



مرکز مدیریت حوزه های علمیه

رساله علمی سطح ۳

موضوع رساله:

بررسی فقهی صور تنازع عامل و مالک در مضاربه

استاد راهنما: حجت الاسلام والمسلمین ابوالقاسم رشید پور

استاد مشاور: حجت الاسلام والمسلمین رضا حیدری

محقق: منصور حبیبی پور

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقدیم :

این اثر ناچیز را تقدیم می کنم :

به قطب دایره امکان ، حضرت ولیعصر (عجل الله تعالی فرجه الشریف) و به روح پرفتوح حضرت امام خمینی (ره) که ما را در مسیر اسلام ناب محمدی (صلی الله علیه و آله) رهنمون ساختند.

به محضر اساتید معظم ، که اندک اندوخته علمی خود را مدیون تلاش و زحمات آنان هستم.

به والدین بزرگوارم که هدایتگر و مشوق من در راه کسب علم دین بودند.

به همسر مهربانم که با همدلی و همراهی خود مرا یاری نمودند.

سپاس :

برخود لازم می دانم مراتب تقدیر و تشکر را ابتدا از زعیم حوزه های علمیه خوزستان حضرت آیت الله موسوی جزایری (دام عزه) و اساتید معظم حجت الاسلام و المسلمین رشید پور و حجت الاسلام و المسلمین حیدری اعلام دارم چرا که در نتیجه هدایت ، ارشاد و راهنمایی های بی دریغ این بزرگواران این رساله به رشته تحریر در آمد.

چکیده

عنوان این رساله «بررسی فقهی صور تنازع بین عامل و مالک در مضاربه» است. مضاربه یکی از قدیمی ترین راه های تجارت و حصول سود بوده و در جامعه اسلامی نیز کاربرد فراوانی داشته است. یکی از مباحث مهمی که در این معامله مطرح بوده این است که، عامل و مالک در چه صورت هایی از معامله اختلاف می نمایند؟ و اساسا در این نزاع ها حق با کدام یک است؟ هدف از این رساله تبیین صورتهای اختلاف عامل و مالک و حکم هر یک از صورت ها است. این صور در ضمن ۱۵ فرع فقهی و تحت ۳ عنوان اصلی اختلاف در اصل عقد مضاربه، اختلاف در نوع عقد، اختلاف در جزئیات، طرح و حکم هر کدام مشخص گردیده است. می توان نتایج این صور را این گونه بیان نمود، در مواردی که هر یک از طرفین منکر باشد قول او مقدم است. در صورت هایی که هر کدام مدعی باشند تحالف جاری است. در اموری که هر کدام مدعی صحت هستند قول او پذیرفته می شود. در مواردی که عامل امین است قول او مقدم است. با وجود نگاشته شدن کتب بسیاری در زمینه مضاربه مانند المقنعه، المبسوط فی فقه الامامیه، شرایع الاسلام و ... مسئله تنازع عامل و مالک هنوز چارچوب معین و وضعیت مطلوب خود را به دست نیاورده و هنوز «حکم نهایی» از صور تنازع عامل و مالک بیان نشده است. بنابراین در این پژوهش با روش کتابخانه ای و تحلیل محتوای کیفی، به بررسی این مسئله پرداخته شده و سعی شده دسته بندی جدید و منطقی نسبت به مسئله صور تنازع عامل و مالک در مضاربه ارائه و تبیین گردد.

کلید واژه : عامل مضاربه، مالک مضاربه، صور تنازع مضاربه، اختلاف اصل مضاربه، اختلاف نوع

عقد، اختلاف جزئیات مضاربه، امین

فهرست مطالب

۱	مقدمه
۶	فصل اول: مفاهیم
۶	گفتار اول: مضاربه در لغت و اصطلاح
۱۰	گفتار دوم: فرق مضاربه با قرض و ابضاع
۱۳	گفتار سوم: مفاهیم مرتبط
۱۳	عامل و مالک:
۱۴	مدعی و منکر:
۱۶	تلف و اتلاف:
۱۸	تعدی و تفریط:
۲۰	فصل دوم: کلیات
۲۰	گفتار اول: ادله مشروعیت مضاربه
۲۲	ادله اربعه
۲۲	آیات:
۲۳	روایات:
۲۵	اجماع:
۲۵	گفتار دوم: جواز یا لزوم مضاربه
۲۵	الف: ادله قائلین به جواز
۲۹	ب: ادله قائلین به لزوم
۳۰	گفتار سوم: بررسی اختصاص یا عدم اختصاص مضاربه به تجارت
۳۴	گفتار چهارم: عدم ضمان عامل
۴۵	بخش دوم: صورت های اختلاف عامل و مالک
۴۶	فصل اول: اختلاف در اصل عقد

- گفتار اول: ادعای مضاربه و انکار دیگری ۴۶
- گفتار دوم: اختلاف در صحت و بطلان ۴۷
- گفتار سوم: اختلاف در فسخ عقد ۴۷
- فصل دوم: اختلاف در نوع عقد ۴۸
- گفتار اول: اختلاف در مضاربه و ابضاع ۴۸
- مسئله اول: مالک مدعی ابضاع و عامل مدعی مضاربه ۴۸
- مسئله دوم: اختلاف در مضاربه فاسد و ابضاع ۵۴
- گفتار دوم: اختلاف در قرض و مضاربه ۵۶
- مسئله اول: مالک مدعی قرض و عامل مدعی مضاربه ۵۶
- مسئله دوم: مالک مدعی مضاربه و عامل مدعی قرض ۵۸
- مسئله سوم: اختلاف در مضاربه فاسد و قرض ۶۲
- فصل سوم: اختلاف در جزئیات ۶۴
- گفتار اول: اختلاف در سرمایه ۶۴
- مسئله اول: اختلاف در اصل سرمایه ۶۴
- مسئله دوم: ادعای تلف عامل و انکار مالک ۶۷
- مسئله سوم: اختلاف در بازگرداندن رأس المال ۷۳
- گفتار دوم: اختلاف در مقدار سهم عامل ۸۵
- گفتار سوم: اختلاف در مقدار سود حاصل شده ۸۸
- گفتار چهارم: اختلاف در شرط مباشرت ۸۹
- مسئله اول: مضاربه ای دیگر بدون اذن مالک ۸۹
- گفتار پنجم: ادعای خیانت یا کم کاری یا عدم رعایت عامل ۱۰۴
- مسئله اول: ادعای افراط و تفریط عامل ۱۰۴

- مسئله دوم: عمل نکردن به شروط مالک ۱۰۷
- مسئله سوم: عمل بدون اذن مالک ۱۰۸
- نتیجه گیری ۱۰۹
- منابع و مأخذ ۱۱۰

مقدمه

سپاس بی کران پروردگار یکتا را که هستی مان بخشید و به طریق علم و دانش رهنمونمان شد و به همنشینی رهروان علم و دانش مفتخرمان نمود و خوشه چینی از علم و معرفت را روزیمان ساخت.

سپاس و ستایش خدای را جل و جلاله که آثار قدرت او بر چهره روز روشن، تابان است و انوار حکمت او در دل شب تار، درفشان. آفریدگاری که خویشتن را به ما شناساند و درهای علم را بر ما گشود و عمری و فرصتی عطا فرمود تا بدان، بنده ضعیف خویش را در طریق علم و معرفت بیازماید.

سلام و صلوات بر اشرف انبیاء، ختم رسل، پیامبر مهربانی ها حضرت محمد مصطفی (ص) و همچنین اهل بیت عصمت و طهارت (ع) که خدای متعال منت نهاد و ما را از پیروان این خاندان قرار داد.

بیان مسئله:

مضاربه در بخش معاملات فقه در شمار یکی از عقود اسلامی مورد بحث است و جزء آن قراردادهایی است که توسط عقلای عالم وضع شده و از طرف شارع نیز ردع نشده است. مضاربه معامله پر کاربردی است که با رواج بانکداری اسلامی توجه بیشتری به آن شده است.

مضاربه به این قرار است که صاحب مال مقداری پول در اختیار عامل قرار می دهد تا با آن تجارت کند و سود حاصل را بر اساس قراردادی که با هم دارند به نسبت خاصی بین هم تقسیم نمایند. در این معامله گاهی میان مالک و عامل نزاع و اختلافاتی پیش می آید. اما خلأ موجود این است که ملاک معین و شفافی در تعیین حق هر یک از طرفین وجود ندارد و هر کدام از فقها بر اساس مبانی و استدلالات، فتاوی مختلفه داده اند. این اختلاف در فتاوا سبب سردرگمی در اعطاء حق به صاحب حق واقعی گردیده است.

اکنون پرسش ما این است که ملاک در تعیین صاحب حق در صورت تنازع عامل و مالک از نگاه فقه

چیست؟

باید بیان نمود که این مسئله در علوم فقه، حقوق، اقتصاد، از زوایا و نگاه های گوناگون در خور تحقیق و بررسی است. علم حقوق درباره حقوق افراد از جهت مالی و انسانی بحث می کند و اینکه هر کس به حق خودش برسد. مضاربه نیز از آن مستثنی نیست بنابراین می توان از حقوق مالک و عامل و کیفیت سهام این دو بحث کرد بنابراین مضاربه بُعد حقوقی پیدا می کند. از آن حیث که عمده مسائل اقتصادی حول

تولید و توزیع و مصرف رشد و توسعه می گردد و مضاربه هم یک عمل توزیعی است. در نتیجه از مسائل اقتصادی به شمار می رود و از آن جهت که به حلیت و حرمت فعل عامل و مالک می پردازد در علم فقه مورد بررسی قرار می گیرد. اما این رساله فقط به بررسی دیدگاههای برخی از فقهای شیعه پرداخته است.

اهمیت و ضرورت

بررسی صور تنازع عامل و مالک یکی از مباحث مهم عقد مضاربه بوده و نقطه مهمی در رفع بسیاری از اختلافات است. استقرا و تبیین این صورتهای و بیان حکم آنها در عصر حاضر - که بانکداری اسلامی و رواج معاملات بدون ربا مورد توجه بیشتری قرار گرفته است - می تواند در عرصه های فقهی، حقوقی، اقتصادی، ما را به نتایج مؤثری رهنمون کند. این صورتهای به شکل پراکنده در برخی از منابع ذکر شده است. جمع آوری این صورتهای و تمقیح حکم آنها اثر جدیدی می طلبد که این نوشتار در پی پر کردن این خلأ است.

سوال اصلی :

حکم فقهی صور تنازع عامل و مالک در عقد مضاربه چیست؟

سوالات فرعی :

- ۱- حکم فقهی صور اختلاف عامل و مالک در عقد مضاربه از لحاظ اصل وقوع عقد چیست؟
- ۲- صور اختلاف عامل و مالک در عقد مضاربه از حیث تعیین نوع عقد دارای چه احکامی است؟
- ۳- حکم فقهی صور اختلاف عامل و مالک در عقد مضاربه از جهت جزئیات مضاربه چیست؟

پیشینه

موضوع اختلاف عامل و مالک در عقد مضاربه موضوعی است که از قدیم الایام تا کنون فقها در کتب فقهی خود به بحث و بررسی در رابطه با آن پرداخته اند و از جمله آنها می توان به المقنعه شیخ مفید (متوفی ۴۱۳ ه ق) و المبسوط فی فقه الامامیه شیخ طوسی (متوفی ۴۶۰ ه ق) و شرایع الاسلام محقق حلی (متوفی ۶۷۶ ه ق) و... اشاره نمود. ولی در این زمینه پس از جست و جوی زیاد پایان نامه یا مقاله در این

خصوص یافت نشد. از این جهت با توجه به اهمیت و کاربردی بودن آن در صدد شدیم به آن بپردازیم. لذا با توجه به اهمیت مضاربه و کثرت ابتلای به آن بررسی دیدگاه های شیعه از اهمیت ویژه ای برخوردار است و اکثر نویسندگانی که در این حوزه قلم فرسایی نموده اند مسئله اختلاف عامل و مالک را جزء آخرین مسائل مطرح کرده و بعضی از آنها نیز به صورت خلاصه یا گذرا به آن پرداخته اند و یک نوشته شفاف و مستقل در رابطه با اختلاف عامل و مالک در عقد مضاربه آن هم با بررسی مهم ترین مستندات عقلی و نقلی وجود ندارد لذا شاید بتوان گفت امتیاز این پژوهش، بررسی مهم ترین مستندات عقلی و نقلی مسئله و مشتمل بودن بر آ حضرت آیت الله موسوی جزایری است.

فرضیه ها

- ۱- در مواردی که هر یک از عامل یا مالک منکر باشند یا قولشان موافق اصل باشد کلام او حجت است.
- ۲- در صورتی که هر کدام از طرفین موافق اصل ادعا نمایند، قول او پذیرفته می شود.
- ۳- در مواردی که هر یک از عامل یا مالک بینه اقامه نماید، کلام وی قبول می گردد.
- ۴- در صورتی که عامل امین باشد، ضامن نیست.

اهداف و کاربرد های تحقیق

اهداف این رساله عبارتند از: تبیین صورتهای اختلاف عامل و مالک، دسته بندی صورتهای براساس نوع اختلاف، توضیح استدلالهای فقها در مباحث.

از این رساله ممکن است مسئولان دستگاه قضا، و بانک مرکزی استفاده نمایند.

روش تحقیق :

تحقیق حاضر از نظر روشی تحلیل محتوای کیفی بوده و تمام صور تنازع را در متون معتبر ابتدا استقراء نمودیم و سپس آنها را در چند مقوله طبقه بندی کردیم. پس از مقوله بندی در چند محور اصلی تنازع در اصل عقد، تنازع در نوع و تنازع در جزییات را بحث می نماییم. باید بیان نمود از حیث منبع نیز، اسناد و مدارکی است.

بخش اول:

مفاهیم، کلیات

فصل اول: مفاهیم

گفتار اول: مضاربه در لغت و اصطلاح

در این گفتار ابتدا به بیان تعریف لغویین و پس از آن به ذکر تعاریف فقها از مضاربه و نقد و بررسی آنها پرداخته خواهد شد.

