نبوده است که مضاربه می شود پس سوال این است که مضاربه بهتر است و یا بضاعت.

امام ع می فرمایند مضاربه و بضاعت هیچکدام مشکلی ندارد؛ اما این که کدام احب را امام ع جواب ندادند.

احتمال ۲: روایت، ربطی به مضاربه ندارد.

احتمال دیگر این است که سوال از بضاعت است و بضاعت دو قسم است. اجرت تعیین کنیم و یا تعیین نکنیم و اجرت المثل بدهیم؟

پس می پرسد بضاعت با اجرت المثل بهتر است و یا بضاعت با تعیین اجرت؟

تضعیف احتمال دوم

مضعف ۱

در این صورت کلام امام ع این می شود که ایشان می فرماید تعیین و عدم تعیین جایز است و هیچیک احب نیست در حالیکه همیشه تعیین بهتر از عدم تعیین است چون تعیین راه اختلاف را می بندد. درست است که شاید امام ع احب بودن را جواب ندهند اما سکوت امام ع نسبت به جایی که احب بودن واضح است و توصیه نکردن به تعیین بعید است.

مضعف ۲

"ام استجره فی مال باجر معلوم" ظهور دارد در این که دو معامله باشد نه این که همان معامله باشد و تنها تفاوت در تعیین و عدم تعیین باشد. یعنی ظهور دارد که در مال قبلی نباشد. ولی در احتمال اول، بلاخره دو معامله است و با ظهور عبارت بیشتر تناسب دارد.

احتمال ۳

چرا بخشی را قرض می دهد و بخشی را می گوید کار کن؟ وجه سوال از این صورت، همان استیثاق است که می خواهد تضمینی داشته باشد که بخشی از سرمایه از بین نمی رود که مورد روایات قبل بود و سه روایت قبل هم از همین راوی بود.

این که راوی یک سوال را از دو امام ع پرسد معنا دارد چون شاید شرایط امام اول ع تقیه بوده است ولی این که عبد الملک یک سوال را چهار بار از یک امام ع پرسد خیلی بعید است پس چهار واقعه و گفت و شنود نیست بلکه یک واقعه بوده است و نقل به مضمون شده است. ممکن است راوی یک واقعه را چهار بار نقل کند اما این که چهار بار از امام ع سوال پرسیده باشد بعید است. اگر تکرار بشود شاید امام ع هم تذکر بدهد که شما که این سوال را قبلا پرسیدی. به هر حال، چند روایت و چند واقعه بودن آن بعید است.

حال اگر یک واقعه باشد همان صورت و مورد روایات قبلی است که به صورت شفاف در این نقل بیان نشده است.

ان قلت

در روایات قبل اکثر مال قرض بود بر خلاف اینجا.

قلت

اعداد ممکن است فرضی باشد خصوصاً که اگر مقدار قرض، اکثر باشد و امام ع بگوید جایز باشد پس اگر مقدار قرض، کمتر باشد به طریق اولی جایز است.

اشکال

روایت اول و دوم از امام صادق ع است و روایت سوم و چهارم از امام کاظم ع است.

جواب

این سوال را بررسی خواهیم کرد.

آیا احتمال سوم با روایت تناسب دارد؟

در مضاربه عامل برای ما می خرد ولی وکیل نیست که بخواهد حق الوکاله بگیرد بلکه شریک است و لذا این عبارت " وَ الْبَاقِي مَعَكَ تَشْتَرِي لِي بِهَا مَا رَأَيْتَ " تناسبی با مضاربه دارد.

پس سوال اول عبد الملک این است که قرض و مضاربه جایز است یا خیر و سوال دوم این است که

این قرض و مضاربه بهتر است و یا اجیرش کنم و قرض و مضاربه ندهم؟ یعنی قرض و مضاربه شاید

حلال باشد ولی شما آن را نپسندید یعنی مکروه باشد. پس سوال این است که اگر جایز است آیا

مکروه هم هست یا خیر؟

وجه سوال از جواز: این نوع معامله دو مشکل دارد:

مشکله ۱: این معامله شراکت است. یعنی من قرض دادم و شما مالک شدید پس نصف سرمایه از شما و

نصف از من است پس در سود شریکیم و او علاوه بر مالک بودن نصف سرمایه، عامل هم هست؛ اما

سود کل پول را می گیرد در حالیکه در شراکت باید سود به مقدار سهم شراکت باشد.

مشکله ۲: ربای قرضی است و این روایت در حیل ربوی هم مطرح می شود؛ چون نصف پول را قرض

داده است و سودش به جیب مالک می رود.

به نظر ما با قرائن سایر روایات، این احتمال سوم تقویت می شود.

تفاوت احتمال اول و سوم

در احتمال اول سوال از قرض نبود بلکه سوال از این بود که بخشی از آن را مضاربه قرار دهم یا

بضاعه؟ ولی در احتمال سوم سوال از خود قرض است یعنی اساساً قرض دادن اشکال دارد یا خیر چه

بخش دوم، مضاربه باشد و چه بضاعه.

أَقُولُ: وَ تَقَدَّمَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ فِي الصُّلْحِ وَ فِي بَيْعِ الْحَيَوَانِ وَ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ.

مشکله قرض و مضاربه

مشکله اول

مشکله این است که من ۱۰۰ تومان دارم ولی وقتی من به عامل ۹۰ تومان قرض می دهم پس ۹۰ درصد سرمایه مال او می شود و سود شرکت باید بر اساس تناسب سرمایه باشد پس ۹۰ درصد سود برای عامل باشد درحالیکه این چنین نیست.

لذا شیخ در مبسوط می فرماید این صورت مساله، باطل است البته روایات این باب را ذکر نمی کند. قاضی این براج هم می گوید باطل است؛ اما علامه در مختلف می گوید می تواند به توافق باشد نه به تناسب.

کلام شیخ طوسی علی القاعده است چون قاعده اقتضا دارد که سود تابع اصل مال باشد پس نسبت سرمایه، نسبت سود را معین می کند. منتهی باید دید که شرط خلاف این قاعده، شرط خلاف کتاب و سنت است که باطل می شود و یا خیر که مشکلی ندارد.

طبق این قاعده، خود مضاربه هم خلاف قاعده می شود چون سرمایه را به کسی می دهید و او کار می کند و سود بالمنصفه می شود درحالیکه اگر سود باید بر اساس تناسب سرمایه باشد، کل سود باید سرمایه دار برسد و به عامل اجرت المثلش داده شود نه این که قسمتی از سود را بردارد. اجرت عامل، باید هزینه سود باشد نه این که مقداری از سود باشد.

لذا برخی تذکر داده اند که خود مضاربه هم خلاف قاعده می شود ولی خلاف قاعده ای است که شریعت امضائش کرده است پس مضاربه هم دلیل بر بطلان این قاعده نیست بلکه تخصیص آن است.

اشکال

مضاربه عقد عقلایی است و در میان عقلاء رایج است.

جواب

اگر شرط سهم بردن از سود بکند درست است اما اگر شرط نکنند عقلاء اجرت عمل می دهند نه سود. حال باید دید این شرط در عقد خلاف کتاب و سنت هست یا خیر؟

به نظر ما این شرط سهم بردن از سود توسط عامل، مخالف کتاب و سنت نیست و به گونه ای اعمال مالکیت است و یا اعراض از حق است. گاهی می خواهد برادرش رشد اقتصادی کند و لذا او را عامل قرار می دهد و سود را بالمناصفه قرار می دهند.

پس مسئله اول در مساله شرکت، حل شد و روایات هم دال بر جواز بودند و توجیه می شوند.

مشکله دوم

مالک قرض می دهد به شرط این که آن قرض را با سرمایه دیگری از سوی مالک بگذارند و عامل با مجموعه این سرمایه کار کند و سود هم برای مالک، ۵۰ درصد کل باشد. قرض می دهد به شرط این که سود مالک نصف کل باشد.

مشکله این است که رب المال یعنی مالک دنبال سرمایه گذاری است و از امام ع سوال می پرسد و الا اگر سوال از طرف عامل و جوای کار باشد مشکلی نداشت چون قرض به شرط نمی شد ولی وقتی مالک دنبال قرض دادن و کار عامل است قرض به شرط می شود.

راه حل اول

این کار مالک، جعاله است. مالک می گوید هر کس حاضر است خودش سرمایه کثیر داشته باشد و من هم سرمایه قلیل بدهم و سود هم تنصیف شود، من حاضرم به او آن سرمایه کثیر را قرض بدهم. به مقتضای قرض، مضاربه نکردیم بلکه به مقتضای جعاله، قرض دادیم.

اشکال

نمی شود به جای جعاله، عقد شرکت مشروط به قرض باشد؟

جواب

عقد شرکت نیاز به وجود سرمایه از دو طرف دارد که عامل سرمایه ندارد.

در این جا قرض ربوی نیست چون پایه کار، جعاله است و شرطش قرض است.

این بحث به حیل ربوی برمی گردد که شبیه آن رهن و اجاره بود. برخی گفتند پایه کار، اجاره است و ضمن آن قرضی هم مطرح می شود و لذا قرض ربوی نیست ولی اگر پایه کار قرض باشد ربوی می شود. اما برخی گفته اند این که پایه عقد، اجاره باشد مشکله ربای قرضی حل نمی شود و حقیقتش و واقع عقد، قرض ربوی است. حال این دو احتمال در این بحث هم خواهد آمد. ما در آن جا گفتیم از برخی روایات قرض ربوی استفاده می شود که بعضی حالات رهن و اجاره مشکلی ندارد.

باید دید که اساسا روایات می تواند بر جعاله تطبیق شود؟

روایت ۱ باب ۲

عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عُبَيْدَةَ قَالَ: قُلْتُ لَأُزَالَ أُعْطِيَ الرَّجُلُ الْمَالَ فَيَقُولُ قَدْ هَلَكَ أَوْ ذَهَبَ فَمَا عِنْدَكَ حِيلَةٌ تَحْتَالُهَا لِي فَقَالَ أَعْطِ الرَّجُلَ أَلْفَ دِرْهَمٍ أَقْرِضْهَا إِيَّاهُ وَ أَعْطِهِ عَشْرِينَ دِرْهَمًا يَعْمَلُ بِالْمَالِ كُلَّهُ وَ يَقُولُ هَذَا رَأْسُ مَالِي وَ هَذَا رَأْسُ مَالِكَ فَمَا أَصَبْتَ مِنْهُمَا جَمِيعًا فَهُوَ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ فَسَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهِ.

از این روایت استظهار جعاله نمی شود. از روایت دو و سه و چهار هم جعاله استظهار نمی شود مگر این که بخواهیم به طریقی، روایت را تصحیح کنیم که باید دید که ما ناچار از تصحیح روایت هستیم یا راه دیگری هم دارد؟

• جلسه ۳۰ سه شنبه ۲۲ آبان ۱۳۹۷

راه حل دوم

مشکله ربای قرضی را خواستیم با جعاله حل کنیم که گفتیم ثبوتا درست است اما از ادله استظهار نمی شود. اما راه دوم این است که بگوییم مورد این روایات، از موارد تخصیص ادله حرمت ربا است.

ما در بحث حیل ربوی گفتیم اگر حيله باشد جایز نیست ولی اگر حيله ربوی منصوص باشد اگر دو معامله مستقل است هر چند در ظاهر، یک معامله به نظر می رسد در این جا مشکلی ندارد. این راه دو معامله مستقل، نتایج و آثار مختلفی دارد. پس باید دید مورد روایت آیا از این قسم حيله ها هست تا جایز باشد یا خیر؟

سوال روایات باب دوم راجع به قرض ربوی نیست؛ چون قصد او قرض و سود نیست بلکه قصد او مضاربه با استیثاق است. پس راوی به دنبال حيله برای ربای قرضی نیست بلکه حيله ای برای تضمین در مضاربه است.

پس مورد روایت حيله قرض ربوی نیست؛ هر چند این روش را شخص می تواند در قرض ربوی هم بکار ببندد اما باید دید که از این روایت می توان فهمید که این روش حيله در قرض ربوی جایز است؟ به نظر ما از این روایت فهمیده نمی شود چون مولا باید در مقام بیان از آن جهت باشد و اطلاق مقامی داشته باشد پس امام ع در مقام تخصیص ادله حرمت ربا نیستند پس این روش، حيله ربای قرضی محسوب نمی شود؛ چون ممکن است بگوییم لا باس از سوی امام در مورد کسی است که مقصودش مضاربه و تضمین سرمایه است ولی این که لا باس شامل کسی بشود که مقصودش قرض و سود است نمی شود.

به نظر ما به این روایات با این که صحیحه بودند، نمی توان عمل کرد و قابل اعتماد نیست که در این خصوص سه نکته مطرح می کنیم:

نکته ۱: مخالف با قاعده در ربای قرضی است و مشکله ربای آن حل نشد پس با روایات ربا در تعارض است.

اشکال

همین که این روایات با ربای قرضی سازگار نیست نشان دهنده این است که این روایت می تواند مخصص باشد.

جواب

ادله حرمت ربا و عمومات آن، عام آبی از تخصیص است.

ان قلت

حیل ربوی را پذیرفتید و این تخصیص می شود.

قلت

ما گفتیم اگر حيله باشد جایز نیست و مواردی که پذیرفتیم در واقع حيله نیست. پس تخصص است نه تخصیص.

آقایانی که حیل را پذیرفتند در موارد منصوص پذیرفتند و معتقدند اگر تصریح به حيله شده باشد اظهر از عام می شود و لذا صغرای اباء تطبیق نمی شود ولی ما گفتیم عمومات آبی از تخصیص هستند ولو حيله منصوص باشد لذا گفتیم باید در واقع، حيله نباشد و واقعا دو معامله مستقل باشد.

نکته ۲: راوی چهار روایت یک نفر است و استفاضه ثابت نیست.

نکته ۳: اعراض مشهور را هم دارد چون مشهور به آن عمل نکرده اند.

سوال

آیا می توان این روایات را حمل بر تقیه کرد؟

جواب

اولا حیل ربوی را عامه قبول ندارند و ثانياً صرف این که قول امام ع مطابق عامه باشد ملازمه با تقیه ای بودن آن نیست.

در روایات داشت که از ابایوسف پرسیدم و او استاد ابوحنیفه است. او اهل رای و قیاس است و علی القاعده باید مثل ابایوسف بگوید ولی به نظر ما امام صادق ع از ابوحنیفه تقیه نمی کنند چون در آن زمان، ابوحنیفه شهرتی نداشته است و او خودش دو سال شاگرد امام ع بود. آراء او در مکه و مدینه محل اعتنا نبوده است بلکه در کوفه بوده است.

مکتب رای در زمان ابایوسف شکل نگرفته بود و نیز در زمان ابوحنیفه در مدینه بلکه وقتی او در کوفه رفت مکتب شکل گرفت. معنا ندارد امام صادق ع در مدینه از فقیهی در کوفه اتقا کنند فقیهی که در خوداهل سنت هم مخالف دارد.

باب ۳

بَابُ أَنَّهُ يُثَبِّتُ لِلْعَامِلِ الْحِصَّةَ الْمُشْتَرَطَةَ مِنَ الرَّيْحِ وَلَا يَلْزِمُهُ ضَمَانٌ إِلَّا مَعَ تَفْرِيطٍ

۲۴۰۶۴ - ۱ - مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ يَأْسِنَادُهُ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ يَعْنِي الْمُرَادِيَّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يَقُولُ لِلرَّجُلِ ابْتِاعَ لَكَ مَتَاعًا وَ الرَّيْحُ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ قَالَ لَا بَأْسَ.

سند

صحیحہ

دلالت

۱. عاملی به مالک پیشنهاد می دهد که من برای شما جنسی را بخرم و سود بین ما تقسیم شود. پول و سرمایه علی القاعده باید مال مالک باشد.

۲. متاعا می تواند متاع جزئی یا کلی باشد.

۳. آیا بدون تعیین حصه ربح عقد مضاربه صحیح است یا مبتلا به غرر است؟

احتمال ۱

چون در این جا راوی می گوید "و الربح بینی و بینک" ولی نگفت که میزان سود چقدر است؟ و امام ع هم فرمودند "لا باس" که جواز وضعی است و بحث تکلیفی نیست پس مضاربه بدون تعیین حصه هم صحیح است.

احتمال ۲

هر جا تعیین مقدار سود نشود مثل "و الربح بینی و بینک" ظهور اولیه در تنصیف است پس این جا جهالت نیست بلکه جهالت در جایی است که در آن جا عرف از "الربح بینی و بینک" ظهور در تنصیف نداشته باشد.

به نظر ما احتمال دوم درست است.

• جلسه ۳۱ چهارشنبه ۲۳ آبان ۱۳۹۷

۲۴۰۶۵-۲- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع مَنْ أَتَجَرَ مَالًا وَ اشْتَرَطَ نِصْفَ الرِّيحِ فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ الْحَدِيثُ.

سند

صحیحه و مصححه و حسنه به ابن هاشم

دلالت

۱. این تجارت، تجارت با مال غیر است و مضاربه.

قرینه ۱: اشترط نصف الربح

تجارتی که اشترط نصف ربح دارد ظاهرش این است که تجارت مال غیر است.

قرینه ۲: فلیس علیه ضمان

ضمان در فرضی است که تجارت با مال غیر باشد نه تجارت با مال نفس.

۲. آیا نصف ربح خصوصیت دارد؟ یعنی اگر کسی بیش از ۵۰ درصد سود را اشتراط کند، ضمان دارد؟ به

تعبیر دیگر این روایت مفهوم دارد یا خیر؟

منطوق: مَنْ أَتَجَرَ مَالًا وَ اشْتَرَطَ نِصْفَ الرِّبْحِ فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ

مفهوم: اگر اشتراط نباشد و یا اشتراط کمتر از نصف باشد که به طریق اولی ضمان ندارد پس مفهوم این

می شود که اگر اشتراط نسبت به بیش از نصف سود باشد ضمان دارد.

باید دید مفهوم ثابت است یا خیر؟ همچنین باید دید قاعده احترازیت قیود هم جاریست یا خیر؟

اگر مفهوم داشته باشد نتیجه این می شود که اگر عامل بیش از نصف سود بگیرد ضامن است؛ اما اگر

مفهوم نداشته باشد اما قیدش احترازی باشد، باز این مقدار می فهمیم که این روایت دلالت بر عدم

ضمان بیش از نصف نمی کند هرچند دلالت بر ضمان هم نمی کند.

اگر مفهوم ندارد و قید هم احترازی نیست بلکه ذکر نصف ربح از باب مثال است چون عرف این است

که بالمناصفه باشد، در این صورت می گوئیم ضمان در بیش از نصف هم نیست.

مفهوم که بعید است بلکه احترازیت قیود هم محرز نیست؛ چون اشتراط سود، غالباً بالمناصفه بوده و

امکان دارد از باب مثال باشد اما شبهه احترازیت قیود هست.

نکته

ذکر اشتراط نصف ربح بخاطر این است که بفهماند موضوع، مضاربه است و لذا اشتراط را ذکر کرده

است ولی نصفش خصوصیت ندارد.

این شبیه به شرط مسوق لبیان تحقق الموضوع است البته آن چه در کتب برای شما مثال می زنند ابرز

مصادیقش است که اگر شرط نباشد موضوع نیست ولی در موارد بسیاری در فقه وجود دارد که بیان

اشتراط برای بیان موضوع حکم است ولی این طور هم نیست که اگر شرط نباشد موضوعی باقی نباشد.

مثل این جا که عبارت "مَنْ أَتَجَرَ مَالًا وَ اشْتَرَطَ نِصْفَ الرِّبْحِ فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ" است که اگر "اشتراط

نصف الربح" نباشد، باز موضوع "من اتجر" باقیست ولی مفهوم ندارد.

ملاکش هم این است که اگر این قید نباشد، موضوع را دقیقاً نمی فهمیم که مقصود چه بوده است مثلاً در این جا نمی فهمیم که کدام تجارت را گفتند ضمان ندارد؛ چون این معلوم است که عدم ضمان راجع به همه تجارت ها نیست.

پس نتیجه این است که احتمال احترازیت و غیر آن است.

اشکال

اصل در قیود احترازیت است مقدم است چون موردش موارد دوران است.

جواب

اگر این احتمال تقویت بشود به قرائنی مثل همین غالبی بودن و عرفی بودن تنصیف ربح نمی توان به اصل احترازیت رجوع کرد و در غیر این صورت اصل احترازیت جاریست.

نظر نهایی

اصل احترازیت قیود جاریست باید قرائن بیشتری بر مثالی و غالبی بودن تنصیف ربح آورده شود.

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ عَنِ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ مِثْلَهُ.

صحیحه

۲۴۰۶۶-۳- و عَنْهُ عَنِ فَضَالَةَ عَنِ أَبَانَ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَسْتَبْضِعُ الْمَالَ فِيهِلِكُ أَوْ يُسْرِقُ أَوْ عَلَى صَاحِبِهِ ضَمَانَ فَقَالَ لَيْسَ عَلَيْهِ غُرْمٌ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ أَمِينًا.

سند

صحیحه

دلالت

۱. مراد از "استبضاع"

احتمال ۱: بضاعت اصطلاحی

بضاعت به لحاظ اصطلاحی عبارت است از این که عامل برای کسی کار کند و تمام سود برای مالک باشد و عامل متبرع باشد و یا اجرت المثل بگیرد. در برابر آن قراض یعنی همان مضاربه است. روایت قابل تطبیق بر بضاعت اصطلاحی هست.

سوال

در این صورت آیا ارتباطی به مضاربه دارد؟

جواب

لَيْسَ عَلَيْهِ غُرْمٌ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ أَمِينًا
"بعد ان یکون" در مقام تعلیل است.

پس ذیل روایت به مضاربه مربوط می شود؛ چون عدم ضمان تعلیل به امانی بودن ید در مضاربه هم می آید پس هر جا ید امانی باشد، ضمانت نیست از جمله، مضاربه.

احتمال ۲: بضاعت لغوی

بضاعت لغوی یعنی مطلق تجارت با مال غیر چه سود ببریم و چه خیر. در این صورت شامل مضاربه هم می شود و مرتبط به بحث است.

و رَوَاهُ الْكَلْبِيُّ عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنِ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ مَثَلَةَ.

در مورد حسین بن محمد بن عامر، نجاشی و شیخ نه توثیق و نه تضعیف دارند و لذا مهمل می شود و ما معتبر می دانیم. اما علامه در خلاصه، توثیق کرده است و از نظر ما که معتبر بود و با توثیق علامه حداقل ممدوح می شود ولی برخی توثیق کردند که ممکن است نقل اجلاء باشد. آقای خوبی توثیقات متاخرین را حدسی می داند اما این که وجه دیگری برای توثیق دارند یا خیر را بررسی نکردم.

در مورد معلی، نجاشی می گوید مضطرب الحدیث و المذهب است و این تضعیف است.

علت ضعف معلی اضطراب حدیث است و ما این عبارت را تضعیف می دانیم اما راجع به اضطراب مذهب سخنی داریم که ذیل روایت بعد می گوییم.

پس سند شیخ صحیح بود ولی سند کلینی ضعیف است.

۲۴۰۶۷-۴- و بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنِ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: قَضَى عَلِيُّ فِي تَاجِرٍ أَتَجَرَ بِمَالٍ وَ اشْتَرَطَ نِصْفَ الرِّبْحِ فَلَيْسَ عَلَى الْمُضَارَبَةِ ضَمَانُ الْحَدِيثِ.

سند

در مورد حسن محمد بن سماعه، نجاشی می گوید "ثقة معاند في الوقف" پس او فساد مذهب دارد و ثابت شده است اما توثیق هم می کند. پس توثیقات رجالیون ربطی به عقیده آنها نداشته است.

برخی می گویند تضعیفات او از باب مبانی اعتقادی او بوده است ولی این کلام، شاهد اشتباه بودن این نسبت است.

اما در مورد غلات، می گفتند ضعیف است. چون بخشی از غلات دارای اباحه گری بودند و این باعث تضعیف است.

به این مقدار می پذیریم که اگر کسی عقیده فاسدی داشته است توثیقش را سخت گیری می کردند و حساسیت بیشتری داشتند.

• جلسه ۳۲ شنبه ۲۶ آبان ۱۳۹۷

دلالت روایت ۴

۱. شیخ در تهذیب و استبصار: فلیس علی المضارب ضمان ذکر کرده است که ظاهرا همین عبارت درست است؛ چون معنای روایت با عبارت مضاربه سخت است.

۲. مثل روایت قبلی خود محمد بن قیس یعنی روایت دوم است که اشتراط نصف ربح در آن ذکر شده بود. مطالبش را قبلا مطرح کردیم.

۲۴۰۶۸-۵- وَ عَنْهُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَبَلَةَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ قَالَ الرَّيْحُ بَيْنَهُمَا وَالْوَضِيعَةُ عَلَى الْمَالِ.

سند

عبد الله بن جبلة: واقفی است و توثیق صریح دارد.

دلالت

۱. ربح بین عامل و مالک است؛ اما ضرر بر مال است یعنی خسارت برای مالک است نه عامل. پس ربح تقسیم می شود ولی ضرر تقسیم نمی شود.

۲. در روایت قبل این احتمال وجود داشت که اشتراط نصف ربح موضوعیت داشته باشد در ضمان ولی در این روایت همان احتمال هم وجود ندارد چون این که ربح به چه میزان است ذکر نشده است.
۳. کلمه مال در این روایات آمده است و برخی خواستند استفاده‌هایی کنند که در کلمات فقهاء ذکر می‌کنیم. چون شاید بگوییم مضاربه باید با مال یعنی پول باشد و با کالا نمی‌شود. باید دید مال بر متاع هم اطلاق می‌شود و یا مختص به نقدین است.
۴. امام ع در مقام تعیین حصه سود نبودند بلکه در مقام این هستند که طرفین در سود شریک‌اند. سود به هر میزانی که مخواهد باشد. یعنی قوام مضاربه به مشارکت در سود است.
- گفتیم اگر ساکت بگذارند ظهور در مناصفه دارد و در غیر آن باید تنصیص شود.

۲۴۰۶۹-۶- و بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْكَاهِلِيِّ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى ع فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا مُضَارَبَةً فَجَعَلَ لَهُ شَيْئًا مِنَ الرَّيْحِ مُسَمًّى فَاَبْتِئَعَ الْمُضَارِبُ مَتَاعًا فَوَضَعَ فِيهِ قَالَ عَلَى الْمُضَارِبِ مِنَ الْوَضِيعَةِ بِقَدْرِ مَا جُعِلَ لَهُ مِنَ الرَّيْحِ.

سند

کاهلی توثیق صریح ندارد ولی حداقل ممدوح است. کلامی از امام موسی کاظم ع وجود دارد که به علی بن یقظین فرمودند که تو تضمین کن که زندگی کاهلی را تامین می‌کنی تا من تضمین کنم که تو به بهشت می‌روی.

این حداقل مدح است و برخی می‌گویند توثیق است اما به نظر ما از این عبارت، توثیق کاهلی برداشت نمی‌شود ممکن است بخاطر کمک به فقیری، شخص به بهشت برود اما آن فقیر، انسان موثقی نباشد ولی این که علی بن یقظین عده محدودی را کفالت می‌کرده است و امر امام ع در خصوص کاهلی حداقل مدح را می‌آورد.

به نظر ما روایت معتبر است.

دلالت

۱. مضمون این روایت متفرد است؛ چون می‌فرماید ضرر به میزان سود بین دو طرف تقسیم می‌شود.
۲. در این روایت تصریح شده است که عقد، مضاربه بوده است.
۳. در روایت نگفته است که دو طرف، شرط خسارت کردند پس روایت حمل بر آن نمی‌شود چون می‌گوید ربح مسمایی شرط شده بوده است ولی نمی‌گوید شرط خسارت شده بوده است.

۴. در روایت این هم نیست که عامل تخلف شرط کرده است مثلاً مالک گفته است به این صورت معامله کن و عامل رعایت نکرده است.

۵. أَقُولُ: حَمَلُهُ الشَّيْخُ عَلَى كَوْنِ الْمُضَارِبِ شَرِيكًا فِي رَأْسِ الْمَالِ وَ يَحْتَمِلُ الْحَمْلُ عَلَى التَّفْرِيطِ وَ قَدْ تَقَدَّمَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ وَ يَأْتِي مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ فِي الْوَدِيعَةِ وَ غَيْرِهَا.

دو حمل از شیخ طوسی این جا مطرح شده است:

حمل ۱

مضارب در سرمایه شریک باشد یعنی موردش روایات باب قبل است که مالک، عامل را شریک قرار می داد.

حمل ۲

روایت حمل بر موردی می شود که عامل تفریط کرده است.

حمل ۳

عموما حمل سومی هم می کنند که حمل بر صورت عمل خلاف شرط مالک است.

به نظر ما هر سه حمل با روایت کاهلی نمی سازد. چون این قیود در روایت مطرح نبود.

حمل ۴

فَجَعَلَ لَهُ شَيْئًا مِنَ الرِّيحِ مُسَمًّى يَعْنِي مَبْلَغَ مَعِينٍ وَ خَاصِي قَرَارٍ دَادَهُ اسْتِ بَسْ عَقْدِ مَضَارِبِهِ نَيْسْتِ بَسْ

این روایت، منافاتی با روایات باب مضاربه ندارد.

اشکال به حمل ۴

عَلَى الْمُضَارِبِ مِنَ الْوَضِيْعَةِ بِقَدْرِ مَا جُعِلَ لَهُ مِنَ الرِّيحِ يَعْنِي بِه نَسْبَتِ سُوْدِ نَه سُوْدِ مَعِينِ.

لذا این روایت با چندین روایت نمی سازد:

در روایات داشتیم که "لیس علیه من الوضیعة من شیء" و نیز ح ۷ب ۱ و نیز با روایات باب ۲ هم نمی

سازد چون همه این روایات باب ۲ بر این اساس بود که خسارت با عامل نیست که مالک به دنبال

استیثاق بود. تعابیر دیگری در همین باب هم داشتیم مثل این که لیس علی المضارب ضمان و یا لیس علیه غرم.

پس این روایت، حداقل با ۷ یا ۸ روایت نمی سازد.

بحث ما در جایی است که شرط ضمانت عامل نشود که روایات زیادی داشتیم که اگر تخلف شرط مالک نکند ضامن نیست. اما شاید روایت داوود ایزاری هم به ضمان عامل کمک کند که باید بررسی کنیم.

موید روایت کاهلی: خبر داوود ایزاری

ح ۳ ب ۱ باب شرکت:

عَنْ دَاوُدَ الْأَيْزَارِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى بَيْعًا وَ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ نَقْدٌ فَأَتَى صَاحِبًا لَهُ فَقَالَ أَنْقِذْ عَنِّي وَ الرِّيحُ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ فَقَالَ إِنَّ كَانَ رَبِحًا فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَ إِنْ كَانَ تَقْصَانًا فَعَلَيْهِمَا.

احتمال ۱: شرکت

ظاهر روایت شرکت نیست می گوید شخص برای خودش خریده است و پولش را ندارد و به کسی می گوید پولش را بده و بعد که متاع را فروختم هر چه سود داشت بین ما باشد. آیا این شرکت است؟ خیر چون سرمایه از دو طرف نیست بلکه سرمایه از یکی است.

احتمال ۲: مضاربه

من این جنس را با پول شما خریدم پس گویا عامل هستم و سرمایه مال پول دهنده است و سود بین آن دو است پس می تواند مضاربه باشد و امام ع فرموده است ضرر هم بین عامل و مالک است پس این موید روایت کاهلی شد.

مالی را بدون مال شخص خریده است و برای خودش است نه برای مالک و این یعنی خریدار متاع، مالک است نه صاحب مال ولی در ادامه، پول را و ثمن را مالک و سرمایه دار داد و از این قسمت، به مضاربه نزدیک می شود.

بلاخره این معامله، باید یا بیع باشد و یا شرکت باشد و یا مضاربه. ظهور روایت در مضاربه بیش از احتمالات دیگر است ولی این روایت به لحاظ سندی ضعیف است و شفافیت کامل هم نداشت و لذا تعبیر به موید داشتیم. ضعف سند به داوود ایزاری است که توثیق ندارد.

برخی هم از باب اعراض اصحاب، گفتند که اساساً روایت کاهلی حجت نیست و تعارض بین حجت و لاجت نداریم.

نظر استاد

جمع عرفی بین روایت کاهلی و دیگر روایات وجود ندارد و تعارض مستقر است و باید به مرجحات رجوع کنیم و مشهور بین اصحاب، روایات دیگر است و لذا روایت کاهلی را کنار می گذاریم. نتیجه این که عامل ضامن نیست. البته در فرض تعدی و تفریط و تخلف شرط مالک، کل ضرر را ضامن است اما این که به اندازه سود، ضرر کند منوط به این است که اشتراط در ضمن عقد را بپذیریم یا خیر که بحثش خواهد آمد.

باب ۴

بَابُ أَنْ صَاحِبَ الْمَالِ إِذَا ضَمَّنَ الْعَامِلَ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ

۲۴۰۷۰ - ۱ - مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ فِي حَدِيثٍ أَنْ عَلِيًّا ع قَالَ: مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرَّيْحِ شَيْءٌ.

سند

این روایت ادامه حدیث اب ۳ است.

دلالت

۱. "ضمن تاجرا" یعنی هر کس ضامن کند مضارب و عامل را هیچ سودی نخواهد برد یعنی سود مال عامل است.
۲. آیا تمام سود و تمام خسارت مال عامل است و یا تمام سود مال عامل است و تمام خسارت مربوط به مالک است؟ ظهور سلبی و سکوتی این است که مالک باید خسارت را پرداخت کند.
۳. اشکال
روایت گفته است مالک سود نمی برد ولی نگفتند که سود مال تاجر است.
جواب
سود بدون مالک نمی تواند باشد پس عامل مالک سود است.
۴. آیا می توان گفت امام ع گفته اند اگر کل ضرر را به عهده او بگذارید، کل سود مال اوست ولی اگر بخشی از ضرر را به عهده او بگذارید، بخشی از سود مال اوست؟

۵. آیت الله خویی می گویند این روایت مربوط به قرض است و ربطی به مضاربه ندارد.

• جلسه ۳۳ یکشنبه ۲۷ آبان ۱۳۹۷

ادامه دلالت روایت اول

۶. یک سوال در روایت این بود که این روایت مربوط به مضاربه است یا خیر؟

گفتیم قرائنی وجود دارد که مربوط به مضاربه است. چون صاحب سرمایه ای فرض شده است و تاجر یعنی عاملی است که صاحب سرمایه می خواهد عامل را ضامن کند. کدام عقد است که مالک و عاملی است و مالک می خواهد عامل را ضامن کند و سود هم بین هر دو باشد؟ آن عقد مضاربه است.

۷. سوال دوم این است که مفاد این روایت چیست؟

احتمال ۱: اگر شما در مضاربه شرط ضمان کردید، این شرط باطل است؛ عقد صحیح است و شرط الزام آور نیست.

اشکال

اگر عقد مضاربه صحیح است و شرط فاسد است حضرت ع نباید بفرمایند که صاحب سرمایه سود نمی برد. اگر مضاربه صحیح باشد، مالک باید سود ببرد.

احتمال ۲: امام ع ابطال عقد کردند از قبیل این که شرط فاسد مفسد است.

اشکال

اگر عقد مضاربه باطل باشد و عامل معامله کرده است در این جا کل سود مال مالک است چون منافع تابع مال است و عامل اجرت المثل می گیرد. ولی حضرت ع فرمودند که مالک سود نمی برد پس حضرت ع حکم به بطلان عقد هم نکردند کما این که حکم به بطلان شرط هم نکرده بودند.

احتمال ۳: این عقد موجب تبدیل عقد به عقد دیگر است.

اگر شرط ضمان کردید، عقد شما از عقد مضاربه تبدیل به عقد القرض می شود و در قرض نمی توانید سود بگیرید و ربوی می شود که امام ع حکم به همین مطلب کردند. پس عقد مضاربه با شرط ضمان، تبدیل به قرض می شود.

برای روشن تر شدن زوایای بحث دو احتمال در "من ضمن تاجرا" را هم باید بررسی کنیم.

شرط ضمان به دو صورت است:

شرط نتیجه: مضاربه قرار می دهیم و اگر خسارتی به مال من وارد شد تو ضامن هستی.

شرط فعل: مضاربه قرار می دهیم و اگر خسارتی به مال من وارد شد تو موظف هستی این ضرر را برای من جبران کنی.

چه شرط فعل باشد و چه شرط نتیجه باشد ممکن است شخص را به کل خسارت ضامن کنیم و یا به بعض خسارت ضامن کنیم یعنی مثلاً می گوییم به هر درصدی که سود برای تو تعیین شده است به همان میزان خسارت هم برای تو باشد.

می توان گفت روایت می گوید اگر شرط کنید ضمان کل خسارت را به نحو نتیجه تبدیل به قرض می شود.

پس گفتیم این عقد با شرط ضمان، عقد القرض می شود چون در قرض است که طرف مقابل در برابر کل سرمایه ضامن است. قرض، تملیک علی وجه الضمان است پس اگر شرط ضمان کردید قرض است و اسمش را مضاربه گذاشتید. شما می گوید این پول نزد شما باشد و ضامن هم هستی و این یعنی قرض دادید.

اگر مفاد روایت این باشد، خلاف قاعده است چون این شخص پول را به تاجر تملیک نکرد و قرض تملیک است پس این روایت جایی را می گوید قرض است که با تمام روایات قرض نمی سازد و لذا روایت متروک خواهد شد چون قرض بدون تملیک وجود ندارد.

کلام آیت الله خوئی

این مطالب که گفتیم می تواند پس زمینه نظر آیت الله خوئی است گویا ایشان دیده است که نمی توان از روایت بطلان شرط یا مشروط را بدست آورد پس باید گفت تبدیل به قرض شده است.

ایشان می گویند روایت ناظر به قرض است. یعنی اگر پولی به کسی قرض دادی تا تجارت کند شما نمی توانید سود آن تجارت را مطالبه کنید چون قرض تملیک است. پس روایت از اساس در مورد قرض است و از اساس مضاربه نیست.

عقدی که ذاتاً علی وجه الضمان است، عقد القرض است. امام ع به جای تملیک علی وجه الضمان گفتند "من ضمن تاجراً". به عبارت دیگر عقد مضاربه از اساس، تضمین تاجر نیست بلکه تضمین تاجر به مقتضای شرط است اما قرض عقدی است که از اساس، تضمین تاجر است.

اگر این را گفتیم دیگر لازم نیست بگوییم روایت متروک است چون صاحب جواهر می گوید روایت مستفیض است چون پنج سند دارد.

بررسی کلام آیت الله خوبی

اگر برای متروک نکردن روایت به عنوان حمل بگوییم درست است اما فی نفسه خلاف ظاهر است.

قرینه ۱: روایت ظهور در عقدی دارد که بذاته ضمان ندارد و لذا حضرت ع می فرماید "من ضمن..."

قرینه ۲: "تاجرا" ظهور در مضاربه دارد و الا قرض ممکن است راجع به تجارت نباشد.

قرینه ۳: روایت "راس ماله" دارد و سرمایه در برابر سود است یعنی سرمایه ای است و سودی وجود

دارد. یعنی پولی که نزد اوست سرمایه و مال من مالک است.

قرینه ۴: صدر روایت در مورد مضاربه است و لذا این کلام آقای خوبی خلاف وحدت سیاق است.

۸. این نکته مهمی است که آیا می توان شرط ضمانت برای عامل قرار داد؟

مشکله مضاربه های امروزه این است که تمام ضرر مربوط به عامل (بانک) است و شما فقط سود می

گیرید درحالیکه شما مالک و بانک عامل است.

پس خود مضاربه بدون شرط، اقتضای ضمان عامل را ندارد چون الوضیعه علی المال اما آیا شرط ما

می تواند این را عوض کند؟

تامل ۱: آیا این شرط مخالف کتاب و سنت است یا خیر؟

اگر روایت می گوید شما او را نمی توانید ضامن کنید، شرط مخالف سنت می شود و این روایت که

بالا تر از آن را گفت و گفت که اساسا قرض می شود یعنی شما به بانک قرض الحسنه دادید نه مضاربه.

باید بحث کرد مخالف کدام روایات است؟ آیا مخالفت با مثل من ضمن تاجرا است و یا عموماتی مثل

این که امین ضامن نیست که بعدا بررسی می کنیم. برخی مثل آیت الله خوبی می گویند شرط نتیجه

مخالف سنت است ولی شرط فعل مخالف سنت نیست.

البته این ها شرط کل خسارت است اما اگر شرط بعضی از خسارت باشد دیگر تبدیل به قرضش هم

ممکن نیست چون قرض، ضمان کل است نه بعضی.

تامل ۲: خلاف اقتضای عقد است.

بررسی این تاملات در کلمات فقهاء خواهد آمد.

و رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ مِثْلَهُ

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ عَنْ عَاصِمٍ نَحْوَهُ.

این سند صحیح است.

۲۴۰۷۱-۲- و بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: مَنْ ضَمَّنَ مُضَارِبَهُ.

سند

اسناد شیخ از حسن صحیح است.

این سند موثق است.

شیخ طوسی در تهذیب این گونه دارد " و قال ایضا من ضمن مضاربه ... "

" و قال ایضا "

احتمال ۱: ممکن است یک روایت با یک سند باشد: اگر این باشد، کلام آیت الله خویی رد می شود چون تصریح است که من ضمن مضاربه پس بحث قرض نیست.

احتمال ۲: ممکن است دو روایت با یک سند باشد: اگر این باشد، کلام آیت الله خویی راجع به آن روایتی است که مضاربه ندارد.

و بِإِسْنَادِهِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا.

محمد بن اسلم: نجاشی می گوید: "یقال انه كان غالیا فاسد الحدیث" ولی گویا نجاشی این نسبت را قبول ندارد و برخی از رجالیان می گویند رمی به غلو شده است. به نظر ما چون توثیق صریح ندارد و رمی به غلو دارد اصالت الوثاقه در آن جاری نیست.

پس شیخ سه سند به این روایت داشت یکی صحیح و یکی موثق و یکی ضعیف. کلینی و صدوق هم سند داشتند لذا جواهر می گوید روایت مستفیضه است.

• جلسه ۳۴ دوشنبه ۲۸ آبان ۱۳۹۷

باب ۵

بَابُ أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ بِالْدَيْنِ حَتَّى يُقْبَضَ وَيَجُوزُ لِلْمَالِكِ أَمْرُ الْعَامِلِ بِضَمِّ الرَّيْحِ الَّذِي فِي يَدِهِ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ

نکته ۱: با دین نمی توان عقد المضاربه بست.

نکته ۲: سود را می توان به سرمایه اضافه کند.

۲۴۰۷۲ - ۱ - مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ:
قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ فَيَتَقَاضَاهُ وَلَا يَكُونُ عِنْدَهُ فَيَقُولُ هُوَ عِنْدَكَ مُضَارَبَةٌ قَالَ لَا يَصْلُحُ
حَتَّى تَقْبِضَهُ مِنْهُ.

سند

نوفلی

نوفلی از سکونی زیاد می کند. نجاشی می گوید شاعر و ادیب است و این مدح در حوزه اعتماد نیست و توثیق صریح هم نمی کند ولی می گوید عده ای از قمیین گفته اند که در آخر عمرش مبتلی به غلو شد ولی ما نشانه ای ندیدیم والله اعلم.

به نظر ما مهمل است و اعتماد می کنیم. ابراهیم بن هاشم از او زیاد نقل می کنند و برخی بخاطر کثرت نقل او به نوفلی اعتماد می کنند.

سکونی

مشهور است که اهل عامه است ولی بزرگان به روایات او اعتماد می کردند هر چند که در کتب رجالی توثیق ندارد ولی شیخ طوسی در غیر کتاب رجالی اش توثیق کرده است و گفته است که معتمد است.

پس در کتب رجالی توثیق ندارد ولی در کتب غیر رجالی توثیق دارد.

ابن داوود می گوید مهمل است.

به نظر ما روایت معتمد است و ان هاشم و نوفلی و سکونی مشکلی ندارند.

دلالت

۱. صرف این که از کسی طلب دارید نمی توانید طلب را سرمایه تلقی کنید. ابتدائاً باید دین را قبض کنید و بعد به مضاربه بدهید.

۲. "حتی تقبضه منه" آیا یعنی قبض خارجی صورت بگیرد یا صرف افزای مال هم کفایت می کند؟ ممکن هم است که او را وکیل در قبض کنم پس دین پرداخت شد و بر آن می توان مضاربه بست. فعلاً این بحث مد نظر ما نیست ولی به مقداری، این بحث را ذیل کلمات فقهاء مطرح می کنیم.

و رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْبُرْقِيِّ عَنِ النَّوْفَلِيِّ.

مشکله برقی است یعنی محمد بن خالد برقی معتمد نیست بخاطر تعارض جرح و تعدیل.

و بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ

این سند معتبر است و نوفلی و سکونی در آن است.

و رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ السَّكُونِيِّ

طریق صدوق به سکونی از نظر ما معتمد است.

أَقُولُ: وَ تَقَدَّمَ مَا يَدُلُّ عَلَى الْحُكْمِ الثَّانِي فِي مُقَدِّمَاتِ التِّجَارَةِ فِي اسْتِحْبَابِ الْمُضَارَبَةِ.

عنوان باب دو نکته داشت و روایات دال بر نکته دوم را این جا ذکر نکردند که می توان سود را به سرمایه اضافه کنید و شیخ حر توجه می دهند که روایاتش را جای دیگر گفتیم. در آن جا دو روایت ذکر می کند:

کتاب تجارت / ابواب مقدمات / باب ۱۱: استحباب مضاربه

مستحب است که سرمایه را کد نباشد و با آن کار شود.

۲۱۹۳۶ - ۱ - مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي سَبَاطٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَدَّافٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: أُعْطِيَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع أَبِي الْفَاءِ وَ سَبْعَمِائَةَ دِينَارٍ فَقَالَ لَهُ أَتَجْرِبُ بِهَا لِي ثُمَّ قَالَ أَمَا إِنَّهُ لَيْسَ لِي رَغْبَةٌ فِي رِبْحِهَا وَ إِنْ كَانَ الرِّيحُ مَرْغُوبًا فِيهِ وَ لَكِنِّي أَحْبَبْتُ أَنْ يَرَانِي اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ مُتَعَرِّضًا لِفَوَائِدِهِ قَالَ فَرَبِحْتُ لَهُ فِيهِ مِائَةَ دِينَارٍ ثُمَّ لَقِيْتُهُ فَقُلْتُ لَهُ قَدْ رَبِحْتُ لَكَ فِيهِ مِائَةَ دِينَارٍ قَالَ فَفَرِحَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع بِذَلِكَ فَرِحًا شَدِيدًا ثُمَّ قَالَ أَتَيْتُهَا فِي رَأْسِ مَالِي قَالَ فَمَاتَ أَبِي وَ الْمَالُ عِنْدَهُ فَأَرْسَلَ إِلَيَّ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع وَ كَتَبَ عَافَانَا اللَّهُ وَ إِيَّاكَ إِنْ لِي عِنْدَ أَبِي

مُحَمَّدٌ أَلْفًا وَثَمَانِمِائَةَ دِينَارٍ أُعْطِيَتْهُ يَتَجَرُّ بِهَا فَادْفَعَهَا إِلَى عُمَرَ بْنِ يَزِيدٍ - قَالَ فَظَنَرْتُ فِي كِتَابِ أَبِي فَإِذَا فِيهِ لِأَبِي مُوسَى عِنْدِي أَلْفٌ وَسَبْعُمِائَةُ دِينَارٍ وَاتَّجَرْتُ لَهُ فِيهَا مِائَةُ دِينَارٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ سِنَانٍ وَعُمَرُ بْنُ يَزِيدٍ يَعْرِفَانَهُ.

"ثُمَّ قَالَ أَتَبَّتَهَا فِي رَأْسِ مَالِي" امام ع سود را قبض نکرد و فرمودند که سود را دوباره در سرمایه قرار بده پس سود را می توان در سرمایه قرار داد و نیاز به قبض نیست.

پس مالکیت صاحب سرمایه، نسبت به سود به صرف تحقق سود است و نیاز به قبض نیست.

سوال

چرا مرحوم شیخ حر دو حکم را ذیل یک عنوان ذکر کرد؟ چه تشابهی دارند؟

جواب

شاید بدین خاطر است که آن سودی که صاحب سرمایه کرده است، به نوعی، دین عامل به مالک است پس با آن نمی توان عقد مضاربه بست و چون دین است باید قبض شود و به سپس به سرمایه اضافه شود و بخاطر این توهّم، این دو حکم را ذیل یک باب قرار داد.

حال این روایات می گوید این توهّم صحیح نیست و این دو مساله تفاوت دارد چون قرض در ذمه است ولی ما در عین سود شریک هستیم و در ذمه نیست.

باب ۶

بَابُ أَنَّ لِلْعَامِلِ أَنْ يُنْفِقَ فِي السَّفَرِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي بَلَدِهِ

هر چه هزینه عامل در عملیات تجارت است که از اصل سرمایه کسر می شود. پس وقتی می خواهد سرمایه را بدهد ابتدائاً باید هزینه های عامل از آن کم شود اگر سودی ماند که تقسیم می شود.

و لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي بَلَدِهِ: سفر برای تجارت است پس هزینه ها کم می شود ولی در بلد خودش هزینه ربطی به تجارت ندارد و مربوط به خود عامل است.

۲۴۰۷۳-۱- مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ الْعَمْرِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ أَبِي الْحَسَنِ ع قَالَ: فِي الْمُضَارَبِ مَا أَنْفَقَ فِي سَفَرِهِ فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ وَإِذَا قَدِمَ بَلَدَهُ فَمَا أَنْفَقَ فَهُوَ مِنْ نَصِيبِهِ.

سند

صحيحه

دلالت

۱. ذکر سفر شاید بدین خاطر است که تجارت عموماً در سفر رخ می‌داده است پس عامل برای تجارت سفر می‌کند که هزینه سفر از اصل مال است ولی وقتی به شهرش رسید دیگر ربطی به تجارت ندارد و لذا از سرمایه کسر نمی‌شود و جزئی از سودش محسوب می‌شود.
۲. از سفر الغاء خصوصیت می‌شود و لذا می‌توان گفت هر چه هزینه عملیات تجارت است ولو در بلد باشد از راس المال است. ذکر سفر و بلد بخاطر این بوده است که آن زمان تجارت به صورت سفر بوده است ولی امروزه تجارت در بلد است و هزینه دارد.
- مثلاً شخصی مغازه دار است و شما پولی به او می‌دهید که کار کند. در این صورت، عامل نمی‌تواند پول اجاره و قبض برق و آب و شاگرد و ... را از راس المال کم کند؛ چون چه مضاربه ما باشد و چه نباشد او مغازه را دارد و قبض برق و اجاره و ... دارد.
- لذا هزینه امکان دارد در سفر باشد و هزینه تجارت هم نباشد مثلاً شخص پارکی هم رفته است.

۳. سوال

چرا حضرت ع تعبیر به جمیع المال کردند نه راس المال؟ تعبیر به راس المال در عنوان باب از سوی شیخ حر عاملی بود.

جواب

تفاوتش این است که اگر از راس المال باشد یعنی عامل هیچ هزینه‌ای پرداخت نکرده است ولی اگر از جمیع المال باشد، یعنی به اندازه هزینه از سود عامل هم کسر می‌شود و اگر سودی در کار نبود جمیع المال و راس المال یکی می‌شود.

پس عنوان دقیق تر جمیع المال است نه راس المال.

و رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الْكُوكَبِيِّ عَنِ الْعَمْرِيِّ مِثْلَهُ

کوکبی مجهول است.

وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع وَذَكَرَ مِثْلَهُ
این سند معتبر است.

وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ مُرْسَلًا.

ارسال مسلم صدوق نیست و معتبر نیست.

• جلسه ۳۵ سه شنبه ۲۹ آبان ۱۳۹۷

ادامه دلالت روایت اول باب ششم

۴. سفر در مثل این روایات ظهور در سفر عرفی دارد نه سفر شرعی. لذا اگر بیش از ده روز اقامت کرد مسافر است ولو از نظر شرعی مسافر محسوب نمی شود. کما این که کمتر از ۸ فرسخ هم سفر عرفی صادق است.
۵. قرینه می تواند عبارت "اذا قدم بلده" باشد یعنی سفر اطلاق بر عدم بلد شده است و این با سفر شرعی نمی سازد.
۶. استدراک از مطلب دیروز "ما انفق فی سفره" ظهور دارد در هزینه های شخصی یعنی هزینه هایی که برای خودش کرده است. خوراک، مرکب و مسکن و حتی گفتند اگر در سفر همراهی نیاز دارد هم را گفتند.
۷. مناسبت حکم و موضوع اقتضا دارد که مراد از سفر، سفر تجاری باشد پس اگر سفر تجاری باشد، هزینه ها ولو به اصل تجارت مربوط نباشد از جمیع مال است.
۸. "ما انفق" اطلاق ندارد که هر طور هزینه ای بکند بلکه اسراف و تبذیر و علاوه بر شأن را شامل نمی شود. البته گاهی اقتضای تجارت این است که هتلی بگیرد که از شأن او بالاتر است چون قرار است مرکز قراردادها باشد و تاثیر در تجارت دارد.
۹. عقد مضاربه عقد جایز است حال اگر معامله را فسخ کرد هزینه برگشت از جمیع المال است و یا خیر؟ یا رفت در سفر، مریض شد و جراحی و یا مرد که هزینه دفن و کفن او با کیست؟ این ها سوالاتی است که باید از همین روایات بدست بیاوریم که بحث خواهیم کرد.

۱۰. برخی از آقایان نظرشان این است که ما انفق ناظر به نفقاتی است که سفر علاوه بر حضر دارد مثلا غذا که هزینه سفر تجاری نیست چون اگر سفر نمی رفتید هم غذا می خوردید. اگر در بلد باشد، پول غذای شخص که با مالک نیست ولو کار تجاری می کند. البته ممکن است بگوییم هزینه غذا در حضر کمتر از هزینه غذا در سفر است ولی مثلا مسکن هزینه سفر است چون در حضر هزینه مسکن ندارید. پس "ما انفق" یعنی هزینه هایی که از سفر ایجاد شده است.

اشکال استاد

به نظر ما "ما انفق" اطلاق دارد و این تقیید به نظر ما بی وجه است.

۱۱. صورت مساله ای که از این روایت فهمیده می شود:

این شخص با چند نفر عقد المضاربه دارد. حال هزینه های سفر را از چه کسی و به چه نسبتی باید بگیرد؟ شاید خود عامل، پول دارد و هم سرمایه ای از کسی گرفته است در این جا هزینه سفر چطور حساب می شود؟

سوال

آیا می توان گفت "جمع المال" شامل صورت سرمایه واحد و تعدد آن می شود؟

احتمال ۱

هزینه های سفر بر اساس نسبت سرمایه باشد. مثلا کسی که سرمایه اش ۷۰ درصد است بیشتر از او هزینه کم شود.

احتمال ۲

هزینه های سفر بر اساس عمل باشد. ممکن است عمل مساوی باشد یعنی مثلا عامل با دو سرمایه به اندازه واحد زحمت کشیده است و ممکن است متفاوت باشد پس هزینه ها هم باید کم و بیش شود.

جواب

اگر امام ع در مقام بیان صور مساله باشد، اطلاق اقتضا دارد که از همه باید علی حد سواء اخذ شود ولی اگر احراز نشد که امام ع در مقام بیان از این جهت بودند که به نظر ما احراز نمی شود، در این جا اطلاق نیست بلکه باید به قواعد مراجعه کرد که ذیل کلمات فقهاء مطرح می کنیم.

قاعده هایی مثل "اذن به شیء اذن به لوازمش است" و یا "قاعده عدل و انصاف" می تواند بررسی شود و یا شاید بگوییم ممکن است جایی برای محاسبه هزینه ها، عرف رایجی داشته باشد که مثل شرط ارتکازی می شود.

۱۲. اگر در عقد المضاربه، مالک شرط کند که هزینه های سفر با خود عامل باشد، آیا این شرط، خلاف سنت است؟ چون خلاف این روایت است. این روایت می گوید من جمیع المال است ولی شما شرط کردید که من جمیع المال نباشد. این مطلب را هم بررسی خواهیم کرد.

باب ۷

بَابُ أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْعَامِلِ أَنْ يَزِيدَ حِصَّةَ الْمَالِكِ مِنَ الرَّيْحِ

۲۴۰۷۴ - ۱ - مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ مَعَهُ الْمَالُ مُضَارَبَةً فَيَقِلُّ رِبْحُهُ فَيَتَخَوَّفُ أَنْ يُؤْخَذَ فَيَزِيدُ صَاحِبَهُ عَلَى شَرْطِهِ الَّذِي كَانَ بَيْنَهُمَا وَإِنَّمَا يَفْعَلُ ذَلِكَ مَخَافَةً أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ.

سند

قاسم بن محمد جوهری

توثیق صریح ندارد. ابن داوود می گوید دو نفر با این عنوان داریم که یکی ثقه است و یکی غیر ثقه است. آن راوی که حسین بن سعید از او نقل می کند ثقه است مثل این روایت. ولی تعدد این عنوان برای ما روشن نیست. حسین بن سعید از اجلاء است و برخی نقل اجلاء را دال بر توثیق می داند و از این جهت، قاسم بن محمد جوهری را ثقه می دانند. برخی مثل ابن داوود گفتند واقفی است ولی اختلافی است و ثابت نیست.

آیت الله خوئی کلامی در ایشان دارد که بررسی خواهیم کرد.

به نظر ما مهمل است و می توان بر او اعتماد کرد.

ابان بن عثمان: ثقه

دلالت

۱. عمل عامل باعث سود کمی شده است و او می تواند برای این که مالک، سرمایه را از او نگیرد از سهم خودتان به او بدهید تا سود او بیشتر شود.

به تنقیح مناط عامل می تواند پولی که به مضاربه مرتبط نیست هم بدهد چون تبرعی نیست مشکلی ندارد. شبهه این است که پول داده است تا بعدا سود کند و این مثل ربای قرضی است که امام ع می گوید مشکلی ندارد چون سود مربوط به مضاربه است.

۲. فرض روایت این است که عامل اختیارا و تبرعا این کار را می کند نه این که از طرف مالک الزام شود.

۳. چه عامل اعلان بکند که سود بیشتری به تو داده ام و چه اعلان نکند. اطلاق روایت اقتضا دارد که حتی بدون اعلان هم این کار جایز است چون مالک فکر می کند که سود سرمایه اش است امام ع می گوید اشکالی ندارد.

۴. این کار عامل، برای عدم انفساخ مضاربه است و یا برای مضاربه دوم است. آیا پول دادن برای تکرار عقد المضاربه اشکالی ندارد؟ امام ع می فرماید لایس که صریح در جواز به معنای اعم است. پس می توانید پول دهید تا سودی کسب کنید و این اشکال قرض ربوی را ندارد چون آن سود را از مضاربه کسب کردید نه از قرض.

• جلسه ۳۶ چهارشنبه ۳۰ آبان ۱۳۹۷

ادامه دلالت روایت باب ۷

۵. این روایت از ادله ای است که دلالت دارد که عقد مضاربه عقد جایز است. پس هر یک از دو طرف عقد می تواند معامله را فسخ کند بر خلاف عقد لازم که عقدی است که حق فسخ آن فقط در موارد خاص وجود دارد.

قرینه جواز عقد: "یتخوف ان یوخذ منه"

عامل می ترسد که مالک، پول را از او بگیرد و اگر عقد لازم باشد، مالک که نمی تواند مال را اخذ کند. پس این عقد لازم است.

اشکال

شاید از این می ترسد مال را اخذ کند و عقد مضاربه دومی با او قرارداد نکند.

جواب

ظهور روایت در این است که عامل تجارت اول را انجام داده و می ترسد که مضاربه به تجارت دوم نکشد و مضاربه فسخ شود نه این که عقد مضاربه دومی بخواهد رخ دهد. تعبیر به اخذ، ظهور در فسخ دارد نه عدم قرارداد جدید.

باید بحث کرد که اصل با جواز عقود است و یا لزوم که ذیل کلمات فقهاء خواهد آمد.

۶. آیا در مضاربه ضرورت ندارد که حصه عامل و مالک برابر باشد؟

دو روایت عبارت "اشترط نصف الربح" داشت که این تامل وجود داشت که این قید مفهوم و یا احترازیست دارد یا خیر. پس این سوال وجود دارد که مضاربه حصه خاص (تنصیف) دارد و یا بستگی به توافق طرفین دارد؟

شاید بتوان از این روایت استفاده کرد که حصه می تواند نصف نباشد:

قرینه ۱: چون در این جا عامل، مبلغ بیشتری از سود را می دهد و سود از حالت تنصیف خارج می شود.

اشکال: مقدار زیاده به هبه و ... بوده است نه به عنوان سود.

قرینه ۲: اطلاق "یزید علی شرطه اللذی کان بینهما" شامل غیر تنصیف هم می شود.

قرینه ۳: اگر شارع گفته است حصه نصف باشد، شرط خلاف آن معنا ندارد ولی این جا امام ع می گوید

"یزید علی شرطه اللذی کان بینهما" پس شارع شرط خاصی ندارد.

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ حَمِيدِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبِي بِنِ عُثْمَانَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ وَذَكَرَ مِثْلَهُ.

حمید: واقفی و ثقه

حسن بن محمد بن سماعه: واقفی و ثقه

"غیر واحد"

برخی گفتند در حکم ارسال است و لذا غیر معتبر می شود؛ اما برخی گفتند معتبر است چون در زمان کلینی اصول و مصادری وجود داشته است و کلینی بخاطر این که این روایت در بیش از یک اصل وجود داشته است و واضح الاعتبار بوده است، ضرورتی بر ذکر ندیدند و لذا روایت معتبر می شود.

در مورد عبارت "عن جماعة" بحثی وجود دارد که شاید در عبارت "غیرواحد" مطرح نشود:

علامه می گوید جماعتی که از احمد بن محمد بن عیسی و احمد بن محمد بن خالد برقی و سهل بن زیاد نقل می کند تعریف شده است و لذا ارسال نیست.

آیت الله خویی می گوید عبارت "جماعت" یعنی عده زیادی بودند و بعید است جماعتی که مثل کلینی از آن ها نقل می کند حتی یکی از آنها ثقه نباشد. پس اگر جماعت از غیر آن سه نفر هم نقل کند حدیث معتبر است.

اما این جا "غیرواحد" است و نه "جماعت". "غیرواحد" ممکن است دو نفر باشد و جماعت نباشد.

پس این روایت مرسله است به "غیرواحد"

باب ۸

بَابُ أَنْ الْعَامِلَ إِذَا اشْتَرَى أَبَاهُ وَ ظَهَرَ فِيهِ رِيحٌ عَتَقَ نَصِيبَهُ مِنَ الرِّيحِ وَ سَعَى الْعَبْدُ فِي بَاقِي ثَمَنِهِ

اگر عامل سود کند، پدرش به اندازه ربح آزاد می شود و بقیه پول را باید به مالک در مضاربه بدهد.

۲۴۰۷۵-۱- مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُيَسَّرٍ قَالَ: قُلْتُ لَأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ رَجُلٌ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ مُضَارَبَةً فَاشْتَرَى أَبَاهُ وَ هُوَ لَا يَعْلَمُ فَقَالَ يَقُومُ فَإِذَا زَادَ دِرْهَمًا وَاحِدًا أُعْتِقَ وَ اسْتُسْعِيَ فِي مَالِ الرَّجُلِ.

سند

روایت معتبر است. صحیحه یا مصححه یا حسنه به ابن هاشم

دلالت

۱. "اعتق" به اندازه یک درهم آزاد می شود و باید بقیه پول سرمایه گذار در مضاربه را بدهد.

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ مِثْلَهُ

صحیحه

مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ قَالَ قُلْتُ لَأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ وَ ذَكَرَ مِثْلَهُ

صحیحہ

وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مَيْسَرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع نَحْوَهُ.

صحیحہ

باب ۹

بَابُ أَنْ مَنْ صَادَقَتْهُ امْرَأَةٌ وَدَفَعَتْ إِلَيْهِ مَالًا يَتَجَرُّ بِهِ فَرِيحَ فِيهِ ثُمَّ تَابَ فَلَهُ الرِّيحُ وَيُرَدُّ الْمَالُ

۲۴۰۷۶-۱- محمد بن یعقوب عن محمد بن يحيى عن محمد بن أحمد عن محمد بن عيسى عن جعفر بن محمد بن أبي الصباح عن أبيه عن جده قال: قلت لأبي عبد الله ع فتى صادقته جاريةً ودفعت إليه أربعة آلاف درهمٍ ثم قالت له إذا فسد بيني وبينك رد علي هذه الأربعة آلاف فعمل بها الفتى وريح ثم إن الفتى تزوج و أراد أن يتوب كيف يصنع قال يرد عليها الأربعة آلاف درهمٍ والريح له.

سند

محمد بن يحيى العطار: ثقہ

جعفر و پدر و جدش: مجهول

دلالت

۱. خانمی با پسری دوست شده است و مصادقه یعنی دوستی که منجر به رفتارهای جنسی شده است. خانم ۴ هزار درهم به پسر داده است و گفته است اگر رابطه به هم خورد باید پولم را بدهی یعنی تضمینی برای ادامه رفاقت می خواسته است. پسر با آن پول کار کرد و سود کرد و سپس ازدواج کرد و خواست که توبه کند و رابطه را به هم زند. حال چه کند؟ حضرت ع فرمودند که پول را برگرداند و سود برای خود جوان است.
۲. "الريح له" امام ع می فرماید که سود مال جوان است.

نکته ۱: پول امانت نبوده است بلکه تملیک برای جوان شده است چون سود تابع سرمایه است پس سود برای جوان است و اگر مال مالک یعنی خانم باشد که سود برای خانم باید باشد.

نکته ۲: عقد هم مضاربه نبوده است چون اگر مضاربه بوده باشد باید سود تقسیم شود درحالیکه امام ع فرمودند که سود برای جوان است.

نکته ۳: نتیجه این است که این پول، هدیه بوده است پس به بحث مضاربه مربوط نبود.

اشکال

شاید قرض باشد.

جواب ۱

زن تملیک علی وجه الضمان نکرده است یعنی پول را برای او داده است نه این که پول را دست او داده است تا بعدا از او بگیرد.

جواب ۲

"إِذَا فَسَدَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ رُدَّ عَلَيَّ هَذِهِ الْأَرْبَعَةُ أَلْفٌ" یعنی همین ۴ هزار درهم را باید بدهید به او درحالیکه قرض، در ذمه است نه این که عین پول را بدهد. البته اگر قرض هم باشد به مضاربه مربوط نمی شود.

و رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى

صحيحه

أَقُولُ: وَتَقَدَّمَ مَا يُدَلُّ عَلَى ذَلِكَ فِيمَا يُكْتَسَبُ بِهِ.

باب ۱۰

بَابُ حُكْمِ الْمُضَارَبَةِ بِمَالِ الْيَتِيمِ وَالْوَصِيَّةِ بِالْمُضَارَبَةِ بِهِ

سوال ۱: شخصی ولی و یا قیم شرعی یتیم است آیا با پول یتیم می تواند مضاربه کند؟

سوال ۲: آیا والد می تواند وصیت کند که با پول ایتم من مضاربه کنید؟

در وصیت که ایتم، مالک نیستند چون والد زنده است و لذا تصرف در مال خودش است و از این جهت از قبلی جدا کردند.

۲۴۰۷۷ - ۱ - مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِيرَةِ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ بَكْرِ بْنِ حَبِيبٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ رَجُلٌ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالٌ يَتِيمٌ مُضَارَبَةٌ فَقَالَ إِنْ كَانَ رِبْحٌ فَلِلْيَتِيمِ وَإِنْ كَانَتْ وَضِيعَةٌ فَأَلْذَى أُعْطِيَ ضَامِنٌ.

سند

دلالت

أقول: وَتَقَدَّمَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ فِي الزَّكَاةِ وَفِيمَا يُكْتَسَبُ بِهِ وَيَأْتِي مَا يَدُلُّ عَلَى الْوَصِيَّةِ فِي الْوَصَايَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

باب ۱۱

بَابُ حُكْمِ وَطْءِ الْعَامِلِ جَارِيَةَ الْمُضَارَبَةِ

۲۴۰۷۸ - ۱ - مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَحْيَى الْكَاهِلِيِّ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ عَ قَالَ: قُلْتُ رَجُلٌ سَأَلَنِي أَنْ أَسْأَلَكَ أَنْ رَجُلًا أَعْطَاهُ مَالًا مُضَارَبَةً يَشْتَرِي لَهُ مَا يَرَى مِنْ شَيْءٍ فَقَالَ اشْتَرِ جَارِيَةً تَكُونُ مَعَكَ وَالْجَارِيَةُ إِنَّمَا هِيَ لِصَاحِبِ الْمَالِ إِنْ كَانَ فِيهَا وَضِيعَةٌ فَعَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ فِيهَا رِبْحٌ فَلَهُ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَطَّاهَا قَالَ نَعَمْ.

سند

دلالت

أقول: هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى التَّحْلِيلِ مِنَ الْمَالِكِ لِمَا يَأْتِي.

کسی پولی را در اختیار کسی گذاشته و به او گفته کنیزی بخر که همراه تو باشد ولی کنیز مال مالک است یعنی اگر ربح یا ضرری داشته باشد مربوط به مالک و سرمایه دار است. آیا مضارب حق وطی را دارد؟ حضرت ع فرمودند بله.

کنیز با مال مضاربه خریداری نشده است چون گفتند هی لصاحب المال ولی مالک اجازه داده است که با مضارب باشد که امام ع می فرماید وطی کنیز برای مضارب جایز است.

شبهه ۱: جواز وطی بدون سبب مجوز

گفتیم از قرآن بدست می آید که جواز وطی در دو صورت است "الا علی ازواجهم او ما ملکت ایمانهم" پس این روایت با قرآن ناسازگار است.

"وَالَّذِينَ هُمْ لِأَزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ"

(مؤمنون : ۵ و ۶) و (معارج ۲۹ و ۳۰)

راه حل ۱: اخذ به عبارت "او ما ملکت ایمانهم"

برخی می گویند اذن مالک مجوز می شود چون ملک مالک است کما این که در دیگر اموال هم با اذن، تصرف جایز است.

صاحب مال می تواند منافع خانه را تملیک کند مثل هبه منافع یا اجاره خانه پس این جا نیز مالک، منافع جاریه را تملیک کرده است پس به گونه ای "او ما ملکت ایمانهم" می شود.

اشکال

ولی به نظر ما آیه ظهور در مالکیت اصل کنیز است نه منافع آن.

راه حل ۲: تخصیص کتاب با خبر واحد

برخی می گویند روایات دال بر جواز مثل این روایت، مخصص آیه است. پس در سه مورد جواز وطی وجود دارد. تخصیص عدم جواز وطی است.

اشکال

آیه می گوید منحصر این دو مورد هستند و مثل عام آبی از تخصیص می شود و روایت مخالف، نمی تواند مقدم بر آن شود پس روایت باز مخالف با قرآن می شود.

جواب

آیه ظهور در حصر دارد و ظهور در این دارد که مالک رقبه و اصل کنیز باشید نه منافع آن ولی به جهت قرینه روایی، از این ظهور رفع ید می کنیم.

اشکال

رفع ید از این ظهور در واقع، التزام به عدم مفهوم است و این التزام دلیل روشن تری می خواهد.

عمومات قرآنی تخصیص می خورند چون کشف شده است که عموماتی می گوید و مخصصات را واگذار به سنت و ... می کند ولی در خصوص مفهوم، ثابت نیست که روایت بتواند دال بر عدم مفهوم باشد و شبهه مخالفت با قرآن را دارد.

شبهه ۲: اذن قبل از ملکیت است.

هنوز جاریه خریداری نشده است و اذن قبل از مالک شدن، اعتبار ندارد وقتی مالک نیستید که حق اجازه ندارید و مضارب بعد از این که کنیز را خرید، اذن جدیدی از مالک نگرفت. شما در یک جواب گفتید تملیک منافع است و معلوم است که تملیک قبل از مالکیت بی اعتبار است.

نکته

سوالی در حصرهای قرآنی وجود دارد که حصر واقعی است یا حقیقی. البته ظهور در حصر حقیقی است ولی برخی می گویند کلام آخوند که در عام به مقدمات حکمت نیاز داریم البته نه در الفاظ عام بلکه در مدخول عام در بقیه موارد دیگر هم هست. پس می گوییم انما دال بر حصر است اما این که مدخولش چیست؟ آن شمول، به اطلاق است مثلا در این آیه ما مقدار و اطراف حصر را از این فهمیدیم که کنار "او ما ملکت"، "او فلان" نیامده است. پس ظهور اطلاق است که می تواند از بین برود.

اما به نظر ما مبنای آخوند در مثل این موارد قابل دفاع نیست مثلا اگر آیه می گفت منحصرا همین دو مورد وجود دارد باز شما می توانید بگویید که ظهور اطلاقی در مدخول است پس روایت مقید می تواند باشد؟! خیر این جا را می گوئید مخالف آیه است درحالیکه کلام آخوند در این موارد هم باید تطبیق شود پس در مثل این آیه که کلمه منحصرا هم نیامده است ولی ظهور در حصر دارد کلام آخوند نمی آید.

جواب ۱: سید یزدی

مرحوم سید می گویند اجازه قبل از مالکیت هم درست است مثل این است که بگوید این پول را بگیر و میوه بخر و بخور. البته مرحوم سید تملیک قبل از مالکیت را نمی گویند بلکه اذن در تصرف را می گویند.

اشکال به سید یزدی

اشکال کردند به سید که در اکل میوه، صرف طیب نفس کافی است. ما همان قدر که بفهمیم مالک راضی است برای تصرف کافی است و لو اذن ندهد که در این جا علم به رضایت وجود دارد.

البته این که اذن شرط است و یا رضایت کافی است بحث است اما اگر گفتیم رضایت کافی است این جا کلام سید رد می شود.

پس در اکل میوه، رضایت کافی است ولی در وطی، اذن می خواهد و رضایت کافی نیست چون تصرف، مالکانه است.

جواب ۲: دلیل خاص

این کلام شما قاعده است که اذن قبل از مالکیت جایز نیست؛ ولی در خصوص این مورد دلیل خاص داریم که اذن قبل از مالکیت جایز است.

شبهه ۳: عدم اذن مالک

در روایت ندارد که مالک اذن داده است بلکه گفته است که "تکون معک" یعنی همراه تو باشد برای کمک نه این که وطیش کنی.

جواب

تکون معک، انصراف به وطی دارد. صاحب و مصاحب به همسر اطلاق شده است.

"لم تکن له صاحبه" خداوند همسر ندارد.

سوره عبس: يَوْمَ يَفِرُّ الْمَرْءُ مِنْ أَخِيهِ (۳۴) وَ أُمِّهِ وَ أَبِيهِ (۳۵) وَ صَاحِبَتِهِ وَ بَنِيهِ (۳۶)

نتیجه

آقایان می گویند روایت مجمل است و نمی توان به آن اخذ کرد و برخی گفتند اعراض شده از آن و البته برخی هم گفتند صغرای اعراض محقق و محرز نیست.

ارتباط روایت به مضاربه

این روایت ربطی به بحث مضاربه ندارد. این که کنار مضاربه کنیزی خریداری شده است ربطی به مضاربه نداشت. اما ممکن است به نوعی ربطی به مضاربه را ایجاد کنیم.

اگر این جاریه را به عنوان مضاربه خریده بود و تحلیل مالک بود. آیا عامل می تواند آن جاریه را وطی کند یا خیر؟

این جا همان تفصیلی که قبلا مطرح کردیم را باید توجه کنیم که آیا در این جاریه سود کرده است یا خیر؟

اگر معامله، سود نکرده است، کل جاریه، مربوط به مالک است ولی وقتی در فرضی که به غیر مضاربه خریده است گفتیم که با تحلیل جایز است پس در این جا هم باید با تحلیل مالک، وطی کنیز جایز باشد علی القاعده.

اما اگر جاریه را ۱۰ میلیون خریده است و الان ۱۵ میلیون شده است یعنی سود کرده است، عامل بخشی از جاریه را مالک است و کنیز شریکی می شود در این صورت، نه عامل می تواند وطی کند چون ملک طلق ندارد و نه مالک مگر به تحلیل یکی.

پس با تحلیل مالک، جایز است چون وقتی بدون مالک بودن حصه ای از کنیز، با اذن مالک، وطی جایز است، پس به طریق اولی وقتی حصه ای از کنیز را مالک هست، می تواند وطی کند.

تذکر

بحشی است که عامل وقتی سود می کند حصه ای از عین را مالک می شود و یا به ازاء ربح در ذمه مالک می شود؟

اگر گفتیم کنیز، بالکل مال مالک است و شما به ازاء ربح طلبکار هستید که باز مثل صورت عدم شراکت می شود. ولی در هر صورت اگر به این روایت اخذ کنیم، وطی جایز می شود.

• جلسه ۳۹ سه شنبه ۶ آذر ۱۳۹۷

باب ۱۲

بَابُ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَدْفَعَ الْإِنْسَانُ إِلَى عَبْدِهِ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ عَلَى أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَيْهِ الْعَبْدُ كُلَّ شَهْرٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ
۲۴۰۷۹ - ۱ - عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ
جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أُعْطِيَ عَبْدَهُ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ عَلَى أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَيْهِ الْعَبْدُ كُلَّ شَهْرٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ قَالَ لَا
بَأْسَ.

سند

حمیری در قرب الاسناد از عبدالله

مولف قرب الاسناد کیست؟

سه نظریه در آن وجود دارد ولی در نتیجه، تفاوتی نیست چون هر سه ثقة هستند. سه احتمال، عبد الله و پسر و پدر او است که همه ثقة اند و برخی تفصیل دادند که برخی ابواب مربوط به پسر است و برخی مربوط به خودش است.

مشکله روایت، عبد الله بن حسن است که مجهول است.

دلیل ۱ برای اثبات وثاقت عبد الله: نقل اجلاء

برخی از باب نقل اجلاء به او اعتماد می کنند. مثلا در باب ۲ از کتابش همه روایاتش از عبد الله از علی از موسی بن جعفر است پس حمیری روایات زیادی از عبد الله نقل کرده است. اجلاء دیگری هم از او نقل می کنند.

اشکال

حمیری روایات علی بن جعفر را از کتاب علی بن جعفر نقل می کرده است و ذکر عبد الله برای اعتماد نبوده است بلکه برای این است شکل مسند به خود بگیرد.

جواب

این که اعتماد نبوده است بلکه برای این بوده که شکل مسند بگیرد، احتمال است. اعتماد حمیری بر کتاب مسائل علی بن جعفر، بر اساس نقل عبدالله بوده است پس عبد الله نزد او معتمد بوده است.

دلیل ۲ برای اثبات وثاقت عبد الله: کثرت روایت

روایتی داریم که منازل روات را به قدر روایتهم عنا بشناسید پس روات کثیر الروایه را می گویند معتبر هستند. اما ما نقل اجلاء را باعث توثیق نمی دانیم و نیز کثرت روایت را باعث توثیق نمی دانیم. چون روایت "اعرفوا منازل الرجال بقدر روایتهم عنا" آیا قدر در کمیت مراد است یا در کیفیت؟! این را بعدا بحث خواهیم کرد.

دلالت

۱. "اعطی عبده" به چه عنوان؟ آیا قرض است یا سرمایه مضاربه است؟

احتمال ۱

برخی حمل بر قرض کردند و گفتند جایز است که مولا از عبد خودش ربا بگیرد و این از مستثنیات ربای قرضی.

احتمال ۲

احتمال دارد که مورد روایت مضاربه است و مالک، سود تضمینی می خواهد. آیا در مضاربه می شود که سود تضمینی بگیریم و کاری نداریم که در هر ماه ۱۰ درهم سود می کند یا خیر. ممکن است بیشتر هم سود کند و ممکن است کمتر سود کند و یا دقیقا ۱۰ درهم سود کند.

در فرض دوم که مضاربه است احتمال خصوصیت مولا و عبد را نمی دهیم بر خلاف ربای قرضی که احتمال خصوصیت داشت؛ چون در باب قرض، قاعده اولیه، حرمت ربای قرضی و برای خروج از آن نیاز به احراز دارد ولی در مضاربه احتمال خصوصیت نمی رود چون قاعده روشنی نداشتیم که حتما

سود به صورت حصه باشد، هر چند روایاتی داشتیم ولی به صورت قاعده نبود و خیلی روشن نبود و اساسا خود مضاربه خلاف قاعده است.

در علم اصول در الغاء خصوصیت دو نظریه وجود دارد؟

نظریه ۱: لزوم قطع

الغاء خصوصیت نیاز به قطع دارد و الا قیاس می شود. پس باید قطعی باشد و مثلا در بحث ما از کجا یقین کنیم که مولا و عبد در مضاربه خصوصیت ندارد؟!

نظریه ۲: کفایت ظن ظهوری

الغاء خصوصیت در حد ظهورات است. مثلا در روایت دارد که سألته عن رجل و عرف از این جمله، حکم مرد و زن را می فهمد که این در حد استظهار عرفی است و قطعی نیست و اعتبار آن بخاطر حجیت تبعدی ظهورات است و این قیاس نیست. قیاس در جایی است که ظن مستند به حجت تبعدی مثل حجیت ظواهر نباشد.

حال بنابر نظریه اول الغاء خصوصیت در این جا ممکن نیست ولی بنابر نظریه دوم ممکن است استظهار کنیم.

اشکالی در روایت: عبد اساسا مالک نمی شود چه قرض باشد و چه مضاربه باشد.

مقوم مضاربه این است که سود بین مالک و عامل، باشد و این معلق است بر صلاحیت مالک شدن عامل. پس روایت مجمل است و قابل استناد نیست.

جواب ۱

در اقسامی است که قابلیت مالکیت را دارند مثل عبد مکاتب و مدبر.

این از باب دلالت اقتضاء است یعنی برای حفظ کلام حکیم از لغویت می گوییم که مراد مکاتب است.

جواب ۲

خود همین روایت دلالت دارد که عبد قابلیت مالکیت را دارد ولی حق تصرف ندارد و ارباب او از باب ولی، تصرف می کند مثل مجنون و صغیر و ... که مالکیتشان پذیرفته است و به ارث می رسد. پس دلالت اقتضا هم منتفی است.

هر کدام از این دو جواب را بپذیریم، پس روایت قابل استناد است و باید دید شاهی بر مضاربه یا قرض دارد یا خیر؟

آیا قرینه اختصاص بر قرض داریم یا بر مضاربه یا جامعی داریم بین قرض و مضاربه که اخذ به اطلاق کنیم؟

به نظر ما شهادی بر دو طرف نیست هر چند قرض بودنش مستبعدتر است تا مضاربه چون این که شخص قرض بگیرد و در هر ماه، به اندازه کل مال قرضی، به او سود دهد که خیلی بعید است چون کسی قرض می گیرد که توان گر نیست و می خواهد خودش سود کند نه این که همه سود را به او بدهد ولی در مضاربه قرار است دو طرف سود کنند. اما هر دو محتمل است.

و رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ.

بحث کردیم که کتاب علی نزد شیخ حر بوده است یا خیر. برخی می گویند کتاب نزد او بوده است لذا نقل شیخ حر از مسائل علی معتمد است ولو سند حمیری معتمد نباشد.

أَقُولُ: وَ تَقَدَّمَ مَا يُدَلُّ عَلَى ذَلِكَ.

• جلسه ۴۰ چهارشنبه ۷ آذر ۱۳۹۷

باب ۱۳

بَابُ أَنْ مَنْ كَانَ بِيَدِهِ مُضَارِبَةٌ فَمَاتَ فَإِنْ عَيْنَهَا لِوَاحِدٍ بَعَيْنِهِ فَهِيَ لَهُ وَإِلَّا قُسِمَتْ عَلَى الْغُرْمَاءِ بِالْحِصَصِ

۲۴۰۸۰-۱ - مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَحْمَدَ عَنِ الْبَرْقِيِّ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ جَعْفَرٍ عَنِ أَبِيهِ عَنِ آبَائِهِ عَنِ عَلِيِّ ع أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ مَنْ يَمُوتُ وَعِنْدَهُ مَالٌ مُضَارِبَةٌ قَالَ إِنْ سَمَّاهُ بَعَيْنِهِ قَبْلَ مَوْتِهِ فَقَالَ هَذَا لِفُلَانٍ فَهُوَ لَهُ وَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَذْكُرْ فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرْمَاءِ.

سند

نوفلی و سکونی را بحث کردیم ولی مشکل روایت خود برقی یعنی محمد بن خالد است که تعارض جرح و تعدیل دارد.

دلالت

۱. نزد عامل، سرمایه مالک هست حال اگر قبل از مرگ تعیین کرده باشد که این مال مربوط به آقای زید است در این صورت کل مال، ملک زید است و حق ندارند به دیگر طلبکاران بدهند. اما اگر ذکر نکرده بود، صاحب مال مضاربه با سایر طلبکاران مساوی است.

۲. صور مساله

صورت ۱

گاهی می دانیم سرمایه مضاربه در اموال متوفی موجود است و خود مال مضاربه معلوم است اما صاحب مال معلوم نیست که باید تلاش کنیم تا بفهمیم و اگر نشد، این مال، مجهول المالک است.

صورت ۲

اما گاهی مالک معلوم است ولی خود مال مجهول است. یعنی مال مضاربه معلوم نیست که این جنس است یا آن جنس. یعنی عامل که متوفی است معامله ای کرده است با مال مضاربه و نمی دانیم تبدیل به چه جنسی شده است؟

قسم ۱ از صورت ۲

گاهی ما فقط می دانیم مال مضاربه ای بوده است اما کمیتش معلوم نیست و تعیین هم نمی توانیم بکنیم.

قسم ۲ از صورت ۲

گاهی ما کمیت را هم می دانیم اما مال، معین نیست.

۳. مورد روایت در جایی است که صاحب سرمایه را می شناسیم پس مجهول المالک نیست؛ اما مال مضاربه را نمی توانیم تعیین کنیم.

پس عامل فوت کرده است و می دانیم از کسی مال مضاربه گرفته است ولی مال خاصی معین برای صاحب سرمایه نیست. امام ع می فرمایند اگر مالی را معین کرده است مال مالک است و الا سرمایه دار مثل بقیه غرماء است.

پس ظاهر روایت مجهول المالک نیست اما ظاهر عبارت شیخ حر در عنوان باب حمل بر مجهول المالک است چون می گوید "فان عينها لواحد" یعنی مالک مشخص نیست. هر چند قابل حمل بر غیر آن هم هست و حتی آقای خوئی از روایت، مجهول المالک را برداشت کرده است.

۴. آیا بین مال مضاربه و سایر بدهی ها تفاوتی است یا خیر؟

در موارد دیگر که بدهکاریم بقیه در مال سهم ندارند بلکه اشتغال ذمه است ولی در مضاربه، عامل که با سرمایه مضاربه یخچال می خرد، این یخچال مال سرمایه گذار است فقط عامل به اندازه سود، در مال سهم است.

حال آیا صاحب سرمایه و ورثه، شریک هستند و یا مثل بقیه طلبکاران است؟ شاید بگوییم مضاربه غیر از دیون دیگر است. مثل شریک متوفی. آیا شریک متوفی مثل بقیه غرماء است و یا اول شریک مال خود را بر می دارد و غیر آن را بین طلبکاران تقسیم می کنند؟

به حسب قاعده بین سرمایه گذار در مضاربه با غرماء تفاوت است و سرمایه گذار شریک در مال است و میت نسبت به غرماء دیگر، اشتغال ذمه دارد.

برخی می گویند این تفاوتی که می گویند در زمان زنده بودن عامل است ولی بعد از مرگ، غرماء دیگر هم شریک اند چون آیه قرآن می گوید ارث بعد از وصیت و دین است "من بعد وصیة یوصی بها او دین" پس غرماء و وراث و سرمایه گذار مضاربه همه با هم شریک هستند.

برخی می گویند حتی مالکیت ورثه برای مال بعد از اخراج وصیت و دین است.

اما به نظر میرسد که اجازه تصرف ورثه بعد از اخراج وصیت و دین هستند نه این که غرماء شریک در مال هستند.

شاهد ۱: چون اگر غرماء در ماترک، مشارکت داشته باشند، برای تصرف باید از آن ها اذن بگیرند چون مال مشاع بین همه است درحالیکه این چنین نیست.

شاهد ۲: اگر متبرعی پیدا شود و بگوید همه دیون میت را می دهم، غرماء حقی در مال میت ندارند درحالیکه اگر شرکت باشد تبرع معنا ندارد.

شاهد ۳: وارث می تواند از غیر مال ما ترک بدهد ولی اگر شریک بود باید حصه او را بخرد و امکان دارد توافق بکنند یا نکنند.

شاهد ۴: اگر میت فوت کرد و اموالش وافی به دیون نبود، اگر شراکت بود به اندازه ای که اموال مانده است می توانند ادعا کنند ولی غرماء مطالبه دارند بیش از این را.

شاهد ۵: این مال مضاربه شاید سود کرده باشد مثلاً ۵۰ میلیون گرفته است و ۶۰ میلیون شده است که باید ۵۵ میلیون به صاحب سرمایه بدهند در حالیکه اگر از غرماء باشد همان ۵۰ میلیون را به او می دهند.

اگر نمی دانید سود چقدر است باید مصالحه شود با وراثت پس روایت خلاف قاعده شد.

پس هم در زمان حیات و هم در ممات، غرماء با سرمایه گذار تفاوت دارند.

۵. "لم یذکر" یعنی ذکر نکرد که کدام عین از اموالش مربوط به مضاربه است. نمی دانیم که مال مضاربه

هنوز پول نقد است و یا تبدیل به جنس شده است.

۶. حال آیا می شود روایت را مطابق قاعده کرد؟

حضرت ع می گویند اگر میت خودش تعیین نکنند، صاحب سرمایه نمی تواند مال خاصی را از اموال طلب کند پس این که امام ع فرمود مثل باقی غرماء است، یعنی صاحب سرمایه و دیگر غرماء، حقی در تعیین اموال ندارند پس "فهو اسوة الغرماء" یعنی صاحب سرمایه، حق افراز مال خاص ندارد اما این که نیاز به مصالحه است یا خیر، در روایت ذکر نشده است.

