الفقه

كتاب المضاربة

آية الله العظمى
السيد الشيخ محمد الحسيني الشيرازي
دام ظله


صحافی
ایران - قم



PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.

Shirāzī, Muḥammad al-Mahdī al-Ḥusaynī

الفِقْه

وهو شرح استدلالي على كتاب العروة الوثقى

لاية الله المرحوم السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي (قدس سره)

كتاب المضاربة

آية الله المجاهد
الحاج السيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظله

(Arab)
BP194
.2
.T4 S4
1970z
cvol. 47z

مطبعة سيد الشهداء
قم - ايران

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد وآله الطيبين الطاهرين واللعنة على أعدائهم أجمعين الى قيام يوم الدين .

كتاب المضاربة

وتسمى قراضاً عند أهل الحجاز ، والاول من الضرب لضرب العامل فى الارض لتحصيل الربح ، والمفاعلة باعتبار كون المالك سبباً والعامل مباشراً ،

كتاب المضاربة

تسمى بذلك عندأهل العراق (وتسمى قراضاً عند اهل الحجاز) في الزمان السابق، والا فالان تسمى بهما في كلا البلدين،وفي غيرهما.

(والاول من الضرب لضرب العامل في الارض لتحصيل الربح) كما قال سبحانه : «اذا ضربتم في الارض» اذ الذاهب يضرب الارض برجله .

(والمفاعلة) الظاهرة في كون العمل من الطرفين مع ان المالك لرأس المال لايضرب في الارض، وانما يعطى النقد ونحوه فقط.

(باعتبار كون المالك سبباً والعامل مباشراً) صرح بذلك التذكرة والمسالك والجواهر وغيرهم ، واشكال المستمسك عليهم بانه لااصل له قال : كما يظهر

من ملاحظة موارد الاستعمال فتقول: طالعت الكتاب، وتابعت زيداً، وباركت له، وناولته الكتاب، وسافرت، وآذيته، وجازفت، الى غير ذلك مالا يحصى، كل ذلك لامشاركة فيه(الى ان قال:) وأما المفاعلة فانها تقتضى السعي الى الفعل فاذا قلت: قتلت، فقد اخبرت عن وقوع القتل، واذا قلت: قاتلت، كنت قد اخبرت بالسعي الى القتل، فربما يقع، وربما لايقع، الى آخر كلامه.

يرد عليه ان أصله التبادر وكفى به أصلا، ولذا اذا قال: قتل، كان معناه طرفا واذا قال: قاتل، كان معناه طرفين، اما قاتلهم الله، فباعتبار ان كلا من الله و هم يريدون افناء الطرف الاخر: مثل. يخادعون الله وهو خادعهم، ومكروا ومكر الله، الى غير ذلك.

و لذا كان المقاتلة والمغابنة والمناصرة والمساهمة والمشاكسة والمداهنة والمجاملة والمعاملة و غيرها تشمل الطرفين، والامثلة التى ذكرها ان تم كونها لطرف واحد لم يضر بعد كون التبادر يعطي معنى الطرفين اذا المذكور فى معنى ابواب المزيد فيه من المعاني المتبادرة غالبي لادائمى، فان المجاز يصار اليه فى الالفاظ كثيراً.

وقولنا:(ان تم) لان بعضها له طرفان ايضاً، مثل المتابعة والمناولة وغيرهما اذ طرفان التابع والمتابع، والمعطى و الاخذ، والذي يوذى ويذوى، والمطالعة والمباركة والمجازفة باعتبار اعطاء النظر واعطاء البركة مرة فمرة والدخول في، الامر اعتباطاً مرة فمرة، فهو مثل ما اذا كان له طرفان، اذ كما يكرر الفعل في الطرفين، كذلك كرر هنا، والسعي الى الفعل لم يظهر له وجه، فهل يفهم من طالح الكتاب، انه سعى الى النظر، و من آوى انه سعى الى الايواء، الى غير ذلك؟

ثم ان المعنيين الاخرين الذين ذكرهما غير واحد من الفقهاء بأن كلا

والثانى من القرض بمعنى القطع

منهما يضرب الربح بسهمه ، أو انه من الضرب فى المال و تقلبه ، فكلاهما محتمل أيضاً ، فان تحصيل الربح نوع من ضربه، و كل منهما يقلب المال .

واحتمل الجواهر معنى رابعاً ، وهو ان المالك يضرب في ربح العامل ، ويأخذه، والعامل يضرب في مال المالك، ويأخذه للاسترباح .

و هنا احتمال خامس هو انهما يصافقان فيضرب كل منهما بيد الاخر عند التعامل وسادس هو انهما يتشاكسان ـ كالتضارب ـ عند تقسيم الربح من قبيل قولهم: تضارب الاداء، ثم الظاهر ان كلا منهما مضارب بالكسر.

نعم ذكر غير واحد انه لم يشتق أهل اللغة لرب المال من المضاربة اسماً ، لكن ذلك لايكفى في العدم، بالاضافة الى انه ينتهى اخيراً الى عدم سماع العرب يستعملون، وذلك اخص من الامر، حيث ان اشتقاقات الالفاظ لم تسمع كلها من العرب ، فهل يكفى ذلك في عدم استعمالنا لتلك الاشتقاقات الواردة، على القاعدة ؟

نعم في السماعات الامر توقيفي، كما ان الاستعمالات بالنسبة الى الله تعالى تحتاج الى الورود، فلا يقال: لله معلم وزارع ورامي، مع انه استعمل له سبحانه «علم، وزارعون ورمي».

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المستمسك: الاولى ان يكون معنى المضاربة مغالبة الناس على أموالهم بالطرق الشرعية، والعامل هو الذى يقوم بهذه المضاربة دون المالك فتخص المضاربة به.

(والثانى من القرض بمعنى القطع) كما صرح به التذكرة والمسالك والجواهر وغيرهم و هما لفظان مترادفان على معنى واحد ، كما نقله مفتاح الكرامة عن المبسوط وفقه القرآن والغنية والسرائر وغيرهم .

لقطع المالك حصة من ماله ودفعه الى العامل ليتجر به وعليه العامل مقارض بالبناء للمفعول، وعلى الاول مضارب بالبناء للفاعل وكيف كان عبـارة عن دفع الانسان مالا الى غيره ليتجر به على

(لقطع المالك حصة من ماله ودفعه الى العامل ليتجر به) وحيث انه من باب المفاعلة، فاللازم ان يكون الامر من الطرفين، والطرف الثاني يقطع شيئاً من أرباح المال، أو العامل يقطع ما يأخذه من رأس المال من المالك، والمالك يقطع بعض الربح، الى غير ذلك.

(وعليه العامل مقارض بالبناء للمفعول) و مقارض بالبناء للفاعل، وكذلك المالك لما عرفت من اشتراكهما.

(وعلى الاول مضارب بالبناء للفاعل) ومضارب بالبناء للمفعول، ومنه يظهر وجه النظر في كلام الماتن وغيره.

أما ما ذكره الجواهر من احتمال ان يكون القراض من المقارضة بمعنى المساوات والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل منهما الاخر بشعره، و منه قارض الناس ما قارضوك، فان تركتهم لم يتركوك بمعنى ساوهم فيهـا يقولون، ويعملون. ولما كان العمل من العامل، والمال من المالك، فقد تساويا وتوازنا ـ انتهى.

فغير ظاهر الوجه، فان القراض ليس بمعنى المساوات، وتقارض الشاعرين اخذ كل منهما من الاخر قريضاً، و معنى قارض الناس عاملهم، اى خذ منهم كما يأخذون منك، ويدل عليه لم يتركوك ـ اي هم يأخذون منك على اى حال، اذاً فخذ منهم ايضاً ـ .

(وكيف كان) فالمضاربة (عبارة عن دفع الانسان مالا الى غيره ليتجر به على

ان يكون الربح بينهما لا ان يكون تمـام الربح للمالك ، ولا ان يكون تمامه للعامل ، وتوضيح ذلك ان من دفع

ان يكون الربح بينهما) بالنسبة تفسير المضاربة بالدفع كما عن النافع والتذكرة وفي المسالك وغيره فيه نوع مسامحة، كما نبه عليه المستمسك، لان المضاربة من الانشاءات والدفع امر خارجي.

ولعل المجاز بعلاقة السبب والمسبب اللهم الا ان يقال: ان الدفع للاتجار حقيقة المضاربة ، اذ للاتجار مشتمل على معنى القصد فهو من قبيل المعاملات.

نعم ، يبقى عليه انه لم يذكر في التعريف عقد المضاربة مع انها كسائر المعاملات قد تنعقد بالمعاطات وقد تنعقد بالعقد اما مافي تعليقة السيد البروجردي (ره) حيث قال: وحقيقتها في اعتبار الناس اشتـراك شخصين في تجارة على ان يكون من احدهما المال، ومن الاخر العمل ويكون سهم من الربح للمال ، و سهم منه للعمل ، فليس فيها تعويض ، ولا جعل حق للمالك على رقبة العامل، ولا للعامل على مال المالك .

ففيه : موارد للمسامحة ، حيث لاحاجة الى (اعتبار الناس) كما ليست المضاربة الشرط والسهمان للمتضاربين لا للمال والعمل .

ثم مايأتي من المصنف في الشرط الثاني من اختيار صحة المضاربة مع كون المال بيد المالك فيتصدى العامل للمعاملة فقط لاينافي ما ذكره هنا من الدفع ، اذ ليس المراد الدفع شخصاً ، بل اعتبار اعطاء الاختيار بيد العامل، والا فليس كل عامل يتصرف في المال .

(لا ان يكون تمام الربح للمالك ، ولا ان يكون تمامه للعامل ، وتوضيح ذلك) كما ذكره الشرائع والتذكرة والمسالك والجواهر وغيرهم (ان من دفع

مالا الى غيره للتجارة تارة على ان يكون الربح بينهما وهي مضاربة وتارة على ان يكون تمامه للعامل ، وهذا داخل في عنوان القرض ان كان بقصده

مالا الى غيره للتجارة) يكون الدفع(تارة على ان يكون الربح بينهما وهي مضاربة ، وتارة على ان يكون تمامه للعامل ، وهذا داخل في عنوان القرض ان كان بقصده) هذا القيد لم يتعرض له الشرائع والتذكرة والمسالك ، وأشكل عليه الجواهر بمنع تحقق القرض ، مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربة ، اذا قصاه كونها من القسم الفاسد ، لانها من القرض المحتاج الى انشاء تمليك المال بعوض في الذمة ، وقصد كون الربح للعامل أعم من ذلك ، وانما هو من اللوازم الشرعية لملك المال ، ودعوى الاكتفاء بقصد ذلك في تحققه لفحوى الصحيح ، عن أبي جعفر عليه السلام، عن امير المؤمنين عليه السلام : من ضمن تاجراً فليس له الا رأس ماله وليس له من الربح شيء .

والموثق، عن أبي جعفر عليه السلام: من ضمن مضاربة فليس له الا رأس المال، وليس له من الربح شيء فيها. لزوم الاقتصار على ذلك في ما خالف الضوابط الشرعية ونمنع تحقق القرض شرعاً وعرفاً بذلك، واصالة الصحة لا تكون في المعلوم خلوه عن هذا القصد، ويمكن ارادة الفاضل والشهيد بيان حال كل من القراض والقرض ، والبضاعة في حد ذاته ، وحينئذ يخرج عما نحن فيه ـ انتهى ملخصاً .

أقول: الظاهر ان القرض عبارة عن دفع المال بدون توقع ان يكون الربح للمالك وعدم تحمل الضرر ، اذ ليس القرض غير ذلك ، ولا دليل على انه يشترط في

وتارة على ان يكون تمامه للمالك، ويسمى عنـدهم باسم البضاعة وتارة لايشترطان شيئاً،

القرض القصد الخاص، فكلامهم لايخلو من وجه.

أما التهافت بين قصد المضاربة وكون الشيء قرضاً، فهو من باب التنافي بين الاشارة والوصف، فان أراد حقيقة ان يكون المال عنده يتصرف فيه، و الربح له، كان قرضاً ولم يضر قصده كونه مضاربة، اذ لم يكن هذا القصدالا من باب الاشتباه في التطبيق، وان أراد حقيقة كونهمضاربة،كان مضاربة فاسدة اذ هو كما لو قصد نكاحالا يوجب المحرمية، حيث ان عدم شيء للمالك ينافي مقتضى القصد.

(وتارة على ان يكونتمامهللمالك، ويسمى عندهم باسم البضاعة) وسيأتى الكلام فيه.

(وتارة لايشترطان شيئاً) مـن الاقسام الثلاثة السابقة، ولو فـى النية، اذ لو كان بنائهما المبني عليه الاعطاء أحد الثلاثة، كان داخلا في الشيء المبنى عليه ولم يذكر المصنف قسماً آخر، وهو ما لو ذكرا كون الربح لشخـص ثالث، أوامر آخر كالمسجد، أو بعضهلاحدهما، وبعضه للثالث،أوجعلا الربح لهما، أو لاحدهما، والثالث بالتقدير لا النسبة، كما لو علما ان الربح يزيد على عشرين في المائة، فقال للمالك: عشرة والباقى للعـامل، أو للشخـص الثالث.

والظاهر في الكل انه ان كان هناك نص، أو اجماع على البطلان، فهو باطل، ويرجع في الربح علىمقتضىالاصولالاولية،والا كان مقتضى القاعدة الصحة، حيث ذكرنا في بعض مجلدات [الفقه] ان الاصل في كل معاملة لـم

وعلى هذا ايضاً يكـون تمام الربح للمالك، فهو داخل فى عنوان البضاعة، وعليهما يستحق العامل اجرة المثل لعمله

يذكر الشارع بطلانها الصحة ، لاطلاق : اوفوا بالعقود ، ونحوه .

(وعلى هذا) الذي لم يشترطا شيئاً (ايضاً يكون تمام الربح للمالك ، فهو داخل فى عنوان البضاعة) فان المالك اعطاه بضاعة (وعليهما يستحق العامل اجرة المثل لعمله) .

أقول : أما الاول ، بأن كان الشرط ان يكون تمام الربح للمالك فظاهـر جملة من الفقهاء كالتذكرة والمسالك عدم شيء للعامل ، بل في الرياض نسبه الى ظاهر الاصحاب ، ثم قال : وهوحسن ان لم يكن هناك قرينة من عرف أو عادة بلزومه ، والا فالمتجه لزومه ـ انتهى .

وما ذكروا هو الذي تقتضيه القاعدة، اذا كان المقصود للعامل اسقاط حرمة عمله ، لان العامل اسقط احترام عمله ، فلاوجه لاستحقاقه شيئاً ، ومـا ذكـره الجواهر من ان التصريح منهما بكون الربح بأجمعه للمالك أعم من التبـرع بالعمل ، وعدم ارادة الاجر عليه، فالتحقيق ان العامل يستحق الاجر ، غير ظاهر الوجه ، اذ لولا العرف والعادة حتى يجعل العمل غير مجاني ، لاوجه لاجرة المثل في صورة كون معنى اسقاط الربح للعامل اسقاط كل حق له .

وان شئت قلت: ان المال والعمل معاً جاءا با لربح ، فهو مشترك بينهما الا اذا اعطى المالك ربحه للعامل ، أو العامل ربحه للمالـك ، والعرف والعـادة انهما يفيد ان في عالم الاثبات ، لاعالم الثبوت فاذا كان بناء احدهما على العرف والعادة ، كان العرف والعادة محكماً بالنسبة اليه ، والا فالمعتبر القصد ، فاذا أسقط العامل حقه لاوجه لحق له ، كما ان المال كذلك في المالك .

ومنه يعلم ان جعل تمام الربح للمالك له ثلاث صور .

الا ان يشترطا عدمه، اويكون العامل قاصداً للتبرع، ومع عدم الشرط وعدم قصد التبرع ايضاً له ان يطلب الاجرة الا ان يكون الظاهر منهما فى مثله عدم اخذ الاجرة ،

الاولى : ان له اجرة المثل .

الثانية : ان لاحق له .

الثالثة : عدم قصد شيء ، وفى هذه الصورة مقتضى القاعدة ان يكون للعامل اجرة المثل ، لانه لم يسقط احترام عمله ، ولعله الى هذا يشير المستمسك ، حيث قال : استيفاء عمل الغير موجب للضمان كاستيفاء ماله حتى مع احتمال التبرع ما لم يثبت التبرع ، وعلى ذلك استقرت طريقة العرف والعقلاء بلا رادع عنها ـ انتهى .

ومنه يعلم ، ان جعل الرياض الاصل عدم ضمان عمل العامل على المالك مع احتمال التبرع ، وقد سبقه الى ذلك المحقق الاردبيلى على ما حكي عنه محل اشكال .

ومما تقدم يعلم وجه قول المصنف : (الا ان يشترطا عدمه ، أو يكون العامل قاصداً للتبرع ، و) عليه فـ (مع عدم الشرط) لعدم الاجرة (وعدم قصد التبرع) من العامل (ايضاً له ان يطلب الاجرة) اي له الاجرة فيطلبها ، لوضوح ان حق الاجرة يوجب الضمان طلبها أو لم يطلبها .

(الا ان يكون الظاهر منهما) الظاهر الذى بنيا عليه ، لما تقدم من ان الظهور في عالم الاثبات ، والكلام في عالم الثبوت (في مثله عدم أخذ الاجرة).

ومنه يعلم ان الاعتبار بقصد العامل سواء قصد المالك ذلك أم لا ؟ فاذا قصد التبرع كفى في العدم ، وان قصد المالك الاجرة واذا قصد الاجرة لم ينفع

والا فعمل المسلم محترم مالم يقصد التبرع ويشترط فى المضاربة الايجاب والقبول ،

قصد المالك عدمها ، فقول المصنف : (الظاهر منهما) فيه نوع مسامحة .

(والا فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع) استدل بذلك فى الجواهر ويدل على احترام على المسلم قوله عليه السلام : لايتوى حق امرء مسلم . و قوله عليه السلام : فان حقوق المسلمين لاتبطل . ويعلم ان حق كل أحدمحترم ولو لم يكن مسلماً اذا كان في ذمة الاسلام ،أومحايداً،بالاضافة الى انه المركوز في أذهان المتشرعة،والسيرة : انهمقتضى احترام أنفسهم واموالهم واعراضهم الذي اجمع عليه النص والفتوى ، كما ذكرناه فى (كتاب الجهاد) وغيره ، لكن لايخفى ان عمله محترم اذا كان بسبب طلب الذي عمل له ، أو كان لـه أثر مالي في الخارج ، مثلا : طلب منه ان يبني داره ، أوبنى داره بغير طلب مما صارت للبناء قيمة جديدة غير قيمة الارض وآلات البناء .

امااذا لم يكن احد الامرين، لم يكن وجه لضمان المالك، كمااذا عمل شيئاً بدون اذنه، ولم تكن له القيمة خارجاً ، كمااذا صبغ ثوبه بمالم يزد التصبيغ قيمته، وذلك لان لايتوى ونحوه، لايأتى فى المقام، ولادليل آخر على ان مثل هذاالعمل محترم، فالاصل البرائة.

نعم ، ان قال له : اصبغ كان له أجر عمله، أو كان التصبيغ يوجب مزيد القيمة .

(مالم يقصد التبرع) ثم لايخفى انقصد التبرع انما يسقط أجره اذاكان له ذلك ، اما اذا كان دون البلوغ لم يكن وجه لسقوط الاجرة بقصده ، اذ لاحق للطفل في التصرف في أمواله فدليل الحجريشمل المقام .

(ويشترط في المضاربة الايجاب والقبول) وذلك لانه عقد، والعقد بحاجة

اليهما، بخلاف الايقاع الذي لايحتاج الاالى طرف واحد، ومن الواضح ان العقد انما يكون اذا كانت هناك ولايتان كالنكاح والبيع والهبة ، لان لكـل من الطرفين ولاية التصرف فى نفسه فى النكاح، وولاية التصرف فى ماله بأن يدخل فى ملكه، أو يخرج من ملكه فى البيع والهبة، فان دخول شيء في ملك الانسان بدون اجازته ، كخروجه بدون اجازته ، خلاف قاعدة : الناس مسلطون على اموالهم وانفسهم .

اماالابراء فليس دخول الشيء فى ملك من كان فى ذمته، بل نوع اعراض من المالك، يتبعه سقوط قهري، فلاينافي ذلك قاعدة التسلط.

ومنه يعلم ان احتياج المضاربة الى الايجاب والقبول ، ليس مستنداً الى الاجماع، وان ادعى الاجماع عليه، بل مستند الى القاعدة، أماهل انه يصح ان يوجب كل منهما في قبال قبول الاخر؟ أواللازم ايجاب المالك، وقبول العامل؟ ظاهرهم المتسالم عليه ، كمايستفاد من كلماتهم الثاني، وان كان لايبعد الاول ايضاً ، لان الامر اعطاء احدهما المال والاخر العمل ، ويكون لهما الربح، واى دليل على ان يكون الايجاب من المالك ، بل نقول مثل ذلك فى كثير من المعاملات وحتى النكاح ـ ان لم يكن اجماع أودليل قطعي ـ يصح ايجابه من اى منهما لان كلا منهما يعطي نفسه في قبال الاخر.

ويؤيده صحة هبة المسلمة نفسها للنبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فانـه ايجاب منها، وقبول منه صلى الله عليه وآله وسلم .

نعم يمكن فرض الايقاع في نكاح صغيرين من ولي واحد لهما، أوبيع مال صغيرين، اومضاربة مال وعمل سفيهين من ولي واحد لهما، حيث ان الولي يجعل هذه زوجة هذا، أو يجعل مال هذا فى قبال مال هذا، أويجعل شيئاً من ربح مال احدهما فى قبال عمل الاخر، الى غير ذلك ، كما نبه عليه المستمسك، ثم قال:

ويكفى فيهما كل دال قولا أو فعلا

بل الوكيل على التزويج من الطرفين كذلك ، نعم اذا كان وكيلا عن احدهما على الايجاب، ومن الاخر على القبول تعين الايجاب والقبول معاً .

وفيه تأمل ، حيث ان الوكيل منهما ينحل امره الى ان يوجب من طرف ويقبل من الاخر، اللهم الان يقال: يصح ايقاع واحد يجعلهما زوجين، وهذا وان امكن باعتبار العقلاء ،الا انه مشكل في باب الزواج المبني على الاحتياط .

(ويكفي فيهما كل دال قولا أو فعلا) وذلك لعدم دليل على لزوم اللفظ ، فالاصل عدمه كما هو كذلك فى كل عقد، او ايقاع لم يدل على لزوم اللفظ فيه دليل، كما ذكروه في باب المعاطات، وانما كان الاصل صحة الفعل ايضاً، لان كلا من اللفظ، والفعل اشارة الى مافي الباطن، فلافرق بينهما، لكن ظاهر الرياض لزوم ان يكون الايجاب باللفظ لانه قال: ومن لوازم جوازها وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه ، وفي اشتراط وقوع قبوله لفظياً ، أو جوازه بالفعل ايضا قولان ـ انتهى .

لكن هذا غير تام ، فقد قال فى مفتاح الكرامة : ومعنى مافي المبسوط وفقه الراوندى و الوسيلة والغنية والنافع و التبصرة واللمعة و الروض والروضة والمفاتيح، وكذا النهاية من قولهم ان القراض والمضاربة ان يدفع مالا، الى غيره [الى اخره] نافيه تنبيهاً على انه لايختص لفظاً ، بل قد يقضى ذلك بانه لايحتاج الى اللفظ ، ويكفى فيها المعاطات ، ولاريب عندنا فى جريانها فيها ـ انتهى كلامه .

وصاحب الجواهر مال الى جريان المعاطات فيها، لاطلاق مادل على صحة المعاطات في البيع، لكنه بعد ذلك قال : وعلى كل حال، فلاخلاف في اعتبار اللفظ في ايجاب عقدها، ولذا قال في المستمسك: ان العمومات كافية فى رفع

والايجاب القولى كأن يقول : ضاربتك على كذا وما يفيد هذا المعنى فيقول: قبلت ويشترط فيها ايضاً بعد البلوغ

الاصل والمنع عن جريانه .

أقول : ومما ذكر في الايجاب يظهر الكلام فى القبول، ولذا نجد ان غير واحد من معلقي المتن لم يعلقوا على قول المصنف : (قولا أوفعلا) بل لم اجد فيهم على كثرتهم حتى واحداً استشكل في كفاية القول، بل الظاهر ان من الفعل استمراره ، كما اذا جلس العامل لتقبل المضاربات فجائت جماعة كل منهم يعطيه ديناراً للمضاربة يوضعه في صندوقه الذي امامه فانه فعل ايضاً سواء قلنا بتجدد الاكوان أم لا ؟

(والايجاب القولي كأن يقول: ضاربتك على كذا ومايفيد هذا المعنى) وفي القواعد: قارضتك أوضاربتك اوعاملتك .

أقول: وليس مراده هذه الالفاظ فقط، لانه قال فى التذكرة (بعد ان ذكرها): ولايختص الايجاب لفظاً كما حكي كذلك عن المهذب البارع والتحرير والتنقيح وغيرهم (فيقول : قبلت) وحيث قدتقدم ان المضاربة من الطرفين، كان مقتضى القاعدة صحة ان يقول هذه الالفاظ العامل ايضاً ، ويقبل المالك، واذا قلنا في البيع بصحة التبادل بدون ان يكون احدهما موجباً، والاخر قابلا، أتى ذلك الكلام في المقام ايضاً ، فكلاهما موجبان .

(ويشترط فيها ايضاً بعد البلوغ) المقطوع به في كلماتهم الدال عليه ماذكروه في كتاب الحجر وغيره من انه لايجوز أمر الغلام، لكن ربما يورد على ذلك صحة تصرفات الغلام في الجملة، وقد ذكرنا وجهه في بعض مجلدات (الفقه) .

وعليه فلايبعد صحة جعله عاملا، بل ومالكاً باجازة المولى ـ في الجملة ـ

والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس او جنون امور: الاول : ان يكون رأس المال عيناً فلاتصح بالمنفعة ولابالدين

فيما كان يعمل العمل ونحوه ، ولذا ذهب بعض الى كراهة معاملة الصبيان .

(والعقل) المشترط فى كل المعاملات نصاً واجماعاً .

(والاختيار)فان معاملة المكره باطلة ، كما ذكروا في كتاب الحجروالبيع وغيرهما ، نعم الاضطرار ـ الذى يقابل بالاختيار ايضاً ـ لايبطل العمل ، وقد ذكرنا في كتاب(الفقه الاقتصاد) بحثاً حول الاضطرار الاجوائي .

(وعدم الحجر لفلس) في المالك ، أما العامل فلا مانع في حجره .

(أو جنون) كانه من سهوالقلم بدل أو (سفه) لانهمحجور عليه ، لوضوح ان الجنون ذكر قبل ذلك ، وهل يشترط عدم السفه في العامل ، كما قال به المستمسك ،وعلله بعدمالفرقفيحجرالسفيه بين أنيكونالمال عيناً أو عملا أو لايشترط ، كما قال بهبعض المعلقين ، لان ظاهر أدلةالسفه منعه عن ماله،لاعن عمله كما قال سبحانه:«ولاتؤتوا السفهاء أموالكم» والعملالايسمى مالاالاحتمالان الاطلاق يقتضي الثاني ،والمناط الاول .

(امور : الاول : ان يكون رأس المال عيناً فلاتصح بالمنفعة ولابالدين) ذكر ذلك غير واحد ، بل عن التذكرة ، وجامع المقاصد وغيرهما ، كما في المسالك والرياض والجواهر وغيرهم ، دعوى الاجماع ، أو الاتفاق ، او لاخلاف عليه ، لكن في مفتاح الكرامة عند قول العلامة (ان يكون نقداً) اي دراهم أو دنانير ، كما صرحت به عباراتهم من غيرنقل خلاف ولااشكالالا من مولانا الاردبيلى ، وقد ظهر ذلك من الكاشاني ، نعم خلتمنه المقنعةوالمراسم والنهاية والكافي ، ولعلهم ليسوا مخالفين ، كما خلى المقنع والانتصار عن

الباب بالكلية ـ انتهى .

ومن ذلك يظهر ، ان اكتفاء الجواهر بالاجماع في اعتبار كون المال عيناً وكونه دراهم ودنانير بعد اشكاله في سائر الادلة المذكورة لذلك غير ظاهر اذ قد عرفت عدم الاجماع .

نعم لاشبهة انه مشهور ، وعليه فالادلة على الصحة بالنسبة الى المنفعة والدين بله غير الدرهم والدينار من النقد وغيره اطلاقات الادلة ، مثل : «اوفوا بالعقود» و«تجارة عن تراض» واطلاقات أدلة المضاربة ـ بعد تحقق موضوع العقد والتجارة والمضاربة ، عرفاً في كل ذلك ـ .

أما الادلة التي استدل بها القائل بالمنع من اصالة الفساد واصالة عدم الاثر والقدر المتيقن . وان الايتين تدلان على الصحة ، لاعلى كونها مضاربة ، و الاطلاقات غير واردة في مقام البيان من هذه الجهة ، كما في الرياض وغيره فلايخفى ما في الجميع ، لان الاصل والقدر المتيقن لامجال لهما مع الادلة ، واذا صدق موضوع المضاربة عرفاً ، لاوجه لمنع دلالة الايتين ، والاطلاق اطلاق ، فمن اين عدم شموله لمثل المقام ، والا لتمكن كل مانع عن اي اطلاق ان يقول ليس الاطلاق من هذه الجهة .

نعم في المقام رواية يمكن ان يستدل بها المانع ، عن جعل الدين رأس المال ، وهي ما رواه السكوني ـ حسب ما رواه المشايخ الثلاثة ـ عن ابي عبد الله عليه السلام ، قال امير المؤمنين عليه السلام ، في رجل له على رجل مال فيتقاضاه ، ولايكون عنده ، فيقول : هو عندك مضاربة ؟ قال : لايصلح حتى تقبضه منه .

حيث دل على عدم صحة جعل الدين رأس المال في المضاربة ، لكن هذه الرواية ، وان كان سندها حجة ، الا ان في دلالتها ضعف ، حيث ان ظاهره

الا بعد قبضه ، ولو اذن للعامل فى قبضه مالم يجدد العقد بعد القبض .

نعم ، لو وكله على القبض والايجاب من طرف المالك والقبول منه بأن يكون موجباً قابلا صح ، وكذا لو كان له على العامل دين لم يصح جعله قراضاً الا ان يوكله

لايكون عنده انه لارأس مال ، ومن المعلوم لاتصح المضاربة بدون رأس المال فيكون معنى (حتى تقبضه منه) ان يجعل المال خارجياً ، وهذا لاربط له بعدم صحة جعل الدين رأس مال، كما اذا طلب زيد من عمرو ديناراً فقال له :اجعله رأس المال ولى نصف الربح .

لايقال : واذا كان المديون لم يملك كيف يطلب منه الدائن المضاربة ؟

لانه يقال : لابد من ارادته اعطاء شيء ربحاً للدين ، فيكون شبيهاً بالربا فعدم جعل الدين مضاربة (الا بعد قبضه) محل اشكال .

أما قول المصنف :(ولو اذن للعامل في قبضه مالم يجدد العقد بعد القبض) فوجهه انه لايصح العقد قبل القبض ـ على مبناهم ـ.

(نعم لو وكله على القبض والايجاب من طرف المالك والقبول منه) اي وقبل بعد ايجابه الوكالي ، فانه لايصح عطف (والقبول) على (الايجاب) ،لان القبول ليس من متعلقات (وكله) .

(بان يكون موجباً قابلا صح،) لان رأس المال صار عيناً حينئذ ،فان اطلاقات أدلة الوكالة تشمله .

(وكذا لو كان له على العامل دين) من اى أنواع الدين كان من جهة الغصب أو الاتلاف ، أو غير ذلك (لم يصح جعله قراضاً) عند المشهور (الا ان يوكله

فى تعيينه ، ثم ايقاع العقد عليه بالايجاب والقبول بتولى الطرفين .

الثانى : ان يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكة المعاملة بأن يكون درهماً اودينارا ، فلاتصح بالفلوس ولابالعروض بلا خلاف بينهم ، وان لم يكن عليه دليل سوى الاجماع

في تعيينه ، ثم ايقاع العقد عليه بالايجاب والقبول بتولي) العامل (الطرفين)أو بنحو التوكيل عن مالك رأس المال ، أو عن نفسه فيكون العامل متولياً لاحد الطرفين ، أو يوكل انساناً ثالثاً عنهما ، أو انسانين .

ثم ان المالك لوقال له : اجعل الدين عيناً أول الشهر واجعله مضاربة على النصف فلم يجعله أول الشهر ، فيما لو جعله كذلك لكان ربح ديناراً فقد فوت المديون نصف دينار على المالك ، حيث انه لو اعطاه ماله اعطاه المالك الى عامل آخر .

وحصل نصف الدينار ، فهل يضمن العامل ذلك؟ بنائهم على عدم الضمان للاصل ، لكن يمكن احتمال الضمان في أمثال هذه الموارد ، لانه فوت حقه عرفاً ، وقد ورد لايتوى حق امرء مسلم، والمستفادمنه الضمان لامجرد التكليف واى فرق بين المقام وبين استيلاء الغاصب على داره ، حيث فوت عليه منافعها وقد ذكر بعضهم في كتاب الغصب الضمان بالنسبة الى مالو استولى على انسان حر ففوت منافعه .

(الثانى) من شروط القراض (ان يكون) رأس المال (من الذهب أوالفضة المسكوكين بسكة المعاملة بأن يكون درهماً أو ديناراً) وان كان ظاهرهم كل سكة فضة او ذهب وان لم يكونا بعنوان الدرهم والدينار (فلاتصح بالفلوس ولابالعروض بلاخلاف بينهم ، وان لم يكن عليه دليل سوى الاجماع) ادعى

نعم تأمل فيه بعضهم

لاخلاف أو الاتفاق أو الاجماع عليه التذكرة والروضة والمسالك ، والمفاتيح، وجامع المقاصد ، وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه ، الى غيرهم ، وربما استدل له ايضاً بما في بعض الروايات من ذكر الدرهم ، مثل رواية عبدالملك اعط الرجل ألف درهم اقرضها اياه واعطه عشرين درهماً يعمل بالمال كله.

وروايته الاخرى : اذا دفعت المال وهو خمسون ألفاً عليك من هذا المال عشرة الاف درهم قرض ، والباقي معك تشترى لي بها .

(نعم تأمل فيه بعضهم) فقد تقدم في الشرط الاول اشكال جمع وسكوت آخرين ، وقال في الحدائق : ان من لايلتفت الى دعوى مثل هذه الاجماعات لعدم ثبوت كونها دليلا شرعياً ، فانه لامنع عنده من الحكم بالجواز في غير النقدين نظراً الى عموم الادلة على جوازه، وتخصيصها يحتاج الى دليل شرعي وليس فليس، والدليلان المتقدمان لايخفى ما فيهما، اذلا اجماع صغرى ولاحجية فيه ـ لو كان ـ كبرى ، لاحتماله الاستناد ، حيث قد عرفت عدم تعرض جملة من الفقهاء لهذا الشرط ، بل لعل ظاهر الخلاف وغيره ان المسألة ليست اجماعية لانهم تمسكوا بعدم الدم على الصحة دون الاجماع ، وانما ادعوا الاجماع، وعدم الخلاف في صحة مضاربة الدرهم والدينار .

أما الروايات فلا دليل فيها ، لانها من مفهوم اللقب ، بل ربما يؤيد صحة غير الدرهم والدينار ان البضاعة كانت الرائجة في زمن النبي صلى الله عليه و آله وسلم ، وعباس عمه صلى الله عليه و آله وسلم كان يضارب ، كما في الروايات وصححها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مما يستأنس له بكون مضاربته أعم من النقد ، وان كان في الاستيناس ما فيه .

وهو في محله لشمول العمومات الا ان يتحقق الاجماع وليس ببعيد فلايترك الاحتياط .

ولابأس بكونه من المغشوش الذى يعامل به ،

وكيف كان، فمنه يعلم وجه قول المصنف: (وهو في محله لشمول العمومات) والاشكال فيها قد تقدم دفعه (الا ان يتحقق الاجماع، وليس ببعيد فلايترك الاحتياط) لكنك قد عرفت عدم الاجماع ولذا ذهب غير واحد من المعاصرين الى جوازه وما في المستمسك من ان مراد الاصحاب ان كان عدم صحة المضاربة بغير الدينار والدرهم ، فهو في محله للاصل بعد عدم كون المعاملة حينئذ مضاربة عند العرف ، ولاحاجة الى دعوى الاجماع في ذلك ، وان كان مرادهم عدم الصحة أصلا ، ولولا بعنوان المضاربة فهو غير ظاهر ، ولم يثبت اجماعهم عليه كما عرفت ذلك في اشتراط السابق ـ انتهى .

يرد عليه ان المعاملة مضاربة عرفاً ، وان صح كلامه بانه تثبت المعاملة ان لم تصح المضاربة لما المعنا اليه غير مرة من انه لادليل على حصر المعاملات في المذكورات في الروايات وكتب الفقه ، لاطلاق الادلة .

(و) كيف كان فـ (لابأس بكونه من المغشوش الذى يعامل بـه) كما عن اطلاق فقه الراوندى ، والنافع ، واللمعة ، والتبصرة ، والروضة ، والكفاية و غيرهم ، حيث اطلقوا الدرهم والدينار ، ولم يقيدوها بالصحة ونحوها ، خلافاً لمن قال بعدم صحة المضاربة بالمغشوشة ، كما حكي عن الخلاف والمبسوط والوسيلة والغنية والسرائر ، وجامع الشرائع ، وجملة من كتب العلامة ، والروض ، والمسالك ، وفصل التذكرة وجامع المقاصد والمسالك و مجمع البرهان ـ على ما حكي ـ بين مالايتعامل به من المغشوش ، فلايصح وبين ما يتعامل به فيصح ، وفي مفتاح الكرامة : ان كلام القدماء خال عن هذا القيد

مثل الشاميات والقمرى ونحوها .

نعم ، لو كان مغشوشاً يجب كسره بان كان قلباً لم يصح وان كان له قيمة فهو مثل الفلوس ،

وحيث قد عرفت ان مبنى مشترط ان يكون درهماً أو ديناراً صدق الاسم، فهو المعيار وان كان مغشوشاً ،ولذا تجب فيهما الزكاة ، كما ذكر ذلك فى الجواهر .

نعم ،اذا كان الغش بحيث يسلب صدق الذهب والفضة لغلبته الخليط لم تصح المضاربة ، لعدم الصدق ـ كما صرح بذلك المستمسك ـ ولعل المصنف انما قال يعامل به لاجل بيان ما ذكرناه .

أما قوله : (مثل الشاميات والقمرى ونحوها) فلا يهم التكلم حولها بعد انتفاء الموضوع في الحال الحاضر .

(نعم لو كان مغشوشاً يجب كسره ان كان قلباً) بأن لم يكن حقيقة الذهب والفضة ، بل كان مشبهاً بهما ـ مما يوجب خداع الناس ،ولذا وجب كسره ـ (لم يصح) اذ ليس ذهباً ولا فضة (وان كان له قيمة) باعتبار صورته ، اذ لا عبرة بالقيمة والا فالعروض ايضاً له قيمة .

(فهو مثل الفلوس) المصنوع من الحديد ، أو النيكل ، حيث لا تصح مضاربتها، وان كانت لها قيمة،وقد صرح بعدم صحة المضاربة بالفلوس الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والمسالك وغيرهم ، بل عن التذكرة عند علمائنا ،كما نقل عنهم مفتاح الكرامة وغيره .

ثم ان وجوب الكسر ذكر في بعض الروايات .

مثل خبر المفضل بن عمر الجعفي ـ المروى عن الشيخ ـ قال : كنت عند ابي عبد الله عليه السلام فألقى بين يديه دراهم فالقى الي درهماً منها فقال ايش

هذا؟فقلت ستوق، فقال: وماالستوق فقلت:طبقتين فضة وطبقة من نحاس وطبقة من فضة فقال عليه السلام: اكسرها فانه لايحل بيع هذا ولاانفاقه .

قال في الوسائل: هذا محمول على كونه غير معلوم الصرف ولاجائزاً بين الناس، فلا يجوز انفاقه ، الا ان يبين حاله ذكره الشيخ وغيره، ويحتمل الحمل على الكراهة .

أقول: وكأنه لذا قال الجواهر: الظاهر عدم وجوب الكسر وان نص عليه في الخبر السابق، الا اني لم أجد من افتى به بل والفتوى وباقي النصوص على خلافه .

ثم الظاهر ان الكسر كناية عن عدم جواز الانتفاع به ، فيما كان غشاً للطرف الاخر، أوكان غبناً، أماذا لم يكن احدهما جاز الانتفاع لعدم الدليل على العدم، بل يشمله اطلاقات ادلة التعامل، وهذه الرواية لابد من حملها على الكراهة ، أو على صورة عدم الجواز ، لبعض الروايات الاخر الدالة على الجواز .

مثل صحيح محمد بن مسلم، قلت لابى عبد الله عليه السلام: الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أوغيره ثم يبيعها، قال عليه السلام: اذا بين للناس ذلك فلا بأس .

وعن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال : جائه رجل من اهل سجستان، فقال له : ان عندنا دراهم يقال لها الشاهية يحمل على الدرهم دانقين فقال: لابأس اذا كانت تجوز. الى غيرهما مما ذكروه في باب الصرف ، وعليه يشكل الكسر اذا كان اسرافاً ، فالحمل على الكراهة في الرواية السابقة محل نظر .

ولوقال للعامل : بع هذه السلعة وخذ ثمنها قراضاً لم يصح الا ان يوكله فى تجديد العقد عليه بعد ان نض ثمنه .

الثالث : ان يكون معلوماً قدراً ووصفـا ولاتكفى المشاهدة وان زال بها معظم الغرر .

(ولو قال للعامل : بع هذه السلعة)بالدينار أوالدرهم (وخذ ثمنها قراضاًلم يصح)لفقد الشرط الاول كما في المستمسك (الا ان يوكله في تجديد العقدعليه بعد ان نض ثمنه) الاان يقال: لايحتاج الى تجديد العقد فان مثل الكلام السابق وكالة فى اجراء المعاطات، وعلى هذا، فالاقوى كفاية مثل الكلام المتقدم.

(الثالث)من شروط رأس المال(انيكونمعلوماً قدراً ووصفاً)على المشهور قال في مفتـاح الكرامة عند قول العلامة (فلا تصح على المجهول قدره) :بلا خلاف الا من المبسوط وجامع الشرائع والمختلف واللمعة ، وكذا مجمع البرهان، وقد يظهر ذلك مما ترك فيه اشتراط ذلك كالمهذب والغنية والسرائر وغيرها .

ثم ان المشهور الذين قالوا بالاشتراط استدل لهم بالاصل، وبعدم صدق المضاربة، وبما ورد من ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن الغرر .

(و)عليه (لاتكفى المشاهدة وانزال بها معظم الغرر) فقد حكي عن المبسوط الاكتفاء في جواز المضاربة بالمشاهدة لزوال معظم الغرر، واشكل عليه بأن بقاء بعض الغرر غرر ، فيشمله النهى ورد بأن مراد الشيخ ان مايبقى لايسمى غرراً عرفاً حتى يشمله النهي المتقدم .

وكيف كان ، فالظاهر عدم هذا الشرط لاطلاق ادلة المضاربة بعد صدق المضاربة، والاستدلالات المذكورة غير تامة، اذلو اريد بالاصل اصالة عدم كونه

الرابع : ان يكون معينا

مضاربة ، فلامجال للاصل بعدصدقها عرفاً ولواريد اصالة الفساد، وعدم ترتب الاثر ، ففيـه : ان الاطلاق مانع عن الاصل ، وبذلك يعرف عدم تمامية كونها ليست مضاربة .

واما الحديث ففيه بعد تسليم السند ولوبمعونة الشهرة الجابرة انه لانسلم صدق الغرر في كل مورد ، فالدليل اخص من المدعي ، ولذاقال فى الجواهر: والتحقيق ان لم يكن ثم اجماع عدم قدح الجهالة التي تؤل الى علم، نحو ان يقع العقد على مافى الكيس مثلا ثم يعدانه بعدذلك، لاطلاق الادلة أوعمومها .

اما الجهالة التي لاتؤل الى علم، فالظاهر عدم جوازها ، لعدم امكان تحقق الربح معها وهو روح هذه المعاملة ـ انتهى.

وان كان يرد على شقه الثاني اولا: بامكان تحقق الربح، فانه اذا لم يعلم كم فى الكيس ، واشترى بكل دينار منه كتاباً ثم باع كل كتاب بدينار وربع ظهر الربح، وانه خمس المجموع .

وثانياً: بأن الجهالة في مثل ذلك مثلها مثل الجهالة في الشركة ونحوها، فهل يستشكل فيما اذاخلط احدهما لبنه بلبن الاخر، ولايعلم كم لبن كل منهما ومن البعيدجداً انيمنع ذلك الجواهر أوغيره، ويكون المحتمل عندالاختلاف موازين القضاء من قاعدة العدل، والقرعة وغيرهما.

ومنه يعلم، ان قول المستمسك انه لواستدل على بطلان المضاربة بقصور الاطلاق عن اثبات الصحة، فالمرجع الاصل المقتضى للبطلان كان متيناً، غير ظاهر الوجه، لماتقدم من انه لاوجه لمنع الاطلاق .

(الرابع) من شروط رأس المال (ان يكون معيناً) وقد استدل له بالاصل، وبالغرر ، وبالاجماع ، وبأن المبهم المردد لاوجود له فى الخارج ، وفي الكل

فلو احضر مالين وقال : قارضتك بأحدهما او بأيهما شئت لم ينعقد الا ان يعين ثم يوقعان العقد عليه .

نعم لافرق بين ان يكون مشاعا او مفروزاً

مالايخفى، اذ قدعرفت فى الشرط الثالث عدم تمامية الاولين.

اما الاجماع، فالظاهر انه غيرموجود، قال فى محكى مجمع البرهان : كان دليل اشتراط التعيين بالمعنى المذكور اجماع، وقال فى موضع آخر منه: انعدم كون التعيين بالمعنى المذكور مضراً غيرظاهر.

أقول : كيف ينعقد الاجماع ؟ وقد قال في مفتاح الكرامة: انه لم يذكر هذا الشرط الاعشرة كتب فقط فراجع كلامه، ولذا اشكل غيرواحد من المعلقين على هذا الشرط .

ومنه يعلم ، وجه النظر فى ادعاء المستمسك الاجماع عليه ، كما ظهر الاشكال فى قول المصنف .

(فلو أحضر مالين ، وقال : قارضتك باحدهما، أو بأيهما شئت ، لم ينعقد الا ان يعين ثم يوقعان العقد عليه) اما الأستدلال على البطلان بانه مردد ففيه انه يعين بتعيين العامل ، فهو مثل ان يقول : خذ، اى المالين شئت هبة ، نعم هو خلاف الاحتياط .

قال فى القواعد : لو دفع اليه كيسين ، فقال : قارضتك على احدهما ، والاخر وديعة ، لم يعين أو قال : قارضتك على أيهما شئت لم يصح ، ومثله قال غيره .

(نعم لافرق بين ان يكون مشاعاً على نحو الكسر المشاع ، أو الكلى فى المعين (أو مفروزاً) لاطلاق أدلة الصحة ، بل فى مفتاح الكرامة : وقد جوز

بعد العلم بمقداره ووصفه، فلو كان المال مشتركا بين شخصين فقال احدهما للعامل : قارضتك بحصتي في هذا المال صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع، وكذا لو كان للمالك مائة دينار مثلا، فقال: قارضتك بنصف هذا المال صح .

القراض بالمال المشاع ، وفي الجواهر بلا خلاف ولا اشكال، ولا شك في الصدق فقول المستمسك ، لو فرض الشك في الصدق ، لاحتمال اعتبار الافراز في صدق المفهوم عرفاً ، فالاطلاق لا مجال للتمسك به ، بل المرجع اصالة عدم الاثر. غير ظاهر الوجه، وقول المنصف : (بعد العلم بمقداره ووصفه) بناء على ما تقدم من اشتراط العلم بالمقدار الذي قد عرفت الاشكال فيه .

ومما تقدم ظهر عدم الاشكال فيما ذكره المصنف بقوله : (فلو كان المال مشتركاً بين شخصين فقال احدهما للعامل: قارضتك بحصتي في هذا المال صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع) وان كان مقتضى ماذكره المصنف الاشكال في نفس هذا المثال اذا لم يعرف العامل، أو المالك قدر الثلث والربع ، كما لو مات الاب وخلف ولداً وبنتاً وكان له مال في صندوق لم يعلم هل انه ثلثمائة او اكثر، فان مجرد العلم بأن للولد ثلثين لم ينفع في جعله مضاربة بعد عدم علمه بالقدر ، ولعل المصنف أراد عرفان المقدار ، (وكذا) مقتضى القاعدة الصحة كما عرفت .

(لو كان للمالك مائة دينار مثلا ، فقال : قارضتك بنصف هذا المال صح) لما تقدم من اطلاق الادلة الشامل للمشاع ، والحاصل ان كلا من الجهالة في المالك والعامل والمال لا يضر بصحة المضاربة، فلو كان صاحب المال مجهولا للعامل ، لكنه وضعه للمضاربة صح أخذه من العامل ـ بالمعاطات ـ كما انه

الخامس : ان يكون الربح مشاعا بينهما فلو جعل لاحدهما مقداراً معينا والبقية للاخر او البقية مشتركة بينهما لم يصح .

كذلك اذا كان العامل مجهولا للمالك وهكذا اذا كان المال مجهولا ولذا قال فى مفتاح الكرامة : انها تحمل من الجهالة ما لاتحمله العقود اللازمة .

ومنه تعلم ، صحة المضاربة اذا لم يعرف احدهما الاخر ولاعرف ، اى منهما مقدار المال وكانت معاطاة فى البين ، وان كان الاحتياط مراعات ما ذكروه والله العالم .

(الخامس) من شروط المضاربة (ان يكون الربح مشاعاً بينهما فلو جعل لاحدهما مقداراً معيناً والبقية للاخر أو البقية مشتركة بينهما لم يصح) واستدل لذلك بأمور .

الاول: ما قاله الجواهر من انه لو كان لاحدهما شيء معين والباقى للاخر بطل اجماعاً ، وقال فى الحدائق : الظاهر انه لاخلاف بينهم فى انه يشترط فى الربح الشياع .

وقال فى المستمسك : ويظهر من كلمات غير الحدائق الاجماع على الحكم المذكور .

الثانى: ما ذكره الشرائع من انه لايوثق بحصول الزيادة فلاتحقق الشركة .

الثالث: ما ذكره مفتاح الكرامة قال : لانه خلاف وضع القراض وهو خلاف مقتضى العقد .

الرابع : انه خلاف ظاهر الروايات الدالة على الشياع ، مثل قول السائل فى خبر عبد الملك : فما اصبت منها جميعاً فهو بينى وبينك فسألت أباعبدالله عليه السلام ، عن ذلك ؟ فقال : لابأس به .

وفى رواية المرادي ، سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يقول للرجل ابتاع لك متاعاً والربح بينى وبينك ؟ قال عليه السلام لابأس .

وفى رواية الحلبى : وان ربح فهو بينهما . الى غير ذلك .

الخامس : ما رواه الدعائم، عن ابى عبدالله عليه السلام، انه قال فى الرجل يعطى الرجل مالايعمل به على ان يعطيه الربح مقطوعاً قال : هذا الربا محضاً.

لكن كل هذه الوجوه لاتفى باطلاق ما ذكروا ، فالاجماع غير موجود فى المسألة مع انه لو كان ، كان من محتمل الاستناد بل مظنونه، والثانى اخص من المدعى ، والثالث غير ظاهر، اذلاوجه لجعله خلاف مقتضى العقد ، والحال انه يتعارف مثل ذلك فيقول صاحب المال للعامل اعمل وخذ كل يوم مقدار دينار لمصرفك والربح بعد ذلك بيننا ، والرابع لادلالة فيه ، الامن باب مفهوم اللقب بالاضافة الى ان (بينهما) ونحوه أعم، والانصراف لو كان فيقرب ان يكون بدوياً والخامس أولا لادلالة فيه بالنسبة الى جعل شىء مقطوع للعامل وثانياً ان الرواية انما تعرضت بصورة ما كان الامر رباً ، أما اذا لم يكن ، كما لو علم ان الف رأس المال يربح مالايقل من خمسمائة فقال المالك اعطنى مائة والبقية اثلاثا مثلا لم يكن ذلك من الربا الذى هو محتمل ان لايربح او يربح بقدر الربا اواقل منه او اكثر ، ولذا ذهب جمع من المعاصرين الى الاشكال فى هذا الشرط ، وليس المراد اسقاط هذا الشرط رأساً ، بل اسقاط اشتراطه مطلقاً. ومع ذلك فالاحوط مراعاته .

نعم ، فيما يستلزم الربا لم يصح ، لالخبر الدعائم حتى يقال انه ضعيف السند ، بل لادلة حرمة الربا .

السادس : تعيين حصة كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك

(السادس) من شروط المضاربة (تعيين حصة كل منهما من نصف اوثلث او نحو ذلك) اقول التعيين على اقسام .

الاول : ما ذكره ، وصحته اجماعي ، كما يدل عليها النصوص ايضاً .

الثاني: انيقول لك جزء ، او حظ او نصيب، وهذا لايصح، لانه خلاف ادلة المضاربة عرفاً وشرعاً ويشمله دليل نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر وقد صرح بعدم صحة مثل ذلك مفتاح الكرامة وغيره ، ولعله المراد من عبارة القواعد ، حيث قال ان يكون الربح مقدراً بالجزئية لا بالتقدير كالنصف او الثلث .

الثالث : ان يقول : لك ثلث ، أوربع مثلا ، بأن جعل له الشيء المردد ، وهذا لايصح ، لانه غرر ، وخلاف مقتضى المضاربة ، وفي المستمسك استدل له بأن المردد لايقبل الملك ، كما لايقبل غيره من الاحكام ، وان كان فيه نظر فان كثيراً من الاحكام تترتب على المردد ، كما اذا قال في الوصية : اعطزيداً أوعمرواً ديناراً ، أواعط ديناراً، أودينارين لزيد ، أوأباح له ان يجلس في داره شهراً ، أوشهرين ، أو أباح ان يجلس في داره زيد ، أوعمرو ، أو اباح لزيد ان يجلس في داره الشرقية ، أو الغربية ، الى غيرذلك من الامثلة .

الرابع : ان يقول : لك بالنسبة العادلة حيث لايعلمانها هل هي الثلث ، أو الربع ، اوأقل، أواكثر؟ في ماإذاكان في الواقع مقداراً خاصاً ، فان العقلاء يجعلون لكل من رأس المال وللعمل نسبة خاصة من الربح ، ومقتضى القاعدة الصحة ، لاطلاق أدلة المضاربة، وأدلة العقود ، وعدم محذور في ذلك من غرر

الا ان يكون هناك انصراف ينصرف اليه الاطلاق .

السابع : ان يكون الربح بين المالك والعامل ، فلوشرطا

اونحوه ، وان كان ظاهر بعضهم المنع فى أمثال ذلك .

الخامس: ان يقول لك مثل ما اعطى التاجر الفلانى لعامله ، وظاهر كلامهم الاشكال فى ذلك أمالانه غرر واما لانه خلاف مقتضى المضاربة واما الانصراف ادلة المضاربة عن مثله ، لكن الظاهر الصحة لبطلان الوجوه المذكورة ، ولذا قال فى المستمسك : لوقال: لك مثل ما شرط فلان ، فدليل بطلانه غير ظاهر .

السادس : ان يردد فى الامر بأن يقول : ان ربحت فوق الالف فلك الثلث وان ربحت دون الالف فلك النصف ، سواء كان ذلك شرط المالك على العامل اوبالعكس ، ومقتضى القاعدة الصحة ، لانه شرط عقلائى ، فالعامل مثلا ، حيث تكون اجرته في الشهر خمسمائة لايستعد ان يأخذ اقل بالمضاربة ، ولذا يجعل الشرط بحيث لايكون له اقل .

وكذلك المالك انـه ان اشترى بالمال البضاعة الفلانية حصل على ألف قطعاً ، فلا يريد ان ينقص حظه فى المضاربة ، ويأتى هنا احتمال الانصراف و الغرر ، وانه خلاف مقتضى العقد ، وقدعرفت الاشكال فى المذكورات ويمكن تصورات اخر لجعل الربح بينهما نضرب عنها خوف التطويل .

(الاان يكون هناك انصراف ينصرف اليه الاطلاق) وقد اراداه ، فيكون الانصراف موجباً للعلم بالمقدار ،ولولا الارادة لم ينفع الانصراف ، اذ العقود تتبع القصود ، و كأن المصنف لـم يذكر الارادة اعتماداً علـى وضوح هذا الشرط .

(السابع) من الشروط (ان يكون الربح بين المالك و العامل ، فلو شرطا

جزءاً منه لاجنبى عنهما لم يصح الا ان يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة

جزءاً منه لاجنبى عنهما لم يصح الا ان يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة ،) قال فى القواعد فان شرط جزءاً منه لاجنبى فان كان عاملا صح ، والابطل .

وقال فى مفتاح الكرامة : فى شرح ذلك قولا واحداً فى الحكمين معاً ، كما فى المبسوط ، وبهما صرح فى المهذب والشرائع والتذكرة و التحرير والارشادوالتنقيح وجامع المقاصدوالروض والمسالكومجمع البرهان،والمراد بالاجنبى من كان غير المتعاقدين ـ انتهى .

واستدل له هؤلاء بأمرين :

الاول : انه خلاف مقتضى المضاربة .

الثانى: ظهور النصوص كون الربح بينهما ، فهوخلاف الادلة ، ولايخفى مافى كليهما ، اذ لانسلم انه خلاف مقتضى المضاربة ، بل هوخلاف اطلاقها ، ولذا لايشك العرف فى صدق القراض عليه مع هذا الشرط ، وليس ذلكمثل ان يبيعه بشرط ان لا يملك المتاع ، كما ان النصوص ليست حاصرة ، بل ذكرتماهو مقتضى الاطلاق ،فالاستدلال بها لما نحن فيه منقبيل الاستدلال ، بمفهوم اللقب .

هذا بالاضافة الى انه لو كانشرطاً لامقوماًكان من الشرط الفاسد ، وبنائهم على انهليس بمفسد ، ثم لوقيل بعدم مثل هذا الشرط، فان قال للعامل :لك الثلثان على ان تعطى امرأتك ـ مثلا ـ نصفه، فهل يصح الشرط ، لاطلاق أدلة الوفاء بالشرط أولا ؟ لانه شرط للاجنبى ، احتمالان ، وان كان الاقرب الاول .

وفى محكى التحرير النظر فى لزوم هذا الشرط ، وعن التذكرة لم يلزم

نعم ذكروا انه لو اشترط جزءاً من الربح لغلام أحدهما صح ولابأس به خصوصا على القول بأن العبد لايملك، لانه يرجع الى مولاه. وعلى القول الاخر يشكل الا انه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى للاجنبى والقدر المتيقن من عدم الجواز ما اذا لم يكن غلاما لاحدهما

الشرط، فان اوجبه، فالاقوى البطلان، وعن التنقيح، وفيه وجه آخر بالصحة لاعمل عليه، واحتمل الامرين مجمع البرهان فيما حكى عنه.

اما اذا شرط على الثالث عمل متعلق التجارة فلايضر، اذ يرجع الامر فى الحقيقة الى تعدد العامل، وذلك جائز بلاخلاف ولااشكال.

(نعم ذكروا انه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام احدهما صح) كما عن المبسوط والمهذب والتحرير والشرائع والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد و المسالك ومجمع البرهان وغيرهم بل عن الاول الاجماع عليه.

(ولابأس به) للاجماع المذكور، ولانه في الحقيقة راجع الى كيس الشارط (خصوصاً على القول بأن العبد لايملك، لانه يرجع الى مولاه) لكن لايخفى انه ان لم يملك لم يكن هذا شرطاً واقعاً وان كان يملك كان الدليلان السابقان بناءاً على صحتهما آتيين في المقام ايضاً.

ولعله أشار الى ذلك بقوله: (وعلى القول الاخر) بملك العبد (يشكل) اذ لافرق بينه وبين الاجنبي (الا انه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى للاجنبي) لاطلاق أدلة الوفاء بالشرط، وعدم كون هذا الشرط خلاف مقتضى المضاربة، بل خلاف اطلاقه.

(والقدر المتيقن من عدم الجواز ما اذا لم يكن غلاماً لاحدهما) لانهم قد

فالاقوى الصحة مطلقا ، بل لايبعد القول به فى الاجنبى أيضا ، وان لم يكن عاملا لعموم الادلة .

الثامن : ذكر بعضهم انه يشترط ان يكون رأس المال بيد العامل

ذكروا صحة شرط اعطاء الغلام .

(فالاقوى الصحة مطلقاً) بالنسبة الى الغلام ، سواء قلنا بملكه أم لا؟ لكن يرد عليه انه لامجال للتمسك بالقدر المتيقن بعدان لم يكن اجمال في المقام، الا ان يقال: ان المستند في عدم الجواز الاجماع، وهو لااطلاق له، لان المجمعين في المنع عن الاجنبي اجازوا الشرط بالنسبة الى الغلام فتأمل .

(بل لايبعد القول به في الاجنبي ايضاً، وان لم يكن عاملا لعموم الادلة) كما عرفت، فاشكال المستمسك عليه بأن العموم مخصص بمادل على اختصاص الربح بالمالك والعامل غير وارد بعد ان عرفت عدم وجه للتخصيص المذكور.

ومماتقدم يعرف وجه الصحة في مااذاشرط بعض الربح لامر خيري كالوقف أو طائفة خاصة كالفقراء ، أو جعل بعض الربح منضماً الى رأس المال وبعضه لهما ، أو لاحدهما أو لاخر .

(الثامن) من شروط المضاربة (ذكر بعضهم انه يشترط ان يكون رأس المال بيد العامل) قال في القواعد: ان يكون مسلماً في يد العامل، فلو شرط المالك ان تكون يده عليه لم يصح .

وقال في مفتاح الكرامة: هذا شرط المصنف فى التحرير ايضاً وقد يلوح من الايضاح اختياره، وفى جامع المقاصد انه أولى وابعد من الريب وقرب فى التذكرة عدم اشتراطه، وقدخلت عنه كتب الاصحاب قاطبة من المقنعة والمقنع

فلو اشترط المالك ان يكون بيده لم يصح ، لكن لا دليل عليه فلا مانع ان يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك ، كما عن التذكرة .

التاسع : ان يكون الاسترباح بالتجارة ، واما اذا كان

الى الرياض ، بل ظاهر اكثرها عدمه ـ انتهى .

(فلو اشترط المالك ان يكون بيده لم) يبطل ، و (يصح) مضاربة لاطلاق ادلة المضاربة .

ولذا قال المصنف : (لكن لادليل عليه) وماستدل له بانه خلاف مقتضى المضاربة ، ولان العامل لايتمكن من العمل اذا لم يكن المال بيده ، ولاصالة عدم الاثر غير تام ، اذلانسلم الاول ، ولذارده جامع المقاصد بأنه موضع تأمل ، والتمكن موجود بأن يحول العامل على المالك أو ماشبه ، والاصل لايقاوم الدليل .

و أما ما في اخبار الباب من ان المالك يدفع المال الى العامل ، ففيه انه سيق حسب التعارف ، لانه شرط ، وبذلك ظهر الجواب عن الاستدلال لذلك بالسيرة منذ زمانه صلى الله عليه وآله وسلم ، اذلا نسلم السيرة أولا ، ولادلالة فيها على الاختصاص ثانياً .

وعليه (فلامانع ان يتصدي العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك ، كما عن التذكرة) بل قدعرفت انه المشهور ، وعليه فما في المستمسك ان الشك في اعتباره عرفاً في مفهوم المضاربة كاف في اعتباره ، محل منع ، ولذا قرر : ماوجدته من التعليقات فتوى الماتن .

(التاسع) من شروط المضاربة (ان يكون الاسترباح بالتجارة ، واما اذا كان

بغيرها كأن يدفع اليه ليصرفه في الزراعة مثلا ، ويكون الربح بينهما يشكل صحته

بغيرها كأن يدفع اليه ليصرفه في الزراعة مثلا ، و يكون الربح بينهما يشكل صحته) .

