

ظاهراً که این دیدگاه هم نمی‌تواند دقیقاً منطبق بر روایت مذکور باشد، زیرا چنانچه یکی از شرکاء رأس المال خود را از مشاع به کلی فی المعین مبدل کند تا اصل سرمایه خود را محفوظ بدارد، اعطای رأس المال به او متوقف آن خواهد بود که بعد از کسر تمام بدهی‌ها و خسارت‌ها حداقل به مقدار آن سرمایه از مال الشراکه باقی بماند و الا ضرر متوجه کلی فی المعین هم خواهد بود (مثلاً اگر سرمایه آن شریک مبلغ پنج میلیون تومان به صورت کلی فی المعین باشد، از مال الشراکه حداقل باید پنج میلیون باقی بماند تا او مستحق تمام سرمایه خود باشد و الا او هم به تناسب کسری سرمایه متضرر خواهد شد). این درحالی است که در این روایت تصریح شده یکی از دو شریک تحت هر شرائطی رأس المال را مطالبه می‌نماید و نسبت به اینکه چقدر از مال الشراکه باقی مانده، کاری ندارد و بدیهی است که اطلاق کلام شریک با تبدیل مال مشاع به کلی فی المعین سازگار نمی‌باشد.

✖ برخی معتقدند که حقیقت اقدام شریک در این روایت صلح بوده و او رأس المال (مجموع رأس المال یا مجرد سرمایه‌ی خود) را در قبال تمام سود و ضرر مصالحه کرده است و از آنجا که این مصالحه بعد از حصول ربح بوده، امام علیه السلام حکم به صحّت آن نموده‌اند. اگر گفته شود که عبارت «أُعْطِيَ رَأْسَ الْمَالِ» ظهور در آن دارد که رأس المال قبل از این درخواست همچنان مال مشاع بوده، درحالی که اگر مصالحه‌ای صورت گرفته بود، رأس المال ملک درخواست کننده گشته بود؛ باید گفت که ضرورتی ندارد مصالحه‌ی رأس المال با مجموع سود و ضرر قبل از این درخواست صورت گرفته باشد، بلکه شریک می‌تواند با نفس مطالبه‌ی رأس المال اقدام به چنین صلحی نموده باشد.

به نظر می‌رسد ظهور این روایت در همان مصالحه کردن دو شریک باشد و ادعای اینکه از عبارت «لَا بَأْسَ إِذَا اشْتَرَطَا» شرط ضمن عقد بودن این مبادله قبل از حصول ربح استظهار می‌شود و بر این اساس اقدام شریک می‌تواند ضمان عهده هم باشد، مسموع نیست زیرا/ولا واژه‌ی اشتراط به حسب استعمالات منحصر در التزام در ضمن التزام نبوده و در معنای التزام مستقل و توافق جداگانه نیز بکار می‌رود، و ثانیاً ظهور سؤال سائل در آن است که این اقدام پس از تجارت و حصول ربح و به بار آمدن بدهی صورت گرفته است، نه اینکه این اقدام به حسب پیش‌بینی قبل از شروع تجارت و حصول ربح عملی شده باشد.

لازم به ذکر است که عدم دلالت این روایت بر ضمان عهده بدان معنا نیست که ضمان عهده هیچ مشروعیتی ندارد و باطل است، بلکه مرحوم صدر مدعی‌اند مشروعیت و صحّت آن از سیره‌ی عقلانیه قطعیه هم قابل اثبات است و از آنجا که این سیره در حوزه‌ی موضوعات است (نه احکام)، نیازی به اثبات ممضاه بودنش از سوی شارع هم ندارد، یعنی همین که اثبات شود عقلاء در میان خود چنین قراردادی دارند که به موجب آن یک طرف در قبال دریافت مال، جبران خسارت‌های احتمالی آینده را برعهده می‌گیرد، طبعاً موضوع برای «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» درست خواهد شد و مطابق با مدلول این آیه، حکم به صحّت و لزوم آن می‌شود.

