

اللهم إلا أن يقال که وقتی عقد صلح به دو صورت معوض و غیر معوض قابل انعقاد است و فقهاء صلح بدون عوض و مجانی را نیز صحیح و در حکم هبة دانسته‌اند^۱، عدم وجود عوض از جانب بیمه‌گر در فرض عدم بروز خسارت ضرری به صحت مصالحه نمی‌رساند، کما اینکه لازمه‌ی تعلیقی بودن صلح جبران خسارت در ازای تنجیزی بودن صلح حق بیمه همین امر است.

تخریج پنجم ← بیمه یک ضمان عهده است.

به زعم چندی از فقهاء (مانند مرحوم صدر^۲) قرارداد بیمه می‌تواند در حقیقت ضمان عهده باشد، یعنی همچنان که ضامن می‌تواند در ازای دین موجود اقدام به ضمان ذمه کند تا ذمه‌ی او بجای ذمه‌ی مضمون عنه مشغول گردد و او مرجع استیفاء دین باشد، ضامن می‌تواند در ازای دین معدوم و مستقبل اقدام به ضمان عهده کند و متعهد به پرداخت دین یا خسارت شود (حکم تکلیفی) و یا متعهد گردد که به میزان خسارت مشغول الذمه باشد (حکم وضعی). اساساً متعلق ضمان عهده هم می‌تواند عین باشد (مثلاً کسی بگوید اگر عین خارجی تلف شد، من ضامن تدارک آن هستم) کما اینکه غاصب نسبت به مال مغصوبه تا قبل از تلف ضمان عهده دارد (ضمان غاصب بعد از تلف ضمان دین است)، و هم دین (مثلاً کسی بگوید اگر زید وام خود را تأدیه ننمود، من متعهد به بازپرداخت آن هستم). براساس این تحلیل فقهی بیمه‌گر در قبال دریافت حق بیمه ضامن خسارت‌های احتمالی آتی و عهده‌دار شدن جبران آن به صورت ضمان عهده می‌شود.

شایان ذکر است که تفکیک بین عهده و ذمه اگرچه امر مسلّمی بین فقیهان امامیه است و بسیاری از فقهاء در عین اینکه عقد ضمان شرعی را ناظر بر خصوص ضمان ذمه دانسته‌اند، اما معتقدند که ضمان عهده براساس سیره‌ی عقلانی و ممضا بودن آن از سوی شارع صحیح است، لکن برخی ادعا نموده‌اند که حتی از روایت هم صحت ضمان عهده قابل استنباط است. یکی از آن روایاتی که بدین منظور به آن تمسک شده، روایت ذیل است:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فِي رَجُلَيْنِ اشْتَرَا فِي مَالٍ فَرِيحًا فِيهِ وَكَانَ مِنَ الْمَالِ دَيْنٌ وَعَلَيْهِمَا دَيْنٌ فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَعْطِنِي رَأْسَ الْمَالِ وَلَكَ الرِّبْحُ وَعَلَيْكَ التَّوْبَى، فَقَالَ: لَا بَأْسَ إِذَا اشْتَرَطَا فَإِذَا كَانَ شَرْطُ يُخَالِفُ كِتَابَ اللَّهِ، فَهُوَ رَدٌّ إِلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.^۳

^۱ الصلح عقد مستقل بنفسه ولا يرجع إلى سائر العقود وإن أفاد فائدتها، فيفيد فائدة البيع إذا كان على عین بعوض، وفائدة الهبة إذا كان على عین بلا عوض، وفائدة الإجارة إذا كان على منفعة بعوض، وفائدة الإبراء إذا كان على إسقاط حق أو دين وهكذا، فعلى ذلك فلا يلحقه أحكام سائر العقود ولا يجري فيه شروطها وإن أفاد فائدتها، فما أفاد فائدة البيع لا يلحقه أحكامه وشروطه، فلا يجري فيه الخيارات المختصة بالبيع كخيارى المجلس والحيوان، ولا يشترط فيه قبض العوضين فى المجلس إذا تعلق بمعاوضة النقدين، وما أفاد فائدة الهبة من تملك عین بلا عوض لا يعتبر فيه قبض العين كما اعتبر فى الهبة وهكذا.

السبستانی، السيد على، منهاج الصالحين، جلد ۲، مسألة ۱۲۰۵.