مضاربه در لغت:

الف: ابن منظور: « مضاربه همان قراض است و آن عبارتست از اینکه شخصی، آنچه که صلاحیت تجارت با آن هست را از مالک دریافت کند و تجارت نماید سپس سود میان هر دو تقسیم گردد. گویا مضاربه از کلمه ضرب در زمین برای جستجوی رزق و روزی مشتق گردیده است. خدای متعال می فرماید: «و گروهی به جستجوی فضلی از خداوند زمین را زیر پا می گذارند». بر قیاس این معنا، به عامل، ضارب گفته می شود. زیرا اوست که زمین را برای سفر تجاری زیر پا می گذارد و می توان هر یک از عامل و مالک را مضارب نامید زیرا هر کدام از آن دو با دیگری مضاربه می کند^۱»

ب: ابن درید در جمهره اللغة: «هنگامی گویند فلان شخص برای فلان آقا با مالش مضاربه کرد که او با آن مال تجارت کرده باشد^۲»

ج: زبیدی در تاج العروس: فی حَدِيثِ الزُّهْرِيِّ: « مضاربه کسی که غذایش از حرام است نیکو نیست و اینکه مضاربه از ضرب مشتق شده است^۳»

د: زمخشری در اساس البلاغه: «ضاربه بالمال و فی المال، و ضارب فلان لفلان فی ماله: تَجَرَّ له فيه^۴» «بوسیله مال و برای مال مضاربه کرد و مضاربه کسی برای دیگری این است که با آن مال تجارت کند»

اشکال محقق خوینی به معنای لغوی مضاربه: «با دقت به ریشه کلمه مضاربه و علت نامگذاری مضاربه به این نام برداشت می شود بسیاری از علما بیان نمودند: مضاربه از ضرب مشتق شده و در مقام علت گفته اند که عامل در تلاش برای به دست آوردن سود زمین را زیر پا می گذارد. و در ادامه گفته اند: مضاربه، از

۱ - ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب ؛ ج ۱ ؛ ص ۵۴۵

۲ - « ضارب فلان لفلان فی ماله، إِذَا تَجَرَّ فِي » ابن درید مح امده بن حسن، جمهره اللغة ؛ ج ۱ ؛ ص ۳۱۵

۳ - « لَا تَصْلُحُ مُضَارَبَةٌ مِنْ طُعْمَتِهِ حَرَامٌ ». و كَأَنَّهُ مَأْخُودٌ مِنَ الضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ لَطَلَبِ الرِّزْقِ » مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج

العروس - بیروت، چاپ: اول، ۱۴۱۴ ه.ق.

۴ - زمخشری، محمود بن عمر أساس البلاغه ؛ ص ۳۷۳

باب مفاعله است و نیازمند دو طرف می باشد. بنابراین مفاعله بودن مضاربه به این خاطر است که مالک، سبب و عامل مباشر است. و هر کدام از عامل و مالک سهم خود را از سود خواهند برد.

تمام این توجیهاات به این دلیل است که مشهور بین دانشمندان این است که هیئت مفاعله به دو طرف بستگی دارد به عبارت دیگر هیئت صیغه مفاعله برای صدور ماده از دو نفر وضع گردیده است در حالیکه هیئت مفاعله فقط بر تصدی و قیام فاعل برای تحقق بخشیدن ماده در خارج وضع شده است، خواه ماده در خارج بوجود آمده باشد یا نه. شاهد بر این مطلب نیز آیه شریفه «با خداوند و با کسانی که ایمان دارند فریب می‌ورزند در حالی که جز خود را نمی‌فریبند و در نمی‌یابند»^۱

این آیه نشانگر این است مفهوم «خادع» با «خدع» اتحاد ندارد زیرا «خدع» در این معنا ظهور دارد که ماده خدعه در خارج تحقق دارد، در حالیکه «خادع» فقط بر تصدی فاعل و اراده او برای تحقق بخشیدن ماده در خارج دلالت می‌کند نه اینکه خدعه نیز تحقق پیدا کرده است. بنابراین ما نیازی به تأویل برای صدق مفاعله در مضاربه نداریم زیرا در مضاربه مالک به ضرب مال خود اقدام می‌کند و همین در تحقق مفاعله کافی است»^۲

پاسخی که می‌توان بیان نمود: «اکثر علمای صرف متفق اند بر اینکه صیغه مفاعله برای مشارکت در عمل و وقوع آن بین دو نفر وضع شده است علاوه بر اینکه معتقدند که برای غیر این معنا هم استعمال می‌شود اما این استعمال دلیل نمی‌شود که بگوییم برای مشارکت وضع نشده است^۳. اما نسبت به آیه نیز باید گفت که عکس آنچه که بیان شد از آیه برداشت می‌شود زیرا منافقین با اختیار به انجام اعمال قبیح پرداختند و با نفاقشان سبب قطع فیض و رحمت الهی از خود گشتند لذا خداوند نیز آن‌ها را در تاریکی های جهل و طغیان قرار داد و بر قلب و گوش آنها مهر زد تا مرض و گناهشان بیشتر شود. در واقع می‌توان گفت که بعد

۱ - : «يَخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ» سوره بقره آیه ۹

۲ - خویی ابوالقاسم مبانی العروه الوثقی ج ۱ ص ۱۱؛ مستمسک العروه الوثقی ج ۱۲ ص ۲۳۴

۳ - و فاعل (مفاعله) لنسبه اصله إلى أحد امرين متعلقا بالأخر للمشاركه صريحا فيجيء العكس ضمنا محمد بن حسن استرآبادی، شرح الرضی ج ۱ ص ۷۱؛ مشارکه: یعنی بیان شرکت دو شخص یا دو چیز در فعل، مانند: ضارب زید عمرا در اینجا زید و عمر به لحاظ معنا هم فاعل هم مفعول هستند زیرا هرکدام آنها کاری را نسبت به دیگری انجام داده که دیگری نیز همان کار را نسبت به او انجام داده است جمالی، مصطفی، مغنی الفقیه ص ۱۲۹؛ (اولین معنای باب مفاعله) مشارکت: مانند ضارب زید بکرا یعنی زید و بکر با هم زد و خورد کردند و مشارکه معنای غالبی باب مفاعله است. طباطبایی محمد رضا، ساده، ص ۱۴۷؛ باب مفاعله: اصل این باب آن است که میان دو نفر باشد یعنی هر یک بر دیگری آن کند که دیگری با وی همچنین کند مثل ضارب زید عمرا و شاید هم بین اثنین نباشد مثل:

سافرت دهرا شرح جامع المقدمات با تصحیح مدرس افغانی، کتاب صرف میر، ج ۱ ص ۱۱۷

از اصرار آنها بر خدعه و نفاق خداوند متعال نیز به خدعه با آنها پرداخت و این خدعه خداوند در اصل همان بازگشت نیرنگ آنها به خودشان است و شاهد این مطلب را در آیات دیگر قرآن نیز داریم مانند آیات: «و (بنی اسرائیل) نیرنگ ورزیدند و خداوند تدبیر کرد و خداوند بهترین تدبیر کنندگان است»^۱ و قوله تعالی «آنان نیرنگی می‌بازند، من نیز تدبیری می‌کنم. پس کافران را فرصتی ده و اندک اندک به خود واگذار.»^۲ و قوله تعالی «و نیرنگی سخت باختند و ما (نیز) تدبیری شایسته کردیم و آنان در نیافتند»^۳.

بنابراین نظر صحیح در لفظ مضاربه عبارتست از: «تجارت با مال غیر» و اطلاق صیغه مضاربه به لحاظ استناد ضرب در تجارت به مالک و عامل عرفاً صحیح است. توضیح اینکه نسبت به مالک صحیح است زیرا ایشان با مالش ضرب در تجارت دارد. و نسبت به عامل صحیح است زیرا او با عملش ضرب در تجارت دارد. و ضرب در تجارت هم به معنای اشتغال به کسب و طلب سود می‌باشد به عبارت دیگر همانگونه که تجارت متوقف بر مال و سرمایه است همانگونه متوقف بر قدرت و عمل و تلاش می‌باشد»^۴.

مضاربه در اصطلاح

پس از بررسی معنای لغوی مضاربه به تبع آنها فقها و علما به بیان معنای اصطلاحی آن پرداختند که در ذیل به بیان و بررسی نظرات خواهیم پرداخت.

- ۱- «مضاربه این است که انسان مالی را به شخص دیگری بدهد تا با آن تجارت کند تا خدای متعال سود و رزق به آنها بدهد تا بر اساس توافق که بین هم بستند تقسیم نمایند.»^۵
- ۲- «انسان مالی را به غیر بدهد تا کار کند و سود را طبق حصه و مقدار مشخص تقسیم نمایند.»^۶

۱- «و مَكْرُوا وَمَكَرَ اللَّهُ وَاللَّهُ خَيْرُ الْمَاكِرِينَ» سوره آل عمران آیه ۵۴

۲- «انَّهُمْ يَكِيدُونَ كَيْدًا وَأَكِيدُ كَيْدًا فَمَهْلُ الْكَافِرِينَ أَمْهَلُهُمْ رُوبِدًا» سوره طارق آیات ۱۷ - ۱۵

۳- «و مَكْرُوا مَكْرًا وَمَكْرْنَا مَكْرًا وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ» سوره نمل آیه ۵۰

۴- سیفی مازندرانی، علی اکبر، دلیل تحریر الوسیله - المضاربه ص ۱۵

۵- هی آن یدفع إنسان إلى غیره مالا لیتجر به علی أن ما رزقه الله تعالی علیه من الفائدة یكون بینهما علی مقدار معلوم طوسی

محمد بن علی، الوسیله الی نیل الفضیله ص ۲۶۳

۶- «وَهِيَ أَنْ يَدْفَعَ مَالًا إِلَى غَيْرِهِ لِيَعْمَلَ فِيهِ بِحِصَّةٍ مُعَيَّنَةٍ مِنْ رِبْحِهِ» عاملی شهید اول محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیة فی

فقه الإمامیة؛ ص: ۱۴۵

۳- « مضاربه عبارتست از اینکه انسان مالی را به دیگری بدهد تا تجارت کند و سود را بین یکدیگر تقسیم نمایند نه اینکه کل سود متعلق به مالک باشد و نه اینکه کل سود متعلق به عامل باشد^۱ »

۴- «به اعطای مال از سوی مالک به عامل به جهت تجارت و تقسیم سود میان عامل و مالک مضاربه گویند^۲»

«برخی دیگر از فقها نیز با عباراتی شبیه عبارات مزبور این تعریف را بیان نموده اند لکن به جهت اختصار از ذکر عبارات آنان صرف نظر می گردد^۳»

«اشکال صاحب مستمسک به تعریف اصطلاحی: این تعاریف، مضاربه را به عنوان دفع و پرداختن مال به کسی تعریف نموده اند در حالی که مضاربه مانند بیع جزء انشائیات می باشد و دفع، فعل خارجی است و دفع خارجی حقیقتاً مضاربه نیست. بلکه درست است که دفع از لوازمات مضاربه است اما حقیقت مضاربه نمی باشد بنابراین مضاربه معامله ای بین مالک و عامل است تا اینکه عامل با مال مالک تجارت کند و مقداری از سود نصیب او گردد در نتیجه تفسیر مضاربه به دفع مال نوعی مسامحه می باشد^۴»

«اشکال وارد شده حقیقتاً اشکال صحیحی است زیرا قوام معاملات به لفظ تنهایی و لقلقه زبان نیست و در آن التزام نفس به نقل ملک به دیگری نیز وجود دارد. بنابراین مجرد أخذ و إعطاء خارجی بعد از تحقق بیع بوسیله انشاء صورت می گیرد. لذا نمی توان آنچه را که جایگاهش در رتبه متاخر است را در رتبه متقدم قرار داد^۵»

بنابراین با توجه به تعاریف ذکر شده می توان مضاربه را در اصطلاح این گونه بیان نمود:

۱ - «عبارۀ عن دفع الإنسان مالا إلى غیره لیتجر به علی أن یكون الربح بینهما لا أن یكون تمام الربح للمالك و لا أن یكون تمامه للعامل» سید الیزدی محمد کاظم، العروۀ الوثقی؛ ج ۲، ص: ۶۳۶

۲ - تقریرات درس فقه آیت الله موسوی جزاری، مبحث مضاربه، ۱۳۹۳/۸/۲۸

۳ - طوسی محمد، المبسوط فی فقه الإمامیة؛ ج ۳، ص: ۱۶۷؛ أنوار الفقاهة، لکاشف الغطاء، حسن، کتاب المضاربه ص ۱؛

المختصر النافع فی فقه الإمامیة؛ ج ۱، ص: ۱۴۶

۴ - حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروۀ الوثقی ج ۱۲، ص: ۲۳۷

۵ - مازندرانی، علی اکبر سیفی، دلیل تحریر الوسیلة - المضاربه ص: ۱۹

« مضاربه عقدی است که بین دو نفر بسته می شود. که بر اساس آن اصل سرمایه از یکی است و کار از دیگری است و سود حاصله بین یکدیگر تقسیم می گردد.»^۱

توضیحی در خصوص عنوان قراض

«در مورد کلمه قراض دو احتمال وجود دارد:» نخست اینکه قراض از ماده قرض به معنی قطع است و علت نامگذاری این معامله به قراض این است که گویا صاحب مال بخشی از مال خود را از سایر اموالش قطع نموده و به عامل تسلیم می کند و در مقابل عامل نیز برای کسب سود در زمین حرکت می کند و به تجارت می پردازد. دوم اینکه قراض از مقارضه و به معنی مساوات است و علت نامگذاری این معامله به قراض این است که سرمایه از یک طرف و عمل از سوی دیگر است بنابراین مالک و عامل در قوام عقد یا اصل استحقاق سود مساوی می باشند اگر چه سهم هر یک از دو طرف از نظر کمیت اختلاف داشته باشد^۲»

گفتار دوم: فرق مضاربه با قرض و ابضاع

« دو عقد شرعی دیگر نیز مانند مضاربه وجود دارد. که یکی از آنها ابضاع و دیگری قرض است. این عقود شرعیه بدلیل تصویر سه حالت برای سود مال، به سه دسته تقسیم شده اند: ۱- عقدی که کل سود متعلق به کسی است که پول را دریافت کرده است. این معامله به صورت قرض می باشد زیرا در قرض مال به دیگری تملیک می شود لذا سود تابع ملک می باشد ۲- عقدی که کل سود متعلق به صاحب رأس المال است مثلاً مالک به دیگری می گوید این مال را دریافت کن و با آن تجارت نما لکن کل سود متعلق به من می باشد. این عقد صحیح است زیرا مالک از عامل درخواست کرده که چنین عملی را انجام دهد و او نیز قبول نموده است. این معامله بضاعه می باشد ۳- عقدی که مالک به عامل می گوید این مال را دریافت و با آن تجارت کن و سود آن میان هر دو تقسیم گردد. این معامله را قراض گویند. هر سه این معاملات صحیح می باشند بنابراین اگر قرینه‌ای اقامه شد که ما را سوی عقدی خاص سوق دهد طبق آن قرینه عمل می نماییم.

مانند اینکه اگر مالک بیان نمود این مال را دریافت کن و تجارت نما و سود حاصله نیز متعلق به

۱ - همان

۲ - حلی حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ج ۱۷، ص: ۵؛ طوسی محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۳، ص: ۱۶۷؛ یزدی

سید کاظم، عروه الوثقی ج ۲ ص ۶۳۸؛ عاملی سید جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۲۰، ص: ۴۱۶

خودت باشد این قرض صحیح است زیرا کلام قرینه است که دلالت بر قرض می کند.

همچنین اگر مالک گفت این مال را دریافت کن و تجارت نما و سود حاصله برای من می باشد. کلام مالک قرینه بر این است که معامله بضاعه می باشد.