پس روایت می گوید وراثت آزاد هستند که از هر مالی، حق غرماء و صاحب سرمایه را بدهند. البته افراز از سوی وراثت جایز نیست یعنی وراثت مالی را نمی توانند کنار بگذارند برای صاحب سرمایه و بقیه، سهمی از آن نبرند. یعنی کل طلب صاحب سرمایه را از آن مال خاص بدهند و بقیه غرماء را بعداً بدهند.

سوال

آیا شریک حق تعیین مال خاص را ندارد؟

جواب

این را ذیل کلمات فقهاء بررسی می کنیم.

۷. آیا "اسوة الغرماء" یعنی به همه به صورت مساوی باید داد؟

خیر چون هر طلبکاری به میزان متفاوتی طلب دارند. این که چقدر بدهیم، بر اساس سهم آنهاست. اسوة الغرماء یعنی همه برابری دارند در این است که محل خاصی را نباید برای کسی کنار بگذارند و کل طلب را به او بدهند. نه این که مقدار و کمیت مالی که می دهیم به طلبکاران هم باید مساوی باشد.

• جلسه ۴۱ شنبه ۱۰ آذر ۱۳۹۷

ادامه دلالت روایت باب ۱۳

۸. احتمال دیگر در روایت:

روایت در مورد کسی است که اموال مضاربه ای از افراد مختلفی نزد او وجود داشته باشد اگر تعیین کرد که این مال مربوط به فلان سرمایه گذار است و آن مال مربوط به فلانی همان طور عمل می شود و الا همه سرمایه گذاران مساوی اند. پس غرماء همان سرمایه گذاران در مضاربه هستند. البته اطلاق روایت مقتضی این است که غرماء اعم از سرمایه گذاران و طلبکاران دیگر است. ضمن این که تعبیر از سرمایه گذاران به غرماء هم معلوم نیست.

۹. گفتیم این روایت مخالف قاعده است آیا باید بگذاریم کنار و یا تخصیص آن قاعده کلی است؟

اگر قاعده مورد عمل مشهور است این روایت می شود معرض عنہ اصحاب و برخی بر اساس آن کبرای کلی، این روایت را کنار می گذارند.

اما اگر قاعده اعراض را نپذیریم، اگر رابطه تعارض باشد باید دنبال مرجحات برویم که مضمون روایت خلاف مشهور است پس روایات دیگر مقدم می شود از باب ترجیح به شهرت.

اما اگر رابطه تعارض نباشد بلکه عموم و خصوص مطلق باشد به درجه دلالت و وضوح باید تمسک کرد. گاهی عمومات در سطحی است که آبی از تخصیص است. اگر آبی بود که باز تعارض و مرجحات باب تعارض مطرح است و اگر آبی نبود خاص مقدم می شود.

در عامین من وجه هم می گوئیم در ماده اجتماع تعارض است چون عموماً هیچکدام اظهر نیستند اما اگر یکی اظهر بر دیگری بود، مقدم می شود و تخصیص رخ می دهد. پس قاعده کلی، تقدیم اظهر بر ظاهر است.

البته اگر وجه تقدیم خاص را قرینیت دانستیم قضیه فرق می کند ولی همان ها هم خاص را مقدم بر عام آبی از تخصیص نمی کنند و می گویند این جا قرینیت عرفی وجود ندارد. برخی می گویند قرینیت هم به جهت اظهریت است.

و رَوَاهُ الصَّدُوقُ مُرْسَلًا.

باب ۱۴

بَابُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْعَامِلِ دَفْعُ الْمَالِ إِلَى غَيْرِهِ مُضَارَبَةً بِأَقْلٍ مِمَّا أَخَذَ

۲۴۰۸۱ - ۱ - أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عَيْسَى فِي نَوَادِرِهِ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: سَأَلَ أَبُو جَعْفَرٍ عَنْ رَجُلٍ أَخَذَ مَالًا مُضَارَبَةً أ

يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُعِينَهُ غَيْرَهُ بِأَقْلٍ مِمَّا أَخَذَ قَالَ لَا.

در مورد نقل احمد در نوادر از پدرش سخن گفتیم.

دلالت

۱. "ان یعینه" یعنی "ان یسمیه" پس مورد روایت جایی است که مالک مال مضاربه را به عامل می دهد به ۵۰ درصد و عامل پول را به دیگری می دهد به شرطی که عامل دوم، ۳۰ درصد بگیرد که عامل اول ۲۰ درصد سود می کند.

۲. این روایت نسبت به مورد اذن صریح (مالک پول را به عامل می دهد و می گوید چه خودت کار کنی چه به دیگری بدهی که او کار کند) ناظر نیست البته نمی گوئیم در این صورت صحیح است یا خیر ولی روایت ناظر به آن نیست.

۳. صور مساله

صورت ۱: عامل دقیقا همان عقد مضاربه را واگذار می کند به عامل دوم و سود هم نمی گیرد.

این مورد روایت نیست؛ اما بحثی در این است که این صورت اول، آیا این مضاربه فضولی است یا مضاربه در مضاربه است؟

برخی در اجاره می گویند در فرض اطلاق، می توانید مغازه اجاره شده را به دیگری اجاره بدهید و یا به یکی ببخشید چون مالک منفعت هستید البته اگر منصرف به این باشد که مالک، فقط به شما منافع را تملیک کرده است اجاره اجاره ممنوع است.

ولی این ها در اجاره است که تملیک منافع است اما مضاربه که تملیک نبود و ثانیاً اگر خود مالک هم

اذن دهد باز هم محل تردید است که این نوع مضاربه جایز است یا خیر؟

این صورت را ذیل کلمات فقهاء بحث می کنیم چون مدلول روایات نیست.

صورت ۲: مورد روایت جایی است که عامل با عامل دومی مضاربه می بندد و به عامل دوم کمتر از

مقداری که از مالک می گیرد، می دهد. یعنی عامل سود می کند.

۴. سوال از حلیت بود و "لا" یعنی "لا یحل" پس این معامله جایز نیست. اما ظاهراً حلیت به معنای

وضع است و یعنی معامله فاسد است. چون احتمال حرمت تکلیفی نمی رود البته می تواند حلیت

تکلیفی، نسبت به سودی که عامل اول گرفته است، باشد.

حلیت در معاملات عموماً منصرف به فساد است.

۵. چرا این معامله جایز نیست؟

شاید بگوییم که اخذ سود از سوی عامل اول بی دلیل و اکل مال به باطل است؛ چون سود یا باید به مالک برسد و یا باید عملیاتی را انجام داده باشد که عامل دوم عمل کرده است ولی عامل اول نه سرمایه گذاشته است و نه عمل کرده است پس اکل مال به باطل است پس در این صورت، مالک هم اذن بدهد باز هم اکل مال به باطل است و اشکال دارد.

این علت یا حکمت معلوم نیست و مصرح نیست و لذا این نوع استنباط قیاس می شود.

سوالی می توان مطرح کرد که آیا استنباط حکمت یا علت در حوزه عبادات و معاملات یکسان است؟ و همه جا قیاس می شود و یا بگوییم در معاملات چون سیره های عقلایی وجود دارد، استکشاف ملاک، قیاس نیست چون معلوم است که اکل مال به باطل است.

۶. احتمال دیگر در روایت، معامله عینه و نسبه است.

"ان یعینه" یعنی معامله عینه بکند.

آیا با پولی که به عنوان مضاربه گرفتیم آیا می توانیم معامله نسبه کنیم؟ جنسی را خریدم و آن را به اقساط می فروشم.

این احتمال خلاف ظاهر روایت است چون می گوید "باقل مما اخذ"

مشکله ۱: آن چه در اختیار عامل قرار می گیرد پول است نه کالا و معامله نسبه پول معنا ندارد. لذا باید بگوییم پول را تبدیل به کالا کرده است و کالا را نسبه فروخته است.

مشکله ۲: اگر کالا هم باشد اگر به اقل باشد که ضرر است و معلوم است جایز نیست.

پس روایت در مورد مضاربه در مضاربه است.

بحث روشی

برخی معتقدند که قبل از بررسی ادله خاص در مساله، باید اصل عملی تعیین شود. ذهنیت ما این است که اصل عملی آخرین بحث است چون در مقام تحیر است پس جایگاه اصل عملی آخر بحث است؛ ولی آقایان اولین بحث را اصل عملی قرار می دهند چون می گویند اگر اصل عملی را دانستید که مثلاً براءت است، نگاه اجمالی به ادله می کنیم و اگر دیدیم که ادله موافق اصل عملی است، لازم نیست ادله خاصه بر ترخیص را بررسی سندی

و دلالی دقیق کنید. اما اگر با نگاه اجمالی به روایات مخالف هم برخوردید در این جا باید روایات موافق و مخالف را بررسی دقیق و موشکافانه کنیم.

اما به نظر ما فقه مبتنی بر استفاده حداکثری از اصل عملی که یک جلوه اش همین است که گفتیم، فقه تعدیری است نه فقه اکتشافی یعنی به دنبال عذر هستند ولی به دنبال حکم خدا و واقع نیستند. ما کار نداریم که منطق شارع در حوزه معاملات چیست؟ ما فقط می خواهیم عقاب نشویم.

• جلسه ۴۲ یکشنبه ۱۱ آذر ۱۳۹۷

کلمات فقهاء

گفتیم برخی بر اساس تاسیس اصل عملی بحث را آغاز می کنند اما ما این نوع ورود به مسائل را نپذیرفتیم و لذا از تاسیس قاعده شروع می کنیم. قاعده، می تواند عموم فوقانی باشد که از اصل لفظی برگرفته شده است البته ممکن است به این صورت هم نباشد.

برای شروع از قاعده باید از عامترین دلیل شروع کنیم و به ادله ای که تحت آن قرار می گیرد پردازیم. مرحله اول، قاعده عمومی در کل عقود است و مرحله دوم، قاعده عمومی در عقد مضاربه است.

مرحله ۱: قاعده عمومی در کل عقود

سوال ۱

اولین پرسش این است که اصل در عقد، صحت است و یا فساد؟

مقصود از صحت و فساد در این جا، صحت و فساد در اجراء صیغه عقد نیست. مقصود این است که آیا هر عقدی که ایجاد می شود لازم الاتباع است مگر با دلیل خاص خارج شود و یا اصل این است که هر عقدی لازم الاتباع نیست مگر خلافش ثابت شود؟

بنابر وجه اول، می گوئیم مثلا عقد بیمه، عقد است و لذا می گوئیم الزام آور است مگر دلیل بر منع باشد و بنابر وجه دوم می گوئیم الزام آور نیست مگر خلافش ثابت شود و دلیل خاص بر آن داشته باشیم که در بیمه نداریم.

ادله اصالة الصحة در عقود

دلیل ۱: اوفوا بالعقود

ظاهر دلیل، وجوب وفاء به عقد است اما می توان صحت هر عقد را هم از آن بدست آورد:

به نحو مدلول مطابقی: این امر، ارشاد به صحت عقد است.

به نحو مدلول التزامی: وقتی وفاء به عقد واجب است بالملازمه به ما فهماندند که این عقد، صحیح است.

تذکر ۱

منظر بحث ما لزوم و جواز وفاء به عقد نیست بلکه مراد صحت عقد است که اعم از لزوم و جواز است. مراد ما از لزوم وفاء به عقد در بحث صحت، لزوم وفاء به عقد ما دامی که فسخ نکرده اید است پس شامل عقود جایزه هم می شود.

این آیه در بحث اصالة اللزوم، هم مفید است که بحثش خواهد آمد.

تذکر ۲

صورت مساله دیگر این است که عقود مستحدث را چگونه می توانیم مشروعیتش را اثبات کنیم؟! برخی می گویند همین بحث می تواند در آن جا راه گشا باشد.

این آیه می گوید که اصل در هر پیمان و تعهد دو طرفه صحت است پس هر عقدی که حادث شد ولو سابقه ای نداشته باشد هم می توان به این آیه استناد کرد. پس این بحث، کاربرد فراوانی دارد. العقود جمع محلی به ال است و از ادات عموم است.

برخی از فقهاء می گویند العقود در این آیه، قضیه خارجی است یعنی ناظر به عقودی است که متعارف بوده است و در آن زمان وجود داشته است و لذا نمی توان گفت هر عقدی که عرف آن را عقد نامید صحیح است.

برخی مثل آیت الله خویی می گویند قضیه حقیقیه است و لذا هر چه در عرف، عقد باشد صحیح است.

مثلا اعتبار ضمان عرفی را می توانیم اثبات کنیم چون ما دو نوع ضمان داریم: ضمان شرعی که انتقال ذمه است و ضمان عرفی که ضم ذمه است.

آقای خویی می گویند قضیه حقیقیه است پس هر عقدی که در عرف عقد باشد و در نواهی مثل نهی النبی ص
عن بیع الغرر و لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل داخل نشود صحیح است.

از نظر ما هم این آیه، قضیه حقیقیه است و اصل در قضا یا همین است و خارجیه بودن قضا یا نیاز به دلیل و
اثبات دارد.

اشکالات بر دلیل ۱

اشکال ۱

به موازات اوفوا بالعقود دلیلی دیگر داریم که المومنون عند شروطهم مگر شرطی که تحلیل حرام کند و تحریم
حلال کند و یا شرط مخالف کتاب و سنت باشد.

واقع هر عقدی یک نوع شرط و التزام است. من شرط می کنم که این ثمن را بدهی و او شرط می کند که مثنی
را بگیرد.

پس اوفوا بالعقود مخصص دارد. هر عقدی واجب الوفاء است مگر شرطی و عقدی که تحلیل حرام یا تحریم
حلال کند و یا مخالف کتاب یا سنت باشد.

برخی می گویند المومنون عند شروطهم الا ... حاکم بر اوفوا بالعقود است.

تمسک به اوفوا بالعقود برای اثبات صحت عقد مشکوک، تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص است. چون
عقدی را که نمی دانید بی اعتبار است یا خیر، یعنی نمی دانید که مخالف کتاب و سنت است یا خیر و شما نمی
توانید به عام تمسک کنید.

تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص در مخصص متصل قطعاً جایز نیست. مثلاً گفته شده اکرم العالم العادل
و شما نمی دانید این عالم، عادل است یا خیر؟

اما در منفصل بحث بود. عموماً می گفتند جایز نیست ولی برخی قائل به جواز هستند.

مثلاً اکرم العلماء گفته شده است و سپس گفتند لا تکرّم الفاسق العالم. برخی می گویند مخصص منفصل ظهور
عام را از بین نمی برد پس اکرم العلماء دلالت دارد بر وجوب اکرام هر عالمی و مخصص می گوید تا جایی که

احراز شد که ذیل من است را از عام خارج کردم ولی موارد مشکوک نزد عام می ماند؛ اما آخوند گفت عام ظهور در وجوب اکرام هر عالمی دارد اما بعد آمدن مخصص منفصل، حجیت ندارد.

جواب ۱ از اشکال ۱

اگر در موارد مشکوک اصلی داشته باشیم که به وسیله آن توانستیم احراز کنیم فردیت برای عام را، تمسک به عام درست می شود ما استصحاب عدم فسق شخص را اجرا می کنیم و لذا تحت عام می ماند.

در بحث حاضر هم مثلا استصحاب می کنیم عدم مخالفت این عقد را با کتاب و سنت و لذا تحت اوفوا بالعقود می ماند.

در این جا به دو اصل اشاره می کنند:

تقریب ۱ برای اصل:

این عقد قبل از این که منعقد شود، مخالف کتاب و سنت نبود، بعد از انعقاد، شک می کنیم وصف مخالفت کتاب و سنت را پیدا کرد یا خیر؟ عدم وجود و حدوث آن وصف را استصحاب می کنیم.

اشکال به تقریب ۱

این استصحاب، استصحاب عدم ازلی است که در عدم نعتی قبولش ندارند و در این جا عدم نعتی است نه عدم محمولی.

مشکله این بود که اگر مستصحاب، عدم نعتی باشد که حالت سابقه ندارد؛ چون یقین نداریم که عقد بود و وصف مخالفت را نداشت و اگر مستصحاب، عدم محمولی است شما آن را استصحاب کردید و عدم نعتی را نتیجه گرفتید و این اصل مثبت است.

قطعا مقصود آقایان تقریب اول نبوده است.

تقریب ۲ برای اصل

برائت از مخالفت با کتاب و سنت جاریست؛ ما شک داریم که با این عقد، حلالی را حرام کردیم یا خیر؟ برائت جاری می کنیم.

اشکال بر تقریب ۲

ما یقین داریم که حرامی حلال می شود چون وقتی مثلا عقد بیع می بندید، تصرف در ثمن برای بایع حرام بود که با این عقد، حلال می شود و بالعکس و شبیه به این اتفاق در تمام عقدها می افتد. اثر هر عقدی این است که به چیزی ملزم می شوید و از چیزی محروم می شوید و از چیزی بهره مند می شوید.

در مثل بیع و ... دلیل داریم و این تحریم و تحلیل مستند به شارع می شود ولی وقتی دلیلی بر ترخیص شارع نداشته باشیم کار ما تحلیل حرام می شود که اشکال دارد.

• جلسه ۴۳ دوشنبه ۱۲ آذر ۱۳۹۷

گفتیم اصل صحت معانی دارد:

بحث ۱

گاهی اصل صحت است یا فساد است در ناحیه اجرای عقد است. نمی دانیم صیغه عقد را صحیح خوانده است و یا خیر که برگشت این اصل به اصل صحت در فعل مسلم است.

بحث ۲

بحث از صحت به فساد به این معنا که آیا چنین عقدی را شارع معتبر می داند یا خیر؟ این سوال محل بحث ماست.

این دو بحث را مطرح کردیم اما بحث سومی هم هست.

بحث ۳

در همان عقودی که شارع به آن اعتبار بخشیده است، اگر شک کردیم شرطی یا جزئی یا مانعی برای آن از سوی شارع وجود دارد آیا اصل صحت معامله است و یا اصل فساد است؟ مثلا می دانیم که شارع بیع را امضاء کرده است اما نمی دانیم عربیت در صیغه لازم است یا خیر؟

پس اصل صحت و فساد در سه حوزه جاری می شود و حوزه دوم محل بحث ماست. پس بحث ما در اجراء عقد و اجزاء و شرایط نیست. بحث در این است که آیا اصل با صحت عقود عرفی است یا باید عقد، منصوصه باشد؟

بحث از قاعده، قاعده به حسب دلیل لفظی است. البته بعد از آن، مقتضای اصل عملی را مطرح می کنیم ولی آن مقتضای اصل عملی بعد از این است که دلیل لفظی نداشته باشیم بر این که هر عقدی صحیح است. عموماً فقهاء که می گویند اصل صحت است به لحاظ اصل عملی می گویند و گویا مفروغ گرفتند که دلیل لفظی نداریم.

گفتیم دلیل اولی که بر اصل صحت اقامه شده است، اوفوا بالعقود است.

اشکال شد که روایات شروط مقدم بر آیه است و تخصیص می زند و در نتیجه تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص می شود پس تمسک به آیه در مواردی که نمی دانیم مخالف کتاب و سنت است یا خیر، منتفی است. جواب اول این بود که با اصل، مخالف نبودن با کتاب را اثبات می کنیم. اما امروز جواب مختار به این اشکال را طرح می کنیم.

جواب استاد به اشکال ۱

جواب ۱

سوال این است که نسبت "المؤمنون عند شروطهم" و "اوفوا بالعقود" چیست؟

روایت ۱: صحیحه عبد الله بن سنان

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا يَجُوزُ.

روایت ۲

عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ ع أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ ع كَانَ يَقُولُ مَنْ شَرَطَ لِمَرَأَتِهِ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا.

نسبت این دو روایت با آیه اوفوا بالعقود چیست؟

می گویند عقد هم نوعی شرط و التزام است. حال آیا شرط اعم از عقد است و یا مساوی و یا اخص از عقد است؟

معلوم است که هر شرطی که عقد نیست پس تساوی ندارند. پس می توانید بگویید که عام و خاص مطلق است. آیه می شود خاص مطلق نسبت به این دو روایت. چون هر عقدی شرط است ولی هر شرطی عقد نیست.

شما می گویند اوفوا بالعقود تخصیص خورده است به المومنون درحالیکه برعکس است و آیه خاص مطلق است. مگر بگویید مخصص، روایات شروط نیست بلکه مخصص عقلی و ... است که باید بحث کرد.

اگر مستثنی منه و مستثنی یعنی کل روایت را با آیه بسنجیم، نسبت، من وجه می شود. حال باز هم روایت می تواند آیه را تخصیص بزند، باز قاعده، این است که هیچیک نمی تواند دیگری را تخصیص بزند.

پس راه تخصیص بسته است و روایات شروط نمی تواند آیه را تخصیص بزند پس باید مسیر دیگری برویم مثل حکومت. چون در حکومت نیاز به نسبت سنجی نیست.

معیار حکومت چیست؟

عموما می گویند دلیل حاکم باید ناظر بر دلیل محکوم باشد. البته همین آقایان برخی گفتند باید شارح و مفسر باشد و برخی گفتند ضرورتی ندارد مفسر باشد بلکه صرف نظارت کافی است.

قطعا روایات شروط تفسیری نسبت به آیه ندارند و به نظر ما نظارت داشتن هم بعید است. لذا در حکومت، تردید است. پس تقدم روایات ثابت نشد.

فعلا بحث ما این است که آیا آیه به دلیل لفظی تخصیص خورده است یا خیر؟ اما این که تخصیص به حکم عقل هست یا خیر را بعدا بحث می کنیم.

جواب ۲

نکته بعدی این است که ممکن است شرط به لحاظ لغوی شامل عقد شود ولی به لحاظ عرفی، شرط انصراف به شرط یک طرفه دارد نه شرط دو طرفه اما عقد یعنی تعهد دو طرفه. خصوصا که در برخی از روایات شروط هم تصریح به شرط یک طرفه است مثل آن روایت که من شرط لامراته ...

جواب ۳

شرط مخالف کتاب و سنت عبارت است از شرطی که نص خاصی بر آن وجود داشته باشد و الا هر عقدی، حلالی را حرام می کند و حرامی را حلال کند و اگر چنین نشود که اصلا عقدی رخ نمی دهد پس ممنوع بودن تحلیل حرام و تحریم حلال به این وسعت مد نظر نیست قطعا.

• جلسه ۴۴ سه شنبه ۱۳ آذر ۱۳۹۷

جواب ۴

گفتیم مفاد روایات شروط که می گفتند شرط نباید تحلیل حرام داشته باشد، توسعه فراوانی ندارد و الا باید بگوییم هیچ شرطی را نباید بگذارید پس مراد این روایات شروط، این است که در خصوص آن عقد مثل عقد بیمه، نهی خاصی در آن در کتاب و سنت نرسیده باشد.

برای تدقیق در بحث باید این را بحث کنیم که آیا مخالفت را ناظر به مخالفت واقعی می دانیم و یا ناظر به مخالفت ظاهری؟

مخالفت واقعی یعنی نباید عقدی را منعقد کنیم که در واقع، مخالف است و مخالفت ظاهری یعنی نباید به حسب آن چه از ادله به ما رسیده است، مخالف باشد.

اگر مراد مخالفت ظاهری باشد (یعنی مخالفت با آن چه حجت بر آن تمام شده است) در این صورت فحص و تتبع لازم است و بعد از آن حکم به عدم مخالفت می شود و ذیل اوفوا بالعقود داخل می شود.

اگر مراد مخالفت واقعی باشد، ممکن است شرطی مثل عقد بیمه و ... در واقع مخالف کتاب و سنت باشد و ما از آن بی خبریم. یعنی شاید حجتی بر حرمت آن شرط نباشد ولی در واقع حرام باشد. در این صورت، شاید به ذهن برسد که نمی توان حکم به مشروعیت شرطی مثل عقد بیمه کرد؛ اما ما می توانیم استصحاب کنیم و اصل عدم تحلیل حرام و عدم تحریم حلال را جاری کنیم.

در ابتدای شریعت، این عقد حرام نشده بود و آیه و سنتی بر رد آن نبود و ما عدم تشریح حرمت و مخالفت با کتاب و سنت را استصحاب می کنیم.

اشکال آقای شهید در بحث مضاربه

اصالة الفساد مقدم بر این اصل عدم تحریم و اصل عدم مخالفت با کتاب است. یا حاکم است و یا وارد است.

جواب

اصالة الفساد استصحاب است و اماره نیست. اصل فساد در معاملات، همان استصحاب عدم انتقال و عدم ترتب اثر است و لذا این اصل، حکومت و ورود ندارد بلکه استصحاب عدم تحریم حلال و عدم تحلیل حرام، حاکم یا وارد بر استصحاب عدم انتقال یعنی اصل فساد است.

اشکال ۲ بر دلیل ۱

"العقود" به لحاظ فهم عرفی به معنای "العقود المشروعة" است. پس عقود انصراف دارد به عقودی که خود شارع آن را مشروع کرده بوده است.

پس اگر بخواهید برای اعتبار عقدی به آن تمسک کنید، تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود عام می شود که از نظر همه جایز نیست.

برای اثبات عالم بودن زید نمی توان به اکرم العلماء استناد کرد. به تعبیر دیگر، حکم، موضوع خودش را درست نمی کند.

به چه دلیل، متفاهم، عقود مشروعه است؟ هر جا شارع امری می کند معلوم است که در حوزه مباحات و حلال ها تطبیق می شود پس اوفوا بالعقود یعنی این کلام در حوزه ای است که من آن حوزه را مشروع می دانم. نه این که این کار را بکن ولو در مواردی که من آن را مشروع نمی دانم.

روایاتی هم داریم که "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق" ولی این جا استناد به انصراف شده است. تخصیص و تقیید نیست بلکه از ابتدا، از آن عقد مشروع فهمیده می شود.

جواب

تمسک به عام در شبهه مصداقیه عام همیشه مشکل ندارد بلکه تفصیل دارد چون اگر بیان وظیفه شارع است تمسک جایز است و الا جایز نیست.

تمسک به عام در مواردی که بیان و توضیح با خود شارع است مشکلی ندارد. مشکل در جایی است که بیان و توضیح با شارع نیست. هر جا شارع عنوانی را اخذ کند که احتمالی می دهیم که خودش قیودی بر آن دارد در این تمسک به آن عام اشکال ندارد.

مثلا وقتی شارع بگوید اکرم العادل و برای عدالت تعریف خاصی دارد در این جا اخذ به عام می تواند کرد و بگوییم اگر مرادش قیدی داشت باید می گفت پس مقصودش همین معنای عرفی آن است.

اوفوا بالعقود یعنی عقودی که شارع آن را معتبر می داند. این که عقدی معتبر است و یا خیر، بیان آن، وظیفه خود شارع است پس می گوییم برای عقود قیدی نزده است پس می توانیم بگوییم به لحاظ لفظی، بیمه، عقد است و شارع هم قیدی نزده که بیمه را خارج کند پس می توان به اوفوا بالعقود استناد کرد.

به عبارت دیگر، در جایی که بیان با شارع است، وقتی شارع به صورت عام مطرح می کند یعنی من احراز کردم که همه عقود معتبر است. مثل آن حرفی که در قضیه خارجی می گوییم. وقتی شارع می گوید اکرم کل من فی المدرس پس او خودش احراز کرده است که عدو او در مدرس نیست.

پس اوفوا بالعقود دو مدلول دارد:

مدلول ۱: هر عقدی مشروع است. چون بیان مشروعیت به عهده خود شارع است.

مدلول ۲: هر عقد مشروعی وجوب وفا دارد.

• جلسه ۴۵ یکشنبه ۱۸ آذر ۱۳۹۷

گفتیم تمسک به عام در شبهه مصداقیه عام جایز نیست و مطالبی را در این خصوص مطرح کردیم. این بحث مبتنی بر این نکته است که در قضایای خارجی اگر مخصص لبی باشد، آیا احراز با مولاست یا خیر؟ وقتی مولا گفته است اکرم جیرانی و ما شک داریم که عدو را می گیرد یا خیر، آیا می توان به اکرم جیرانی تمسک کرد و گفت که این فرد هم واجب الاکرام است؟

آخوند این بحث را اشاره کرد و نظرات مختلف بود.

شهید صدر نظرشان این است که در مخصصات لبی در قضایای خارجی می توانیم تمسک به عام در شبهه مصداقیه عام بکنیم چون خود مولا احراز کرده است که در جیران، عدوش وجود ندارد.

دلیل ۲

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا" نساء : ۲۹

کسب ما و اکل مال از آن طریق، در صورت رضایت، جایز است. پس عقد بیمه هم این شرایط را دارد و لذا جایز است و از این طریق به اصل صحت در عقود می رسیم.

اشکال ۱ به دلیل ۱

استدلال متوقف بر این است که کلمه "تجارت" شامل هر عقدی بشود. می گوئیم هر عقدی که با رضایت باشد، اکل مال نیست.

پس باید دید آیا کلمه تجارت، اختصاص به عقد خاص دارد یا همه عقود را شامل می شود؟ صاحب جواهر می گوید به هر عقد و معامله ای تجارت گفته می شود.

بررسی تعریف تجارت:

تعریف ۱: عقودهای مستمر

عقدهای مستمر و دامنه دار را تجارت می گویند مثلا خرید یک ماشین را تجارت نمی گویند بلکه اگر او مستمرا در حال خرید و فروش ماشین است می گویند او تجارت ماشین می کند.

پس این آیه دلالت بر مطلوب نمی کند.

تعریف ۲: تحصیل ربح

سرمایه ای را برای کسب سود به کاری بیندیم. اما اگر برای کسب سود نبود، تجارت نیست.

ما نان می خرید که آن را بخریم نه این که سود کنیم. ما برای کسب درآمد نان نمی خریم بلکه برای رفع نیاز می خریم.

پس آیه دلالت بر مطلوب نمی کند.

تعریف ۳: هر عقد

تجارت عبارت از هر عقدی است. شاهدش این است که در قرآن تجارت را بر عمل صالح هم اطلاق کرده است. ترجون تجارة لن تبور که مراد سرمایه گذاری و سود و ... نیست بلکه مطلق مبادله است. در این صورت، آیه دال بر مطلوب است.

نظر استاد

به لحاظ لغت و استعمالات، این که تجارت دلالت دارد بر هر گونه عقدی بعید است.

نکته ۱

درست است که تجارت در قرآن در آن استعمال شده است، معلوم است که از باب تشبیه است و تسامحی است مثلاً می گویند "فاستبشروا ببيعکم اللذی ... " معلوم است مراد ببيع اصطلاحی نیست و تسامح و تنظیر و تشبیه است.

نکته ۲

در همان اطلاقات مجازی و تسامحی هم کسب درآمد و کسب سود لحاظ شده است. یعنی عمل صالح، برای رسیدن به سود و منفعت است.

پس آیه دال بر اصالة الصحة در هر عقدی نیست.

اشکال ۲ به دلیل ۲

حتی برخی می گویند این آیه دلالت بر اصالة الفساد دارد؛ چون آیه جواز اکل مال را منحصر در تجارت کرده است پس اولاً باید تجارت باشد و ثانياً باید عن تراض باشد پس هر چه تجارت نباشد ولو با رضایت باشد، باطل است و هر چه با رضایت نباشد ولو تجارت باشد باطل است.

جواب

این جا استثناء متصل نیست بلکه منقطع است چون نهی از اکل مال به صورت مطلق نیست بلکه نهی از اکل مال به باطل است و تجارت عن تراض اساساً اکل مال به باطل نبوده است که بخوهد خارج شود. پس استثناء

منقطع است پس آیه دلالت بر اصل فساد نمی کند چون آن اصلی که این آیه پایه ریزی می کند که اکل مال به باطل جایز نیست ولی مطلق اکل مال جایز نیست را که این آیه اثبات نمی کند.

به عبارتی دیگر و از جهتی دیگر در اصول و ادبیات، می گوییم از اداتی که دال بر حصر است، استثناء در سیاق نفی است. عده ای معتقدند که صریح ترین عبارت دال بر حصر همین قالب است. اما این نکته مغفول است که این کلام، در مطلق استثناء است و یا فقط در استثناء متصل است؟ وقتی در فقه به این نکته رسیدند برخی ها متوجه این نکته شدند که این کلام فقط در استثناء متصل است نه منقطع. چون استثناء منقطع از ابتدا خارج است و لذا فهم حصر معنا ندارد. مستثنی و مستثنی منه به یک معنا ربطی به هم ندارند و لذا حصر فهمیده نمی شود. چرا اصولیان و ادباء این نکته را تذکر ندادند؟ شاید توجیه کنیم که چون استثناء منقطع که در واقع، استثناء نیست. ظاهرش استثناء است. واقعش که استثناء نیست.

اگر این آیه دلالت بر حصر کند، اصالة الفساد اثبات می شود و الا اثبات نمی شود. اگر حصر باشد، یعنی تنها موردی که اکل مال در آن جایز است، تجارت عن تراض است و این اصل فساد است ولی اگر حصر نباشد که چنین اصلی نیست. استثناء اگر منقطع باشد و حصر در آن نباشد به این معنا می شود که اکل مال به باطل حرام است و تجارت عن تراض هم جایز است و شاید در کنار آن عقد بیمه هم جایز باشد.

ما در اصول، خیلی از قواعد را به صورت کلی می گوییم ولی وقتی به فقه می رسیم می بینیم که آن قاعده به آن کلیتش قابل عمل نیست. پس آن قواعد در اصول، دستور العمل قابل اجرا نیست بلکه نیاز به تبصره دارد. این جا است که اصول فقه کاربردی مطرح می شود یعنی باید از اصولی سخن بگوییم که معطوف به واقعیت بیرونی است نه صرف نظریه پردازی.

مثلا می گوییم جمله شرطیه مفهوم دارد و به ادات "ان" مثال می زنیم ولی در فقه به لو و اذا بر می خوریم که شاید آن جا مفهوم ثابت نباشد.

مثلا نایینی می گوید اگر بخاری این جا باشد، این جا گرم می شود. آیا می شود گفت اگر بخاری نباشد گرم نمی شود؟ خیر چون این ادات، دلالت بر علت انحصاری نمی کند و لذا نایینی می گوید جمله شرطیه در جملات خبریه مفهوم ندارد اما در جملات انشاییه مفهوم دارد چون در مقام انشاء علت انحصاری ثابت می شود.

دفاع آقای خوبی از اشکال ۲ یعنی دفاع از اصالة الفساد

این معلوم است که استثناء قطعا منقطع است چون تجارت عن تراض، اکل به باطل نیست اما با این وجود، آقای خوبی می گویند این آیه دلالت بر حصر دارد. پس این آیه دلالت بر اصل فساد دارد و لذا با آیه اوفوا بالعقود که دال بر اصل صحت بود تعارض دارند و باید دید کدام مقدم است.

ارتکازا استدلال آقای خوبی، اعتراف به این است که استثناء منقطع دال بر حصر نیست. چون اگر حصر با استثناء ثابت بود باید ایشان هم به استثناء در سیاق نفی استدلال می کرد.

تقریب استدلال آقای خوبی به اطلاق مقامی است و می گویند خداوند در مقام بیان این هستند که در کدام موارد، اکل مال جایز است؟ و غیر تجارت عن تراض را مطرح نمی کنند پس در غیر آن، اکل مال جایز نیست. چرا می گویند که مولا در مقام بیان است؟ چون این آیه در سیاق مباحث تجارت نیست پس استطرادا و تنمیما نیست بلکه ابتدائا این آیه به مباحث تجارت می پردازد. وقتی استقلالا شروع به مطلب می کند و دو قاعده مطرح می کند اگر سومی وجود داشت، بیان می کرد.

ان قلت

در صورت استظهار حصر، بیع برای رفع نیاز هم تجارت نیست و باید جایز نباشد و نیز اجاره و هبه و ... باید جایز نباشند چون این ها تجارت عن تراض نیست.

قلت

این موارد به قید منفصل خارج است و این ها ظهور اطلاق مقامی در حصر را از بین نمی برد.

• جلسه ۴۶ دوشنبه ۱۹ آذر ۱۳۹۷

ادامه کلام آقای خوبی

ان قلت

در صورت استظهار حصر، بیع برای رفع نیاز هم تجارت نیست و باید جایز نباشد و نیز اجاره و هبه و ... باید جایز نباشند چون این ها تجارت عن تراض نیست.

قلت

این موارد به قید منفصل خارج است و این ها ظهور اطلاق مقامی در حصر را از بین نمی برد.

کلمات آقای خوئی را از مصباح الفقاهة ج ۱ ص ۳۴ نقل کردیم.

نظر استاد راجع به المومنون عند شروطهم

تجارت عبارت است از عقدی که برای کسب ربح و سود است و این از کتب لغت هم فهمیده می شود. لذا گر بخواهیم بگوییم که تجارت، مطلق عقد است، این مطلب، قرینه می خواهد.

اگر استثناء متصل بود شاید می توان گفت که همین اتصال استثناء قرینه اراده مطلق عقد است. چون اگر استثناء متصل باشد، تنها موردی که اکل مال در آن جایز است، تجارت عن تراض است و چون از خارج می دانیم بیع برای رفع نیاز هم صحیح است پس باید تجارت در آیه، مطلق عقود را بگیرد که استثناء متصل و حصر معنا دار باشد.

به نظر ما این قرینه درست نیست چون استثناء منقطع است چون نه عرفا و نه شرعا تجارت عن تراض اکل مال به باطل نیست.

مثل غصب و سرقت را هم عرف می گوید اکل مال به باطل است و هم شرع می گوید و ربای قرضی در بعضی از مصادیقش و خصوصا ربای معاوضی را عرف اکل مال به باطل نمی داند ولی شرع می گوید اکل مال به باطل است اما تجارت عن تراض نه عرفا و نه شرعا اکل مال به باطل نیست.

آقای خوئی این جا استثناء را متصل می دانند و می گویند اصل در استثناء اتصال است و استدلال و تقریب بیشتری از ایشان ندیدیم.

کلام ایشان در اصل درست است ولی این جا علم داریم استثناء منقطع است.

به نظر ما از آیه نه اصاله الصحة فهمیده می شود و نه اصاله الفساد فهمیده می شود.

نظر استاد راجع به اصاله الصحة

نکته ۱: مقتضای قاعده، صحت عقد است به استناد به آیه "اوفوا بالعقود" و ظهور "العقود" شامل هر عقدی می شود.

نکته ۲: این آیه، قضیه حقیقه است.

نکته ۳: آیه، اختصاصی به عقود زمان پیامبر ص ندارد بلکه در هر دوره ای اگر عقد عقلایی باشد امر به وفاء آن جا را می گیرد مگر با قید منفصل خارج شود مثل عقود ربوی و غرری.

بحث به این کلیت، تمام نمی شود و در مباحث آتی تدقیقاتی دارد که بررسی خواهیم کرد.

این مباحث، در کلی عقود بود نه مضاربه و بر اساس مقتضای اصل لفظی بود اما مقتضای اصل عملی را در آخر بحث ذکر می کنیم.

مرحله ۲: قاعده عمومی در عقد مضاربه

خاستگاه این قسمت، کلام آقای خوئی است. ایشان می گوید اصل در مضاربه، بطلان است چون خلاف قاعده است الا ما خرج بالدلیل.

پس هر جا دلیلی بر صحت مضاربه داشتیم اخذ می کنیم و الا مضاربه صحیح نخواهد بود پس برای صحت نیاز به دلیل داریم. بر خلاف دیدگاه کسانی که قاعده مضاربه را بر صحت می گذارند و عدم صحت را نیازمند احراز می دانند.

آقای خوئی می گوید مقتضای قاعده "عدم امکان و جواز تملیک معدوم" بطلان مضاربه و اضراب مضاربه است.

مضاربه تملیک معدوم است چون وقتی سرمایه را به عامل می دهید، از الان نصف سود سرمایه را به عامل تملیک می کنید در حالیکه سودی فعلا محقق نشده است. اصلا تملیک و مالکیت نسبت به چیزی که وجود خارجی ندارد بی معناست. سودی که نیست چطور، عامل مالک آن شده است؟!

بر فرض ملکیت، سلطه باشد، سلطه بر معدوم هم بی معناست.

این اشکال در موارد مشابه مثل مزارعه و مساقات هم می آید. هنوز محصولی رخ نداده است و شما نصف محصول را به او تملیک کرده اید.

سوال

آیا تملیک معدوم امکان ندارد؟

برخی گفتند غیر ممکن است که توضیحش را گفتیم. وقتی من نمی توانم مالک معدوم شوم، دیگری هم نمی تواند مرا مالک کند. اگر این باشد، دلیل خاص هم نمی تواند مصحح موارد خاص مثل مضاربه و ... باشد.

جواب

همین نکته قرینه است بر این که آقای خوئی مقصودشان عدم امکان عقلی نیست پس مقصود این است که تملیک معدوم، امر غیر عقلایی است. در این صورت، شارع می تواند به هر دلیلی این امر غیر عقلایی را معنا دار بداند و لذا با دلیل خاص می توانیم آن را بپذیریم.

پس بر اساس این قاعده و با توجه به این که تبعیت سود از سرمایه قاعده است، سود تماما برای مالک است و عامل نسبت به سود حقی ندارد و اگر متبرع باشد که هیچ و الا اجرت المثل دارد.

اشکال نقضی

نقض ۱: در بیع سلم، آن شخص ما را مالک بر شیء معدوم کرده است و این بیع سلم، امر عقلایی است.
نقض ۲: در اجاره، منافع معدوم این خانه را به مستاجر تملیک می کنید. منفعت دو ماه دیگر که الان معدوم است.

جواب ۱ از نقض به بیع سلم

آن چه در بیع سلم، تملیک می کنیم، مبیع کلی فی الذمه است. تملیک ۱۰ کیلو برنج انجام شده است نه برنج مشخص بلکه ۱۰ کیلو برنج کلی فی الذمه به ملکیت در آمد و این کلی فی الذمه موجود است. کلی قابل تطبیق به همه مصادیق در عالم است. تسلیم مبیع کلی به فرد است ولی آن چه ما فروختیم، کلی بوده است و شاهدش این است که هر ۱۰ کیلویی که انتخاب کنم تحویل بدهم آن کلی فروخته شده را آورده ام.

نزد عقلاء هم شیء فی الذمه معنا دارد مثلا من ۱۰ میلیون به شما بدهکارم و آن را منتقل به شما می کنم و هم بیع کلی معنا دارد یعنی آن ۱۰ میلیون طلبکاری را می تواند بفروشد پس این ها شاهد بر این است که کلی فی الذمه به لحاظ عقلایی، موجود محسوب می شود. کلی در وعاء اعتبار عقلایی موجود است پس در موارد بیع سلم، تملیک معدوم نیست بلکه تملیک موجود است پس خلاف قاعده نیست.

جواب ۲ از نقض به بیع سلم

بر فرض که بیع سلم تملیک معدوم باشد به دلیل خاص خارج شده است نه این که دلیل بر این باشد که تملیک بر معدوم، عقلایی باشد.

جواب از نقض به اجاره

در اجاره، منافع عین صالح برای منفعت را تملیک می کنیم نه منافع بالفعل را. استیفاء آن چه تملیک شده است تدریجی است ولی آن چه تملیک شده است، استعداد منفعت این مال است. ما منفعت ۱۰ ماه آینده را تملیک نکردیم بلکه استعداد منفعت و قابلیت سکنا را تملیک می کنیم. الان این قابلیت موجود است و ما آن را فروختیم. سکونت به تدریج است چون استیفاء این قابلیت است.

• جلسه ۴۷ سه شنبه ۲۰ آذر ۱۳۹۷

گفتیم آقای خویی در این بحث مضاربه در مبانی عروه ص ۱۷ می گویند مضاربه خلاف قاعده است. چون مضاربه تملیک بخشی از سود است که معدوم است.

تملیک معدوم معقول نیست مثلاً کسی پدرش نزدیک به فوت است و شخص ارثی که در آینده به او می رسد را به دیگری بفروشد. مضاربه هم همین مشکل را دارد و نیز مزارعه و مساقات.

نه حصه ای از سهم که قرار است به عامل تملیک کنیم وجود دارد و نه من سرمایه دار مالک آن نیستیم.

پس هم تملیک غیر ملک است و هم تملیک معدوم است.

اشکال

عقد مضاربه این است که نصف سود بعد از این که حاصل شد و به ملک مالک آمد، به عامل تملیک می شود.

یعنی آنا ما در ملک مالک می آید و سپس به ملک عامل داخل می شود پس هم تملیک ما یملک شد و هم تملیک موجود شد.

جواب

این که شما گفتید خلاف مقتضای عقد مضاربه است. در مضاربه حصه عامل در ملک مالک داخل نمی شود و لو آنا ما.

این که شما می گوئید می شود وعده به تملیک و این یعنی بعد حصول ربح، عامل، مالک نمی شود و مالک باید ملکیت را انشاء کند درحالیکه کسی این را لازم نمی دانند.

مقتضای عقد مضاربه این است که هیچ حقی برای مالک در حصه عامل نیست.

اگر مشکل عقلی باشد دلیل مضاربه هم نمی تواند آن را تصحیح کند و نظریه ملکیت آناما برای حل این قضیه خوب است ولی اگر مشکل عقلایی باشد مشکله این است که این خلاف مقتضای عقد مضاربه است. عقد مضاربه در میان عقلاء و عرف و ... این نیست.

آقای خوئی در عبارتی دیگر می گویند چرا این مالک آناما مالک می شود و بعد از ملک او خارج می شود؟ آیا این خروج از ملک به تملیک سابق است یا لاحق؟

تملیک سابق تنجیزی

یعنی این که در زمان قبل حصول سود تملیک رخ داده است که همین اشکالات تملیک معدوم خواهد آمد.

تملیک سابق تعلیقی

یعنی وعده به تملیک دادید که مضاربه نیست.

تملیک لاحق

یعنی این که بعد از حصول سود، تملیک کردید و این هم خلاف مقتضای مضاربه است.

ایشان در عبارتی دیگر می گویند اگر بگویم با پول من کار کن و نصف سود کار دیگری که من دارم مال تو باشد این را همه می گویند باطل است. چرا نصف سود کار دیگر باطل است؟ به همین دلیل مضاربه هم علی القاعده باطل است. چون هر دو تملیک معدوم و تملیک غیر ملک است.

البته بیع مالایملک را وجوهی گفته اند در توجیهش ولی مشکله دوم تملیک معدوم است.

اشکال برخی به آقای خوئی

برخی می گویند تمام مطالب ایشان درست است در صورتی که تملیک تنجیزی باشد ولی مضاربه تملیک تعلیقی است یعنی اگر عملیات سود آور بود، نصف سود مال توست چون ممکن است اصلا سود نکند که تملیکی اساسا در کار نیست.

وقتی تملیک معلق بر حصول ربح باشد دیگر تملیک معدوم نیست بلکه تملیک موجود است. مثل این که می گوئیم با این پول کار کن و اگر سود کرد نصفش مال تو باشد.

تنها مشکل تملیک تعلیقی این است که می گویند تعلیق در انشائیات و عقود جایز نیست.

درست نبودن تعلیق در انشائیات، اجماع است و آن دلیل لبی است و اطلاق ندارد و اجماع بر بطلان تعلیق قدرمتیقنش در بیع است ولی این که در مضاربه هم تعلیق جایز نیست مشکوک است پس محذوری برای تعلیق در مضاربه وجود ندارد.

می شود کلام مستشکل را به این صورت نیز تقریب کرد که تعلیق در انشاء مشکل دارد ولی تعلیق در منشا مشکلی ندارد و مضاربه تعلیق در منشا است. من منجزا تملیک کردم آن حصه از سود را البته به شرطی که سود رخ دهد.

تملیک همین الان است ولی سود در فرض حصول را تملیک کردم.

ان قلت

این که تملیک معدوم می شود. چون سود الان نیست.

قلت

تملیک موجود محسوب می شود چون سود در فرض تحقق است. مثل این که بگوئیم سود فردا مال تو باشد که فردا موجود است.

مستشکل گفت مستند عدم جواز تعلیق، اجماع است ولی ظاهرا تنها علت، اجماع نیست بلکه می گویند انشاء با تعلیق نمی سازد. چون انشاء به معنای ایجاد است و ایجاد با تعلیق نمی سازد چون ایجاد و وجود فقط اختلاف اعتباری دارند.

در اصول در بحث واجب معلق مطرح شده است و در فقه هم که آدرسش معلوم است.

اما ما استشکال را به نحو دیگری تصحیح کردیم چون گفتیم انشاء تعلیق ندارد بلکه منشا تعلیق دارد.

سوال

این کلام مستشکل که تملیک تعلیقی را مطرح کردند آیا غیر از ملکیت آنا ما است؟ اگر همان است که آقای خوبی جواب دادند که خلاف عقد مضاربه است و شما باید مخالفتش با عقد مضاربه را تصحیح کنید.

تملیک تعلیقی یعنی اول ربح حاصل شود و بعد شمای عامل مالک شوید. سخن این است که آن اولی که سود حاصل شد در ملک چه کسی است؟ اگر در ملک مالک است که همین ملکیت آنا ما است.

پس آقای خوبی متوجه تملیک تعلیقی بوده است. پس باید توافق با مقتضای عقد را حل کرد.

• جلسه ۴۸ چهارشنبه ۲۱ آذر ۱۳۹۷

اگر تملیک تعلیقی را بپذیریم باید همان ملکیت آنا باشد چون در تملیک تعلیقی آن چه ملکیت متوقف بر آن است، حصول ربح است. یعنی ابتدائاً باید ربح حاصل شود تا تملیک رخ دهد پس ابتدائاً باید ربح در ملک مالک حاصل شود تا تملیک رخ دهد.

اشکال

ربح در ملک عامل حاصل می شود.

جواب

این دیگر، تعلیق نیست. ابتدائاً باید ربح در ملک مالک حادث شود که در این صورت، ربح موجود می شود و سپس تملیک شود تا تملیک معدوم نشود.

اگر از ابتداء، ربح در ملک عامل حاصل شود، یعنی تملیک به عامل شده است در حالیکه موجود نبوده است و این همان اشکال بود. پس باید ملک آنا ما رخ دهد در ملک مالک.

پس تملیک تعلیقی همان ملک آنا ما شد و مشکل آقای خوبی این بود که ملکیت آنا ما خلاف عقد مضاربه است چون مقتضای عقد مضاربه این بود که ربح از ابتداء در ملک عامل باشد.

اگر در عقد مضاربه بگویید با این سرمایه کار کن و من نصف سود را به تو می بخشم این صحیح است چون هبه در زمانی است که سود حادث شده است؛ ولی این کار، مضاربه نیست. این وعده است. در مضاربه باید تنجیزا تملیک باشد و در این صورت، این که آنا در ملک مالک رخ دهد بی معناست.

مستشکل به آقای خوبی (آقای شهیدی) می گوید انشاء تنجیزی است ولی سود آتی است و سود در فرض تحقق ربح است. پس تملیک تنجیزی است ولی ملکیت تعلیقی است یعنی آن چه قرار است به تو برسد معلق بر حصول است.

الان تملیک ایجاد شده است ولی ملک بعدا رخ می دهد مثلا می گوئیم منفعت فردای خانه را الان به تو بخشیدم. زید در امروز، مالک منفعت فردای خانه شد.

نظر استاد راجع به اشکال آقای شهیدی

آن ها که تعلیق را دارای محذور می دانند می گویند منشا می تواند تعلیق داشته باشد اما به شرطی که معلق، شیء محقق و قطعی باشد مثلا این که فردا بیاید. ولی تعلیق بر ربح که معلوم نیست حادث شود جایز نیست چون تعلیق این نوع از منشا برگشت به تعلیق در انشاء دارد.

پس محذور باقی بود مگر بگویید انشاء اساسا مشکلی ندارد که شاید مستشکل همین را می گفت چون گفتند تنها محذور اجماع است.

اشکال دوم آقای خوبی بر مضاربه

فرض کنید ۱۰۰ دینار سرمایه ای است که مالک به عامل داده است. عامل معامله ای کرده که ۱۰۰ دینار سود کرده است پس مجموع ۲۰۰ دینار شد.

اگر این جا مضاربه فسخ شود و سود تقسیم شود. از مجموعه پول ۵۰ دینار باید به عامل داده شود و ۱۵۰ دینار باید به مالک داده شود.

حال با این ۲۰۰ دینار عامل معامله دوم می کند و ۲۰۰ دینار سود می کند که از سود، ۱۰۰ دینار مال عامل است و ۱۰۰ دینار مال مالک است در حالیکه این درست نیست.

در واقع، مالک از مجموعه ۴۰۰ دینار، ۲۵۰ می‌گیرد یعنی ۱۰۰ سرمایه بود و از ۳۰۰ سود، ۱۵۰ را به او دادید پس ۲۵۰ به او دادید در حالیکه درست نیست چون دو معامله است.

چون این ۲۰۰ دینار در معامله دوم، مربوط به ۲۰۰ دیناری بود که ۵۰ دینارش مال عامل بود پس در واقع در معامله دوم، سرمایه، ۱۵۰ دینار بوده است پس مالک باید نصف سود از ۱۵۰ دینار را بگیرد نه نصف سود از ۲۰۰ دینار را. پس مضاربه خلاف قاعده است. در این جا بعد از معامله اول، چون عامل ۵۰ تومان را مالک می‌شود شراکت رخ می‌دهد.

اشکال

شرط، این است که نصف سود در آخر را بگیرد.

جواب

در آخر، نصف سود از سرمایه خودش را باید بگیرد نه نصف سود از سرمایه خودش و سرمایه عامل.

در معامله دوم، ۵۰ دینار عامل را باید کنار بگذارید. پس مالک، ۱۵۰ دینار در معامله دوم گذاشته است که نصف سودش یعنی ۷۵ تا برای مالک است و ۷۵ تا برای عامل است. پس تا این جا عامل باید ۱۲۵ دینار بگیرد.

از طرفی ۵۰ دینار هم عامل گذاشته است که چون سود ۱۰۰ درصد داشته است، ۵۰ دینار دیگر هم به عامل باید داد چون هم سرمایه از خودش بوده و هم عمل از خودش بوده است. پس در نهایت از ۴۰۰ دینار، ۱۷۵ دینار مال عامل است پس برای مالک، ۲۲۵ دینار باقی می‌ماند؛ چون مالک، ۱۰۰ تومان سرمایه داشت و ۵۰ از معامله اول سود کرده است پس سرمایه اش در معامله دوم، ۱۵۰ بوده است و ۱۵۰ تومان هم سود این سرمایه است که نصف می‌شود چون عملش از عامل بوده است و لذا ۱۵۰ با ۷۵ می‌شود ۲۲۵.

پس بر اساس قاعده باید ۲۲۵ می‌گرفته است ولی بر اساس مضاربه ۲۵۰ می‌گیرد و این خلاف قاعده است که تفاوت، ۲۵ دینار فقط در دو معامله است حال اگر این معاملات متکثر شود این تفاوت زیاد می‌شود.

جواب استاد به آقای خوبی

عقد مضاربه، همین سود مجموع معاملات است یا به اتمام زمان یا فسخ (چون معامله جایز است) یا انفساخ (به مرگ یکی از طرفین) و اساساً قرارداد مضاربه همین است.

مالکیت عامل به اتمام زمان یا فسخ یا انفساخ محقق می شود و قبل از آن، اصلاً مالکیت مستقری برای او رخ نداده است.

پس خلاف قاعده نیست چون از ابتدا، قرارداد و تعهد همین بوده است. معاملات متکثر ضمن یک عقد مضاربه است و معامله دوم، عقد دوم نیست که مالکیت ها را جدا کنید.

• جلسه ۴۹ شنبه ۲۴ آذر ۱۳۹۷

پاسخ به اشکال اول آقای خوبی

عمده اشکال ایشان در تملیک معدوم است هر چند تملیک مالایملک هم طرح شده بود ولی تملیک مالایملک راه هایی دارد برای تصحیح که در فقه مطرح شده است و عمده تملیک معدوم است.

این بحث تملیک معدوم در چند مورد، بحث شده است.

مثلاً در بحث وقف می گویند آیا وقف شیء برای بطون لاحقاً آیا صحیح است یا خیر؟

ممکن است مالک معدوم باشد مثل همین مثال وقف و ممکن است مملوک معدوم باشد. ولی آقایان می گویند مشکله تملیک معدوم اختصاصی به معدوم بودن مملوک ندارد بلکه شامل معدوم بودن مالک هم می شود.

آخوند رساله ای در وقف دارند و در صفحه ۲۱ می گویند اگر ملکیت را از قبیل جده بگیریم، تملیک معدوم صحیح نیست ولی ملکیتی که ما بحث می کنیم از اعتبارات است و مابازاء خارجی ندارد و لذا محذور عقلی ندارد. لذا اعتبار تملیک برای مالک معدوم و مملوک معدوم مشکلی ندارد البته این تملیک باید امر عقلایی باشد و وجه عقلایی داشته باشد.

صاحب حدائق و جواهر و مشهور فقهاء ذیل همین بحث وقف می گویند تملیک معدوم جایز نیست. لذا وصیت تملیکی را برای معدوم جایز نمی دانند کما این که وقف برای مالک معدوم را جایز نمی دانند. مثلاً کسی وصیت تملیکی کند برای بچه ای که در شکم مادر است و یا وقف کند مالی را برای فرزند فرزندش که بالفعل وجود ندارد که این ها جایز نیست.

البته تنها استثناء فقط وقف برای معدوم به تبع موجود را جایز می دانند مثلاً خانه را وقف کرده است برای فرزندان که بالفعل وجود دارند و سپس فرزندان فرزندان که بالفعل وجود ندارند.

سید در تکمله عروه

البته این بحث در وقف وجود دارد که اساساً وقف تملیک هست یا خیر مثلاً سید می گوید تملیک نیست ولی فعلاً به این بحث کاری نداریم.

سید می گوید عمده استدلال این است که ملکیت یک وصف وجودی است یعنی مثل عرض است و وصف وجودی یعنی عرض، محل و معروض لازم دارد. محل این عرض، هم مالک است و هم مملوک. پس تملیک معدوم جایز نیست چون عرض بلامعروض می شود.

مرحوم سید می گوید اگر استدلال این باشد پس تملیک برای معدوم به تبع موجود هم نباید صحیح باشد درحالیکه اجماع بر صحت آن است.

صاحب جواهر برای تبعیت استدلالی طرح کرده است.

کسی که می گوید من این خانه را وقف کردم برای فرزندان و بطون لاحق در واقع، تملیک فعلی برای موجودین است ولی تملیک معدومین است در فرض وجود است. یعنی بعد از این که موجود شدند مالک می شود و لذا می گوئیم منافع این وقف، ملک مشاع است برای موجودین و در تقسیم و توزیع نمائات ضرورتی ندارد که سهم موجودین از بطون الی یوم القیامه چقدر است؟! پس مالک فقط موجودین هستند.

سوال

وقتی موقوف علیهم و بطون لاحق موجود شدند که مالک وجود ندارد که تملیک کند و اگر اختیار تملیک به عهده بطن اول باشد شاید آنها تملیک نکنند.

جواب

وجود بطون لاحق مثل شرط است در تحقق ملکیت. پس تملیک را مالک اول انجام داده است ولی ملکیت حاصل نشده است چون دو جزء و شرط وجود داشت:

شرط ۱: انشاء مالک

شرط ۲: وجود خارجی افراد

نظیر این در فقه وجود دارد مثلا می‌گوییم این هبه موجب ملکیت است به شرط اخذ. پس اگر اخذ نکرد، ملکیت حاصل نشده است و اگر انشاء کند و بعدا اخذ صورت گیرد، ملکیت محقق می‌شود.

پس انشاء تملیک از سابق صورت گرفته است و شرط حصول ملکیت وجود بطن لاحق است پس وقف برای معدوم جایز نیست و وقف با تبعیت نقض آن نیست و لذا اجماع فقهاء بر این است که مستقیما برای معدوم وقف جایز نیست.

این کلام جواهر مشکله را حل نمی‌کند و ضمن این که نقض تملیک معدوم اختصاصی به بطون لاحق ندارد. موارد دیگری برای تملیک معدوم هم داریم.

کلام جواهر نقض را حل نمی‌کند چون در هر تملیک معدومی می‌گوییم ما انشاء تملیک می‌کنیم و حصول ملکیت شرطی به نام تحقق و وجود دارد و باید در غیر تبعیت هم بپذیرید چون می‌توان برای بطون لاحق هم مستقیما وقف کرد با همین شرطی که گفتیم و در مضاربه هم می‌گوییم نصف ربح برای عامل، مشروط به این که این ربح وجود پیدا کند وجود دارد.

نکته دوم سید این است که مشکله فقط در وقف نیست بلکه مثال‌های دیگری هم برای تملیک معدوم وجود دارد.

نقض اول تملیک کلی فی الذمه است. خود آقای خوبی در نقض بیع سلم گفتند آن چه بیع شده است کلی فی الذمه است و سید می‌گوید کلی فی الذمه هم اعتبار محض است و وجود ندارد.

بیع ثمار قبل از بروز را آقایان قبول دارند ولو به ضمیمه درحالیکه وجود ندارد.

تملیک منافی که شیئا فشیئا محقق می‌شود مثل اجاره منزل را آقایان قبول دارند درحالیکه منافع آینده موجود نیست.

وصیت بما تحمله الجاریة او الدابة را آقایان قبول دارند.

آقای خوبی بیع سلم را به کلی فی الذمه جواب دادند و سید می‌گوید کلی فی الذمه هم وجود خارجی ندارد.

صاحب حدائق و آقای خوبی در جواب دوم می گویند آن چه تملیک شده است قابلیت سکنی است که موجود است. اما سید می گوید آن تملیک شده است، منافع است نه استعداد و قابلیت.

در نهایت، سید مثل آخوند می گوید ملکیت یک امر اعتباری است و لذا محل و معروض نمی خواهد فقط باید وجه عقلایی داشته باشد.

کلام آخوند نسبت به کلام سید، با تفصیل و توضیح بیشتری بود و گفت ملکیت در فقه اعتباری است و ملکیت دیگری داریم که از مقوله جده است که آن در فقه مطرح نیست.

سید می گویند اگر این کلام شما در ملکیت اعتباری راه داشته باشد یعنی ملکیت نیاز به محل موجود داشته باشد، پس در همه احکام مثل وجوب و حرمت و ... هم محل موجود نیاز است پس وجوب نماز باید به نماز موجود تعلق بگیرد و حرمت باید به سرقت موجود تعلق بگیرد درحالیکه حرمت سرقت برای این آمد که سرقت وجود خارجی نداشته باشد.

پس تملیک معدوم مشکلی ندارد ولی باید وجه عقلایی داشته باشد و وجه عقلایی و اثر زمانی است که آن معدوم موجود شود نه این که معدومی باشد که مشخص است هیچگاه محقق نمی شود.

ما ملکیت معدوم را استدامتا می پذیریم مثل ثلث ترکه که می گوئیم مال میت است و نیز ما ملکیت ابتدائی میت را هم می پذیریم به شرطی که اثر داشته باشد.

به نظر ما کلام سید و آخوند مجموعاً کلام درستی است و باید وجه عقلایی داشته باشد مگر اجماع بر خلاف باشد.

تملیک تعلیقی هم همان کلام جواهر و شرط وجود است.

تملیک مالایملک هم در مکاسب داده شده است و پاسخ به اشکال دوم آقای خوبی را هم دادیم.

پس اصل در همه عقود، صحت است و اصل در مضاربه هم صحت شد.

• جلسه ۵۰ یکشنبه ۲۵ آذر ۱۳۹۷

کلام آقای حکیم

نمی توان برای اثبات صحت مضاربه به اوفوا بالعقود تمسک کرد چون عقد جایز است. به این آیه برای صحت عقدی می توان تمسک کرد که آن عقد، اگر صحیح باشد لازم است.

پس ایشان تلویحا پذیرفتند که آیه می تواند مرجع در موارد شک باشد البته آن را اختصاص دادند به در عقود مشکوکی که اگر صحیح باشد جایز است.

اشکال ۱

اولین مقدمه استدلال ایشان این است که مضاربه عقد جایز است. درحالیکه برخی مضاربه را از عقود اذنی می دانند. عقود اذنی، عقود هستند که محتوای آن اذن در تصرف است. عقود اذنی از عقود جایزه است.

در مضاربه می گوئیم که مالک اذن در تصرف می دهد به عامل ولی التزامی از دو طرف نیست یعنی امکان دارد مالک پول را پس بگیرد و امکان دارد عامل منصرف از ادامه کار شود.

البته اگر مفاد مضاربه، صرف اذن نبود بلکه التزام و تعهد و ... بود در این جا مضاربه عقد لازم است یعنی مالک التزام می دهد که تا یکسال از عامل مال را نگیرد. عامل التزام می دهد که تا یکسال کار کنم.

نتیجه اشکال اول

پس برای اوفوا بالعقود برای بعضی از اقسام مضاربه می توانیم تمسک کنیم یعنی کلام آقای حکیم بالمره باطل نشد.

اشکال ۲

آقای حکیم در مقدمه دوم می گوید آیه دلالت بر وجوب وفاء به عقد می کند که در عقد لازم معنا دارد اما عقد جایز، وجوب وفاء ندارد. اما در جواب می گوئیم که هر عقد جایزی نسبت به ادامه عقد، جایز است یعنی می توانید عقد را به هم بزنید ولی نسبت به اتفاقات گذشته، این عقد، لازم محسوب می شود. یعنی اگر این معامله سودی داده است باید به مفاد مضاربه برای آن سود ملتزم باشید. کما این که وسط عملیات تجارت از سوی عامل، مالک نمی تواند مضاربه را به هم بزند.

پس مالک ملزم به اجرای تعهد هستید پس آیه می تواند شامل مضاربه شود. آیه می گوید باید تعهدی که تا الان داشتید را ملتزم باشید و وفاء کنید.

اگر نسبت به گذشته می تواند مشمول آیه شود، نسبت به آینده هم می شود. بخاطر عدم قول به فصل.

پس عقد مضاربه، مشمول آیه می شود و لذا می توان حکم به صحت مضاربه کرد. در واقع گفتیم در عقود جایزه هم وجوب وفاء، تصویر دارد پس آیه می تواند شامل آن بشود.

آقای حکیم گفت صحت مستفاد از این آیه اختصاص به عقدی دارد که حکم تکلیفی آیه بتواند شامل آن شود که مدلول التزامی آن که صحت باشد هم در آن عقد تطبیق شود. ولی ما گفتیم عقود جایزه هم مشمول حکم تکلیفی آیه است ولو در بعضی از زمان، پس مدلول التزامی آن که صحت باشد هم تطبیق می شود.

مثلا بیعی که در آن شرط خیار شده است، آیا مشمول آیه است یا خیر؟ قطعاً مشمول است که وجوب وفاء به لحاظ قبل از اعمال خیار است و ما همین نکته را در عقود جایزه قبل از فسخ، نسبت به اتفاقات گذشته می گوئیم.

این کلام ما که نسبت به اتفاقات گذشته عقد لازم است، در همه عقود جایزه نمی آید مثلاً در هبه و در وکالت تبرعی چنین لزومی وجود ندارد. ولی فعلاً بحث ما در مضاربه است.

اشکال ۳

مقدمه دیگر استدلال آقای حکیم این بود که آیه حکم تکلیفی وجوب وفاء به عقد دارد. اما سوال این است که آیا از اوفوا بالعقود، وجوب وفاء به عقد فهمیده می شود؟

آیه می گوید تا وقتی که عقدی باقیست باید طبق آن عمل کنید ولی هر وقت عقد تمام شد مثلاً فسخ شد یا منفسخ شد چون مهلت داشت و مهلتش تمام شد دیگر وجوب وفاء ندارد.

پس آیه می گوید تا زمانی که عقد هست وجوب وفاء دارد و در این مطلب، فرقی بین عقد جایزه و لازم نیست. فرق عقد جایزه و لازم این است که در عقد جایزه، راحت می توان آن را بهم زد ولی در عقد لازم نیاز به رضایت طرفین است ولی این فرق، تفاوتی در وجوب وفاء مستفاد از آیه ندارد.

اوفوا بالعقود می گوید به مقتضای عقد باید عمل کنید و فسخ، خلاف مقتضای عقد نیست.

• جلسه ۵۱ دوشنبه ۲۶ آذر ۱۳۹۷

اگر استثناء، متصل باشد، آیه دال بر حصر است یعنی تنها موردی که اکل مال جایز است تجارت عن تراض است و قاعده کلی بطلان اکل مال است یعنی هر عقدی باطل است مگر خلافتش ثابت شود.

اگر استثناء منقطع باشد، آیه دال بر حصر نیست و می گوید اکل مال به باطل، باطل است و تجارت عن تراض اساسا اکل مال به باطل نیست.

سید صاحب عروه و آقای خوبی فرمودند استثناء متصل است اما وجه کلام آقای خوبی را نگفته بودیم. وجه این است که استثناء منقطع شاید از اغلاط باشد. شبیه به استعمال غلط است و اگر باشد هم خلاف فصاحت است در زبان عربی. ایشان مثال می زند که "ما رایت احدا من العلماء الا بطیخا" شبیه به غلط است و متکلم اگر بگوید استثناء منقطع است از او نمی پذیرند. اگر غلط هم نباشد حداقل کلام بلیغ و زیبا نیست.

سید می گوید نمی توان گفت که الا به معنای لکن است یعنی استدراک نیست و شاهدش هم این است که اگر لکن را به جای آن بگذارید جمله متناسبی نمی شود.

البته ممکن است ما در استثناء منقطع مستثنایی داشته باشیم که از توابع مستثنی منه باشد کلام قبیح نمی شود مثلا بگوید ما رایت احدا من العلماء الا خدامهم که خیلی قبیح نیست چون ارتباط با علماء دارد ولی همین جا شاید بگوییم که استثناء متصل است به این صورت که در این موارد، مراد از مستثنی منه معنای عام تری است یعنی علماء و من تبع نیامدند الا خدامهم.

پس استثناء منقطع که قبیح است و غیر بلیغ با قرآن تناسبی ندارد که بخاطر فصاحتش تحدی می شود و معجزه محسوب می شود. در این کتاب بلیغ این آمده باشد که اکل مال به باطل نکنید الا این که تجارت عن تراض باشد با این که تجارت عن تراض هیچ ربطی به اکل مال به باطل ندارد.

سوال این است که اگر استثناء منقطع نیست چگونه استثناء متصل می شود. آقای خوبی می گویند این جا استثناء متصل مفرغ است یعنی مستثنی منه محذوف است و علت به جای آن نشسته است.

مثلا در آیه "و من كفر فان الله غنی عن العالمین" مطمئنا فان الله جواب شرط نیست و الا مفهوم مخالفش این خواهد شد که "اگر کفران نوزد، خدا غنی نیست" پس جواب شرط محذوف است مثل این که "من كفر فلا تحزن فان الله غنی" یعنی اگر کسی کافر شد تو غصه نخور چون خداوند بی نیاز از ایمان افراد است.

"ان يسرق فقد سرق اخ له من قبل" یعنی اگر سرقت کرده است تعجب نکن چون این ها خانوادگی به همین صورت هستند.

در این آیه هم "لاتاكلوا اموالکم بینکم بالباطل" یعنی "لاتاكلوا اموالکم بینکم بسبب من الاسباب چه غضب و قمار و ... فانه (اکل) باطله الا ان تكون تجارة عن تراض"

پس بسبب من الاسباب محذوف است و بالباطل علت آن است که جایگزین شده است و تجارت عن تراض هم افرادی از اسباب هستند پس استثناء متصل می شود و نتیجه این می شود که هر عقدی و اکل به هر سببی باطل است مگر تجارت عن تراض باشد که اصالة الفساد را می رساند.

اشکال مرحوم تبریزی

"فان الله غني عن العالمين" می تواند تعلیلی باشد ولی این جا "بالباطل" نمی تواند در مقام تعلیل باشد چون "باء" ظهور در سببیت دارد یعنی "لاتاكلوا اموالکم بینکم بسبب باطل الا تجارة عن تراض" که استثناء باز منقطع می شود.

جواب

این اشکال مرحوم تبریزی بود اما به نظر می رسد که مرحوم خوبی شاید متوجه خلاف ظهور بودن است ولی ملتزم به خلاف ظاهر می شود بخاطر این که مس کرامت قرآن نشود چون استثناء منقطع خلاف بلاغت است.

اشکال استاد به آقای خوبی

اگر آقای خوبی "الا" را به معنای "لکن" بگیرد خلاف ظاهری نخواهد بود و برخی هر استثناء منقطعی را همین طور درست کردند. ممکن است بگویید "لکن" خلاف ظاهر است ولی جواب این است که شما هم خلاف ظاهر را مرتکب شدید.

به نظر ما در استثناء منقطع "الا" به معنای "لکن" است ضمن این که برخی استثنائات منقطع غلط اند مثل مثال "بطیخ" ولی برخی از استثنائات منقطع اصلا قبیح نیستند و حتی احساس تجوز هم نداریم مثلا می گوئیم "ما رایت احدا من العلماء الا خدامهم" پس می توان گفت استثناء منقطع مشکلی ندارد و اگر هم گفتید مشکل دارد "الا" را به معنای "لکن" می گیریم.

گفتیم به نظر ما کلام آیت الله خوبی صحیح نیست. تفاسیر عموماً استثناء را منقطع می‌دانند مثل طبری در مجمع و زمخشری و علامه در المیزان.

علامه در المیزان هم می‌گویند استثناء منقطع به معنای لکن است و این در کتب ادبی ذکر شده است. این نظر علامه است اما می‌گویند احتمال دارد که متصل هم باشد ولی اوفق به سیاق، انقطاع است.

در تقریب استثناء متصل می‌گویند "لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض" مثل "لا تضرب اليتيم ظلماً الا تاديباً" است که ظلماً قید توضیحی است و بیان حال مستثنی منه است بعد از استثناء. یعنی اگر به غیر تادیب او را بزنی، ظلم می‌شود. در بحث ما هم آیه می‌گوید اگر تجارت عن تراض نباشد، اکل مال به باطل می‌شود و این نوع تعبیر، تعبیر شاذی هم نیست.

آقای خوبی گفتند استثناء منقطع از اغلاط است و خلاف بلاغت است ولی ما معتقدیم استثناء منقطع همیشه از اغلاط نیست. در قرآن استثناء منقطع زیاد داریم.

نمل : ۱۰ و ۱۱

"وَأَلْقِ عَصَاكَ فَلَمَّا رَآهَا تَهْتَزُّ كَأَنَّهَا جَانٌّ وَلِي مُدَبِّرًا وَلَمْ يَعْقِبْ يَا مُوسَى لَا تَخَفْ إِنِّي لَا يَخَافُ لَدَى الْمُرْسَلُونَ ﴿۱۰﴾ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ ثُمَّ بَدَّلَ حُسْنًا بَعْدَ سُوءٍ فَإِنِّي غَفُورٌ رَحِيمٌ" چون من ظلم از مرسلون نیستند.

شعراء : ۸۸ و ۸۹

"يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ ﴿۸۸﴾ إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ" چون قلب سلیم که مال و بنون نیست.

شرایط مضاربه

الف) شرایط عامه

شرط ۱:

مشهور این است که در عقد و یا ایقاع، طرف معامله باید بالغ باشد. تقریباً این مسأله، اجماعی است البته خلافی در آن وجود دارد. این بحث در مسائل دیگر فقهی به صورت عام تری بحث می‌شود. بخشی از آن کلامی است

مثل ایمان صبی و بخشی فقهی است مثل اظهار ایمان از سوی صبی که آیا به تبع والدین است و یا خودش می تواند اظهار ایمان کند؟ بحث دیگر این است که صبی آیا مکلف به ایمان است یا خیر؟ و نیز معاملات صبی و... . این اباحات احکام صبی بحث مهمی است ولی فعلا بحث ما در معاملات است.

این اباحات به جهت تربیتی هم مهم است که بخشی از آن به این بحث های فقهی بر می گردد. برخی از این احکام فقهی ممکن است به لحاظ تربیتی آثار سوئی داشته باشد مثلا این که بگوییم صبی تا ۱۴ سالگی هیچ تکلیفی ندارد آیا مکلف به پرهیز از محرّمات ولو عقلی نیست؟ مثلا آیا جایز است برای او که دزدی کند؟ به ضمانت کار نداریم اما آیا تکلیف هم ندارد؟ باید بررسی شود.

کلام آقای خوبی در معاملات غیربالغ

ایشان می گویند این بحث، چهار ریزمساله دارد:

جهت ۱: تصرفات استقلالی صبی و بدون اذن ولی

آیا صبی استقلالا و بدون اذن ولی می تواند در اموال خودش تصرف کند؟

جهت ۲: جواز تصرفات صبی در اموالش مستقلا با اذن ولی

ولی به صورت کلی به او اذن دهد که می توانی تصرف کنی و در بیع و تصرفات روزانه لازم نیست اذن بگیرد و خودش استقلالا عمل می کند.

جهت ۳: صحت مباشرت صبی با اذن ولی در عقد و ایقاع

در جهت دوم مستقل بود ولی در جهت سوم ولی اذن می دهد که کیفیت را به ۱۰ هزار تومان بفروشد.

ولی کیفیت عقد را برای صبی بیان می کند و صبی مباشرتا انجام می دهد.

جهت ۴: وکالت صبی در اجرای عقد و ایقاع

آیا صبی می تواند وکیل از غیرخودش شود در عقد یا ایقاع یا خیر؟ در این جا صبی، مجری عقد و ایقاع است ولی تصرفی در مال خودش نمی کند.

بررسی جهت اول: تصرفات استقلالی صبی و بدون اذن ولی

خلافی نیست که صبی بالاستقلال و بدون اذن ولی نمی تواند در اموال خودش تصرف کند. اجماع مسلمین است فقط احناف گفته اند که تصرفاتش جایز است.

صبی یعنی کسی که به حد بلوغ شرعی نرسیده است و به این کاری نداریم که مبنای ما در حد بلوغ چیست؟

دلیل ۱

"وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا" نساء : ۶

بررسی حکم در آیه

فادفعوا اليهم اموالهم یعنی قبل از این دو شرطی که گفتیم شما حق ندارید که اموال یتیم را در اختیار آنها بگذارید.

از این قسمت آیه به دو نکته می رسیم:

نکته ۱: یتیم حق تصرف در اموال خودشان را ندارند؛ چون اگر یتیم حق تصرف داشت معنا نداشت که خداوند منع کند که مال را به او بدهید.

نکته ۲: برای شما هم جایز نیست که مال را به او بدهید.

بررسی موضوع آیه

"حتیٰ اذا بلغوا النکاح فان آنستم منهم رشدا" جواز تصرف یتیم و زمان جواز دفع مال به آنها دو شرط دارد. یکی بلوغ است و یکی رشد است.

پس ممکن است بلوغ باشد یعنی محتلم می شود؛ ولی رشد نداشته باشد. پس رشید بدون بلوغ و بالغ بدون رشد باعث جواز نمی شود.

پس آیا دلالت بر لزوم بلوغ کرد.

اشکال به دلیل ۱

آیه خلاف استدلال شما را می گوید. آیه می گوید فقط رشد لازم است نه بلوغ به دو تقریب که باید بررسی شود.

• جلسه ۵۳ چهارشنبه ۲۸ آذر ۱۳۹۷

گفتیم مشهور این است که صبی مستقلا در اموال خودش حق تصرف ندارد و محجور است و تقریباً اجماعی است مگر ابوحنیفه که نظر مخالفی دارد. مطرح شد که برای محجوریت صبی به آیه "وابتلوا الیتامی ... " استدلال شده است.

وجه استدلال به مفهوم مخالف جمله شرطیه بود که تا به مرتبه رشد نرسیدند اموالشان را در اختیار آنها نگذارید که این کنایه است از این که حق تصرف ندارند.

دو نکته در تقریب استدلال

نکته ۱

آیه در ارتباط با یتیم است و بحث ما در مطلق صغیر است؛ ولی آقایان می گویند یتیم خصوصیتی ندارد که بگوییم یتیم باید به حد رشد برسد ولی غیر یتیم به این گونه نیست. این مطلب منتفی است پس الغاء خصوصیت می کنیم. در این موارد گاهی می گویند تناسب حکم و موضوع دلیل بر این است که موضوع، مطلق صبی است نه خصوص یتیم.

نکته ۲

آیه کریمه در مورد تصرفات صبی در اموال خودش است؛ ولی این آیه دلالت ندارد که در اموال دیگران نمی تواند تصرف کند پس مثلاً می تواند معاملاتی برای غیر داشته باشد؛ اما باز آقایان تعدی می کنند و می گویند که اگر در اموال خودش نمی تواند تصرف کند در اموال غیر به طریق اولی نمی تواند تصرف کند.

تصرف در اموال غیر درست است که باید به اذن مالک باشد؛ ولی صبی قرار است تصرف استقلالی داشته باشد یعنی مثلاً مالک بگوید این سرمایه من دست تو باشد هر کار خواستی با آن بکن که آقایان این را نیز قبول ندارند و مشمول آیه می دانند.

البته نکته دوم راجع به جهات دیگر بحث است. گفتیم آقای خوبی بحث را به چهار جهت تقسیم می کند که فعلا در جهت اول بودیم.

اشکال بر استدلال به آیه

تقریب ۱: کلام ابوحنیفه

فخر رازی، کلام ابوحنیفه را نقل می کند.

او می گوید آن چه معیار تصرف است رشد است نه بلوغ؛ پس اگر صبی رشید بود جایز التصرف است ولو بالغ نیست.

رشد یعنی بفهمد که صلاح او در چیست؟ فهم و درک این را داشته باشد که مال را چطور باید معامله کند.

نکات کلام ابوحنیفه

نکته ۱

"فان آنستم من رشد" شرطی است برای ابتلوا الیتامی. ابتلاء یعنی امتحان. چه چیزی را باید امتحان کنیم؟ قطعاً مقصود اختبار و امتحان رشد است چون امتحان بلوغ که معنا ندارد. پس آن چه معیار است رشد است.

نکته ۲

"حتی اذا بلغوا النکاح" آیه می گوید امتحان کنید تا این که به بلوغ نکاح برسد و گفتیم ابتلاء یعنی ابتلاء رشد و سوال این است که ابتلاء رشد در امور اقتصادی به چه صورت انجام می شود؟

قطعاً به این است که به او پولی را بدهید که معامله کند و شما ببینید که معامله را درست انجام داده است یا خیر؟ پس از خود همین امر به ابتلاء رشد قبل از بلوغ، صحت معامله صبی فهمیده می شود آن هم به صورت استقلالی چون اگر به او بگویید که به این قیمت معامله کن اختبار رخ نمی دهد.

نکته ۳

این آیه در سیاق آیه "وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا" نساء: ۵ آمده است. سفیه در برابر رشید است. پس آن چه حجر می آورد سفاهت است و آن چه صلاحیت می آورد، رشد است. آیه قبل می گوید به سفیه کالا و لباس بخريد و به او بدهيد نه اين كه پول بدهيد.

اشكال به ابوحنيفه

اشكال به نكته ۱

اگر تنها معيار، رشد است و بلوغ نقشی ندارد، تقيد به "حتى اذا بلغوا النكاح" لغو می شود. پس اين تقيد يعنی اين بلوغ نكاح موضوعيت دارد.

اشكال به نكته ۲

او گفت ابتلاء متوقف بر صحت و نفوذ معاملات اوست. ولی ابتلاء متوقف بر صحت عقد او نیست مثلاً می گوئیم برو فلان جنس را برای ما قیمت بگیر و یا مقدمات بيع را انجام بده تا من ببایم و جزء اخير علت بيع را انجام دهم یا تنقيد معامله کند مثلاً می گوید هر چه اين کودک انجام داد را من تنفيذ کردم و صحت و شرعيت در اين جا بخاطر تنفيذ ولی است.

اشكال به نكته ۳

او گفت كه سیاق آیه، بحث سفاهت است و اين يعنی معيار رشد است ولی ما می گوئیم كه اتفاقاً بحث سفاهت با نظريه ما هم می سازد چون ما می گوئیم صرف بلوغ به تنهایی کافی نیست باید رشد و بلوغ با هم باشد. بالغ سفیه هم محجور از تصرف است. البته اصل بحثش در بحث سفاهت می آید.

تقريب ۲: محقق ايروانی و نایینی

كلام اين دو نزديك به هم است و لذا به صورت يك تقريب بيان می كنيم.

آیه دلالت دارد كه ابتلاء باید قبل از بلوغ باشد (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح). پس برای یتیمی كه به بلوغ نرسیده است ابتلاء رشد داریم اما اگر یتیمی به بلوغ رسيد نیازی به ابتلاء ندارد و بالغ، صلاحیت تصرف دارد.

پس در غیربالغ اگر امتحان رشد کردید و رشید بود جواز تصرف دارد و اگر به بلوغ رشید که بدون ابتلاء جواز تصرف دارد.

نکته: "فان آنستم منهم رشدا" یعنی این امتحان باید تکرار شود تا به قدر استیناس برسد نه این که یک بار درست معامله کند.

نساء : ۶ وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَ بَدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَ كَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا

آیه می گوید شما از مال یتیم استفاده می کنید یعنی درصدی را به ازاء محافظت از اموال او می گیرید لذا می گوید وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ. لذا می گوید اگر خودش به حد رشد رسیده است تو چرا از او پول می گیری؟! بده به خود او. "و لَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَ بَدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا" یعنی عده ای مبادرت می کردند به این که اموال را بگیرند تا قبل از این که آنها بزرگ شوند. یعنی پول آنها را به بهانه محافظت از اموالشان نخورید.

اگر بلوغ محقق شد، اماره نوعی بر رشد او است و علی القاعده رشید است مگر خلافش ثابت شود.

پس بلوغ معیار نیست بلکه رشد معیار است. لذا قبل از بلوغ هم اگر رشد باشد جواز تصرف می آید و بعد از بلوغ هم اگر رشید نبودند جواز تصرف ندارند.

اشکال

مرحوم ایروانی و نایینی حتی را غایت گرفتند یعنی ابتلاء کنید تا بلوغ نکاح رخ دهد. اما حتی ابتدائیه است چون حتی اگر بعدش جمله شرطیه بیاید، حتی ابتدائیه است مثل حتی اذا جاء احدکم الموت... .

پس آیه که "وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ" است طبق حتی ابتدائیه این طور می شود:

"إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى"

بعد از بلوغ نکاح، اگر استیناس رشد شد، جواز تصرف دارند یعنی بلوغ مفروع است و باید دید رشد هم دارند یا خیر؟

بعد از بلوغ از کجا بفهمیم که رشید است؟ آیه می گوید ابتلاء کنید پس بعد از بلوغ تازه باید ابتلاء و امتحان کنید. طبق این تفسیر، کلام ابوحنیفه و نایینی و ایروانی بی معنا می شود.

پس صرف بلوغ، اماره رشد نیست و در یتیم، دادن همه اموال به او متوقف بر رشد بعد از بلوغ است.

کنز العرفان تقریباً به همین صورت تفسیر می کند.

• جلسه ۵۴ شنبه ادی ۱۳۹۷

گفتیم اگر "حتی" ابتدائیه باشد، یعنی وقتی یتیم ها به بلوغ رسیدند، اگر رشید بودند جایز التصرف هستند اما اگر "حتی" غائیه باشد یعنی بلوغ موضوعیت ندارد و مهم رشد است.

برخی گفتند که اگر بعد از "حتی" کلمه "اذا" با جمله شرطیه باشد در این موارد، ابتدائیه خواهد بود. به نظر می رسد که این قاعده خیلی مسلم نیست ولی استعمالات این را تایید می کنند که بعد از حتی اذا و جمله شرطیه می آید، معنای ابتدائیت را می دهد و از آن معنای غایت فهمیده نمی شود. مثل حتی اذا استیئس الرسل و حتی اذا فشلتم و تنازعتم فی الامر و حتی اذا جائوکم و حتی اذا جاء احدکم الموت و حتی اذا ما جائوها و فتحت ابوابها و ...

اما این قاعده، مسلم نیست لذا اگر قرینه باشد بر غایت این قاعده تطبیق نمی شود و در این آیه، به نظر ما "حتی" غایت است چون اگر ابتدائیه باشد "و ابتلوا الیتامی" معنا ندارد و در مثال هایی که زدیم، با حتی شروع شده است.

پس به نظر ما حتی ابتدائیه نیست بلکه برای انتهای غایت است. و قاعده این است که "حتی" عموماً برای غایت است.

"و اَبْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"

حال که حتی برای غایت است، بلوغ نکاح شرط نیست و مهم رشد است. قبل از بلوغ، اگر قرار شد که صبی تصرفاتی در اموال داشته باشد باید امتحان رشد شود و اگر رشد بود تصرف او جایز است ولو بلوغ نباشد ولی

بعد از بلوغ، ضرورتی به ابتلاء نیست چون بلوغ اماره رشد است و این را ما خودمان به عنوان اماره رشد می شناسیم. البته اگر صبی در فرض بلوغ، استیناس سفاهت کردید، به اقتضای آیه قبلش، نباید اموال را در اختیار او بگذارید.

زمخسری و بسیاری از تفاسیر، حتی را غایت گرفتند و فقط کنز العرفان آن را ابتدائیت گرفتند و لجنه ای که در عربستان کار وقف و ابتداء می کنند هم ظاهراً غایت گرفتند چون اگر ابتدائیت باشد باید در حتی، الوقف اولی را می گفتند.

ابن هشام می گویند که حتی اگر بر سر ادا آیه برای ابتداء است و جمهور هم همین را می گویند. جمع بین این کلام و کلام مفسرین این است که حتی بر سر ادا عموماً ابتدائیت است مگر قرینه باشد که در آیه قرینه بر غایت وجود دارد و آن عبارت "ابتلوا الیتیمی" است.

این که بلوغ اماره رشد باشد هم در روایات خواهد آمد که از سوی شارع، اماره غالبی رشد محسوب شده است.

شاهد روایی: صحیحہ جمیل بن دراج

عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا قَالَ: يَجُوزُ طَلَّاقُ الْغُلَامِ إِذَا كَانَ قَدْ عَقَلَ وَ صَدَّقَهُ وَ وَصِيَّتَهُ وَ إِنْ لَمْ يَحْتَلَمْ.

عبارت "الغلام" و عبارت "و ان لم يحتلم" یعنی غیربالغ اگر رشید باشد می تواند تصرفاتی داشته باشد. جواز جمیع تصرفات از راه عدم قول به فصل بین طلاق و صدقه و وصیت و غیر این سه مورد از تصرفات بدست می آید.