^۲ وكذلك إذا كان بعنوان الضمان وجعل الشيء فى العهدة فإن الظاهر صحة ذلك بأن تنشأ العهدة بالضمان دون فرض عهدة سابقة، وبهذا اختلف الضمان فى المقام عن ضمان الأعيان المغصوبة، وبشير إلى صحة مثل ذلك بعض الروايات أيضاً، والظاهر أن المرتكز عرفاً فى التأمين هو إنشاء هذا المعنى.

الصدر، السيد محمد باقر، منهاج الصالحين، جلد ۲، مسألة ۴۱۶.

^۳ العاملى، الشيخ حر، وسائل الشيعة، طبع آل البيت، جلد ۱۸، صفحة ۴۴۴، رقم ۲۴۰۱۲.

در این روایت صحیح آمده است که اگر دو نفر با هم شراکت داشته و مشغول تجارت با مال الشراکه باشند و در اثناء اینکه هم بدهی و هم طلب از دیگران دارند، یک شریک به دیگری بگوید که به مقدار رأس المال (رأس المال شخص خودش یا مجموع رأس المال مشترک⁴) به من بده و مجموع طلب و بدهی‌ها مال تو باشد، چنانچه این اقدام براساس یک شرط و قرارداد توافقی صورت گیرد، صحیح است و مخالف کتاب و سنت هم نیست تا باطل باشد.

نسبت به اینکه حقیقت حقوقی و شرعی این اقدام شریک چه بوده است، چند دیدگاه وجود دارد:

✎ مرحوم صدر در متن کتاب البنک اللاریبی ادعا نموده‌اند که این روایت حاکی از ضمان عهده می‌باشد، یعنی یک شریک در قبال تملیک رأس المال و تملک تمام طلب‌ها، عهده‌دار تمام بدهی‌ها شده است، همچنان که در قرارداد بیمه نیز بیمه‌گر در قبال دریافت حق بیمه عهده‌دار خسارت‌هایی خواهد شد که بیمه‌گذار به وجود می‌آورد⁵. گفتنی است که مرحوم صدر در حاشیه کتاب البنک

⁴ گاهی شخص نگران است که طلب‌ها وصول نشود و لذا از اصل سود گذشت می‌کند و رأس مالی که سهم خودش هست مطالبه می‌نماید. گاهی نیز سود آن قدر زیاد است که شخص می‌گوید کل رأس المال را به من بده و هر مقدار سود ماند برای طرف مقابل باشد. ⁵ كل ما تقم كان عن اشتراط ضمان المال بمعنى تدارك قيمته عند التلف، والآن نتكلم عن اشتراط الضمان بالمعنى الثانى، وهو جعل مالية المال وقيمه في عهدة الشخص الآخر، لا العين فقط، بحيث لو نزلت قيمة المال يكون الشخص الآخر ضامناً ولو كان عين المال باقية. وبتعبير آخر اشتراط عدم الخسران من الناحية التجارية. وهذا الضمان نتصوره أيضاً على نحو تصورنا للضمان بالمعنى الأول، غاية الأمر أن المتعهد به هناك عين المال، وهنا مالية المال وقيمه. وهذا معنى مشروع من الضمان يمكن إنشاؤه مستقلاً، كما يمكن اشتراطه في ضمن عقد على نحو شرط النتيجة. والدليل على ذلك: رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه، وكان من المال دين وعليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح عليك التوى، فقال: «لا بأس إذا اشترطنا، فإذا كان شرطاً يخالف كتاب الله فهو رد إلى كتاب الله عز وجل». وقد أضاف الإمام عليه السلام نفي البأس بالاشتراط، وسواء كان المراد بالاشتراط منهما التوافق بين الطرفين على المضمون المذكور في عقد كعقد الصلح مثلاً كما ادعى جماعة من الفقهاء أو كان المراد بالاشتراط جعل ذلك المضمون شرطاً في عقد الشركة القائم بين الشخصين، فإنه على كلا التقديرين يدل على مشروعية المضمون في نفسه، ويكون حينئذ قابلاً للاشتراط بنحو شرط النتيجة.

