

[بررسی فرمایش آیت الله هاشمی شاهرودی 1](#_Toc88073314)

[بررسی تطبیق قاعده بر بحث مضاربه 1](#_Toc88073315)

[کلام محقق حکیم مبنی بر قابل التزام نبودن مضمون روایت 2](#_Toc88073316)

[کلام محقق خویی 2](#_Toc88073317)

[بررسی شمولیت یا عدم شمولیت روایت نسبت به شرط خسارت 3](#_Toc88073318)

[کلام محقق سیستانی 3](#_Toc88073319)

[کلام شهید صدر 5](#_Toc88073320)

[تفاوت کلام شهید صدر با آیت الله گلپایگانی 6](#_Toc88073321)

[ثمره بین دو کلام مذکور 7](#_Toc88073322)

**موضوع**: قاعده حرمت ربح ما لا یضمن /حیل ربا /محرمات

**خلاصه مباحث گذشته:**

در جلسه گذشته به بررسی کلام محقق شاهرودی رحمه الله مبنی بر استفاده از روایت «نهی النبی عن ربح ما لم یضمن» پرداخته شد و تطبیقات مختلفی که ذیل این قاعده مطرح کرده بودند، بررسی شد. در این جلسه به بررسی تطبیق این قاعده بر مضاربه پرداخته می شود.

## بررسی فرمایش آیت الله هاشمی شاهرودی

بحث در قاعده نهی النبی عن ربح ما لم یضمن بود که محقق شاهرودی تفسیر کرده اند که انسان نمی تواند ربح مالی را که ضامن ثمن المسمی آن مال نیست به دست آورد. سپس قرض ربوی را نیز یکی از مصادیق همین ربح ما لم یضمن دانسته اند؛ به عنوان مثال وقتی کسی از شما چیزی قرض بگیرد و ببرد، شما وقتی ضامن ثمن المسمی نیستید سودش را نیز حق ندارید بگیرید[[1]](#footnote-1). به نظر ما این تفسیر خلاف ظاهر است ولی قبل از اینکه دلیل خلاف ظاهر بودن آن را بیان کنیم، یک تطبیقی که ایشان کرده اند را دنبال می کنیم.

## بررسی تطبیق قاعده بر بحث مضاربه

 ایشان فرموده اند: در روایت آمده است:

«رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ‌ قَيْسٍ‌ عَنْ‌ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ‌ السَّلاَمُ‌ قَالَ‌ إِنَّ‌ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ‌ عَلَيْهِ‌ السَّلاَمُ‌ قَالَ‌ : «مَنْ‌ ضَمَّنَ‌ تَاجِراً فَلَيْسَ‌ لَهُ‌ إِلاَّ رَأْسُ‌ الْمَالِ‌ وَ لَيْسَ‌ لَهُ‌ مِنَ‌ الرِّبْحِ‌ شَيْ‌ءٌ‌»[[2]](#footnote-2)

در نظر ایشان این روایت معتبره یکی از مصادیق همین نهی النبی عن ربح ما لم یضمن است. ما عرض کردیم که اینطور معنا کردن «من ضمن تاجرا» غیر عرفی است که گفته شود مثلا مالک ده ملیون تومان وقتی این پول را به عامل می دهد و عامل با آن پول یخچال می خرد، وقتی خود عامل قرار است بدهکار ثمن المسمی یخچال بشود، مالک حق سود گرفتن ندارد. ما عرض کردیم که انصافا من ضمن تاجرا این را نمی گوید. تضمین عامل مضاربه به این است که می گوید اصل پول باید حفظ شود و اگر تلف شد به عهده اوست. چه بسا قبل از خرید یخچال تلف می شود و متعارف این است که عامل یخچال را به عنوان وکیل صاحب سرمایه می خرد و صاحب سرمایه بدهکار می شود در عین حال می گویند که حق ندارد صاحب سرمایه که تضمین کند.