دلالت آیه بر جواز مباشرت

گفتیم "فادفعوا اليهم اموالهم" یعنی تا قبل از رسیدن به رشد هم صبی جواز تصرف ندارد و هم ولی حق اذن و اعطاء اموال را ندارد.

اذن در تصرف استقلالی صبی در حکم دفع مال صبی است به او و این در آیه منهی عنه است؛ اما اذن در مباشرت عقد، دفع مال محسوب نمی شود. شما می گوید این شیء را به این قیمت بفروش. البته باید تمیز داشته باشد ولی رشد لازم نیست.

البته آیه از امور حقیره و بی مقدار انصراف دارد.

پس از آن چهار جهتی که آقای خوبی مطرح کردند سه جهتش از آیه مشخص می شود و فقط جهت چهارم باقی ماند. یعنی آیا در اموال دیگری می تواند تصرف کند یا خیر؟

ما در این آیه، گفتیم صبی باید به حد رشد برسد و آیه قبل هم بر این تاکید دارد پس به صورت کلی معیار جواز تصرفاتی مالی، مهم، رشد است و این حالت، ممکن است قبل از بلوغ رشد محقق شود که در این صورت تصرف در اموال غیر هم جایز است و این مطلب از این دو آیه برداشت می شود البته تصرف در اموال غیر منوط به اذن غیر است.

برخی آیات دیگر در بلوغ هست مثل " و لما بلغ اشد و استوی " و ... که در مورد تشخیص خود بلوغ است و فعلا مرتبط به بحث ما نیست.

پس بحث رشد و سفاهت در این آیه و در آیه قبل و در آیه دین بقره مطرح شده است. آیه دین هم به بحث سفاهت و رشد پرداخته است.

ما در این آیه، الغاء خصوصیت می کنیم از یتیم به مطلق صبی و از تصرف در اموال خودش به مطلق تصرفات و الغاء خصوصیت سوم هم این است که مفهوم آیه لاتدفعوا در صورت عدم رشد است چه ولی اذن دهد و چه اذن ندهد.

تذکری در الغاء خصوصیت

برخی می گویند الغاء خصوصیت باید قطعی باشد ولی برخی می گویند الغاء خصوصیت در حد استظهار است یعنی عرف می گوید یتیم از باب مثال است و لذا ظهور در مطلق صبی دارد و اگر ظهور عرفی باشد ظنی می شود و لازم نیست قطعی باشد.

این بحث ذیل عدم حجیت قیاس باید مطرح شود. برخی می گویند همه الغاء خصوصیت ها نوعی قیاس است ولی فقهاء می گویند این استظهار از نصوص است.

الغاء خصوصیت، تنقیح مناط، مناسبت حکم و موضوع با هم متفاوت هستند.

دلیل ۲: روایات دال بر اشتراط بلوغ در معاملات

گروه ۱: روایات رفع قلم از صبی تا قبل از بلوغ

۸۲- ۱۲- مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ عَمْرِو بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُصَدِّقِ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ عَمَّارِ السَّابَاطِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْغُلَامِ مَتَى تَجِبُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ فَقَالَ إِذَا أَتَى عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً فَإِنْ احْتَلَمَ قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَجَرَى عَلَيْهِ الْقَلَمُ وَ الْجَارِيَةُ مِثْلُ ذَلِكَ إِنْ أَتَى لَهَا ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ حَاضَتْ قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ وَجِبَتْ عَلَيْهَا الصَّلَاةُ وَ جَرَى عَلَيْهَا الْقَلَمُ.

سند

روایت، موثقه است به عمر بن سعید و مصدق بن صدقه و عمار ساباطی.

دلالت

این روایت به بحث حد بلوغ هم پرداخته است که به آن کار نداریم. این روایت حد بلوغ پسران و دختران را ۱۳ سالگی می داند و حد دیگرش احتلام و حیض است.

به لحاظ محل بحث، این روایت می گویند وقتی پسر یا دختر، به حد بلوغ برسند جریان قلم دارند و مفهوم آن این است که قبل بلوغ، رفع قلم است.

آیا "جرى عليه القلم" به معنای جواز تصرف است یا خیر؟

سیاتی

• جلسه ۵۵ یکشنبه ۲ دی ۱۳۹۷

گفتیم گروه اول از روایات دال بر اشتراط بلوغ، روایات رفع قلم از صبی تا قبل از بلوغ است. یعنی معاملات صبی نافذ نیست پس بلوغ شرط است.

روایت اول را خواندیم اما روایات دیگری هم داریم که برای صبی، تعبیر به رفع قلم شده است ولی هیچ کدام سندا صحیح نیست و به حد تواتر هم نمی رسند ولی در این روایت تعبیر رفع قلم شده است و موثقه هم هست. اما با وجود موثقه بودن روایت، برخی به روایت، اشکال کردند.

اشکال ۱: اشکال سندی

این روایت معرض عنه اصحاب است چون این روایت می گوید حد بلوغ دختران ۱۳ سالگی است پس روایت بی اعتبار است.

جواب ۱: اشکال به کبرای قاعده اعراض

این اشکال بنا بر مبنایی است که اعراض را موجب وهن سند می دانند ولی بر طبق مبنای مثل آیت الله خویی مشکلی در سند روایت نیست.

جواب ۲: اشکال به صغرای قاعده اعراض

اعراض اصحاب از این روایت بخاطر بی اعتباری روایت نبوده است بلکه بخاطر وجود روایات متعارض و کثیره بر بلوغ ۹ سال بوده است و آن اعراضی موجب وهن است جایی است که یک روایت معتبر وجود دارد بدون معارض و اصحاب به آن اعتنا نکردند که می گوئیم حتما ضعیفی در آن دیدند ولی این جا که اعراض بخاطر تعارض است و لذا وجه عدم استناد روشن است و لذا موجب وهن نخواهد بود.

اشکال ۲: اشکال دلالی

"جری علیه القلم" ارتباطی به نفوذ تصرفات صبی ندارد. رفع قلم یعنی قلم مواخذه مرفوع است. بحث در عقاب است نه نفوذ تصرفات مالی و معامله و خرید و فروش.

جواب (دفاع از استدلال به آیه)

عقاب که قابل جعل نیست که رفع بشود. مواخذه را که شارع نمی تواند مستقلا جعل کند بلکه باید حکمی دهد که در عدم رعایت آن عقاب باشد. پس رفع قلم مخصوص عقاب نیست پس روایت، شامل احکام مثل جواز تصرف و نفوذ می شود.

عقاب به حکم عقل است.

اشکال

عقاب بنفسه قابل جعل نیست ولی بمنشأه که قابل جعل هست. مقصود از رفع عقاب، رفع حکم الزامی که ترک آن موجب عقاب است. پس رفع قلم یعنی شارع برای صبی، حکم الزامی تشریح نکرده است که بخواهد در صورت عدم رعایت آن عقاب کند.

جواب

شما گفتید که رفع مواخذه، رفع حکم الزامی است. آیا جواز تصرفات صبی در اموالش حکم الزامی است یا خیر؟ ممکن است بگوییم که باز شامل بحث ما می شود.

اشکال

مقصود از احکام الزامی، احکام تکلیفیه است ولی محل بحث ما احکام وضعیه یعنی صحت و فساد تصرفات صبی است.

جواب

بنا بر مبنای شیخ انصاری که می گفت احکام وضعیه منتزع از احکام تکلیفیه است پس اگر این روایت، شامل احکام تکلیفیه است پس بالتبع شامل احکام وضعیه هم می شود. چون حکم وضعی هم به تبع حکم تکلیفی است مثلاً در بیع، صحت بیع به تبع لزوم و وجوب وفاء به عقد است. پایه حکم، یک حکم تکلیفی است و ما از وجوب وفاء به عقد، انتزاع می کنیم که عقد صحیح است.

در بحث ما هم صحت معامله از وجوب وفاء به عقد برای بالغ انتزاع شده است و عدم صحت معاملات صبی هم منتزع از عدم وجوب وفاء بر صبی است.

اشکال

این جواب مبتنی بر مبنای شیخ است ولی ممکن است کسی قائل به انتزاع حکم وضعی از تکلیفی نباشد.

جواب

شما می گوید عقد صبی صحیح است درحالیکه صحت عقد صبی در عقود لازم مستلزم وجوب تکلیفی به وفاء به عقد و عهد است. همه قبول داریم که از آثار صحت عقد، وجوب وفاء است.

حال چطور عقد صبی صحیح است و هم ملزم به وفاء نیست؟! این دو غیر قابل انفکاک هم هستند پس باز هم صحت عقد صبی بی معناست چون حکم الزامی وقتی از صبی برداشته شده است پس صحت هم برداشته شده است پس بلوغ شرط است و این روایت مفید در بحث می شود.

این جواب مبنایی نیست بر خلاف اشکال قبل. بلکه اشکال بنایی است.

تذکر

ما گفتیم در عقود جایز هم لزوم وفاء تکلیفی وجود دارد تا وقتی که عقد وجود دارد بله می شود که موضوع وجوب وفاء را از بین برد ولی به هر حال، ما در عقود جایزه هم این مطلب را می توانیم بگوییم.

اشکال ۱

شما گفتید چطور می گوئید صحت است ولی اثر صحت نیست ولی ما در جواب می گوئیم که صحت عقد صبی، لزوم وفاء را می آورد ولی بعد از بلوغ. پس اثرش بعد از بلوغ است و لذا ممکن است جمع کرد بین صحت معامله و عدم وجود حکم الزامی در حال صبی بودن و این به معنای بی اثر بودن صحت نیست. مثلاً می گویند صبی در زمان قبل بلوغش شیشه خانه ای را شکست که ضامن است ولی لزوم پرداختش بعد از بلوغ است. از باب تقریب به ذهن می گوئیم که اصیل شخصی را وکیل می کند در معامله ای و وکیل عقدی می خواند ولی اصیل به کما رفته است و بعد یک هفته به هوش می آید که در این صورت، عقد وکیل کاملاً صحیح است ولی لزوم وفاء برای اصیل وجود ندارد چون قابلیتش را ندارد و لزوم وفاء بعد از به هوش آمدن است.

اشکال ۲

اگر می گوئید که اثر نباید از موثر تفکیک زمانی داشته باشد می گوئیم که عقد او صحیح است ولی الزام بر ولی است. پس هم صحت وجود دارد و هم لزوم وفاء به عقد وجود دارد. پس هم صحت وجود فعلی دارد و هم اثرش وجود فعلی دارد.

• جلسه ۵۶ دوشنبه ۳ دی ۱۳۹۷

تقریب دیگر از استدلال به روایات رفع قلم برای اشتراط بلوغ

تا این جا دو نظریه در رفع قلم را گفتیم که آیا مرفوع عقاب است یا حکم الزامی؟ اما نظریه سوم این است که رفع قلم، چون متعلقش محذوف است، افاده عموم می کند.

رفع قلم مطلق است به قول آقای خوئی یعنی این که در دفتر تشریح برای صبی هیچ چیزی برای او ذکر نشده است. نه حکم وضعی دارد و نه حکم تکلیفی دارد و... البته ممکن است ادله خاصی وجود داشته باشد که از آن مشروعیت عبادات صبی فهمیده شود مثل "مروا صبیانکم بالصلاة" که از باب این که امر به امر، امر به شیء محسوب می شود این روایت دال بر مشروعیت عبادات صبیان باشد که این ها می تواند مقید و مخصص روایات رفع قلم باشد.

این استدلال را به آقای خوئی نسبت نمی دهیم ولی ایشان در غیر این بحث و در سه مورد به این تصریح دارند که روایت رفع قلم، عمومیت دارند. قلم عقاب و قلم احکام وضعی و قلم احکام تکلیفی و ... همه رفع شده است.

پس می توان به این روایات استدلال کرد بر اشتراط بلوغ در صحت معاملات.

اشکال آقای شهیدی به نظریه سوم

برخی گفتند حذف متعلق افاده عموم نمی کند بلکه کلام را مجمل می کند مگر این که کلام انصرافی عرفی به معنای خاصی داشته باشد که در این صورت حذف متعلق باعث اجمال نمی شود.

در آیه "حرمت علیکم امهاتکم" متعلق حذف شده است اما انصراف دارد به نکاح و لذا اجمال ندارد و نیز آیه "حرمت علیکم المیتة" ظهور و انصراف دارد بر این که اکل آن حرام است.

اما اگر این انصراف نباشد، حذف متعلق باعث اجمال است.

اگر بخواهیم عموم و اطلاق را بفهمیم، ابتدائاً باید مراد استعمالی را تشخیص دهیم تا بگوییم مراد جدی هم مطابق آن مراد استعمالی شکل گرفته است. جایی که متعلق حذف می شود، نمی توانیم مراد استعمالی را تشخیص دهیم تا سپس بگوییم مراد جدی با مراد استعمالی انطباق دارد.

جواب استاد به اشکال

جواب ۱

در موارد اطلاق، مراد استعمالی، طبیعت مهمله است و اصالة الاطلاق نمی خواهد برای ما طبیعت مهمله را اثبات کند بلکه می خواهد طبیعت مطلقه را اثبات کند پس در اطلاق گیری، مراد استعمالی، مطابق با مراد جدی نیست.

موضوع له طبیعت مهمله است و مراد استعمالی هم طبیعت مهمله است و الا مجاز می شود در حالیکه اطلاق گیری باعث تجوز نمی شود.

طبیعت مطلقه، لابشرط قسمی است و طبیعت مهمله یا لابشرط مقسمی است و یا طبیعتی است که حتی در آن مقسم بودن هم لحاظ نشده است که در این اختلاف است.

جواب ۲

اطلاق ظهور بالقرینه است اما قرینه عامه و وقتی ظهور بالقرینه است و ما می خواهیم ظهور بالقرینه را کشف کنیم و برای آن لازم نیست که مراد استعمالی را معین کنیم چون ما از راه قرینه قرار است مراد جدی را مشخص کنیم.

پس اگر بخواهیم ظهور وضعی را به مرحله جدی برسانیم نیاز به تطابق بین مدلول وضعی و مراد استعمالی و مراد جدی داریم ولی اگر قرینه وجود داشته باشد بر مراد جدی دیگر نیازی به مدلول وضعی و مراد استعمالی نداریم.

البته گوینده یک مراد استعمالی داشته ولی ما فعلا به آن کار نداریم چون به مراد جدی رسیدیم.

در موارد حذف متعلق، اگر مقدمات حکمت جاری است پس ما با قرینه به مراد جدی رسیدیم و این که مراد استعمالی چه بوده است را کار نداریم. ما می دانیم حرمت به میتة تعلق گرفته است اما این که اکل است یا غیر آن، می گوئیم به قرینه مقدمات حکمت پس همه چیز حرام بوده است پس مفید اطلاق و عموم است. حال بعد از این که مراد جدی واضح شد می توانیم بگوئیم که مراد استعمالی هم همه آثار بوده است ولی این کشف و تعیین مراد استعمالی فایده ای ندارد. فایده کشف مراد استعمالی این است که از آن به مراد جدی برسیم ولی این جا مراد جدی محقق شده است.

ممکن است بگوئیم در موارد حذف متعلق، اطلاق مقامی جاری است نه لفظی که باز هم نتیجه اش اجمال نیست. ولی به نظر ما این جا اطلاق لفظی است چون حرمت متعلق می خواهد پس لفظی در تقدیر است و لذا با

اطلاق مقامی فرق دارد. اگر مقدر، اکل باشد باید می گفتند پس حال که نگفتند معلوم می شود که جمیع احکام و آثار بوده است.

به نظر می رسد آقای خوبی به اطلاق خود قلم تمسک می کند ولی آقای شهیدی می خواستند بگویند که قلم هم متعلق می خواهد.

• جلسه ۵۷ سه شنبه ۴ دی ۱۳۹۷

گفتیم اگر انصرافی نباشد و قرینه ای نباشد، حذف متعلق دلالت بر عموم می کند. گاهی جمله به انصراف، ظهور در متعلق خاصی دارد و گاهی قرینه خاصه داریم بر متعلق خاص ولی اگر این طور نباشد می تواند عموم را نتیجه گرفت.

حذف متعلق در جایی است که حکم نمی تواند به متعلق ظاهری در کلام تعلق بگیرد مثلاً در "لایحل مال امرء مسلم الا بطیبه نفسه" می گوئیم حلیت نمی تواند به مال تعلق بگیرد و لذا باید متعلق واقعی حذف شده باشد. این همان دلالت اقتضاء است.

آقای خوبی در همین عبارت می گوید حذف متعلق دال بر عموم است لذا می گویند هر گونه تصرفات در مال دیگری جایز نیست و لو که تصرف هیچ ضرری هم به مالک نمی زند. اگر تصرف خاصی مد نظر بود باید آن را بیان می کرد.

ما گفتیم این عموم، بخاطر اجرای اصالة الاطلاق لفظی است چون اطلاق لفظی در الفاظ مقدر هم جاریست.

آقای شهیدی می گویند حذف متعلق باعث اجمال می شود ولی آقای خوبی می گویند دال بر عموم است.

البته آقای خوبی در این بحث به قاعده حذف متعلق استناد نمی کنند بلکه اطلاق خود "قلم" استناد می کنند و می گوید نتیجه اطلاق این است که در دفتر تشریح هیچ چیزی برای صبی نوشته نشده است.

سه نکته در کلام آقای خوبی

نکته ۱: رفع قلم اطلاق دارد و هم احکام تکلیفی را می گیرد و هم احکام وضعی را. پس معاملات صبی هیچ صحت و نفوذی ندارد به دلیل اطلاق رفع قلم.

نکته ۲: در آن احکامی که ناظر به رفتار خاصی نیست فرقی بین صبی و غیر صبی نیست. مثلاً اگر بدن صبی به نجاست برخورد کند آیا نجس نمی شود؟! آقای خوبی می گویند این حکم نجاست و سرایت، برای نفس ملاقات است و ربطی به فعل و رفتار صبی ندارد. نجاست اثر ملاقات است نه اثر فعل ولو که صبی آن فعل ملاقات را به اختیار خود انجام دهد. پس رفع قلم به لحاظ افعال صبی است.

نکته ۳: در ارتباط با مشروعیت عبادات صبی، دلیل خاص وارد شده است که آن دلیل، روایت رفع قلم را تخصیص می زند چون آقای خوبی معتقدند که عبادات صبی مشروع است.

در مورد ضمان صبی هم می گویند که ممکن است بگوییم که ضمان بگوییم معلق بر خسارت است مثل همین ملاقات و یا این که دلیل خاص داریم که صبی بعد از بلوغ، ضامن است و ممکن هم هست بگوییم لسان رفع قلم، امتنان بر عباد است و لذا آن جایی که رفع، منت نباشد، مرفوع نیست. لذا ضمانت صبی مرفوع نیست. آقای خوبی در مباحثی، به این امتنانی بودن و این که در جایی رفع، منت نیست اشاره می کنند.

نظر استاد راجع به رفع قلم

تتبع استعمالات رفع قلم این نتیجه را می دهد که مرفوع، مواخذه است. در این روایت، عدم کتابت سیئات مراد است.

اگر رفع قلم را به معنای رفع مواخذه گرفتیم پس مواخذه نمی شود. آقایان در صبی، تعزیر را می پذیرند ولی حدود را نمی پذیرند و لذا این جا می تواند رفع حدود (مجازات دنیوی) باشد.

بسیاری از موارد رفع قلم، رفع مواخذه است ولو رفع مواخذه دنیوی مثلاً در مورد شکایت مریض روایاتی داریم که عقوبتش را ننویسید.

اشکال شد که مواخذه قابل جعل و رفع نیست ولی به نظر ما مواخذه قابل رفع و نصب است و آن چه قابل رفع نیست، استحقاق مواخذه است ولی خود مواخذه جعلی است پس معقول است که مواخذه مرفوع باشد و استظهار در بسیاری از این موارد و این تعابیر همین رفع مواخذه است.

منت این است که سیئات بر او نوشته نشود نه این حسنات هم نوشته نشود. این کلام آقای خوبی که همه چیز مرفوع شود که امتنانی نیست. همه کارهای صبی عبادت هم نیست که بگویید عبادات صبی مشروع است. خیلی وقت ها احسان و ... است.

رفع مواخذه به معنای رفع حکم الزامی نیست و لذا به نظر ما محرمات و واجبات عقلی در مورد صبی ممیز، وجود دارد و حکم تکلیفی دارد ولی عقاب نمی شود. اما تعزیر می توان کرد کما این که فقهاء قبول دارند. تعزیر اصلا عقاب نیست بلکه جنبه تادیب دارد که بازدارنده است.

مثلا این که دزدی بد است را صبی می فهمد و یا چاقو می زند که این توبیخ و سرزنش و تعزیر دارد و حتی حبس می شود ولی عقاب اخروی ندارد.

در روایات داریم که در ستّ سنین نماز بخوانند و در تسع سنین بر ترک نماز او را کتک بزنید.

نتیجه در بحث

اگر رفع قلم به معنای رفع مواخذه باشد دیگر این حدیث ربطی به نفوذ معاملات صبی و غیر آن ندارد و از آن جهت ساکت است.

گروه ۲: روایاتی داریم که عمد و خطا در صبی یکسان است.

وسائل ج ۲۹ ص ۴۰۰

این روایات قطعا نمی گویند حکم خطای او حکم عمد را دارد بلکه بالعکس مراد است. یعنی اگر بالغ، اشتباهات بعثت بگوید اثر ندارد و حال روایت می گوید اگر صبی، عمدا بگوید بعثت را بگوید مثل خطای بالغ است. پس معاملاتش نافذ نیست.

روایت ۱: صحیحہ محمد بن مسلم

عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: عَمْدُ الصَّبِيِّ وَ خَطْوُهُ وَاحِدٌ.

روایت ۲: روایت اسحاق بن عمار

عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَلِيًّا ع كَانَ يَقُولُ عَمْدُ الصَّبِيَّانِ خَطَأٌ (يُحْمَلُ عَلَى) الْعَاقِلَةِ.

به قرینه ذیل، در مورد جنایات است؛ چون بحث عاقله، در مورد جنایات است.

روایت ۳: روایت ابی البختری

عَنْ أَبِي الْبَخْتَرِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ ع أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي الْمَجْنُونِ وَالْمَعْتُوهِ الَّذِي لَا يُفِيقُ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ عَمْدُهُمَا خَطًا تَحْمَلُهُ الْعَاقِلَةُ وَقَدْ رُفِعَ عَنْهُمَا الْقَلَمُ.

روایت سوم هم در جنایات است و با ذیل رفع قلم است.

این توهم وجود دارد که در این روایات حمل بر مطلق بر مقید می شود. پس عمدی صبی مثل خطا است فقط در جنایات؛ ولی به نظر مشکله تقیید این است که این روایات، متوافقین هستند.

• جلسه ۵۸ شنبه ۸ دی ۱۳۹۷

موضوع: شروط معامله / شرط بلوغ / بررسی روایات / ادامه بررسی روایات گروه دوم

سخن پیرامون اشتراط بلوغ در معاملات بود. در گروه دوم روایات، سه روایت داشتیم که اولی (صحیح محمد بن مسلم) مطلق و مابقی مقید بود.

حال اگر بنا باشد مطلق حمل بر مقید شود، نتیجه می دهد که این روایات اختصاص به باب جنایات دارد.

استاد: حمل مطلق بر مقید در جایی است که آن دو متخالفین باشند (مانند: اکرم العلماء - لا تکرّم الفساق من العلماء)؛ اما در اینجا، متوافقین هستند (مانند: اعتق رقبه - اعتق رقبه مومنه).

آخوند در کفایه گفت که حتی در مطلق و مقید متوافق، اگر در جایی احراز وحدت حکم شود، باز هم حمل مطلق بر مقید صورت می گیرد.

علی ای حال، در این سه روایت که متخالفین هستند، چنین حملی معنا ندارد.

اشکال دوم (اشکال اول آقای خوبی):

در روایت است که عمد و خطای صبی واحد است؛ این تنزیل به این معنا نیست که عمد صبی کلا عمد است. اگر در روایت می بود کلا عمد است، می شد گفت معاملات صبی صحیح نیست چون قصد وی در حکم قصد نکردن است.

به دیگر سخن، امام مواردی را می گویند که عمد موضوع حکمی است و خطا هم موضوع حکمی است. آثاری که بر فعل عمدی صبی مترتب می شود همان آثاری است که برای خطای دیگران است. این افتراق در عمد و خطا در

کجاست؟ فقط در باب جنایات و دیات است که اگر عمدی باشد حکم و اثری و اگر خطا باشد حکم و اثری دارد؛ اما در سایر ابواب، شارع برای خطا حکم متفاوتی جعل نکرده است. استظهار خطا، در مواردی است که آثار دارد. پس صحیح محمد بن مسلم، اختصاص به باب جنایات دارد. روایت «تحمله العاقله» شاهد بر این مساله است.

اشکال سوم (اشکال دوم آقای خوبی):

اگر قرار باشد به اطلاق صحیح محمد بن مسلم اخذ کنیم، باید به اموری ملتزم شویم که هیچ فقیهی ملتزم نیست. برای نمونه باید بگوییم اگر صبی افطار عمدی کرد صوم وی صحیح است. در حج و نماز و ... نیز عمد وی در نادرستی امتثال بخشیده شده است. حتی اگر ارکان را ترک کرد، باز هم صحیح است؛ زیرا کلا فعل است.

جواب اشکال دوم (اشکال اول خوبی):

آری تنزیل به لحاظ اثر است؛ ولی آن اثر ضرورتاً شرعی نیست و می تواند عقلی باشد. خطا خودش موضوع آثار است در معاملات و ... چه آثار شرعی و چه عقلی. با این تقریب که خود بی اثر بودن نحوی اعتبار است و اثر شرعی است. آری باید اثر داشته باشد و لو آن اثر بی اثر بودن باشد. بی اثر بودن خودش یک حکم و اعتبار شرعی است. در نتیجه این حدیث اختصاص به امر جنایات ندارد.

کما اینکه شارع به صورت عمومی خطا را رفع کرده است (حدیث مشهور رفع)؛ پس خود خطا مورد حکم است.

جواب اشکال سوم (اشکال دوم آقای خوبی):

آری کسی به این قضیه ملتزم نیست؛ اما ما می گوییم این عدم التزام به دلیل وجود ادله خاص است. به دیگر سخن، اطلاق صحیح محمد بن مسلم موجود است اما تخصیص خورده است (پس تخصص نیست. تخصیص اکثر نیز رخ نمی دهد). در ابواب عبادات چنین ادله خاصی موجود است. حال دلیل این تخصیص چیست؟ ادله شرعی بودن عبادات صبی، دلیل تخصیص است. این ادله می گوید عبادات صبی با همان شرایطی که برای بالغین دارد، مشروع است. به عنوان نمونه، دلیل «مروا صبیانکم بالصلاه» دلیل است بر اینکه هر چه شرط است برای عبادات غیر صبی، برای عبادات صبی نیز شرط است. در حوزه عبادات، شاهد وجود چنین ادله خاصه ای هستیم.

اشکال چهارم (اشکال آقای سیستانی):

روایت محمد بن مسلم به قرینه روایت «تحمله العاقله»، نشان می‌دهد که بحث فقط در باب جنایات است. به عبارت دیگر روایت محمد بن مسلم را نمی‌دانیم در مورد خاص است یا عام، به این قرینه می‌فهمیم در مورد خاص جنایات است.

این فرمایش، حمل مطلق بر مقید نیست. صرفاً قرینه‌گیری است.

• جلسه ۵۹ یکشنبه ۹ دی ۱۳۹۷

روایات تساوی عمد و خطا را خواندیم و سخن در این بود که آیا دلالت دارد که معاملات صبی نافذ است یا خیر؟

گفتیم آقای خویی چهار جهت را ذکر کردند. اگر در جهت اول به این نتیجه رسیدیم که صبی می‌تواند مستقل در تصرف باشد، تکلیف سایر جهات روشن است و اثبات شده است ولی اگر جواب در جهت اول، نفی باشد باقی جهات باید بررسی شود.

کلمات آقای خویی را مطرح کردیم.

آخرین کلام، کلام آقای سیستانی بود که این روایات، اختصاص به باب جنایات دارد و این مطلب را صاحب مدارک و دیگران هم گفتند. عمدتاً هم قرینه روایت دیگر است که عبارت "تحمله العاقله" را داشت.

آخرین مطلب جلسه قبل این بود که این اختصاص به قرینه روایت دوم از باب حمل مطلق بر مقید نیست.

آقای خویی می‌گویند این روایت دوم موجب استیناس می‌شود و این ذهنیت را به ما می‌دهد که به باب جنایات ربط داشته باشد البته صرف این استیناس، دلیل بر اختصاص نیست. اختصاص باید مستند به مثل قرینه و یا انصراف باشد.

وجه اختصاص در کلام آقای سیستانی ظاهراً این است که می‌دانیم از این روایت، اطلاق اراده نشده است. چون تساوی عمد و خطا صبی را می‌دانیم که اطلاقش مراد روایت نیست چون عبادات صبی مشروع است.

حال که اطلاق نیست پس چیست؟ آیا این روایت، در غیر موارد تکلم و افطار و ... ثابت است و یا مربوط به مورد خاص است؟ روایت دوم قرینه است بر این که مربوط به مورد خاص جنایات بوده است.

این توجیه و تقریب کلام آقای سیستانی است.

اشکال استاد به آقای سیستانی

می پذیریم که تساوی عمد و خطای صبی در عبادات پذیرفته نیست به ضرورت فقه چون عبادات صبی مشروع است؛ ولی خروج عبادات صبی بالتخصیص است و تخصیص، مانع تمسک به عموم و اطلاق روایت اول (که تحمله العاقله نداشت) نمی شود چون عام مخصّص در مابقی حجت است. کلام آقای سیستانی در جایی معنا دارد که عدم تساوی عمد و خطا در عبادات، به تخصیص خارج نشده باشد.

تاییدی بر کلام آقای سیستانی

البته کلام آقای سیستانی تایید می شود به این که تساوی عمد و خطا در اعمی هم آمده است که آن نیز مختص به دیه و جنایات است.

تساوی عمد و خطا نسبت به اعمی هم رسیده است که آن هم قطعاً در جنایات اعمی است و در دیه و ... نه این که قصد او کلا قصد است مربوط به نماز و عقد و افطار که نیست پس در بحث دیه، انسان کور قصاص نمی شود و از او دیه می شود. درست است که عمدا دستش را بالا آورده است الا این که چون کور بوده است مثل خطا محسوب می شود.

اشکال به تایید

همین تعبیر را نسبت به مجنون هم داریم که عمد و خطای آن هم واحد است که آن می تواند موید اطلاق و عموم باشد. مجنون مسلوب العبارة است و قصدش کلا قصد است.

پس تساوی عمد و خطا نسبت صبی، اعمی و مجنون آمده است و اگر روایت اعمی مقرب کلام ایشان است، روایت مجنون هم مبعده آن است.

گفتیم سه دسته روایات وجود دارد:

دسته ۱: مطلقاً گفته بود که عمد و خطا مساوی است.

دسته ۲: گفته بود عمد و خطا مساوی است ولی اختصاص به جنایات داشت که تحمله العاقله داشت.

دسته ۳: گفته بود عمد و خطا مساوی است و تحمله العاقله هم دارد ولی سپس گفته بودند که "و قد رفع عنهما القلم" که ذیل روایت ابوالبختری بود.

رفع قلم به منزله تعلیل است و لذا قرینه است که این روایات اختصاص به جنایات ندارند. پس ما قرینه ای داریم که حتی دسته دوم هم خاص نیست و همه عام هستند. یعنی روایت دوم هم اختصاص به مورد ندارد چون تعلیل عام است. تا الان می گفتیم دسته دوم خاص است و آیا تخصیص می زند یا خیر؟ ولی شیخ می گوید دسته دوم هم معلل به تعلیل عام است پس اصلاً خاصی وجود ندارد.

شیخ می گوید ابتدای روایت گفته عمد و خطای آن ها واحد است و سپس گفته تحمله العاقله و سپس گفتند رفع قلم است پس باید بین رفع قلم و صدر روایت رابطه ای باشد:

احتمالات رابطه

احتمال ۱

"رفع عنهما القلم" علت باشد برای تحمله العاقله. چرا باید فامیل خسارت را جبران کند؟ عاقله باید جبران کند.

احتمال ۲

رفع قلم معلول این باشد که عمد و خطای آن ها واحد است. چون عمد و خطای او واحد است پس تکلیف ندارد.

شیخ می گوید هر احتمال که باشد، نتیجه این است که صبی مسلوب العبارة است و معاملاتش نافذ نیست و اگر این باشد آن روایات تحمله العاقله هم عام می شود چون یا علت یا معلول و آن عام است.

اگر رفع قلم، علت است برای تحمله العاقله یعنی چون تکلیفی ندارد و رفع قلم شده است پس باید در باب جنایات، حمل عاقله باشد و در غیر باب جنایات هم نتیجه خودش را دارد.

رفع قلم علت است و در هر بابی به اقتضای آن باب نتیجه ای می دهد که نتیجه در جنایات، حمل عاقله است و در معاملات نتیجه اش این است که تعهداتش الزام آور نیست.

اگر رفع قلم، معلول باشد برای تساوی عمد و خطا، پس بخاطر این که عمد و خطای او واحد است رفع قلم شده است. چه موقع می تواند تساوی عمد و خطا علت باشد برای رفع قلم؟ وقتی که اختصاص به باب خاصی نداشته باشد و الا که رفع قلم نمی شود پس می گوئیم هیچ تکلیفی ندارد و لو در معاملات نه فقط در جنایات.

در واقع، تساوی عمد و خطا علت است برای دو معلول مستقل: معلول اول، حمل عاقله در جنایات است و معلول دوم، رفع قلم است.

پس هر کدام از این دو احتمال را که بگوییم نتیجه، مسلوب العبارة بودن صبی است.

اشکال اول این است که روایت ابوالبختری ضعیف السند است و خود او تضعیف صریح دارد. ولی اشکالات دلالی هم بر شیخ، کردند.

اشکال آقای خوبی به مرحوم شیخ

رفع قلم علت نیست برای حمل عاقله؛ چون این که خودش مرفوع القلم است دلیل نمی شود که عاقله آن را بدهد بلکه می تواند بیت المال دهد.

مثلا مجنونی خسارتی زده است به ما می گویند خسارت بده می گوئیم چرا از من می گیرید؟ می گویند چون او عقلش نمی رسد ولی ما می گوئیم به ما ارتباطی ندارد.

از این که عمد و خطای او مساوی است، فهمیده نمی شود کسی باید جبران کند و ثانيا اگر ادله ای داریم که خون مسلم هدر نیست و باید جبران شود ولی این دلیل نمی شود که جبران از عاقله باشد بلکه می تواند از بیت المال باشد. پس ما می دانیم که باید عاقله حمل کند ولی سخن این است که علت حمل عاقله چیست؟

احتمال دوم هم این بود که رفع قلم معلول است برای تساوی عمد و خطا درحالیکه در واقع، تساوی عمد و خطا، مقوم رفع قلم است پس علیتی نیست.

• جلسه ۶۰ دوشنبه ۱۰ دی ۱۳۹۷

ادامه کلام مرحوم شیخ

روایات تساوی عمد و خطای صبی را بررسی کردیم و ذیل تحمله العاقله را بررسی کردیم که روایات را مختص به جنایات می کند و یا خیر. البته قدرمتیقن از تحمل عاقله، قتل خطایی محض است و در برخی از دیات هم قائل دارد.

مرحوم شیخ نه استدلال کرد به رفع قلم و نه به روایت تساوی عمد و خطا چون اگر روایت تساوی دال بر مطلب بود باید به همین روایت که صحیحه محمد بن مسلم بود استناد می کرد نه به روایت ابوالبختری که ضعیفه

است. بلکه از مجموع صدر و ذیل (روایت ابو البختری)، تعمیم را استفاده کرد. شیخ بنا بر دو احتمال، عمومیت را ثابت می‌داند.

پس از چهار جهت، سه جهت از کلام شیخ بدست می‌آید.

رفع القلم، رفع مواخذه است و مرفوع مطلق است و هم شامل مواخضات دنیوی و هم اخروی می‌شود و هم جانی و غیر جانی و با توجه به این اطلاق، می‌فهمیم که رفع قلم عمومیت دارد.

رفع قلم می‌تواند ناظر به رفع عقوبت باشد ولی وقتی در حمل عاقله تطبیق شده است می‌فهمیم که اختصاصی به عقاب اخروی ندارد بلکه مواخذه دنیوی را هم می‌گیرد.

خود عمومیت رفع قلم و این که ضمانات مربوط به عاقله است دلالت دارد که کبرای کلی وجود دارد که این بحث تطبیق آن است. آن کبرای این است که صبی هیچ مسئولیتی نسبت به رفتارش ندارد. چون همه جنایات که موجب حمل عاقله نیست که بگویید صبی مسئولیتی دارد و عاقله بدل آن شده است.

از جمله تعهدات، معاملات است پس صبی به مقتضای مثل بیع هم متعهد نمی‌شود.

کلام شیخ شامل این هم می‌شود که حتی به اذن ولی هم نمی‌تواند عقدی انجام دهد و شاید گفت جهت چهارم را هم نفی می‌کند یعنی حتی نمی‌تواند صرفاً مجری عقد باشد چون مجری نباید هازل باشد و شیخ گفت کلمات صبی کالهنزل است البته کلماتی دارد که موجب تردید در جهت چهارم می‌شود.

کلام آقای خوبی

شیخ ارتباط و مناسبتی بین رفع قلم با تساوی عمد و خطا و با حمل عاقله مطرح کرد و از آن عدم نفوذ تصرفات صبی را بدست آورد حال آقای خوبی می‌خواهد این ارتباط را به گونه‌ای توضیح دهد که نتیجه کلام شیخ را هم نداشته باشد.

آقای خوبی می‌گوید از روایت دو نکته بدست می‌آید.

نکته سلبی: بر افعال عمدی صبی، حکم افعال عمدی بار نمی‌شود.

دلیل: رفع قلم از صبی

نکته ایجابی: بر افعال صبی آثار فعل خطایی بار می شود.

دلیل: لزوم حمل عاقله

از تحمله العاقله می فهمیم که آثار فعل خطایی بار می شود. اثر خطا، دیه است حمل عاقله یعنی دیه باید داده بشود.

پس ذیل و صدر روایت با هم مرتبط است و نیازی هم نیست که رابطه علیت بین آنها ایجاد کنید.

نتیجه

حال که تعلیل نبود، پس از روایت، تعمیم نمی فهمیم. یعنی می تواند مورد این روایت، جنایت باشد. در مورد جنایت، آثار عمد نیست و آثار خطا هست.

این کلام آقای خوبی اعتراف ضمنی است که اگر رابطه، علیت باشد، تعمیم فهمیده می شود.

اشکال استاد به آقای خوبی

شما می گوید آثار عمد نیست چون "رفع عنه القلم" است. وقتی استدلال به رفع قلم معنا دارد که عام باشد و در جنایت و غیر جنایت باشد. این معنا ندارد که بگویید در جنایات، آثار عمد نیست چون در جنایات، رفع قلم شده است. در این صورت که علت و معلول یکی می شود.

اشکال به شیخ

تعمیم پذیرفته است بخاطر این که رفع قلم در هر صورت، علت تساوی است پس باید عمومیت داشته باشد ولی سخن در محدوده این تعمیم است. شیخ گفت تعمیم تمام آثار را می گیرد ولی به نظر ما "رفع عنه القلم" یعنی مواخذه برداشته شده است چه دنیوی و چه اخروی ولی تمام آثار فعل قصدی را که برداشتند.

قبل از بررسی دقیقتر کلمات شیخ و آقای خوبی باید بحث دیگری را مطرح کنیم.

سوال دیگر این است که صبی به چه معناست؟ ما می گوئیم صبی به معنای غیر بالغ ولی این اصطلاح فقهاء است. آیا اصطلاح روایت هم همین است یا خیر؟

به عبارت دیگر، صبی حقیقت شرعیه و متشرعیه است و یا حقیقت لغویه و عرفیه است؟

روایات را تتبع کردیم. به نظر می رسد که صبی به معنای غیر ممیز است. ولی این که بلوغ شرعی دخالت در سلب عنوان صبی داشته باشد نیاز به اثبات دارد. البته نیاز به تتبع تام دارد.

اگر گفتیم مراد غیر ممیز است دیگر این روایات مربوط به بحث ما نمی شود. ر برخی روایت حتی یحتلم دارد که می شود همان بلوغ ولی روایت ما صبی داشت. ما در فارسی می گوئیم کودک و سپس می گوئیم نوجوان که کودک یعنی غیر ممیز بوده است.

به این نکته کسی متعرض نشده است. همچنین چند روایت دیگر هم در بحث هست که ندیدیم مورد استشهاد باشد که ذیل گروه سوم روایات مطرح می کنیم. البته برخی از روایات گروه سوم مورد استشهاد قرار گرفته است ولی چند روایت هم مورد استشهاد نبوده است.

نظر استاد

صبی غیر ممیز است و لذا روایت ربطی به بحث ندارد. غیر ممیز چون قدرت تشخیص ندارد عمد او مثل خطا است.

گروه ۳: عدم مضمی و نفوذ تصرفات صبی

روایت ۱: عبد الله بن سنان

(وسائل ج ۱۸ ص ۴۱۲)

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَ أَنَا حَاضِرٌ عَنِ الْيَتِيمِ مَتَى يَجُوزُ أَمْرُهُ قَالَ حَتَّى يَبْلُغَ أَشَدَّهُ قَالَ قُلْتُ وَ مَا أَشَدُّهُ قَالَ احْتِلَامُهُ قَالَ قُلْتُ قَدْ يَكُونُ الْغُلَامُ ابْنَ ثَمَانَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ وَ لَا يَحْتَلِمُ قَالَ إِذَا بَلَغَ وَ كُتِبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا.

مفهوم غایت: اگر احتلام نداشته باشد، امر یتیم جایز و ماضی و نافذ نیست.

یتیم دو خصوصیت دارد. یکی این است که پدر ندارد و خصوصیت بعدی عدم بلوغ است و از اولی الغاء خصوصیت می شود پس هر غیر بالغی این طور است.

احتلام نشانه ای از نشانه های بلوغ است و خصوصیت ندارد.

روایت ۲: روایت صدوق

(وسائل ج ۱۸ ص ۴۱۱)

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع إِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةُ تِسْعَ سِنِينَ دُفِعَ إِلَيْهَا مَالُهَا وَ جَازَ أَمْرُهَا فِي مَالِهَا وَ أُقِيمَتِ الْحُدُودُ التَّامَّةُ لَهَا وَ عَلَيْهَا.

این جا هم می گویند اگر بالغ نیست امر او جایز و نافذ نیست.

حدود تامه یعنی حد اصطلاحی بر او جاری می شود. چون قبل بلوغ، حد جاری نیست.

روایت ۳: حرمان

(وسائل ج ۱ ص ۴۳)

عَنْ حُرْمَانَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ قُلْتُ لَهُ مَتَى يَجِبُ عَلَى الْغُلَامِ أَنْ يُؤْخَذَ بِالْحُدُودِ التَّامَّةِ وَ تَقَامَ عَلَيْهِ وَ يُؤْخَذَ بِهَا قَالَ إِذَا خَرَجَ عَنْهُ الْيَتَمُ وَ أَدْرَكَ قُلْتُ فَلِذَلِكَ حَدٌّ يَعْرِفُ بِهِ فَقَالَ إِذَا احْتَلَمَ أَوْ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ أَشْعَرَ أَوْ أَنْبَتَ قَبْلَ ذَلِكَ أُقِيمَتْ عَلَيْهِ الْحُدُودُ التَّامَّةُ وَ أُخِذَ بِهَا وَ أُخِذَتْ لَهُ قُلْتُ فَالْجَارِيَةُ مَتَى تَجِبُ عَلَيْهَا الْحُدُودُ التَّامَّةُ وَ تُؤْخَذُ بِهَا وَ يُؤْخَذُ لَهَا - قَالَ إِنَّ الْجَارِيَةَ لَيْسَتْ مِثْلَ الْغُلَامِ إِنَّ الْجَارِيَةَ إِذَا تَزَوَّجَتْ وَ دَخَلَ بِهَا وَ لَهَا تِسْعَ سِنِينَ ذَهَبَ عَنْهَا الْيَتَمُ وَ دُفِعَ إِلَيْهَا مَالُهَا وَ جَازَ أَمْرُهَا فِي الشَّرَاءِ وَ الْبَيْعِ وَ أُقِيمَتْ عَلَيْهَا الْحُدُودُ التَّامَّةُ وَ أُخِذَ لَهَا بِهَا قَالَ وَ الْغُلَامُ لَا يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي الشَّرَاءِ وَ الْبَيْعِ وَ لَا يَخْرُجُ مِنَ الْيَتَمِ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ يَحْتَلَمَ أَوْ يَشْعَرَ أَوْ يَنْبَتَ قَبْلَ ذَلِكَ.

فعلا به حد بلوغ بحثی نداریم ولی آن چه مهم است این است که امام ع فرمود قبل بلوغ لایجوز امره و تصریح دارد که فی الشراء و البیع.

می توانیم از بیع و شراء تعدی کنیم.

ابوحنیفه می گوید صبی در تصرفات مالی یا متضرر می شود که نافذ نیست و یا نفع می برد مثل قبول هدیه که این جا نافذ است که این قول بررسی خواهد شد.

• جلسه ۶۱ سه شنبه ۱۱ دی ۱۳۹۷

سه روایت بر عدم جواز امر صبی خواندیم.

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَ أَنَا حَاضِرٌ عَنِ الْيَتِيمِ مَتَى يَجُوزُ أَمْرُهُ قَالَ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ قَالَ قُلْتُ وَ مَا أَشُدُّهُ قَالَ احْتِلَامُهُ قَالَ قُلْتُ قَدْ يَكُونُ الْعُلَامُ ابْنَ ثَمَانَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ وَ لَا يَحْتَلِمُ قَالَ إِذَا بَلَغَ وَ كُتِبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهَاً أَوْ ضَعِيفًا.

گفتیم مفهوم غایت این روایت این است که تا قبل بلوغ، جواز امر ندارد. دو روایت دیگر هم تعبیر جواز امر داشت.

سوال این است که جواز امر به چه معناست؟

احتمال ۱

برخی گفتند جواز امر به معنای نفوذ تصرفات اوست و عدم جواز به معنای عدم نفوذ هیچیک از فعالیت های صبی است پس حتی نمی تواند وکیل در اجرای عقد باشد به استناد به اطلاق کلمه "امر" که به معنای کار و فعل و شان و فعالیت است. چه رسد به تصرفات استقلالی در اموال خودش چه با اذن ولی و چه بدون اذن.

احتمال ۲

آقای خویی می گویند روایت ظهور دارد در تصرفات استقلالی صبی چه با اذن و چه بدون اذن ولی. اما بیش از آن را روایت نفی نمی کند. پس دو جهت اول را نفی می کند ولی دو جهت بعدی را نفی نمی کند یعنی تصرفات صبی در اموال خود با تصمیم ولی که قسم سوم بود و چه قسم چهارم که صرفا اجرای عقد می کند را نفی نمی کند.

تناسب حکم یعنی جواز و موضوع یعنی امر صبی اقتضا دارد که مضمی امر به معنای استقلال تصرف باشد. اما جایی که صرفا مجری است و یا تصمیم با کسی دیگر است که آن جا "يجوز امره" معنا نمی دهد. چون آن فعل، امر صبی محسوب نمی شود.

آقای خویی می گویند قطعا جهت چهارم را نفی نمی کند یعنی صبی مسلوب العبارة نیست.

مؤید آن ذیلی است که در برخی روایات وجود دارد. چون در برخی روایات مثل همین روایت عبد الله بن سنان، عبارت "الا ان یكون سفیها او ضعیفا" را دارد و سفیه مسلوب العبارة نیست. پس عدم جواز امر در صبی هم به معنای مسلوب العبارة بودن نیست بلکه به معنای عدم تصرف استقلالی است.

روایت، راجع به صبی و بالغ سفیه و بالغ ضعیف را در یک سیاق گفت که لایجوز امره پس یک معنا اراده شده است.

اشکال استاد به آقای خوبی

اشکال ۱

اگر مقصود شما از مسلوب العبارة، مسلوب العبارة تکوینی است که نیازی به استناد به سفیه نیست بلکه خود صبی هم مسلوب العبارة تکوینی نیست. پس مقصود، مسلوب العبارة تشریحی است. او می تواند تصمیم بگیرد و تدبیر بکند ولی هر کار که کند معتبر نیست. شارع می گوید گفته او کالعدم است. پس سفیه هم تشریحا مسلوب العبارة است و صبی هم همین طور است.

دفاع از آقای خوبی

در رابطه با سفیه، آن چه در فقه مسلم است که او فقط استقلال در تصرف ندارد و الا در غیر آن مورد، امر او نافذ است. یعنی می تواند وکیل در اجرای عقد باشد. پس سفیه، مسلوب العبارة تشریحی نیست و فقط تصرف استقلالی ندارد پس صبی هم به همین صورت است و آقای خوبی هم همین را می گفت.

اشکال ۱

امام ع سفیه و ضعیف را از بالغ و جواز امر استثناء کردند و در دو فقره از روایت هستند و بعید نیست که بگوییم عدم جواز امر در ارتباط با سفیه و غیر سفیه متفاوت باشد. چون فقراتش متفاوت با هم است.

فقره ۱

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَ أَنَا حَاضِرٌ عَنِ الْيَتِيمِ مَتَى يَجُوزُ أَمْرُهُ قَالَ حَتَّى يَبْلُغَ أَشَدَّهُ قَالَ قُلْتُ وَ مَا أَشَدُّهُ قَالَ اِحْتِلَامُهُ

فقره ۲

قَالَ قُلْتُ قَدْ يَكُونُ الْغُلَامُ ابْنَ ثَمَانَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ وَلَا يَحْتَلِمُ قَالَ إِذَا بَلَغَ وَكُتِبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهَاً أَوْ ضَعِيفاً.

بعدی ندارد که جواز امر در فقره اول با جواز امر در فقره دوم تفاوت داشته باشد.

اشکال ۲

ممکن است از این روایت بفهمیم که سفیه مسلوب العبارة تشریحی است ولی جواز اجرای عقد را با مخصصات فهمیدیم یعنی با ادله دوم از عدم جواز امر استثناء شده است. ولی این روایت می گوید سفیه مسلوب العبارة تشریحی است پس صبی هم همین طور است یعنی مسلوب العبارة تشریحی است. پس صبی نمی تواند مجری عقد هم باشد چون در خصوص سفیه، مخصص آمده است ولی در صبی چنین مخصصی نداریم.

اشکال ۲

نکته اول آقای خوبی این بود که کلمه یجوز به معنای مزی است و با توجه به تناسب مزی و امر صبی، ظهور در افعال استقلالی صبی دارد. ولی اگر مقصود آقای خوبی این باشد، این از اضافه امر به صبی بدست می آید که این کار، امر صبی محسوب نمی شود وقتی امر صبی می شود که استقلالاً انجام دهد. پس نکته در اضافه امر به صبی است نه تناسب مزی و امر. حداقل احراز نمی شود که اجرای عقد، امر صبی است.

تناسب مزی با امر ادعای آقای خوبی را ثابت نمی کند. چنین تناسبی فهمیده نشد.

البته در رد همین استناد به اضافه امر به صبی می توان گفت اجرای صیغه هم امر صبی محسوب می شود به حسب خودش.

خیلی بعید است که روایت در مقام بیان همه فعالیت های صبی باشد و لذا می توان اقتضار کرد که مراد فعالیت های استقلالی صبی باشد. پس ما استدلال آقای خوبی را مناقشه کردیم ولی در نتیجه، با ایشان موافقیم. پس از روایت نفی جهت اول و دوم بدست آمد نه نفی جهت سوم و چهارم. چون اطلاق امر چنین اقتضایی ندارد خصوصاً که در کلام سائل بود.

پس گروه روایات عدم جواز امر صبی را مطرح کردیم. اما روایت معارضی با این گروه وجود دارد.

روایت ابی ایوب الخراز

۳۳۸۹۰-۳- و عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ الْخِرَازِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ إِسْمَاعِيلَ بْنَ جَعْفَرٍ مَتَى تَجُوزُ شَهَادَةُ الْغُلَامِ فَقَالَ إِذَا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ قُلْتُ وَ يَجُوزُ أَمْرُهُ قَالَ فَقَالَ إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دَخَلَ بَعَائِشَةَ وَ هِيَ بِنْتُ عَشْرِ سِنِينَ وَ لَيْسَ يُدْخَلُ بِالْجَارِيَةِ حَتَّى تَكُونَ أَمْرَاءً فَإِذَا كَانَ لِلْغُلَامِ عَشْرُ سِنِينَ جَازَ أَمْرُهُ وَ جَازَتْ شَهَادَتُهُ.

این روایت می تواند ناظر به معیار بلوغ باشد که ۱۰ سالگی است که در این صورت ربطی به بحث ندارد چون گفتیم فعلا بحث حد بلوغ نداریم و این جا حتی تکون امراه اشاره به بحث حد بلوغ دارد. ولی می توان گفت که روایت در حد بلوغ نیست بلکه می گوید إِذَا كَانَ لِلْغُلَامِ عَشْرُ سِنِينَ جَازَ أَمْرُهُ وَ جَازَتْ شَهَادَتُهُ یعنی غلام وقتی ۱۰ سالش شد جواز امر دارد ولو که بالغ هم نیست پس صبی اگر ۱۰ ساله شد، امرش نافذ است با این که صبی است و این مخالف روایات عدم جواز امر صبی است.

در حکم هم نسبتشان تساوی است و لذا تعارض است.

اشکال ۱

روایت از غیر معصوم است مگر بگوییم که نقل فعل پیامبر ص است ولی فعل پیامبر ص ازدواج با عایشه است و این بگوییم حکم پسر بچه هم همین است قابل اثبات نیست.

اگر ابی ایوب خراز راوی فوق العاده ای بود می گفتیم که از راوی، فتوا را سوال نمی کرده است بلکه رای امام ع را سوال می کردند ولی این گونه نیست.

ابوایوب هم ضعیف است.

اشکال ۲

این روایت متروک است و کسی عمل نکرده است چون معیار بلوغ و ... ۱۰ سال نیست.

• جلسه ۶۲ چهارشنبه ۱۲ دی ۱۳۹۷

نکته ۱

سوال ابی ایوب از اسمعیل بن جعفر آیا می تواند وجهی برای حجیتش باشد؟

برخی روایت هستند که جز کلام معصوم ع را نقل نمی کنند مثلاً زراره و محمد بن مسلم کسانی هستند که خودشان غیر از قول امام ع را نمی گویند و سائل از این ها هم قطعاً به دنبال رای معصوم هستند.

تامل در جایی است که گاهی اوقات، اصحاب، رای امام ع را استنباط می کنند که این جا حجت نیست؛ یعنی نظر آنها اگر خیرحسی از امام ع باشد اعتبار دارد و الا اگر حدسی باشد اعتبار ندارد. اما این مطلب در مورد مثل زراره منتفی است.

اسمعیل بن جعفر ثقه است ولی محرز نیست که از افرادی باشد که هر چه می گوید از امام ع به صورت حسی شنیده باشد و ثانیاً این جا قرینه هم داریم که خبر از رای امام ع نیست؛ چون او استدلال می کند به فعل پیامبر ص و این قرینه است که کلام او حدسی است و استنباط کرده است. استنباط او هم مبتنی بر قیاس فاسد است. او حکم دختر را به غلام تسری داد که این قیاس است.

نکته ۲

تفاوت "سفیها او ضعیفاً" در روایت عبد الله بن سنان چیست؟

تفسیر آن در روایتی آمده است. این روایت هم از عبد الله بن سنان است در (وسائل ج ۱۹ ص ۳۶۳)

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَأَنَا حَاضِرٌ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ قَالَ الْإِحْتِلَامُ قَالَ فَقَالَ يَحْتَلِمُ فِي سِتِّ عَشْرَةَ وَ سَبْعِ عَشْرَةَ سَنَةً وَ نَحْوَهَا فَقَالَ لَا إِذَا أَتَتْ عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً كُنْتُمْ لَهُ الْحَسَنَاتُ وَ كُنْتُمْ عَلَيْهِ السَّيِّئَاتُ وَ جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهَاً أَوْ ضَعِيفاً فَقَالَ وَ مَا السَّفِيهُ فَقَالَ الَّذِي يَشْتَرِي الدَّرْهَمَ بِأَضْعَافِهِ قَالَ وَ مَا الضَّعِيفُ قَالَ الْأَبْلَهُ.

به قرینه روایات و آیات، ضعیف پایین تر از سفیه است که این جا هم می گوید ابله است. سفیه ابله نیست.

رتبه اول سفیه است و بعد، ضعیف است و بعد، مجنون است.

این عبارت اقتباس از آیه است.

"بقره: ۲۸۲ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَ لِيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَ لِيُمْلَأِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَ لِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَ لَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْلَأَ هُوَ فَلْيَمْلَأْ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ"

این روایت، حد بلوغ را ۱۳ سالگی می داند.

روایت دیگری هم از عبد الله بن سنان است که مقداری تفسیرش از ضعیف و سفیه متفاوت است.

(وسائل ج ۱۹ ص ۳۷۱)

۲۴۷۸۷-۲- الْعِيَّاشِيُّ فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ مَتَى يُدْفَعُ إِلَى الْغُلَامِ مَالُهُ قَالَ إِذَا بَلَغَ وَأُونِسَ مِنْهُ رُشْدٌ وَلَمْ يَكُنْ سَفِيهًا وَلَا ضَعِيفًا قَالَ قُلْتُ: فَإِنَّ مِنْهُمْ مَنْ يَبْلُغُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً وَسِتِّ عَشْرَةَ سَنَةً وَلَمْ يَبْلُغْ قَالَ إِذَا بَلَغَ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا قَالَ قُلْتُ: وَمَا السَّفِيهُ الضَّعِيفُ قَالَ السَّفِيهُ الشَّارِبُ الخمرَ وَ الضَّعِيفُ الَّذِي يَأْخُذُ وَاحِدًا بَاتْنَيْنِ.

این راوی بلوغ را احتلام می داند. می گوید برخی ۱۵ یا ۱۶ می شوند ولی احتلام ندارند. امام ع می فرماید وقتی ۱۳ ساله شد امر او نافذ است.

سفیه شارب خمر است یعنی کسی که فسق و فجور انجام می دهد و یا خصوص شارب خمر.

ضعیف همان سفیه اصطلاحی ماست که درست معامله نمی کند.

شاید این جا مصادیق معنای سفیه و ضعیف در روایت قبلی را مطرح کرده است.

برای ما این مهم است که مقصود از ضعیف، ضعف عقل است.

بحث در احادیث جواز امر بود. جواز به معنای نفوذ است. در موارد دیگری هم مطرح شده است. تتبعات همین را اقتضا دارد که جواز به معنای نفوذ است مثل آیه "الَّذِي بَيَّعَ عَقْدَةَ النِّكَاحِ" و ...

نظر استاد در روایات جواز امر صبی:

گفتیم اطلاق امر صبی محرز نیست و قدرمتیقن جایی است که صبی مستقل از تصرف باشد حتی بدون اذن ولی.

دو روایت از این روایات، معتبر بود:

روایت ۱: صحیحه أَبِي الْحُسَيْنِ الْخَادِمِ بِيَّاعِ اللُّؤْلُؤِ

آقای خویی می گویند او همان آدم بن متوکل است که توثیق صریح دارد.

(وسائل ج ۱۸ ص ۴۱۲)

وَفِي الْخِصَالِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ أَبِي الْحُسَيْنِ الْخَادِمِ بِيَاغِ اللَّوْثِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَ أَنَا حَاضِرٌ عَنِ الْيَتِيمِ مَتَى يَجُوزُ أَمْرُهُ قَالَ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ قَالَ وَ مَا أَشُدُّهُ قَالَ احْتِلَامُهُ قَالَ قُلْتُ: قَدْ يَكُونُ الْغُلَامُ ابْنَ ثَمَانَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ وَ لَمْ يَحْتَلَمْ قَالَ إِذَا بَلَغَ وَ كُتِبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا.

مفهوم مخالف "إِذَا بَلَغَ وَ كُتِبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ جَازَ أَمْرُهُ" این است که قبل بلوغ، جواز امر ندارد.

روایت ۲: مرسله فقیه که ارسال مسلم بود.

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ وَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع إِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةُ تِسْعَ سِنِينَ دُفِعَ إِلَيْهَا مَالُهَا وَ جَازَ أَمْرُهَا فِي مَالِهَا وَ أَقِيمَتِ الْحُدُودُ التَّامَّةُ لَهَا وَ عَلَيْهَا

ارتباط به بحث مضاربه

این جا بحث کردیم که تصرفات مالی صبی نافذ است یا خیر؟ اما اگر در مضاربه بخواهد تطبیق بشود دقتی دارد چون اگر صبی، در مضاربه، عامل باشد، این عقد او تصرف مالی نیست و این غیر از خرید و فروش بعد از تحقق مضاربه است. پس باید "جاز امره" را بحث کنیم که صرفاً در تصرف مالی است یا غیر آن را هم شامل می شود.

ممکن است از عقد مضاربه تا بیع و شراء او فاصله باشد و صرف عقد مضاربه را خواندن، تصرف مالی نیست و ممکن است خود بیع و شرائش در زمان بلوغ باشد. پس سخن از صرف عقد مضاربه می تواند ثمره داشته باشد.

این عقد مضاربه، شبیه به این است که آیا صبی می تواند اجیر شود یا خیر؟ چون اجیر شدن، تصرف مالی نیست.

منظر فقهاء در تصرفات مالی بوده است و لذا این نکته را در بیع و در شروط متعاقدين، بحث نکردند؛ ولی در ذیل اجاره این نکته را طرح کردند که آیا صبی می تواند خودش را اجیر کند یا خیر؟ که این همان تصرف غیر مالی صبی است که باید بحث شود. البته برخی گفتند اجاره هم تصرف مالی است چون عملش را می فروشد ولی فارغ از اجاره، در آن جا این بحث می آید که نفوذ امر صبی، شامل بحث غیرمالی هم می شود یا خیر؟

ابوحنیفه گفته است که اگر تصرف صبی باعث ضرر است نافذ نیست ولی در صورتی که نافع باشد نافذ است مثل قبول هدیه.

از منظر دیگر و فارغ از کلام ابوحنیفه، در هدیه، می گویند تحققش به قبول هدیه است. آیا صبی می تواند قبول کند؟ قبول هدیه تصرف در اموال خودش نیست.

مضاربه هم به همین منوال است و باید بحث شود که این ذیل شروط متعاقدين مطرح نشده است و در مباحث دیگری مطرح شده است.

آقای خوبی در بحث اجاره می گویند "جاز امره" اختصاصی به تصرفات مالی ندارد و اطلاق جواز و عدم جواز، شامل تصرفات غیر مالی هم می شود. پس غیربالغ نمی تواند اجیر شود. کسی نمی تواند صبی را اجیر کند. ایشان در قبول هدیه تصریحی ندارند ولی شاید می گویند که آن هم پذیرفته نیست.

ایشان می گوید البته صرف محجوریت دال بر عدم جواز اجاره نفس نیست مثلاً مفلس محجور است ولی می تواند اجیر شود. ولی در خصوص صبی، اطلاق امر شامل غیر مال هم می شود.

در این صورت که عدم جواز امر شامل غیر مال شود، پس مضاربه صبی به عنوان عامل بودن هم جایز و نافذ نیست.

• جلسه ۶۳ شنبه ۱۵ دی ۱۳۹۷

روایات جواز امر را خواندیم و گفتیم در آن روایات، صحیحه هم داشتیم که به مفهوم دال بر عدم جواز امر صبی داشتند و گفتیم آیا روایت جواز امر شامل تصرفات غیر مالی هم می شود یا خیر؟ آقای خوبی به اطلاق امر استناد کردند.

اما در برابر این روایات، روایاتی داریم که می گویند صبی می تواند تصرفاتی داشته باشد. مثلاً می گویند که در ده سالگی صبی می تواند وصیت کند که اگر امر را مطلق بگیریم بنابر مبنای آقای خوبی، با این روایات مخالف می شود.

تذکر

اگر از این روایت بدست بیاوریم که صبی در هشت یا ده سالگی به بلوغ می رسد، اختلاف در حد بلوغ می شود نه در آثار بلوغ و در لذا محل بحث ما تنافی ندارند؛ اما اگر این روایات، ناظر به بلوغ نیستند بلکه می گویند این ها صبی هستند ولی تصرفاتی می توانند داشته باشند، این روایات با روایات محل بحث ما معارض می شوند. لذا باید دید که جمع عرفی وجود دارد و یا تعارض است و کدام دسته ترجیح دارد؟

روایت ۱: موثقه حسن بن راشد

۲۴۴۵۲-۴- و عَنْهُ عَنِ الْعَبْدِيِّ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ رَاشِدٍ عَنِ الْعَسْكَرِيِّ ع قَالَ: إِذَا بَلَغَ الْعُلَامُ ثَمَانِي سِنِينَ فَجَائِزٌ أَمْرُهُ فِي مَالِهِ وَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْفَرَائِضُ وَالْحُدُودُ وَإِذَا تَمَّ لِلْجَارِيَةِ سَبْعُ سِنِينَ فَكَذَلِكَ.

سند

عبدی مجهول است. آقای خویی می گویند تصحیف شده است ظاهرا و عبیدی بوده است هرچند همه عبدی نوشتند. البته غیر ایشان هم این را گفتند. جواهر می گوید این روایت موثقه است که حتما از این باب بوده است که تصحیف رخ داده است و عبیدی بوده است. عبیدی همان محمد بن عیسی بن عبید است که ثقه است.

تعبیر به موثقه، علی بن محمد بن فضال است.

قرینه تصحیف این است که علی بن محمد بن فضال كثيرا از عبیدی نقل می کند و عبیدی هم كثيرا از حسن بن راشد نقل می کند.

دلالت

"فَجَائِزٌ أَمْرُهُ فِي مَالِهِ" یعنی در تصرفات مالی جواز امر دارد پس در غیر امور مالی هم به طریق اولی نفوذ ثابت است.

اما اشکال روایت این است که هشت سالگی به عنوان حد بلوغ مطرح شده است چون بعدش می فرماید که "وَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْفَرَائِضُ وَالْحُدُودُ"

"وَإِذَا تَمَّ لِلْجَارِيَةِ سَبْعُ سِنِينَ فَكَذَلِكَ" در برخی نسخ تسع سنین است که این هم می تواند موید بیان حد بلوغ باشد.

اگر این مفاد باشد، این روایت معرض عنه اصحاب است. چون حد بلوغ هشت سالگی نیست.

البته در آثار بلوغ، معرض عنه نیست چون اگر بالغ باشد، اجرای حدود و ... را پذیرفته اند.

ممکن است بنا بر تبعض در حجیت مدلولات، دومی را بپذیریم که البته ربطی به بحث ما ندارد چون بحث ما جواز امر در صبی است نه جواز امر در حال بلوغ که مدلول دوم روایت بود.

روایت ۲: خبر سلیمان بن حفص مروزی

۳۴۸۱۲-۱۳- و عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ حَفْصِ الْمَرْوَزِيِّ عَنِ الرَّجُلِ ع قَالَ: إِذَا تَمَّ لِلْغُلَامِ ثَمَانُ سِنِينَ فَجَائِزُ أَمْرِهِ وَقَدْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ الْفَرَائِضُ وَالْحُدُودُ وَإِذَا تَمَّ لِلجَارِيَةِ تِسْعُ سِنِينَ فَكَذَلِكَ.

سند

سلیمان ضعیف است.

دلالت

این جا نیز قرینه داریم که روایت، در مقام بیان حد بلوغ است چون می فرماید در هشت سالگی فرائض و حدود بر او واجب می شود.

روایت ۳: معتبره ابی ایوب

۲۴۷۶۶-۶- وَ عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْوَلِيدِ عَنِ ابْنِ الْأَحْمَرِ عَنِ أَبِي بَصِيرٍ وَ أَبِي أَيُّوبَ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الْغُلَامِ ابْنِ عَشْرِ سِنِينَ يُوصَى قَالَ إِذَا أَصَابَ مَوْضِعَ الْوَصِيَّةِ جَازَتْ.

"إِذَا أَصَابَ مَوْضِعَ الْوَصِيَّةِ" یعنی اگر می فهمد و درست وصیت می کند، وصیتش نافذ است.

در این روایت، قرینه ای بر این ندارد که روایت، در مقام بیان حد بلوغ است.

روایات عدم جواز امر، مطلق و عام بود و این روایت در مورد خصوص وصیت است و نسبت عام و خاص است. البته این روایت مفهوم ندارد که در غیر وصیت جایز نیست ولی با روایات عدم جواز امر تنافی بالعموم و الخصوص دارد.

وصیت ممکن است، وصیت تملیکی و مالی باشد مثل این که ثلث مالش را وصیت کند که ملک فلانی باشد.

ترک استفصال امام ع دلالت دارد که وصیت صبی ولو در امور مالی هم پذیرفته است.

روایت ۴: معتبره عبد الرحمن بن ابی عبد الله

۲۴۷۶۵-۵- وَ عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْوَلِيدِ عَنْ أَبِي بِنِ عُمَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ خَمْسَةَ أَشْبَارٍ أَكَلَتْ ذَبِيحَتَهُ وَإِذَا بَلَغَ عَشْرَ سَنِينَ جَازَتْ وَصِيَّتُهُ.

این روایت هم شاهی ندارد که ده سالگی حد بلوغ است.

خمس اشبار به لحاظ قد است و می گوید ذبیحه او هم خورده می شود.

در مورد وصیت، در معتبره ابی ایوب شرط اصابه و رشد بود ولی این جا همان شرط را هم ندارد.

روایت ۵: منصور بن حازم

۲۴۷۶۷-۷- وَ عَنْهُ عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ مَعْرُوفٍ عَنْ أَبِي بِنِ عُمَانَ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ وَصِيَّةِ الْغُلَامِ هَلْ تَجُوزُ قَالَ إِذَا كَانَ ابْنُ عَشْرِ سَنِينَ جَازَتْ وَصِيَّتُهُ.

این روایت هم وصیت را تعلیق بر رشد نکرده است.

روایت ۶: معتبره جمیل بن دراج

۲۴۴۵۰-۲- وَ عَنْهُ عَنِ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ عَنْ أَحَدِهِمَا ع قَالَ: يَجُوزُ طَلْقُ الْغُلَامِ إِذَا كَانَ قَدْ عَقَلَ وَ صَدَقْتَهُ وَ وَصِيَّتَهُ وَ إِنْ لَمْ يَحْتَلَمْ.

"و ان لم يحتلم" در این روایت تصریح داریم که صبی غیر بالغ هم امرش نافذ است.

این روایت هم وصیت دارد و هم طلاق و هم صدقه.

البته همه این ها به شرط رشد و عقل بود.

روایت هفتم: صحیح ابی بصیر

۲۴۷۶۲-۲- وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ يَعْنِي الْمُرَادِيَّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: إِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ عَشْرَ سَنِينَ وَ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ فِي حَقِّ جَازَتْ وَصِيَّتُهُ وَإِذَا كَانَ ابْنُ سَبْعِ سَنِينَ فَأَوْصَى مِنْ مَالِهِ بِالْيَسِيرِ فِي حَقِّ جَازَتْ وَصِيَّتُهُ.

این روایت هم در مورد وصیت است. حضرت ع می فرماید اگر ده ساله بودند می تواند وصیت مالی کند.

این روایت تصریح دارد که وصیت تملیکی و مالی است.

وصیت به ثلث مال یعنی تمام حقی که در مال خودش دارد را می تواند استیفاء کند مثل انسان بالغ کامل. در حالیکه توصیه داریم که یک پنجم وصیت کنید.

"فی حق" این عبارت می تواند که اشاره به همان اصابه و رشد باشد. گاهی وصیت به گونه ای است که کاملاً سفیهانه است.

این روایت هم شاهی بر بیان حد بلوغ ندارد.

اگر هفت ساله است، حق وصیت ثلث را ندارد بلکه مقدار یسیر را می تواند وصیت کند.

روایاتی بر بحث وقف هم داریم و باید دید که نسبت این روایات با مثل روایت آدم بن متوکل که می گفت قبل احتلام جواز امر ندارد، چیست؟

• جلسه ۶۴ یکشنبه ۱۶ دی ۱۳۹۷

روایاتی را خواندیم که حتی قبل از بلوغ، تصرفات صبی نافذ است.

برای این که ببینیم شهرت موافق یک گروه است یا خیر باید مقداری از روایات نفوذ را هم بخوانیم.

روایت هشتم: سماعه بن مهران

۱۰۷۸۷-۵- وَ بَإِسْنَادِهِ عَنْ سَمَاعَةَ بْنِ مِهْرَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: تَجُوزُ صَدَقَةُ الْغُلَامِ وَ عَتِقُهُ وَ يَوْمُ النَّاسِ إِذَا كَانَ لَهُ عَشْرُ سِنِينَ.

فقهاء از تعبیر به صدقه، وقف را هم می فهمند چون صدقه، لغوی است و لذا به این روایت استناد کردند و گفته اند که وقف صبی هم جایز و نافذ است. پس این روایت در مورد صدقه و وقف و عتق است. اگر ده ساله باشد می تواند امام جماعت هم باشد که این نکته تازه بود.

این روایت ظهوری در این ندارد که ده سالگی حد بلوغ است.

جواز و عدم جواز هم به قول آقای خوئی، به معنای مَضَى و نفوذ است.

روایت ظهور در تصرف در اموال خودش را دارد و اگر آن جایز باشد، وکالت برای غیر هم به طریق اولی جایز است.

روایت نهم: ابن ابی عمیر عن بعض رجاله

٢٨٠٦٧-٢- و عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ بَعْضِ رِجَالِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ يَجُوزُ طَلَّاقُ الصَّبِيِّ إِذَا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ.

وسائل ج ٢٢ ص ٧٧

وقتی لایجوز امره را مطلق گرفتیم شامل طلاق هم می شود ولی این روایت می گوید طلاق صبی نافذ است که تنافی دارند و حتی می توان گفت که وقتی طلاق جایز است شاید بگوییم نکاح هم جایز است. شاید طلاق امرش سخت تر است چون طلاق ایقاع است و خودش به تنهایی تصمیم می گیرند ولی نکاح عقد است و به تنهایی تصمیم می گیرند پس جواز نکاح، به طریق اولی جایز است.

روایت دهم: عبید الله حلبی و محمد بن مسلم

٢٤٤٥١-٣- وَ عَنْهُ عَنْ هَارُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَثْمَانَ عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ الْحَلَبِيِّ وَ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سُئِلَ عَنْ صَدَقَةِ الْغُلَامِ مَا لَمْ يَحْتَلَمْ قَالَ نَعَمْ إِذَا وَضَعَهَا فِي مَوْضِعِ الصَّدَقَةِ

این روایت تصریح دارد که صبی است و بالغ نیست چون می گوید ما لم يحتلم و در مورد صدقه است که شامل وقف هم هست.

روایت یازدهم: محمد بن مسلم

٣٤٨٠٩-١٠- وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَنِ الصَّبِيِّ يَسْرِقُ قَالَ إِنْ كَانَ لَهُ تِسْعَ سِنِينَ قَطَعَتْ يَدُهُ وَ لَا يُضَيِّعُ حَدٌّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى.

این روایت تسع سنین را در مورد پسران مطرح می کند و این می تواند قرینه باشد که "عشر سنین" در روایات قبل هم حد بلوغ نبوده است.

البته این روایات در باب دیات بسیار معارض دارد ولی فعلا خواستیم بگوییم که در برابر روایات عدم نفوذ، روایات نفوذ در ابواب مختلف وجود دارد.

روایات داشتیم که حدود تامه برای صبی نیست و در روایات اجرای جد بر صبی شرایط خاصی مطرح شده است مثل این که علم داشته باشد و ... که مجموعا یعنی حد بر صبی هم جاری می شود که با عدم اجرای حدود تامه می سازد.

روایت دوازدهم: روایت سکونی

۳۵۲۲۴-۱- مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع فِي رَجُلٍ وَ غُلَامٍ اشْتَرَا فِي قَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَاهُ فَقَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع- إِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ خَمْسَةَ أَشْبَارٍ اقْتَصَّ مِنْهُ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ يَبْلُغُ خَمْسَةَ أَشْبَارٍ قُضِيَ بِالْدِّيَةِ.

خمسۀ اشبار احتمالا کمتر از عشر سنین است و با این وجود، حضرت ع فرمودند که قصاص می شود و اگر خمه اشبار نباشد، دیه از او می گیرند.

این جای کار دارد که چرا معیارهای موضوعات احکام به صورت دقیق نیست و معیار قابل اختلاف است؟

روایت سیزدهم: ابی حمزه ثمالی

۲۴۷۷۵-۳- وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنِ السَّنْدِيِّ بْنِ الرَّبِيعِ عَنِ يَحْيَى بْنِ الْمُبَارَكِ عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَبَلَةَ عَنِ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنِ أَبِي حَمَزَةَ الثَّمَالِيِّ عَنِ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: قُلْتُ لَهُ فِي كَمْ تَجْرِي الْأَحْكَامُ عَلَى الصَّبِيَّانِ قَالَ فِي ثَلَاثَ عَشْرَةَ وَ أَرْبَعَ عَشْرَةَ قُلْتُ فَإِنَّهُ لَمْ يَحْتَلَمْ فِيهَا قَالَ وَ إِنْ كَانَ لَمْ يَحْتَلَمْ فَإِنَّ الْأَحْكَامَ تَجْرِي عَلَيْهِ

این روایت می تواند ناظر به حد بلوغ باشد که سیزده سالگی است و صرف احتلام نیست. حضرت ع فرمودند یا ۱۳ است و یا ۱۴ و در برخی روایات دیگر با نکاح دختر می گویند ۹ یا ۱۰ که این تعبیر نشان می دهد که هیچ کدام از دو عدد خصوصیت ندارد بلکه معیاری وجود دارد که ممکن است در ۱۳ یا ۱۴ محقق شود. آن معیار قطعا احتلام نیست چون امام ع می گویند و ان لم يتحلّم پس معیار چیست؟ احتمالا عقل و رشد باشد.

روایت چهاردهم: عیص بن قاسم

۲۳۹۴۴-۳- محمد بن الحسین بسنده عن صفوان بن يحيى عن عيص بن القاسم عن أبي عبد الله ع قال: سألته عن اليتيم متى يدفع إليها مالها قال إذا علمت أنها لا تفسد ولا تضيع فسألته إن كانت قد زوجت فقال إذا زوجت فقد انقطع ملك الوصي عنها.

معیار دفع اموال به او، رشد است نه بلوغ. دفع اموال ظهور در جواز تصرف دارد نه صرف این که مال نزد او باشد.

دختر وقتی ازدواج کرد دیگر سلطنت وصی از بین می رود. در خبر روایات تزوج و دخل بها داشت یعنی ازدواج خودش موضوعیتی دارد در استقلال و ...

روایت پانزدهم: عبد الله بن يحيى الكاهلي

۲۵۹۷۷-۲- و عنه عن أحمد عن علي بن الحكم عن عبد الله بن يحيى الكاهلي قال: سئل أبو عبد الله ع و أنا عنده عن رجل اشترى جارية و لم يمسه فأمرت امرأته ابنه و هو ابن عشر سنين أن يقع عليها فوقع عليها فما ترى فيه فقال أثم الغلام و أتمت أمه و لا أرى للاب إذا قربها الابن أن يقع عليها الحديث.

پسر ده ساله بود ولی امام ع فرمودند که او اثم دارد و این با روایات رفع قلم و ... نمی سازد.

اشکال

این روایات نفوذ مخصص روایات عدم نفوذ است. پس اصل عدم نفوذ است.

جواب

این روایات نفوذ چون در ابواب مختلف است نمی تواند تخصیص بزند روایات عدم نفوذ را چون تخصیص اکثر می شود.

بحث بلوغ هم بحث مهمی است شاید بگوییم بلوغ ذات مراتب است و ۱۵ سال بلوغ تام است و این طور نیست که قبل از ۱۵ سال هیچ حد و مرزی ندارد و از ۱۵ سال دفعتاً همه احکام جاری است.

به لحاظ ادله، احکام و حد بلوغ، اختلاف، فراوان است ولی به لحاظ فتاوی گویا تسالمی وجود دارد بر ۱۵ سال.

اگر بخواهیم همه این روایات در ابواب مختلف را جمع کنیم زمان زیادی می برد و این کار را خودتان انجام دهید ولی فعلا ما می خواستیم بگوییم که در برابر آن روایات عدم نفوذ، روایت نفوذ هم زیاد است و استفاضه دارد.

اما از باب این که جمعی کرده باشیم با روایت عبد بن سنان می سنجیم. در آن روایت، آدم بن متوکل هم ثقه است از عبد الله بن سنان نقل می کند و او سقط شده است.

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَ أَنَا حَاضِرٌ عَنِ الْيَتِيمِ مَتَى يَجُوزُ أَمْرُهُ قَالَ حَتَّى يَبْلُغَ أَشَدَّهُ قَالَ قُلْتُ وَ مَا أَشَدُّهُ قَالَ احْتِلَامُهُ قَالَ قُلْتُ قَدْ يَكُونُ الْغُلَامُ ابْنَ ثَمَانٍ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ وَ لَا يَحْتَلِمُ قَالَ إِذَا بَلَغَ وَ كُتِبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا.

نکته ۱: این روایت در خصوص یتیم است و آن روایات نفوذ، مطلق غیر بالغ است.

نکته ۲: عدم نفوذ تصرفات صبی به مفهوم مخالف بود ولی روایات نفوذ به منطوق دلالت می کرد.

برخی از روایات نفوذ در مورد خاص بود مثل وقف و ... که به لحاظ متعلق خاص است و روایت عبد الله بن سنان به لحاظ موضوع خاص است چون در خصوص یتیم است پس تخصیص جا ندارد.

نکته اول این که نمی شود گفت روایات نفوذ، روایت عبد الله را تخصیص می زند.

نکته دوم این است که آقایان از یتیم الغاء خصوصیت کردند ولی ممکن است بگوییم با توجه به این دو دسته روایات، ممکن است یتیم خصوصیت داشته باشد.

نکته بعدی هم این است که آیا می توان گفت منطوق، اقوی است و لذا روایات نفوذ اقوی باشد؟ متاخرین و معاصرین معتقدند که تفاوتی در درجه دلالت ندارند. ولی می توان گفت که منطوق در حدی است که باعث شود آن چه موجب شکل گیری مفهوم است از بین برود. یعنی استفاده علیت انحصاری منتفی شود.

• جلسه ۶۵ دوشنبه ۱۷ دی ۱۳۹۷

روایات نفوذ امر صبی را از ابواب مختلف نقل کردیم. البته برخی از آن ها در ابواب خودشان معارضاتی هم دارند مثل قصاص به گونه ای که ممکن است به آن روایات، استناد نکنیم بخاطر تعارضات ولی می خواستیم بگوییم که روایات نفوذ قلیل نیست.

یکی از روایات معارض، روایت ابی بصیر است.

۲۴۷۷۷-۵- وَبِإِسْنَادِهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُثَنَّى بْنِ رَاشِدٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ يَتِيمٍ قَدْ قَرَأَ الْقُرْآنَ وَ لَيْسَ بَعْقَلُهُ بَأْسٌ وَ لَهُ مَالٌ عَلَى يَدِ رَجُلٍ فَأَرَادَ الَّذِي عِنْدَهُ الْمَالَ أَنْ يَعْمَلَ بِهِ (مُضَارَبَةً فَأَذِنَ لَهُ الْغُلَامُ فَقَالَ لَا يَصْلُحُ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ بِهِ) حَتَّى يَحْتَلِمَ وَ يُدْفِعَ إِلَيْهِ مَالَهُ قَالَ وَ إِنْ احْتَلَمَ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَقْلٌ لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ شَيْءٌ أَبَدًا. (وسائل ج ۱۹ ص ۳۶۷)

این روایت در خصوص مضاربه است و قرار است که با مال یتیم مضاربه ای شود و یتیم هم اجازه داده است و از جهت عقلی هم مشکلی ندارد که امام ع می فرماید امر او نافذ نیست.

وقتی مضاربه جایز نیست، بیع و ... هم جایز نیست چون در مضاربه فقط اعتماد به کسی است ولی این که چه چیزی بخرد یا بفروشد را عامل انجام می دهد ولی در بیع خودش باید معامله را یاد داشته باشد.

پس روایات معارض هم وجود دارد چه به صورت کلی مثل روایت بیاع لولو و روایاتی در موارد خاص مثل همین روایت که در مضاربه بود.

به نظر ما بین دو گروه، اگر جمع عرفی هم قابل تصویر در بعضی روایات باشد، ولی همه روایات قابل جمع نیستند. لذا تعارض مستقر است.

شهرت بلکه اجماع با روایات عدم نفوذ است اما قدرمتیقن آن تصرفات استقلالی در اموال است ولی این که آن اجماع شامل مثل مضاربه در فرضی که صبی، عامل است بشود معلوم نیست.

عامل تصرف در اموال خودش نیست بلکه تصرف در اموال دیگری است و ادله ای که تا الان داشتیم در تصرفات یتیم و غلام بود در اموال خودشان بود ولی تصرفات در اموال غیر ملاکش سفاهت و رشد بود نه بلوغ و عدم بلوغ. در آیه نسبت به تصرفات در اموال غیر می گوید "و لا توتوا السفهاء اموالکم اللتی جعل الله لکم قیاما" پس تصرف در اموال دیگران می تواند بکند خصوصا که از روایات این بدست نیامد که صبی مسلوب العبارة است.

اشکال

اگر در اموال خودش نمی تواند تصرف بکند در ملک دیگران هم به طریق اولی نمی تواند تصرف بکند.

جواب

این اولویت ممنوع است با توجه به دو نکته:

نکته ۱: این تصرف در اموال دیگران با تشخیص و اذن غیر است. یعنی وقتی غیر مثل صاحب مغازه می بیند که این صبی رشید است و در امور اقتصادی زرنگ است به او اجازه می دهد که به صورت استقلالی امر معاملات این مغازه را عهده دار شود.

نکته ۲: تصرف در اموال خودش به صورت موردی است؛ ولی در اموال خودش به صورت مطلق است.

اشکال

اموالکم در آیه، به معنای اموال خود سفیه است نه اموال غیر سفیه. چون در روایتی است که راوی از امام ع می فرمایند که مقصود از السفهاء، یتیم سفیه است و سوال می پرسد که چرا گفتند اموالکم نه اموالهم؟ امام ع می فرمایند این آیه در مواردی است که قیم و وصی می تواند وارث صبی باشد. پس اموال خود غیر صبی محل بحث است.

جواب

به نظر ما این روایت هم نمی تواند مانع استدلال شود چون اموالکم می تواند اعم باشد.

نتیجه مطالب این شد که به نظر ما در مضاربه، عامل می تواند صبی باشد.

برخی به روایتی استدلال کرده اند که صحیحه است و دلالت دارد که امر صبی نافذ نیست که از جمله تصرفات هم مضاربه است. ایشان می گوید کسی را ندیدم که به این روایت استدلال کرده باشد.

صحیحه محمد بن مسلم و عبید بن زراره

۲۴۳۹۶-۵- و بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُؤَيْدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ سُلَيْمَانَ عَنِ عَبِيدِ بْنِ زُرَّارَةَ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي رَجُلٍ تَصَدَّقَ عَلَى وُلْدِهِ لَهُ قَدْ أَدْرَكُوا قَالَ إِذَا لَمْ يَقْبِضُوا حَتَّى يَمُوتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ فَإِنْ تَصَدَّقَ عَلَى مَنْ لَمْ يَدْرِكْ مِنْ وُلْدِهِ فَهُوَ جَائِزٌ لَأَنَّ الْوَالِدَ هُوَ الَّذِي يَلِي أَمْرَهُ وَقَالَ لَا يَرْجِعُ فِي الصَّدَقَةِ إِذَا تَصَدَّقَ بِهَا ابْتِغَاءً وَجَهَ اللَّهُ.

"قد ادرکوا" کنایه از بلوغ است ولی ممکن هم هست که مراد رشد باشد نه بلوغ.

این روایت در مورد صدقه است و عموم فقهاء از این روایت، بحث وقف را فهمیدند که پدری بخشی از اموالش را برای برخی از فرزندان بالغش وقف کرده است که اگر قبض شده، وقف تمام است ولی اگر قبض نشده است وقف تمام نیست و مال، ملک پدر است و ارث محسوب می شود.

اگر پدر وقف کند بر فرزندان غیر بالغش، صبی صلاحیت قبض ندارد و لذا باید ولی قبض کند و چون ولی خود واقف است پس گویا قبض محقق شده است و لذا وقف تمام است و لذا ارث نیست.

بحثی در وقف است که قبض لازم است یا خیر و اگر لازم باشد قبض بطون چه می شود؟! اگر در وقف، قبض لازم نباشد این روایت مربوط به وقف نمی شود بلکه صدقه است و باز سوال این است که صدقه به معنای معروف، به پسر که واجب النفقه است یا خیر مورد بحث است پس شاید بگوییم که هبه است که باز ذیل کلام این را تبعید می کند چون لَا يَرْجِعُ فِي الصَّدَقَةِ إِذَا تَصَدَّقَ بِهَا ابْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ دَارِدٌ که در مورد صدقه است.

معیار صدقه این است که ابتغاء وجه الله است اگر شما هبه کنید و قصد ابتغاء کنید می شود صدقه و اگر قصد ابتغاء نباشد هبه می شود. هر دو قبض لازم دارند ولی هبه جایز است اما صدقه لازم است بخاطر همین که لَا يَرْجِعُ فِي الصَّدَقَةِ إِذَا تَصَدَّقَ بِهَا ابْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ.

این مباحث را فعلا کاری نداریم ولی مهم این است که حضرت ع فرمودند که صبی حتی نمی تواند قبض در وقف یا هبه را انجام دهد در حالیکه به یک معنا، این تصرف، تصرف مالی نیست یعنی تصرف مضر نیست چون چیزی از اموالش خارج نمی شود بلکه قرار است چیزی داخل در ملکش شود. پس این روایت دلالت دارد که امر صبی نافذ نیست.