قال في القواعد : وشرطه ان يكون تجارة، فلا يصح على الطبخ والخبز والحرف، أما النقل والكيل والوزن ، ولو احق التجارة، فانها تبع للتجارة ، والتجارة هي الاسترباح بالبيع والشراء، لابالحرف والصنائع ـ انتهى.

و قال في مفتاح الكرامة : كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد، وهو صريح المبسوط في الاخير.

أقول: علل هذا الشرط في التذكرة بأن هذه اعمال مضبوطه يمكن الاستيجار عليها فاستغنى بها عن القراض فيها، وانما يجوز القراض، فيما لايجوز الاستيجار عليه وهو التجارة التي لايمكن ضبطها ، ولامعرفة قدر العمل فيها ولاقدر العوض والحاجة داعية اليها ولايمكن الاستيجار عليها، فللضرورة مع جهالة العوضين شرع عقد المضاربة ـ انتهى .

اما من اين ان شرط القراض عدم صحة الاستيجار ، فقد ذكر وجهه ان المتيقن من القراض ذلك ، فالاصل في ما عدا المتيقن عدم الاثر ، فان الاعمال المذكورة ـ كالطبخ و الخبز ـ اعمال مضبوطة ، فلا ضرورة فيها الى ارتكاب مخالفة الاصول ، و تجويز القراض فيها، اذ معنى القراض على هذه الاشياء ان يقارضه على ان يشتري الحنطة ويطبخها ويخبزها، والطعام ليطبخه والغزل لينسجه و الثوب ليصبغه ، ونحو ذلك من الحرف ، هذا غاية ما يقال في وجه الشرط المذكور.

اذ القدر المعلوم من الادلة هو التجارة ولوفرض صحة غيرها للعمومات ـ كما لايبعد ـ لايكون داخلا فى عنوان المضاربة .

العاشر: انلايكون رأس المال بمقداريعجز العامل عن التجارة به ، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير

و لعل العلامة رأى عدم اطلاق الادلة ، فعلله فى قبال استحسانات العامة بالاستحسان، لان هذا الشرط أحدقولي الشافعية، والافمن المعلوم ان مثل هذه الامور لاتوجب الاشتراط .

ولذا قال المصنف في تعليل هذا الشرط : (اذ القدر المعلوم من الادلة هو التجارة) لكن الظاهر صحة المضاربة، لاطلاق الادلة بعد شمول المضاربة لها عرفاً، ولذا لم يكن مجال لقوله:(ولو فرض صحة غيرها للعمومات) مثل: اوفو بالعقود. وتجارة عن تراض.

(ـ كما لا يبعد ـ لايكون داخلا في عنوان المضاربة) كما لا مجال لقول المستمسك من الشك في تحقق المضاربة عرفاً في مثل ذلك الموجب للرجوع الى اصالة عدم ترتب الاثر ـ انتهى .

فيصح كل تلك الاقسام مضاربة، بل وان يعطيه مالاليدرس، فاذا صار طبيباً أو مهندساً ـ مثلا ـ كان شريكه في الربح. لكن اللازم ملاحظة عدم الاجحاف ونحوه، مما ثبت بالادلة الثانوية .

(العاشر) من الشروط (ان لايكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به) سواءكان العجز ذاتياً، اولظرف زماني او مكاني طارء(ومع اشتراط المباشرة من دون الاستنابة بالغير) أولشرط خاص كاشتراط ان يتاجر بالبضاعة الفلانية ، او بشرط آخر، ولم يكن كان قادراً على التجارة ، وانما العجزناش

أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير

عن الشرط .

(أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير) وبدون الشرط الخاص، ويدل على هذا الشرط عدم شمول ادلة المضاربة الا للمقدور، واذا قال في الجواهر : لعل المتجه الفساد ، لمعلومية اعتبار قدرة العامل على العمل في الصحة نحو ما ذكروه في الاجارة ضرورة لغوية التعاقد مع العاجز ـ انتهى.

ومثله مالو كان المضارب عاجزاً عن المال، فكما لا تنعقد المضاربة لانتفاء ركن من ركنيها ، كذلك اذا انتفى الركن الثانى ، وهو العمل.

ومنه يعلم انما ذكره الشرائع والمسالك وغيرهما من الضمان بدون البطلان في مفروض المسألة غير ظاهر الوجه قال المحقق واذا اخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن وقال المسالك في شرحه هذا مع جهل المالك بعجزه لانه مع عجزه يكون واضعاً يده على المال على غير الوجه المأذون فيه لان تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامناً .

قال الجواهر : ونحوه فى جامع المقاصد ، و قال فى المستمسك و نحو عبارة الشرائع ذكر فى القواعد ثم قال المستمسك ان ماذكره العروة في محله.

اقول : لعل المحقق وبعض اخر ارادوا بطلان العقد و انما عبرو بالضمان باعتبار التلازم العرفى.

ذكر المسالك وحيث يثبت الضمان لايبطل العقد به اذ لامنافات بين الضمان و صحة العقد و علله في الحدائق بما تقدم من الاخبار و عليه اتفاق الاصحاب من انه مع المخالفة لماشرطه المالك فانه يضمن والربح بينهما.

أقول : لاظهور في كلام الشرائع و نحوه في عدم البطلان اذ عدم التلازم

والا فلايصح لاشتراط كون العامل قادراً على العمل، كما ان الامر كذلك في الاجارة للعمل، فانه اذا كان عاجزاً تكون باطلة،

حقيقة لا ينافي التلازم العرفي، وكيف كان فما ذكره الماتن هو الذي تقتضيه القاعدة أما احتمال ان البطلان ليس من جهة العجز بل من جهة ان الاذن والعقد كانا على المقدور فلا يخفى مافيه اذ العقد على غير المقدور ورباطل لانه ليس بشرعي ولا عقلائي فان قدر العامل صح (و الافلا يصح لاشتراط كون العامل قادراً على العمل، كما ان الامر كذلك في الاجارة للعمل) بل ينبغي ان يكون الامر كذلك في المزارعة والمساقات (فانه اذا كان عاجزاً تكون باطلة)

لما سبق من عدم الدليل على الصحة عقلا أوشرعاً

ثم هل البطلان يكون للكل أو للمقدار العاجز عنه (١) اذا كان مقدار عاجزاً عنه ومقدار غير عاجزعنه كمااذا ضاربه بألف لاجل تجارة الحنطة والارز وقدكان الارز عاجزاًعنه فيكون البطلان في النصف المرتبط بالارزدون النصف المرتبط بالحنطة (٢) أو على سبيل البدل اذا كان العجز كذلك كما اذا كان عاجزعن الجمع بين تجارة الحنطة وتجارة الارز ولايعجز عن تجارة احديهما على سبيل البدل.

وهذا على ثلاثة اقسام فانه اما ان يعجز عن احدهما واما ان يعجزعن نصف الاتجار سواء عن أحدهما أوعن نصفي كليهما مثلا كانت قدرته تجارة خمسمائة اما الارز كلا او الحنطة كلا او بعض هذا وبعض هذا وانما العجزعن صرف الالف في التجارة .

واما ان يعجز عن بعض الجنس الواحد كما اذا كانت المضاربة بألف في الحنطة ولايقدر الاعلي خمسمائة منه فقط؟ احتمالان ظاهر المصنف بطلان الكل لكن

فيكون تمام الربح للمالك وللعامل اجرة عمله مع جهله بالبطلان ،

المستمسك قال اذا كان الموجب للبطلان العجز فالعجز كان عن المجموع فيوجب بطلان المجموع لابطلان كل جزء جزء لعدم العجزعن ذلك و حينئذ تصح في المقدور وتبطل فى الزائد ويكون من قبيل تبعض الصفقة ـ انتهى.

وذهب الى ذلك غير واحد من المعلقين وان كان يظهر من سكوت معظمهم على الماتن اختيارهم البطلان والظاهر الصحة هنا ، و في الاجارة والمزارعة والمساقات بالنسبة الى القدر المقدور كما في البيع كما انه كذلك بالنسبة الى رأس المال اذا ظهر بعضه ناقصاً فى المعين اولم يقدر على بعضه المالك فى الكلى او ما اشبه ذلك .

وعليه فاذا كان المالك جاهلا بعدم قدرة العامل كان له خيار تبعض الصفقة واذا كان عالما لم يكن له خيار لانه اقدم على ذلك كما لاخيار له فى البيع اذا اقدم على اشتراء المعيب.

وكيف كان فاذا ابطله لجهله بالعجز (فيكون تمام الربح للمالك وللعامل اجرة عمله مع جهله بالبطلان) واما اذا كان عالما بالعجز واقدم على المعاملة او كان جاهلا ولم يبطل كان الربح بين المالك والعامل بالنسبة .

اما المقدار العاجز عنه فلاعمل ولاربح واذا كان جاهلا وابطله كان للعامل اجرة المثل ويحتمل اقل الامرين من المثل والمسمى لانه اقدم على المسمى فلا حق له في الازيد على الخلاف الذى ذكروه فى تلك المسألة .

ثم ان ما ذكرناه من الربح للعامل بالنسبة انما يراد به ما يستحق لا بنسبة العمل اذقد يكون حجم الجزء بنسبة خاصة بينما قدر المال له بنسبة اخرى مثلا اذا استأجره فى صنع مصراعي باب لداره بدينار فصنع مصراعاً واحداً لم يكن يستحق نصف المبلغ بل اقل من ذلك ـ غالباً ـ .

ويكون ضامنا لتلف المال الا مع علم المالك بالحال

وبما تقدم ظهر احكام كل الفروع من كون العامل جاهلا اوعالما في صورة عدم قدرة المالك على اعطاء كل المال ومن كون المالك جاهلا اوعالما في صورة عدم قدرة العامل على كل العمل وعند جهلهما اما ان يفسخ اذا ما علم و اما ان لا يفسخ (ويكون) العامل (ضامناً لتلف المال الا مع علم المالك بالحال).

والوجه في الضمان ما ذكره المسالك قائلا عند قول المحقق «واذا اخذ من مال القراض مايعجز عنه ضمن».

هذا مع جهل المالك بعجزه لانه مع عجزه يكون واضعاً يده على غير الوجه المأذون فيه لان تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامناً .

اقول: قد نقول ببطلان المضاربة، وقد نقول بصحتها بالنسبة الى القدر المقدور و بطلانها بالنسبة الى القدر غير المقدور و على أى حال فالبطلان بالنسبة الى الجميع او البعض ان تلف ذلك القدر الذى تبطل فيه المضاربة ، هل يوجب الضمان كما تقدم عن المسالك وجهه أولا يوجب لما ذكره المستمسك بقوله ان الضمان في المقام مخالف لقاعدة مالايضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فان مال المضاربة غير مضمون على العامل فى المضاربة الصحيحة فلا يكون مضموناً عليه في الباطلة الى آخره احتمالان.

و يمكن ان يقال : ان صور المسألة اربع لانهما اما عالمان بالبطلان ، او جاهلان او المالك عالم والعامل جاهل، اوبالعكس فان كانا عالمين بالبطلان فقد جعل المالك المال وديعة فى يد العامل والوديعة غير مضمونة .

ففي، صحيح الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وقال عليه السلام: ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة

وهل يضمن حينئذ جميعه لعدم التميز مع عدم الاذن فى اخذه على هذا الوجه او القدر الزائد لان العجز انمايكون بسببه فيختص به او الاول اذ اخذ الجميع دفعة والثانى اذا اخذ اولا بقدر مقدوره

مؤتمن) ونحوه غيره وان كانا جاهلين فقد أودع المالك بيد العامل، وان كان سبب الوديعة جهله حتى انه لو كان عالماً لم يعطه اياه لكن عدم اعطائه اياه لايخرجه عن كونه وديعة والوديعة لاضمان فيه.

وان كان المالك جاهلا والعامل عالماً لم يبعد الضمان لان علم العامل بأنه لاحق له يوجب دخوله فى قاعدة على اليد ما اخذت فهو كما اذا زعم المالك انهذا زيد فاودعه المال، وقد كان عمرواً وعلم عمر وباشتباه المودع وادلة الوديعة منصرفة من مثل هذه الصورة ولو كان العكس فقد اذهب المالك احترام ماله بعد ان اعطاه لمن يعلم انه لايستحق الاعطاء لان المالك عالم ببطلان المضاربة.

(وهل يضمن حينئذ جميعه لعدم التميز) لان وضع اليد فى حال الانضمام لافى حال الانفراد والمنضم غير مقدور العمل به فلايكون مأذونا فى قبضه فيكون مضمونا لاقتضاء اليد الضمان.

ولذا قال (مع عدم الاذن في أخذه على هذا الوجه،) حتى يكون امانة (أو القدر الزائد لان العجز انمايكون بسببه) اي بسبب الزائد (فيختص) الضمان (به) اذ غير الزائد مأذون فى قبضه (او) الضمان يكون للمجميع الذى ذكرناه فى (الاول اذا أخذ الجميع دفعة) لان الدليل المتقدم بقولنا «لان وضع اليد..» آت فيما لو اخذ الجميع دفعة.

(والثاني) اى عدم ضمان القدر المقدور (اذا أخذ اولا بقدر مقدوره) كالنصف او الثلث اوما اشبه.

ثم اخذ الزائد ولم يمزجه مع ما اخذه اولا أقواها الاخير .

(ثم اخذ الزائد ولم يمزجه مع ما اخذه اولا) لانه اذا مزجه كان التصرف غير مأذون فيه ، من حيث الشركة فيكون التصرف موجباً للضمان ، لكن فيه ان عدم الاذن فى التصرف من جهة الشركة لايوجب ضمان المجموع اذ القدر المأذون ، وان كان ممتزجاً سبب الامتزاج عدم جواز التصرف فيه من حيث الشركة الا انه لايوجب الضمان فهو كما اذا تصرف فى الملك المشترك بينه وبين غيره . فان تصرفه وان كان ممنوعاً .

لكنه اذا تلف لايوجب تلفه ضمان الجميع .

وانما ضمان مال الشريك فقط (اقواها) عند المصنف (الاخير) اذيرد على ضمان الجميع ان البعض الذى صحت المضاربة بالنسبة اليه لاوجه لضمانه ، كما يرد على ضمان القدر الزائد فقط انه اذا اخذ الجميع دفعة اوتدريجاً لكن مزج المقدور بغير المقدور كان ممنوع التصرف فى المجموع و المنع عن التصرف يوجب الضمان .

لكن قدعرفت مما ذكرنا ان اللازم القول بضمان الزائد فقط فاذا تلف الجميع كان قدر الضمان واضحاً ـ مثلا كان النصف مقدوراً والنصف الاخر غير مقدور ـ واذا تلف النصف ، مثلا فى الممتزج كان مقتضى القاعدة ضمان الربع لان ذلك مقتضى قاعدة العدل حيث ان جعل النصف على المالك فقط لاعلى العامل فقط لاوجه له لانه ترجيح بلامرجح ولامجال للقرعة حيث ان مرتبتها بعد مرتبة قاعدة العدل .

كما يستفادمن رواية الودعى وغيرها فلاوجه الالقاعدة العدل ، وكذا فى كل مورد مشابه كما اذا كان قفيز من الحنطة لنفرين اذن احدهما لزيد فى التصرف

ودعوى انه بعد اخذ الزائد يكون يده على الجميع وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ولا ترجيح الان لاحد اجزائه اذ لو ترك الاول واخذ الزيادة لا يكون عاجزاً كما ترى

فيه ، ولم يأذن الاخر فتصرف فى الجميع وتلف نصفه بدون تفريط اوتعد فان مقتضى القاعدة تقسيم النصف الذاهب منهما اذلا ترجيح لجعله من الاذن اومن الذى لم ياذن ولا مجال للقرعة ايضاً .

وكيف كان ، فقد ظهر مما تقدم ان مقتضى القاعدة الاحتمال الثانى وهو ضمان القدر الزائد مطلقاً .

ثم ان المسالك اشكل على التفصيل بقوله (يشكل بانه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ولا ترجيح الان لاحد اجزائه اذ لو ترك الاول واخذ الزيادة لم يعجز) واشار المصنف الى دفعه بما حاصله ان لا عجز عن المجموع فى صورة تدرج الاخذ فان العجز في الثانى الذى عجز عنه لا فى الاول الذى هو مقدوره .

(و) ذلك لان (دعوى انه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ولا ترجيح الان) بعد ان اخذ الثانى الذي هو عاجز عنه (لاحد اجزائه،) حتى يقال الاول غير عاجز عنه والثانى عاجز عنه وانما لا ترجيح (اذ لو ترك الاول) المقدور (وأخذ الزيادة) أي الثابي (لا يكون عاجزاً) فالان وبعد أخذ المجموع نسبة العجز الى كلا الجزئين على حد سواء ولا ترجيح لان يقال الاول عاجز عنه أو الثاني عاجز عنه (كما ترى) غير تامة بل العجز عن الثانى بذاته (اذ الاول وقع صحيحاً) حيث انه كان مقدوراً.

والبطلان منسوب الى الثانى وبسببه، والمفروض عدم المزج.

هذا ولكن ذكر بعضهم ان مع العجز المعاملة صحيحة، فالربح مشترك، ومع ذلك يكون العامل ضامنا مع جهل المالك

(والبطلان منسوب الى الثاني وبسببه، و) الاول والثانى في الخارج متمأيزان، لان (المفروض عدم المزج) فلماذا يقال بسريان العجز الى المجموع.

وقد رد المستمسك الماتن بقوله: [هذا يتم لو كان أخذ الاول بعقد يختص به والثانى بعقد آخر يختص به، أما اذا كان الاخذ الثانى بعقد موضوعه مجموع الاول والثانى، فيكون موضوع العقد غير مقدور، فيكون العقد باطلا فالمأخوذ به أولا كالمأخوذ به ثانياً كلاهما مأخوذ بعقد باطل فيكون كل منهما مضمونا ولافرق بينهما)، لكن الرد محل نظر اذا العقد ليس بباطل بل يكون جائزاً من قبيل خيار تبعض الصفقة.

وقد عرفت ان قول المصنف باشتراط عدم المزج غير ظاهر الوجه، بل العقد صحيح ولو مزج الاول والثانى، فالضمان للقدر الزائد فقط سواء أخذها مرتين أو مرة وسواء مزج فى المرتين اولم يمزج.

(هذا ولكن ذكر بعضهم) كالحدائق (أن مع العجز المعاملة صحيحة فالربح مشترك، ومع ذلك يكون العامل ضامنا مع جهل المالك) وحيث يثبت الضمان لايبطل العقد اذ لامنافاة بين الضمان وصحة العقد.

وقد نسب هذا القول الحدائق اليهم حيث قال: (قالوا ...) و في بعض تعليقات المتن: بل اسند الى الكل قال فى الحدائق: ويدل عليه ما تقدم فى تلك الاخبار ـ وعليه اتفاق الاصحاب ـ من انه مع المخالفة لماشرطه المالك فانه يضمن والربح بينهما.

ولا وجه له لما ذكرنا، مع انه اذا كانت المعـاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان ثم اذا تجدد العجز فى الاثنـاء وجب عليه رد الزائد والاضمن

(ولاوجه له لما ذكرنا)من لزوم التفصيل فى المسألة لااطلاق صحة المعاملة (مع انه) يرد على كلام الحدائق اشكال آخروهو انه (اذاكانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان) لان العامل أمين والامين لايضمن وقد رد المستمسك دليل الحدائق بقوله : ان دليله ضعيف لخروج المورد عن عموم النصوص الدالة على ان العامل اذا خالف ما شرط عليه فهو ضامن والربح بينهما الاتية فى المسألة الخامسة ـ انتهى.

لكن ربما يقال : ان الحدائق لم يرد الاستدلال وانما الاستيناس للمقام بتلك الاخبار فانها دلت على امكان الجمع بين اشتراك الربح بمقتضى العقد والضمان بمقتضى ان الاعطاء مبنى على ألقدرة والضمان مرفوع فـى هذه الحالة فاذا لم تكن قدرة لم تكن أمانة مالكية وحيث لاقدرة فلاأمانة مالكية ترفع الضمان .

أقول بالنسبة الى غير المقدور ضمان وبالنسبة الى المقدور الربح مشترك ولاضمان اذ القد صحيح والعقدرة موجودة فأمانة مالكية توجب رفع الضمان (ثم اذا تجدد العجز في الاثناء وجب عليه رد الزائد) لانـه لايقدر على العمل فيه فلايحق له ابقائه عنده لان الامانة كانت باعتبار عقد المضاربة ، فـاذا عجز بطل العقد بالنسبة اليه :

وبقى العقد بالنسبة الى القدر الذي يمكنه العمل فيه حيث قد عرفت عدم بطلان العقد الا بالنسبة الى القدر الذى عجز عن العمل فيه (والا ضمن) لان يده عليه ليست يد أمانة فيشملها دليل على اليد .

مسألة ـ ١ ـ لو كان له مال موجود فى يدغيره أمانة اوغيرها فضاربه عليها صح

ومما تقدم يعرف حكم كل صور المسألة فان العجز اماعن البعض أوعن الكل وعلى كل حال أما ابتداءاً فقط أوفى الاثناء فقط أوفى الاخير أو مختلفاً كان عجز عن بعض أو لاوعن بعض وسطاً .

مثلا كانت المضاربة على دراهم ودنانير، فلم يتمكن من التصرف فى الدراهم لانه يخاف اتهامه بأنه سرقها أوعجز عن الكل أولا وعن البعض اخيراً الى غير ذلك من صور المسألة فان الميزان فى الكل ان عقد المضاربة كأنها عقود بالنسبة الى المال وبالنسبة الى الازمنة فكلما حصل عجز عن بعض مالا او زماناً بقى العقد بالنسبة الى المقدور .

نعم، يأتي بالنسبة الى المالك شبه خيار تبعض الصفقة وذلك لان بناء العقلاء على انحلال العقد الى عقود وقد قرره الشارع حيث انه لم يمنع عنه ودليل الخيار ماذكروه فى تبعض الصفقة.

(مسألة ـ ١ ـ) لو كان له مال موجود فى يد غيره امانة اوغيرها فضاربه عليها صح) ولافرق بين ان يكون المال فى يده امانة مالكية بعارية أو وديعة اواجارة او غيرها لاطلاق الادلة بل يظهر عن التذكرة فيما لو كان المال وديعة اوعارية اجماع المسلمين عليه .

وقال فى المستمسك بعدم الفرق عرفاً بين كون المال المضارب عليه فى يد المالك وفى يدغيره اميناً كان اومستعيراً او غيرهما ـ انتهى .

ومنه يعلم انه لافرق بين كون المال فى يد ام لا ؟كما اذا كان فى مكان لايد عليه بل اوكان لايقدر المالك عليه واليد لافرق فيها بين يد المالك او العامل او

وان كان فى يده غصباً أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان فالاقوى انه يرتفع الضمان بذلك لانقلاب اليد فينقلب الحكم

غيرهما.

(وان كان في يده غصباً أوغيره ممايكون اليدفيه يدضمان) لانهاليست امانة مالكية ولاشرعية (فالاقوى انهيرتفع الضمانبذلك) فانه لااشكال فى صحة جعله مضاربة بل فى الحدائق الظاهران الحكم اتفاقى عندالاصحاب ـ انتهى .

ووجهه اطلاق الادلة حيث لامخصص لما اذا كان المال غصباً خلافاً للشرائع فانه قال: ولو كان له في يدغاصب مال فقارضه عليه صح ولم يبطل الضمان ـ انتهى .

وعلله فى الجواهر بالاصل السالم عن معارضة وقوع عقد القراض الذى لايلزمه عدم الضمان بل يجامعه فى كثير من المقامات، لظهور قوله عليه السلام، حتى يؤدى في بقاء الضمان الى حال التأدية التي ليس وقوع عقد القراض منها، وانما قوينا عدم الضمان (لانقلاب اليد) الضمانية الى الامانية (فينقلب الحكم) فكما انه اذا قال للغاصب المال امانة عندك من الان اوقال اجرتك الدار المغصوبة ـ مثلا ـ انقطع الضمان فكذا في المقام .

والاستصحاب الذى استدل به لقول الشرائع، لامجال له بعد تبدل الموضوع فحال الاستصحاب حال عكس المسألة ، كما اذا كانت امانة فى يده فلما طلبها المالك لم يدفعها اليه فانها تكون غصباً ويكون عليه تلفها ولذا اختار الجواهر بنفسه عدم الضمان بعد جعله مضاربة فى يد الغاصب .

ومنه يعلم ان ماعن العلامة في التذكرة، وذكره المسالك من ان مجرد العقد لايقتضى ذلك، وانمايحصل الاذن بأمر آخر ولو حصل زال الضمان محل اشكال اذانشاء المضاربة ظاهر فى الاذن كما ظهر الاشكال فى قول المستمسك حيث قال:

ودعوى أن الضمان مغياً بالتأدية ولم تحصل كما ترى ولكن ذكر جماعة بقاء الضمان الا اذا اشترى به شيئاً ودفعه الى البائع فانه يرتفع الضمان به

ان الانقلاب لايجدى فى نفى الضمان الا ان يثبت امر ان الاذن فى القبض وان المأذون لايضمن اذ قد عرفت الظهور العرفي في الاذن والمأذون يكون امانة مالكية والامين غير ضامن نصاً واجماعاً.

(و) اما الاستدلال بالرواية المتقدمة المذكورة فى المستدرك في كتابى الوديعة والغصب، وفي غيره بـ (دعوى ان الضمان مغياً بالتأدية ولم تحصل) وحيث أن حتى انتهاء الغاية فيبقى الضمان الى الاداء، وهو غير حاصل فرضاً (كما ترى) اذ المفهوم من الاداء عرفاً امضاء المالك لا الاداء الخارجى، ولذا اذا قال له اده الى زيد كان اداءاً، واذا قال له هو لك كان اداءاً، واذا قال وديعة او عارية او فى اجارتك او رهنك وما اشبه كان اداءاً .

فالمراد بالاداء الخروج عن الغصب الى سلطان المغصوب منه أو وليه كما اذا اخذه وكيله او الحاكم الشرعى الذى هو ولى مثل المغضوب منه او الولى للطفل مثلا .

(ولكن) مع ذلك (ذكر جماعة) كما عرفت عن الشرائع وغيره بل فى الحدائق انه المشهور وان لم نحقق ذلك (بقاء الضمان) بعد جعله مال المضاربة (الا اذا اشترى به شيئاً) وان لم يدفعه الى البائع فقوله: (ودفعه الى البائع) لابد وان يراد به ما اذا لم يأذن البائع فى بقائه عنده لكنه غصب عن البائع حينئذ لا عن المالك (فانه يرتفع الضمان به) وجعله المسالك اجماعياً لكن فى الجواهر واما القول بعدم زوال الضمان معها ايضاً ففيه مضافاً الى ما سمعته انه اداء اليه ضرورة دخوله بذلك

لانه قدقضى دينه باذنه وذكروا نحوذلك فى الرهن ايضا ، وان العين اذاكانت فى يدالغاصب فجعلها رهنابه عنده انها تبقى على الضمان والاقوى ماذكرناه فى المقامين لما ذكرنا .

تحت سلطانه الذى هومعنى اليد (لانه قدقضى دينه باذنه) فلامجال للاستصحاب ولالقاعدة اليد .

(وذكروا) اى جماعة منهم (نحوذلك) وعدم سقوط ضمان الغاصب اذاجعله المالك رهناً عنده (فى الرهن ايضاً، و) قالوا (ان العين اذاكانت فى يد الغاصب فجعلها رهناً بهعنده انهاتبقى على الضمان) الان الجواهر وغيره قالوا بأن جعلها رهناً يخرج الغاصب عن الضمان .

(و) قول الجواهر هو (الاقوى) فان (ماذكرناه في المقامين) وكذلك سائر المقامات المشابهة كما اذاجعلها عارية، اووديعة، اواجارة اومزارعة، اومساقاتاً عنده هو مقتضى القاعدة (لما ذكرنا) من انه دخل بذلك تحت سلطان المالك فلايكون غصباً فلامجال للاستصحاب ولالقاعدة اليد ويكون الحال كذلك اذا مات وورثه من رضى ببقائه في يده .

وكذا اذاجعله الغاصب تقاصاً فيمايصح فيه التقاص، نعم اذا جعله المالك مضاربة لكنه لم يأذن ببقائه فى يده لم يخرج عن كونه غصباً .

اذقد عرفت ان مجرد المضاربة لاتكفى فى الاذن، ومثل ماتقدم فى الخروج عن الضمان لو غصب صغيرة بملابسها فزوجها اياه الولى فانه يخرج عن كونه غاصباً ولايكون بعد ذلك ضامناً ثم ان فى مفروض المتن لو تبين بطلان المضاربة، فان كان رضى المالك على نحو التقييد بالمضاربة لم يخرج عن كونه غاصباً .

اما اذاكان راضياً والمضاربة كانت على نحو الداعي خرج عن الضمان ايضاً

مسألة ـ ٢ ـ المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها

وللمسألة فروع تظهر مما ذكرناه والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ٢ ـ المضاربة جائزة) كتاباً لانه نوع من التجارة عن تراض وعقد فيشملها دليلهما سنته للروايات المتواترة المذكورة في كتب الحديث والفقه واجماعاً، بلا خلاف نقل عن احد وعقلا حيث لا مانع منها وتوهم بعض المتجددين انه نوع من الاستثمار لان انساناً يعمل ويأخذ بعض ربحه انسان آخر غير تام لان المال عمل مجسم ايضاً فمن كلا الطرفين عمل والربح بينهما على نحو لا اجحاف فيه .

وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في كتاب [الفقه ـ الاقتصاد] فلا داعي الى تكراره في المقام.

ثم ان المشهور انها جائزة (من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها) بان يسترجع المالك ماله ويكف العامل عن العمل وحيث ان ذلك قد يوجب تضرر احدهما كان لهما ان يجعلا المضاربة شرطاً في عقد لازم ، والشرط في العقد اللازم يوجب الوضع ، ثم اذا فسخ احدهما كان اللازم ان يكون له بقدر حقه المقرر الى ذلك الحين لان كلا ملك فلا وجه لاحتمال الفسخ عن اصله و يكون للعامل اجرة المثل اواقل الامرين الى ذلك الحين .

وكيف كان ، فقد ادعي المسالك عدم الخلاف في ان المضاربة جائزة وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه قال: وهو الحجة في الخروج عن قاعدة اللزوم وقال في مفتاح الكرامة عند قول القواعد (القراض عقد جائز من الطرفين) اجماعاً كما في مجمع البرهان وبلا خلاف كما فيه ايضاً وفي الكفاية والرياض وفي

سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده قبل حصول الربح، أو بعده نض المال أو كان به عروض مطلقا كانت أو مع اشتراط الاجل وان كان قبل انقضائه نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ الى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله بل هو الاقوى، لوجوب الوفاء بالشرط

الغنية الاجماع على جوازه وان لكل منهما فسخه متى شاء وبذلك صرح في السرائر والتذكرة والمبسوط والشرائع والنافع والتحرير والارشاد وشروحه والروضة والوسيلة وغيرها .

أقول: لولا هذه الاجماعات ونحوها لكان القول بذلك مشكلا على خلاف الادلة الاولية ولم يظهر لهم تعليل أو رواية توجب احتمال الاستناد حتى يسقط الاجماع عن الحجية .

نعم نقل مفتاح الكرامة عن جامع الشرائع قوله انها عقد لازم من الطرفين ثم احتمل كونه غلطاً من قلم الناسخ ، ولذا لم اجد من المعاصرين احداً قال بلزومها فلا بد من القول بجوازها (سواء كان قبل الشروع في العمل او بعده قبل حصول الربح، اوبعده نض المال) بان صار نقداً (اوكان به عروض ، مطلقاً كانت) المضاربة (اومع اشتراط الاجل، وان كان) الفسخ في صورة شرط الاجل (قبل انقضائه) لان الشرط في العقد الجائز لايكون لازماً والعمدة اطلاق الاجماع.

وقد صرح بذلك غير واحد من الفقهاء (نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ الى زمان كذا يمكن ان يقال بعدم جواز فسخها قبله) والمراد بعدم الجواز عدم النفوذ لا الحكم التكليفي لانه المستفاد من دليل الشرط ، وانما لايجوز الفسخ لقاعدة كون المؤمنين عند شروطهم (بل هو الاقوى، لوجوب الوفاء بالشرط) غير المخالف للكتاب والسنة ولمقتضي العقد .

اقول: الفرق بين الشرط في ضمن العقد اللازم، وفي ضمن العقد الجائز انه لولم يف بالشرط في الاول كان للشارط اجبار المشروط عليه وكان ترك الشروط عليه للشرط فعلا حراماً لانه تارك للواجب اما في الثاني فمقتضى القاعدة انه ليس للشارط الاجبار فهو مثل ما اذا لم يف بالعقد الجائز حيث لا يحق لطرفه اجباره كما لم يفعل تارك الشرط حراماً ، وذلك للتلازم بين عدم وجوب الاصل وعدم وجوب الفرع فالركوع فى الصلاة المستحبة ليس واجباً لانه اذا لم يركع بطلت الصلاة لانه فعل حراماً اويلزم عمل الركوع.

وكذلك ليس الاكل فى الصوم المستحب حراماً فانه اذا اكل بطل صومه فلا يلزم على الصائم ترك الاكل ولايكون اكله حراماً وكأنه الى هذا اشار المسالك حيث قال والقراض من العقود الجائزة لايلزم الوفاء به فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده لان الشرط كالجزء من العقد فلا يزيد عليه .

وقال في الجواهر يحتمل عدم وجوب الوفاء بالشرط وان لم يفسخ العقد للاصل السالم عن معارضة آية «اوفوا بالعقود » ثم ذكر ان ذلك مراد الشيخ و الفاضل في كلامهما وهو لايخلو من قوة ـ انتهى .

وكأنه اشار بذلك الى قول الشيخ وفي مسألة ان يدفع اليه الفا قراضاً ليدفع اليه الفا بضاعة: ولو قلنا ان القراض والشرط جائز لايلزم الوفاء به لان البضاعة لايلزم القيام بها كان قوياً .

وكذا قول العلامة بأنه لايلزم الوفاء به لان العقد جائز من الطرفين وقال فى الرياض ان الاجل المشترط فيها حيث كان غير لازم بل جائز يجوز لكل منهما الرجوع لجواز اصله بلا خلاف كما مضى فيكون الشرط المثبت فيه جائزاً بطريق اولى الى غير ذلك من عبارتهم الظاهرة فى ان الشرط غير لازم الوفاء به .

نعم، ربما يستدل بلزوم الوفاء بالشرط اذا لم يفسخ بدليلين .

الاول: قوله المؤمنون عند شروطهم. الثاني : بعض الروايات الظاهرة في ذلك مثل ماروا احمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن ابيه قال: قال ابوعبد الله عليه السلام: كان للعباس مال مضاربة فكان يشترط ان لايركبوا بحراً ولا ينزلوا وادياً فان فعلتم فانتم ضامنون فأبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأجاز شرطه عليهم، لكن كلاهما غير تام اذ الاول مثله مثل لاصلاة الا بفاتحة الكتاب لايشمل الا الواجب ولو بالانصراف .

ووجه الانصراف ما ذكرناه من التلازم العرفي بين جواز العقد وجواز الشرط فكما ان اوفوا بالعقود لايشمل العقد الجائز كذلك المؤمنون عند شروطهم لايشمل الشرط في ضمن العقد الجائز .

وبهذا ظهر انما يستفاد من كلام الجواهر من ان الوفاء بالعقد الجائز واجب حال عدم فسخ العقد فيندرج في اوفوا بالعقود غير ظاهر الوجه اذ أي معنى لوجوب الوفاء والحال انه يبطله قولا وعملا فيأخذ الوديعة ويفعل كل ما وكل فيه ويتناول العارية ويأخذ عين مال القراض وعين الموهوب الى غير ذلك و الثاني لادلالة فيه على الوجوب.

وربما يؤيد عدم وجوب الوفاء بالشرط الروايات المتواترة الدالة على عدم العمل بالشرط المذكور في المضاربة حيث لم يقل الامام عليه السلام في تلك الروايات انه فعل حراماً او ان للمشارط الزامه فراجع الوسائل كتاب المضاربة بابها الاول .

وبماذكرنا يظهر ان ايرادات المستمسك على ماذكروا من الادلة لجواز الشرط لايخلو بعضها عن اشكال قال والتي يمكن ان يكون وجهاً لهذه القاعدة «قاعدة اقتضاء جواز العقد جواز الشرط» امور .

الاول: الاولوية المشار اليها فى عبـارتى الرياض والجواهر وفيهاانها لا تخلو من خفاء فلا تصلح للاثبات .

الثاني: ان دليل الجواز يدل على جواز العقد بتوابعه والشرط من توابعه وقد يظهر ذلك من عبارة المسالك، وفيه: انه غير ظاهر فان دليل الجواز هو الاجماع والمتيقن منه يختص بالعقد ولايشمل توابعه .

الثالث : انه لو لزم الالتزام بالشرط مع عدم الالتزام بالعقد لزم الالتزام به ولو مع فسخ العقد ولاقائل به، وفيه : ان دليل لزوم الشرط يختص بما كان فى العقد فاذا فسخ العقد ارتفع الشرط الذى هو موضوع اللزوم .

الرابع: ان جواز الشرط مقتضى الاصل كما اشار اليه الجواهر ،وفيه: ان وجوب الوفاء بالعقد أو الشرط لايراد منه الوجوب التكليفى بل الارشاد الى نفوذ العقود والشروط فالشك فى الحقيقة فى اللزوم والجواز يرجع الى الشك فى جواز الفسخ وعدمه والاصل عدم ترتب الاثر على الفسخ- انتهى.

اذيرد على الاول: ان الاولوية عرفية.

وعلى الثانى :ان الدلالة بالتلازم فاذا دل الاجماع على الاول دل على الثانى ولامجال للاخذ بالقدر المتيقن.

و على الثالث : انه لم اجد مـن ذكر هذا الدليل ، بل لا يمكن منهم ان يقولوه .

وعلى الرابع: اولا ان الوجوب تكليفى ووضعى وثانياً اذا لم يعلم اللزوم الوضعى كان الاصل عدمه و هو مقدم على اصل عدم ترتب الاثر على الفسخ وسيأتى من المصنف اشتهار ان الشروط فى العقود الجائزة غير لازمة الوفاء وقد سكت عليه غير واحد من المعلقين يبلغون اكثر من عشرة خلافاً لما عرفت من السيد الحكيم فقد انكر صحة نسبة ذلك الى الشهرة .

ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور

(ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور،) قد يشترط ان لا يملك الفسخ وقد يشترط ان لا يفسخ وقد يشترط ان بعد السنة يبيع ولا يشترى او بالعكس اولا يبيع ولا يشترى، قيل مقتضى القاعدة ان الشرط الاول ـ باطل لانه خلاف مقتضى العقد الذى يقتضى ملكه الفسخ .

وفيه: انه كيف يصح فى العقد اللازم ـ مثل البيع ـ ان يشترط ذلك الفسخ اى الخيار؟ فالاصح ان يقال ان مثل هذا الشرط غير لازم الوفاء لا لانه خلاف مقتضى العقد اذ الجواز واللزوم خارج عن مقتضى العقد سواء كان لازماً كالبيع او جائزاً كالمضاربة، ولو قيل بأن شرط اللزوم خلاف مقتضى العقد نوقض بشرط الخيار فى البيع بل لانه لا ملزم لهذا الشرط فى ضمن عقد المضاربة، لما تقدم من التلازم بين جواز العقد وبين عدم لزوم الشرط فى ضمنه، فشرط ان لا يملك الفسخ الذي معناه اللزوم لا ملزم له في ضمن عقد جائز .

نعم ، لو شرط ذلك فى ضمن عقد لازم كما اذا اجرى المضاربة ثم اجرى بيعاً شرط فى ضمنه ان لا يملك فسخ المضاربة ، كان مقتضى القاعدة لزوم المضاربة .

وبما تقدم فى شرط ان لا يملك الفسخ ظهر حال القسمين الاخرين من الشرط كان يشترط ان لا يفسخ ، وان يشترط ان بعد السنة يبيع ولا يشترى، والى آخره فالشرط بان لا يفسخ غير لازم، والشرط ان لا يبيع، وان كان غير ملزم الا ان العامل حيث لم يأذن له المالك فى التصرف بيعاً أو شراءاً لم يحق له ذلك اذ لا اذن ولا عقد ملزم للمالك حتى يخرج زمام الامر من يده فيكون للعامل حق البيع والشراء وان لم يرض المالك .

بل العقد ايضا لانه مناف لمقتضى العقد، وفيه منع، بل هو مناف لاطلاقه

قال في القواعد و لو شرط على العامل توقيت المضاربة لم يلزم الشرط والعقد صحيح.

و قال في مفتاح الكرامة : توقيت المضاربة يقع مع الاطلاق والتقييد ، فالاطلاق ان يقول : قارضتك على هذا المال سنة ، والتقييد ان يقول: قارضتك سنة، فاذا انقضت فلا تبع ولا تشتر، أو فبع ولا تشتر او بالعكس، ومعنى عدم لزوم الشرط عدم صحته، بمعنى عدم ترتب الاثر عليه، وهو لزومها الى الاجل فيكون لكل منهما الفسخ متى شاء، و كذلك في الارشاد ، ومثله ما في جامع المقاصد والروض ومجمع البرهان، ثم ذكر قريباً من ذلك من النافع واللمعة والرياض - انتهى .

(بل العقد ايضاً) هذا ليس بمشهور، وانما ذكره بعضهم ، اما كون الشرط باطلا (لانه مناف لمقتضى العقد) لان مقتضى العقد جواز الفسخ فاشتراط عدم جواز الفسخ مناف له.

واما كون العقد باطلا فلان العقد مقيد بالشرط وحيث بطل القيد بطل المقيد لان المقصود غير واقع والواقع غير مقصود، وكان جامع المقاصد أشار الى ذلك بقوله: القراض المعتبر في العقد لم يقع الا على وجه فاسد، اما ما جعله المستمسك اولى في التعليل بأن القصد الى المتنافيين متعذر فيكون العقد غير مقصود فلا يصح، فلم يظهر وجهه، اذ التنافي بين اللزوم والجواز ، وهما لا يسريان الى العقد ليفسداه، ولذا قالوا بان الشرط الفاسد ليس مفسداً.

(و فيه منع ، بل هو مناف لاطلاقه) اذ اطلاق العقد يقتضي الجواز ، كما ان اطلاق البيع ، يقتضي اللزوم ، فلا مانع من الشرط الذي هو خلاف

ودعوى أن الشرط فى العقود غير اللازمة غير لازم الوفاء ممنوعة ، نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط والافما دام العقد باقيا يجب الوفاء بالشرط فيه

الاطلاق.

أقول : مقتضى ما تقدم صحة العقد ، وبطلان الشرط باى قسم من الاقسام الثلاثة في الشرط، ولقد أجاد السيد الجمال في تعليقه حيث قال: الظاهر ان ما افتى به المشهور ببطلانه ، هو ما اذا اشترط ان لا يملك الفسخ الى زمان كذا ، دون ما اذا شرط ان لا يفسخ .

نعم مقتضى ما صرحوا به من عدم لزوم الشرط في ضمن العقود الجائزة هو تساوي وجود هذا الشرط لعدمه، وهو كذلك.

(و) كيف كان، فقد عرفت مما تقدم صحة (دعوى ان الشرط في العقود غير اللازمة غير لازم الوفاء) للتلازم العرفي بين الامرين ، الى غير ذلك من الادلة السابقة ، ومنع المستمسك من شهرة هذه الدعوى ، غير ظاهر الوجه ، ولذا قال الحدائق فى محكى كتاب الدين : المشهور ان القراض من العقود الجائزة التي يجوز الرجوع فيها من الطرفين، بل ادعى عليه الاجماع .

وعلى هذا ، فلو شرط التأجيل فيه لم يلزم ، وبذلك صرحوا ايضاً، وكذا كل شرط سائغ . فدعوى ان الشرط لازم مع ان العقد جائز :

(ممنوعة ،) لما عرفت (نعم) على مذاق من يرى لزوم الشرط وان جاز العقد (يجوز) للمشروط عليه (فسخ العقد فيسقط الشرط) اللازم ، لان الشرط كان لازم الوفاء عند وجود العقد ، فاذا سقط العقد سقط الشرط .

(والا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه) لقاعدة المؤمنون عند شروطهم

وهذا انما يتم فى غير الشرط الذى مفاده عدم الفسخ مثل المقام، فانه يوجب لزوم ذلك العقد

وغيرها مما يلزم الوفاءبالشرط ، سواء فى العقد اللازم اوالجائز- عندهم- .

(وهذا) الذى ذكرناه من انه يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط ، (انما يتم فى غير الشرط الذىمفاده عدم الفسخ مثل المقام ،) الذى اشترط فيه عدمالفسخ الى زمان كذا - كما ذكرناه فى اول المسألة - (فانه يوجب لزوم ذلك العقد) فلا يصح للمشروط عليه الفسخ حتى يفسخ فيسقط الشرط .

نعم ان اجازله الشارط ان يفسخ حق له الفسخ . لانه حق ، وليس بحكم كماذكروا فىباب الاقالة فى العقود اللازمةو«غير الشرط»-فى كلام المصنف- يراد به مثل شرط ان يبيع كذا ، أولايبيع ، وهكذا مما لايجعل عقدالمضاربة لازماً .

ثم انه ربما يستشكل على لزومعقدالمضاربة بشرط عدم الفسخ بانهمستلزم للدور ، اذلزوم العقد متوقف على لزوم الشرط ، ولزوم الشرط متوقف على لزوم العقد .

اما الاول : فلانه لولاالشرط اللازم لم يكن وجه للزوم العقد ، فان ذات العقدليست بلازمة ، وانما يسبب لزومه الشرط ، والشرط اذالم يكن لازماً لم يكن ملزماً ، فان فاقد الشيء لايعطيه، فان مالا يكون فى نفسه لازماً كيف يكون ملزماً لغيره .

واماالثانى: فلانه لولا العقداللازملم يجب الوفاء بالشرط ، لماتقدم من ان لزوم الشرط فرع لزوم العقد - على ما يظهر من المشهور - وحيث ان الدور باطل ، فلا يمكن ان يلزم العقد بالشرط ، وفيه : ان الدور معي ، فاذا شرط

هذا ولو شرط عدم فسخها فى ضمن عقد لازم آخر فلااشكال فى صحة الشرط

فى العقد ان يفسخ لزم كلاهما ، لكنك قدعرفت عدم لزوم العقد بالشرط بدليل آخر ، فلا يتوقف عدم لزومه على دليل الدور .

وبهذا ظهروجه الاشكال فى كلام المستمسك ، حيث قال : اذا كان وجود العقد شرطاً فى لزوم العمل بالشرط امتنع ان يكون لزوم العمل بالشرط مقتضياً لوجود العقد ومانعاً من فسخه .

وعليه فمارتب المستمسك على هذا الكلام بقوله : ومن ذلك يظهر بطلان شرط التأجيل فى جميع العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة وغيرها لان شرط التأجيل راجع الى شرط عدم الفسخ الى الاجل ، وقدعرفت بطلانه ـ انتهى غير ظاهر .

أقول : قد تقدم فى كلام العلامة ذكر التوقيت فى المضاربة ، وقد فسره مفتاح الكرامة بأن له صورتين ، ان يقول : قارضتك على هذا المال سنة، وان يقول : قارضتك سنة فان انقضت فلاتبع ولاتشتر مثلا ، وحيث ان الشرط غير لازم (على ما عرفت) حق لكل منهما الفسخ قبل السنة فى الصورتين .

نعم ان لم يفسخا فى الثانية ، لم يكن للعامل التعدي عن شرط المالك لانه ليس بمأذون في التصرف الذي نهاه عنه المالك ، ولـذا نفذ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم شرط العباس .

(هذا ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر) كالبيع ونحوه(فلا اشكال فى صحة الشرط) لشمول المؤمنون عند شروطهم له ،وذلك ليس بمناف للكتاب والسنة ، ولالمقتضى العقد.

ولزومه وهذا يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد اذ لو كان منافيا لزم عدم صحته فى ضمن عقد آخر أيضا ،

(ولزومه) لانه شرط فى عقد لازم ، والشرط فى العقد اللازم لازم ، ومعنى اللزوم التكليف والوضع ،ولذا قال غير واحد انه اذا شرطت عليه توكيله الى خمسين سنة فى طلاق نفسها اذا لم يوصل اليها النفقة او ماشبه ، لزم الشرط ،ولاحق له فى ابطال الوكالة التى اعطاها اياها ، ومحل تفصيل الكلام فى ذلك فى بحث الشرط ، على ما ذكره الشيخ فى المكاسب وغيره في غيره .

وبذلك يظهر ان قول من قال : بان هذا الشرط باطل ايضاً كالسيد البروجردى او نفى الاشكال غير ظاهر كالسيد الحكيم ، غير ظاهر الوجه ، و الظاهر انه لافرق بين شرط ان لايفسخ ، او لايملك الفسخ ، اذ كما كان شرط ان لايفسخ يوجب الوضع ، كان شرط ان لايملك الفسخ عبارة اخرى عن ذلك .

(وهذا) اى صحة الاشتراط فى ضمن عقد آخر (يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد) بل مناف لاطلاقه (اذ لو كان منافياً لزم عدم صحته فى ضمن عقد آخر ايضاً) كما ذكره الجواهر ،وايده غير واحد من المعلقين ، اذ كان المنافي للعقد ، لايمكن شرطه ، لافى ضمن نفس العقد، كان يشترط فى عقد النكاح ان لاتكون المرأة محرمة له ،ولافى ضمن عقد آخر كان يشترط فى عقد البيع ان لاتكون زوجته محرمة له ، فاذا صح الشرط فى ضمن عقد آخر دل على عدم منافاته ، لمقتضى العقد ، فيصح اشتراطه حتى فى نفس العقد اذا لم يكن محذور آخر ،وبذلك ظهر ان الشرط المنافى لمقتضى العقد ، او للكتاب والسنة باطل ، سواء كان فى ضمن العقد ، او فى عقد آخر

ولو شرط فى عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة اخرى سابقة صح ووجب الوفاء به الا أن يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب كما انه لو اشترط فى مضاربة، مضاربة اخرى فى مال آخر، أو أخذ بضاعة منه أوقرض أوخدمة اونحو ذلك وجب الوفاء به

وسواء كان كلا العقدين او احدهما لازماً اوجائزاً، فاذا شرط فى ضمن النكاح او المضاربة ان يشرب الخمر بطل الشرط لانه مناف للكتاب واذا شرط ان لاتكون الزوجة محرمة له بطل، سواء كان الشرط فى ضمن النكاح او المضاربة، وقد ذكروا ان الشرط الفاسد لايكون مفسداً .

(ولو شرط فى عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة اخرى سابقة) لم يلزم الشرط لما تقدم من ان الشرط فى ضمن العقد الجائز لايوجب اللزوم فقول :المصنف (صح ووجب الوفاء به) محل نظر ، ولذا اشكل عليه بعض المعلقين .

(الا ان يفسخ هذه المضاربة) التى فى ضمنها الشرط (فيسقط الوجوب) عن المضاربة الاولى (كما انه لو اشترط فى مضاربة مضاربة اخرى فى مال آخر او اخذ بضاعة منه ، او قرض او خدمة او نحو ذلك وجب الوفاء به) عند المصنف ، نعم الشرط صحيح لكن لايجب الوفاء به عندنا على ما تقدم وعدم وجوب الوفاء به ،هو اختيار جمع من الفقهاء.

قال فى مفتاح الكرامة : قال فى جامع الشرائع : لو اعطاه الفا قراضاً على ان يأخذ منه الفا بضاعة جاز ، ولم يلزم الوفاء به وهو تحرير المبسوط .

اقول : قال فى القواعد : ولو شرط على العامل المضاربة فى مال آخر، او يأخذ منه بضاعة او قرضاً اويخدمه فى شيء بعينه ،فالوجه صحة الشرط وهل

ما دامت المضـاربة باقية ، وان فسخها سقط الوجـوب ولابد ان يحمل ما اشتهر من ان الشروط فى ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى ، والا فلاوجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله ، كما اختاره صاحب الجواهر بدعوى انها تابعـة للعقد لزوماً وجوازاً ، بل مع جوازه هى اولى بالجواز

مراده ما ذكراه من الصحة بدون لزوم الوفاء ، كما حكى عن تحريره التصريح بعدم لزوم الوفاء به ، او مراده لزوم الوفاء ، كما يظهر من جامع المقاصد حيث قال جامع المقاصد فى شرح عبارة القواعد : وجه الصحة عموم قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » . وقوله عليه السلام : المسلمون عند شروطهم . وليس الشرط محرماً ولامنافيا لمقتضى العقد ؟ احتمالان ، لكنك قد عرفت ان مقتضى القاعدة عدم اللزوم .

نعم من يقول بوجوب الوفاء كالمصنف يشترط ذلك بـ (ما دامت المضاربة باقية ، وان فسخها سقط الوجوب) لان اللزوم جاء من قبل العقد ، فاذا سقط العقد سقط الوجوب .

(و) كيف كان ، فماذكره المصنف من انه (لابد ان يحمل ما اشتهر من ان الشروط فى ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى ، والافلاوجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله) قد عرفت سابقاً مافيه ، وان مقتضى القاعدة هو المشهور (كما اختاره صاحب الجواهر) وغيره (بدعوى انها تابعة للعقد لزوماً وجوازاً ، بل مع جوازه) اى العقد (هى اولى بالجواز) الاولوية ، لان تابع الشىء اضعف من الشىء .

وانها معه شبه الوعد والمراد من قوله تعالى: «اوفوا بالعقود» اللازمة منها، لظهور الامر فيها في الوجوب المطلق، والمراد من قوله (ع): «المؤمنون عند شروطهم» بيان صحة اصل الشرط، لا اللزوم والجواز

(وانها) اى الشروط (معه) اى مع العقد الجائز (شبه الوعد) اذ لا ملزم له.

(و) عليه فـ (المراد من قوله تعالى: «اوفوا بالعقود» العقود (اللازمة منها لظهور الامر فيها في الوجوب المطلق) فحيث لا لزوم لعقد كان خارجـاً عن اطلاق الاية بالدليل الخارجي، كالاجماع في باب المضاربة على ما تقدم (والمراد من قوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم).

أما (بيان صحة أصل الشرط، لا اللزوم والجواز) وانما يفهم اللزوم والجواز من الضميمة، أو انه ظاهر في الوجوب واللزوم وخرج منه الشرط في ضمن العقد الجائز، وكذلك الشرط الابتدائي ان قلنا بان الشرط يطلق على الابتدائي ايضاً، وعليه فلابد اما التصرف في كلمة (عند)، او كلمة (شروطهم).

اما ما ذكره المستمسك من ان الاية والرواية لا دلالـة فيهما على الحكم التكليفي والا لزم ترتب عقابين على البائع اذا امتنع عن تسليم المبيع الـى المشترى عقاب الغصب، والعدوان على مال الغير، وعقاب مخالفة وجوب الوفاء ولا يمكن الالتزام بذلك فيتعين ان يكون المقصود منها الارشاد الى صحة العقد والشرط والنذر، ومقتضى العموم الازماني عموم الصحة بحسب الازمان فيدل على اللزوم، وعدم ترتب اثر على الفسخ لو وقع، وقد خرج من ذلك نفس العقد الجائز وبقي الشرط الواقع في ضمنه على حاله، الى آخر كلامه.

فيرد عليه اولا: ان الوضع والتكليف وجهان لشيء واحد، لما ذكره الشيخ في الرسائل من ان التكليف ينتزع منه الوضع، فلا يكون هناك حكم وضعي

اذ لا يخفى ما فيه .

مسألة ـ٣ـ اذا دفع اليه مالا وقال: اشتر به بستاناً مثلا او قطيعاً من الغنم

فى قبال الحكم التكليفى، فالاية والرواية تدلان على الحكم التكليفى ، ووحدة الحكم توجب وحدة العقاب لدى المخالفة .

وثانياً: لوسلمنا تعدد الحكم التكليفي والوضعي لايلزم من كون الاية والرواية في صدد الحكم التكليفي تعدد العقاب ، فان العقاب على مخالفة الوضعي ، بالاضافة الى مخالفة التكليفي خلاف الضرورة والاجماع .

وثالثاً: اذا سلمنا خروج العقد الجائز عن اطلاق أوفوا، لزم ذلك خروج الشرط في ضمنه عن اللزوم لماتقدم من الادلة على ان ما في ضمن العقد الجائز ليس لازماً ، وقدعرفت ذهاب المشهور الى ذلك .

ورابعاً : ان معنى (اوفوا) و (عند) هو الدوام، لاان ذلك مقتضى العموم الا زماني ، فانه لوفسخ لم يكن (وفى) ولم يكن (عند) .

وبما تقدم ظهر ان قول المصنف : (اذلايخفى مافيه) محل نظر، كماظهر ان احتمال ان يكون (اوفوا) و (عند) استعمل في الاعم الشامل للواجب والمستحب مثل : (اغتسل للجمعة والجنابة) فالوفاء بالعقد اللازم لازم ، و بالشرط اللازم لازم .

أما الوفاء بالعقد الجائز والشرط في ضمنه فمستحب محل نظر ، اذانه وان كان ممكناً حسب تحمل اللفظ لوكانت قرينة ، الا انه خلاف الظاهر، اذظاهر (اوفوا) الوجوب ، وظاهر (عند) البقاء عنده ، وذلك ممايلازم الوجوب ايضاً أوهو عبارة اخرى عنه .

(مسألة ـ٣ـ) اذا دفع اليه مالا وقال : اشتر به بستاناً مثلا اوقطيعاً من الغنم،

فان كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربة وان كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك ففي صحته مضاربة وجهان

فان كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربة،) لاطلاق الادلة الشاملة لمثل ذلك ، ومنه يظهر صحة المضاربة في اشتراء الارض للمضاربة، ثم اللازم ان تكون نتيجة الامر الاسترباح ولو لم يكن في هذا الاشتراء ربح قطعاً ، بل خسارة اذا كان ذلك لازم المعاملة ، مثلا : اللازم في عالم التجارة دوران المال من جهة تشغيل العمال ونحوه ، وذلك يقتضى التعامل بما يتضرر في بعض الوقت ، فان مثل هذا التعامل لايضر بالمقصود من المعاملة الذي هو الاسترباح في آخر الامر فتعبيره بالاسترباح، لايراد به الا النتيجة ولو البعيدة .

(وان كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك) بين المالك والعامل (ففي صحته مضاربة وجهان) بل قولان :

الاول : الفساد ، قال في القواعد : ولو شرط ان يشترى اصلا يشتركان في نمائه كالشجر والغنم : فالاقرب الفساد ، لان مقتضى القراض التصرف فى رأس المال .

وقال فى مفتاح الكرامة فى شرحه : كما هو خيرة المبسوط والسرائر و جامع الشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك.

الثانى : الصحة : كما اختاره مفتاح الكرامة و قال : انه مقتضى اطلاق اكثر عبارات القدماء، وبعض المتأخرين ، وجه البطلان ما أشار اليه المصنف

من ان الانتفاع بالنمـــاء ليس من التجارة فلايصح ومن أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة؟ والاقوى البطلان

بقوله : (من ان الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلايصح ،) لان القراض عمل تجارى ، ولذا قال فى جامع المقاصد: ان مقتضى القراض الاسترباح بالتجارة وليس موضوع النزاع «اى اشتراء البستان والغنم» كذلك فلايصح القراض عليه وهو الاصح ـ انتهى .

والظاهر ان الفرق بين دليل القواعد ، ودليله ان الاول اعم ، لان التصرف قد يكون استرباحاً وقد لايكون ،ففى مثل الغنم والشجر لاتصرف ولااسترباح ، فقول المستمسك على جامع المقاصد: لم يتضح الفرق بين التعليلين محل مناقشة، واضاف المستمسك قوله : العمدة عدم الدليل على صحة المضاربة فى المقام ومفهومها العرفى ياباه .

(ومن ان حصوله) اى الربح (يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة) بعد صدق المضاربة والتجارة عرفاً على ذلك ، فيشمله عنوانا التجارة، و المضاربة الواردان فى النص والفتوى .

ومنه يعلم ، عدم الاحتياج الى صدق التصرف الذى ذكره العلامة كما يعلم وجه النظر فى استدلالى جامع المقاصد والمستمسك ، كما انه لايبقى مجالا للاصل الذى تمسك به الجواهر دليلا على عدم ترتب الاثر.

أما قول الجواهر انه لم يعرف القول بالصحة لاحد من اصحابنا، فان اراد الصريح ، فقد عرفت فتوى مفتاح الكرامة بالصحة ، وان اراد اجمالا،فقد تقدم ان اطلاق غير واحد من القدماء والمتأخرين يشمله، ولذا قوى بعض المعاصرين الصحة(و)هو الاقوى ،خلافاً لتردد الشرائع، وقول المصنف : (الاقوى البطلان

مع ارادة عنوان المضاربة ، اذهى مايكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة ، لامثل هذه الفوائد نعم لابأس بضمها الى زيادة القيمة

مع ارادة عنوان المضاربة ، اذهى مايكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة) لامثل هذه الفوائد ، وفيه ماعرفت فى جواب القائل بالبطلان.

(نعم لابأس بضمها الى زيادة القيمة) كماعن المبسوط والسرائر والتذكرة والجامع ، وقال فى المسالك : واعلم ان المنع انما هو فى حصر الربح فى النماء المذكور، كما تقتضيه هذه المعاملة، والافلا يمنع كون النماء بينهما، ويحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه ، كما اذا اشترى شيئاً له غلة فظهرت غلته قبل ان يبيعه ، فانها تكون بينهما من جملة الربح ، الا ان الربح لم يحصراه فيها لامكان تحصيله من اصل المال ـ انتهى .

وحيث ان اطلاق ادلة المضاربة يشمل النماء ايضاً ، لافرق بين تعرض المتعاقدان للنماء وعدمه ، فانه داخل فى الربح على اى حال.

ومنه يعلم ، ان قول المستمسك : اذا حصل النماء من باب الاتفاق ، ولم يكن قد تعرض له المتعاقدان ، فالقاعدة تقتضى كونه للمالك ، لانه نماء ملكه ، ولاوجه لمشاركة العامل فيه محل اشكال ، اذبعد شمول اطلاق عقد المضاربة له لاوجه لاختصاص المالك به ، وعليه فلافرق بين اشتراط كون النماء لهما صريحاً اواطلاقاً .

نعم ،لو كان النماء خارجاً عن الاطلاق كان اللازم كونه للمالك، لانه نماء ملكه فتأمل، كما انه اذاشرط فى عقد المضاربة كون النماء كلا للعامل صح الشرط وان لم يلزم الوفاء به من جهة ان الشرط فى العقد الجائز ، غير لازم الوفاء به .

و ان لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحته للعمومات

مسألة ـ ٤ ـ اذا اشترط المالك على العامل ان يكون الخسارة عليهما كالربح او اشترط ضمانه لرأس المال ، ففي صحته وجهان اقواهما الاول لانه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد ، كما قد يتخيل

(و) كيف كان ، فـ (ان لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحته للعمومات) اى عموم اوفوا بالعقود ونحوه على ما تقدم، من ان العمومات تشمل كل عقد ، ولو لم يكن في زمن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم والائمة عليهم السلام ، اذ احتمال اختصاص العمومات بالمتعارف من جهة الانصراف ، قد تقدم الاشكال فيه، كما افتى بذلك المستمسك ، وسكت جملة من المعلقين على الماتن ، مما يظهر رضا هم به . نعم اشكل فيه آخرون ،بل جعله بعضهم با طلا .

(مسألة ـ ٤ـ)اذا اشترط المالك على العامل ان يكون الخسارة عليهما كالربح أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففي صحته وجهان ،) بل قولان (اقواهما الاول) اى الصحة ، لاطلاق ادلة الشروط ، وعدم منافات هذه الشروط ، الا لاطلاق المضاربة ، لا لمقتضاها ولا للكتاب والسنة .