به نظر می‌رسد با صرف نظر از معتبر بودن ضمان عهده و رواج داشتن آن در میان عقلاء، عرف همه‌ی انواع بیمه را مصداق ضمان عهده نمی‌دانند، زیرا در برخی از بیمه‌ها (مانند بیمه عمر یا بیمه بازنشستگی) اساساً احتمال وقوع حادثه یا به بار آمدن خسارتی وجود ندارد تا حقیقت قرارداد بیمه عهده‌دار شدن تدارک آن از سوی بیمه‌گر قلمداد شود.

نکته: اگرچه براساس تمام این تخریج‌ها به محض انعقاد قرارداد بیمه، بیمه‌گذار نسبت به پولی که شرکت بیمه‌گر باید پرداخت کند، حقّ پیدا می‌کند اما ثبوتاً نسبت به نوع آن حقّ ۹ احتمال وجود دارد:

1. تکلیف محض — در برخی از موارد افراد حقوق مالی دارند اما طرف مقابل در قبال آن حقوق مشغول الذمه نیست بلکه صرفاً ملزم به پرداخت است، مانند نفقات فرزندان که برعهده‌ی پدر است اما در عین حال پدر بدهکار به اولادش نیست و لذا اگر از پرداخت نفقات استنکاف نماید، فرزندان حق تقاض نخواهند داشت.
2. تعلّق حق به عین به نحو حق الرهانه — در برخی از موارد مانند اربّهان مرتّب نسبت به عین مال مرهونه حق پیدا می‌کند و علاوه بر اینکه راهن بدون رضایت او مجاز به تصرف نیست، تعلّق حق او مانع از جواز فروش آن عین نیز خواهد بود.
3. تعلّق حق به عین به نحو حق الجنایه — در برخی از موارد مانند جنابت عبد، اگرچه مجنی علیه نسبت به عین مملوک حق پیدا می‌کند و مجاز به استرقاق او هستند، اما این حق مانع از جواز فروش عبد و انتقال آن به ملک مشتری نخواهد بود، هرچند بعد از فروش هم حق مجنی علیه نسبت به عین آن عبد کما کان محفوظ است.
4. تعلّق حق به عین لا کحق الجنایه و لا کحق الرهانه — در برخی از موارد مانند زکات (مطابق با نظر حضرت الله سیستانی¹) اگرچه بعد از گذشت یکسال در فرضی که متعلّق زکات به حدّ نصاب باشد، مستحقین زکات نسبت به عین مقدار زکات حق پیدا می‌کنند، اما این استحقاق نه همانند حق الرهانه مانع از جواز فروش آن است، و نه همانند حق الجنایه بعد از فروش در عین آن محفوظ و به مشتری منتقل می‌گردد، بلکه بر ذمه‌ی فروشنده باقی می‌ماند.
5. تعلّق حق به صورت اشتغال ذمه — در برخی از موارد مانند نفقه‌ی زوجه علاوه بر اینکه هزینه‌های زوجه بر شوهرش واجب است، آن نفقات بر ذمه‌ی شوهر هم باقی می‌ماند و او به همان مقدار به همسرش بدهکار خواهد بود.
6. شریک در عین به صورت مشاع — در برخی از موارد مانند خمس (مطابق با نظر حضرت الله سیستانی²) امام علیه السلام و سادات در عین متعلّق خمس با مالک آن شریک می‌شوند و از آنجا که شراکت آن‌ها به صورت مشاع است، مالک بدون اذن مستحقین خمس حتی مجاز به تصرف چهار پنجم اموال خود هم نیست.
7. شریک در مالیت عین — در برخی از موارد مانند سهم الارث زوجه (مطابق با نظر مشهور³) زوجه‌ای که از متوفی دارای فرزند است، شریک یک هشتم مالیت ما ترک او می‌گردد و لذا از یک سو نسبت به نمائات متجدّد عین ما ترک متوفی حقّ ندارد و از سوی دیگر چنانچه سایر وراثت به اندازه‌ی یک هشتم ما ترک متوفی از سایر اموال و دارایی خود به او بپردازند، او حق مخالفت و استنکاف از قبول نخواهد داشت.