نظر استاد نسبت به روایت

به نظر ما این روایت دلالت دارد که قبض ولی کافی است ولی دلالت ندارد که قبض صغیر نافذ نیست.

"فَإِنْ تَصَدَّقَ عَلَيَّ مِنْ لَمْ يَدْرِكْ مِنْ وُلْدِهِ فَهُوَ جَائِزٌ لَأَنَّ الْوَالِدَ هُوَ الَّذِي يَلِي أَمْرَهُ"

ضمیر فصل در "هو الذی یلی امره" دال بر اختصاص در متولی بودن است یعنی جد و حاکم ولی امر او نیست بلکه والد ولی امر است ولی این که اگر خودش قبض کند نافذ نیست را روایت نمی گوید.

اشکال

اگر تصرفات صبی نافذ باشد که "یلی امره" معنا ندارد. ولایت امر وقتی است که قبض خود او معتبر نیست.

جواب

ولایت امر می تواند در مجموعه افعالش باشد نه در خصوص قبض.

پس این روایت دلالت تامی بر عدم نفوذ نداشت. خصوصاً که سوالی در روایت است که در این جا والد که قبض نکرده است. چون فرض روایت این نیست که والد، وکالتاً قبض کرده است بلکه فقط او صدقه داده است. برخی می گویند در قبض، نیت لازم نیست و همین که تحت اختیار اوست یعنی قبض کرده است.

نظر نهایی استاد در اشتراط بلوغ

در جهت اول با توجه به روایات عدم نفوذ امر صبی می گوییم که تصرفات صبی بدون اذن ولی جایز نیست. اجماع و شهرت باعث شد روایات عدم نفوذ را ترجیح بدهیم.

جهت دوم هم محل تردید است چون تصرف با اذن ولی ممکن است که تصرف ولی باشد نه تصرف صبی ولی از جهتی تصرف استقلالاً صبی بود پس باید احتیاط کرد.

تصرفات صبی در جهت سوم و چهارم هم مشکلی ندارد.

نظر نهایی استاد در اشتراط بلوغ در مضاربه

در مضاربه تفصیل می دهیم بین این که عامل و مالک.

صبی می تواند عامل در مضاربه باشد و آیه و ابتلوا الیتامی... این را فهمیدیم که معیار رشد است. قبل از بلوغ ابتلاء رشد لازم است بعد از آن لازم نیست.

البته سرمایه گذار نمی تواند باشد چون بلوغ در تصرفات مالی در اموال خودش می تواند شرط است.

• جلسه ۶۶ سه شنبه ۱۸ دی ۱۳۹۷

بحث در شرایط عامه بود. شرط اول، بلوغ بود.

شرط ۲: عقل

مرحوم سید دومین شرط را عقل می دانند.

مجنون، صلاحیت انعقاد عقد و هیچ قراردادی را ندارد و مساله مسلمی است.

شرط ۳: اختیار

اختیار هم در عقد شرط است و اگر مجبور باشد نافذ نیست و ادله این مقدار هم کافی است.

شرط ۴: عدم حجر

مجبور هم نباید باشد. محجور امکان دارد بخاطر جنون یا افلاس باشد.

عدم حجر در افلاس در مالک معتبر است نه عامل؛ یعنی مفلس عمل خودش را می تواند تملیک کند ولی اموالش را نمی تواند تملیک کند.

مفلس می تواند عامل مضاربه باشد یا اجیر باشد و کار کند. اما کلام سید مطلق بود.

به سید اشکال شده است که عدم حجر بخاطر جنون تکرار همان شرط دوم یعنی عقل است. ولی برخی توجیح کردند که مقصود سید، سفیه است نه جنون در برابر عقل و سفیه محجور است و حق تصرف در اموالش را ندارد. در ارتباط با سفیه ادله ای داریم که سفیه حق تصرف در اموال را ندارد.

سفیه را در برخی روایات تعریف کردیم سابقا که گفته بودند سفیه کسی است که چیزی که به یک درهم می ارزد را به دو درهم می خرد.

بحث در این است که سفیه مثل مفلس فقط محجور در تصرف در اموال است و یا هم محجور در اموال و اعمال هست. یعنی می تواند اجیر شود و کار کند یا خیر؟

ادله محجوریت سفیه در اموال و اعمال

دلیل ۱

دلیل قرآنی محجور بودن سفیه، آیه "و لاتوتوا السفهاء اموالکم" است و این آیه مختص به اموال است و حجر در اعمال را ثابت نمی کند اما می توان از اموال تعدی کرد و گفت که اگر سفیه، محجور در اموال است پس در اعمال هم علی القاعده محجور است؛ چون اگر مالش را ارزان می فروشد، عملش را هم ارزان می فروشد و

قیاس با مفلس مع الفارق است چون علت این که مفلس در اموال محجور است بخاطر این است که حق غرماء به اموال تعلق گرفته است.

دلیل ۲

روایت عبد الله بن سنان الا ان یكون سفیها او ضعيفا دلالت داشت که اگر کسی سفیه باشد، امرش نافذ نیست و آقای خوئی گفتند امر مطلق است و شامل تصرفات مالی و عمل هم می شود.

دلیل عدم حجر در عمل در خصوص مضاربه

اجاره تملیک عمل است ولی عامل در مضاربه تملیک عمل نمی کند. مضاربه در واقع، یک جعاله است. مالک گفته است هر کس با این پول کار کند، من نصف سود را به او تملیک می کنم. وقتی اجیر می شود عمل شما ملک دیگری می شود ولی در جعاله، عمل شما ملک مالک نیست.

پس سفیه می تواند عامل در مضاربه باشد و حجر در عمل ندارد چون تملیک عمل چیست.

اشکال ۱

عامل در مضاربه ولو جعاله باشد و تملیک عمل نکرده است اما قبول که باید بکند و وقتی امر او نافذ نیست، این عدم نفوذ شامل قبول هم می شود. پس تملیک عمل نکردیم بلکه با گرفتن پول عقد جعاله را قبول کردیم.

اشکال ۲

این بحث لغو است چون بر فرض که قبول بتواند بکند و عامل هم بشود ولی عامل قرار است که بیع و شراء انجام دهد و وقتی سفیه است او نمی تواند بیع کند. اتفاقا آیه لاتوتوا السفهاء اموالکم دقیقا همین را می گوید که مال را به او ندهید.

لاتوتوا السفهاء می تواند ارشاد به حکم عقل باشد و یا ارشاد به فساد باشد که هر دو دال بر بطلان می شود و یا حرمت تکلیفی دارد که نهی در معاملات است.

نکته: این آیه نهی از هدیه دادن به سفیه نیست بلکه در مورد جایی است که می خواهید پول را به او بدهید و مالک شما باشید نه او؛ یعنی سرمایه تان را به او ندهید. اتفاقا آیه در ادامه می گوید وارزقوهم یعنی هدیه و ... مشکلی ندارد.

شاید هم از آیه این بدست آید که کالا و لباس و ... به او بدهید ولی پول به او ندهید.^۱

شرایط اختصاصی مضاربه

کلام سید

شرط ۱: مال مضاربه باید عین باشد.

مال المضاربه و سرمایه باید عین مثل درهم و دینار باشد نه منفعت و دین.

مالک نمی تواند بگوید بگوید طلبی از تو دارم یا از دیگری با آن کار کن.

بحث ۱: آیا می تواند راس المال دین باشد؟

ادله بطلان در دین

دلیل ۱: روایت سکونی

۲۴۰۷۲ - ۱ - مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ فَيَتَقَاضَاهُ وَ لَا يَكُونُ عِنْدَهُ فَيَقُولُ هُوَ عِنْدَكَ مُضَارِبَةٌ قَالَ لَا يَصْلُحُ حَتَّى تَقْبِضَهُ مِنْهُ.

امام ع می گوید وقتی پول را از او گرفتی و طلبت را وصول کردی می توانی آن را راس المال قرار دهی و الا جایز نیست. لایصلاح دلالت بر حرمت یا بطلان دارد.

اشکال

این روایت اخص از مدعا است؛ چون مورد روایت جایی است که من به بدهکار خودم می گویم که مال المضاربه باشد ولی اگر طلب در ذمه ثالث باشد نه خود عامل، این روایت دلالت بر بطلان در آن جا نمی کند. تفاوت دو صورت این است که در صورتی که دین بر ذمه عامل باشد، شبهه ربا دارد البته نه این که صد در صد ربا است ولی شبهه ربا دارد؛ این که بدهکار من قرار است که به من سود بدهد بابت بدهی این ربا است ولو در قالب مضاربه باشد؛ ولی در صورتی که دین به عهده ثالث باشد بحث ربا در آن مطرح نیست.

۱. سغه امکان دارد بخاطر کم سن و سال بودنش باشد و چند سال دیگر مرتفع شود پس صحت عقد مضاربه ثمره دارد.

پس این جا نمی توانید الغاء خصوصیت کنید. اگر امام ع به صورت مستقل می گفت، ظهور عنوان در موضوعیت است ولی این جا جواب سوال است و امکان دارد الغاء خصوصیت شود و لذا ما برای دفع آن گفتیم که بین این دو تفاوت است و لذا در هر صورت الغاء خصوصیت نمی شود.

• جلسه ۶۷ چهارشنبه ۱۹ دی ۱۳۹۷

ادامه ادله بطلان مضاربه در دین

روایت سکونی را بررسی کردیم و گفتیم که اخص از مدعا است.

دلیل ۲: مبنای آیت الله خویی در باب مضاربه

ما اثبات کردیم که عقودی مثل مضاربه و مزارعه و ... مخالف قاعده است چون قاعده این است که نماء تابع عین است پس کل سود مال کسی است که سرمایه مال اوست. البته تقریب دیگری هم برای قاعده بود که بررسی شد.

وقتی مضاربه خلاف قاعده است پس به عمومات و اطلاقات احل الله البیع و تجارة عن تراض نمی توان تمسک کرد. این ها ادله ای بود که در موارد شک به آنها رجوع می کردیم در این جا هم اگر می خواستیم تمسک کنیم می گفتیم که تجارت عن تراض اطلاق دارد و هم عین را شامل می شود و هم دین را پس اشتراط عین منتفی است.

به عمومات بیع و تجارت نمی توان تمسک کرد چون خلاف اصل و قاعده است چون تجارت عقلایی و بیع عقلایی به این شکل نیست در میان عقلاء نماء تابع سرمایه است.

پس باید اقتصار کنیم بر آن چه ذکر شده است. در روایات مضاربه اعطاء مال ذکر شده است که ظهور در مال عینی دارد. نتیجه، رجوع به اصالة الفساد است در مواردی که مضاربه در دین باشد.

اشکال ۱

این کلام، مبنایی است که خلاف قاعده هست یا خیر که قبلا بحث کردیم.

اشکال ۲

اگر فرض کنیم که نماء تابع اصل است ولی باز هم به نظر ما مضاربه، عقد عقلایی است یعنی خود عقلاء که نماء را تابع اصل می دانند همان عقلاء هم مضاربه دارند. پس خود عقلاء این تبصره را زدند. قاعده عقلی تخصیص بردار نیست ولی این که نماء تابع اصل است، قاعده عقلایی است و سیره است نه قاعده عقلی پس قابل تخصیص و تبصره است.

پس مضاربه مشمول تجارة عن تراض است و لذا می توان به آنها تمسک کرد و اشتراط عین را نفی کرد.

اشکال ۳

آقای خوئی گفتند که روایات مضاربه ظهور در مال عینی دارند.

الف) بررسی تعبیر مال

اگر کلمه مال، ظهور در مال خارجی مثل نقود داشته باشد حرف ایشان درست است ولی اگر گفتیم کلمه مال ظهور در هر چیزی است که در اختیار ماست بر دیون و ... هم مال صدق می کند. می گوئیم اموال او به ارث می رسد یعنی طلب هایی که دارد و

ب) بررسی تعبیر به اعطاء مال

آقای خوئی گفتند اعطاء مربوط به مال خارجی است و در روایات، تعبیر به اعطاء شده است.

۲۴۰۴۸-۱- مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُعْطَى الْمَالَ مُضَارَبَةً وَيُنْهَى أَنْ يَخْرُجَ بِهِ فَخَرَجَ قَالَ يَضْمَنُ الْمَالَ وَالرِّبْحَ بَيْنَهُمَا.

۲۴۰۴۹-۲- وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الْمَالَ فَيَقُولُ لَهُ أَتَتْ أَرْضَ كَذَا وَكَذَا وَ لَا تُجَاوِزُهَا وَ اشْتَرَى مِنْهَا قَالَ فَإِنْ جَاوَزَهَا وَ هَلَكَ الْمَالُ فَهُوَ ضَامِنٌ وَ إِنْ اشْتَرَى مَتَاعًا فَوْضَعَ فِيهِ فَهُوَ عَلَيْهِ وَ إِنْ رِبِحَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا.

نتیجه

ما می پذیریم که دفع و اعطاء مال، ظهور در اموال عینی و خارجی دارد نه دیون؛ ولی این روایات، در جواب سوال است و لذا مفهوم ندارند و نفی دین نمی کنند و از طرفی، روایات دیگری داریم که کلمه اعطاء در آنها نبود

و با آنها می توان صحت مضاربه را در دیون اثبات کرد. اکثر روایات باب مضاربه کلمه مال داشت و البته برخی مثل ح ۸ب ۱ روایت رفاعه کلمه مال را نداشت.

دلیل ۳: اجماع

برخی گفتند اجماع محصل و منقول داریم بر این که مال مضاربه نباید دین باشد. نتیجه تتبع حداقل شهرت هست.

اشکال ۱

برخی اشکال کردند که این اجماع کاشف از رای معصوم نیست چون برخی به روایات تمسک کردند مثل آقای خویی که به روایت سکونی استناد کردند و برخی به دلیل دیگری که به عنوان دلیل چهارم بیان می کنیم یا به سیره عقلاء که نماء تابع اصل است که آقای خویی به این نکته هم تمسک کردند. پس بر فرض که صغرای اجماع محقق باشد، حجیت ندارد چون اجماع مدرکی است.

اشکال ۲

برخی مثل مرحوم آیت الله هاشمی شاهرودی گفتند این اجماع اساسا از کلمات عامه وارد در شیعه شده است. اجماع محصل که قطعا نداریم؛ چون برخی فقهاء اساسا این نکته را عنوان نکردند. البته نقل اجماع داریم ولی تحصیل اجماع منتفی است.

دلیل ۴: عدم تصور تصرف در دین

مضاربه یک عقد اذنی است. یعنی مالک به عامل، اجازه تصرف در مالش را می دهد و عامل با آن کار می کند و بخشی از سود را به مالک می دهد پس عامل اذن در تصرف دارد و اذن در تصرف حتما نسبت به مورد و مصداقی معنا پیدا می کند که مال خارجی وجود داشته باشد و الا دین و ذمه که تصرف ندارد.

این استدلال می گوید چنین عقد مضاربه ای اساسا معقول نیست و معنا ندارد و متصور نیست که به دنبال دلیل شرعی بر آن باشیم.

نکته

در بحث لزوم و جواز مضاربه این نکته را بحث خواهیم کرد که عقد اذنی هست یا خیر؟ یکی از ادله جواز، اذنی بودن عقد است چون می گویند کل عقود اذنی، جایز هستند؛ ولی عقودی که بر اساس تعهد است لازم است. این نکته را بحث خواهیم کرد.

اشکال

درست است که برخی از انواع تصرف در دیون معنا ندارد ولی برخی از انواع تصرف معنا دارد. آیا هیچ تصرفی در آن معقول نیست؟! مثلاً قابل بخشش و قابل انتقال نیست؟!

دلیل ۵

این دلیل نشان می دهد که مساله ابهام دارد و می فهمیم که ابتدائاً باید صورت مساله را تصویر کنیم؛ چون دلیل پنجم این است که اساساً با مال در ذمه، چگونه می توان تجارت کرد؟! حتماً مال باید عینیت خارجی داشته باشد تا بتوان با آن خرید و فروش کرد.

ان قلت

عامل می گوید که من ۱۰۰ تومان به مالک، بدهکار هستم. من این ماشین را از شما می خرم در برابر آن ۱۰۰ تومانی که مالک از من می خواهد.

قلت

پس عامل باید ابتدائاً پول مالک را بدهد و ذمه خودش را از مالک بریء کند.

• جلسه ۶۸ شنبه ۲۲ دی ۱۳۹۷

ادامه دلیل ۵

سرمایه باید تبدیل به مال خارجی شود تا مضاربه بتواند محقق شود. قوام مضاربه به تجارت است و تجارت با دین ممکن نیست پس نیازی به دلیل خاص هم نداریم.

دو نکته باید بحث شود:

نکته ۱: اساساً به آن چه در ذمه است، مال گفته می شود یا خیر؟ آیا مال بر دین صادق است یا خیر؟

نکته ۲: آیا دین قابل نقل و انتقال است یا خیر؟ اگر دین قابل انتقال نباشد، پس دین نمی تواند راس المال قرار بگیرد.

هر دو نکته باید اثبات شود چون اگر اثبات کردیم که قابل نقل و انتقال است ولی مال بر آن صادق نباشد، ممکن است کسی بگوید که در ادله مضاربه مال ذکر شده بود و لذا اگر صدق مال نکند دلیلی بر مضاربه آن نداریم.

نظر استاد

به ما فی الذمه هم مال گفته می شود؛ چون بخشی از اموال ما دیونی است که بر ذمه دیگران داریم و هم می توانیم آن را منتقل کنیم کما این که می توانیم ما فی الذمه را ساقط کنیم و ابراء کنیم.

تصویر معامله و نقل و انتقال در دین

تصویر ۱

عامل ۱۰ میلیون بدهکار به مالک است و مالک گفته است که با آن ۱۰ میلیون معامله کن پس در این صورت، ۱۰ میلیون بدهی نداری بلکه امانت در اختیار شماست که با آن معامله کنید.

عامل وقتی مثلاً ماشین را به ۱۰ میلیون خرید در واقع، بدهکار شد و وقتی این بدهکاری را نقد می کند در واقع ببع آن ببع دین نقد شده است.

امروزه رسید می دهند مثل چک یعنی عامل به مالک، چک داده است و مالک همان چک را به عامل می دهد و می گوید با آن کار کن. چک صرفاً حواله است و شما این چک را ثمن قرار می دهید در برابر ماشین.

تصویر اول دینی که بر عامل است مضاربه شود بود که روایت سکونی گفت این مشکل دارد.

تصویر ۲

دینی که بر عهده ثالث است مال المضاربه باشد یعنی مالک در واقع، عامل را وکیل کرده است که دین از ثالث را وصول کن و سپس مضاربه کن. اگر مضاربه بعد از وصول باشد که دین نیست ولی می تواند قبل مضاربه باشد یعنی خرید کند و به مالک بگوید که تو چک را بده.

مالک به ثالث می گوید تو دیگر به من بدهکار نیستی و آن را به عامل بده تا با آن کار کند. مثل این که زید از عمرو طلبکار است و عمرو هم از بکر طلبکار است و عمرو می تواند طلبکار خودش را به بدهکار خودش حوال دهد. پس در مضاربه هم مالک می تواند عامل را به ثالث حواله دهد.

تصویر ۳

اصلا دینی وجود ندارد ولی مال المضاربه تعهد است. تو به اندازه ۱۰۰ میلیون اعتبار داری تا معامله کنی که هر چه تو خریدی را من پولش را پرداخت می کنم. این جا دین نیست ولی مثل دین است. امروزه می گویند شما برو کالا بخر، چک های آن را من می دهم یعنی تعهد مالی را مالک انجام می دهد. تفاوت تصویر ۲ و ۳ در این است که تصویر ۳ دین نیست ولی تصویر ۲ دین است.

چک حواله است و مال نیست حال مالک چک می کشد به مبلغ ۱۰۰ میلیون در وجه عامل و می گوید عامل به آن مضاربه کند.

۲۴۰۶۴ - ۱ - مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ يَعْنِي الْمُرَادِيَّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ الرَّجُلِ يَقُولُ لِلرَّجُلِ أَتَبَاعُ لَكَ مَتَاعًا وَالرَّيْحُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ قَالَ لَا بَأْسَ.

در روایت تصویر نشد که مالک پولی داده است. این که من برای تو جنس می خرم ظهور دارد که تو متعهد هستی و وکیل و متبرع هم نیست که اجرة الوکاله بگیرد یا مجانی.

عامل دارد پیشنهاد مضاربه را می دهد. مالک نیست که پول را بگذارد. عامل که می گوید جنس می خرم یعنی تعهد مالک، سرمایه مضاربه است پس نیازی به مال خارجی نیست. پس نه تنها نیازی به مالک خارجی نیست بلکه نیاز به دین حقیقی هم نیست بلکه با صرف تعهد مالک هم ممکن است. امام ع هم استفسار نکردند.

• جلسه ۶۹ یکشنبه ۲۳ دی ۱۳۹۷

گفتیم مساله دارای سه صورت است:

صورت ۱: مالک دین بر عهده عامل را راس المال قرار دهد.

صورت ۲: دین مربوط به ثالث باشد.

صورت ۳: مالک راس مال را تعهد خودش قرار دهد نه دین را و نه عین را.

ما گفتیم ضرورتی ندارد که مال خارجی باشد بلکه صرف تعهد هم کافی است به دلیل روایت ابی بصیر لیت مرادی. چه رسد به دین اما صورت اول به جهت شبهه ربا و به ادله خاصه مثل روایت سکونی جایز نیست. پس عدم جواز در صورت اول به جهت ادله خاصه است و از آن نمی توان تعدی کرد چون تفاوت است که دین به عهده عامل باشد یا نباشد به جهت همان شبهه ربا.

ح ۱ب ۵ ابواب مضاربه: روایت سکونی

۲۴۰۷۲-۱- مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ فَيَتَقاضاهُ وَ لَا يَكُونُ عِنْدَهُ فَيَقُولُ هُوَ عِنْدَكَ مُضارِبَةً قَالَ لَا يَصْلِحُ حَتَّى تَقْبِضَهُ مِنْهُ.

"حتی تقبضه منه" یعنی باید جنبه عینی پیدا کند تا مضاربه درست باشد و برخی فقهاء از "حتی تقبضه منه" تعدی کردند و گفتند دین هیچگاه نمی تواند مال المضاربه باشد ولی ما معتقدیم که در موارد مدیون بودن عامل، شبهه ربا وجود دارد و در موارد مدیون بودن ثالث چنین توهمی نیست و لذا الغاء خصوصیت نمی توان کرد.

ان قلت

ربا در جایی است که اصل سرمایه محفوظ باشد و سود بر آن اضافه شود ولی این جا عامل ممکن است در معاملاتش ضرر کند که ضرر هم بر دو نفر است و ممکن است سرمایه هم از بین برود پس شبهه ربا ندارد.

قلت

برخی گفتند این جا ربا است چون سرمایه محفوظ است و ما در جواب او می گوئیم که سرمایه محفوظ نیست و ممکن است خسارت ببیند اما حالت عادی این است که سرمایه محفوظ است چون عامل معامله می کند تا سود کند و این که ضرر هم بکند نادر است.

بحث ۲: آیا می تواند راس المال منفعت باشد؟

صورت ۱: عمل با دستگاه

شما دستگاهی مثل وزنه و باسکول و ... دارید و با آن چیزی تولید می شود و شما منافع آن دستگاه یا منافع ماشین و یا خانه را به عنوان سرمایه قرار دهید. شما با این دستگاه تولید کن و هر چه سود بردی نصف مال خودت و نصف مال من باشد. یعنی عامل قرار است که تولید کند و سپس بفروشد تا سود محقق شود. ولی دستگاه مال المضاربه نیست.

دستگاه نه تملیک می شود و نه اجاره داده می شود بلکه منافعش مضاربه داده شده است دستگاه را نمی تواند بفروشد بلکه منافع آن که سرمایه است را می تواند بفروشد و منتقل به ملک غیر کند. در واقع شما همان منافع را منتقل کردید و در ازاء آن پول گرفتید. منفعت وزن کشی در باسکول را به او دادید و پول گرفتید. عموماً می گویند مضاربه نیست ولی معنایش این نیست که باطل است چون ممکن است عقد صحیح دیگری باشد مثلاً ممکن شرکت باشد.

صورت ۲: تملیک کلی منافع دستگاه (اجاره)

خانه را اجاره بده و هر چه اجاره دادی تنصیف می شود. یعنی منافع را تملیک کن و سود آن را تنصیف کن. مثلاً اجاره مغازه به برخی اصناف نیاز به آشنایی با آن صنف دارد و لذا من شخصی را می یابم تا او اجاره دهد. پس عامل منفعتی را می فروشد و به ازاء آن پول دریافت می کند.

تفاوت دو صورت

در صورت اول استیفاء منافع بود و این صورت فروش منافع است. در صورت اول با دستگاه کار می کند و منافعش را می فروشد و یا به تدریج منافعش تملیک می شود و پول دریافت می شود و گاهی خود دستگاه را اجاره می دهد که این می شود صورت دوم.

این جعاله نیست چون این جا فرد خاصی مورد نظر است که عامل است و مشخص است ولی در جعاله مشخص نیست. البته در جعاله هم ممکن است که شخص معین باشد.

برخی می گویند که وکالت است ولی در وکالت باید حق الوکاله تعیین شود. آیا حق الوکاله می تواند مبهم باشد؟ برخی می گویند حق الوکاله باید معین باشد و در این صورت مضاربه مثلاً عامل اجاره داده ولی مستاجر پول را نداده است و فرار کرده است. پس ممکن است سود نباشد و حق الوکاله ای نباشد.

عموما می گویند این صور هم مضاربه نیستند.

دلیل ۱

مضاربه عقدی است که در حوزه تجارت است یعنی خرید و فروش و این جا فروش خدمات است و اجاره مغازه است و کار تولیدی است و تجارت نیست.

شما منافع را فقط می فروشید ولی چیزی را نمی خرید درحالیکه تجارت یعنی قابلیت خرید و فروش را داشته باشد ولو که در مضاربه هم شاید فقط چند بار بفروشد ولی قابلیتش را دارد اما این جا خرید و فروش نیست بلکه فقط فروش است.

بررسی دلیل ۱

بررسی بخش کبروی دلیل ۱

گفتند که مضاربه فقط برای تجارت است. پس در حوزه غیر تجارت اصلا مضاربه صادق نیست. چون در ادله مضاربه عنوان تجارت مطرح بود.

بررسی بخش صغروی دلیل ۱

آیا با منافع می توان تجارت کرد یا خیر؟ آیا نمی شود همین منافع را با کالایی معامله کنیم و سپس با آن کالا خرید و فروش کنیم؟

• جلسه ۷۰ دوشنبه ۲۴ دی ۱۳۹۷

ادله مشهور بر این که منفعت نمی تواند مال المضاربه باشد این است که اتجار با منفعت اتفاق نمی افتد و دلیل دیگر هم اجماع است که مدرکی است.

بررسی دلیل ۱

بررسی بخش کبروی دلیل ۱

گفتند که مضاربه فقط برای تجارت است. پس در حوزه غیر تجارت اصلا مضاربه صادق نیست. چون در ادله مضاربه عنوان تجارت مطرح بود.

در ادله مضاربه، روایتی نداشتیم که مضاربه را تعریف کند ولی در عموم روایات، چنین فضایی است که مالی در اختیار کسی است و با آن خرید و فروش می کند یعنی تجارت می کند. اما روایت خاصی نداشتیم که بگوید مضاربه منحصر در تجارت است.

طبق مبنای آقای خویی که مضاربه را بر خلاف قاعده می داند باید دلیلی بر اثبات آن داشته باشیم لذا اگر محرز نبود که مضاربه در غیر منفعت است مضاربه ثابت نیست. پس می توان گفت که شرط است در مضاربه که منفعت نباشد.

اما طبق مبنای ما که مضاربه را خلاف قاعده ندانستیم، بعد از صحت مضاربه، اشتراط نیاز به اثبات و دلیل دارد. منفعت صدق مال می کند ولی مال خارجی نیست و دلیلی نداریم که خارجیت مال معتبر است و لذا منفعت هم ممکن است.

نکته دوم این که در برخی روایات مضاربه بحث تجارت هم نیست و کلام مطلق است.

ح ۱۴ ب ۱ ابواب مضاربه: روایت حلبی

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: الْمَالُ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةٌ لَهُ مِنَ الرِّيحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ.

در این روایت نیز سخن از تجارت نبود بلکه سخن از مال است و بر منفعت مال صادق است. این روایت اطلاق دارد نسبت به تجارت و غیر تجارت.

این روایت کلام ابتدایی از سوی امام ع است و لذا در مقام بیان است.

روایات کثیره در مورد تجارت بود ولی همه سوال سائل بود و این طور نبود که مفهوم داشته باشد... ممکن است آن زمان، بیشتر تجارت بوده است یعنی ذهنیت آنها مقید موضوع نیست بلکه از باب ابتلاء عرف آن زمان است.

بررسی بخش صغروی دلیل ۱

بر فرض گفتیم که مضاربه مختص به مضاربه است اما آیا با منافع می توان تجارت کرد یا خیر؟ آیا نمی شود

همین منافع را با کالایی معامله کنیم و سپس با آن کالا خرید و فروش کنیم؟

می توان سرمایه را منفعت قرار داد و تجارت هم حاصل شود مثل این که مالک می گوید منافع مغازه را بفروش و با پول آن تجارت کن. سرمایه اولی، منفعت بوده است و عامل منفعت را استحصال کرده است و سپس با آن تجارت کرده است. عقد مضاربه بر منفعت بسته شده است نه بر پولی که با فروش منافع بدست آمده است.

مثل این که ما برای تجارت عامل، کالا به او بدهیم مثلا طلا بدهیم یا یخچال و ... که باید بفروشد و سپس خرید و فروش کند. این که کالا بدهید و پول بگیرید، تجارت هست ولو کسی بخاطر ادله ای بگوید مضاربه را در کالا قبول نداریم ولی فعلا می خواهیم بگوییم صدق تجارت می کند.

لازم نیست که عامل، منافع را بفروشد و با پول آن تجارت کند و مثلا طلا بخرد بلکه عامل می تواند منافع را بفروشد بلکه می تواند آن را تبدیل به جنسی مثل طلا و ... بکند.

مشکل کار در این جا است که در مضاربه می گوییم سرمایه باید به صاحب مال برگردد. پس وقتی سرمایه، منافع است باید خود سرمایه برگردد یعنی منافع باید برگردد درحالیکه این منافع یک سال، قابل استرداد نیست بلکه باید تبدیل به پول شود و این یعنی از ابتداء، مضاربه بعد از پول شدن منافع رخ داده است.

ان قلت

در مضاربه اموال خارجی هم عین آنها بر نمی گردد مثلا خود آن پول بر نمی گردد.

قلت

پول مثلی است و مثل آن برگشته است.

ان قلت

منفعت هم می تواند مثلش استرداد شود.

قلت

منفعت مثلی نیست و لذا برگشت مثل آن معنا ندارد بلکه قیمت آن باید برگردد که این یعنی سرمایه همین پول و قیمت بوده است. پس شما وکیل بودید که منافع را استحصال کنید و تبدیل به پول کنید و سپس تجارت کنید.

پس در منفعت، هر چند تجارت را تصویر کردیم ولی باز هم مضاربه نشد.

البته فعلا مهم برای ما این است که عنوان مضاربه در آن صادق است یا خیر؟ و الا همین معامله را می توان عقد صحیح عقلایی دانست.

حال آیا این اسم مضاربه حکم اختصاصی دارد که صدق این عنوان برای ما مهم بشود یا حکم اختصاصی ندارد که دیگر بحث از صدق مضاربه مفید نخواهد بود.

• جلسه ۷۱ سه شنبه ۲۵ دی ۱۳۹۷

کلام مرحوم سید راجع به اشتراط تجارت در مضاربه

مرحوم سید شرط نهم را همین قرار دادند که سود آوری در مضاربه باید با تجارت باشد ولی اگر سودی به غیر تجارت بود صحت آن محل اشکال است چون قدر معلوم از ادله مضاربه، تجارت است و اگر هم بپذیریم که غیر تجارت هم صحیح است که بعید هم نیست ولی در این صورت این عقد صحیح داخل در عنوان مضاربه نیست. ادله ای را برای تجارت مطرح کردیم اما استدلال دیگری هم برای آن باید مطرح کنیم چون برخی از فقهاء برای این کلام سید، استدلال به خود لفظ مضاربه کردند.

کلمه مضاربه یعنی استرباح به تجارت پس نیازی به لفظ تجارت در ادله مضاربه نیست مثلا روایتی خواندیم که از نظر ما مطلق بود چون عبارت "یعمل به مضاربه" بود که لفظ تجارت در آن نبود اما بنابر این کلام، این جا هم تجارت آمده است چون تعبیر به مضاربه به معنای تجارت است.

این آقایان می گویند که در لغت، مضاربه به معنای ضرب به مال یعنی تقلیب و تحویل آن به مال دیگر به جهت استرباح است. پس ادله مضاربه هیچکدام اطلاق ندارد.

باید کیفیت استرباح از اموال را بررسی کنیم تا ببینیم این تعریف مضاربه و کلام سید تطبیق بر کدام می شود.

انواع استرباح

نوع ۱: تجارت اصطلاحی یعنی استرباح به مال بخاطر تفاوت قیمت سوقیه. یعنی چیزی را می خریم و سپس گرانتر می فروشیم.

این افزایش قیمت سوقیه بخاطر زمان است مثلا در تابستان گرانتر است که کالا را باید انبار کنیم و یا بخاطر مکان است مثلا لب مرز ارزان است و در شهر، گرانتر است ولی همه این ها بدون هیچ عملی بر روی کالا بوده است بر خلاف نوع بعدی.

این نوع، تحت تعریف مضاربه می رود و در کلام سید هم داخل است.

نوع ۲: پولی در اختیار ما است و جنسی را می خریم سپس عملی بر مال انجام دادیم که باعث رشد قیمت شده است. مثلا پولی را داده اند و ما زمین خریدیم و آن را دیوار چینی کردیم و سپس گرانتر می فروشیم که این جا سود محقق می شود.

این نوع، تجارت بمعنی الاخص نیست چون سود شما بخاطر قیمت سوقیه نیست بلکه بخاطر عمل شماست پس تجارت به معنای خاص آن نیست و لذا تحت کلام سید نمی رود ولی تحت این تعریف مضاربه می رود چون تعریف لغوی "تحويل مال به مال بخاطر استرباح" بود و نگفته بود عملی بر آن مال انجام شده باشد یا خیر.

نوع ۳: مالی را در اختیار کسی بگذارید تا مال را تبدیل به مال بهتری کند و یا مال را مُثْمِرِ ثمر کند. مثلا زمینی را دادید که در آن کشاورزی صورت بگیرد.

در دو مورد قبل، خود سرمایه فروخته می شد ولی این جا سرمایه فروخته نمی شود و با آن کار می شود البته مزارعه غیر از ادله مضاربه، نص خاص هم دارد ولی مثال غیر منصوص هم دارد.

نوع ۴: کسب سود کنید از راس المال ولی راس المال باقی باشد و منافی از آن استحصال شود مثل این که دستگاهی را در اختیار کسی بگذارید تا با آن کار کند.

فرق این صورت با صورت قبل این است که در صورت قبل، در خود سرمایه عملیاتی را انجام دادید که به سوددهی رسید ولی در این جا خود سرمایه هیچ تغییری نکرد و فقط به وسیله ادوات کسب سود کردیم.

اگر سود دستگاه را تقسیم می کنید پس دستگاه سرمایه است و اگر سود دستگاه را تبدیل به مال دیگری می کنید و سپس تجارت می کنید در این جا سرمایه می تواند منافع دستگاه باشد که دیروز گفتیم. این همان اکتساب به منفعت بود که دیروز مطرح کردیم.

نوع ۵: عملیاتی را انجام دهد که مال ارزشمندتر شود و سپس می فروشد و سود می کند. مثلا پارچه می دهیم که کاری کند و بفروشد یا آرد می دهیم که نان درست کند و بفروشد.

این جا از ابتداء، جنس و کالا را سرمایه قرار می دهیم بر خلاف نوع دوم که ابتدائا پول بود و زمین خریده می شد و روی آن کار می شد و سپس فروخته می شد.

کلام سید فقط شامل صورت اول می شود ولی تعریف لغوی مضاربه شامل همه صور می شود چون همه این صور، تحویل مال است بخاطر استرباح. فقط صورت چهارم تحویل مال نیست یعنی جایی که دستگاه در اختیار شخصی قرار گیرد که این جا محل تردید است البته اگر منفعت دستگاه را به عنوان سرمایه در تجارت قرار دهد تجارت است ولی این که مستقیما سود دستگاه تقسیم شود تجارت نیست.

حال اگر مضاربه این باشد، دایره اوسعی را دارد الا این که مزارعه و مساقات دلیل خاص دارد و الا مضاربه هم شامل آن می شود.

آقای خویی می گویند مضاربه باید استرباح به تجارت باشد و اگر تجارت نبود و مزارعه و مساقات هم نبود عقد باطل است بر خلاف سید که گفت عقد صحیح دیگری است.

آقای خویی می گویند عمومات شامل این موارد نمی شود البته در جایی دیگر برخی از این انواع را داخل در شرکت "سرمایه و کار" که در بحث شرکت به آن می پردازیم قرار می دهند.

علت این که عمومات این موارد را نمی گیرد این است که خلاف قاعده است چون قاعده این است که نماء تابع اصل است ولی شما بخشی از نماء را به عامل می دهید. الا این که خود ایشان در جایی دیگر مثل ضمان عرفی می گویند که اوفوا بالعقود شامل هر عقد عقلایی می شود ولی در مضاربه این را نمی گویند.

روایتی مربوط به این بحث وجود دارد که باید بررسی شود.

ح ۷ب ۲۲ ابواب اجاره: روایت علی بن جعفر

۲۴۲۹۷-۷- عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ جَدِّهِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ بَيْتًا بَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ فَاتَاهُ الْخِيَاطُ أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ فَقَالَ أَعْمَلُ فِيهِ وَالْأَجْرُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ وَمَا رِيحَتْ فُلِي وَ لَكَ فَرِيحٌ أَكْثَرَ مِنْ أَجْرِ الْبَيْتِ أَيْحِلُّ ذَلِكَ قَالَ لَا بَأْسَ. (وسائل ۱۹ ص ۱۳۱)

شیخ حر از خود کتاب علی بن جعفر نقل کرده است و برخی معتقدند که این کتاب نزد شیخ حر بوده است و سند شیخ حر همان سند شیخ طوسی است و سند شیخ طوسی به کتاب علی بن جعفر صحیح است.

پس هر چند سند قرب الاسناد بخاطر عبد الله ضعیف است ولی نقل شیخ حر صحیح است و لذا معتبر است.

ما قبلا این را بررسی کردیم که گاهی شیخ حر از خود کتاب علی نقل می کند و می گوید آن را به سند شیخ طوسی در اختیار دارم.

دلالت

شما خانه ای را اجاره کردید و منافع آن را با آقایی شریک شدید حال سوال راوی این است که آیا ما چیزی را که اجاره کردیم آیا منافعش را می توانیم با دیگری شریک شویم؟ که مستقیما بحث ما نیست ولی این به بحث ما هم ربط دارد.

مالک، منافع دار را گذاشته است و سپس حصه ای از سود را گرفته است یعنی مکان از این شخص است و عامل کار و سرمایه مثل پارچه و ... گذاشته است.

در واقع این آقا به قرارداد دوم سود کرد چون قرارداد اول اجاره است و قرارداد دوم مٹ مضاربه است.

سوال این است که سود این قرارداد دوم من بیش از اجاره اولیه است که امام ع می گویند اشکالی ندارد.

حال اگر این آقا که مستاجر خانه است می تواند این کار را بکند، آیا خود مالک دار نمی تواند انجام دهد؟ قطعاً می تواند. پس شخص می تواند منافع خانه را در اختیار بگذارد و سود از کار و تولید داخل آن بگیرد.

کلام امام ع که می فرماید "لاباس" یعنی آن اجر بیشتر که گرفته است حلال است یعنی امام ع حکم به ملکیت کرده است. مالکیت آن شخص به معنای صحت عقد می شود.

عامل می گوید "وَالْأَجْرُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ وَمَا رِيحَتْ فِلي وَ لَكَ" یعنی ابتدائاً باید اجر را کنار بگذاریم چون اجاره خانه که هزینه شخص است که باید کسر هزینه شود و سپس سود تقسیم شود و امکان هم دارد دو عبارت عطف تفسیری باشند یعنی مقصود از اجر هم همان ربح باشد.

ادامه بررسی دلالتی روایت علی بن جعفر

ح ۷ب ۲۲ ابواب اجاره: روایت علی بن جعفر

۲۴۲۹۷-۷- عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ جَدِّهِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أُخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ بَيْتًا بَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ فَاتَاهُ الْخِيَاطُ أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ فَقَالَ أَعْمَلُ فِيهِ وَالْأَجْرُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ وَمَا رِبْحْتُ فَلِي وَ لَكَ فَرِيحَ أَكْثَرَ مِنْ أَجْرِ الْبَيْتِ أَيْحِلُّ ذَلِكَ قَالَ لَا بَأْسَ. (وسائل ۱۹ ص ۱۳۱)

بحث بعدی این است که آیا کالا می تواند مال المضاربه باشد؟

سوال مستاجر این است که آن سودی که از خانه می برم بیش از اجاره ای است که به مالک بیت می دهم آیا جایز است؟ این سوال بخاطر این اس که روایاتی داریم که اجاره دادن خانه از سوی مستاجر به بیش از اجاره ای که به مالک می دهد جایز نیست مگر که تغییری داده باشید و کاری کرده باشید. البته این روایات در مورد اجاره دادن مستاجر است ولی همین ذهنیتی درست کرده که از امام ع سوال پرسد که آیا می شود خانه را برای کار تولیدی به کسی بدهیم.

مقصود ما از این روایت این است که این جا عقد مضاربه ای است که یک طرف منافع را به عنوان سرمایه گذاشته است ولو این روایت، اسم آن را مضاربه نگذاشته است. پس حداقل این عقد صحیح است.

گفتیم در "وَالْأَجْرُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ وَمَا رِبْحْتُ فَلِي وَ لَكَ" دو احتمال است:

احتمال ۱: تکرار و تفسیر

احتمال ۲: اجاره هم مثل سود تقسیم شود. پس نصفی از اجاره می شود سرمایه مالک. عامل هم چون نمی توانسته خانه را مستقلا اجاره کند این قرارداد را پذیرفته است.

احتمال دیگر هم این است که اجر کسر هزینه باشد یعنی اجاره تقسیم نشود و کسر شود و سپس ربح تقسیم شود.

تقریب یکی از فقهاء از روایت

مستاجر خانه ای را اجاره کرده است و عاملی باز از مستاجر اجاره کرده است اما اجاره عامل به مبلغ معین نبوده است بلکه اجاره عامل نصف سودش است. پس ربطی به شرکت و مضاربه ندارد بلکه مرتبط به اجاره است. پس سوال از جهالت در اجاره است و امام ع می گوید اشکال ندارد و روایت معرض عنه اصحاب است و لذا به آن استناد نمی کنیم.

این کلام خلاف ظهور عبارت "الاجر بینی و بینک" و نیز "فریح اکثر" است.

نتیجه

این روایت دلالت دارد که ما می توانیم منافعی را در اختیار کسی قرار دهیم و این عقد صحیح است.

فقهاء مثل آقای خوئی و جواهر و حدائق و حکیم به این روایت استشهاد نکردند نه در اجاره و نه در شرکت.

پس این معامله، معامله صحیح است ولی آیا مضاربه است یا خیر؟

باید کلمات آقایان در شرکت را بررسی کنیم که تفصیلهای بعد از مضاربه می آید اما اجمالا می گوئیم که مشهور بلکه اجماع فقهاء بر این است که شرکت وجوه و نیز شرکت اعمال باطل است فقط این جنید گفته صحیح است.

البته شرکت عنان صحیح است و شرکت منافی است.

باید دید این مورد ما مصداق شرکت در اعمال یا منافع است یا خیر؟ مورد بحث ما یکی عمل گذاشته است و یکی منفعت گذاشته است و قطعاً شرکت عنان نیست که بگوئیم صحیح است و شرکت وجوه هم که نیست و شرکت در اعمال هم که صحیح نیست.

شرکت در اعمال مثل این است که دو نفر با هم قرار ببندند که امروز هر چه سود بردیم با هم تقسیم کنیم که این اجماعاً باطل است.

پس می ماند شرکت در منافع که آقای خوئی شرکت در منافع را می پذیرند البته منافی که منافعه الان باشد مثلاً دو نفر می گویند خانه ها را اجاره بدهیم و تقسیم کنیم. منافی که موجود است مثل قابلیت سکنی ولی در منافع غیر موجود نمی پذیریم مثل منافع دستگاه زیراکس که باید کار شود و خدمات بفروشد.

پس شرکت تطبیق نشد و عقد دیگری معنا ندارد و علی القاعده باید مضاربه باشد اگر نگوئیم عقد جدیدی است.

گفتیم اوفوا بالعقود قضیه خارجیه است یا حقیقیه؟ اگر خارجیه باشد پس ناظر به عقود همان زمان بوده است و اگر حقیقیه باشد هر عقد عقلایی را شامل می شود. البته عقد عقلایی تعریفی و ارکان و مقوماتی دارد. نه این که هر مصداقی را پیدا کردیم بگوییم صحیح است باید یک عقد شناسایی شده با مختصات خاص باشد مثل عقد بیمه. در این جا اگر مضاربه نباشد شاید بگوییم شرکت است چون ما در شرکت خواهیم گفت که شرکت عقلایی اعم از شرکت فقهی است.

بحث بعد: آیا سرمایه می تواند کالا باشد؟

مشهور این است که مضاربه در کالا جایز نیست.

• جلسه ۷۳ سه شنبه ۲ بهمن ۱۳۹۷

کلام سید

"الثانی أن یكون من الذهب أو الفضة المسکوکین بسکة المعاملة بأن یكون درهما أو دینارا فلا تصح بالفلوس و لا بالعروض (متاع و کالا) بلا خلاف بینهم و إن لم یکن علیه دلیل سوی دعوی الإجماع نعم تأمل فیہ بعضهم و هو (تأمل در اجماع) فی محله لشمول العمومات إلا أن یتحقق الإجماع و لیس (تحقق اجماع) ببعید فلا یتربک الاحتیاط" (عروه الوثقی ج ۲ ص ۶۳۹)

آیا سرمایه می تواند کالا باشد یا باید درهم و دینار باشد؟

سید می گوید شرط دوم این است که سرمایه مضاربه باید درهم و دینار باشد و نه با فلوس و نه با کالا مضاربه رخ نمی دهد. دلیل فقط اجماع است هر چند برخی در اجماع تأمل دارند چون عمومات شامل مضاربه به فلوس و کالا می شود مگر بگوییم که اجماع محقق است که مخصص عمومات می شود و بعید نیست که اجماع تحقق یافته باشد پس احتیاط نباید ترک شود.

فقهاء دیگر هم این مساله را طرح کردند و گفتند مشهور قائل به همین هستند و برخی گفتند اجماع است.

صاحب جواهر هم ادعای اجماع می کند و از قاضی ابن براج هم نقل اجماع می کند.

پس عمده دلیل، اجماع است اما در آن دو تأمل وجود دارد:

تأمل ۱: تحقق صغرای اجماع

اشکال ۱: ادعای صاحب جواهر و دیگران بر اجماع، عبارت است از اجماع بر صحت مضاربه به درهم و دینار ولی اجماع، بر بطلان مضاربه به غیر درهم و دینار ندارند.

از این اجماع، اشتراط درهم و دینار بدست نمی آید. اجماع ایجابی است ولی نتیجه ای که برخی گرفتند سلبی است که همان اشتراط باشد که یعنی به غیر درهم و دینار جایز نیست که چنین چیزی مفاد اجماع نبود.

اشکال ۲: خیلی از فقهاء چنین مساله ای را اساساً طرح نکردند. بلکه می توانیم بگوییم کسانی که طرح مساله کردند این نکته را گفته اند ولی نمی توان گفت اتفاق فقهاء بر آن است چون مساله در کلام بسیاری معنون نبوده است.

تامل ۲: اعتبار اجماع

اجماع تبعیدی یعنی اجماعی که مدرک آن برای ما معلوم نیست و حتی محتمل هم نیست اما اجماعی که مدرکش معلوم است و یا محتمل المدرک است، معتبر نیست.

اجماع نزد شیعه منبع مستقل برای استنباط نیست بلکه به قول شهید صدر، از وسائل احراز وجدانی سنت است لذا اجماع در صورتی معتبر است که کاشف از سنت باشد ولی محتمل است که این اجماع مبتنی بر بعضی از ادله باشد که به آن ها اشاره می کنیم.

پس دلیل اول اجماع بود.

دلیل ۲

مقدمه ۱: در ادله مضاربه تصریح شده است که مضاربه به درهم و دینار صحیح است مثل ح ۱ ب ۲ ابواب مضاربه که تعبیر به الف دینار یا درهم بود.

"عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عْتَبَةَ قَالَ: قُلْتُ لَأُزَالَ أُعْطِيَ الرَّجُلَ الْمَالَ فَيَقُولُ قَدْ هَلَكَ أَوْ ذَهَبَ فَمَا عِنْدَكَ حِيلَةٌ تَحْتَالُهَا لِي فَقَالَ أَعْطَى الرَّجُلَ أَلْفَ دَرَاهِمٍ أَقْرَضَهَا إِيَّاهُ وَأَعْطَاهُ عَشْرِينَ دَرَاهِمًا يَعْمَلُ بِالْمَالِ كُلِّهِ وَيَقُولُ هَذَا رَأْسُ مَالِي وَهَذَا رَأْسُ مَالِكٍ فَمَا أَصَبْتَ مِنْهُمَا جَمِيعًا فَهُوَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ فَسَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهِ"

مقدمه ۲: اطلاقی که مضاربه به غیر درهم و دینار را تصحیح کند وجود ندارد.

مقدمه ۳: آیت الله خوئی فرمودند مضاربه، خلاف اصل است پس اعتبارش نیاز به دلیل خاص در خصوص مضاربه دارد که در درهم و دینار فقط ثابت است.

نتیجه: دلیلی بر صحت مضاربه در غیر درهم و دینار نداریم. پس نتیجه، اشتراط درهم و دینار است.

اشکال ۱: اشکال به مقدمه ۳

قبلا این را بحث کردیم که مضاربه خلاف اصل نیست و لذا به عموماً صحت عقود عقلایی می توان تمسک کرد مثل اوفوا بالعقود و تجارة عن تراض و... . اطلاق این ادله اقتضا دارد که درهم و دینار بودن شرط نیست.

اشکال ۲: اشکال به مقدمه ۲

اطلاقاتی در ادله مضاربه داریم که شامل غیر درهم و دینار می شود. در روایات متعددی تعبیر به مال شده است و فلوس و متاع هم مال است.

ح ۹ ب ۱ ابواب مضاربه: جمیل بن دراج

عَنْ جَمِيلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا يَشْتَرِي بِهِ ضَرْبًا مِنَ الْمَتَاعِ مُضَارَبَةً فَذَهَبَ فَاشْتَرَى بِهِ غَيْرَ الَّذِي أَمَرَهُ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَالرَّيْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَ.

ح ۱۰ ب ۱

عَنْ أَبِي بصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الرَّجُلَ مَالًا مُضَارَبَةً وَبِنَهَاهُ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى فَعَصَاهُ فَقَالَ هُوَ لَهُ ضَامِنٌ وَالرَّيْحُ بَيْنَهُمَا إِذَا خَالَفَ شَرْطَهُ وَعَصَاهُ.

ح ۱۱ ب ۱

عَنْ زَيْدِ الشَّحَامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الْمُضَارَبَةِ إِذَا أُعْطِيَ الرَّجُلُ الْمَالَ وَنَهِيَ أَنْ يَخْرُجَ بِالْمَالِ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى فَعَصَاهُ فَخَرَجَ بِهِ فَقَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَالرَّيْحُ بَيْنَهُمَا.

ح ۱۲ ب ۱

أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عَيْسَى فِي نَوَادِرِهِ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع كَانَ لِلْعَبَّاسِ مَالٌ مُضَارَبَةٌ فَكَانَ يَشْتَرِطُ أَنْ لَا يَرْكَبُوا بَحْرًا وَلَا يَنْزِلُوا وَاذِيًّا فَإِنْ فَعَلْتُمْ فَأَنْتُمْ ضَامِنُونَ فَأَبْلَغَ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ ص فَأَجَازَ شَرْطَهُ عَلَيْهِمْ.

و روایات دیگر که می تواند اطلاقات در مضاربه باشد. پس مقدمه دوم هم تمام نبود.

ان قلت

مگر این که بگویید که این تعبیر "مال" در کلام سائل بود و ما به اطلاق کلام سائل نمی توانیم تمسک کنیم.

قلت

در اصول می گوئیم که اطلاق کلام معصوم برای ما حجت است الا این که اطلاق کلام سائل با ترک استفصال از سوی امام دلیل بر اطلاق کلام امام است.

تقریب دیگر جواب این است که بگوییم وقتی امام ع به لابس جواب می دهند و موضوع و متعلق را نمی گویند در واقع می گویند موضوع و متعلق که تو گفتی همان موضوع و متعلق است که من دارم محمول را بر آن بار می کنم پس گویا آن کلام سائل همان کلام امام ع است.

ان قلت

اشکال دیگر این است که آیا شرایط اطلاق تمام است یا خیر؟ یعنی سائل گفته است المال و گفتیم گفته سائل مثل گفته امام ع است ولی آیا امام ع یا سائل در مقام بیان انواع مال بوده اند؟

قلت

مثلا به عنوان نمونه حدیث عبد الرحمن را بررسی کنیم: ح ۱ب ۷

عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ مَعَهُ الْمَالُ مُضَارَبَةً فَيَقِلُّ رِبْحُهُ فَيَتَخَوَّفُ أَنْ يُؤْخَذَ فَيُرِيدُ صَاحِبَهُ عَلَى شَرْطِهِ الَّذِي كَانَ بَيْنَهُمَا وَإِنَّمَا يَفْعَلُ ذَلِكَ مَخَافَةً أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ.

در برخی از این روایات، شرایط اطلاق تمام نیست.

اگر ما باشیم و تک تک این روایات، ممکن است که در خیلی از این اطلاقات تامل کنیم ولی از تجمع آن ها می توانیم بدست آوریم که روایات در مقام بیان بوده اند. یعنی این همه روایات داشته باشیم و غیر مال چیزی را نگفتند که این یعنی، ارتکاز آنها مطلق مال بوده است.

پس ما از تعداد روایات به اطلاق روایات نرسیدیم بلکه می‌گوییم معهود، مطلق مال بوده است.

تعداد روایت درهم و دینار کم است و عموماً در مواردی است که می‌خواهد کمیتی را مطرح کند مثل روایت عبد الملک بن عتبه:

عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عُتْبَةَ قَالَ: قُلْتُ لَأُزَالَ أُعْطِيَ الرَّجُلَ الْمَالَ فَيَقُولُ قَدْ هَلَكَ أَوْ ذَهَبَ فَمَا عِنْدَكَ حِيلَةٌ تَحْتَالُهَا لِي فَقَالَ أُعْطِيَ الرَّجُلَ أَلْفَ دِرْهَمٍ أَقْرَضَهَا إِيَّاهُ وَأَعْطَاهُ عِشْرِينَ دِرْهَمًا يَعْمَلُ بِالْمَالِ كُلِّهِ وَيَقُولُ هَذَا رَأْسُ مَالِي وَهَذَا رَأْسُ مَالِكَ فَمَا أَصَبْتَ مِنْهُمَا جَمِيعًا فَهُوَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ فَسَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهِ.

دلیل ۳ بر اشتراط درهم و دینار

این استدلال در کلمات آقای خوئی است. ایشان می‌گویند که مضاربه عبارت است از این که شما سرمایه ای را برای تجارت در اختیار کسی بگذارید و سپس سود را بین خودتان تقسیم کنید. پس سود باید به راس المال سنجیده شود و لذا سرمایه باید متمحض در مالیت باشد تا سود معنا پیدا کند و الا نسبت به کالای خارجی سود معنا پیدا نمی‌کند. سود یعنی ۱۰۰ درهم تبدیل به ۱۱۰ درهم شده است ولی این که فرشی تبدیل به فرش دیگر یا یخچال و ... شود، این که سود نیست. اگر هم بخواهد متاع را سود بنامیم باز بر اساس تبدیل آن به درهم و دینار است.

البته آقای خوئی متوجه این نکته هستند که این دلیل اخص از مدعا است چون فقط نفی متاع می‌کند اما نفی فلوس نمی‌کند چون سود در فلوس و درهم و دینار معنا دارد. پس استدلال آقای خوئی به الربح بینی و بینک است.

ان قلت

سود بر فرش صادق است ولو به این که فرش را بفروشد.

قلت

این که نیاز است که فرش فروخته شود به این معناست که سرمایه، ثمن آن کالا بوده است.

• جلسه ۷۶ یکشنبه ۷ بهمن ۱۳۹۷

شرط چهارم

"الرابع أن يكون معينا فلو أحضر مالين و قال قارضتك بأحدهما أو بأيهما شئت لم ينعقد إلا أن يعين ثم يوقعان العقد عليه نعم لا فرق بين أن يكون مشاعا أو مفروزا بعد العلم بمقداره و وصفه فلو كان المال مشتركا بين شخصين فقال أحدهما للعامل قارضتك بحصتي في هذا المال صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع و كذا لو كان للمالك مائة دينار مثلا فقال قارضتك بنصف هذا المال صح"

شرط چهارم مضاربه این است که مال المضاربه باید معین باشد نه مردد. سابقا هم کلامی از سید خواندیم که مال المضاربه باید تعیین خارجی داشته باشد ولی آن جا تعیین در برابر ما فی الذمه بود ولی این جا در برابر تردید است.

مثال می زنند اگر دو مال وجود داشته باشد و مالک بگوید که من با تو عقد مضاربه را با یکی از این دو مال برقرار می کنم، باطل است یا هر کدام از این دو مال که تو می خواهی مضاربه بر قرار می کنم که این صورت هم باطل است پس وجه صحیح این است که مثلا در مثال دوم، اول طبق خواسته عامل، مال المضاربه مشخص شود سپس عقد بسته شود.

از کلام سید استظهار می شود که این عقد اساسا صحیح نیست یعنی نه به عنوان مضاربه و نه به عنوان عقدی دیگر صحیح نیست البته این ظهور کلام ایشان است و صراحت نیست. در غیر این مساله هم سید می گفت مضاربه نیست ولی عقد صحیح دیگر می تواند باشد ولی این جا این را نمی گوید.

آن مال معین می تواند مشاع باشد پس لازم نیست که مفروز باشد. لذا اگر بگوید مضاربه می کنم تو را به سهم خودم از این مال مشاع درست است در صورتی که سهم این آقا از این مال مشاع، معلوم باشد که چقدر است بخاطر شرط سوم. پس افراز و جدا بودن مال لازم نیست.

فعلا می گوییم که مال مشاع می تواند مال المضاربه باشد؛ ولی این که حق شفعه موجود هست یا نیست، فعلا به این نکته کاری نداریم. اگر حق شفعه باشد باید با تراضی شریک باشد.

فروض مساله

فرض اول این است که مالک معین کرده است در نزد خودش پس تعیین نزد مالک است ولی تعیین نزد عامل نیست؛ چون حین عقد، چیزی را معین مطرح نمی کند.

فرض دوم این است که نه برای مالک معین باشد و نه برای عامل معین باشد. تعیین بعد از عقد ممکن است به تعیین مالک باشد یا عامل یا هر دو باشد.

فرض سوم این است که تعیین به انتخاب عامل است.

در کلام سید به دو صورت اشاره کرده است که این صور را نظریه مختار مطرح می کنیم.

آقایان برای کلام سید به ادله ای استناد کردند که از مجموع آن ها سه استدلال بدست می آید.

دلیل ۱: ادله نفی غرر

یکی از این دو مال معین نیست پس مستلزم جهالت است و همان غرری است که در بیع و غیر آن منهی و منفی است.

اشکال ۱

در ارتباط با نفی غرر در جلسه قبل گفتیم که دلیل عامی نداریم که غرر در همه جا منفی و منهی است.

جواب

آیت الله هاشمی شاهرودی، می گویند دلیل بطلان مضاربه در فرض جهالت، سیره عقلائییه است.

اشکال

اما به نظر ما حرمت شاید از سیره عقلائییه فهمیده شود ولی صغرای سیره در بطلان و اشتراط به نظر ثابت نیست.

کلام دیگر ایشان این است که از مجموعه ابواب عقود اصطیاد می کنیم که غرر منفی است. بررسی این کلام و

ادعا نیاز به تتبع بیشتری دارد.

این که حین عقد، مال المضاربه باید معلوم باشد در عقلاء ثابت نیست

اشکال ۲

ضمن این که بین جهالت و غرر ملازمه نیست. گاهی جهالت ها غرر نیست. مثلا عامل می بیند که مضاربه با هر

کدام از این دو مال باشد، عقد مضاربه به نفع من است و این معامله سودزا است که در این جا جهالت است ولی

غرر نیست. گاهی غرر با وجود علم هم وجود دارد.

دلیل ۲: معدوم بودن سرمایه

احدهما فرد مردد است و فرد مردد اصلا وجود خارجی ندارد. فرد مردد در بحث علم اجمالی مطرح می شود. برخی گفتند متعلق علم اجمالی، فرد مردد است و برخی گفتند که در عالم خارج فرد مردد نداریم چون وجود مساوق با تشخیص است.

پس سرمایه ای که مالک تعیین کرده است اصلا وجود ندارد. لذا مضاربه باطل می شود چون سرمایه الان موجود نیست و موجود هم نخواهد شد چون فرد مردد در آینده هم موجود نخواهد شد.

دلیل ۳: بطلان تعلیق در عقد و انشاء

در بیع گفته ایم که تعلیق در عقد مبطل عقد است و این جا هم از همین قبیل است. تعلیق در عقد مبطل است؛ چون عقد، انشاء است و انشاء به معنای ایجاد است و ایجاد با تردید و تعلیق نمی سازد. ایجاد مساوی با تشخیص است و در خارج، مردد نداریم.

در بحث ما مالک در واقع، عقد مضاربه را معلق به انتخاب و توافق و اخذ عامل کرده است.

بررسی دلیل ۲

اشکال ۱

فرد مردد می تواند متعلق احکام و صفات و... باشد یا خیر؟ آخوند می گوید نه تنها این که می تواند محل امور اعتباری باشد بلکه می تواند محل امور وجدانی و حقیقی باشد مثلا علم، امر حقیقی و وجدانی است و در علم اجمالی به فرد مردد تعلق گرفته است چه رسد به امور اعتباری که معلوم است می تواند به فرد مردد تعلق بگیرند.

اشکال ۲

برخی همین کلام آخوند را تکمیل کردند که فرد مردد اگر فرد است یعنی آن چه که تحقق خارجی دارد است که پس مردد نیست و اگر مردد است پس چطور فرد است؟! پس این، فرد مردد نیست بلکه جامع انتزاعی است. پس کلام شمای آخوند درست است ولی نامش فرد مردد نیست بلکه جامع انتزاعی است.

آیت الله خوئی می گویند جامع انتزاعی متعلق عقد مضاربه است.

شما قبول دارید که کلی صد میلیون را می توانید سرمایه قرار دهید و می گوئید تعیین خارجی می شود همان صد میلیونی که مالک به عامل می دهد در این جا هم جامع انتزاعی دارید و وقتی مالک یکی را به عامل تحویل می دهد، در واقع، آن جامع انتزاعی را متعین کرده است مثل کلی. البته کلی با جامع انتزاعی تفاوت دارد ولی از باب تقریب به ذهن ذکر کردیم. کلی جامع ماهوی است ولی این جا جامع انتزاعی است.

اشکال ۳

برخی گفتند ما طوری تصویر می کنیم که فرد معین باشد.

عقد مضاربه بستم با مال الف به شرطی که مال ب را انتخاب نکنی و نیز عقد مضاربه بستم با مال ب به شرطی که مال الف را انتخاب نکنی.

این همان مدلی است که در واجب تخییری گفته می شود که نظریه وجوبات متعدده مشروطه بود. کلام آخوند در این جا بود که وقتی علم می تواند به فرد مردد تعلق می گیرد، وجوب که اعتباری است به طریق اولی می تواند به فرد مردد تعلق بگیرد. حال در آن بحث، برخی وجوبات تعیینی مشروطه تصویر کردند. در این جا هم عقد تعیینی مشروط است.

• جلسه ۷۷ دوشنبه ۸ بهمن ۱۳۹۷

ادله ای برای عدم صحت مضاربه در موارد تردید در مال المضاربه

دلیل دوم این بود که فرد مردد وجود خارجی ندارد.

جواب ۱

آقای خوئی گفتند جامع انتزاعی است و جامع انتزاعی به وجود فردش وجود خارجی دارد بر خلاف فرد مردد.

جواب ۲

برخی هم در جواب گفتند این جا دو مضاربه تعیینی مشروطه است مانند واجب تخییری.

جواب ۳

این نوع مضاربه با تردید، التزامی در التزام است. در واقع، با هر دو مضاربه انجام شده است اما ملتزم هستید که با یکی از آن ها بیشتر مضاربه نکنید. به عبارتی دیگر، این تعلیق در خود عقد المضاربه نیست بلکه ضمن مضاربه التزام دومی وجود دارد و آن این است که شما با یکی از این ها تجارت را انجام دهید.

این شکل سوم، هم دلیل دوم و هم دلیل سوم را حل می کند.

این شکل سوم، تکلف می طلبد.

بررسی دلیل ۳

دلیل سوم بطلان تعلیق در عقد و انشاء بود. مال المضاربه آن مالی است که معلق است بر تعیین مالک یا انتخاب عامل.

این که تعلیق در انشاء جایز نیست مورد اتفاق است چون انشاء ایجاد است و تعلیق در ایجاد معنا ندارد؛ ولی در مکاسب گفتند تعلیق در منشا مشکلی ندارد.

جواب ۱

تعلیق در عقود معاوضی بی معناست ولی فرض این است که مضاربه عقد اذنی است نه معاوضی.

عقد معاوضی یعنی شما الان دارید چیزی را به دیگری تملیک می کنید که نباید تعلیق داشته باشد ولی در عقود اذنی، قرار است اذن بدهید در تصرف و آن جا می تواند بگوید هر کدام را که خواستی بردار. ایجاد ملکیت با تعلیق نمی سازد ولی اذن با تعلیق می سازد.

در مضاربه، نصف سود را تملیک می کنیم ولی در این تملیک شرطی نگذاشتیم و منجز است. آن چه مشروط است مال المضاربه است.

جواب ۲

تعلیق در عقود در امور اعتباری مشکلی ندارد و این مقدار از تعلیق پذیرفتنی است.

نظر نهایی استاد

دلیل مشخصی بر کلام سید که "فارضتک باحدهما" باطل است، وجود نداشت.

به نظر ما در همه فروض مساله، مضاربه صحیح است.

فروض مساله

فرض اول این است که مالک معین کرده است در نزد خودش پس تعیین نزد مالک است ولی تعیین نزد عامل نیست؛ چون حین عقد، چیزی را معینا مطرح نمی کند.

فرض دوم این است که نه برای مالک معین باشد و نه برای عامل معین باشد. تعیین بعد از عقد ممکن است به تعیین مالک باشد یا عامل یا هر دو باشد.

فرض سوم این است که تعیین به انتخاب عامل است.

شرط ۵

کلام سید

الخامس أن يكون الربح مشاعا بينهما فلو جعل لأحدهما مقدارا معينا و البقية لآخر أو البقية مشتركة بينهما لم يصح.

شرط پنجم این است که ربح مشاع بین هر دو باشد پس اگر ده میلیون داده اید و می گوئید که اگر تا دو میلیون سود کرد مال من باشد و بیش از آن اگر بود مال تو یا نصف باشد که این صحیح نیست. سود باید به صورت درصد از سود باشد نه مبلغ معین مثل درصد از سرمایه که اشکال دارد.

دلیل ۱

مقتضای خود عقد المضاربه این است که ربح به نحو اشاعه باشد؛ چون عقد مضاربه به معنای اشتراک در سود است یعنی هر کدام در جزء جزء آن سود مشترک هستند البته این که حصه تعیین کنید اشکال ندارد ولی این که از ابتداء مبلغ معینی برای یکی تعیین شود با مضاربه که شرکت در سود بود نمی سازد.

اشکال

مقتضای عقد مضاربه، اشتراک در سود است اما اشاعه نیست. یعنی عامل و مالک سهم دارند ولی این که به نحو اشاعه باشد از عقد مضاربه فهمیده نمی شود ممکن است اشاعه ای نباشد بلکه یکی مبلغ معینی از سود برایش تعیین شده باشد که این هم نوعی از اشتراک است.

دلیل ۲

عموم آقایان بخاطر استظهار در روایات معتقدند که سود باید به صورت اشاعه باشد.

تعبیر "و الریح بینی و بینک" یا "الریح بینهما" ظهور در اشاعه دارد.

ح ۲ب ۱ ابواب مضاربه: روایت حلبی

عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الْمَالَ فَيَقُولُ لَهُ أَتَيْتَ أَرْضَ كَذَا وَ كَذَا وَ لَا تُجَاوِزَهَا وَ اشْتَرِ مِنْهَا قَالَ فَإِنْ جَاوَزَهَا وَ هَلَكَ الْمَالُ فَهُوَ ضَامِنٌ وَ إِنْ اشْتَرَى مَتَاعًا فَوُضِعَ فِيهِ فَهُوَ عَلَيْهِ وَ إِنْ رِيحَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا.

ح ۵ب ۱: روایت حلبی

عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الرَّجُلُ مَالًا مُضَارَبَةً فَيُخَالِفُ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرِّيحُ بَيْنَهُمَا.

ح ۶

عَنِ الْكِنَانِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الْمُضَارَبَةِ يُعْطَى الرَّجُلُ الْمَالَ يَخْرُجُ بِهِ إِلَى الْأَرْضِ وَ يَنْهَى أَنْ يَخْرُجَ بِهِ إِلَى غَيْرِهَا فَعَصَى فَخَرَجَ بِهِ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى فَعَطِبَ الْمَالَ فَقَالَ هُوَ ضَامِنٌ فَإِنْ سَلِمَ فَرِيحَ فَالرِّيحُ بَيْنَهُمَا.

ح ۹

عَنْ جَمِيلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا يَشْتَرِي بِهِ ضَرْبًا مِنَ الْمَتَاعِ مُضَارَبَةً فَذَهَبَ فَاشْتَرَى بِهِ غَيْرَ الَّذِي أَمَرَهُ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرِّيحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَ.

ح ۱۰

عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الرَّجُلُ مَالًا مُضَارَبَةً وَ يَنْهَاهُ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى فَعَصَاهُ فَقَالَ هُوَ لَهُ ضَامِنٌ وَ الرِّيحُ بَيْنَهُمَا إِذَا خَالَفَ شَرْطَهُ وَ عَصَاهُ.

ح ۱۱

عَنْ زَيْدِ الشَّحَامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الْمُضَارَبَةِ إِذَا أُعْطِيَ الرَّجُلُ الْمَالَ وَنَهِيَ أَنْ يَخْرُجَ بِالْمَالِ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى فَعَصَاهُ فَخَرَجَ بِهِ فَقَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا.

این تعبیر ربح بین آن دو باشد ظهور در اشاعه دارد.

جواب ۱

حدیث نهم تعبیرش "و الربح بینهما علی ما شرط" بود و "علی ما شرط" یعنی حصه باید تعیین شود نه این که سهم مفروز داشته باشد؛ اما اشکال می کنند که این این عبارت اطلاق دارد و شامل سهم مفروز و معین هم می شود.

جواب ۲: آقای خویی

"و الربح بینهما" ظهور در اشتراک دارد نه ظهور در اشاعه و لذا در این موارد که شخص می گوید اگر این ده میلیون به اندازه دو میلیون سود بدهد مال من باشد و بیشتر اگر بود تقسیم می شود، در این صورت اگر یقین نداریم که بیش از دو میلیون سود دارد ممکن است عامل اصلا سود نبرد و لذا اشکال دارد ولی اگر ما یقین داریم که بیش از دو میلیون سود دارد در این صورت می تواند مقدار معینی از سود را تعیین کنید.

جواب ۳

برخی گفتند "الربح بینهما" در برابر "و الوضیعة علی العامل" است.

ما در فقه الحدیث گفتیم که عامل، خلاف شرط مالک عمل کرده است و لذا ضرر بر عامل است ولی سود بین آن دو است یعنی امام ع می خواهند بگویند که مضاربه صحیح است و مضاربه فاسد نمی شود اما در مقام بیان این نیستند که سود اشاعه است یا اشتراک است.

این آقایان می گویند که مفاد این عبارت این است که در مضاربه نمی توانید شرط کنید که یک طرف سود ببرد بلکه باید طوری باشد که سود به هر دو برسد آن هم اگر مضاربه سود بدهد. پس احتمال سود کافیست؛ چون اصل انتفاع و سود دادن عقد مضاربه، احتمالی است و ممکن است که مضاربه ضرر بدهد.

پس اگر یقین یا احتمال سود ولو سود معین و مفروز می دهید، عقد مضاربه صحیح است. یعنی اگر یقین دارید که طرف سود نمی برد این جا عقد مضاربه صحیح نیست ولی اگر یقین دارید که سود می برد و یا احتمال می دهید که سود می برد این جا مضاربه صحیح است ولی آقای خوئی گفتند باید یقین داشته باشیم که عامل سود می برد.

پس سه نظریه شد:

نظریه ۱: سید یزدی: ایشان گفتند باید مشاع باشد و مبلغ معین نباشد.

نظریه ۲: آقای خوئی: اشتراک کافی است ولی باید مبلغ معینی به صورت یقینی به عامل برسد.

نظریه ۳: برخی گفتند اشتراک کافی است ولی باید مبلغ معین به صورت یقینی یا احتمالی به عامل برسد.

ادله نظریه ۳

دلیل ۱: اطلاق علی ما شرط شامل اشتراط مبلغ معین می شود.

دلیل ۲: روایاتی مثل صحیح محمد بن مسلم که بررسی خواهیم کرد.

• جلسه ۷۸ سه شنبه ۹ بهمن ۱۳۹۷

اشکال آیت الله شاهرودی به سید

بر فرض که این روایات "الریح بینهما" به اشاعه هم نظر داشته باشد و صرف اشتراک نباشد این مدل که مالک بگوید تا دو میلیون سود مال مالک باشد و بیش از آن مال عامل یا تقسیم شود، این هم نوعی از اشاعه است چون دو میلیون از چهار میلیون هم مشاع است.

در جایی که اشاعه نیست که بگوید آن دو میلیون اول مال من باشد که این سهم معین است.

جواب استاد به آیت الله شاهرودی

فرض کلام سید هم معلوم است که اشاعه نیست چون وقتی می گوید تا دو میلیون من مالک هستم یعنی دو میلیون اول مال من است که این اشاعه نیست.

سه نظریه در جلسه قبل مطرح شد و قرار شد روایاتی را به عنوان ادله نظریه سوم مطرح کنیم.

نظریه سوم این بود که برخی گفتند اشتراک کافی است و اشاعه لازم نیست؛ ولی باید مبلغ معین به صورت یقینی یا احتمالی به عامل برسد.

دلیل ۱: اطلاق علی ما شرط شامل اشتراط مبلغ معین می شود.

دلیل ۲: روایاتی مثل صحیحہ محمد بن مسلم

عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ بَعْ ثُوبِي بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ فَمَا فَضَلَ فَهُوَ لَكَ فَقَالَ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ.

مثلا اگر ثوب ۸ درهم می ارزد پس مالک می گوید دو درهم سود قطعی به من بده و بیش از آن مال خودت باشد که این عقد المضاربه است پس اشاعه لازم نیست.

برخی می گویند این روایت ناظر به جعاله است. قبلا هم گفتیم که برخی از فقهاء می گویند که ماهیت و حقیقت مضاربه، جعاله است.

کلام سید این بود که "الخامس أن يكون الربح مشاعا بينهما فلو جعل لأحدهما مقدارا معيناً و البقية للآخر أو البقية مشتركة بينهما لم يصح"

اگر این روایت، جعاله باشد باز به کلام سید اشکال می شود چون ایشان گفتند این عقد صحیح نیست ولی باید می گفتند مضاربه نیست ولی ذیل عقد دیگر شاید صحیح باشد.

دلیل ۳: صحیحہ زراره

عَنْ زُرَّارَةَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ يُعْطَى الْمَتَاعَ فَيَقُولُ مَا أزدَدتَ عَلَيَّ كَذَا وَ كَذَا فَهُوَ لَكَ فَقَالَ لَا بَأْسَ.

البته بنابر نظر آنها که می گویند مال المضاربه نمی تواند متاع باشد قطعا این دو روایت مربوط به مضاربه نخواهد بود. شاید علت این که فقهاء استدلال نکردند همین نکته باشد.

نظر نهایی استاد

نکته ۱

"الربح بينهما" ناظر به اشاعه و حتی اشتراک بالفعل هم نیست بلکه می گوید مضاربه به این گونه نیست که فقط یک نفر ربح داشته باشد. پس همین که اشتراک در سود محتمل باشد کافیهست.

نکته ۲

به نظر ما متاع می تواند مال المضاربه باشد و لذا این دو روایت می تواند ناظر به مضاربه باشد.

نکته ۳

بر فرض، مضاربه نیست؛ اما جعاله می تواند باشد پس عقدی صحیح است و ذیل اوفوا بالعقود می رود.

اشکال

آقای خویی می گویند جعل نامعلوم درست نیست. به این صورت که بگویند هر چه بیش از این بود مال تو باشد که معلوم نیست که بیش از آن داشته باشد یا خیر.

جواب

به نظر ما جعل نامعلوم هم در جعاله مضر نیست. این روایات می گویند که جهل در آن جه عامل بدست می آورد مضر نیست و تنقیح مناط می شود و لذا در هر عقدی این اشکال وجود ندارد مگر خلافش ثابت شود. تنقیح مناط بدین خاطر است که حقیقت جعاله و مضاربه ماهیتا واحد است و نام آن تفاوت دارد و لذا علی القاعده احکامش هم یکی است.

شرط ۶

"السادس تعیین حصه كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك إلا أن يكون هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق"

سید می فرماید شرط ششم این است که باید حصه هر کدام از مالک و عامل مشخص باشد و تعیین حصه به مبلغ نیست بلکه باید درصد مشخص کنید از سود مگر متعارفی در بازار وجود داشته باشد که اگر چیزی نگویند، حصه همان عرف بازار می شود.

ظاهر اشتراط این است که اگر درصد مشخص نشود، عقد مضاربه باطل است.

صور مساله

صورت ۱

حصه تعیین نشده است اما حصه قابل تعیین است یا به عبارت دیگر، حصه به صورت اجمالی تعیین شده است البته به گونه ای که می تواند تبدیل به تفصیل شود. مثلا حصه تعیین نشده است اما می گوییم که هر چه عرف بازار است همان باشد که قابل تعیین است ولو به تفحص از بازار. یا مثلا بگویند که همان که سه سال قبل با هم توافق کردیم همان باشد و هر دو یادشان نیست که قرارداد قبلی چقدر بوده است.

صورت ۲

حصه به هیچ گونه ای تعیین نشده است.

ظاهر کلام سید صورت دوم است چون صورت اول بلاخره یک نوع تعیین تفصیلی در آن است.

عمده مشکله صورت دوم، نفی غرر است و به ادله نفی غرر باطل است.

ادله نفر غرر را بررسی کردیم که دلیل عامی نداریم.

گفتیم غرر به معنای ضرر که منتفی است ولی برخی غرر را به معنای جهالت تطبیق کردند که این جا جهالت است.

قبلا گفتیم که در مضاربه غرر نیست اما غرری که گفتیم در مضاربه نیست نسبت به سرمایه بود اما جهل نسبت به سود که غرر است.

ادله نفی غرر آیا دال بر بطلان هست یا حرمت تکلیفی؟

البته تطبیق این بحث در مضاربه در صورتی است که در "نهی النبی عن بیع الغرر" بگوییم مقصود از بیع، کل عقود معاوضی است.

اگر حرمت باشد نه بطلان، اگر حواس دو طرف به قضیه جهالت و غرر نبوده است، پس عقد ثابت است و لذا می گوییم بعد از مضاربه، می توانیم در سود مصالحه کنیم و دیگر حرمت غرری نیست.

اگر دو طرف متوجه غرر باشند، حرمت ثابت است و در این صورت باید دید که آیا نهی دال بر فساد است یا خیر؟

اگر بطلان باشد مثل این که بگوییم نهی ارشاد به فساد است، در این صورتی که جهالت و غرر بوده است، عقدی ثابت نیست چون معامله باطل است و لذا مصالحه معنا ندارد بلکه سود مال مالک است و عامل باید اجرت المثل را بگیرد.

• جلسه ۷۹ چهارشنبه ۱۰ بهمن ۱۳۹۷

گفتیم شرط ششم مرتبط به مباحث غرر است. در مورد بیع غرری، قدرمتیقن، بطلان است و برخی علاوه بر آن حرمت تکلیفی را هم پذیرفتند. پس در کبرای بطلان عقد غرری اختلافی نیست و نزاع در صغرای آن است. شرط هفتم

"السابع أن يكون الربح بين المالك و العامل فلو شرطاً جزء منه لأجنبي عنهما لم يصح إلا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة نعم ذكروا أنه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام أحدهما صح و لا بأس به خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك لأنه يرجع إلى مولاه و على القول الآخر يشكك إلا أنه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى للأجنبي و القدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما فالأقوى الصحة مطلقاً بل لا يبعد القول به في الأجنبي أيضاً و إن لم يكن عاملاً لعموم الأدلة"^۱

سید می فرماید هفتمین شرط این است که ربح بین مالک و عامل باشد نه برای شخص ثالثی که اجنبی از عقد است مگر او عملی در مضاربه انجام داده باشد.

البته اگر شرط کند بخشی از سود برای غلام یکی از مالک و عامل باشد صحیح است بنابراین این که عبد مالک نمی شود چون در واقع، سود برای مالک و عامل شده است اما اگر قائل شدیم که عبد مالک نمی شود مساله مشکل است. مگر این که بگوییم مقتضای قاعده، صحت شرط است حتی برای اجنبی و قدرمتیقن از خلاف این قاعده، عدم جواز برای زمانی است که ثالث غلام یکی نباشد پس اگر غلام یکی بود جعل سود برای او اشکالی

۱. العروة الوثقى (للسيد البزدی)، ج ۲، ص: ۶۴۱

ندارد حتی اگر قائل به مالکیت عبد بشویم بلکه حتی می توان گفت جعل بخشی از سود برای اجنبیه جایز است ولو عامل نباشد چون ادله عمومیت دارد.

مضاربه می تواند با یک عامل باشد یا دو یا چند عامل باشد. پس مقصود از اجنبی و شخص ثالث در این مساله، کسی است که نه سرمایه دارد و نه عملی انجام می دهد.

دو بحث کلی در مورد شرط هفتم مطرح است:

بحث ۱

باید دید عدم رعایت این شرط موجب بطلان مضاربه است یا خیر؟ اگر گفتیم مضاربه باطل است، سود مربوط به صاحب مال می شود و عامل باید اجرت المثل بگیرد.

بحث ۲

بر فرض که عدم رعایت این شرط، موجب بطلان مضاربه نمی شود. پس مضاربه محقق است حال با توجه به این شرط، چه احکامی برای مضاربه رخ می دهد؟ مثلا ما گفتیم یک سوم برای اجنبی است. حال این یک سوم چه می شود و مربوط به مالک است یا عامل؟

بررسی بحث ۱

آیا عقد مضاربه در صورت قرار دادن سود برای اجنبی باطل است؟

ادله بطلان عقد مضاربه

دلیل ۱

این شرط با مقتضای مضاربه منافات دارد. مقتضای مضاربه این است که به تناسب سرمایه و عمل، سود تقسیم شود؛ ولی این جا سود ربطی به سرمایه و عمل ندارد.

شرط خلاف مقتضای عقد باطل و مبطل است. مثلا در بیع کالایی شرط کند که از آن استفاده نکنی و یا به ملک تو نیاید و... یا در مضاربه شرط کند که مالک اصلا سود نبرد یا عامل اصلا سود نبرد که این مبطل عقد است.

این که مالک شرط کند که بخشی از سود نه برای تو باشد و نه برای من باشد، این خلاف مقتضای عقد مضاربه است.

دلیل ۲

در خود روایات داشتیم که "و الربح بینهما" پس این تعبیر، جعل سود برای اجنبی را نفی می کند.

این جمله شاید مفهوم نداشته باشد اما می توان به اطلاق مقامی استناد کرد که اگر جایز بود برای غیر آن ها باشد باید تذکر می دادند.

تذکر

می بینید از همین عبارت کوتاه چه نکاتی برداشت شده است:

۱. سود علی نحو الاشتراک باشد.
۲. سود علی نحو الاشاعه باشد.
۳. سود علی نحو الانحصار باشد. یعنی سود بین مالک و عامل باشد.
۴. سود علی نحو التنصیف باشد.

دلیل ۳

بنابر مبنای آنها که مضاربه را خلاف اصل و قاعده می دانند، وقتی شک در چنین اشتراطی داریم مقتضای عقد فساد است مگر دلیلی بر صحت بیاید و اطلاقی هم نداریم که صحت را ثابت کند.

البته این دلیل، مبنایی است و لذا به قوت دو دلیل قبلی نیست. البته صاحب جواهر فقهای را نقل می کند که مضاربه را خلاف قاعده می دانند و آقای خوئی تنها نیستند.

قبل از بررسی ادله باید مقدمتا این را بیان کنیم که مساله دارای دو صورت است.

صورت ۱

عقد مضاربه از ابتدای امر ربح داخل ملک اجنبی شود یعنی مضاربه بین عامل و مالک و اجنبی است.

صورت ۲

مثلا عامل شرط کند که بخشی از سودی که بین من و شما مشترک است را تملیک به اجنبی کنیم چه به صورت شرط فعل باشد مثل این که بخشی از سود را به اجنبی هبه می کنم یا به صورت شرط نتیجه باشد مثل این که بخشی از سود برای اجنبی باشد.

تفاوت شرط نتیجه در صورت دوم با صورت اول این است که در صورت دوم بعد از حصولش در ملک عامل داخل در ملک اجنبی شد ولی در صورت اول از همان ابتدای امر سود داخل در ملک عامل می شود.

بررسی صورت ۲/ شرط فعل

شرط ظاهرا کسی مشکلی در جواز شرط فعل ندارد چون این کار مخالف مقتضای عقد نیست بلکه خود این تملیک عامل به اجنبی، تصرف مالکانه است و اعمال ملکیت است. خلاف الریح بینهما هم نیست و این که این تملیک عامل به اجنبی، شرط ضمن عقد جایز است و آیا الزام آور است یا خیر بحث دیگری است.

بررسی صورت ۲/ شرط نتیجه

این را فقهاء بحث نکردند اما ظاهرا ادله آنها این مورد را شامل نمی شود چون در این صورت هم الریح بینهما رعایت شده است و لذا این صورت هم وجهی برای بطلان ندارد البته این صورت مساله در کلمات فقهاء نیست ولی ظاهرا مشکلی ندارد.

البته این جا بحثی وجود دارد که ربطی به بحث ما ندارد فعلا و آن این است که بدون رضایت و قبول دیگری اصلا می تواند ملک دیگری باشد یا خیر؟ آیا می توانیم چیزی را به ملک دیگری داخل کنیم بدون رضایت و قبول او؟ برخی می گویند کما این که اخراج از ملک غیر نیاز به رضایت دارد همچنین ادخال در ملک غیر هم نیاز به رضایت دارد. این خودش از آثار سلطنت است؛ چون ممکن است کسی دوست نداشته باشد که چیزی در ملکش داخل شود.

اما وصیت تملیکی نقض آن است چون ادخال در ملک غیر است بدون رضایت او. البته کسانی که ادخال را نیازمند قبول می دانند این جا هم وضیت تملیکی را نمی پذیرند.

بررسی صورت ۱

برخی از آقایان گفتند این صورت، خلاف مقتضای عقد مضاربه است ولی در برابر برخی می گویند که مقتضای عقد مضاربه این است که دو طرف شریک باشند ولی معنایش این نیست که در تمام سود شریک هستند بلکه ممکن است بخشی از سود را مالک نشوند ممکن است دو طرف توافق کنند بر این مطلب.

تصویر در مضاربه عقدی

مالک ایجاب می کند و دو نفر قبول می کنند. یکی عامل است و یکی اجنبی است و هر دو قبول می کنند. این خلاف عقد مضاربه نیست چون اشتراک در سود برای عامل و مالک هست ولی در بخشی از سود است. بله اگر سرمایه نباشد و یا عمل نباشد و این دو سود نبرند خلاف عقد مضاربه است.

تصویر در مضاربه اذنی

سیاتی

• جلسه ۸۰ شنبه ۱۳ بهمن ۱۳۹۷

ما گفتیم شرط سود برای اجنبی گاهی از ابتدا بوده است و گاهی به صورت شرط فعل است و گاهی به صورت شرط نتیجه است.

صورت ۲

گفتیم اگر شرط فعل باشد مشکلی ندارد هم شرط صحیح است و هم عقد صحیح است.

البته اگر شرط فعل به این صورت باشد که شرط عامل این است که مالک بخشی از سود را به دیگری (مثل پسر عامل) ببخشد حال اگر مالک این کار را نکرد، ممکن است بگوییم عامل حق فسخ معامله را دارد ولی این ربطی به صحت و بطلان مضاربه ندارد.

صورت ۳

شرط نتیجه را هم گفتیم مشکلی ندارد الا این که بگوییم تملیک معدوم است. آن زمانی که مالک، مالک سود شد از ملک او خارج می شود.

علی القاعده آن ها که تملیک معدوم را اشکال می کردند این جا هم باید اشکال کنند ولی اشکال در شرط است نه اصل عقد مضاربه.