### کلام محقق حکیم مبنی بر قابل التزام نبودن مضمون روایت

محقق حکیم در مورد من ضمن تاجرا فرموده اند که مضمون آن قابل التزام نیست و موافق عامه است که الخراج بالضمان را مطرح کرده اند و مرادشان الربح بالضمان است و از نظر امامیه مقطوع البطلان است. این اشکال به نظر ما وارد نیست؛ چرا که در مورد عامل مضاربه شارع فرموده است اگر عامل مضاربه را تضمین کنید حق ندارید سودی بگیرید، این مطلب مقطوع البطلان نیست، چه اینکه شیخ طوسی و صاحب سرائر بدان فتوا داده است.

### کلام محقق خویی

 محقق خویی اشکال دیگری به این روایت کرده اند مبنی بر اینکه «مَنْ‌ ضَمَّنَ‌ تَاجِراً فَلَيْسَ‌ لَهُ‌ إِلاَّ رَأْسُ‌ الْمَالِ‌ وَ لَيْسَ‌ لَهُ‌ مِنَ‌ الرِّبْحِ‌ شَيْ‌ءٌ‌»[[3]](#footnote-3) در جایی است که شخص مال خود را به تاجر قرض بدهد اما شرط ضمان عند التلف کند، این مطلب صدق نمی کند که الان تاجر را تضمین کند، او صرفا شرط کرده که اگر تلف شد ضامن باشد و این خارج از مورد روایت است و باید بحث آن علی القاعده بررسی شود. علی القاعده نیز شرط ضمان به نحو شرط نتیجه باطل است ولی مبطل و مفسد عقد نیست؛ دلیل باطل بودن شرط این است که عامل مضاربه امین است و تضمین امین خلاف شرع است. اما اگر شما شرط تدارک خسارت کنید، اشکالی ندارد؛ زیرا شرط الفعل است[[4]](#footnote-4).

ما اشکال کردیم که «مَنْ‌ ضَمَّنَ‌ تَاجِراً فَلَيْسَ‌ لَهُ‌ إِلاَّ رَأْسُ‌ الْمَالِ‌ وَ لَيْسَ‌ لَهُ‌ مِنَ‌ الرِّبْحِ‌ شَيْ‌ءٌ‌»[[5]](#footnote-5)، ظهور در عقد مضاربه دارد و شرط ضمان معنایش این است که همین الان او را تضمین می کنید نه اینکه اگر تلف شد ضامن باشد. اگر تلف شد بدهکار است و باید خسارت بدهد ولی تضمین یعنی انشای ضمان همین الان موقع عقد مضاربه است. لذا «من ضمن تاجرا» ظهور در شرط ضمان در عقد مضاربه دارد و این منشأ می شود که صاحب سرمایه هیچ استحقاقی نسبت به سود پیدا نکند و ما محذوری نداریم که به این مطلب ملتزم شویم، همانطور که محقق سیستانی نیز درمنهاج فتوا داده اند.

## بررسی شمولیت یا عدم شمولیت روایت نسبت به شرط خسارت

بحث در این بود که حال که این را پذیرفتیم آیا شرط تدارک خسارت هم مشمول این روایت است یا خیر؟ محقق خویی فرموده اند که ما شرط ضمان را قبول نداریم ولی شرط تدارک خسارت را که شرط الفعل است قبول داریم؛ زیرا مشکلی ندارد در عقد مضاربه شرط فعل مباحی می شود و می گوییم اگر پول ما سوخت شما از جیب خودت به ما پول بده.