¹ تتعلّق الزکاة بعین النصاب لا بمالیه فقط، ولیس تتعلّقها بنحو الملک - علی وجه الإشاعة أو الکلی فی المعین - بل بنحو الحقّ، ولكن لیس علی نحو حق الرهانة أو حق الجنایة، بل بنحو آخر یختلف عنهما فی بعض الأحکام. وإنّما باع المالك ما تعلّقت به الزکاة قبل إخراجها صحّ البیع، سواء وقع علی جمیع العین الزکویة أو علی بعضها المعین أو المشاع، ویجب علی البائع إخراج الزکاة ولو من مال آخر، وأما المشتري القابض للمبیع فإن اعتقد أنّ البائع قد أخرجها قبل البیع أو احتمل ذلك لم یکن علیه شیء، وإلاّ فیجب علیه إخراجها، فإن أخرجها وکان مغروراً من قیل البائع جاز له الرجوع بها علیه.

السیستانی، السید علی، منهاج الصالحین، جلد ۱، مسأله ۱۱۶۲.

² اگر مال فردی تا انتهای سال خمس باقی بماند و خمس به آن تعلّق بگیرد، تا زمانی که وی خمس آن را نداده، نمی‌تواند در آن مال تصرف کند، هرچند قصد پرداخت خمس را داشته باشد یا اینکه به مقدار خمس، از آن مال باقی بگذارد و یا به مقدار خمس، از آن مال جدا نموده و آن را کنار بگذارد؛ ولی در صورتی که برای این امور از حاکم شرع اجازه بگیرد، یا خمس را مصالحه یا دستگردان کند، می‌تواند در آن مال تصرف نماید. بنابراین، کسی که خمس بدهکار است نمی‌تواند بدون مراجعه به حاکم شرع، آن را به ذمه بگیرد، یعنی خود را بدهکار اهل خمس بداند و در آن مال تصرف کند و چنانچه تصرف کند و آن مال تلف شود، علاوه بر اینکه معصیت کرده، ضامن است و باید خمس آن را بدهد. البته، تصرفات اعتباری در سهم خود - نه سهم خمس - مانند فروختن یا مصالحه سهم خود (چهار پنجم مشاع از مال) طوری که موجب تصرف در مال نباشد، مثل آنکه فقط آن را با گفتن صیغه خرید و فروش، بفروشد، مانعی ندارد و نیاز به مصالحه یا دستگردان یا اجازه از حاکم شرع ندارد.

سیستانی، سید علی، رساله توضیح المسائل جامع، جلد ۲، مسأله ۷۲۴.

³ یرث الزوج من جمیع ما ترکته الزوجة منقولاً و غیره أَرْضاً و غیرها، وترث الزوجة ممّا ترکته الزوج من المنقولات کالبضائع والسفن والحيوانات كما ترث من حقّ التحجير والسرقة و نحوهما، ولا ترث من الأرض لا عیناً ولا قيمة، وترث ممّا ثبت فیها من بناء وأشجار وآلات ونحو ذلك بالقيمة، فلیقیة الورثة أن يدفعوا لها حصّتها من خارج التركة بالنقد ویجب علیها القبول، ولا فرق فی الأرض بین الخالیة والمشغولة بغرس أو بناء أو زرع أو غیرها، كما لا فرق فی البناء بین أقسامه من الدار والدکان والحمام والرحی و غیرها و فی الأشجار بین الصغیرة والکبیرة والیابسة المعدة للقطع، والأغصان الیابسة والسعف كذلك مع اتّصالها بالشجر، و فی الآلات بین الجنوع والخشب والحديد والطوب ونحوها، ویلحق بها الدولاب والعریش الذی یكون علیه أغصان الکرم وكذا بیوت القصب.