آن حصه ای که برای اجنبی شرط شد در ملک مالک داخل می شود چون نمائت تابع اصل سرمایه است.

صورت ۱

صورت اول این بود که بخشی از سود از ابتدا داخل در ملک اجنبی شود بدون این که ابتدائاً به ملک مالک یا عامل آید. گویا از ابتدا مضاربه سه طرفه بوده است که اگر همه در سرمایه یا عمل مشارکت داشته باشند مشکلی ندارد ولی اگر اجنبی باشد و هیچ عملی نداشته باشد خلاف مقتضای عقد است.

این را گفتیم که شمول ادله مضاربه نسبت به این مضاربه محل تردید است و لذا نمی توانیم بگوییم که این عقد مضاربه است یا به عبارت دیگر، آن حصه ای که اجنبی مالک شده است از باب عقد مضاربه مالک شده است اما عقد، عقد صحیح است. پس به اطلاقات اوفوا بالعقود می توان تمسک کرد. هر عقدی که عقلاء میان باشد و ربوی و ... نباشد مشمول آیه است.

اشکال به صورت ۲ و ۳

برخی گفته اند این شرط فعل و نتیجه، اگر مضاربه عقدی یا همان عهدی باشد خوب است ولی اگر مضاربه اذنی باشد آن دو مدل تصویر ندارد؛ چون تعهدی نیست که شرط باشد. شرط همیشه باید ضمن تعهدی باشد لذا شرط ابتدایی را گفتند شرط نیست.

پس این شرط وقتی معنا دارد که مضاربه عقدی باشد.

برخی می گویند مضاربه همیشه اذن است و لذا تقسیم به عقدی و اذنی نمی شود بلکه مثل جعاله و وکالت است که اذن در تصرف است ولی برخی می گویند عقدی و اذنی داریم.

مضاربه عقدی متوقف بر ایجاب و قبول است و مضاربه اذنی این است که شما به کسی بگویید که اجازه دادم که با این مال من تجارت کنید و نصف سود را به من بدهید مثل این که این کتاب را استفاده کن به شرطی که وقتی تمام شد آن را سر جایش بگذاری که این مشروط کردن اذن است نه این که مضاربه اذنی دارم و ذیل آن شرط دارم.

بر فرض مضاربه عقدی و اذنی داشته باشیم گفتیم اشکال کردند که شرط در اذنی معنا ندارد چون عهد و التزامی نیست که شرط ضمن آن واقع شود.

این را ذیل بحث جواز و لزوم مضاربه بحث می کنیم چون آن جا برخی می گویند که همه عقود اذنی عقد جایز است.

بحث دیگری داریم که شروط عقود جایزه الزام آور است یا خیر؟ عقدی که این شرط ضمن آن بود الزام ندارد و جایزه است. حال آیا می شود که شرط ضمن آن الزام آور باشد؟! اما این بحث، با بحث ما تفاوت دارد. الان بحث ما در این است که اگر عقد مضاربه صرفا اذن در تصرف است و عهد و التزام نیست اصلا عقد نیست و لذا شرط ضمن آن معنا ندارد.

• جلسه ۸۱ یکشنبه ۱۴ بهمن ۱۳۹۷

نکته ۱

بررسی بحث ۲ ذیل شرط هفتم

بر فرض که عدم رعایت این شرط یعنی سود برای اجنبی قرارداد شده، موجب بطلان مضاربه نمی شود. پس مضاربه محقق است حال با توجه به این شرط، چه احکامی برای مضاربه رخ می دهد؟ مثلا ما گفتیم یک سوم برای اجنبی است. حال این یک سوم چه می شود و مربوط به مالک است یا عامل؟

گفته شد که آن یک سوم مربوط به مالک است نه مشترک بین مالک و عامل چون قاعده این است که سود تابع سرمایه است پس اصل این است که سود مربوط به مالک است مگر خلافش ثابت بشود. در حصه عامل، این خلاف، ثابت شده است اما حصه اجنبی داخل در مالک می رود.

نکته ۲

در صورت اول که آیا می شود عامل و مالک و اجنبی در عرض هم اطراف عقد مضاربه باشند، گفتیم اطلاعاتی در ادله مضاربه است ولی این که در مقام بیان از این جهت باشند محل تردید است. مضافا به این که مرتکز و متفاهم عقدی است که بین مالک و عامل است نه بین مالک و عامل و کسی که هیچ دخلی در سرمایه و عمل

ندارد. پس این عقد در صورت اول، مضاربه نیست اما می تواند ذیل اطلاقات کلی عقود برود مثل اوفوا بالعقود. پس عقد صحیحی غیر از مضاربه است.

شرط ۸

کلام سید

"النامن ذکر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم يصح لكن لا دليل عليه فلا مانع أن يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك كما عن التذكرة"

برخی گفته اند که در مضاربه، حتما مال باید در دست عامل باشد ولی سید این را قبول ندارد.

دلیل برای این اشتراط

عمده دلیل، روایاتی که در آن ها تعبیر به اعطاء مال شده است.

روایات مختلفی بود مثل ح ۱۰ ب ۱ مضاربه:

عَنْ أَبِي بصيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الرَّجُلَ مَالًا مُضَارَبَةً وَ يَنْهَاهُ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى فَعَصَاهُ فَقَالَ هُوَ لَهُ ضَامِنٌ وَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا إِذَا خَالَفَ شَرْطَهُ وَ عَصَاهُ

جواب ۱: اطلاق ادله مضاربه

اما کسانی که این شرط را قبول ندارند استناد می کنند به روایاتی داریم که مطلق است و مقید به اعطاء نیست و این که سرمایه در اختیار عامل باشد.

برخی روایات شاید ظهور داشته باشد در این که سرمایه دست عامل نبوده است. مثل روایت ابی بصیر.

ح ۱ ب ۳: ابی بصیر

عَنْ أَبِي بصيرٍ يَعْنِي الْمُرَادِيَّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ الرَّجُلِ يَقُولُ لِلرَّجُلِ ائْتِئَاعُ لَكَ مَتَاعًا وَ الرِّبْحُ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ قَالَ لَا بَأْسَ.

در این روایت، عامل می گوید من برای تو متاعی می خرم و سود بین من و تو باشد یعنی هنوز سرمایه را از مالک نگرفته است و می خواهد بعدا از مالک بگیرد.

پس این روایت اگر نگوییم ظهور دارد در این که سرمایه در اختیار عامل نیست حداقل اطلاق دارد.

و تمام روایاتی که تعبیر به "من ضمن تاجرا" داشت. مثل روایت محمد بن قیس.

ح ۱ ب ۴: محمد بن قیس

عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ فِي حَدِيثٍ أَنَّ عَلِيًّا قَالَ: مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرَّيْحِ شَيْءٌ.

این جا مثبتین هستند و لذا حمل مطلق بر مقید نمی شود.

جواب ۲

تمام مواردی که اعطاء و دفع بود، در کلام سائل بود و هیچ کدام قید در مضاربه از سوی امام ع نبود. پس از این روایات، تقیید و اشتراط فهمیده نمی شود که ما بخواهیم دلیلی علیه آن اقامه کنیم.

شرط ۹

"التاسع أن يكون الاسترباح بالتجارة و أما إذا كان بغيرها كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعة مثلا و يكون الربح بينهما يشكل صحته إذ القدر المعلوم من الأدلة هو التجارة و لو فرض صحة غيرها للعمومات كما لا يبعد لا يكون داخلا في عنوان المضاربة"

استرباح عامل باید تجارت باشد اما اگر به غیر تجارت بود مثل این که مالی را بدهد که زراعت کند تا سود تقسیم شود، صحت این عقد مضاربه محل اشکال است چون قدرمتیقن از ادله مضاربه، تجارت است هر چند که بعید نیست در غیر تجارت هم صحت از راهی غیر از مضاربه ثابت باشد به اطلاقات عقود.

این شرط را سابقا به تفصیل، بحث کردیم و کلمات فقهاء را ذیل آن بررسی کردیم.

سید می گوید این عقدی غیر از مضاربه می تواند باشد و اگر در احکام مضاربه دیدیم که کم اختصاصی وجود ندارد تفاوتی در مضاربه بودن و غیر آن نیست چون شاید احکام مضاربه همه اش تطبیق قواعد عمومی باشد و حکم اختصاصی نداشته باشد.

مقصود از عموماًت، در کلام سید، عموماً عقود است نه عموماًت مضاربه که آقای خوئی می گویند مضاربه، عموماًتی ندارد.

این مساله، بنابر مبنای آقای خوئی دچار اشکال می شود که مضاربه را خلاف قاعده می داند یعنی قاعده، بطلان است و از تحت آن، مضاربه خارج شده است اما اگر مضاربه نباشد حکم آن بطلان خواهد بود.

شرط ۱۰

کلام سید

"العاشر أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير و إلا فلا يصح لاشتراط كون العامل قادراً على العمل كما أن الأمر كذلك في الإجارة للعمل فإنه إذا كان عاجزاً تكون باطلة و حينئذ فيكون تمام الربح للمالك و للعامل أجره عمله مع جهله بالبطلان و يكون ضامناً لتلف المال إلا مع علم المالك بالحال"

سرمایه به مقداری زیاد نباشد که عامل نتواند با آن تجارت کند گاهی آن قدر سرمایه زیاد است که عامل توان کار به آن مقدار پول را ندارد.

از تطبیقات سید معلوم می شود که کثرت سرمایه را می گوید.

عامل شاید بتواند چند نفر را به کار بگیرد ولی ممکن است که مالک شرط مباشرت عامل کرده باشد که در این صورت، عجز محقق می شود یا شاید حتی با استعانت از غیر هم قادر بر معامله نیست.

در این صورت مضاربه صحیح نیست چون شرط است که عامل، باید قادر بر عمل باشد.

تنظیر به اجاره

این بطلان در مضاربه شبیه به بطلان اجاره است که اگر اجیر قادر بر عمل نباشد، اجاره باطل است.

نتیجه بطلان

نتیجه ۱

تمام سود برای مالک است و عامل اجرت المثل عمل می گیرد البته اگر جاهل به بطلان باشد و الا اگر عالم به بطلان باشد استحقاق اجرت عمل هم ندارد و مثل متبرع می شود.

نتیجه ۲

عامل ضامن خسارت و ضرر است مگر مالک از ابتداء امر بداند که عامل عاجز است و الا عامل ضامن نیست.

بررسی کلام سید

آقایان می گویند که دو صورت کلی متصور است:

صورت ۱: عجز از عمل بالمره

سرمایه آنقدر عظیم است که اصلا نمی تواند عمل کند. مثلا شرط کرده است که با این سرمایه فقط از کارخانه باید بخرید که این آقا کارخانه و ... را نمی شناسد.

صورت ۲: عجز از عمل با بخشی از سرمایه

عامل با مقداری می تواند کار کند نه با همه سرمایه. این جا خود، دو حالت دارد.

حالت ۱: آن مقداری که در آن عجز نیست معین است مثلا با نصف می تواند.

حالت ۲: مقداری که عجز در آن نیست معین نیست معلوم نیست با چقدر می تواند.

حکم صورت ۱

برخی می گویند کلام سید درست است و مضاربه باطل است و عقد دیگری هم نمی تواند باشد چون عمل ممکن نیست فقط این که تلف مال از کیست در ادامه بحث می آید.

اشکال به تنظیر

برخی تنظیر به اجاره را قبول ندارند.

در اجاره شما عمل اجیر را مالک هستید و مبادله و تعویض صورت گرفته است. پولی دادید و عملی خریدید ولی در مضاربه، ما عمل عامل را نخریدیم. در مورد اجاره چون پول می دهیم که عمل بخریم اگر عمل نباشد

معامله باطل است چون پول، ما بازاء ندارد؛ ولی در مضاربه که عمل نمی خریم بلکه می گوئیم برو کار کن و اگر سود کرد تنصیف می شود حال اگر عمل ممکن نبود که مشکلی ندارد.

پس این تنظیم سید و دیگران درست نیست.

• جلسه ۸۲ دوشنبه ۱۵ بهمن ۱۳۹۷

حکم صورت ۲

سرمایه و عمل وجود دارد و سود هم می تواند باشد؛ ولی عمل با بخشی از سرمایه است.

سید این مورد را هم گفتند باطل است این جا هم مثل اجاره است. البته سید به صورت کلی گفتند و این تفصیلات را ندادند.

اشکال آقای خویی به سید

آقای خویی می گوید معامله صحیح است. عقد مضاربه منحل می شود به تعداد اجزاء سرمایه. مثلاً اگر ۱۰۰ میلیون سرمایه است و در ۵۰ میلیون قدرت بر عمل وجود دارد و لذا این جا گویا دو عقد مضاربه محقق شده است. مضاربه نسبت به آن مقداری که قدرت بر عمل دارد صحیح است و در مقداری که قدرت نیست باطل است.

البته آقای خویی هم این تفصیل بین صور را مطرح نکردند از ابتداء امر ولی جمله ای دارند که این تفصیل از آن برداشت می شود. ایشان می گوید "این جا به این نحوه نیست که هیچ عملی وجود ندارد" پس گویا همین تفصیل ما را به اشاره مطرح کردند.

تصویر منشا توهم بطلان

آقای خویی می گویند تنها منشا توهم بطلان این است که وقتی عامل، عاجز از عمل با مجموع این سرمایه است پس حین عقد، معلوم نیست که با چه مقدار می تواند کار کند و این غرر است.

جواب آقای خویی

جواب آقای خوبی این است که این غرر نیست. در اجاره همین جهل به مقدار عجز و قدرت عامل، موجب بطلان است چون نمی دانیم چه میزان پول در برابر چه میزان عمل پرداخت کردیم را نمی دانیم؛ اما در مضاربه این مشکله وجود ندارد چون ایشان قبلا هم گفته بودند که در مضاربه، سرمایه اگر معلوم نباشد، جهالتی صورت نمی گیرد چون وقتی مضاربه کرد معلوم می شود چقدر از سرمایه را کار کرده است و چقدر را کار نکرده است. این خصوصیت مضاربه است که جهل در آن غرر نیست. پس در عمل هم مثل جهل سرمایه، غرر وجود ندارد. پس این مضاربه نسبت به حصه ای صحیح می شود.

شاهد بر انحلالی بودن عقد

آقای خوبی می گویند اگر کسی گوسفند و خوک را در معامله واحدی فروخت، می گویند بیع در گوسفند صحیح است ولو که در یک عقد بوده است. پس معیار وحدت عقد و تعدد آن نیست. در عقد مضاربه هم همین را می گوئیم که در بخش قدرت بر عمل، صحیح می شود. عقد منحل می شود بر اساس متعلق عقد.

ما صورت دوم را به دو حالت تقسیم کردیم و آقای خوبی در ادامه بحث، مساله را دو قسم می کنند:

حالت ۱: آن مقداری که در آن عجز نیست از ابتداء امر، معین است مثلا با نصف می تواند.

این جا غرر اصلا متصور نیست.

حالت ۲: مقداری که عجز در آن نیست معین نیست معلوم نیست با چقدر می تواند.

این جا هم به همان دلیلی که گفتیم جهالت و غرر نیست چون وقت عمل عامل، مقدار سرمایه و عمل مشخص می شود.

تمایز خارجی یا تعیین ذهنی طرفین

ظاهرا تقسیم آقای خوبی این جا ناظر به تمایز سرمایه است نه تعیین در علم مالک و عامل.

تمایز سرمایه یعنی دو سرمایه به صورت خارجی تمایز داشته باشد مثلا مالک ابتدائا مقداری را داده است و سپس مقداری دیگر را داده است یعنی بخشی از سرمایه تمایز خارجی دارند.

تعیین علمی یعنی این که مثلاً عامل و مالک خودشان می دانند که در چه مقدار قدرت است ولی ممکن است تمایز خارجی هم نداشته باشد.

البته در کلمات آقای خوبی این معلوم و محرز نیست که مقصود ایشان تمایز است یا تعیین. از طرفی تمایز خارجی رافع غرر نیست بلکه تعیین است که رافع غرر می شود ولی از توضیحات ایشان این بدست می آید که مقصودشان تمایز است.

وجه تمایز خارجی، این می تواند باشد که انحلال در این صورت، به خوبی تصویر می شود.

وجه تعیین علمی، این می تواند باشد که غرر از بین می رود.

ولی در هر حال خیلی این نکته در کلام آقای خوبی روشن نیست اما ما چون مساله را دارای شقوق مختلف می کنیم، حکم این صور روشن خواهد شد.

در ادامه کلام سید خواهیم گفت که اگر تعیین علمی مطرح است پس آقای خوبی علم و جهل را در مساله دخالت می دهند که در این صورت می گوییم باید صور علم تکمیل و متمیم شود:

صورت ۱: مضاربه در صورتی که هر دو علم به اصل عجز دارند ولی به مقدار عجز جهل دارند.

صورت ۲: هر دو علم به اصل عجز و مقدار عجز دارند.

صورت ۳: علم مالک به اصل عجز یا هم اصل و هم مقدار عجز.

صورت ۴: علم عامل به اصل عجز یا هم اصل و هم مقدار عجز.

مثلاً در صورت دوم هیچ غرری وجود ندارد. ولی حکم صور را بعداً بررسی خواهیم کرد.

خيار فسخ در کلام آقای خوبی

قبل از بررسی انحلال عقد نکته ای در کلام آقای خوبی را مطرح می کنیم.

آقای خوبی می گویند در صورت دوم که عامل با بخشی فقط می تواند کار کند گفتیم عقد منحل می شود ولی اگر مالک جاهل به عجز باشد، خيار فسخ دارد.

سوال

عقد مضاربه، عقد جایز است یعنی هر وقت دوست داشته باشیم می توانیم آن را بهم بزنیم پس خیار فسخ چیست؟

جواب

اثر خیار فسخ این است که در صورت فسخ، عامل، مستحق اجرت المثل است و مستحق سود تعیین شده نیست ولی فسخ در عقود جایزه به این معنا است که می توانید بهم بزنید نسبت به آن چه است که می خواهد اتفاق بیافتد نه نسبت به آن چه اتفاق افتاده است. ولی خیار فسخ یعنی از ابتداء امر این عقد باطل است پس کل سود مربوط به مالک است و عامل، مستحق اجرت المثل است چون عمل مسلمان احترام دارد و او متبرع هم نبود. البته این در صورتی است که اجرت المثل بیش از سود نباشد و الا مستحق همان سود است؛ چون این لزوم اعطاء اجرت المثل از باب احترام عمل مسلمان بود ولی وقتی او خودش را راضی به سود است یعنی خودش از بیش از سود رفع ید کرده است پس مقدار زیاده بر سود در اجرت المثل را لازم نیست به او بدهیم. عامل اقدام بر عملی کرده است که به معنای چشم پوشی از زیاده است.^۱

سوال از آقای خویی این است که این چه نوع خیار فسخ است؟ چون این نوع خیار در ادامه بحث ما موثر است.

برخی می گویند مراد آقای خویی از این خیار، خیار تبعض صفقه است مثل مثال گوسفند و خوک؛ چون آقای خویی انحلال را گفته اند که مناسبت با تبعض صفقه دارد.

ولی به نظر ما از کلام آقای خویی بر می آید که این خیار تخلف شرط است.

شرط مالک جاهل این بوده است که با هر جزئی که معامله می کنید با جزء دیگر هم معامله کنید یعنی در واقع، شرط ارتکازی و ضمنی مالک این است که با ۵۰ میلیون در ضمن ۱۰۰ میلیون تجارت کنید ولی شما با ۵۰ میلیون مستقل دارید عمل می کنید.

استظهار خیار تخلف شرط از این باب است که آقای خویی ابتدائاً این اشتراط را توضیح می دهند.

۱. آیا مالک می تواند تعیین کند که فسخ من از باب خیار است یا از باب جایز بودن عقد است؟ اگر می تواند تعیین کند، می تواند از باب جایز بودن عقد فسخ کند تا سود تعیین شده را به عامل بدهد نه اجرت المثل را که بیش از سود است.

ادامه کلام سید

"و للعامل أجره عمله مع جهله بالبطلان"

ظهور کلام سید این است که اگر عامل بداند که مضاربه باطل است، استحقاق اجرت عملش را هم ندارد کما این که استحقاق سود را هم نداشت.

آقایان گفتند احتمالاً مقصود سید این است که اگر عامل از ابتدا می‌داند که مالک عقد مضاربه باطل را انجام داده است یعنی عامل پذیرفته است که مجاناً عمل می‌کند چون عامل نگفته است اجرت المثل من را بده بلکه نصف سود را خواسته است در حالی که می‌داند این سود بر اساس عقدی است که باطل است.

این نکته در عقد اجاره هم هست که اگر اجیر می‌داند که عقد اجاره باطل است آیا استحقاق اجرت المثل را دارد؟ آقایان آن جا هم برخی گفته‌اند که مستحق اجرت نیست.

جواب به سید

آقای خوبی و شهید صدر و دیگران به سید اشکال کردند که اقدام بر عقد فاسد به معنای تبرع در عقد نیست. عامل هر چند می‌دانسته که عقد باطل است ولی می‌خواسته در برابر عمل خودش ربح بگیرد و همین یعنی متبرع نبوده است. درست است که می‌داند که ربح را مالک نمی‌شود ولی همین مقدار که گفته است به من سود بدهید یعنی من مجانی کار نمی‌کنم.

تنظیر آقای خوبی

اگر بایعی بیع فاسدی کند و می‌داند که بیع فاسد است حال آیا می‌توان گفت که مشتری که مثنی را گرفته است و مثنی را داده است، نسبت به مثنی ضمان ندارد؟ قطعاً باید مثنی را برگرداند. در حالیکه این جا هم می‌توان گفت بایع می‌داند عقد فاسد است و لذا ما تعهدی نداریم که مثنی را به تو برگردانیم چون اقدام بر ضرر کردی. پس فساد عقد به معنای تبرع نیست. بلکه به این معناست که مبلغ مسمی وجود ندارد.

ادامه کلام سید

"و يكون ضامنا لتلف المال إلا مع علم المالك بالحال"

عاملی که عالم به بطلان مضاربه است، ضامن تلف مال هم هست مگر که خود مالک هم عالم به بطلان باشد که در این صورت ضامن تلف مال نیست.

نظر استاد راجع به انحلال عقد

سید گفتند کل عقد مضاربه باطل است اما آقای خوبی گفتند نسبت به مقدور صحیح است بخاطر انحلال عقد مثل تبعض صفقه.

دو صورت در انعقاد عقد مضاربه

صورت ۱: علی وجه التقييد

گاهی انضمام مقدور به غیر مقدور علی وجه التقييد است یعنی اگر با کل مال کار نکنید من مالک راضی نیستم یا توی عامل ماذون نیستی.

یعنی اگر عامل می گفت من با ۵۰ میلیون می توانم کار کنم مالک می گفت من راضی نیستم و اذن نمی دهم اگر مضاربه، اذن باشد و اصلا عقدی نیست اگر مضاربه عقد باشد.

این جا ما کلام آقای خوبی را قبول نداریم و این جا کلام سید درست است.

صورت ۲: عدم تقييد

اما اگر این که با همه پول کار بکن علی وجه التقييد نیست بلکه مثل شرط ضمن عقد است که در این صورت انحلال آقای خوبی را می پذیریم. چون تو به مقتضای عقد عمل کردی ولی به مقتضای شرط عمل نکردی.

این دو احتمال و اشکال به آقای خوبی در مقام ثبوت است و این که در مقام اثبات هم کدام صورت باید باشد

بحث دیگری است آیا استظهار از عقد مضاربه قاعده ای عمومی است یا باید در هر موردی به خصوصه

بسنجیم.

• جلسه ۸۴ چهارشنبه ۱۷ بهمن ۱۳۹۷

ادامه نظر استاد راجع به انحلال عقد

سوال این بود که این دو احتمال و اشکال به آقای خوئی در مقام ثبوت است و این که در مقام اثبات هم کدام صورت باید باشد بحث دیگری است آیا استظهار از عقد مضاربه قاعده ای عمومی است یا باید در هر موردی به خصوصه بسنجیم.

به نظر ما از خود عقد مضاربه نه وحدت و نه تعدد مطلوب هیچیک فهمیده نمی شود و استظهار نمی شود البته می توان گفت قاعده عرفی، وحدت مطلوب است مگر خلاف آن نیاز به قرینه دارد. پس خود عقد و لفظ ضاربتک و قارضتک دلالتی ندارد ولی به لحاظ عمل عرفی، اصل را بر وحدت می دانند نه این که این مقتضای قارضتک باشد بلکه مراد، شیوع مدل وحدت بین عرف است.

شاید بتوان گفت اگر خود مالک عالم به عجز عامل باشد یا احتمال قوی می دهد، شاید خود این قرینه ای بر تعدد مطلوب باشد. یعنی خود همین قرینه می شود بر این که عامل اگر با بخشی از آن هم می تواند خوب است و من آن را قبول دارم. لذا می توان گفت عقد صحیح است چون عقد مضاربه او علی وجه التقیید نبوده است. اما در موارد جهل مالک، تعدد مطلوب نیاز به قرینه دارد. مثل این که وقتی خودش فهمید بگوید مشکلی ندارد. پس به نظر ما علم و جهل مالک موثر در بحث است.

پس نظر ما تفصیل بود و کلام سید و آقای خوئی به اطلاق درست نیست ولی اصل، موافق کلام سید است چون اصل عدم تعدد مطلوب است.

نظر استاد نسبت به تنظیر سید به اجاره

به نظر ما نیز اجاره و مضاربه متفاوت هستند و همان اشکالی که مطرح شد وارد است هر چند شاید سید می خواسته است فقط مثالی بزند ولی ظهور کلام غیر از آن است.

نظر استاد نسبت به "تقیید اجر المثل به جهل عامل"

به نظر ما این تقیید صحیح نیست و کلام آقای خوئی صحیح است یعنی علم و جهل عامل به بطلان تفاوتی ندارد بلکه عامل حتی در فرض علم، متبرع نیست.

نظر استاد نسبت به خیار فسخ

آقای خویی گفتند که مالک، خیار فسخ دارد اما به نظر ما این کلام صحیح نیست چون مضاربه اگر علی نحو التقیید است که اساساً مضاربه محقق نمی شود و باطل است و اگر علی نحو التقیید هم نباشد باز باید گفت اگر مالک عالم به فساد باشد، اثبات خیار برای مالک، سخت است.

نظر استاد راجع به ضمان عامل در مورد تلف مال

سید فرمود که عامل در صورتی ضامن تلف مال است که مالک عالم به عجز عامل نباشد و الا عالم ضامن نیست.

قبلاً گفتیم اگر عامل در معامله ضرر کرد این ضرر از مالک است ولی ضمانی که ما آن جا مطرح کردیم با این ضمان در مساله سید فرق دارد. این جا تلف مال در دست عامل به مثل این که مال سرقت شود و ... است یعنی تلفی که عامل در آن نقش ندارد یعنی بخاطر معامله اش نیست.

اشکال آقای خویی

اشکال ۱: قصور ادله ضمان نسبت به این مورد

ایشان می گوید عامل ضمان نیست؛ چون ضمان یا به سیره عقلاء است یا به تعبد شرعی است.

اگر با تعدی و قهر و غصب مال دیگری را گرفته است ضامن است هم به سیره و هم به دلیل شرعی.

اگر دو طرف وارد معامله ای شوند که خودتان ضمان را می پذیرید این جا هم ضمان به سیره و دلیل شرعی.

ضمان در عاریه طلا و نقره هم به تعبد شرعی است نه به سیره.

در بحث ما عمده ترین دلیل عام برای ضمان همین "علی الید ما اخذت حتی تودی" است در حالیکه کلمه "اخذ" ظهور در قهر و غلبه دارد ولی فرض این است که عامل در مضاربه به قهر و غلبه پول را نگرفته است و ید عامل، ید امانی بوده است نه ید عدوانی پس هیچ دلیلی بر ضمان عامل وجود ندارد.

اشکال ۲: قاعده "ما یضمن"

مرحوم شیخ استناد به مشهور فقهاء امامیه داده اند که "ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده" و "ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده" و عقد مضاربه صحیح موجب ضمان نمی شود پس فاسدش هم موجب ضمان نیست.

جواب به آقای خوبی

برخی گفتند ادله ضمان در خود روایات مضاربه آمده است.

ح ۵ب ۱: صحیح حلبی

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الرَّجُلَ مَالًا مُضَارَبَةً فَيُخَالِفُ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا.

در بحث ما نیز وقتی مالک ۱۰۰ میلیون داده است برای مضاربه، یعنی شرط کرده است که با مجموع آن کار کنید.

ح ۳ب ۱: روایت ابی الصباح کنانی

عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يَعْمَلُ بِالْمَالِ مُضَارَبَةً قَالَ لَهُ الرَّبْحُ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ عَنْ شَيْءٍ مِمَّا أَمَرَ صَاحِبُ الْمَالِ.

روایات دیگری هم در این مضمون داشتیم ولی بهترین روایت همان روایت حلبی است.

اگر این استدلال را بپذیریم، گفته اند مثل صحیح حلبی می تواند اثبات کند که مضاربه در این موارد که عامل می تواند با بخشی کار کند هم صحیح است؛ چون امام ع فرموده است که عامل ضامن می شود ولی مضاربه صحیح است چون امام ع می فرماید "و الربح بينهما" و این یعنی مضاربه صحیح بوده است و الا عامل باید اجرت المثل بگیرد.

ما گفتیم ضمان به دو گونه است:

۱. ضمان در برابر خسارت عملیات تجارت

۲. ضمان اصل مال در صورت تلف مال

به نظر ما مراد سید دومی است نه اولی. حال آیا روایت حلبی و ... راجع به ضمان خسارت تجارت است یا

راجع به ضمان تلف مال به مثل سرقت است؟

مالک گفته است این جنس را نخر ولی عامل آن را خرید و سود هم کرد و سود را به خانه برد ولی سرقت شد. آیا صحیحه حلبی می گوید ضامن هستی؟ به نظر ما مقصود روایت، خسارت عملیات عامل در مضاربه است نه تلف مال در مواردی که عامل هیچ نقشی در آن نداشته است.

روایات دیگری داشتیم که تعبیر به وضعه داشت که "لیس علیه من الوضیعه شیء". معلوم است که مراد این روایات، ضرر در معامله عامل است. ولی روایت حلبی روشن تر بود برای اثبات ضمان که گفتیم تطبیق در بحث نمی شود.

• جلسه ۸۵ سه شنبه ۲۳ بهمن ۱۳۹۷

ادامه کلام سید

"و هل یضمن حیثاً جمیعاً لعدم التمییز مع عدم الإذن فی أخذه علی هذا الوجه أو القدر الزائد لأن العجز إنما یكون بسببه فیختص به أو الأول إذا أخذ الجمیع دفعةً و الثاني إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد و لم یمزجه مع ما أخذه أولاً أقوال أقواها الأخير"

سید گفتند اگر سرمایه بیش از توان عامل باشد، عامل ضامن تلف مال است مگر این که مالک بداند. حال سوال این است که آیا عامل ضامن کل ۱۰۰ میلیون است یا ضامن ۵۰ میلیونی است به نمی توانست با آن تجارت کند؟ چون با ۵۰ میلیون که می توانست تجارت کند.

در این مساله سه نظر وجود دارد:

قول ۱: ضامن کل

دلیل: مقدار مقدور متمیز نیست و اذن در اخذ به این وجه که قدرت بر کل نداشته باشد هم که نداشته است.

قول ۲: ضامن بعض

دلیل: چون عجز به سبب همین مقدار زائد از قدرتش است.

قول ۳: اگر همه سرمایه را یک جا و دفعتاً بگیرد ضامن جمیع است و اگر به مقدار مقدور بگیرد و سپس به مقدار زائد یعنی تدریجی بگیرد فقط ضامن مقدور است.

سید می گوید قول تفصیل اقوی است. البته اگر عامل بعد از تدریج در اخذ، کل پول را ممزوج کند به گونه ای که تمیز از بین برود باز ضامن جمیع است.

"و دعوی أنه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع و هو عاجز عن المجموع من حيث المجموع و لا ترجيح الآن لأحد أجزائه إذ لو ترك الأول و أخذ الزيادة لا يكون عاجزا كما ترى إذ الأول وقع صحيحا و البطلان مستند إلى الثاني و بسببه و المفروض عدم المزج هذا"

این قسمت را بعدا توضیح می دهیم.

"و لكن ذكر بعضهم أن مع العجز المعاملة صحيحة فالربح مشترك و مع ذلك يكون العامل ضامنا مع جهل المالك و لا وجه له لما ذكرنا مع أنه إذا كانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان ثم إذا تجدد العجز في الأثناء وجب عليه رد الزائد و إلا ضمن"

برخی گفتند در فرضی که عامل عجز از تجارت با مجموع دارد مضاربه صحیح است و سود مشترک است و عامل ضامن است در صورتی که مالک جاهل به عجز عامل داشته باشد.

سید می گوید این وجهی ندارد چون اگر مضاربه صحیح باشد دیگر عامل ضامن نخواهد بود.

از این معلوم می شود که وقتی گفتیم عامل ضامن است یعنی مضاربه در این قسمت باطل بوده است و لذا یدش امانی نیست و لذا ضامن است.

سوال از سید

اگر مضاربه باطل است و ید او امانی نیست و مشمول "على اليد ما اخذت حتى تؤدى" است پس چرا بین اخذ تدریجی و دفعی تفصیل دادید؟

جواب

گویا سید می گوید که وقتی تدریجی می گیرد گویا دو مضاربه رخ می دهد و مضاربه اول چون صحیح بوده است یدش امانی می شود ولی در اخذ مقدار زائد، مضاربه فاسد است و لذا یدش امانی نیست و لذا ضامن است.

سوال

دفع مال مگر مضاربه می شود؟!

جواب

مرحوم سید مضاربه را "دفع الانسان مالا الی الغير لیتجر به" تعریف کردند و این یعنی ایشان یکی از مقومات مضاربه را دفع مال می دانستند. پس می توان گفت دفع اول مضاربه صحیح است و دفع دوم مضاربه باطله است.

اشکال به سید

درست است که دفع، مقوم مضاربه است ولی دفع نهایتا ایجاب محسوب می شود ولی مضاربه چون عقد است باید قبول هم داشته باشد پس باید این را نیز بگوییم که قبول در این مضاربه به اخذ است. یعنی باید قبول فعلی را هم بپذیریم. اما اگر گفتیم قبول باید به صورت لفظی باشد، قبول لفظی نسبت به کل پول بود پس دو مضاربه نشد.

پس این مبتنی بر این است که مضاربه معاطاتی را قبول کنیم و مقوم مضاربه را دفع از طرف ایجاب و اخذ از طرف قبول باشد و از این جهت، آقایان عموما اشکال کردند که وجهی برای کلام سید نیست ولی ما توجیهاتی برای کلام سید ذکر کردیم که همین مضاربه معاطاتی از دو طرف ایجاب و قبول بود.

اشکال به سید

عموما اشکال می کنند که سید در صدر مساله گفتند کل سود برای مالک است و به عامل اجرت المثل می دهیم یعنی گویا مضاربه راسا باطل است.

جواب

از این ذیل معلوم می شود که ایشان اشتراک در ربح را هم قائل است.

توجیه کلام قائلین به صحت مضاربه و ضمان عامل

ما باید این را بحث کنیم که آیا در صورت صحت مضاربه نمی شود که عامل ضامن باشد؟

سید درست می گوید که اگر مضاربه صحیح است پس ضمان معنا ندارد و این علی القاعده است ولی مشکل این است که گفتیم برخی مستندا به روایات خاص مثل صحیح حلبی که در جلسه قبل خواندیم، می گویند این در حکم اشتراط است و عامل ضامن است بخاطر عمل خلاف شرط مالک.

گویا سید این روایات را شامل این مورد نمی دانستند ما توجیهی که ذکر کردیم این بود که سید می گوید بحث ما در ضمان تلف اصل سرمایه است ولی مورد این روایات ضمان در خسارت عملیات است.

ما مساله را دارای دو صورت دانستیم:

صورت ۱: تقیید

اذن من به این که تو با این ۵۰ میلیون تجارت کنی مقید به این است که با ۵۰ میلیون دیگر هم تجارت کنی یعنی اگر عجز باشد اجازه تجارت با این ۵۰ میلیون را هم نداری و این یعنی هیچ اذنی نداری و این یعنی ید او اصلا امانی نیست.

صورت ۲: اشتراط

مالک می گوید با این ۵۰ میلیون کار کن و این مقید نیست به کار کردن با ۵۰ میلیون دیگر ولی این مثل اشتراط ضمن عقد است یعنی عقد سر جایش باقی است و اذن حاصل هست اما به التزام دوم ضمن آن عمل نکردید. گویا آقایان استظهار کردند که علی نحو الاشتراط بوده است و لذا مشمول روایت حلبی می شود پس مضاربه صحیح است و عامل هم ضامن است بخاطر مخالفت شرط. پس می شود که قائل به صحت مضاربه باشیم و عامل را ضامن بدانیم در این مساله.

نظر نهایی استاد در ضمان عامل

ما در جلسه قبل هم این کلام سید را تقویت کردیم اما ممکن است بگوییم اطلاق مثل روایت حلبی شامل هر گونه تلفی می شود و لذا در محل بحث، می توان گفت مضاربه صحیح است و عامل ضامن است بخاطر مخالفت با شرط مالک.

ح ۵ب ۱: صحیح حلبی

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الرَّجُلَ مَالًا مُضَارَبَةً فَيُخَالِفُ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا.

این روایت مطلق است و شامل ضمان تلف اصل مال هم می شود.

نکته بعدی این است که در نقد سید می گوئیم که برخی از این روایات اشتراط در مضاربه اصلا در مورد تلف اصل مال است نه خسارت عملیات یعنی بخاطر تجارت ضرر نکرده است بلکه تلف اصل مال است.

مثل صحیحه کنانی: ح ۶ ب ۱ ابواب مضاربه

۲۴۰۵۳-۶- و عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيْلِ عَنِ الْكِنَانِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الْمُضَارَبَةِ يُعْطَى الرَّجُلَ الْمَالَ يَخْرُجُ بِهِ إِلَى الْأَرْضِ وَيَنْهَى أَنْ يَخْرُجَ بِهِ إِلَى غَيْرِهَا فَعَصَى فَخَرَجَ بِهِ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى فَعَطَبَ الْمَالَ فَقَالَ هُوَ ضَامِنٌ فَإِنْ سَلِمَ فَرَبِحَ فَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا.

"فعطب المال" یعنی مال تلف شده است.

پس باید ببینیم استظهار این هست که بحث ما مشمول این روایات است یا خیر که در به آن خواهیم پرداخت.

بررسی قول آقای خوبی مبنی بر عدم ضمان عامل در صورت بطلان مضاربه

ما ادله ایشان را به تفصیل مطرح کردیم که ضمان دلیل عقلی و شرعی می خواهد و این جا دلیلی وجود ندارد.

دلیل عقلی این است که هر وقت با قهر از کسی چیزی را گرفتید شما ضامن هستید و شرع هم این را تایید کرده است که "علی الید ما اخذت حتی تودی" که کلمه "اخذ" ظهور قهر و غلبه دارد.

در عاریه طلا و نقره عقل حکم به ضمان نمی دهد ولی شارع حکم به ضمان کرده است.

در غیر این موارد، وجهی برای ضمان نیست؛ چون عامل ولو به عقد فاسد سرمایه را در اختیار گرفته است ولی اخذ او به قهر و غلبه نیست.

به عبارت دیگر، گویا ایشان می گویند این طور نیست که هر جا ید امانی نیست پس ید عدوانی است. در این جا مضاربه باطل است پس ید امانی نیست ولی ید عدوانی هم نیست. البته ایشان به این استدلال "ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده" را ضمیمه کردند.

ما در نقد ایشان گفتیم ضمان باید یا عقلی باشد و یا شرعی باشد و ما می‌گوییم که همین روایات باب ۱ حکم به ضمان از سوی شارع است. یعنی بگوییم بحث ما مضمون "علی الید ما اخذت حتی تودی" نیست و مضمون این روایات است. پس مثل عاریه طلا و نقره است.

• جلسه ۸۶ چهارشنبه ۲۴ بهمن ۱۳۹۷

ادامه بررسی ضمان عامل

گفتیم سه نظریه وجود دارد:

قول ۱: سید گفتند ضامن است چون باطل است.

قول ۲: آقای خوبی گفتند بر فرض باطل باشد هم وجهی برای ضمان نیست.

قول ۳: در بعضی مقدور، صحیح است و با این حال گفتند ضامن است.

سید به قول سوم اشکال کرد که اگر مضاربه صحیح است عامل ضامن نیست چون مضاربه از عقود است که صحیحش ضمان آور نیست.

گفتیم این کلام سید علی القاعده است ولی قائلین به قول سوم به روایات خاصه استدلال کردند. مثل صحیح حلبی و کنانی و ... که می‌گفتند اگر شرط مالک رعایت نشد و تلف شد عامل ضامن است.

اما در دفاع از سید باید گفت که اطلاق صحیح حلبی تمام نیست که بخواهد شامل تلف اصل مال هم بشود بلکه صحیح حلبی در مورد خسارت عملیات عامل است.

گفتیم صحیح کنانی (ح ۶ ب ۱) دلالت بر ضمان تلف اصل مال می‌کند اما در جواب به آن باید گفت که این روایت می‌گوید تلف اصل مال بخاطر مخالفت با شرط مالک بوده است (شرط کرده بود که به سفر نرو و او سفر رفت و بخاطر سفر، مال، تلف شد) ولی در بحث ما تلف اصل مال ربطی به شرط مالک (این که با همه پول کار کن) ندارد.

پس در بحث ما اشتراط هست ولی تلف بخاطر مخالفت با آن شرط نبوده است پس باز ضمان ثابت نشد.

پس به نظر ما کلام سید درست است که علی القاعده، ضمان ثابت نیست اما بخاطر احتمالات در روایات، احتیاط مستحب در رعایت ضمان است.

حال بحث بعدی این است که بر فرض ادله و روایات خاصه ضمان شامل این مورد نشود، آیا ادله عام ضمان شامل این مورد می شود یا خیر؟

گفتیم اگر به صورت تقیید باشد، ید او امانی نیست و علی الید آن را می گیرد و اگر به صورت اشتراط باشد، مخالفت با التزام ثانی و ضمنی است ولی عقد باقی و ثابت است پس ید عامل امانی است و عدوانی نیست پس علی الید شامل مورد نمی شود.

اما خود قاعده علی الید که آیا ید دو حالت دارد که عدوانی است یا امانی یا حالت سومی دارد که آقای خوبی گفتند حالت سوم دارد، این مربوط به قاعده ضمان می شود که در بحث ضمان باید به آن پرداخت.

آقای خوبی گفتند معامله فاسد هم باشد باز ضامن نیست چون ید عامل امانی نیست ولی عدوانی هم نیست.

علی الید ما اخذت حتی تودی یا تودیه در منابع اهل سنت وجود دارد مثل سنن بیهقی و ابن ماجه و ... ولی در منابع معتبر امامیه نیست. در عوالی و مستدرک و جامع الاحادیث آقای بروجردی آمده است که مرسله است.

ظاهرا این روایت از منابع اهل سنت وارد فقه شیعه آمده است و فقهاء، بسیار به این مضمون استدلال کردند.

پس روایت معتبر نیست چون مرسله است مگر بگوییم که خبر مستفیض یا متواتر است بخاطر استناد زیاد فقهاء یا بخاطر شهرت عملی و فتوایی آن را معتبر بدانیم.

شاید بگوییم که قاعده مصطاده است و لذا حساسیت روی کلیدواژه های روایت بی معناست. وقتی واژه "اخذ"

تعبیر امام ع یا نبی ص نیست پس ارزش استنباطی ندارد. مگر بگوییم تواتر لفظی دارد.

بر فرض این روایت را بپذیریم مثل این که تواتر لفظی دارد و یا شهرت عملی دارد و یا بخاطر این که ابن ادریس در سرائر نقل کرده و او مبنای عدم حجیت خبر واحد دارد پس حتما محفوف به قرائن قطعیه بوده است،

نوبت به بررسی کلیدواژه ها می رسد.

آقای خوبی گفتند اخذت ظهور در قهر و غلبه دارد.

در قرآن کثرت استعمال به قهر و غلبه است. عموماً کلمه "اخذ" در قرآن به صورت قهر و غلبه است. مثل "اخذناهم اخذ عزيز مقتدر" یا "اخذناهم بالعذاب ... و...".

البته در غیر قهر و غلبه هم استعمال داریم مثل "خذ العفو... یا" و "امر اهلک یاخذوا باحسنها" یا "خذ الکتاب بقوة" و "اذ اخذنا من النبیین میثاقهم" البته ممکن است آقای خوبی بگوید این جا هم گرفتن محکم و شدید مراد است که باز با قهر و غلبه تناسب دارد.

البته در روایات جستجو نکردیم ولی در آیات کثرت استعمال با کلام آقای خوبی می سازد.

اشکال

این استعمالات به کمک قرینه است.

جواب

نکته ۱

آخوند گفت وجود قرینه مساوی با استعمال مجازی نیست. ممکن است قرینه باشد اما اراده معنا مستند به قرینه نباشد. ممکن است برای استعمال حقیقی هم قرینه ذکر شود ولی استناد به قرینه نیست بر خلاف معنای مجازی.

نکته ۲

ما نمی خواهیم بگوییم کثرت استعمال در این جا موجب وضع شده است بلکه می گوییم موجب انصراف است. به نظر من انصراف، در سطح مدلول تصدیقی ثانی موثر است بر خلاف قرینه بر مجاز که در سطح مدلول تصدیقی اولی موثر است.

نظر استاد

بین ید عدوانی و ید امانی حالت سومی وجود دارد مثل مضاربه باطله در صورت جهالت عامل که از طرفی چون باطل است ید او امانی نیست و چون جهل بوده است ید او عدوانی نیست.

کلمه "اخذت" ظهور در قهر و غلبه دارد.

اگر اخذ ظهور در غلبه نداشته باشد پس هر تسلطی موجب ضمان است و مثل قاعده احسان از آن تخصیص خورده است یعنی ید امانی از آن خارج شده است. پس مضاربه در صورت بطلان، تحت آن دلیل می ماند چون ید امانی در این جا محرز نیست.

اگر اخذ ظهور در غلبه داشته باشد مضاربه در صورت بطلان، تحت علی الید نمی رود و لذا دلیل عام بر ضمان ندارد. دلیل خاص بر ضمان را هم که مثل صحیحه حلبی و کنانی را هم که رد کردیم.

در صورت بطلان مضاربه، اگر عامل جاهل نباشد هم قهر و غلبه محسوب نمی شود و لذا ضمان منتفی است که ما و آقای خوبی این را گفتیم. در این صورت اگر مالک عالم باشد شاید غیر آقای خوبی هم بگویند که ید عامل امانی باشد.

• جلسه ۸۷ شنبه ۲۷ بهمن ۱۳۹۷

مسائل سید ترتیب خوبی ندارد لذا ما از مساله دوم شروع می کنیم.

مسألة ۲

"المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده قبل حصول الربح أو بعده نض المال أو كان به عروض مطلقا كانت أو مع اشتراط الأجل و إن كان قبل انقضاءه"

سید می گوید مضاربه جایز است از دو طرف چه عامل شروع کرده باشد و چه شروع نکرده باشد.

تذکر

فسخ مضاربه از آن لحظه فسخ به بعد است و شامل معاملاتی که قبلا شده است نمی شود و لذا باید آن سود حاصله تقسیم شود و بعد از آن مضاربه فسخ می شود. نه این که از حین عقد فسخ بشود که نتیجه آن این است که کل سود مال مالک شود و به عامل اجرت المثل دهند.

این جواز مشهور بلکه اجماعی است.

این در صورتی است که هیچ قید و شرطی در آن وجود نداشت و یا در عقد دیگری نسبت به مضاربه شرطی نیامده باشد اما اگر مضاربه شرطی داشت که آن شرط به صورت کلی دو قسم می تواند باشد:

قسم ۱: شرط تاجیل

قسم اول در جایی است که برای مضاربه مدت تعیین کنیم. این بول در اختیار شما باشد به مدت یکسال. برخی گفتند اگر به این صورت باشد، تا پایان آن مدت، عقد جایز نیست بلکه لازم است. ولی سید این صورت را هم می گویند که عقد جایز است.

قسم ۲: شرط عدم فسخ

اگر در عقد مضاربه شرط شده است که طرفین هیچ وقت یا تا زمان خاصی فسخ نکنند و یا این که هیچکدام به تنهایی فسخ نکنند بلکه به توافق طرفین باشد، آیا مضاربه از حالت جواز به حالت لزوم تبدیل می شود یا خیر؟ گاهی هم مضاربه شرط ندارد اما در بیعی شرط کردیم که عقد مضاربه را فسخ نکنیم که این را هم باید بحث کرد چون صوری دارد. ممکن است آن شرط عدم فسخ در عقد خارج، در عقدی باشد که لازم باشد و یا ممکن است که در عقد جایز باشد مثلاً در مضاربه دیگری شرط کنیم که در مضاربه اول فسخ صورت نگیرد. این صور مساله بود. قبل از بررسی جزئیات مساله باید علی القاعده دو بحث کلی در این مساله داشته باشیم:

بحث ۱: معیار جواز و لزوم عقد

به صورت کلی، معیار لزوم و جواز عقد چیست؟

بحث ۲: لزوم و عدم لزوم و فاء به شروط ضمن عقد جایز

آیا شرط ضمن عقد جایز می تواند لازم باشد یا خیر؟

دو نگاه در بحث ۱

نگاه ۱: بر اساس قاعده و اصل، آیا عقود جایز هستند یا لازم؟

نگاه ۲: بر اساس ادله خاصه آیا فلان عقد معین جایز است یا خیر؟

در مضاربه هم همین دو نگاه وجود دارد.

بررسی بحث ۱/نگاه ۱

مقصود از قاعده، عمومات و اطلاقات در مورد عقود است.

گروه ۱: ادله ای مثل اوفوا بالعقود

این آیه دلالت بر وجوب وفاء به عقد می کند و وجوب وفاء به عقد به این معناست که هر عقدی، عقد لازم است چون خداوند دستور داده است که شما به مقتضای عقد عمل کنید. پس اصل و قاعده در هر عقدی لزوم است.

گروه ۲: المومنون عند شروطهم

این گروه دلالت بر لزوم وفاء به شرط می کند. موضوع گروه اول، عقد بود اما موضوع این گروه، شرط است ولو که عقد بر آن صادق نباشد. چون هر عقدی ممکن است شرط باشد ولی هر شرطی عقد نیست. ممکن است در این بحث، شرط را بگویند عقد نیست ولی گروه دوم آن را قطعاً شامل می شود. پس اصل و قاعده در عقد لزوم است چون شرط است و علاوه بر آن اصل و قاعده در شرط هم لزوم است.

گروه ۳: ادله سلطنت

ادله ای که دلالت می کنند بر این که هر کسی بر مال خودش تسلط دارد مثل لایحل مال امرء مسلم الا بطیب نفسه.

شما سلطه بر مالتان دارید. مقتضای این ادله این است که مالک در مضاربه هر وقت می خواهد بتواند مال و سرمایه خودش را از تصرف عامل خارج کند و مقتضای این ادله، عدم لزوم عقد مضاربه است.

در مورد عامل هم این ادله تطبیق می شود چون ما همانطور که در اموال سلطنت داریم، به طریق اولی در اعمال هم سلطنت داریم.

این ادله در مثل بیع نمی آید چون طرفین ثمن و مثن را تملیک می کنند و دیگر ملکیتی نیست که سلطنت باشد ولی در عاریه و مضاربه ملک هنوز باقی است.

پس سه گروه دلیل عام داریم که باید بررسی شوند.

بررسی گروه ۱: اوفوا بالعقود

ابتدائاً باید دید که عقد به چه معناست یعنی ابتدائاً موضوع را تفسیر و تعیین کنیم و سپس حکمش را بررسی کنیم یعنی آیا اوفوا به معنای حکم تکلیفی است یا حکم وضعی؟

اگر آیه صرف دلالت بر حکم تکلیفی بکند یعنی اگر فسخ کردید کار حرام انجام دادید ولی عقد فسخ می شود. اما اگر حکم وضعی فهمیده شود به این معناست که اصلاً این معامله قابل فسخ نیست.

الف) موضوع آیه اوفوا بالعقود

می گویند عقد عبارت است از التزام طرفینی یعنی التزامی در برابر التزام باشد.

در بیع، التزام به تملیک ثمن در برابر التزام به تملیک مثن است و لذا عقد است. در اجاره هم التزام به ثمن در برابر منافع است و لذا عقد است. اما مثلاً در عاریه من کتاب را یک روز به دیگری می دهم که این التزام در برابر التزامی نیست و لذا عقد نیست. عاریه اذن در تصرف است. پس تسامحا به آن عقد می گوئیم ولی واقعا عقد نیست.

نتیجه این می شود که اصل در عقود لزوم است ولی همه آن چه ما اصطلاحاً عقد می گوئیم عقد نیستند.

عقد تقسیم می شود به عقد اذنی و عقد عهدی که عقد عهدی التزام دارد نه عقد اذنی پس عقد اذنی در واقع، عقد نیست.

آیا ماهیت مضاربه التزام در برابر التزام است؟

عموماً می گویند مضاربه عقد اذنی است پس مشمول اوفوا بالعقود نیست. می گویند مانند جعله است. مضاربه این است که مالک اذن در عمل با سرمایه می دهد البته این اذن مشروط به این است که شما بخشی از سود را به مالک بدهد. پس التزام در برابر التزام نشد بلکه اذن در تصرف است.

آقای خوئی می گویند ادله لزوم عقد، قاصر از شمول نسبت به مضاربه هستند. چون عقد مضاربه، عقد نیست.

پس باید ماهیت مضاربه بررسی شود چون ممکن است بگوئیم مالک سرمایه را در اختیار عامل می گذارد و عامل هم عمل خود را در اختیار مالک می گذارد و این دو التزام است و لذا عقد می شود و عقد اذنی نیست بلکه عقد عهدی است. در مضاربه، از طرف مالک، التزام به تملیک نیست اما التزام به تسلیط عامل بر مال است.

ولی در برابر شاید کسی بگوید ما در اجاره عمل، مشخص است که عملی را از اجیر خریداری کردیم و نتیجه آن این است که اگر بیکار نشسته است، مواخذه اش می کنیم چون عمل او ملک من شده است. اما آیا در مضاربه شما عمل عامل را خریداری کردید یا حداقل مسلط بر عمل او هستید؟ شاید بگوییم عامل التزامی نداده است یعنی مالک تسلط بر عمل او ندارد.

به نظر می رسد حدقل بخشی از مضاربه ها التزام طرفینی باشد. لذا در مضاربه می توانیم عامل را بازخواست کنیم که چرا کاری نکردی؟!

به نظر ما مضاربه هم تقسیم به عهدی و اذنی می شود. بخشی از مضاربه ها عهدی است و نشانه آن این است که اگر این آقا عمل نکند، من اذن در تصرف نمی دهم. البته برخی مضاربه ها هم اذنی است مثل جعاله است. مالک می گوید اگر با این سرمایه کاری کردی سود بده و عامل هم قبول می کند که اگر کار کرد سود بدهد. آیا همیشه از طرف عامل التزام به تقسیم سود نیست؟ اصلا اصل سود اگری است و التزامی به آن نیست.

• جلسه ۸۸ یکشنبه ۲۸ بهمن ۱۳۹۷

ادامه بررسی گروه ۱

بحث اول، بحث موضوعی بود و در ذیل آن گفتیم که عده ای می گویند مضاربه عقد نیست چون التزام در برابر التزام نیست ولی ما گفتیم مضاربه می تواند به شکل عقد باشد و می تواند به شکل عقد نباشد. گاهی مضاربه به شکل اذن است و می تواند همان جعاله باشد یعنی ماهیت مضاربه، جعاله می شود. گاهی مضاربه عقد است.

سوال

مضاربه از نظر شما عهدی می شود چون مضاربه اذنی در واقع، جعاله است و دیگر، مضاربه نیست.

جواب

اگر ارکان مضاربه، سرمایه و عمل و سود باشد این به دو صورت اذنی و عهدی محقق می شود و ما بیشتر خواستیم تشبیه به جعاله کنیم ولی این که واقعا مصداق جعاله باشد محرز نیست.

سه گونه تفسیر در حقیقت مضاربه:

گونه ۱: شرکت مال و عمل در نما

می توان گفت حقیقت مضاربه یک نوع شراکت است. شرکت مال و عمل است. مالک سرمایه و عامل عمل را می گذارد و سود نصف می شود. اهل سنت این را می گویند.

اشکال

مالک در سرمایه کسی را شریک نمی کند بلکه فقط حق معامله به عامل می دهد.

جواب

شرکت در سود است نه در سرمایه و عمل.

تذکر

اگر مالک و عامل هر دو سرمایه بگذارند که اساسا شرکت است و مضاربه نیست.

گونه ۲: تسلیط بر عمل به ازاء سود

عامل عمل خودش را تملیک می کند و یا مالک را مسلط بر عمل می کند به شرطی که مقداری از سود به او برسد چون اگر شرط نکند کل سود مربوط به مالک می شود. این تقریبا مثل اجیر شدن است.

گونه ۳: اذن

مضاربه اذن مالک به عامل برای تجارت به مالش است. البته در برابر آن تعهدی هم می کنم که بخشی از سود را به عامل تملیک کنم.

برخی از قائلین به عقد اذنی بودن مضاربه، معتقدند که مضاربه یک عقد است چون اذن است و در ضمن آن ملتزم به دادن بخشی از سود شدید و برخی معتقدند دو عقد است چون اولش اذن است و بعد هم شراکت در سود است. این دو عقد بودن را می توان از کلمات آقای خوئی استفاده کرد.

در امامیه، شرکت در وجوه و اعتبار ممنوع است. لذا برخی می گویند مضاربه نمی تواند شرکت باشد.

اما ما خواستیم بگوییم این عقد، ماهیتش شبیه به شراکت است نه این که واقعا شرکت باشد.

مشهور این است که مضاربه عقد اذنی است.

اشکال به مشهور

سوال این است که پس چرا عامل شریک در سود است؟! عامل مالک بخشی از سود است نه این که مالک سود را به او تملیک کند. پس التزامی از مالک بوده است و لذا اذنی محض نبوده است.

این اشکال باعث شده آقای خوئی بگوید ابتدا اذن بوده است و سپس شرکت است.

اشکال به آقای خوئی

این کلام آقای خوئی هم اشکال را حل نمی کند چون این شرکت یا به مقتضای عقد باید باشد و یا قهری باشد که شرکت به مقتضای عقد نیست چون عقد مضاربه است نه شرکت و شرکت قهری هم که نیست.

لذا برخی گفتند مضاربه همان جعاله است.

توجیه کلام آقای خوئی

عقد مرکب است از اذن و شرکت.

اشکال به توجیه

این شرکت مال و عمل است و چنین شرکتی نداریم.

آقایان معمولاً به دو طریق، از اشکال شرکت مال و عمل جواب می دهند.

جواب ۱

در خصوص مضاربه دلیل داریم که شرکت مال و عمل داریم. این ادله مضاربه، تخصیص می زند آن عام را که شرکت مال و عمل نداریم.

جواب ۲

این دقیقاً همان شرکت نیست بلکه می خواهیم ماهیت مضاربه را تحلیل کنیم که شبیه به شرکت است. پس ماهیتشان یکی است ولی عنوان و اسم آن از منظر شارع دو چیز است. مثل مزارعه و مضاربه که ماهیتشان یکی است ولی نام و عنوانشان متفاوت است.

ثمره اش این است که هر چه به هویت نه خصوص عنوان ارتباط دارد، اگر در شرکت ثابت شد در مضاربه هم ثابت است. هر چه به هویت مضاربه مربوط باشد در مزارعه هم هست.

آن چه به هویت بر می گردد مثل این است که این اذن است یا عهد؟ اگر اثبات کردید که شرکت عهد است پس مضاربه هم عهد است. مثلا اگر مزارعه عهد است پس مضاربه هم عهد است.

ما خواستیم بگوییم شبهه شیء به شرکت است و ماهیتشان یکی است پس مضاربه عقد است

سوال

سوالی که فقهاء با آن مواجه هستند این است که عقد را می گویند ایجاب و قبول می خواهد در برابر ایقاع که قبول لازم ندارد. اگر عقد ایجاب و قبول می خواهد پس عقد اذنی معنا ندارد. عقدها همیشه تعهد دو طرفی هستند پس مضاربه که ایجاب و قبول می خواهد می شود عهد دو طرفه است نه عقد اذنی و اگر تعهد است او فوا بالعقود شامل آن می شود.

پس عقد اذنی با لزوم قبول در مضاربه تناقض دارند.

جواب

این که عقد دو طرف دارد به معنای تعهد دو طرفه نیست.

عقدی که می گوئیم قبول می خواهد به معنای تعهد از دو طرف نیست. بلکه قبول می تواند پذیرش تعهد غیر است نه این که خودش تعهد بدهد.

اگر تعهد نیست پس قبول برای چیست؟ می گویند هر چه حقی یا مالی را از شما سلب کند و یا برای شما ایجاد کند را شما باید بپذیرید. تنها سلب مال و حق نیست که شما باید بپذیرید بلکه ورود مال در ملک شما هم نیاز به پذیرش دارد به مقتضای الناس مسلطون علی اموالهم. عامل در مضاربه قبول کرده است ولی به معنای تعهد نیست.

وصیت تملیکی نقض این الناس مسلطون است چون به مقتضای آن بدون قبول، در ملک شخص وارد می شود که آقایان پاسخ می دهند نه این که قاعده دخول در ملک نیاز به پذیرش ندارد.

• جلسه ۸۹ دوشنبه ۲۹ بهمن ۱۳۹۷

ادامه بحث شمول "اوفوا بالعقود" نسبت به مضاربه

گفتیم مشهور می گویند که مضاربه عقد نیست و اذن است. سوال شد که چرا ایجاب و قبول می خواهد؟ گفتیم از باب قاعده تسلط است که حتی نسبت به اذخال در ملک هم جاری است.

عقد در اصطلاح فقهی چیزی است که نیاز به قبول دارد ولی عقد در اوفوا بالعقود چیزی است که التزام طرفینی می خواهد نه این که هر چیزی باشد که طرفین لازم دارد ولو بدون التزام باشد یعنی ایجاب و قبول لازم داشته باشد.

اشکال

ممکن است بگوییم به همین دلیلی که در فقه، به آن عقد می گویند امکان دارد عقد در اوفوا بالعقود هم به همان معنا باشد و لذا مضاربه که التزام دو طرفی نیست هم مشمول آیه می شود و این مطلوب ما بود.

جواب

مقدمه ۱

قرینه ای داریم که آیه مطلق عقود و چیزی که طرفینی است را نمی گوید بلکه التزام طرفینی لازم دارد و آن قرینه، کلمه وفاء است که قرینه بر این است که عقد در آیه، مطلق عقد فقهی نیست بلکه باید التزامی در بین باشد. این قرینه همان مناسبت حکم و موضوع است.

وفاء نسبت به مواردی گفته می شود که تعهدی در کار باشد نه این که فقط اذن باشد. اذن وفاء ندارد.

پس تمام عقود اذنی، هر چند در لغت و فقه به آن عقد گفته شود از تحت آیه خارج هستند و مشمول مضاربه را اذن می دانند و اساساً عهد و تعهدی در آن نیست.

مقدمه ۲

مخاطب در اوفوا بالعقود فقط موجب عقد نیست بلکه شامل طرفین می شود پس عقد در آیه شامل موردی می شود که التزام طرفینی باشد.

پس حتی اگر مضاربه را التزام از طرف مالک بدانیم نه التزام از طرف عامل، در این صورت هم مضاربه مشمول آیه نیست.

نتیجه

عقدی که تعهد طرفینی داشته باشد مشمول آیه است. پس وقتی مضاربه مشمول آیه است که اولاً در آن التزامی بیابید و دوماً این التزام در دو طرف باشد نه فقط در طرف مالک.

تعهد یک طرفه مثل هبه است چون تملیک است نه اذن که بنا بر مقدمه اول عقد لازم می شود ولی بنا بر مقدمه دوم جایز می شود و عقد لازم نیست.

البته در بحث بعدی یعنی حکم در آیه، کلامی را می گوئیم که به این مطلبی که این جا گفتیم مرتبط می شود.

ب) بررسی حکم در آیه اوفوا بالعقود

آیا از اوفوا حکم تکلیفی می فهمیم و یا وضعی و یا هر دو؟

اگر وجوب تکلیفی باشد یعنی ما ملزم به وفاء هستیم یعنی فسخ کردن حرام است ولی ممکن است فسخ کردن آثار وضعی خودش را داشته باشد یعنی عقد باطل شود یعنی این حکم وضعی تغییری نکند. آیه نسبت به حکم وضعی ساکت است.

اگر حکم وضعی باشد یعنی فسخ شما اثر ندارد یعنی فسخ تو باطل است. کار حرامی هم نکردید. اوفوا دلالت بر تنجیز مقتضای عقد می کند یعنی غیر قابل برگشت است.

اگر هر دو باشد یعنی فسخ اثر ندارد و کار شما هم حرام است.

قول ۱: آقای حکیم

فقط حکم وضعی می فهمیم نه حکم تکلیفی چون استفاده حکم تکلیفی تالی فاسد دارد چون اگر اوفوا بخواهد حکم تکلیفی را بگوید یعنی وجوب وفاء شرعی باشد، اگر جنسی را فروخته باشید و تحویل ندادید باید دو عقاب شوید. یک عقاب برای غصب و یک عقاب برای عدم رعایت ترک وفاء به عقد و این را کسی ملتزم نیست. پس فقط دلالت بر حکم وضعی دارد.

اوفوا بالعقود یعنی همه عقود عقلایی را امضاء کردیم. پس چیزی بیش از صحت و لزوم عقد را نمی فهماند.

قول ۲: آقای خوبی

ما اول حکم تکلیفی می فهمیم و در طول آن حکم وضعی صحت و لزوم عقد می فهمیم. معقول نیست که در صورت فسخ، عقد فاسد باشد و وجوب وفاء به آن هم تشریح کند.

آقای حکیم ظهور صیغه امر در وجوب را کنار گذاشت ولی آقای خوبی این ظهور را تحفظ کرد و این مزیت کلام آقای خوبی نسبت به کلام آقای حکیم است.

این کلام آقای حکیم در این بحث نیست و لذا جوابی از آقای خوبی به کلام آقای حکیم ندیدم.

قول ۳: فقط وجوب تکلیفی

اگر معامله فسخ شد، کار حرامی انجام دادید ولی از این آیه فهمیده نمی شود که معامله صحیح است یا فاسد. آیه حداقل ساکت از آن است. فعلا نمی خواهیم نتیجه بگیریم که آیه دلالت دارد فسخ صورت می گیرد.

البته مقصود این است که ما همه آثار وضعی را از این آیه نمی فهمیم؛ ولی موجبه جزئیة ممکن است برخی آثار وضعی مثل حصول نقل و انتقال مترتب شود. به عبارتی دیگر می گویند ما از اوفوا نمی فهمیم که همه عقود لازم هستند ولی آثار وضعی دیگر را شاید بفهمیم مثل صحت عقد در فرض عدم فسخ که همان ملکیت است (صحت در عدم فسخ گفتیم چون صحت عقد در فرض فسخ همان لزوم می شود)

تذکر

اگر از آیه اوفوا بالعقود فقط حکم وضعی فهمیدیم مثل آقای حکیم دیگر آن مطلبی که در بحث قبل گفتیم منتفی می شود؛ چون در بحث قبل از وجوب تکلیفی وفاء به این رسیدیم که عقد باید مشتمل بر التزام باشد ولی اگر گفتیم که حکم وضعی است آن استدلال منتفی می شود.

• جلسه ۹۰ سه شنبه ۳۰ بهمن ۱۳۹۷

ادامه بررسی گروه ۱: آیه اوفوا بالعقود

بحث در این بود که آیا از آن حکم تکلیفی فهمیده می شود و یا حکم وضعی بدست می آید. دو حکم وضعی در این جا قابل تصویر است. حکم صحت و حکم لزوم.

برخی از آیه حکم صحت را استفاده می کنند نه لزوم را یعنی آیه دلالت دارد که تمام عقود عقلایی ممضاً است و صحیح هستند و باعث نقل و انتقال هستند.

این غیر از لزوم است. لزوم به معنای صحت حتی بعد از فسخ است یعنی ادامه بر عقد واجب است. پس ممکن است از آیه، لزوم تمام عقود بدست آید و عقود جایزه با دلیل خاص از تحت آیه بالتخصیص خارج شدند.

احتمال دیگر این بود که وجوب تکلیفی از آن استفاده کنیم و فسخ هم تاثیر خودش را دارد یعنی حکم وضعی ها را تغییر نداده است.

کلمات آقای خویی شفاف نیست ایشان می گویند هم حکم تکلیفی می فهمیم و هم حکم وضعی ولی معلوم نیست کدام حکم وضعی را می گویند آیا صحت یا لزوم؟

نظر استاد

نکته ۱: حکم تکلیفی ثابت است.

صیغه امر ظهور در وجوب تکلیفی دارد. مگر قرینه ای بر خلاف آن باشد.

بررسی قرینه ۱: عدم تعدد عقاب

آقای حکیم گفتند قرینه این است که اگر وجوب شرعی باشد باید تعدد عقاب را بپذیریم که کسی آن را قبول ندارد.

اشکال استاد به آقای حکیم

ایشان گفتند اگر به مقتضای عقدی مثل بیع عمل نکنید مثلاً ماشین را فروختید ولی تحویل ندادید، هم غضب کردید و هم وجوب وفاء را رعایت نکردید. اما به نظر می رسد این کلام صحیح نیست چون دو معصیتی که ایشان مطرح کردند در واقع، یکی است. وجوب وفاء غیر از عدم سلطه بر این مال نیست. سلطه بر مال غیر همان عدم رعایت اوفوا بالعقود است. وجوب وفاء به عقد یعنی سلطه بر این مال نداشته باش و غضب نکن.

بررسی قرینه ۲: حمل بر ارشاد امر در معاملات

این تعبیر در موارد عقود و معاملات ظهور در ارشادیت دارد. مثل همان کلام آقای خوئی که می گوید اوامر در اجزاء و شرایط ظهور در جزئیت و شرطیت و مانعیت دارد مثل لاتصل فی وبر مالایکول لحمه.

ولی به نظر ما دلیلی نداریم که ارشاد به صحت معامله باشد و این محرز نیست.

پس قرینه ای بر عدم اراده حکم تکلیفی نیست و لذا ظهور صیغه امر در وجوب، محقق و ثابت است.

نکته ۲: حکم وضعی صحت ثابت است.

حکم تکلیفی که اثبات شد و آن وجوب عمل به تعهدات است. به دلالت التزامی به نفوذ تعهدات و صحت هم می رسیم و الا که وجوب عمل به آن معنا ندارد.

نکته ۳: حکم وضعی لزوم

مفاد این آیه وجوب و فاء به مقتضای عقد است. اگر مقتضای عقد طوری بود که در طبیعت خودش اجازه رجوع و فسخ وجود داشت، لزوم نمی فهمیم چون در ذات عقد است و این جواز مقتضای عقد است.

اگر مقتضای عقد جواز فسخ باشد، اوفوا بالعقود نمی گوید تو نباید فسخ کنی. این که خلاف مقتضای عقد می شود.

هر عقدی که در ذاتش جواز نباشد، طبق این آیه لازم است. لازم نیست که در ذاتش لزوم وجود داشته باشد ولی جواز نباید در ذاتش باشد. پس در بیع، لزوم فهمیده می شود چون فسخ خلاف مقتضای عقد است.

در هبه اگر گفتیم که عقد است، شما تملیک کردید و نمی توانید رجوع کنید و فسخ کنید. مقتضای این که به کسی تملیک کردید و لو مجاناً این نیست که هر وقت خواستید برگردید بر خلاف مثل عاریه که به معنای اذن در تصرف است و من هنوز مسلط بر مال خودم هستم پس جواز در ذاتش است.

طبق این کلام، در عمده عقدها می توان لزوم را فهمید. عقدهای نادری هستند که در ذاتشان جواز است مثل عاریه.

در مضاربه، مالک، مال را به عامل تملیک نکرده است ولی آن را در اختیار عامل گذاشته است برای تجارت. حال سوال این است که آیا مقتضای عقد مضاربه این است که من بتوانم فسخ کنم یا خیر؟

اگر اذنی باشد، در بطن خودش جواز دارد و آیه دلالت بر لزوم آن نمی کند و اگر عهدی باشد، آیه دلالت بر لزوم می کند چون تعهد است نه اذن و در تعهد این نیست که هر وقت خواست برگردد چون تعهدی در برابر تعهد است مخصوصا اگر مضاربه، مدت و وقت مشخصی داشته باشد که آن جا خیلی روشن است که این طور نیست که هر وقت خواست برگردد.

اشکال

اگر مقتضای عقد جواز نیست، پس لزوم هست. پس اول باید دید که عقد در ذاتش جواز است یا لزوم پس استناد آیه برای چیست؟

جواب

لازم نیست که لزوم عقد را ثابت کنیم. بلکه دلیل لزوم می تواند همین آیه باشد و دلیل استناد همین است. همین قدر که جواز در بطن عقد نباشد، تحت قاعده اوفوا بالعقود می رود.

بررسی گروه ۲: المومنون عند شروطهم

شما تعهد کردید که این مال در اختیار عامل باشد و این نوعی شرط است و این روایت دلالت بر لزوم عمل به این شرط دارد.

همان مباحث اوفوا بالعقود در این جا مطرح است که حکم تکلیفی و وضعی دارد یا خیر؟

آیا این که مالک گفت من مالم را در اختیار عامل می گذارم شرط است؟

عموما می گویند شرط به معنای التزام است ولی شرط ابتدایی التزام نیست و شرط لغت، التزام در برابر التزام است و الا التزام ابتدایی اصلا التزام و شرط نیست بلکه وعده است و لذا با شرط ابتدایی مشکل دارند ولی برخی که کم هستند قائل اند که شرط ابتدایی هم می تواند التزام و شرط در آیه باشد.

مضاربه، می تواند شرط باشد چون التزام در برابر التزام است. التزام مالک به دادن سرمایه، در برابر التزام عامل به عمل است پس التزام ابتدایی نیست لذا شرط بر آن صادق است و لذا تحت روایت داخل است و لذا لازم است.

آیا التزام به این که نصف سود مال عامل باشد و التزام به این که سرمایه در اختیار عامل باشد در برابر التزام عامل به عمل، مضاربه را از شرط ابتدایی خارج می کند یا خیر؟

• جلسه ۹۱ چهارشنبه ۱ اسفند ۱۳۹۷

به نظر ما برای این که عقد مشمول آیه باشد لازم است که یک التزام از یک طرف باشد و معامله هم عقد باشد یعنی طرفینی باشد و نیاز به قبول داشته باشد. پس شرط اول طرفینی بودن است و شرط دوم وجود یک التزام از یکی از دو طرف. آن استدلال که مخاطب آیه دو طرف هستند که بخاطر آن التزام در دو طرف را لازم دانستیم را ما قبول نداریم.

پس طبق نظر ما مضاربه عهدی و عقدی هم التزام است و لذا مشمول اوفوا است بر خلاف مضاربه های اذنی که مشمول اوفوا نیست چون هیچ التزامی در آن نیست.

پس ممکن است شرط ابتدایی مثل هدیه ای که دیگری قبول می کند هم مشمول آیه باشد. چون از یک طرف تملیک و التزام است و طرفینی هم هست یعنی قبول می خواهد.

سوال

گفتیم مضاربه و مزارعه و مساقات ماهیتا یک چیز هستند اما تفاوت هایی در رابطه با موضوع دارند که یکی در تجارت و یکی در زراعت و ... است اما آقایان در فقه، مزارعه و مساقات را عقد لازم می دانند ولی مضاربه را عقد جایز می دانند.

جواب

برخی برای این تمایز ادله ای نقل کردند مثل این که در مضاربه بخاطر اجماع ما قائل به جواز می شویم.

پس ما گفتیم مضاربه می تواند عقدی باشد.

کلام شهید صدر در مزارعه و مساقات

ایشان همین تقسیمی که ما در مضاربه کردیم و آن را به عهدی و اذنی تقسیم کردیم را در مزارعه و مساقات مطرح کردند. اما در مضاربه این تقسیم را نگفتند ولی ما گفتیم می توان این کلام را در خود مضاربه هم گفت.

بررسی گروه ۳: الناس مسلطون علی اموالهم

"الناس مسلطون علی اموالهم" می گوید هر عقدی جایز است چون سرمایه ای نزد عامل است مال شماست پس می توانی آن را برگردانی.

البته این استدلال در همه عقود نمی آید بلکه در مثل مضاربه می آید. مثلاً در هبه نمی توانید به استناد به این آیه، بگویید هبه عقد جایز است چون هبه، تملیک است پس مال شما نیست که به الناس مسلطون علی اموالهم بخواهید رجوع کنید.

نسبت گروه ۱ و ۲ و ۳

اگر اوفوا بالعقود و یا المومنون عند شروطهم، خاص مطلق باشد نسبت به الناس مسلطون علی اموالهم می تواند آن را تخصیص بزند و نتیجه این می شود که مالکین مسلط هستند مگر عقد و شرطی باشد.

اگر نسبت من وجه باشد، تخصیص مشکل می شود و اگر مطلق باشد، تخصیص راحت است. البته احتمال حکومت را هم باید بررسی کرد.

دلیل عدم تخصیص

اگر عقد فقط در مورد مال باشد می توان گفت نسبت عام و خاص مطلق است ولی مشکل این است که عقد می تواند نسبت به اموال و غیر اموال باشد. مثل اجیر که عقدش در حوزه عمل است نه مال. پس نسبت من وجه می شود. چون الناس مسلطون علی اموالهم شامل مالی می شود که در آن عقد جاری کردیم و نیز شامل مالی می شود که در آن عقد جاری نکردیم. پس هر یک از جهتی عمومیت دارد و از جهتی خصوصیت دارد.

جواب ۱

الناس مسلطون علی اموالهم به طریق اولی دلالت دارد بر سلطه بر عمل و اوفوا بالعقود هم در عقد است که عقد یا در حوزه مال است و یا عمل است و لذا از این جهت، الناس عام است و لذا اوفوا خاص مطلق می شود.

پس اوفوا مقدم است چون خاص مطلق است.

در عامین من وجه، اگر به این صورت هستند که وقتی یک طرف را مقدم کنیم موجب تخصیص اکثر می شود و یا بدون مورد می شود، در این صورت، طرف دیگر را مقدم می کنیم.

در محل بحث هم اگر اوفوا العقود را تخصیص بزیم به الناس مسلطون، نتیجه این می شود که به اکثر عقود، واجب نیست که وفاء کنیم چون ما تسلط بر اموالمان داریم؛ چون اکثر عقدها در اموال است که مشمول الناس مسلطون می شود و فقط اعمال می ماند که عقد در عمل قلیل است و لذا تخصیص اوفوا، تخصیص اکثر می شود.

اما اگر الناس مسلطون را تخصیص بزیم، نتیجه این می شود که اگر حقی برای دیگران در اموال خودتان ایجاد کردید مثلا عقد ایجاد کردید، باید وفاء کنید و این تخصیص اکثر نمی شود چون در اکثر اموال عقد ایجاد نشده است غالبا.

این تقدم در عامین من وجه را برخی می گویند همان تخصیص است و برخی می گویند این ترجیح بعد التعارض است.

بررسی حکومت

بنابر نظر برخی که می گویند نظارت در حکومت لازم است آیا این جا نظارت وجود دارد یا خیر؟ ممکن است بگوییم "اوفوا العقود" ناظر به "الناس مسلطون" است؛ چون اگر تسلط نداشته باشید که نمی گویند اوفوا بالعقود لذا ما به دیگران نمی گوئیم که اوفوا چون او که مسلط نبود و مال ربطی به او ندارد.

دلیل این نظارت این است که امر به وفاء در درون خودش، تسلط شخص را ضمنا دارد.

در حکومت یک معیار، شرح و تفسیر بود که متاخرین این را قبول ندارند؛ اما معیار دوم نظارت است و آخوند گفت صرف این که موضوع دو دلیل یک چیز است دلیل بر نظارت نیست بلکه علاوه بر شمول مورد، باید لسان به گونه ای باشد که در آن لسان نظارتی باشد به گونه ای که برای گفتن دلیل حاکم، توجه به دلیل محکوم باشد و الا دلیل حاکم گفتن ندارد. به تعبیر دیگر گفتن دلیل حاکم در فرض وجود محکوم معقول است.

این جا هم اگر الناس مسلطون نباشد معنا ندارد که اوفوا بالعقود را به شما بگویند.

اوفوا بالعقود می تواند ناظر به سلطنت باشد و تقریب حکومت خوب است. به هر حال، تقدم اوفوا بالعقود پذیرفته است. به نظر ما نسبت، من وجه است و تقریب حکومت ثابت است.

ادله اختصاصی مضاربه

ادله عمومی مساله را مطرح کردیم. ادله اختصاصی مضاربه در جواز و لزوم باقی ماند.

شهید صدر تفصیلی بین مزارعه عهدی و اذنی دادند و ما گفتیم این تفصیل در مضاربه هم می آید پس مضاربه می تواند عهد باشد و تحت آیه برود. اما عموماً چنین چیزی را نگفتند.

ادله جواز

دلیل ۱: اجماع

صاحب جواهر می گوید دلیل اصلی جواز، اجماع بر جواز مضاربه است. حتی می تواند ادعای اجماع مسلمین را ادعا کرد چون در خصوص مضاربه، اهل سنت هم قائل به جواز هستند. البته مخالفانی است اما اندک هستند و محل به اجماع نیستند و مخالفین قائل به تفصیل شده اند نه این که بالکل جواز را رد کنند. این اجماع در ادوار مختلف فقهی وجود دارد.

برخی معتقدند تنها دلیل همین اجماع است. اما آیت الله خویی می فرمایند دلیل، اجماع نیست بلکه دلیل، عدم شمول ادله لزوم است.

بحث ۱: اعتبار و حجیت اجماع

عده ای از جمله آقای خویی می گویند اجماع مدرکی است و حداقل محتمل المدرک است و لذا معتبر نیست چون برای جواز مضاربه استدلال هایی مطرح شده است مثل این که مضاربه عقد اذنی است و عقود اذنی از عقود جایزه هستند یا مثلاً صاحب جواهر می گوید قائلین به جواز، به اصل استناد کردند.

آقای شبیری زنجانی معتقدند اگر اجماع، کاشف از ارتکاز عامی در عصر معصومین ع باشد ولو مدرکی باشد هم معتبر است. پس صرف این که استناد به دلیلی شده است باعث عدم اعتبار نمی شود.

اجماع در صورتی می تواند کاشف از ارتکاز عام زمان معصومین ع باشد که اجماع متصل به عصر معصوم ع باشد. وقتی از فقهاء متقدم مثل ابن جنید تا ادوار متاخر فقهی، این مساله مورد اتفاق بوده است یعنی ارتکازی بوده است هر چند به ادله ای هم استناد کرده باشند.

اما اگر مساله ای در کلمات متقدمین معنون نبوده است این کاشف از ارتکاز عصر نصوص نبوده است.

هر چه در کتاب فقه استدلالی وارد می شود علی القاعده باید مدلل و مستند شود. واقعیت مطلب این است که بخاطر ارتکاز، مطلب را پذیرفته اند ولی ممکن است دلیلی هم برای آن اقامه کنیم.

ارتکاز، یک ذهنیت است و غیر از سیره متشرعه است. سیره متشرعه ممکن است دلیل باشد و خود همان در کتب ذکر شود ولی ارتکاز یک ذهنیت عام و روشن است لذا ممکن است در کتب فقهی برای آن دلیلی اقامه کنند تا به گونه ای استناد و استدلال برای آن اقامه شده باشد.

سیره در موارد عام البلوی رخ می دهد مثل نماز و روزه و ... ولی ارتکاز ممکن است در مواردی مثل مضاربه باشد که عام البلوی نیست ولی مبتلابه است یعنی شاید خیلی ها مضاربه نکنند ولی ذهنیت جواز دارند چون برخی به آن ابتلاء دارند.

آن ذهنیت و ارتکاز توسط امام ع ردع نشده است و لذا حجت است.

آقای شهیدی هم کلام آقای شبیری را در مضاربه پذیرفتند. البته کلام آقای شبیری در نکاح است نه مضاربه.

ما نقدی بر کلام آقای شبیری ذکر کردیم و گفتیم کشف اجماع از ارتکاز محرز نیست.

در مزارعه چنین اجماعی وجود ندارد و لذا آن جا قائل به لزوم شدند.

بحث ۲: نسبت اجماع با ادله ای مثل اوفوا بالعقود.

نسبت اجماع با عمومات و اطلاقات، عموم و خصوص مطلق است و اجماع، مخصص لیبی است پس اصل لزوم است ولی در مضاربه تخصیص خورده است. مزارعه تحت عموم باقی مانده است چون اجماع لیبی است و قدرمتیقن مضاربه است.

البته آقای خوئی گفتند اجماع ثابت نیست ولی مضاربه عقد نیست و تحت اوفوا بالعقود و ... نمی رود. یعنی تخصصاً خارج می دانستند.

این نکات، مقتضای قاعده است نه مقتضای اصل چون ممکن است بگوییم اصل اقتضای لزوم را دارد بخاطر استصحاب بقاء ملکیت بعد از فسخ. این مقتضای اصل را باید به تفصیل بحث کنیم.

دلیل ۲: روایات

روایت ۱: ح ۱ ب ۷ ابواب مضاربه

۲۴۰۷۴ - ۱ - مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابَانَ عَنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ مَعَهُ الْمَالُ مُضَارَبَةً فَيَقِلُّ رِبْحُهُ فَيَتَخَوَّفُ أَنْ يُؤْخَذَ فَيَزِيدُ صَاحِبَهُ عَلَى شَرْطِهِ الَّذِي كَانَ بَيْنَهُمَا وَإِنَّمَا يَفْعَلُ ذَلِكَ مَخَافَةً أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ.

سند

قاسم بن محمد: قاسم بن محمد جوهری است به قرینه حسین بن سعید اهوازی که واقفی است و مهمل است. آقای خوبی راجع به ایشان کلامی دارد. ما از باب مهلمین اعتماد کردیم. برخی بخاطر راوی و مروی عنه به آن اعتماد کردند.

سند دوم

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنِ حَمِيدِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنِ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنِ ابَانَ بْنِ عَثْمَانَ عَنِ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ وَذَكَرَ مِثْلَهُ.

حمید بن زیاد و حسن بن محمد بن سماعه: ثقه واقفی است.

غیرواحد: کلامی از آقای خوبی داشتیم که بعید است از این جمع هیچ ثقه ای نباشد و این را آقای خوبی در جماعه می گفتند ولی آقای هاشمی شاهروی در غیرواحد هم این را می گویند در همین روایت این را گفتند.

دلالت

ریح تجارت عامل کم بوده است و عامل می ترسد که مالک مضاربه را به هم بزند لذا سود را بیشتر می دهد به مالک. این دلالت دارد که عقد مضاربه جایز است که مالک می تواند مال را بگیرد و مضاربه را به هم بزند. اگر عقد مضاربه لازم بود، خوف عامل بی معنا بود. امام ع می فرماید لابس به یعنی اگر چنین خوفی داری این کار را می توانی بکنی که تقریر خوف شده است.

اشکال

عامل می ترسد بعد از این مضاربه که لازم است و مدتش باید تمام شود، مالک مضاربه دوم با او بر قرار نکند. پس مضاربه می تواند لازم باشد.

جواب

ظهور روایت در اخذ به معنای فسخ است. "یتخوف ان یؤخذ" ظهور دارد در این که همان مضاربه را به هم بزند و الا باید می گفت که می ترسد که دوباره مضاربه با او انجام نشود هر چند که روایت غیر قابل حمل بر آن معنا نیست ولی خلاف ظهور است.

• جلسه ۹۳ یکشنبه ۵ اسفند ۱۳۹۷

ادامه دلالت روایت ۱

عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ مَعَهُ الْمَالُ مُضَارَبَةً فَيَقِلُّ رِبْحُهُ فَيَتَخَوَّفُ أَنْ يُؤْخَذَ فَيَزِيدُ صَاحِبَهُ عَلَى شَرْطِهِ الَّذِي كَانَ بَيْنَهُمَا وَإِنَّمَا يَفْعَلُ ذَلِكَ مَخَافَةً أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ.

گفتیم ظهور روایت در اخذ به معنای فسخ است. "یتخوف ان یؤخذ" ظهور دارد در این که همان مضاربه را به هم بزند.

قرینه ۱

اگر مقصود مضاربه دوم بود باید آن را قید می زد و می گفت که می ترسد که دوباره مضاربه با او انجام نشود هر چند که روایت غیر قابل حمل بر آن معنا نیست ولی خلاف ظهور است.

قرینه ۲

اگر مضاربه، مدت دار باشد، تعدد مضاربه و خوف از این که مضاربه دومی با او بسته نشود معنا دارد ولی اگر مضاربه، مدتی نداشته باشد، دیگر مضاربه دوم معنا ندارد و اخذ به معنای فسخ می شود.

نکته

طبق این روایت و اگر قائل شدیم که از آن جواز مضاربه بدست می آید، آیا مضاربه عهدی هم جایز است یا روایت مربوط به مضاربه اذنی است؟

به نظر می رسد روایت اطلاق ندارد و این طور نیست که شامل عقدی و اذنی بشود. اگر بپذیریم که مضاربه دو نوع است، روایت را نمی توان از این جهت مطلق دانست؛ چون این که سائل توجه داشته باشد که مضاربه عقدی و عهدی داریم بعید است و محرز نیست.

درست است که امام ع استفسال ندادند ولی امام ع در مقام جواب سوال او بودند نه شقوق مساله. امام ع وظیفه ای بیش از جواز سوال ندارند. غالب مضاربه ها اذنی هستند و لذا امام ع از باب حمل بر غالب، کلام او را بر اذنی حمل کرده است و بر اساس مضاربه اذنی جواب دادند. یعنی حداقل این احتمال وجود دارد. ضمن این که احتمال قضیه خارجی هم می رود که در این صورت، روایت اصلا اطلاق ندارد و همین احتمال، اطلاق را تضعیف می کند.