اگر گفت این مال را دریافت کن و تجارت نما و سود حاصله میان هر دو تقسیم گردد این معامله مضاربه است و کلام مالک قرینه بر این بوده که قراض است.

در صورتی که در معامله با لفظ خاصی بیان، و ذهن منصرف به عقد خاصی گردد و در کنار آن یک قرینه ای بیان شود دو حالت وجود دارد الف: قرینه مخالف مقتضای عقد نیست: در اینجا قرینه به عقد ضرری نمی زند ب: قرینه مخالف مقتضای عقد است: در اینجا قرینه سبب فساد عقد می گردد مثلا مالک به عامل می گوید این مال را مضاربه ای بگیر و تجارت کن (این کلام منحصر در مضاربه است و مقتضایش تقسیم سود بین هر دو است) و همه سودش برای من در این فرض مضاربه فاسد و باطل می باشد زیرا ذیل کلام مالک، قرینه ای مخالف مقتضای عقد است^۱

توضیح بیشتر اینکه فقها برای قسمت ب دو وجه بیان نموده اند:

۱ - «هرچند لفظی که در خارج محقق شده است ما را به سمت مضاربه می کشاند اما با توجه به معنا بایستی گفت دلالت بر بضاعه دارد زیرا بضاعه وکالت مجانی و تبرعی در تجارت است و این وکالت تبرعی فقط مختص به ایجاد با لفظ نیست و لفظ قراض که بوسیله مالک بیان گردیده است را می توان بر معنای لغوی مساوات - یعنی سرمایه از یکی و کار از دیگری - حمل کرد نه معنای شرعی آن^۲»

و مانند این کلام را صاحب جواهر اینگونه بیان نموده است: «اگر مالک گفت این مال را به عنوان مضاربه بگیر و تجارت کن و لکن همه سود متعلق به من است، اینجا مضاربه باطل است. اگر چه، می توان با توجه به معنی گفت که ابضاع است. زیرا ابضاع عبارتست از اینکه مالک مال را به عامل می دهد تا تجارت کند و همه سود به مالک برسد و عامل هیچ اجرتی نبرد لذا ابضاع وکالت تبرعی در تجارت است. ابضاع الفاظ

۱ - طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه ج ۳، ص: ۱۸۴

۲ - عاملی، زین الدین بن علی مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۴، ص: ۳۶۴

مخصوص ندارد یکی از شیوه های آن همین چیزی است که بیان شد. اگر چه لفظ مضاربه در آن است اما می توان ولو مجازی اراده بضاعه کرد و این بهتر از الغاء معامله است^۱»

۲- «حمل بر ظاهر لفظ مضاربه و اراده معنای حقیقی از آن، که در این صورت بدلیل اینکه مقتضای مضاربه - که همان تقسیم سود میان یکدیگر است - با قرینه موجود - تمام سود برای مالک بودن - مخالف است لذا حکم به فساد عقد می شود. این وجه همانگونه که صاحب جواهر و صاحب مسالک^۲ نوشته اند وجه اصح و اقوی می باشد. سوالی که اینجا مطرح می باشد این است که در صورت فساد مضاربه و یا بضاعه آیا عامل مستحق اجره المثل می باشد یا خیر؟

طبق رأی مشهور - حمل بر مضاربه فاسده - مالک ضامن پرداخت اجره المثل به عامل می باشد زیرا اولاً طبق قاعده اتلاف عامل به دستور مالک اقدام به تجارت کرده است و این امر مالک، سبب اتلاف عمل عامل شده است زیرا عمل انسان آزاد عند العقلاء مالیت دارد و ثانیاً عمل انسان مومن محترم می باشد.

اما طبق قول به بضاعه عامل مستحق هیچ اجرتی نمی باشد زیرا وقتی که مالک می گوید تمام سود مال من است تصریح به این دارد که عامل حظی از سود نمی برد و این گفتار قرینه عرفیه می شود براین که عمل مجانی می باشد پس اگر عامل قبول کند و هیچ بحثی هم نسبت به اجره مطرح نشود لذا مستحق اجره المثل نیست^۳»

در پاسخ باید گفت که درخواست برای تجارت از سوی مالک صورت گرفته و آنچه که از سوی مالک نفی شده و عامل قبول کرده است نفی استحقاق سهمی از سود است و مالک استحقاق اجره را نفی نکرده است بنابراین مجرد دعوت مالک از عامل به جهت تجارت برای تحقق ضمان مالک کفایت می کند.

نتیجه گیری:

« در صورتی که مالک مال خود را بصورت قرضی به عامل می دهد، همه سود متعلق به عامل تجارت خواهد بود، زیرا وقتی مال را قرض گرفته باشد، آن را تملک کرده و در صورت تملک ربح نیز متعلق به او

۱ - نجفی، محمد حسن جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۶، ص: ۳۶۵

۲ عاملی، زین الدین بن علی مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۴، ص: ۳۶۴؛ نجفی، محمد حسن جواهر الکلام فی

شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۶، ص: ۳۶۵

۳ خویی ابوالقاسم، موسوعه الامام الخویی، ج ۳۱ ص ۵

خواهد بود. به این عقد قرض می گویند

اگر مال نزد عامل باشد و او به درخواست مالک به تجارت پردازد، ابضاع خواهد بود. یعنی عامل استحقاق اجرت پیدا می کند لکن از سود و ربح مال چیزی به او نمی رسد و همه سود متعلق به مالک خواهد بود.

در صورتی که عامل و مالک بر این اتفاق کنند که مال از آن مالک باشد و در ملک عامل در نیاید و سود و ربح را نیز میان خود تقسیم نمایند، عقد میان آنها مضاربه خواهد بود.^۱

گفتار سوم: مفاهیم مرتبط

پس از فراغ از بحث فرق مضاربه با سایر معاملات لازم است برای سهولت در فهم و واضح شدن مطالب به تبیین یک سری مفاهیم مرتبط با بحث پردازیم که در ذیل به آنها اشاره خواهیم نمود:

عامل و مالک:

مالک یکی از ارکان عقد مضاربه است و لغت دانان این گونه بیان نموده اند:

ابن منظور در لسان العرب: «هر کس که صاحب مال گردد پس او مالک است زیرا او مالک درهم و پول ها می باشد»^۲

شریف مرتضی در رسائل الشریف: «مالک کسی است که قدرت تصرف در مالش را دارد و کسی نمی تواند او را از تصرفش منع نماید»^۳

«اما در اصطلاح و عقد، مالک به کسی اطلاق می شود که قسمتی از مال خود را در اختیار عامل قرار می دهد و با او قرار داد می بندد که هنگام ظهور سود سهمی از آن را به عامل بدهد. به تعبیر دیگر مالک یکی از دو طرف اصلی عقد مضاربه است»^۴

عامل رکن دیگر عقد مضاربه است

۱ - درس خارج فقه آیت الله موسوی جزایری ۱۳۹۳/۸/۲۸

۲ - «کل من یملک فهو مالک لأنه بتأویل الفعل مالک الدرهم» ابن منظور، لسان العرب؛ ج ۱۰، ص: ۴۹۲

۳ - «المالک: من قدر علی التصرف فیه و لم یکن لأحد منعه منه» شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی رسائل الشریف

المرتضی؛ ج ۲، ص: ۲۸۵

۴ - www.eshia.ir تقریرات درس خارج فقه آیت الله موسوی جزایری ۹۳/۷/۲۸

بستانی در معنای لغوی عامل می نویسد: «العامل - ج عُمَّال و عَامِلُونَ و عَمَلَةٌ: کارگر، کسی که با دست کاری را انجام دهد، آنکه برای دیگری کار کند^۱»

در معنای اصطلاحی طریحی در مجمع البحرین نوشته است: «عامل کسی است که متولی انجام امور مالی و ملکی دیگری است^۲»

به عبارت دیگر عامل کسی است که با دریافت پول از مالک به تجارت می پردازد و سود حاصله را بر اساس توافق با مالک تقسیم می نمایند.

مدعی و منکر:

مدعی آن گونه که در مجمع البحرین نوشته شده: «به کسی می گویند که به دنبال اثبات مطلبی بر دیگری است^۳» لکن مدعی و منکر، مفاهیمی هستند که تفسیر آن در روایات بیان نشده است و تنها مطلبی که در روایات وارد شده - با صرف نظر از اختلافی که در عبارات آنها موجود می باشد - این است که: «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» لذا مدعی و منکر اصطلاحاتی هستند که توسط فقها مطرح گردیده است.

به همین دلیل برای تشخیص مدعی چند نظر بیان شده است:

الف. «کسی که قولش مخالف ظاهر باشد^۴» و مقصود از ظاهر اموری است که دلیلی بر حجیت آنها اقامه نشده است مانند: ظن عادی و باطنی که از غلبه وجود به دست می آید..

ب. «کسی که قولش مخالف اصل باشد^۵» و منظور از اصل چیزی است که از نظر شرع حجت شده

۱ - بستانی فواد فرهنگ ابجدی ؛ ص ۵۹۶، مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس - ج ۱۵ ص ۵۲۲

۲ - «و العامل هو الذي يتولى أمور الرجل في ماله و ملكه» طریحی فخر الدین، مجمع البحرین؛ ج ۵، ص: ۴۳۱؛ ابن منظور، لسان

العرب؛ ج ۱۱، ص: ۴۷۴؛ سعدی ابو حبيب القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا؛ ص: ۲۶۲

۳ - طریحی، فخر الدین بن محمد، مجمع البحرین - ج ۱ ص ۱۴۳

۴ - «المدعی هو الذي يدعی خلاف الظاهر» عمیدی، سید عمید الدین، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد؛ ج ۳، ص: ۴۷۱؛

حلی محمد بن حسن، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ ج ۴، ص: ۳۲۳، عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة؛

ج ۲، ص: ۸۳؛ قمشه ایی محمد علی، البراهین الواضحات؛ ج ۲، ص: ۲۰۰

۵ - «المدعی هو الذي یخلى و سکوته، أو یخالف الأصل» عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة؛ ج ۲، ص:

۸۳؛ حلی مقداد، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع؛ ج ۴، ص: ۲۶۷؛ حلی مقداد، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع؛ ج ۴، ص: ۲۶۷؛ صدر، سید

محمد، ما وراء الفقه؛ ج ۹، ص: ۱۷؛ قمشه ایی محمد علی، البراهین الواضحات؛ ج ۲، ص: ۲۰۰

باشد چه نافی باشد مانند: اصل براءت، استحباب عدم و اصاله العدم یا مثبت باشد مانند: استحباب وجود، اصاله بقاء شغل الذمه و اصاله الصحة.

ج. «مدعی کسی است که مدعی امر مخفی باشد»^۱.

د. «کسی که اگر ترک دعوا کند نزاع خاتمه پیدا می کند»^۲.

تعریف چهارم مشهور و اقوی می باشد.

برای تشخیص منکر نیز چند نظر وجود دارد :

الف: «منکر کسی است که انکار مدعی کند»^۳

ب: «منکر کسی است که اگر ترک دعوی کند او را رها نمی کنند»^۴

ج: «منکر کسی است که حقی یا دینی یا چیزی را نفی می کند»^۵

د: «منکر کسی است که قاعده‌ای که اعم از اصل یا اماره است، موافق او باشد، به گونه‌ای که اگر ادعایی در کار نبود، حق با او بود. فرقی هم ندارد که آن قاعده استحباب باشد، یا چیزی که حاکم بر استحباب است، حتی اگر خلاف استحباب باشد یا اینکه منکر کسی است که قول او موافق و مطابق اصل باشد»^۶

تعریف دوم مشهور و اقوی می باشد.

نکته مهمی که بایستی در اینجا به آن پرداخت این است که ملاک در تشخیص مدعی و منکر چیست؟

ملاکی که فقها برای آن بیان نموده اند عرف است به عبارت دیگر مرجع شناخت مدعی، عرف است

۱ - «بان المدعی هو الذی یدعی امرا خفیا» گلپایگانی، محمد رضا القواعد الفقهیه؛ ج ۲، ص: ۳۲۵

۲ - «بان المدعی هو الذی لو ترک ترک» آشتیانی، محمد حسن کتاب القضاء؛ ج ۲، ص: ۸۲۷؛ نائینی، میرزا محمد حسین

غروی، القواعد الفقهیه؛ ج ۴، ص: ۶۱۲

۳ - «ان من أحدث الدعوی هو المدعی و طرفه هو المنکر عندهم و بالفارسیه مدعی کسی را گویند که شالوده دعوی را بریزد و

منکر کسی است که انکار مدعی کند» آملی میرزا هاشم القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد؛ ج ۴، ص: ۲۲۷

۴ - شعرانی، ابو الحسن تبصره المتعلمین فی أحكام الدین، ج ۲، ص: ۷۱۰

۵ - مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح؛ ج ۲، ص: ۱۰۲

۶ - زنجانی، سید موسی شبیری کتاب نکاح؛ ج ۲۵، ص: ۷۸۵۸

مطابق این ضابطه، برای تشخیص مدعی و مدعی علیه باید به عرف مراجعه کرد و عرف است که تعیین می‌کند مدعی و مدعی علیه چه کسی است؛ زیرا مرجع در تشخیص مفاهیم الفاظ، عرف است. و شارع برای بیان احکام به مکلفین طریق و روش خاصی اختراع ننموده است. بلکه طریق او برای بیان احکام همان طریق عرف در گفتگوهایشان به هنگام افاده و استفاده می‌باشد^۱ و ظاهراً آن ملاک هایی که سایر فقها برای تشخیص مدعی بیان نموده اند - مانند «هو الذی یتراک لو تراک الخصوم^۲» یا «سکت عنه لو سکت عنها^۳» یا «من یکون فی مقام إثبات قضیة^۴» نیز «در مقابل تشخیص عرفی نیست بلکه بیان دیگری از عرف است»^۵

تلف و اتلاف:

تلف در لغت به معنای تباه شدن و نابود گردیدن است.^۶

اما تلف در اصطلاح «به معنای از بین رفتن عین یا منافع مال، خود به خود یا به سبب حادثه‌ای است»^۷.

کاربرد آن در کلمات فقها گاه با اضافه به جان یا عضو انسان است؛ لیکن استعمال رایج آن اضافه به مال است؛ به گونه‌ای که در مقام اطلاق آن بدون قرینه، تلف مال به ذهن تبادر می‌کند. از عنوان تلف در بسیاری از باب‌ها نظیر زکات، حج، تجارت، رهن و نکاح سخن رفته است.