السیستانی، السید علی، منهاج الصالحین، جلد ۳، مسأله ۱۰۶۵.

8. شريك در كلّي في المعينّ در عين — در برخی از موارد مانند وصيت تملیكي اعشاری (مطابق با نظر برخی از فقهاء) شراكت موصی‌له با ورثه در ما ترك موصی به صورت كلّي في المعينّ در عين است، یعنی شراكت موصی‌له به صورت مشاع نیست تا هرگونه تصرف در ما ترك از سوی وراث منوط به رضایت موصی‌له باشد بلکه ورثه به غیر از حصّه‌ی موصی‌له مجاز به تصرف است اما از آنجا که كلّي في المعينّ او در عين ما ترك می‌باشد، ورثه نمی‌توانند بدون رضایت موصی‌له ثمن حصّه‌ی او را پرداخت نمایند بلکه موظف به پرداخت عين هستند.

9. شريك در كلّي في المعينّ در مالیت عين — در برخی از موارد مانند زكات (مطابق با نظر مرحوم آیت الله خوئی⁴) در صورت وجود نصاب، مستحقین زكات شريك در مالیت عين مال زكوی به صورت كلّي في المعينّ می‌شوند و لذا از یک طرف مالک می‌تواند ثمن متعلّق زكات را به مستحقین پردازد و آنان حق مطالبه‌ی عين آن را ندارند، و از طرف دیگر اگر بخشی از مال زكوی نابود شود، مادامی که به مقدار متعلّق زكات از مجموع آن مال باقی باشد، نقصانی متوجه مستحقین نخواهد شد. به اعتقاد مرحوم صاحب عروة در خمس نیز شراكت مستحقین با مالک به نحو كلّي في المعينّ در مالیت عين است و لذا هم مالک می‌تواند ثمن متعلّق خمس را پردازد⁵ و هم مجاز به تصرف در چهار پنجم اموال خویش است⁶.

⁴ الأقوی أن الزكاة حق متعلق بالعین، لا على وجه الإشاعة، و لا على نحو الكلي في المعین، و لا على نحو حق الرهانة، و لا على نحو حق الجنایة، بل على نحو آخر و هو الشركة في المالیه، و يجوز للمالك التصرف في المال المتعلق به الزكاة في غير مقدارها مشاعا أو غير مشاع، نعم لا يجوز له التصرف في تمام النصاب، فإذا باعه لم يصح البيع في حصّة الزكاة، إلى أن يدفعها البائع، فيصح بلا حاجة إلى إجازة الحاكم، أو يدفعها المشتري فيصح أيضا، و يرجع بها على البائع و إن أجاز الحاكم البيع قبل دفع البائع أو المشتري صح البيع و كان الثمن زكاة فيرجع الحاكم به إلى المشتري إن لم يدفعه إلى البائع، و إلا فله الرجوع إلى أيهما شاء.

الخوئی، السيد ابوالقاسم، منهاج الصالحین، جلد ۱، مسألة ۱۱۳۰.

⁵ (مسألة ۷۵): الخمس بجميع أقسامه متعلق بالعین، ویتخیر المالك بین دفع خمس العین أو دفع قيمته من مال آخر نقدا أو جنسا...

الیزدی، محمد کاظم، عروة الوثقی، ط جماعة المدرسين، جلد ۴، صفحه ۲۹۸.

⁶ (مسألة ۷۶): يجوز له أن يتصرف في بعض الربح ما دام مقدار الخمس منه باق في يده مع قصده إخراجها من البقية، إذ شركة أرباب الخمس مع المالك إنما هي على وجه الكلي في المعین كما أن الأمر في الزكاة أيضا كذلك. وقد مر في بابها.

الیزدی، محمد کاظم، عروة الوثقی، ط جماعة المدرسين، جلد ۴، صفحه ۲۹۸.