(لانه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد ـ كما قد يتخيل ،) ذكره القواعد وهو القول الثاني قال : ولو اشترط ما ينافيه ، فالوجه بطلان العقد ، مثل ان يشترط ضمان المال أوسهماً من الخسران ، وعلله جامع المقاصد بانها منافية لمقتضى العقد شرعاً فيبطل العقد بها،لان التراضي المعتبر فيه لم يقع الى على

بل انما هو مناف لاطلاقه ، اذ مقتضاه كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل الامع التعدى اوالتفريط

وجه فاسد فيكون باطلا .

وقال في مفتاح الكرامة : البطلان فيها صريح التذكرة في آخر الباب والايضاح ، وقضية كلام الباقين .

(بل انما هو مناف لاطلاقه، اذ مقتضاه)اي مقتضى الاطلاق (كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل الامع التعدى أوالتفريط) والذا قال في الجواهر ان جميع هذه الامور من الاحكام ، أوما هو مقتضى اطلاق العقد ، لانها من منافيات مقتضاه التى تعود عليه بالنقص فتأمل جيداً ـ انتهى.

والفرق بين مقتضى الاطلاق والاحكام ان الاول ما يكون من حقيقة العقد عرفاً الذى قرره الشارع ، والثاني مارتب الشارع عليه من الحكم ممالا يرتبط بالعرف مثلا : الشارع اشترط الصيغة في النكاح ، بينما العرف لايرى ذلك ، حيث انهم يرون كفاية الرضا بالزوجية من الطرفين ، فان اللفظ ليس الا مظهراً، فاذا كان المظهر غيره كفى .

لايقال : ان كون الخسارة على العامل كلا أو بعضاً، خلاف الدليل الذى دل على ان الامين ليس عليه الااليمين .

لانه يقال : وان كان خلاف ذلك ، الا ان ذلك خلاف اطلاقه ، لاما اذا شرط ضمانه .

وبما تقدم ظهران ما في تعليقة السيد البروجردى ، وبعض آخر ، من ان اشتراط كون الخسارة على العامل ، كأنه اشتراط لامر غير معقول ، محل منع فأى غير معقولية لهذا الشرط ، ولنفرض ان المالك عنده مائه يريد ادخاره ليوم حاجته ويأتيه العامل للمضاربة ، وحيث انه لايتحمل الخسارة يشترط عليه

هذا الشرط ، فهل هذا غير معقول ولو عرفياً، بله كونه معقولا عقلياً ، فان العامل العاقل يقدم على مثل ذلك اذا كان يرى فيه احتمال الربح العقلائي كاقدام كل أصحاب الاموال على مثل ذلك ، ويؤيده صحة مثل هذا الشرط جملة من الروايات :

مثل المروى عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم في كتب الفريقين (الخراج بالضمان) حيث دل على ان الربح في قبال الخسارة ، فاذا كان العامل يربح عند ظهور الربح فهو يخسر عند الخسران .

لايقال: الحديث منصرف من هذه الصورة لان العامل يعطى عمله وخسارة المال ويكون حينئذ أسوء من دابة الكراب ، حيث انها تشبع في قبال عمله .

لانه يقال : بالاضافة الى ان الاستحسانات لامجال لها في الفقه ، والى ان النقض وارد على نفس القائل ،حيث انه يصح عدم شيء للعامل عند الخسارة فيكون أسوء ايضاً من دابة الكراب، حيث لم يشبع العامل في قبال عمله ، ان الخسارة تكون على المالك والعامل على حد سواء ، اذ المال عمل مجسم للمالك ، فاذا جعل الخسارة بينهما ، كان ، قد خسر كل من المالك والعامل: المالك عمله المجسم والعامل عمله اليدوى ، بالاضافة الى عمله المجسم الذى هو المال الذى يعطيه للمالك خسارة ، وحيث ان كل واحد يخسر عمله لافرق بين الزيادة والنقيصة فى العمل ، مثلا : عمل المالك يومين حتى حصل على دينارين وخسرهما العامل اياهما في يوم ، حيث يعطى ديناراً للمالك ـ حسب شرط تقسيم الخسارة بينهما نصفين ـ فان المالك خسر عمل يوم والعامل خسر عمل يومين يومه الذى ذهب فى الخسارة، ويومه الثانى الذى ربح فيه ديناراً واعطاه للمالك ، وقد تتساوى الخسارتان ، فقد عمل المالك يوماً حتى ربح دينارين وخسرهما العامل فى نصف يوم وربح فى النصف الثانى دينارين حيث

يعطى ديناراً منهاللمالك ، فيكون الحاصل ان كلامنها عمل يوماً ، وكانناتجه لـه ديناراً ، واذا فرض ان العامل حصل ثلاثة دنانير فـى نصف اليوم كانت خسارةالمالك أكثر، حيث ان المالك حصل ديناراً لعمل يوم ، والعامل حصل دينارين .

وفى حسن الكاهلي ، عن ابى الحسن موسى عليه السلام ، فى رجل دفـع الى رجل مالامضاربة ، فجعل له شيئاً من الربح مسمى فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه ؟ قال عليه السلام : على المضارب من الوضعية بقدر ما جعل له من الربح .

وهذه الرواية ناظرة الى المضاربات العرفية ، حيث يجعلون الخسـارة و الربح بالنسبة الى كليهما ، فلاوجه لجعل الحديث متروكا ، كما قال به بعضهم.

أما صحيح محمد بن قيس،عن ابي جعفر عليه السلام فى حديث : انعلياً عليه السلام قال : من ضمن تاجراً فليس له الا رأس ماله وليس له من الربح شيء وفي بعض طرقه : (من ضمن مضاربة) فلاينا فى مـاذكرناه لاحتمـاله ان يكون المراد اعطاءالمالكمالا للتاجر لتيجربه لنفسه ـ لا مضاربة ـ فليس للمالك ربح ، كما ليس عليه خسارة ، والنسخة الثانيةغير ثابتة ، فلا تكون دليلا على خلاف ما ذكرناه ، ولذا حمله فى محكى الوافى وغيره على ان يكون المال قرضاً ، ولايرد عليه ما فى المستمسك قائلا : وهو مع انه خلاف الظاهر منـه مخالف للقواعد ، اذ لم يعرف وجه كونهخلاف الظاهر منه ، ولا كونهمخالفاً للقواعد .

أما روايات كون الوضعيةعلى المالك فهى غير منافية ، لانها ذكرت مطلقة لا انها كذلك حتى فى حال الشرط ، فهى مثل سائر روايات أحكام المعاملات حيث يمكن رفع جملة منها بالشرط .

مسألة ـ٥ـ اذا اشترط المالك على العامل ان لايسافر مطلقا او الى البلد الفلانى او الا الى البلد الفلانى

ففى صحيح اسحاق بن عمار ، عن ابى الحسن عليه السلام قال : سألته عن مال المضاربة ؟ قال عليه السلام : الربح بينهما ، والوضيعة على المال .

وفى صحيح الحلبي ، عن ابي عبد الله عليه السلام قال : المال الذى يعمل به مضاربة له من الربح ، وليس عليه من الوضيعة شيء ، الا ان يخالف أمر صاحب المال . ومثلهما رواية الكناني وغيرها .

واحتمال ان يكون ذلك مقتضى العقد ، خلاف الظاهر ، حيث ان العقد عرفى ، والعرف يرى ان ذلك مقتضى اطلاق العقد .

وبذلك تبين ، ان الاشكال على الشرط المذكور بأنه خلاف مقتضى العقد أو خلاف الكتاب والسنة أو خلاف العقل ، وعليه فيفسد الشرط فقط ، أو يفسد العقد ايضاً ، كما ذهب الى كل بعض ، غير ظاهر الوجه .

(مسألة ـ ٥ ـ) اذا اشترط المالك على العامل أن لايسافر مطلقا) فى مدة المضاربة ، لالاجل الاعمال التجارية ، ولا لاجل نفسه فى زيارة أو غيرها السفر الشرعي ، أو حتى غير الشرعى ، والمتبع عند الشك الفهم العرفي ، حيث انهم يفهمون مطلق السفر ، لاالشرعي منه ، فاذا كان عاصياً فى سفره مما لاحكم شرعي له ، كان مشمولا لنهى المالك .

(أو الى البلد الفلاني ، أو الا الى البلد الفلانى) أو المستغرق لزمان كذا كالسفر عشرة أيام ، أوفى شهر شوال مثلا ، أو بالوسيلة الفلانية كالدابة ، أومع الرفقة الفلانية ، الي غير ذلك من مقيدات السفر ايجاباً أو سلباً .

اولا يشترى الجنس الفلانى او الاالجنس الفلانى اولا يبيع من زيد مثلا ، او الا من زيد او لايشترى من شخص او الا من شخص معين فلايجوز له المخالفة

(أولايشترى الجنس الفلانى ،أوالا الجنس الفلانى)أو بسائر القيود المربوطة بالجنس ايجاباً أو سلباً(أولا يبيع من زيدمثلا ، أوالامن زيد) أوكان نهيه وأمره مقيداً بقيد مثل الايبيع من زيدفى الصيف ،أولا يبيع له ، الا فى الصيف ، حيث يرى المالك اختلال تصرف زيد فى أحد الوقتين ، الى غير ذلك من الامثلة .

(أو لايشتري من شخص ، أو الا من شخص معين) أوالنوع بدل الشخص ايجاباً أو سلباً ، أمراً ونهياً ، مطلقاً أو مع قيود ، زمانية أو مكانية ، أو غيرهما (أو نحو ذلك من الشروط) مما يجمعها الشروط الزمانية والمكانية والمعاملية ـ كالنقدوالنسية ـ والوسائلية مثل السفر ووسيلته ،والطرفية ـ اى طرف المعاملة ـ أوشىء خارج عن المعاملة ، مثل ان يتزوج ، حيث يرى المالك ان عدم ازدواج العامل يسبب تهمته ، مما لايناسب المالك ان يكون عامله كذلك ،الى غير ذلك .

(فلا يجوز له المخالفة) كما ذكر بعض الشروط المذكورة ، وقال بصحتها المبسوط والشرائع والتذكرة والقواعد والمسالك وجامع المقاصد والمفاتيح والغنية والسرائر وغيرهم ، وادعى بعضهم عدم الخلاف ، أو الاجماع على الصحة ، ونص بعضهم بالصحة ، وان ضاقت بذلك التجارة .

اما أصل جواز الشرط ، فيدل عليه اطلاق : المؤمنون عند شروطهم ، والروايات الخاصة فى المقام مما تقدم بعضها ويأتي بعضها الاخر .

واما انه لايجوز له المخالفة ، فالمراد به تارة عدم الجواز تكليفاً وذلك اذا تصرف في المال تصرفاً ممنوعاً منه مثلا :قال له لاتذهب بالمال الى بلد آخر

والا ضمن المال لو تلف بعضاً او كلا

او لاتعطه الى زيد او ما اشبه ذلك ، فانه تصرف غير مأذون فيه ، وذلك حرام كتاباً وسنة واجماعاً وعقلا ، وتارة عدم الجواز وضعاً الى عدم النفوذ كما اذا قال له لاتبع من زيد فباع منه ، فانه لايجوز البيع ، اى لاينفذ اذا باع ،وانما يكون فضولياً ان اجازه المالك جاز والابطل .

ومنه يعلم ان قوله : (والا ضمن المال لو تلف) لابد وان يراد بـه ما اذا تصرف فى المال تصرفاً عملياً ، خلاف اذن المالك ، اذ التصرف غير العملى كالبيع ممن منعه عن بيعه بدون التسليم له ،لايوجب تلفه الضمان ، لانه لم يعمل عملا في المال ، ومجرد العقد لايوجب الضمان تلف اولا ـ اذا لم يكن التلف بتعد اوتفريط ـ .

(بعضاً او كلا) لاطلاق دليل اليد وغيره ، نعم قـد يقال : بانه اذا تصرف تصرفاً عملياً في المال ، انما يكون ضمان اذا كان التصرف سبباً لذلك ، لما اذا كان التلف على اى حال ، مثلا : قال المالك : لاتدع الماشية ليلا فى المراح خوفاً من السارق ، والعامل لم يسمع وجعلها فى المراح وجاء السارق وسرقها ولم يكن فرق فى كونها تسرق بين كونها فى المراح او غيره ، فان دليل اليد واطلاق دليل الضمان في المورد منصرف عن مثل ذلك .

ثم لو شرط عليه شرطاً وعلم انه لو اتيع الشرط عطب ، كان عليه عدم اتباع الشرط ، فلو اتبعه كان ضامناً ، كما اذا قال له : اجعلها في المراح ، وعلم بأن السارق يسرقها من المراح دون الاصطبل مثلا ،فانه لايحق له جعلها فى المراح لان الشرط منصرف عن هذه الصورة ،اللهم الا اذا صرح بانه يجعلها فى المراح وان علم انها تسرق ، اذ لاحرمة ولاضمان حينئذ ، اللهم الا اذا كان حرمة كونه

وضمن الخسارة مع فرضها ، ومقتضى القاعدة

تعاوناً على الاثم ، حيث ان السرقة حرام ، أو كان اتباع شرط المالك حراماً شرعاً ، كما اذا علم ان وضعها في المراح يوجب لدغ الحية لها فتهلك فانه اتلاف للمال ، وهو غير جائز شرعاً .

ثم انه لا خلاف في الضمان اذا تلف المال ، ويدل عليه جملة من النصوص مثل صحيح محمد بن مسلم ، عن احدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل يعطي المال مضاربة وينهي ان يخرج به فخرج قال عليه السلام :يضمن المال والربح بينهما .

وصحيح الحلبي ، عن ابي عبدالله عليه السلام انه قال : في الرجل يعطى المال فيقول له : ائت ارض كذا وكذا ولاتجاوزها ، واشتر منها ؟ قال : فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن ، وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه ،وان كان الربح فهو بينهما .

وفي روايته الاخرى ، عن ابي عبد الله عليه السلام ، في الرجل يعطي الرجل مالامضاربة فيخالف ما شرط عليه ؟ قال عليه السلام : هوضامن والربح بينهما الى غير ذلك من الروايات .

(وضمن الخسارة مع فرضها) بأن لم يتلف المال وانما خسر (و مقتضى القاعدة)ان ما يذكر في المضاربة على ثلاثة أقسام :

الاول : ما يكون مصب العقد ، مثل عقد المضاربة لاشتراء الغنم فاشترى بقراً .

الثاني : ما يكون خارجاً عن مصب العقد ، لكن على نحو القيد فيكون المصب مقيداً حتى اذا انتفى القيد انتفى المصب .

وان كان كون تمام الربح للمالك على فرض ارادة القيدية اذا أجاز المعاملة وثبوث خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام في الالتزام

الثالث :مايكون شرطاً ،اى على نحو الالتزام في الالتزام حتى اذالم يعمل العامل بالشرط ، كان العقد باقياً،وانما للمالك خيار تخلف الشرط ، ثم الداعى في الثاني ، والثالث قد يكون خوف الخسارة فيقيد ، أو يشترط المعاملة بأن لايكون مواد الانشاء لخوف الخسارة ، وقد يكون غير خوف الخسارة ، بل بداع آخر ، مثل انه لايريد التعامل مع زيد ، وان كان ربح .

ففي القسم الاول :اذا خالف كانت معاملة فضولية لانها خارجة عن مصب المعاملة .

وفي القسم الثانى : اذا خالف كانت المعاملة فضولية ايضاً ، لان المقيد يذهب بذهاب قيده من غير فرق بين انيكون الداعى خوف الخسارة أوغيره اذ الداعي لامدخلية له في المعاملة،فلا فرق في فضولية المعاملة بين عدم الربح والربح .

وفي القسم الثالث : تكون المعاملة صحيحة ، وانما للمالك خيار تخلف الشرط ،من غيرفرق بين الداعيين .

والى ما ذكرناه أشار المصنف بقوله : ومقتضى القاعدة (وان كان كون تمام الربح للمالك على فرض ارادة القيدية) سواء كان المقيد مضباً ، كما في القسم الاول ، أو قيداً كما في القسم الثاني .

(اذا أجاز المعاملة ،) لانها فضولية (وثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام في الالتزام ،) وكون الربح في القسمين

وكون تمام الربح له على تقدير الفسخ الا ان الاقوى اشتراكهما في الربح

الاولين، قديكون لكلا العامل والمالك اذا كان من قبيل زيادة قيمة الثوب بالصبغ مما يوجب الشركة ، وان كان فاعل ذلك غاصباً ، وقديكون للمالك فقط اذا لم يكن من قبيل الشركة القهرية .

(وكون تمام الربح له) اي للمالك (على تقدير الفسخ) في القسم الثالث اذا لم يكن من قبيل الشركة القهرية ، والا لهما اذا كان من قبيل الشركة القهرية او اذا لم يأخذ المالك بخيار الشرط فبقيت المضاربة على حالها .

(الا ان الاقوى اشتراكهما في الربح) على ما قرراه في المضاربة في كل الاقسام الثلاثة ، وقد نسب اطلاق الاشتراك في الربح الى الاصحاب ، وعلى ما ذكرناه فالكلام في أمرين :

الاول : في كون مقتضى القاعدة ما ذكره المصنف وأيدناه .

الثاني : في ان كلام الاصحاب تبعاً للروايات، هل يشمل كل الاقسام الثلاثة أم لا ؟

أما الاول : فقد عرفت ان مقتضى القاعدة هو كلام المصنف ، مع بعض الملاحظات التي ذكرناها على كلامه .

ومنه يعلم وجه النظر في كلام المستمسك حيث ذكر قسماً رابعاً بقوله : ان يأمر المالك به، أو ينهى عنه من دون ملاحظة كونه شرطاً له على العامل ،ولا قيداً للعمل : بل لوحظ لنفسه لما فيه من الفائدة ، مثل ان يقول : احمل النقد في هميان، أو اتخذ حارساً يحفظ مال التجارة اذ فيه ان ذلك ان كان أمراً خارجاً عن المعاملة لم يرتبط بالمضاربة فلا وجه لعده في سياق الاقسام الثلاثة ، وان كان

أمراً داخلا كان مصباً أوقيداً أو شرطاً ، ولايتصورقسم رابع .

ثم انه قسم المقوم والخارج الى قسمين بقوله :

الاول ما يؤخذ قيداً في مقام الواقع، كما اذا قال : لاتتجربالاكفان، ولو خالف كان غير مأذون فيهفصحتها على خلاف قاعدة السلطنة ، لاتصح الاباجازة المالك .

والثاني ما أخذ قيداً في مقام الظاهر خوفاً من الخسران كما اذا قال:لاتشتر التمرفانه خطرفاشترى تمراً وربح ، فالمعاملة وان كانت غير مأذون فيها ظاهراً مأذون فيها واقعاً ، ولامنافات بين الامرين ، لعدم التنافى بين الحكم الظاهرى والواقعي، فالمعاملة صحيحة ولا تحتاج الى الاجازة .

وفيه : ان الاختلاف قديكون بالداعي ، وقديكون بتوجه المعاملة وعدمه فانكان الاختلاف ، بالداعى كان عدم اتجاره بالاكفان وبالتمر على نسق واحد في المنع ولايهم اختلاف الداعى فى كون المعاملة فضولية ، وانكان الاختلاف بتوجه المعاملة وعدمه ، فلاربط للظاهر والواقع ، وكلاهما واقع حينئذ، الى غيرهما من مواقع النظرفي كلامه (ره) .

واما الثاني: فالظاهر اطلاق النص والفتوى فان الاقسام الثلاثة متعارف في المعاملات ، ومع ذلك لم تنبه الروايات على الفرق بينها، واختلاف تعبير الروايات انما يستفاد منها الاختلاف في التعبير العرفي، لا الدقة، فقد تقدم في رواية محمد بن مسلم: وينهى ان يخرج به فخرج ؟ قال عليه السلام: يضمن المال والربح بينهما .

وفي رواية الحلبي المتقدمة وائت ارض كذاوكذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال: فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وان ربح فهو بينهما .

لجملة من الاخبار الدالة على ذلك

وفي رواية الحلبي فيخالف ماشرط عليه ، قال عليه السلام : هو ضامن و الربح بينهما .

وفي رواية الكناني، قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المضاربة يعطي الرجل المال يخرج به الى الارض، وينهي ان يخرج به الى ارض غيرها ، فعصى فخرج به الى ارض اخرى فعطب المال؟ فقال: هو ضامن فان سلم فربح فالربح بينهما .

وفي رواية الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام، انه قال : في المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح، وليس عليه من الوضعية شيء، الاان يخالف امر صاحب المال فان العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ويشترط عليهم ان لاينزلوا بطن واد، ولا يشتروا ذا كبد رطبة ، فان خالفت شيئاً مما امرتك فانت ضامن للمال.

وعن جميل، عن ابي عبد الله عليه السلام، في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة ، فذهب فاشترى غير الذي امره؟ قال: هو ضامن والربح بينهما على ماشرط .

وعن ابي بصير عن أبى عبدالله عليه السلام ، في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة وينهاه ان يخرج الى ارض اخرى فعصاه ؟ فقال : هو له ضامن والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه . الى غيرها من الروايات .

وبناءاً على هذه الروايات، فهما مشتركان في الربح على ماقررا (لجملة من الاخبار) المتقدمة (الدالة على ذلك ،) اماما ذكره السيدان البروجردى والجمال والعبارة للاول: لايبعد ورودها على طبق القاعدة فان غرض المالك من المضاربة

ولاداعي الى حملها على بعض المحامل

هو استنماء المال وانما يمنع عن العمل على وجه خاص لجهله بالواقع وكونه عنده معرضاً للخسران مثلا ، فاذا خالفه العامل وربح فيه كان عمله على وفق ما ضاربه لاجله، فاستحق نصيبه منه، وان كان خرج بها عن الامانة.

فيرد عليه أولا: ان اصل الربح يختلف عن كميتـه فيمكن ان يكون الربح اذا عمل بنظر المالك اضعاف الربح الذي ربحه مع مخالفة المالك.

وثانياً: هل يقول السيدان بمثل ذلك في سائـر المعاملات ، كما اذا اعطاه مالا ليرهن داراً وقصده ان يسكنها فاشتراها اوبالعكس، حيث ان المال لايفنى على كلا الحالين، ويمكن نضه عند الاشتراء ببيع الدار اذا لم يردها، الى غير ذلك من الامثلة، فانه لو كان الداعي مؤثراً لزم القول به في كل مكان وان لم يكن مؤثراً كانت هذه الروايات على خلاف القاعدة.

نعم يمكن ان يجعل هذه الروايات على وفق القاعدة باعتبار ان الربح وليد المال والعمل، فاللازم تقسيمه بينهما فيكون حاله حال ماذا صبغ الغاصب الثوب فارتفعت قيمته، حيث يكون الربح بينهما ، وان كان التلوين على خلاف رضاية المالك، ومثله يقال اذا كان لزيد ارض ومواد بناء، فبناهما البناء بدون رضى زيد حيث ان ارتفاع الدار يكون بينهما، وكذا اذا سمن الغاصب غنم المالك برعيها في الاعشاب تكون زيادة القيمة لهما الى غير ذلك من الامثلة خصوصاً اذا لم يكن الامر على وجه الغصب، والمخالفة العمدية بل من جهة النسيان والاضطرار وما اشبه، حيث يشمله لايتوى حق امرء مسلم ونحوه (ولاداعي الى حملها على بعض المحامل) كما في الجواهر قال : ويمكن تنزيل هذه النصوص على ارادة بقاء الاذن في المضاربة، وارادة الضمان من الاشتراط كما يؤمى اليه مافي ذيل صحيح الحلبي

ولاالى الاقتصارعلى مواردهالاستفادةالعموم من بعضهاالاخر.

السابق، وخصوصاً ذكره عليه السلام له بعنوان التعليل للحكم، بل لعل ذلك هوالمعروف فيما بينهم سابقاً من الشرط، كماعساه يومى اليه خبر رفاعة، عن ابي عبدالله عليه السلام في مضارب يقول لصاحبه ان انت اذهبته اوأكلته فانت له ضامن، قال هو له ضامن اذا خالف شرطه ـ انتهى.

وذلك لان بعض الروايات مطلقة، والقريتان لاتصلحان لتقييد المطلقات ولذا ذهب المشهور من المعاصرين الى ماذهب اليه المصنف ، ولم يرتضوا بحمل الجواهر ولو جعلنا الروايات على القاعدة بناءاً على ماذكرناه كان الحمل خلاف القاعدة ايضاً.

(ولا الى الاقتـصار على مواردها) قال في الجواهر ومن هنا جعل بعض الناس على مافي النصوص ولعل اقتصار المصنف على هاتين الصورتين لذلك ومراده قول الشرائع، ولوأمره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها، أو أمره بابتياع شيء معين فابتاع غيره ضمن، ولوربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط ـ انتهى.

ثم قال الجواهر لكن لايخفى عليك ما فيه بعد ماسمعته من النصوص الدالة على الاعم من ذلك ، وهو كل شرط قد خولف وهو الذى جزم به غير واحد الى آخر كلامه، لكن تخصيصه الامر بالشرط لاوجه له بعد ان عرفت ان الامر على ثلاثة اقسام .

(لاستفادة العموم من بعضها الاخر) وقول المستمسك لايظهر وجود العام الدال على الاشتراك فى الربح مع المخالفة ، وانما الموجود العام الدال على

مسألة ـ٦ـ لايجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره الا مع

الضمان مع المخالفة لاغير، محل اشكال كما لايخفى .

ثم لوخالف ثم رجع الى شرط المالك والمال لم يصب باذى فهل يكون ضامناً املا ؟ كما اذا شرط عليه السفر من بغداد الى كربلاء ، فسافر الى الحلة ثم رجع الى بغداد، فسافر الى كربلاء أوشرط عليه ان لايتاجر بالحنطة فتاجر بها ثم باعها من غير ربح ولاخسارة ، وفقد المال فاشترى به القطن مثلا؟ احتمالان .

وان كان مقتضى القاعدة التفصيل بين ارادته عدم ذلك اطلاقاً فيكون الضمان اوعدم ذلك عند التجارة بالمال بقصد المضاربة في الجملة فلا ضمان، فان العقود تتبع القصود .

ثم الظاهر ان مخالفة المالك توجب الضمان، سواء كان الشرط من شئون المال كالتجارة بالجنس الفلاني، أوخارجاً عنها كاشتراط ان يقرأ القرآن كل صباح ، وذلك لاطلاق ادلة الشرط ، وما ذكره المستمسك من الانصراف عن الخارج مع تسليمه بأن شمول الشرط لكلا القسمين هو مقتضى اطلاق بعض النصوص، والكلمات ، محل منع.

(مسألة ـ٦ـ لا) بأس بان يعمل العامل في المال مختلف التقلبات التي يلزمها التجارة فـ(يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر) وذلك لانه من انماء التجارة التى يعملها التجار سواء كان ذلك المال (لنفسه أو غيره،)أقل أو اكثر، أومساوياً لرأس المال (الامع) نهى المالك، ونهيه يكون على الاقسام الثلاثة مصباً أوقيداً أوشرطاً، كما تقدم.

اذن المالك عموماً ، كأن يقول : اعمل بـه حسب ما تراه مصلحة ان كان هناك مصلحة أوخصوصاً فلو خلط بدون الاذن ضمن التلف الا ان المضاربة باقية والربح بين المالين على النسبة.

وعليه فلا يحتاج الى (اذن المالك) بالخلط، خلافاً لمن جعل الاصل عدم الجواز الامع الاذن كالشرائع والمسالك وغيرهما ، وتبعهم المصنف وعلله اولهما بأنه تصرف غير مشروع، وثانيهما بانه امانة لايجوز خلطها كالوديعة، وظاهر المصنف تعليله بأنه لااذن، وقربه المستمسك بمادل على حرمة التصرف في مال احد الا بأذنه ، فان لم يكن اذن في التصرف عام أوخاص حرم، وفي الكل مالا يخفى، اذ المتعارف في التجارة الاطلاق الا ماخرج حاله حال سائر الخصوصيات ، حيث لايلزم الاذن فيها .

وكيف كان، فـ(اذن المالك عموماً ،كأن يقول : اعمل به حسب ما تراه مصلحة ان كان هناك) في الخلط (مصلحة) والا فليس هذا العموم يشمل الخلط (أوخصوصاً) كأن يقول : يجوز لك خلطه بغيره .

(فلو خلط بدون الاذن ضمن التلف) لعموم على اليد والروايات الخاصة المتقدمة (الا ان المضاربة باقية) كما نص عليه المسالك والجواهر وغيرهما، لما تقدم من الروايات الدالة على كون الربح بينهما، وان خالف الشرط .

(والربح بين المالين على النسبة) ومما تقدم يعلم انه يجوز جعل البنوك الاموال التي يأخذها بعنوان المضاربة فيتاجر بها ويعطي نسبة الربح المقررة في أخير السنة لكل مالك اعطاه المال، مثلا : أخذ من احدهم عشرة ، ومن الثاني عشرين، ومن الثالث ثلاثين، ومن الرابع أربعين، وجعل هو مائة ، فاذا ربح الجميع مائة ، كان نصيب كل واحد نصف قدر ماله ، والنصف الاخر

مسألة ـ ٧ ـ مع اطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه من حيث البائع والمشترى، ونوع الجنس المشترى لكن لايجوز له ان يسافر من دون اذن المالك

لصاحب البنك، لكن لايخفى انه يلزم ان لاتكون النسبة اجحافاً، لانه ممنوع شرعاً، كما، فصلناه في كتاب (الفقه ـ الاقتصاد) ولايهم بعد ذلك ان اشترى بكل المائتين الغنم، أو اشترى بالبعض ذلك وبالبعض الحنطة والكتب وغيرهما وقد كان ربح البعض يختلف عن ربح البعض الاخر، مثلا: ربح الغنم عشرون في المائة، والحنطة مائة في مائة وهكذا فان الاموال بعد الخلط صارت شركة لكل مالك فيه بالنسبة.

ومنه يعلم ان الحكم كذلك اذا ربح في صفقة ، وخسر في اخرى ، ولم يخسر ولم يربح في ثالثه .

(مسألة ـ ٧ ـ مع اطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه) بلا اشكال ولا خلاف لاطلاق الادلة بعد اطلاق الاذن (من حيث البائع والمشترى ونوع الجنس المشترى) والزمان والمكان والخصوصية (لكن) يجب ان يكون كل ذلك حسب الموازين العرفية الذي يشمله العقد ولو بالارتكاز .

فـ (لا) يحق له التصرف الخارج عن المتعارف، مما لايشمله العقد، ولذا الذى ذكرناه من الاطلاق (يجوز له ان يسافر من دون اذن المالك) لتعارف سفر التجار، اما ما ذكره القواعد وغيره من انه ليس للعامل ان يسافر الا بأذن المالك بل في جامع المقاصد هو مذهب علمائنا فلا يظهر له وجه معتد به الا انه تغرير بالمال، وانه غير مشمول للعقد، كما علله بهما جامع المقاصد، وكلاهما ليس كلياً والا فقد يكون البقاء في البلد كذلك لاضطرابات في البلد ليست في خارجه

الا اذا كان هناك متعارف ينصرف اليه الاطلاق و ان خالف فسافر فعلى ما مر في المسألة المتقدمة

ومن هنا يقوى ان مراد المانع تلك الصورة بالنظر الى الاسفار البعيدة السابقة حيث الطريق غير آمن، ولعله لما ذكرناه من عدم كلية التغرير ونحوه اهمل ذكر هذا الشرط الشرائع وغيره ولذا قال في المستمسك: لا فرق بين السفر والحضر في الجواز مالم يكن قرينة موجبة للانصراف عنه.

وكيف كان، فالاصل الاطلاق (الا اذا كان هناك متعارف ينصرف اليه الاطلاق) اذ اللازم اتباع القصد الذى صب العقد لابدائه ولذا لو كان المنصرف عدم فعل شيء يجعل التجارة خطراً من جهة اللص، أو الحرق، أو الغرق أو ما اشبه، كان اللازم تقيد العامل به، الا اذا كانت التجارة في مصب ذلك، مثل ان يضاربه للاتجار بالبحر.

(و) كيف كان، فـ(ان خالف) فيما كان ظاهره عدم السفر (فسافر فعلى ما مر في المسألة المتقدمة) يكون الربح بينهما على ماذكروا وذلك لاطلاق بعض النصوص المتقدمة، وفي الحال الحاضر حيث التأمين متعارف اذا لم يؤمن في الاسفار الخطرة بل وفي الحضر فيما كان محظوراً كالمعامل المعرضة للانفجار فالظاهر الضمان لتعارف التأمين فى البلاد التي يتعارف فيها التأمين.

نعم يكون الربح بينهما على ماتقدم، والى ماتقدم أشار ابن العم فى تعليقته بأنه يجوز السفر الا ان يكون نادراً ينصرف عنه الاطلاق.

ويعلم مما تقدم ان اللازم على العامل اتباع اقل الامرين خطراً والا كان ضامناً، كما اذا كان الامر فوضى داخل المدينة وخارجها، لكن خطر الداخل اكثر لوحدة المعيار في أصل الخطر وزيادة الخطر نعم لو كان الخطر ان متساويين

مسألة ـ ٨ ـ مع اطلاق العقد وعدم الاذن في البيع نسيئة لايجوز له ذلك الا ان يكون متعارفا ينصرف اليه الاطلاق ولو خالف في غير مورد الانصراف

فقدم احدهما فلا ضمان للاصل.

(مسألة ـ٨ـ مع اطلاق العقد) يجوز البيع نسيئة لتعارف ذلك في الكسب، وعدم لزوم التغرير من ذلك الا في بعض الاحيان، كما ان البيع نقداً احياناً خلاف المصلحة ايضاً.

(و) من ذلك يعرف ان قول المصنف مع (عدم الاذن في البيع نسيئة لايجوز له ذلك) غير ظاهر الوجه، وان قال القواعد والتذكرة بعدم جوازه، لما فيه من التغرير بالمال، وتبعه في ذلك المسالك، بل نقله مفتاح الكرامة عن الشيخ، وجملة كبيرة من الاصحاب.

(الا ان يكون متعارفاً ينصرف اليه الاطلاق) كان الاولى ان يقول: لاينصرف عنه الاطلاق، اذ الاطلاق شامل، الا ان ينصرف، لان الاطلاق لايشمل الا ان ينصرف.

ومما تقدم يظهر الكلام في الاقسام الستة، اي البيع والشراء نسيئة وسلفاً ونقداً، فكلما كان خلاف الاطلاق لم يفعله، كما ان للنسيئة والسلف مراتب، مثلا: بيعه نقداً بدينار، ونسيئة بدينارين، والثاني اقرب الى ارادة المالك المركوزة عند عقد المضاربة، مما أوجب انصراف العقد اليه، وكذلك بالنسبة الى مدة الزمان ومكان التسليم وغير ذلك، ولما ذكرناه ذهب غير واحد من المتأخرين الى الجواز اذا لم يكن تغرير، تبعاً للمحكي عن المختلف وغيره.

(ولو خالف في غير مورد الانصراف) (في) بيان لـ(خالف) اذ مورد الانصراف

فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو وان اطلع المالك قبل الاستيفاء ، فان امضى فهو

لامخالفةفيه، فمقتضى القاعدة صحة المعاملة، وكون الربح بينهما، وان كان ضامناً لماتقدم من الروايات الدالة على ذلك الشاملة للمقام اطلاقاً أو مناطاً، ولذا قال في الجواهر: ان الصحة في المقام اولى منها في صورة المخالفة الصريحة التي هي مورد النصوص ، بل يمكن القول بشمول بعض النصوص للجميع ، وقدتبع الجواهر في ماذكره جملة من المعاصرين .

ومنه يعلم الاشكال في ماذكره ابن العم في تعليقه بقوله: البيع باطل الااذا اجاز المالك ، كما يعلم الاشكال في تفصيل المصنف حيث قال : (فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو) وكأنه لان المركوز من شرط النقد ان لايتلف المال والحال انه لم يتلف حينئذ، لكن لايخفى ان عليه لافرق بين استيفاء الثمن قبل اطلاع المالك أو بعده .

ولذا قال المستمسك: على تقدير الفرق (اى بين المقام والمقام السابق) لم يكن وجه لقوله: [فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو] وكان اللازم ان يقول: اذا استوفى الثمن قبل اطلاع المالك راجع المالك فان اجاز فهو، والارده على المشترى لبطلان المعاملة ، اذ الموجب للبطلان عدم الاذن من دون فرق بين اطلاع المالك قبل الاستيفاء ، وبين الاستيفاء قبل اطلاع المالك ـ انتهى .

ولعل المصنف نظر الى ان الاستيفاء يوجب رضى المالك طبعاً فلاحاجة له الى الفسخ، لكنه كلام خارجي لايرتبط بالقاعدة الشرعية الجارية في المقام .

(وان اطلع المالك قبل الاستيفاء، فان امضى فهو) لانه فضولي قدامضاه من له الامضاء والفسخ، وهل يقول المصنف بأن الربح خاص بالمالك، لانه وفق القاعدة،

والا فالبيع باطل وله الرجوع على كل من العامل والمشترى مع عدم وجود المال عنده ،أو عند مشترى آخر منه

أو مشترك للروايات السابقة ؟ أما اذا قال الثاني : اشكل عليه بأن شمول تلك الروايات للمقام يوجب عدم فضولية المعاملة والا (فالبيع باطل) لانه وقع على مال المالك من دون اذن ولااجازة، وكأنه لذاقال الشرائع: ولوخالف لم يمض الامع اجازة المالك وتبعه العلامة فى التذكرة والقواعد ، لكن عن الشيخ فى المبسوط انه بطل، ولعل مراده بدون الاجازة، اذلاوجه للبطلان مع الاجازة مع انه يقول بصحة الفضولي .

(وله الرجوع) اذالم يجز البيع (على كل من العامل والمشتري) ممن العين فى يده، لانه اذا كانت العين موجودة لاحق للمالك في غير عينه .

نعم اذا لم يتمكن من الرجوع الى المشتري الذى العين بيده لغيبة، أوعدم معرفة أوجور أوماشبه رجع الى البائع بالمثل أوالقيمة من باب بدل الحيلولة، لقاعدة اليد، أما اذا كانت العين بيد المشتري وامكن الرجوع اليه، فالظاهر ان له الرجوع الى العامل، حيث ان كون يده عليه يجعله ضامناً، فليرجع العامل الى المشتري وبعداخذها منه يرجعها الى المالك .

فقوله : (مع عدم وجود المال عنده) الذي ذكره المصنف قيداً لقوله : (والمشترى) انماذكره لبيان الامر الطبيعي الذى يكون بأخذ المالك ماله، حيث وجده والافمقتضى القاعدة ان المالك مخير فى الرجوع الى أيهما شاءاذا أمكنه اخذها من ايهما ، وفى الرجوع الى احدهما اذا لم يمكنه اخذها الامن ذاك أخذ عين أو أخذ بدل .

(أوعند مشتري آخر منه) اى من المشترى الاول، ولماذكرناه كان المحكي

فان رجع على المشترى بالمثل أو القيمة لايرجع هو على العامل الا ان يكون مغروراً من قبله

عن المبسوط والتذكرة والقواعد والتحرير وجامع المقاصد وغيرهم ان للمالك الرجوع الى من شاء واذا كان المالك ان رجع الى المشتري اعطاه العين، أما اذا رجع الى العامل لم يتمكن العامل من استرداد العين من المشتري، فهل للمالك الرجوع الى العامل وأخذ البدل منه؟ احتمالان من قاعدة تعاقب الايدى المستفادة من (على اليد ما اخذت) ومن ان ماله موجود وهو قادر على تحصيله فلا وجه لرجوعه الى المثل والقيمة، ولايبعد الثاني ان لم يكن للمالك محذور فى الرجوع الى المشترى .

(فان رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لايرجع هو) اى المشترى (على العامل) وذلك لحكم تعاقب الايدى، حيث يرجع السابق على اللاحق، ولايرجع اللاحق على السابق، اذ اللاحق يعطي مال الغير الذي فى يده لصاحبه، ولا وجه لرجوعه الى السابق، فان المشترى لم يسلم الى العامل الثمن ، حسب ماذكره المصنف: ان اطلاع المالك قبل الاستيفاء.

أما السابق فحيث ليس المال فى يده وانما فى يد اللاحق كان عليه ان يرجع الى اللاحق لاخذ العين من يد اللاحق، لاعطائها الى المالك هذا بالنسبة الى العين، اما بالنسبة الى القيمة بعد الاستيفاء، فالامر بالعكس، فاذا أخذ المثل أو القيمة من العامل لايرجع الى المشترى ، حيث انه اعطى العين للمشتري واخذ منه قيمتها فيسلم القيمة الى المالك اما ان اخذ المالك المثل أو القيمة من المشتري رجع المشترى الى العامل لاسترداد ما أعطاه له، اذ لايعطى المشترى قيمتين، قيمة للعامل وقيمة للمالك .

(الا ان يكون مغروراً من قبله) بأن كان المشترى مغروراً عن العامل، فانه يرجع الى العامل لان المغرور يرجع الى من غره .

وكانت القيمة أزيد من الثمن ، فانه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه وان رجع على العامل يرجع هو على المشترى بما غرم الا ان يكون مغروراً منه وكان الثمن أقل فانه يرجع بمقدار الثمن

(وكانت القيمة أزيد من الثمن، فانه) اى المشترى (حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه) اى على العامل ، فاذا اشترى المشترى المتاع من العامل بمائة، فقد يرجع المالك اليه بمائة، وقد يرجع بمائة وعشرة، وقد يرجع بتسعين، فان رجع بمائة لم يكن له شيء، وكذا ان رجع بتسعين، أما ان رجع بمائة وعشرة حق للمشترى ان يرجع الى العامل بالعشرة، لان العامل خدعه، حيث اعطاه المتاع بمائة، فلم يدخل المشترى الا بضمان مائة، فاذا أخذ المالك منه عشرة أزيد، كان له ان يأخذها من العامل .

(وان رجع) المالك (على العامل يرجع هو على المشترى بما غرم) مساوياً او أقل، فان المالك اذا اخذ من العامل أقل من مائة (قيمة ما باعه للمشترى) لا يحق للعامل ان يأخذ من المشترى تمام المائة، اذ المتاع انتقل من المالك الى المشترى وقيمته تسعون مثلا لا مائة .

(الا ان يكون) المشترى (مغروراً منه) اى من العامل (وكان الثمن أقل) بان باعه بتسعين ، والحال انه يسوى مائة ، وقد أخذ المالك من العامل مائة .

(فانه) اى العامل (يرجع) على المشتري (بمقدار) المجعول : التسعين ـ في المثال ـ الذي هو (الثمن) المجعول ، أما العشرة الاخرى فلا يرجع العامل الى المشترى بها ، لان العامل قد غر المشتري بالنسبة الى العشرة ، حيث دخل المشتري على ان الثمن تسعون لا مائة .

وبذلك ظهر ان صور المسألة ستة : لان المالك اما ان يرجع الى المشترى

مسألة ـ ٩ ـ في صورة اطلاق العقد لايجوز له ان يشترى بأزيد من قيمة المثل كما انه لايجوز ان يبيع بأقل من قيمة المثل والابطل

أو الى العامل ، وعلى كل حال، أما ان يرجع بالاقل من الثمن ، أو بالاكثر منه ، أو بالمساوى ، ثم في صورتى الزيادة والنقيصة أما ان يكون غرور أولا وأحكام الكل تعرف مما ذكرناه فلا حاجة الى التفصيل .

(مسألة ـ ٩ ـ في صورة اطلاق العقد) المنصرف الى التعارف (لا يجوز له ان يشترى بأزيد من قيمة المثل) بدون سبب عقلائي وذلك لانه غير مأذون له فى ذلك ، وان لم يكن تضييعاً للمال، لانه احسان الى البائع المستحق للاحسان مثلا ، فقولهم انه تضييع ناظر الى الغالب ، وقد صرح بالمنع عن الاشتراء كذلك جماعة من الفقهاء .

(كما أنه لايجوز ان يبيع بأقل من قيمة المثل) الافي مثل الاستثناء المتقدم ودليل المستثنى منه والمستثنى كما تقدم ، وقد يمنع عن البيع بقيمة المثل ايضاً اذا كانت المصلحة في التأخير حتى يبيع بأكثر ، أو يبيع بمن يشترى بأكثر في نفس الوقت ، كما قد يتفق ، وليس ذلك اجحافاً وتغريراً .

(والا) بان اشترى بأزيد ، أو باع بأقل (بطل) لانه بيع واشتراء غير مأذون فيهما ، لكن يرد عليه أولا: انه لاوجه للبطلان، وانما يكون الامر فضولياً اللهم الا ان يقال : ان مراد المصنف والساكتين عليه من المعلقين هو ذلك ، كما احتملنا فى كلام المبسوط فى المسألة السابقة ذلك .

وثانياً : ان الامر بالبيع والاشتراء بقيمة المثل لايزيد على كونه كالشرط لانه من باب الانصراف ، وقد تقدم ان تخلف الشرط لايوجب البطلان ، وانما الضمان ويشتركان في الربح .

نعم اذا اقتضت المصلحة أحد الامرين لابأس به.

مسألة ـ ١٠ ـ لايجب فى صورة الاطلاق ان يبيع بالنقد ، بل يجوز ان يبيع الجنس بجنس آخر

قال فى القواعد : العامل كالوكيل فى تنفيذ تصرفه بالغبطة، فليس له التصرف بالغبن ، ولا بالنسيئة بيعاً ولا شراءاً ، الامـع عموم الاذن ، كما فعل ماشئت أو خصوصه ، فان فعل لامعه وقف على الاجازة ، والاقرب انه يضمن القيمة، لانه لم يفت بالبيع أكثر منها، ولاينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلايضمنها .

وقال فى مفتاح الكرامة: لايقع البيع باطلا عند القائلين بجواز العقد الفضولى فان أجازه المالك نفذ والابطل ، لكن عن التذكرة عن بعض علمائنا ان البيع صحيح فيما اذا باع بدون ثمن المثل، وان لم يجزه المالك، وان العامل يضمن النقص ، وان ضرر المالك ينجبر بضمان النقص .

(نعم اذا اقتضت المصلحة أحد الامرين لابأس به) كما عن المختلف وجماعة من المتأخرين، لان الاذن موجود مع المصلحة، الااذا صرح بعدم الاذن ولكن فى الجواهر تخصيصه بما اذا كان متعارفاً، وكأنه بعدم دخول النادر فى الاطلاق والارتكاز بدون الاطلاق لاينفع .

ومنه يعلم ، عدم ورود ايراد المستمسك عليه ، حيث قال : الانصراف عن النادر ممنوع ، والاطلاق محكم . اذا المصلحة وان كانت داعية الى المضاربة ، لكن لاتلازم بين الاطلاق والمصلحة .

(مسألة ـ ١٠ ـ لايجب فى صورة الاطلاق أن يبيع بالنقد ، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر) قال فى القواعد : والاقرب ان له ان يبيع بالعرض

وقيل : بعدم جواز البيع الا بالنقد المتعارف ولا وجه له الا اذا كان جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً .

مسألة ـ ١١ ـ لا يجوز شراء المعيب الا اذا اقتضت المصلحة

مع الغبطة ، وتبعه في ذلك المسالك وغيره وذلك للاطلاق والمصلحة، ومنهما يعرف جواز تبديله بالحق كحق التحجير أو بالخدمة ، كأن يعطى الخياط المال ليخيط له الثياب وهكذا ، فان حصر دائرة المضاربة في أضيق من المضاربات العرفية غير ظاهر الوجه .

(وقيل :) والقائل الشرائع وغيره (بعدم جواز البيع الا بالنقد المتعارف) وكأنه للانصراف ، حيث الاطلاق (ولا وجه له الا اذا كان) الجنس (جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً) حيث ان الاطلاق لا يشمله ، لكن لا بد من تقييده بما في المستمسك بأنه اذا كان فيه مصلحة ايضاً فلا بأس عملا باطلاق المعاملة، وعليه فقوله : عملا باطلاق الاذن محل نظر ، الان يريد بالاذن المعاملة .

ومما تقدم ظهر ان من أضاف الى (النقد) كلمة (البلد) فقال : (بنقد البلد) محل اشكال ، وحيث ان المعيار الاطلاق المنصرف الى المتعارف ، فاذا كان البيع بالنقد ، أو بنقد البلد غير متعارف للخطر ، كما في بعض الاحيان لتبديل النقد من قبل الدولة ، أو لامر آخر ، كان اللازم البيع بالعرض ، أو بنقد غير البلد .

(مسألة ـ ١١ ـ لا يجوز شراء المعيب الا اذا اقتضت المصلحة ،) وذلك لان الاطلاق لا يشمل المستثنى منه ، والمراد بعدم الجواز عدم النفوذ ، لانه حينئذ يقع فضولياً، كما تقدم الكلام في مثله، فان كان عالماً بأنه معيب واشتراه فالبيع فضولي ، ولا خيار له في الرد ونحوه ، لانه من جانبه مقدم ، كما لو كان مالكاً

ولو اتفق فله الرد او الارش على ما تقتضيه المصلحة.

مسألة ـ ١٢ ـ المشهور على ما قيل ان فى صورة الاطلاق يجب ان يشترى بعين المال ، فلايجوز الشراء فى الذمة وبعبارة اخرى يجب ان يكون الثمن شخصياً من مال المالك

بنفسه .

نعم الخيار للمالك ،وقد ذكرنا في (كتاب المكاسب) ان اشتراء الوكيل المعيب ، أوبأكثر من ثمن المثل على أربعة أقسام : لان المالك والوكيل ، أما عالمان ، أوجاهلان ، أوهذا عالم دون ذاك ، أوبالعكس .

(ولو) كان جاهلا و(اتفق) الشراء (فله الرد أوالارش على ماتقتضيه المصلحة) وان كانا متساويين تخير ، ولايخفى ان فتوى المصنف وغيره بعدم اشتراء المعيب الامع المصلحة من باب الغالب بأن المعيب لايرغب فيه ، والا فلاوجه لجعل عدم الاشتراء أصلا ، والمصلحة استثناءاً، لانهما فى عرض واحد ، وما كانا في عرض واحد لم يجعل احدهما استثناءاً عن الاخر فلايقال : جاء القوم الانصفهم بل اللازم ان يقال . جاء نصف القوم فقط ـ مثلا ـ .

ومن الكلام في المسألة التاسعة وهذه المسألة ظهر الكلام فى بعض الخيارات الاخر ، مثل ان يشتري مالم يره ، حيث خيار الرؤية الى غير ذلك .

(مسألة ـ ١٢ ـ المشهور على ما قيل :) وفى الحدائق انه صرح بذلك جملة من الاصحاب (انفى صورة الاطلاق) للمضاربة (يجب ان يشترى بعين المال، فلايجوز الشراء فى الذمة ،) كما ذكره الشرائع والقواعد والتحرير ، وتبعهم غيرهم ، بل هو المحكى عن المبسوط ايضاً .

(وبعبارة اخرى يجب أن يكون الثمن شخصياً) لاكلياً (من مال المالك ،

لاكليا فى الذمة والظاهر انه يلحق به الكلى فى المعين أيضاً وعلل ذلك بأنه القدر المتيقن وأيضاً الشراء فى الذمة قديؤدى الى وجوب دفع غيره ، كما اذا تلف رأس المال قبل الوفاء ، ولعل المالك غير راض بذلك

لاكلياً فى الذمة،) فى قبال ماقاله .

(والظاهر أنه يلحق به) اي بالشراء بعين المال الشراء بـ (الكلى فى المعين أيضاً،) لانه نوع من الشراء بعين مال المالك فانه لافرق بين ان يقول: اشتري بهذا الدينار كتابك، أواشترى بدينار من هذه العشرة، بل وكذا الكسر المشاع وتظهر الثمرة بين المشاع والكلى فى المعين فى صورة التلف، فلو اشترى ببعض العشرة كان كل تلف لبعض يخرج من كيسهما بالنسبة ، أما اذا اشترى بدينار من العشرة لم يتلف مال الطرف ، ولو تلف تسعة ، كما ذكروا فى اطنان القصب، حيث يحترق بعضها .

(وعلل ذلك) اى المنع (بأنه) اى الشراء بالعين (القدر المتيقن) من المضاربة فلايجوز للعامل التخطىء منه، والا كان فضولياً توقف على اجازة المالك ـ كما تقدم مثله ـ.

(وأيضاً) علل كما فى المسالك وغيره بأن (الشراء فى الذمة قد يؤدى الى وجوب دفع غيره ، كما اذا تلف رأس المال قبل الوفاء ، ولعل المالك غير راض بذلك) وربما يقرر هذا الدليل هكذا بأنه ان تلف رأس المال فان اداه العامل لم يكن مضاربة لان والعمل فى المضاربة من العامل وان المال من المالك ان اريد اداء المالك فربما لايؤده فيبطل البيع، فأمره دائر بين عدم المضاربة وبين بطلان اصل المعاملة .

وأيضاً اذا اشترى بكلى فى الذمة لايصدق على الربح انه ربح مال المضاربة ولايخفى مافى هذه العلل والاقوى كما هو المتعارف جواز الشراء فى الذمة والدفع من رأس المال

(وايضاً اذا اشترى بكلى فى الذمة لايصدق على الربح انه ربح مال المضاربة،) اذهو ربح مافى الذمة ، فان الربح وليد العين الخارجى ، ومافى قبالها ، اى ما فى الذمة فلا ربط له بمال المضاربة ولذا قد يربح قبل اعطاء العامل المال للطرف فكيف يكون الربح ربح المال ، واذا لم يكن الربح متعلقاً بمال المضاربة لم يرتب عليه اثر المضاربة .

هذا (و) لكن (لايخفى مافى هذه العلل) من الاشكال اذ يرد على اولها : ان القدر المتيقن انما يكون مع الاجمال لامع الاطلاق ، والمفروض ان المضاربة مطلقة فلا مورد فيها للاخذ حسب القدر المتيقن .

وعلى ثانيها: ان الدليل اخص من المدعى فنقول: لعل المالك راض بذلك اولعل المال لم يتلف ، اوالنقض بما اذا كانت المعاملة نقداً و تلف المال قبل اعطائه .

وعلى ثالثها : انه يصدق ان الربح للمال اذا ادى المال تطبيقاً للكلى فى الذمة كما يصدق فيما اذا اشترى انسان لنفسه شيئاً فى الذمة ثم اداه من ماله الخارجى ان الربح لهذا المال الخارجى .

(و) على هذا (الاقوى كما هو المتعارف) عند العمال في المضاربات (جواز الشراء في الذمة والدفع من رأس المال) وقد قال الرياض: يمكن تنزيل كلام الاصحاب بما اذا لم يكن الغالب والمتعارف الشراء في الذمة ، وان كان ربما يرد عليه ، ان كلام المسالك الذي ذكر بعض الاشكالات المتقدمة اب عن التنزيل

ثم انهم لم يتعرضوا لبيعه ومقتضى ماذكروه وجوب كون المبيع ايضاً شخصياً لاكليا ثم الدفع من الاجناس التى عنده ، والاقوى فيه ايضاً جواز كونه كليا

المذكور .

وفي الجواهر احتمل ارادة الاصحاب من المنع صورة الشراء في الذمة مع ارادة الرجوع اليه بغير مال المضاربة، ويرد عليه مثل ماورد على الرياض واستظهر السيد البروجردى أمراً ثالثاً فقال الظاهر ان مرادهم بذلك، ان شرائه على ذمة المالك لايصح بنفسه حتى يثبت به شيء في ذمته ، ويلزم بتأديته من غير مال المضاربة ان تعذر ادائه منه ،لان شرائه في الذمة وتأديته من مال المضاربة غير جائز ، كما فهمه الماتن ، وقوى خلافه .

وفيه :ان ذلك خلاف ظاهر كلماتهم، كمالايخفى على من راجع المسالك ومفتاح الكرامة وغيرهما، ولذاالذى ذكرنا من أجوبة الاستدلالات المذكورة للمنع تردد غير واحد منهم فى المنع ،اما المعاصرون ومن اشبه فقد ذهبوا الى الصحة الا النادر منهم .

(ثم انهم لم يتعرضوا لبيعه) في قبال المثمن الكلى ، و لعل المصنف أراد الغالب منهم، والا فاطلاق كلام بعض ، وتصريح بعض يشمل البيع ايضاً.

(و) كيف كان فـ (مقتضى ما ذكروه) من الاستدلالات للزوم كون الثمن شخصياً (وجوب كون المبيع ايضاً شخصياً لا كلياً) فان الربح لايصدق عليه انه ربحه الى غير ذلك ، وعليه لايصح كون المبيع كلياً .

(ثم الدفع من الاجناس التى عنده ، و) عليه فـ (الاقوى فيه) اي في المبيع (ايضاً جواز كونه كلياً) وذلك لاطلاق المضاربة بعد عدم ورود اشكال عليه،

وان لم يكن فى المتعارف مثل الشراء ثم ان الشراء فى الذمة يتصور على وجوه :

احدها : ان يشترى العامل بقصد المالك وفى ذمته من حيث المضاربة.

الثانى : ان يقصد كون الثمن فى ذمته

ولتعارف ذلك ، وان قال المصنف : (وان لم يكن في المتعارف مثل الشراء) فانه وان سلم عدم التعارف بتلك المنزلة ، لكن ليس ذلك يجعله نادراً بحيث لايشمله الاطلاق.

وكيف ، كان فالكلام في كلي الثمن والمثمن ، جار فى كلى سائر المعاملات التجارية التي يجريها العامل بعنوان المضاربة كالاجارة والمزارعة والمساقات والرهن وغيرها اذ قدعرفت فى بعض المسائل السابقة صحة كل ذلك مضاربة ، بل ذكرنا انها جارية في مثل الحقوق لجريان الحكم بعد تحقق الموضوع .

(ثم ان الشراء فى الذمة يتصور على وجوه :

أحدها : ان يشترى العامل بقصد المالك) فيكون المبيع للمالك (وفى ذمته) اى ثمنه فى ذمة المالك (من حيث المضاربة) فيكون المبيع مورد المضاربة وتفرغ ذمة المالك من الثمن الكلى بالمال الشخصى المعين للمضاربة و هذا صحيح ان كان للمضاربة اطلاق يشمل ذلك .

(الثانى : ان يقصد) العامل (كون الثمن فى ذمته) اى ذمة نفس العامل ، لكن لامن حيث انه فرد غير المالك ، بل .

من حيث انه عامل ووكيل عن المالك ويرجع الى الاول وحكمهما الصحة وكون الربح مشتركا بينهما على ماذكرنا واذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان فى ذمة المالك يؤدى من ماله الاخر

(من حيث انه عامل ووكيل عن المالك) فيجعل ذمة نفسه ذمة المالك ، كالوكيل الذى يجعل يده يد الموكل .

(ويرجع) هذا الثانى (الى الاول) اذ فى كليهما تشتغل ذمة المالك لكن ، فى الاول تشتغل ذمته بنفسه ، وفى الثانى بوكيله (وحكمهما) الاول والثاني (الصحة) لشمول ادلة المضاربة لهما .

(وكون الربح مشتركا بينهما على ماذكرنا) من صحة المضاربة فى الكلى (واذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان) بدله (فى ذمة المالك يؤدى من ماله الاخر) الذى لم يجعله فى صدد المضاربة .

اما صحة المضاربة كذلك بأن يجعل الثمن فى ذمة المالك ـ ابتداءاً أو بواسطة ذمة العامل ـ فلان المالك اذن له فى الشراء كذلك ، او اجازه بعد الاطلاع عليه ، والا كان الشراء باطلا ، لانه من الفضولى بدون الاجازة كما صرح بذلك السيد البروجردى وبعض آخر من المعلقين ، واما انه يؤديه المالك من مال آخر ، فاللازم ان يقال له صورتان :

الاولى : ان يجعل العامل الثمن فى ذمة المالك بدون اشتراط ادائه من مال المضاربة ، وحينئذ ان اداه من مال المضاربة ـ بفرض عدم التلف ـ صار مضاربة و ان اداه المالك من مال آخر لم يصر مضاربة ، سواء تلف مال المضاربة أم لا ؟

الثانية : الاولى مع اشتراط ادائه من مال المضاربة ، فاذا اداه المالك

الثالث : أن يقصد ذمة نفسه ، وكان قصده الشراء لنفسه ، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ثم دفع منه وعلى هذا الشراء صحيح ويكون غاصبا فى دفع مال المضاربة من غير اذن المالك

من مال آخر لم يكن مضاربة ، سواء تلف مال المضاربة ام لا ؟ وان تلف مال المضاربة ، فان لم يرفع اليد عن شرطه بطلت المعاملة ، لان المشروط عدم عند عدم شرطه ، وان رفع اليد واداه المالك من مال آخر ، فمقتضى القاعدة بطلانه مضاربة ، كما اشار الى ذلك جملة من المعلقين ، اذ لاوجه لان يقوم مال آخر للمالك مقام مال المضاربة الذى فرض تلفه ، وان كان المحكى عن المبسوط. وقال بـه الجواهر : انـه يكون من مـال القراض للاطلاق ، اذ فيه ما ذكره المستمسك من ان الاطلاق من حيث كون الشراء في الذمة ، أوفي العيـن لا يلازم الاطلاق من حيـث كون الاداء من مال المضاربة وغيـره ، وقال السيد البروجردى: لايكون بذلك مال المضاربة مع تلف المال السابق ، بل يحتاج الى عقد جديد مع استجماع شرائطها.

(الثالث: ان يقصد ذمة نفسه، وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ثم دفع) حين الوفاء (منه) اى من مال المضاربة.

(وعلى هذا الشراء صحيح) لتمامية أركان المعاملة (ويكون غاصباً في دفع مال المضاربة من غير اذن المالك) فان المالك اعطاه المال للتـجارة ، لا لان يؤدى به قرض نفسه، وانما كان اذن المالك كافياً، لان الحق لايعدوهما ، فاذا اذن المالك كفى ، وعليه فاذا اذن له بدون بدل كان هبـة وبطل عقد القراض كلا ان كان الاذن في الكل وبعضاً ان كان الاذن في البعض ، فاذا اعطاه مالا آخر كان قراضاً جديداً، واذا اذن له بـبـدل كان البدل الذي يضعه العامل مكان

الا اذا كان مأذونا في الاستقراض وقصد مال القرض .

الرابع :كذلك مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء حتى يكون الربح لهفقصد نفسه حيلة منه وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء

مال القراض متعلق القراض .

(الا اذا كان مأذوناً في الاستقراض وقصد مال القرض) بأن اخذه قرضاً وكان ينبغي له استثناء ما اذا قصد الشراء من نفسه للمالك بمال المضاربة، فيكون اشتراءان اشتراء العين بنفسه في ذمته ، واشتراء العين للمالك من نفسه كما نبه عليه المستمسك، وعلى الاول يكون الربح له، وعلى الثاني الربح بينهما، لوضوح ان الاول لايرتبط بالمضاربةبخلاف الثاني .

(الرابع: كذلك) اي مثل الثالث بأن يقصد ذمة نفسه وكان قصدهالشراء لنفسه (مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء،) وانما قصد كون الشراء لنفسه (حتى يكون الربح له) لكن حيثلم يكن لهمال لدفع الثمن قصد دفعه من مال المضاربة ـ مثلا ـ (فقصد نفسه حيلة منه) بأن يربح بسبب مال الناس كالغاصب الذي يشتري لنفسه ويقصد دفع الثمن من مال الناس.

(وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء) مطلقاً ويمكن القول ببطلانه ـ لمايأتي من المعلقين ـ لكن اللازم التفصيل بين مااذا كان بيع البائع للعامل بشرط وفائه من مال نفسه، فالبيع يكون صحيحاً اذا رفع المالك يده عن شرطه والا كان باطلا، وما اذا كان بيع البائع على نحو التقييد فالبيع باطل، لان المقيد عدم عند عدم قيده، ومااذا كان بيع البائع بدون شرط ولاقيد، فالبيع صحيح

وان كان عاصيا فى التصرف فى مال المضاربة من غير اذن المالك وضامنا لـه بل وضامنا للبائع ايضا ، حيث ان الوفاء بمال الغير غير صحيح ، ويحتمـل القول ببطلان الشراء لان رضـى البائع مقيد بدفع الثمن ، والمفروض ان الدفع بمال الغير غير صحيح فهو بمنزلة السرقة ، كما ورد فى بعض الاخبار ان من استقرض ولم يكن قاصداً للاداء فهو سارق

وانما يجبر العامل بدفع مال نفسه ثمناً، فاذا لم يمكن جبره كان حكمه حكم سائر من اشترى شيئاً ولم يرد اعطاء الثمن .