-
- ۱ - یزدی، سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه؛ ج ۳، ص: ۱۱۲؛ خمینی، سید روح الله موسوی - تحریر الوسیله - ترجمه اسلامی علی؛ ج ۴، ص: ۹۱ زنجانی عباس علی عمید فقه سیاسی؛ ج ۲، ص: ۲۱۶؛ خویی، سید ابو القاسم موسوی، موسوعه الإمام الخوئی؛ ج ۲۶، ص: ۲۲۸؛ لنکرانی، محمد فاضل، القواعد الفقهیه؛ ص: ۳۸۸
 - ۲ - حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۳، ص: ۴۳۶
 - ۳ - نجفی محمد، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۰، ص: ۳۷۲، مغنیه، محمد جواد، فقه الإمام الصادق (علیه السلام)؛ ج ۵، ص: ۲۵۴
 - ۴ - نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه فی أحكام الشریعه؛ ج ۱۷، ص: ۱۴۰
 - ۵ - خمینی سید روح الله، کتاب البیع؛ ج ۵، ص: ۱۳۹
 - ۶ - «تَلَفٌ، كَفْرَحٌ تَلْفًا: هَلَكَ» زبیدی، سید محمد مرتضی حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس ج ۱۲، ص: ۱۰۰؛ فیومی، احمد بن محمد مقرئ، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی ج ۲، ص: ۷۶؛ ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب ج ۹، ص: ۱۸؛ ابو الحسین، احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقائیس اللغه ج ۱، ص: ۳۵۳؛ صاحب بن عباد، کافی الکفاة، اسماعیل بن عباد، المحيط فی اللغه ج ۹، ص: ۴۳۵
 - ۷ - جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام ج ۲، ص:

اقسام: تلف از جهات گوناگون تقسیم پذیر است. به عنوان مثال از جهت سبب تلف به تلف ناشی از حوادث آسمانی و تلف ناشی از فعل انسانی. قسم دوم نیز به تلف حسی (از بین رفتن مال) و تلف شرعی (منع شارع از بهره‌بری عین موجود) تقسیم می‌گردد.

تلف به لحاظ موضوع آن به تلف مال و تلف جان انسان یا عضوی از بدن او تقسیم می‌شود. تلف ناشی از فعل انسان، اتلاف محسوب می‌گردد که موضوع جریان قاعده اتلاف است (--- قاعده اتلاف) و تلف جان یا عضو، تحت عنوان قصاص و دیات مطرح است. البته از آنجا که در کلمات فقها تلف در مقابل اتلاف به کار می‌رود، تلف تنها با از بین رفتن مال خود به خود یا به سبب بروز حوادث تحقق می‌یابد^۱.

اتلاف

«اتلاف از مادهٔ «تلف» به معنای نابود شدن و از بین رفتن است^۲»

«اتلاف از باب افعال و فعل آن «أتلف» است و اضافه همزه به آن برای متعدی کردن است. اهل لغت، اتلاف را به از بین بردن از روی اسراف معنا کرده‌اند و در صورتی می‌گویند: «أتلف فلانُ ماله إتلافاً» که از روی اسراف و زیاده روی باشد^۳»

معنای اصطلاحی:

بعضی این گونه تعبیر نموده اند: «خروج یک شی بوسیله فعل انسان از منفعه مطلوبه خودش را اتلاف گویند^۴»

۱ - جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیه السلام) ج ۲، ص:

۲ - ابن درید، محمد بن حسن، جمهره اللغة؛ ج ۱؛ ص ۴۰۵؛ ازهری، محمد بن احمد، تهذیب اللغة؛ ج ۱۴؛ ص ۲۰۲؛ فراهیدی، خلیل بن احمد، العین؛ ج ۸؛ ص ۱۲۰

۳ - «أُتْلِفَ فلان ماله: أفناه إسرافاً» محمد بن مكرم، لسان العرب؛ ج ۹؛ ص ۱۸؛ فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین؛ ج ۸؛ ص ۱۲۱؛ زبیدی مرتضی، تاج العروس؛ ج ۱۲؛ ص ۱۰۱؛ ازهری محمد بن احمد، تهذیب اللغة؛ ج ۱۴؛ ص ۲۰۲

۴ - «هو خروج الشيء من أن يكون منتفعا به المنفعة المطلوبة منه عادة بفعل آدمي» محمود عبد الرحمان، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية ج ۱ ص ۵۴

بعضی دیگر این گونه ذکر کرده اند: «هرآنچه که سبب می گردد مال از بین برود و ضایع گردد و از قدرت صاحب مال خارج شود را اتلاف گویند بنابراین هنگامی که بدون استفاده بماند و نتوان از آن انتفاع برد را فقها تلف شده می دانند.^۱»

تعدی و تفریط:

تعدی در لغت به معنای تجاوز از یک چیز است.^۲

تعدی در اصطلاح نیز به معنای تجاوز از آنچه که برای او معین گردیده شده است به گونه‌ای که سبب اتلاف و از بین رفتن آن شود.^۳

تفریط در لغت این است که در رسیدن به هدف و مقصد در کاری کوتاهی شود.^۴

در اصطلاح نیز به معنای کوتاهی در انجام دادن تکلیف است.^۵

بی تردید اگر امین کاری که نسبت به مال امانت انجام می‌دهد تجاوز از حدود اجازه مالک باشد یا عملی را که باید برای حفظ مال انجام می‌داد ترک کند، از حالت متصرف مأذون خارج می‌شود و در این صورت اگر مال تلف شود او به مقتضای قاعده «و علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» ضامن خواهد بود.

بنابر آنچه شارع مقدس در مورد ضمان مانند صحیحه ابی ولاد^۶ بیان کرده است خروج متصرف مأذون از مواردی که اذن دارد به خودی خود موجب ضمان است. بنابراین تعدی و تفریط به معنی اتلاف مال نیست زیرا اتلاف خود سبب مستقلی برای ضمان است. پس اگر کسی که امین است فعل

۱ - «بأنه كل ما يؤدى إلى ذهاب المال و ضياعه و خروجه من يد صاحبه، فإذا تعطل الشيء و لم يمكن الانتفاع به عادة كان تالفا

لدى الفقهاء» همان

۲ - «مجاوزه الشيء إلى غيره» حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم ج ۷ ص ۴۴۲۴

۳ - محمود عبد الرحمان، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهيّة، ج ۱، ص: ۴۶۸

۴ - «التفریط: أن يقصر في الفرط» راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ قرآن، ج ۳ ص ۴۱

۵ - جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم ج ۲ ص ۵۵۹

۶ - «الكافی» ج ۵، ص ۲۹۰، باب الرجل یكتری الدابة فیجاز الحد، ح ۶، «تهذیب الأحكام» ج ۷، ص ۲۱۵، ح ۹۴۳، باب

الإجازات، ح ۲۵، «الاستبصار» ج ۳، ص ۱۳۴، ح ۴۸۳، باب من اكثری دابة إلى موضع فجاز ذلك الموضع، ح ۲، «وسائل الشیعة»، ج ۱۹،

ص ۱۱۹، أبواب الأحكام الإجارة، باب ۱۷، ح ۱،

یا ترک فعلی را انجام دهد که از حدود اذن صاحب مال خارج باشد و در این اثنا مال تلف شود، او ضامن خواهد بود چون تفریط یا تعدی کرده است.

به صراحت صحیحہ ابی ولاد، وی اسب را برای مکان معینی در اجاره داشت اما او آن را به مکان دیگری منتقل کرد لذا معصوم (علیه السلام) حکم داد که اگر اسب تلف شود موجب ضمان است.

فرق بین تعدی و تفریط و خیانت:

آنچه که از ظاهر عبارت شرایع فهمیده می شود این است که خیانت همان تفریط است زیرا ایشان تفریط را در مقابل خیانت قرار داده و این گونه تعبیر کرده است: «إلا عن تفریط أو خیانه»^۱

بلکه در مسالک به اتحاد مفهومی خیانت و تعدی تصریح شده و فرموده: «منظور از خیانت همان چیزی است که از آن به تعدی تعبیر می شود پس استفاده کردن از اموال مضاربه یا خوردن آن در غیر از جایگاه خودش را خیانت به مالک می گویند و زیاده روی و تعدی از حد و حدودی است که شارع برای آن مقرر کرده است و فرق بین خیانت و تعدی با تفریط در این است که تفریط یک چیز عدمی است یعنی کاری که شخص باید انجام می داده را ترک کرده و انجام نداده است اما خیانت و تعدی یک چیز وجودی هستند و آن عبارت است از انجام کاری که بایستی ترک می کردند»^۲

اما محقق یزدی در عروه هر سه را در مقابل هم آورده و با حرف «أو» آنها را به هم عطف کرده است^۳

سید حکیم بر اساس آنچه که عرف استعمال می کند بیان نموده که خیانت اعم از تعدی و تفریط است زیرا عرفاً عنوان خیانت بر تعدی و تفریط صدق می کند.^۱

۱ - حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام ج ۲، ص: ۱۱۴

۲ «المراد بالخیانه ما یعبر عنه فی نظائره بالتعدی، فإن استعمال شیء من أموال القراض و أكله علی غیر وجهه و إنفاقه كذلك یقال له خیانه للمالک و تعداً للحدّ الذی قرره الشارع. و الفرق بینهما و بین التفریط أنّ التفریط عدمی، و هو ترک ما یجب فعله، و هما وجودیان، لاشتراکهما فی فعل ما یجب ترکه» عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرایع الإسلام، ج ۴، ص: ۳۷۴

۳ - «کمالو أكل بعض مال المضاربة أو اشتري شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك أو وطئ الجارية المشتراة أو نحو ذلك أو التفریط بترك الحفظ أو التعدی بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه كما لو سافر مع نهبه عنه أو عدم إذنه فی السفر أو اشتري ما نهی عن شرائه أو ترك شراء ما أمره به فإنه یصیر بذلك ضامناً للمال لو تلف» یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، العروه الوثقی ج ۲، ص: ۶۶۷

«نظر صحیح نیز همین است زیرا تعدی و تفریط را می توان به نحو عمدی و تقصیری تصور کرد بلکه اتلاف از روی عمد نیز بر تعدی و تفریط قابل صدق است و قطعاً بر کسی که اتلاف مال دیگری می کند و آن را چه عمدی چه سهوی از بین می برد عنوان خیانت صدق می کند. بله ممکن است صدق عنوان خیانت بر برخی موارد تفریط پنهان باشد و به سختی خیانت را بر آن حمل نمود اما در بسیاری از موارد به وضوح می توان عنوان خیانت را بار نمود مثلاً کسی مالی را به عنوان ودیعه می گیرد و آن را در جای غیر مسقف می گذارد و باران بر آن می بارد و در حالی که می بیند باران بر او می بارد ولی آن را بر نمی دارد تا اینکه بر اساس رطوبت آن مال ودعی از بین می رود. در اینجا عرف حکم می نماید او مقصر است و خیانت کرده زیرا مشاهده نمود که مال ودعی زیر باران است و باران بر او می بارد اما با این حال آن را بر نداشت.

بنابراین حق با سید حکیم است و آن که امام خمینی (ره) تعدی و تفریط را در مقابل هم آورده صحیح است^۲ زیرا خیانت چیزی غیر از تعدی و تفریط نیست تا نیاز به بیان باشد.

فصل دوم: کلیات

گفتار اول: ادله مشروعیت مضاربه

قبل از ورود به بررسی ادله مشروعیت مضاربه مناسب است به این سوال پاسخ داده شود که آیا معامله مضاربه بدون در نظر گرفتن دلیل های خاص آن، معامله ای مشروع و صحیح است یا نامشروع و باطل؟

به تعبیر دیگر اصل اولی در مورد مضاربه صحت است یا فساد؟

در این زمینه، دو نظریه وجود دارد:

«نظریه اول: اصل اولی در باب مضاربه، فساد و بطلان است

قائلین این نظر برای اثبات مدعای خود مقدمه ای مطرح می نمایند که خلاصه آن از این قرار است:

ما در معاملات اقتصادی رایج میان عرف به دو گونه معامله برخورد می کنیم: ۱ - معاملاتی که در آنها هر یک از طرفین آنچه را که خود مالک هستند به دیگری تملیک می کنند مانند بیع و در این موارد

۱ - «الذی يظهر من الاستعمالات العرفية أن التعدی و التفریط کل منهما خیانه» حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی ج ۱۲،

ص: ۳۵۰

۲ - خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله ج ۱، ص: ۶۱۱

دلایل عمومی وجود دارد که نشانگر امضای شارع است مانند آیه شریفه « تجاره عن تراض^۱ »

۲- معاملاتی که در آنها یکی از طرفین مال خود را به دیگری تملیک نمی کند، بلکه سهمی از سود را تملیک می نماید مانند مضاربه و مزارعه و مساقات در حالی که سود در زمان عقد تحقق ندارد و مالک در زمان انعقاد عقد فقط مالک سرمایه خویش است نه مالک سود، تا بتواند آن را به عامل تملیک کند در نتیجه اصل اولی در اینگونه معاملات که در آن تملیک ما لا یملک صورت می گیرد بطلان است و دلیل عام بر صحت وجود ندارد. بنابراین تمام سود ها از آن مالک خواهد بود زیرا همواره منافع تابع اصل است و اینکه برخی از منافع از اول عقد مربوط به عامل باشد بر خلاف قاعده در عقود است. بر این اساس اگر دلیلی خاص این معاملات را مورد امضاء قرار نداده باشد بر اساس قواعد اولیه فقه این معاملات باطل می باشد^۲»

اشکالاتی که قابل طرح است:

«اولا: شارع مقدس اسلام تمام معاملات رایج میان عرف و عقلاء را مورد تایید قرار داده و به جز مواردی استثنایی از آنها منع و ردعی ننموده است و از آنجا که مضاربه نیز یکی از معاملات عقلایی بوده مشمول امضای شارع می گردد.

ثانیا: تبعیت منافع و نماء از اصل در مورد مضاربه وجود ندارد زیرا وقتی مال با عمل عامل سود آور گردید در واقع این سود دارای دو منشأ می باشد: سرمایه مالک و عمل عامل و هر یک سهم خود را می برد و دلیلی وجود ندارد که تمام سود متعلق به مالک گردد.

ثالثا: برای صحت عقد مضاربه حتما نیازی نیست سود بالفعل باشند بلکه گفته اند وجود مقتضی نیز کفایت می کند. و عرف میعتقد است وجود هر چیزی به حسب خودش است و آن سودی که از مضاربه حاصل می گردد هرچند بالفعل وجود ندارد لکن به حسب مقتضی وجود استعدادی دارد و در نزد عرف همین مقدار کفایت می کند^۳»

«نظریه دوم: از آنجا که این معامله بر اساس بناء عقلاست و از سوی شارع نیز مورد منع قرار نگرفته اصل اولی در مورد معاملات صحت می باشد^۴»

۱ - نساء آیه ۲۹

۲ - خوینی سید ابوالقاسم، مبانی العروة الوثقی؛ ج ۱، ص: ۱۷

۳ - بروجردی مصطفی، مضاربه از نظر فقهای شیعه صص ۲۳ و ۲۴

۴ - خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع ج ۳ ص ۴۰۶

ادله اربعه

بر حسب تتبعی که در کتب فقهی نمودیم بحث معین و مشخصی در باب اثبات مشروعیت مضاربه نیافتیم و فقها اصل مشروعیت آن را مفروض گرفته و به بحث پیرامون مسائل آن پرداخته اند لکن در لابه لای مطالب خود به اثبات مشروعیت مضاربه اشاره ایی داشته که به بررسی آنها خواهیم پرداخت.