قرینه ۳: کلام آقای هاشمی شاهرودی

قرینه سوم بر این که خوف عامل نسبت به مضاربه دوم نبوده است بلکه نسبت به ادامه مضاربه اول است و لذا مضاربه جایز بوده است، عبارت "فَيَتَخَوَّفُ أَنْ يُؤْخَذَ فَيَزِيدُ صَاحِبَهُ عَلَى شَرْطِهِ الَّذِي كَانَ بَيْنَهُمَا" است. مضاربه جدید که شرط جدید دارد نه شرطی که "کان بینهما" یعنی از قبل بوده است. پس ناظر به مضاربه قبل بوده است.

اشکال به آقای شاهرودی

این عبارت یعنی عامل نسبت به مضاربه قبل، سود بیشتری می دهد و روشن است که دلالتی بر مطلب ندارد.

نظر استاد

مضاربه عهدی لازم است و مضاربه اذنی جایز است.

نکته

در مضاربه اذنی هم که می‌گوییم جایز است، این طور نیست که هر وقت شما بخواهید فسخ کنید. بلکه این جواز فسخ بعد از انجام تعهد است؛ یعنی تا عامل به تعهد خودش عمل نکرده است، این مضاربه قابل فسخ نیست.

اگر بر اساس اذن شما عامل تعهدی بر عهده گرفته است و مالی را خریده است و قرار است پولی به او بدهد، این جا فسخ صحیح نیست الا بعد انجام تعهد.

دلیل عدم جواز فسخ، شمول اوفوا العقود نسبت به تعهدات عامل است و مبنای تعهد عامل، اذن مالک بوده است، تا ایفاء تعهد، مالک نمی‌تواند از اذن خودش بر گردد.

آقایان عموماً به این نکته تذکر ندادند. البته شاید سید یزدی هم که می‌گوید مالک در همه وقت می‌تواند بر گردد، به این مطلب نظر داشته باشد؛ ولی ایشان و دیگران به این مطلب، تصریح نکردند.

بررسی لزوم و جواز مضاربه ضمن اقسام و حالات مضاربه

گفتیم مضاربه یا مطلق است و یا مشروط است و شرط آن یا ضمن عقد مضاربه است و یا خارج از عقد مضاربه است.

اگر شرط در نفس عقد مضاربه باشد یا این شرط، شرط اجل و مدت است و یا شرط عدم فسخ است.

شرط مدت یعنی این سرمایه به این مدت دست شما است و در این مدت، اذن دارید نه به صورت مطلق.

بررسی شرط تاجیل

برخی این شرط تاجیل را تقسیم کرده اند و می‌گویند یا این مدت را مالک تعیین می‌کند و یا عامل تعیین می‌کند.

اگر شرط از سوی مالک باشد دو قول وجود دارد:

قول ۱: اکثر: شرط مدت، موجب لزوم عقد مضاربه نمی‌شود یعنی می‌توانید قبل آن مدت، فسخ کنید.

قول ۲: برخی می‌گویند شرط مدت از سوی مالک به معنای شرط عدم فسخ تا مدت معلوم است. یعنی تعهد داده است که فسخ نکند.

دلیل قول ۲

اشتراط مهلت به معنای عدم انفساخ عقد مضاربه تا آن زمان است یعنی در کنار اذن، التزام دادم که تا یکسال این مال در اختیار عامل باقی بماند و به مقتضای "المومنون عند شروطهم" باید به این التزام، وفادار باشد.

سوال

تا این جا لزوم عقد از سوی مالک ثابت شد ولی لزوم از طرف عامل ثابت نشد. مثل عقد بیعی که از یک طرف خیار است که از یک طرف لازم است و از یک طرف جایز است.

جواب

عامل هم وقتی قبول کرده است در واقع، التزام داده است که تا آن زمان فسخ نکند.

دلیل قول ۱

ولی بسیار از فقهاء متاخرین می گویند شرط اجل از سوی مالک به این معناست که در غیر این مدت، شما ماذون نیستی و بیش از این معنایی ندارد. بعد از این مدت، مضاربه خود به خود منفسخ است و نیازی به فسخ ندارد و لازمه آن این است که عامل، مستحق اجرت المسمی و اجرت المثل نیست. پس اشتراط مهلت به معنای عدم وجود اذن در غیر آن مدت است نه به معنای تعهد به عدم فسخ تا پایان مدت.

تذکر ۱

قائلین این دو قول، استدلال شرعی ندارند بلکه تحلیل عقلایی مفاد اشتراط مهلت می کنند.

تذکر ۲

این دو قول در موردی بود که قرینه نباشد ولی گاهی در موردی بالخصوص ممکن است حالت اول یا حالت دوم باشد که محل بحث نیست.

تقویت نظریه مشهور

با توجه به این که عقد مضاربه فی نفسه، عقدی جایز است (که مشهور قائل به این نظر بودند) تعیین مهلت نمی تواند به معنای التزام به عدم فسخ باشد بلکه التزام به عدم فسخ باید بیانی صریح تر داشته باشد.

اشتراط اجل از سوی عامل

نکته

وقتی اشتراط از سوی عامل است پس این اشتراط چون از سوی مالک نبوده است به این معنا نیست که بعد از مهلت، تو حق تجارت نداری ولو مالک آن اشتراط را پذیرفته باشد بر خلاف قسم قبل.

اما اصل مساله این است که اشتراط عامل به معنای التزام گرفتن از مالک به عدم فسخ تا پایان مدت هست یا خیر؟

اگر شرط اجل از سوی عامل به معنای تعهد مالک به عدم فسخ باشد، این عقد از باب "المومنون عند شروطهم" لازم می شود. البته از لزوم باید در بحث بعدی، بحث کنیم.

عموما فقهاء بین اشتراط عامل و مالک، تفکیک نکردند. آن عده قلیلی که تفکیک کردند، گفتند که اشتراط اجل از سوی عامل به معنای اخذ تعهد از مالک است. یعنی اگر تعهد می کنی که فسخ نکنید در این مدت، من عمل می کنم و الا وارد مضاربه نمی شوم؛ اما به نظر ما این کلام هم باطلاقه تمام نیست.

• جلسه ۹۴ دوشنبه ۶ اسفند ۱۳۹۷

ادامه بررسی شرط اجل

گفتیم مشهور می گویند شرط اجل از سوی مالک به معنای لزوم عقد در این مدت نیست چون شرط اجل و تعیین مدت چیزی بیش از این نیست که اذن در این مدت وجود دارد و شما بیش از این مدت ماذون نیستید. ولی به این معنا نیست که در طول این مدت از اذن خود برنگردد.

این کلام مشهور بر این اساس است که مضاربه عقد اذنی است نه عقد عهده.

اما اگر عامل شرط اجل را انجام دهد، برخی می گویند از طرف عامل، اشتراط عدم فسخ تا یک سال است.

قبول عامل به معنای انجام مضاربه است مثل پذیرفتن در بحث عاریه و هدیه است. عامل فقط پذیرنده اذن مالک است پس وقتی علاوه بر قبول، اشتراط اجل می کند یعنی تعهدی گرفته است.

اما اگر مضاربه و یا برخی اقسام آن را عهدی بدانیم، شاید بتوان گفت اشتراط اجل به معنای تعهد مالک تا یک سال است.

تذکر

بحث ما در اشتراط اجل در جایی است که مضاربه را عقد جایز بدانیم؛ یعنی از عموماًت و ادله عقود و مضاربه، لزوم را نفهمیدیم که بعد از آن، بحث می کنیم آیا از اشتراط اجل می توان لزوم را بدست آورد یا خیر؟ ولی اگر مضاربه را گفتیم لازم است دیگر فرقی بین اشتراط اجل و غیر آن نمی کند.

به نظر ما اشتراط اجل در مضاربه عهدی می تواند تعهد به عدم فسخ تا پایان مدت یعنی لزوم تا پایان مدت باشد. ولی در مضاربه اذنی، اشتراط اجل تنها به این معناست که اذن من در این مدت است ولی ملتزم نیست که این اذن را به هم نزنند.

ما مضاربه عهدی را گفتیم لازم است ولی بر فرض لازم نباشد هم اگر شرط اجل باشد لازم می شود.

علی القاعده تعهد بی انتها و بی مدت، التزام به عدم فسخ ندارد ولی تعهد مدت دار، التزام به عدم فسخ در آن مدت است. این استظهار عرفی است.

به نظر ما اشتراط اجل از سوی عامل در عقد اذنی، به معنای اخذ تعهد از مالک نیست بلکه در عقد عهدی این گونه است.

اشترات عدم فسخ

صورت ۱: شرط عدم حق فسخ برای هر یک از مالک و عامل

این می تواند به عبارات مختلف باشد که در کلمات اصحاب وجود دارد. مثلاً به این عبارت که هیچیک از من و شما مالک فسخ نباشیم یا حق فسخ نداشته باشیم یا این عقد مضاربه، عقد لازم باشد.

عموماً می گویند شرط باطل است چون حق فسخ در مضاربه وجود دارد. این بنا بر مشهور است که مضاربه را ذاتاً عقد جایز می دانند. این خلاف مقتضای عقد است.

برخی گفتند که عقد باطل است و برخی می گویند شرط باطل است.

صورت ۲: شرط عدم انجام فسخ برای هر یک از مالک و عامل

در صورت اول می گفتیم که حق فسخ نداشته باشیم مثل شرط نتیجه و در صورت دوم گفتیم که حق داریم ولی از این حق استفاده نکنیم مثل شرط فعل.

این را می گویند خلاف مقتضای عقد نیست چون حق فسخ وجود دارد ولی شرط کردیم از آن استفاده نکنیم که خلاف مقتضای عقد نمی شود.

بررسی صورت اول: شرط عدم حق فسخ

گفتیم که می گویند جواز و لزوم عقد حکم شارع است و بدست شما نیست. ولی در برابر می گویند شارع به مقتضای عقد مضاربه برای ما حقی قرار داده است به عنوان حق فسخ و ما شرط اسقاط حق می کنیم. چرا این خلاف مقتضای عقد باشد؟!

شما خیار فسخ دارید و می توانید آن را اسقاط کنید.

در این جا این بحث مطرح می شود که آیا حق فسخ، حق است یا حکم است؟ حق قابل انتقال و اسقاط و گاهی قابل معامله است ولی حکم قابل انتقال و اسقاط و قابل معامله نیست.

ظاهراً همه معتقدند که جواز عقد در عقد جایز حکم است نه حق. من مخالفی ندیدم. این تعبیر به حق فسخ در عقود جایزه چیزی جز همان جواز عقد نیست که حکم شارع است. تعبیر به حق فسخ، مسامحی است چون حقی برای ما قرار داده نشده است بلکه شارع حکم به امکان انفساخ در عقد جایز و عدم امکان انفساخ در عقد لازم می کند.

پس شرط عدم حق داشتن فسخ در مضاربه، خلاف مقتضای عقد است. حال باید بحث کنیم که عقد باطل است یا شرط؟

در این جا دو بحث است:

بحث ۱: شرط خلاف مقتضای عقد مبطل عقد است یا خیر؟

بحث ۲: شرط فاسد، مفسد است یا خیر؟

این دو با هم تفاوت دارند چون هر شرط فاسدی خلاف مقتضای عقد نیست. شرط فاسد مثل شروطی که تحلیل حرام کند مثلاً ولی ممکن است شرطی فاسد نباشد ولی خلاف مقتضای عقد باشد.

بررسی بحث ۱: شرط خلاف مقتضای عقد

مشهور معتقدند شرط خلاف مقتضای عقد، مبطل عقد است.

دلیل

چون در واقع، به این معناست شما مقتضای عقد را قصد نکردید. این کتاب را به زید فروختید به شرطی که هیچ تصرف مالکانه ای نکند. این یعنی شما تملیک را قصد نکردید. نمی شود که شما هم قصد کنید که زید مالک باشد و هم مالک نباشد. دو قصد متضاد با هم جمع نمی شود.

اگر دلیل مبطلیت شرط خلاف مقتضای عقد همین عدم قصد باشد آیا این دلیل در مضاربه هم تطبیق می شود؟ یعنی عقد خلاف مقتضای عقد در محل بحث خلاف قصد می شود؟

به نظر می رسد می تواند قصد رخ بدهد. ما اذن در تجارت دادیم و این منافاتی ندارد با این که شما حق فسخ نداشته باشید. اگر من شرط کردم که حق فسخ نداشته باشیم پس قاصد عقد مضاربه و اذن در تجارت و عمل عامل نیستیم.

پس این دلیل در مضاربه نمی آید و به تعبیری دیگر، دلیل شما اخص از مدعی است.

به تعبیری دیگر، مقتضای عقد به معنای مُنشأً حین عقد است نه آن چه که اگر نباشد، عقد از بین می رود.

تنافی بین دو قصد در دومی است نه در همه افراد معنای اول.

• جلسه ۹۵ سه شنبه ۷ اسفند ۱۳۹۷

ادامه بررسی صورت اول: شرط عدم وجود حق فسخ برای طرفین مضاربه

گفتیم برخی می گویند عقد و شرط هر دو باطل است.

ادله فساد عقد

دلیل ۱

از آن جا که این شرط، خلاف مقتضای عقد است، این شرط، باعث عدم قصد مفاد عقد می شود که توضیح دادیم.

جواب

گفتیم این عدم قصد در مثل مضاربه تطبیق نمی شود و دلیل اخص از مدعا است و در مضاربه جواب نمی دهد.

دلیل ۲

آیت الله خوئی می فرماید شرط، در عقود عهده، به معنای این است که وفاء و التزام به عقد را معلق بر تحقق شرط می کنیم. یعنی اگر من بخواهم به مقتضای عقد وفا کنم باید این شرط تحقق پیدا کند. یعنی اگر شرط تحقق نیابد من اختیار فسخ دارم پس عقد صحیح است. آن چه به مقتضای عقد، انشاء شده، تملیک است و این منشا تعلیق ندارد بلکه التزام شما به انجام تعهدات تعلیق دارد. پس شرط ضمن عقد، موجب تعلیق منشا نمی شود پس عقد صحیح است.

اما در عقد اذنی چون در آن التزام و تعهدی نیست لامحاله برگشتش به تعلیق در اذن است پس شرط ضمن عقد اذنی، به معنای این است که اذن من معلق بر شرط است.

در محل بحث، مفروض ما این است که شما ضمن عقد مضاربه که عقد اذنی است، شرط کردید نبود حق فسخ را درحالی که حق فسخ به لحاظ شرعی وجود دارد. پس شرط تحقق ندارد و اذن هم که معلق بر این شرط بود پس چون شرط وجود ندارد، اذن هم وجود ندارد و این یعنی مضاربه باطل است. آقای خوئی معتقد است که مضاربه عقد عهده نیست بلکه عقد اذنی است.

جواب ۱

شرط، نبود حق فسخ در عالم واقع، نیست بلکه شرط التزام به نبود حق فسخ است. پس می پذیریم که تعلیق در عقد اذنی به معنای تعلیق خود اذن است ولی شرط ما نبود حق فسخ نبود که بگویید این شرط وجود ندارد چون شارع حق فسخ را قرار داده است بلکه شرط ما التزام طرفین به نبود حق فسخ بود که این شرط وجود دارد ولو در عالم تشریح، حق فسخ باشد. پس حال که شرط هست، اذن هم وجود دارد پس عقد باطل نیست.

اشکال

آیا شرط عدم وجود حق فسخ، به معنای التزام به عدم حق فسخ است یا به معنای عدم وجود واقعی در عالم تشریح است؟

جواب

وجود و عدم وجود واقعی حق فسخ، قابل اشتراط نیست. اشتراط طرفینی به این معناست که من شرط کنم و شما بپذیرید و این نسبت به واقع معنا ندارد بلکه اشتراط طرفینی به این معناست که طرفین می خواهند ملتزم شوند که این حق باشد یا نباشد چه در واقع باشد یا نباشد.

اشکال

می تواند تعلیق اذن به این شرط باشد که در عالم تشریح حق فسخ نداشته باشد. او هم این تعلیق در تملیک را می پذیرد.

جواب

این تعلیق در منشأ است و شرط محسوب نمی شود به این معنا که قابل باید بپذیرد. معنا ندارد که مالک به عامل بگوید تو اگر این را می پذیری که در عالم تشریح حق فسخ نداشته باشی من اذن می دهم. این شرط نیست چون پذیرش معنا ندارد بلکه تعلیق در منشا است و از جهت دیگری معامله باطل است و ربطی به بحث ما که بحث شرط بود ندارد.

اشکال

اگر شرط، فقط خود التزام است پس اگر ضمن عقد بیع شرط عملی کنید و عمل محقق نشود می توان گفت شرط محقق شده است چون التزام که محقق است ولو خود عمل محقق نیست.

جواب

بین بحث ما و مثال بیع تفاوت است چون خصوصیت عقد مضاربه ما این است که التزام به عدم وجود حق فسخ، به معنای اسقاط حق فسخ است. خود همین التزام مضمون شرط را در خارج محقق می کند مثل این است که من ملتزم هستم که هیچ حقی نداشته باشم به این معنا که همه خیارات را ساقط کردم که تحقق این شرط به همان التزام است و دیگر فعلی قرار نیست انجام دهد.

جواب ۲

جواب نقضی به آقای خویی این است که اگر این را می گویند باید در شرط عدم انجام فسخ یعنی صورت بعدی هم این را بگویند.

اگر کسی شرط کند که فسخ نکند و فسخ کند چه می شود؟

یا می گویند وقتی شرط عدم انجام فسخ کردید دیگر مجاز به فسخ نیست و لذا فسخ برای او امکان ندارد.

یا می گویند می تواند فسخ بکند. اگر فسخ کند شرط اذن، تحقق پیدا نکرده است لذا اذن هم نیست و لذا مضاربه باطل می شود و این منجر به لغویت اشتراط عدم فسخ می شود چون هدف از این شرط، بقاء مضاربه است ولی با این شرط، شخص مقابل می تواند فسخ کند و مضاربه را باطل کند.

این نقض به آقای خویی است مگر بگویند شرط عدم فسخ به معنای التزام به عدم فسخ باشد که اگر فسخ کند باز هم التزام موجود است پس شرط موجود است پس اذن موجود است و لذا عقد مضاربه باطل نمی شود و اگر گفتید التزام به عدم فسخ اراده شده است پس در بحث حاضر هم می گوئیم شرط هست و اذن هست درحالیکه آقای خویی گفت اذن نیست.

اگر گفتیم که شرط عدم انجام فسخ به معنای عدم امکان فسخ مضاربه باشد، این با جواز ذاتی مضاربه نمی سازد. نتیجه این است که شرطی کردید که خلاف مقتضای عقد است و از این جهت، عقد باطل است. البته ما این را قبول نکردیم ولی آقای خویی این دلیل را قبول کردند.

• جلسه ۹۶ چهارشنبه ۸ اسفند ۱۳۹۷

خلاصه نظر استاد در صورت اول

اولاً شرط عدم حق فسخ، خلاف مقتضای عقد نیست چون عقد مضاربه را ما عقد عهدی و لازم دانستیم.

ثانیاً بر فرض، این شرط، خلاف مقتضای عقد هم باشد، مبطل عقد نیست. چون به این معنا خلاف مقتضای عقد است که خلاف احکام و آثار عقد است نه خلاف منشأ عقد که این تفصیل را امروز بیشتر توضیح خواهیم داد.

بررسی صورت دوم: شرط عدم انجام فسخ

شرط عدم انجام فسخ یعنی این که ممکن است حق فسخ داشته باشید ولی شرط کردیم که از آن حق استفاده نکنید.

سید بین دو قسمی که ما گفتیم تفصیل ندادند. ولی عده ای تفصیل دادند و به نظر ما تفصیل درست است.

نظریه ۱: بطلان شرط و عقد

شرط باطل است چون اگر شرط کنید مه فسخ نکنید، فسخ کردن از نظر شرعی، ممنوع می شود از باب او فوا بالعقود. منع شرعی فسخ به معنای عدم نفوذ فسخ است یعنی فسخ صورت نمی گیرد و این یعنی عقد شما، عقد لازم خواهد بود و عقد جایز نیست. پس نتیجه اشتراط عدم انجام فسخ، لزوم عقد مضاربه است و این خلاف مقتضای عقد است چون مقتضای عقد مضاربه، جواز است. پس عقد باطل است و از طرفی عقد هم باطل است؛ چون این شرط، خلاف مقتضای عقد است، عقد باطل است.

اشکال سید یزدی

این چنین شرطی مخالف مقتضای عقد نیست بلکه مخالف اطلاق عقد است.

آن شرطی باطل است که خلاف مقتضای عقد باشد اما اگر مخالف با اطلاق عقد باشد، شرط باطل نیست و لذا عقد هم باطل نیست.

مقصود از اطلاق عقد این است که مثلاً وقتی بیع را قید به خیار نزنیم، اطلاق بیع، اقتضای لزوم دارد. پس اطلاق به معنای عدم تقیید آن به حق و شرطی است. پس شرط فسخ، مخالف اطلاق عقد است.

جواب آقای هاشمی شاهرودی به سید

قیاس مضاربه با بیع، قیاس مع الفارق است. خصوصیت بیع این است که شما با شرط، حقی برای خودتان قرار می دهید. یعنی لزوم و جواز در بیع، لزوم و جواز حقی است ولی لزوم و جواز در مضاربه، لزوم و جواز حکمی است.

حق قابل انتقال و اسقاط است و لذا در بیع می توان گفت خلاف اطلاق عقد است ولی جواز مضاربه حکم است و حق نیست و لذا قابل اسقاط نیست.

پس درست است که اصل در بیع لزوم است و اصل در مضاربه جواز است ولی در اولی به نحو حق و در دومی به نحو حکم است.

در بیع وقتی می گویند هر دو ملزم به رعایت هستند و حق فسخ ندارند خود شارع گفته است می توانید حق فسخ را ایجاد کنید بوسیله شرط کردن ولی چنین چیزی را شارع در مضاربه نگفته است. مضاربه جایز است به دلیل مثل "الناس مسلطون علی اموالهم" و این حکم می شود.

اشکال استاد به آقای هاشمی شاهروی

اشکال ۱

در مضاربه می گویند جواز حکم است چون مستند به الناس ... است ولی در جواب باید گفت که لزوم در بیع هم به لحاظ اوفوا بالعقود است و در بیع هم حکم است.

اشکال ۲

هر جا به مقتضای حکم بود معنایش این نیست که هیچ تقییدی بر نمی دارد می تواند به این صورت باشد که حکم به جواز در فرضی است که خود طرفین شرط خلاف نکرده باشند.

ما حکم را نمی خواهیم اسقاط کنیم و یا منتقل کنیم بلکه می گوییم این حکم مشروط به عدم شرط به خلاف است چون این لزوم حکمی از اوفوا بالعقود مثلاً آمده است و خود شرط هم از بندهای عقد است و به مقتضای اوفوا باید به آن عمل شود.

دو معنای مقتضای عقد:

معنای ۱: منشأ عقد

این که می گویند خلاف مقتضای عقد باطل و مبطل است، مرادشان خلاف منشأ عقد است.

معنای ۲: آثار و احکام عقد

شرط خلاف آثار عقد ظاهراً مد نظر آقایان نیست بخاطر ادله ای که بر مبطلیت نسبت به عقد مطرح کردند.

اگر معنای اول مراد باشد که در این بحث می‌گوییم آن چه ما به وسیله عقد بیع و یا مضاربه، انشاء کردیم، نه لزوم بود و نه جواز بود. بلکه تملیک یا اذن بود. پس شرط خلاف لزوم و جواز عقد، شرط خلاف مقتضای عقد به معنای اول نیست.

اما اگر معنای دوم را بپذیریم می‌توان گفت که شرط خلاف لزوم و جواز، شرط خلاف مقتضای عقد است ولی ما در همین جا هم گفتیم باید دید آن حکم لزوم و جواز مطلق است یا مقید است؟

اگر لزوم و جواز عقد مقید باشد به این که خودشان شرط فسخ یا عدم فسخ نکنند در این جا شرط هم خلاف مقتضای عقد به معنای دوم هم نمی‌شود.

اگر الناس مسلطون ... به دلیل المومنون عند شروطهم مقید شده باشد، پس شرط، خلاف معنای ۲ هم نیست چون تسلط من تا جایی است که شرط عدم فسخ نکنم.

نظریه ۲: صحت شرط و لزوم مضاربه

سید می‌گوید شرط صحیح است چون مخالف اطلاق عقد است نه خلاف مقتضای عقد. شرطی باطل است که تحلیل حرام و تحریم حلال کند و یا خلاف مقتضای عقد باشد که این شرط این طور نیست.

خصوصیت این شرط، لزوم مضاربه است. یعنی این شرط، نتیجه وضعی برای مضاربه ایجاد می‌کند. با توجه به این که عمل به شرط لازم است یعنی فسخ نکردن لازم است پس فسخ کردن، ممنوع شرعی است و این یعنی بی‌اثر و بی‌اعتبار است.

وقتی شارع می‌گوید عمل به شرط واجب است یعنی خلاف آن ممنوع است و این یعنی فسخ بی‌اعتبار است. پس اگر شرط عدم فسخ کردید، دیگر نمی‌توانید فسخ کنید و عدم امکان فسخ مساوی است با لزوم مضاربه.

نظریه ۳: صحت شرط و وجوب تکلیفی عدم فسخ

اکثر محشین عروه می‌گویند شرط صحیح است چون خلاف مقتضای عقد نیست ولی حکم وضعی و لزوم مضاربه را نمی‌آورد. ولی به مقتضای المومنون عند شروطهم بر شما وفاء به آن شرط واجب تکلیفی است و اگر فسخ کردید کار حرام کردید ولی فسخ محقق می‌شود. پس مضاربه جایز است.

اگر فسخ امکان ندارد، لزوم وفاء به شرط عدم فسخ بی معنا می شود. اگر من نمی توانم فسخ کنم، معنا ندارد که بگویند باید فسخ نکنید. وجوب تکلیفی در فرضی معنا دارد که فسخ ممکن باشد پس حکم وضعی را نمی توان از آن فهمید.

سوال

اگر مضاربه جایزه است، باز هم لزوم وفاء به شرط وجود دارد؟ به تعبیری دیگر، شرط ضمن عقد مضاربه جایزه، لازم الوفاء است یا خیر؟

جواب

مشهور می گویند ما دامی که عقد باشد ولو جایز است، شرط ضمن آن لزوم وفاء دارد بلکه وقتی عقد منفسخ شد، وفاء به شرط ضمن آن معنا ندارد.

البته این نکته به تفصیل بیشتری مطرح خواهیم کرد.

نظریه ۴: عدم صحت شرط و عدم لزوم مضاربه و عدم لزوم وفاء به شرط

شرط صحیح نیست چون عقد مضاربه، عقد اذنی است و شرط ضمن عقد اذنی، یک شرط ابتدایی است و شرط ابتدایی لزوم وفاء ندارد و مثل المومنون عند شروطهم از مثل شرط ابتدایی منصرف است.

شرط صحیح نیست یعنی اثر ندارد. مثل وعده است پس تعبیر دیگر آن، همان عدم لزوم وفاء به شرط است.

چون وجوب وفاء ندارد، موجب لزوم مضاربه نمی شود.

• جلسه ۹۷ شنبه ۱۱ اسفند ۱۳۹۷

شروط ضمن عقد جایز

آیا شروط ضمن عقد جایز، لازم الوفاء هستند یا خیر؟

عقد مضاربه عقدی جایز است و باید دید که شرط ضمن آن لازم الوفاء است یا خیر؟

نظریه ۱: مرحوم سید، آقای خوبی

شرط ضمن عقد جایز، لازم الوفاء است.

نظریه ۲: مشهور

شیخ، علامه و صاحب جواهر معتقدند که لزوم وفاء ندارد و جواهر آن را به مشهور نسبت می دهد.

ادله لزوم وفاء

دلیل ۱: اطلاق "المومنون عند شروطهم"

از ترکیب و هیئت این جمله، همه لزوم می فهمند. این دلیل اطلاق دارد و مقید به شرط ضمن عقد لازم نیست.

دلیل ۲: "اوفوا العقود"

این آیه دلالت بر لزوم وفاء به عقد می کند و عقد به معنای تمام بندهای قرارداد است. شرط ضمن عقد هم یکی از بندهای عقد است.

ما از اصل عقد مضاربه، به مقتضای دلیل خاص خارج شدیم؛ اما در خصوص شرط که تخصیص ثابت نشد. پس شروط ضمن عقد جایز، لازم الوفاء است ما دامی که عقد باقی است ولی اگر عقد فسخ شد، شرط هم لزوم وفاء ندارد.

البته مثلاً اگر در مضاربه، عامل، تجارتی کرده است و سودی حاصل شده است. حال که مضاربه فسخ شده است نسبت به آن سود حاصل باید طبق قرارداد عمل شود

ادله عدم لزوم وفاء (مشهور)

دلیل ۱: اولویت

شرط از توابع عقد است و اگر عقد، خودش لزوم وفاء ندارد، شرط هم به طریق اولی لزوم وفاء ندارد. شرط که از مشروط مهمتر نیست. خود مشروط لزوم وفاء ندارد چه رسد به شرط. به تعبیری دیگر، فرع که زائد بر اصل نمی شود.

وجوب وفاء به مشروط اولی از وجوب وفاء به شرط است.

اشکال آقای خوئی

نه تنها اولویت نیست بلکه ملازمه هم نیست.

یک امر واجب می تواند مشروط به یک امر جایز بشود مثلا وجوب قصر مشروط به سفر است که جایز است و نیز وجوب اتمام مشروط به رجوع به وطن است که جایز است.

واجب نیست که در حرم داخل شوید ولی اگر می خواهید داخل شوید باید محرم باشید.

واجب نیست که عمره مفرده بروید ولی اگر رفتید واجب است اعمالش را انجام دهید.

جواب استاد به آقای خویی

مثال های آقای خویی در جایی بود که مشروط واجب باشد و شرط جایز است. اما بحث ما این بود که مشروط جایز باشد و شرط واجب باشد. لذا مثال ها نقض بحث ما نیست و مع الفارق است. ملازمه از دو طرف ثابت نیست و با هم ممکن است متفاوت باشد.

پس مثال ها مع الفارق بود ولی اصل مطلب را در نتیجه گیری بعد از بیان تمام ادله، بررسی می کنیم.

دلیل ۲: ادله جواز عقد

آن چه دلالت می کند که عقد جایز است، دلالت می کند که تمام توابع عقد هم جایز است. از توابع عقد، شرط است.

وقتی می گوئید عقدی جایز است یعنی عقد با همه توابعش جایز است. عقد لازم است یعنی تمام بندهای عقد لازم است و وقتی عقد جایز است یعنی تمام بندهای آن هم جایز است.

اشکال آقای خویی

دلیل دال بر جواز مضاربه اجماع است و اجماع، دلیل لیبی است و اطلاق ندارد. اجماع به بیش از نفس عقد مضاربه بر چیز دیگری دلالت ندارد. آقایان نسبت به توابع عقد، اظهار نظر نکردند.

آقای خویی می گویند اجماع دلیل مشهور بود ولی به نظر ایشان، جواز عقد مضاربه به این دلیل است که ادله لزوم عقد شامل آن نمی شود. آیا این دلیل اطلاق دارد؟ خیر؛ عدم شمول ادله لزوم که اطلاق ندارد.

دلیل ۳

مقدمه ۱

شرط ضمن عقد، عبارت نیست از مقارنه بین دو التزام بلکه عبارت است از ارتباط بین دو التزام.

صرف این که دو التزام همزمان در کلام واحد وجود داشته باشند، شرط و مشروط نمی شود بلکه باید ارتباط باشد.

ارتباط تعلیق است و تعلیق در موارد شرط، به نفس عقد نمی خورد بلکه به وفاء به عقد می خورد.

دو صورت تعلیق در عقود:

قسم ۱: تعلیق نفس منشأ

یعنی تملیک شرط دارد. یعنی اگر این شرط نباشد اصلاً تملیکی نیست. اگر زید آمد، این ملک شما باشد.

قسم ۲: تعلیق وفاء به عقد

تو مالک شدی ولی اگر من بخواهم به این ملکیت وفادار بمانم باید آن کار را انجام بدهی و الا من وفادار به این ملکیت نمی ماند یعنی این حق برای من وجود دارد که اگر تخلف شرط کنی من عهد قبل را بهم بزنم یعنی خیار دارم.

عموماً تعلیق منشأ را اشکال می کنند البته در همان هم تدقیقاتی وجود دارد که می گویند تعلیق انشاء مبطل است و تعلیق منشأ مبطل نیست.

پس سه قسم شد:

قسم ۱: تعلیق نفس انشاء

عقد باطل است چه معلق علیه باشد و چه نباشد.

قسم ۲: تعلیق منشأ

عقد باطل نیست اگر معلق علیه نباشد عقد منعقد نمی شود ولی اگر باشد عقد منعقد می شود.

قسم ۳: تعلیق در وفاء به عقد

عقد تحقق پیدا می کند و صحیح هم هست فقط خیار تخلف شرط وجود دارد.

"المومنون عند شروطهم" ناظر به شروطی است که وفاء به عقد معلق بر آن شود چون شروطی که نفس منشأ بر آن معلق شده است که مشمول این روایت نمی شود چون اگر آن شروط نباشد منشأ نیست و لذا وجوب وفاء در آن معنا ندارد.

وفاء به عقد در عقودی معنا دارد که متضمن تعهد باشند.

شروطی وجوب وفاء دارد که وفاء به عقدش معنا داشته باشد پس باید آن عقد، تعهد باشد که معنا داشته باشد به آن وفاء بشود یا خیر ولی اگر عقدی باشد که اصلاً تعهد نداشته باشد وفا به آن معنا ندارد و اگر معنا نداشته باشد المومنون عند شروطهم در آن معنا ندارد.

عقد مضاربه عقد اذنی است و تعهد در آن وجود ندارد و لذا المومنون شامل آن نمی شود.

• جلسه ۹۸ یکشنبه ۱۲ اسفند ۱۳۹۷

ادامه ادله عدم لزوم وفاء به شرط ضمن عقد مضاربه

اشکال به دلیل ۳

در دلیل سوم این نکته بود که مضاربه اذنی است. ولی اشکال شده است که مضاربه با عقود اذنی صرف متفاوت است. مضاربه مثل عاریه نیست بلکه در مضاربه تعهدی است چون مالک متعهد می شود که بخشی از سود را به عامل بدهد.

تذکر

البته این تعهد حتی در فرضی است که مضاربه عقد اذنی باشد. یعنی این تعهد باعث نمی شود که مضاربه، عقد عهدی شود. نسبت به اصل مضاربه کردن تعهدی ندادند. مالک اذن داده است و عامل گفته است من اگر خواستم معامله می کنم و او هم تعهد نداده است ولی اگر کار کرد، مالک متعهد است بخشی از سود را بدهد.

در استدلال گفته شد شرط نمی تواند شرط وفاء به تعهد باشد چون تعهدی نیست و مضاربه اذنی است پس خود اذن معلق بر شرط شد. ولی ما گفتیم عقد مضاربه، از این جهت، وفاء دارد و خود همین وفاء به تعهد تعلیق دارد و مشروط است پس شرط می تواند شرط وفاء به تعهد باشد و اگر شرط انجام نشد مالک حق دارد بگوید من حصه معینه را نمی دهم بلکه اجرت المثل را می دهم.

جواب

عموما می گویند در موارد شرط ضمن عقد، آن چه انشاء شده است یعنی اذن در تصرف معلق می شود نه تعهدی که در بطن مضاربه وجود دارد. تعهدی وجود دارد ولی آن تعهد مفاد عقد نبود و لذا مشروط نیست.

اشکال استاد

عقد مضاربه مجموعی از اذن و تعهد به تملیک بخشی از ثمن است و وقتی مضاربه تعلیق شد یعنی همه این اذن و تعهدها تعلیق می شوند.

شاهد

آقای خویی می گویند عقد مضاربه خلاف اصل است. اگر مضاربه فقط اذن باشد و آن تعهد در نظر گرفته نشود، اذن که خلاف اصل نیست. آن چه خلاف اصل است، تعهد ضمن آن است.

قول ۳: تفصیل آقای حکیم در مستمسک

آن چه شرط می شود یا فعل دیگری در ضمن عقد جایز است مثل این که شرط کنید ضمن عقد مضاربه که آن شخص، پولی را به شما قرض دهد یا هبه کند که این لازم الوفاء است ولی گاهی ضمن عقد مضاربه، شرط عدم فسخ مضاربه را شرط می کنیم که این لازم الوفاء نیست چون دوری است.

پس نتیجه کلام ایشان این شد که شرط ضمن عقد جایز، لزوم الوفاء دارند مگر در شروطی که لزوم الوفاء نسبت به آن بی معنا باشد مثل شرط عدم انجام فسخ.

توضیح دور

حکم به لزوم وفاء به عدم فسخ مضاربه دوری است.

از طرفی، لزوم وفاء به شرط در فرضی معقول است که وفاء به شرط معقول باشد و دوری نباشد.

دور بدین خاطر است که وفاء به شرط در صورتی است که عقدی وجود داشته باشد پس وفاء متوقف بر وجود عقد است و از طرفی، شرط شما عدم فسخ است یعنی بقاء عقد شرط شماست. وجود عقد منوط به انجام شرط است یعنی عقد وقتی است که فسخش نکنید.

پس وفاء به شرط متوقف بر بقاء عقد است و بقاء عقد متوقف بر وفاء به شرط است و این دور است.

نتیجه این که نمی شود وفائی که دوری است، لزوم داشته باشد.

اشکال آقای خویی به آقای حکیم

این که وجوب عمل به شرط، متوقف بر بقاء موضوع دارد بر حسب متفاهم عرفی است نه این که دلیلی بگوید که تو وفاء به شرط بکن در فرض وجود عقد.

بقاء عقد برای وفاء به شرط، مقتضای دلیل شرعی نیست بلکه فهم عرف از دلیل وجوب وفاء به شرط این است.

آن دلیلی که می گوید وفاء لازم است نگفت که وفاء در صورتی است که عقد باشد. بلکه اطلاق دلیل اقتضا دارد که شما به شرط وفاء کنید ولو که عقدی نباشد. پس اگر ضمن عقد بیع شرطی کردیم باید به شرط عمل شود هر چند عقدی نباشد.

البته تعبیر آقای خویی به اطلاق نیست ولی از باب این که وجهی درست شود آن را اضافه کردیم.

پس لزوم وفاء به شرط عدم فسخ منوط به بقاء عقد نیست که بگویید دور می شود.

جواب استاد به آقای حکیم

شما می گوید توقف به حسب متفاهم عرفی است. متفاهم عرفی از دلیل شرعی همان ظهور و استظهار می شود و نتیجه اش توقف شرعی می شود.

البته ممکن است بگوییم به حسب متفاهم عرفی دو معنا دارد یک معنا همان استظهار از دلیل شرعی است که توقف شرعی می شود و معنای دوم این است که ممکن است دو شیء توقف واقعی و شرعی ندارند ولی عرف

می گوید چطور می شود عقد نباشد و شرطش لزوم وفاء داشته باشد؟! این فهم کاری به دلیل شرعی ندارد و آن را تقیید نمی زند. پس دلیل شرعی مطلق است و دور نیست.

سوال از آقای خویی این است که متفاهم عرفی چه نقشی دارد؟

آیا متفاهم عرفی سبب انصراف یا تقیید می شود؟ که این همان توقف شرعی می شود. ولی اگر می گویند چنین نقش استظهاری ندارد و انصرافی و ... ندارد معتبر نیست و اگر معتبر باشد، در همه جا باید ملتزم شوید که اگر عقدی از بین رفت، شرطش لزوم وفاء دارد که این را ملتزم نیستید.

سوال

آیا نمی توان در جواب آقای خویی بگوییم کلام آقای حکیم، توقف تکوینی است نه توقف شرعی که آن را شما منتفی کنید.

جواب

این اشکال به آقای خویی وارد نیست چون هیچ توقف عقلی وجود ندارد. لزوم وفاء به شرط متوقف بر بقاء عقد نیست ممکن است عقد نباشد ولی وفاء به شرط باشد و لازم هم باشد. البته این شرط عدم فسخ خصوصیتی دارد که ممکن است در خصوص این شرط توقف عقلی را تصویر کنیم که ذیل اشکال خودمان به آقای حکیم به آن می پردازیم.

اشکال استاد به آقای حکیم

عدم فسخ، یعنی از این به بعد، عقد را از بین نمی بریم. عدم فسخ عقد منوط به این است که تا این لحظه عقد باشد و الا عمل ما فسخ محسوب نمی شود ولی بقاء عقد تا این لحظه منوط به عدم فسخ نیست بلکه بقاء عقد برای آن بعد منوط به عدم فسخ است و این دور نیست.

عدم فسخ منوط به بقاء عقد تا لحظه فسخ است و بقاء عقد در لحظه بعد از فسخ منوط به عدم فسخ است.

• جلسه ۹۹ دوشنبه ۱۳ اسفند ۱۳۹۷

اقوال در شرط ضمن عقد جایز:

قول ۱: مشهور: لازم الوفاء نیست.

قول ۲: مرحوم سید: لازم الوفاء است.

قول ۳: آقای حکیم: تفصیل دادند.

سید می گوید مقصود مشهور این است که چون می شود عقد را بهم زد و شرط بعد عقد معنایی ندارد لذا لزوم وفاء به عقد معنا ندارد نه این که با بقاء عقد، می توان به عقد عمل نکرد پس نظر ۱ و ۲ یکی می شود.

نظر استاد

به نظر ما شرط ضمن عقد واجب العمل است چه عقد لازم باشد و چه عقد جایز باشد. کلام سید به نظر ما درست است.

فسخ عقد، از لحظه انفساخ نتیجه دارد و الا نسبت به وقایع گذشته نمی شود فسخ را دارای اثر کرد.

کلام آقای هاشمی شاهرودی

برخی در خصوص شرط عدم فسخ در عقود اذنی، می گویند شرط عدم فسخ در عقود اذنی بی معناست چون فسخ در عقود اذنی معقول نیست. پس در مضاربه این شرط معقول نیست.

عقد اذنی چیزی جز اذن نیست مثل عاریه است و فسخ عبارت است از حل عقد. یعنی بوسیله عقد پیوندی ایجاد می شود و به وسیله فسخ آن پیوند را باز می کنید و در عقد اذنی اساسا پیوندی وجود ندارد که بخواهید بازش کنید. فسخ در عقودی معنا دارد که تعهد طرفینی باشد.

پس دو نکته از کلام ایشان برداشت شد:

نکته ۱: بحث از لزوم وفاء به شرط ضمن عقد اذنی مثل مضاربه سالبه به انتفاء موضوع است چون فسخ در آن معقول نیست.

نکته ۲: در موارد اذن، به محض عدم رضایت شما نسبت به تصرف دیگران، اذن از بین می رود و فسخ بی معناست. پس صرف عدم رضایت شما در عقد اذنی مانند فسخ در عقد عهدهی است.

این کلام ایشان بیشتر بر مبنای مشهور است که مضاربه را اذنی می دانند و الا خود ایشان مضاربه عهده هم شناسایی کردند به تبع استادشان چون شهید صدر البته در مزارعه که ماهیتا با مضاربه یکی است، مزارعه عهده تصویر کردند.

اشکال

سوال از آقای شاهرودی این است که در مضاربه هم تعهدی است و آن تعهد به این است که بخشی از سود این تجارت برای عامل باشد و نسبت به این تعهد، فسخ معنا دارد. ما فسخ می کنیم که آن تعهد را از بین ببریم. مضاربه مثل اذن محض یعنی عاریه نیست؛ مضاربه مخلوطی از اذن و تعهد است.

گفته ایم که سه نوع عقد داریم:

عقد قرض: تملیک غیر است و لذا همه سود برای عامل است.

عقد بضاعت: همه سود برای مالک است. یعنی مالک هیچ تعهدی نداده است.

عقد مضاربه: بخشی از سود برای عالم است. یعنی مالک تعهدی به اعطاء بخشی از سود داده است.

شرط ضمن عقد خارج از مضاربه

گفتیم شرط یا ضمن عقد مضاربه است یا شرط خارج از عقد مضاربه است؛ یعنی شرطی می کنیم که به بحث مضاربه ارتباط دارد. آیا آن شرط ضمن عقد دوم موجب لزوم مضاربه می شود یا خیر؟
آن عقد دوم یا عقد جایز است و یا لازم است.

الف) شرط ضمن عقد دوم جایز

اگر آن عقد دوم جایز باشد همین مطالبی که گفتیم در آن مطرح می شود مثلا ضمن عقد وکالتی شرط کردیم که مضاربه را فسخ نکنید. اگر لازم الوفاء است مضاربه لازم می شود و الا در جایز بودن خارج نمی شود.

البته این الزام ما دامی است که عقد وکالت باشد ولی اگر آن عقد وکالت، فسخ شود همه متفق هستند که شرط ضمن آن لزوم وفاء ندارد.

ب) شرط ضمن عقد دوم لازم

مثلا بیعی کرده ای و ضمن آن شرط عدم فسخ مضاربه کرده است. در این جا یا اشتراط شما، شرط عدم وجود حق فسخ است و یا شرط عدم انجام حق فسخ است.

البته این تفصیل در عقد جایز هم می آید.

اگر شرط عدم وجود حق فسخ باشد، همان مباحث مطرح می شود که می گویند شرط خلاف کتاب و سنت است و شرط باطل است چون حق فسخ، حکم است نه حق. پس مضاربه کما کان جایز است.

آن شرط باطل آیا عقد بیع را از بین می برد؟ قطعا خلاف مقتضای عقد بیع نیست و اگر قرار باشد مبطل باشد باید بر این مبنا باشد که هر شرط فاسدی، مفسد عقد است. ولی اثری در مضاربه ندارد.

اگر شرط عدم فعل فسخ باشد، این شرط، خلاف کتاب و سنت نیست و تحت عقد لازم است و لذا وجوب وفاء دارد و لذا مضاربه لازم می شود.

البته در این جا برخی می گفتند که "المومنون عند شروطهم" فقط ناظر به حکم تکلیفی است و لذا فسخ محقق می شود ولی برخی می گفتند ناظر به حکم وضعی هم هست و لذا دیگر فسخ عقد مضاربه ممکن نیست.

شرط مضاربه ضمن عقد لازم در کلام سید

تا این جا گفتیم شرط یا شرط اجل است یا شرط عدم فسخ است یا در عقد مضاربه یا عقد دوم است و آن عقد دوم یا لازم است یا جایز است و آن شرط، یا شرط اجل است یا شرط عدم حق فسخ است و یا شرط عم فعل فسخ است.

ولی شرط دیگری هم وجود دارد که خیلی مربوط به بحث نیست ولی خوب است همین جا مطرح شود.

اگر ضمن عقد لازمی، شرط مضاربه کردیم. آیا این مضاربه جایز است چون ذات مضاربه جایز است و یا لازم است چون شرط ضمن عقد لازم است؟

سید در احکام مضاربه در مورد هفتم این مورد را مطرح کردند. ولی به نظر ما در بحث شروط هم می توان از آن بحث کرد.

سید شرط مضاربه در مضاربه دیگر را در مساله ۲ مطرح کرده است ولی شرط مضاربه در عقد لازم را در احکام مضاربه ذکر کردند. حکم این فرع از مباحث قبل معلوم شد ولی باید مضاربه ضمن بیع را مطرح کنیم.

مرحوم سید مساله را دو قسم کردند و محشین دو قسم را پذیرفتند با اختلاف کمی.

اگر اشراط شما ضمن عقد لازم، ایقاع عقد مضاربه است، شما ملزم به ایقاع عقد مضاربه هستید ولی ملزم به ادامه دادن مضاربه نیستید.

اگر شرط، صرف ایقاع مضاربه نباشد بلکه عمل و تجارت مضاربه را شرط کنید مثلا بگویید از این زمان تا این زمان عامل تجارت کند و سود تنصیف شود در این صورت، مضاربه لازم می شود.

این کلام سید علی القاعده است.

نکته

در صورت اشراط عمل مضاربه آیا ضمن عقد بیع، انشاء مضاربه می کنیم یا انشاء مضاربه بعدا است؟ ظهور کلام سید این است که ضمن عقد بیع، انشاء مضاربه شده است نه این که بعد بیع، انشاء بخواند صورت گیرد بلکه بعد بیع، هم بیع و هم مضاربه محقق شد.

اشکال آقای خویی به سید

کلام سید به دقت صحیح است ولی عرفا این دو شرط یکی است. یعنی عرف، از عقد بیع در صورت اول یعنی اشراط ایقاع مضاربه هم عمل مضاربه را می فهمد نه این که فقط مضاربه را ایقاع کند و سپس سریعاً فسخ کند. پس مضاربه در هر دو صورت، لازم می شود.

نظر استاد

مناقشه آقای خویی در صغرا است نه در کبرای سید و الا به لحاظ کبروی، کلام سید صحیح است.

• جلسه ۱۰۰ سه شنبه ۱۴ اسفند ۱۳۹۷

کلام سید

مساله ۳

"إذا دفع إليه مالا و قال اشتر به بستانا مثلا أو قطيعا من الغنم فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربه و إن كان المراد الانتفاع بنمائها بالاشتراك ففي صحته مضاربه و جهان من أن الانتفاع بالنماء ليس من

التجارة فلا يصح و من أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة و الأقوى البطلان مع إرادة عنوان المضاربة إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات و زيادة القيمة لا مثل هذه الفوائد نعم لا بأس بضمها إلى زيادة القيمة و إن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحته للعمومات "

سود مضاربه بايد با تجارت باشد.

این بحث را قبلا بررسی کردیم و مطلب جدیدی ندارد.

شرط ضمان در مضاربه

مساله ۴

"إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح أو اشترط ضمانه لرأس المال ففي صحته وجهان أقواهما الأول لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد كما قد يتخيل بل إنما هو منافٍ لإطلاقه إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك و عدم ضمان العامل إلا مع التعدي أو التفريط "

قبل از بررسی مساله ۴ خوب است که مساله ۳۹ را بخوانیم.

مساله ۳۹

"العامل أمين فلا يضمن إلا بالخيانة كما لو أكل بعض مال المضاربة أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك أو وطئ الجارية المشتراء أو نحو ذلك أو التفريط بترك الحفظ أو التعدي بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه كما لو سافر مع نهييه عنه أو عدم إذنه في السفر أو اشترى ما نهى عن شرائه أو ترك شراء ما أمره به فإنه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف و لو بآفة سماوية..."

عامل امين است و امين ضامن نيست. يد او يد ضمان نيست و يد امانی است مگر این که تعدی و تفريط داشته باشد. سيد می گوید مگر خیانت کند که مقصود، مفهوم عامی بود شامل خیانت معهود و نیز مخالفت با توصیه ها و شروط مالک هم می شد. تا این که قسمت محل وفاق است ولی ذیلی دارد که محل خلاف است که فعلاً محل بحث ما نیست.

پس همه معتقدند که عامل، امین است و لذا ضامن نیست به مقتضای مثل ما علی المحسنین من سبیل. پس مقتضای عقد مضاربه این است که عامل ضامن نیست حال مساله چهارم این است که آیا شرط ضمان می توان کرد یا خیر؟

بحث در صورت خیانت و افراط و تفریط نیست در این جا ضمان نیاز به شرط ندارد و علی القاعده است.

اقوال در شرط ضمان در مضاربه

قول ۱: صحت شرط و عقد

مرحوم سید قائل به این نظریه است.

قول ۲: بطلان شرط و عقد

صریح علامه در قواعد و محقق کرکی در جامع المقاصد قائل به این قول هستند.

قول ۳: بطلان شرط و صحت عقد

مشهور متاخرین معتقدند عامل ضامن نمی شود و مضاربه هم صحیح است. شرط فاسد است ولی مفسد نیست.

قول ۴: صحت شرط و بطلان عقد

شرط صحیح است و عقد تبدیل به عقد القرض می شود. پس شرط صحیح شد ولی مضاربه صحیح نیست یعنی تبدیل به عقد دیگری می شود.

ظاهر شیخ در نهاییه و شهید صدر در تعلیقه بر منهاج این قول است.

صور مساله

صورت ۱: شرط خسارت بر عامل

شرط می کنیم که ضرر با عامل باشد. این شبیه به شرط نتیجه است.

صورت ۲: شرط تدارک خسارت از سوی عامل

مالک شرط می کند که تو از اموالت خسارت مالک را تدارک کنی. این شبیه به شرط فعل است.

ضرر مربوط به مالک است چون سرمایه مال مالک بوده است و از بین رفته است و لذا ضرر علی القاعده مربوط به مالک است ولی عامل متعهد شده است این ضرر را از پول خودش جبران کند. این متفاوت با این است که ضرر از ابتدا در مال عامل باشد.

بحث را در دو مقام مقتضای قاعده و مقتضای ادله خاصه بررسی می کنیم.

مقام ۱: مقتضای قاعده

قول ۱: صحت شرط و عقد

دلیل: المومنون عند شروطهم

سید می گوید شرطی که مخالف کتاب و سنت نیست واجب الوفاء است و تحت المومنون عند شروطهم می رود. و ضامن بودن عامل خلاف کتاب و سنت نیست. این شرط، خلاف مقتضای عقد هم نیست بلکه خلاف اطلاق عقد است. اگر شرطی نباشد، عامل ضامن نیست ولی اگر شرط باشد، عامل ضامن می شود.

آن چه نیاز به احراز دارد مخصص است و الا تحت عام داخل است یعنی مخالفین سید باید احراز کنند که این شرط، مخالف کتاب و سنت است ولی سید می تواند به صرف احتمال عدم مخالفت، استناد به عام "المومنون عند شروطهم" کند.

ادله قول ۲: بطلان شرط و عقد

این شرط، خلاف مقتضای عقد است لذا هم فاسد است و هم مفسد است.

دلیل ۱

تصویر اول از خلاف مقتضای عقد بودن این است که بگوییم مقتضای عقد المضاربه این است که کل سرمایه مال مالک است و از ملک او خارج نمی شود و عامل وکیل در تجارت است پس هر چه از این سرمایه ماند به مالک بر می گردد. عامل صرفاً وکیل در تجارت هست.

این که بخشی از ضرر مربوط به عامل باشد خلاف مقتضای وکالت و ... است اگر ما در سرمایه با او شریک باشیم خسارت تقسیم می شود و الا تقسیم نمی شود.

این دلیل تصویر دوم از خلاف مقتضای عقد است. آقای شاهرودی احساس می‌کنند که خلاف مقتضای عقد بودن واضح نیست لذا برهانی اقامه می‌کنند و سپس بر آن اشکال می‌کنند.

ایشان می‌گویند مقتضای عقد مضاربه، اذن مالک به عامل نسبت به تجارت است و در نتیجه، اذن مالک به بقاء سرمایه در ید عامل است. نتیجه قهری این مقتضای عقد، این است که تلف قهری سرمایه از طرف مالک ماذون است و عامل مسئولیتی ندارد چون اگر مالک اذن در بقاء سرمایه در ید عامل داده است، این اذن شما به بقاء نمی‌تواند منوط به بقاء باشد. اگر تلف قهری ماذون نباشد یعنی اذن بقاء سرمایه در ید عامل منوط به عدم تلف سرمایه یعنی بقاء است و این معقول نیست. پس مقتضای عقد این شد که تلف قهری سرمایه ماذون باشد و این با شرط ضمان خسارت نمی‌سازد.

اشکال آقای شاهرودی به تصویر ۲

مضاربه اذن در بقاء سرمایه در ید عامل نیست یعنی ممکن است راضی به بقاء سرمایه در ید عامل نباشد. سرمایه می‌تواند نزد خود مالک باشد و عامل با سرمایه نزد مالک می‌تواند تجارت کند. پس در مضاربه ضرورتی ندارد که سرمایه را در ید عامل قرار بدهید. عامل می‌تواند در ذمه عامل تجارت کند. مثلاً به عامل چک داده است که با چک خرید و فروش کند و حتی بدون آن هم ممکن است تجارت رخ دهد.

• جلسه ۱۰۱ چهارشنبه ۱۵ اسفند ۱۳۹۷

ذیل اشکال به دلیل قول اول (صحت شرط و عقد) در واقع، به ادله بطلان شرط و عقد پرداختیم. دو دلیل بر آن اقامه شد. اما دلیل سوم بر بطلان در واقع، دلیل بطلان شرط است نه بطلان عقد. این ادله بطلان که ذکر می‌کنیم برخی از آنها مفسد عقد هم هستند که می‌شود قول دوم و یا مفسد عقد نیست که می‌شود قول سوم.

دلیل ۳: کلام آقای خوبی

آقای خوبی می‌گویند شارع امین را ضامن نمی‌داند پس هر کس ید و سلطه او بر مال، امانی باشد، به حکم شارع ضامن نیست. مانند "لیس علی الامین ضمان"

پس شرط ضمان، مخالف سنت است. اما شرط فاسد، مفسد عقد نیست یعنی مضاربه صحیح است ولی شرط فاسد است. البته اگر شرط کند که ضرر از عامل باشد این فاسد است ولی اگر شرط کنید که خسارت را از اموال خودش بدهد این خلاف سنت نیست.

شرطی که خلاف مقتضای عقد باشد، مبطل عقد است ولی صرف شرط فاسد مبطل عقد نیست. شرط ضمان خلاف مقتضای عقد نیست؛ چون ضمان مثل جواز و لزوم از مقتضای عقد خارج است بلکه حکمی از سوی شارع در رابطه با مضاربه است.

اشکال به آقای خوئی

اشکال ۱

آقای خوئی قبلاً گفتند شروط عقد جایز، تعلیق انشاء یا منشأ هستند بر خلاف عقود لازم که به معنای اشتراط وفاء عقد است. در عقود اذنی چون تعهدی نیست، وفاء معنا ندارد لذا شرط، تعلیق خود اذن یعنی منشأ یا انشاء است. پس شرط فاسد مفسد عقد است. یعنی من اذن خودم را معلق بر ضمانت عامل کردم و وقتی ضمانت باطل است پس اذن هم وجود ندارد. یعنی مضاربه اذنی نیست. این یعنی بطلان عقد.

پس آقای خوئی در خصوص این جا باید بطلان عقد را بپذیرند ولو به صورت کلی، قاعده بطلان شرط، مبطل عقد است را بپذیرند.

اشکال ۲

ایشان مضاربه را خلاف قاعده می دانستند لذا عمومات و اطلاقاتی که بتواند عقد مضاربه را جایز کند نمی شناختند. در خصوص مورد بحث، در مضاربه محل بحث، عامل ضامن است و ما نمی دانیم که این مضاربه از سوی شارع تصحیح شده است یا خیر و اصل هم فساد این معامله است. چون شما اوفوا بالعقود و ... را شامل مضاربه ندانستید که به آن استناد شود.

اشکال ۳

ایشان گفتند این شرط، مخالف سنت است چون شارع امین را ضامن نمی داند و ما شرط کنیم ضمان امین را و این خلاف سنت است. درحالیکه مقصود از روایات عدم ضمان امین این است که امین به مقتضای عقد ضامن نیست ولی این را نفی نمی کند که امین را به مقتضای شرط، ضامن بدانیم.

بله اگر مفاد روایات این باشد که ضامن امین نیست ولو شما شرط کنید، این شرط ضمان امین، خلاف سنت می شود ولی این گونه نیست.

سید هم گفت این شرط ضمان، مخالف اطلاق عقد مضاربه است یعنی اگر شرط نکردید، عقد اقتضای ضمان ندارد ولی اگر شرط کردید، به مقتضای شرط، امین می شود.

ادله عدم ضمان امین چند گروه است:

گروه ۱: امین ضامن نیست. ما علی المحسنین من سبیل

گروه ۲: عامل ضامن نیست.

گروه ۳: حتی در فرض اشتراط در عقد مضاربه هم عامل ضامن نیست.

اگر گروه سوم معتبر باشد، کلام آقای خویی درست می شود و این شرط، خلاف سنت می شود. اما مشکله این است که آقای خویی این ادله گروه سوم را تمام ندانستند لذا خود ایشان به گروه اول استناد کردند نه گروه سوم پس اشکال به آقای خویی تمام است ولی این که واقعا شرط مخالف سنت است یا خیر را باید بعد از بررسی این گروه ها اظهار نظر می کنیم.

نکته ۱

ممکن است مقصود برخی که گفتند شرط خلاف سنت است، این روایت خاصه باشد نه روایات عامه عدم ضمان امین.

نکته ۲

دو گروه از این گروه هایی که گفتیم مربوط به ادله خاصه در مضاربه است.

پس باید ادله خاصه هم بررسی شود.

مقام ۲: مقتضای ادله خاصه

گروه ۱: عامل ضامن نیست.

ح ۳ب ۳: روایت محمد بن مسلم

عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَسْتَبْذِعُ الْمَالَ فِيهِلِكُ أَوْ يُسْرِقُ أَوْ عَلَى صَاحِبِهِ ضَمَانٌ فَقَالَ لَيْسَ عَلَيْهِ غَرْمٌ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ أَمِينًا.

ح ۱ب ۱۱: روایت کاهلی

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَحْيَى الْكَاهَلِيِّ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ قَالَ: قُلْتُ لِرَجُلٍ سَأَلَنِي أَنْ أَسْأَلَكَ أَنْ رَجُلًا أَعْطَاهُ مَالًا مُضَارَبَةً يَشْتَرِي لَهُ مَا يَرَى مِنْ شَيْءٍ فَقَالَ اشْتَرِ جَارِيَةً تَكُونُ مَعَكَ وَالْجَارِيَةُ إِنَّمَا هِيَ لِصَاحِبِ الْمَالِ إِنْ كَانَ فِيهَا وَضِيعَةٌ فَعَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ فِيهَا رِبْحٌ فَلَهُ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَطَّأَهَا قَالَ نَعَمْ.

ح ۴ ب ۱: صحیحه حلبی

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي الْمَالِ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةً لَهُ مِنَ الرِّيحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ فَإِنَّ الْعَبَّاسَ كَانَ كَثِيرَ الْمَالِ وَ كَانَ يُعْطِي الرِّجَالَ يَعْمَلُونَ بِهِ مُضَارَبَةً وَ يَشْتَرِطُ عَلَيْهِمْ أَنْ لَا يَنْزِلُوا بَطْنَ وَادٍ وَ لَا يَشْتَرُوا ذَا كَبِدٍ رَطْبَةٍ فَإِنْ خَالَفَتْ شَيْئًا مِمَّا أَمَرْتُكَ بِهِ فَانْتَ ضَامِنٌ لِلْمَالِ.

ح ۳ ب ۱: روایت کنانی

عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يَعْمَلُ بِالْمَالِ مُضَارَبَةً قَالَ لَهُ الرِّيحُ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ عَنْ شَيْءٍ مِمَّا أَمَرَ صَاحِبُ الْمَالِ.

ح ۷ب ۱: روایت کنانی

احتمال دارد همان روایت قبل باشد.

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي الْمَالِ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةً لَهُ مِنَ الرِّيحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ

دلالت این روایات واضح است که خسارت با عامل نیست ولی شما دارید شرطی می کنید که سنت خلاف آن را گفته است.

اشکال

اشکال این است که این روایات گروه ۱، معارض دارد.

روایت کاهلی

عَنْ الْكَاهِلِيِّ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى ع فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا مُضَارَبَةً فَجَعَلَ لَهُ شَيْئًا مِنَ الرَّيْحِ مُسَمًّى (بخشی از سود تعیین شده برای او قرار داده است) فَابْتَاعَ الْمُضَارِبُ (عامل) مَتَاعًا فَوُضِعَ فِيهِ قَالَ عَلِيُّ الْمُضَارِبِ مِنَ الْوَضِيعَةِ بِقَدْرِ مَا جُعِلَ لَهُ مِنَ الرَّيْحِ.

اگر سهم عامل از سود، نصف است پس نصف ضرر هم از عامل است.

اگر فرض کنیم که این روایات تعارض دارند و تساقط می کنند پس نمی توان گفت این شرط ضمان، خلاف سنت است.

گفتیم شیخ طوسی این روایت را به دو نوع حمل کردند:

تذکر: شیخ طوسی در استبصار و در مقام جمع بین روایات، از قاعده "الجمع مهما امکن اولی من الطرح" پیروی می کند.

حمل ۱: عامل شریک هم بوده است یعنی دو نفر سرمایه گذاری کردند و یک نفر قرار شده که کار کند. پس تحمل خسارت بخاطر عامل بودن نیست بلکه بخاطر مالک و سرمایه گذار بودن است.

حمل ۲: عامل تفریط کرده است. امین ضامن نیست مگر این که تعدی و تفریط کند.

قرینه ای بر این دو حمل شیخ وجود ندارد.

فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا مُضَارَبَةً: ظهور دارد که یکی مالک و یکی عامل است نه این که شریک بودند. فَابْتَاعَ الْمُضَارِبُ مَتَاعًا فَوُضِعَ فِيهِ: این جا هم قرینه ای ندارد که عامل تفریط کرده بوده است.

اگر تعدی از عامل باشد، تمام ضرر مربوط به عامل است نه این که "بِقَدْرِ مَا جُعِلَ لَهُ مِنَ الرَّيْحِ" ضرر مربوط به عامل باشد.

• جلسه ۱۰۲ شنبه ۱۸ اسفند ۱۳۹۷

ادامه دلالت روایت کاهلی

قرینه بر خلاف دو حمل شیخ طوسی در روایت کاهلی

گفتیم روایاتی که می گوید در تعدی، ضمان با عامل است، می تواند شاهد حمل بر تعدی و تفریط باشد ولی قرینه ای در روایت وجود دارد که این حمل را تبعید می کند و آن این است که اگر تعدی از عامل باشد، تمام ضرر مربوط به عامل است نه این که "بِقَدْرِ مَا جُعِلَ لَهُ مِنَ الرَّيْحِ" ضرر مربوط به عامل باشد.

حمل سوم

برخی گفتند این روایت تقیه ای است.

اشکال

اهل سنت اتفاق دارند بر این که خسارت با مالک است و عامل هیچ سهمی از زیان ندارد.

پس روایت کاهلی معارض است با روایاتی که می گفت خسارت با مالک است و به نظر ما تعارض مستقر است لذا باید دید مرجحات وجود دارد یا خیر؟

برخی روایت کاهلی را معرض عنه می دانند و از این جهت، روایات دیگر که ضمان با عامل نیست مقدم می شود و اگر این کبرا را نپذیریم که إعراض موهن روایت است از باب شهرت روایی و فتوایی می توان روایات عدم ضمان عامل را مقدم کرد. روایت کاهلی هم در نقل شاذ است و هم کسی به مضمون آن فتوی فتوا نداده است.

گروه ۲: شرط ضمان در مضاربه جایز نیست

گروه اول می گفت نفس عقد مضاربه اقتضای ضمان عامل را ندارد ولی گروه دوم می گوید اشتراط ضمان عامل ممکن نیست. پس شرط مضاربه، شرط مخالف سنت می شود. چون این گروه، نفی شرط ضمان عامل است.

باب ۴

بَابُ أَنْ صَاحِبَ الْمَالِ إِذَا ضَمَّنَ الْعَامِلَ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ

۲۴۰۷۰ - ۱ - مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ فِي حَدِيثٍ أَنَّ عَلِيًّا ع قَالَ: مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ شَيْءٌ.

سند

روایت را بررسی کردیم و گفتیم که معتبر است.

دلالت

بحث موضوع: تضمین تاجر به معنای گرفتن ضمانت از عامل است برای جبران و تدارک خسارت.

بحث محمول: عبارت "فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ شَيْءٌ" دو معنا می تواند داشته باشد که هر دو می تواند راجع به حقیقت واحد باشد:

معنای ۱: مضاربه باطل است.

معنای ۲: مضاربه تبدیل به عقد القرض می شود.

اشکال

در این صورت باید کل سود باید به مالک برگردد و به عامل باید اجرت المثل داده شود چون نماء تابع اصل مال است درحالیکه امام ع می فرمایند مالک سود نمی برد پس محمول بطلان مضاربه نیست.

نتیجه

این روایت می تواند دلیل برای نظریه چهارم باشد که گفتند شرط صحیح است و عقد مضاربه باطل است یعنی تبدیل به قرض می شود نه این که سود برای مالک باشد.

وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ مِثْلَهُ

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ عَنْ عَاصِمٍ نَحْوَهُ.

۲۴۰۷۱-۲- و بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: مَنْ ضَمَّنَ مُضَارِبَهُ.

و بِإِسْنَادِهِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ أُسْلَمَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا.

این سند چهارم و پنجم برای روایت اول می شود. فقط تعبیر "من ضمن تاجرا" نیست بلکه "من ضمن مضاربه" است. پس دو تعبیر به نقل صحیح وارد شده است.

پس اولاً شرط ضمان، مخالف سنت است و ثانیاً بر فرض این کبرا را هم نپذیریم، این روایت بخصوصه دارد حکم به بطلان مضاربه می کند پس نیاز به آن قاعده ندارد.

اشکال ۱: آقای خوبی

این روایت در مورد شرط ضمان خسارت نیست.

ایشان در توضیح می گوید معاملات به دو گونه است:

قسم ۱: معامله ای که طرف مقابل ضامن کل سرمایه است که این قرض است.

قسم ۲: طرف مقابل ضامن سرمایه نیست که این قرض نیست یا مضاربه است یا عاریه است یا امانت است یا

این روایت از اساس، در مورد قرض است می گویند وقتی شما به تاجری قرض می دهید فقط سرمایه را می توانید بگیرید و سود آن به شما ارتباطی ندارد چون قرض دادید و سود گرفتن، ربا می شود.

عقد القرض همان عقدی است که تاجر در آن ضامن است.

جواب به آقای خوبی

جواب ۱

"من ضمن مضاربه" هم نقل صحیح دارد و لذا می توان به آن استناد کرد که ظهور در قرض ندارد و سخن در عقد مضاربه است.

جواب ۲

این که از قرض تعبیر به "من ضمن تاجرا" شود بعید است و خلاف ظاهر است و اتفاقاً ظهور در غیر قرض دارد چون این عبارت یعنی عقدی که به مقتضای خودش تضمین ندارد و شما دارید او را ضامن می کنید ولی قرض در ذات خودش تضمین را دارد.

جواب ۳

صدر روایت که در این قسمت، شیخ حر نیاورده است و در کافی است هم در مورد مضاربه است.

اشکال ۲: آقای حکیم

این روایت دال بر یک قاعده ای است که به آن قاعده را اهل سنت معتقدند و از نظر ما باطل است و آن قاعده "الخراج بالضمن" است. روایاتی داریم که این قاعده، قاعده صحیحی نیست خصوصاً صحیحه ابی ولاد.

الخراج بالضمن یعنی هر وقت شما شخصی را نسبت به مالی ضامن کردید، منافعش مربوط به ضامن است. منافع در برابر ضمانت است.

برخی گفتند این قاعده به عمومیتش دلالت دارد که منافع مربوط به ضامن است. یکی از تطبیقات آن قاعده، این است که اگر غاصبی مالی را غصب کند، در برابر غصبش ضامن است لذا منافعش مال اوست یعنی منافع ماشین غصبی، مربوط به ضامن است.

ائمه معصومین ع این قاعده را نفی کردند و گفتند اگر این باشد که نتایج خوبی ندارد که منافع مال غاصب باشد. پس این روایت، تقیته صادر شده است و مضمونش قابل اخذ نیست.

باید دید:

اولاً کدام روایات الخراج بالضمن را منتفی دانستند؟

ثانیاً مقصود الخراج بالضمن چیست در منابع اهل سنت؟

ثالثاً این روایت ربطی قاعده الخراج بالضمن دارد یا خیر؟

• جلسه ۱۰۳ دوشنبه ۲۰ اسفند ۱۳۹۷

بررسی کلام آقای حکیم

گفتیم باید روایات الخراج بالضمن را بررسی کنیم.

گفتیم باید دید که اولاً کدام روایات الخراج بالضمن را منتفی دانستند؟ ثانياً مقصود الخراج بالضمن چیست در منابع اهل سنت؟ ثالثاً این روایت ربطی قاعده الخراج بالضمن دارد یا خیر؟

اگر بخواهیم قاعده الخراج بالضمن را به تفصیل وارد شویم از بحث خارج می شویم ولی اجمالاً آن را مطرح می کنیم.

آقای شاهرودی می گویند این قاعده الخراج بالضمن از صغریات قاعده کلی تری به نام "بطلان ربح ما لایضمن" است که به نظر ما پایان نامه ای در حد سطح ۴ است.

الف) بحث سندی روایت الخراج بالضمن

عبارت "الخراج بالضمن" عین نقل روایت است. از کلمات مشهور از پیامبر ص است و عده ای آن را از جوامع الکلم دانستند یعنی کلامی که در عین اختصار، مطلب زیادی دارد اما این روایت اساساً در منابع معتبر اهل سنت است مثل سنن ترمذی و ابن ماجه و نسایی و ابی داوود.

البته می گویند در منابع اهل سنت، خبر متواتر نیست.

در کتب روایی شیعه، فقط در عوالی الثالی است و جوامع روایی متاخر هم از این کتاب نقل کرده است مثلاً مستدرک الوسائل از عوالی نقل کرده است و در جامع احادیث الشیعه به صورت مرسله نقل کرده است.

اما در کتب فقهی ما هم نقل داریم و هم استدلال به روایت. شیخ در مبسوط و خلاف استناد کرده است. ابن حمزه در وسیله استناد کرده است. علامه در تذکره و مختلف نقل کرده است و نیز شهیدین و محقق اردبیلی و جواهر نقل کردند.

در سنن ابی داوود، روایت از عایشه است. کسی غلامی خریده است و بعد فهمیده است که معیوب بوده است و برگردانده است ولی صاحب اول گفت "قد استغلّ غلامی" یعنی او از غلام من استفاده کرده است و حضرت ص می فرماید: الخراج بالضمن یعنی منافی که از غلام برده است ضمان ندارد.

در برخی منابع روایی فقط همین قسمت را نقل می کنند که "روی عن النبی ص الخراج بالضمن"

این بحث سندی روایت است برخی سند این روایت را تصحیح کرده اند و برخی اشکال کردند.

در منابع اهل سنت نقل از کتب معتبره آنها وجود دارد ولی متواتر نیست و در منابع ما از باب این که روایت مشهوره است برخی خواستند درست کنند ولی تفصیل بحث موکول به بحث این قاعده است که ذیل منافع مستوفات در عقد مقبوض به عقد فاسد می آید.

(ب) بررسی دلالتی روایت الخراج بالضمان

احتمال ۱

مرحوم نایینی می گویند روایت در مورد ضمان عقدی است. عقدی که اصلی باشد یعنی آن چه جعل می کنید، خود ضمان باشد لذا این روایت شامل مقبوض به عقد فاسد و غصب و ضمان قهری نمی شود.

ما در غصب می گوئیم که غاصب ضامن است و در موارد تلف بدون قصد و قهری هم ضمان هست اگر ید بوده است و

این روایت شامل موارد ضمان دیگر نمی شود بلکه مختص به جایی است که ضمان، جعلی و اصلی باشد که بیع باشد که در آن الخراج بالضمان است. پس این روایت در غیر مورد بیع نیست. در بیع وقتی ضمانت دادید که مثن را به جای ثمن بدهید، منافع ثمن برای شماست.

در این احتمال، خراج به معنای منافع است و بآء هم سببیت است یعنی مالکیت منافع بخاطر ضمان شما بوده است پس ضمان باید اصلی باشد. در مثل غصب و ... که ضمان، اصل نیست.

احتمال ۲

بیشتر فقهاء این احتمال را می گویند. این قاعده می گوید منافع تابع ملک و عین است.

خراج به معنای منافع است. ولی "بالضمان" یعنی هر چه در عهده شما هست و شما نسبت به او ضامن هستید، منافعش مال شماست. هر چه را که مالک هستید، منافعش مال شماست.

مقصود از ضمان، چیزی است که به شما تعلق دارد چه عینش و چه مثل و قیمتش که تعبیر جامعش، ملک است.

احتمال ۳

مرحوم امام ره می فرماید این قاعده یعنی مالیات در برابر تعهد به خدمات است. پس ناظر به فقه حکومتی است.

"الخراج" به معنای مالیات و زکات است که اطلاق خراج به زکات، اطلاق شایعی بوده است.

"بالضمان" یعنی دولت مالیات می گیرد در برابر ضمانتی که دارد در برابر ارائه خدمات و ...

اشکال

این تفسیر با مورد غلام و ... نمی سازد.

جواب ۱

ظاهراً این تفسیر بر اساس آن روایتی نیست که موردش غلام و ... بود که منابع اهل سنت به همان صورت بود

ولی در شیعه، عبارت را به تنهایی نقل کردند و بدون مورد.

شاید در اهل سنت هم به صورت بدون مورد نقل شده باشد.

جواب ۲

این عبارت، یک قاعده است یعنی پیامبرص در آن روایت غلام دارد ارجاع می دهد به یک قاعده کلی مسلم در

فقه. لذا می تواند در فقه حکومتی باشد و در ذیل آن و به تبع آن می توان در فقه فردی هم تطبیق کرد. اصل

قاعده، مربوط به فقه کلان است که در فقه خرد هم می توان تطبیق کرد.

در این سه احتمال، خراج به معنای منافع گرفته شد. در فقه عنوان اراضی خراجیه داریم یعنی اراضی که دارای

منافع هستند و دارای در آمد هستند که بخاطر این که در آمد دارند، از آنها زکات گرفته می شود.

احتمال ۴

خراج به معنای منفعت نیست بلکه به معنای خسارت است. یعنی خسارت سبب ضمان می شود. یعنی گویا بآء

به معنای معیت است یعنی خسارت همراه با ضمانت است یعنی وقتی خسارت وارد کردید، به تبع آن، ضمانت

هم خواهد آمد.

تطبیق در مورد این است که این عیدی که در اختیار او بوده است، استفاده ای که او کرده است آیا خسارت زده است؟ خیر. حضرت ص می فرماید ضمان وقتی است که خسارت باشد ولی استیفاء منافع که موجب خسارت نمی شود.

احتمال ۵

این ها احتمالات فقهاء شیعه بود. احتمالات دیگری هم گفته شده ولی ضعیف است.

اما فقهاء اهل سنت این روایت را حتی نسبت به ضمانی که بخاطر غصب است تطبیق کردند. غاصب ضامن است و چون ضامن است، منافع مستوفات را ضامن نیست. اگر کسی خانه ای را غصب کرد فقط باید خانه را صحیحا تحویل دهد و ضامن منافع نیست.

این نظریه، حداقل در فقه حنفی پذیرفته شده است.

آن چه در فقه ما مستنکر شناخته شده است، این تفسیر از قاعده الخراج بالضمن است.

فقهاء شیعه سعی بر این داشتند که طوری این قاعده را تفسیر کنند که دچار این محذور فقه حنفی نشود.

مثلا در احتمال دوم گفتند که مقصود این است که منافع تابع ملک است. اشکال می شود که این که گفتن ندارد و واضح است.

سپس توجیه کردند که مقصود این است که پول باید در برابر اصل ملک پرداخت شود نه این که منافع را هم حساب کنند یعنی وقتی خانه می خرید قیمت اصل خانه را پرداخت می کنید نه این که منافع تا وقتی خانه پابرجا است هم هنگام خرید و فروش حساب شود.

این زحمات و تحلیل ها بخاطر این است که دچار محذور فقه حنفی نشود.

تطبیق به مورد روایت بنابر احتمال دوم

آن روزی که این آقا از عبد استفاده می کرد در ملک او بود پس استیفاء منافع در ملک بوده است و ضمانی نیست بلکه اگر وقتی به ملک صاحب اول برگشت، استیفاء منافع کند آن ها را ضامن است چون مالک نیست.

همچنین طبق احتمال اول که کلام نایینی بود تطبیق بر مورد به این صورت می شود که اگر بیع کردید شما می توانید از آن منافع استفاده کنید و این آقا بیع کرده است و لذا منافع را ضامن نیست. چون عقد بیع، ضمان جعلی و اصلی است و لذا منافع را ضامن نیستید.

این بحث در فقه ما ذیل منافع مستوفات مقبوض به عقد فاسد مطرح می شود.

منافی که شما در مقبوض به عقد فاسد استیفاء کردید را آیا ضامن هستید یا خیر؟ از ادله مهم آن بحث همین الخراج بالضمان است.

برخی معتقد به عدم ضمان هستند و برخی قائل به ضمان هستند. خانه ای را خریدید و چند ماه نشستید و بعدا فهمیدید که عقد فاسد بوده است آیا باید اجاره را بدهید یا خیر؟

• جلسه ۱۰۴ سه شنبه ۲۱ اسفند ۱۳۹۷

نکاتی که در الخراج بالضمان مورد بحث قرار گرفته است:

نکته ۱: خراج به معنای منافع است یا خسارت؟

نکته ۲: ضمان به چه معناست؟

نکته ۳: باء در بالضمان باء سببیت است یا مقابله؟

اگر گفتیم منافع در برابر خسارت است، باء مقابله می شود و اگر گفتیم منافع در برابر مالکیت است که باء سببیت می شود.

فقهاء از تفسیری که ابوحنیفه کرده است تحاشی داشتند و علت این تحاشی این است که با روایاتی مثل صحیحہ ابی ولاد ناسازگار است.

باب ۱۷ از ابواب اجاره (وسائل ج ۱۹ ص ۱۱۹)

۲۴۲۷۲-۱- مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي وَلَادِ الْحَنَاطِ قَالَ: أَكْثَرِيْتُ بَعْضًا إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ ذَاهِبًا وَجَائِيًا بِكَذَا وَكَذَا وَخَرَجْتُ فِي طَلَبِ غَرِيمٍ لِي فَلَمَّا صَرْتُ قُرْبَ قَنْطَرَةِ الْكُوفَةِ - خُبِرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى النَّيْلِ - فَتَوَجَّهْتُ نَحْوَ النَّيْلِ - فَلَمَّا أَتَيْتُ النَّيْلَ خُبِرْتُ أَنَّ صَاحِبِي

تَوَجَّهَ إِلَى بَغْدَادٍ - فَاتَّبَعْتُهُ وَظَفَرْتُ بِهِ وَفَرَعْتُ مِمَّا بَيْنِي وَبَيْنَهُ وَرَجَعْنَا إِلَى الْكُوفَةِ - وَكَانَ ذَهَابِي وَمَجِيبِي خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَأَخْبِرْتُ صَاحِبَ الْبُغْلِ بَعْدْرِي وَارَدْتُ أَنْ أَتَحَلَّلَ مِنْهُ مِمَّا صَنَعْتُ وَأَرْضِيهِ فَبَدَّلْتُ لَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ دِرْهَمًا فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ فَتَرَضِينَا بِأَبِي حَنِيفَةَ فَأَخْبَرْتَهُ بِالْقِصَّةِ وَأَخْبِرَهُ الرَّجُلُ فَقَالَ لِي مَا صَنَعْتَ بِالْبُغْلِ فَقُلْتُ قَدْ دَفَعْتُهُ إِلَيْهِ سَلِيمًا قَالَ نَعَمْ بَعْدَ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا قَالَ فَمَا تُرِيدُ مِنَ الرَّجُلِ فَقَالَ أُرِيدُ كِرَاءَ بَغْلِي فَقَدْ حَبَسَهُ عَلَيَّ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَقَالَ مَا أَرَى لَكَ حَقًّا لَأَنَّهُ أَكْتَرَاهُ إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ فَخَالَفَ وَرَكِبَهُ إِلَى النَّيْلِ وَإِلَى بَغْدَادٍ - فَضَمَّنَ قِيَمَةَ الْبُغْلِ وَسَقَطَ الْكِرَاءُ فَلَمَّا رَدَّ الْبُغْلَ سَلِيمًا وَقَبَضْتَهُ لَمْ يَلْزِمَهُ الْكِرَاءُ قَالَ فَخَرَجْنَا مِنْ عِنْدِهِ وَجَعَلَ صَاحِبُ الْبُغْلِ يَسْتَرْجِعُ (نَارَاحَتِ بُوَدِ چُونِ مَن ۱۵ دِرْهَمِ رَا قَبُولِ كَرْدَمِ وَابُو حَنِيفَةَ كَفْتِ هِمَانِ رَا هَمِ ضَامِنِ نِيَسْتِي چُونِ الْخِرَاجِ بِالضَّمَانِ اسْتِ) فَرَحِمْتُهُ مِمَّا أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ فَأَعْطَيْتُهُ شَيْئًا وَتَحَلَّلْتُ مِنْهُ وَحَجَجْتُ تِلْكَ السَّنَةَ فَأَخْبِرْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ بِمَا أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ - فَقَالَ فِي مِثْلِ هَذَا الْقَضَاءِ وَشِبْهِهِ تَحْبِسُ السَّمَاءُ مَاءَهَا وَتَمْنَعُ الْأَرْضُ بَرَكَتَهَا قَالَ فَقُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ فَمَا تَرَى أَنْتَ فَقَالَ أَرَى لَهُ عَلَيْكَ مِثْلَ كِرَاءِ بُغْلٍ ذَاهِبًا مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى النَّيْلِ - وَمِثْلَ كِرَاءِ بُغْلٍ رَاكِبًا مِنَ النَّيْلِ إِلَى بَغْدَادٍ - وَمِثْلَ كِرَاءِ بُغْلٍ مِنَ بَغْدَادِ إِلَى الْكُوفَةِ تَوْفِيهِ إِيَّاهُ قَالَ فَقُلْتُ جَعَلْتُ فِدَاكَ قَدْ عَلَفْتُهُ بِدَرَاهِمٍ فَلِيَ عَلَيْهِ عَلْفُهُ فَقَالَ لَا لِأَنَّكَ غَاصِبٌ قَالَ فَقُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ لَوْ عَطَبَ الْبُغْلُ وَنَقَّأَ لَيْسَ كَانَ يَلْزَمُنِي قَالَ نَعَمْ قِيَمَةُ بُغْلٍ يَوْمَ خَالَفْتَهُ قُلْتُ فَإِنْ أَصَابَ الْبُغْلُ كَسْرًا أَوْ دَبْرًا أَوْ غَمَزَ فَقَالَ عَلَيْكَ قِيَمَةُ مَا بَيْنَ الصَّحَّةِ وَالْعَيْبِ يَوْمَ تَرُدُّهُ عَلَيْهِ فَقُلْتُ مَنْ يَعْرِفُ ذَلِكَ قَالَ أَنْتَ وَهُوَ إِمَّا أَنْ يَحْلِفَ هُوَ عَلَى الْقِيَمَةِ فَيَلْزِمُكَ فَإِنْ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَيْكَ فَحَلَفْتَ عَلَى الْقِيَمَةِ لَزِمَهُ ذَلِكَ أَوْ يَأْتِي صَاحِبَ الْبُغْلِ بِشُهُودٍ يَشْهَدُونَ أَنَّ قِيَمَةَ الْبُغْلِ حِينَ أَكْتَرَى كَذَا وَكَذَا فَيَلْزِمُكَ فَقُلْتُ إِنِّي كُنْتُ أُعْطِيْتُهُ دَرَاهِمَ وَرَضِيَ بِهَا وَحَلَلَنِي فَقَالَ إِنَّمَا رَضِيَ بِهَا وَحَلَلَكَ حِينَ قَضَى عَلَيْهِ أَبُو حَنِيفَةَ بِالْجَوْرِ وَالظُّلْمِ وَلَكِنْ ارْجِعْ إِلَيْهِ فَأَخْبِرْهُ بِمَا أَفْتَيْتُكَ بِهِ فَإِنْ جَعَلَكَ فِي حِلٍّ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْكَ بَعْدَ ذَلِكَ الْحَدِيثِ.

وَرَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ نَحْوَهُ.

سند

روایت صحیحہ است.

دلالت

ابوحنیفہ گفت: فَضَمَّنَ قِيَمَةَ الْبُغْلِ وَسَقَطَ الْكِرَاءُ وَابْنِ هِمَانِ الْخِرَاجِ بِالضَّمَانِ اسْتِ.

ولی امام صادق ع فرمودند:

فَقَالَ فِي مِثْلِ هَذَا الْقَضَاءِ وَ شَبِهُهُ تَحْبِيسُ السَّمَاءِ مَاءَهَا وَ تَمْنَعُ الْأَرْضُ بَرَكَتَهَا

امام صادق ع فرمودند:

فَقُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ فَمَا تَرَى أَنْتَ فَقَالَ أَرَى لَهُ عَلَيْكَ مِثْلَ كِرَاءِ بَغْلِ ذَاهِبًا مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى النَّيْلِ - وَ مِثْلَ كِرَاءِ بَغْلِ رَاكِبًا مِنَ النَّيْلِ إِلَى بَغْدَادَ - وَ مِثْلَ كِرَاءِ بَغْلِ مِنْ بَغْدَادَ إِلَى الْكُوفَةِ تُوفِّيهِ إِيَّاهُ

و این خلاف الخراج بالضمان است.

امام صادق ع فرمودند کرایه ها را بده و حتی هزینه هایی که کردی را هم نباید از صاحب مرکب بگیری.

قَالَ فَقُلْتُ جَعَلْتُ فِدَاكَ قَدْ عَلَفْتُهُ بِدِرَاهِمٍ فَلِي عَلَيْهِ عَلْفُهُ فَقَالَ لَا لِأَنَّكَ غَاصِبٌ

راوی دوباره اشاره به قاعد الخراج بالضمان می کند:

قَالَ فَقُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ لَوْ عَطَبَ الْبَغْلُ وَ نَفَقَ أَلَيْسَ كَانَ يَلْزَمُنِي قَالَ نَعَمْ

امام صادق ع فرمودند: ضامن هستی ولی با این وجود باز هم خراج مربوط ضمان نیست.

این صحیحه ابی ولاد می تواند نفی قاعده الخراج بالضمان باشد و می تواند فقط نفی تفسیر ابوحنیفه باشد و لذا باید تفسیر دیگری کرد که برخی تفاسیرش را دیروز مطرح کردیم.

البته این ضمانت در مورد منافع مستوفات است نه منافی که استیفاء نشده است مثلاً الاغ را در خانه گذاشته است که این جا ضمانت نیست البته در این صورت هم صوری مطرح است که جای پرداخت آن نیست.

کلام آقای شاهرودی

ایشان می گوید قاعده الخراج بالضمان مصداقی از قاعده اعم به نام "بطلان ربح ما لایضمن" است.