وإنما يبقى أن نحلل المضمون الذي ذكر في الرواية؛ لنجد أنه هل ينطبق الضمان بالمعنى المقصود في المقام أم لا؟ وتوضيح ذلك: أن احتمالات الرواية متعددة:

منها: أن يكون معنى اختصاص أحدهما برأس المال والآخر له الربح وعليه التوى: أن الأول قد صالح في عقد مستقل أو في شرط عما يستحقه في الأعيان المشتركة بالمقدار المساوي لرأس ماله في ذمة الشريك الآخر، وحينئذ يخرج المال عن الشركة ويختص بالآخر ذاتاً وربحاً وخسارة، ويكون العوض في ذمته. وهذا مضمون صحيح بلا إشكال بمقتضى القواعد والعمومات، وهو أجنب عن المقصود في المقام؛ إذ لا نريد أن تنتقل ملكية المال الخارجي إلى غير المالك، وإنما نريد تصوير ضمان غير المالك لمالية المال الخارجي مع بقائه على ملك صاحبه. إلا أن حمل الرواية على هذا المعنى خلاف الظاهر، فإن ظاهر قوله: «أعطني رأس المال» أن حقه لا يزال متعلقاً بأعيان الشركة، وأنه لا يزال يستحق رأسماله منها.

ومنها: ما أفاده صاحب الجواهر - قدس الله نفسه - في تصوير القرار المذكور في الرواية على نحو يكون استحقاق أحدهما في المال رأسماله تاماً، وللآخر الباقي ربح أو خسر، والمال باقى على الشركة. وقد ذكر أن مرجع ذلك إلى الكلي المضمون في المال، وأنه لا يستحق سواء بقي المال وزادت قيم أعيانه أم لا. وحاصل هذا الوجه: أن أحد الشريكين يملك بسبب ذلك القرار تمام أعيان الشركة بلحاظ خصوصياتها الشخصية، والشريك الآخر يملك قيمة رأسماله في مجموع تلك الأعيان بنحو الكلي في المعين. وهذا المضمون وإن كانت المصلحة عليه صحيحة بمقتضى القواعد والعمومات إلا أن الكلام في أنه كيف يستأثر الشريك الأول حينئذ بتمام الربح مع أن الشريك الآخر يملك الكلي في المعين من ذلك المال؟ مع أن مقتضى قانون المعاوضة في البيع أن مال الشركة إذا بيع بثمن فظهر فيه الربح كان للشريك الأول في الثمن كلي نسبته إليه نسبة الكلي الذي كان يملكه بالنسبة إلى مال الشركة، وهذا معناه اشتراكه في الربح.

فلا بد لصاحب الجواهر - قدس نفسه - إذا أراد أن يفسر استئثار الشريك الثاني بالربح على القاعدة أن يدعي أحد أمرين:

إما أن ملكية الكلي في المثلث كثبوت حق لغير البائع في المثلث كحق الرهانة مثلاً - لو قيل: إن بإمكان المرتهن إجازة بيع العين المرهونة بحيث ينتقل حقه إلى الثمن - فكما أن الحق الثابت في المثلث لا يقع شيء من الثمن بإزائه بل يدخل الثمن بتمامه في ملك مالك المثلث (المبيع) - وغاية ما في الأمر أن يبقى ذلك الحق متعلقاً بالثمن على حد تعلقه السابق بالمبيع - كذلك يقال في الكلي الثابت في المثلث: إن الكلي لا يقع بإزائه شيء من الثمن، وإنما يتعلق به على حد ما كان متعلقاً بالمثلث. ولكن هذه الدعوى لا يمكن الالتزام بها، وهي على خلاف الارتكاز، وقياس ملكية الكلي بالحق مع الفارق. والأمر الثاني الذي يمكن أن يدعيه صاحب الجواهر رحمه الله هو أن استئثار الشريك الثاني بالربح يكون بالشرط، أي أنه يشترط على الشريك الأول في نفس القرار الواقع بينهما أن ما يزيد من الثمن عن رأسمال الشركة يكون له، وهذا الشرط إن أريد به أن يكون الزائد من الثمن له بحيث يدخل في ملكه ابتداءً فهو شرط باطل على القاعدة، ولا ينفذ ولو وقع الصلح عليه؛ لأنه مخالف لقانون المعاوضة شرعاً. وإن أريد به أن يكون الزائد من الثمن ملكاً له في طول دخوله - في ملك الآخر بنحو شرط النتيجة فلا بأس به، وكونه معلقاً غير مضر إماماً مطلقاً، أو في باب الشروط خاصة. وعلى أي حال سواء كان هذا الوجه منطبقاً على القواعد أم لا، فهو خلاف ظاهر الرواية؛ لأن مقتضاه فيما لو لم يحصل من مال الشركة إلا دون رأسمال الشريك الأول أنه لا يستحق الرجوع على شريكه في الباقي، مع أن ظاهر قوله في الرواية: «وعليك التوى» أن التوى بتمامه عليه، وهو يلزم استحقاق القائل للرجوع عليه فيما إذا نقص مال الشركة عن رأسماله، وإلا لما كان التوى على الآخر وحده، بل عليهما معاً.