آیات:

در میان آیات قرآن، آیه ایی که به صراحت مضاربه را ثابت کند وجود ندارد مگر اینکه به عمومات زیر تمسک شود:

۱ - آیه شریفه «أوفوا بالعقود»^۱ به این بیان که مضاربه عقدی از عقود است و دلیل وجوب وفا به عقود، وفای به عقد مضاربه را لازم می کند و و لازمه وجوب وفای آن صحت مضاربه است.

«اشکال: مضاربه از عقود اذنیه است و تخصصاً از تحت «أوفوا بالعقود» خارج است و توضیح این مطلب در قسم سوم همین گفتار خواهد آمد»

۲ - آیه شریفه «إلا أن تكون تجاره عن تراض»^۲ بدین بیان که مضاربه تجارته است که از روی رضایت و میل باطنی عامل و مالک صورت می گیرد. لذا داخل در مستثنای مذکور در آیه است و از حکم مستثنی منه - که همانا حرمت اکل بوده - خارج می شود و بدین ترتیب جواز اکل که همان صحت معامله است ثابت می شود.

۱ یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُجْلَى الصِّدِّ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ « ای مؤمنان! به پیمانها وفا کنید؛ (گوشت) دامها برای شما حلال است جز آنچه که (حرام بودن آنها) بر شما خوانده می شود، بی آنکه شکار کردن را در حال احرام حلال شمارید؛ بی گمان خداوند به آنچه اراده فرماید حکم خواهد کرد.»سوره مائده (۵) آیه ۱

۲ - بروجردی مصطفی، مضاربه از نظر فقهای شیعه، ص ۲۶

۳ - یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا « ای مؤمنان! دارایی های یکدیگر را میان خود به نادرستی نخورید مگر داد و ستدی با رضای خودتان باشد و یکدیگر را نکشید بی گمان خداوند نسبت به شما بخشاینده است نساء آیه ۲۹

۳ - «فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ» «پس در روی زمین منتشر گردید و از فضل و کرم الهی جويا گردید»^۱ «ترک تفصیل دلیل بر عموم است»^۲. به تعبیر دیگر مضاربه نیز یکی از مصادیق بهره وری و ابتغاء از فضل الهی است.

۴ - «وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ^۳»؛ «هنگامی که روی زمین جهت کسب روزی قدم زدید»

۵ - «وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ^۴» «و آن دیگران در روی زمین گام می‌سپزند و از فضل خدا جستجو می‌نمایند».

نتیجه ایی که می‌توان از آیات گرفت این است که این آیات خیلی عام هستند و دایره شمول آنها وسیع است درحالی که ما بی‌نیاز از تمسک به این آیات هستیم زیرا روایات بالملازمه بر مشروعیت مضاربه دلالت دارند

روایات:

روایاتی که از ائمه علیهم السلام در خصوص مضاربه نقل شده هیچ‌گاه به این صورت نبوده است که مثلاً سوال کنند آیا مضاربه جایز است یا نه؟ بلکه اصحاب اصل صحت آن را مفروض گرفته و از جزئیات و احکام آن سوال نموده‌اند و در هیچ‌یک از روایات که تعداد آنها قریب به سی روایت است نهی از مضاربه صورت نگرفته است - تنها در یک مورد نهی وجود دارد آن هم کراهت مضاربه با کافر ذمی است^۵ - علاوه بر این نه تنها نهی از مضاربه وجود ندارد بلکه روایات بر استحباب مضاربه دلالت دارند و

۱ - فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَادْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ» و چون نماز گزارده شد در زمین پراکنده شوید و (روزی خود را) از بخشش خداوند فرا جوئید و خداوند را بسیار یاد کنید باشد که رستگار گردید. «سوره جمعه، آیه، ۱۰

۲ - طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه ج ۳ ص ۱۶۷

۳ - إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا « و چون به سفر می‌روید اگر می‌هراسید کافران شما را بیازارند گناهی بر شما نیست که از نماز بکاهید؛ بی‌گمان کافران برای شما دشمنی آشکارند.» سوره نساء: ۴ / ۱۰۱

۴ - سوره مزمل: ۷۳ / ۲۰

۵ - «قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع لَا يَنْبَغِي لِلرَّجُلِ الْمُسْلِمِ أَنْ يَشَارِكَ الذَّمِّيَّ - وَ لَا يَبْضَعُهُ بِضَاعَةً - وَ لَا يُودِعُهُ وَدِيعَةً وَ لَا يُصَافِيهِ الْمَوَدَّةَ. : أَنْ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع كَرِهَ مُشَارَكَةَ الْيَهُودِيِّ - وَ النَّصْرَانِيِّ وَ الْمَجُوسِيِّ - إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً - لَا يَغِيبُ عَنْهَا الْمُسْلِمُ.» حرعاملی، وسایل الشیعه، ج ۱۹ ص ۸ ح ۲۴۰۳۹ و ۲۴۰۴۰ در حدیث بالا از عبارت لا ینبغی (سزاوار نیست) کراهت استنباط شده است ر ک: عروه الوثقی ج ۲ ص ۶۹۷؛ مبانی العروه ج ۱ ص ۲۲۶؛ مستمسک العروه ج ۱۲ ص ۴۶۰

برای نمونه به یک مورد اشاره می نمایم:

کلینی از برخی از اصحاب شیعه و آنها از سهل بن زیاد و او از علی بن اسباط و او از محمد بن عذافر و او از پدرش نقل می کند که: امام صادق (علیه السلام) به پدرم (ابی محمد) هزار و هفتصد دینار داده و فرمودند با این مال تجارت کن. سپس اضافه کردند که آگاه باش من تمایل و رغبتی به سود این مال ندارم - اگر چه سود امری است که بدان رغبت می شود- اما من دوست دارم که خداوند عزوجل مرا نسبت به دیگر فواید و ثمراتی که در تجارت وجود دارد اهل اقدام ببیند.^۱ ابو محمد می گوید: من در این مال صد دینار سود کردم. سپس با امام ملاقات کرده و به ایشان گفتم: برای شما صد دینار سود نمودم. امام (علیه السلام) از شنیدن این سخن بسیار خوشحال شده و فرمودند: این رقم را در سرمایه من ثبت نما. عذافر می گوید: پدرم مرد و این مال نزد وی بود. پس از مدتی امام صادق (علیه السلام) نامه ایی برایم ارسال نموده و در آن چنین نوشتند: خداوند ما و شما را عافیت دهد. من نزد ابی محمد هزار و هشتصد دینار دارم که برای تجارت به او داده بودم این مال را به عمر بن یزید بپرداز. عذافر می گوید: من در مکتوبات پدرم دقت نمودم، دیدم در آنجا نوشته شده: برای ابو موسی نزد من هزار و هفتصد دینار بوده و با آن تجارت نموده و صد دینار سود برده ام و عبدالله بن سنان و عمر بن یزید از این مطلب آگاهند.^۲

بنابراین - با توجه به فعل امام که پول در اختیار صحابه خود داد تا تجارت نماید و همچنین کلام حضرت که فرمود: دوست دارم خداوند مرا نسبت به ثمرات تجارت اهل اقدام ببیند - به دلالت التزامی از استحباب مضاربه می توان پی به مشروعیت آن برد.

۱ در نگاه اسلامی به کار و تجارت و کسب روزی حلال، علاوه بر توجه به بعد مادی، به بعد معنوی آن نیز توجه ویژه ایی وجود دارد که همانا در روایات ما ثمرات کار را اینگونه بیان نموده اند: پیامبر اکرم (ص) می فرماید: تحمل سختی در راه کسب حلال برای زن و فرزند نزد خدا از یک سال ضربت پیوسته شمشیر در رکاب امام عادل برتر است؛ و از ایشان نقل شده: نماز و روزه نمی تواند کفاره برخی از گناهان انسان باشد بلکه کفاره آنها با تحمل رنج و اندوه در راه کسب حلال است و از حضرت وارد شده: هرکس از راه حلال کسب کند و با آن خوشتن را از مردم بی نیاز کند و خانواده اش را تامین کند روز قیامت با پیامبران و صدیقان محشور گردد. به نقل از جوادی آملی عبدالله، مفاتیح الحیاه ص ۵۹۰

۲ - «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي سَبَاطٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِذْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: أَعْطَى أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع أَبِي الْفَأَ وَ سَبْعِمِائَةَ دِينَارٍ - فَقَالَ لَهُ اتَّجِرْ بِهَا لِي ثُمَّ قَالَ - أَمَا إِنَّهُ لَيْسَ لِي رَغْبَةٌ فِي رِبْحِهَا - وَإِنْ كَانَ الرِّيحُ مَرْغُوبًا فِيهِ - وَ لَكِنِّي أَحْبَبْتُ أَنْ يَرَانِي اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ مُتَعَرِّضًا لِفَوَائِدِهِ - قَالَ فَرَبِحْتَ لَهُ فِيهِ مِائَةٌ دِينَارٍ - ثُمَّ لَقِيْتَهُ فَقُلْتَ لَهُ قَدْ رَبِحْتَ لَكَ فِيهِ مِائَةٌ دِينَارٍ - قَالَ فَفَرِحَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع بِذَلِكَ فَرِحًا شَدِيدًا - ثُمَّ قَالَ أَنْتَبِهَا فِي رَأْسِ مَالِي - قَالَ فَمَاتَ أَبِي وَ الْمَالُ عِنْدَهُ - فَأَرْسَلَ إِلَيَّ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع وَ كَتَبَ عَافَانَا اللَّهُ وَ يَاكَ - إِنَّ لِي عِنْدَ أَبِي مُحَمَّدٍ الْفَأَ وَ ثَمَانِمِائَةَ دِينَارٍ - أَعْطَيْتُهُ يَتَّجِرُ بِهَا فَادْفَعْهَا إِلَيَّ عُمَرُ بْنُ يَزِيدَ - قَالَ فَظَهَرْتُ فِي كِتَابِ أَبِي - فَإِذَا فِيهِ لِأَبِي مُوسَى عِنْدِي أَلْفٌ وَ سَبْعِمِائَةَ دِينَارٍ - وَ اتَّجِرُ لَهُ فِيهَا مِائَةٌ دِينَارٍ - وَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانَ وَ عُمَرَ بْنَ يَزِيدَ يَعْرفَانَهُ.» حر عاملی و سائیل الشیعه، ج ۱۷ کتاب التجاره، باب استحباب المضاربه ح ۱ ص ۴۳

اجماع:

بر اساس جستجویی که صورت گرفت برای اثبات مشروعیت مضاربه علمایی از جمله علامه در تحریر الاحکام^۱ و شیخ طوسی در المبسوط^۲ ادعای اجماع نموده اند. لکن اشکالی که ممکن است به اجماع وارد نمایند مدرکی بودن آن خواهد بود.

گفتار دوم: جواز یا لزوم مضاربه

پس از بحث از اصل مشروعیت مضاربه این سوال مطرح می شود که آیا این عقد مشروع، یک عقد جایز است یا لازم؟

عقد لازم عقدی است که با صرف نظر از خیار، نتوان آن را فسخ کرد و خیاری بودن عقد مانع لزوم آن نمی شود.

عقد جایز عقدی است که قابل فسخ می باشد و به موت یا جنون یا سفه یکی از طرفین، خود به خود فسخ می شود^۳.

برای هر دو وجه قائلینی وجود دارد و ما برای تحقیق مسأله به بیان نظرات و استدلال های آنها خواهیم پرداخت:

الف: ادله قائلین به جواز

«این گروه هر چند قبول دارند که بر اساس آیه «أوفوا بالعقود»^۴، مقتضای قاعده در همه عقود وجوب وفاء به هر عقدی است زیرا العقود جمع محلی به الف و لام بوده و مفید عموم و لزوم است بنابراین آیه یکی از ادله اصاله اللزوم می باشد اما معتقدند که مضاربه از اصاله اللزوم خارج می شود.

دلیل ایشان بر خروج مضاربه از اصاله اللزوم یکی از ۳ دلیل زیر است (بصورت مانعه الخلو):

۱ - «القراض معاملهً صحيحةً بالإجماع» حلی، علامه، حسن بن یوسف، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه، ج ۳ ص ۲۴۳

۲ - طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه ج ۳ ص ۱۶۷

۳ - مروج حسین، اصطلاحات فقهی، ص ۳۵۶ و ۳۵۷؛ مغنیه، محمد جواد، فقه الإمام الصادق علیه السلام ج ۳ ص ۱۶، مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی، العناوین الفقهیه ج ۲ ص ۴۵؛ هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه اهل بیت (علیه السلام) ج ۵ ص ۴۲۷

۴ - مائده آیه ۱

۱- اجماع ۲- مضاربه در ابتداء وکالت است و بعد تبدیل به شرکت می شود ۳- قصور ادله لزوم از شمول عقود اذنیه برخی دیگر از فقها نیز فقط به بیان حکم بسنده کرده و دلیلی ذکر ننموده اند^۱» در ادامه خواهد آمد که هر یک از این سه دلیل چگونه بر خروج مضاربه از اصاله اللزوم تخصیصا یا تنحصا دلالت دارد.»

۱- اجماع

«برخی از فقهاء برای اثبات مطلب به اجماع تمسک نموده اند^۲» و ما به ۲ نمونه اشاره می نماییم:

صاحب جواهر: « مضاربه نسبت به طرفین جایز است و هر کدام که بخواهد می تواند فسخ کند بلکه اجماع به دو قسمش بر آن دلالت دارد و این اجماع دلیلی بر خروج قاعده از اصاله اللزوم است^۳»

در واقع ایشان بوسیله اجماع، تخصیصا مضاربه را از اصاله اللزوم خارج کردند

صاحب مستمسک: «و الدلیل منحصر بالاجماع»^۴ « دلیل جواز مضاربه منحصر در اجماع است»

اشکال: اولاً التزام به اینکه این اجماع تعبدا کاشف از رای معصوم است، مشکل است زیرا چنانکه خواهد آمد اصحاب برای حکم به جواز به وجوه دیگری استدلال نموده اند در حالی که اگر تنها دلیل، اجماع بود جای طرح وجوه دیگر نبود. و ثانیاً اینکه این اجماع منقول است.