وكيف كان (وان كان عاصياً في التصرف في مال المضاربة من غير اذن المالك وضامناً له) لان المانك لم يأذن له في مثل هذا التـصرف (بل وضامناً للبائع ايضاً، حيث ان الوفاء بمال الغير غير صحيـح) فلا وفاء ويكون ممن منع البائع ثمنه، لكن لايبعد سقوط حق البائع ان علم بذلك ولم يهتم به حيث انه ممن يريد وصول المال بيده، ولو كان غصباً فهو اسقاط من البائع لحقه.

(ويحتمل القول ببطلان الشراء لان رضى البائع مقيد بدفع الثمن والمفروض ان الدفع بمال الغير غير صحيح) واذا لم يدفع الثمن، ـ لان مال الغير لايصلح ثمناً ـ بطل البيع ، لان المقيد عدم عند عدم قيده.

(فهو بمنزلة السرقة، كما ورد في بعض الاخبار ان من استقرض ولم يكن قاصداً للاداء فهو سارق،) ومنه يعلم ان اشكالي المستمسك على المصنف غير وارد، فانه اشكل اولا بضعف احتمال البطلان ، لان النقص في الشراء ان كان لاجل نية عدم اداء الثمن فأمر لم يقل به احد ، ولا دليل عليه، وان كان لاجل

ويحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً ، بعد أن كان بنائه الدفع من مال المضاربة فان البيع وان كان بقصد نفسه وكليا في ذمته الاانه ينصب على هذا الذى يدفعه ، فكان البيع وقع عليه

دفع مال الغير الراجع الى عدم دفع الثمن شرعاً ، فهو ايضاً لم يقل به أحد، ولادليل عليه، وفيه: انه لم يدفع الثمن، فأن مال الغير لايكون ثمناً، فاذا فرض ان البيع وقع مقيداً بدفع الثمن لم يكن وجه للصحة ـ وهذا هو مفروض كلام الماتن ـ .

وثانياً: بأن مافي المقام ليس من باب عدم نية الدفع، بل من باب نية دفع ماليس ملكاً له شرعاً، وفيه ان المصنف أراد التنظير لفهم المناط، ولذا قال: (بمنزلة) فأن كلا من القرض بدون ارادة الاداء والاشتراء بدون ارادة الاداء نوع من السرقة عرفاً ، وقد قرره الشارع في القرض ، فالمقام مثله ، ولذا يقال لكليهما لماذا لم ترد مال الناس ، وقد قرر غالب المعلقين كلام المصنف ، حيث سكتوا عليه .

(ويحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً) فيكون من المضاربة و الربح لهما (بعد أن كان بنائه الدفع من مال المضاربة،) وجه الصحة ما ذكره بقوله (فان البيع وان كان بقصد نفسه وكلياً في ذمته الا انه) حيث قصد دفع الثمن من مال المضاربة (ينصب على هذا) المال (الذي يدفعه، فكان البيع وقع عليه،) لكن هذا الاحتمال ضعيف جداً ، فان العقود تتبع القصود ، والقصد المعاملي الكلي، فلا وجه لانصباب المعاملة على الخارج ،فهو مثل عقد المعاملة على العين الخارجية مع قصده اعطاء غيره للطرف، فان ذلك القصد الخارج عن القصد المعاملي لايجعل المعاملة في الذمة ، ولذا أشكل عليه المستمسك،

والاوفق بالقواعد الوجه الاول وبالاحتياط الثانی واضعف الوجود الثالث وان لم يستبعده الاقا البهبهانی.

الخامس : ان يقصد الشراء فی ذمته من غير التفات الی نفسه وغيره ، وعليه ايضـا يكون المبيع له واذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياولواختلف

وعدم تعامل العرف مع هذا الانسان، حيث يريد الاعطاء من ما ليس ماله لا يوجب تقيد البيع بمال الناس ، وانما العرف لايتعامل فراراً عن المحذور .

(والاوفق بالقواعد الوجه الاول) وقد تقدم الاوفق بالقواعد وانه التفصيل الذي ذكرناه .

(و بالاحتياط الثانی) فالاحوط ان يرفـع الاطراف الثلاثـة اليد عن المعاملة .

(وأضعف الوجود الثالث) لما عرفت من انه خلاف القواعد (وان لم يستبعده الاقا) الوحيد (البهبهانی) رحمه الله وقدحاول بعض المعلقين توجيهه بمالايخلو عن اشكال فراجع .

(الخامس : ان يقصد الشراء فی ذمته من غير التفات الی نفسه وغيره ، و عليه ايضاً يكون المبيع له) لان كون ذمته نيابية عن المالك ، خلاف القاعدة لايكون الابالقصد، فاذا لم يكن قصدكانت الذمة لنفسه فيدخل المبيع فی كيسه بعدان يكون البدل لنفسه .

(واذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياً) حيث انه دفع مال الغير بدون اذنه وبذلك يكون ضامناً ايضاً .

(ولواختلف) المالك والعامل فی انه اشترى لنفسه او للمالك كان المقدم قول

البائع والعامل فـي ان الشراء كان لنفسه أو لغيره، وهو المالك المضارب يقدم قول البائع لظاهر الحال

العامل ، لانه اخبر بنيته وان كانت هناك قرائن على كلام المالك ، كما اذا كان في دكان المالك ووكيله العام في تجاراته وقد تاجر للمالك بمثل تلك التجارة مرات وكان ربح المعاملة كثيراً بحيث يحتمل احتمالا قريباً ان الربح اغراه فادعى انه اشترى لنفسه اذ كل تلك لاتوجب العلم ولاتكون حجة وليس للمالك عليه الاحق الحلف ، ولو اختلف المالك والبائع فقال البائع : اشتراه العامل لك، وقال المالك : بل اشتراه لنفسه ، ولم يكن العامل موجوداً ، كان الاصل مع المالك لانه ادعاء عليه ، والاصل عدمه الا اذا أقام المدعى الدليل ولو انعكس بأن قال البائع . اشتراه العامل لنفسه وقال المالك : بل اشتراه لي ، كان على المالك اقامة الحجة ، لانه المدعى الذي اذا ترك ترك .

ولو اختلف (البائع والعامل في أن الشراء كان لنفسه) فاللازم ان يدفع العامل البدل (أو لغيره، وهو المالك المضارب) فالعامل برىء ، بل اللازم اعطاء المالك البدل (يقدم قول البائع لظاهر الحال) اذ ظاهر كل انسان ان يكون عامل لنفسه و الا لملك كل متعامل ان يقول: اشتريت لغيري .

ولو فضوله مما يوجب بطلان البيع اذ لم يقبل ذاك الانسان بالمعاملة قيل يدل على حجية هذا الظاهر اصالة الصحة ، لانه لو اشترى لغيره بطل ،لكن الاولى الاستدلال له ، بانه المتعارف الذي لم يظهر من الشارع خلافه ، وبالتعليل في قوله عليه السلام لما قام للمسلمين سوق ، ولذا قال الشرائع ولو اشترى في الذمة لامعه ولم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهراً ـ انتهى .

وعلى هذا يقدم قول البائع، سواء كان هناك ظهور حال ام لا؟.

فيلزم بالثمن من ماله ، وليس له ارجاع البائع الى المالك المضارب

مسألة ـ ١٣ ـ يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة مايعتاد بالنسبة اليه والى تلك التجارة فى مثل ذلك المكان والزمان من العمل وتولى مايتولاه التاجر لنفسه

(فيلزم بالثمن من ماله ، وليس له ارجاع البائع ، الى المالك المضارب) ويعلم مماتقدم حال مالو اختلف المالكان الشريكان فى المضاربة ، فقال احدهما انه اشتراه العامل لهما ، وقال الاخر : بل اشتراه لنفسه ، ومالو اختلف العاملان ، حيث اجريا صفقة واحدة ، فقال احدهما : ان المعاملة كان لانفسهما وقال الاخر : انها كانت للمضاربة ومالو اختلف البايعان صفقة فى فقال احدهما باعها للعامل وقال الاخر للمضاربة اما خصوصيات النزاع فالكلام فيها فى كتاب القضاء.

(مسألة ـ ١٣ ـ) يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة) ان يعمل حسب (مايعتاد بالنسبة اليه والى تلك التجارة) والى المالك وانما يجب ذلك لانه المنصرف من المضاربة فان لكل من الملاك والعمال والتجارات شئوناً خاصة فاذا كان المالك رجلا فقيهاً مثلا لم يناسب له ان يتعامل عامله فى الاشياء المكروهة الخسيسة فانه يسبب ذهاب ماء وجهه و انحطاط سمعته فتعامله المضاربى لايشمل مثل ذلك ، وهكذا بالنسبة الى العامل ، وبالنسبة الى التجارة .

(في مثل ذلك المكان والزمان من العمل وتولي مايتولاه التاجر لنفسه) فاذا كانت التجارة لنفسه كيف كان يعمل لزم عليه ان يعمل كذلك فيما كانت التجارة للمالك بمال المضاربة ، لكن ذلك اذا كان عمل الانسان لنفسه ولغيره على حد سواء ـ كماهو الغالب ـ لاما اذا كان بينهما فرق اذ اللازم عليه حينئذ ان يعمل كعامل

من عرض القماش والنشر والطي وقبض الثمن وايداعه في الصندوق ونحو ذلك مما هو اللائق والمتعارف ويجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره، مثل الدلال والحمال والوزان والكيال وغير ذلك ويعطى الاجرة من الوسط ولو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالاجرة من ماله

لا كتاجر، لانه المنصرف (من عرض القماش والنشر والطي وقبض الثمن وايداعه في الصندوق) والذهاب به الى البنك في ماكان يتعارف ذلك خوفاً من السرقة، فاذا لم يفعل ذلك وسرق كان ضامناً.

(ونحو ذلك مما هو اللائق والمتعارف) بالنسبة الى مختلف المعاملات، اذ ليس كل مضاربة مرتبطة بالاقمشة، بل قد تكون نجارة، أو حدادة، أو عطارة، أو بقائه أو غيرها.

ثم اللازم ان يكون اللائق والمتعارف بحيث يكون العقد منصرفاً عن غيره، والا فليس كل لائق ومتعارف لازم العمل به.

(ويجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره، مثل الدلال والحمال والوزان والكيال) والمساح والعداد (وغير ذلك) مثل الصانع والمحاسب والمدير والخبير، بل ومثل المحامي في الازمنة الحاضرة، حيث لابد للتجار من ذلك لنجدتهم في حال الشكاية عليهم.

(ويعطي) لكل اولئك (الاجرة من الوسط) اي بالنسبة فعليه الثلث، وعلى المالك الثلثان اذا كانت نسبة الارباح كذلك، اي ان هذا هو النتيجة، حيث لا فرق بين ان يؤخذ ماذكر أولا، ثم يقسم الربح، او بالنسبة بعد التقسيم.

(ولو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالاجرة من ماله) لعدم شمول العقد له، ولو اختلفا في انه يتعارف العمل بنفسه ام لا؟ فالمرجع قوانين الدعوى.

ولو تولى بنفسه مايعتاد الاستيجار له، فالظاهر جواز أخذ الاجرة ان لم يقصد التبرع وربما يقال بعدم الجواز وفيه انه مناف لقاعدة احترام عمل المسلم

(ولو تولى) العامل (بنفسه مايعتاد الاستيجار له، فالظاهر جواز أخذ الاجرة ان لم يقصد التبرع) فانه اذا قصد التبرع فقد أهدر عمله بتبرعه، فلا حق له فى أخذ الاجرة، كما انه لو أعطى الحمال ونحوه من كيسه بدون قصد الرجوع لم يكن له حق الرجوع.

(وربما يقال بعدم الجواز) كما عن المبسوط، وفى الشرائع وفى المسالك نسبته الى اطلاق المصنف والجماعة، وكأن وجهه انصراف الاطلاق من مثله، ولذا اذا سافر جماعة قسطوا المصارف بينهم فأخذ أحدهم حمالا لنقل الاثاث ونحوه اعطوه من الوسط، أما اذا حمله بنفسه لم يكن له شيء، وان لم يقصد التبرع اذ قصده وعدم قصده لا يؤثر، فى ضمانهم.

(وفيه انه مناف لقاعدة احترام عمل المسلم) كما علله به فى الجواهر، وكأنه اراد بضميمة طلب المضارب ذلك، اذ بدون الطلب لا وجه لاستحقاقه على المالك، بل الاصل برائته اذا لم يوجب عمل العامل زيادة فى الشيء، فهنا ثلاثة امور:

الاول: ان يعمل العامل بدون طلب ولا زيادة فى الشيء وفيه لا يستحق العامل شيئاً، لانه قد أهدر عمله بنفسه، وان كان عمله يوجب رفع كلفة عن المالك، كما اذا حمل الحمال بضاعة المالك ونقلها تلى داره، فان ذلك لا يوجب اجرة على المالك، وان كان لو لا عمل الحمال لكان المالك دفع اجرة للحمال على هذا النقل لانه مقصد المالك، الا ان كون الشيء مقصداً للمالك لا يوجب اجرة عليه اذا لم يطلب المالك ذلك.

الثاني: ان يطلب المالك بدون تصريح منه أو ماشبه التصريح ، بانه يريد العمل مجاناً، فان في المقام يجب ان يعطي الاجرة لاحترام عمل غير الكافر الحربي الذي يستوفاه المالك، وقولهم: (المسلم) من باب المثال ، كما ان قولهم: حمل فعل المسلم على الصحة، ذكرهم المسلم من باب المثال، والافيحمل عمل الكافر ايضاً على الصحة في غير ماخرج بالدليل، فاذا رأينا كافراً يعاشر امرأة، أو يبيع شيئاً اوماشبه ذلك حملنا فعله على انه زوجته، وانه ماله، ولافرق في لزوم الاجرة عليه بين ان تزيد البضاعة قيمة أو تنقص، أولاتزيد ولاتنقص ، كما اذا كان نقل البضاعة الى المحل الفلاني يوجب احد الثلاثة وفي باب المضاربة حيث ان المالك يتعامل مع العامل حسب الموازين يكون العامل اذا فعل الفعل اللازم بنفسه مستحقاً للاجرة اذا لم يقصد التبرع بعمله .

الثالث: ان بفعل العامل شيئاً يوجب الزيادة، وان لم يأمره المالك، فانه بقدر الزيادة يكون شريكاً ، كما اذا صبغ الثوب بما رفع قيمته عشرة، فان العشرة تكون للعامل اذا كانت العشرة قيمة الزيادة، أما اذا ارتفع كلاهما بعمل العامل، فالظاهر ملاحظة النسبة، مثلا: كان المفتاح بدون القفل خمسة، والقفل بدون المفتاح عشرة وكلاهما معاً ثلاثين، فاذا صنع العامل مفتاحاً للقفل وبيعا بالثلاثين، كان لصاحب القفل عشرون ، ولصاحب المفتاح عشرة.

لايقال: يلزم ان يكون الزائد، اى كل العشرين لصاحب المفتاح، لانه لولا مفتاحه لم يكن لصاحب القفل الاعشرة ؟

لانه يقال : ولولا قفل صاحب القفل لم يكن لصاحب المفتاح الاخمسة، فالانضمام المرتبط بكليهما سبب رفع قيمة كل منهما الى الضعف . نعم قد يستشكل استحقاق العامل شيئاً، وان زادت القيمة فيما اذا كانت القيمة سوقية ، كما اذا نقل الحمال متاع انسان الى محل أوجب زيادة قيمته، لان السوق هناك أغلى، حيث

المفروض عدم وجوبه عليه

فيه احتمالان، استحقاق الحمال، لانه زادالقيمة فيشمله لايتوى حق امرء مسلم وعدم استحقاقه للاصل بعد ان كونه حقاً «وهو الموضوع» محل اشكال ، فحاله حال ماذا كان القارى يقرأ القرآن جهراً لتعلم منه العبد ، حيث زادت قيمته، فان القارى لايشترك فى قيمة العبد، اذلايسمى ذلك حقاً عرفاً، وكذلك اذاأضاء الجار مصباحه مماأوجب زيادة اجرة غرفة جاره، فان صاحب المصباح لايستحق شيئاً على الجار للاصل بعد عدم عد ذلك حقاً .

ومماتقدم يظهران عمل العامل ان كان مشمولا للعقد. أو كان سبباً للزيادة من القسم المذكور فى الثاني استحق الاجرة، والا كان الاصل عدم استحقاقه، وان كان من المذكور في القسم الثالث، وحيث ان الغالب فى الملاك ارادة العمل من غيرفرق فى نظرهم بين ان يقوم به المالك، أويستأجر انسانا آخر، كان اللازم ان العامل اذاعمل عمل الحمال كان له الاجرة .

ومنه يعلم، ان قول المستمسك وفي المقام ربمالايكون الا اذن في الاتجار ولو الزمه على نحو العموم ومنها استيجار من جرت العادة باستيجاره لحمل الاثقال، لكن عموم ذلك لنفسه غير ظاهر ، اذ من المحتمل ان يكون المراد ان لا يتحمل العامل خسارة الاجرة، فلا يشمل الفرض ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه بعد كون الارتكاز الموجب لشمول العقد لعمل العامل ايضاً يقتضي الاطلاق .

(المفروض عدم وجوبه عليه) وقد يرد عليه حتى ان العمل اذا كان واجباً مما يكون نفعه للغير ، ولو بدون طلب من ذلك الغير يكون أجر العامل على ذلك الغير، فان الطبيب اذا عالج المشرف على الموت ولو بدون اذنه، بل و

مسألة ـ ١٤ ـ قد مرأنه لايجوز للعامـل السفر من دون اذن المالك ومعه فنفقته في السفر من رأس المال

نهيه ايضاً، كان لهعليهاجرته مع ان العلاج واجب لانه يشمله لايتوى حق امرء مسلم، وكذا اذا صرف المال في اطفاء حريق داره مما يعلم عدم جواز ابقائها تحترق، لانه اسراف منهى عنه،وقد قال سبحانه: «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم» مما يفهم منه وجوب الرعايـة للاموال وان اراد صاحب المال اتلافه، وكذا اذا ألقى انـسان نفسه في البحر بقصد ان يغرق ، فان الواجب على من يقدر انقاذه، واذا صرف المال في ذلك كان له حق استيفائه، لقاعدة لايتوى ، الى غير ذلك من الامثلة .

ومنه يظهر وجه النظر في كلام المصنف، كما يظهر وجه النظر في كلام المستمسك، حيث خصص ذلك بالطلب قال: فان المريض اذا طلب من الطبيب المعالجة ضمن الاجرة، وان كانت المعالجة واجبة عليه، كما يظهر وجه النظر في كلامه المتفرع على ذلك بقوله: والاستيفاء لعمل العامل في باب المضاربة في مقابل الحصة من الربح لاغير، فاثبات شيء آخر يحتاج الى دليل ـ انتهى.

اذ الشيء الاخر في قبال عمل آخر وهو مالا يرتبط بالعامل ـ كماعرفت وجهه ـ .

(مسألة ـ ١٤ ـ قد مر أنه) يلـزم على العامل ان يعمل في التـجارة حسب المتعارف المنصرف اليه اطلاق المعاملة من السفر وعدمه فاحتمال انه (لايجوز للعامل السفر من دون اذن المالك،) خاص بما اذا لم يكن اطلاق (ومعه فنفقته في السفر من رأس المال).

وهذا هو المشهور بينهم ، كما صرح بذلك التذكرة وجامع المقاصد و

الا اذا اشترط المالك كونها على نفسه وعن بعضهم كونها على نفسه والظاهر ان مراده فيما اذا لم يشترط كونها من الاصل

مجمع البرهان، بل عن الخلاف عليه اجماع الفرقة واخبارهم، ووجه ذلك انه مشمول لاطلاق المعاملة، حيث ان السفر من شئونها، والظاهر انه لا فرق بين السفر اللازم واقعاً ، أوظاهراً للاطلاق المذكور، فلو كان تربح التجارة في كل عام في الحج ربحاً حسناً وسافر في هذه السنة بذلك القصد ، لكن اتفق منع الحجاج بما لم يربح لم يضر ذلك بأن نفقة سفره على رأس المال لماتقدم من الاطلاق، ولما دل على ان الضرر ليس على العامل مع ان الغالب كون الضرر ناشئاً عن جهل العامل بحيث لو كان علم بالواقع لم يجز له الاتجار الضار وكان الضرر حينئذ على العامل مع العلم والعمل .

(الا اذا اشترط المالك كونها على نفسه) اي نفس العامل للمالك ، أو اشترط العامل كونها على نفس المالك، حيث ان كلا الشرطين ليس مخالفاً لمقتضى العقد ولا للكتاب والسنة ، فيشمله دليل: المؤمنون عند شروطهم كما لايخفى .

(وعن بعضهم) وهو المبسوط (كونها على نفسه) أي نفس العامل مطلقاً ، واستدل له بأن العامل دخل على ان له سهماً معلوماً من الربح فلا يستحق سواه ، وقد لايربح من المال اكثر من النفقة .

(والظاهر) من كلام المبسوط انه على العامل (أن مراده فيما اذا لم يشترط كونها من الاصل) اذلا وجه لكونه على العامل مع هذا الشرط، خصوصاً و الاطلاقات تصب على الطبيعة من حيث هي بدون النظر الى العناوين الثانوية.

وربما يقال له تفاوت مابين الحضر والسفر والاقوى جواز أخذها من أصل المال بتمامها من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك مما يصدق عليه النفقة

(وربما يقال:) والقائل الشيخ في محكى المبسوط على تقدير القول بالانفاق (له تفاوت مابين الحضر والسفر) أما قدر نفقة الحضر فهو على العامل .

(والاقوى) صحة كل الاقسام الستة من كونها من الربح، ومن الاصل ، وعلى المالك وعلى العامل، وتوزيعها بينهما بنسبة كالثلث والثلثين أوبالتفاوت كأن يقول المالك: مائة علي والباقي عليك ـ مثلا ـ والفرق من الربح ، أومن الاصل ان في الاول يخرج من كيسهما، أما في الثاني فانه يخرج من كيس المالك فقط، فاذا فرض ان ربح العشرة خمسة ، وربح التسعة أربعة «كما قد يتفق زيادة الربح في حال الاجتماع بين الواحد والتسعة» فأذا شرط كون النفقة من الربح «والحال ان رأس المال عشرة» بقيت «أربعة» تقسم بينهما لكل اثنان «اذا كان لكل نصف الربح مثلا» واذا شرط كون النفقة من الاصل بقيت «ثلاثة» لان المال يأخذ عشرة ثم يقسم الربح بينهما فيكون نصيب العامل واحداً ونصفاً .

وكيف كان فاللازم القول بـ(جواز أخذها من أصل المال بتمامها) أما بالشرط ، أوبالانصراف (من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك) من المركب وغيره (مما يصدق عليه النفقة) وحتى الزواج اذا اعتاد ذلك بأن شمله الاطلاق أو شرط نصاً، حيث يتعارف الزواج في الاسفار الطويلة متعة أودواماً وكذا استصحاب الزوجة الى غير ذلك . .

ففي صحيح علي بن جعفر، عن أخيه ابي الحسن عليهم السلام في المضارب ماانفق في سفره فهو من جميع المال، فاذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه وأما في الحضر فليس لـه أن يأخذ من رأس المال شيئاً الا اذا اشترط على المالك ذلك.

(ففي صحيح علي بن جعفر عن أخيه ابي الحسن عليهم السلام: في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميـع المال، فاذا قدم بلده فما انـفق) اي في البلد (فمن نصيبه) والمراد بالبلد ماكان بعد انتهاء السفر عرفاً، اذربما تقف السيارة في آخر المدينة، ممايضطر الى اكتراء سيارة اخرى لايصاله الى داره أومتجره وكذلك بالنسبة الى حال خروجه، فأن المؤخرة والمقدمة كلتيـهما من شئون السفر كما لايخفى.

ولوشك في شيء انـه من توابع السفر أملا ؟ كان الاصل عدم أخذه من باب السفر، ونحو هذه الرواية غيرها، مثل رواية السكوني ومرسل الفقيه.

(وأما في الحضر فليـس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً) بلا اشكال ولا خلاف، بل ادعى عليه الاجماع جماعة.

(الااذا اشترط على المالك ذلك) فأنه يجوز له، لقاعدة الشرط، وينبـغي استثناء ماذا كان متعارفاً بحيث يشمله اطلاق المعاملة كما في المدن الكبار، حيث الانتقال من المنزل الى المتجر ونحوه يحتاج الى اجارة السيارة أو ما أشبه.

ولو اختلفا في التـعارف وعدمه فالمرجع العرف، ولو اختلف العرف فهل يتساقطان ويكون الاصل عدم تحمل المالك، لامن الاصل ولا من الربح، أومقتضى القاعدة التنصيف، لقاعدة العدل والانصاف؟ احتمالان.

مسألة ـ ١٥ ـ المراد بالنفقة مايحتاج اليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج اليها في سفره واجرة المسكن ونحو ذلك وأما جوائزه وعطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه الا اذا كانت التجارة موقوفة عليها.

(مسألة ـ ١٥ ـ المراد بالنفقة) التي تؤخذ من الاصل، أوالربح ماتقدم في المسألة المتقدمة (مايحتاج اليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج اليها في سفره) كالاواني والقرب ونحوها، فاذا كان كثير السفر لم يمنع ان يحتفظ بها في الحضر ايضاً، فلا حاجة الى ان يبيع دابته وآلاته اذا وصل الى البلد، بل احتفظ بها للسفر الاتي وهكذا أمااذا انتهى سفره كان اللازم بيعها لانتهاء الاحتياج السفري.

(واجرة المسكن ونحوذلك) مثل نفقات الجواز في الازمنة الحاضرة، لان كل ذلك يعدنفقة تشملها المعاملة.

(وأما جوائزه وعطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه) لانها ليست من نفقة السفر المحتاج اليها في سفر التجارة، فلايشمله اطلاق المعاملة.

(الا اذاكانت التجارة موقوفة عليها) حيث ان البضاعة لايتمكن من اشترائها أوبيعها الابالمصانعة والضيافة والهدية ونحوها، ولوكان الامر لاجل تعريف نفسه للتجار حتى يعرفوه، ومن ذلك الاعلان في وسائل الاعلام في الحال الحاضر اذاورد مدينة أومأشبه.

ومنه يعلم، ان ذلك ليس خاصاً بالسفر، بل حال الحضر كذلك، أمااذا كان الربح متوقفاً على السفر المتوقف على المصانعة مثل انه اذا ورد البلد الفلاني كان مضطراً للضيافة لكثرة معارفه ممايكون عدم ضيافته موجباً لخروجه عن الموازين

مسألة ـ ١٦ ـ اللازم الاقتصار على القدر اللائق فلو اسرف حسب عليه

الشرعية والعرفية، فهل ذلك من النفقة السفرية أم لا ؟ احتمالان ، وان كان الاقرب الاول، ولافرق في المصانعة المحللة ذاتاً كالضيافة للتجار ، أو المحرمة كذلك كالرشوة للظالم، حيث انها محرمة وان جـازت للمعطي اضطراراً ، وكذلك المكوس الملازم لاستيراد، أو اصدار البضاعة .

وكيف كان، فلافرق بين نفقته بنفسه، أو نفقته لاجل التجارة، والمراد بالتوقف العرفي، لاالدقي العقلي لان المناط مايشمله اطلاق المعاملة وهو الاول لاالثاني، فقوله: (الموقوفة) يراد بها التوقف عرفاً .

(مسألة ـ ١٦ ـ اللازم) على العامل في نفقات السفر (الاقتصار على القدر اللائق) المتوسط عرفاً، لانه المشمول للاطلاق.

(فلو اسرف حسب عليه) كماصرح به غيرواحد، اذ الزائد عن القدر اللائق لايشمله الاطلاق، والاسراف يراد به الخروج عن اللائق، وان لم يكن اسرافاً شرعاً مثلا : اذا كان المتعارف لمثله ان يأكل اللحم كل اسبوع ثلاث مرات ، فأكله أربع مرات لم يعد سرفاً، وان عد خروجاً عن اللائق .

ومنه يعلم لزوم مراعات اللائق بالنسبة الى مصارف الحضر التي هي من شئون التجارة ايضاً ، فان اعطاء الحمال أزيد احساناً ليس سرفاً، لكنه خلاف المتوسط المشمول لاطلاق العقد فيكون ضامناً، ثم لوفرض ان مصارف السفر يعادل مصارف الحضر أو كان أقل ، كما اذا كان في الحضر غلاء دون السفر لم يكن بأس بالسفر ولايأتى الكلام المتقدم في المسألة الرابعة عشرة، وانما ذكروا السفر فيما يتعارف من اكثرية مصارف السفر غالباً .

نعم لوقتر على نفسه أوصار ضيفاً عندشخص لايحسب له.

مسألة ـ ١٧ ـ المراد من السفر العرفي لاالشرعي

والحاصل: ان الميزان هناك وهنا التوسط، فالخارج عن التوسط ليس من الوسط، بل من كيس العامل بنفسه.

(نعم لوقتر على نفسه أوصار ضيفاً عند شخص لايحسب له) المقدار الزائد عن التقتير، كماصرح به الجواهر والمستمسك وغيرهما، لان المشمول للاطلاق النفقة لامقدار النفقة، كماذكروا مثل ذلك في كتاب الخمس، وانه واجب على الارباح بعد اخراج النفقة.

نعم، ينبغي ان يستثني من ذلك ما لو اكثر من المتعارف مرة وقتر مرة كان من الوسط، كما لو أكل اللحم في اسبوع أربع مرات، وفي اسبوع مرتين، فان العرف يلاحظ المجموع، فلا يقال انه لاحق له في اكثر من خمس مرات، حيث ان المرة الرابعة في الاسبوع الاول تحسب على نفسه، ومثله مالوقتر على نفسه قدر نصف الاكل، فاعطاه لضيفه أو كان شأنه ركوب سيارة متوسطة فركب هو وضيفه سيارة أقل مما اجرتهما تساوي اجرة نفسه في المتوسطة والوجه ان الامر عرفي، والعرف يرى شمول الاطلاق لمثل هذه الموارد.

(مسألة ـ ١٧ ـ المراد من السفر) الوارد في النص والفتوى (العرفي) لانه المنصرف عنه في مثل المقام كانصرافه اليه في مثل «فسافر ففي الاسفار خمس فوائد» ونحوه (لاالشرعي،) لانه اصطلاح خاص لايصار اليه الافي مورده فليس للسفر حقيقة شرعية ولا متشرعية، وانما دل الدليل عليه في القصر والافطار، و كذلك الحال في كل مورد قيد الشارع موضوعاً عرفياً بقيد خاص، فانه لا يتعدي منه الى غير مورده، وقد نص على ما ذكرناه

فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة كما انه اذا أقام فى بلد عشرة أيام او ازيد، كان نفقته من رأس المال، لانه فى السفر عرفاً

نعم اذا قام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرج اولتحصيل مال له اولغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة فنفقته فى تلك المدة على نفسه

الشهيدان، و الاردبيلي و السبزواري و صاحب الجواهر و غيرهم قدس الله اسرارهم.

(فيشمل السفر فرسخين أوثلاثة) كما يشمل العاصي بسفره، وغير القاصد وما أشبه ذلك، مما ليس له حكم السفر في القصر والافطار كما انه اذافرض حكم الشارع بالسفر شرعاً، لكن لم يصدق عليه السفر عرفاً كان المقام ايضاً تابعاً للعرف (كما) عرفت.

ومنه يعلم (انه اذا أقام في بلد عشرة أيام أو أزيد، كان نفقته من رأس المال لانه في السفر عرفاً)، وان كان عليه التمام والصيام.

(نعم اذا قام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرج أولتحصيل مال له أو لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة) كزيارة الاقرباء والاصدقاء (فنفقته في تلك المدة على نفسه،) كما صرح به العلامة والشهيد الثاني وغيرهما.

نعم اذا مرض بسبب السفر فبقي للعلاج، كانت النفقة من الوسط، لانه من شئون السفر، أما اذا لم يكن المرض من شئون السفر، كما اذا كانت فيه مرة تهيج كل شهر في أوله فصادف ذلك حال كونه في السفر لم يعد من شئون السفر الذي على الوسط.

ومما تقدم يعلم انه لافرق في البقاء لغرض آخر بين الاول والوسط والاخير

وان كان مقامه لما يتعلق بالتجارة ولامر آخر بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لولا الاخر فان كان الامر الاخر عارضاً في البين فالظاهر جواز اخذ تمام النفقة من مال التجارة وان كانا في عرض واحد

مثلا: سفره التجارى بحاجة الى أربعة أيام، فاذابقى خمسة أيام كان اليوم الزائد على نفسه، سواء تفرج في أول السفر أو وسطه أو أخيره، بأن لم يشتغل بالتجارة لاجل التفرج .

(وان كان مقامه لما يتعلق بالتجارة و لامر آخر بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لولا الاخر) بان تكاسر افصارا علة واحدة لاستحالة توارد علتين مستقلتين على معلول واحد ـ كما حقق في محله ـ.

(فان كان الامر الاخر عارضاً في البين) كما اذا سافر لاجل التجارة اسبوعاً فرأى من طيب الهواء هناك انه لولا التجارة بقى الاسبوع ايضاً (فالظاهر جواز اخذ تمام النفقة من مال التجارة) لدخوله في اطلاق الدليل ـ كما في المستمسك ـ فان الدليل المتقدم في المسألة الرابعة عشرة ، بالاضافة الى اطلاق المضاربة يشمله .

فلا يقال: كيف اثر احدى العلتين فقط، مع انه خلاف العقل؟

اذ يقال: ان البقاء لهما، أما النفقة، فليست معلولة للبقاء، وانما للشرع والعرف وكلاهما ، على انها من وسط المال ، ولم يذكر المصنف عكس ذلك ، اي ما لو سافر لاجل التنزه مثلا ، وانما كانت التجارة عارضة ، لان مصب كلامه كان في سفر التجارة، ومقتضى القاعدة عدم جواز أخذ النفقة من الوسط على تأمل في ذلك .

(وان كانا في عرض واحد) بان كان لكل واحد قوة العلة التامة للسفر، بحيث

ففيه وجوه ثالثها : التوزيع وهو الاحوط فى الجملة وأحوط منه كون التمام على نفسه وان كانت العلة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزءاً من الداعى فالظاهر التوزيع .

لولا الاخر سافر ايضاً (ففيه وجوه).

الاول: انها من مال التجارة للصدق .

و الثاني : انها من كيسه ، لانصراف الادلة الى ما كان السفر لمحض التجارة .

و(ثالثها : التوزيع) فنصف النفقة على التجارة، والنصف الاخر من كيسه ، لانه مقتضى انكسار العلتين ، و تقتضيه قاعدة العدل ، كما اذا سافر لتجارتين لنفرين ، حيث توزع النفقة بينهما ، وان كان كل تجارة مستقلة ، بحيث لو لم تكن الاخر كان سافر ايضاً .

(وهو الاحوط فى الجملة) اى من كون كل النفقة على المالك ، وجعله المسالك الاضعف، لان الادلة ان عمت اقتضت الاول والا اقتضت الثانى غير ظاهر الوجه، فان حال المقام حال السفر لاجل المضاربة من نفرين.

ومنه يظهر وجه قوله : (وأحوط منه كون التمام على نفسه) لانه لاشبهة فيه (وان كانت العلة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزءاً من الداعي فالظاهر التوزيع).

كما في الجواهر لما تقدم من انه المفهوم من العرف عند الاطلاق ، ومن الروايات السابقة، بالاضافة الى ما عرفت من قاعدة العدل .

ومما تقدم يظهر وجه النظر في جملة من كلمات الاعلام فى المقام.

مسألة ـ ١٨ ـ استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه فلو سافر من غير اذن او في غير الجهة المأذون فيه، او مع التعدي عما اذن فيه ليس له ان يأخذ من مال التجارة.

مسألة ـ ١٩ ـ لو تعدد ارباب المال كأن يكون عاملا لاثنين او ازيد او عاملا

(مسألة ـ ١٨ ـ استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه) من قبل المالك اما باذن خاص، أو بالاطلاق الشامل للسفر والحضر ـ كما هو الغالب ـ .

(فلو سافر من غير اذن) فليست نفقة السفر من المالك، أو الوسط، كما صرح به المسالك و الجواهر و غيرهما ، و ذلك لان الاذن و النص و الاطلاق لا يشمل ذلك .

ومنه يعلم وجه قوله: (او في غير الجهة المأذون فيه، أو مع التعدي عما اذن فيه) وان كان السفر في نفس تلك الجهة، كما اذا اذن له بالسفر بالسيارة فسافر بالطائرة، أو قال سافر في شهر شوال، فسافر في رمضان الى غير ذلك والجامع عدم الاذن في السفر لفظاً او اطلاقاً.

(ليس له ان يأخذ من مال التجارة) ولا فرق بين ان يزعم الشمول، فظهر عدم شموله ، وبين ان يعلم عدم الشمول فيخالف كما لا فرق بين ان يربح أكثر مع المخالفة أم لا؟ وذلك لعدم شمول الدليل .

ومما تقدم يعلم، انه لو زعم عدم الشمول فظهر الشمول جاز له الاخذ ان لم ينو التبرع ، كما اذا كان يزعم ان له الاخذ ، وان لم يشمل الاطلاق ـ مثلا ـ .

(مسألة ـ ١٩ ـ لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملا لاثنين أو أزيد أو عاملا

لنفسه وغيره توزع النفقة وهل هو على نسبة المالين او على نسبة العملين ؟

لنفسه وغيره) بأن جعل كل منهما مالا بعنوان رأس المال ، فيكون ربح مال نفسه لنفسه وربح مال المالك لهما بالنسبة (توزع النفقة ،) للسفر بينهما، كما ذكره غير واحد ، وقال في المسالك : وجه التقسيط ظاهر ، لان السفر لاجلهما فنفقته عليهما، وكلامه ظاهر في ما اذا كان المال لنفرين ، أو أكثر على نحو القراض وحيث يكون في المقارضة الواحدة النفقة على ذلك الواحدة يكون على الجميع في القراضات المتعددة ، وكذا اذا كان قراض وغيره كما اذا سافر لاجل التجارة لزيد قراضاً، و لعمرو قربة الى الله تعالى ، فاطلاق ان نفقة المضارب على مال المضاربة انها على سبيل التوزيع ، فلكل حصته .

أما اذا كان المال لنفسه وغيره ، فلان العرف يفهم من الاطلاق ذلك، لان التعامل بشيء مستلزم لكون لوازمه ايضاً مرتبط بذلك التعامل ، فيشمله الاطلاق بالنسبة ، وبذلك يظهر ان كلا احتمالي عدم كون شيء علي المالك ـ لانصراف السفر الي ما كان للمضاربة بحتاً ، وفي المقام المضاربة جزء ـ وكون الكل على المالك لصدق كون العامل مضارباً فتكون نفقته على مال المضاربة فلا وجه للتوزيع ـ كما مال اليه المستمسك ـ غير ظاهر الوجه ، ولذا قال الجواهر : ان السفر لما لم يكن للقراض خاصة اتجه التوزيع المزبور ، لكن لايخفى ان ما ذكرناه من التوزيع في غير الصورة التي تقدمت في المسألة السابعة عشرة من من قوله : (فان كان الامر الاخر عارضاً .. الخ) .

(وهل هو) اي التوزيع (على نسبة المالين) فاذا كان لاحدهما عشرة وللاخر عشرون وزعت النفقة اثلاثاً (أو على نسبة العملين ؟) فاذا عمل لهذا يوماً ولذاك

قولان

يوماً وزعت نصفين ، وان كانت نسبة المالين بالثلث والثلثين ، و هناك احتمال ثالث هو نسبة الربحين، فاذا ربح احدهما عشرة والاخر عشرين وزعت ثلاثا بدون ملاحظة المال ، والعمل ؟ احتمالات وان كان لهم :

(قولان) بدون ذكرهم الاحتمال الثالث، المبسوط ذهب الى الاول، وتبعه جامع المقاصد والمسالك وغيرهما قالوا، لان استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ، ولاينظر الى العمل ، فحيث ان النفقة لاجل مال انماء المضاربة كان اللازم توزيعها حسب المال ،وبعض المعلقين ذهب الى الثانى ، ووجهه ان النفقة انما يأخذها العامل لعمله، فاللازم التوزيع حسب العمل.

أما الاحتمال الثالث فلانه الذي يراه العرف ، فاذا ربح احدهما ديناراً ، والاخر عشرين ديناراً ، فليس من مقتضى العرف ان يؤخذ من كل نصف دينار وان كان العمل لهما متساوياً ، وكان المال متساوياً .

لايقال : في علم الاقتصاد يقولون : العمل ميزان الاستحقاق .

لانه يقال : هذا قول بعضهم ، وهو غير تام، بل هناك خمسة أشياء في مقابل المال ، كما ذكرناه في كتاب (الاقتصاد: الفقه) بل هنا ايضاً في قبال المال ،مثلا : نجاران قطعا من الغابة شجرين أحدهما أغلى من الاخر خشباً ،فان قاطع الاغلى يأخذ اكثر ، وان كان عملهما متساوياً .

وكيف كان ، فكون النفقة على نسبة العملين أقرب الى الموازين الاقتصادية وعلى نسبة الربحين أقرب الى الموازين الانصافية ، وكونها على نسبة المالين فيه نوع من الضعف، لكن جمعاً من المعاصرين منهم ابن العم جعلوا الاحتياط برعاية أقل الامرين من القولين الذين ذكرهما المصنف .

مسألة ـ ٢٠ ـ لايشترط فى استحقاق النفقة ظهور ربح ، بل ينفق من اصل المال وان لم يحصل ربح اصلا نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح ، ويعطى المالك تمام رأس ماله ثم

(مسألة ـ ٢٠ ـ لايشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح ، بل) ولا عدم خسارة ، ولو صرف من العين فـ (ينفق من أصل المال وان لم يحصل ربح أصلا) أو حصلت الخسارة ، ويحق للعامل ان يصرف من مال نفسه أو غيره ثم يأخذ ما صرف من المال ، وذلك لاطلاق النص والفتوى ، وانه مقتضى الجعل وعليه فاذا قال: النفقة من الربح توقفت على الربح ، وان قال: من الاصل لم يتوقف على الربح ثم ان الشرط قد يكون من الاصل قبل الربح ، وقد يكون بعده ، وقد يكون من الربح ، وقد يكون من كليهما بالتنصيف أو بالنسبة ، فاذا كان الاصل عشرة والربح خمسة والنفقة ثلاثة ، كانت من كل من الاصل والربح واحد ونصف على الاول ، ومن الاصل اثنان ، ومن الربح واحد على النسبة ، والفرق بين كون النفقة من الاصل قبل الربح وبعده واضح ، ففي مثال عشرة وخمسة اذا اخذ ثلاثة النفقة قبل الاستراباح كان الربح «ثلاثة ونصف : نصف السبعة الباقية من الاصل» فالمجموع أصلا و ربحاً عشرة ونصف ، بينما اذا كان الشرط أخذها بعد الاستراباح ، كان الاصل والربح خمسة عشر ، واذا خرجت الثلاثة بقى اثني عشر ، ومن الواضح اختلاف حصتهما حسب اختلاف حصة الربح .

(نعم لو حصل الربح بعد هذا) الذي انفق على نفسه من الاصل (تحسب) النفقة (من الربح ، و) عليه (يعطي المالك تمام رأس ماله ثم) القدر الباقي بعد رأس المال ـ الذي هو الربح الصافي للتجارة ـ .

يقسم بينهما.

مسألة ـ ٢١ ـ لومرض في اثناء السفر، فان كان لم يمنعه من شغله فله

(يقسم بينهما) حسب المقرر، ان بقي شيء، أما اذا لم يبق، كما اذا حصل على العشرة ثلاثة وكانت النفقة ثلاثة، فانه لايبقى ربح بعد الثلاثة للنفقة كما هو واضح، وبما ذكرناه يظهر بعض المآخذ على بعض الاطلاقات فراجع المسالك والرياض والجواهر.

هذا ولكن الغالب في المضاربات المشروطة بكون النفقة للعامل ان يتاجر العامل ويأخذ النفقة تدريجاً وبعد العام ـ مثلا ـ يحسب ما عنده، ويخرج رأس المال ويقسم الربح الباقي بينهما حسب النسبة المقررة، وعليه لايحق له ان يأخذ كل النفقة من رأس المال أولا لان ذلك يؤثر في قلة الربح.

نعم له ان يؤخر الاخذ بأن يصرف من نفسه وبعد ذلك يأخذ ما صرفه، و هذا وان سبب أكثرية الربح عن أخذه النفقة تدريجاً، الا ان الظاهر المنصرف اليه اطلاق شرط أخذ النفقة ـ عرفاً ـ ان مزيد الربح الذي كان في قبال النفقة التي لم يأخذها تدريجاً ليس للعامل، بل يحسب الربح كلا ويقسم بالنسبة.

مثلا: كان له ان يأخذ كل يوم ديناراً لاجل النفقة، فاذا لم يأخذه هذا اليوم وتاجر به في ضمن رأس المال وربح نصف دينار فاخذ الدينار ليلا ليس له ان يأخذ ليلا ديناراً ونصفاً بحجة ان النصف ربح دينار ومصرفه الذي لم يأخذه في الصباح.

نعم اذا أخذ الدينار صباحاً بعنوان النفقة، ثم اشترى مأكله نسيئة وبعد ذلك تاجر بالدينار لنفسه كان الربح له، لان حاله حينئذ حال ديناره الخارجي.

(مسألة ـ ٢١ ـ لومرض في أثناء السفر، فان كان لم يمنعه من شغله فله

اخذ النفقة وان منعه ليس له

أخذ النفقة) حسب الشرط ، لان المرض وعدمه حينئذ سواء ، فقد عمل العمل المقرر ، ولذا قال في الجواهر : بلا ريب . وقال في المستمسك : لاطلاق الادلة .

(وان منعه) منعاً كاملا ، وانما قلنا المنع الكامل ، لوضوح ان المنع غير الكامل لايوجب الا المنع من بعض النفقة حسب المنصرف عن الاطلاق ـ ان قلنا بأن المرض يمنع النفقة ـ مثلا كان اللازم ان يشتغل كل يوم ثمان ساعات وكانت نفقته كل يوم ديناراً فمرض مرضاً يمنعه كل يوم عن أربع ساعات، فان مقتضى المنصرف من الاطلاق ان يمنع من نصف النفقة لا كل النفقة ، ثم اللازم تقييد آخر، وهو ان كان الاطلاق ينصرف عن حال المرض ، أما اذا لم ينصرف كانت له النفقة ، كما اذا كان السفر يلازم المرض غالباً لانه سفر الى البلاد التي يتعارف فيها المرض ، وقد قرر بين المالك و العامل السفر الى هناك ـ مثلا ـ .

وبما تقدم يعلم ان المراد بالمرض أعم من كل شيء ، من هذا النوع الذى يمنع العمل، لاخصوص المرض المصطلح عليه، كما اذا كان له ضعف لايسمى مرضاً ، أو شرب المرقد فنام كثيراً أو ما أشبه ذلك، مما منع العمل ، وان لم يسم عرفاً بالمرض .

وكيف كان ، فان منعه المرض (ليس له) أخذ النفقة، كما ذكره الجواهر وغيره ، وعللوه بأن السفر في حال المرض المانع عن العمل ليس للتجارة ، و بعبارة اخرى المنصرف من اطلاق أخذه النفقة ما كان في حال العمل فاذا لم يكن في حال العمل لم تكن له النفقة ، لان الكلام لم يشمله .

هذا ولكن اشكل عليه غير واحد أما مطلقاً ، أو في الجملة ، والاقرب ان

وعلى الاول لايكون منها مايحتاج اليه للبرء من المرض

الامراض العادية المتعارفة لاتمنع النفقة ، لان اطلاق كلامهما يشمله مثل سائر الموانع ، كما اذا منعه الحر أو البرد أو المطر أو العواصف أو ما اشبه ، فان المنع عن النفقة في هذه الامور العادية ، خلاف ظهور الاطلاق فى العموم . ولذا فاطلاق المستمسك في قبال اطلاق المصنف لايخلو عن نظر ايضاً ، قال ولازمه عدم النفقة مع طرو المانع عن العمل غير المرض اذا كان في مقام الزوال وهو كما ترى ـ انتهى .

اللهم الا اذا أراد منع الاطلاق ، كما قال بعض المعاصرين في اطلاقه نظر .

(وعلى الاول) الذي مرض بمالا يمنعه عن الشغل (لايكون منها) اي من النفقة التى يأخذها (ما يحتاج اليه للبرء من المرض) كما قاله المسالك وغيره معللا له بانه لايتعلق بالتجارة ، ولكن الظاهر ان نفقة البر المتعارف مشمول لاطلاق النفقة ، مثل المسكن والمأكل والمشرب ، ووسائل الحرو البرد والحفظ وغيرها اذ كلها تسمى بالنفقة ، ولذا قال في المستمسك : يشكل بأن المرض وان لم يكن للتجارة ، لكن السفر لها ، فاذا كانت مؤنة المرض من نفقات السفر كانت على المالك كغيرها من شئون النفقة .

ثم الظاهر ان من النفقة مالابد له ان يعطيه للظالم لاجل جواز السفر ونحوه ـ كما يتعارف في حال الحاضر ـ وكذا ما يعطيه للطرف الذي سبب اصطدام سيارته به عطبا لذاك ، مما يلزمه الضمان اذا لم يكن بقصد وتفريط ، وكان الاطلاق غير منصرف عنه .

والحاصل : اللازم ملاحظة سعة الاطلاق ـ عرفاً ـ وضيقه ، ولو شك في

مسألة ـ٢٢ـ لوحصل الفسخ اوالانفساخ فى اثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه

شمول الاطلاق ، كان الاصل العدم ، لانه مصرف يخرج من كيس المالك الى العامل بنفسه ، أو لشئونه ، فاذا شك في تكليف المالك بذلك، كان الاصل العدم ولو تنازعا كان العامل مدعياً .

وكذلك لوا ختلفا في ان المجعول له جعل له من الاصل ، أو من الربح أومنهما بالنسبة ،اذ حاصل الدعوى ان المال هل يخرج من كيس المالك أم لا فالاصل عدم الخروج ، ولو سلم الخروج، لكن كان الكلام في خروج الازيد أو الاقل ، كان الاصل عدم الاول .

(مسألة ـ٢٢ـ لوحصل الفسخ او الانفساخ في اثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه) على ماذكره غير واحد، وعن ظاهر المسالك انه لاخلاف فيه بيننا واستدلوا له بارتفاع المضاربة فيرتفع حكمها، ولا تشمله الروايات السابقة لظهورها في المضاربة الباقية، وفي المقام احتمالات اخر:

الاول: كون النفقة كالسابق لاطلاق النص وانصرافه الى صورة عدم الفسخ غير ظاهر بالاضافة الى انه استحق النفقة بالسفر ، والسفر بعد باق، فالحكم بالاستحقاق باق ايضاً.

الثاني: الفرق بين نفقة السفر ونفقة العامل، فالاولى على الاصل، والثانية على نفس العامل احتمله المستمسك قائلا: اللهم الا ان يقال النص لاينفيه (اى كون النفقة على اصل المال) والقاعدة تقتضيه، فالعمل بهامتعين في خصوص نفقة السفر، لانفقة العامل .

الثالث: الفرق بين ما اذا كان الفسخ بسبب العامل فلا نفقة، لانه أقدم على

بخلاف ماإذا بقيت ولم تنفسخ فانها من مال المضاربة

ذلك بعد عدم كون دليل النفقة شاملا لهذه الصورة، وبين ما اذا كان الفسخ لا من جهته ، فالنفقة على أصل المال ، اذلا وجه لتضرر العامل بما لم يقدم هو عليه .

الرابع: الرجوع الى قصد الطرفين عند هذا الشرط ، لان العقود تتبع القصود، فان كان قصدهما النفقة كانت لازمة على الاصل والا فلا لاصالة براءة المالك عن وجوب شيء عليه، والمسألة بحاجة الى مزيد من التأمل .

أما قول المصنف: (بخلاف ما اذا بقيت ولم تنفسخ فانها من مال المضاربة) فانه مستدرك ووجهه ما تقدم، ثم انه لوكان حين الفسخ نفقة السفر على العامل لاينفع في كون النفقة على المالك اشتراط العامل لذلك في ضمن العقد ، اذ بالفسخ يبطل العقد وشرطه ايضاً يبطل ـ وان قلنا بلزوم الشرط في ضمن العقد الجائز ـ فان الشرط لازم الوفاء اذا كان عقد، فاذا انتفى كان من باب السالبة بانتفاء الموضوع .

لايقال: مقتضى القاعدة انها على المالك اذا كان العامل مغروراً بأن زعم ان النفقة عليه، وان حصل الفسخ، لقاعدة المغرور يرجع الى من غر. .

لانه يقال: عدم معرفة العامل بالمسألة لايوجب ضمان المالك، فهو كما اذا تصورت المرأة ان المتعة نفقتها على المتمتع فان ذلك لايوجب جريان قاعدة المغرور عليها. .

نعم اذا أراد العامل كون النفقة على المالك على اي حال تمكن من ذلك بجعل الشرط في ضمن عقد لازم آخر، وقد ذكرنا في باب الشرط انه يوجب الوضع ، فله ان يجبر المالك الممتنع بواسطة الحاكم من اعطاء النفقة، وله

مسألة ـ ٢٣ ـ قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة وان فى الاول الربح مشترك وفى الثانى للعامل ، وفى الثالث للمالك ، فاذا قال : خذ هـذا المال مضاربة والربح بتمامه لى كان مضاربة فاسدة

ان يتقاص من ماله اذا لم يمكنه الاجبار، والله العالم.

(مسألة ـ٢٣ـ قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة، وان في الاول الربح مشترك،) بين العامل والمالك (وفي الثاني للعامل ، وفي الثالث للمالك، فاذا قال: خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لي كان مضاربة فاسدة) لان قوام المضاربة كون الربح بينهما، فهو مثل ان يقول :

زوجتك على ان تكوني زوجة لي و لاخي حيث انه نكاح فاسد اذا كان ذلك مصب العقد، لاعلى نحو الشرط، فان المضاربة وكون الربح كله للمالك لما لم يمكن جمعهما، فالامر لايخلو من اربعة احوال، لانـه أما قصدهما أو لم يقصد أياً منهما، أوقصد البضاعة ، أوقصد المضاربة ، فان قصد المضاربة كانت مضاربة، وان قصد البضاعة كانت بضاعة وان لم يقصد أياً منهما بطل لان العقود تتبع القصود، وان قصدهما فهو على ثلاثة اقسام، لأنـهما أما مصب العقد، أو (الربح تمامه لي) على نحو القيد .

واللازم البطلان فيهما، اذ حقيقة المضاربة الاشتراك فى الربح، وان كان هناك أمر عقلائي في اجراء العقد هكذا، مثل ان يزيد على مال العامل الذي يريد التجارة بمال نفسه مما يسبب له امكان المعاملة بماله فيما لايمكنه تلك بماله وحده، مثلا: كانت صفقة تباع بمائة ألف، وليس للعامل الاخمسون فلا يقدر على المعاملة المربحة بتلك الصفقة الابخمسين آخر .

الا اذا علم انه قصد الابضاع فيصير بضاعة، ولايستحق العامل اجرة

أوان بقاء العامل بلا عمل كسر له ولذا يريد العمل ولو بدون ربح ليخرج نفسه عن البطالة أوما أشبه ذلك، مثل ان الظالم يخاف من المالك فلا يمد يده الى مال العامل، حيث يعلم انه يتاجر بمال المالك، الى غير ذلك من الامثلة.

والثالث: ان يكون على نحو الشرط، وحيث ان الشرط فاسد، وقد حقق في مبحث الشروط ان الشرط الفاسد ليس مفسداً، فيحتمل القول بصحة العقد وبطلان الشرط لكن هنا محذور انه لايمكن ان يكون بضاعة لعدم قصدها (اذ العقود تتبع القصود) ولايكون مضاربة، لان مقوم المضاربة اشتراك الربح وقد فرض انهما بنيا على عدم الاشتراك ولايمكن القول باستحقاق العامل اجرة المثل لان المالك دخل على ان لايكون له الاجرة وقبل العامل ذلك فلا حق له وقاعدة احترام عمل المسلم لامجال لها بعد انه هتك حرمة عمله بنفسه، كما اذا بنى دار زيد مجاناً.

ومنه يعلم، ان احتمال صحة العقد، وبطلان الشرط لامجال له، فاللازم القول ببطلان العقد فلامضاربة، لعدم امكانها، ولابضاعة لعدم قصدها، فما قصد لم يقع، وما امكن وقوعه لم يقصد.

وبذلك ظهر موقع الاشكال في كلام المستمسك حيث قال: والمتحصل انه مع الالتفات التفصيلي فى مقام الثبوت لامضاربة، لاصحيحة ولا فاسدة، وفى مقام الاثبات لابضاعة، ومع عدم الالتفات التفصيلى فالواقع: أما مضاربة صحيحة، أوبضاعة صحيحة لامضاربة فاسدة.

(الا اذا علم انه قصد الابضاع فيصير بضاعة، ولايستحق العامل اجرة) وقد (علم) يراد به في مقام الاثبات، والا فالحكم مرتبط بمقام الثبوت.

الا مع الشرط أو القرائن الدالة على عدم التبرع ومع الشك فيه وفى ارادة الاجرة يستحق الاجرة ايضا لقاعدة احترام عمل المسلم

(الا مع الشرط) اى شرط الاجرة (أو القرائن الدالة على عدم التبرع) حيث ان المالك استوفى عمله ولم يقصد العامل التبرع - على ما تقدم فى بعض المسائل السابقة ان انضمام الامرين الاستيفاء، وعدم قصد التبرع يوجب اجرة المثل - .

وكيف كان، فاذا لم تكن مضاربة فقد يشترط التبرع وهو البضاعة، وقد يذكر الاجرة فهو استيجار، وقد يسكت عن الامرين، واللازم هنا الاجرة ايضاً لاستيفاء العمل غير المتبرع به كما تقدم .

ومنه يظهر وجه قول المصنف: (ومع الشك فيه وفى ارادة الاجرة يستحق الاجرة أيضاً) وذلك (لقاعدة احترام عمل المسلم) الذي استوفاه المالك ، فان كلا من الامر والاستيفاء يوجب الاجرة اذا لم يتبرع العامل ، فما ذكرناه من ان الاستيفاء يوجب البدل لامفهوم له، اذ ربما يكون أمر بدون استيفاء .

ومع ذلك عليه الاجرة، كما اذا قال: اكنس هذا المسجد ، فانه يستحق عليه الاجرة، وان لم يستوف الامر شيئاً، وقد ذكرنا في بعض مباحث [الفقه] عدم لزوم ان يدخل البدل فى كيس من خرج المثمن من كيسه ، وذكرنا انه، أما ان يدخل كيسه ، كما اذا أعطاه ديناراً ليعطيه خبزاً .

أو كيس ثالث كما اذا اعطاه ديناراً ليعطي للفقير خبزاً ، أو من كيس ثالث الى كيس رابع ، كما اذا أعطاه ديناراً ليصبغ ولده دار ولد المعطى ، واما له غرض في ذلك ، كما اذا اعطاه ديناراً ليكنس المسجد .

واذا قال : خذه قراضاً وتمام الربح لك فكذلك مضاربة فاسدة الا اذا علم انه اراد القرض ولولم يذكر لفظ المضاربة بأن قال : خذه واتجربه والربح بتمامه لى كان بضاعة

(واذا قال : خذه قراضاً وتمام الربح لك فكذلك مضاربة فاسدة) كما في القواعد والتذكرة وغيرهما ، وذلك لان من شرط القراض اشتراك الربح ، و حيث قد عرفت مقتضى القاعدة في عكس هذه المسألة، كان اللازم جريان ذلك التفصيل هنا ايضاً ، كما أشار اليه المستمسك قائلا : الكلام في المقامين من باب واحد ، وان عرفت الاشكال في أحكامه التي ذكرها في (المتحصل) ولما ذكرناه قال السيد البروجردى : ليس هذا من المضاربة أصلا كما مر ، فان قصد به تمليك العين كان قرضاً ، والا كان اهداءاً للربح اليه قبل وجوده وهو لايترتب عليه أثر .

أقول : نعم يمكن ترتب الاثر بأنه اذا أراد المالك أخذ الربح ، كان عليه ان يعطيه الاجرة ، لانه استوفى مالم يتبرع به العامل .

(الا اذا علم انه أراد القرض) قد تقدم ان الكلام ينبغي ان يكون في مقام الثبوت ، لاالاثبات .

(ولو لم يذكر لفظ المضاربة بأن قال: خذه واتجربه والربح بتمامه لي كان بضاعة) كما ذكره غير واحد كالشرائع والقواعد وغيرهما ، الا انه لابد من ارادتهم ما لو قصدا التبرع بعمل العامل ، والاكان اللازم اعطائه الاجرة ، لان المالك استوفى عملا لم يقصد العامل التبرع به ، فيشمله دليل الضمان مثل : لايتوى حق امرء مسلم، ولذا اشكل عليهم المستمسك بأن مقتضى استيفاء عمل المسلم ضمانه .

الا مع العلم بارادة المضاربة فتكون فاسدة ولوقال : خذه واتجر به والربح لك بتمامه فهو قرض

وكيف كان فالصور أربع . لانهما أما انيريدا المجانيةفلااجرة أوالاجرة فالاجرة، أوارادة المالكفقط المجانيةمع فهمالعامل ذلك، ومع ذلك عمل فلا اجرة ، اذ العامل بنفسهأهدر اجرتهباقدامه على ما طلب المالك مجانية عمله ، أو ارادة العاملفقط فلا اجرة ، لان العامل أهدر حق نفسه فلاحق لهفيالاجرة، وان اعطاها المالك اياه .

(الا مع العلم بارادة المضاربة فتكونفاسدة) لانه خلاف حقيقة المضاربة ان يكون كل الربحللمالك، وحيث قد تقدمالكلام فيمثل ذلك في أولالمسألة لم يكن داع الى تكراره .

ومنه يعلم الاشكال في اطلاق كلام المصنف : (ولو قال : خذه واتجربه والربح لك بتمامه فهو قرض) كما ذكره المحققوالعلامة وغيرهما ، والظاهران مرادهم ان مثل هذا الكلام يعطي فائدة القرض ، لانـه قرض ، لوضـوح ان القرض تمليكبعوض، وهذا لايلازمالتمليك، وبذااشكل عليهم مجمعالبرهان وتبعه المستمسك .

ولذا نزل الرياض كلامهم على ارادة ان اشتراط تمام الربح للعامل من أحكام القرض ، لانه قرض فعلا .

وكيف كان ، فمثل هذا الكلام على ثلاثة أقسام :

الاول : ان يريد المالك القرض ولا اشكال فيه .

الثاني : ان يريد الربح لهما ، لكن هو وهب حصته للعامل ، وقد تقدم ان مثل ذلك هبة غير لازمة ، فهو مثل ان يقول : كلما اثمرت اشجاري ، فهو

الامع العلم بارادة المضاربة ففاسد ومع الفساد في الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك وللعامل اجرة عمله الا مع علمه بالفساد

لك ، فانه لايوجب تملك الموهوب له لها، ولا يكون ذلك مضاربة لعدم جعل نسبة الربح لهذا وذاك مما لاتكون المضاربة الابه .

الثالث: ان يريد ملكية المالك للمال وانما كل الربح للعامل، وهذا كالثاني هبة غير ملزمة .

(الامع العلم بارادة المضاربة ففاسد) لما تقدم من ان مقوم المضاربة تقسيم الربح .

ومنه يعلم حال ما اذا قال: اتجر به والربح للفقراء أو للمساجد أو ما أشبه ذلك .

(ومع الفساد في الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك) قالوا الان الربح تابع للمال ، وفيه عدم تسليم ذلك ، بل الربح لكل من المالك والعامل بنسبة خاصة ، لان الربح تابع لهما ،فالمال وحده لايربح والعمل وحده لايثمر وانما الثمر نتيجة الامرين .

(و) بهذا ظهر الاشكال في قوله:(وللعامل اجرة عمله) اذ الاجرة لاتلاحظ النسبة ، اللهم الا ان يريد بالاجرة النسبة الواقعية ، ولكنه خلاف ظاهر مثل هذا الكلام .