### کلام محقق سیستانی

محقق سیستانی که به این روایت من ضمن تاجرا عمل می کند و می گوید شرط ضمان باعث می شود که صاحب سرمایه نتواند از عامل سود بگیرد، فرموده است: اما شرط تدارک خسارت اشکالی ندارد. عبارت ایشان در منهاج اینچنین است:

«و لو اشترط المالك على العامل أن يكون شريكاً معه في الخسارة كما يكون شريكاً معه في الربح بطل الشرط، و لو اشترط أن يكون تمام الخسارة عليه فالأظهر صحة الشرط و لكن يكون تمام الربح للعامل أيضاً من دون مشاركة المالك فيه، و لو اشترط عليه أن يتحمل الخسارة بعضاً أو كلا أي يتداركها من ماله صح الشرط و لزم الوفاء به»[[6]](#footnote-6)

فرموده اند سه صورت برای بحث بیان می گردد

1. گاهی مالک بر عامل شرط تدارک خسارت می کند و می گوید اگر خسارتی بر من وارد شد از مال خودت به عنوان یک هبه جبران کن. اینجا شرط صحیح است و مانع از استحقاق صاحب سرمایه نسبت به سود نیست. یعنی من ضمن تاجرا شامل این فرض شرط تدارک خسارت نمی شود و در عین حال شرط صحیح است؛ زیرا منافاتی با اینکه بگوییم امین ضامن نیست ندارد.
2. فرض دوم این است که شرط ضمان نسبت به کل رأس المال کند به صورتی که بگوید اگر این سرمایه تلف شد، شما ضامن هستید؛ یعنی شما بدهکار ما می شوید؛ یعنی شرط اشتغال ذمه علی فرض التلف است. در این صورت طبق بیان محقق سیستانی مشمول «مَنْ‌ ضَمَّنَ‌ تَاجِراً فَلَيْسَ‌ لَهُ‌ إِلاَّ رَأْسُ‌ الْمَالِ‌ وَ لَيْسَ‌ لَهُ‌ مِنَ‌ الرِّبْحِ‌ شَيْ‌ءٌ‌»[[7]](#footnote-7) است؛ یعنی تمام ربح را عامل می برد و مالک حقی در ربح ندارد؛ بلی اگر مالش تلف شود عامل بدهکار نسبت به اصل مال است و اگر فوت کند ورثه عامل باید از ترکه بدهی او را بپردازند
3. فرض سوم این است که مالک شریک در خسارت شود؛ یعنی بگوید همانطور که در سود با هم شریک هستیم، در ضرر نیز با هم شریک باشیم. یعنی اگر ده ملیون ما تلف شد، حدأقل پنج ملیون را شما بده، به صورتی که شرط الفعل نباشد بلکه شرط الضمان باشد یعنی پنج ملیون را شما بدهکار باشید. در این صورت می فرماید شرط باطل است ولی عقد مضاربه مشکلی ندارد. پس فرض سوم این شد که شرط می کند که عامل با مالک در خسارت شریک باشند، اینجا شرط باطل است؛ یعنی نه مشمول «المومنون عند شروطهم» است؛ زیرا شرط خلاف شرع است و نه مشمول «من ضمن تاجرا» است که می گفتیم مالک دیگر حق سود ندارد؛ زیرا ظاهر «من ضمن تاجرا» ضمان نسبت به اصل رأس المال است. اگر شرط کند که عامل شریک در خسارت باشد، این شرط باطل است ولی لطمه ای به اصل عقد مضاربه و سود گرفتن مالک از این مضاربه نمی زند؛ زیرا علی القاعده مثل محقق خویی برخورد کرده اند و فرموده اند شرط چون خلاف «الأمین لایضمن» است، فاسد است. عقد مضاربه نیز صحیح است به خاطر عمومات عقد مضاربه که شامل مقام می شود و شرط فاسد مفسد عقد نیست.

ثمرات این فروض نیز فرق می کند؛ مثلا در فرض اول که شرط تدارک خسارت است، اگر عامل کوتاهی کرد تا وفات کند، صاحب سرمایه نمی تواند سراغ ورثه عامل برود؛ زیرا تکلیف محض است، مثل همین ضمان هایی که در بانک ها انجام می شود. ضمانت تکلیف محض است. ضامن وقتی طول بدهد تا وقتی که فوت کند، او تعهد داشته است و بدهکار نشده است، لذا وقتی از دنیا رفت، ورثه او تعهدی نداشته اند. برخلاف محقق خویی که می فرماید همین که وام گیرنده از ادای دین امتناع می کند، به صورت اتوماتیک ضامن بدهکار می شود و اگر از دنیا برود از اموال وی جدا می شود؛ زیرا خاصیت ضمان عقلایی این است که انشاء بدین گونه بوده است که اگر او نداد من بدهکار می شوم. البته ما این مطلب ایشان را قبول نداریم.