ومنها: ما هو المقصود في المقام، وهو أن يكون محصل القرار المذكور في الرواية تصدي أحد الشريكين لضمان قيمة مال شريكه وتعده بخسارته، فمال الشركة باقى على ملكية الشريكين معاً دون أن ينتقل ملك أحدهما إلى الذمة أو إلى الكلي، غير أن أحد الشريكين يضمن للآخر مالية ماله ويجعل على نفسه تدارك الخسارة، وفي مقابل ذلك يملكه الآخر بنحو شرط النتيجة ما ينتقل إليه من الربح، فينحل القرار بحسب الحقيقة إلى ضمان بالمعنى المقصود من قبل أحد الشريكين لمالية حصّة شريكه، واشتراط من قبله على الآخر بنحو شرط النتيجة، بأن يكون

اللابوي فرموده اند حقیقت این اقدام نمی تواند ضمان عهده باشد، زیرا چنانچه این توافق قبل از شروع تجارت و به بار آمدن بدهی و طلب می بود، برعهده گرفتن تمام بدهی ها در قبال تملیک رأس المال و تملک تمام طلبها می توانست مصداق ضمان عهده باشد، اما وفق این اقدام پس از تجارت و اشتغال ذمه ی دو شریک به بدهی صورت گرفته است، علی القاعده نمی تواند مصداق ضمان عهده باشد.⁶

✖ مرحوم صاحب جواهر مدعی است که حقیقت اقدام شریک در این روایت تبدیل نمودن رأس المال خود که به صورت مال مشاع است به مال کلی فی المعین در ضمن یک توافق می باشد، یعنی شریکی که به مقدار رأس المال خود در مجموع اموال شرکت مال مشاع دارد، از آنجا که احتمال وصول نشدن مطالبات را می دهد و در فرض متضرر شدن به همان تناسب رأس المال او هم کاهش می باید، پیشنهاد می دهد که در قبال تملیک تمام مطالبات به طرف مقابل، سهم او از شراکت به مال کلی فی المعین تبدیل شود تا حتی اگر مطالبات وصول نگردد، حتی الامکان از مقدار رأس المال او چیزی کم نشود و سرمایه او محفوظ باشد⁷ (مثلا اگر هر شریکی پنج میلیون تومان آورده باشند و پس از تجارت و کسر سود و زیان تنها هشت میلیون تومان برای آن ها بماند، اگر رأس المال شریک به صورت مشاع باشد طبعاً به او فقط چهار میلیون تومان تعلق می گیرد، اما اگر به صورت کلی فی المعین باشد، او مالک پنج میلیون تومان خواهد بود و به شریک دیگر فقط سه میلیون تومان می رسد).⁸

مالکاً لما زاد من ثمن مال الشركة على أصل المال ، لا بأن تنتقل إليه الزيادة ابتداءً ، فإنه خلاف قانون المعاوضة ، بل في طول الانتقال إلى شريكه . وهذا التصوير يحقق معنى العبارة في الرواية تماماً ؛ إذ يصدق حينئذٍ أنَّ لهذا رأس المال ، وذلك له الربح وعليه الثوى ، خلافاً للوجهين السابقين. وبذلك تكون هذه الرواية دالةً على مشروعية ضمان مال الغير من الخسارة ، أي ضمان ماليته ، فيصح إنشاءؤه في عقد صلحٍ أو بشرطٍ في ضمن العقد.

الصدر، السيد محمد باقر، البنك اللابوي في الإسلام، صفحة ١٩٦.

⁶ يمكن أن يقال : إنَّ التزام أحد الشريكين للآخر برأس ماله على كلِّ تقدير إنَّما يمكن حمله على الضمان بالمعنى الذي نقصده ، أي التعهّد بالمال وماليته فيما لو كان هذا الالتزام قد صدر من الشريك في بداية الشركة، أي حالة احتفاظ مال الشريك الآخر بماليته ، مع أنَّ ظاهر الرواية كون المقالة بين الشريكين قد وقعت حين إرادة فسخ الشركة ، أي بعد وقوع ما يترقّب من ربح أو خسران ، وفي هذا الظرف لا معنى لأن يضمن أحد الشريكين مالية شريكه بذلك المعنى من الضمان؛ إذ هو فرع وجود المال المضمون خارجاً ، مع أنَّ من المحتمل أن يكون قد وقع فيه الخسارة أو التلف، فلا بدَّ إذن من إرجاع المقالة إلى المصالحة، بأن يصلح أحد الشريكين الآخر عما يستحقّه في مجموع مال الشركة من أعيان وديون بمقدار رأس ماله من الأعيان الموجودة ، ويكون حينئذٍ أجنبياً عن الضمان بالمعنى المقصود. ولا يرد على تطبيق الرواية على هذا الوجه من الصلح ما أورده على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها في المتن ؛ لأنَّ المصالحة بالنحو الذي تصورناه الآن لا تشتمل على نقل حصّة الشريك إلى الأمة ليكون خلاف ظاهر قوله : « أعطني رأس المال » .