اشکال محقق خوئی در تمسک به اجماع

«فایده ای در تمسک به اجماع در این بحث وجود ندارد. بلکه دلیل جواز عقد این است که مضاربه همانند وکالت از عقود است که با اذن منعقد می گردند و لذا متعاقدين التزام به چیزی در عقد نخواهند

۱ - غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع؛ ص: ۲۶۷؛ اللعنة الدمشقیة؛ ص: ۱۴۵؛ المختصر النافع فی فقه الإمامیة؛ ج ۱، ص:

۱۴۶

۲ - السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، ص: ۴۰۷؛ الوسيلة إلى نیل الفضیلة؛ ص: ۲۶۴؛ المهذب (لابن البراج)؛ ج ۱، ص: ۴۶۰؛ النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی؛ ص: ۴۲۹؛ المبسوط فی فقه الإمامیة؛ ج ۳، ص: ۱۶۷

۳ - «هو جائز من الطرفين، لكل واحد منهما فسخه، سواء نض المال بأن صار دراهم أو دنانیر أو كان به عروض بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسمیه علیه، و هو الحجّة فی الخروج عن قاعدة اللزوم جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۶، ص: ۳۴۰

۴ - مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۲، ص: ۲۶۱

داشت و این عقد تخصصاً از عموم آیه خارج خواهد بود. به بیان دیگر مضاربه در حقیقت عقد نیست هرچند صورت عقد دارد. چرا که مضاربه فقط اذن در تصرف و قبول اذن می باشد. اما معنای عقد التزام دو طرف است. مثلاً در بیع، بایع چیزی به مشتری می فروشد و در این عقد او ملتزم می شود که مبیع را به ملک مشتری در آورد و مشتری نیز در مقابل اخذ مبیع متعهد به تملیک ثمن برای بایع می گردد. مثال دیگر را از باب اجاره می آوریم. در اجاره موجر منافع ملک خود را در مدت معینی در قبال مبلغی به عنوان اجاره به ملک مشتری در می آورد و مستاجر نیز در عوض تملک منافع، اجاره را به مالک می پردازد. پس حقیقت عقد در جایی است که متعاقدین هر دو ملتزم به چیزی شوند لکن مضاربه اینچنین نیست و در آن مالک اذن به تصرف عامل در مال خود به شکل خاصی را می دهد و در قبال آن مقداری از سود تجارت را دریافت می کند و در آن التزام و تعهدی نسبت به دیگری وجود ندارد. این عقود، عقود اذنیه نام دارند و آنها واقعا عقد نیستند. نمونه ای دیگر از این عقود، عقد وکالت است که در آن موکل به وکیل اذن در انجام کاری می دهد و او این اذن را می پذیرد مقتضای قاعده در عقود اذنیه جواز است. عقود از ابتدا تحت عموم آیه وارد نشده بودند^۱»

اشکال آیت الله جزایری به کلام محقق خوئی:

«در کلام محقق خوئی تردیدی وجود دارد. زیرا قرائن مقالیه و مقامیه دلالت بر وجود تعهد و التزام در باب مضاربه دارند. مالک ملتزم به قرار دادن مال در تحت قدرت عامل شده و رفع ید از مقداری از سود می نماید و در قبال آن، عامل نیز متعهد به تجارت و پرداخت حصه ای از منافع به مالک می شود. بنابراین در مضاربه هر دو طرف به چیزی ملتزم می شوند که به نظر عرف صدق التزام می نماید. بنا بر این، این استدلال برای خروج از تحت عموم آیه کافی نیست. لذا عموم آیه شامل مضاربه نیز می شود و بعد از شمول آیه لازم است منحصی اقامه شود و در این میان بجز اجماع، منحصی وجود ندارد. لذا اصحاب برای جواز به اجماع تمسک کردند^۲»

مضاربه قبل از سود وکالت و بعد از سود شرکة است

۱ خوئی، ابوالقاسم، موسوعه الامام الخوئی، ج ۳۱ ص ۲۵

۲ - www.eshia.ir تقریرات درس خارج فقه آیت الله موسوی جزایری ۱۳۹۳/۱۰/۱۷

مضاربه در ابتدا وکالت است اما پس از حصول سود تبدیل به شرکه می شود

علامه در تذکره الفقهاء نوشته است: «مضاربه در ابتدا وکالت است سپس در اثناء معامله تبدیل به شرکه می شود»^۱

شهید ثانی در مسالک الافهام: «خلافی در اینکه قراض از عقود جایزه است نمی باشد زیرا او در ابتدا وکالت است و بعد تبدیل به شرکه می شود و این دو عقد جایزند»^۲ پس بایستی مضاربه نیز جایز باشد.

برخی دیگر از فقها نیز با عباراتی شبیه عبارت مزبور این قول را پذیرفته اند که به جهت اختصار از ذکر عبارات ایشان صرف نظر می شود مانند کلام شیخ یوسف بحرانی در الحدائق الناظره و سید علی بهبهانی در ریاض المسائل^۳

نکته مهم این است که بر اساس این نظر، مضاربه از عقود اذنیه می باشد زیرا اصل آن که وکاله و شرکه می باشد نیز از عقود اذنیه بوده و کل عقود اذنیه جائز می باشند.

«اشکال: این بیان با این استدلال قابل مناقشه است زیرا مضاربه نه وکالت است و نه شرکه

وکالت نیست بدلیل اینکه وکیل فقط مستحق اجرت است ولی عامل مثل مالک مستحق سود است و شرکه نیست زیرا شرکه در اموال است نه در ابدان و نه بین اموال و ابدان بنابراین مضاربه عقد مستقلی است که احکام خاص خود را دارد»

۲- قصور ادله لزوم از شمول عقود اذنیه

عقود در یک تقسیم بندی کلی دو قسم می گردند: عقود اذنی و عقود عهدی. عقود عهدی حقیقتاً عقد و عهد موکد هستند اما عقود اذنی صرف اجازه و اذن یک طرف به طرف مقابل است و علت اینکه عقود اذنی را عقد می نامند این است که اذن بصورت ایجاب بوده و رضایت طرف دیگر بصورت قبول است پس در واقع عقود اذنی یک عقد صوری می باشند و اطلاق عقد به آن مجازی است.

۱ - «فإنه وكاله في الابتداء، ثم قد يصير شركة في الأثناء» تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)؛ ج ۱۷، ص: ۱۳۳

۲ - «لا خلاف في كون القراض من العقود الجائزه من الطرفين، و لأنه وكاله في الابتداء، ثم قد يصير شركة، و هما جائزان أيضا»

مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۴، ص: ۳۴۴

۳ - الحدائق الناظره في أحكام العترة الطاهرة؛ ج ۲۱، ص: ۲۰۴، ریاض المسائل (ط - الحدیثه)؛ ج ۹، ص: ۳۳۵

توضیح اینکه وجوب و فاء به عقد، متوقف بر التزام الزام آور به نحو وجوبی است - یعنی یکی از طرفین بدون رضایت طرف مقابل شرعا نمی تواند دست از تعهد خود بردارد - و حال آنکه در مضاربه هیچکدام از مالک و عامل ملتزم به چنین الزامی نیستند بلکه قوام مضاربه به جواز تصرف مالک در مال و عزم عامل در انجام فعل و جواز رجوع برای هر دو آنها است بنابراین مضاربه برای دو طرف جایز است.

بعبارت دیگر حقیقت و فاء در آنجایی است که شخص ملتزم شود و متعهد گردد که حتما فلان کار را انجام دهد مثل التزام فروشنده به اینکه این مال ملک مشتری است اما در عقود اذنیه عاقد چنین التزامی را قرار نداده تا بخواهد وجوب و فاء گردش بیاید و اصلا طبیعت و ماهیت اذن مانع از این است که شخص به چنین التزامی متعهد گردد زیرا چنین التزامی زائل کننده سلطنت مالک بر مالش است درحالیکه اذن، اعمال سلطنت است نه زائل کننده آن و این همان دلیل انصراف عموم آیه «أوفوا بالعقود» از عقود اذنیه است.^۱ و این عقود تخصصا از تحت لزوم بیع خارج اند.

ب: ادله قائلین به لزوم

محقق سبحانی در کتاب نظام المضاربه فی الشریعه الاسلامیه برای لزوم مضاربه دو استدلال ذکر نمودند:

«الف: اصل در عقود، لزوم است و برای حکم به جواز نیاز به دلیل است و اجماع نیز دلیل لبی است و در موارد شک بایستی به قدر متیقن تمسک نمود و قدر متیقن، مضاربه مطلق است نه مضاربه موجل و زمان دار بعبارت دیگر اگر مضاربه مطلق بود بوسیله اجماع می توان آن را ثابت کرد زیرا از فروع و کاله می شود. حال آنکه غالب مضاربه ها زمان دار و محدود هستند لذا دلیلی بر جواز نداریم.

ب: مضاربه در عرف معامله ایی لازم است و از این کشف می شود که شرعا نیز لازم است و تایید این مطلب با کلام شیخ انصاری در مکاسب است: «از صحت عرفیه بیع، کشف از صحت شرعی آن می کنیم» بنابراین از لزوم عرفی پی به لزوم شرعی می بریم^۲»

۱- تفصیل الشریعه - المضاربه المساقاة، الدین و...؛ ص: ۳۴،

۲ - «لأصل فی العقود هو اللزوم كما هو الأصل المحقق فی باب المعاملات، و الجواز یحتاج إلى الدلیل، و أما الاتفاق فالقدر المتیقن منه، هو ما إذا كان مطلقا لا مؤجلا بأجل، و علی فرض إطلاقه فإن الإجماع هنا إجماع علی القاعدة، لأنهم جعلوها من فروع الوكالة فی التصرف فی مال الغير فعطفوها علیها و مثل هذا الإجماع لا یکشف عن دلیل وصل إلیهم و لم یصل إلینا. و ذلك لعدم الدلیل علی الفرعیة فضلا عن وجود دلیل واصل إلیهم. أن المضاربه فی العرف معامله لازمه و هی تکشف عن کونها كذلك شرعا، و قد ذکر الشیخ الأنصاری فی المتاجر بعد الفراغ من تعریف البیع بأنه یتکشف من الصحه العرفیه، الصحه الشرعیة و علیه یتکشف من اللزوم العرفی،

محقق یزدی می نویسد: «آنچه که به نظر می رسد این است که مضاربه جزء عقود اذنیه و جایز است و فقها آثار جواز عقد مضاربه را بدین گونه بیان نموده اند که: مالک و عامل جواز فسخ مضاربه را دارند، چه از شروع عمل چه بعد از آن، قبل از حصول سود باشد یا بعد از آن، چه سرمایه نقد باشد چه به صورت جنس، مضاربه به صورت مطلق باشد یا مدت دار باشد»^۱.

گفتار سوم: بررسی اختصاص یا عدم اختصاص مضاربه به تجارت

بسیاری از فقها تصریح کرده اند یکی از شروط مضاربه این است که سرمایه در راه تجارت بکار رود. سید یزدی در کتاب عروه الوثقی می فرماید: «آن یكون الاسترباح بالتجارة و اما إذا كان بغيرها - كان يدفع إليه ليصرفه في الزراعه مثلا و يكون الربح بينهما - يشکل صحته اذ القدر المعلوم من الادله هو التجارة»^۲ «اینکه طلب سود و معامله از طریق تجارت باشد اما اگر به غیر از تجارت باشد مثلا پول را می دهد تا با آن زراعت کند و سود را بین یکدیگر تقسیم کنند حکم به صحت آن مشکل است زیرا استفاد از ادله، تجارت است» بدین گونه باید به بررسی دلیل فقهی این شرط بپردازیم. در مورد علت اعتبار این شرط وجوهی چند ذکر شده است:

الف: «از نصوص باب مضاربه اینگونه استفاده می شود که اختصاص به تجارت دارد»^۳

اشکال: روایات باب مضاربه این گونه است که از ائمه (علیه السلام) پیرامون مضاربه سوال می شود و تمامی این سوالات در مورد افرادی است که با مال مضاربه، تجارت می کنند و پاسخ ائمه نیز به همان سوالها است اما تا آنجا که ما تحقیق کردیم روایتی که نشانگر اختصاص مضاربه به تجارت باشد نیافتیم^۴

ب: «اگر مال مضاربه در غیر تجارت به کار رود در تحقق عنوان مضاربه از نظر عرف شک خواهیم کرد و با وجود این شک، اصل عدم ترتب اثر جاری است»^۵

اشکال: «در صورتی که مفهوم تجارت در معامله مضاربه أخذ شده باشد، بدیهی است که در مورد غیر

کونها كذلك شرعا، فالأقوى هو كونها عقدا لازما إذا كان محمدا» سبحانی جعفر، نظام المضاربه فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ص: ۱۵

۱ - یزدی سید کاظم، عروه الوثقی ج ۲ ص ۶۴۴

۲ - خویی ابوالقاسم، مبانی العروه الوثقی؛ ج ۱، ص: ۲۹

۳ - مظان این روایات کتاب «وسایل الشیعه» حر عاملی، ج ۱۹ کتاب المضاربه ص ۱۵ می باشد.