هذا بالاضافة الى ما تقدم من انه اذا جعل تمام الربح للمالك في المضاربة الفاسدة ، وكان قصد احدهما المجانية لم يكن وجه لكون الاجرة للعامل .

(الامع علمه بالفساد) اذا علم بالفساد ولم يقصد المجانية لم يكن وجه لعدم الاجرة ، لانه لم يدخل على ان يكون عمله مجاناً والمالك لم يأمره بالعمل

مسألة ـ ٢٤ ـ لو اختلف العامل والمالك فى انها مضاربة فاسدة اوقرض اومضاربة فاسدة اوبضاعة ولم يكن هناك ظهور لفظى ولاقرينة معينة

مجاناً ، فلافرق بين العلم والجهل فى استحقاقه الاجرة ـ كما المع الى ذلك جماعة من المعلقين ـ ثم لو قال : خذه واتجربه والربح لك وربح أقل من اجرة المثل ، أو لم يربح أو خسر ، لم يكن المالك ضامناً للتفاوت فى الاول ولا للاجرة فى الاخرين ، اذ قد دخل العامل على ان لايكون لهشيء خارج الربح .

(مسألة ـ ٢٤ ـ لو اختلف العامل والمالك في انها مضاربة فاسدة أو قرض)فيما اذا كان هناك فائدة في الاختلاف المذكور ، كما اذا ربح وكانت الاجرة أقل من الربح ، الى غير ذلك . اذ لولا الفائدة لم يكن نزاع ، كما قرر فى (كتاب القضاء) .

(أومضاربة فاسدة أوبضاعة) كذلك (ولم يكن هناك ظهور لفظي ولاقرينة معينة) يتسالم عليه الطرفان ، اذ التسالم يوجب رفع الاختلاف ، أما اذا كان احدهما بدون تسالم الطرفين على قبوله، فلاوجه بارتفاع النزاع بمجرد الظهور أوالقرينة ، فان احدهما اذا سلم بالظهور ، أو القرينة ، لكنه ادعى ان الامر لم يكن حسب هذا الظاهر أوالقرينة كان نزاع ايضاً، فان النزاعات كثيراً ماتكون على خلاف الظهورات اللفظية أوالعقلية كظهور اليدفي الملكية ، ومع ذلك الطرف الخارج يدعى عدم تمامية يده ، بل قد ذكر جماعة منهم لوكان لهبيده ورقة بامضاء الطرف انه ابرئه أو وهبه، أوباعه أوما اشبه ذلك ،وادعى الطرف انه صحيح كون ذاك كتابته ، الاانه كتبه ليهب ، أويبيع بعدذلك سمع دعواه

فمقتضى القاعدة التحالف

لكثرة الكتابة قبل العمل، واحتمال كون الواقع كذلك في مورد الدعوى، وكان المصنف تبع في تقييده بـ(هناك) المسالك والجواهر .

وفيه ماتقدم الاإذا أرادا انه لو كان ظهور لم يكن نزاع بأن كان من باب السالبة بانتفاء الموضوع، وكان المعلقين الذين سكتوا على قيد المصنف ، لماذكرناه من (كان ..) .

أما قول المستمسك : ولعل مراد المصنف ان ذلك شرط في التحالف ومع الظهور اللفظي، أو القرينة يكون المورد من موارد المدعي والمنكر، لانه لاتسمع دعوى الخلاف ـ انتهى .

ففيه : ان التحالف لايلازم عدم الظهور ، بل الظهور يكون حينئذ مؤيداً هذا بالاضافة الى ان الظاهر من كلام المسالك ـ الذي تبعه المصنف حسب الظاهر ، والاكان له ذكر الادعاء والانكار ـ انه يرفع النزاع مطلقاً مع الظهور لانه قال : ضرورة عدم وجه لمن يدعى خلاف الظاهر بلاقرينة، والالزم من ذلك فساد كثير .

(فمقتضى القاعدة التحالف،) وانما كان التحالف، لان كلا منهما يدعى أمراً خلاف الاصل ، فان المضاربة الفاسدة والقرض والبضاعة كلها خلاف الاصل والملاحظ في اجراء أحكام الدعوى مصب النزاع الذي يفرغ كل طرف دعواه عليه ، وليس الملاحظ الغرض المقصود من الدعوى ـ وان جعله المستمسك مقتضى التحقيق .

ولذا اذا قال احدهما: انه يطلب الطرف مالا، يختلف (في سير النزاع) جواب الطرف ، فان قال : (اني بريء) كان منكراً ، وكان الاصل معه ، وان قال : (اديت طلبه) كان مدعياً ، وكان الاصل مع الطرف ، مع ان الغرض المقصود

من الدعوى لايختلف في المقامين ، فان جوهر النزاع في انه هل يؤدى الطرف مالا أولا ؟ وكذلك اذا قال الرجل : هوزوجتي ، وقالت : هي (لست زوجته) أو (طلقنى) فان في الاول يكون الرجل مدعياً .

وفي الثاني منكراً ، مع ان الغرض المقصود من الدعوى جواز مباشرتها مباشرة الازواج وعدمه الى غيرذلك من الامثلة .

وقد ذكر الفقهاء في (كتاب القضاء) أمثلة جوهرها واحد ، لكنها تختلف من حيث سير القضاء في الذي ينطبق على اطراف النزاع من الصفات، وذكروا هل يجوز للحاكم تعليم بعضهم كيفية تقرير الدعوى بما ينجحه فى النزاع ؟ وبناءاً على ماذكرناه من كون المعيار مصب الدعوى ، فللمسألة صور:

الاولى : اذا ادعى المالك القرض وادعى العامل المضاربة الفاسدة، (وذلك لان المالك يريد التخلص من الاجرة ، حيث ان القرض لااجرة على المالك فيه ، بخلاف المضاربة الفاسدة، حيث على المالك اجرة عمل العامل، أوليست خسارة المال على المالك في القرض بينما خسارته على المالك في المضاربة) كان من مورد التحالف ، لان كلا الامرين خلاف الاصل .

الثانية : اذا ادعى المالك المضاربة الفاسدة، وادعى العامل القرض (لان المال ربح ربحاً أكثر من الاجرة، فالمالك يريد الربح واعطاء الاجرة والعامل يريدان يكون كل الربح له لانه قرض) .

ففي بعض الحواشي : الظاهر ان الحلف يتوجه الى المالك لانكاره القرض وليس في دعواه المضاربة الزام للعامل بشيء ليتوجه الحلف اليه ايضاً، وفيه ان في دعواه المضاربة الفاسدة الزام للعامل، حيث ان المضاربة الفاسدة تعطي كل الربح للمالك ، ويعطى المالك الاجرة للعامل ، والاجرة أقل من الربح ، حسب القرض فقوله:(ليس الزام)محل نظر، هذا بالاضافة الى ان صيغة الدعوى

التي هي المعيار ـ على ما تقدم ـ مختلفة، مما لا يجعل احدهما مدعياً والاخر منكراً، بل كل واحد مدع خلاف الاخر ، وهذا هو ميزان التحالف على ما ذكر في (كتاب القضاء) .

وبذلك ظهر وجه النظر في قول السيد البروجردى ، حيث قال : العامل في كلتيهما لا يضمن المال ، ولا له شيء من الربح ، وانما يكون له الاجرة في الاولى مع جهله بالفساد أو مطلقاً وفى الثانية مع عدم تبرعه ، فعلى هذا لا الزام في شيء منهما الان يحرر المالك دعواه على وجه لا يستحق العامل معه الاجرة على عمله فتكون ملزمة ويحلف العامل على نفيها فيحكم له بالاجرة ولا تحالف على الاصح ـ انتهى .

وجه الظهور ان العامل في صورة القرض ـ حيث يدعيه ـ يملك كل الربح فكيف يقال ليس له شيء من الربح هذا بالاضافة الى انه لو ثبت علمه بالمضاربة الفاسدة وجهل المالك بها كان ضامناً للمال، حيث يشمله دليل اليد ، فاطلاق قوله: لا يضمن المال. محل منع، الى ذلك من موارد النظر في كلامه، كما يظهر بعضها مما سيأتي .

أما قول السيد الجمال في تعليقه : ويحكم حينئذ فى الصورتين بكون الربح للمالك، واستحقاق العامل اجرة عمله ، ففيه مواضع نظر . اذ أولا: لا اطلاق لما اطلقه، فأنه قد لا يكون ربح، وقد يكون خسران، فليس كل فروض المسألة فيها ربح حتى يطلق ان الربح للمالك .

وثانياً: لا اجرة للعامل اذا ثبت علمه بالمضاربة الفاسدة، اذ لا يحق له التصرف فى مال المالك بعد هذا العلم ـ والحال ان اذن المالك كان مقيداً بالمضاربة الصحيحة ـ فان احترام عمل المسلم انما هو اذا لم يهدر هو عمله (كما تقدم فى المسألة السابقة) .

وثالثاً : ماسبق ان ذكرناه من ان الربح وليد رأس المال والعمل فاللازم

ان يقسم بينهما بنسبة عادلة (غير مجحفة) والاجرد غير النسبة ، كما هوواضح فيما كان الربح كثيراً، مثلا: عمل شهراً واجرته مائة، بينما نسبة الربح تقتضى الالف مثلا، وقد ذكرنا فى كتاب: (الفقه ـ الاقتصـاد) لزوم عدم الاجحاف كما ذكره على عليه السلام فى موضعين من نهج البلاغة .

الصورة الثالثة: ان يختلفا فى انها مضاربة فاسدة أوبضاعة، فالمالك يقول انها بضاعة حتى يكون كل الربح له بدون اجرة للعامل ، والعامل يقول : انها مضاربة فاسدة يكون كل الربح له باستثناء اجرة العامل، ومقتضى القاعدة هنا التحالف لما عرفت ان المعيار مصب الدعوى، لاالغرض المقصودمنها .

ومنه يعلم وجه الاشكال فى تعليق ابن العم ، حيث قال : الصورة الثانيـة ليست مورداً للتحالف. لعدم دعوى ملزمة الابالتأويل ـ انتهى .

كيف والعامل يريد الاجرة ، والمالك يـريد عدم اعطائها له فانـهما لو صبا النزاع هكذا كان العامل مدعياً والمالك منكراً ولوصباها بضاعة ومضاربة كان مـن موارد التحالف ، وقد عرفت ان الاعتبـار بالمصب لابالمقصود الائل اليه النزاع .

ومنه يظهر وجه النظر فى كلام المستمسك حيث قال: واذا ادعى المالك البضاعة، وادعى العامل المضاربة الفاسدة، فقد اتفقا على كون الربح للمالك ويكون الخصام بينهما فى ان العامل يستحق على المالك الاجرة أولا، فالمالك يدعى انهابضاعة مبنية على المجانية والعامل يدعى المضاربة الفاسدة الموجبة لاستحقاق الاجرة فأستيفاء عمل العامل الموجب للضمان حاصل على كل حال ويدعى المالك التبرع، وينكر العامل ذلك.

الصورة الرابعة: عكس الصورة الثالثة بأن ادعى العامل البضاعة والمالك المضاربة الفاسدة، وهذا النزاع يكون لامرين :

وقد يقال: بتقديم قول من يدعى الصحة وهو مشكل، اذ مورد الحمل على الصحة ما اذا علم انهما اوقعا معاملة معينة واختلفا فى صحتها وفسادها لا مثل المقام الذى يكون الامر دائراً بين معاملتين احديهما صحيح

الاول: الواقعية، حيث يعتقد كل صحة مايقوله .

الثانى :الاثار الخارجية ،كما اذا كان الظالم يأخذ من الاموال التى تجعل فى البضاعة ضريبة والمالك يريد الفرار من ذلك مثلا، أوأن العامل لايريد أخذ الاجرة لانه يراه نوع منة من المالك عليه أوأن العامل اذا ثبت انه عمل مضاربة لم يعط من الاموال المقررة للعاطلين الذين لاحق لهم فى عمل، بينما اذا كان الامر بضاعة اعطى من تلك الاموال .

وكيف كان ، فاذا تحقق هناك نزاع شرعى كان من موارد التحالف ايضاً، واذا تم التحالف ، كان اللازم اعطاء العامل الاجرة ، واذا لم يقبل كانت من مجهول المالك الذي يقسم بينهما، أويرجع بها الى بيت المال، كما اذاقال احدهما: هذا لك، وقال الاخر: بل لك، والله سبحانه العالم .

(وقد يقال: بتقديم قول من يدعى الصحة) كما فى المسالك، وذلك لان الاصل فى العقود الصحة، وهو أصل ثانوى مقدم على أصل الفساد الذي هو أصل اولي . كما قرره الشيخ فى المكاسب وغيره فى غيره .

(وهو مشكل ، اذ مورد الحمل على الصحة ما اذا علم انهما أوقعا معاملة معينة) كالمضاربة .

(واختلفا فى صحتها وفسادها،) فأن دليل الاصل الثانوى المقتضى للصحة يشمله (لا مثل المقام الذى يكون الامر دائراً بين معاملتين احديهما صحيح

وعلى الاخرى باطل نظير ما اذا اختلفا فى انهما أوقعا البيع الصحيح أو الاجارة الفاسدة مثلا و فى مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف واصالة الصحة لاتثبت كـونه بيعاً مثلا لااجارة أو بضاعة صحيحة مثلا لامضاربة فاسدة .

وعلى الاخرى باطل) فأنه مورد التحالف سواء كانامن جنس واحد .

(نظير) ماإذا اختلف الزوجان ان العقد دائم ليكون باطلا، حيث للزوج أربع نسوة، أومنقطع ليكون صحيحاً لان الانقطاع لاينافى ذلك ومن الواضح ان الدوام والمتعة من جنس واحد، أومن جنسين، مثل (ماإذا اختلفا فى انهما أوقعا البيع الصحيح أوالاجارة الفاسدة مثلا) أوأختلفا فى الاجارة الصحيحة والبيع الفاسد مثلا.

(وفى مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف) وقد ظهر مما تقدم عدم صحة أشكال المستمسك فيه فراجع.

(واصالة الصحة لاتثبت كونه بيعاً مثـلا لااجارة) أوبالعكس في العكس (أو بضاعة صحيحة مثلا لامضاربة فاسدة) لانذلك خارج عن مجرى الاصل.

ومما تقدم ظهر الكلام فى سائر صور الاختلاف، كما اذا قال: اعطيـته بدل ايجار داره، أوسلعته التى اشتريتها منه، أوبدل رهن داره أوما أشبه ذلك وقال: بل قرضاً، أومضاربة، أو بضاعة أوما أشبه ذلك، فان أمثال هذه المقامات من التداعي الموجب للتحالف .

مسألة ـ ٢٥ ـ اذا قال المالك للعامل خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا صح ، و لكل منهما النصف واذا قال : ونصف الربح لك فكذلك

(مسألة ـ ٢٥ ـ اذا قال المالك للعامل : خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا صح) بلا اشكال ولاخلاف ، كما يظهر من كلماتهم بل ظاهر المسالك وغيره الاتفاق عليه .

(و) هل (لكل منهما النصف) كما صرح بذلك غير واحد ، لانه المنصرف من بيننا ، أو بالنسبة المعقولة؟ الظاهر الثاني ، لوضوح ان لكل من رأس المال والعمل نسبة خاصة من الربح اذا لم تكن هناك ارادة منهما لغير تلك النسبة ، ولو كان الانصراف سبباً للتنصيف ، اذا الارادة قد يصرح بها وقد توكل الى الانصراف ، ومن المعلوم ان النسبة تختلف من زيادة المال وقلته ، ومن زيادة نشاط العامل وقلته ، ومن تعدد المالك أو العامل أو كليهما ووحدتهما ، فاذا كان هناك عاملان كان نصيب المالك أقل ، بينما اذا كان المالك متعدداً كان نصيب العامل أقل وهكذا .

(واذا قال : ونصف الربح لك فكذلك) هذا مما لااشكال فيه ولا خلاف ، وتقتضيه القاعدة ، لان العقود تتبع القرار ، اللهم الا اذا كان اجحاف ، حيث انه منهي عنه ، كما في كلام الامام عليه السلام في كتابه الى الاشتر ، وفي غيره ، والاجحاف انما يتحقق اذا كانت النسبة أقل من النصف لاحدهما بمالا يتسامح به عرفاً ، ولم يكن صاحب النصف مطلعاً على ذلك ، مثلا : عامل عمل مائة يوم كل يوم بدينار وجمعه ويكون اذا اشترى به داراً كانت اجارة الدار كل يوم بدينار ، ومعنى ذلك ان اجرة كل يوم تعطى عشرة أفلس ربحاً (حيث ان الدينار ألف فلس) فاذا اعطى هذا المالك المائة لعامل فعمل فيها خمسين يوماً وصار

مجموع رأس المال والربح عنده (مأتين وخمسة وعشرين ديناراً) كان لازم ذلك ان المائة دينار رأس المال ربح كل يوم ديناراً ، (لفرض ان اجرة الدار لخمسين يوماً خمسون ديناراً) وان اجرة العامل لخمسين يوم عمله (خمسون ديناراً) وربح خمسينه (خمسة وعشرون ديناراً) لفرض ان كل دينار يربح (عشرة افلس) فاللازم تقسيم الربح الصافي الذي هو (مائة وخمسة وعشرون ديناراً) بين المالك والعامل ، فللمالك خمسون ديناراً (علاوة على مائة) وللعامل (خمسون) لكل يوم دينار و (خمسة وعشرون) أرباح الخمسين ، اذ كما (لمائة المالك) في كل يوم دينار كذلك (لخمسين العامل) في كل يوم نصف دينار ، وهذا هو مقتضى النسبة التي ذكرناها ، فاذا وزع الربح ، اى (مائة وخمسة وعشرون) كما قال المصنف ، تبعاً للمشهور من التنصيف ، كان معناه ان للمالك اثنين و ستين ونصف دينار ، و للعامل بقدر ذلك ، والحال ان المالك أخذ (اثنى عشر ونصفاً) أكثر من حقه ، والعامل نقص من حقه (اثنى عشر ونصف) .

ولا يخفى ان المثال تقريبي ، والا فاللازم ملاحظة أرباح خمسينه يوماً فيوماً لان مائة المالك مجتمعة ، أما خمسون العامل ، فانه ليس مجتمعاً ، بل يحصله و يستربحه يوماً فيوماً .

و كيف كان ، فاذا أقدم العامل على ذلك لم يكن به بأس أما اذا لم يعلم بهذا النقص كان اجحافاً بحقه ، كما قالوا مثل ذلك في باب الغبن ، حيث للمغبون الخيار اذا كان جاهلا بالغبن حين المعاملة ، وان شئت قلت : في المقام ان العامل غبن ، وان لم يتعمد غبنه المالك ، فله حق أخذ مقدار حقه ، كما اذا غبن الاجير في سائر انحاء الاجارة .

ومما تقدم ظهر حال ما اذا كان رأس المال أكثر من مائة ، أو اقل من مائة وقد فرض ان العامل عمل فيه خمسين يوماً مثلا ، حيث ان لكل من العامل و

بل وكذا لو قال: ونصف الربح لي فان الظاهر ان النصف الاخر للعامل ولكن فرق بعضهم بين العبارتين وحكم بالصحة في الاولى لانه صرح فيها بكون النصف للعامل ، والنصف الاخر يبقى له على قاعدة التبعية بخلاف العبارة الثانية ، فان كون النصف للمالك لاينافي كون الاخر له ايضاً على قاعدة التبعية .

المالك نسبة خاصة من الربح اذا تعدى احدهما على الاخر بأخذ الازيد من تلك النسبة كان اجحافاً ان لم يعلم به الطرف الذي أخذ أقل من حقه ـ النسبي ـ.

(بل وكذا لو قال : ونصف الربح لي فان الظاهر ان النصف الاخر للعامل ولكن فرق بعضهم) كالشرائع (بين العبارتين وحكم بالصحة في الاولى لانه) كما علله المسالك (صرح فيها بكون النصف للعامل ، والنصف الاخر يبقى له على قاعدة التبعية)حيث ان الربح تابع للمال .

أقول : لكنا ذكرنا سابقاً الاشكال في هذه القاعدة ، لان الربح وليد المال والعمل ، فجعله تابعاً للمال ، خلاف القاعدة ، واناوان لم نقل بأن الربح تابع للعمل ، كما ذهب اليه بعض الاقتصاديين ، الاانا لانقول بالتبعية للمال ايضاً ، كما هو المشهور بين الفقهاء .

(بخلاف العبارة الثانية ،فان كون النصف للمالك لاينافي كون الاخر له ايضاً) اذ عدم كونه للمالك من باب مفهوم اللقب ، وهو ليس بحجة ، فعدم ذكر حال النصف الاخر يقتضي كونه للمالك ايضاً (على قاعدة التبعية) ولذا تكون المضاربة باطلة ، كما في المسالك، حيث قال: الاجود البطلان، وقال في القواعد: بطل على اشكال ، حيث لم يذكر حق العامل ، فهو مضاربة فاسدة .

فلا دلالة فيهاعلى كون النصف الاخر للعامل ، وانت خبير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الاخر للعامل .

مسألة ـ ٢٦ ـ لافرق بين ان يقول : خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه اوقال : خذه قراضاً ولك ربح نصفه فى الصحة والاشتراك فى الربح بالمناصفة وربما يقال : بالبطلان فى الثانى بدعوى ان مقتضاه كون ربح النصف الاخر بتمامه للمالك .

(فلادلالة فيها) اى فى العبارة الثانية (على كون النصف الاخر للعامل) هذا (وانت خبير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الاخر للعامل) فلذا الاوجه للفرق بين العبارتين ، ولاللقول ببطلان الثانية، ولذا جعل الصحة فى الجواهر واضحاً .

نعم ، ان قال المالك : انه لم يرد المفهوم فى الثانية، وانما أراد المنطوق فقط حيث سكت عن النصف الثانى ، كان مقتضى القاعدة البطلان ، بل هو كذلك فى العبارة الاولى ايضاً، اذ قدتقدم لزوم ان يكون للعامل حصة وللمالك حصة .

(مسألة ـ ٢٦ ـ لافرق بين ان يقول :خذهذاالمال قراضاً ولك نصف ربحه أو قال : خذه قراضاً ولك ربح نصفه في الصحة) لوضوح مقدار الربح الذى لكل منهما في العبارتين .

(والاشتراك فى الربح بالمناصفة) حسب العقد المقرر بينهما ، و هذا هو الذى اختاره الشرائع والقواعد ، بل فى المسالك انه المشهور .

(وربمايقال :)والقائل الشيخ في أحدقوليه(بالبطلان في الثانى بدعوى) امور:

الاول : (ان مقتضاه كون ربح النصف الاخر بتمامه للمالك) مع ان مقتضى

وقد يربح النصف فيختص به احدهما أو يربح اكثر من النصف فلا تكون الحصة معلومة ، وايضاً قد لايعامل الا فى النصف ، وفيه ان المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا اشكال .

المضاربة الاشتراك في كل جزء من الربح ، وفى الفرض ، لااشتراك كذلك ، لان ربح أحد النصفين للعامل ، وربح النصف الاخر للمالك .

أقول : اذا كانت المعاملة مضاربة عقلائية ، لم يكن بذلك بأس ، و يشمله اطلاق دليل المضاربة ، و عدم شمول بعض الادلة له ، غير ضار ، اذ لا دلالة لتلك الادلة على بطلان ماعدا تلك الصورة التي اشتملت عليها تلك الادلة ، فتأمل .

الثاني : (وقد يربح النصف فيختص به احدهما) بلا اشتراك بينهما مع ان المضاربة يلزم ان تكون ربحها مشتركاً بينهما .

الثالث : (أو يربح اكثر من النصف فلا تكون الحصة معلومة) فيكون ربح النصف الاخر أقل ، فلاتكون النسبة معلومة مع لزوم ان تكون النسبة معلومة ، ولم يذكر المصنف (أقل من النصف) للتلازم بين أكثرية أحد النصفين وأقلية النصف الاخر .

الرابع : (وايضاً قد لايعامل الا فى النصف) فمقتضى المضاربة ان يكون ربح هذا النصف ، بينهما لان يكون لاحدهما .

(وفيه) ما أشار اليه المسالك بان الاشارة ليست الى نصف معين . بل الى مبهم ، فاذا ربح أحد النصفين فذلك الذى ربح هو المال والذي لم يربح لااعتداد به ، وتبعه المصنف وغيره بقوله : (ان المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا اشكال) نعم اذا اريد بـ (لك نصف ربحه) النصف الخاص خارجاً لم يصح ،

مسألة ـ ٢٧ ـ يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل مع اتحاد المال او تميز مال كل من العاملين ، فلو قال : ضاربتكما ولكما نصف الربح صح ، وكانا فيه سواءاً .

ولعل الشيخ أراد ذلك . ولذا قال السيد ابن العم : الظاهر بطلان المضاربة بالعبارة الثانية، الا اذا اريد بها المعنى الاول ـ انتهى .

وعلي هذا ، فصور النصف ثلاثة : المبهم والذى يسمى بالكلي في المعين وهذا باطل ، والمعلوم خارجاً، هذا باطل ، وعلى نحوا الكسر المشاع وهذا صحيح ، والفرق بين الاول ، والثالث هو الفرق في مسألة بيع اطنان القصب فاحترق بعضه ، كماذكره الشيخ(ره) في المكاسب ، ولذا يشكل على الجواهر وغيره فى تخصيصهم الصورة الباطلة بما اذا عين النصف المضاف اليه ربح العامل ، اذ قد عرفت بطلان صورتين ، لاصورة واحدة.

(مسألة ـ ٢٧ ـ يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل مع اتحاد المال أو تميز مال كل من العاملين) وذلك، لاطلاق الادلة ، وقد صرح غير واحد بالوحدة والتعدد في كل من المالك والعامل ، و عليه فالصور ثمان : لان المالك أما واحد أو متعدد ، وعلى كل ، فالعامل أما واحد أو متعدد وعلى كل فالمال أما مع التميز أو بلا تميز .

ومنه يعلم صحة ان يأخذ البنك المال من جماعة ويجعلها في التجارة ويعطي الربح لهم بالنسبة حسب الحصص ، لكن لايخفى انا ذكرنا في كتاب(الفقه ـ الاقتصاد) ان البنك لاحق له في أخذ أكثر من جهده الفكري و العملي ، بل اللازم تقسيم الارباح بدون ان يكون هناك اجحاف .

(فلو قال: ضاربتكما ولكما نصف الربح صح،وكانا فيه سواء) لكل نصف

ولو فضل أحدهما على الاخر صح ايضاً وان كانا في العمل سواءاً .

النصف اذا كان العرف يرى ذلك بأن كان كم العمل و كيفه متساوياً ، أما اذا لم ير العرف ذلك تبعاً لاختلاف كم العمل و كيفه ، كان اللازم التقسيم بالعدل لا بالاستواء .

وبما ذكرناه يظهر ان المراد بالشركة في عمل المضاربة عمل كل منهما في جميع المال منضماً أو مستقلا ، لكن كلما عمل احدهما يكون الاخر في ربحه شريكاً ، فلا يقال لا وجه لاشتراك غير العامل في ربح العامل ، فان المتعارف ان المالك يعطي مقداراً من النقد لاثنين ليفتحا دكاناً ويشتركان في البيع والشراء وما اشبه ، وأخير السنة يحسب المال ، فكلما كان ربح يكون بين الثلاثة حسب نسبة مجعولة ويكفي في صحة ذاك الصدق والسيرة ، فيشمله اطلاق أدلة المضاربة وكذلك العكس ، حيث يعطي نفر ان رأس المال لانسان واحد سواء جمعهما واشترى بهما البضائع ، او اشترى بهذا المال شيئاً وبالمال الاخر شيئاً آخر .

ومنه يعلم انه لا وجه لتأمل بعض المعلقين فيما كان المقصود جواز العمل لكل منهما في جميع المال منضماً أو مستقلا ، لكن كلما عمل احدهما يكون الاخر في ربحه شريكاً .

(ولو فضل أحدهما على الاخر صح ايضاً) و في المسالك انه صحيح عندنا لكن يجب ان يقيد ذلك بما تقدم من عدم الاجحاف ، لما عرفت من وجهه .

(وان كانا في العمل سواءاً) لاجل تفاوتهما في الذكاء أو ما أشبه ذلك مما يوجب التفاوت في المعاملة .

فان غايته اشتراط حصته قليلة لصاحب العمل الكثير ، وهذا لا بأس به ويكون العقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين .

(فان غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير ، وهذا لا بأس به) اذا لم يكن اجحافاً ، والا كان به بأس ، حيث ان الشارع منع عنه ، الا اذا اقدم نفس العامل بدون كره شخصي، أو كره اجوائي ، فان له الحق في ذلك حيث يدل عليه تسلط الناس على أنفسهم وأموالهم ، ولا يخفى انه ربما لايكون اجحافاً ، وان كان العمل متساوياً من جميع الجهات اذا كانت الزيادة للطرف الاخر العامل معه تفضلا ، كما اذا كانت اجرة العامل ديناراً في كل يوم ، و كان ربحه من المضاربة ديناراً ونصفاً حسب المقرر، بينما ربح العامل الاخر دينارين ـ حسب المقرر من التفاوت بينهما ـ فانه لا اجحاف في حقه ؛ وانما تفضل على الاخر .

(ويكون العقد الواحد) بين المالك والعاملين (بمنزلة عقدين مع اثنين) فكما يجوز جعل الربح متفاوتاً في عقدين يجوز جعله متفاوتاً في عقد ـ لكن لايخفى ان العقدين ايضاً كذلك، اي لايجوز الاجحاف في احدهما ، لاطلاق دليل المنع عن الاجحاف ـ والله العالم .

هذا ولكن ، قد يكون هناك عقد واحد وقد يكون عقدان في صورة عقد واحد ، اي قد يلفظ الانسان لفظ عقد ، ويقصد عقدين مثله مالو تزوج زوجتين بلفظ زوجتكما أو طلقهما بلفظ طلقتكما، حيث انهما نكاحان وطلاقان، وان جيء بلفظ واحد ؛ وقد يقصد عقداً واحداً، كما اذا باع داره وبستانه صفقة واحدة ، وتظهر الثمرة في مثل خيار تبعض الصفقة وخيار العيب وما أشبه، فان الدار اذا كانت معيبه ، أو كان بعضها للغير ، فان المشتري له حق رد الجميع اذا كان عقداً واحداً

ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف وقارض الاخر في النصف الاخر بربع الربح ولامانع منه وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل بان كان المال مشتركا بين اثنين فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلا متساوياً بينهما ، أو بالاختلاف بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف ، وفي حصة الاخر بالثلث أو الربع مثلا

وليس له رد البستان اذا كان عقدين في صورة عقد واحد .

أما كيف يكون عقدين أو عقداً ، فهو بدليل كون العقود تتبع القصود بالاضافة الى انه أمر عقلائي ، والشارع لم يردع عنه ، بل اطلاقات الادلة تشمل كلا الامرين .

ومنه يعلم ان الصورة ليست خاصة بما ذكره المصنف بقوله (ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف وقارض الاخر في النصف الاخر بربع الربح ولامانع منه) وفي المسالك ان ذلك جائز اتفاقاً ، والفرق بين كونه قراضاً واحداً ، أو قراضين ان احدهما لو كان مغبوناً حق له الفسخ في قراضه فقط ، ولايحق للاخر الفسخ لانهما قراضان ، بخلاف ما اذا كان قراض واحد فانه اذا فسخ انفسخ الكل ـ فيما لو كان القراض بنفسه لازماً من جهة شرط لزومه في ضمن عقد آخر ـ .

وكذلك في حق فسخ المالك اذا ظهر غبنه في احدهما ، وكذلك اذا شرط احدهما على الاخر شرطاً ، و لم يف الطرف بالشرط ، الى غير ذلك .

(وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل بأن كان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلا متساوياً بينهما ، أو بالاختلاف بان يكون في حصة أحدهما بالنصف ، وفي حصة الاخر بالثلث أو الربع مثلا)

وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال بأن يكون مال كل منهما ممتازاً وقارضا واحداً مع الاذن فى الخلط مع التساوى فى حصة العامل بينهما ، أو الاختلاف بأن يكون فى مال أحدهما بالنصف ، وفى مال الاخر بالثلث أو الربع .

مسألة ــ ٢٨ ــ اذا كان مال مشتركا بين اثنين فقارضا واحداً واشترطا له نصف الربح وتفاضلا فى النصف الاخر بان جعل لاحدهما أزيد من الاخر مع تساويهما فى ذلك المال

والكلام في عدم الاجحاف، وفي كونه عقداً واحداً أو عقدين في لفظ عقد واحد كما سبق في عكسه .

(وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال بأن يكون مال كل منهما ممتازاً و قارضا واحداً مع الاذن في الخلط) بل وبدونه ايضاً ، كما اذا كان لكل الف وجعلا في دكانين واخذ يعمل هذا في هذا الدكان مرة ، وفي الدكان الثاني مرة ، وهكذا العامل الثانى والحاصل يجعلانه في البنك ، اذ لادليل على لزوم الخلط .

(مع التساوى فى حصة العامل بينهما ، أو الاختلاف بأن يكون في مال أحدهما بالنصف ، وفي مال الاخر بالثلث أو الربع) الى غير ذلك من الصور المتصورة .

(مسألة ــ ٢٨ ــ اذا كان مال مشتركا بين اثنين فقارضا) عاملا (واحداً واشترطا له نصف الربح وتفاضلا في النصف الاخر بأن جعل لاحدهما أزيد من الاخر مع تساويهما في ذلك المال) كما اذا كان المال المشترك بينهما ألفاً لكل خمسمائة

أوتساويا فيه مع تفاوتهما فيه فان كان قصدهما كون ذلك النقص على العامل بالنسبة الى صاحب الزيادة بأن يكون كأنه اشترط على العامل في العمل بما له أقل مما شرطه الاخر له ، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته ، وشرط له صاحب

واعطياه لزيد ليستربح ، والربح يقسم نصفه للعامل ونصفه لهما لاحدهما ثلث النصف ، وللاخر ثلثاه ، فمن الربح ثلاثه للعامل ولاحدهما واحد ، وللثاني اثنان .

(أوتساوياً فيه) فى الربح (مع تفاوتهما فيه) فى المال المشترك بأن كان الالف رأس المال لاحدهما منه سبعمائة وخمسون ، وللاخر مائتان وخمسون، فجعل للعامل نصف الربح ، ولكل منهما نصف الباقي، اى واحد ونصف من الثلاثة، وعليه تكون كل صور المسألة خمسة : لان رأس المال، أما متساوى بينهما، أومختلف، والاول له صورتان: لانه أما يجعل الاختلاف في الربح، أو التساوى، والثانى له ثلاث صور: لانهما أمايتساويان في الربح، أو يختلفان، و الاختلاف أما ان يكون بكون الزائد من الربح لمن زاد رأس ماله والناقص للناقص، وأما عكسه بأن يكون الزائد للناقص والناقص للزائد.

(فان كان قصدهما كون ذلك النقص على العامل بالنسبة الى صاحب الزيادة) والمراد بالقصد القصد الذى صب عليه المعاملة، والا فالقصد الخارج عن ذلك لااعتباربه، اذ العقود تتبع القصود.

(بأن يكون كأنه اشترط على العامل فى العمل بماله أقل مما شرطه الاخر له،) وذلك (كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته ، وشرط له صاحب

النقيصة ثلثى ربح حصته مثلا مع تساويهما فى المال فهو صحيح لجواز اختلاف الشريكين فى مقدار الربح المشترط للعامل وان لم يكن النقص راجعاً الى العامل بل على الشريك الاخر بأن يكون

النقيصة ثلثي ربح حصته مثلا مع تساويهما فى المال فهو صحيح) لاطلاق الادلة ، كما اذا كان لهما ألف لكل واحد خمسمائة وربح ستمائة و شرط أحدهما له ثلث ربح حصته، اى (مائة من ستمائة) وشرط الاخر له ثلثي ربحه اى (مأتين) فأن شارط الثلث أخذ أكثر الربح ، وشارط الثلثين أخذ أقل الربح.

وبذلك يعلم ان اللازم بقاء شيء للمالك ، والا بطلت المضاربة بالنسبة اليه، كما اذا كان الالف لمحمد وعلى، بأن كان لمحمد ثلاثة أرباعه، ولعلي ربعه وشرطا له نصف الربح على كل نصف ما يأخذه العامل وفرض ان الربح كان ستمائة ، فأن المضاربة باطلة بالنسبة الى علي ، حيث ان ربح ربعه مائة وخمسون وقد فرض ان العامل جعل له على كل منهما ربحاً مساوياً، فعلى علي تمام ربحه بينهما على محمد ثلث ربحه، اذ محمد ربح أربعمائة وخمسون و علي ربح مائة وخمسون .

ثم ان المصنف علل الصحة بقوله: (لجواز اختلاف الشريكين فى مقدار الربح المشترط للعامل) والظاهر انه أراد دخول المضاربة المذكورة في اطلاق الادلة، لانه اراد تعليل الصحة بذلك حتى يرد عليه اشكال المستمسك بأن التعليل أشبه بالمصادرة .

(وان لم يكن النقص راجعاً الى العامل بل على الشريك الاخر بأن يكون

المجعول للعامل بالنسبة اليهما سواء ، لكن اختلفا فى حصتهما بأن لايكون حسب شركتهما فقد يقال فيه بالبطلان لاستلزامه زيادة لاحدهما على الاخرمع تساوى المالين .أوتساويهما مع التفاوت فى المالين بلاعمل من صاحب الزيادة لان المفروض كون العامل غيرهما

المجعول للعامل بالنسبة اليهما سواء، لكن اختلفا فى حصتهما بأن لا يكون حسب شركتهما) كمااذا كان من ألف رأس المال لمحمد ثلاثة أرباعه ولعلي ربعه، وربح الفاً، وقررا ان يكون للعامل ربع الربح (اى مائتان وخمسون) على التساوى نصفه على محمد ، ونصفه على علي مع العلم ان النسبة تقتضي ان يكون على محمد (مائتان) وعلى علي (خمسون) فان معنى التساوى ان محمداً صاحب الربح الاكبر أخذ من علي (٧٥) حيث كان المقرر ان يعطي(٢٠٠) فأعطى (١٢٥) .

(فقد يقال فيه بالبطلان) القائل المبسوط وجامع الشرائع وتوقف فيه فى التحرير على ما حكى عنهم (لاستلزامه زيادة لاحدهما على الاخر مع تساوى المالين) اي انه أخذ اكثر من ربحه .

(أوتساويهما) فى الربح (مع التفاوت فى المالين) وهذا الثانى ـ أوتساويهما ـ هو الذي ذكرنا مثاله فى ربح الالف للالف ومثال الاول (اى زيادة لاحدهما) واضح ايضاً .

(بلا عمل من صاحب الزيادة) اى الذي أخذ الازيد (لان المفروض كون العامل غيرهما) وهو الشخص الثالث العامل. .

ولايجوز ذلك فى الشركة ،

(ولايجوز ذلك) أخذ الزيادة الخارجة من ربح الشريك الاخر (فى الشركة) لايخفى ان التعليل غير تام، بل اللازم ان يعلل بأنه لا يجوز جعل حصته من ربح المضاربة للاجنبى، حيث ان النقص على الشريك الاخر فى المضاربة (حسب الفرض) والربح يلزم أن يكون بين المالك والعامل فأذا أخذ محمد شيئاً من ربح على (كما فى المثال المتقدم) فقد جعل ربح مال على ثلاثة أقسام: قسم لعلى، وقسم لعامله، وقسم للاجنبى .

ثم هل جعل حصة من الربح للاجنبى فى المضاربة صحيح؟ قولان :

الاول: عدم الصحة لقوله عليه السلام: (والربح بينهما).

والثانى: الصحة، لان كون الربح بينهما مقتضى اطلاق العقد، لامقتضى العقد بنفسه ، وليس مخالفاً للكتاب والسنة ، وعليه فالظاهر انه لابأس بهذا الشرط، ولذا قال فى المستمسك: بل له ان يشترط على أحد الشريكين شروطاً تعود فائدتها الى الشريك الثانى لاغير اذا كان لايقبل المضاربة الابذلك، فاذا قال: لااضارب بمالى الااذا زوجني الشريك جاريته فحينئذ يصح للعامل الذى يريد المضاربة ان يشترط على أحد الشريكين ان يزوج جاريته شريكه الاخر كي يتمكن من المضاربة بالمال ، ولايجوز ان نقول : ان هذا الشرط قائم بين الشريكين، ولا دخل للعامل فيه ـ انتهى .

ومنه يعلم ، صحة اشتراط تعود فائدته الى غير الاطراف الثلاثة، كما اذا قال العامل: اضاربك على ان يعطى اخوك بنته لزيد الاجنبى .

وقد ذكرنا فى باب المعاملة صحة أقسام اربعة ، ثالثها : ان يعطى المال للخباز ليعطى الخبز للفقير ورابعها : ان يعطى المال للخباز ليصبغ ولد الخباز

والاقوى الصحة لمنع عدم جواز الزيادة لاحد الشريكين بلامقابلتها لعمل منه فان الاقوى جواز ذلك بالشرط ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة بل هو خلاف مقتضى اطلاقها مع انه يمكن ان يدعى الفرق بين الشركة والمضاربة وان كانت متضمنة للشركة.

دار ولد المعطى ـ مثلا ـ فأن كل ذلك معاملات عقلائية ، ان لم تصح بيعاً، صحت معاملة يشملها اوفوا بالعقود ونحوه .

(و) على هذا فقد ظهر ان (الاقوى الصحة لمنع عدم جواز الزيادة لاحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه) وكما يكون كذلك فى الشركة يكون كذلك فى المضاربة .

(فان الاقوى جواز ذلك بالشرط) فى كلا البابين ، لاطلاق أدلة الوفاء بالشرط بعد ان لم يكن مثل هذا الشرط منافياً للكتاب والسنة، ولا لمقتضى العقد وان كان منافياً لاطلاقه ـ كما هو شأن كل شرط ـ.

(ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة) أومقتضى المضاربة (بل هو خلاف مقتضى اطلاقها) وذلك مما لابأس به.

أما قوله: (مع أنه يمكن ان يدعى الفرق بين الشركة والمضاربة) بجواز مثل هذا الشرط فى المضاربة، وان لم يجز ذلك فى الشركة أذلا تلازم بين أحكام الشركة وأحكام المضاربة اذ فى الشركة يتبع الربح للمال، وليس هنا كذلك اذ الربح تابع للمال وللعمل.

(وان كانت متضمنة للشركة) فيرد عليه انه لاوجه للفرق بعد انه بدون الشرط لاحق فى ذلك، ومع الشرط لابأس فى كليهما حيث ان الشرط خلاف الاطلاق لاخلاف مقتضى العقد، أوالكتاب والسنة .

مسألة ـ٢٩ـ تبطل المضاربة بموت كل من العامل والمالك أما الاول فلاختصاص الاذن به

ومماذكرنا ظهروجه النظرفي كلام جملة من المعلقين حيث اشكلوا على الشرط فى كلا العقدين، أوقالوا بالفرق بين الشركة والمضاربة.

(مسألة ـ٢٩ـ تبطل المضاربة بموت كل من العامل والمالك) كما هو المشهوربينهم المنقول عن المبسوط والجامع والشرائع والنافع وشروحه والارشاد وشروحه والتبصرة وغيرها ، فأن ذلك عندهم حكم العقود الجائزة والتى منها المضاربة بالاجماع المتقدم نقله بل لم اجد أحداً خالف ذلك فى المقام، وقال فى مفتاح الكرامة: معللين بانها وكالة في المعنى، ولولا ما يظهر منهم من عدم الخلاف، لامكن المناقشة ، اذ لا تلازم بين جواز العقد وبين بطلانه بالموت .

(اما الاول فلاختصاص الاذن به) فيكون الوارث كسائر الناس لايجوز ان يتصرف بغير اذن المالك وليس ذلك من الحقوق حتى يكون موروثاً للوارث ـ كذا فى المستمسك ـ لكن لايخفى ان هذا الدليل غير تام ، لانه ان لم يثبت بطلان المضاربة العقدية لايكفى هذادليلا على بطلانها فهو من قبيل ان يقال ببطلان البيع بموت المشترى لاختصاص كونه طرف البائع اذالمفروض ان المضاربة عقد لامجرد اذن، والاذن ليس مضاربة ولا جزءاً منها ولا ملازماً لها بحيث اذا فقد الاذن فقد لازمه. .

هذا بالاضافة الى ان فقد الاذن اول الكلام، حيث يمكن ان يقول المالك انت وأولادك مأذونون فى المعاملة المضاربية فتأمل.

وأما الثاني فلانتقال المال بموته الى وارثه، فابقائها يحتاج الى عقد جديد بشرائطه فان كان المال نقداً صح وان كان عروضاً فلا

(وأما الثاني فلانتقال المال بموته الى وارثه، فأبـقائها يحتاج الى عقد جديد بشرائطه) بأن يعقد الوارث مع العامل عقداً جديداً ، سواء بشرائط المورث أو غيرها .

ومما تقدم يعلم، ضعف هذا الوجه ايضاً ، اذ المضاربة عقد وانتقال المال الى الوارث لايكفي دليلا على ابطال العقد، والعمدة ما تقدم من عدم الخلاف في بطلان المضاربة بموت احدهما .

ثم لو كان المالك اثنين فمات احدهما، بطل في حصته ، وان كان العامل متعدداً فمات احدهما فمقتضى القاعدة انه اذا كان العامل مجعولا على نحو المشاركة بطلت بقدر الميت نصفاً أو ثلثاً أو غيرهما .

وان كان مجعولا بنحو البدلية ـ على اسلوب الواجب الكفائي ـ اى ان الجامع بينهما عامل لم تبطل اذ العامل الكلي بينهما الذي هو طرف المالك لم يفقد بفقد أحدهما .

(فان كان المال نقداً) حين موت احدهما (صح) العقد الجديد بين الوارث وطرف المضاربة الذي لم يمت (وان كان عروضاً فلا) على المشهور ، حيث ان العروض لايصح جعله مال المضاربة عندهم «لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين» .

لكنك عرفت صحته فلا بأس بالعقد الجديد معه .

وهل يجوز لوارث المالك اجازة العقد بعد موته؟ قد يقال بعدم الجواز لعدم علقة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعاً على ماله أو متعلق حقه وهذا بخلاف اجارة البطن السابق في الوقت أزيد من مدة حياته فان البطن

(وهل يجوز لوارث المالك اجازة العقد) السابق (بعد موته ؟) فلا يكون عقداً جديداً محتاجاً الى كون المال نقداً (قد يقال بعدم الجواز) واستظهره المستمسك من الشرائع حيث قال: ولو مات رب المال والمال متاع فأقره الوارث لم يصح ، لان الاول بطل ، ولا يصح ابتداءاً القراض بالعروض ـ انتهى .

لكن الظاهر ان المراد بعبارة الشرائع هو الذي ذكره القواعد ايضاً، حيث قال : ولو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد .

وقال في مفتاح الكرامة : المراد من تقريره انشائه وتجديده . الى آخر كلامه .

(لعدم علقة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه) الاتية . و اذا لم تكن علقة لم يكن مجال للاجازة ، اذ الاجازة محلها ان يكون للمجيز ولاية على العقد، والا فأي ربط بين المجيز وبين العقد فيكون حال الاجازة حال اجازة زيد بيع عمرو لبكر بدون ارتباط بينه وبين المالين اصلا .

(ليكون) الاذن الاجازة (واقعاً على ماله أو متعلق حقه) فعمل وارث المالك مضاربة جديدة لا اجازة لمضاربة المالك الميت حتى تكون المضاربة استمراراً لا ابتداءاً.

(وهذا بخلاف اجارة البطن السابق في الوقت أزيد من مدة حياته فان البطن

اللاحق يجوز له الاجازة ، لان له حقاً بحسب جعل الواقف ، وأما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلا وانما ينتقل المال اليه حال موته وبخلاف اجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية

اللاحق يجوز له الاجازة) للعقد السابق ، اذ البطن السابق لاحق له بالنسبة الى زمن البطن اللاحق فاجارته بالنسبة الى هذا الزمن فضولي فللبطن اللاحق الاجارة أو الرفض .

(لان له حقاً) اى كل الحق (بحسب جعل الواقف) فلا يشبه وارث المالك البطن اللاحق .

(وأما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلا ، وانما ينتقل المال اليه حال موته) بل وكذلك الامر اذا كان للوارث حق في المال ، كما اذا وهب الابن والده دنانير وشرط في الهبة ان يكون للولد حق الاشراف على المال عيناً وبدلا ، فضارب الوالد في المال ومات بحيث انتقل المال الى نفس الوارث الواهب ، فان الحق لما انقطع بموت الوالد لم يكن للولد الاجازة للمضاربة اذ الاجازة بالنسبة الى المضاربة حال حيات الوالد ، لا كلام فيها لفرض انه اجازها لتلك الحال والاجازة بعد موت المالك لا مورد لها ، لان الحق سقط ، وتبدل الامر الى مالكية الوارث ومثل الشرط في الهبة الشرط في كل مال انتقل من الوارث الى المورث ، أو كان للمورث ، وجعل حق للشارط فيه .

(وبخلاف اجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية) لما حقق في (كتاب الوصية) من ان المورث لاحق له في الوصية اكثر من الثلث ، فاذا أوصى

وبالمنجز حال المرض على القول بالثلث فيه فان له حقاً فيمازاد فلذا يصح اجازته ونظير المقام اجارة الشخص ماله مدة مات في أثنائها على القول بالبطلان بموته فانه لا يجوز للوارث اجازتها لكن يمكن ان يقال:

بالاكثر كان ذلك متوقفاً على اجازة الوارث .

(وبالمنجز حال المرض على القول بالثلث فيه) فان جمعاً من الفقهاء افتوا بتوقف مازاد من الثلث في منجزات المريض على اجازة الورثة .

(فان له) اى للوارث (حقاً فيما زاد) حيث ان الشارع قال بتوقف ما زاد على اجاز الورثه ـ على هذا القول ـ (فلذا يصح اجازته) لان الاجازة تصح في التصرف في ملك الغير ، أو في متعلق حقه ، والامثلة المذكورة كلها متعلق الحق فيصح للغير صاحب الحق الاجازة .

(و) اما المقام فليس كذلك اذ (نظير المقام اجارة الشخص ماله مدة) أطول من حياته بحيث (مات في أثنائها) كما لو اجرداره سنة ، وقدمات بعد ستة اشهر من الاجارة (على القول بالبطلان) للاجارة (بموته) ، لان حقه فيه مادام حياً ، فاذا مات فقدانتقل الحق الى الوارث .

(فانه لا يجوز للوارث اجازتها) اى اجازة الاجارة ، وانما لايجوز لانه قبل الموت لاحق للوارث وبعد الموت لااجارة لانها تبطل ،فاى شيء يجيزه الوارث كما ذكرنا نحو ذلك في المضاربة .

(لكن يمكن ان يقال) لتوجيه صحة اجازة الوارث للمضاربة انه ليس موضع الاجازة هو ملك الغير ، أوحقه الفعلي ،بل هناك شيء ثالث هو موضع الاجازة

يكفى فى صحة الاجازة كون المال فى معرض الانتقال اليه ، وان لم يكن له علقة به حال العقد ، فكونه سيصير له كاف ومرجع اجازته حينئذ الى ابقاءِ مافعله المورث لاقبوله ولاتنفيذه فان الاجازة أقسام قدتكون قبولا لما فعله الغير ، كمافى اجازة بيع ماله فضولا وقدتكون راجعاً الى اسقاط حق كمافى اجازة المرتهن لبيع الراهن ، واجازة الوارث لما زاد عن الثلث

فـ(يكفي في صحة الاجازة كون المال في معرض الانتقال اليه ، وان لم يكن له) اي للمال (علقة به حال العقد ، فكونه) اى المال (سيصير له) بعد موت المالك (كاف) في صحة اجازة الوارث لما عقده المورث من المضاربة ، وذلك لان الاجازة أمر عقلائي ، وكلما كان العقلاء يرونها ، لابد وان نقول بصحتها حيث لم يمنع الشارع عنها ، فان أوفوا بالعقود ونحوه يشملها فانها تجعل العقد عقد الوارث ، وهكذا بالنسبة الى سائر الاطلاقات .

(ومرجع اجازته حينئذ الى ابقاء ما فعله المورث) فهو ابقاء لا ابتداء حتى يقال المضاربة لاتصح الا بالنقدين ولانقدان في المقام (لاقبوله) كما في اجازة المالك لعقد الفضولي .

(ولاتنفيذه) كما في اجازة ذي الحق العقد الذى اجرى على حقه بل الاجازة هنا قسم ثالث .

(فان الاجازة أقسام) فـ (قد تكون قبولا لما فعله الغير ، كما في اجازة بيع ماله فضولا) وفي اجازة عقدها الغير فضولا . الى غير ذلك من الامثلة .

(وقد تكون راجعاً الى اسقاط حق) هذا المجيز في الشيء الذي وقع عليه العقد (كما فى اجازة المرتهن لبيع الراهن ، واجازة الوارث لما زاد عن الثلث)

وقد تكون ابقاءاً لمافعله المالك كما فى المقام .

مع فرق بينهما ، حيث ان المرتهن تعلق حقه فعلا بالعين ، بخلاف مازاد عن الثلث ، حيث ان المال للمورث حال حياته ، لقاعدة السلطنة وغيرها ، و انما جعل الشارع صرف مازاد متوقفاً على اجازة الوارث حال حيات المورث أو بعد مماته .

(وقد تكون) الاجازة (ابقاءاً لمافعله المالك كما في المقام) وبما تقدم في وجه صحة مثل هذه الاجازة ظهر الاشكال فيما ذكره المستمسك بقوله : ان اريد اجازة العقد بلحاظ الحدوث ، كما في اجازة الفضولي ، فالعقد لاقصور فيه من هذه الجهة كي يحتاج الى الاجازة والاجازة صادرة ممن لاتعلق له بالعقد ، و ان اريد اجازته بلحاظ البقاء ، فالبقاء ليس مقصوداً للمجيز ولامما يقبل الجعل وفي المقام متعذر لفرض البطلان ، كما ذكر في الشرائع ، وان اريد من الابقاء التجديد اختص ذلك بما اذا كان المال نقداً ، ولايصح اذا كان عروضاً ، كما ذكر ايضاً في الشرائع الى ان قال: والتحقيق ان المالك ركن في عقد المضاربة كالعامل ، فاذا مات احدهما بطل العقد ضرورة ، كما في موت أحد الزوجين فلايمكن جعل ابقائه ابداً ، كما ذكر المحقق (ره) ، فلايمكن ابقاء العقد ، لابالاجازة ولابالابقاء ـ انتهى.

اذ يرد عليه أولا : انا نريد الاجازة بلحاظ البقاء ، وقوله : والبقاء ليس مقصوداً للمجيز ولا مما يقبل الجعل ، يرد عليه ان البقاء مقصود للمجيز فما فعله المورث قابل للبقاء عرفاً ، فاذا اجازه الوارث بقي والالم يبق ، أما انه قابل للبقاء فللعرف الذي هو المعيار في المعاملات ،ولم يرد الشارع العرف في ذلك بل اطلاق أوفوا ونحوه يجعله عنده اذا اجازه ، كما يرد عليه ان قوله : ولامما

مسألة ـ ٣٠ ـ لايجوز للعامل أن يوكل وكيلا في عمله ، أو يستأجر أجيراً الا باذن المالك

يقبل الجعل ، محل اشكال ، اذ ذلك من الامور العرفية لا العقلية حتى تأتي فيه الاستحالة ، و [فرض البطلان] مع فرض اجازة المالك مصادرة ، فان البطلان انما هو عند من لايرى الاجازة لاعند من يراها ، فكيف يستدل بالبطلان عند من لايرى البطلان ، الا اذا لم يجزه الوارث؟ .

وثانياً : ان قوله :ليس مقصوداً للمجيز ، فيه : ان البقاء مقصود للمجيز لما عرفت من ان المورث فعل شيئاً قابلا للبقاء عرفاً ، فمقصود المجيز البقاء .

وثالثاً : كون المالك كالزوج غير تام ، فمن اين هذا التشبيه ، بل العرف الذى هو المعيار في المعاملات يرى ان الركنين في المضاربة المال والعمل مثل رؤيته ذلك في البيع وغيره ، حيث ان الركنين البدل والمبدل ، وذلك بخلاف الزوجين ، فهما المقصود بالقضايا الجنسية ، وعليه فقول المصنف أقرب .

ومنه يظهر وجه النظر في كلام جملة من المعلقين الذين لم يرتضوا كلام المصنف وان مقتضى القاعدة مع الذين سكتوا عليه .

(مسألة ـ ٣٠ ـ) اللازم في المضاربة اتباع المنصرف منها ، فانه المقصود لهما والعقود تتبع القصود لانه اذا لم يكن قصد لم يصدق [عقودكم] وعليه فاذا كان المنصرف الاطلاق بالنسبة الى أخذ العامل الوكيل في العمل ، أو المقدمات جاز له ذلك واذا كان المنصرف عدم اخذ الوكيل لم يجز له ذلك ومنه يعلم ان قول المصنف (لايجوز للعامل ان يوكل وكيلا في عمله ، أو يستأجر أجيراً الا باذن المالك) لابد وان يراد به ما اذا كان المنصرف مباشرة العامل بنفسه والا فلا وجه اخر ، وادعاء انه المنصرف الا ما خرج خلاف العرف ، كما لايخفى لمن راجعه .

نعم لابأس بالتوكيل أو الاستيجار فى بعض المقدمات على ماهو المتعارف وأما الايكال الى الغير وكالة أواستيجاراً فى أصل التجارة فلايجوز من دون اذن المالك ومعه لامانع منه

كما ان قول المصنف (نعم لابأس بالتوكيل أوالاستيجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف) لابد وان يريد بهماكان متعارفاً فليس كل المقدمات كذلك ولذا قال المستمسك والحكم فى الجميع وجوب ان يكون العمل باذن المالك المستفاد من الاطلاق ، أو من صريح الخطاب أو من العادة أو غير ذلك من القرائن فاذا لم تعلم لم تجز التصرف ـ انتهى .

ومنه يعلم: حال ما اذاكان المتعارف عمل اي من العامل ، أووكيله واجيره حيث يجوز عمله بنفسه وايكاله الى غيره .

(واما الايكال الى الغير وكالة أو استيجاراً في أصل التجارة) أو جعالة أوما أشبه (فـ) قد عرفت اتباعه للانصراف ونحوه يجوز مع الانصراف ونحوه .

و (لا يجوز من دون اذن المالك) واذا لم يكن انصراف الى الاجازة ثم اجاز كفى ، لان الحق لايعدوهما ، ولادليل على المنع ، واذا كان انصراف ثم قال : سحبت اجازتى لم ينفع السحب ، الا ان يبطل المضاربة وينشئها من جديد لاصالة عدم حق له فى ذلك .

(ومعه لامانع منه) كما عرفت ، ولو اختلفا في ان العقد شامل أم لا ؟ فالمرجع الظهور العرفي في العقد ، ولو قال المالك : لم أقصد الاجازة ـ وان كان الظاهر عند العرف ذلك ـ ففيه احتمالان ، من انه اعرف بقصده ، ومن انه مدع فعليه الاثبات ، والاقرب الثاني ، ولو اختلف العرف في استفادة الظهور من العقد تساقط والمرجع الاصل .

كما أنه لايجوزله ان يضارب غيره الاباذن المالك.

مسألة ـ ٣١ ـ اذا أذن فى مضاربة الغير فأما ان يكون بجعل العامل الثانى عاملا للمالك أو بجعله شريكاً معه فى العمل والحصة وأما بجعله عاملا لنفسه أما الاول فلا مانع عنه وتنفسخ مضاربة نفسه على الاقوى واحتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافات

وقد ظهر مما تقدم الاشكال فى اطلاق قوله : (كما أنه لايجوز له ان يضارب غيره الا باذن المالك) بل اللازم ايكال الامر الى المتعارف الذي ينصب عليه اطلاق العقد ، وقد عرفت حال الاذن بعد العقد .

(مسألة ـ ٣١ ـ اذا أذن) المالك (في مضاربة الغير فـأما ان يكون بجعل العامل الثاني عاملا للمالك) كلا (أو بجعله شريكاً معه في العمل والحصة) سواء العمل والحصة مطلقين ، أو مقيدين ، أو بالاختلاف كان يكون الثانى شريكاً في نصف العمل أو ثلثه مثلا بقدر نسبة ما للعامل الاول ، أو اكثر أو أقل.

(واما بجعله عاملا لنفسه) من غير ربط للعامل الثاني بالمالك .

(أما الاول فلا مانع عنه) لاطلاق الادلة الخاصة والعامة .

(وتنفسخ مضاربة نفسه على الاقوى) كما هو ظاهر المسالك ، وقرره على ذلك عامة المعلقين الذين وجدنا تعليقاتهم وذلك للتنافى بين كون كل منهما عاملا مستقلا ، وحيث تمنع ذلك عقلا ، لايشمله الدليل الشرعي .

(واحتمال بقائها مع ذلك) كما اختاره الجواهر (لعدم المنافات) حيث ان مثل العامل ، مثل الوكيل ، فكما يمكن ان يكون للانسان في ماله وكيلان مستقلان اذا عمل احدهما لم يبق موضوع للعمل الثاني ، كذلك يمكن ذلك

كماترى و يكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل الثانى

في المقام (كما ترى) اذ المضاربة عقد لايمكن ان يرتبط بهذا بشخصه وبذاك بشخصه .

نعم اذا لم يلاحظ الشخص اي كانا من قبيل أفراد الكلي ، حيث ان الجامع هو الطرف ـ كما تقدم هنا تصوير ذلك ـ فلامانع ، وحيث انه عقلائي يشمله أدلة العقود ، وأدلة المضاربة ـ معاً ـ لكن هذا التصوير خلاف ظاهر كلام الجواهر ، حيث استدل على الصحة بعدم ما يدل على اعتبار خلو المال عن وقوع عقد قراض عليه في صحة الثاني ـ انتهى .

وفيه اولا : ان الاستدلال (بعدم) لايفيد الا اذا انضم اليه (الاطلاق) .

وثانياً :النقض بسائر العقود فهل يصح ان يقال مثل ذلك في سائر العقود؟ثم ان المستمسك ذكر ان ذلك يمنع من تعدد العامل بالنسبة الى العمل الواحد لا بالنسبة الى عملين ، فاذا عمل الاول وربح كان له سهم من الربح ، واذا عمل الثاني ايضاً فربح كان له سهم ، كما صرح بذلك الجواهر .

أقول : هذا مع الاطلاق ، أما مع قيد كون الربح كله للثاني اذا جعله عاملا للمالك ، فالربح كله للثاني ، وانما يقدم عليه العامل لانه يريد التخلص من العمل الذى قبله هكذا ببعض الملاحظات ، لكن كلامهما انما هو في الاطلاق كما ان كلام المصنف انما هو في فسخ المضاربة اطلاقاً بالمضاربة الثانية فلا ينافيه كلامهما .

(و) حيث انفسخت المضاربة الاولى اطلاقاً (يكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل الثاني) كما هو مقتضى أدلة المضاربة ، اذلا شأن للعامل الاول

وليس للاول شيء الا بعد أن عمل عملا وحصل ربح فيستحق حصته من ذلك الربح

بعد ان فسخت مضاربته (وليس للاول شيء الا بعد أن عمل عملا وحصل ربح فيستحق حصته من ذلك الربح) لان مقتضى المضاربة معه ان يستحق حصة ربحه وظاهره ان المراد به الربح الفعلي ، لكن يمكن ان يقال : ان الربح الذى يحصل في المستقبل اذا كان مبنياً على عمل هذا العامل وكان اطلاق المضاربة يشمل مثل ذلك ـ كما ليس ببعيد عرفاً ـ كان اللازم ان تكون له حصته من الربح .

نعم ، اذا لم يكن الاطلاق يشمله بحيث كان استيفاء المالك الربح بعد ذلك ـ المبني على عمل هذا العامل ـ مع اشتراط هدر حق العامل ـ ولو شرطاً ضمينياً ـ لم يكن للعامل شيء ، والا فلو لم يشترط هدر حق العامل لم يكن وجه لعدم شيء له بعد استيفاء المالك للربح الذى عمل فيه العامل .