ولكنَّ الإنصاف أنَّ ظاهر الاشتراط في قول الإمام عليه السلام : « لا بأس إذا اشترطنا » هو الاشتراط بالمعنى الحقيقي، أي كون مضمون المقالة مشروطاً في ضمن العقد ؛ فيرجع محصله إلى أنّه لا بأس به إذا اشترط الشريكان هذا في المضمون في عقد الشركة ، وهذا معناه التزام أحد الشريكين للآخر بمالية ماله في أول الأمر ، وينطبق هذا الالتزام على الضمان بالمعنى المقصود.

الصدر، السيد محمد باقر، البنك اللابوي في الإسلام، صفحة ٢٠١.

⁷ باید توجه داشت که در وصیت تملیکی نیز اگر متوفی به صورت مشاع وصیتی کرده باشد و ضرری متوجه ما ترک شود، از سهم موصیله هم به همان نسبت کسر می شود اما اگر به صورت کلی فی المعین باشد، تا مادامی که به همان مقدار در ما ترک متوفی مالی باقی باشد، ضرری متوجه موصیله نخواهد بود.

⁸ والتحقيق في المسألة أن يقال : إنه إن كان المراد مما في النص والفتوى كون هذا الصلح جارياً على مقتضى عموم ما دل على مشروعيته ، وغير محتاج إلى دليل بالخصوص ، وإنما النصوص المخصوصة مؤكدة لذلك - كما يومي إليه استدلال الفاضل في التذكرة عليه أولاً بالعموم ، ضرورة صحة الصلح من أحد الشريكين عما يستحقّه في الأعيان المشتركة بالمقدار المساوي لرأس ماله في ذمة الشريك الآخر ، وحينئذٍ يخرج المال عن الشركة ويختص بالمصالح ، وإنما يكون العوض في ذمته - فلا ريب في صحة ذلك في ابتداء الشركة ، أي بعد مزج المالين قبل العمل بهما ، وفي الأثناء وعند إرادة الفسخ ، بل لا فرق في صحته بهذا المعنى بين الشركة والمضاربة.

وان كان المراد منهما صحة الصلح على أن يكون استحقاق أحدهما في المال رأس ماله تاماً وللآخر الباقي ، ربح أو خسر والمال باق على الشركة من غير أن يكون ذلك في ذمة المصالح بالفتح ، فلو لم يحصل من المال حينئذٍ إلا نون رأس ماله ، لم يكن له رجوع عليه ، فإن قلنا إنَّ ذلك أيضاً مقتضى العمومات ، كان المتجه أيضاً الصحة في الصور الثلاثة وإن قلنا إن جواز مثل هذا الصلح محتاج إلى الدليل الخاص ولا تكفي فيه العمومات بل لولاه لكان من الصلح المحلل للحرام ، وبالعكس ، فالمتجه المنع في غير مورد النصوص المزبورة ، إلا أنه يمكن منع ظهورها في خصوص صورة انتهاء الشركة ، وإرادة الفسخ ، بل لا بأس بإيقاع الصلح المزبور المفروض إفادته الاستحقاق المزبور مع بقاء المال على الشركة يعمل به ، بل لعل عموم « تسلط الناس على أموالهم » يقتضيه ، ومنه يفتح الجواز في ابتداء الشركة أي بعد مزج المالين ، ثم إيقاع صيغة الصلح على النحو المزبور ، فيعمل بالمال على هذا الوجه الذي مرجعه إلى الكلي المضمون في المال ، وأنه لا يستحق سواه ، سواء بقي المال وزادت قيم أعيانه أو لا ، وسواء عمل به بانن من الأخر أو لا.

النجفي الجواهرى، الشيخ محمد حسن، جواهر الكلام، جلد ٢٦، صفحة ٢٢٠.