۴ - «ان یكون الاسترباح بالتجارة، و اما إذا كان بغيرها - كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعه، مثلا و يكون الربح بينهما - يشکل صحته

إذ القدر المعلوم من الأدلة لما عرفت من أصله عدم ترتب الأثر» حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروه الوثقی؛ ج ۱۲، ص: ۲۵۲

تجارت یقین به عدم تحقق مضاربه - نه شک - خواهیم داشت. اما اگر بپذیریم که تجارت ویژگی خاصی ندارد، - بلکه از آنجا که در قدیم به عنوان سود آور ترین شغل بوده - از این رو مردم سرمایه خود را به تاجران می داده اند تا با آن تجارت کنند و سهمی از سود را ببرند. بنابراین ملاک در عمل مضاربه ای این است که سرمایه در راهی سود آور و منفعت زا صرف شود خواه این عمل تجارت باشد، یا یک کار تولیدی نظیر راه انداختن یک کارخانه. پس دیگر شکی در تحقق عنوان مضاربه نخواهیم داشت^۱

ج: «امور غیر تجاری اموری مضبوط بوده و می توان برای آنها اجیر گرفت در حالی که فلسفه مشروعیت مضاربه در مورد اعمالی است که نمی توان برای آنها اجیر گرفت و آن عبارتست از تجارت که نه ضبط آن ممکن است نه قدر عمل و نه قدر عوض شناخته شده است و از آنجا ضرورت وجود این معامله احساس گردید مشروع شناخته شد^۲»

اشکال: «این صرفاً یک استحسان است نه دلیل شرعی؛ زیرا در هیچ دلیلی علت مشروعیت مضاربه این گونه شناخته نشده است. به نظر می رسد علت این توهم که سرمایه باید حتماً در راه تجارت مصرف شود اولاً این است که برخی لغویین این قید را در تعریف ذکر کرده اند^۳ و ثانیاً از آنجایی که در محیط هایی مثل عربستان و عراق و شام اغلب مردم تجارت می کردند و از این راه مخارج زندگی خود را تأمین می کردند، تقریباً در تمامی موارد اموال مضاربه ای صرف تجارت می گردیده و سوالات نیز در همین رابطه از ائمه علیهم السلام مطرح می گردیده است. در حالیکه لغویین صرفاً به بیان موارد استعمالات کلمات می پردازند نه اینکه معنی حقیقی آنها را بیان کنند و صرف اینکه مردمی در نقطه ای از دنیا به گونه ایی از این معامله روی آورند دلیل بر تقید معامله به آن نیست. این مثل آن است که اگر فرضاً مردم عراق یا عربستان به تجارت خرما یا شتر بیشتر علاقه نشان می دادند بگوییم سرمایه مضاربه باید فقط در راه تجارت این دو بکار گرفته شود^۴»

د: «مرحوم محقق عراقی و جناب سید احمد خوانساری فرموده اند: عموم آیه منصرف به عقود

۱ - بروجردی، مصطفی، مضاربه از نظر فقهای شیعه، ص ۸۳

۲ - «لأن هذه أعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها، فاستغنى به عن القراض فيها، وإتما يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستئجار عليه، وهو التجارة التي لا يمكن ضبطها ولا معرفة قدر العمل فيها ولا قدر العوض، والحاجة داعية إليها، ولا يمكن الاستئجار عليها، فللضرورة مع جهالة العوضين شرع عقد المضاربه» حلی حسن بن یوسف تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)؛ ج ۱۷، ص: ۳۶

۳ راغب اصفهانی « مفردات الفاظ قرآن » ج ۲ ص ۴۵۱ ؛ ابن منظور « لسان العرب » ج ۱ ص ۵۴۵ ؛ بستانی، فواد، « فرهنگ ابجدی » ص

۴ - بروجردی، مصطفی، مضاربه از نظر فقهای شیعه، ص ۸۳

متعارف در زمان نزول بوده کما اینکه «ال» در «العقود» برای عهد می باشد. این عقد یعنی اعطای پول به عامل برای زراعت نیز در آن زمان متعارف نبوده. اما اگر گفته شود که «ال» جنس است، ایشان در جواب گفته اند که در این صورت عقد منصرف به عقود متعارف بوده و در صورت شک در متعارف بودن چنین عقدی امکان رجوع به عموم آیه مشکل خواهد بود^۱»

اشکال: «اگر به کتب مسائل مستحدثه مراجعه نمایید، خواهید دید که در تصحیح عقد بیمه به عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۲ تمسک شده و گفته شده در شمول این آیه بر عقد بیمه اشکالی وجود ندارد، چرا که عموم دلیل شامل هر عقدی که متعارف باشد خواهد بود. بنابراین وجهی برای کلام محقق عراقی نیست و اشکال ایشان اشکال ضعیفی است و قرآن کریم کتابی است که برای همه امم و همه ازمان نازل شده همانند خورشید و ماه که برای همه کس و همه ی زمان ها وجود دارد.»^۳

محقق خوینی در صحت عقد مضاربه آورده است: «صحت عقودی مثل مضاربه و مزارعه و مساقات، خلاف قاعده است و امکان تصحیح این عقود بوسیله عمومات وجود ندارد. بنابراین هرچه که مثل مضاربه باشد و دلیل خاصی بر صحت آن وارد نشده باشد، به مقتضای قاعده صحیح نمی باشد و برای تصحیح آن ها نیز نمی توان به عمومات تمسک نمود. استدلال ایشان بر این پایه استوار است که، این عمومات بر مواردی شمول دارند که چیزی که مورد تملیک و تملک قرار می گیرد، موجود و مملوک باشد لذا باید مبیع و مثنی موجود، در نزد بایع باشد و ثمن معامله نیز مملوک مشتری و موجود باشد. لذا در صورتی که در عقدی یکی از این امور وجود نداشته باشد، امکان تملیک و تملک در آن وجود نخواهد داشت و لازم است که برای صحت آن عقد به ادله خاصه تمسک شود و صحت آن عقد از موارد تبعیدی و خلاف قاعده خواهد بود. در محل بحث نیز ارباح که طرف معامله می باشند، وجود فعلی ندارند و لذا امکان تصحیح معامله با عمومات وجود ندارد.»^۴

پاسخ: «در صورت قبول اشکال نیز می توان به باب مصالحه تمسک نمود، زیرا استدلال شامل مصالحه نمی باشد. چرا که غرض در آن عقود، تملیک است و تملیک شیء معدوم غیر معقول است لکن عقد صلح

۱- www.eshia.ir موسوی جزائری، سید محمد علی، «تقریرات درس خارج فقه»، سال ۹۳ ص ۷۶

۲- سوره مائده، آیه ۱.

۳- www.eshia.ir موسوی جزائری، سید محمد علی، تقریرات درس خارج فقه، سال ۹۳ ص ۷۶

۴ خویی ابوالقاسم، «موسوعه الامام خوینی» ج ۳۱ ص ۱۸

عقدی تملیکی نیست و در تعریف صلح گفته شده که «عقد شرعت لرفع التجاذب» تجاذب بمعنای تنازع و کشمکش است. لذا صلح برای از بین بردن تنازع تشریح شده و عوضان رکن آن نمی باشند و گاهی اصلاً عوضی در بین نمی باشد، مثلاً ممکن است متصالحین بر تملیک مال یکی برای دیگری به صورت مجانی مصالحه کنند یا آنکه در مصالحه عوض یا معوض مجهول باشد. چرا که عوضین در صلح نقش اصالی ندارند و رکن مقوم این عقد تنها رفع تنازع و کشمکش است.

بر همین اساس در روایات، از امام علیه السلام در خصوص برخی امور مجهول در صلح سوال شد و ایشان در جواب فرمودند: اگر با طیب نفس طرفین باشد، اشکالی ندارد. بنا بر آنچه بیان شد دایره صلح وسیع است به گونه که در آن چیزهایی داخل می شوند که در عقود دیگر وارد نمی باشند.^۱

امثله اتساع صلح در فتاوی علمای

الف: محقق خویی در منهاج الصالحین فرموده: «لو تصالح شخص مع الراعی بأن یسلم نعاچه إلیه لیرعاها سنهٔ مثلاً، و یتصرف فی لبنها و یعطی مقداراً معیناً من الدهن مثلاً صحت المصالحة»^۲ یعنی اگر دام داری با چوپان مصالحه کند، دام خود را برای مدت یک سال به چوپان بسپارد تا او آنها را بچراند و چوپان در شیر دام تصرف نماید و مقداری معین از چربی آن را در اختیار صاحب دام قرار دهد، مصالحه صحیح خواهد بود، باید توجه داشت که در هنگام صلح شیری وجود ندارد که دام دار و چوپان بر آن مصالحه کنند. ایشان از این بیان ترقی نموده و می فرماید این معامله از باب اجاره نیز صحیح است.

امام خمینی (ره) نیز در کتاب تحریر الوسیله می فرماید: یعنی صلح بر میوه و سبزی های باغ قبل از بوجود آمدن آنها جایز است هرچند که بیع آنها بدلیل عدم وجود آن ها در خارج جایز نمی باشد.^۳ این جواز صلح از باب تسامح موجود در صلح و عدم رکنیت عوضین می باشد.

نتیجه: بنا بر آنچه بیان شد اعطای مال به عامل برای عملی غیر از تجارت و تقسیم سود و ربح بین عامل و مالک بنا بر توافق آنها از باب مصالحه صحیح خواهد بود.

۱- www.eshia.ir تقریرات درس خارج فقه، موسوی جزائری، سال ۹۳ ص ۷۷

۲- ، خوئی سید ابوالقاسم ، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۹۳

۳- «یجوز الصلح علی الثمار و الخضر و غیرهما قبل وجودها و لو فی عام واحد و بلا ضمیمهٔ و إن لم یجز بیعها» - تحریر

الوسیله، خمینی، سید روح الله ، ج ۱، ص ۵۶۳

گفتار چهارم: عدم ضمان عامل

برای اینکه امین بودن عامل و عدم ضمان او اثبات گردد به دو استدلال می توان تمسک نمود:

استدلال اول: این استدلال مبتنی بر صغری و کبرایی است که برای رسیدن به مطلوب بایستی آنها بیان و اثبات گردند.

صغری: عامل امین است

کبری: امین ضامن نیست

صغری: عامل امین است.

مراد از امین کسی است که مال غیر با اذن مالک یا با اذن خدای تعالی نزد اوست و او خیانتی نسبت به آن روا نمی‌دارد و فعل و ترک عملی را که موجب تلف و نقص مال شود به جا نمی‌آورد.

در امین بودن عامل هیچ نظر مخالفی نیست و همه فقها بر امین بودن عامل حکم نموده اند. کما اینکه صاحب جواهر و مفتاح الکرامه^۱ نیز ادعای اجماع نموده اند: «لا خلاف و لا إشکال فی أن العامل أمين بل هو إجماعی^۲». مفهوم روایت های بسیاری بر عدم ضمان مال در صورت عدم تخلف عامل از شروط دلالت دارد. دلالت این روایات بر اینکه عامل امین است به دلالت اقتضا و مفهوم شرط می باشد.^۳

۱ - عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه ج ۷، ص: ۵۱۳

۲ - نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ج ۲۶، ص: ۳۷۸

۳ - دلالت اقتضا، عبارت است از دلالتی که دارای دو ویژگی است.

۱. اصل دلالت، مراد و مقصود متکلم باشد.

۲. صدق کلام یا صحت کلام، متوقف بر آن دلالت باشد؛ که بدون آن، کلام یا صحیح نیست و غلط است. و یا کاذب است و صادق نیست. «لا یخفی که صحت یا صدق، به صورت مانعه الخلو است یعنی حتما احدهما باید باشد. در بعضی امثله، فقط صحت کلام و در بعضی فقط صدق کلام و در بعضی هر دو متوقف است بر آن دلالت». حال، این توقف صحت یا صدق هم گاهی توقف عقلی و به حکم عقل است. و گاهی توقف شرعی و به حکم شرع است، و گاهی توقف لغوی است (لغت بالمعنی الاعم که شامل کلیه ادبیات عرب می‌شود) و گاهی توقف عادی و عرفی است. مثلاً ۱. رسول اکرم صلی الله علیه و آله فرموده: لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام. ضرر و ضرار،

کبری: امین ضامن نیست

یکی از قواعد مشهور فقهی قاعده «عدم ضمان الامین الا بالتعدی و التفريط» است. طبق مفهوم این قاعده امین به جز در صورت تعدی و تفريط، ضامن نیست. برای تفهیم این قاعده و اثبات مطلوب به بیان اسناد و مدارک قاعده، مراد از این قاعده و موارد تطبیق آن خواهیم پرداخت.

اسناد و مدارک قاعده

«اول: امین از طرف شارع یا مالک ماذون است»

آیه معروف «... ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ...»^۱ دلیلی بر عدم ضمان امین می‌باشد. زیرا امین حکم محسن و نیکوکار را دارد. امین چه از طرف شارع و چه از طرف مالک، برای نفع صاحب مال اقدام می‌کند و هر گونه ضمان بر عهده وی نوعی زحمت و حرج است که در آیه شریفه و قاعده معروف این زحمت و حرج نفی شده است.

می‌توان از این آیه دلیل عقلی بر عدم ضمان امین برداشت نمود. زیرا، وقتی امین را محسن و نیکوکار فرض نمودیم و قائل شدیم که تعدی و تفريطی هم از سوی او صورت نگرفته و تلف یا نقص مال به سببی خارج از اراده و انتساب به امین بوده است، عقل، برای وی غرامت و مسئولیت را نمی‌پذیرد و آن را قبیح می‌شمارد. قول خدای تعالی در این آیه شریفه در حقیقت تقریر و تثبیت این حکم عقلی است.

به معانی مختلفی معنا شده. ممکن است مراد از ضرر و ضرار، هر دو، یکی باشد یعنی ضرر رساندن مسلمانی به مسلمان دیگر. و ممکن است مراد از ضرر، ضرر به نفس و مراد از ضرار، ضرر به دیگری باشد. و ممکن است مراد از ضرر، ضرر یک طرفی و مراد از ضرار، ضرر طرفینی باشد؛ که این به آن، و آن به این ضرر بزنند. در این حدیث، صدق کلام، متوقف است که کلمه حکم یا اثر شرعی در تقدیر گرفته شود؛ که مراد این باشد که حکم ضروری در اسلام نیست. زیرا اگر چیزی مقدر نباشد، ظاهر کلام این است که ضرر و ضرار در نزد مسلمین نیست. یعنی مسلمین به هم ضرر نمی‌زنند در حالی که بلاشکال هست. اساساً سمره ابن جندب (که حدیث، در رابطه با او صادر شده) ضار بود. پس مراد، احکام ضرریه است. مثلاً وضوی ضرری یا غسل ضرری و... در اسلام جعل نشده. ضرر (همانند عسر و حرج) حد و مرز تکلیف است.

۲. رسول اکرم فرموده: رفع عن امتی ما لا یعلمون. در اینجا هم باید چیزی مقدر باشد به نام مؤاخذه و عقاب، تا کلام صادق باشد؛ و الا کلام، کاذب است چون موضوعاً «ما لا یعلمون» مرتفع نیست؛ خیلی امور است که امت پیامبر نسبت به آن یعلمون هستند. پس مراد، رفع مؤاخذه است. محمدی، علی، شرح اصول فقه ج ۱، ص: ۲۴۵

۱ - توبه (۹): ۹۱ «... بر نیکوکاران عالم از هیچ راه حرج و زحمتی نیست...».

لیکن توجه به این نکته ضروری می‌باشد که این وجه در تمامی انواع اماناء جاری نیست زیرا در برخی از انواع اماناء اگر چه امان مأذون از طرف مالک است اما تصرف او لزوماً در جهت نفع مالک نیست مانند عاریه که تصرف مستعیر در جهت مصلحت خود اوست و نه مصلحت مالک

دوم: نبودن دلیل برای اثبات ضمان عامل

۱- دلیلی برای ضمان امان وجود ندارد زیرا آنچه موجب ضمان می‌شود اتلاف است نه تلف که قاعده مشهور «اتلاف» مبین آن می‌باشد و اگر امان تعدی و تفریطی نکند، اتلاف واقع نشده است تا موجب ضمان گردد.

توضیح قاعده: «از دیدگاه فقه شیعه، موجبات ضمان قهری سه چیز است: ضمان ید، اتلاف و تسبیب

شیخ طوسی در مبسوط روایتی از عبد الله بن مسعود از رسول اکرم (صلی الله علیه و آله) نقل کرده که آن حضرت (صلی الله علیه و آله) فرموده است: «یعنی احترام مال مسلمان، مانند احترام خون او است». اگر اهمیت مال مسلمان مانند خون او باشد، چنانچه مقداری از آن تلف شود، موجب ضمان خواهد بود.