بنابراین محقق سیستانی «من ضمن تاجرا» را شامل فرض تدارک خسارت ندانسته اند. محقق هاشمی نیز با اینکه در کتاب قرائات روایت مذکور را خوب معنا نکردند، ولی در منهاج همین مطلب محقق سیستانی را آورده اند که شرط ضمان صحیح است و باعث می شود که صاحب سرمایه از سود بهره نبرد اما اگر شرط تدارک خسارت کند، هم شرط او صحیح است و هم مانع از سود بردن صاحب سرمایه نیست.

### کلام شهید صدر

شهید صدر رحمه الله این بحث را در دو کتاب البنک اللاربوی و منهاج مطرح کرده اند. در البنک اللاربوی می فرمایند: اگر علی القاعده بخواهیم بحث کنیم، شرط ضمان بر عامل مضاربه اشکالی ندارد و هیچ مانع از استحقاق صاحب سرمایه نسبت به سود نیست؛ چرا که دلیلی که امین را ضامن نمی داند، مرادش امین مطلق است. وقتی شما بر عامل مضاربه شرط ضمان کردید دیگر امین مطلق نیست. بنابراین آنجا که شرط ضمان نیست امین مطلق است مانند ودعی که مطلق است، اما مستأجر را می توان شرط ضمان کرد؛ زیرا گرچه امین است و ید او امانی است و عدوانی نیست، ولی وقتی می گوییم این خانه را به شرط ضمان به شما اجاره می دهیم، اشکالی ندارد؛ زیرا امین مطلق نیست و از روایات استفاده شده است که شرط ضمان اشکال ندارد. بنابراین در نظر ایشان انسان ودعی امین مطلق است ولی مستأجر امین مطلق نیست و شرط ضمان بر وی اشکال ندارد. شاید دلیل این مطلب این باشد که ودعی امین محض است و اصلا نفعی نمی برد غیر از اینکه مال شما را به امانت نگه می دارد برخلاف مستأجر که امین محض نیست و از اجاره بردن نفعی می برد؛ لذا می توان بر او شرط ضمان کرد.

تاکنون بحث علی القاعده بود، و لکن ایشان می فرماید در مورد مضاربه روایت معتبره می گوید «مَنْ‌ ضَمَّنَ‌ تَاجِراً فَلَيْسَ‌ لَهُ‌ إِلاَّ رَأْسُ‌ الْمَالِ‌ وَ لَيْسَ‌ لَهُ‌ مِنَ‌ الرِّبْحِ‌ شَيْ‌ءٌ‌»[[8]](#footnote-8) و ما باید ملتزم به این روایت شویم. سپس این نکته را مطرح کرده اند که آیا می توان گفت فقط این روایت شرط ضمان بر عامل را باعث محروم شدن مالک از ربح می داند و شرط تدارک خسارت را مانع نمی داند؟ جواب می دهد که عرف شرط تدارک خسارت را نیز نوعی تضمین می داند و «من ضمن تاجرا» را صادق بر شرط تدارک خسارت می داند. بلی، اگر شما شخص ثالثی مثل شرکت بیمه را ضامن بکنید، اشکالی ندارد، اما اینکه خود عامل را بخواهیم تضمین کنیم ولو به نحو شرط تدارک خسارت، این عرفا تضمین است و وقتی تضمین به معنای عرفی شد، روایت شامل آن می شود. تعبیر ایشان چنین است:

«والظاهر من هذه الرواية هو أنَّ‌ فرض شيءٍ‌ من الربح لمالك المال مع فرض الضمان على العامل لا يجتمعان في الشريعة. وقد يحمل قوله: «من ضمَّن تاجراً» على الإقراض، حيث إنّ‌ الإقراض هو التمليك على وجه الضمان، فيدلّ‌ حينئذٍ على أنّ‌ الإقراض يوجب عدم استحقاق المقرِض لشيء؛ إذ يكون الشيء رباً حينئذٍ، لا أنّ‌ فرض الضمان بأيِّ‌ وجهٍ‌ يوجب ذلك. ولكنّ‌ هذا الحمل وإن كان ممكناً في نفسه إلّاأ نّه خلاف ظاهر الرواية، فإن مقتضى إطلاقها أنّ‌ كلّ‌ ما يصدق عليه أ نّه تضمين للمال عرفاً لا يجتمع مع استحقاق المالك لشيءٍ‌ من الربح شرعاً، فيشمل التضمين بغير الإقراض، أي التضمين بالشرط، بل قد يدّعى شموله لموارد اشتراط التدارك بنحو شرط الفعل، لا شرط النتيجة أيضاً؛ لأنّه وإن لم يكن تضميناً بالمعنى الدقيق إلّاأ نّه ممّا يشمله العنوان عرفاً، فيقال عن المالك الذي اشترط على عامل المضاربة أن يدفع من ماله ما يساوي الخسارة إذا وقعت: إنّه ضمّنه»[[9]](#footnote-9)

انصافا این بیان عرفی است و نظر ما نیز همین است که شرط تدارک خسارت بر عامل مضاربه مصداق تضمین بر وی است و معتقدیم که این منشأ می شود که صاحب سرمایه از سود هیچ بهره ای نبرد. حال کلام ایشان در منهاج را ملاحظه فرمایید:

محقق حکیم در منهاج می فرمایند:

«ملك العامل الحصّة بالظهور، ولا خسران عليه بدون التفريط، وإذا اشترط عليه تحمّل الخسران لم يصحَّ‌ الشرط، وفي بطلانها بذلك إشكال»[[10]](#footnote-10)

شهید صدر در حاشیه منهاج فرموده اند:

«الظاهر صحة الشرط وبطلان المضاربة، فيصير الربح كلّه للعامل كما في القرض»[[11]](#footnote-11)

یعنی اگر سرمایه سوخت خسارت را عامل تحمل کند. قدر متیقن ایشان شرط نتیجه است ولی با عبارتی که از البنک الربوی خواندیم ممکن است گفته شود نظر ایشان این است که شرط خسارت نیز داخل در همین مطلب است.

#### تفاوت کلام شهید صدر با آیت الله گلپایگانی

دقت شود که تعبیر ایشان مبنی بر بطلان مضاربه با تعبیر آیت الله گلپایگانی تفاوت دارد؛ چرا که آیت الله گلپایگانی قائل است که مضاربه منقلب به قرض می شود ولی شهید صدر می فرمایند «کما فی القرض» یعنی از این حیث حکم قرض را دارد که صاحب سرمایه حق ندارد سودی بگیرد، نه اینکه کل رأس المال ملک عامل شود و جنس هایی که می خرد برای خود عامل باشد و بدهکار به صاحب سرمایه باشد. کلام آیت الله گلپایگانی در حاشیه بر کلام سید یزدی است:

مرحوم سید در عروه می فرماید:

«إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح أو اشترط ضمانه لرأس المال ففي صحته وجهان أقواهما الأول لأنه ليس شرطا منافيا لمقتضى العقد كما قد يتخيل بل إنما هو مناف لإطلاقه إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك و عدم ضمان العامل إلا مع التعدي أو التفريط»[[12]](#footnote-12)

صاحب عروه می گوید اقوی این است که شرط ضمان هم صحیح است زیرا شرط منافات با مقتضای عقد نیست، بلکه منافی با اطلاق عقد است. همان که شهید صدر نیز می فرمود. بنابراین شرط ضمان را ایشان اشکال نمی کند.