ایشان می گوید این قاعده از قواعد مهم فقه اقتصادی است.

آن چه ابی حنیفه به آن فتوا داده است در حقیقت، قیاس یک مورد به الخراج بالضمان است و این قیاسش باطل است. ابوحنیفه ضمان عقدی را به ضمان ید غاصب تسری داده است در حالیکه قیاس مع الفارق است. امام ع قیاس ابوحنیفه را نفی کردند نه اصل قاعده الخراج بالضمان را که در ضمان عقدی ثابت است.

اصل حدیث در مورد عبد است که ضمان عقدی است چون وقتی آن آقا از عبد معیوب کار کشید آن عبد در ملکش بود چون قبل از رد عبد بود.

قبل از بیان این قاعده اشاره ای به ادله اش می کنیم.

ادله این قاعده هم در کتب اهل سنت آمده است و هم در کتب شیعه.

المستدرک علی الصحیحین ج ۳ ص ۲۱

قد نهی عن "سلف و بیع" و عن "بیعین فی بیع" و عن "ریح ما لایضمن" و عن بیع ما لیس عندک "

وسائل ج ۱۸ ص ۵۸

۲۳۱۳۶-۵- و بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَصْبَاطٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ صَالِحٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي حَدِيثٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص نَهَى عَنْ رِيحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ.

برخی می گویند سلیمان بن صالح جساس است که تقه است.

۲۳۱۳۷-۶- وَ عَنْهُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُصَدِّقِ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ص رَجُلًا مِنْ أَصْحَابِهِ وَالْيَا فَقَالَ لَهُ إِنِّي بَعَثْتُكَ إِلَى أَهْلِ اللَّهِ يَعْنِي أَهْلَ مَكَّةَ - فَانْتَهَمُوا عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ وَ عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ وَ عَنْ رِيحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ.

فقیه ج ۴ ص ۸

"... وَ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَ سَلَفٍ وَ نَهَى عَنْ بَيْعَيْنِ فِي بَيْعٍ وَ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ وَ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ تُضْمَنْ "

ایشان می فرمایند کثیری از فقهاء از این قاعده غفلت کردند. یکی از نتایج این قاعده این است که حیل ربوی اشتباه است و به مناسبت این قاعده وارد حیل ربوی هم می شوند. ریح مالایضمن در حقیقت مبطل حیل ربوی هم هست.

قاعده بطلان ریح مالایضمن به این معناست که مالی که خسارت و تلفش از ملک شما نیست، سودش مربوط به شما نیست. در فرضی سود مالی مربوط به شماست که خسارت و تلفش هم از شما باشد.

هر مالی که از خسارت آن متضرر نمی شوید، از سود آن هم منتفع نمی شود. مثلاً قرض چون خسارتش از شما نیست، سود آن هم برای شما حرام شده است.

الخراج بالضمن هم می گوید منافع در برابر ضمان خسارت است. پس این قاعده از مصادیق قاعده بطلان ربح ما لایضمن است.

هر عقدی که به مقتضای ذات عقد مثل قرض ضمانت نیست و یا به مقتضای شرط ضمن عقد ضمانت نیست و یا به مقتضای عقدی در ضمن عقد مثل بیع محاباتی که در حیل ربوی داشتیم، به هر دلیلی که ضامن نباشم و متضرر از خسارت نباشم حق استفاده از سود را ندارم.

روایات بیع محاباتی در حیل ربوی را خواندیم که برای فرار از خسارت بود و تامین از ضرر و لذا در سود نمی تواند تصرف کند.

• جلسه ۱۰۵ چهارشنبه ۲۲ اسفند ۱۳۹۷

بحث در شرط ضمان عامل بود که آیا خلاف سنت است یا خیر؟

شرط نتیجه که خلاف است اما سخن در شرط فعل بود.

در ذیل ادله خلاف سنت بودن شرط ضمان، روایاتی را خواندیم که ضمان عامل درست نیست. به این مضمون

که "من ضمن تاجرا فلیس له الا راس ماله"

اشکال اول

آقای خویی گفتند این روایات ناظر به قرض است و ربطی به مضاربه ندارد.

اشکال دوم

اشکال آقای حکیم بود که این روایات مضمون الخراج بالضمن را دارد و لذا مطرود است.

جواب آقای شاهرودی به آقای حکیم

آقای شاهرودی گفتند که این روایات و نیز روایت الخراج بالضمن هر دو مصداق قاعده ربح مالایضمن است پس این روایات مفاد مستنکر ندارند و پذیرفته شده هستند. پس اگر شرط ضمان شد تبدیل به قرض می شود.

نظر استاد نسبت به روایات "من ضمن تاجرا"

با توجه به این که نسخه دیگری هم داشت که من ضمن مضاربه ... این روایات دلالت دارند که در عقد المضاربه نباید عامل را ضامن قرار داد و عقد مضاربه در این صورت باطل می شود به این معنا که اگر این کار را کردید دیگر آن عقد، مضاربه نیست.

این روایات از نظر سند و دلالت درست است و معارض هم ندارد و معرض عنه هم نیست چون فقهاء ما فتاوی مختلفه دارند.

آیا "من ضمن مضاربه" اطلاق و عموم دارد نسبت به همه مدل شرط ضمان یا خیر؟

به عبارت دیگر، آیا شامل شرط فعل و شرط نتیجه و شرط داخل مضاربه یا شرط بیرون از مضاربه و ضمن عقد دیگر می شود یا خیر؟

به نظر می رسد این روایات اطلاق دارند و همه حالات را شامل می شود.

نسبت این روایات به روایات وجوب و فاء به شرط مثل المومنون عند شروطهم نسبت خاص و عام مطلق است. یعنی روایات من ضمن تاجرا تخصیص می زند المومنون عند شروطهم را ولی واقع امر این است که تخصیص نیست چون شرط صحیح است ولی عقد مبدل می شود. پس بین این دو دسته روایات، اصلاً تنافی نیست.

بررسی تبدیل عقد به قرض

احکام قرض را دارد نه این که واقع قرض را دارد. به هر حال شما مال را تملیک نکردید ولی چون آن شخص را ضامن دانستید احکام قرض را دارد. شما قرض را انشاء نکردید. عقد القرض یک عقد انشایی است. چطور قصد نکند و قصد محقق شود؟!

البته این که احکام قرض را هم داشته باشد خلاف اصل است ولی قدرمتیقن از خلاف اصل، تخصیص روایات مضاربه در احکام مضاربه است نه این که تبدیل به قرض شود.

پس این عقد، مضاربه است ولی تعبداً احکام قرض را دارد.

ولی باز هم من ضمن تاجرا با المومنون عند شروطهم تنافی ندارند چون وفاء به آن شرط را لازم دانستیم.

ثمره قرض و مضاربه بودن، این است که در صورت فوت عامل:

اگر قرض باشد جنس ها ملک عامل است و معادلش را باید به ورثه بدهد و اگر مضاربه باشد جنس ها ملک مالک است و اگر سود کرده است سهم مالک را باید به ورثه بدهد.

قائلین به قول چهارم که می گفتند شرط صحیح است و عقد تبدیل به قرض می شود خودشان بر سه گروه هستند:

گروه ۱: عقد مضاربه بوده است اما مبدل به قرض می شود.

گروه ۲: از اساس قرض بوده است و صورتش به شکل مضاربه بوده است. پس قرض است بدون تبدیل.

گروه ۳: عقد مضاربه ای است که شبیه قرض است و احکام قرض را دارد. پس مضاربه است بدون تبدیل.

البته به این سه نظریه تصریح نشده است ولی کلماتی به این سه شکل وجود دارد.

اگر ما بودیم و گروه اول روایات که می گفتند عقد مضاربه ضمان آور نیست و الوضیعة علی المال در این صورت می توانستیم بگوییم که شرط ضمان، شرط مخالف سنت نیست چون آن روایات می گفت اگر مضاربه ای بدون اشتراط منعقد شود عامل ضامن نیست ولی اگر اشتراط باشد عامل ممکن است ضامن باشد.

ولی وقتی من ضمن تاجرا یا مضاربه دارد پس این شرط، خلاف سنت است البته بالتعبد احکام قرض جاری می شود.

آقای شاهرودی گفتند "من ضمن تاجرا" قاعده کلی است و ربطی به مضاربه هم ندارد بلکه قاعده کلی ربح مالایضمن است.

قرینه بر عدم اختصاص این روایت به مضاربه، اطلاق "تاجرا" است چون تاجر می تواند متبرع باشد و یا اجیر و یا وکیل و یا مضارب.

اگر وکیل در تجارت را ضامن کردید نمی توانید سود بگیریید بخاطر قاعده ربح مالایضمن.

ظاهرا در این کلام، آقای شاهرودی نسخه "مَنْ ضَمَّنَ مُضَارِبَهُ" را لحاظ نکردند.

قاعده "ربح مالایضمن" نیاز به بررسی بیشتری دارد.

شروط مالک در عقد مضاربه

شرط ضمان خسارت در مساله ۴ پرداخته شد ولی در مساله ۵ به صورت کلی، شروط مالک بررسی می شود. البته سید یزدی شروط مالک را در مسائل دیگر هم به صورت پراکنده آورده است ولی ما ذیل همین مساله همه شروط را بررسی می کنیم.

شروط مالک را هم به لحاظ اقسام و هم به لحاظ آثار باید بررسی کنیم که آیا الزام آور است یا خیر؟

• جلسه ۱۰۶ شنبه ۲۵ اسفند ۱۳۹۷

بررسی مساله تخلف عامل از شروط مالک

کلام سید در عروه

مسألة ۵- إذ اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقا أو إلى البلد الفلاني أو إلا إلى البلد الفلاني أو لا يشتري الجنس الفلاني أو إلا الجنس الفلاني أو لا يبيع من زيد مثلا أو إلا من زيد أو لا يشتري من شخص أو إلا من شخص معين أو نحو ذلك من الشروط فلا يجوز له المخالفة و إلا ضمن المال لو تلف بعضا أو كلا و ضمن الخسارة مع فرضها و مقتضى القاعدة و إن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادة القيدية إذا أجاز المعاملة و ثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط التزام في الالتزام و كون تمام الربح له على تقدير الفسخ إلا أن الأقوى اشتراكهما في الربح على ما قرر لجملة من الأخبار الدالة على ذلك و لا داعي إلى حملها على بعض المحامل و لا إلى الاقتصار على موارد لا استفادة العموم من بعضها الآخر^۱

بررسی حکم تخلف شرط عامل علی القاعده

۱ العروة الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۲، ص: ۶۴۶

مرحوم سید ابتدا حکم مساله را طبق قاعده مطرح می کند و سپس طبق روایات مساله را مطرح می کند ایشان می فرماید هر شرطی که بر عامل گذاشته شود مخالفت جایز نیست سپس می فرماید شرط مالک بر عامل دو نوع تصور دارد یا علی نحو القیدیة و یا علی نحو الشرطیة .

فرق قیدیت و شرطیت این است که شرط قیدیت یعنی اگر شرط تحقق پیدا کند عقد نیز محقق می شود و الا عقد نیست . اما علی نحو الشرطیة یعنی التزام در ضمن التزام . در این صورت اگر التزام دوم محقق نشود عقد باطل نیست ولی مالک حق فسخ دارد .

شرط علی نحو القیدیة

مرحوم سید می فرماید اگر علی نحو القیدیة باشد و عامل رعایت شرط نکند عقد المضاربه وجود ندارد و تجارتی که کرده فضولی می شود و مالک می تواند آن تجارت را تنفیذ کند و می تواند رد کند و در صورت رد معامله سود ندارد و بحث از تقسیم سود نمی شود چون معامله را ابطال کرده است و در صورت تنفیذ ، سود مال مالک است و تقسیم نمی شود چون عقد مضاربه باطل بود و عقد فضولی می باشد .

شرط علی نحو الشرطیة

صورت دومی که مطرح کردند شرط علی نحو الشرطیة است . در این فرض خیار فسخ وجود دارد و در صورت عدم فسخ مضاربه وجود دارد و تجارتها صحیح است و سود تقسیم می شود اما اگر مضاربه را فسخ کند مقتضای قاعده این است که سود تقسیم نمی شود و تمام سود مال مالک است

فایده جعل خیار در عقد جایز

ممکن است سوال شود بنابر قول به جواز مضاربه خیار فسخ چه معنی دارد؟

بعضی فقها می فرمایند خیار برای عقد جایز معنی ندارد اما خیار فایده دارد . تفاوت خیار و جواز این است که با استفاده از خیار فسخ از اول معامله کالعدم است در نتیجه عامل در سود شریک

نیست اما مقتضای جواز عقد در صورت عدم خیار فسخ با بر هم زدن معامله از حین به هم زدن عقد اثر ندارد بنابراین سود از اول تا حین بر هم زدن را باید حساب کرد و به عامل داد چون عقد از ابتدا تا حین بر هم زدن صحیح بود.

مرحوم سید می فرماید این که شرط به نحو قیدیت باشد و یا به نحو شرطیت باشد بستگی به اراده مالک و عامل دارد و خود عقد مضاربه نه اقتضای شرطیت دارد و نه اقتضای قیدیت دارد .

اطلاق مقامی کلام سید مقتضی است که در این فروض که سود مال مالک است عامل نه مستحق اجرة المثل است و نه مستحق اجرة المسمى است .

حکم مساله بنابر ادله نقلی

سید می فرماید اگر عامل خلاف شرط عامل عمل کرد نسبت به تلف و خسارت ضامن است اما اگر تلف نشود اقوی این است که عامل از سود سهم دارد و شریک در سود است و ضامن عدم نفع نیست . این به مقتضای روایات است .

مرحوم سید می فرماید صحیح است که بعضی از روایات باب مضاربه اختصاص به شروط خاص دارد اما روایاتی وجود دارد که عام است لذا در روایات خاص اقتصار به مورد نمی شود و به محامل دیگر نباید حمل شود.

این کلام سید ناظر به قاعده کلی است که موارد تعدی از مورد در جایی است که مضمون روایت خلاف قاعده نباشد و گویا سید این قاعده را می پذیرد لذا در رد اختصاص بعضی روایات می فرماید بعضی روایات عام است.

کلام مرحوم خوئی

ایشان برای شروط عقود تقسیمی دارند شروط عقود یا در ضمن عقد التزامیه تملیکیه است و یا شرط در ضمن عقد اذنی است.

اما در عقود التزامیه تملیکیه متعلق عقد یا عین خارجی است و یا کلی فی الذمه است و یا عمل است.

اما در جایی که متعلق عقد عین خارجی باشد سه قسم است

۱- یا شیئی مباین متعلق عقد است مثلا ۵ کیلو گندم را به شما بفروشد به شرط دوختن لباس که ربطی به متعلق و ثمن و مثنی ندارد.

در این فرض آقای خوئی می فرماید شرط نمی تواند قید عقد یا قید متعلق عقد باشد و نمی تواند علی نحو القیدیه باشد و دو شیء بی ربط نمی توانند یکدیگر را تقیید بزند چون رابطه ای ندارند و در این قسم معنایی جز التزام در التزام و شرطیه نمی باشد الا به این شکل که قید منشا شود یعنی قید بیع باشد نه قید متعلق عقد و این نوع قیدیت هم تعلیق عقد است که صحیح نیست.

۲- اما قسم دوم که متعلق عقد خارجی باشد مقوم متعلق عقد است مثلا فصلی از فصول متعلق عقد باشد در این فرض شرطیت معنی ندارد و لا محاله قید است چون ذهاب بودن وصف مقوم این فلز است.

• جلسه ۱۰۷ یکشنبه ۲۶ اسفند ۱۳۹۷

گفتیم مرحوم خوئی برای شروط عقود تقسیماتی مطرح کردند که در فرضی که متعلق عقد امر خارجی باشد دو قسم شرط را بیان کردیم، یا مباینت دارد با متعلق یا مقوم متعلق است^۱

۱. یمتاز القید من الشرط فی العقود الالتزامیه التملیکیه کالبیع بان الشرط فیها قد یکون أمرا خارجیا أجنبیا عن المبیع و الثمن کالخیاطه ففی مثله لا یمکن ان یکون قیدا لمتعلق العقد إذ المبیع وجود و الشرط وجود آخر و النسبه بین الوجودین هی التباين فلا معنی لأن یکون أحدهما مقیدا للوجود الآخر فیقال: ان الحنطه مقیده بخیاطه الثوب.
نعم من الممكن جعله قیدا للمنشا بمعنی تعلیق نفس البیع - لا المبیع - علی الخیاطه، الا انه باطل جزما، لأنه من التعلیق فی العقود و هو موجب لبطلانه.
و من هنا فینحصر أمره فی ان یکون شرطاً فی العقد بمعنی تعلیق الالتزام بالعقد علی الخیاطه فیکون من الالتزام فی ضمن الالتزام.
وقد یکون وصفاً لمتعلق العقد، و هو.....

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۵۳

ج- قسم سوم شرط متعلق نسبت به امر خارجی این است که شرط وصفی از اوصاف متعلق باشد این وصف از اوصاف عرضی است نه ذاتی و مقوم نیست مثل این که شرط کند کتابت عبد را. این نمی تواند قید متعلق باشد چون عین خارجی اطلاق ندارد و تقیید عین خارجی معنی ندارد و عین خارجی تشخیص دارد و نمی تواند اطلاق داشته باشد لا محاله باید شرط باشد بنابر این موجود خارجی یا واجد وصف است و یا فاقد وصف است و در صورت تخلف شرط خیار تخلف شرط وجود دارد.

از کلام سید بر می آید که اراده عامل و مالک در شرطیت و قیدیت دخل دارد لذا این کلام مرحوم خوئی تعریض به کلام سید است.

۲- شرط متعلق عقد کلی فی الذمه باشد:

آقای خوئی می فرماید با توجه به این که کلی وجودش در ضمن افراد است قید، متعلق عقد را محدود می کند به افراد خاص به این که حصه ای از کلی متعلق عقد باشد چه به لسان شرط باشد چه به لسان قید باشد.

البته این را مطرح نکردند که از اوصاف باشد قید متعلق می شود و اگر بی ربط باشد می شود شرط. این را اینجا نگفتند و در فرضی که متعلق شیء خارجی باشد این تفصیل را دادند.

اگر شرطی بی ربط باشد قید متعلق نمی تواند باشد اما اگر اوصاف باشد قید متعلق می تواند باشد. فرق قید متعلق و خیار تخلف شرط این است که اگر قید متعلق باشد و وفا نشود به مقتضای عقد عمل نشده اما در خیار در تخلف به مقتضی عمل شده و به شرط عمل نشده.

آقای خوئی می فرماید عمل هم مثل کلی فی الذمه است یعنی فروش عمل چون عمل وجود خارجی ندارد مثل کلی فی الذمه است مثلا اجیر کند کسی را به شرط خاص

۳- شرط ضمن عقد اذنی

مرحوم خوئی می فرماید مضاربه دو خصوصیت دارد و دو بخش دارد یک بخش اذن است و دیگری تعهد است اما بخش اذنی این است که مالک اذن می دهد در تصرف عامل در مال اما بخش تعهد این است که تعهد می دهد حصه ای از سود مال عامل باشد.

رجوع شرط به اذن

اگر شرط راجع به اذن باشد معلق می شود بر خلاف عقود دیگر که انشاء نمی تواند معلق باشد لذا هر قید و شرطی به متعلق عقد می خورد اما در عقود اذنی می تواند اذن معلق باشد لذا در عقود اذنی هر چه به عنوان شرط مطرح است موجب تعلیق اذن است بنابر این اگر شرط محقق نشود اذن وجود ندارد و عقد باطل است در این صورت تجارت فضولی می شود.

اگر اذن معلق باشد آیا تعهد باقی است با عدم رعایت شرط ؟

جواب: تعهد طولی است لذا با نبود اذن تعهد نیز وجود ندارد

رجوع شرط به تعهد

اگر قید به تعهد بر گردد ایشان می فرماید تعهد می تواند به نحو شرطیت باشد و یا به نحو قیدیت باشد .

این اختلاف مرحوم خوئی و سید در بحث قاعده بود که ایشان تفصیل داده اند اما در بحث روایات با سید موافقند که روایات دلالت بر صحت مضاربه دارند. سید فرمود ادله موجود در باب مضاربه یا ادله عام است و یا خاص است ادله خاص روایاتی است که شرط خاصی مطرح شود مثل روایت ۱ باب ۱ مضاربه

١- «٢» محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن علي بن الحكم عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أحدهما ع قال: سألته عن الرجل يعطي المال مضاربةً - وينهى أن يخرج به فخرج - قال يضمن المال والربح بينهما^١.

" يعطي المال مضاربه وينهى ان يخرج منه " دلالت دارد مخالفت با عقد مضاربه موجب بطلان نمى شود چرا كه حضرت فرمودند و الربح بينهما

٢- «٤» و عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله ع أنه قال: في الرجل يعطي المال - فيقول له أنت أرض كذا وكذا - ولا تجاوزها واشتر منها - قال فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن - وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه - وإن ربح فهو بينهما.

٢٤٠٥٣-٦- «١» و عنه عن محمد بن الفضيل عن الكناني قال: سألت أبا عبد الله ع عن المضاربة - يعطي الرجل المال يخرج به إلى الأرض - وينهى أن يخرج به إلى «٢» غيرها - فعصى فخرج به إلى أرض أخرى فعطب المال - فقال هو ضامن فإن سلم فربح «٣» فالربح بينهما^٢.
و رواه الصدوق بإسناده عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني مثله «٤».

٢٤٠٥٤-٧- «٥» و عنه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله ع أنه قال: في المال الذي يعمل به مضاربةً - له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء - إلا أن يخالف أمر صاحب المال - فإن العباس كان كثير المال - وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربةً - ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد - ولا يشتروا ذا كبد رطبة - فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن للمال.

١ وسائل الشيعة، ج ١٩، ص: ١٥

٢ وسائل الشيعة، ج ١٩، ص: ١٧

۲۴۰۵۵ - ۸ - «۶» وَ عَنْهُ عَنْ فَضَالَةَ عَنْ رِفَاعَةَ بْنِ مُوسَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي مُضَارِبٍ يَقُولُ لِصَاحِبِهِ - إِنَّ أَنْتَ أَدْنَتْهُ «۷» أَوْ أَكَلْتَهُ فَأَنْتَ لَهُ ضَامِنٌ - قَالَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ إِذَا خَالَفَ شَرْطَهُ.

وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ الْوَشَّاءِ عَنْ رِفَاعَةَ بْنِ مُوسَى نَحْوَهُ «۸».

۲۴۰۵۶ - ۹ - «۱» وَ عَنْهُ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ حَكِيمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ جَمِيلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا - يَشْتَرِي بِهِ ضَرْبًا مِنَ الْمَتَاعِ مُضَارِبَةً - فَذَهَبَ فَاشْتَرَى بِهِ غَيْرَ الَّذِي أَمَرَهُ - قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرَّيْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَ.^۱

روایات خاص عموماً در ارتباط با شرط سفر بود اما روایت جمیل در ارتباط با جنس است.

روایات عام

سیاتی

• جلسه ۱۰۸ دوشنبه ۲۷ اسفند ۱۳۹۷

ادامه روایات ناظر به شرط خاص

عموماً بحث سفر بود ولی روایت جمیل در مورد شرط جنس خاص بود.

عموماً می گویند از مثل روایت جمیل، الغاء خصوصیت می شود.

۲۴۰۵۶ - ۹ - وَ عَنْهُ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ حَكِيمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ جَمِيلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا - يَشْتَرِي بِهِ ضَرْبًا مِنَ الْمَتَاعِ مُضَارِبَةً - فَذَهَبَ فَاشْتَرَى بِهِ غَيْرَ الَّذِي أَمَرَهُ - قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرَّيْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَ.^۲

۱ و مسائل الشيعة، ج ۱۹، ص: ۱۸

۲ و مسائل الشيعة، ج ۱۹، ص: ۱۸

آقای خوئی می گویند به مفهوم اولویت، شرایط دیگر هم همین طور است. چون مخالفت مطرح در این روایت، مخالفت بالتباین است یعنی آن جنسی که گرفته است دقیقاً مخالف شرط است پس وقتی مخالفت به تباین نباشد به طریق اولی صحیح است.

مثلاً گاهی همان جنس را ولی بدون وصفی که شرط شده است می خرد که این جا هم صحیح است.

(ب) روایات عام

روایات عام یعنی روایاتی که ناظر به مطلق شروط است.

روایت ۱: ح ۵ ب ۱: صحیح حلی

بهترین روایت، روایت حلی است.

عَنْ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الرَّجُلَ مَالًا مُضَارَبَةً فَيُخَالِفُ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَالرَّيْحُ بَيْنَهُمَا.

عبارت "ما شرط علیه" اعم از سفر و شخص و جنس و وصف و ... است؛ اما به نظر ما ممکن است بگوییم روایت حلی نسبت به شروطی است که ربطی به تجارت دارد و الا مشمول روایت نیست؛ مثلاً در مضاربه شرط کند که عامل لباس مالک را هم بدوزد.

این مطلب مقتضای تناسب حکم و موضوع است "هو ضامن" یعنی شروطی بوده است که ربطی به استرباح داشته است که بحث ضمانت مطرح می شود پس شرط مربوط به تجارت بوده است. محمول و حکم، ضمان در فرض مخالفت با شرط پس به تناسب حکم و موضوع، شرط باید به ضمان ربط داشته باشد که یعنی شرط در مورد تجارت بوده است.

این را در فقه الحدیث هم بیان کردیم.

عامترین روایت، این روایت بود و نتیجه، این شد که این روایت در مطلق شروط مربوط به تجارت است.

روایت ۲: ح ۴ ب ۱: روایت حلبی

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: الْمَالُ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةً لَهُ مِنَ الرَّبْحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ.

امر ممکن است عدم سفر یا عدم خرید جنس خاص یا عدم خرید از شخص خاص باشد و ... پس این روایت هم مطلق است.

اشکال

"الا ان يخالف" استثناء از کجاست؟ اگر استثناء از دو فقره ما قبل یعنی وضیعه و ربح است؛ یعنی اگر مخالفت کند نه ربح برای اوست و هم وضیعه بر اوست. پس دیگر مفادی که ما به دنبال آن هستیم را نمی‌رساند چون ما می‌گوییم ربح برای او باشد.

جواب

ظهور استثناء در این است که به فقره اخیر می‌خورد یعنی اگر مخالفت کند وضیعه بر اوست ولی ربح برای او هست که مطلوب ماست.

اما روایت قبل همین اشکال را هم نداشت.

تامل دیگر این است که در این روایت تعبیر به شرط نشده است بلکه تعبیر به "امر" شده است. مخالفت با شرط را می‌گیرد ولی ممکن است مخالفت با غیر شرط هم باشد. یعنی امری بوده است ولی شرط نبوده است.

روایت ۳: ابی الصباح کنانی

عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يَعْمَلُ بِالْمَالِ مُضَارَبَةً قَالَ لَهُ الرَّبِيعُ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيْعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ عَنْ شَيْءٍ مِمَّا أَمَرَ صَاحِبُ الْمَالِ.

عن شیء اطلاق دارد و هر شرطی را شامل می شود.

روایت چهارم له من الربح داشت ولی این جا دارد که له الربح.

این جا هم تعبیر به امر دارد.

این روایات عامه بود گفتیم آقای خوبی روایت جمیل را هم از روایات عامه دانستند با استناد به مفهوم اولویت.

ما در این بحث، به لحاظ فتوی مشکلی و اختلافی نداریم. تنها اختلاف در مقتضای قاعده است که برای موارد شک مفید است مثلا شرطی که ربطی به استرباح ندارد را گفتیم از روایات فهمیده نمی شود این جا باید به مقتضای قاعده استناد کنیم.

مثلا اگر مثل سید گفتیم عقد فضولی می شود، سهم بودن در سود منتفی می شود. مگر در روایت حلبی و دیگر روایات عامه بگویند که شرط بی ربط به استرباح به طریق اولی مشمول روایت است.

توضیح اولویت به این صورت است که اگر شرط مرتبط به تجارت است و عامل مخالفت کرده است شما بگویند که از سود سهم هستید پس اگر شرط بی ربط به استرباح را مخالفت کردید پس به طریق اولی در سود شریک هستید.

اگر اولویت را پذیرفتیم پس باز این شرط بی ربط به ربح تحت روایات عام می رود و عامل در سود سهم است و به مقتضای قاعده یعنی عدم سهم بودن در ربح مراجعه نمی کنیم.

البته این بحث اولویت فقط در اشتراک در سود بود اما در مورد ضمان که وقتی فضولی است ضمانت ثابت است.

اگر مخالفت با شرط هیچ ربطی به ضرر مالی نداشته باشد به صورتی است که مخالفت نمی کرد هم ضرر می کرد، این جا قطعاً مشمول روایت در اشتراک در سود هست اما آیا این جا عامل ضامن هست یا خیر؟ به مقتضای قاعده، ضمان ثابت است چون می گوییم ید تو امانی نیست و فضولی هستی پس ضامن هستی.

اما از روایات خاص و عام، ضمان ثابت بود ولی گفتیم این روایات منصرف از چنین شرطی است و لذا باید طبق قاعده عمل کرد و اگر قاعده را هم قبول نکردیم دیگر ضمان ثابت نیست.

ادامه کلام سید

سید گفت داعی نیست که این روایات را بر برخی محامل حمل کنیم و یا آن ها را مختص به سفر بدانیم چون عموم را از برخی روایات استفاده کنیم.

به تعبیر دیگر سید می گوید حکم امام ع حکم تعبدی و خلاف قاعده است. این حکم تعبدی، تخصیصی بر قواعد کلی می شود ولی برخی خواستند این روایات باب مضاربه را طوری حمل کنند که منافاتی با قاعده نداشته باشد درحالیکه نیازی به این کار نیست.

برخی هم گفتند چون خلاف قاعده هست، ما نمی توانیم از سفر تعدی کنیم. این هم بلاوجه است چون امام ع کلامی تعبدی گفتند و عموم را از روایات دیگر استفاده می کنیم. البته اگر روایات دیگر نبود ما نمی توانستیم الغاء خصوصیت کنیم چون خلاف قاعده است. پس برخی طوری حمل کردند و گفتند این روایات، خلاف قاعده نیست.

قاعده: عقد فضولی است و اشتراک در سود نیست.

روایات: اشتراک در سود هست.

وجوه مطابقت روایات با قاعده

آقای خوئی و سید گفتند که خلاف قاعده است ولی این وجوه می تواند جواب این دو باشد.

سیاتی

• جلسه ۱۰۹ یکشنبه ۱۸ فروردین ۱۳۹۸

کلام سید

شرطی که مالک کند لازم العمل است مثل این که شرط کند که این جنس را بخر یا به فلان منطقه برو و اگر عامل شرط مالک را رعایت نکند، ضامن است. هم ضامن تلف مال است و هم ضامن نقیصه ای است که بخاطر تجارت رخ می دهد.

اما اگر مخالفت با شرط کرد و تجارت سود کرد، در این جا ربح و سود بر طبق توافق خود مضاربه بین آنها تقسیم می شود.

این ها را بحث کردیم ولی سخن در این بود که سید فرمودند علت این که می گوییم در فرض تلف، عامل ضامن است و در فرض سود، سود بین آنها تقسیم می شود، روایات خاص است و الا خلاف قاعده است.

التزام به ضمان و ربح با هم خلاف قاعده است. یا باید بگویید مضاربه صحیح است و سود تقسیم می شود و عامل ضامن نیست و یا باید بگوییم عامل ضامن است یعنی مضاربه باطل است و لذا کل سود مال مالک است.

پس اگر مضاربه صحیح باشد، عامل ضامن نیست و اگر مضاربه باطل است، عامل ضمان است و سود تقسیم نمی شود. اما جمع بین این دو خلاف قاعده است. لذا روایات که هم اثبات ضمان و هم اثبات تقسیم سود می کند خلاف قاعده است.

اما برخی خواستند بگویند که این روایات می تواند موافق قاعده باشد.

وجوه مطابقت روایات با قاعده

پس آقای خوئی و سید گفتند که خلاف قاعده است ولی این وجوه می تواند جواب این دو باشد.

این راه حل اول را آقای خویی و حکیم و ... نقل کردند.

درست است که مالک در ضمن مضاربه شرطی را مطرح کرده است ولی این شرط از این حیث است که تصور مالک این بوده است که اگر قرار باشد معامله سود کند روشش این طریق و رعایت این شرط است.

اما آن چه رضایت اصلی مالک در عقد مضاربه است این است که عامل با سرمایه تجارت کند در هر معامله ای که سود آور است ولو آن چه من بر زبان جاری کردم این بوده است که مثلاً این جنس را نخری چون این شرط من به این تخیل بوده است که این جنس سود آور نیست. پس مالک راضی به هر معامله سود آور است ولو که مالک فکر می کند سود آور نیست.

نتیجه این است که اگر خلاف شرط مالک عمل کردید، این که می گوئیم اگر تلف شود، عامل ضامن است بخاطر این است که مالک راضی نبوده است و لذا شرط کرده است و این که می گوئیم اگر سود کند، سود تقسیم می شود بخاطر این است که مالک راضی بوده است.

پس می توان بین ضمان عامل و تقسیم سود جمع کرد و خلاف قاعده هم نیست.

جواب ۱

بحثی است که در تصرف در مال دیگران اذن و اجازه لازم است یا رضایت کافی است؟ معروف لزوم اذن و اجازه است ولی برخی به استناد مثل لایحل مال امرء مسلم الا بطیب نفس، گفتند صرف رضایت کافی است. در بحث ما مالک اذن و اجازه نداده است ولی رضایت باطنی داشته است و مشهور این است که این رضایت باطنی کفایت نمی کند پس تقسیم سود ممکن نیست.

ان قلت

مالک بعد از کشف سود اجازه می دهد.

قلت

روایت تقسیم سود را منوط به اجازه نکرد.

جواب ۲

شما گفتید مالک می گوید اگر تو خلاف شرط من عمل کردی و سود کردی، من راضی به معامله هستم نه به عقد مضاربه. پس اولاً این مضاربه نشد بلکه معامله شد. اگر مالک راضی به معامله است پس سود برای مالک است نه برای عامل

و ثانیاً این وجه شما، تعلیق در اذن است؛ چون مالک می گوید اگر تو تجارت کردی و سود آور من راضی هستم و الا من راضی نیستم. این تعلیق در عقد یعنی تعلیق بر اذن است. عموماً تعلیق در اذن را هم مشکل می دانند.

اما اگر بگویید رضایت به مضاربه است، حتی در فرض مخالفت با شرط، در این صورت، عامل نباید ضامن نباشد.

جواب ۳

شما گفتید که رضایت باطنی مالک را کشف می کنیم درحالیکه ممکن است شرط انگیزه های شخصی داشته باشد و بخاطر سود نیست پس کشف رضایت باطنی محرز نیست.

جواب ۴

این حمله که کردید و تطابق با قاعده ای که گفتید با ظاهر بعضی از روایات مضاربه هم نمی سازد. چون در این تصویر شما، مخالفت عامل، مخالفت واقعی با شرط مالک نیست چون واقع شرط این است که مالک می گوید راضی به معامله سود آور هستم ولی ظاهر "خالف شرطه" این است که مخالفت واقعی باشد نه مخالفت ظاهری.

وجه ۲: صاحب جواهر

اشترای به این که شما به فلان سفر نرو و ... در حقیقت، اشتراط ضمان است. مالک گویا ضمن عقد مضاربه، شرط ضمان کرده است.

شرط ضمان می تواند به صورت مطلق باشد که معمولاً این چنین است ولی می تواند به صورت مقید باشد به همین صورتی که محل بحث است که گفت به فلان سفر نرو و الا ضامن هستی.

مقتضای شرط ضمان همین است که اگر تلف شد، ضامن است و اگر سود کرد، سود تقسیم می شود.

جواب ۱

این وجه مبتنی بر این است که شرط ضمان در مضاربه را بپذیریم و عموم آقایان مخالف بودند.

البته ما مثل اکثر متأخرین، بین شرط فعل و نتیجه تفصیل قائل بودیم. شرط فعل را مشکل نمی دانستیم ولی شرط نتیجه خلاف سنت است.

کسانی که شرط ضمان را قبول ندارند به مثل من ضمن تاجرا و این که شرط مخالف سنت است استناد کردند.

صاحب جواهر، همین روایات تقسیم سود را از ادله جواز شرط ضمان در مضاربه می دانند و آن جا مطرح کردیم. اگر ما این روایات را دال بر کلام جواهر بدانیم حتی شرط نتیجه هم جایز می شود.

پس نکته اول این است که بحث است که شرط ضمان مخالف سنت است یا خیر؟

جواب ۲

ظاهر روایات مضاربه این است که اگر عامل خلاف شرط عمل کند، چون ید او امانی نیست و بدین خاطر است که عامل ضامن است.

ولی حمل شما از باب ید عدوانی نبود بلکه از باب ضمان مخالفت شرط بود.

• جلسه ۱۱۰ دوشنبه ۱۹ فروردین ۱۳۹۸

وجوهی برای مطابقت مفاد روایات تقسیم سود با قاعده بیان می کردیم. ثمره مطابقت با قاعده این است که لازم نیست اکتفا به مورد کنید بلکه می توانید تعدی کنید به سایر شروطی که مالک در عقد المضاربه قرار می دهد.

ادامه بررسی وجه ۲

جواب دوم به جواهر این است که ظاهر روایات، ضمان ید بود ولی شما ضمان عقدی را می گوید.

مثل روایات باب ۱

۲۴۰۵۲-۵- و بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الرَّجُلَ مَالًا مُضَارَبَةً فَيُخَالَفُ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرَّبِيحُ بَيْنَهُمَا.

۲۴۰۵۱-۴- مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِيهِ وَ يَحْيَى عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: الْمَالُ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةٌ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ.

۲۴۰۵۶-۹- وَ عَنْهُ عَنِ مُعَاوِيَةَ بْنِ حُكَيْمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا يَشْتَرِي بِهِ ضَرْبًا مِنَ الْمَتَاعِ مُضَارَبَةً فَذَهَبَ فَاشْتَرَى بِهِ غَيْرَ الَّذِي أَمَرَهُ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَ.

این ها ظهور در شرط ضمان ندارد که جواهر شرط ضمان را گفتند. این روایات می گویند عامل ضامن است چون ید او امانی نیست چون امر و شرط را رعایت نکرده است نه این که ضامن است چون شرط ضمان شده است.

وجه ۳: آقای هاشمی شاهرودی

شرطی که در ضمن عقد مضاربه در مثل این موارد که در روایات مطرح شده، قید لوازم تجارت است نه خود تجارت و چون قید خود تجارت نیست لذا معامله صحیح است و عامل در اتجار، فضولی نیست و لذا اگر سود حاصل شود، عامل سود خواهد برد چون در اصل تجارت ماذون است اما لوازم تجارت مقید و مشروط است و لذا ضامن است.

این وجه سه ادعا در خود جای داده است:

۱. تفکیک بین تجارت و لوازم تجارت

۲. اذن در تجارت به معنای اشتراک در سود است.

۳. تخلف در قید لوازم موجب ضمان است.

ایشان برای اثبات مدعای خودشان به مثال فقهی استناد می کنند. اگر کسی را برای دوختن لباس اجیر کنید و شرط کنید که لباس را حتما باید در کارگاه بدوزید ولی خیاط آن را در خانه دوخت. در این جا اگر لباس تلف شود خیاط ضامن است ولی اجاره هم صحیح است.

خیاطت ثوب قید و شرط نداشته است اما آن چه مشروط بوده است. لازمه اجاره است اجیر شدن برای خیاطت این است مکانی باشد و این شرط راجع به مکان است.

در این مثال فقهی، اگر اجاره باطل بود باید حکم به ضمان عامل می شد ولی مشهور گفتند هم اجاره صحیح است و هم عامل ضامن است مثل بحث ما که هم مضاربه صحیح است و هم عامل ضامن است.

این کلام ایشان یک فرع فقهی بود نه یک قاعده چون قاعده این است که امین ضامن نیست و اجیر امین است و نباید ضامن باشد.

اگر شما امین هستید یعنی مضاربه صحیح است و اگر امین است معنا ندارد که ضامن باشید.

خود آقای هاشمی هم اشکالی به خودشان مطرح می کنند که این کلام، موارد تلف را شامل می شود ولی موارد خسارت را شامل نمی شود. اگر خسارت بخاطر تجارت عامل باشد این وضعه و خسارت به سبب تجارتي است که در آن ماذون است و لذا نباید ضامن باشد.

وقتی در اصل تجارت ماذون است خسارت مربوط به تجارت موجب ضمان نیست.

پس تقریباً ایشان پذیرفتند که وجه سوم صحیح نیست چون با روایاتی که در مورد خسارت "و الوضیعة... " بود نمی سازد.

تفاوت اجاره و مورد روایات مضاربه این است که مکان در بحث خیاطت نقشی ندارد ولی در بحث تجارت، مکان و نوع کالا و ... که شرایط در روایات بود، نقش دارد.

این سوال هم مطرح است که ضمان در این روایات، در فرضی است که تلف و خسارت ارتباطی با مخالفت شرط داشته باشد یا مطلقاً ضامن است؟

ما در فقه الحدیث گفتیم به مناسبت حکم و موضوع، باید تلف و خسارت مرتبط به مخالفت شرط باشد ولی در کلمات فقهاء هنوز این بحث را مطرح نکردیم و برخی از فقهاء مثل سید هم اساساً در این مورد سکوت کردند.

آقای شاهرودی در این جا تصریحی ندارند ولی از کلماتشان این بر می آید که تلف باید مرتبط به مخالفت شرط باشد.

وجه ۴: آقای هاشمی شاهرودی

این وجه را آقای شاهرودی پذیرفتند بر خلاف وجه قبلی.

در مثل این موارد، برگشت شرط به این است که امین بودن شما بر مال من مشروط به این شرط است که مثلاً فلان سفر را نروی و یا فلان کالا را نخری.

هر مالی دو ارزش و حق و احترام برای مالکش وجود دارد:

۱. مالک حق استیلاء و تصرف بر مال خودش دارد و می تواند به دیگری واگذار کند مثلاً عاریه دهد یا ودیعه قرار دهد که استیلاء را به دیگری دادیم.
 ۲. مالک حق حفظ مالیت مال خودش را دارد. مالک می تواند عاریه بدهد بدون قید ضمان و می تواند با قید ضمان عاریه بدهد. این شرط ضمان، اعمال حق دوم مالک است.
- همانطور که عاریه می تواند مضمونه باشد مضاربه هم می تواند مضمونه باشد. مالک می گوید استیلاء تو بر مال را من تا وقتی قبول دارم که این شرط را رعایت کنی که این شرط استیمان بر مال است.
- پس این که کسی نسبت به مال دیگری امین باشد یا خیر، به ید مالک است. مالک مشخص می کند که این امین بودن چه حدودی دارد.
- تقسیم سود هم بخاطر این است که عقد مضاربه صحیح است و لذا عامل سود می برد.

نتیجه این که:

در فرض تخلف و ضرر، عامل امین نیست و لذا ضامن است.

در فرض سود، مضاربه صحیح است و عامل سود می برد.

ایشان می گوید نتیجه این حرف ما این است که عامل اگر خلاف شرط عمل کرد و مال تلف شد، عامل کار حرامی نکرده است و فقط ضامن است. فقهاء می گویند لایجوز یعنی حرمت تکلیفی دارد ولی به نظر ما اگر شرط ضمان و ... شود، خسارت وارد کردن کار حرامی نیست چون من قرار بود که تامین خسارت کنم که تامین کردم.

پس ایشان گفتند که امین وظیفه حفظ مال را دارد چون امانت پیش اوست ولی کسی که امین نیست وجوب حفظ ندارد چون ضامن است. باید این کلام را بررسی کنیم. این نکته اول کلام است. شاید بگوییم همه وظیفه حفظ مال را دارند.

شاید هم بین حفظ مال و مالیت تفکیک قائل شویم. امین باید مالیت را حفظ کند و همه وظیفه حفظ مال را دارند.

• جلسه ۱۱۱ سه شنبه ۲۰ فروردین ۱۳۹۸

ادامه کلام آقای شاهرودی

ایشان اشکالاتی را مطرح می کنند و جواب می دهند.

اشکال ۱

ادله ای داریم که امین ضامن نیست ولی شما می گوئید عامل امین است و با این وجود، ضامن هم هست.

جواب آقای شاهرودی

امینی که مخالفت با شرط مالک نکند ضامن نیست به استناد به همین ادله عدم ضمان امین؛ ولی اگر مخالفت کند یا امین نیست و یا امینی است که ضامن است.

البته آقای شاهرودی تصریح ندارند که امین نیست و می گویند آن ادله در مورد امینی است که مخالفت با شرط نکند.

سوال

"من ضمن تاجرا" دلالت دارد که در مضاربه نمی توان عامل را ضامن قرار داد.

جواب

من ضمن تاجرا ناظر به ضمانی است که به مقتضای عقد و شرط باشد. عامل ضمان عقدی ندارد. ولی این ضمانی که ما می گوئیم ضمان ید است نه ضمان بخاطر عقد و شرط ضمان.

اشکال ۲

مالک نسبت به تجارتی که منجر به ضرر شده است یا راضی است و یا راضی نیست.

اگر مالک راضی بوده است و اذن داده بوده است، دلیلی بر ضمان عامل نیست و اگر راضی نبوده است و به این آقا اذن در تجارت نداده است، در این صورت باید معامله باطل باشد الا در صورت اجازه؛ چون فضولی است.

در این صورت، اگر مالک با همین خسارت، اجازه بدهد، معامله صحیح می شود و خسارت باز بر مالک است و معنا ندارد عامل ضامن باشد.

جواب آقای شاهرودی

شما گفتید یکی از دو صورت اذن و اجازه برای مالک است؛ ولی وجه دیگری هم می توانیم تصور کنیم و آن وجه این است که مالک اجازه دهد که این بیع برای خود عامل باشد ولی علی وجه الضمان. پس طرف معامله عامل است نه مالک ولی با پول مالک.

معامله را من اجازه دادم چون پول مربوط به من بود ولی عامل طرف معامله است و ضامن ثمن است.

تنظیر

مثلا کسی می گوید این لیوان را بشکنم؟ ما می توانیم بگوییم اگر پولش را می دهی بشکن پس اذن تلف علی وجه الضمان جایز است. در بحث ما هم وقتی اجازه می دهد برای عامل، این مال از دست شما رفت و تلف شد ولی ضامنش کردید.

ایشان می گوید ما در مورد غاصب همین را می پذیریم که خانه را غصب کرده است و فروخته است که اگر مالک اجازه دهد برای خود مالک شود دیگر غاصب ضامن نیست و اگر اجازه دهد برای خود غاصب، پول زمین را از غاصب می گیرد نه ثمن در بیع غاصب را.

البته تفاوتی بین غصب و بحث ما هست چون غاصب برای خودش فروخته است و عقد فضولی نیست؛ اما در بحث ما فضول برای خودش فروخته است. البته آقای شاهرودی هم مقصودشان در حد تنظیر است.

البته این ها همه در فرضی است که عامل خلاف شرط عمل کرده است و دچار خسران شده است نه این که سود کرده باشد که آن جا بحثش متفاوت است.

سوال

ممکن است مالکی این کار را بکند ولی همیشه که در مضاربه این اتفاق نمی افتد. ولی مدعای شما این است که همیشه اگر مخالفت شرط کرد، عامل ضامن است.

آقای شاهرودی گویا چنین سوالی در ذهنشان وجود دارد و لذا در ادامه کلام، سعی در جواب دارند و لذا تفصیل می دهند بین مضاربه عهدی (عقدی) و اذنی.

مضاربه اذنی، اساساً اذن است و تعلیق در اذن مشکلی ندارد. آن چه مشکل دارد تعلیق در عقد است چون انشاء به معنای ایجاد است و ایجاد با تعلیق نمی سازد.

تعلیق در اذن مثل این است که در صورتی می توانی کتاب را بخوانی که فردا برگردانی.

حال اگر مضاربه اذنی باشد مالک می گوید اگر تو با این پول تجارت کردی و سود کردی، مضاربه باشد و سود بین ما تقسیم شود و اگر ضرر کردی ضررش را جبران کن یعنی مضاربه نباشد.

ایشان احساس می کند این تعلیق در اذن خیلی جالب نیست و لذا آن تعلیق را رقیق تر می کند و می گوید مالک بگوید مضاربه می کنیم و تو ماذون در معامله با مال من هستی، مگر خلاف شرط عمل کنی و ضرر کنی. این تعلیق در اذن است و مشکلی ندارد.

این تصویر چند خصوصیت مطلوب دارد:

۱. با این تصویر هم تلف و هم خسارت را می توانیم تصحیح کنیم.
۲. مخالفت با شرط هم مشکلی ندارد و خلاف شرع نیست. کلام سید که به صورت مطلق می گوید لایجوز یعنی حرام است، درست نیست.

حال اگر مضاربه عقدی (عهدی) باشد باز هم مشکلی نیست چون در مضاربه عقدی، در حقیقت، مالک شرط کرده است که عامل در صورت مخالفت ضامن است. در این جا تعلیق نیست و در هر حال مضاربه هست فقط قیدی اضافه کردیم که اگر مخالفت با شرط مالک کند، ضامن است.

سوال

این شرط ضامن است و جایز نیست و خود شما بطلان ربح ما لایضمن را مفصلاً بررسی کردید و حداقل روایات من ضمن تاجرا هم وجود داشت.

جواب

آن شرط ضمانتی که جایز نیست با این شرط ضمان متفاوت است.

در این جا شرط ضمان مطلق نکردیم و نگفتیم اگر تجارت کردی و خسارت اتفاق افتاد ضامن هستی بلکه گفتیم اگر مخالف شرط ما عمل کردی و خسارت دیدی ضامن هستی.

سوال

چرا همین کلام را در مضاربه اذنی نگفتید؟

جواب

شرط در اذن معنا ندارد. یعنی دلیلی بر لزوم وفاء به شرط وجود ندارد. شرط ضمن عقد است که لازم الوفاء است ولی شرط ضمن اذن لازم الوفاء نیست بلکه چیزی جز تعلیق اذن نیست.

• جلسه ۱۱۲ چهارشنبه ۲۱ فروردین ۱۳۹۸

وجه مختار استاد در تصویر مطابقت روایت با قاعده

مشکله مفاد روایات این است که اگر عامل امین است و امین اگر مخالفت شرط کند نباید ضامن باشد پس ضمانت به معنای بطلان مضاربه است که در این صورت عامل امین نیست و در این صورت معنا ندارد که بگوییم اگر سود حاصل شد بین عامل و مالک تقسیم شود.

تذکر

اگر شرط ضمان را در مضاربه گفتیم باطل است آیا این شرط سفر و ... هم باطل است؟ این شرط که در روایات مطرح شده است، شرط ضمان نیست بلکه شرطی کرده است که مقتضای آن ضمانت است.

به نظر ما باید بگوییم که در صورت مخالفت با شرط مالک، ید عامل امانی نیست ولی ممکن است عقد مضاربه صحیح است مثل جایی که عامل کوتاهی و تفریط می کند و با این وجود، آسیبی نمی رسد به مال که در این صورت، امین نیست ولی مضاربه هم صحیح است.

پس روایات مطابق قاعده است.

سوال

ح ۳ب ۳: محمد بن مسلم

عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ الرَّجُلِ يَسْتَبْضِعُ الْمَالَ فِيهِلِكُ أَوْ يُسْرِقُ أَوْ عَلَى صَاحِبِهِ ضَمَانٌ فَقَالَ لَيْسَ عَلَيْهِ غُرْمٌ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ أَمِينًا.

این روایت می گوید عامل همیشه امین است.

جواب

از روایت بدست نمی آید که عامل همیشه امین است. مضاربه، فی نفسه در فرض اطلاق و عدم وجود شرط، موجب امین بودن عامل می شود ولی اگر شرطی در کار باشد و عامل مخالفت با شرط هم کند دیگر عامل امین نیست.

امین بودن به معنای "سلطه بر مال مالک با اجازه او" است و مالک برای این سلطه، شرطی و حدودی قرار داد و وقتی عامل آن را رعایت نمی کند دیگر سلطه او از باب امانت نیست ولی دلیلی ندارد که مضاربه باطل باشد.

پس از نظر ما مقوم مضاربه، عدم ضمانت عامل نیست. ولی شرط ضمان جایز نیست بخاطر روایات و مقصود این است که مالک نباید تامینی برای سرمایه خودش درست کند اما این شروط محل بحث تامینی برای سرمایه نیست چون ممکن است اساسا تلف شود که ربطی به مخالفت شرط ندارد.

پس چند نکته را گفتیم:

نکته ۱: عامل در صورتی امین است که مخالفت با شرط نکند و الا امین نیست.

نکته ۲: در مضاربه ضرورتی ندارد که عامل ضامن نباشد.

نکته ۳: جواب تقضی: اگر بدون شرط مالک، عامل که امین است مال را در مکانی و کشوری پر خطر ببرد در این صورت اگر خسارت ایجاد شود ضامن هستید و اگر سود کند مضاربه صحیح است و تقسیم می شود.

نکته ۴: این ها در مضاربه عهدی است. در مضاربه اذنی نکاتی هست که مستقلا باید بیان کنیم. گفتیم مضاربه اذنی و عهدی داریم ولی برخی می گویند ترکیبی از اذن و عهد است. اذن در تجارت است و تعهد است نسبت به تقسیم سود.

نکته ۵: اگر مضاربه باطل باشد، تجارت فضولی می شود ولی اگر مضاربه صحیح باشد، تجارت فضولی نیست.

این نکته، اشکال به آقای هاشمی شاهرودی است که به دنبال این بودند که تجارت با رضایت باشد.

اگر مضاربه انجام شود و مالکی که حق فسخ را ساقط کرده است، بگوید راضی نیستم به تجارت، این تجارت فضولی نیست چون بر اساس مضاربه انجام داده است. پس ملازمه ای بین عدم رضایت به تجارت با بطلان مضاربه نیست. عدم رضایت به اصل تجارت فسخ مضاربه است ولی عدم رضایت به این نوع تجارت خاص فسخ مضاربه نیست.

• جلسه ۱۱۳ شنبه ۲۴ فروردین ۱۳۹۸

خلاصه نظر استاد در مطابقت روایات با قاعده

اشتراک ممکن است به سه امر کلی بر گردد:

صورت ۱: اشتراط در اذن در تجارت با مال

این به معنای عدم اذن در تجارت در مال خاصی و یا به نوع خاصی است و لذا اقدام عامل فضولی می شود و لذا اگر مالک اجازه دهد، معامله برای مالک صحیح می شود و عامل هم سهمی از ربح ندارد.

صورت ۲: اشتراط در اصل مضاربه

اگر مخالفت انجام شود، مضاربه نیست و من تعهد ندارم که تقسیم سود کنم ولی تجارت مشکلی ندارد و ماذون به تجارت هستی و فضولی نمی شود ولی بهره مند از سود نیستی.

من نمی گویم که حق نداری با پول من کالای قاچاق بخری بلکه می گویم در این صورت، تقسیم سود نیست.

اشکال

اذن در تجارت ضمن مضاربه آمده است و وقتی مضاربه نیست اذن در تجارت هم نیست.

جواب

این جا مثل جایی است که بگوییم مضاربه اذن در تجارت و تعهد به تقسیم سود است و اذن مشروط نیست و تعهد مشروط است البته این را از باب تشبیه ذکر کردم و الا از این که مضاربه مرکب از اذن و تعهد است باید بحث کنیم.

پس سود برای مالک است و تجارت فضولی نیست اما در فرض ضرر، ضمان چه می شود؟ اگر بگوییم ضمان بر اساس مضاربه است، در فرض تخلف شرط دیگر مضاربه نیست و لذا امین نیست و لذا ضامن است.

اشکال

وقتی اذن در تجارت داده ایم یعنی امین است پس ضمان نیست.

جواب

اذن می تواند با شرط ضمان باشد و خلاف قاعده نیست مثل عاریه مضمونه.

صورت ۳: عدم اشتراط تجارت و مضاربه + ضمان در فرض خسارت

اگر سود کرد، مضاربه و تجارت مشروط نیست. هم فضولی نیست و هم تقسیم سود است.

سوال

صورت چهارم هم دارد که هم مضاربه و هم تجارت مشروط است.

جواب

اگر تجارت را ماذون نیست، یعنی مضاربه هم نیست و لذا صورت اول، صورت چهارم را هم پوشش می دهد.

نکته ای در جواب آقای شاهرودی در درس قبل

از نظر ما فرق عهدی و اذنی در این است که گاهی عامل تعهد به تجارت با مال ما دارد و گاهی تعهد ندارد. پس

مضاربه اذنی یعنی مضاربه ای که عامل تعهدی به اتجار ندارد.

اما در مضاربه اذنی، مالک تعهد دارد به تقسیم سود و آن کسی که تعهد ندارد، عامل است.

برخی از اول گفتند مضاربه، جعله است ولی ما گفتیم، همین مضاربه اذنی است یعنی مالک تعهد دارد ولی افراد،

تعهد ندارند.

اذن محض در مضاربه نمی آید.

این کلام آقای شاهرودی که در مضاربه اذنی صرفاً اذن تعلیق می شود، این کلام در مضاربه اذنی هم صحیح نیست چون از طرف مالک، تعهد وجود دارد و اذن محض وجود ندارد.

مسئله ۳۳

ما عنوان عام چند مسئله را "شروط ضمن عقد مضاربه" نامیدیم. مسئله ۵ در شرط هایی که برگشتش به تجارت بود که برای تجارت به فلان مکان نرو و ... ؛ اما این مسئله ۳۳ در شروطی است که به اتجار ربطی ندارد.

"إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملاً كأن اشترط المالك على العامل أن يخيطة له ثوباً أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك أو بالعكس (عامل شرط کند) فالظاهر صحته و كذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعةً أو نحو ذلك"

اگر مالک یا عامل شرط خیاطت لباسش یا بیع ماشینش را بکند ظاهراً صحیح است. آن شرط بی ربط به تجارت می تواند یک بیع یا یک مضاربه دیگر و یا بضاعت باشد.
بضاعت عقدی بود که عامل متبرع به تجارت باشد و سود نخواهد.

تفاوت مسئله ۳۳ و ۵

نکته ۱: گفتیم شروط مسئله ۵ مرتبط به اتجار به مال بود.

نکته ۲: شروط در مسئله ۵ شروط مالک بود ولی در این مسئله شرط ممکن است از طرف مالک باشد یا عامل.

تشابه

هر دو شرط ضمن عقد مضاربه هستند. لذا احکام کلی شروط ضمن عقد مضاربه در این جا تطبیق می شود و ما به این جهت این مسائل را کنار هم قرار می دهیم.

از جمله احکام کلی شروط ضمن عقد:

۱. قواعد شروط ضمن عقد جایز

۲. این شرط ضمن عقد ممکن است علی نحو القیدیه است یا خیر؟

سید قبلا این دو نوع قیدیت و غیر آن را مطرح کرده بود ولی این جا طرح نمی کند درحالیکه طرح می شود.

سید این مساله را در دو مقام مطرح کردند:

مقام ۱: این شرط ضمن عقد مضاربه صحیح است یا خیر؟

مقام ۲: آیا خود مضاربه صحیح است یا خیر؟

در مقام اول گفتند که این شرط صحیح است. ایشان ادله بطلان را مطرح می کنند و آن را را پاسخ می دهند.

ادله بطلان

دلیل ۱

"و دعوی أن القدر المتیقن ما إذا لم یکن من المالك إلا رأس المال و من العامل إلا التجارة مدفوعة بأن ذلک من حیث متعلق العقد فلا ینافی اشتراط مال أو عمل خارجی فی ضمنه و یکنفی فی صحته عموم أدلة الشروط"

ادله صحت مضاربه، دلالت بر صحت چنین شرطی نمی کند؛ چون ادله مضاربه دلالت دارند که تجارت از عامل باشد و سرمایه از مالک باشد ولی این که مضاربه ای باشد که عمل ثالثی هم باشد که صحیح باشد و لازم الوفاء باشد، هیچ دلیل مضاربه ای دلالت بر آن ندارد.

تقریب استدلال اول در کلام سید این نیست که مضاربه صحیح نیست و لذا شرط هم باطل است چون دیگر معنا ندارد سید در جواب این استدلال بگوید که ادله شروط این شرط را شامل می شود چون وقتی خود مضاربه نیست، شرط ضمن آن سالبه به انتفاء موضوع می شود.

جواب سید

درست است که ادله مضاربه ناظر به وجود چنین شرطی نیستند ولی لازم نیست که صحت شرط را از آن ادله بدست آوریم بلکه ما صحت شرط را از ادله شروط مثل المومنون عند شروطهم می فهمیم.

پس سید پذیرفتند که از ادله صحت مضاربه، صحت این شرط برداشت نمی شود.

دلیل ۲

این استدلال از شیخ طوسی است. ایشان می فرماید این شرط، مخالف مقتضای عقد است و لذا باطل است. خصوصا که عملی به صورت مجانی از عامل خواسته شود مثل خیاطت یا بضاعت که عامل در آن متبرع است. مقتضای عقد مضاربه این است که حتما عامل در برابر عمل و کاری که می کند ربحتی و اجری می برد و لذا شرط عملی بدون سود، خلاف مقتضای مضاربه است.

کلام شیخ اجمالی دارد ولی بلاخره، این استدلال شامل همه شرایط نمی شود مثل اینکه ضمن عقد مضاربه، مضاربه دیگری را شرط کند که این جا تبرعی نیست و لذا نباید فاسد باشد. معلوم نیست که شیخ طوسی می خواسته است بوسیله این استدلال تفصیل دهد و یا متوجه این نبوده است که استدلال شامل همه موارد نمی شود.

برخی گفتند مقصود شیخ فقط، بضاعت است ولی ظاهرا خیاطت هم در حکم بضاعت است. چون در هر دو عامل متبرع است.

جواب سید

آن چه که مضاربه بر آن واقع شده است، عامل در آن قسمت، حصه ای از ربح را دارد. این شرط ضمن مضاربه که جزئی از مضاربه نیست بلکه خارج از عقد مضاربه است پس شرط خیاطت و بضاعت و ... خلاف مقتضای عقد نیست.

دلیل ۳

این استدلال در کلام صاحب جواهر است. ایشان معتقد است شرط باطل است چون این شرط نه اثر وضعی دارد و نه اثر تکلیفی.

اثر تکلیفی شرط، وجوب و فاء به شرط است. فرض این است که مضاربه عقد جایز است و لذا شرط ضمن آن هم لزوم و فاء ندارد.

اثر وضعی شرط، ایجاد حق فسخ برای شماست در صورت تخلف شرط. درحالیکه حق فسخ مربوط به عقد لازم است ولی در عقد جایز اصلاً حق فسخ بی معناست. حق فسخ در عقدی معنا دارد که اگر این حق نبود، شما اختیار بر هم زدنش را ندارید.

شرط باطل یعنی شرطی که هیچ اثری ندارد و این شرط چنین است. این استدلال ربطی به مقتضای عقد که در دلیل دوم مطرح شد و شمول ادله مضاربه که در دلیل اول مطرح شد، نداشت.

بحث شروط بسیار مفصل است و برای تفصیل آن می توانید به مصباح الفقاهه ج ۵ مکتبه داوری مراجعه کنید که بحث مبسوطی راجع به شروط را مطرح می کنند.

ما در فقه، همه شروط را در یکی از این سه قسم می گنجانیم:

۱. شرط فعل: شرط می کنیم که ماشینت را به ملک من در آوری.

۲. شرط نتیجه: شرط کنید نتیجه یک فعلی را مثل این که بگویید ماشین شما ملک من باشد.

۳. شرط صفت: من ماشین را از شما می خرم به این شرط که رنگ نداشته باشد.

شروط ضمن عقد جایز که جواهر مطرح کرده است شامل شرط صفت نمی شود. شرط صفت به گونه ای همیشه لازم است چون عقد بر آن متوقف است.

موضوع شروط ضمن عقد، در حد پایان نامه سطح ۴ است.

جواب سید

این شرط هم حکم تکلیفی دارد و هم حکم وضعی دارد.

حکم تکلیفی دارد چون در عقود جایز، شرایط لزوم و فاء دارند ما دامی که عقد را فسخ نکرده باشید. درست است که می توانید عقد را بر هم بزنید ولی تا وقتی بر هم نزدید باید به شروطش عمل کنید.

حکم وضعی دارد چون شرط ضمن عقد جایز می تواند برای ما حق فسخ بیاورد. حق فسخ به این معناست که اگر تخلف شرط شد، عقد را فسخ کنید و این با بر هم زدن عقد بخاطر جواز عقد متفاوت است.

تفاوت ازاله عقد بخاطر جواز و ازاله عقد بخاطر حق فسخ

کلام آقای خوبی

آقای خوبی می گویند فسخی که بر اساس جواز عقد است حکم است و قابل اسقاط نیست؛ اما فسخی که بر اساس تخلف شرط است حق است و قابل اسقاط است. حق را می شود اسقاط کرد و می شود به وراث منتقل شود و می شود آن را مصالحه کند.

کلام سید

در جواز عقد اگر معامله را فسخ کنید، از همان لحظه، معامله فسخ می شود ولی فسخ به این معناست که از ابتدای امر می توانید عقد را بر هم بزنید.

در بحث ما مضاربه جایز است مثلاً اگر از ۶ ماه قبل تا الآن، مضاربه بوده است، ازاله عقد بنا بر جواز عقد به این معناست که این ۶ ماه تمام احکام مضاربه جاریست و قابل تغییر نیست یعنی عامل ضامن نبوده است و سود تقسیم می شود و ... اما اگر ازاله عقد بنا بر فسخ باشد به این معناست که از ابتدا مضاربه ای نبوده است و لذا برای عامل سودی نیست و اجرت المثل را می گیرد و اگر عامل ضرر زده است ضامن است. این تفاوت بسیاری است.

اشکال به سید

برخی اشکال کردند که فسخ به معنای ازاله عقد من حین فسخ است نه این که از ابتدای عقد ازاله می شود. برخی گفتند ما در عقود لازم وقتی می گوئیم حق فسخ دارید یعنی من حین فسخ حق ازاله عقد را دارید بعد چطور در عقود جایز به این معنا باشد که از اصل عقد ازاله می شود؟!

شاهد اشکال

شاهد این که همه فسخ را من حین فسخ می دانند این است که نمائات منفصله تا قبل فسخ مال کیست؟ اگر حق فسخ از اصل عقد داشته باشید باید تمام نمائات منفصل را هم باید به صاحب اصلی برگردانی درحالیکه کسی به این قائل نیست پس حق فسخ من حین فسخ است نه من حین عقد.

ما برای بررسی این مطلب باید چند نکته را بررسی کنیم:

۱. باید اثبات شود در تمام عقود لازم در تمام موارد من حین فسخ است نه من اصل العقد.

۲. عقد لازم مثل عقد جایز است و یا اولی است از عقد جایز است.

۳. همه حق فسخ ها یک حکم دارند.

• جلسه ۱۱۵ دوشنبه ۲۶ فروردین ۱۳۹۸

گفتیم برای بررسی این نکته که آیا اثر حق فسخ، ازاله عقد من حین فسخ است یا من اصل العقد است؟ باید چند نکته را بررسی کنیم:

۱. باید اثبات شود در تمام عقود لازم در تمام موارد من حین فسخ است نه من اصل العقد.

۲. عقد لازم مثل عقد جایز است و یا اولی است از عقد جایز است.

۳. همه حق فسخ ها یک حکم دارند.

بر این نکته اتفاق است که جواز عقد به معنای فسخ من حین فسخ است ولی این نکته که حق فسخ، من حین فسخ است نه من اصل العقد، اتفاقی نیست.

پس این طور نیست که کلام سید به ضرورت فقهی باطل باشد چون برخی گفته اند لایلتزم به فقیه که به نظر ما این تعبیر اشتباه است چون مساله اتفاقی نیست.

به نظر ما کلام سید درست است و قبلا هم مطرح کرده بودیم خصوصا در تخلف شرط که در خصوص تخلف شرط، عده ای معتقدند که حق فسخ من اصل العقد است

بررسی و تفصیل بیشتر فعلا خروج از بحث می شود و لذا شاید در آینده به آن بپردازیم.

آقای خوبی و برخی از آقایان دیگر هم تعلیقه زدند به کلام سید یعنی اعتراضی نکردند و در کتب آقای خوبی تفحصی شد و به نتیجه روشنی نرسیدیم. آقای شاهرودی اعتراض کردند.

مقام ۲: صحت و عدم صحت عقد

مقام اول صحت و عدم صحت شرط بود که سید قائل به صحت شرط بودند. اما صحت عقد، مقام دوم است.

دلیل ۱ بر بطلان

سید می گوید که برخی قائل به بطلان عقد شدند. سید می گوید شیخ طوسی در بعضی از کلمات قائل به بطلان شرط شده است و در بعضی از کلمات، قائل به بطلان شرط و عقد شده است.

قبلا هم کلام شیخ را مطرح کردیم که ایشان می گوید این شرط، خلاف مقتضای عقد است چون مقتضای عقد این بود که عامل به ازاء عملش ربح ببرد و شما شرط کردید که عامل متبرع باشد.

چون شرط خلاف مقتضای عقد است و لذا شرط باطل است پس عقد هم باطل است البته نه از این باب که هر شرط باطلی مبطل عقد است بلکه از این جهت است که بطلان شرط سبب می شود که حصه مالک و عامل مجهول شود و این عقد غرری می شود و لذا باطل است.

شما شرط کردید که عامل کاری را مجانی انجام دهد درحالیکه این شرط باطل است یعنی مجانی نیست و از طرفی چه مقدار از ربح بازاء آن عمل بوده است؟ این را تعیین نکردید و این یعنی حصه عامل از سود مجهول است.

شمای مالک با توجه به آن عمل مجانی عامل گفتید حصه عامل از سود ۵۰ درصد است ولی اگر آن عمل مجانی نباشد ممکن است سود را ۶۰ درصد به ۴۰ درصد قرار دهید یا ۷۰ به ۳۰ یا ۸۰ به ۲۰ قرار دهید پس درصد و حصه عامل از سود معلوم نیست.

این استدلال شیخ مبتنی بر سه نکته است:

۱. صغروی: عدم الزام عامل به انجام عمل، موجب جهل می شود.
۲. صغروی: جهالت در حصه ربح موجب غرر است.
۳. کبروی: هر عقد غرری باطل است.

اشکال سید به شیخ طوسی

به مقدمه اول اشکال کرده اند که ما حصه ای از ربح را برای عمل قرار ندادیم. آن عمل، حیث تعلیلی است نه حیث تقییدی. علت این که من در مضاربه ۵۰ درصد سود را به عامل انجام می دهم این است که او می خواهد

۱. العروة الوثقی (للسید البزدی)، ج ۲، ص: ۶۶۲

عمل مجانی برای من داشته باشد ولی بدین معنا نیست که بخشی از سود در برابر عمل باشد پس سود و حصة دو طرف معلوم است. پس عدم الزام عامل به عمل، موجب جهالت نمی شود.

تذکر: فرض این است که این شروط ارتباطی به تجارت ندارند.

اشکال آقای حکیم به شیخ

ایشان گفت عقد باطل است چون شرط باطل است چون شرط خلاف مقتضای عقد است چون مقتضای عقد این بود که عامل به ازاء عملش ربح ببرد و شما شرط کردید که عامل متبرع باشد. پس بازاء عمل، ربحی وجود ندارد ولی از طرفی می گویند عقد باطل است چون نمی دانیم بازاء عمل چه مقدار از ربح وجود دارد؟ این دو نکته با هم نمی سازد. اگر بازاء عمل مقداری از ربح باشد (که این را در بطلان عقد می گویند) که نباید بگویید این شرط خلاف مقتضای عقد است (که این را در بطلان شرط گفتید).

آقای شاهرودی به آقای حکیم اشکال کردند که مراجعه کنید.

دلیل ۲ بر بطلان

این دلیل در کلام سید مصرح نیست ولی می توان برداشت کرد و شاید به همان دلیل اول که قدرمقیّن را مطرح کردند بازگشت داشته باشد. این دلیل را با کلام مثل آقای خویی ترکیب می کنیم.

تمام کسانی که می گویند مضاربه خلاف قاعده است می توانند بگویند مضاربه ای که شرط تبرعی در کنارش باشد باید دلیلی بر صحت آن داشته باشیم و هیچیک از روایاتی که دال بر صحت مضاربه بود، دلالت بر صحت چنین مضاربه ای نداشت.

اشکال

المؤمنون عند شروطهم می تواند صحت شرط را درست کند.

جواب

صحت اصل عقد مخدوش است و صحت آن شرط مبتنی بر صحت عقد است که دلیلی بر آن نیست.^۱

• جلسه ۱۱۶ سه‌شنبه ۲۷ فروردین ۱۳۹۸

دو وجه برای بطلان ذکر کردیم و اشکال کردیم و لذا به نظر ما هم شرط صحیح است و هم عقد صحیح است که نظر سید هم همین بود.

کلام سید در نتیجه صحت شرط و عقد

سید می‌گوید نتیجه صحت شرط و عقد این است که در صورت تخلف شرط، مالک خیار تخلف شرط دارد و این یعنی برای مالک حق فسخ وجود دارد و نتیجه فسخ این است که عامل مستحق ربح نیست و مستحق اجرت المثل است بخاطر احترام عمل مسلم؛ چه اجرت المثل اکثر و چه اقل باشد نسبت به اجرت مسمی.

کلام سید مبتنی بر این است که خیار تخلف شرط، موجب ازاله عقد و حق فسخ از زمان اصل عقد است نه از حین فسخ لذا تمام سودهای قبل هم مال مالک است ولی اگر گفتیم که حق فسخ از حین فسخ است، سودهای قبلی باید با عنوان اجرت المسمی تقسیم شود.

اشکال به سید

سید گفت عامل اجرت المثل می‌گیرد و لو از اجرت المسمی بیشتر باشد. اما برخی به سید اشکال و گفتند اگر اجرت المثل بیش از اجرت مسمی باشد باید به اندازه مسمی بدهند نه به اندازه اجرت مثل؛ چون وقتی عامل در مضاربه پذیرفت درصدی از سود را بگیرد، این را پذیرفت که اگر عمل من ارزشش بیش از این اجرت مسمی باشد من از آن رفع ید کردم.

عدم اجرت مسمی بر اساس قاعده اقدام است چون خود عامل اقدام بر عدم اخذ اجرت بیشتر کرده است.

عامل هم خودش اجرت مسمی را پذیرفته است و هم خودش شرط را مخالفت کرده است و همه اقدام از سوی اوست.

جواب ۱: تقضی

۱. أقول: اگر شرطی غیر از تبرع می‌بود، این دلیل سوم که مطرح نمی‌شود پس اشکال از خود شرط است. حال با المومنون عند شروهم می‌توانیم صحت شرط را درست کنیم.

در بیع فاسد می گویند اجرت المثل ثابت است درحالیکه شاید اجرت المثل بیش از اجرت المسمی باشد و نیز در اجاره فاسد و... پس آقایان ملتزم نیستند به نکته اقدام عامل و رفع ید و... التزام فقهی بدین صورت نیست.

جواب ۲

این کلام مستشکل در صورتی خوب است که ربح، ربح معین باشد مثلاً ۵ میلیون تومان است در این صورت ممکن است بگوییم عامل احتمال می دهد اجرت المثلش ۷ میلیون باشد ولی از ۲ میلیون احتمالی، رفع ید کرده است ولی در مضاربه سود، مبلغ معینی نیست بلکه درصد است که اصلاً معلوم نیست که سود به چه مقدار است که بگویید من از مبلغ بیش از آن رفع ید کردم. علی القاعده آن درصد ربح مضاربه، بیش از اجر المثل بوده است و الا مضاربه نمی کرد و اجیر می شد.

اجرت در اجاره مبلغ معینی است و اگر ظن غالب نداشته باشد که بیش از آن مبلغ معین بدست می آورد اجیر می شود.

اشکال

درست است که امیدوار بود ولی بلاخره احتمال می داد که سودش کمتر باشد و او پذیرفت که اگر سود تجارت کمتر باشد، از بیش از آن رفع ید کردم.

جواب ۳

برای خروج از قاعده احترام عمل مسلمان، باید عرف شخص را متبرع بداند و در این موارد ولو به دقت، لازمه این عقد رفع ید از بخشی از سود و... است ولی عرف نمی گویند رفع ید کرده است. همین که اکثر فقهاء ما در موارد مشابه این قاعده اقدام را مطرح نکردند یعنی تطبیق اقدام، عرفی نیست.

این قاعده اقدام اصطیادی است و مبتنی بر سیره عقلاء و عرف است و لذا فهم عرف در این موارد، معتبر است. موبد دیگر این جواب ها این است که ممکن است شرط از طرف عامل باشد و مالک تخلف کرده باشد که این اشکال اقدام و... هم مطرح نمی شود.

چهار گروه شرط را ضمن عقد مضاربه

گروه ۱: شرط عدم فسخ

این شرط را ذیل مساله ۲ مطرح و بررسی کردیم.

احتمال مخالفت خصوص این شرط با مقتضای عقد زیاد بود چون مضاربه عقد جایز بود ولی عموماً تفصیل دادند بین شرط عدم وجود حق فسخ که خلاف مقتضای عقد است و بین شرط عدم فعل فسخ که خلاف مقتضای عقد نیست.

گروه ۲: شرط ضمان

این شرط هم از شرایطی بود که احتمال مخالفتش با مقتضای عقد زیاد بود چون در روایات مضاربه آمده است که عامل ضامن نیست که عموماً گفتند شرط عدم ضمان خلاف مقتضای عقد است ولی شرط جبران خسارت خلاف مقتضای عقد نیست در حالیکه در نتیجه یکی می شود ولی شرط جبران خسارت، شرط فعل است ولی شرط عدم ضمان، شرط نتیجه است.

شما می توانید بدون ضامن بودن، خسارت او را پرداخت کنید؟ آیا معنی دارد؟ می توانید جبران کنید. حال می توانید آن فعل را شرط کنید ولی این که به صورت نتیجه، شما، خود را ضامن بدانید خلاف شرع است.

گروه ۳: شروط مربوط به تجارت

شرط مالک بر عامل که سفر نکند یا نسبه نفروشد و یا ... که بررسی شد. خصوصیت این گروه این بود که دلیل خاص در مورد آن داشتیم و هم احتمال مخالفتش با مقتضای عقد نبود.

گروه ۴: شروط بی ربط به تجارت

مضاربه می کنیم با شما به شرطی که لباس من را بدوزی یا مضاربه دیگر یا بضاعتی با هم داشته باشیم.

مساله ۳۹

ادامه بحث را باز به ترتیب کلام سید مطرح نمی کنیم.

این مساله در مورد امانت عامل و ضمان اوست و لذا باید در ادامه شروط مطرح کنیم یعنی قبل از بحث کیفیت تقسیم سود و کیفیت فسخ و انفساخ که آیا به موت احدهما و ... فسخ می شود یا خیر، احکام مضاربه را بررسی می کردیم و این مساله ۳۹ هم از احکام مضاربه است.

"العامل أمين فلا يضمن إلا بالخيانة كما لو أكل بعض مال المضاربة أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك أو وطئ الجارية المشتراه أو نحو ذلك أو التفريط بترك الحفظ أو التعدي بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه كما لو سافر مع نهييه عنه أو عدم إذنه في السفر أو اشترى ما نهى عن شرائه أو ترك شراء ما أمره به فإنه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف و لو بآفة سماوية و إن بقيت المضاربة كما مر و الظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضاً و إذا رجع عن تعديه أو خيانتته فهل يبقى الضمان أو لا وجهان مقتضى الاستصحاب بقاؤه كما ذكروا في باب الوديعة أنه لو أخرجها الودعي عن الحرز بقي الضمان و إن ردها بعد ذلك إليه و لكن لا يخلو عن إشكال لأن المفروض بقاء الإذن و ارتفاع سبب الضمان و لو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان و لم يبع ضمن الوضعية إن حصلت بعد ذلك و هل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها وجهان من عدم كون مجرد النية خيانة و من صيرورة يده حال النية بمنزلة يد الغاصب و يمكن الفرق بين العزم عليها فعلاً و بين العزم على أن يخون بعد ذلك"

سید می فرماید عامل امین است و قاعده ای داریم که امین ضامن نیست. در نتیجه، عامل در مضاربه ضامن نیست. البته این کبرای عدم ضمان امین سه استثناء دارد البته در واقع دیگر عامل ضامن نیست.

صورت ۱: خیانت

خیانت مثل این است که بخشی از مال مضاربه را بخورد یا بیعی برای خودش کرده است و ثمنش را از مال مضاربه بدهد یا کنیزی را خریده است و وطیش کرده است.

در این موارد خیانت، عامل ضامن است یعنی ضامن تلف یا خسارت است.

صورت ۲: تفريط

عامل، تمام اقدامات لازم برای حفظ مال را انجام نداده است. مثلاً در محلی است که اگر در گاوصندوق نباشد احتمال دزدی می رود.

صورت ۳: تعدی

سیاتی

• جلسه ۱۱۷ چهارشنبه ۲۸ فروردین ۱۳۹۸

دیروز این مطلب را گفتیم امین ضامن نیست. برخی از روایات دال بر آن را می خوانیم و سپس ادامه کلام سید را مطرح می کنیم.

الف) در غیر مضاربه

صحیحہ محمد بن مسلم

۲۴۲۲۹ - ۷ - وَ عَنْهُ عَنْ فَضَالَةَ عَنْ أَبِي بَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْعَارِيَةِ يَسْتَعِيرُهَا الْإِنْسَانُ فَتَهْلِكُ أَوْ تُسْرَقُ فَقَالَ إِنْ كَانَ أَمِينًا فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ.

وسائل ج ۱۹ ص ۹۳

ید کسی که عاریه می گیرد ید امانی است و امین ضامن نیست.

اشترای به "ان کان امینا" شاید به این اشاره دارد که ممکن است امین افراط و تفریط کند و خیانت کند که امین نخواهد بود.

صحیحہ حلبی

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ وَالْبِضَاعَةِ مُؤْتَمَنٌ وَقَالَ لَيْسَ عَلَى مُسْتَعِيرِ عَارِيَةٍ ضَمَانٌ وَصَاحِبُ الْعَارِيَةِ وَالْوَدِيعَةِ مُؤْتَمَنٌ.

وسائل ج ۱۹ ص ۹۳

ب) در خصوص مضاربه

این روایات هم دلالت دارد که عامل امین است و هم امین ضامن نیست.

صحیحہ محمد بن مسلم

عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَسْتَبْضِعُ الْمَالَ فِيهِلِكُ أَوْ يُسْرَقُ أَوْ عَلَى صَاحِبِهِ ضَمَانٌ فَقَالَ لَيْسَ عَلَيْهِ غُرْمٌ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ أَمِينًا.

وسائل ج ۱۹ ص ۲۱

این روایت در بضاعت است نه مضاربه ولی "بعد ان يكون الرجل امينا" در حکم تعلیل است و شامل مضاربه می شود.

صحیحہ حلبی: ح ۱۴ ب ۱ مضاربه

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: الْمَالُ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةٌ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ.

صحیحہ دیگری حلبی: ح ۷ ب ۱ مضاربه

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي الْمَالِ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةٌ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ

روایت رفاعه: ح ۸ ب ۱ مضاربه

عَنْ رِفَاعَةَ بْنِ مُوسَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي مُضَارِبٍ يَقُولُ لِصَاحِبِهِ إِنَّ أَدْنَتَهُ أَوْ أَكَلْتَهُ فَأَنْتَ لَهُ ضَامِنٌ قَالَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ إِذَا خَالَفَ شَرْطَهُ.

ادامه کلام سید

مرحوم سید فرمودند در سه صورت عدم ضمان امین وجود ندارد و یا به تعبیری دیگر امین نیست:

صورت ۱: خیانت

صورت ۲: تفريط

سید فرمود: التفريط بترك الحفظ

سید در ذیل مساله می فرماید اگر با این سرمایه جنسی را خریدید و احساس می کنید که باید جنس را بفروشید و الا ارزان خواهد شد، سید می فرماید عامل اگر نفروشد، ضامن وضعه هست و ظاهرا سید این را مصداق همین تفريط می داند. پس یکی از مصادیق عدم حفظ، عدم اقدام به موقع در فروش است.

البته در موارد عدم نفع، ضامن نیست ولی در موارد ضرر ضامن است. عامل احساس می کند که اگر فلان جنس را بخرد، سود زیادی دارد ولی این کار را نمی کند، در این جا عامل ضامن نیست.

بحث عدم نفع و ضرر در حقوق، حقوق بین الملل و ... مطرح است. در برخی از نظام های حقوقی، عدم نفع را هم موجب ضمان می دانند ولی در فقه ما فقط ضرر را موجب ضمان می دانند.

صورت ۳: تعدی

"او التعدی بان خالف ما امره به او نهای عنه"

در این خصوص هم روایات زیادی داشتیم و مساله روشن است.

سید می گوید اگر تعدی کند، عامل ضامن است ولو تلف مال به تلف آسمانی باشد. حادث طبیعی باشد و مستند به او نباشد.

اشکال استاد به سید

اگر شرط یعنی امر و نهی او بخاطر پرهیز از همین آفات سماوی بوده است، در این صورت، معلوم است که عامل ضامن است؛ ولی اگر شرط بدین خاطر نبوده است مثلاً گفته است که فلان جنس را نخر و او خریده است و سیل آمده است و آن مال از بین رفته است و اگر جنس دیگری هم می خرید باز همین تلف اتفاق می افتاد. ما این صورت را گفتیم ضمان نیست بخاطر مناسبت حکم و موضوع.

سید می گوید در موارد تعدی، عامل ضامن است ولی مضاربه هم صحیح است. پس بین ضمان عامل و بطلان مضاربه ملازمه ای نیست؛ چون روایاتی داریم که در فرض تخلف عامل، باز هم حضرت ع فرمودند اگر سود اتفاق افتد و الربح بینهما یعنی تقسیم سود بر اساس مضاربه پابرجاست.

دو فرع دیگر در کلام سید

فرع ۱

اگر عامل تعدی و تفریط کرد ولی از آن پشیمان شد و خسارت بعد از رجوع از تعدی بوده است. مثلاً درب انبار را قفل نکردید که این تفریط است ولی پشیمان شدید و فردا شب آن را قفل کردید و اتفاقاً در همان شب دزدی صورت گرفت. آیا در این صورت، عامل ضامن است؟

وجه عدم ضمان

خسارت ربطی به تفریط و تعدی نداشته است.

وجه ضمان

از آن لحظه ای که مخالفت یا کوتاهی می کنید دیگر ید شما امانی نخواهد بود.

در فقه می گویند اگر کسی به شما امانت دهد و باید در گاوصندوق باشد ولی شما آن را روی میز گذاشتید و بعد چند روز آن را در گاوصندوق گذاشتید و دزد زد، عده ای از فقها می گویند که ضامن است چون از ابتدا شما امین نبودید.

دلیل ۱: مفهوم "ان کان امینا"

در روایت داشت "ان کان امینا" یا "بعد ان یکون الرجل امینا" ضمان ندارد و مفهوم آن دلالت دارد که اگر امین نباشد، ضمان دارد و بر این شخص صدق می کند که امین نیست. امین یک ملکه است و به معنای امانت دار است یعنی کسی که اهل حفاظت است و این شخص اهل حفاظت نیست.

پس مفهوم این روایات دلالت بر مطلب دارد.

دلیل ۲: اطلاق الا ان یخالف امر صاحب المال

اطلاق برخی روایات هم قابل استناد است.

اطلاق صحیحه حلبی: ح ۷ ب ۱ مضاربه

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي الْمَالِ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةً لَهُ مِنَ الرَّبْحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ

اطلاق "ان یخالف امر صاحب المال" می گوید ضامن است ولو الان بالفعل در حال مخالفت نیست.

و نیز روایت سوم و هفتم هم این اطلاق را دارد.

دلیل ۳: استصحاب

این شخص، در زمانی که محافظت نکرد، ضامن بود و آن ضمان را استصحاب می کنیم.

نوع ۱: استصحاب عدم امانت

نوع ۲: استصحاب ضمان

بررسی ادله ضمان

اشکال ۱: آقای خوبی

این استصحاب در شبهات حکمیه است و ما آن را قبول نداریم. ایشان استصحاب را در حکم جزئی قبول دارند ولی در حکم کلی قبول ندارد. این جا این را نمی دانیم که شرعا کسی که ابتدائا محافظت نکرده است و سپس محافظت کرده است آیا ضامن است یا خیر؟

اشکال ۲

برخی گفتند تبدیل موضوع شده است. عدم تحفظ فعلی یا مقوم ضمان است و یا حداقل احتمال مقومیتش می رود و لذا موضوع محرز نیست.

اگر عرفا معلوم است که خائن است یا خائن نیست که استصحاب جاری نیست.

فرع ۲ در کلام سید

سیاتی

• جلسه ۱۱۸ سه شنبه ۳ اردیبهشت ۱۳۹۸

ادامه فرع ۱ در کلام سید ذیل مساله ۳۹

گفتیم اگر عامل تعدی و تفریط کرد ولی از آن پشیمان شد و خسارت بعد از رجوع از تعدی بوده است. مثلا درب انبار را قفل نکردید که این تفریط است ولی پشیمان شدید و فردا شب آن را قفل کردید و اتفاقا در همان شب دزدی صورت گرفت. آیا در این صورت، عامل ضامن است؟

ادله ضمان را بررسی کردیم.

در برابر سید و مشهور متاخرین گفتند در فرض رجوع عامل از تعدی و تفریط، عامل ضامن نیست.

این که شهرت در قدامت نیز این بوده یا خیر نیاز به تتبع دارد.

دلیل سید بر عدم ضمان

سید می گوید مفروض این است که مالک کماکان به عامل اذن در تصرف در مال داده است و سبب ضمان هم که تعدی و تفریط باشد وجود ندارد.

به عبارت دیگر، مقتضی ضمان یا تعدی و تفریط است و یا عدم اذن است که هر دو در این جا مفقود است لذا وجهی برای ضمان نیست.