روایات دیگری نیز در کتب فقهی، مستند این قاعده قرار گرفته است. علاوه بر این، فقها جمله «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» (هر کس مال دیگری را تلف کند، ضامن است) را یک حدیث ثابت شده از معصوم (علیه السلام) تلقی نکرده‌اند.^۱ هر چند این عبارت در کتب حدیثی دیده نمی‌شود، ولی از چنان شهرتی برخوردار است و آن چنان مورد استفاده فقها قرار گرفته که در حدیث بودن آن تردیدی باقی نمی‌ماند و در بسیاری نصوص دیگر نیز کلماتی حاکی از مضمون این جمله وجود دارد.^۲ به هر حال، جمله فوق به صورت یک قاعده در آمده است. برای روشن شدن بیشتر حدیث، کلمات آن مختصر توضیح داده می‌شود.

یک) اتلاف: اتلاف بر دو قسم است: اتلاف حقیقی و اتلاف حکمی. «اتلاف حقیقی» آن است که شخصی مال دیگری را به کلی از بین ببرد، مثلاً لباس یا فرش او را بسوزاند یا خانه‌اش را خراب کند؛ ولی

۱ - «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه ج ۳، ص: ۵۹؛ نظیر این جمله توسط ابی بصیر از حضرت صادق (علیه السلام) نقل شده است. (ر. ک: عاملی، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشیعه ج ۲۹، ص: ۲۰)

۲ - نجفی محمد حسن جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۶۰

۳ - مراجعه نمایید به وسائل الشیعه-باب- ۱۰ و ۱۱ و ۱۴- از کتاب شهادت و باب- ۵ و ۷- از کتاب رهن- حدیث ۲ و باب- ۲۹- من کتاب إجارة و باب- ۱۸- از کتاب عتق حدیث ۱ و ۵ و ۹ و باب- ۲۲- از أبواب حد زنا- حدیث ۴ و باب- ۱- از أبواب نکاح بهائم- حدیث ۴ از کتاب حدود

در «اتلاف حکمی» اصل مال از بین نمی‌رود، بلکه با بقای اصل مال، مالیت آن نابود می‌شود، مانند این که شخصی یخ و برف متعلق به دیگری را در فصل تابستان در مکانی مخفی کند و در زمستان آن را اظهار و به صاحبش برگرداند. در اینجا، هر چند مرتکب، عین یخ و برف را نابود نکرده (اتلاف حقیقی) ولی چون آن را از مالیت و ارزش انداخته، مرتکب اتلاف حکمی شده است.

بعضی از فقها قاعده اتلاف را شامل هر دو گونه اتلاف دانسته‌اند، اما به نظر بسیاری از فقیهان، اتلاف مال، شامل اتلاف حکمی نمی‌شود. البته نباید تصور کرد که نوع دوم به نظر دسته اخیر فقها باعث ضمان نیست، بلکه غرض این است که به نظر آنان اتلاف حکمی مشمول این قاعده نیست. آنان در این مورد، به ادله دیگری تمسک می‌کنند و مثلاً می‌گویند: آیه «فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ...»^۱ بیان‌کننده ضمان عدوان یا اعتدا است و موارد اتلاف حکمی، مشمول ضمان مزبورند.

دو مال: مال در فقه به این شرح تعریف شده است: «المال ما یبذل بازائه المال»؛ یعنی مال چیزی است که در مقابل آن مال بدهند. این، تعریف فقهی مال است؛ ولی گروهی از فقها عقیده دارند که در این تعریف، دور وجود دارد، زیرا در تعریف مال آمده است: مال چیزی است که به ازای آن مال داده شود. پس تعریف، مبتنی بر تعریف خود مال است.

به نظر می‌رسد بهتر است در تعریف مال گفته شود: مال چیزی است که نزد مردم مطلوب است و به طور مستقیم یا غیر مستقیم نیازهای آنان را برطرف می‌کند. بخشی از اموال مانند اغذیه و لباس مستقیماً نیاز انسان‌ها را رفع کنند و لذا مالیت و ارزش آن‌ها تکوینی و واقعی است؛ و دسته دیگر مستقیماً رفع نیاز نمی‌کنند، ولی وسیله رفع نیاز هستند، مانند پول که به خودی خود رافع نیازی نیست، بلکه با اموال دیگر مبادله می‌شود و به واسطه آن‌ها رفع نیاز می‌کند و ارزش اعتباری دارد. به همین علت، وقتی گفته می‌شود که مثلاً فلان سری اسکناس فاقد اعتبار است، با وصف موجود بودن اسکناس، چون قدرت قراردادی و اعتباری اسکناس‌ها سلب گردیده ارزشی نخواهند داشت.

سه) ضامن: وقتی چیزی تلف می‌شود، وجود اعتباری‌اش در عهده متلف قرار می‌گیرد و این، معنای ضمان واقعی است.

عقیده فقها بر این است که هر کس بدون اجازه صاحب مال، مال او را از بین ببرد، آن مال با وجود اعتباری خود در عهده متلف قرار می‌گیرد، هر چند که تحت ید او هم نباشد و باید با پرداخت مثل در مثلیات و قیمت در قیمیات از عهده آن برآید.^۱

۲- قاعدة « علی الید ما أخذت حتی تودیة »^۲

توضیح قاعده: «یکی از قواعد مشهور فقهی، قاعده ضمان ید است. به عقیده فقها، مقتضای اولیه تصرف و یا استیلا بر مال دیگری این است که متصرف در مقابل مالک، ضامن است؛ یعنی علاوه بر آن که مکلف به بازگرداندن عین در زمان بقای آن است، اگر مال مذکور تلف شود یا نقص و خسارت به آن وارد گردد باید از عهده خسارت وارد نیز برآید. این موضوع، یعنی ضمان ید متصرف در فقه به صورت یک قاعده کلی در آمده و کلیت آن در بدو امر شامل تمام انواع تصرف و وضع ید می‌شود، خواه عدوانی باشد و خواه غیر عدوانی یا امانی. البته مواردی تحت عنوان ید امانی، به موجب ادله خاص از تحت عموم این قاعده خارج گردیده‌اند.^۳»

این قاعده نیز نمی‌تواند مستند ضمان امین قرار گیرد؛ زیرا یدی که ضمان‌آور است ید عدوانی است و مسلم است که ید امین ید عدوانی نیست. امانت دو گونه است: یکی امانت مالکانه است مانند عین مستأجره و عین مرهونه نزد مستأجر و مرتهن یا عاریه نزد مستعیر. دیگری امانات شرعیه هستند مانند لقطه^۴ نزد ملتقط و مال مجهول المالک و غایب و قاصر نزد حاکم شرع و نایب حاکم شرع. به هر حال این امانات همه از طرف مالک یا از طرف خدای تعالی در اختیار ایادی مأذونه هستند. بنابراین، قاعده و علی الید نیز در مورد ضمان امین جاری نیست.

۱ - یزدی، سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه ج ۱، ص: ۱۱۲

۲ - نوری میرزا حسن، مستدرک الوسائل باب: ۱ من کتاب الودیعة حدیث: ۱۲ (این حدیث در بعضی متون به صورت فوق آمده است (بیهقی، سنن، ج ۶، ص ۹۵ و نوری، میرزا حسن، مستدرک الوسائل، ج ۱۷، ص ۸۸، باب اول، کتاب غضب، حدیث ۴) ولی در بعضی متون دیگر به صورت «... حتی تودی» یعنی بدون ضمیر آخر ضبط شده است (طوسی، محمد بن حسن، خلاف، کتاب غضب، مسأله ۲۰ و هندی، علاء الدین، کنز العمال، ج ۵، ص ۳۲۷، حدیث ۵۷۱۳)

۳ - یزدی، سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، ج ۱، ص: ۶۱

۴ - لقطه به معنای اعم آن هر مالی است که از مالک آن گم شده و وی بر آن مال ید نداشته باشد خمینی، سید روح الله موسوی،

تحریر الوسیلة، ج ۳، ص: ۳۹۳

ید امین آنجا که از طرف مالک مأذون است، دو گونه می‌باشد یا امانت در جهت نفع مالک است مانند لقطه و احتمالاً انواع اجاره یا در جهت نفع امین است مانند عاریه.

۳- قاعده «غرور» نیز در امانت مصداق ندارد.

توضیح قاعده: «قاعده غرور در مکاتب فقهی شیعه، اهل سنت، ظاهریه و زیدیه معتبر شناخته شده است.

شیخ طوسی (شیخ الطائفه قرن پنجم هجری) نخستین کسی است که در کتاب المبسوط فی الفقه الامامیه در ابواب مختلف از جمله غصب، عاریه، و نکاح به این قاعده عمل کرده است.^۱ هر چند تعبیر صریح قاعده در عبارت ایشان دیده نشده، ولی در استدلال برای ضمان گفته است، «لأنه غره»، یعنی به این دلیل که او دیگری را مغرور کرده است.

پس از ایشان ابن ادریس حلی در کتاب السرائر، محقق حلی در شرایع الاسلام، علامه حلی در قواعد الاحکام و تذکره الفقهاء، فخر المحققین در ایضاح الفوائد، شهید اول در لمعه، محقق کرکی در جامع المقاصد و دیگران در ابواب مختلف فقه به «قاعده غرور» یا به مضمون آن استناد کرده‌اند.

هرگاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث فریب خوردن شخص دیگر بشود، و از این رهگذر، ضرر و زیانی متوجه او گردد، شخص نخست به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهده خسارت وارد برآید. شخص اول را «غار» (فریب دهنده) و شخص دوم را «مغرور» (فریب خورده) و این قاعده را «قاعده غرور» می‌گویند.^۲

قاعده غرور در امانت مصداق ندارد زیرا فرض این است که امین به قصد تغیر مالک، مال وی را در تصرف نمی‌گیرد. البته اگر چنین قصدی در کار باشد دیگر امانت نیست و موجب ضمان برای متصرف خواهد بود که از بحث خارج است.

سوم: روایات

علاوه بر مفاهیم مستفاد از قواعد سه‌گانه فوق، اخبار و احادیث نیز در این باب همگی دلالت بر عدم ضمان امین دارد.

۱ - طوسی المبسوط، ج ۳، کتاب العاریه، ص ۵۸، کتاب الغصب، ص ۸۹ و ج ۴، کتاب النکاح، ص ۲۵۶ - ۲۵۴

۲ - یزدی، سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه ج ۱، ص: ۱۶۳

۱- از آن جمله خبری است در مستدرک از امیر المؤمنین (علیه السلام) بدین معنی که «بر امین ضمانی نیست»^۱.

۲- در وسائل الشیعه از ابان بن عثمان از ابی جعفر حضرت باقر (علیه السلام)، در پاسخ به سؤالی پیرامون مالی که در نزد مستبضع تلف یا سرقت شده فرموده است: «چون آن مرد امین بوده است بر وی غرامتی نیست»^۲.

۳- روایت دیگری صدوق در مقنع آورده که شخصی از امام صادق (علیه السلام) سؤال می‌کند که آیا قول امانت‌گیرنده‌ای که ثقه هم نیست مورد قبول می‌باشد؟ فرموده است: «آری و البته سوگند نیز بر وی نیست»^۳.

۴- وسایل الشیعه روایت دیگری از قرب الاسناد نقل نموده است. در این خبر عبد الله بن جعفر از هارون بن مسلم از مسعده بن صدقه از ابی عبد الله (علیه السلام) آورده است: «ایراد اتهام نسبت به امین و اطمینان نسبت به خائن جایز نیست»^۴.

۵- همچنین مسعده بن زیاد از جعفر بن محمد (علیه السلام) به نقل از پدرش و سپس از رسول خدا (صلی الله علیه و آله) نقل کرده است که آن حضرت فرموده: «متهم نمودن امین جایز نیست»^۵.

در بین این اخبار خبر معروف «لیس علی الامین الا الیمین» و بسیاری اخبار دیگر هست که نیازی به ذکر تمامی آنها نیست و نتیجه اینکه عدم ضمان امین از امور ثابت و واضح است. از مجموع این روایات چنین استفاده می‌شود که امین خواه از طرف شارع مقدس باشد و خواه از طرف مالک، ضمانی بر وی نیست.

۱ - «لیس علی المؤمن ضمان» «مستدرک الوسائل» ج ۱۳، ص ۱۶، أبواب کتاب الودیعه، باب ۴، ح ۱۵۹۷۸

۲ - «لیس علیه غرم بعد ان یكون الرجل أمینا» وسائل الشیعه ج ۱۳، ص ۲۲۸، أبواب کتاب الودیعه، باب ۴، ح ۵، و ج ۱۳، ص ۲۳۷، أبواب کتاب الودیعه، باب ۱، ح ۸.

۳ - «نعم و لا یمین علیه» همان، ص ۲۲۸، أبواب کتاب الودیعه، باب ۴، ح ۷

۴ - «لیس لك ان تأتمن من خانك، و لا تتهم من اتئمت» همان، ص ۲۲۹، أبواب کتاب الودیعه، باب ۴، ح ۹

۵ - «لیس لك ان تتهم من قد اتئمت» همان، ح ۱۰.

در روایت مقنع حتی ادای سوگند هم برای امین لازم شمرده نشده است و در دو روایت قرب الاسناد از ایراد اتهام نسبت به امین نهی شده است.

چهارم: اجماع

اکثر فقها در موارد عدیده به عدم ضمان امین استناد کرده‌اند به طوری که این موضوع به نحو یک کبرای کلی و مسلّم در آمده است.

مراد از قاعده

مراد از ضمان، ضمان واقعی است؛ یعنی اگر مال تلف شود، در صورتی که از اموال مثلی باشد مثل آن و اگر از انواع قیمی باشد، بهای آن بر عهده ضامن است.

در مواردی که تصرف، تصرف غیر مجاز باشد؛ یعنی نه از طرف مالک و نه از طرف شارع اذنی نباشد، شارع، صاحب ید یعنی متصرف را ضامن می‌شناسد و این تعهد جز با ادای مال (در صورت وجود) یا مثل یا قیمت آن، ساقط نمی‌گردد.

تفصیل و جهت این موضوع در بحث قاعده ید و در کتب فقهی در بحث غصب و مسأله مقبوض به عقد فاسد ذکر شده است.

و اما مراد از امین کسی است که مال غیر با اذن مالک یا با اذن خدای تعالی نزد اوست و او خیانتی نسبت به آن روا نمی‌دارد و فعل و ترک عملی را که موجب تلف و نقص مال شود به جا نمی‌آورد.

با این وصف می‌توان بیان نمود اگر تعدی یا تفریطی نسبت به مال از وی سرزند، او ضامن نیست. زیرا عدم تعدی و تفریط مأخوذ از معنی و مفهوم و حقیقت لفظ امین است و اگر تعدی و تفریط اتفاق افتد اطلاق امین مورد ندارد، زیرا او خائن است.

فعلی که مضر به مال باشد و موجب ضایع و تلف شدن یا نقص آن گردد «تعدی» نامیده می‌شود. همچنین امین باید اقدامات و کارهای لازم را برای حفظ سلامت مال به عمل آورد. اگر این اقدامات و کارهای لازم ترک شود به این امر «تفریط» می‌گویند.