محقق گلپایگانی در حاشیه فرموده اند:

«مشكل بل إذا اشترط أن تكون الخسارة على العامل انقلبت قرضا و تمام الربح للعامل للنص المعمول به»[[13]](#footnote-13)

به نظر ما نه ظاهر من ضمن تاجرا این است و نه شهید صدر و محقق سیستانی این مطلب را می گویند. این ها می گویند که در حکم قرض است و حق سود گرفتن ندارد.

#### ثمره بین دو کلام مذکور

 سوال می شود که آیا این مضاربه اثر عقلایی دارد؟ جواب مثبت است؛ زیرا اگر اصل مال تلف شود عامل بدهکار می شود و اگر سود کند سود ها برای خودش است. اثر قرض این بود که یخچال ها برای عامل می شد لذا اگر سود هم نکند، عامل می گوید یخچال ها برای من است و به مالک نمی دهم. صرفا پولش را بدهکار هستم. اما طبق نظر صحیح که محقق سیستانی و شهید صدر قائل هستند و ما این نکته را نیز اضافه کردیم که أعم از شرط ضمان و شرط خسارت است[[14]](#footnote-14)، این منشأ می شود که اگر یخچال سود نداشته باشد برای مالک است و سود هم داشته باشد، یخچال به اندازه رأس المال برای مالک است برخلاف قرض که یخچال برای عامل است. نتیجه ی انقلب قرضا این است که پول برای عامل است و اصلا می تواند یخچال نخرد ولی در فرضی که قرض نشود باید حتما یخچال بخرد لکن سودی به مالک نمی رسد.

1. . قراءات فقهیة معاصرة، جلد: ۲، صفحه: ۲۲۴. [↑](#footnote-ref-1)
2. [من لا یحضره الفقیه، شیخ صدوق، ج3، ص228.](http://lib.eshia.ir/11021/3/228/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%84) [↑](#footnote-ref-2)
3. [من لا یحضره الفقیه، شیخ صدوق، ج3، ص228.](http://lib.eshia.ir/11021/3/228/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%84) [↑](#footnote-ref-3)
4. [موسوعة الامام الخوئی، السید أبوالقاسم الخوئی، ج31، ص36.](http://lib.eshia.ir/71334/31/36/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%82%D8%A7%D9%85)« فإنّها واردة في التضمين من أوّل الأمر، لا اشتراط الضمان عند التلف الذي هو محلّ‌ كلامنا». [↑](#footnote-ref-4)
5. [من لا یحضره الفقیه، شیخ صدوق، ج3، ص228.](http://lib.eshia.ir/11021/3/228/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%84) [↑](#footnote-ref-5)
6. [منهاج الصالحین، السید علی السیستانی، ج2، ص179.](http://lib.eshia.ir/15316/2/179/%D8%AA%D9%85%D8%A7%D9%85) [↑](#footnote-ref-6)
7. [من لا یحضره الفقیه، شیخ صدوق، ج3، ص228.](http://lib.eshia.ir/11021/3/228/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%84) [↑](#footnote-ref-7)
8. [من لا یحضره الفقیه، شیخ صدوق، ج3، ص228.](http://lib.eshia.ir/11021/3/228/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%84) [↑](#footnote-ref-8)
9. . موسوعة الشهید السید محمد باقر الصدر، جلد: ۴، صفحه: ۲۰۳. [↑](#footnote-ref-9)
10. . منهاج الصالحین، حکیم، ج 2 ص 161. [↑](#footnote-ref-10)
11. . موسوعة الشهید السید محمد باقر الصدر، جلد: ۱۴، صفحه: ۱۸۴. [↑](#footnote-ref-11)
12. . العروة الوثقی (أعلام العصر، مؤسسة الأعلمي)، جلد: ۲، صفحه: ۶۴۶. [↑](#footnote-ref-12)
13. . العروة الوثقی (أعلام العصر، مؤسسة الأعلمي)، جلد: ۲، صفحه: ۶۴۶. [↑](#footnote-ref-13)
14. . استاد فرمودند: آیت الله فیاض نیز این قید را اضافه کرده اند. [↑](#footnote-ref-14)