أما قوله : (بعد ان عمل عملا) فاللازم ان يكون المراد به الاعم من كونه تحت سلطة العامل ، اذ قد يكون ربح بدون عمل خارجي ، كما اذا أخذ العامل المال من المالك وارتفع السعر عنده ، فانه ربح ، لاوجه لان يقال : ليس للعامل شيء منه ، واى فرق بين ان يشترى السكر بالنقدين بعشرة فيربح عنده خمسة حيث يكون ارتفاع سعر السكر لهما وبين يأخذ النقدين فيرتفع سعرهما عنده .

لايقال : الفرق انه باشترائه السكر عمل بخلاف النقدين فانه لم يعمل فيهما فارتفاع سعرهما في كيس المالك .

لانه يقال : ان الاشراف عمل ، نعم اذا كان عقد المضاربة ، لايشمل مثل

وليس له ان يشترط على العامل الثانى شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية بل لو جعل الحصة للعامل فى المضاربة الثانية أقل مما اشترط لـه فى الاولى كأن يكون فى الاول بالنصف وجعله ثلثاً فى الثانية لايستحق تلك الزيادة بـل ترجع الى المالك ، وربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح أو كون الزيادة له

الاشراف لم يكن وجه لاشتراك العامل ، لكن الاطلاق غالباً يشمل كـل هذه الارباح ، خصوصاً في مثل ما اذا كانت المضاربة على العروض ، كما اذا اعطاه دوراً أو اجناساً للاسترباح وارتفع السعر ، فقد قلنا سابقاً ان المضاربة جارية في كل ذلك ، وان اشتراط المشهور لزوم النقدين ، غير ظاهر الوجه .

(وليس له ان يشترط على العامل الثاني شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل) ولو عمل الاشراف (بعد المضاربة الثانية) لكن قد تقدم صحة اشتراط ان يكون للاجنبي شيء من الربح ، وعليه فيصح هذا الشرط اذا كان المالك موافقاً عليه .

(بل لو جعل الحصة للعامل في المضاربة الثانية أقل مما اشترط لـه في) المضاربة (الاولى كأن يكون) نصيب العامل (في الاول بالنصف وجعله ثلثاً في الثانية لايستحق تلك الزيادة) لان الربح في المضـاربة الثانية ـ المبطلـة للمضاربة الاولى ـ بين المالك و العامل الثاني ، فلا حـق للعامل الاول فـى شيء .

(بل ترجع الى المالك ، وربما يحتمل) كما في الجواهر (جواز اشتراط شيء من الربح أو كون الزيادة له) اي للعامل الاول .

بدعوى ان هذا المقدار وهو ايقاع عقد المضاربة ثم جعلها للغير نوع من العمل يكفى فى جواز جعل حصة من الربح له وفيه انه وكالة لامضاربة والثانى لامانع منه وتكون الحصة المجعولة له فى المضاربة الاولى مشتركة بينه وبين العامل الثانى على حسب قرارهما

(بدعوى ان هذا المقدار وهو ايقاع عقد المضاربة ثم جعلها للغير نوع من العمل يكفي في جواز جعل حصة من الربح له) حيث ان المضاربة الثانية في طول المضاربة الاولى ، ومن شئونها فارباح الثانية بعد اخراج حصة العامل تكون من ارباح الاولى فتكون حصة منها للعامل والباقى للمالك ، وهذا هو الظاهر من الجواهر فقول المصنف : (وفيه انه وكالة لامضاربة) محل نظر ، نعم المعقول في القسم الاول انه قد يكون وكالة ايضاً ، ولذا قسمه المستمسك الى ما تكون المضاربة الثانية اجنبية عن الاولى والى ما تكون فى طول الاولى فالحق مع الجواهر اذا كانت في طولها لا ما اذا كانت كالوكالة .

(والثاني) اى ما جعله شريكاً معه في العمل والحصة (لامانع منه) لاطلاق أدلة المضاربة ، وأدلة العقود .

(وتكون الحصة المجعولة له في المضاربة الاولى مشتركة بينه وبين العامل الثاني على حسب قرارهما) فيصح ان تكون نسبة العمل والربح متساوية كان يكون من كل من العاملين نصف العمل ، وله نصف الربح المجعول للعامل كما تصح ان تكون النسبة مختلفة بأن كان من احدهما نصف العمل وثلث الربح أو ثلث العمل وربع الربح، أو ثلث الربح، لكن بشرط ان لايكون اجحاف كما تقدم الكلام فيه ، وعدم الاجحاف ممكن بأن يكون العمل الاقل حجماً أكثر قيمة ، لانه عملى جسدى فكرى مثلا أو فكرى قيمته أكثر أو ما أشبه ذلك ، كما

وأما الثالث فلا يصح من دون أن يكون له عمل مع العامل الثانى ومعه يرجع الى التشريك

مسألة ـ ٣٢ ـ اذا ضارب العامل غيره مع عدم الاذن من المالك فان أجاز المالك ذلك كما فى الاذن السابق فى الصورة المتقدمة

اذا كان عملا ذا وساخة ، حيث ان اجره أكثر ، وان كان حجمه مساوياً أو أقل ، الى غيرها من الامثلة .

(وأما الثالث فلا يصح من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني) واشكال المستمسك بأن العامل في المضاربة من يكون عاملا للمالك ، والعامل لغير المالك خارج عنه ، سواء كان له عمل أم لم يكن غير ظاهر فان العامل للمالك بتصور بأن يكون عاملا لعامله فى جهة المضاربة .

ومنه يظهر ان قول المصنف (ومعه يرجع الى التشريك) محل نظر اذلو اراد التشريك طولا فلاحاجة الى الذكر لوضوحه ،وان أراد التشريك عرضاً ـ كما هوظاهر كلام المصنف بارجاع هذا القسم الثالث الى القسم الثانى ـ ففيه انه ليس من التشريك فى شيء اذ التشريك كونهما فى عرض واحد بالنسبة الى المالك بينما هذا القسم الثالث العامل الثانى فى طول العامل الاول .

(مسألة ـ ٣٢ ـ اذا ضارب العامل غيره مع عدم الاذن من المالك) بأن لم يشمل العقد ذلك ، ولا اذن له خارج العقد (فان أجاز المالك ذلك كما في الاذن السابق في الصور المتقدمة) لان الاجازة اللاحقة حالها حال الاذن السابق، لما دل على صحة المعاملة الفضولية المستتبعة للاذن .

فيلحق كلا حكمه وان لم يجز بطلت المضاربة الثانية

(فيلحق كلا حكمه) حسب ما تقدم في المسألة السابقة من الاحكام للاقسام الثلاثة، او الاربعة.

نعم لابد من التنبه الى ان الاذن قد يكون قبل الشروع في العمل ، وقد يكون بعده، واذا كان بعده، فان كان اذنا للمضاربة الثانية من حين المضاربة، كان العامل في المضاربة الثانية عاملا من حين عقد المضاربة معه، أما اذا اذن من وقت متأخر، كما اذا ضارب العامل العامل الثاني من يوم الجمعة فأجازه المالك من يوم السبت، كان حال يوم الجمعة حال ماسيأتي من عدم الاجازة.

وعليه فالاذن قد يكون، وقد لايكون، واذا كان فقد يكون من الاول ، وقد يكون مما بعد الاول .

لايقال: أما ان يأذن في المضاربة الثانية أولا يأذن، ولا يمكن التبعيض، لان العقد الواحد لايتبعض .

لانه يقال : لامانع من تبعض العقد ، ولذا يصح العقد مع تبعض الصفقة ونحوه .

ومنه يعلم ، انه يصح اذن المالك مع كل زيادة ونقيصة ـ من غير جهة تبعيض الزمان ايضاً ـ كما اذا ضارب العامل العامل الثاني مطلقاً، فشرط المالك عليه في اذنه له بأن لايسافر، أوان يشترى بضاعة كذا ايضاً في ضمن معاملاته فشرط المالك عليه ان لايشتري ، أو ماأشبه ذلك .

(وان لم يجز بطلت المضاربة الثانية) لانه لايصح التصرف في مال المالك بدون اذنه سابقاً ، ولا اجازته لاحقاً ، فالمضاربة الثانية فضولية لم تؤيدها الاجازة .

فان كان العامل الثانى عمل وحصل الربح فماقرر للمالك فى المضاربة الاولى فله

(فان كان العامل الثاني) لم يعمل ولم يحصل الربح فلا شيء الا اذا كان مغروراً ، وقد فوتته المضاربة شيئاً ، كما اذا لم يكن يعرف ان مضاربة العامل للمالك، ولما ضاربه ترك عملا آخر لاجل مضاربة العامل مما عاد تركه عملا آخر بالضرر عليه، فان حال المقام حال ما اذا حبس الحر عن عمله ، حيث رجحنا هناك ـ تبعاً لجماعة من الفقهاء ـ الضمان، اذلا فرق بين حبسه خارجاً وايهامه الحبس مما يجعله مغروراً يشمله دليل المغرور يرجع الى من غر وان كان العامل الثاني عمل ولم يحصل الربح المالى وجعل الربح المستقبلي ـ كما صورناه فى المسألة السابقة ـ كان حاله حال الفرع الذي يذكره المصنف اى عمل وحصل الربح، اذلا فرق فى الاستحقاق بين الربح الحالي، والربح المستقبلى ، حيث ان كلا الربحين ربح عمل العامل ، وان كان العامل الثاني عمل ولم يحصل الربح اطلاقاً، لاحالا، ولامستقبلا، لم يكن للعامل شيء لانه دخل على هدر عمله اذا لم يربح ، فيشمله دليل مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده، وان كان العامل الثانى (عمل وحصل الربح) .

وقد أجاز شراء العامل الثانى ـ الذى وقع فضولياً ـ وان لم يجز مضاربة العامل الاول للعامل الثاني لوضوح انه لاتلازم بين الاجازتين، بل مع اجازة المضاربة لامجال لاجازة ورفض المعاملة .

(فما قرر للمالك فى المضاربة الاولى فله) لان الربح تابع للمال وللعمل ـ كما عرفت سابقاً ـ فلا وجه، لان لايكون بعض الربح للمالك.

نعم اذا كان جعل القدر الخاص له اجحافاً كان اللازم ان يقال: ان مقدار

وأما ماقرر للعامل فهل هو أيضاً له، أوللعامل الاول، أومشترك بين العاملين؟ وجوه أقواها الاول لان المفروض

حقه له لاالزائد عليه الذي اجحف فيه، ويكون حال الزائد حال ماقرر للعامل من الحصة مما يأتى حاله.

(وأما ماقرر للعامل فهل هو أيضاً له، أوللعامل الاول أومشترك بين العاملين؟ وجوه) وجه الاول ان الربح تابع للمال ، وحيث بطلت المضاربة لم يكن شيء من الربح لغير المالك ـ كما يأتى تفصيله في كلام المصنف ـ.

ووجه الثانى: ان المقرر كون بعض الربح له وقد ربح ، فاللازم اعطاء ماقرر له .

ووجه الثالث : ان العامل الاول يستحق بعضه بقدر عمله ، حيث قد تقدم ان اعطائه المضاربة للثانى نوع من العمل، وان العامل الثاني يستحق بعضه لانه عمل والربح تابع للعمل.

(أقواها) عند المصنف (الاول) قال فى الشرائع ـ فى مسألة ما اذا قارض العامل غيره ـ فان كان بأذنه وشرط الربح بين العامل الثانى، والمالك صح ولو شرط لنفسه لم يصح، لانه لاعمل له وان كان بغير اذنه لم يصح القراض فان ربح كان نصف الربح للمالك والنصف الاخر للعامل الاول ، وعليه اجرة الثانى، وقيل للمالك ايضاً، لان الاول لم يعمل ، وقيل للعاملين ويرجع الثاني على الاول بنصف الاجرة والاول حسن ـ انتهى .

وهل هذه الاقوال لاصحابنا كما هو ظاهر المحقق او للعامة ، كما نص عليه المسالك بانها وجوه للشافعية، احتمالان، وان لم يكن يهم تنقيح ذلك.

وكيف كان ، فقد استدل المصنف لما اختاره بقوله : (لان المفروض

بطلان المضاربة الثانيـة فلايستحق العامل الثانى شيئاً وان العامل الاول لم يعمل حتى يستحق ، فيكون تمام الربح للمالك اذا أجاز تلك المعاملات الواقعة على ماله

بطلان المضاربة الثانية فلا يستحق العامل الثانى شيئاً) لان الاستحقاق كان بسبب المضاربة، فاذا لم تكن مضاربة لم يكن استحقاق .

(وان العامل الاول لم يعمل حتى يستحق ، فيكون تمام الربح للمالك اذا أجاز) المالك (تلك المعاملات الواقعة على ماله) لكن ربما يرد على ذلك ان العامل سبب انماء المال فيكون شريكاً قهرياً مع المالك ، وتكون حصته حسب جهده الفكرى والجسدى فيكون حاله حال ما اذا صبغ ثوب زيد بدون رضاه اذا صار ذلك سبباً لزيادة القيمة ، فان المشهور ، وان ذهبوا الى عدم شيء للغاصب اذا لم تزد العين لكن دليلهم غير تام فقد استدل له فى المسالك فى كتاب الغصب بانه متعد .

وذلك عند قول المحقق اذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب ، فان كانت أثراً كتعليم الصنعة وخياطة الثوب ونسج الغزل وطحن الطعام رده ولا لشيء له قال المسالك : لايستحق بتلك الزيادة شيئاً لتعديه .

وقال في الجواهر مستدلا لكلام المحقق الانف : لعدم احترام العمل بغير اذن من المالك ، بل كانت تلك الصفات من توابع مال المالك ، ولايخفى ما في التعليلين المذكورين ، اذ لادلالة على اسقاط التعدي لحق الغاصب ، كما لادلالة على سقوط الاحترام بعد شمول، لايتوى حق امرء مسلم ونحوه له وجعل تلك الصفات من توابع مال المالك مصادرة .

ويؤيد ما ذكرناه كون الزرع للزارع الغاصب ، كما ورد بذلك النص

ويستحق العامل الثانى اجرة عمله مع جهله بالبطلان على العامل الاول ، لانه مغرور من قبله

والفتوى ، مع ان الزرع ليس عين مال الغاصب ، بل نمائه ، وأي فرق بين نماء ماله ونماء عمله ، والاشكال في شمول (لا يتوى) للمقام ، لان كونه حقه أول الكلام غير وارد ، اذ الحق أمر عرفى ، والعرف يرى انه حقه .

فلو زعم غير المالك ان الارض وأدوات البناء له فجعلها داراً ضاعفت قيمتها يرى العرف ان الزيادة حق الباني ، ولعله لما ذكرناه علل التذكرة استحقاق العامل الثاني اجرة عمله على المالك، بأن نفع عمله عاد الى المالك ، لكن مقتضى ذلك ان يكون له كل نفع العمل ،لا الاجرة فقط ورد المستمسك للعلامة بأن ذلك ليس من اسباب الضمان غير تام ، اذ لما كان حاصل عمل العامل يعد حقاً له كان استيلاء المالك عليه موجباً للضمان ، لدليل لايتوى وغيره .

وكيف كان ، فمقتضى القاعدة كون كل الزيادة للعامل فى ما اذا كانت كل الزيادة مستندة اليه ، أما اذا كانت مستندة اليهما ، كما في مصراعى الباب فالزيادة لهما .

(ويستحق العامل الثاني اجرة عمله مع جهله بالبطلان على العامل الاول، لانه مغرور من قبله) والمغرور يرجع الى من غر ،لكن اللازم القول بانه يستحق أقل الامرين من الحصة والاجرة ، لانه على تقدير اقلية الربح ، فقد دخل على انه له ذلك ، وبذلك قد أهدر قدر زيادة الاجرة على الحصة، اللهم الا ان يقال ان اهداره كان مقيداً بصحة المعاملة ، فاذا انتفت الصحة رجع الى القاعدة الاولية .

ومن ذلك يظهر حال ما اذا لم يربح شيئاً ،فانه ان قلنا ان البطلان يوجب

وقيل على المالك و لاوجه له مع فرض عدم الاذن منه له فى العمل

اجرة المثل كان له اجرة المثل ، اذ لما بطلت المضاربة كان المرجع القاعدة الاولية ، وان قلنا ان البطلان يوجب اقل الامرين ، (حيث انه أهدر قدر زيادة الاجرة) كان اللازم عدم استحقاقه شيئاً لانه دخل على انه اذا لم يربح فلاشيء لـه .

ثم ان المصنف قيد اجرته بقوله : (مع جهله بالبطلان) .

وقال جامع المقاصد : لاشك انه اذا كان عالماً لايستحق اجرة ، واشكل عليه المستمسك بان الاختصاص بصورة الجهل يتوقف على كون الضمان بالغرور .

أما اذا كان الضمان بالاستيفاء ، وان من استوفى عمل غيره كان ضامناً له وان كان عالماً بالبطلان فالرجوع الى العامل باجرة المثل يكون فى صورتى الجهل والعلم .

ويرد عليه أولا : ان المستوفى المالك ، لان الربح دخل فى كيسه لاكيس العامل الاول .

وثانياً : ان الاستيفاء كان بقدر الحصة العادلة لابقدر الاجرة ، فاللازم اعطائه الحصة العاملة ، اذ الربح تابع للمال وللعمل ، ولكل منهما قدر خاص من الربح فلا وجه للاجرة ، سواء زادت عن الحصة أو نقصت أو ساوت .

(و) منه يعلم صحة ما (قيل) من ان العامل يستحق (على المالك) لانه المستوفى .

(و) قول المصنف (لاوجه له مع فرض عدم الاذن منه له فى العمل) قد عرفت الاشكال فيه ، وان في الربح حق العامل حتى مع علمه وعمده ، فعدم كون حقه

وأما اذا ضاربه على ان يكون عاملاله وقصد العامل فى عمله العامل الاول فيمكن ان يقال: ان الربح للعامل الاول، بل هو مختار المحقق فى الشرائع وذلك بدعوى أن المضاربة الاولى باقية بعد فرض بطلان الثانية، والمفروض ان العامل قصد العمل للعامل الاول فيكون كأنه هو العامل فيستحق الربح

له خلاف القاعدة .

(وأما اذا ضاربه) ضارب العامل الاول العامل الثاني (على ان يكون عاملا له) لا للمالك (وقصد العامل) الثانى (في عمله العامل الاول فيمكن ان يقال : ان الربح للعامل الاول ، بل هو مختار المحقق في الشرائع) لكن فيه ما ذكره السيد البروجردى : من ان ظاهر المحقق عدم التفرقة بين ان يضاربه للمالك او لنفسه ، نعم دليله لايتم الا في الثاني ـ انتهى .

(وذلك بدعوى أن المضاربة الاولى باقية بعد فرض بطلان الثانية والمفروض ان العامل) الثاني (قصد العمل للعامل الاول فيكون) العامل الاول (كأنه هو العامل فيستحق الربح) وانما قيده بقوله : ان العامل قصد العمل للعامل الاول لان استرباح العامل الثانى على ثلاثة أقسام :لانه اما ان يقصد ذلك ، او يقصد التبرع بالعمل ، او لايقصد شيئاً ، فان قصد التبرع بالعمل لاحق له بعد ان اهدر عمل نفسه، فهو كالابراء في الدين والاعراض فى المال ، وان لم يقصد لا الاجرة ولا التبرع ، فالظاهر انه كقصد الاجرة لانه لم يهدر احترام علمه ، فيشمله لايتوى حق امرء مسلم ، اذ عمل الانسان لنفسه ، الا اذا اهدره ، فاذا لم يهدره لم يكن وجه لهدره .

ومنه يعلم ، ان الاولى ان يقول : لان العامل لم يقصد التبرع بالعمل .

وعليه اجرة عمل العامل اذا كان جاهلا بالبطلان

ومماتقدم علم حال مااذا قصد العامل (فى باب المضاربة) التبرع اولم يقصد شيئاً ، حيث انه بقصده التبرع يسقط حق نفسه فلا شيء له على المالك ، امـا اذا لم يقصد تبرعاً ولاحصة كانت له حصته ، لانه لم يهدر عمله .

(و) كيف كان فـ(عليه) أي العامل الاول (اجرة عمل العامل) الثانى ، او اقل الامرين من اجرة المثل والحصة المسماة ، وقد تقدم وجه احتمال اقل الامرين وانما عليه الاجرة لان عمله محترم وقد استوفاه العامل الاول ، فيشمله دليل : لا يتوى حق امرء مسلم ، وغيره ، ولكن له الاجرة .

(اذا كان جاهلا بالبطلان) لما تقدم من انه اذا كان عالماً فقد أهدر عمله ، كما تقدم انه اذا لم يكن ربح لم يكن له حق ، لانه دخل على انه اذا لم يكن ربح فلا شيء له .

هذا ولكن سبق ان قلنا : بأن له الاجرة بنسبة عمله ، وان كان عالماً بالبطلان لان الربح وليد رأس المال والعمل معاً ، فلاوجه لاختصاص احدهما (اي رأس المال) بكل الربح ، وكذلك في كل ربح حصل ولو بدون اذن المالك ، بل نصه بعدم رضاه كما اذا كان كل من الخل والعسل قيمته درهم وكان الخل لزيد فخلطه بعسل عمرو مع نص مالك الخل بعدم رضاه فزادت قيمتهما الامتزاجية الى ثلاثة دراهم ، فان الدرهم الثالث لهما ولاوجه لاختصاصه باحدهما الاتوهم انه تابع لرأس المال ، فهو لصاحب الخل مما قدعرفت رده والاتوهم انه حصل من عمل صاحب العسل فهو له .

وفيه : انه ربحهما لاربح العمل ، اذ العمل ليس له هذا القدر من الربح

وبطلان المعاملة لايضر بالاذن الحاصل منه للعمل له

وكما اذا صنع مصراع باب لمصراع زيد وباعهما فضولي بثلاثة بينما كانت قيمة كل مصراع درهماً ، أو صبغ ثوبه بما بقيت عينه (عندهم) فصارت القيمة ثلاثة بينما قيمة كل من الثوب والصبغ واحد ولاقيمة للتصبيغ فرضاً ، وانما قلنا (عندهم) لا نانرى عدم الفرق بين بقاء عين الصبغ وعدمه ـ كما تقدم ـ .

(وبطلان المعاملة لايضر بالاذن الحاصل منه للعمل له) اشارة الى ما ذكره الجواهر في وجه كلام الشرائع المتقدم قال : ولاينافيه فرض عدم اجازة المالك اذ هى للقراض .

أما ما وقع منه للشراء والبيع فهو باذن العامل الاول الذي لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه ، واشكل عليه المستمسك بقوله : لايخفى ان اذن العامل لا تكفى فى صحة الشراء والبيع الا اذا كان العامل مأذونا من المالك فى الاذن واذا لم يكن مأذونا فيه من المالك ، فلاوجه لصحته ، وقد عرفت انه اذا كان مأذونا فيه من المالك كان مأذونا في المضاربة الثانية ، اذ مضمونها الشراء والبيع الذى لم يشترط عليه المباشرة فيها .

وفيه : ان الاذن في تصرف غير العامل باجازة العامل غير المضاربة التى عقدها العامل الاول مع العامل الثاني ، بل لو فرض ان لااذن من المالك كان اللازم مثل اللازم فى صورة الاذن ، حيث قد سبق في بعض المسائل المتقدمة ان تخلف الشرط ونحوه فى باب المضاربة لايوجب الحرمان من الربح وانما هو موجب للضمان ، فالربح للعامل ، وان لم يكن اذن من المالك ، وعليه فاجرة العامل الثانى على العامل الاول ، أما مطلقاً كما اخترناه أو مع جهل العامل الثاني بالبطلان .

لكن هذا انمايتم اذا لم تكن المباشرة معتبرة فى المضاربة الاولى ، وأما مع اعتباره فلايتم ويتعين كون تمام الربح للمالك اذا أجاز المعاملات وان لم تجز المضاربة الثانية

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المصنف :(لكن هذا انما يتم اذا لم تكن المباشرة معتبرة في المضاربة الاولى ، وأما مع اعتباره فلايتم) وجه النظر أولا ان ذلك اذا لم يجز المالك المعاملة .

وثانياً : ان تخلف الشرط ونحوه من باب المضاربة لايوجب الحرمان من الربح .

وثالثاً : قد تقدم ان الربح تابع للمال والعمل فلاوجه لاختصاصه باحدهما.

فقوله : (ويتعين كون تمام الربح للمالك اذا أجاز المعاملات وان لم تجز المضاربة الثانية) ممنوع ـ حتى على مذاقهم ـ .

وعليه فقول المستمسك : ان كان المفهوم من المضاربة الاولى خصوص المباشرة فالحكم كما ذكر المصنف من بطلان المضاربة ، وكون الربح جميعه للمالك اذا أجاز معاملة العامل الثاني، ويستحق على العامل اجرة المثل ـ انتهى محل منع .

ثم انه لو اختلفا فى انه هل أجاز له التوكيل أولا ؟ فان كان اطلاق أو تقييد عرفى من ظاهر اللفظ ولو بالانصراف كان هو المتبع والبينة على مدعى خلافه والا كان الاصل مع المالك حيث ان التصرف فى ماله يحتاج الى اجازته المعاملية أو الاذنية .

مسألة ـ ٣٣ ـ اذا شرط أحدهما على الاخر في ضمن عقد المضاربة مالا أوعملا كان اشترط المالك على العامل ان يخيط له ثوباً أويعطيه درهماً أونحو ذلك أوبالعكس فالظاهر صحته وكذااذا اشترط أحدهماعلى الاخر بيعاً أوقرضاًأو قراضاً أو بضاعةأونحو ذلك

(مسألة ـ ٣٣ ـ اذا شرط أحدهماعلى الاخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملا كان اشترط المالك على العامل) أوشرط العامل على المالك (ان يخيط له ثوباً أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك) من الشروط التي لاترتبط بالمضاربة في قبال القسم الاخر من الشروط المرتبطة بالمضاربة كشرط ان يسلم المالك الى العامل المال نجوماً (أو بالعكس) كشرط المالك على العامل سفراً خاصاً أو تجارة خاصة أو ما اشبه ، لااشكال في صحة القسم الثاني من الشرط ، بل عليه النص والفتوى .

فقد روى أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره،عن أبيه قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : كان للعباس مال مضاربة فكان يشترط ان لا يركبوا بحراً ولا ينزلوا وادياً فان فعلتم فانتم ضامنون، فابلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله فأجاز شرطه عليهم وقريب منه صحيح الحلبي وغيره .

وأما القسم الثاني (فالظاهر صحته) كما هو المشهور بينهم، وذلك لاطلاق أدلة صحة الشرط في غير ماخالف الكتاب والسنة ، أومقتضى العقد، بل والمناط في القسم الاول .

(وكذا اذا اشترط أحدهما على الاخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعة) أو ايقاعاً (أونحو ذلك) لكن التحرير اشكل في الشروط الخارجة مما ليس من مصلحة العقد ولامقتضاه ، مثل اشتراط النفع ببعض السلع ، مثل لبس الثوب

ودعوى ان القدر المتيقن ماذا لم يكن من المالك الا رأس المال ومن العامل الا التجارة مدفوعة بأن ذلك، من حيث متعلق العقد فلا ينافي اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه ويكفي في صحته عموم أدلة الشرط

واستخدام العبد وركوب الدابة ووطي الجارية وضمان العامل المال أو بعضه فهذه الشروط كلها باطلة تفسد العقد ان اقتضت جهالة الربح والا فلا على اشكال ، والظاهر ان وجه الاشكال ـ بالاضافة الى ما سيأتي ـ ان أدلة الشرط لاتشمل الشروط غير المربوطة بالمضاربة ، فاى ربط بين وطئي الجارية والمضاربة ، ولو لانصراف دليل الشرط عن مثلها، وفيه : انه لا وجه للانصراف ، ولو كان فهو بدوي، خصوصاً ودليل الشرط ، حيث اخرج منه الشرط المنافي للكتاب والسنة و الشرط المخالف لمقتضى العقد مما يقتضى دخول ماعداهما فى المستثنى منه .

وهناك اشكال آخر على مثل هذه الشروط ذكره مفتاح الكرامة وغيره و اشار اليه المصنف بقوله : (ودعوى ان القدر المتيقن) من دليل المضاربة (ما اذا لم يكن من المالك الا رأس المال ، ومن العامل الا التجارة) فاى ربط لامثال تلك الشروط مع المضاربة (مدفوعة بأن ذلك) رأس المال والعمل (من حيث متعلق العقد ، فلا ينافي) انحصار المتعلق بهما (اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه) الذى هو مقتضى أدلة صحة الشروط فى العقود.

(ويكفي في صحته عموم أدلة الشرط) ولااشكال فيه بما تردد فيه المستمسك باحتمال عدم صدق المضاربة ، اذ لاربط للاشتراط بالصدق ، كما في سائر العقود ، فان الشرط المنافى لمقتضى العقد ينافي الصدق لاغيره ، حتى وان كان مخالفاً للكتاب والسنة، وانما البطلان حينئذ من دليل خارج يشترط عدم

وعن الشيخ الطوسى فيما اذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد فى أحد قوليه وبطلانهما فى قوله الاخر قال: لان العامل فى القراض لايعمل عملا بغير جعل ولاقسط من الربح واذا بطل الشرط بطل القراض لان قسط العامل يكون مجهولا

منافات الشرط لهما ، هذا بالاضافة الى ان بطلان الشرط لايوجب فساد العقد ولذا قال اخيراً: وان كان الظاهر صدق العنوان عرفاً.

(وعن الشيخ الطوسي فيما اذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليه) لان الشرط الفاسد ليس بمفسد (وبطلانهما في قوله الاخر) حكاهما المسالك عن الشيخ في المبسوط ، وأشكل عليه المستمسك وغيره بأن النسبة غير ظاهرة ، واستدل بأن عبارة المبسوط لاتدل على القولين ، لان ماذكره الشيخ أولا: كان وجهاً لاقولا ، وهو كذلك ، لكن صريح الشرائع والتذكرة ان في المسألة قولين .

وكيف كان، فقد (قال) الشيخ في وجه بطلانهما (لان العامل في القراض لايعمل عملابغير جعل ولا قسط من الربح) واللازم ان يكون القسط واضحاً والا صار القسط مجهولا، والجهل بالقسط يوجب انتفاء المضاربة، لانه خلاف مقتضى العقد ، فهو مثل ان يقول: قارضتك على شيء من الربح. .

(واذا بطل الشرط) لجهالته (بطل القراض) اذ الشرط خلاف مقتضى العقد (لان قسط العامل يكون مجهولا) لان الشرط قد بطل، واذا بطل ذهب من نصيب العامل وهو النصف قدر مازيد فيه لاجل البضاعة وذلك القدر مجهول واذا ذهب من المعلوم مجهول كان الباقي مجهولا، ولهذا بطل القراض.

ثم قال : وان قلنـا : ان القراض صحيح والشرط جائز لكنه لايلزم الوفاء بـه لان البضاعة لايلزم القيام بها كان قوياً وحاصل كلامه فى وجه بطلانهمـا ان الشرط المفروض مناف لمقتضى العقـد فيكون باطلا وببطلانه يبطل العقد ، لاستلزامه جهالة حصة العامل من حيث ان للشرط قسطاً من الربح

(ثم قال) الشيخ (وان قلنا : ان القراض صحيح والشرط جائز) لانه ليس خلاف الكتاب والسنة (لكنه لايلزم الوفاء به) لانه في ضمن عقد جائز والشرط في ضمن العقد الجائز جائز .

(لان البضاعة لايلزم القيام بها كان قوياً) ويأتى مثل هذا الكلام في كل شرط لايلزم القيام به وان كان الشرط موجباً لجهل مقدار حصة احدهما الموجب لجهل حصة كليـهما، حيث ان الجهالة فى أحد الطرفين في الاعداد وسائـر اقسام الكم والكيف يوجب جهالة كلا الطرفين، فاذا قسمت الحمرة الشديدة - ذات عشر درجات مثلا - الى قسمين لم يعلم ان في الطرف الايمن كم درجة من الشدة لم يعلم شدة الطرف الايسر .

(وحاصل كلامه فى وجه بطلانهما) العقد والشرط (ان الشرط المفروض مناف لمقتضى العقد فيكون باطلا) فان أدلة الشرط لاتشمل الشرط المنـافي لمقتضى العقد .

(وببطلانه يبطل العقد لاستلزامه جهالة حصة العامل) وقد عرفت ان جهالتها توجب جهالة حصة المالك أيضاً (من حيث ان للشرط قسطاً من الربح) و كذلك فى سائر الشروط فى العقود، فاذا باعه بدينار بشرط ان يخيط المشتري ثوبه وكانت اجرة الخياطة درهماً كان معنى ذلك انه باعه بدينار ودرهم وهكذا.

وببطلانه يسقط ذلك القسط ، وهوغيرمعلوم المقدار وفيه منع كونه منافياً لمقتضى العقد فان مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله فى مال القراض بجزء من الربح والعمل الخارجى ليس عملا فى

(وببطلانه يسقط ذلك القسط ، وهو غير معلوم المقدار) وهذا غير كلى ان كل شرط فاسد مفسد، فانه وان لم نقل بذلك الكلي نقول بافساده فى المقام لما عرفت من منافاته لمقتضى العقد.

وكيف كان، فما يستفاد من كلام الشيخ فى وجه بطلان مثل هذه المضاربة أمران:

الاول: ان عقد المضاربة انما يكون اذا كان من طرف عمل، ومن طرف مال وهذا لايتحقق فيما اذا وضع المالك على العامل عملين (عمل المضاربة) و(عمل البضاعة) وجعل المال فى مقابل المضاربة فقط، ومعنى ذلك ان يكون على العامل عمل بدون حصة ربح.

الثانى: ان الشرط اذا بطل ـ لانه خلاف مقتضى العقد، كما ظهر وجهه فى الاول ـ صارت حصة العامل مجهولة اذ حصة العامل النصف اذا كان يعمل البضاعة أيضاً، فاذا لم يعمل البضاعة (لانه شرط فاسد) لم يعلم كم قدر حصة العامل .

وأجاب المصنف عن أولهما بقوله: (وفيه منع كونه منافياً لمقتضى العقد فان مقتضاه) اى مقتضى العقد (ليس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح) فمال من المالك وعمل قراض من العامل، ولكل جزء خاص من الربح .

(والعمل الخارجي) وهو البضاعة المشروطة على العامل (ليس عملا في

مال القراض هـذا مع أن ماذكره من لزوم جهالة حصة العامل بعـد بطلان الشرط ممنوع اذ ليس الشرط مقابـلا بالعوض فى شيء من الموارد وانمـا يوجب زيادة العوض فلاينقص من بطلانه شيء من الحصة حتى تصير مجهولة

مال القراض) حتى يقال: بانه عمل من العامل بدون ربـح له من المالك (هذا مع أنما ذكره) في اشكاله .

الثانى: (من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع) فان الربح الذى للعامل انما هو فى قبال عمله المضاربـي لافى قبال عمله المضاربي ، و عمله البضاعي ـ معاً ـ (اذ ليس الشرط مقابلا بالعوض فى شيء من الموارد) فاذا باعه كتاباً بدرهم بشرط ان يكنس البائع دار المشترى لم يكن الدرهم في مقابل الكتاب والكنس بل الدرهم فى قبال الكتاب فقط والشرط أمر خارجى التـزمه البائع فى ضمن العقد ، فاذا انتـفى الكنـس لم يكن أحد طرفى العقد مجهولا .

(وانما يوجب زيادة العوض) فان المالك اعطى زيادة للعامل في قبال عمله المضاربى ، وداعيه في اعطائه هذه الزيادة ان العامل يعمل له البضاعة ، وفرق واضح بين الداعي، وبين الجزء من المعاملة فان الانسان قد يعطي ديناراً للخطيب لانه قرأ خطاباً ، وقد يعطيه ديناراً في قبال انه خطب خطاباً .

(فلاينقص من بطلانه) أي بطلان الشرط (شيء من الحصة حتى تصير مجهولة) وتوجب جهالته بطلان المعاملة .

أما ماذكره المستمسك من الاشكال على الشيخ بقوله : كان الاولى فى الاشكال عليه ان يقال اذا كان الشرط ملحوظاً عوضاً عن العمل ، فبطلانـه يوجب بطلان

المعاوضة ، وحصول الجهالة لانتفاء المعاوضة بانتفاء أحد طرفيها ، واذالم يكن ملحوظاً عوضاً فلا جهالة في العوض .

فيرد عليه بالاضافة الى ان اللازم ان يقول : (اذاكان الشرط ملحوظاًعوضاً عن الربح) لان الشرط من المالك على العامل ، فالمالك يعطيه الربح في قبال عملين عمل المضاربة وعمل البضاعة، انه لم يظهروجه للاولوية .

نعم اشكل المستمسك على ضرر الجهالة بقوله : لوسلم الجهالةفي العوض على هذا النهج فانها غيرقادحة في البيع ، كما اذا باع ما يملك ومالم يملك فضلا عن المقام الذي لاتقدح فيه جهالة وجود الربح ولاجهالة مقداره التعييني و ان كان معلوماً بالحصة المشاعة ،كما اشكل غيره أيضاً ببيع ما يملك ومالا يملك .

أقول : الاشكال وارد حيث ان الجهالة المطلقة ضارة لاالجهالة بالقدر الواقع ازاء كل جزء ، وانما يضر الاول دون الثاني ، لان دليل نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم، عن الغرر الايشمل الاول، فحال الجهالة في المقامين (مالم يملك ومالم يملك) حال ماذا اشترى داراً وبستاناً بالفين ، و لم يعلم ان أياً منهمابازاءكم من العوض، ثم على ما ذكرناه من جواز الجهالة بالنسبة الى العين يجوزان يشترى الداربقدرمن النقديكون ذلك النقد في قبال الداراذا بيعت هي والبستان بالفين، وذلك لان النسبة معلومة في الواقع عند العرف، وان لم يعرفها المتبايعان.

ولذا يجوز ان يشتري وسقاً من الحنطة بدينار في بلد يعرف قدر الوسق. وقيمة الدينار (قوته الشرائية) وان كان الطرفان غريبين لايعرف هذا المشتري كم قدر الوسق بوزن بلادهم (حيث الوزن في بلده بالحقق) ولايعرف البائع قيمة الدينار بقوته الشرائية في بلادهم (حيث النقد في بلده الدرهم) والمسألة وان كانت بحاجة الى التأمل ، الاانها في الجملة حسب القواعد .

وأما ماذكره في قوله : وان قلنا الخ فلعل غرضه أنه اذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه فكأنه لم يشترط فلايلزم الجهالة في الصحة وفيه أنه على فرض ايجابه للجهالة لايتفاوت الحال بين لزوم العمل بـه وعدمه حيث انه على التقديرين زيد بعض العوض لاجله

(وأما ماذكره) الشيخ (في قوله: وان قلنا الخ فلعل غرضه أنه اذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه فكأنه لم يشترط) فكما انه اذا لم يكن شرط لم يكن هناك مايضر بالمضاربة ، فكذلك اذا كان شرط، لكنه كان وجوده كعدمه .

(فلايلزم الجهالة في الحصة،) الظاهر ان غرض الشيخ ماذكره المستمسك بقوله: غرضه تضعيف ماذكره أولا، وأختيار صحة الشرط، وعدم وجوب الوفاء به لخصوصية في مضمونه وهو البضاعة التي هي من العقود الجائزة لا القصور فيه .

أما اشكاله على الماتن بأنه اذا كان غرض الشيخ ماذكره الماتن كان الاولي تقريره ، بناءاً على البطلان ، لان الباطل اولى ان يكون وجوده كعدمه ، فكأنه لم يشترط ـ انتهى .

فلم يظهر وجهه ، لانه اذا كان الشرط باطلا أوجب الضرر بوجوده وهو ما ذكره أولا ، بأنه يوجب الجهالة فكيف يقال : ان وجوده كعدمه .

(و) كيف كان فـ (فيه أنه على فرض ايجابه) أي ايجاب الشرط (للجهالة لايتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعدمه حيث انه على التقديرين زيد بعض العوض لاجله ،) لكن يرد على المصنف انه كما تقدم اضرب الشيخ عن كلامه

هذا وقد يقرر في وجه بطلان الشرط المذكور أن هذا الشرط لاأثر له أصلا، لانه ليس بلازم الوفاء، حيث انه في العقد الجائز ولايلزم من تخلفه أثر التسلط على الفسخ، حيث انه يجوز فسخه، ولومع عدم التخلف

الاول الى قوله: (وان قلنا..) فبني على صحة كل من العقد والشرط غير انه لايجب الوفاء بالشرط لخصوصية في مضمونه فلايرد عليه قول المصنف: «وفيه..» ولذا اشكل عليه السيد الجمال بقوله: بعد ان كان مرجع هذا الوجه الاخير الى المنع عن كون الشرط في ضمن العقود الجائزة بمنزلة الضميمة لاحد العوضين وكان وجوده كعدمه، وكأنه لم يشترط فلايقع من العوض الاخر شيء بازائه على كل من تقديري صحته أوفساده، واذاكان كذلك، فمن اين يفرض ايجاب فساده جهالة العوض، وهل هو الامن فرض ايجاب الشيء لما يلازم نقيضه.

(هذا وقد يقررفي وجه بطلان الشرط المذكور) شرط البضاعة على العامل بما ذكره الجواهر بـ (أن هذا الشرط لاأثر له أصلا، لانه ليس بلازم الوفاء، حيث انه في العقد الجائز) الذي هو المضاربة، وكل شرط في العقد الجائز غير لازم الوفاء كما تقدم انه المشهور بينهم.

(ولايلزم من تخلفه أثر التسلط على الفسخ، حيث انه يجوز فسخه، ولومع عدم التخلف،) فان الشرط له أثار منها أثر تكليفي هو وجوب الوفاء به، وبه يكون ايصال الحق الى صاحب الشرط، فانه وان كان في نفع الغير، كما اذا شرط البائع على المشتري اعطائه خبزاً للفقير، فان الاعطاء حق للبائع اذا اعطاه المشتري للفقير فقد أعطى حق البائع، وكذلك اذاشرط عليه قرائة سورة من القرآن بثواب أب المشترى مثلا.

وفيه أولا: ماعرفت سابقاً لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة مادامت باقية ولم تفسخ، وان كان له ان يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به وثانياً: لانسلم أن تخلفه لايؤثر في التسلط على الفسخ اذ الفسخ الذي يأتي من قبل كون العقد جائزاً انما يكون بالنسبة الى الاستمرار

ومنها وضعي هو جواز الفسخ مع التخلف ـ ان قلنا بوجود الحكم الوضعي كما هو المشهور ـ ومنها انه اذا لم يف به المشروط عليه كان للشارط الزامه به بسبب الحاكم، ومنها حق المشروط له ان يبطل ماكان خلاف الشرط اذا كان مما يقبل البطلان، كما اذا اشترطت على الزوج ان لايتزوج عليها فتزوج، فان لها حق الابطال للنكاح الجديد، الى غير ذلك مما ذكروا في مسألة الشرط، وان كان بعضها محل تأمل.

وعلى أي حال، فلايترتب على الشرط في المقام أي أثر يجب الوفاء به، ولايأتي حق الفسخ من قبل تخلف الشرط ولا للشارط الزام المشروط عليه اذا لم يف.

(وفيه أولا: ما عرفت سابقاً) من اختيار المصنف (لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة مادامت باقية ولم تفسخ، وان كان له) أي المشروط عليه (ان يفسخ) العقد (حتى يسقط وجوب العمل به،) أي بالشرط.

(وثانياً: لانسلم أن تخلفه لايؤثر في التسلط على الفسخ) اذ الفسخ على قسمين فسخ من جهة جواز العقد وفسخ من جهة تخلف الشرط واحدهما غير الاخر (اذ الفسخ الذي يأتي من قبل كون العقد جائزاً انما يكون بالنسبة الى الاستمرار،)

بخلاف الفسخ الاتى من تخلف الشرط فانه يوجب فسخ المعاملة من الاصل

فاذا عقد أول الشهر وفسخ وسط الشهر يكون الفسخ من وسط الشهر ، ويترتب آثار العقد من اول الشهر الى وسطه .

(بخلاف الفسخ الاتي من تخلف الشرط فانه يوجب فسخ المعاملة من الاصل،) وانما أتى هذا الفرق ، لان في العقد الجائز ، لادليل على أكثر من كون الفسخ من حين الفسخ، لامن أول زمان العقد، ولذا تكون كل الاثار من أول العقد الى حين الفسخ للطرف المنتقل اليه ونحوه ، فاذا وكل زيداً في اشتراء عشرة دور وكانت له من الاجرة لكل اشتراء دينار ، فاشترى خمسة و فسخ احدهما كان للمشتري على البائع خمسة دنانير، لا اجرة المثل لكل اشتراء ، بتوهم ان الفسخ من الاصل فعليه اجرة المثل [لئلا يتو ى عمل المسلم].

أما الفسخ في العقد اللازم لتخلف الشرط ، فهو فسخ من حين العقد لان العقد انيط بهذا الشرط ، فاذا لم يحصل الشرط كان للشارط ان يبطل العقد من اصل ، حيث لم يف المشروط عليه بشرطه ، وهكذا يكون حال العقد الجائز ، لوحدة العلة فيهما ، لكن ربما يورد على ذلك ان الفسخ في العقد اللازم أيضاً من حين الفسخ ، ولذا فاذا تزوج البنت ثم فسخ عقدها ، لان فيها أحد مجوزات الفسخ بقيت الام حراماً ،وكذلك سائر أقسام المحرمات بالمصاهرة اذا حصل فسخ من اى منهما ،وذلك لانه حصل النكاح المحرم ـ بالاطلاق ـ .

ولادليل على ان الفسخ يجعله كان لم يكن وكذلك اذا حلف ان لايبيع ثم باع بالشرط وفسخ كان عليه الحنث ، حيث ان الفسخ لا يجعل البيع كان لم يكن ، الى غير ذلك من الامثلة .

فاذا فرضنا أن الفسخ بعـد حصول الربح فان كان من القسم الاول اقتضى حصوله من حينه ، فالعامل يستحق من ذلك الربح مقدار حصته وان كان من القسم الثانى يكون تمام الربح للمالك

وان شئت قلت : ان مقتضى الادلة كون الفسخ من حين الفسخ ، لان تأثيره أثراً رجعياً في ما سبق بحاجة الى الدليل ، والاصل عدمه الا اذا كان في مورد دليل خاص ، ويدل على ماذكرناه ما ورد من ان النماء في مدة الخيار للمشتري اذا حصل الفسخ .

وكيف كان ، فموضع المسألة ليس هنا ، وانه أردنا الالماع اليه .

أما على ما ذكره المصنف : (فاذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح فان كان من القسم الاول) الذي يكون أثر الفسخ مـن حين الفسخ ، لامن الاصل (اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحق من ذلك الربح مقدار حصته) بالنسبة فاذا كان له النصف كان له نصف الربح الحاصل الى حين الفسخ وهكذا سواء زادت الحصة عن الاجرة أو نقصت أو ساوت ـ وان كان في المساوي لايظهر أثر عملي للفرق بين الحصة والاجرة ـ .

(وان كان من القسم الثاني) الذي يكون أثر الفسخ من الاصل وكـانـه لم يحصل عقد أصلا (يكون تمام الربح للمالك) لانه نماء ملكه ، والمفروض ان العقد صار كان لم يكن ، وقد جعل هذا في جامع المقاصد مقتضى النظر ، لكن الجواهر قال : انه لايمكن التزام فقيه به ، وانه لاينطبق على القواعد .

أقول: هذا بالاضافة الى ما ذكرناه مكرراً من عدم استقامة كون نماء الملك للمالك ، لانه ناتج العمل والملك معاً ، فاللازم ان يكون بينهما .

ويستحق العامل اجرة المثل لعمله ، وهى قدتكون أزيد من الربح وقد تكون أقل فيتفاوت المال بالفسخ وعدمه اذا كان لاجل تخلف الشرط

(و) كيف كان ، فعلى رأى المصنف: (يستحق العمامل اجرة المثل لعمله وهي قد تكون أزيد من الربح وقد تكون أقل) وقد تقدم ان احتمال ان يكون له أقل الامرين ، لان الحصة اذا كانت أقل لاحق له في التفاوت بينهما وبين الاجرة ، لانه بنفسه أهدر التفاوت ، حيث دخل على ان يكون له بقدر الحصة فقط ، غير تام بعد ان كان دخوله كذلك انما كان ، حيث العقد ، لانه دخل مطلقاً ولولم يكن عقد .

(فيتفاوت المال بالفسخ وعدمه) أي عدم الفسخ ـ وان كان فسخ آخرمن جهة جواز ـ(العقد اذا كان لاجل تخلف الشرط) فقديكون له حصة أقل أو أكثر من الاجرة ، وقد يكون له اجرة أقل أوأكثر من الحصة .

وكيف كان،فاشكال المصنف على الجواهرغيرظاهر،وان جعله المستمسك ظاهراً ، وغالب من وجدتهم من المعلقين سكتوا على المصنف في اشكاله على الجواهر ، الا ان أحدهم قال عند قول المصنف : (بخلاف الفسخ الاتي من تخلف الشرط) الظاهر عدم الفرق بين الصورتين في كون الانفساخ من حين الفسخ ـ انتهى .

ولعله أراد ما ذكرناه . والله العالم .

مسألة ـ ٣٤ ـ يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الانضاض أو القسمة لانقلا ولاكشفاً على المشهور ، بل الظاهر الاجماع عليه لانه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما

(مسألة ـ ٣٤ ـ يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الانضاض) بأن يصبح الربح نقداً (أو القسمة) بان يكون له حق قبل القسمة فاذا قسم كان له ما قسم له (لانقلا ولاكشفاً) فالانضاض والقسمة لاينقلان الربح الى العامل، كما انهما لايكشفان عن كون الربح كان للعامل قبل ذلك فلامدخلية لهما اطلاقاً ، بل وجودهما كعدمهما في ان الملك للعامل حصل بمجرد الربح وقولهم ظهور الربح يراد به عالم الثبوت ، لاعالم الاثبات ، كما هو واضح.

(على المشهور ، بل الظاهر الاجماع عليه) ولذا قال المسالك : لايكاد يتحقق فيه مخالف ولانقل في كتب الخلاف عن أحد من اصحابنا ما يخالفه ونحوه من غيره .

نعم في القواعد: ويملك بالظهور لابالانضاض على رأى. قال في المستمسك وظاهره التوقف وعدم انعقاد الاجماع عليه .

(لانه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما) فاذا حصل ربح كان بينهما ، و اشكال المستمسك وغيره عليه بان الشرط انما اقتضى الملك على تقدير الوجود لانه يقتضي الوجود ، كما هو المدعى .

ومنه يظهر الاشكال في قوله : (ولانه مملوك) ـ انتهى ـ غير وارد ، لان الحكم وهو (للعامل) كان مرتباً على الموضوع وهو (الربح) فاذا حصل الربح حصل الحكم ، فادعاء عدم الملك مع قبول تحقق (الربح) غير ظاهر الوجه .

ولانه مملوك وليس للمالك فيكون للعامل وللصحيح: رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لايعلم؟ قال عليه السلام: يقوم فان زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل اذ لولم يكن مالكاً لحصته

(ولانه مملوك) اذ ليس من المباحات الاصلية ، ولامثل الوقف .

(وليس للمالك) لفرض انه زائد على حصة المالك ، كما ليس لغيرهما بالضرورة .

(فيكون للعامل) والاشكال عليه ، كما في بعض الحواشي ان الربح قبل الانضاض ليس أمراً موجوداً في الخارج حتى يكون مملوكاً ، بل ولايعتبر العقلاء للربح وجوداً في مقابل العين مملوكاً بملكية ما وراء ملكية العين ـ انتهى.

غير وارد ، اذ الربح أمر عرفي ، وليس دقياً وهو حاصل ، وقوله بعدم اعتبار العقلاء خلاف ما يظهر من مراجعة العرف ، ولذا يؤخذ من مثل هـذا العامل الضرائب في الحكومات الحاضـرة ، ويفرح العاملون بهذا الظهور ، ويكذبون اذا ادعوا انهم لايملكون شيئاً ، الى غير ذلك .

(وللصحيح) الذي رواه المشايخ الثلاثة ، عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : (رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لايعلم) أي فهل يعتق الاب على العامل ، حيث ان الانسان لايملك العمودين .

(قال عليه السلام يقوم) الاب (فان زاد درهماً واحداً) هذا من باب المثال كما لايخفى، اذزيادة دانيق لهنفس الحكم أيضاً (انعتق) لبناء العتق على التغليب (واستسعى) العبد (في مال الرجل) المالك،لان الزائد من حصة العامل للمالك وجه الاستدلال بهذاالصحيح انه (اذ لو لم يكن)العامل(مالكاً لحصته) بمجرد

لم ينعتق أبوه نعم عن الفخر عن والده أن فى المسألة أربعة أقوال ولكن لم يذكر القائل ولعلها من العامة : أحدها : ماذكرنا الثانى : أنه يملك بالانضاض ، لان قبله ليس موجوداً خارجياً ، بل هو مقدر موهوم

زيادة درهم .

(لم ينعتق أبوه) فان العتق انما هو فيما اذا كان العامل مالكاً لشيء ورد المستمسك للمصنف بقوله : هذا أول الكلام ، بل من الجائز الانعتاق بذلك وارتكابه أهون من ارتكاب ملك العامل بالظهور ، اذ تحقق انه لاوجود له غير ظاهر ، اذلا وجه للانعتاق الا الملك ، كما يفهم من روايات الانعتاق لمن ملك العمودين ، وليس كلام المنصف في الاستحالة العقلية ، بل كلامه في الظهور العرفي وهو حاصل فرده بـ (الجائز) خلاف القاعدة .

نعم الادلة العقلية ترد اذا كان خلاف المدلول ممكناً ، ولذا قالوا (اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال) انماهوفي الادلة العقلية ، لافي الظهورات العرفية المستفادة من الادلة اللفظية .

(نعم عن الفخر عن والده) العلامة (أن في المسألة أربعة أقوال) كما نقله المسالك وغيره عنه (ولكن لم يذكر القائل ولعلها من العامة) كما ذكر بعضها التذكرة عنهم .

(أحدها : ما ذكرنا) من ملك العامل للربح بمجرد الظهور .

(الثانى : أنه يملك بالانضاض ، لان قبله ليس موجوداً خارجياً ، بل هو مقدر موهوم) وقد ذكر هذا التعليل الايضاح لهذا الوجه ، ورده المستمسك بأنه ان تم اقتضى نفي الاول ، لا اثبات الثاني ، وفيه : انه يثبت الثاني بمقدمة مطوية هي عدم

الثالث : أنه يملك بالقسمة لانه لو ملك قبله لاختص بربحه ولم يكن وقاية لرأس المال الرابع : ان القسمة كاشفة عن الملك سابقاً لانها توجب استقراره والاقوى ماذكرنا لماذكرنا ودعوى أنه ليس موجوداً كما ترى و

الشك في كونه لدى الانضاض للعامل ، لانه حينئذ موجود خارجي .

(الثالث : أنه يملك بالقسمة) فالا نضاض لايكفي في ملكية العامل له (لانه لو ملك قبله لاختص بربحه) كما ذكره الايضاح تعليلا لهذا الوجه ، ورده له بأنه انما ينفي الاولين ، ولا يثبت الثالث فيه ما تقدم في الثاني .

(ولم يكن وقاية لرأس المال) فكونه وقاية دليل على عدم ملك العامل له قبل القسمة .

(الرابع : ان القسمة كاشفة عن الملك سابقاً) بظهور الربح (لانها) أي القسمة (توجب استقراره) فالفرق بينه وبين الثالث ان القسمة في الثالث ناقلة ، وفي هذا كاشفة ، وأثر الفرق المذكور يظهر مما ذكروه في الكشف والنقل في التصرف الذي يتعقب المعاطاة ، وفي مسألة بيع الفضول وغيرهما .

(والاقوى ما ذكرنا) من القول الاول (لما ذكرنا) من الدليل .

(ودعوى) القول الثاني (أنه ليس موجوداً كما ترى) اذ لو اريد به الوجود الذي يحصل بالانضاض فذلك مما لم يدعه أحد ، ولو اريد به الوجود الاعتبارى الذى هو ميزان جملة من الماليات مما يجعله العقلاء محور الاخذ والعطاء فهو موجود ، ولذا يجعله العقلاء منشأ الاثار .

(و) ان قلت : الموجود هو العين فقط ، والعين لم يزد فيها ، والقيمة ـ وان زيدت ـ الا انها ليست شيئاً خارجياً ، بل هي أمر وهمي ، والامر الوهمي

كون القيمة أمراً وهمياً ممنوع

لايعقل ان يكون ملكاً ، لان ثبوت شيءٍ لشيء فرع ثبوت المثبت له .

قلت : (كون القيمة أمراً وهمياً ممنوع) لان الامر الوهمي لايكون منشأ اعتبار العقلاء والاثار التي يرتبونها على الموجود ، فاذا رأيناهم يرتبون الاثار على القيمة ظهر من ذلك ان للقيمة وجوداً عندهم، ومثل هذا الوجود كاف في أن يكون مملوكاً .

ومنه يعلم ، ان قول المستمسك: ان الدعوى المذكورة في محلها ولذلك كان المعروف بينهم عدم وجوب الخمس في ارتفاع القيمة، وأفتى به المنصف في (كتاب الخمس) وقوله : (ممنوع) غير ظاهر ، اذ القيمة عبارة عن المالية التي تكون في العين ، ولاشك انها أمر اعتبارى ناشيء عن حدوث الرغبة فى العين المصحح للتنافس عليها عند العقلاء وبذل المال بازائها، وليس لهاوجود عينى فى الخارج ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه ، فان المعروف من عدم الخمس فى ارتفاع القيمة ، محل منع ، مع انه يصدق عليه الغنيمة ، والفائدة الايقال ان فلاناً استفاد فائدة كبيرة اذ اصار رأس ماله على الضعف ؟ وقد فسر غير واحد الغنيمة بالفائدة ، وكذلك يقال غنم غنيمة كبيرة ، وقول الجواهر بأن الربح حقيقة ما زاد على عين رأس المال مصادرة ، وادعاء ان العرف واللغة يقتضيان ذلك أول الكلام بل ظاهر منهما أعم من ذلك ، كما يجده المراجع الى العرف ، والى اللغة المأخوذة ـ أيضاً ـ من العرف .

وأما قول المستمسك: (المنع غير ظاهر) ففيه بالاضافة الى النقض بأنه لو لم يكن ارتفاع القيمة شيئاً فلماذا يبذل المال بازائه ؟ ان العين كانت في

مع أنا نقول :انه يصير شريكاً في العين الموجودة بالنسبة ولذا يصح له مطالبة القسمة

قبال عشرة؟ فلماذا صارت الان في قبال عشرين؟ أليس هناك روح سار في هذه العين قد يكون معادلا لعشرة وقد يكون معادلا لعشرين ؟ فان القيمة كما حققه الاقتصاديون، ويراه العرف روح سار في الاعيان باعتبار ذلك الروح تكون عين تساوى عيناً أوأقل منها أوأكثر، فكل من مقدار خاص من اللبن والتمر و الزبد والجبن فيه شيء يجعل اللبن بقدر التمر قيمة وأكثر من الزبد وأقل من الجبن ـ مثلا ـ وبالارتفاع والانخفاض العين لم تتبدل ، فما الذي بدل اذا لم تكن القيمة امراً واقعياً وموجوداً في عالم الاعتبار.

وقد حقق في محله ان الامور الاعتبارية، والامور الانتزاعية لها وجودات في عوالمها ، كما ان الاعيان الخارجية لها وجودات في عوالمها ، وتلك الوجودات هي محل الآثار الشرعية والعقلية ، وكما لايضر عدم وجود العين في عالمي الاعتبار والانتزاع ، كذلك لايضر عدم وجود الامور الاعتبارية و الانتزاعية في عالم الاعيان ولم يدع أحد ان للارتفاع وجوداً في الاعيان الخارجية حتى يرده المستمسك بأن القيمة ليس لها وجود عيني في الخارج وكان الاولى في المقام احالة الامر الى العرف حتى لايحتاج الى ذكر الامور الدقية.

(مع أنا نقول:) اذا سلمنا عدم وجود قيمة يشترك فيها العامل لانها أمر وهمي (انه) اى العامل (يصير شريكاً في العين الموجودة بالنسبة،)وذلك بعد تسليم ثلاث مقدمات: هي ان الربح موجود عرفاً، وان العامل شريك في الربح وانه لامكان للشركة الا العين، فاللازم الاشتراك في العين.

(ولذا) الذى هو شريك فعلي (يصح له مطالبة القسمة) حيث ان العامل له

مع أن المملوك لايلزم أن يكون موجوداً خارجياً ، فان الدين مملوك ، مع أنه ليس فى الخارج ومن الغريب اصرار صاحب الجواهر على الاشكال فى ملكيته بدعوى أنه حقيقة مازاد على عين الاصل

ابطال المضاربة ولولا حقه في الربح بعد الابطال فمن اين له المطالبة بالقسمة؟

ومنه يعرف وجه النظر في كلام المستمسك حيث قال: لاوجه له، لانه اذا لم يكن له ربح فلا ملك للعامل في الذمة، ولافى العين ـ انتهى .

ثم نأتي لنسلم ان القيمة ليست عيناً خارجية، ونسلم ان العامل ليس شريكاً فى العين، لكنا نقول: العامل مالك لهذه القيمة التى ليست خارجية، وذلك ما اشار اليه بقوله: (مع ان المملوك لايلزم ان يكون موجوداً خارجياً، فان الدين مملوك، مع انه ليس في الخارج،) فاذا طلب زيد من عمرو ديناراً قال: اني املك ديناراً ـ عرفاً وشرعاً ـ مع ان الدينار ليس فى الخارج، فاذا صح ذلك في الدين فأى مانع ان يصح في القيمة التي ليست بعين خارجية ، وقد رد ذلك المستمسك بما لايعلم مراده قال: هذا مسلم، الا انه لما كان له مطابق خارجي ومصداق عيني، صح ان يكون مملوكاً، وليس كذلك القيمة المالية ـ انتهى .

فانه اذا انتهت النوبة الى مثل هذا كان العكس أولى، اذ القيمة لها مطابق خارجي ومصداق عيني ـ هي العين الموجودة ـ بينما الدين الذى في ذمة انسان ليس له مطابق خارجى ولا مصداق عيني .

(ومن الغريب اصرار صاحب الجواهر على الاشكال فى ملكيته) اى ملكية الربح (بدعوى انه حقيقة مازاد على عين الاصل،) لان الاصل على حاله وانما المفروض ارتفاع القيمة .

وقيمة الشيء أمر وهمي لاوجود له لاذمة ولاخارجاً فلا يصدق عليه الربح نعم لابأس أن يقال : انه بالظهور ملك ان يملك ، بمعنى أن له الانضاض فيملك واغرب منه انـه قال : بل لعل الوجه في خبر عتق الاب ذلك ايضاً ، بناءاً على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبنى على السراية اذلا يخفى مافيه

(وقيمة الشيء أمر وهمي لاوجود له لاذمة ولاخارجاً،) اذ ليس في ذمة المالك ولاله في الخارج عين ـ لفرض بقاء العين على حالها ـ.

(فلا يصدق عليه الربح،) وحيث لايمكن انكار انه حدث شيء بارتفاع القيمة، اذتختلف حال ما قبل زيادة القيمة، وعندزيادة القيمة قال: (نعم لابأس ان يقال: انه بالظهور) للربح (ملك) العامل (أن يملك، بمعنى أن له الانضاض فيملك) اذا نض المال،وهل هذا الكلام (نعم) الاتحاش من أمر عرفي وحقيقة اعتبارية الى أمر ليس بعرفي، والى مالا يعتبره العقلاء ؟

(وأغرب منه أنه قال: بل لعل الوجه في خبر عتق الاب) في الصحيح المتقدم (ذلك)اى ملك العامل ان يملك الربح ـ فيما اشترى اباه وربح ولو درهماً ـ(ايضاً،بناءاً على الاكتفاء بمثل ذلك)أى ملك ان يملك(في العتق المبنى على السراية) فكما يحرر الشارع العبد بالسراية ، كذلك يحرر الشارع العبد اذا ملك العمودان ان يملكا شيئاً من العبد وانما كان أغرب .