فرع ۲ در کلام سید ذیل مساله ۳۹

اگر عامل نیت تعدی و تفریط و خیانت کرد ولی هیچ خیانتی را انجام نداد، آیا ضامن است یا خیر؟

احتمال ۱: خیانت و ثبوت ضمان

عامل نیت کرد که مال المضاربه را به ازاء ثمن در بیعی که برای خودش کرده است پرداخت کند که این خیانت به مالک است. اگر نیت خیانت دارد پس امین نیست و لذا اگر خسارتی حادث شد، ضامن است.

احتمال ۲: قول مشهور به عدم ضمان

مشهور می گویند نیت خیانت شخص را از امانت خارج نمی کند.

پس اصل بحث این است که آیا نیت خیانت شخص را از امانت خارج می کند یا خیر؟

صحیحه محمد بن مسلم و صحیحه حلبی را در این زمینه خواندیم.

این نکته که آیا عقلایی بودن این قاعده عدم ضمان ید امانی ثابت است یا تعبدی است؟ موضوع پژوهشی خوبی است.

اگر گفتیم این قاعده، عقلایی است باید به عرف عقلاء مراجعه کرد.

اگر گفتیم حقیقت لغویه است، باید به اهل لغت مراجعه کرد.

اگر گفتیم حقیقت شرعیه و متشرعیه است، باید به روایات مراجعه کرد و تعریف شرع را کشف کرد.

احتمال این که امین حقیقت شرعیه و متشرعیه باشد منتفی است و مقصود همان متفاهم عرفی است. البته عدم ضمان امین را هم برخی فقهاء گفتند که عرفی - عقلایی است.

امین یعنی کسی که ما او را ایمن بر مال خودمان می دانیم و یا کسی است که ما او را ایمن می دانیم و او هم حدود امانت را حفظ می کند. ممکن است من اشتباها به خائنی اعتماد کنم لذا در حقیقت، امین نباشد.

اگر تعریف اول باشد شاید بگوییم تقصیر از خود مالک است و لذا عامل ضامن نیست ولو در واقع، خائن باشد چون وقتی تو به او اعتماد کردی، پس او امین است ولو در واقع، خائن باشد ولی اگر تعریف دوم باشد عامل ضامن است. در روایات داشتیم که بعد از آن یكون الرجل امینا که این ظهور در تعریف دوم دارد.

این بحث نیاز به کار دارد ولی در بحث حاضر، مشهور می گویند به صرف نیت، شخص از خائن نمی شود.

احتمال ۳: تفصیل سید در مساله

سید می گوید ممکن است بگوییم اگر شخص نیت خیانت کرده است و اقدام بر مقدمات هم کرده است خائن است و اگر اقدام بر مقدمات نکرد، خائن نیست.

در صورت دوم فقط یک مساله ذهنی است ولی در صورت اول آن مساله ذهنی در عملی متجلی شده است. پس خیانت تجلی کرده است.

شیخ انصاری گفتند تجری به اقسام مختلفی محقق می شود. اگر تصمیم می گیرد و مقدمات را انجام می دهد و یا خودش فی نفسه بر می گردد و ... که این کلام سید، شبیه کلام شیخ است.

احتمال ۴: نظر استاد

قدر مسلم این است که ضمان در صورتی است که خیانت رخ داده باشد ولی در جایی که مقدماتش را انجام داده است و خود خیانت رخ نداده است، ضمان ثابت نیست چون موضوع ضمان محرز نیست.

تبصره چهارم: تصرف غیر ماذون

سید در مساله ۳۹ گفتند عامل امین است و لذا ضامن نیست ولی بر این قاعده سه تبصره زدند: خیانت، تعدی و تفریط؛ ولی ممکن است بگوییم تبصره چهارمی هم هست ولی می توان آن را ذیل تعدی هم قرار داد.

تبصره چهارم، هر گونه تصرفی که عامل در آن غیر ماذون است که این هم خیانت نیست و هم تفریط نیست و هم تعدی از شروط مالک هم نیست گاهی مالک امر کرده این کار را نکن ولی گاهی امر نکرده ولی اذن هم نداده است.

سید گفتند تعدی، مخالفت امر و نهی است و این جا چنین اتفاقی رخ نداده است و لذا به تعریف سید، این مورد، تعدی نیست ولی اگر تعدی را شامل موارد فعل غیر ماذون هم دانستیم ذیل تعدی وارد می شود.

• جلسه ۱۱۹ چهارشنبه ۴ اردیبهشت ۱۳۹۸

بحث "عدم ضمان امین" در فقه ما به قاعده "استیمان" معروف است.

البته استیمان دو معنا دارد:

معنای ۱: پناهندگی

توبه: ۶ و إِنَّ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ

موضوع پناهندگی در فقه اهل سنت بررسی شده است ولی در فقه شیعه خیلی مطرح نشده است.

معنای ۲: عدم ضمان امین

این قاعده استیمان را عموماً کسانی مطرح می کنند که عموم "علی الید ما اخذت حتی تودی" را پذیرفتند که استثناء آن قاعده استیمان است.

پس ذیل قاعده ید به این قاعده می پردازند.

مورد چهارم: تصرف بدون اذن مالک

فرق این صورت با صورت تعدی این است که سید تعدی را مخالفت با امر و نهی تصویر کردند ولی در این صورت ممکن است امر و نهی نباشد.

دلیل ضمان

عامل در ملک غیر تصرف می کند. تصرف در ملک غیر باید در حوزه ماذون و مجاز باشد. فراتر از آن موجبات ضمان را فراهم می کند.

آیا ضمانی که می گوئیم مختص به تلف است یا شامل وضعیه و خسارت در عملیات تجارت هم می شود؟

مثلاً مالک اذن به بیع نسبه نداده است لذا بیع نسبه، تصرف غیر ماذون محسوب می شود. حال اگر نسبه انجام داد و در تجارت ضرر کرد، آیا ضامن خسارت است؟

البته در تمام موارد ضمانت عامل مثل تعدی و ... عقد مضاربه صحیح است یعنی اگر سود حاصل شد، ربح تقسیم می شود. البته فقط در خیانت باید بحث کنیم که مضاربه صحیح است یا خیر که به آن می پردازیم. مرحوم سید بعد از مساله ۵ که شرط ضمن عقد مضاربه بود چند مساله را مطرح کردند و در آن به این پرداختند که چه تصرفاتی از سوی عامل، غیر ماذون از سوی مالک محسوب می شود که نتیجه این تصرفات، ضمان عامل است.

به نظر ما کبرای این مساله ۶ به بعد همان مساله ۳۹ است و لذا این مساله را مقدم کردیم. در مساله ۳۹ گفتیم عامل در غیر ماذون ضامن است و در این مسائل می گوئیم در کجا غیر ماذون محسوب می شود.

مساله ۶

"لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره إلا مع إذن المالك عموماً كأن يقول اعمل به على حسب ما تراه مصلحة إن كان هناك مصلحة أو خصوصاً فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف إلا أن المضاربة باقية و الربح بين المالين على النسبة"

اگر مالک اذن عمومی یا خصوصی به خلط سرمایه با پول شخصی عامل را بدهد مشکلی نیست ولی اگر اذن ندهد و عامل خلط کند، ضامن تلف است ولی مضاربه صحیح است یعنی اگر سود کند، باید به نسبت دو مال تقسیم مال صورت گیرد.

نکات در کلمات مرحوم سید

نکته ۱: ضمان تلف

نکته ۲: صحت عقد مضاربه

ولی مرحوم سید، ضمان خسارت را ثابت ندانستند.

ضمان تلف علی القاعده است و دلیل آن را گفتیم اما دلیل صحت مضاربه چیست؟

وجه عدم صحت مضاربه

وقتی شما تصرف بدون اذن کنید، فضولی می شوید و لذا باید تمام سود مال مالک شود. صحت آن عقدی که انجام داده است منوط به اجازه است.

جواب

تصرفاتی که می گوئیم، تصرف در لوازم تجارت است نه اصل تجارت. این که با این مال تجارت کرده است محل تامل نیست بلکه محل تامل خلط مال است. پس خرید و فروش ماذون بوده است و لذا فضولی نیست.

سه دلیل بر صحت

دلیل ۱: مفهوم روایات صحت در مخالفت با شرط

مفهوم اولویت روایاتی که می گفت در فرض مخالفت عامل با شرط مالک، مضاربه صحیح است، دلالت بر صحت در صورت عدم اذن دارد.

ح ۳ ب ۱: ابی الصباح الكنانی

وَعَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ التُّعْمَانِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يَعْمَلُ بِالْمَالِ مُضَارَبَةً قَالَ لَهُ الرَّيْحُ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ عَنْ شَيْءٍ مِمَّا أَمَرَ صَاحِبُ الْمَالِ.

ح ۵ ب ۱: روایت حلبی

۲۴۰۵۲-۵- و بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الرَّجُلَ مَالًا مُضَارَبَةً فَيُخَالَفُ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرَّيْحُ بَيْنَهُمَا.

وقتی با امر و نهی صریح مخالفت می کند می گویند صحیح است پس وقتی که مخالفت امر و نهی نیست و صرفاً عدم اذن است به طریق اولی معامله باطل نیست.

دلیل ۲: منطوق روایات صحت در مخالفت با شرط

مقصود از امر و نهی در این روایت، امر و نهی لفظی نیست بلکه مراد هر چیزی است که مالک اذن نداده است.

در این صورت، صورت چهارم به صورت تعدی رجوع می کند و اصلاً نیازی به صورت چهارم نیست.

دلیل ۳: استناد به قاعده

صحت مضاربه علی القاعده است و نیاز به این روایات هم ندارد. مضاربه عقدی بود که صحیحا واقع شده بود، تصرف عامل در حوزه غیر ماذون فقط استیمان را از بین برد ولی دلیل بر عدم صحت مضاربه نداریم. مضاربه حکمی به عنوان عدم ضمان عامل داشت و آن از بین رفت ولی ارکان مضاربه بر قرار است. خصوصا که این تصرفات غیر ماذون در ملزومات تجارت است نه در خود تجارت که بگویید فضولی است.

اشکال

اگر مدرک کلام سید این روایات باشد باید ضمان خسارت را هم قائل می شد درحالیکه سید فقط ضمان تلف را گفتند.

ح ۲ب ۱: حلبی

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الْمَالَ فَيَقُولُ لَهُ أَنْتِ أَرْضُ كَذَا وَ كَذَا وَ لَا تُجَاوِزْهَا وَ اشْتَرِ مِنْهَا قَالَ فَإِنْ جَاوَزَهَا وَ هَلَكَ الْمَالُ فَهُوَ ضَامِنٌ وَ إِنْ اشْتَرَى مَتَاعًا فَوُضِعَ فِيهِ فَهُوَ عَلَيْهِ وَ إِنْ رِبِحَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا.

عبارت " وَ إِنْ اشْتَرَى مَتَاعًا فَوُضِعَ فِيهِ " در مورد ضمان خسارت است نه تلف.

ح ۳ب ۱: کنانی

عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يَعْمَلُ بِالْمَالِ مُضَارَبَةً قَالَ لَهُ الرِّيحُ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ عَنْ شَيْءٍ مِمَّا أَمَرَ صَاحِبُ الْمَالِ.

عبارت " لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ " این عبارت در روایت ۴ و ۷ هم وجود دارد.

جواب

این اشکال بنا بر این که بگوییم این ها در منطوق روایات داخل هستند، وارد است چون امام ع تصریح می کنند که وضیعه هم ضمان دارد.

اما اگر از باب مفهوم اولویت استفاده کردیم آیا اشکال وارد است؟ خیر چون اولویتی که گفتیم در حکم به صحت مضاربه بود ولی اولی در حکم به ضمان نبود.

مورد روایت جایی بود که عامل مخالفت با امر صریح مالک می کرد که آن جا می توانند بگویند که ضامن خسارت هم هست ولی در جایی که صرفاً عدم اذن بوده است ضامن تنها در تلف است نه در خسارت. در این که مضاربه صحیح باشد، عدم اذن اولی است ولی در ضامن عامل، مخالفت شرط اولی است نه عدم اذن.

• جلسه ۱۲۰ شنبه ۷ اردیبهشت ۱۳۹۸

مسألة ۷

"مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه من حيث البائع والمشتري و نوع الجنس المشتري لكن لا يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك إلا إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق و إن خالف فسافر فعلى ما مر في المسألة المتقدمة"

اگر تقیید به قید خاصی نشود، برای عامل جایز است که طبق آن چه مصلحت می بیند در مال تصرف کند چه از حیث انتخاب بائع و مشتری و نوع جنس؛ اما بدون اذن، سفر نمی تواند بکند مگر این که در عرف آن مکان و زمان، منصرفی وجود داشته باشد که همان ملاک است مثلاً اگر متعارف این است که برای تجارت سفر می روند، اطلاق عقد اقتضای جواز سفر را دارد ولی اگر مطلق بود و متعارف نبود و مسافرت رفت حکمش حکم مخالفت با شرط عدم سفر است که در مسأله ۵ بیان شد. اما اگر سود کرد بین آن ها تقسیم می شود و بینشان صحیح است.

این مسأله، تطبیقی بر همان کبرای قبلی حکم مخالفت با شروط است.

این تفصیل وجود متعارف در صورت اطلاق، در همه فروع مطرح است ولو سید مطرح نکرده باشد.

سوال

اطلاق عقد باید مقتضی جواز باشد ولی سید گفت اطلاق عقد مقتضی عدم جواز سفر است.

جواب این سوال ذیل مسأله ۸ می آید؛ چون این سوال در آن مسأله هم وجود دارد.

مسألة ۸

"مع إطلاق العقد و عدم الإذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك إلا أن يكون متعارفاً ينصرف إليه الإطلاق و لو خالف في غير مورد الانصراف فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو و إن اطلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو و إلا فالبيع باطل و له الرجوع على كل من العامل و المشتري مع عدم وجود المال عنده أو عند مشتر آخر منه فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل إلا أن يكون مغروراً من قبله و كانت القيمة أزيد من الثمن فإنه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه و إن رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم إلا أن يكون مغروراً منه و كان الثمن أقل فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن"

اگر عقد مطلق باشد یعنی نگفته باشد که تو می توانی معامله نسیه بکنی.

در عقد مضاربه ابتدائاً پول و نقدین می گیریم. بحث در این نیست که با این پول، نسیه بخریم بلکه بحث در این است که با این پول، کالایی بخریم و سپس نسیه بفروشیم.

سید نگفته است که آیا مراد، خرید نسیه است یا فروش نسیه است؟ برخی از ادله ای که برای کلام سید مطرح شده است با فروش نسیه می سازد نه خرید نسیه.

پس اگر عقد مطلق باشد یعنی نگفته باشد که تو می توانی معامله نسیه بکنی. مگر این که اطلاق عقد، منصرفی داشته باشد که متعارف باشد که مثل شرط ارتكازی یا ضمنی می ماند. می گویند متعارف است که عقد به آن انصراف دارد.

تکمیل کلام سید

سید گفت وقتی درست است که انصراف در حد تعیین بیع نسیه باشد درحالیکه اگر مطلق باشد هم بیع نسیه صحیح می شود مگر بگوئیم این جا مراد انصراف به اطلاق است که البته خلاف ظهور و اصطلاح است.

"و لو خالف في غير مورد الانصراف فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو و إن اطلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو و إلا فالبيع باطل و له الرجوع على كل من العامل و المشتري مع عدم وجود المال عنده أو عند مشتر آخر منه فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل"

تفسیر ۱ از عبارت "فهو"

اگر مخالفت با این انصراف کرد و بیع نسبه کرد، اگر ثمن را گرفت قبل از اطلاق مالک مثل نقد می شود و مضاربه و معامله صحیح است.

اما اگر قبل گرفتن ثمن، مالک فهمید و امضاء کرد باز هم تجارت و هم مضاربه صحیح است و اما اگر مالک امضاء نکرد، بیع نسبه باطل می شود و سپس سید احکام بیع باطل فضولی را مطرح می کند.

تفسیر ۲ از عبارت "فهو"

تجارتش درست است نه مضاربه. پس مضاربه نیست و اگر خسارتی بود باید عامل جبران کند چون از حد امانت خارج شده است. اگر مالک بفهمد و امضاء کند بیع صحیح است و اگر امضاء نکند، فالبیع باطل. معمولاً تفسیر اول از کلام سید مطرح شده است.

گفتیم سوال این است که اطلاق اقتضای تعمیم باید داشته باشد و لذا باید نسبه هم جایز باشد.

آیا می شود که مقتضای اطلاق، تضییق باشد؟ آخوند گفتند اقتضای اطلاق هیئت، تضییق است مثل واجب نفسی و عینی و تعیینی. چون تعمیم نیاز به بیان زائد دارد مثل واجب غیری که قیدش وجود واجب نفسی آن است.

اشکال به سید

اشکال ۱

اشکال به سید این است که اگر متعارف بیع نقد باشد، از انصراف این را می فهمیم که بیع نسبه جایز نیست و این بخاطر اطلاق نیست و لذا اگر بیع نقد متعارف نیست یعنی بیع هم به صورت نسبه و نقد در این جا اطلاق عقد مقتضی جواز نسبه است.

بیع نقد و نسبه، تفاوت ماهوی ندارند و لذا نیاز به بیان زائد ندارد بر خلاف واجب نفسی و غیری که واجب غیری بیان زائد می خواهد.

اشکال ۲

کلام سید سه قسمت داشت:

قسمت ۱: قاعده

با اطلاق عقد، نباید بیع نسبه کند.

قسمت ۲: تبصره

مگر بیع نسبه، متعارف باشد.

قسمت ۳: تفصیل سید

اگر بیع نسبه متعارف نیست و بیع نسبه کرده است. تفصیل اول این بود که اگر مالک بعد استیفاء ثمن فهمید درست است و الا تفصیل بعدی را مطرح کردند که اگر مالک امضاء کرد درست است و الا فالبیع باطل. اشکال به سید این است که استیفاء ثمن چه نقشی در حکم بیع یا مضاربه دارد؟ اگر فضولی است که در هر دو فضولی است. ضمن این که سید فقط گفت "فهو" اما این را مطرح نکردند که ثمن با قیمت تناسب داشت یا خیر؟ اگر ضرر کرده بود چه؟

• جلسه ۱۲۱ یکشنبه ۸ اردیبهشت ۱۳۹۸

ادامه مساله ۸

گفتیم اشکال دوم به سید این است که استیفاء ثمن چه نقشی در حکم بیع یا مضاربه دارد؟ اگر فضولی است که در هر دو فضولی است. ضمن این که سید فقط گفت "فهو" اما این را مطرح نکردند که ثمن با قیمت تناسب داشت یا خیر؟ اگر ضرر کرده بود چه؟

توجیه آقای خوبی برای سید

کلام سید در فرض استیفاء ثمن را می توان این گونه تصحیح کرد که به روایاتی استناد کنیم که می گفت اگر عامل با شرط مالک مخالفت کند ضامن است ولی ربح بینهما است که می گوید مضاربه صحیح است.

بعضی از روایات در مورد سفر بود که مورد بحث ما نیست ولی بعضی روایات مطلق بود.

مثل ح ۱۴: روایت حلبی که مطلق بود.

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: الْمَالُ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةً لَهُ مِنَ الرَّبْحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ.

ح ۵ب ۱: روایت دیگری حلبی

عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الرَّجُلَ مَالًا مُضَارَبَةً فَيُخَالِفُ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرَّيْحُ بَيْنَهُمَا.

دلالت این روایت بر بحث ما یا به اطلاق است به این صورت که بگوییم "یخالف ما شرط علیه" اعم از شرط صریح و ارتکازی است و یا دلالت روایت به اولویت است چون می توان گفت ظهور روایت در شرط صریح یعنی امر و نهی است ولی می گوییم وقتی در شرط صریح مضاربه صحیح است پس به طریق اولی در شرط غیر صریح مضاربه صحیح است.

اما کلام سید در فرض عدم استیفاء چرا درست است؟ آقای خوبی می گویند ظهور این روایات در ارتباط با مالی است که وجود خارجی دارد نه آن مالی که در ذمه است و وجود خارجی ندارد.

آقای خوبی استدلال بر آن را ذکر نکرده است ولی علی القاعده مقصودشان این است که کلمه ربح در "و الریح بینهما" ظهور در مال خارجی دارد.

کلام آقای خوبی مفروضه ای دارد که حکم به صحت در این موارد خلاف قاعده است و لذا باید به نص اقتصار کنیم. هر جا گفتند صحیح است می گوییم صحیح است و الا حکم به بطلان در مورد او تطبیق می شود.

اشکال استاد به آقای خوبی

این مفروضه در صورتی است که شرط ارتکازی بیع نقد را شرط برای اذن مالک به اتجار بدانند. پس تصویر آقای خوبی این است که اذن مالک مشروط به شرط ارتکازی است که اگر این شرط را رعایت نکنید بدون اذن است و فضولی می شود و باید مالک اجازه دهد.

ممکن است قید، قید استیمان است یعنی تو امین نیستی ولی ضامن هستی.

اشکال ۱

البته نکته تقیید استیمان و ... هم به نوعی اشکال به آقای خوبی محسوب می شود. ولی اشکال اصل اول این است که ما نمی توانیم تصدیق کنیم که مراد از "و الریح بینهما" کالای خارجی باشد. در این معامله نسیه به هر

حال سود کردیم ولو تعیین خارجی نشده است. مثل مالی که به دیگری قرض دادیم که به ازاء آن دارایی داریم ولی دارایی ما در ذمه دیگری است.

باید دید قبل استیفاء ثمن صدق می کند که سود کردیم یا خیر؟ اگر آن را سود بدانیم که ظاهراً سود است "و الربح بینهما" صادق است.

اشکال ۲

صحیحه رفاعه ح ۸ب ۱ یک قسمتش در ارتباط به مال فی الذمه بود.

عَنْ رِفَاعَةَ بْنِ مُوسَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي مُضَارِبٍ يَقُولُ لِصَاحِبِهِ إِنَّ أَدْنَتْهُ أَوْ أَكَلْتَهُ فَأَنْتَ لَهُ ضَامِنٌ قَالَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ إِذَا خَالَفَ شَرْطَهُ.

"ادنته" یعنی به دین بدهی مثلاً به کسی قرض بدهی و یکی از مصداق دین، نسبه است چون کسی که نسبه می گیرد مدیون است و این روایت می گوید مال فی الذمه اگر بود هم مضاربه صحیح است.

"ادنته او اکلته" ادنته یعنی مال را به مخاطره بیاندازی به مثل قرض و نسبه و ... و اکلته یعنی تلف کنی و بالا بکشی یعنی خیانت کنی.

سوال

در روایات مخالفت شرط، عبارت و الربح بینهما داشت که از آن صحت مضاربه را برداشت کردیم ولی این جا که و الربح بینهما ندارد.

جواب

این روایت چون در سیاق روایات دیگری است که بحث ضمان را اثبات می کند می گوید در عین این که مضاربه صحیح است تو ضامن هستی و الا اگر مضاربه باطل شد که معلوم است ضامن هست و گفتن ندارد.

اشکال ۳

مرحوم سید فرمودند "فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو وإن اطلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو وإلا فالبيع باطل" اگر واقعا به قول آقای خوئی، این قید در اذن در تجارت باشد و مالک بفهمد، در حقیقت، بیع

او فضولی بوده است و مالک اگر اجازه دهد، همه تجارت مربوط به مالک می شود و تمام سود باید برای مالک باشد درحالیکه سید می گوید هم تجارت صحیح است و هم مضاربه صحیح است یعنی مضاربه بین آن ها تقسیم می شود درحالیکه اگر بیع فضولی باشد ربح تقسیم نمی شود.

• جلسه ۱۲۲ دوشنبه ۹ اردیبهشت ۱۳۹۸

وجه عدم جواز نسبه (توجه کلام سید) در کلام آقای شاهرودی

سید گفت اگر بیع نسبه کردید، بعد از مدت اگر مالک فهمید، بیع نسبه صحیح است. مشکله این بود که شما چرا به لحاظ استیفاء ثمن تفصیل دادید؟! اگر استیفاء ثمن رخ داده است گفتید صحیح است. این چه دخلی در مساله دارد؟!

آقای شاهرودی می گوید در مواردی که عامل بیع نسبه می کند، اگر مالک بخواهد رجوع به مال کند علی القاعده باید بگوییم منتظر بمان تا پول نقد شود و سپس به تو پرداخت شود. پس مالک باید به اندازه سر آمدن امد نسبه صبر کنید.

این که ما مالک را در اداء حق خودش معطل کنیم، این خلاف ظهور روایات مضاربه است. روایات می گوید وقتی مالک رجوع کرد باید حق را اداء کنید.

پس بیع نسبه جایز نیست. اما اگر اجازه داد خودش از حقیش صرف نظر کرده است ولی اگر اجازه نداد بیع باطل است.

پس سوال این بود که استیفاء ثمن و غیر آن چه دخلی دارد و آقای شاهرودی در جواب می گوید تفاوت در این است که مالک می خواهد پولش را بگیرد و اگر استیفاء رخ داده است او حقی استیفاء نشده ندارد و او را منتظر قرار نمی دهید؛ ولی اگر استیفاء نشده باشد شما او را منتظر می گذارید. پس تفصیل وجه دارد.

آقای شاهرودی می گویند شاید تقریب صحیح کلام آقای خوبی همین تقریب باشد.

اشکال آقای شاهرودی به این توجیه

آقای شاهرودی سپس می گویند ممکن است بگوییم که بیع باطل نیست بلکه عامل ضامن پرداخت بدل مال به مالک است. وقتی بدل را به مالک داد، بیع نسبه برای خودش می شود.

پس نباید حکم به بطلان بیع نسیه کنیم بلکه باید حکم به ضمان عامل کنیم. اگر مالک امضاء کرد، برای مالک باشد و اگر مالک امضاء نکرد، برای عامل باشد.

از ابتداء امر مالک نزد عامل پولی قرار داد و الان هم حقی غیر از تحویل پول ندارد نه این که بتواند عقد نسیه را از بین ببرد در حالیکه عامل می خواهد آن بیع را نگه دارد و برای خودش باشد.

به این توجه کنید که همه حرف ها در توجیه کلام سید بود. مشکله این بود که اگر استیفاء ثمن رخ داده است گفتید صحیح است. این چه دخلی در مساله دارد؟! آقای شاهرودی می گوید تفاوت در این است که مالک می خواهد پولش را بگیرد و اگر استیفاء رخ داده است او حقی استیفاء نشده ندارد و او را منتظر قرار نمی دهید؛ ولی اگر استیفاء نشده باشد شما او را منتظر می گذارید. پس تفصیل وجه دارد. حال اشکال می کنند که می شود که مالک را منتظر نگذاشت با حکم به ضمان عامل به بدل ولی چرا بیع نسیه را بگویید باطل است؟! این اشکال کلام سید است.

پس نتیجه کلام آقای شاهرودی این شد که مضاربه باطل است چون مالک رجوع کرده است و سرمایه را گرفته است؛ ولی بیع صحیح است.

سوال

بیع برای مالک بوده است چطور برای عامل شود؟ این نیاز به عقد جدید دارد.

جواب

شما می توانید بدل را بدهید و خودتان را جایگزین کنید به جای مالک و نیاز به بیع جدید ندارد بلکه صلح هم کافی است.

می گوئیم وقتی بدل تالف را بدهید جنس تالف مال شما می شود.

بررسی کلام آقای شاهرودی

ما در مساله یکی از این دو صورت را داریم:

صورت ۱: شرط ارتکازی عدم نسیه، شرط در اذن به بیع است که اگر رعایت نکند، اصلاً اذنی در بیع وجود ندارد.

صورت ۲: شرط ارتكازی عدم نسیه، شرط عدم ضمان عامل (شرط استییمان عامل) است که اگر رعایت نکند ضامن است.

صورت دوم به این معنا نیست که اگر بیع نسیه کردی فضولی است بلکه مراد این است که در این صورت، تو ضمان هستی. پس عامل ماذون در بیع نسیه هست ولی ضامن پرداخت سرمایه است.

اگر صورت دوم باشد ما عامل را فقط متعهد به پرداخت کردیم و در این صورت کلام آقای شاهرودی واضح و روشن است و مشکلی ندارد که ایشان گفتند با رجوع مالک، مضاربه باطل نیست ولی عامل باید پول را پرداخت کند.

خصوصیت عقد جایز همین است که مالک هر وقت خواست پول را دریافت کند.

الا این که اگر مالک بگوید بیع نسیه کن وقتی مراجعه کرد می گوییم باید صبر کنید تا آمد نسیه برسد چون خودت گفتی نسیه کن ولی اگر مالک بیع نسیه را تصریح نکند. در این جا عامل باید پول مالک را تحویل دهد نه این که بیع نسیه باطل شود.

نظر استاد

به نظر ما مساله مورد بحث، همان صورت دوم است چون آن جا که شرط مصرح در کلام بود را امام ع شرط استییمان قرار دادند و این جا که تصریح به شرط نیست اگر به طریق اولی نباشد حداقل به مساوات باید بگوییم شرط استییمان است.

پس ظهور این شرایط ارتكازی، در استییمان است.

اما حال اگر بالفرض مساله از صورت اول باشد حکمش چیست؟ آیا آن جا کلام آقای شاهرودی را نمی پذیریم یا آن جا هم کلام ایشان را قبول می کنیم؟

سیأتی

• جلسه ۱۲۳ سه شنبه ۱۰ اردیبهشت ۱۳۹۸

گفتیم آقای شاهرودی کلام سید را توجیه کردند و گفتند استیفاء ثمن و عدم آن در مساله نقش دارد چون اگر ثمن استیفاء شده باشد مالک را منتظر نمی گذاریم ولی اگر استیفاء نشده باشد او را منتظر می گذاریم.

شاهد بر عدم بطلان بیع

آقای شاهرودی این نکته را اضافه می کند که اگر بگوییم بیع باطل است یعنی عامل را از آن حقی که در سود دارد محروم کردیم. چون وقتی بیع نسبه کرد مضاربه فسخ نشده بود و لذا بخشی از سود این معامله مال عامل است حال مالک مضاربه را می خواهد فسخ کند و بیع باطل می شود که در این صورت، عامل از سودی که نصیبش شده بود محروم می شود و مالک نمی تواند عامل را از سود محروم کند.

اشکال به شاهد

خود آقای شاهرودی می گویند مضاربه مخالف اذن بوده است و حق مالک بر امضاء و عدم آن محفوظ است پس سود عامل متوقف بر اذن و امضاء آن است و مالک نمی خواهد امضاء کند پس حقی از عامل از بین نرفته است.

نظریه خاص استاد در مضاربه: "تفویض اختیارات مالکانه به عامل در اتجار"

گفتیم مساله دارای دو صورت است.

صورت ۱: شرط ارتكازی عدم نسبه، شرط در اذن به بیع است که اگر رعایت نکند، اصلا اذنی در بیع وجود ندارد.

صورت ۲: شرط ارتكازی عدم نسبه، شرط عدم ضمان عامل (شرط استیمان عامل) است که اگر رعایت نکند ضامن است.

گفتیم کلام آقای شاهرودی که قائل به صحت بیع نسبه برای عامل بود و بدل را برای مالک بدهد در صورت دوم واضح و روشن است و ما معتقد بودیم که مساله ما نیز از نوع همین صورت دوم است.

اما حال اگر بالفرض مساله از صورت اول باشد حکمش چیست؟ آیا آن جا کلام آقای شاهرودی را نمی پذیریم یا آن جا هم کلام ایشان را قبول می کنیم؟

به نظر ما کلیت کلام آقای شاهرودی درست است. به نظر می رسد که از اطلاق ادله شروط استفاده می شود که اگر شما سرمایه ای را در اختیار کسی گذاشتید، هر شرطی که ضمن مضاربه کردید، سبب نمی شود که اتجار با آن مال که مخالف شرط است باعث بطلان بیع و مضاربه شود و فقط عامل ضامن است.

عامل ضامن است یعنی ضامن تلف است و خسارت و ضامن پرداخت سرمایه است هنگامی که مالک مطالبه می کند.

ادله شروط تفصیل بین دو شرط ندادند.

ح ۵ب ۱: حلبی

عَنْ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الرَّجُلَ مَالًا مُضَارَبَةً فَيُخَالِفُ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا.

عبارت "ما شرط علیه" اطلاق دارد. شرط در اتجار است یا استیمان و یا ... شرط اطلاق دارد و امام ع نمی گویند صحت بیع متوقف بر اذن مالک است. بلکه فقط می گویند عامل ضامن است ولی الربح بینهما که یعنی هم مضاربه صحیح است و هم بیع صحیح است. چون باید بیع صحیح باشد تا سود رخ دهد و بینهما تقسیم شود.

در هیچیک از روایات صحت معامله را بر اذن مالک متوقف نکردند که دو احتمال دارد:

احتمال ۱: مالک هر شرطی بکند چه شرط اذن چه استیمان، حقی برای اظهار نظر برای معامله ندارد تعبدا.

احتمال ۲: در عقد مضاربه هر شرطی که مالک بکند شرط استیمان است و شرط اتجار نیست و شرط اذن نیست.

پس روایات می خواهد بگوید تا وقتی مضاربه موجود است باید عامل بسط ید در اتجار داشته باشد حتی اگر مالک شرط هم بکند بسط ید او از بین نمی رود فقط در صورت مخالفت شرط عامل ضامن می شود اما معامله او نافذ است.

پس اساسا مضاربه به معنای تفویض اختیارات مالکانه به عامل است.

اگر این نکته را از مضاربه بفهمیم خیلی از احکام عوض می شود.

حتی اگر فرض کنید که مالک شرط صریح عدم بیع نسبه کرده است، روایت حلبی می گوید عامل ضامن است و الربح بینهما یعنی هم مضاربه صحیح است و هم بیع صحیح است. نفرمودند که منوط به اذن مالک است. وقتی در شرط صریح این گونه است پس شرط ارتکازی به طریق اولی و یا حداقل به قیاس مساوات همین حکم را دارد.

ممکن است بگویید این روایات خلاف قواعد فقهی است ولی در جواب می‌گوییم اولاً که می‌تواند تعبد باشد بخاطر نصوص و ثانیاً ما معتقد که مخالف قواعد فقهی هم نیست.

به نظر از نظر عقلایی هم مضاربه همین تفویض اختیارات در اتجار است. پس نمی‌توانی من را فضولی بدانی و بعد از این، هر شرطی فقط می‌تواند عامل را مضاربه کند نه این که مبطل عقد باشد.

نتیجه

ما با کلام آقای شاهرودی در نتیجه موافق شدیم؛ چون ایشان در صورت این که شرط ارتکازی عدم نسبه، شرط اذن است هم می‌گویند بیع صحیح است. اما این که مبتنی بر این نکته پایه (تفویض اختیارات مالکانه به عامل) بوده است یا خیر، در کلام ایشان دیده نشد. ممکن هم هست که نظر ایشان بوده باشد. ثمرات این نکته پایه در سایر مسائل که تطبیقات این نکته است خواهد آمد.

• جلسه ۱۲۴ چهارشنبه ۱۱ اردیبهشت ۱۳۹۸

ادامه مساله ۸

"فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو وإن اطلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو وإلا فالبيع باطل"

بخش دو مساله ۸ این است که اگر مالک اجازه ندهد چه اتفاقی می‌افتد لذا ادامه مساله، بحث بیع فاسد است و تطبیق احکام بیع فاسد است که در جای خودش می‌آید فقط نکته ای دارد که بیان می‌کنیم.

عدم استیفاء ثمن شامل استیفاء بعض ثمن و عدم استیفاء می‌شود.

"و له الرجوع على كل من العامل و المشتري مع عدم وجود المال عنده أو عند مشتر آخر منه"

قاعده بیع فاسد این است که مالک می‌تواند به هر کسی که عین مال نزد اوست مراجعه کند. لذا این جا مالک می‌تواند سرمایه خودش را از مشتری یعنی طرف مقابل عامل بگیرد و اگر تعاقب ایدی هم شده باشد باز حکم همین است.

"فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل"

اگر عین مال تلف شده باشد و لذا از مشتری مثل یا قیمت را گرفتید، مشتری حق رجوع به عامل را ندارد؛ چون فرض این است که هنوز ثمن را پرداخت نکرده است بلکه مالی نزد او بوده و مالک آن مال را گرفته است.

"إلا أن يكون مغرورا من قبله و كانت القيمة أزيد من الثمن فإنه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه"

مشتری نمی تواند به عامل رجوع کند مگر این که مشتری از طرف عامل فریب خورده باشد و قیمتی که مالک از او می گیرد از ثمن نسبی که قرار بوده به عامل پرداخت کند بیشتر باشد. که در این صورت نسبت به مقداری که ضرر می کند باید به عامل رجوع کند.

اشکال

آیا این جا فریب و غرر معنا دارد؟ فرض این است که قیمت جنس بیش از ثمن بوده است یعنی مشتری جنس را از عامل پایین تر از قیمت خریده است. این جا که فریب معنا ندارد؛ چون از عامل ارزان تر خریده بوده است.

جواب

غرر در قیمت نیست چون مشتری ارزان تر خریده است پس عامل معامله خوبی با مشتری انجام داده است؛ ولی غرر طور دیگری تصویر می شود. چون مشتری چنین تصویری داشته که معامله تمام است و رجوعی در کار نیست و بدین خاطر وارد معامله شد و قرار این بود که مثلا ۲۰ تومان بدهد ولی مالک از او ۵۰ تومان گرفته است ولو قیمت جنس همین ۵۰ تومان باشد.

"و إن رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم إلا أن يكون مغرورا منه و كان الثمن أقل فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن"

گفتیم اگر عین مال محفوظ است و عین مال را می خواهد باید به کسی مراجعه کند عین نزد اوست ولی اگر تلف شده باشد می تواند به عامل و مشتری رجوع کند.

حال اگر مالک به مشتری رجوع نکرد بلکه به عامل رجوع کرد، عامل به مشتری رجوع می کند و می گوید تو (یعنی مشتری) به من بدهکاری. به اندازه ای که به مالک پرداخت کرده است از مشتری می گیرد.

البته اگر مشتری مغرور شده از طرف عامل مثلاً قیمت بیش از ثمن باشد، در آن حوزه بیش از ثمن، عامل نمی تواند رجوع کند؛ چون عامل مقصر بوده است که به مشتری مثلاً گفته بود که همه اختیارات با من است و تو در این شک نکن و معامله به هم نمی زنی.

نکته ۱

همین کلمات در بعض ثمن هم می آید.

نکته ۲

اگر مشتری مغرور نبوده است ولی قیمت بیش از ثمن باشد هم علی القاعده مالک به مشتری رجوع می کند و قیمت را می گیرد. مشتری هم ضرر نکرده است چون قیمت بازار همین مقدار بوده است. ثمن خلاف قاعده بوده است نه قیمت.

نکته ۳

عامل استحقاق اجرت المثل ندارد چون مضاربه که باطل نشده است و در خرید مثلاً یخچال هم اشکالی نیست. مشکله در بیع نسبه آن یخچال است که در این صورت، نسبت به فروش اجرت ندارد چون فضولی است و در خرید هم اجرت ندارد چون از باب مضاربه است.

مسأله ۹

"فی صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمة المثل وإلا بطل نعم إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين لا بأس به"

اگر عقد مطلق باشد یعنی تصریح نکردند به چیزی، برای عامل جایز نیست که جنسی را به بیش از قیمت المثل بخرد که این که جایز نیست کمتر از قیمت المثل بفروشد و الا عقدش باطل است.

البته اگر مصلحت باشد اشکالی ندارد مثلاً تره بار خریده است و الان اگر به قیمت کمتر بفروشد خراب می شود. این استدارک اقتضاء مصلحت نکته جدیدی در کلام سید بود که به نظر ما باید در مسائل دیگر هم می گفتند. در مسأله ۸ یعنی نسبه هم ممکن است مصلحت باشد و در مسأله ۷ که خلط راس مال بود هم ممکن است مصلحت

باشد که در این صورت مشکلی ندارد. عامل در این تصرف ماذون است و نیازی به اذن و اجازه و آن احکام ندارد.

البته ممکن است در تشخیص مصلحت اشتباه کند که باز هم معذور است.

مسألة ۱۰

"لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع بالتقيد بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر و قيل بعدم جواز البيع إلا بالتقيد المتعارف و لا وجه له إلا إذا كان جنسا لا رغبة للناس فيه غالبا"

در صورت اطلاق عقد یعنی عدم اذن صریح، واجب نیست که حتما کالا را به پول معامله کند بلکه می تواند کالا به کالا باشد.

برخی می گویند مالک که به عامل می گوید ببيع انجام بده، ظهور این لفظ ببيع در این است که کالا را بدهد و پول بگیرد. این متعارف است. مثلا کسی می گوید این ماشین را بفروش و آن شخص برود کالایی دیگر بگیرد بر او اعتراض می شود که چرا در ازاء ماشین، پول نیاوردی. پول هم باید پول رایج باشد.

سید می گوید کلمه ببيع مطرح نیست بحث در مضاربه است و ممکن است این لفظ گفته نشود و لذا ممکن است عامل کالا به کالا ببيع انجام دهد مگر این که کالایی بگیرد که مردم هیچ رغبتی به آن نداشته باشد. این ها همه تطبیق مصلحت است.

مسألة ۱۱

"لا يجوز شراء المعيب إلا إذا اقتضت المصلحة و لو اتفق فله الرد أو الأرش على ما تقتضيه المصلحة"

جایز نیست که عامل جنس معیوب بخرد و اگر در غیر مورد ملحت خرید انجام شد مالک می تواند رد کند و می تواند ارش بگیرد. هر طور که مصلحت خودش می داند.

• جلسه ۱۲۵ یکشنبه ۱۹ خرداد ۱۳۹۸

موضوع: مضاربه / مساله دوازدهم سید

عامل در معامله مضاربه نمی تواند با ثمن کلی فی الذمه معامله کند؛ بلکه باید دقیقا با همان پولی که گرفته است مضاربه کند. سید این مطلب را به مشهور فقها امامیه نسبت می دهد.

سید در ادامه می گوید: ظاهرا مراد مشهور از واژه «کلی» این است که به شکل کلی فی المعین نیز نمی شود (فی المعین یعنی مبلغی کلی در بین یک محدوده معین).

ظهور کلمه «کلی» در کلی فی الذمه است. سید کلی فی المعین را نیز داخل کرد.

سید مطلب دیگری را نیز به کلام مشهور اضافه می کند. می گوید: بحث مشهور پیرامون شراء بود؛ اما ما می گوئیم بیع نیز نباید کلی باشد. توضیح اینکه عامل جنسی را خریده است (شراء)، حال می خواهد بفروشد (بیع). در اینجا باید عین همان کالای خریداری شده را بفروشد و نه این که بگوید من یک کالایی به تو می دهم.

سید دلیل مشهور را بیان می کند:

دلیل اول: قدرمتیقن

توضیح اول: قدر متیقن دلیل

ما تردید داریم که ادله مضاربه، ثمن کلی را شامل می شود یا خیر. قدر متیقن دلیل مضاربه، ثمن شخصی است و در نتیجه باید به آن اخذ شود.

این مطلب با ویژه در مبنای کسانی که می گویند مضاربه خلاف قاعده است، واضح می شود.

توضیح دوم: قدرمتیقن عقد

عامل و مالک توافق کردند با این سرمایه شخصی معامله رخ دهد. پس قدرمتیقن از عقد مضاربه، معامله با ثمن شخصی است.

استاد: بالاتر از قدرمتیقن، انصراف است که باید در اینجا مطرح شود. اساسا اطلاقی وجود ندارد که بخواهیم قدر متیقن آن را اخذ کنیم. برای نمونه اگر عامل کلی بخرد، سپس مال مضاربه از بین برود، ذمه مالک همچنان مشغول است. آیا مالک چنین چیزی را قبول می کند؟ خیر. پس عقد، منصرف است به معامله شخصی و نه کلی. یعنی مالک حین العقد، مضاربه ای را مورد قبول می داند که معامله در آن با مال شخصی باشد تا به مشکل یادشده دچار نشود.

بررسی قدر متیقن دلیل

دلیل مطلق ما اگر لبی باشد یا مجمل ، می شود به قدر متیقن اخذ کرد. اما اگر دلیل ما لفظی باشد کما نحن فیه، نمی شود به قدر متیقن اخذ کرد.

سوال این است که در ادله مضاربه دلیلی داریم که نسبت به کلی یا شخصی بودن معامله مطلق باشد؟ آیا دلیلی داریم که امام در این مورد در مقام بیان باشند؟ باید گفت خیر. چنین اطلاقی استفاده نمی شود. کبری مساله درست است. اما ادله، چنین اطلاقی ندارد.

مرحوم سید نیز در انتها با گفتن «هو کما تری»، این قدر متیقن را مخدوش می داند.

دلیل دوم: شراء در ذمه، ممکن است موجب از بین رفتن دیگر اموال مالک شود؛ حال آنکه مالک چنین اذنی به مضاربه با این شکل معامله نداده است. گفتیم که برای نمونه اگر عامل به نحو کلی بخرد، سپس مال مضاربه از بین برود، ذمه مالک همچنان مشغول است. آیا مالک چنین چیزی را قبول می کند؟ خیر. پس عقد، منصرف است به معامله شخصی و نه کلی.

• جلسه ۱۲۶ دوشنبه ۲۰ خرداد ۱۳۹۸

مسألة ۱۲

"المشهور علی ما قبل إن فی صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعین المال فلا يجوز الشراء فی الذمة و بعبارة أخرى يجب أن يكون الثمن شخصيا من مال المالك لا کلیا فی الذمة و الظاهر أنه يلحق به الکلی فی المعین أيضا و علل ذلك بأنه القدر المتیقن و أيضا الشراء فی الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غیره کما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء و لعل المالك غیر راض بذلك"

اگر در عمل مضاربه، طرفین عقد، شرط نکنند که خرید ما فی الذمه هم صحیح است و عقد را مطلق بگذارند در این صورت، مشهور می گویند عامل باید با عین خرید کند و خرید کلی فی الذمه و کلی فی المعین نمی تواند خرید کند.

ادله مشهور

سید سه دلیل مطرح کرده است.

دلیل اول و دوم گذشت.

دلیل ۳

"و أيضا إذا اشترى بكلی فی الذمة لا یصدق علی الربح أنه مال المضاربة"

اگر شما مالی را به صورت کلی فی الذمه خرید کنید، اگر سودی حاصل شود صدق نمی کند که سود سرمایه است و لذا پس این سود مال المضاربه یا عملیات مضاربه نیست چون در مضاربه مالک سرمایه ای می گذارد که عامل با تصرف در آن سود می کند و سود تقسیم می شود ولی اگر شما دست به مال مالک نزدیک بلکه فی الذمه معامله کردید، دیگر ربح قابل استناد به سرمایه نیست. لذا ربح مضاربه نیست.

البته این که می گوئیم ربح مضاربه نیست به این معنا نیست که معامله باطل است. ممکن است مضاربه باطل باشد یعنی یا مالک هیچ سهمی در سود نداشته باشد و یا عامل هیچ سهمی در سود نداشته باشد ولی بیع صحیح باشد.

"و لا یخفی ما فی هذه العلل و الأقوی كما هو المتعارف جواز الشراء فی الذمة و الدفع من رأس المال ثم إنهم لم یعرضوا لبیعه و مقتضى ما ذكره و جوب كون المبیع أيضا شخصیا لا کلیا ثم الدفع من الأجناس التي عنده و الأقوی فیة أيضا جواز كونه کلیا و إن لم یكن فی المتعارف مثل الشراء"

سید و آقای خوبی و حکیم می گویند این ادله مخدوش است و لذا عامل می تواند فی الذمه خرید کند ولی این چون مبهم است لذا سید اقسام شراء فی الذمه را بیان می کند و حکم هر قسم را بررسی می کنیم.

اقسام شراء فی الذمه

قسم ۱

"ثم إن الشراء فی الذمة یتصور علی وجوه أحدها أن یشتری العامل بقصد المالك و فی ذمته من حیث المضاربة" عامل به قصد مالک و در ذمه مالک، به عنوان مضاربه چیزی را خرید کند. عامل خود را وکیل مالک می داند و قصد شما این است که ذمه مالک مشغول شود.

مثلا ۵۰ میلیون در اختیار عامل است ولی عامل با ۵۰ میلیون کلی این کار را می کند و با عین این ۵۰ میلیون کار نمی کند ولی قرارش بر این است که از عین ۵۰ میلیون ذمه مالک را تفریغ کند.

حکم قسم ۱

این صورت، صحیح است. چون عامل ماذون در تصرف و معامله هست و به عنوان مضاربه این کار را کرده است و وکیل مالک بوده است.

قسم ۲

"الثانی أن یقصد کون الثمن فی ذمته من حیث إنه عامل و وکیل عن المالك و یرجع إلى الأول و حکمها الصحة و کون الربح مشترکا بینهما علی ما ذکرنا"

عامل معامله می کند و ثمن را در ذمه خودش قرار می دهد ولی جنس را برای مالک می خرد. عامل در این جا از طرف مالک ضامن شده است و انتقال ذمه هم هست نه ضم ذمه.

حکم قسم ۲

این صورت هم صحیح است. چون شما وکیل مالک هستید و از طرف او ماذون هستید. شما برای خودتان نمی خرید. شما با پول مالک برای او خرید و فروش می کنید.

فرق دو قسم

"و إذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان فی ذمة المالك یؤدی من ماله الآخر"

عبارت می گوید اگر مال مضاربه تلف شد در صورت دوم شما متعهد به پرداخت هستید و باید شما را عامل از جیب خود پرداخت کنید ولی در صورت اول متعهد به پرداخت، مالک است البته باید بحث کنیم که مالک باید پرداخت کند یا می تواند بیع را بر هم بزند. ولی سید معتقد است که مالک حق فسخ ندارد و باید از مال دیگر پرداخت کند.

اگر عامل مقصر است که مالک به او رجوع می کند ولی اگر مقصر نیست امین است و ضامن نیست.

تذکر

این عبارت فرق، مربوط به قسم اول است که ملک متعهد به پرداخت است نه عامل اما در قسم دوم که عامل متعهد به پرداخت است پس لازم نیست که مالک از مال دیگر پرداخت کند. ولی سید این عبارت را ذیل قسم دوم آورده است.

اشکال آقای خوئی به این عبارت اخیر

مالک تعهدی ندارد که از مال دیگر پرداخت کند بلکه حکم به فسخ بیع می شود. ما کالایی را به ثمن کلی خریدیم و نتوانستیم بدهیم لذا کالا را پس می دهیم.

این که می گوییم نمی توانیم بدهیم چون مالک تعهدی بیش از سرمایه ندارد و لذا عامل نمی تواند اداء کند. عامل به این اندازه اختیار داشت که اگر در ذمه ما می خرد از عین سرمایه بخرد ولی چنین اختیاری نداشت که ذمه مالک را به مالی غیر از سرمایه مشغول کند که با مالی دیگر اداء دین کند این مقدارش فضولی است. ولی اگر مالک بخواهد می تواند بیع را اجازه دهد چون معامله فضولی است.

آقای خوئی می گوید این جا مثل جایی است که ثمن شخصی باشد و قبل از دفع آن، ثمن تلف شد که در این صورت مشتری می تواند معامله را به هم بزند و کالا را پس دهد.

قسم ۳

"الثالث أن يقصد ذمة نفسه و كان قصده الشراء لنفسه و لم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ثم دفع منه و على هذا الشراء صحيح و يكون غاصبا في دفع مال المضاربة من غير إذن المالك إلا إذا كان مأذونا في الاستقراض و قصد القرض"

عامل جنسی را در ذمه خود و برای خود خریده است و بعد از مال مضاربه اداء دین کرده است.

حکم بیع و مضاربه

سید می گوید شراء عامل صحیح است چون برای خود و در ذمه خودش خریده است و از اول قصد اداء دین از مال مضاربه هم نداشتید پس شراء صحیح است ولی مضاربه هم نیست.

این که قید زده است که از اول قصد اداء دین از مال مالک نداشته است بخاطر این است که صورت بعدی را خارج کند چون ممکن است کسی بگوید که اگر از اول قصد اداء دین از مضاربه داشته باشد مشکل دارد.

صور ضمان در این صورت

صورت ۱

یا ماذون در استقراض بودید. یعنی مالک به عامل اذن در قرض گرفتن سرمایه هم داده است که در این صورت هم شراء و هم اداء دین است ولی باز مضاربه ای در کار نیست.

وقتی ماذون در استقراض هستید دیگر به بایع بدهکار نیستید چون اداء دین به صورت صحیح اتفاق افتاده است.

صورت ۲

یا ماذون در استقراض نبودید که در این صورت هم مدیون به بایع است و هم مدیون به مالک است.

دین به بایع بخاطر این است که پول بایع را از مال مردم دادید و این در حکم عدم پرداخت ثمن است. مثل این که دزدی کند و ثمن را بدهد که مقروض به بایع محسوب می شود.

دین به مالک هم بخاطر این است که مال المضاربه را بلااذن تصرف کردید.

عامل ضامن است یعنی مالک می تواند به هر کدام که خواست رجوع کند. یعنی می تواند مستقیماً از بایع بگیرد و بایع به عامل رجوع کند و یا این که مالک به عامل رجوع کند.

• جلسه ۱۲۷ سه شنبه ۲۱ خرداد ۱۳۹۸

ادامه قسم ۳

گفتیم عامل ضامن است یعنی اگر عین مال موجود است، مالک باید به کسی رجوع کند که عین مال در اختیار اوست که احتمالاً بایع است و بایع به عامل رجوع می کند. برخی می گویند به عامل هم می توان رجوع کرد.

اگر عین مال تلف شده است، مالک باید به عامل رجوع کند.

قسم ۴

"الرابع كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء حتى يكون الربح له فقصد نفسه حيلة منه"

عامل کالا را به ثمن کلی، برای خودش خریده است و از ابتدا قرارش بر این بوده است که از مال مضاربه پرداخت کند.

قصد او مضاربه نبوده است. ثمن کلی بوده است. قصد اداء ثمن از سرمایه را داشته است.

این صورت هم ربطی به مضاربه که محل بحث است ندارد مثل صورت قبل.

حکم قسم ۴

احتمال ۱: صحت بیع و ضمان عامل

"و علیه یمكن الحكم بصحة الشراء و إن كان عاصيا في التصرف في مال المضاربة من غير إذن المالك و ضامنا له بل ضامنا للبائع أيضا حيث إن الوفاء بمال الغير غير صحيح"

بیع مشکلی ندارد چون قصد بیع داشته است نه مضاربه و این که قصد داشتید اداء ثمن از مال دیگری کنید ربطی به بیع ندارد چون ثمن بیع کلی بوده است.

البته عامل غاصب است و لذا هم ضامن هستید برای مالک و هم برای بایع به همان توضیحی که در صورت قبل گفتیم.

احتمال ۲: عدم صحت بیع

"و یحتمل القول ببطان الشراء لأن رضا البائع مقید بدفع الثمن و المفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح فهو بمنزلة السرقة كما ورد في بعض الأخبار: أن من استقرض و لم یکن قاصدا للأداء فهو سارق"

بیع باطل است چون از ابتدا قاصد بودید ثمن را از مال مضاربه بدهید و این یعنی از اول قصد داشتید که ثمن معامله را پرداخت نکنید. چون اداء ثمن از پول غصبی در حکم عدم پرداخت ثمن است.

چرا در صورت عدم قصد پرداخت ثمن، معامله باطل باشد؟ چون آن کسی که مثن را تملیک می کند در صورتی رضایت دارد که شما ثمن را بدهید و اگر قرار باشد ثمن را ندهید او راضی به این تملیک و انشاء نیست.

در صورت قبل، عامل قصد اداء ثمن را داشت و از ابتدا قرارش بر این نبود که از مال مضاربه بدهد و لذا در آن قسم، این وجه بطلان مطرح نمی شد.

موید بطلان

روایاتی داریم به این مضمون که "من استقرض و لم یکن قاصدا للاداء فهو سارق" این روایت اختصاص به قرض ندارد یعنی اگر بیع هم باشد حکم همین است. ملاک واحد است.

سید می گوید احتمال ۱ اوفق به قواعد است و احتمال ۲ اوفق به احتیاط است.

اشکال آقای خوئی

این وجه اوفق به احتیاط نیست؛ زیرا این روایات ضعیف السند هستند. حال که روایات از کار افتاد، اوفق به احتیاط نیست. ترجیحی برای وجه به بطلان نیست. به دیگر سخن این احتمال وجود دارد که عامل با این خرید و فروش مالک شده باشد. چگونه احتیاطی است که ممکن است حق عامل پایمال شود؟ پس نه احتیاط به لحاظ دلیل وجود دارد و نه به لحاظ مورد.

نقد بر نظر آقای خوئی

در فرض صحت، عامل مالک است و ضامن. در فرض بطلان، عامل مالک نیست و مبیع برای بایع است. سید می گوید چون احتمال فساد بیع وجود دارد، احتیاط در حکم به فساد است. معلوم نیست مال از ملکیت صاحبش خارج شده باشد. هر جا شک در صحت عقد کردیم، احتیاط در حکم به بطلان است. به دیگر سخن ما یقین نداریم اثری حاصل شده باشد که احتیاط به حکم به عدم اثر است. با «عقد مشکوک»، نمی توان آثار ملکیت صادر کرد.

احتمال ۳

"و یحتمل صحة الشراء و کون قصده لنفسه لغوا بعد أن کان بناؤه الدفع من مال المضاربة فإن البیع و إن کان بقصد نفسه و کلیا فی ذمته إلا أنه ینصب علی هذا الذی یدفعه فکان البیع وقع علیه و الأوفق بالقواعد الوجه الأول و بالاحتیاط الثانی و أضعف الوجوه الثالث و إن لم یستبعده الآقا البههانی"

این معامله، مضاربه است. درست است که عامل برای خویش خرید کرده است، اما از آنجا که قصد دارد از پول مالک پرداخت کند، کالا برای مالک است. قاعده این است که هر که پول دهد، کالا برای اوست.

سید این وجه را قبول نمی کند و می گوید مرحوم بهبهانی به این قول رفته است. نقد این است که خروج ثمن در جایی اثر ملکیت دارد که با اختیار وی باشد؛ نه در مانحن فیه که غیراختیاری است. همچنین اساساً از سوی مالک قصدی در کار نبوده است.

آری تفاوتش با غصب این است که در مانحن فیه، مالک اذن داده که با مال تجارت کند. به همین دلیل شاید بتوان گفت اذن و اختیار بوده است؛ اما مشکل این است که عامل برای خویش خرید کرده است.

• جلسه ۱۲۸ چهارشنبه ۲۲ خرداد ۱۳۹۸

ادامه قسم ۴

عامل کالایی را به صورت کلی فی الذمه برای خودش می خرد و از ابتدا قصد اداء ثمن از سرمایه را دارد.

احتمال ۱

صحت شراء

احتمال ۲

بطلان شراء

احتمال ۳

بیع و شراء برای مالک محقق می شود.

اشکال

عامل قصد بیع برای مالک را نداشته است و لذا نباید برای مالک رخ دهد.

مواردی مثال زده شد که بدون قصد، بیع برای مالک اتفاق افتاده است مثل این که زید وکیل بیع کتاب عمرو و خالد هست و کتاب را به قصد خالد می فروشد درحالیکه کتاب مال عمرو بوده است که می گویند برای عمرو

محقق می شود؛ ولی جواب آن این است که در این موارد، شما قاصد بیع برای مالک بوده اید فقط اشتباه در تطبیق داشتید. یعنی شما قصد شراء داشتید برای کسی که وکیل شراء او هستید ولی اشتباه در تطبیق کردید.

قسم ۵

"الخامس أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره"

عامل به صورت کلی فی الذمه کالایی را خریده است و اصلا ملتفت به این که برای خودش باشد و یا برای مالک نبوده است.

حکم قسم ۵

"و عليه أيضا يكون المبيع له و إذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصيا"

سید می گوید ظاهر حال هر خریداری این است که برای خودش می خرد. پس معامله و بیع برای عامل محقق می شود و لذا اگر اداء ثمن از سرمایه رخ دهد معصیت است.

برخی می گویند ظاهر حال است و برخی می گویند تا وقتی نیت وکالت و ولایت نباشد اصل این است که برای خودش است. این که برای دیگری بخواهیم بخریم نیاز به قید و قصد دارد. آن چه نیاز به تعیین دارد وکالت است نه اشتراء برای خودش.

ظاهر حال، نکته اثباتی است و این نکته نیت وکالت نکته ثبوتی است.

قسم ۶

سید به قسم ششم اشاره نکرده است ولی قسم ششم این است که عامل در حین معامله علی رغم التفات نه قصد خودش را بکند و نه قصد غیر را یعنی می گوید کالا را بخریم تا ببینیم چه می شود.

گاهی پدر اسباب بازی می خرد ولی حین شراء نمی داند برای کدام فرزندش می خرد و قصد دارد بعدا تعیین کند.^۱

حکم قسم ۶

۱. ظاهرا پدر برای خودش می خرد و سپس هبه می کند و فعلا برای هبه تصمیم نگرفته است.

ملکیت مهمل است یعنی معلوم نیست که مشتری کیست و ممکن است حکم به بطلان شود. این جا دیگر ظاهر حال و... نیست.

"و لو اختلف البائع و العامل في أن الشراء كان لنفسه أو لغيره و هو المالك المضارب يقدم قول البائع لظاهر الحال فيلزم بالثمن من ماله و ليس له إرجاع البائع إلى المالك المضارب"

اگر بائع و عامل اختلاف کنند و بائع می گوید برای خودت خریدی پس ثمن را بده و عامل می گوید برای مالک خریدم پس او ثمن را باید بدهد، قول بائع مقدم است یعنی شراء برای عامل است و لذا عامل باید ثمن را بدهد و عامل نمی تواند بگوید از مالک بگیر.

مساله ۱۳

مساله ۱۳ تا ۲۲ نسبت به موضوع واحدی است و تطبیقات یک قاعده کلی است و نکته تازه خاصی ندارد. "يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه و إلى تلك التجارة في مثل ذلك المكان و الزمان من العمل و تولى ما يتولاه التاجر لنفسه من عرض القماش و النشر و الطي و قبض الثمن و إيداعه في الصندوق و نحو ذلك مما هو اللائق و المتعارف"

عامل کالا را خریده است و وقتی کالا در دست اوست این کالا امانت است و تمام مقدمات حفظ آن را رعایت کند.

نکته

آیا عامل موظف به معامله کردن با سرمایه است؟

اگر عقد مضاربه، عقد اذنی باشد، عامل هیچ تعهدی نداده است بلکه مالک فقط اذن در معامله داده است ولی اگر عقد عهدی باشد، عامل باید معامله کند.

این اختلاف در مورد اصل معامله از سوی عامل است اما این مساله سید در مورد جایی است که اگر با مال المضاربه کالایی را خریدید باید حفظ کنید و دنبال مشتری بگردید و در این اختلاف نیست.

"و يجوز له استیجار من یكون المتعارف استیجاره مثل الدلال و الحمال و الوزان و الکیال و غیر ذلك و يعطى الأجره من الوسط"

"و لو استأجر فيما يتعارف مباشرة بنفسه فالأجره من ماله"

سید می گوید اگر نیاز به اجیر گرفتن باشد و متعارف باشد می تواند اجیر بگیرد ولو در عقد مضاربه تنصیب نشده باشد و اگر متعارف این است که خودش اجاره کند باید اجرت را از جیب خودش بدهد.

"و لو تولى بنفسه ما يعتاد الاستيجار له فالظاهر جواز أخذ الأجره إن لم يقصد التبرع و ربما يقال بعدم الجواز و فيه أنه مناف لقاعده احترام عمل المسلم المفروض عدم وجوبه عليه"

اگر متعارف است که عامل می تواند اجیر بگیرد ولی خودش آن کار را کرد می تواند اجرت بگیرد؟

سید می گوید اگر متبرع بوده است نمی تواند اجرت بگیرد ولی اگر متبرع نبوده است می تواند اجرت بگیرد.

سید می گوید اما برخی نظر دیگری دارند و می گویند اخذ اجرت جایز نیست چون عامل کسی را اجیر نکرده است اگر اجیر گرفته است و اجرت پرداخت کرده است، می تواند اجرت بگیرد و الا نمی تواند اجرت بگیرد.

اما سید معتقد است عمل بر عامل واجب نبوده است و عمل او محترم است لذا می تواند اخذ اجرت کند.

• جلسه ۱۲۹ شنبه ۲۵ خرداد ۱۳۹۸

مساله ۱۴: کسر هزینه های سفر

"قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك"

قبلا گفته بودیم که سفر تجاری عامل مشروط به اذن مالک است. اما فعلا سخن در هزینه های سفر تجاری ماذون است.

قول ۱: سید

"و معه فنفتته في السفر من رأس المال إلا إذا اشترط المالك كونها على نفسه"

سید می گویند هزینه های سفر از اصل سرمایه کم می شود.

تذکر ۱

البته مقصود کسر از سرمایه، کسر از سود در فرض سود و کسر از سرمایه در فرض عدم سود است که این را بعدا سید بحث می کند.

تذکر ۲

اگر شرط کرده باشند که هزینه ها از عامل باشد با عامل است.

قول ۲

"و عن بعضهم كونها على نفسه مطلقا و الظاهر أن مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل"

هزینه ها با عامل است. غذا خوردن و ... به مالک ربطی ندارد. چون بلاخره باید غذا می خوردی.

البته واضح است که اگر شرط کند که از مالک باشد، با عامل است.

قول ۳

"و ربما يقال له تفاوت ما بين السفر و الحضر"

هزینه های سفر با هزینه حضر مقایسه می شود و تفاضل سفر از سرمایه کسر می شود. در سفر غذا گران تر است و تفاضلش از مالک گرفته می شود و یا در حضر کرایه تاکسی است ولی در سفر پول هواپیما است که تفاضلش از مالک است.

دلیل قول ۱

سید می گوید هزینه های سفر از سرمایه است نه تفاضل آن. یعنی قول ۱ را پذیرفت.

"و الأقوی ما ذکرنا من جواز أخذها من أصل المال بتمامها من مآكل و مشرب و ملبس و مسکن و نحو ذلك مما يصدق عليه النفقة ففي (صحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن ع: في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه)"

امام ع فرمودند که مربوط به عامل است بلکه می گوید "فهو من جميع المال" که این رد قول دوم است و امام ع فرمودند که تفاضلش بلکه فرمودند "ما انفق في سفره" که این رد قول سوم است.

اگر این روایت نبود به عرف باید مراجعه می شد و شاید قول سوم را می گفتیم ولی روایت بر قول دوم وجود دارد و روایت صحیحه است و مشهور هم همین است.

اشکال به سید

اگر عرف و متعارفی باشد که قوی باشد در حکم اشتراط ضمنی است و این روایت، در مورد فرض اطلاق است نه اشتراط.

تذکر: مراد از "جميع المال" در روایت

تعبیر به کسر از سرمایه که فقهاء می گویند، دقیق نیست؛ یعنی مثلاً اگر سرمایه ۱۰۰ میلیون بوده است و سود ۲۰ میلیون است و هزینه ۱۰ میلیون است. اگر کسر از سرمایه بگویید این طور می شود که سرمایه ۹۰ میلیون می شود و سود ۲۰ میلیون است و تقسیم بر دو می شود و نتیجه این می شود که به مالک ۱۰ میلیون می رسد و او ۱۰۰ میلیون اولش را می گیرد یعنی هیچ سودی به او نمی رسد در حقیقت ولی عامل ۱۰ میلیون سود کرده است که این درست نیست. روایت می گوید کسر از جميع مال است یعنی سرمایه با سود می شود ۱۲۰ میلیون و با کسر هزینه ۱۱۰ میلیون می شود و سرمایه که کسر شد، ۱۰ میلیون سود می شود و به هر فرد ۵ میلیون سود می رسد.

بله اگر سودی در کار نباشد، هزینه ها از سرمایه کم می شود چون سودی در کار نیست و جميع المال خود سرمایه می شود.

پس تعبیر به کسر از سرمایه دقیق نیست مراد همان جميع المال روایت است البته شاید بگوییم مراد "کسر از سرمایه" که فقهاء می گویند بخاطر این بوده که تذکر دهند که عامل لازم نیست از پول دیگری کسر هزینه کند بلکه می تواند از خود سرمایه کسر هزینه کند یعنی پول بردارد ولی محاسبه طبق همان جميع المال است یعنی ۵ میلیون را می تواند از سرمایه ای که دستش است بردارد. لازم نیست آن را از پول سود بردارد.

"هذا و أما في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً إلا إذا اشترط على المالك ذلك"

در حضر، هزینه ها با عامل است چون قرار بر این است که عامل عمل کند. مگر این که شرط کند و یا این که هزینه ای است که تجارت متوقف بر آن است مثل هزینه باربری و سردخانه و...؛ ولی هزینه های شخصی از سرمایه کسر نمی شود.

این استثناء هزینه های تجارت در حضر را سید در این مساله نگفته است بلکه در مسائل دیگر می گوید.

مساله ۱۵

"المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج إليها في سفره و أجره المسكن و نحو ذلك و أما جوائزه و عطاياه و ضيافته و مصانعاته فعلى نفسه إلا إذا كانت التجارة موقوفة عليها"

مراد از نفقه و هزینه تمام ما يحتاج عامل است مثل خوراک و پوشاک و مرک و وسائلی که نیاز است همه هزینه سفر است و نیز مسکن ولی جوائز و هدیه و مهمانی هایی که می دهد بر خودش است مگر این تجارت متوقف بر این ها باشد که باز از سرمایه کسر می شود. ولی اگر سفر رفته است

سید به اطلاق صحیحہ علی بن جعفر تمسک کردند که "ما انفق فی سفره" ولی سوغاتی سفر که هزینه هر مسافری است را خارج کرده است از "ما انفق فی سفره" درحالیکه هم ما انفق است و هم مایحتاج است ولی ظاهراً سید به استناد انصراف این قید را زده است.

مساله ۱۶

"اللازم الاقتصار على القدر اللائق فلو أسرف حسب عليه نعم لو قتر على نفسه أو صار ضيفاً عند شخص لا يحسب له"

هزینه ها باید متعارف باشد پس اگر اسراف کرد مثلاً مقتضای تجارت و شأن او مسافرخانه است ولی هتل ۵ ستاره گرفته است که باید تفاضلش را خودش بدهد ولی اگر صرفه جویی کردید نمی توانید پول هتل را بدهید. نفقه فعلی شرط است نه بالقوه.

مساله ۱۷

"المراد من السفر العرفی لا الشرعی فیشمل السفر فرسخین أو ثلاثة كما أنه إذا أقام فی بلد عشرة أيام أو أزيد كان نفقته من رأس المال لأنه فی السفر عرفاً"

مراد از سفر، سفر عرفی است نه شرعی لذا اگر بیش از ۱۰ روز هم اقامت کردید سفر محسوب می شود هر چند که مسافر شرعی نیستید.

• جلسه ۱۳۰ یکشنبه ۲۶ خرداد ۱۳۹۸

ادامه مساله ۱۷

"نعم إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرج أو لتحصيل مال له أو لغيره مما ليس متعلقا بالتجارة فنفقته في تلك المدة على نفسه و إن كان مقامه لما يتعلق بالتجارة و لأمر آخر بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لو لا الآخر..."

اگر کسی سفر رفت و مساله ای برای خودش پیش آمد آیا هزینه های سفر را از خودش باید بدهد یا از سرمایه یا تقسیم می شود؟

صورت ۱

"فإن كان الأمر الآخر عارضا في البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة"

این کاری که حادث شده است امری بوده که عارض شده است و بالاستقلال علت سفر نبوده است که در این صورت هزینه ها با سرمایه است. مثلا سفر تجاری رفتید و شب که امور تجاری تعطیل است به کار خودتان می پردازید.

صورت ۲

"و إن كانا في عرض واحد ففيه وجوه ثالثها التوزيع و هو الأحوط في الجملة و أحوط منه كون التمام على نفسه"

هر کدام از این ها علت مستقل برای سفر باشند.

قول ۱: تقسیم شود.

حکم توزیع و تقسیم هزینه ها است؛ چون شما سفر را برای مضاربه و برای کار خودتان رفتید.

قول ۲: از عامل باشد.

سید می گوید احتیاط این است که تقسیم شود و احتیاط تام این است که عامل کل هزینه را بدهد.

قول ۳: کل هزینه ها از سرمایه است.

از عبارت سید استشمام می شود که عامل می تواند کل هزینه را از سرمایه بگیرد؛ چون خود تجارت علت مستقل بود یعنی اگر کاری نمی داشتید هم به این سفر می رفتید.

"و إن كانت العلة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزء من الداعي فالظاهر التوزيع"

مجموع علت سفر است یعنی دو کار علت ناقصه هستند.

در این صورت هزینه باید تقسیم شود؛ چون اگر کار خودتان نبود شما به سفر نمی رفتید بر خلاف حالت قبل.

نظر استاد

اطلاق دلیل لفظی یعنی صحیحه علی بن جعفر روشن نیست که ناظر به این موارد باشد. لذا ابتدائاً به عرف مراجعه می کنیم که آیا متعارفی در بین هست یا خیر؟ و اگر متعارفی نبود باید دید سیره عقلائیّه بر چه قائم است یعنی حکم عقلاء در این موارد چیست؟ و اگر این هم نشد باید صلح شود.

آقای خویی می گوید تقسیم و توزیع از خود صحیحه علی بن جعفر بدست می آید که می گوید "فی المضارب ما أنفق فی سفره" که عامل بخاطر تجارت سفر رفته است پس باید تقسیم شود.

"علی بن جعفر عن أخیه أبی الحسن ع: فی المضارب ما أنفق فی سفره فهو من جمیع المال فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصیبه"

ولی به نظر ما این مطلب، استظهار روشنی ندارد چون ممکن است مراد سفر مستقل باشد نه سفر ترکیبی. از روایت بدست نمی آید که سفر هم تقسیم و توزیع شود.

صور دیگری هم در مساله است که سید مطرح نکرد مثل این که از ابتدا قصد سفر تجاری نداشت و سپس در سفر تصمیم گرفت که برای مضاربه تجارت کند که در این موارد هم باید به عرف مراجعه کرد.

گاهی سفر تجاری می رود و منصرف از تجارت می شود که هزینه ها از خود عامل است ولی اگر سفر تجاری رفتید و حادثه ای رخ داد که همه مغازه ها بسته است که این جا پول از سرمایه است و یا این که تجارت محقق نشد بدون قصوری از عامل.

اگر عامل مریض شود در سفر هم در مساله ای مطرح می شود که این قصوری در عامل محسوب می شود و هزینه با خودش است و ...

"استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه فلو سافر من غير إذن أو في غير الجهة المأذون فيه أو مع التعدي عما أذن فيه ليس له أن يأخذ من مال التجارة"

اگر مالک در سفر اذن داده بود مطالبه هزینه را بحث شد اما اگر سفر مأذون نبود هزینه از سرمایه نیست.

عدم اذن سه صورت دارد:

صورت ۱: عدم اذن به اصل سفر

صورت ۲: اذن به اصل سفر است ولی جهت خاصی را تعیین کرده است.

صورت ۳: اذن به اصل سفر و جهت رعایت شده است اما بیش از قلمروی اذن عمل کردید.

دلیل

علت جواز کسر هزینه های سفر این است که اذن به سفر، اذن به لوازم آن یعنی هزینه ها هم هست ولی این جا اذن به سفر یا نبوده است و یا مقید بوده است.

"لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملا لآثنين أو أزيد أو عاملا لنفسه و غيره توزع النفقة و هل هو على نسبة المألين أو على نسبة العملين قولان"

هزینه ها به نسبت مال کسر می شود یا به نسبت عمل؟

من از دو نفر پول گرفتم یعنی دو مضاربه بوده است و من بخاطر آن دو مضاربه سفری رفتم.

مالکی که ۲۰ درصد مال برای اوست ممکن است عمل عامل برای او بسیار سنگین باشد ولی عمل عامل برای

مالکی که ۸۰ درصد مال برای اوست بسیار سبک بوده است. آیا هزینه ها به نسبت سرمایه ها کسر می شود یا

مهم زحمت عمل است؟

ممکن است عمل برای هر دو سرمایه با هم باشد یعنی عامل عمل مختص به مضاربه انجام نمی دهند.

قول ۱: مشهور می گویند ملاک، نسبت مال است ولی ظاهراً کلام مشهور ناظر به صورتی بوده است که عمل مختص وجود نداشته است.

قول ۲: آقای خوبی می گویند کسی قائل به نسبت عمل است و می گوید حرف خوبی است؛ چون کسی که سفر می رود اگر یک سرمایه دست او بود هم می رفت و اگر دو سرمایه دست او بود هم باز می رود که این توضیح آقای خوبی است برای نسبت عمل که به نظر ما این باز نسبت عملین نشد.

قول ۳: به نظر ما نسبت عمل مهم است. یعنی گاهی عمل برای یک سرمایه بیشتر است با این که سرمایه کمتر است که باید صاحب سرمایه کمتر هزینه بیشتری بدهد.

پس این که یک مضاربه باشد یا دو مضاربه و این که با این سرمایه ها یک کالا خریدید یا دو کالا و این که این کالا زمان بیشتری می طلبد در تقسیم هزینه تاثیرگذار است و حکم کلی چه از طرف مشهور و چه از طرف آقای خوبی اشتباه است.

• جلسه ۱۳۱ دوشنبه ۲۷ خرداد ۱۳۹۸

ادامه مساله ۱۹

"لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملاً لاثنتين أو أزيد أو عاملاً لنفسه و غيره توزع النفقة و هل هو على نسبة المالين أو على نسبة العملين قولان"

آقای خوبی می گویند مشهور و بلکه متسالم علیه نسبت مالین است ولی خودشان می گویند نسبت عملین درست است.

تقریب دیگری از کلام آقای خوبی ذیل مساله ۱۹ را گفتیم اما تقریب دومی هم هست که تفاوت یسیری دارند.

تقریب ۲

هزینه سفر ربطی به میزان سرمایه ندارد. افراد با سرمایه های متفاوت می روند. معنایش این نیست که هزینه ها بیشتر می شود چون عملش یکی است. در هزینه های سفر حجم پول دخالتی ندارد.

وجه اعتبار عمل در تقریب ۲ این است که می بینیم در مضاربه های مختلف هزینه واحد می کنند. عامل از کسی ۶۰ میلیون بگیرد و از دیگری ۳۰ میلیون بگیرد. در سفر برای مالکی که ۳۰ میلیون داده است، هزینه هواپیما نصف نمی شود.

وجه اعتبار عمل در تقریب ۱ این است که می بینیم در تجارت دو مال می گویند، عامل به همان اندازه ای برای او زحمت کشیده است برای ما هم زحمت کشیده است.

در تقریب دوم استناد به هزینه واحد بود و در تقریب اول استناد به ارزش عمل است.

نظر استناد

ما دیروز گفتیم که در این موارد تشخیص عرف و سیره و ارتکاز مهم است و تمام مباحثی که داریم تعیین عرف و سیره است.

در این مقام می توان گفت اگر مال مساوی است و عمل هم مساوی است، به لحاظ عدد افراد است مثلا دو سرمایه از دو نفر است و هزینه عملیات هم یکسان است که این جا اگر سه نفر بود تقسیم بر سه و اگر دو نفر بود تقسیم بر دو می شود.

اگر دو سرمایه ممزوج بشود و یک تجارت باشد و عمل هم واحد باشد، عرف می گوید بر اساس مقدار مال هزینه گرفته می شود.

اگر دو سرمایه از دو نفر در دو مضاربه باشد و یکی عمل بیشتری بطلبد، نسبت عمل ملاک است.

مسأله ۲۰

"لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح بل ينفق من أصل المال وإن لم يحصل ربح أصلا نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح و يعطى المالك رأس ماله ثم يقسم بينهما"

اگر تجارت سود آور هم نبود می توانید هزینه سفر را از مالک بگیرید یعنی باید از سرمایه کم کنید.

اصل مضاربه این است که عامل نباید هزینه کند.

البته اگر بعدا سودی حاصل شد، کسر هزینه از سود است و سرمایه به مالک داده می شود و سپس تقسیم می شود که توضیح این نکته ذیل روایت علی بن جعفر آمد که گفته کسر من جمیع المال است نه اصل سرمایه. تعبیر به کسر از سرمایه دقیق نیست.

به نظر ما نه تنها روایت من جمیع المال است نه از سرمایه بلکه سیره عقلائیه و ارتکاز عرفی هم همین است یعنی اگر ما باشیم و عرف و روایتی نباشد، ربح بعد از کسر هزینه و سرمایه حساب می شود. یعنی وقتی سرمایه و هزینه عملیات جدا می شود، بعد از آن هر چه ماند، سود می شود.

توضیح کسر از سرمایه

مثلا من ۱۰۰ میلیون به عامل دادم و ۱۰ میلیون هزینه داشته است و ۲۰ میلیون سود داشته است. هزینه را از سرمایه برمی داریم که می شود ۹۰ میلیون و سپس سود را تقسیم می کنیم یعنی به من ۱۰۰ میلیون می رسد و ۱۰ میلیون به عامل می رسد که این خلاف عرف و مرتکز عقلایی است.

توضیح کسر از جمیع المال

در مثال قبل، ۱۲۰ میلیون مال فعلی است. ۱۰ میلیون از آن هزینه است پس مال، ۱۱۰ میلیون است. بعد کنار گذاشتن سرمایه، ۱۰ میلیون تقسیم می شود و این یعنی ۱۰۵ میلیون به مالک می رسد و ۵ میلیون به عامل می رسد.

این عرفی است. فرض کنید مضاربه ای نیست و تاجری تجارت کرده است و ۱۰ میلیون هزینه بوده است و ۲۰ میلیون سود بوده است، می گویند چقدر سود کرده است؟ می گویند ۱۰ میلیون نه ۲۰ میلیون. یعنی سود بعد کنار گذاشتن سرمایه و هزینه است.

بله اگر سودی در کار نباشد از سرمایه کسر می شود که ضرر محسوب می شود.

وجه کسر از سرمایه

قائل به این که هزینه از سرمایه است یعنی کسر از سرمایه است، ممکن است بگوید این مطلب بخاطر این است که "الوضیعة علی المال و الربح بینهما" است و این هزینه، وضیعه است که بر صاحب مال است.

البته قائلی مشخص نمی شناسیم.

اشکال

شما می‌گویید مضاربه سود داده است و هزینه‌ها و ضایعه است که از مالک است درحالی‌که به این ضایعه نمی‌گویند. اگر مضاربه سود آور باشد با وجود هزینه به این اطلاق ضایعه نمی‌شود. "الوضیعه" یعنی در مضاربه سود نبوده است و ضرر بوده است نه این که سود باشد و ضایعه هم صادق باشد.

مسأله ۲۱

"لو مرض فی أثناء السفر فإن کان لم یمنعه من شغله فله أخذ النفقة و إن منعه لیس له"

اگر عامل در اثناء سفر مریض شد. اگر مریضی مانع کار او نشد هزینه سفر را می‌تواند بگیرد ولی اگر مریضی مانع کار شد دیگر هزینه سفر را نمی‌توان از مالک گرفت چون کاری برای مالک انجام ندادید.

بحث در هزینه درمان نیست بلکه سخن در هزینه سفر است.

"و علی الأول لا یكون منها ما یحتاج إلیه للبرء من المرض"

هزینه‌های درمان در فرض اول

اگر سفر تجاری برای مضاربه بوده است و عمل هم می‌کند برای مضاربه و مریضی ربطی به سفر نداشته است که هزینه از خود عامل است ولی اگر بخاطر این سفر، مریض هم شدید. آیا هزینه شامل درمان هم می‌شود یا خیر؟

کلام آقای حکیم

آقای حکیم این‌جا گفتند "ما انفق من جمیع المال" در روایت علی بن جعفر آمده است و "ما انفق" یعنی نفقه شرعی پس باید دید نفقه شرعی شامل درمان مریضی هم می‌شود یا خیر؟ نفقه شرعی در مورد همسر است و آن‌جا می‌گویند درمان هم از موارد نفقه است.

اشکال آقای خویی

به نظر ما کلام آقای خویی درست است که نفقه این‌جا ربطی به نفقه همسر ندارد. به عبارت دیگر، چیزی به نام نفقه شرعی به صورت کلی نداریم بلکه در هر بحثی باید به دلیل وجوب نفقه مراجعه کرد.

در بحث همسر، عبارت "یقیم ظهرها" دارد ولی این ربطی به عامل ندارد.

پس هزینه های درمان با خود عامل است.

• جلسه ۱۳۲ سه شنبه ۲۸ خرداد ۱۳۹۸

مسأله ۲۲

"لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه بخلاف ما إذا بقیت و لم تنفسخ فإنها من مال المضاربة"

بعدا می گوئیم اگر مالک فوت کند یا مجنون شود، مضاربه منفسخ می شود. حال در سفر تجاری خبر می رسد که مالک فوت کرد که مضاربه از بین می رود و لذا بازگشت از هزینه خود عامل است. یعنی تا آن لحظه هر چه هزینه شد از مالک است و بعد آن لحظه، هزینه با عامل است.

از طرفی مضاربه عقد جایز است و حال اگر فسخ حاصل شد، هزینه ها تا آن لحظه با مالک و پس از آن با عامل است.

نکته ۱

این کلام سید که گفتند هزینه های تا آن لحظه، با مالک است، مطلق است و شامل صورتی هم می شود که هزینه ها را عامل به صورت قرض از خودش داده است.

نکته ۲

رجوع در هزینه های بازگشت موضوعیت ندارد بلکه مهم هزینه های پس از موت است چون ممکن است بازگشت از سفر نیاز به یک روز اقامت دیگر هم داشته باشد.

اشکال آقای خوبی به سید

کلام سید مطلق بود یعنی با حصول فسخ ولو از مالک هزینه از عامل است؛ اما آقای خوبی می گویند قاعده مضاربه این است که عامل جز عمل هیچ هزینه ای نداشته باشد.

بله اگر فسخ از طرف عامل باشد هزینه با عامل است چون خودش اقدام کرده است ولی اگر عامل فسخ کند چرا عامل هزینه را پرداخت کند؟! عرف این فعل را اقدام عامل نمی دانند ولی فسخ عامل، عرفاً اقدام است.

وجه کلام سید

وجه ۱

آقایان وجهی برای کلام سید بیان نکردند و اشکال کردند اما به عنوان وجه کلام سید شاید بتوان گفت عامل اقدام به سفری کرده است که مربوط به عقد جایز بوده است که ممکن است هر لحظه فسخ شود و لذا گویا پذیرفتید که هزینه ها بعد فسخ با خودتان است.

وجه ۲

روایت علی بن جعفر می گفت وقتی حق اخذ هزینه از مالک را دارید که وصف مضارب را داشته باشید چون فرمود: "فی المضارب ما انفق فی سفره فهو من جمیع المال" و از لحظه ای فسخ و انفساخ صورت گرفت، دیگر مضارب صادق نیست چون مشتق حقیقت در متلبس در مبدا است.

عدم صدق مضارب ممکن است به فسخ خودتان باشد و ممکن است به فسخ مالک باشد.

اشکال اول استاد به سید

اشکال به وجه ۱

اگر عامل فسخ کرده باشد، اقدام صادق است ولی در صورت فسخ عامل و ... اقدام عامل صادق نیست عرفاً.

اشکال به وجه ۲

این وجه در فرضی تمام است که روایت علی بن جعفر مفهوم داشته باشد یعنی غیر مضارب حق ندارد از جمیع مال پول را بردارد ولی وصف مفهوم ندارد خصوصاً که غیر معتمد هم هست.

ان قلت

ذکر وصف مشعر به علیت است. پس بعد فسخ و انفساخ جواز اخذ هزینه از مالک نیست.

قلت

در حد اشعار است نه ظهور.

ان قلت

تناسب حکم و موضوع حکم می کند که اگر مضارب نبود هزینه از مالک نیست.

قلت

نفقات سفری که برای مضاربه است از مالک گرفته می شود نه نفقات سفری که برای مضاربه نیست. ولی این را نمی فهماند که اگر مضارب نبود نمی تواند از مالک بگیرد.

اشکال دوم استاد به سید

آقای خوبی تفصیل بین فسخ عامل و مالک را به عنوان اشکال به سید مطرح کرد ولی به نظر ما قبل از تفصیل ایشان، تفصیل دومی لازم است.

اگر فسخ و انفساخ قبل از تجارت باشد همین مباحث وجود دارد.

اگر فسخ و انفساخ بعد از تجارت باشد هزینه ها با مالک است؛ چون هزینه رفت و برگشت یک هزینه است. من که دارم می روم تهران، همین الان که دارد می رود به سفر، متصف به مضارب هست و همین الان هزینه برگشت بر عهده مالک شده است. من همین الان هزینه رجوع دارم.

نکته

مضارب کسی است که در عقد مضاربه است نه مثل حرفه و شغل و... که تلبس فعلی در آن ها مراد نیست.

اشکال به آقای خوبی

فارغ از تفصیل ما آقای خوبی در فسخ تفصیل دادند ولی در انفساخ تفصیل ندادند و در آن پذیرفتند انفساخ به هر دلیلی رخ داد عامل متحمل هزینه است درحالیکه طبق قاعده ای که می گوئید باید بگوییم قاعده این است که هزینه بر عامل نیست و در این موارد انفساخ عام اقدامی نکرده است کما این که به همین دلیل در فسخ مالک گفتید هزینه با عامل است چون قاعده عدم هزینه عامل است.

به عبارتی دیگر اگر در انفساخ که عامل اقدام نکرده است کلام سید را پذیرفتید که هزینه از عامل است پس در فسخ مالک هم باید بپذیرید که هزینه با عامل است.

اما به نظر ما که قاعده را قبول نداریم، هزینه برگشت به سیره و بناء عقلا بستگی دارد اگر اطلاق صحیحه علی بن جعفر این جا را نگیرد.

طبق سیره و عرف، در فسخ کلام آقای خوبی خوب است و عقلاء فرق می گذارند که عامل فسخ کرده است یا مالک ولی در انفساخ هم باید تفصیل داد که این انفساخ، به علتی از ناحیه مالک بوده است که باید هزینه را مالک دهد و اگر به علتی از ناحیه عامل باشد عامل باید هزینه را بدهد.

به نظر ما صحیحه علی بن جعفر اطلاق نسبت به این صورت ندارد و لذا ملاک عرف و سیره است.