(اذلا يخفى مافيه ،) اذلا داعي الى مثل هذا التكلف بعد ان يرى العرف ان الولد قد ملك شيئاً من ابيه بمجرد ارتفاع قيمة الاب ، فاللازم ان يختص أمر العتق بما اذا ملك لاباضافة مااذا ملك ان يملك، ولذا لم يذكر ذلك احد من الفقهاء قبل الجواهر ،بل والمشهور بعده أيضاً ذهبوا الى ما ذهب اليه من قبله(ره)

مع ان لازم ماذكره كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتى مقدار الربح مع انه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصة العامل من الربح للمالك فلاينبغى التأمل فى ان الاقوى ماهو المشهور نعم ان حصل خسران او تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل ، لاان يكون كاشفاً عن عدم ملكيته من الاول

قال السيد البروجردى: هذا (اى لعل الوجه ..) فى غاية الضعف، اذ غاية مايمكن ان يقال هو ان ملكه، لان يملك أباه موجب لعتق أبيه وليس هنا كذلك فانه ملك ان يملك قيمة ابيه لانفسه .

(مع ان لازم ماذكره) الجواهر (كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتى مقدار الربح مع أنه) بنفسه (ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصة العامل من الربح للمالك،) فكيف يمكن الجمع بين هذين الكلامين.

(فلا ينبغي التأمل فى أن الاقوى) بل المتعين (ما هو المشهور،) من ملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره، أما كون الربح وقاية لرأس المال، كما ذكره القائل بالقول الثالث فليس ذلك دليلا على تمامية ماذكرناه وذلك لما ذكره بقوله: (نعم ان حصل خسران أوتلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل، لأن يكون) التلف أوالخسران (كاشفاً عن عدم ملكيته من الاول) فالملكية تحصل من حين الظهور للربح، لكنها ملكية غير مستقرة، كما عبر بذلك غير واحد من الفقهاء، وان قال السيد البروجردى: انه ليس بذلك البعيد لان ما اشترط في العقد كونه بينهما هو ربح تجارته بالمال، لاربح كل واحد

وعلى ماذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكية من جواز المطالبة بالقسمة وان كانت موقوفة على رضى المالك ومن صحة تصرفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما ومن الارث وتعلق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة للحج وتعلق حق الغرماء به ووجوب صرفه فى الدين مع المطالبة

من معاملاته والربح المتعقب بالخسران لايوجب كون التجارة رابحة حتى يشمله الشرط، ودلالة النص عليه أيضاً لايخلو من مناقشة، وعلى تقدير حصول الملكية ، فالظاهر عدم ترتب آثار الملك عليه لتعلق ضرر المال به ، لكونه وقاية لرأس ماله ـ انتهى .

ويخفى ان النزاع علمى لاأثر له .

(وعلى ماذكرنا) من انه ملك متزلزل (يترتب عليه جميع آثار الملكية من جواز المطالبة بالقسمة) بالنسبة الى الربح، كما هو شأن كل شريكين فى شيء (وان كانت) القسمة (موقوفة على رضى المالك) اذ القسمة لاتكون الا برضى الطرف . .

نعم ان امتنع الطرف كان له الاجبار بواسطة الحاكم وان لم يمكن الاجبار كان له الاخذ من باب التقاص كما ذكرنا ذلك فى (كتاب القضاء) :

(ومن صحة تصرفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما ،) من سائر المعاملات الممكنة شرعاً ، وكذلك مثل جعله مهراً (ومن الارث) لو مات (وتعلق الخمس والزكات وحصول الاستطاعة للحج) لانه ماله ، فيشمله أدلة تلك الامور.

(وتعلق حق الغرماء به،) في المفلس (ووجوب صرفه في الدين مع المطالبة)

الى غيرذلك

مسألة ـ ٣٥ ـ الربح وقاية لرأس المال

وعدم مال له غيره عيناً ، أومع وجودمال آخر له كفاية (الى غيرذلك) كوجوب اعطاء نفقة واجبى النفقة منه عيناً أو كفاية ، وانه لايكون معسراً حتى ينظر الى الميسرة ولزوم وفاء نذره ونحوه منه ولوفعل بالمال فعل الملاك ثم خسر ونحوه فان كانت عينه موجودة استرجعها ، أواعطى بدلها ـ اذلا دليل على لزوم كون الوقاية من العين ، فان المفهوم عرفاً من كون الربح وقاية انه أوبدله كذلك ـ كماهو المستفاد من وجوب اداء الامانة ، وصرف ربع الوقف ونحوهما، فاذا أعطاه ديناراً امانة فارجع ديناراً كان قدأدى الامانة ، ولايعدخائناً ، وكذلك اذا أخذربح الوقف ، وصرف بقدره في الموقوف عليه كان عمل بقاعدة الوقوف على ماوقفها أهلها ، الى غيرذلك .

ولولا رؤية العرف الاعم ـ والمفروض انه هوالذي القي اليه الكلام ، حسب الابلسان قومه ونحوه ـ لكان اللازم القول بالخصوصية في العين ، ولو للاستصحاب ، ولواجرى على العين معاملة ثم ظهرت الخسارة كانت المعاملة فضولية متوقفة على اجازة المالك .

نعم اذا اجرى المعاملة على الذمة، ثم جعل الربح وفاءاً فسقط الربح، كان عليه ان يفي من مكان آخر ، الى غيرها من المسائل المرتبطة بالمقام من مختلف أبواب المعاملات .

(مسألة ـ ٣٥ ـ الربح وقاية لرأس المال) بلااشكال ولاخلاف، وفي المسالك انه محل اتفاقهم ، و يدل على ذلك انه مقتضى العقد ، لان حصة من الربح المجعول للعامل ، لاتحقق له اذا خسر .

فملكية العامل لـه بالظهور متزلزلة فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به الى أن تستقر ملكيته والاستقرار يحصل بعد الانضاض والفسخ والقسمة

أما مافي المستمسك من ان الربح المجعول للعامل مازاد على تدارك النقص المالي الحادث من خسران أو تلف ، فلايخفى مافيه من المسامحة في التعبير، اذ القدر المتدارك لايسمى ربحاً .

(فملكية العامل له بالظهور متزلزلة،) لانه لايعلم هل يخسر ونحوه أم لا ؟ فلو لم يخسر ونحوه ظهر انه كان ملكاً مستقراً لم يعلم به ، فان احتمال الخسران ظاهري ، اذ الواقع لايغير عن واقعه .

(فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به) أي بذلك الربح (الى أن تستقر ملكيته،) فلا تزلزل بعد ذلك .

(والاستقرار يحصل بعد الانضاض والفسخ والقسمة) لان العقد قـد انتهى بجميع توابعه ، فلاوجه لعدم الاستقرار، فان مقتضى الملك الاستقرار ، الا اذا دل دليل على عدم استقراره ، فلا مجال لاحتمال كون مقتضى الاستصحاب عدم الاستقرار، لان الاستقرار مرتبة شديدة والاصل عدمه اذ بالاضافة الى ماذكرناه نقول : التزلزل والاستقرار مرتبتان من قبيل نوعين فلاتدرج بينهما حتى يقال بجريان الاستصحاب في المرتبة النازلة .

وقد ذكرنا مثل ذلك في عقدي الدوام والمتعة ، فليست المتعة مرتبة خفيفة والدوام مرتبة شديدة حتى اذا شك أو اختلفا يكون الاصل مع المتعة ، بل مقتضى الاصل ان يكون مع الدوام لان قيده بالزمن خلاف الاصل، وبدون القيد يكون الدوام .

فبعدها اذا تلف شيء لايحسب من الربح، بل تلف كل على صاحبه ولايكفى فى الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ

وقدأشار الجواهر الى وجه ماذكره المصنف بقوله : لاريب في الاستقرار حينئذ ضرورة انتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك .

أقول : وسكت عن المقدمة المطوية ، أي ماذكرناه بقولنا : (فلاوجه..) وقال في جامع المقاصد : لابحث في الاستقرار بذلك ، وفي المستمسك :لاريب فيه ، وعن الايضاح الاجماع عليه ، لانه قال : يستقر بارتفاع العقد و انضاض المال والقسمة عند الكل .

وكيف كان، فاذا اجتمعت الثلاثة (فبعدها اذا تلف شيء لايحسب من الربح، بل تلف كل) من الاصل والربح للمالك عند المالك والربح للعامل عندالعامل (على صاحبه،) اذلاوجه لئن يكون مال انسان على انسان آخر، والظاهر انه يصح الشرط في ضمن عقدلازم على ان يكون التلف بعدالثلاثة من كيس غير مالكه لاطلاق أدلة الشرط .

هذا اذا اجتمعت الثلاثة ، أماالثلاثةالمفردة الاخر ، أي اذا حصل الفسخ وحده بدون الانضاض والقسمة أوحصل الانضاض فقط أوالقسمة فقط، وكذلك الثلاثة المركبة ، أي الانضاض مع الفسخ: أومع القسمة ، أوالفسخ مع القسمة فقد أشار المصنف اليها بقوله .

(ولايكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ ،) كماهو المشهور وجعله في الجواهر بلاريب ، وان كان يظهر من القواعد حيث قال : انما يستقر بالقسمة أوبالانضاض والفسخ ان القسمة كافية في الاستقرار.

ولذا أشكل عليه جامع المقاصد بأن قسمة الربح وحده لاتخرجه عن كونه

بل ولاقسمة الكل كذلك ولا بالفسخ مع عدم القسمة

وقاية لرأس المال ـ انتهى ، الاانه لم يظهر له وجه تام ، اذمعنى القسمة بنائهم على انيكون لكل ماقسم له فاسترجاعه منه بالخسارة ونحوه يحتاج الى دليل، ولذا قال في المستمسك : لااطلاق لفظي لدليل الوقاية، كي يتمسك به في المقام وان العمدة في الوقاية الاجماع والارتكاز العرفي، وليس من الواضح شمولهما لما بعد القسمة ـ انتهى .

أما تصحيحه بما في بعض التعاليق بأن القسمة فسخ فعلي، فلا يكون التلف بعدها محسوباً من الربح ، ففيه عدم تسليم ان كل قسمة فسخ ، كما اذا كان رد المال الى المالك مع نصيبه من الربح لاحتمال عروض عارض ، أو لداع آخر من الدواعي .

(بل ولاقسمة الكل كذلك) يرد عليه انه لايكون في قبال ما تقدم من قسمة الربح وقد ذكر جامع المقاصد انه لامعنى للقسمة الا قسمة الربح اذ ليس في رأس المال شراكة ، أما ما ذكره السيد البروجردي وتبعه بعض المعلقين الاخر بقوله الظاهر ان قسمة الكل لاتنفك عن الفسخ، فيرد عليه ما تقدم من عدم التلازم بين القسمة وبين الفسخ .

(ولا بالفسخ مع عدم القسمة) وكأنه لان المضاربة لم تتم بعد ، واذا بقي حكم المضاربة يكون الخسران على الربح ،لانه من أحكامها، لكن في الجواهر تبعاً لجامع المقاصد جعله مبنياً على وجوب البيع على العامل بعد الفسخ ، و ان قلنا بعدمه فوجهان ، لكن الاقرب ان الفسخ يوجب استقرار الملك ، اذ المفروض ان الجبران كان من توابع المضاربة ، وقد ارتفعت بالفسخ ، ولذا اشكل غير واحد من المعلقين على المصنف، والاستدلال للجبران بالاستصحاب

فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق فيكون الربح مشتركاً والتلف والخسران عليهما ويتمم رأس المال بالربح

وعموم على اليد وصدق مال القراض ليشمله ما دل على ان مال القراض وضيعته من الربح ـ بضميمة ان عدم صدق انه مقارض لاينافي صدق مال المقارضة الذي هو موضوع الحكم المذكور ـ وان رأس المال يجب ان يسلم الى المالك تاماً اذا كان ربح فيشمله له غير تام ينافي ما قرراه من التسليم التام مع وجود الربح وان الارتكاز العرفي بقاءاً لاحكام الى ان تتحقق القسمة غير تام ـ على ذكر بعضهم ـ.

اذ يرد على الاول : انه لامجال له بعد تبدل الموضوع بالفسخ .

وعلى الثاني : ان المال امانة بيد العامل فلا يشمله دليل اليد .

وعلى الثالث : انه كان مال المقارضة ، فدليل الجبران لايشمله ، والالشمل ما اذا حصل جميع الثلاثة الانضاض والفسخ والقسمة، وهل يقول القائل بذلك ويرى ان خروج ذلك بدليل خاص ؟

وعلى الرابع : ان التسليم ليس من تتمة المضاربة ، كما ان تسليم العين المستأجرة ليس من تتمة الاجارة ـ الى غير ذلك ـ كيف والمفروض ان المضاربة قدار تفعت بالفسخ .

وعلى الخامس : ان الارتكاز بالعكس ، وانه يقتضي بقاء الاحكام الى ان تتحقق الفسخ ، كما في سائر العقود ، فاذا حصل الفسخ وارتفعت المضاربة ارتفعت بكل احكامها .

ومنه يعلم وجه النظر في قوله : (فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق) قبل الفسخ (فيكون الربح مشتركاً والتلف والخسران عليهما ويتمم رأس المال بالربح) بل اللازم ان يكون لكل ماله ، ولكل أحكام ماله من الربح

نعم لو حصل الفسخ ولم يحصل الانضاض ولو بالنسبة الى البعض وحصلت القسمة فهل تستقر الملكية أم لا؟ ان قلنا بوجوب الانضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار ، وان قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار

والخسران والتلف .

(نعم لو حصل الفسخ ولم يحصل الانضاض ولو بالنسبة الى البعض وحصلت القسمة) بأن حصل امران من الامور الثلاثة الفسخ والقسمة (فهل تستقر الملكية) كما ذهب اليه جامع المقاصد والجواهر والمستمسك وغيرهم من المعلقين الذين ظفرت بتعليقاتهم لانتهاء أمد المضاربة بالفسخ ـ كما تقدم ـ (أم لا؟) لبعض الادلة السابقة في صورة الفسخ مع عدم القسمة ، أم يفصل بما ذكره المصنف بقوله : (ان قلنا بوجوب الانضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار ، وان قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار) وكأنه لانه في الاول لم تتم المضاربة وفي الثاني ، حيث لايجب الانضاض ، فقد انتهت المضاربة فلا وجه لعدم الاستقرار ، لكنك عرفت ان مقتضى القاعدة الاستقرار مطلقاً .

قال في المستمسك: الظاهر ان الارتكاز العرفي يساعد على الاستقرار بالقسمة وان قلنا بوجوب الانضاض على العامل تعبداً .

أقول : لعله أراد بالتعبد بناء العقد على ذلك ، لانه تعبد شرعي اذ العقود تتبع القصود ، ولذا كان الارتكاز العرفي دليلا على الاستقرار ، اذ لايظهر من الادلة الشرعية تصرف الشارع في المضاربة خلاف العرف ، بل قد امضاها الشارع كما سبق أول بحث المضاربة .

والحاصل: أن اللازم دفع مقدار رأس المال للمالك وثم يقسم مازاد عنه بينهما على حسب حصتهما فكل خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح وتماميتها بماذكرنا من الفسخ والقسمة.

مسألة ـ ٣٦ ـ اذا ظهر الربح ونض تمامه أو بعض منه فطلب أحدهما قسمته، فان رضى الاخر فلامانع منها

(والحاصل: أن اللازم) عند المصنف (دفع مقدار رأس المال للمالك وثم يقسم مازاد عنه بينهما على حسب حصتهما فكل خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح) ولو كان التلف والخسارة اتى على كل الربح (وتماميتها بما ذكرنا من الفسخ والقسمة) ومنه يعلم، وجه النظر في كلام السيد الجمال، حيث قال: محصل ذلك هو انه لو اجتمعت الامور الثلاثة المذكورة ينتهي عمل المضاربة بذلك، ويخرج الربح من كونه وقاية لرأس المال وتستقر مالكية العامل لحصته، ولو حصل الفسخ والانضاض ولم يحصل القسمة ففي الاستقرار وعدمه وجهان مبنيان على كون القسمة خارجة عن عمل المضاربة جارية مجرى تميز سائر المشتركات، أو كونها من متمماته، ولو حصل الفسخ والقسمة بلا انضاض ففيه أيضاً وجهان مبنيان على انتهاء عمل المضاربة برضى المالك بقسمة العروض أو عدم انتهائه ووجوب الانضاض على العامل، والاقوى هو الاول، ولايخرج الربح بماعداذلك عن كونه وقاية لرأس المال حتى بالقسمة ناضاً الامع الفسخ لامع عدم عدمه على الاقوى.

(مسألة ـ ٣٦ ـ اذا ظهر الربح ونض تمامه أو بعض منه فطلب أحدهما قسمته، فان رضي الاخر فلا مانع منها) لان المال بينهما، وقد رضيا بالقسمة، ثم ان خسر بعد ذلك فان قيل بمقالتنافي المسألة السابقة من ان القسمة كافية في خروج

وان لم يرض المالك لم يجبر عليها لاحتمال الخسران بعد ذلك، والحاجة الى جبره به

الربح المقسوم عن كونه يجبر خسران رأس المال فلا اشكال ، وان قيل بمقالتهم من التدارك ، فاذا خسر كان اللازم على العامل التدارك .

(وان لم يرض) العامل بالقسمة ، وانما أراد المالك القسمة حق للمالك اذ لاوجه لعدم القسمة ـ مما سيأتي في صورة عدم رضى المالك ـ فدليل السلطنة يشمل المقام ، وسيأتي تتمة الكلام فيه ، وان لم يرض (المالك) قال المصنف: تبعاً للمشهور، بل عن جامع المقاصد والمسالك والجواهر ما يظهر عدم الخلاف فيه .

(لم يجبر) المالك (عليها لاحتمال الخسران بعد ذلك، والحاجة الى جبره به) كما علله بذلك غير واحد ، ويرد عليه أولا: ان احتمال الخسران غير مطرد اذ من الممكن القطع بعدم الخسران .

وثانياً: ان ذلك انما يمنع اذا أراد العامل التصرف في حصته ، أما اذا لم يرد التصرف فلا مانع .

وثالثاً: ان ذلك انما يمنع من وجوب تمكين العامل من حصته ، لا من اصل القسمة.

ورابعاً : يمكن أخذ الكفيل ونحوه من العامل بالتدارك اذا خسر .

وخامساً : ان الاحتمال لا يرفع تسلط الناس على أموالهم، فان دليل لاضرر لا يشمل احتماله ، كما لا يشمل ، أي دليل احتماله ، وما ورد في باب الصوم من ان الصائم اذا خاف على عينه من الرمد انما ثبت ان حكم الخوف حكم الضرر بدليل خاص، كما ثبت ذلك في احتمال ضرر الوضوء والغسل والصلاة

قيل: وان لم يرض العامل فكذلك أيضاً لانه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما

من قيام وما أشبه ذلك .

أما قول المستمسك في الاشكال على ذلك بأن احتمال الضرر المالي غير منفى، ولامأخوذ موضوعاً للاحكام . نعم احتمال الضرر النفسى منفي فيرفع اللازم اجماعاً ـ انتهى .

فيردان مقتضى اطلاق (لاضرر) ان كلا من الضرر المالي والعرضي والنفسي والجسدي منفي ، ويؤيده ان الحديث ورد في الضرر النفسي الذي هو عبارة اخرى عن الحرج ، اذان سمرة لم يكن يضر الانصاري مالياً ، وانما كان يضره نفسياً ، اي ان الامر كان حرجاً عليه، فلايمكن انلايشمل الحديث مورده وكان عدم ذكرهم للضرر النفسي اكتفاء منهم بذكرهم لدليل الحرج .

أما نفي احتمال الضرر النفسي ـ كما يظهر تسليمه من المستمسك ـ فلم يدل عليه دليل ، اللهم الا ان يريد بالنفس الجسدي ، ويكون الاستدلال حينئذ للنفي ليس بدليل (لاضرر) لان الاحتمال ليس ضرراً ، والدليل انما قد نفى (الضرر) لااحتمال الضرر ، بل يكون الاستدلال لذلك بمثل لاتلقوا بأيديكم الى التهلكة،وبما ذكروا في(كتاب الطهارة والصلاة والصوم) من ان المفهوم عرفاً من دفع الضرر دفع احتماله ايضاً اذا كان الاحتمال عقلائياً ، و لو كان من درجات الوهم،فاذا كان كل ستة يقتل واحد منهم كان ذهاب أحدهم يوجب وهم انه يقتل بينما الاحتمال في الاكثر من النصف ظن ، و في النصف شك ، وقد ذكرنا تفصيل ذلك فى تلك الكتب .

(قيل :) والقائل التذكرة والتحرير والقواعد ، كما حكي (وان لم يرض العامل فكذلك أيضاً) لم يجبر عليها (لانه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما

أخذه ، ولعله لايقدر بعدذلك عليه لفواته في يده وهو ضرر عليه وفيه أن هذا لايعد ضرراً فالاقوى أنه يجبر اذاطلب المالك وكيف كان ، اذا اقتسماة ثم حصل الخسران فان حصل بعده ربح يجبره

أخذه ، و لعله لايقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده وهو ضرر عليه) كما علله بذلك في جامع المقاصد ، فيشمله دليل لاضرر .

(وفيه) ما رده الجواهر على المحقق الثاني بـ (أن هذا لايعد ضرراً) حتى يرفعه دليل لاضرر ويكون حاكماً على ما دل على سلطنة الناس على أموالهم.

وقد ذكرنا في (كتاب القضاء) لـزوم القسمة في المال المشترك اذا أراد أحدهما ذلك ، ولاحاجة الى تعليل ذلك بما في الجواهر والمستمسك بضرورة المحافظة عليه بعدم التصرف ، بل لو أغرمه لم يكن عليه ضرر لانه في مقابل ما تصرف فيه ، وذلك لانه ، حتى اذا فرض انه ضرر عليه لايتدارك لم يكن وجـه لرفع اليد عن دليل السلطة ، فهو مثل ما اذا لم يشتر أحد بضاعة الشريك بعد القسمة ، فان ذلك وان كان ضرراً على الشريك لم يمنع من القسمة الا اذا كان للضرر قوة يوجب تقديمه على دليل السلطنة .

وكذا اذا كان رخص الجار قيمة بضاعته يوجب ضرراً على الجار الاخر اذ مثل هذا الضرر لا يوجب منع الجار عن رخص بضاعته ، الى غير ذلك من الامثلة ، فان دليل لاضرر قد ينصرف عن محل ، وقد يعارض بلاضرر آخر ، وقد يعارض بدليل آخر فلايقدم دليل لاضرر على ذلك الا اذا كان أقوى مناطاً.

(فالاقوى أنه يجبر اذا طلب المالك) كما هو المشهور حسب ما وجدناه في كلمات المتأخرين لما عرفت من قاعدة السلطنة .

(وكيف كان ، اذا اقتسماه ثم حصل الخسران فان حصل بعده ربح يجبره

فهو والا ردالعامل أقل الامرين من مقدار الخسران وماأخذ من الربح لان الاقل ان كان هو الخسران فليس عليه الاجبره والزائد له وان كان هو الربح فليس عليه الامقدار ماأخذ ويظهر من الشهيد أن قسمة الربح موجبة لاستقراره ، وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدهـا ، حيث قال على ما نقل عنه :

فهو) اذ لايضر الخسران حينئذ بتدارك رأس المال من الربح ـ الذي تقدم انه مقتضى المضاربة ـ .

(والا) فعلى ما تقدم ان اخترناه من ان القسمة توجب ملكية كل لما أخذه فلاشيء أيضاً اذ الخسران يكون حينئذ على المالك الذى رضى بالقسمة لانه أقدم على خسارة نفسه، وان لم يرض المالك (رد العامل أقل الامرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح) المراد مقدار الخسران الذى عليه ، اذ لما قسم الربح كان الخسران عليهما بالنسبة كما هو مقتضى المضاربة .

(لان الاقل ان كان هو الخسران فليس عليه الاجبره) فلاوجه لاخذ ما بقى من الربح منه .

(والزائد) التفاوت بين قدرما أخذ وقد رحصته من الخسران (له) لانه ماله لم يخرجه عن كيسه شيء .

(وان كان هو الربح فليس عليه الا مقدار ما أخذ) فانه لولم يكن أخذ ربحاً لم يكن عليه شيء ، فكذا اذا أخذ لم يكن عليه أزيد من الربح .

(ويظهر من الشهيد أن قسمة الربح موجبة لاستقراره، وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها ، حيث قال على ما نقل عنه :)الشهيد الثاني في المسالك بما

ان المردود أقل الامرين مما أخذه العامل من رأس المال لامن الربح فلو كان رأس المال مأة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون التى هى الربح مشاعة فى الجميع نسبتها الى راس المال نسبة السدس فالمأخوذ سدس الجميع فيكون خمس أسداسها من رأس المال ، وسدسها من الربح فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح ، وهو نصف سدس العشر وذلك درهم وثلثان يبقى معه ثمانية وثلث من

خلاصته (ان المردود أقل الامرين مما اخذه العامل من رأس المال لامن الربح) أي اذا كانت الخسارة أقل رد الخسارة ، واذا كان ما أخذه من رأس المال أقل رد القدر الذى أخذه من رأس المال لاكما تقدم من المصنف وذكره المشهور من ان المردود أقل الامرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح .

(فلو كان رأس المال مأة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون) ليس الربح وانما فيه شيء من الربح، كما ان بقية الربح تبقي في المأة الباقية بعنوان انه رأس المال اذ العشرون (التي هي الربح مشاعة في الجميع نسبتها الى رأس المال نسبة السدس ، فالمأخوذ سدس الجميع) أى مأخوذ بعضه من رأس المال وبعضه من الربح ، وليس المأخوذ ربحاً خالصاً، كما ليس الباقي [المأة] رأس مال خالص (فيكون خمس أسداسها من رأس المال ، وسدسها من الربح) فان المأخوذ من المشاع مشاع فلا يعين لان يكون المأخوذ ربحاً فقط ومقتضى تقسيم العشرين على الستة ان تكون كل حصة سدس العشرين (فاذا اقتسماها) اى العشرين المأخوذ ـ باسم الربح ـ (استقر ملك العامل على نصيبه من الربح ، وهو نصف سدس العشر) (وذلك درهم وثلثان) فـ(يبقي معه) أى عند العامل (ثمانية وثلث من

رأس المال فاذا خسر المال الباقي رد أقل الامرين مما خسر و من ثمانية وثلث وفيه مضافاً الى أنه خلاف ماهو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق ان لم يلحقه ربح وأن عليه غرامة ماأخذه منه أنظار آخر ، منها

رأس المال) وهو التفاوت المذكور(فاذا خسر المال الباقي) اى المأة (رد) العامل(اقل الامرين مما خسر ومن ثمانية وثلث) .

فاذا خسر عشرين رد ثمانية و ثلث واذا خسر ستةعشر مثلا رد ثمانية (اذ النصف الثاني من الخسارة على المالك فان المالك ايضاً اخذ(عشرة) منهاواحد وثلثان ربح) وثمانية وثلث من رأس المال، ولايخفى ان كلام الشهيد الاول في ان القسمة توجب استقرار ملك العامل للربح تام.

وقد ذكرنا وجهه سابقاً، اما كلامه بالنسبة الى ان المأخوذ ليس الربح فقط بل الخليط من الربح و رأس المال بالنسبة ليس بتام ، اذالمشاع يعين بتعيين الطرفين له (و فيه مضافاً الى انه) كون القسمة موجبة للاستقرار فلا يتدارك بالربح المقسوم الخسارة في المستقبل (خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك) بعد الخسران (بالربح السابق ان لم يلحقه ربح) يكفى لجبر الخسارة.

(وان عليه) اي على الربح السابق المقسوم (غرامة ما اخذه) احدهما(منه) اى من الربح.

أقول : قد تقدم ان مقتضى القاعدة كلام الشهيد وان الربح المقسوم لايجبر الخسارة وانما المعلوم ان الربح الذي لم يقسم يجبر الخسارة(أنظار آخر ،منها

أن المأخوذ اذا كان من رأس المال فوجوب رده لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك ومنها انه ليس مأذوناً في اخذ راس المال فلا وجه للقسمة المفروضة ومنها ان المفروض انهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان انه ربح ، لا بعنوان كونه منه ومن راس المال

ان المأخوذ اذا كان من رأس المال) كما قاله الشهيد حيث جعل ثمانية وثلث في مثاله ـ من أخذ العشرة ـ من رأس المال (فوجوب رده لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك) لان رأس المال يجب ان يعطي للمالك سواء خسرت التجارة أم لا .

أقول يرد عليه انه ان لم يخسر لم يجب الرد باعتبار ان المأخوذ من رأس المال يتدارك بالربح الباقي في رأس المال اذا المفروض ان عشرة في مأة وعشرين ربح العامل ، واى فرق بين ان يحسب لنفسه كل العشرة التى اخذها أو ان يرد الثمانية والثلث التي آخذها ويأخذ ثمانية وثلثا باعتبار انه الربح .

(ومنها انه ليس مأذوناً في اخذ رأس المال فلا وجه للقسمة المفروضة) وفيه ان الوجه انهما رضيا بذلك والامر لا يعدوهما فحيث ان لهما ان يأخذا العشرين ـ قدر الربح ـ وفرض الشهيد ان المال مشاع لا يمكن فرزه ، كان لابد من أخذ المشاع الذي يكون بقدر الربح .

(ومنها ان المفروض أنهما اقتسما المقدار من الربح) العشرين (بعنوان أنه ربح ، لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال ،) هذا الاشكال وارد اذ حيث ان المال لهما فلهما افراز الربح من رأس المال ، اللهم الا ان يريد الشهيد غير هذا الفرض بان اخذا من المجموع لا بعنوان انه ربح فقط ـ كما المح الى ذلك بعض المعلقين ـ وليس ببعيد لانه من المستبعدان يظن الشهيد ان ليس لهما حق

ودعوى انه لايتعين لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض اشاعته في تمام المال مدفوعة بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركا بين المالك والعامل فمقدار راس المال مع حصة من الربح للمالك، ومقدار حصة الربح المشروط للعامل له ، فلاوجه لعدم التعين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال فقسمة الربح في الحقيقة قسمة لجميع المال ولامانع منها

الافراز .

(ودعوى) الجواهر (أنه لايتعين) العشرون المأخوذ .

(لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض اشاعته في تمام المال) فلايرد الاعتراض على الشهيد (مدفوعة بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركا بين المالك والعامل ،) خمسة اسداس ونصف للمالك ونصف السدس للعامل في مثال المأة والعشرين .

(فمقدار رأس المال مع حصة من الربح للمالك ، و مقدار حصة الربح المشروط للعامل له ، فلا وجه لعدم التعين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هـذا المال ،) اذالحق لايعدوهما .

أقول : للمسألة ثلاث صور لانهما اما ان يأخذا العشرين بعنوان المشاع أو بعنوان الربح أولابعنوان خاص مما يقتضى الاشاعة أيضاً والاشكال وارد على الشهيد في الثانية ، وقدعرفت انه لعل كلامه في غير هذه الصورة ، اما صورة اخذهما بعنوان رأس المال فخارجة عن كلام الشهيد .

(فقسمة الربح) بينهما (في الحقيقة قسمة لجميع المال) الى الربح المقسوم والى رأس المال الباقي (ولامانع منها) .

مسألة ـ٣٧ ـ اذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح مع تحقق الشرائط من معلومية المقدار وغيره واذا حصل خسران بعد هذا لايبطل البيع بل يكون بمنزلة التلف فيجب عليه

أما اشكال المستمسك على الشهيد بوجه آخر أيضاً بقوله : ومنها ان اللازم البناء على الوقاية بالربح الباقي في المال ، لان المفروض على كلامه عدم صحة القسمة فالربح كان مشاعاً في المال انتهى ، فغير ظاهر اذ مفروض كلام الشهيد شمول الخسارة لكل مقدار الربح .

(مسألة ـ٣٧ـ اذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره) ولايصح قبل الظهور وان كان في الواقع موجود اذ ذلك داخل في الغرر المنهى عنه كما انه لايصح اجراءاية معاملة على شيء مجهول وجوده للعامل (صح) لما تقدم من انه ماله .

(مع تحقق الشرائط من معلومية المقدار وغيره ،) من الامور المذكورة في كل المعاملات .

و عليه فيصح اجراء سائر المعاملات على الربح أيضاً لاطلاق ادلتها كما يصح للمالك أيضاً ان يجرى المعاملات على قدر الربح وحاله حال العامل في قوله : (واذا حصل خسران بعد هذا) التعامل (لايبطل البيع بل يكون بمنزلة التلف) للمبيع في سائر المعاملات لما دل من لزوم البيع المانع من ارجاع المبيع الى البائع وحيث يجب ان لايضيع حق الطرف كان مقتضى الجمع بين الادلة التدارك (فيجب عليه) ان يعطى للمشتري مثله اذا كان مثلياً أو قيمته اذا كان قيمياً ، لكن السيد البروجردى وبعض آخر من المعلقين قالوا بانكشاف بطلان البيع ، أما لعدم الملك أو بتعلق حق المالك بجبر خسران رأس ماله ـ انتهى .

جبره بدفع أقل الامرين من مقدار قيمة ماباعه ومقدار الخسران .

مسألة ـ ٣٨ ـ لااشكال فى أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح سواء كان سابقاً عليها أو لاحقا مادامت المضاربة باقية ولم يتم عملها نعم قد عرفت ماعن الشهيد من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق اذا اقتسماه

لكن الظاهر انما ذكره المصنف هو على وفق القاعدة من لبره بدفع أقل الامرين من مقدار قيمة ما باعه ومقدار الخسران) لكن ذلك فيما اذا باعه بالقيمة العادلة لاأقل أو أكثر اما اذا باعه بالاقل مثلا كان الربح مناً من الحنطة قيمته دينار فباعه بنصف دينار فان اللازم عليه ان يعطى الدينار جبراً للخسارة لانصف دينار لان الربح يجبر الخسارة لا الاقل من الربح واما اذا باعه بالاكثر فدليل ان الربح يجبر الخسارة لايشمل ذلك الزائد الاعتبا طى الذى جعله البائع للعامل كالمنحة باسم البيع فليس عليه الا اعطاء القيمة العادلة جبراً للخسارة .

(مسألة ـ ٣٨ ـ لااشكال في أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح) كما تقدم وجهه (سواء كان) الربح (سابقاً عليها أو لاحقاً) بها أو مقارناً لها كما اذا كانت له معاملتان ربح في احداهما وخسر في الاخرى (ما دامت المضاربة باقية ولم يتم عملها) كل ذلك لاطلاق الادلة ولايخفى ان بقاء المضاربة غير تمام العمل و لذا جاء بهما .

(نعم قد عرفت ماعن الشهيد) الاول في المسألة السابقة (من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق اذا اقتسماه) .

وقد ذكرنا هناك ان مقتضى القاعدة ما قاله الشهيد ولايتصور هذا بالنسبة الى الربح اللاحق والمقارن لان الربح تلقائياً يجبر الخسارة فلا مجال لقسمة

وأن مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته وأما التلف فاما أن يكون بعد الدوران فى التجارة أو بعد الشروع فيها أو قبله ثم اما أن يكون التالف البعض أو الكل ، وأيضاً اما أن يكون بآفة من الله سماوية أوأرضية أوباتلاف المالك أوالعامل أوالاجنبى على وجه الضمان

الربح لانه من باب السالبة بانتفاء الموضوع ولذا قيده المصنف بـ[السابق] وان كان كلام الشهيد مطلقاً أولا،بل قد تقدم قوله [فاذاخسر] مما ظاهره ان الربح سابق .

(وان مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته)هذا في الخسارة المصطلحة (وأما التلف فاما أن يكون بعد الدوران في التجارة) بان اشترى وباع او ما اشبه من المعاملات ثم وقع التلف (أو بعد الشروع فيها) كما سيأتى مثاله(أو قبله ، ثم) على كل تقدير .

(اما أن يكون التالف البعض أو الكل، و) على أى حال (أيضاً اما أن يكون بآفة من الله سماوية) كالصاعقة (أوأرضية)كالزلزلة(أوباتلاف المالك)المضارب (أو العامل أوالاجنبى على وجه الضمان) اذقد يتلفه بدون الضمان كما اذااشترى بالمال دابة فصانت مما اضطر الطرف ان يرميها فيقتلها .

والمراد بالتلف اعم من الحقيقى كما اذا صب الماء على الارض او احترق المتاع ومن الحكمى كما اذا وقع فى البحر او سرقه سارق حيث لم يتلف المال حقيقة وانما هو في حكم التلف وان كان قد يعبر عن ذلك بالتلف أيضاً باعتبار فقد المالك له والحيلولة بينه وبينه .

فان كان بعد الدوران فى التجارة فالظاهر جبره بالربح ولو كان لاحقاً مطلقاً سواء كان التالف البعض أو الكل

(فان كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر) من الدليل (جبره بالربح) كما عن المحقق والعلامة وفي المستمسك الظاهر انه لا خلاف فيه وعن مجمع البرهان انه اجماع وذلك لان بناء المضاربة عرفاً الذى امضاه الشارع حسب الادلة التي قررتها بدون ذكر تغيير لهذه الجهة ، على ذلك ومنه يعلم ضعف ما عن جامع المقاصد من احتماله ضعيفاً عدم الجبران اذا كان التلف بآفة سماوية او غصب غاصب او سرقة سارق لانه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ولانه في الغصب والسرقة يحصل الضمان على الغاصب والسارق بلاحاجة الى جبره بمال القراض- انتهى .

و ذلك لان المبنى عليه القراض اعم من التلف السماوى كما ان الكلام في ما لم يرد السارق والغاصب ولم يعوضا ، اما مع الرد اوالتعويض فلامكان للجبر ، ولايخفى ان مراده كل اقسام وساطة الانسان وعدم وساطة الانسان في التلف لوضوح عدم الخصوصية لتلف السماء ولا للسرقة والغصب فاذا فقد بالزازلة او تلف بهيجان البحر أو ما اشبه ذلك أو اتلفه انسان غير السارق أو حيوان اوما اشبه كان داخلا في مناطه، ثم ليس المراد بالدوران في التجارة دوران كله بل بعضه أيضاً كذلك لوحدة الدليل في كلا المقامين كما لافرق بين الدوران الموجب للربح أو للخسارة او لم يوجب شيئاً .

(ولو كان لاحقاً مطلقاً) أى (سواء كان التالف البعض أو الكل) أي القدر المساوى لرأس المال مثلا كان مأة فربح عشرين ثم تلف المأة اذ لو تلف كل

كان التلف بأفة أو باتلاف ضامن من العامل أو الاجنبي ودعوى أن مع الضمان كأنه لم يتلف لانه في ذمة الضامن كما ترى نعم لو أخذ العوض يكون من جملة المال بل الاقوى ذلك اذا كان بعد الشروع في التجارة، وان كان التالف الكل كما اذا اشترى في الذمة وتلف المال قبل دفعه الى البائع

المال لم يبق مجال للجبران (كان التلف بآفة) غير انسانية (أو باتلاف ضامن من العامل أو الاجنبي) فاذا ربح المأة عشرة واتلف العامل عشرة اخذ المالك كل المال واذا اتلف عشرين اخذ كل المال ويطلبه خمسة عشر واذا تلف خمسة يأخذ كل الباقي بلاطلب .

(و) الـ (دعوى) المتقدمة احتمالا من المحقق الثاني بـ (أن مع الضمان) من المتلف (كأنه لم يتلف لانه في ذمة الضامن) فلاوجه لجبر الخسارة بالربح (كما ترى) حيث تقدم الاشكال عليه .

(نعم) لااشكال في انه (لو أخذ العوض) من المتلف ومنه اذا كان المتلف نفس العامل حيث ذكرناه في الصور الثلاث المتقدمة (يكون من جملة المال) حيث يقوم العوض مقام الاصل من غير فرق بين ان يكون التلف ما يوجب بدلا أو مايوجب بدل حيلولة كما لو القاه الضامن في البحر مثلا أو اضاعه أو ما اشبه ذلك (بل الاقوى ذلك) جبر الخسران بالربح (اذا كان) التلف (بعد الشروع في التجارة ، وان كان التالف الكل كما اذا اشترى) للمضاربة (في الذمة وتلف المال قبل دفعه الى البائع) .

وقد كانت المضاربة مطلقة تشمل الشراء في الذمة ـ كما هو الغالب على ما تقدم في بعض المسائل السابقة ـ او كانت خاصة بالاشتراء نقداً لكن اذن

فأداه المالك

المالك في الشراء في الذمة بعد ذلك .

وقدتقدم أيضاً مسألة تخلف الشرط في المضاربة وانه لايضر بتوزيع الربح للنص الخاص الذى عمل به المشهور (فأداه المالك) اداء المالك على اقسام

لانه اما ان يؤدى بقصد ان ينضم ماأداه الى اصل المال ، وهذه مضاربة جديدة تتوقف على قبول العامل وان ينضم هذا الى الاول لان الفرض عدم بطلان الاول لان العقد باق وان تلف المال فانه لادليل على ان تلف المال يبطل العقد.

ولذا قال غير واحد من الفقهاء ان المقتضى العقد لا الدوران في التجارة فاذا اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق و قدحكى ذلك عن المبسوط والتحرير والمسالك والتذكرة والسرائر والارشاد وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان والايضاح وغيرهم .

هذا ولكن للاشكال في المسألة مجال ، اذ ما يجعل المبيع للمضاربة احدامرين .

الاول : ان يكون البيع نقداً في قبال الثمن ويؤديه وهذا مفروض الانتفاء.

الثاني : ان يشترى المبيع في الذمة بقصد المضاربة ويؤدى ما في الذمة من مال المضاربة والافاذا لم يؤده من مال المضاربة بان تلف الثمن فاداه من مال آخر لم يكن مجرد القصد كافياً في جعل المبيع للمضاربة فهو مثل ان يتلف كل مال المضاربة قبل الاشتراء حيث انه لو قصد الاشتراء للمضاربة لم يقع لها فانه من باب السالبة بانتفاء الموضوع وأى فرق بين ان يقصد المضاربة قبل التلف أو بعده ، واذن المالك او اعطائه مالا جديداً لايجعله المضاربة السابقة.

واما ان يؤدى بقصد القرض ، واما ان يؤدى بقصد انه يكون للمالك لا للمضاربة

أو باع العامل المبيع وربح فأدى كما أن الاقوى فى تلف البعض الجبر وان كان قبل

وكلا الامرين لايجعلان من العمل مضاربة .

اذ القرض ان كان على نفسه فهو غير معقول اذ الانسان لايطلب نفسه و ان كان على العامل فهو يكون مال العامل لامال المضاربة ، والاداء بعنوان ان المبيع يكون ماله يخرجه عن المضاربة .

ومنه يظهر الاشكال في ماعطف على [فأداه المالك] بقوله (أو باع العامل المبيع وربح فأدى) فان قوام المضاربة بالمال الخارجي فاذا انتفى المال انتفت المضاربة ويكون البيع لنفس العامل ولا وجه لان يكون المالك طرفاً كما انه ان اعطاه المالك مالا جديداً يكون مضاربة جديدة لاربط لها بالمضاربة القديمة .

وبذلك يظهر وجه النظر في قول المستمسك ان هذه الصورة خارجة عن محل الكلام السابق فيحتمل فيها صحة المضاربة لان الوفاء كان بمال المضاربة وهو الربح لكنه ضعيف لانتفاء مال المضاربة الذى كان قوام المضاربة الموجب لانتفائها وحينئذ يكون الربح للمالك وللعامل اجرة المثل ـ انتهى.

اذ يرد عليه انه لاوجه لارتباط المالك بالبيع حتى يكون الربح له ، لان اشتراء العامل الشيء في الذمة يجعل نفسه طرف المعاملة وقصده ان يؤدى الثمن من مال المضاربة لايجعله للمالك وانما يجعله للمالك هو الاداء الخارجي فتأمل والمسألة بحاجة الى تأمل أكثر .

(كما أن الاقوى في تلف البعض الجبر) لما تقدم من بناء المضاربة على الجبر بالربح وقد امضى الشارع المضاربة العقلائية (وان كان) تلف البعض (قبل

الشروع أيضاً ، كما اذا سرق في اثناء السفر قبل أن يشرع في التجارة أو في البلد أيضاً قبل أن يسافر وأما تلف الكل قبل الشروع في التجارة فالظاهر أنه موجب لانفساخ العقد اذ لا يبقى معه مال التجارة حتى يجبر أو لا يجبر نعم اذا أتلفه أجنبي وأدى عوضه تكون المضاربة باقية

الشروع أيضاً كما اذا سرق في اثناء السفر قبل أن يشرع في التجارة ، أو في البلد أيضاً قبل أن يسافر) لشمول الدليل السابق كلتا الصورتين وظاهر اطلاقهم عدم الفرق في تلف البعض بين بقاء الاقل او الاكثر أو المساوى للتالف وان كان فيما اذا أتلف الاجزئى منه كما اذا بقى من عشرة الاخر واحد ، تأمل لان الدليل المذكور في البطلان اذا تلف الكل آت هنا ايضاً (و أما تلف الكل قبل الشروع في التجارة فالظاهر أنه موجب لانفساخ العقد .

اذ لا يبقى معه مال التجارة حتى يجبر أو لا يجبر) قال في المستمسك الظاهر انه مسلم وان كان مقتضى ما ذكروه في المسألة السابقة من ان قوام المضاربة العقد الصحة اذ لا فرق في ذلك بين ان يكون التلف بعد الشراء وقبله .

أقول : وهذا مما يؤيد ما تقدم من الاشكال في التلف ولو بعد الاشتراء (نعم اذا أتلفه أجنبي وأدى عوضه) فعلا أو شأناً بان قال عامل وانى اؤدى ثمنه مثلا (تكون المضاربة باقية) لان التلف المؤدى عوضه في حكم عدم التلف فلا وجه لبطلان المضاربة .

ومنه يعلم ان الامر دائر مدار الواقع فان ادى في المستقبل كشف عن صحة المضاربة وان لم يود كشف عن بطلانها فلا اعتبار لمجرد القول من المتلف فلو قال اودى ولم ايؤد لم ينفع ولو قال لا اودى وادى ـ ولو بالتقاص من ماله ـ لم

وكذا اذا أتلفه العامل .

مسألة ـ ٣٩ ـ العامل أمين فلايضمن الابالخيانة كما لوأكل بعض مال المضاربة أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك أو وطىء

يضر .

(وكذا اذا أتلفه العامل) وامكنه تأدية العوض .

(مسألة ـ ٣٩ ـ العامل أمين) قال في الجواهر انه لااشكال فيه ولاخلاف بل هو اجماعى ، ويدل عليه النصوص العامة الدالة على ان كل امين لاضمان عليه ، والمناط في الابواب الاخر والاحاديث الخاصة مثل صحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يستبضع المال فيهلك اويسرق أعلى صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل اميناً .

وعن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال :قضى على عليه السلام في تاجر اتجر بمال واشترط نصف الربح فليس على المضارب ضمان ، وعن الدعائم عن امير المؤمنين عليه السلام انه قال : من اخذ مالا مضاربة فليس عليه فيه ضمان فان اتهم استحلف وليس عليه من الوضعية شيء .

وفي حديث آخر رواه الدعائم عن ابي عبدالله عليه السلام وفيه وهو في الوديعة والمضاربة رجل مأمون (فلا يضمن الا بالخيانة) للاصل ولااشكال فيه ولا خلاف كما صرح بذلك بعضهم ويظهر من الاخرين التسالم عليه .

وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الخامسة (كما لو أكل بعض مال المضاربة) مما لم يكن له اكله الاباجازة اواضطراراً اوما اشبه (أواشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك) بدون الاجازة والاضطرار ونحوهما (أو وطىء

الجارية المشتراة أو نحو ذلك أو التفريط بترك الحفظ أو التعدى بأن خالف ماأمره به أونهاه عنه كما لوسافر مع نهيه عنه أوعدم اذنه فى السفر

الجارية المشتراة) اذ لاحق له في وطيها بعد كونها مالا مشتركا (أونحو ذلك) مما يعد خيانة عرفاً فان الخيانة موضوع عرفي له افراد كثيرة (او التفريط بترك الحفظ) والتفريط هو ترك ما ينبغي له ان يفعل كترك علف الدابة مثلا.

ولذا كان ماذكره المصنف من باب المثال اواراد بترك الحفظ كل اقسام ذلك (او) بـ(التعدى) وهو فعل مالا ينبغي له ان يفعل وبينه وبين الخيانة عموم من وجه مفهوماً ، فلو اسرع في المشي بالدابة او اعطاها علفاً زائداً فعطبت سمى تعدياً ولم يسمى خيانة.

اما تفسير المصنف له بقوله : (بأن خالف ماأمره به أونهاه عنه،) ففيه انه تفسير بالاعم من وجه ومما ذكر يعلم ان عدم ذكر الشرائع التعدى وانما ذكر الخيانة والتفريط من باب انه ادخله في احدهما.

كما ان ما ذكره المستمسك من ان الذي يظهر من الاستعمالات العرفية ان التعدى والتفريط كل منهما خيانة غير ظاهر الوجه (كما لو سافر مع نهيه عنه أوعدم اذنه في السفر،) وفي حديث ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة وينهاه ان يخرج الى ارض اخرى فعصاه فقال عليه السلام : هو له ضامن والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه الى غيرها من الروايات .

وقد تقدم حديث اتجار العباس مضاربة واشتراطه ان لا يركبوا بحراً ولا ينزلوا وادياً فان فعلتم فانتم ضامنون فابلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله

أو اشترى مانهى عن شرائه ، أو ترك شراء ماأمر به فانه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف ولو بآفة سماوية وان بقيت المضاربة كما مر والظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضاً واذا رجع عن تعديه أو خيانته فهل يبقى الضمان أولا؟

وسلم فاجاز شرطه عليهم (أواشترى ما نهى عن شرائه ، أوترك شراء ما أمر به) أوخالف شرطاً له فى البيع والشراء الى غير ذلك.

(فانه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف ولو بآفة سماوية وان بقيت المضاربة كمامر،) من الادلة الخاصة على ذلك وقد ذكرنا هناك الاقسام المتصورة في عقد المضاربة (والظاهر) من الادلة الدالة على ان التعدى بكل اقسامه يوجب الضمان (ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك ايضاً،) مثل الخسارة الحاصلة حال التعدى وذلك لاطلاق الادلة.

لكن ربما يقال انه لاوجه للضمان خارج القدر الذى تعدى فيه مثلا اشترى دابة بمال المضاربة فضربها اكثر من الحق بما يعد تعدياً فهل اذا تنزلت قيمة الدابة من جهة السوق يكون العامل ضامناً؟ فان دليل الضمان اما الشرع واما العقل.

اما الشرع فلا اطلاق يشمل مثل المقام والنصوص السابقة لا تشمل مثل ذلك.

واما العقل فلان بناء العقلاء الذى يكون منطلقاً للعقد هو الضمان في قدر التعدى لافى غيره .

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر قد يقال اويقوى ضمانه للموضعية المتجددة بعد التعدى (واذا رجع عن تعديه أو خيانته فهل يبقى الضمان أولا؟

وجهان ، مقتضى الاستصحاب بقائه كما ذكروا فى باب الوديعة أنه لوأخرجها الودعى عن الحرز يبقى الضمان وان ردها بعد ذلك اليه ولكن لايخلو عن اشكال لان المفروض بقاء الاذن وارتفاع سبب الضمان ولواقتضت المصلحة بيع الجنس فى زمان ولم يبع

وجهان مقتضى الاستصحاب بقائه).

كما ذهب اليه السادة ابن العم والبروجردى وغيرهما (كما ذكروا فى باب الوديعة أنه لو أخرجها الودعى عن الحرز يبقى الضمان وان ردها بعد ذلك اليه،) وذلك للاستصحاب فان ارتفاع سبب الضمان غير معلوم وحيث تتم اركان الاستصحاب كان اللازم القول ببقاء الضمان (ولكن لا يخلو عن اشكال).

بل الظاهر عدم الضمان فى كلا المقامين (لان المفروض بقاء الاذن و ارتفاع سبب الضمان،) قال فى المستمسك: فاذا بقى الاذن بقى الاستيمان واذا ثبت الاستيمان فقد شمله عموم لاضمان على الامين وهو مقدم على الاستصحاب ومثله الكلام فى الوديعة.

أقول: مراده بالمقدم انه لايتم اركان الاستصحاب، ثم لايخفى ان الكلام هنا فى ضمان رأس المال اما ضمان الوضيعة فيختص بالمخالفة للمالك او كون التعدى سبباً لذلك والافلا وجه لضمانه .

ولذا قال فى المستمسك فاذا كانت الوضيعة حاصلة بعد التعدى اوالتفريط لم يضمنها وان كان يضمن العين واذاكانت الوضيعة يعد مخالفة المالك ضمنها كما ضمن العين ـ انتهى فتأمل.

(ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس فى زمان ولم يبع) ثم باعه فى زمان

ضمن الوضيعة ان حصلت بعد ذلك

كان الثمن أكثر أومساوياً فلا شيء اما اذا باعه في زمان كان الثمن اقل (ضمن الوضيعة انحصلت بعد ذلك،) لانه سبب الوضيعة بتفريط منه فاللازم انيكون غرامته عليه ويستدل للتلازم بين التفريط وبين الغرامة ، بانه لااذن للمالك في هذا البيع لان مبنى العقد على البيع مع المصلحة فتركه مخالفة للعقدويكون مخالفاً للمالك .

وبدليل لا ضرر فان العامل هو الذي اضر بالمالك حيث لم يبع في وقت المصلحة.

ويرد على الاول: ان المالكخولف في البيع وقت عدم الوضيعة اماالبيع وقت الوضيعة فلم يكن مخالفة للمالك خصوصاً اذا كان خوف زيادة الوضيعة مثلا كان السبتربح والاحد لاربح ولا وضيعة والاثنين وضيعة عشرة والثلاثاء وضيعة عشرين فان عدمالبيع في السبت مخالفة.

اما البيع في الاثنين فليس مخالفة والا فماذا يفعل اذا لم يبع ؟ فهل لايبيع اصلا؟ وهو خلاف المضاربة او يؤخر البيع الى الثلاثاء وهو اكثر وضيعة و ذلك ما لايرضاه المالك وخلاف مقتضى العقد المبني على الاتجار بالصلاح.

وعلى الثاني: ان الاضرار من عدم البيع وهو امر سلبي لايوجب الضمان اما البيع فقد عرفت انه لا بد منه وهولم يسبب الاضرار .

اللهم الا ان يقال ان كل نوع من هذا الضرر يوجب دخوله في مسألة لا ضرر ولا ضرر له عقد ايجابي ايضاً كما كان في مورده له عقد ايجابي ، حيث امر الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بقلع شجرة سمرة مستدلا بلا ضررفاذا حبس انسان مال تاجر حتى حصلت فيه وضيعة كان ضامناً لتلك الوضيعة.

وهل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها؟ وجهان من عدم كون مجرد النية خيانة ومن صيرورة يده حال النية بمنزلة يد الغاصب

كما لم نستبعده تبعاً لبعض الفقهاء في حبس الحر حيث سبب الحبس فوت جملة من فوائده فالحابس ضامن لما فات وكذا في المقام الحابس لماله والحائل بينه وبين ماله حتى صار فيه وضيعة ضامن .

ولا يبعد هذا حيث يقال عرفاً انه اضربه لكن اللازم تقييد خسارة العامل بمثل هذا الضرر بما اذا كان عدم بيعه في وقت عدم الوضيعة عن علم وعمد اما اذا كان لرجاء الربح الاكثر او ماشبه لم يكن عليه شيء فانه وان اضر به واقعاً الا ان مبني العقد على الاتجار حسب ما يراه صلاحاً لاحسب الصلاح واقعاً اذ لايطلب من العامل علم الغيب .

ومما تقدم يعلم حال ما اذا كان للمال ربح مأة مثلا فلم يبع عمداً حتى صار الربح اقل حيث ان مقتضى الكلام السابق انه ضامن للتفاوت لصدق انه اضربه ـ عرفاً ـ فهو تفويت الربح كتفويت عمل الحر وان كان الفتوى بذلك اصعب من الفتوى في مسألة الوضيعة والله سبحانه العالم .

(وهل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها ؟ وجهان) وجه العدم (من عدم كون مجرد النية خيانة،)فان صيرورة اليد بمجرد النية بمنزلة يد الغاصب لا دليل عليه (و) وجه الضمان (من صيرورة يده حال النية بمنزلة يد الغاصب،) فان العقلاء لايعتمدون على ناوى الخيانة ، ولذا لايؤمنوه مالهم ونسائهم و أولادهم. .

ويؤيده ما ورد من ان من نوى عدم اعطاء مهر زوجته فهو عند الله زان و من نوى عدم رد دينه فهو عند الله سارق لكن الاقوى الاول كما اختاره غالب

ويمكن الفرق بين العزم عليها فعلا وبين العزم على أن يخون بعد ذلك .

مسألة ـ ٤٠ ـ لايجوز للمالك ان يشترى من العامل شيئاً من مال المضاربة لانه ماله

المعلقين فان الخيانة امر عرفي وهي ليست حاصلة وعدم التأمين لا لانه خائن الان بل لانه في صدد الخيانة كما انهم لايذهبون الى من يقتلهم لا لانه قاتل الان بل لخوف القتل والحديث تنزيل كما هو واضح.

(ويمكن الفرق بين العزم عليها فعلا وبين العزم على ان يخون بعد ذلك) لكنه غير فارق فان العزم الفعلي لايسبب صدق الخيانة اللهم الا ان يقال انه لا يسمى الان أميناً ـ عرفاً ـ وقد تقدم في صحيح ابن مسلم ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل اميناً فمفهومه ان عليه الغرم اذا لم يعد اميناً عرفاً لكن فيه انه ان لم يخن مدة مضاربته يقال انه امين وان قصد الخيانة كما ان من لم يزن يقال انه عفيف وان نوى الزنا، ولذا ذكر غير واحد من المعلقين ان الفرق غير فارق.

(مسألة ـ ٤٠ ـ لايجوز) أى لاينفذ (للمالك ان يشترى من العامل شيئاً من مال المضاربة) كما نص بذلك الشرائع والقواعد وشراحهما بل في الجواهر انه لا خلاف فيه ولا اشكال (لانه ماله،) وليس تبديل الانسان مالا له بمال آخر لنفسه معاملة فاذا فعل المالك ذلك بقى المال السابق مال مضاربة ولا يكون المال الثاني مال مضاربة فاذا تاجر به العامل كان له الاجرة لا المسمى الذى هو النسبة .

نعم اذا ظهر الربح يجوز له أن يشترى حصة العامل منه مع معلومية قدرها ولايبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك فانه بمنزلة التلف ، ويجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة ، كما لوباعها من غير المالك

(نعم اذا ظهر الربح يجوز له أن يشترى حصة العامل منه مع معلومية قدرها) لماتقدم من ان ظهور الربح يوجب ملك العامل لقدر حصته وقوله مع ... من باب انه طريق الى الثبوت والافالمدخلية له لالعالم الاثبات فاذالم يعلم قدر حصة العامل وكان في الواقع ظناً من الحنطة واشترى الطن وكان قاصدين مال العامل لم يكن وجه لبطلان البيع.

اذ اللازم اشتراء مال العامل لامال نفسه وذلك حاصل في المقام (ولايبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك) وجه توهم البطلان أنه لامال للعامل مع الخسارة فقد اشترى المالك مال نفسه .

ولذا قال في محكى جامع المقاصد لو تجدد الخسران امكن القول بالبطلان ولم أجد تصريحاً بذلك فينبغي التوقف ورده الجواهر بأنه في غير محله (فانه بمنزلة التلف ويجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة ، كما لوباعها من غير المالك) .

كماتقدم في المسألة السابعة والثلاثين وفي تعليقة السيد البروجردى على [قيمتها] بل ثمنها المسمى وان قلنا بصحة البيع باعتبار القول بالملك وان الحق لايعدوهما وذلك لاقدام المالك على عدم جبر الزيادة ان كانت القيمة اكثر ـ انتهى .

وفيه ان معنى جبران الخسارة بقدر قيمة الشيء الواقعية لابقدر المسمى فاذا

وأما العامل فيجوز أن يشترى من المالك قبل ظهور الربح بل وبعده لكن يبطل الشراء بمقدار حصته من المبيع لانه ماله نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلا بهذا الشراء

باع مناً من الحنطة ـ وهو نصيبه من الربح ـ بنصف دينار بينما قيمته دينار فقد اخذ قدر دينار فاذا خسر المتاع قدر دينارين كان اللازم عليه رد الدينار اذ الخسارة تدارك بالربح الواقعي لا الربح الذي فرضه العامل ربحاً وقوله لاقدام المالك غير ظاهر الوجه اذ لا يلزم اطلاع المالك على البيع فانه اذا باعه مشاعاً بدون قسمة لاجنبي كان حقه ولا يلزم اطلاع المالك عليه .

ومنه يعلم انه لو باعه باكثر من قيمته لم يكلف الا بدفع قدر القيمة لتسديد الخسارة (وأما العامل فيجوز أن يشترى من المالك قبل ظهور الربح) لان المال للمالك وان لم يربح والناس مسلطون على اموالهم (بل وبعده) ايضاً سواء كان قصدهما الشراء من الاصل أو من الربح الخاص بالمالك (لكن يبطل الشراء بمقدار حصته) أى حصة العامل (من المبيع) .

كما ذكره العلامة وغيره فاذا كان الاصل عشرة والربح ثلاثة فاشترى العامل اثنى عشر كان البيع باطلا بالنسبة الى النصف لانه لنفس العامل فهو مثل اشتراء المالك لماله (لانه ماله) ولا يصح اشتراء الانسان مال نفسه فاذا لم يعلم احدهما بذلك كان له خيار تبعض الصفقة.

(نعم لو اشترى) العامل (منه) من المالك (قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته) فاشترى ما قيمته عشرة باثنى عشر (بحيث يكون الربح حاصلا بهذا الشراء) لان نصف الربح ـ وهو واحد في المثال ـ للعامل اذا جعل حصته من الربح بنسبة

يمكن الاشكال فيه حيث ان بعض الثمن يرجع اليه من جهة كونه ربحاً فيلزم من نقله الى البائع عدم نقله من حيث عودة الى نفسه و يمكن دفعه بأن كونه ربحاً متأخرعن صيرورته للبائع فيصير

النصف (يمكن الاشكال فيه) أي في هذا البيع (حيث أن بعض الثمن) وهو الواحد في المثال (يرجع اليه) الى العامل (من جهة كونه ربحاً) فقد اشترى العامل مال نفسه بمال نفسه (فيلزم من نقله الى البائع عدم نقله من حيث عوده الى نفسه) وذلك باطل .

ثم لايخفى أن هذا الاشكال مبني على اعتبار أن كل ربح يدخل كيس المالك ـ بأعتبار أنه ربح لماله ، كما تقدم من المصنف ـ و بعد الاسترباح تنتقل حصته منه ، من ملك مالك رأس المال الى العامل حسب المقرر في المضاربة .

وفيه: أن الاعتبار العقلائي ماذكرناه سابقاً، من أن من احدهما المال، ومن الاخر العمل والربح وليدلهما، فالربح يدخل في كيسهما ابتداءاً فتكون حصة منه تنتقل الى صاحب رأس المال وحصة منه تنقل الى صاحب العمل ، وهذا ليس خلافاً للقاعدة العقلائية، ولا للادلة الشرعية.

نعم، الاشكال في حصة العامل فقط باعتبار كون العوض والمعوض لشخص واحد، وذلك مالايعقل، فاذا اشترى ماقيمته عشرة بعشرين يكون الاشكال في خمسة منه وهي نصف الربح .

وبذلك يظهر، أن جواب الماتن مبني على ماذكروا لاعلى ماذكرناه .

(و) كيف كان (يمكن دفعه بأن كونه ربحاً متأخرعن صيرورته للبائع فيصير

أولا للبائع الذى هو المالك من جهة كونه ثمناً وبعدأن تمت المعاملة وصار ملكاً للبائع وصدق كونه ربحاً يرجع الى المشترى الذى هو العامل، على حسب قرار المضاربة فملكية البائع متقدمة طبعاً وهذا مثل مااذاباع العامل مال المضاربة الذى هو مال المالك من اجنبى بأزيد من قيمته فان المبيع ينتقل من المالك والثمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل، ولابأس به

أولا للبائع الذيهو المالك من جهة كونه ثمناً) لماله، والثمن يدخل في كيس من يخرج المثمن من كيسه والمفروض أن القيمة ـ أصلا وربحاً ـ بدل وربح المال للمالك .

(وبعد أن تمت المعاملة وصار ملكاً للبائع وصدق كونه ربحاً يرجع الى المشتري الذى هو العامل ، على حسب قرار المضاربة) فلم يجمع العوض والمعوض في كيس واحد اطلاقاً لابقدر ربح العامل ولاغيره ـ على حسب نظرهم ـ .

(فملكية البائع متقدمة طبعاً) على ملكية العامل تقدم الموضوع على الحكم (وهذا مثل مااذاباع العامل مال المضاربة الذي هومال المالك من اجنبي بأزيد من قيمته) مثله في ان جوابهما واحد ، وان كان هو اشكالا آخر عاماً في مطلق المعاملات الرابحة في باب القراض ، كذا في تعليقة السيد البروجردى.

(فان المبيع ينتقل من المالك والثمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل، ولابأس به) ولايخفى أن هذا مبني أيضاً على كلامهم ، لاعلى ما اخترناه من ان كل منهما له حصة من الربح من أول الامر ، لان الربح يدخل كله في كيس المالك ، ثم

فانه من الاولى يصير ملكاً للمالك ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له بمقتضى قرار المضاربة لكن هذا على ماهو المشهور من أن مقتضى المعاوضة دخول المعوض فى ملك من خرج عنه العوض ، وأنه لايعقل غيره وأما على ماهو الاقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص ، والعوض داخل فى ملك غيره وأنه لاينافى حقيقة المعاوضة

يدخل حصة منه في كيس العامل (فانه) على رأيهم (من الاولى يصير ملكاً للمالك) باعتبار ان الربح تابع لرأس المال .

(ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له) كأنه اجير عند المالك (بمقتضى قرار المضاربة) في قدر الحصة .

(لكن) المصنف جعل مخرجاً آخر لدخول الربح في كيس العامل ابتداءاً، لا كما ذكرناه، فانه جعل كل الربح للمالك ـ حسب رأيهم ـ لكن قال: بأن حصة من الربح يدخل كيس العامل ابتداءاً (هذا على ماهو المشهور من أن مقتضى المعاوضة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض، وانه لايعقل غيره) فان معنى العوض هو ذلك ، والا لم يكن عوضاً ، فمعنى عدم المعقولية انتفاء الموضوع، لانه غير معقول، مثل اجتماع النقيضين .

(وأما على ماهو الاقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص، والعوض داخل في ملك غيره) فهو امر عقلائي كاعطاء الانسان الثمن للخباز ليعطي خبزاً للفقير بدون تمليك الفقير الثمن ، ولادخول الخبز فى ملك المعطي ، ثم اعطائه للفقير .

(وأنه لاينافي حقيقة المعاوضة) بل قد ذكرناهنا الماعاً، وفي بعض الكتب الفقهية تفصيلا امكان الاقسام الاربعة بأن يكون الامر ذا طرفين او ثلاثة ـ

فيمكن ان يقال : من الاول يدخل الربح فى ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة فلايكون هذه الصورة مثالا للمقام ونظيراً له

مسألة ـ ٤١ ـ يجوز للعامل الاخذ بالشفعة من المالك فى مال المضاربة ولايجوز العكس مثلا اذا كانت دار مشتركة بين العامل والاجنبى فاشترى العامل حصة الاجنبى بمال المضاربة يجوز له اذا كان قبل ظهور الربح أن يأخذها

بصورتيها ـ أوأربعة كأن يعطي ديناراً للخباز في قبال ان يخيط ولده ثوب ولد صاحب الدينار بل وماذا لم يكن ثالث كان يعطي ديناراً للخباز ليعطي الخبز للاسماك ـ وهو قسم خامس ـ ومنه يعلم مواضع النظر في كلام المستمسك فراجع .

(فيمكن ان يقال : من الاول يدخل الربح في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة) بدون ان فى يدخل ملك المالك ثم ينتقل منه الى العامل (فلايكون هذه الصورة مثالا للمقام ونظيراً له) حيث قد عرفت ان الاشكال هو أنه يلزم من نقل العوض عدم نقله .

(مسألة ـ ٤١ ـ يجوز للعامل الاخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة) بأن اشترى شيئاً بمال المضاربة وقد كان مشتركا بين الاجنبي والعامل فيأخذه العامل بعنوان الشفعة بعد وجود شرائطها وانما يجوز الاخذ بالشفعة لاطلاق ادلتها الشامل للمقام .

(ولايجوز العكس) بان يأخذ المالك بالشفعة ما اشتراه العامل له لان الشيء المشترى للمالك، لانه اشترى بمال المالك فلامعنى لتملكه بالشفعة (مثلا اذا كانت دار مشتركة بين العامل والاجنبي فاشترى العامل حصة الاجنبي بمال المضاربة) فصارت الدار مشتركة بين العامل والمالك (يجوز له اذا كان قبل ظهور الربح ان يأخذها

بالشفعة لان الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك فللعامل أن يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه وأما اذا كانت الدار مشتركة بين المالك والاجنبى فاشترى العامل حصة الاجنبى ليس للمالك الاخذ بالشفعة لان الشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له .

بالشفعة) لان الاجنبي باع الشيء الذي كان شريكاً فيه مع العامل ـ وان كان المباشر للاشتراء العامل بنفسه ـ فصار العامل شريكاً مع المالك (لان الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك) فقط بلا حصة للعامل فيه (فللعامل ان يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه) أي من المالك .

(وأما اذا كانت الدار مشتركة بين المالك والاجنبي فاشترى العامل حصة الاجنبي) بأن صار حصة الاجنبى للمالك (ليس للمالك الاخذ بالشفعة) لانتفاء موضوع الشفعة (لان الشراء له) لنفس المالك فقد صار كل الملك للمالك اذ نصفه أولا كان للمالك ، ونصفه الثاني اشتراه العامل بمال المالك فلا موضع للشفعة .

(فليس له أن يأخذ بالشفعة ماهو له) وهذا الحكم مذكور في الشرائع والقواعد وغيرهما وقرره كافة المعلقين والشراح الذين ظفرت بكلماتهم ، وانما قال قبل ظهور الربح ، لانه اذا كان بعد ظهور الربح كان حصة من المشترى لنفس العامل فكيف يأخذ الشيء الذي لنفسه ولغيره ـ أي المالك ـ بالشفعة ، اذ الشفعة ان يأخذ مال شريكه لا مال نفسه ، لكن يمكن يقال : ان دليل الشفعة شامل لما بعد ظهور الربح ، لانه عبارة عن أخذ حصة الشريك التي بيعت ـ فيما لم يكن هناك شركاء اكثر من اثنين ـ وهنا العامل يأخذ حصة الشريك التى بيعت وعدم تمكن العامل من اشتراء كل الحصة ، لان بعض الحصة لنفس العامل لا يمنع من شمول دليل الشفعة للمقام .

مسألة ـ ٤٢ ـ لا اشكال في عدم جواز وطي العامل للجارية التي اشتراها بمال المضاربة بـدون اذن المالك ، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده ، لانها مال الغير أو مشتركة بينه وبين الغير الذي هو المالك فـان فعل كان زانياً يحد مع عدم الشبهة كامـلا ان كان قبل حصول الربح وبقدر نصيب المالك ان كان بعده ، كما لا اشكال في جواز وطيها اذا أذن له المالك بعد الشراء ، وكان قبل حصول الربح بل يجوز بعده على الاقوى من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه وطي الجارية المشتركة بينهما .

وهل يجوز له وطيها بالاذن السابق في حال ايقاع عقد المضاربة أو بعده قبل الشراء أم لا ؟ المشهور على عـدم الجواز لان التحليل امـا تمليك أو عقد ، وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء ، والاقوى كما عن الشيخ في النهاية الجواز لمنع كونه أحـد الامرين ، بل هو اباحة ولامانع من انشائها من قبل الشراء اذا لم يرجع عن اذنه بعد ذلك كما اذا قال : اشتر بمالي طعاما ثم كل منه .

هذا مضافاً الى خبر الكاهلي ، عـن أبي الحسن عليه السلام ، قلت: « رجل سألني أن أسألك أن رجلا أعطاه مالا مضاربة يشتري ما يرى من شيء ، وقال له : اشتر جارية تكون معك ، والجارية انما هي لصاحب المال ان كـان فيها وضيعة فعليه ، وان كان ربح فله ، فللمضارب أن يطأها ؟ قال عليه السلام : نعم » .

ولا يضر ظهورها في كون الشراء من غيـر مال المضاربة من

حيث جعل ربحها للمالك ، لان الظاهر عدم الفرق بين المضاربة وغيرها في تأثير الاذن السابق وعدمه ، وأما وطي المالك لتلك الجارية فلا بأس به قبل حصول الربح ، بل مع الشك فيه لاصالة عدمه ، وأما بعده فيتوقف على اذن العامل فيجوز معه على الاقوى من جواز اذن أحد الشريكين صاحبه .

مسألة -٤٣- لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشترى العامل زوجها فان كان باذنها فلا اشكال في صحته ، وبطلان نكاحها ولا ضمان عليه ، وان استلزم ذلك الضرر عليها بسقوط مهرها و نفقتها والا ففي المسألة أقوال: البطلان مطلقاً للاستلزام المذكور ، فيكون خلاف مصلحتها ، والصحة كذلك ، لانه من اعمال المضاربة المأذون فيها في ضمن العقد ، كما اذا اشترى غير زوجها ، والصحة اذا أجازت بعد ذلك .

وهذا هو الاقوى ، اذ لا فرق بين الاذن السابق والاجازة اللاحقة فلا وجه للقول الاول ، مع ان قائله غير معلوم ، ولعله من يقول بعدم صحة الفضولي الا فيما ورد دليل خاص ، مع أن الاستلزام المذكور ممنوع لانها لا يستحق النفقة الا تدريجاً فليست هي مالا لها قوته عليها والا لزم غرامتها على من قتل الزوج .

وأما المهر فان كان ذلك بعد الدخول فلا سقوط ، وان كان قبله فيمكن أن يدعى عدم سقوطه أيضاً بمطلق المبطل ، وانما يسقط بالطلاق فقط ، مع أن المهر كان لسيدها لالها .

وكذا لا وجه للقول الثانى بعد أن كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها ، لامن حيث استلزام الضرر المذكور ، بل لانها تريد زوجها لاغراض اخر ، والاذن الذى تضمنه العقد منصرف عن مثل هذا ، ومما ذكرنا ظهر حال ما اذا اشترى العامل زوجة المالك فانه صحيح مع الاذن السابق أو الاجازة اللاحقة ، ولا يكفيه الاذن الضمنى في العقد للانصراف .

مسألة ـ ٤٤ ـ اذا اشترى العامل من ينعتق على المالك فاما أن يكون باذنه أولا ، فعلى الاول ولم يكن فيه ربح صح و انعتق عليه وبطلت المضاربة بالنسبة اليه ، لانه خلاف وضعها ، أو خارج عن عنوانها حيث انها مبنية على طلب الربح المفروض عدمه ، بل كونه خسارة محضة ، فيكون صحة الشراء من حيث الاذن من المالك ، لامن حيث المضاربة ، وحينئذ فان بقي من مالها غيره بقيت بالنسبة اليه والا بطلت من الاصل ، وللعامل اجرة عمله اذا لم يقصد التبرع ، وان كان فيه ربح فلا اشكال فى صحته ، لكن في كونه قراضاً فيملك العامل بمقدار حصته من العبد ، أو يستحق عوضه على المالك للسراية ، أو بطلانه مضاربة واستحقاق العامل اجرة المثل لعمله ، كما اذا لم يكن ربح أقوال ، لا يبعد ترجيح الاخير ، لا لكونه خلاف وضع المضاربة ، للفرق بينه وبين صورة عدم الربح ، بل

لانه فرع ملكية المالك المفروض عدمها ، ودعوى أنه لابد أن يقال: انه يملكه آناما ثم ينعتق أو بقدر ملكيته حفظاً لحقيقة البيع على القولين في تلك المسألة ، وأي منهما كان يكفي في ملكية الربح ، مدفوعة بمعارضتها بالانعتاق الذي هو أيضاً متفرع على ملكية المالك ، فان لها أثرين في عرض واحد : ملكية العامل للربح والانعتاق .

ومقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثاني ، وعليه فلم يحصل للعامل ملكية نفس العبد ، ولم يفوت المالك عليه أيضاً شيئاً ، بل فعل ما يمنع عن ملكيته ، مع أنه يمكن أن يقال : ان التفويت من الشارع لامنه .

لكن الانصاف أن المسألة مشكلة بناء على لزوم تقدم ملكية المالك وصيرورته للعامل بعده ، اذ تقدم الانعتاق على ملكية العامل عند المعارضة في محل المنع .

نعم لو قلنا: ان العامل يملك الربح أولا بلا توسط ملكية المالك بالجعل الاولى حين العقد وعدم منافاته لحقيقة المعاوضة لكون العوض من مال المالك والمعوض مشتركاً بينه وبين العامل كما هو الاقوى لا يبقى اشكال ، فيمكن أن يقال بصحته مضاربة ، و ملكية العامل حصته من نفس العبد على القول بعدم السراية ، وملكيته عوضها ان قلنا بها ، وعلى الثاني أي اذا كان من غير اذن المالك فان أجاز فكما في صورة الاذن ، وان لم يجز بطل الشراء ، ودعوى البطلان ولو

مع الاجازة لانه تصرف منهي عنه كما ترى ، اذ النهي ليس عن المعاملة بما هي ، بل لامر خارج فلا مانع من صحتها مع الاجازة ، ولافرق في البطلان مع عدمها بين كون العامل عـالماً بأنه ممن ينعتق على المالك حين الشراء أو جاهلا ، والقول بالصحة مع الجهل لان بناء معاملات العامل على الظاهر فهو كما اذا اشترى المعيب جهلا بالحال ضعيف ، والفرق بين المقامين واضح .

ثم لا فرق في البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربة أو في الذمة بقصد الاداء منه ، وان لم يذكره لفظاً .

نعم لو تنازع هو والبائع فى كونه لنفسه أو للمضاربة قدم قول البائع ويلزم العامل به ظاهراً وان وجب عليه التخلص منه ، ولو لم يذكر المالك لفظاً ولا قصداً كان له ظاهراً وواقعاً .

مسألة ـ ٤٥ ـ اذا اشترى العامل أبـاه أو غيره ممن ينعتق عليه فان كان قبل ظهور الربح ولا ربح فيه أيضاً صح الشراء ، وكان من مال القراض ، وان كان بعد ظهوره أو كان فيه ربح فمقتضى القاعدة وان كان بطلانه لكونه خلاف وضع المضاربة فانها موضوعة كما مر للاسترباح بالتقليب فى التجارة والشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك ، الا أن المشهور بل ادعى عليه الاجماع صحته وهو الاقوى فى صورة الجهل بكونه ممن ينعتق عليه ، فينعتق مقدار حصته من الربح منه ، ويسري فى البقية ، وعليه عوضها للمالك مع

يساره ، ويستسعى العبد فيه مع اعساره .

لصحيحة ابن أبى عمير وعن محمد بن قيس ، عن الصادق عليه السلام « فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم؟ قال عليه السلام: يقوم فان زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى فى مال الرجل » .

وهى مختصة بصورة الجهل المنزل عليها اطلاق كلمات العلماء أيضاً ، واختصاصها بشراء الاب لا يضر بعد كون المناط كونه ممن ينعتق عليه ، كما أن اختصاصها بما اذا كان فيه ربح لا يضر أيضاً ، بعد عدم الفرق بينه وبين الربح السابق ، واطلاقها من حيث اليسار والاعسار فى الاستسعاء أيضاً منزل على الثانى ، جمعاً بين الادلة هذا ولو لم يكن ربح سابق ولا كان فيه أيضاً لكن تجدد بعد ذلك قبل أن يباع فالظاهر أن حكمه أيضاً الانعتاق والسراية بمقتضى القاعدة مع امكان دعوى شمول اطلاق الصحيحة أيضاً للربح المتجدد فيه ، فيلحق به الربح الحاصل من غيره لعدم الفرق .

مسألة ـ ٤٦ ـ قد عرفت أن المضاربة من العقود الجائزة وأنه يجوز لكل منهما الفسخ اذا لم يشترط لزومها فى ضمن

(مسألة ـ ٤٦ ـ قد عرفت) فى اول الكتاب (أن المضاربة من العقود الجائزة وأنه يجوز لكل منهما) العامل والمالك (الفسخ اذا لم يشترط لزومها في ضمن

عقد لازم بل أوفى ضمن عقدها أيضاً ثم قد يحصل الفسخ من أحدهما وقد يحصل البطلان والانفساخ لموت أو جنون وتلف مال التجارة بتمامها أو لعدم امكان التجارة لمانع أو نحو ذلك فلابد من التكلم فى حكمها من حيث استحقاق العامل للاجرة وعدمه ، ومن حيث وجوب الانضاض عليه وعدمه ، اذا كان بالمال عروض ومن حيث وجوب الجباية عليه وعدمه اذا كان به ديون على الناس

عقد لازم) فاذا اشترط كانت لازمة واذا فسخ لم يؤثر لما تقدم من ان الشرط يوجب الوضع .

(بل أوفى ضمن عقدها أيضاً) بناءاً على ان الشرط في ضمن العقد الجائز لازم ايضاً لكنك قد عرفت فيما سبق انه مخالف لمقتضى القاعدة ولذا قال المشهور ان الشرط فيه غير لازم .

(ثم قد يحصل الفسخ من أحدهما) واذا فسخا في زمان واحد حصل الانفساخ وعدم ذكر المصنف له لعدم الحاجة الى ذكره بعد وضوح كفاية فسخ احدهما.

(وقد يحصل البطلان) التلقائي (والانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها) فينتفى الموضوع ـ وقد تقدم منه امكان تلف كل مال المالك ومع ذلك لا تنفسخ ـ (أو لعدم امكان التجارة لمانع) فى التجارة او في العامل كما اذا سجن فلا يقدر التجارة (أو نحو ذلك فلابد من التكلم في حكمها من حيث استحقاق العامل للاجرة وعدمه، ومن حيث وجوب الانضاض عليه وعدمه ، اذا كان بالمال عروض،) ولم يرد المالك العروض والا فلو أراد المالك العروض لم يحق للعامل انضاضه (ومن حيث وجوب الجباية عليه وعدمه اذا كان به ديون على الناس،)

ومن حيث وجوب الرد الى المالك وعدمه وكون الاجرة عليه أولا فنقول: اما أن يكون الفسخ من المالك أو العامل وأيضاً اما أن يكون قبل الشروع فى التجارة أو فى مقدماتها أو بعده قبل ظهور الربح، أو بعده فى الاثناء أو بعد تمام التجارة بعد انضاض الجميع أو البعض، أو قبله قبل القسمة أو بعدها وبيان أحكامها فى طى مسائل: الاولى: اذا كان الفسخ

وجمع العروض اذا كان متفرقاً فيما اراد المالك نفس العروض (ومن حيث وجوب الرد الى المالك وعدمه) بل على نفس المالك ان يسترد ماله (وكون الاجرة عليه أولا،) واذا احتاج تحصيل المال الى القضاء من حيث لزوم مراجعته القضاء وغير ذلك.

(فنقول: اما أن يكون الفسخ من المالك أو العامل،) فيما اذا كان فسخ لانفساخ (وأيضاً اما أن يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدماتها،) كالسفر لاجل اشتراء بضاعة خاصة من بلد آخر اونحو ذلك من المقدمات (أو بعده) أى بعد الشروع في التجارة (قبل ظهور الربح، أو بعده في الاثناء) أى اثناء التجارة (أو بعد تمام التجارة).

ولا يخفى عدم التكرار بالنسبة الى قوله [او في مقدماتها او بعده] وقوله [في الاثناء] لان المراد بالاول اوائل الشروع وبالثاني اواخره او اواسطه (بعد انضاض الجميع أو البعض، أو قبله،) بان كان كل المال عروضاً (قبل القسمة) او في اثنائها لامكان الفسخ في اثناء القسمة (أو بعدها،) اى بعد قسمة البعض اذ بعد قسمة التمام لا يبقى محل للفسخ.

(و) هذه الصور (بيان أحكامها في طي مسائل: الاولى: اذا كان الفسخ)

أوالانفساخ ولم يشرع فى العمل ولافى مقدماتها فلااشكال ، ولاشيء له ولاعليه

من احدهما (أوالانفساخ) التلقائى (ولم يشرع) العامل (في العمل ولافي مقدماتها فلااشكال، ولاشيء له ولاعليه ،) بل المال يرجع الى المالك لعدم الموجب لان تكون له شيء، ولاعليه شيء لكن ربما يقال يمكن ان يكون له شيء اوعليه شيء كما اذا ابطل العامل عمله السابق لاجل عمل المضاربة كعامل البناء ، حيث اعطاه زيد درهما وقال له : لاتعمل هذا اليوم لتعمل لي فابطل عمله البنائي .

و قرب الظهر حيث يشرع عمله المضاربي ، لان أهل الاغنام مثلا في هذا الوقت يأتون الى البلد لبيع أغنامهم فسخ المالك المضاربة، حيث لايتمكن العامل من عمل البناء ليحصل على قوت يومه، فان على المالك اعطائه الاجرة لانه مغرور فى ترك عمله فيرجع الى من غره، ولان ضرره صار بسبب المالك فيشمله لاضرر، فحاله حال ما اذا حبس الحر، حيث اخترنا تبعا لبعض الفقهاء ضمان قدر عمله ـ هذا بالنسبة الى له ـ . وأما بالنسبة الى عليه فكما اذا سبب العامل ضرر المالك كما اذا كان العمل في السفر وكان العامل وقت سفرهم هذا اليوم الجمعة و بعد ذلك لا يسافرون الى الجمعة المقبلة ، فاخذ العامل من المالك ثم لماسافر سائر العمال ، حيث لايقدر المالك من استخدام عامل آخر فسخ العامل المضاربة حيث أوجب جمود مال المالك وعدم تمكنه من استرباحه فيكون حال العامل حال من حبس مال المالك، حيث ان مقتضى قاعدة الغرور وقاعدة لاضرر ان يكون ضامناً ـ لكن ليس بناء الفقهاء على ما يظهر من كلمات بعضهم الضمان في كلتا المسألتين ـ والمسألة بحاجة الى تأمل اكثر وتتبع

وان كان بعد تمام العمل والانضاض فكذلك اذ مع حصول الربح يقتسمانه ومع عدمه لاشيء للعامل ولاعليه ان حصلت خسارة الأن يشترط المالك كونها بينهما على الاقوى من صحة هذا الشرط أو يشترط العامل على المالك شيئاً ان لم يحصل ربح

اوسع .

(وان كان بعد تمام العمل والانضاض فكذلك) لاشيء له ولاعليه لعدم موجب لهما ـ كما في المستمسك وغيره ـ (اذ مع حصول الربح يقتسمانه،) عملا بالمضاربة التي انتهت (ومع عدمه لاشيء للعامل) لانه اقدم على ان لايكون شيء له اذا لم يكن ربح فهو اهدر عمله (ولا عليه ان حصلت خسارة،) لان المالك اقدم على ان لايكون لماله ربح ويحتمل الخسارة ان كانت خسارة في التجارة (الأن يشترط المالك كونها) اى الخسارة (بينهما على الاقوى من صحة هذا الشرط) لقاعدة المؤمنون عند شروطهم كما مر في المسألة الرابعة .

(أو يشترط العامل على المالك شيئاً ان لم يحصل ربح ،) لقاعدة المؤمنون عند شروطهم ، وهي رواية عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، كما رواه المستدرك ، عن الغوالي في كتاب التجارة، وضعف سندها غير ضار بعد الجبر القطعي بعمل الفقهاء بها ، ولادليل على ان الشرط لايشمل هذين المقامين لكن اشكل المستمسك على ذلك بقوله لكن بعد فسخ العقد يبطل الشرط معه ولايجب العمل به .

نعم قد تجب اجرة المثل او اقل الامرين من اجرة المثل لقاعدة الضمان بالاستيفاء .

أقول: اذا قلنا بان الشرط في ضمن العقد الجائز لازم الوفاء به لم يهم في

وربما يظهر من اطلاق بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح

وجوب العمل بالشرط تمام العمل العقدى وعدمه كما اذا استاجرداره فى هذا اليوم بشرط ان يخيط ثوبهفانه اذا انتهى اليوملايسقط وجوب خياطة ثوبهعليه لانه مقتضى دليل الشرط كما يفهم العرف نعم ان لم نقل بوجوب الوفاء في العقدالجائز تم ماذكره المستمسك نكن تعليله غيرتام حينئذ .

(وربما يظهر من اطلاق بعظهم ثبوت اجرةالمثل مع عدم الربح ،) كأنه أشار بذلك الىماذكره العلامة فيالتذكرة حيث قال : فانفسخا العقدأوأحدهما فانكان قبل العمل عادالمالك في رأس المال ولم يكن للعامل ان يشتريبعده، وانكان قدعمل، فانكان المال ناضاً ولاربح فيهأخذه المالكأيضاً ، وكانللعامل اجرة عمله الى ذلك الوقت أيضاً ـ انتهى .

وربما حمل ذلك على انهكان متعارفاًالاجرة في هذه صورة ، وحيث بنيت المضاربة على المتعارف ، كان اللازم عليه الاجرة من باب الشرط الضمني ، بضميمة ان مثل هذا الشرط لازم الوفاء به ، لكن يرد هذا الوجه انه قال في القواعد : واذافسخ القراض والمال ناض لاربح فيهأخذه المالك ولاشيءللعامل ـ انتهى .

نعم ، يمكن الجمع بين كلاميه بأن الثاني فيما اذا لم يعمل العامل فيه أو ان المراد [لاشيء] من المال المقرر أي الربح لانه سالبة بانتفاء الموضوع واذا تم الحمل المذكور في كلام التذكرة ظهر وجه النظر في رد الجواهر له ، فانه نسبه الى الغرابة ، وعلله في المستمسك بانه خلاف مبنى المضاربة .

وفيه : انه لميظهر ذلك ، لان العمال حيث يريدون سد حاجاتهم ، ولا يريدون استبداد الملاك بأكثرية الربح يجعلون لانفسهم الحصة في الربح ،لا

لان بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجعالة .

الثانية: اذا كان الفسخ من العامل في الاثناء قبل حصول الربح فلااجرة له لمامضى من عمله واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام

الاجرة مع تطلبهم الاجرة في قبال عملهم اذالم يكن ربح ، أوكان الربح الذي يصيبهم أقل من الاجرة .

وكيف كان ، فاذا كان هذا الشرط ولوضمناكان للعامل ذلك ، ثم ان الظاهر ان المصنف نسب ذلك الى الاطلاق حيث احتمل ان العلامة أراد بذلك صورتي الشرط وعدمه ، فاطلاقه يشمل صورة عدم الشرط .

وكيف كان فاذا لم يكن شرط لم تكن له الاجرة (لان بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجعالة) فانه لااشكال في ان العامل لايستحق شيئاً اذا لم يحصل الامر المجعول له ،نعم اذا كان هناك ايضاً شرط ولوضمني استحق الاجرة على ماذكرناه في المضاربة.

(الثانية : اذا كان الفسخ من العامل في الاثناء) اثناء العمل (قبل حصول الربح فلااجرة له) اما تقدم في الاولى من انه مقتضى المضاربة ـ اذا لم يكن شرط ضمني ـ فلا يستحق (لما مضى من عمله) شيئاً ، لكن قد ذكرنا في بعض المسائل السابقة ان ربح المستقبل لو كان جزء سببه عمل العامل كان من موضوع ماله ربح ، فالمراد [بقبل] الاعم من الربح الحالي والربح المستقبلي لانه ربح أيضاً .

(واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام) المستفادة من لايتوى حق امرء مسلم ونحوه ، حيث ان عمله يوجب حقاً له، كما في موارد الاجارة ، كما اذا استأجره

لاوجه له أصلا وان كان من المالك أوحصل الانفساخ القهري ففيه قولان أقواهما انعدم أيضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء الا الربح.

لنشد ان الضالة ، أو القاء الشبكة في البحر ورقابتها كيما يحصل السمك احتمالاً وما أشبه ذلك .

(لاوجه له اصلا) لان الاحترام انما يكون اذا لم يهدر الانسان احترام عمل نفسه ، والعامل باقدامه على ان لاشيء له اذا لم يربح قد اهدر عمل نفسه .

اما ماذكره المستمسك بقوله : على انك قد عرفت انها لاتوجب الضمان، لان احترامه يقتضي حرمة اغتصابه لاضمان مايقع منه ـ انتهى.

ففيه: انه لاحاجة الى الاغتصاب، بل اذا كان انسان سبباً لعمله بدون قبوله التبرع كان اطلاق [لايتوى] سبباً لثبوت حقه .

(وان كان) الفسخ (من المالك اوحصل الانفساخ القهري) بموت اوجنون اونحوهما (ففيه قولان) اجرة المثل ، كما في الشرائع، وعن المختصر النافع والارشاد واللمعة والروض وغيرهم ، كماحكاه عنهم مفتاح الكرامة وغيره، وعلله في المسالك بأن عمله محترم صدر باذن المالك ، لاعلى وجه التبرع ، بل في مقابلة الحصة، وقد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فيستحق اجرة المثل الى حين الفسخ، خلافاً للمسالك وظاهر القواعد، لانه تنظر في استحقاقه الاجرة واختيار الجواهر وغيرهم فقالوا بعدم الاجرة واختاره المصنف .

ولذا قال: (أقواهما العدم أيضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء الا الربح ،) ولو شك كان الاصل العدم وما

ولا ينفعه بعد ذلك كون اقدامه من حيث البناء على الاستمرار

يمكن ان يستدل به للاجرة قاعدة الاحترام المردودة بأن العامل هو الذي أذهب احترام عمله كما تقدم ، وقاعدة الاستيفاء المردودة بأن المالك لم يستوف شيئاً ، و قاعدة التفويت المرددة بانها انما توجب الضمان على المفوت اذا لم يقدم العامل على الفوت وهنا قد أقدم ، هذا ويمكن ان يقال: عدم حصول الربح ـ لو استمر في المضاربة ـ اذا علم به يكون أولى في عدم استحقاقه ، لانه ان استمر الى الاخير لم يكن له شيء فاولى اذا لم يستمر وجه الاولوية انه لم يضيع بقايا عمله التي كان يعملها اذا لم يكن فسخ .

ثم ان كلام جملة منهم ، وان كان في كل من الفسخ والانفساخ ، الا ان عدم الاستحقاق في صورة الانفساخ بطريق اولى، حيث انها ابعد عن تفويت المالك حق العامل.

(ولا ينفعه بعد ذلك) الذي هو أقدم على معاملة جائزة (كون اقدامه من حيث البناء على الاستمرار) اذ هذا البناء وحده لا يوجب استحقاقه الاجرة بعد ان كان يعلم انه معرض للفسخ الموجب لعدم شيء له فهو مقدم على هدر عمله، كما في الجعالة، حيث انه أقدم على عدم استحقاقه الجعل ان لم يظفر بالشيء المجعول له المال بالشروط المحددة للجعل.

ثم ان مقتضى ما ذكرنا، من عدم استحقاقه الاجرة انه لافرق بين ان استفاد المالك من عمل العامل علماً أم لا؟ كما اذا أخذ العامل في المقدمات التي لا تحتاج الى المال، لكنها تزيد المالك خبرة مثلا: اخذ العامل يدور على التجار ليعلم الاجناس ومواضعها وقيمها وما اشبه ذلك وقال: كل ذلك للتاجر فانها ليست ارباحاً، وان كانت افادت التاجر مالا في المستقبل، حيث لا يحتاج الى

الثالثة : لو كان الفسخ من العامل بعد السفر باذن المالك وصرف جملة من رأس المال فى نفقته فهل للمالك تضمينه مطلقا أو اذا كان لالعذر منه وجهان ، أقواهما العدم لما ذكر من جواز المعاملة وجواز الفسخ فى كل وقت فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه

دوران اسبوع مثلا ، ليعرف موقع حاجته .

(الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر) أو شبه السفر (باذن المالك) اذناً خاصاً أو بمقتضى اطلاق عقد المضاربة ـ اذ لادليل الى الاحتياج الى الاذن الخاص مع وجود الاطلاق ـ .

(وصرف جملة من رأس المال فى نفقته فهل للمالك تضمينه مطلقاً)، سواء كان لعذر أو لالعذر، لانه اضر بالمالك، فيشمله دليل لاضرر بتقريب ان عدم تضمينه ضرر مثل ما استدلوا به في باب خيار الغبن ونحوه، أو التقريب الذى ذكرناه من دلالة الرواية على العقد الايجابي أيضاً ، حيث ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم استدل بها لاجل الايجاب بقلع شجرة سمرة.

(أواذا كان) الفسخ (لالعذر منه) مثل مرض أونحوه ، حيث ان فى صورة العذر لم يكن عامداً في اضرار المالك فيشمله مثل قوله عليه السلام: [ماغلب الله عليه فهو اولى بالعذر]

(وجهان ، أقواهما العدم) مطلقاً (لماذكر) في الثانية (من جواز المعاملة وجواز الفسخ في كل وقت ،) اراده احدهما ، سواء تضرر الاخر بالفسخ أولا فلامقتضى للضمان .

(فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه) حيث أقدم على مثل هذا العقد، وقول

المستمسك انمايتم ذلك اذاكان المالك يحتمل الفسخ .

أما اذاكان لايحتمله فلا اقدام منه ، فالعمدة عدم موجب للضمان ، لاحال السفر ، ولاحال الفسخ يرد عليه انه لولا الاقدام لم يكن مجال [للعمدة] لانه اذا لم يهدر ماله باقدامه كان موجب الضمان لاضرر، ولايتوي، وعلى اليدما أخذت وما أشبه ذلك .

وهل يقول المستمسك بحق المجعول له اذا صرف وقته وكان قاطعا بالظفر بالشيء المجعول له المال ، مستدلا بانه لم يكن يحتمل عدم الظفر فلا اقدام منه والوجه واضح في المقامين، فان الاقدام على مثل هذه المعاملة اقدام على لوازمها سواء علم تفصيلا اللوازم أولم يعلم ، والامثلة لذلك كثيرة ، كما اذا اقدم على مهر كثير بزعم بقاء الزوجة فماتت ، أو طلقها قبل الدخول أو بعده ، فان عليه كل المهر أونصفه، ولايصح له ان يقول: اني لم أكن احتمل الموت ،أو الطلاق فلست مقدماً على اعطاء مثل هذا المال ، الى غير ذلك من الامثلة .

وبما ذكرناه ظهر وجه النظر في كلام السيد البروجردى ، حيث علق على [اقواهما] بقوله : مشكل جداً مع عدم العذر، لان استحقاقه لنفقة السفر قد ثبت بالنص ، وشمول اطلاقه له بعيد .

اذ يرد عليه اولا : انه لاوجه لعدم شمول الاطلاق .

وثانياً : بان ذلك مقتضى المعاملة في المحتاجة الى السفر .

وثالثاً : خصوصاً اذا اذن المالك اذناً خاصاً .

الرابعة: لوحصل الفسخ أوالانفساخ قبل حصول الربح وبالمال عروض لايجوز للعامل التصرف فيه بدون اذن المالك ببيع ونحوه وان احتمل تحقق الربح بهذا البيع بل وان وجد زبون يمكن أن يزيد فى الثمن فيحصل الربح

(الرابعة : لوحصل الفسخ أوالانفساخ قبل حصول الربح وبالمال عروض لايجوز للعامل التصرف فيه بدون اذن المالك) اذناً سابقاً أوحالا ، كما افتى به الشرائع وغيره ، خلافاًلمن أجاز التصرف وجه الاول ان الفسخ والانفساخ رافع للمعاملة التى أوجبت الاذن في التصرف، والمفروض انه لا اذن خاص له فلايجوزأن يتصرف فى مال الناس بدون رضاهم تصرفاً تقليبياًفكيف التصرف: (ببيع ونحوه ،) من التصرفات الناقلة ونحوها .

أما قول المصنف : (وان احتمل تحقق الربح بهذا البيع،) فلان الاحتمال لايقاوم دليل عدم جواز التصرف في أموال الناس .

أما القول بالجواز مطلقاً، فكأنه يتمسك بأن هذا التصرف من شئون المضاربة فيشمله دليل العقد المتضمن للاذن ، وفيه عدم تسليم انه من شئونها حتى بعد الفسخ والانفساخ ، فدليل عدم الجواز بلامزاحم .

(بل وان وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح) لاطلاق دليل المنع ، لكن في تعليقة السيد البروجردى مع هذا الاحتمال لايبعد جواز مطالبة رب المال بتمكينه من البيع والانضاض .

أقول : مقتضى القاعدة ان يكون للعامل حق الاستعلام ، سواء بواسطة نفسه أوبواسطة المالك، لاحتمال وجود حقهُ فيه احتمالا عقلائياً ، فهومثل لزوم الفحص على المالك فيما احتمل وجود حق العامل في ماله بعدان مات العامل

نعم لوكان هناك زبون بان على الشراء بأزيد من قيمته لايبعد جواز اجبار المالك على بيعه منه ، لانه فى قوة وجود الربح فعلا ولكنه مشكل مع ذلك ، لان المناط كون الشيء في حد نفسه زائد القيمة والمفروض عدمه

فانه المستفاد من مثل [لايتوى] بالاستفادة العرفية ، فلايقال : انه حيث لايعلم بالحق لايشمله دليل لايتوى .

(نعم لوكان هناك زبون بان على الشراء بأزيد من قيمته لايبعد جواز اجبار المالك على بيعه منه ، لانه في قوة وجود الربح فعلا) بل الربح موجود لانه في قوته ، فان الشيء له مالية كذا الان بل لايبعد أن يكون الامر كذلك اذا لم يكن المشترى المذكور موجوداً الان ، بل سيوجد قريباً ، كما اذا ان غداً تأتي قافلة الحجاج فيشترون البضاعة باغلى اذ العرف يحسب مثل ذلك مالا ، وان لم يكن الان وعليه فقوله : (ولكنه مشكل مع ذلك، لان المناط كون الشيء في حد نفسه زائد القيمة ، والمفروض عدمه) غير ظاهر الوجه ، وربما علل بانه لاسلطنة له على المالك في صورة ظهور الربح الذى لايزيد على كونه شريكاً ضرورة انه لاسلطنة للشريك على بيع مال الشركة بغير اذن شريكه، اذ يرد على المناط المذكور انه لادليل على مثل هذا المناط بعد حكم العرف انه ربح ، ولذا اذا تنزلت القيمة السوقية للبضاعة ثم وجد شخص يشتريها بقيمته السابقة غير المتنزلة فلم يبعها وكيله ثم باعها بالقيمة المتنزلة قال : العرف ان الوكيل سبب خسارة المالك ، ومن المعلوم ان الخسارة والربح والتساوى امور ثلاثة ترد على موضوع واحد ، فاذا صدق احدها صدق الاثنان الاخران .

اما العلة المذكورة، ففيها أولا : ان له الاجبار، كما في كل مال مشترك .

وهل يجب عليه البيع والانضاض اذا طلبه المالك قولان أقواهما عدمه

وثانياً : انله بيع حصة نفسه اذا لم نقل بالاجبار، فان الشريك لاسلطنة له على مال شريكه ، لكنه مسلط على قدر مال نفسه في المال المشترك .

ومما ذكر يعلم وجه النظر في كلام المستمسك حيث ذكر العلة ساكتاً عليها ، وفي كلام السيد البروجردى حيث قبل بمناط المصنف قائلا : هذا هو المناط فى اشتراكه مع المالك في نفس العروض ، وأما استحقاقه لتحصيل الربح المالي منها الذى هو الغرض الاقصر من المضاربة فمناطه كونهامعرضاً له بالبيع ، سواء كان لاجل زيادة قيمتها السوقية ، أولوجود الراغب الشخصى فالاقوى عدم الفرق بينهما ، كما ظهر وجه النظر في كلام الجواهر فراجع.

ومما تقدم يعلم ان حال مايشتري في مكان آخر بالربح حال مايشترى في زمان آخر بالربح ، وقد عرفت انه مثل ما اذا كان يشتريه زبون خاص بالربح وكذا اذا كان يشتري بشرط خاص بالربح ، كما اذا كان فرد باب او حذاء بدرهم .

أما اذا اشترى له فرد آخر بدرهم صار الزوج بثلاثة دراهم والمناط صدق الربح عرفا وهو موجود في كل الاقسام المذكورة .

(وهل يجب عليه البيع والانضاض اذا طلبه المالك) أولا؟ وقد حصل الفسخ او الانفساخ (قولان) الوجوب لموضع من المبسوط وجامع الشرائع والقواعد وعدمه للشرائع والروضة و المسالك (أقواهما) عند المصنف (عدمه) لانه اذا حصل الفسخ ، فلاوجه لالزام العامل بشيء ، فانه لايشمله دليل الوفاء بالعقد ، ولادليل آخر في المقام والاصل البراثة .

ودعوى أن مقتضى قوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» وجوب رد المال الى المالك ، كما كان كما ترى

(و) أما القائل بالوجوب، فقد استدل بانه المعهود المتعارف المبني عليه العقد وفي كثير من الاحيان لايقدر المالك على البيع والانضاض ولاتنفعه العين ولعله أشار الى ذلك ما في القواعد بقوله الاقرب اجباره على البيع ليرد المال، كما أخذه ، وفيه منع كونه المعهود المتعارف فلما فسخ لامجال لجبر احدهما بشيء متعلق بالعقد الزائل وعدم امكان المالك للبيع لايوجب حقاً على آخر ، بل يعطى الاجرة لمن باع .

(ودعوى أن مقتضى قوله عليه السلام) كما في مستدرك الوسائل في كتاب الوديعة : (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) مما اشتهر بينهم ، بل أجمعوا على الاستناد اليه (وجوب رد المال الى المالك ، كما كان) فدليل المضاربة ، و ان لم يشمل البيع والانضاض ، الا انه مقتضى دليل آخر (كما ترى) و ذلك لما فى جامع المقاصد من ان الظاهر منه رد المأخوذ ، اما رده على ما كان عليه فلادلالة له ، والتغيير بما حدث كان باذن المالك وأمره ـ انتهى .

ومراده ان ظاهر الحديث : وان كان الرد كما كان ، الا انه لا يشمل قيد [كما كان] اذا كان التغيير باذن المالك .

ومما تقدم يعلم الجواب عن دليل لاضرر اذا كان عدم الانضاض ضرراً اذ هو نشاء من أمر المالك واذنه ،فلادليل على اجبار غيره برفع الضرر وكذلك الجواب عن دليل رد الامانات .

وقدظهر مما ذكر عدم وجوب تبديل المتاع بغيره اذا أراده المالك وكذلك اذا كان نضاً فاراد المالك تبديله بالمتاع ، ولذا لم يقل باى منهما احد .

الخامسة : اذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده وبالمال عروض فان رضيا بالقسمة كذلك فلا اشكال وان طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب اجابته

(الخامسة: اذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده وبالمال عروض فان رضيا بالقسمة كذلك فلا اشكال) ولا خلاف ، اذ الحق لا يعدوهما من غير فرق بين جعل العروض لاحدهما والنض للاخر أو تقسيم كل منهما لهما او غير ذلك .

(وان طلب العامل بيعها فالظاهر) عند المصنف (عدم وجوب اجابته) للاصل بعد ان أحد الشريكين لا يسلط على اجبار الشريك على البيع ، لان الاجبار خلاف تسلط الناس على أموالهم .

نعم للعامل بيع حصة نفسه ـ كما تقدم في المسألة السابقة ـ و لذا علله المسالك بامكان وصول العامل الى حقه بقسمه العروض خلافاً لما في القواعد من انه يجبر المالك على اجابته ، وعلله المسالك بوجوب تمكين العامل من الوصول الى غرضه الحاصل بالاذن ، و ربما لم يوجد راغب في شراء بعض العروض أو وجد لكن بنقصان اورجى وجود زبون يشترى بازيد فيزيد الربح ، و لاريب ان للعامل مزية على الشريك من حيث ان حقه يظهر بالعمل والربح عوضه ـ انتهى .

واشكل عليه المستمسك بانه لا يرجع الى محصل يخرج به عن قواعد الشركة المانعة من تسلط الشريك على اجبار شريكه الاخر ،

أقول : الظاهر عدم حقه في الاجبار كما تقدم .

وان احتمل ربح فيه خصوصاً اذا كان هو الفاسخ وان طلبه المالك ففي وجوب اجابته وعدمه وجوه:

ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقداً فلا يجب وبين عدمه فيجب لان اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملا بقوله :عليه السلام«على اليد»

(و) ما ذكره الشهيد الثاني يصلح وجهاً (ان احتمل ربح فيه) يظهر بالبيع لما سبق في الرابعة ، فاطلاق كل من القولين محل نظر ، ولاخصوصية لقوله: (خصوصاً اذا كان هو الفاسخ) اذ كونه فاسخاً وعدمه لايؤثر في عدم حقه في البيع في الاولى وحقه في البيع في الثانية ، وكانه لذا قال بعض المعلقين : الاحوط الاجابة مع احتمال حصول الربح قبل البيع .

(وان طلبه المالك ففي وجوب اجابته وعدمه وجوه):

الاول : الوجوب مطلقاً لتسلط الناس على أموالهم فهو يريد انفصال ماله عن مال شريكه ، وقد قال المستمسك : انه الاوفق بالقواعد و قال به جماعة من المعلقين ايضاً .

الثاني : عدم الوجوب ، كما هو ظاهر الشرائع وغيره مطلقاً للاصل بعد امكان وصول المالك الى حقه بقسمة العروض فلا وجه للوجوب .

(ثالثها : التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقداً فلا يجب ،وبين عدمه فيجب،) كما افتى به القواعد وجامع المقاصد وغيرهما (لان اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملا بقوله (ع) : على اليد) فان كان مقدار رأس المال نقداً فقد سلمه ، والاصل عدم وجوب الاجابة في الزائد عليه .

والاقوى عدم الوجوب مطلقاً وان كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفاً على الانضاض ، ولعله يحصل الخسارة بالبيع اذ لامنافاة

أما اذا لم يكن مقدار رأس المال نقداً فدليل على اليد يلزمه على البيع لكن لا يخفى ان هذا التفصيل لا يتم على اطلاقه ، اذ في صورة كون بعض قدر رأس المال غير نقد يدل هذا الدليل على لزوم البيع بالنسبة الى تكلمة النقد لامطلقاً .

ولايخفى انه لايستفاد من كلام القواعد وبعض آخر اطلاق الاجبار في صورة عدم نقد كل رأس المال ، بل ظاهره الاجبار بقدر ان ينض متمم رأس المال لانه قال : وكذا يجبر مع الربح ، ولو نض قدر رأس المال فرده العامل لم يجبر على انضاض الباقي وكان مشتركاً بينهما وجعل في الجواهر مبنى الخلاف في المقام الخلاف فيما يتحقق به استقرار ملك العامل للربح ، فان كان الاستقرار بالفسخ لم يكن للمالك الاجبار ، وان كان الاستقرار يتوقف على الانضاض ـ لانه من تتمة المضاربة ـ فلابد من القول بالوجوب ، لان المضاربة باقية والبيع من توابعها ، لكن المصنف لم يرتض بهذا البناء فقال : (والاقوى عدم الوجوب مطلقاً وان كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفاً على الانضاض ، ولعله يحصل الخسارة بالبيع) أولا يربح فلاحق للعامل ، فما لم ينض لادليل على ان العامل له حق (اذ لامنافاة) بين كون الانضاض من تتمة المضاربة و بين عدم وجوب البيع على العامل فلادليل على التلازم بين كون الانضاض من تتمة المضاربة و بين وجوب البيع على العامل ـ كما جعل الجواهر التلازم بينهما ـ كما لامنافاة بين عدم كون الانضاض من تتمة المضاربة وبين وجوب البيع على العامل ـ حيث لم يجعل الجواهر التلازم ـ وجه عدم المنافاة في الاول ان المضاربة لما انفسخت

فنقول : لايجب عليه الانضاض بعـد الفسخ لعدم الدليل عليه لكن لوحصلت الخسارة بعده قبل القسمة بل أو بعدها يجب جبرها بالربح حتى أنه لو أخذه يسترد منه.

السادسة : لو كان في المال ديون على الناس

لم يكن عقد حتى يوجب شيئاً على العامل ، من بيع أو غيره ، فمن اين وجوب البيع على العامل بعد الفسخ ، ووجه عدم المنافاة في الثاني ان من الممكن عدم كون الانضاض من تتمة المضاربة ومع ذلك يجب البيع على العامل بدليل تعبدي ، مثل على اليد ما اخذت او نحوه .

واذا عرفت وجه الاحتمالات الثلاثة (فنقول : لايجب عليه الانضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه) اذ الدليل ، أما المضاربة وأما لاضرر وأما على اليد، وقد عرفت في مسألة سابقة انتهاء المضاربة بالفسخ ، كما ان الدليلين لايدلان على الوجوب .

(لكن) لايلازم عدم وجوب البيع عدم جبران الخسارة اذا ظهرت بعد الفسخ ، اذ الخسارة لاتدع مكانا لحصة العامل ، سواء أخذها او لم يأخذها ظهر قبل الفسخ أو بعده ، لانه دخل على عدم حصة له وهدر عمله اذا كانت خسارة وذلك لايرتبط بظهور الخسارة قبل الفسخ .

فـ(لو حصلت الخسارة بعده) أي بعد الفسخ (قبل القسمة بل أو بعدها يجب جبرها بالربح حتى أنه لو أخذه) العامل (يسترد منه) وقد تقدم انه لو تصرف فيه تصرفاً ناقلا اخذ منه بدله .

أقول : قد تقدم بعض الكلام في ذلك في المسألة الخامسة والثلاثين فراجعها.

(السادسة : لو كان في المال ديون على الناس) فحصل فسخ ، وانفساخ من

فهل يجب على العامل أخذها وجبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا وجهان أقواهما العدم

احدهما، او كليهما ، او انتهت مدة المضاربة (فهل يجب على العامل أخذها وجبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ)؟ كما ذكره جمع منهم المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والارشاد والروض والقواعد والمسالك و غيرهم ـ على ما حكى عن بعضهم ـ (أم لا ؟) كما ذهب اليه آخرون ، وان كان القول الاول أشهر ، بل المشهور (وجهان) بل قولان كما عرفت .

استدل للاول: بما في المسالك وغيره من ان مقتضى المضاربة رد رأس المال على صفته والديون لا تجري مجري المال، وان الدين ملك ناقص، وان الذي أخذه كان ملكا تاماً، فاللازم ان يرده كما أخذه لظاهر على اليد ما اخذت حتى تؤدي واذن المالك بالادانة انما كانت على طريق الاستيفاء لا مطلقة بدلالة القرائن ولاقتضاء الخبر ذلك، لكن المصنف قال: (أقواهما العدم) للاصل بعد عدم تمامية الادلة المذكورة اذ [مقتضى المضاربة] قد سقط بالفسخ واذا انتفت العلة انتفى المعلول و [على اليد] لا يشمل المقام، لان المالك قد دخل على انه عقد جائز، فهو الذي أهدر حقه بعد كون مقتضى الجواز الفسخ، واذا فسخت فلا شيء ملزم للعامل أن يعمل لاجل مال المالك و [اذن المالك] لم يكن اذناً خارجياً ، بل في ضمن المضاربة فاللازم ملاحظة مقتضى المضاربة لا أكثر من ذلك و [الخبر] لم يدل على هذا الفرع بالذات ، وان كان اراد انصراف الخبر ، ففيه انه لو سلم فهو بدوي .

ثم انه قد ذهب جملة من المعلقين الى الوجوب فتوى كالسيد البروجردي أو احتياطا كالسيد ابن العم ، وفصل السيد الجمال قائلا : الاقوائية باطلاقها

من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك

السابعة : اذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيما مر من الاحكام

ممنوعة ، بل لو كان الفسخ من العامل فلا يبعد وجوب الجباية ، وفيه عدم الفرق بين كون الفسخ من العامل أو غيره بعد أن دخل المالك على هدر حقه، حيث أنه قبل بالمضاربة التي تنتفي بالفسخ فلايبقى حق لاحدهما على الاخر .

ولذا قال المصنف: (من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك) ومنه يعلم حال الانفساخ .

(السابعة: اذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيما مر من الاحكام) اذا ثبت ان المالك له حق على العامل في الانضاض واستيفاء الديون ، فاذا مات المالك انتقل هذا الحق منه على العامل الى وارثه، لقاعدة ماتركه الميت فلوارثه، وكذا اذا ثبت حق العامل على المالك في جواز بيع العروض بعد الفسخ ومات العامل انتقل حقه الى وارثه .

أما اذا لم نقل باي من الحقين فليس للميت منهما حق ينتقل الى وارثه ، فاحتمال استصحاب عدم حق على ورثة احدهما على الاخر، غير تام الاركان ، اذ لاشك في اللاحق [لاطلاق دليل ما تركه الميت فلوارثه] ان كان عدم الحق في السابق ، حيث حياة المورث .

ومنه يعلم أقوائية مااختاره الشرائع حيث قال : وكذا لومات رب المال وهو عروض كان له البيع الاان يمنعه الوارث وفيه قول ـ انتهى. الا انه لاوجه للاستثناء، فانه اذا كان حقاً للعامل فمن اين يحق للوارث منعه .

الثامنة : لايجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك وماله ، فلايجب الايصال اليه

ومنه يعلم وجه النظر في كلام المستمسك ، حيث قال : وظاهر الشرائع ان جواز البيع الثابت للعامل ثابت له مع موت المالك الآن يمنعه وارث المالك ولكنه غير ظاهر الوجه، فان المأذون لايجوز له التصرف في المأذون فيه مع موت الاذن للانتقال الى الوارث المقتضى لحرمة التصرف فيه بغير اذنه ، ولايكفي في جوازه عدم المنع من المالك ولذلك كان القول الاخر الذي حكاه في الشرائع هو المتجه ـ انتهى .

وفيه : ان تصرف العامل كان حقاً له على المالك ، فمن اين سقط حقه بالموت ولم يكن مجرد اذن حتى اذا مات الاذن يذهب الاذن ويكون الاختيار بيد الوارث .

ثم ان السيد البروجردي وجملة من المعلقين قالوا عند قول المصنف [قام وارثه] فيما له من الاموال والحقوق، وأما ماعليه من الحقوق فلا، كما اذا مات العامل وقلنا بوجوب الانضاض عليه مع مطالبة المالك ـ انتهى. وهو وان كان في محله في الجملة ، الآن اطلاقه محل نظر، اذلو كان على العامل حق في قبال ماله من الحق لايصح ان يقال بانتقال حقه الذى له الى وارثه دون ان يقوم الوارث بماعليه من الحق لانهما في قبال الاخر فكيف ينتقل احدهما فقط، وكذلك بالنسبة الى المالك .

(الثامنة: لايجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك وماله، فلايجب الايصال اليه ،) لاصالة عدم الوجوب، خلافاً لفتوى ابن العم، وقول السيد البروجردي بوجوب الايصال وكان وجه ذلك ان الايصال

نعم لوأرسله الى بلدآخر غيربلد المالك ولوكان باذنه يمكن دعوى وجوب الرد الى بلده

من مقتضى المضاربة. وفيه : ان المضاربة بعدالفسخ لابقاء لها حتى يلزم ماكان تقتضيه .

ومنه يعلم عدم صحة الاستدلال لذلك بدليل اليد ، بالاضافة الى انها لاتدل على الايصال ، بل التخلية اداء ، فاذا وضع عنده امانة كان رفع يده عنها عند ارادة المالك اياها (اداءاً) عرفاً، والقول بأن الواجب الايصال، لكنه اذا احتاج الى اجرة على المالك جمعاً بين الحقين، فيه انه لاحق في الايصال حتى يجمع بينهما بذلك .

نعم، لاشك ان صرف التخلية لوكان موجباً للخطر على المال لم يجز له الا التخلية فيما لاخطر اذا لم يتمكن المالك من رفع الخطر، كما اذا كانت شاة بيد الراعي الذي معه كلب في مذئبه ، حيث ان تخليه عن الشاة يعرضها للافتراس فان مثل هذه التخلية لاتسمى اداءاً .

نعم اذا كان للحفظ اجرة كانت على المالك جمعاً بين الحقين.

(نعم لوأرسله الى بلدآخر غير بلد المالك) ينبغي أن يزاد ببلد المالك بلد المال الذى اختاره المالك ان يكون بلداً للمال لا البلد الذى يسكنه المالك، اذ العبرة بذلك، فاذا كان المالك يسكن بغداد لكن أمواله التجارية في بيروت وقد اعطى من هناك المال للعامل كانت العبرة ببيروت ، حيث ان بيروت منطلق تجارته ، بل ربما لايريد الايصال المال الى بغداد لانه بلد تسلط عليه الاشتراكيون مثلا .

وكيف كان (ولو كان) الارسال (باذنه يمكن دعوى وجوب الرد الى بلده)

لكنه مع ذلك مشكل وقوله عليه السلام : على اليد ماأخذت أيضاً لايدل على أزيد من التخلية

وجه الامكان انه من توابع المضاربة، فمقتضى لاضرر وعلى اليد ومأشبه ذلك وكون الارسال باذنه لايخرجه عن الادلة المذكورة .

(لكنه مع ذلك مشكل ،) بل اللازم التفصيل بين ما اذا كان باذنه ـ الاذن المستفاد من اطلاق المضاربة ـ فلايجب اذ المضاربة انتهت ، وقدعرفت الاشكال في دلالة على اليد ولاضرر على ذلك بعد انتهاء المضـاربة ، وتوهم ان المال بيده امانة والله يأمر برد الامانات،غير تام، اذليس المراد بالرد الاالتخلية ، والا فلوقال المالك لزيد : اذهب بمالى الى بلد فلانفي قبال اجرة كذا، أوتبرعاًفهل يقول أحد بوجوب رده الى بلده ؟ اذا أراد ذلك مستدلا باية الامانـة ؟ وليس عدم وجوب الرد الا لاجل ان الاية لايستفاد منها ذلك ، فاصالة عدم الوجوب هي المحكّمة، ولذا قال المستمسك : اذا كان الارسال باذنه فلاينبغى التأمل في عدم الوجوب.

(وقوله عليه السلام: على اليد ماأخذت أيضاً لايدل على أزيد من التخلية،) لما تقدم من عدم دلالة تؤدى على أكثر منها ، وما في المستمسك من ان الاداء الذى أخذ غاية للضمان ملازم لاخذ المالك، فلايتحقق بدونه فلايكفى فيه مجرد التخلية من دون ان يأخذه المالك ـ انتهى. غير ظاهر الوجه ، فاي فرق بين الاداء في الرواية والاية ، وقد سلم دلالة الاية على التخلية مع ان اللفظ فيهما واحد، وكأنه لذا رجع « ره » أخيراً وقال : (اللهم.. فالمراد من الاداء رفع اليد من العين ، مضافاً الى ان ذلك هو الموافق للارتكاز العقلائى في باب الضمان الى آخر كلامه ..) وبين ماكان بغير اذنه، فاللازم عليه رده الى بلده ، كما هو كذلك

واذا احتاج الرد اليه الى الاجرة فالاجرة على المالك كما فى سائر الاموال نعم لوسافربه بدون اذن المالك الى بلد آخر وجعل الفسخ فيه يكون حاله حال الغاصب فى وجوب الرد والاجرة .

في كل من أرسل مال انسان الى مكان آخر بدون اذنه ، فان اللازم عليه احضاره عنده ، لانه المستفاد من الاية والرواية السابقتين ، بل الارتكاز ايضاً حيث ان النقل تفويت لخصوصية المكان التى كانت للعين فيجب تداركاتها، كما أفتى به المستمسك .

(واذا احتاج الرد اليه) فيما كان الارسال باذنه (الى الاجرة فالاجرة على المالك،) لان الرد لمصلحته ولاوجوب له على العامل فلا وجه لكون الاجرة على العامل (كما في سائر الاموال) للملاك.

نعم اذا أرجع العامل ماله اليه باجرة بدون طلبه منه لم يكن وجه لكون الاجرة عليه ، اذ الاصل عدمه ، وان كان ذلك الارجاع في نفع المالك ، لان المناط في الضمان ، أما الامر أو كون الاثر للعمل كما تقدم في بعض المسائل السابقة .

(نعم لوسافر به بدون اذن المالك الى بلد آخر وجعل الفسخ فيه يكون حاله حال الغاصب في وجوب الرد) لماتقدم (والاجرة) لتوقف الرد الواجب عليها .

أمااذا لم يرد المالك رده فلاحق له في رده ، لانه تصرف عداوني في مال الناس ، واذا كان الحاكم الجائر يأخذ مالا للابقاء هناك ، أو الرد الى المالك فالكلام في ذلك المال كماتقدم من انه لو كان باذن المالك ـ ولولاطلاق المضاربة ـ فهو على المالك والاكان على العامل .

وان كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون اذنـه .

مسألة ـ ٤٧ ـ قد عرفت أن الربح وقاية لرأس المال من غير فرق بين أن يكون سابقاً على التلف أو الخسران أو لاحقاً فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق وبالعكس

(وان كان ذلك منـه) من العامل (للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون اذنه.) اذ الجهل لايرفع الضمـان ، واذا كان الواجب على العامل الرد الى مكان خاص ـ مثل مكان المالك أو مكان المال ، كما تقدم ـ فطلب منه المـالك الرد الى مكان آخر لم تجب عليه الاجابة ، وان كان ذلك المكان اقصر أو أقل اجرة .

ثم انه كما كان الحال في السفر كذلك الحال في الحضر ، اذ قد ينقل المتاع الى طرف آخر من البلد مما يحتاج الى النقل الى مكان المالك ، لوحدة الدليل في المقامين ، والله العالم .

(مسألة ـ ٤٧ ـ قد عرفت أن الربح وقاية لرأس المال) يتدارك به ضرره وتلفه (من غير فرق بين أن يكون) الربح (سابقاً على التلف أو الخسران أو لاحقاً ،) بلا اشكال ولا خلاف ، بل ظاهر الاجماع عليه ، وفي الجواهر ادعاء الضرورة في الجملة على ذلك .

ومنه يعلم ، حال الضرر المقارن للربح في قطعتين من المال (فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق وبالعكس) الخسارة اللاحقة تجبر بالربح السابق ، وكذا بالنسبة الى المتقارنين .

ثم لايلزم أن يكون الربح حاصلا من مجموع رأس المال وكذا لايلزم ان تكون الخسارة واردة على المجموع فلو اتجر بجميع رأس المال فخسر، ثم اتجر ببعض الباقي فربح يجبر ذلك الخسران بهذا الربح وكذا اذا اتجر بالبعض فخسر ثم اتجر بالبعض الاخر أو بجميع الباقي فربح ولايلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولهما فالربح مطلقاً جابر للخسارة والتلف مطلقاً مادام لم

(ثم لايلزم أن يكون الربح حاصلا من مجموع رأس المال،) اذ اطلاق دليل الجبران شامل لكليهما.

(وكذا لايلزم ان تكون الخسارة واردة على المجموع،) فالاطلاق شامل للاقسام التسعة الحاصلة من ضرب كون الربح من المجموع، ومن البعض الوارد عليه الخسارة، ومن البعض الذي لم يرد عليه الخسارة، في الاقسام الثلاثة للخسارة.

(فلو أتجر بجميع رأس المال فخسر، ثم اتجر ببعض الباقي فربح يجبر ذلك الخسران بهذا الربح) لاطلاق ما دل على الجبر.

(وكذا) عكسه فيما (اذا اتجر بالبعض فخسر ثم اتجر بالبعض الاخر أو بجميع الباقي فربح) فقد يربح الدرهم أو الدينار أو كلاهما.

وعلى كل حال، فقد يخسر الدرهم أو الدينار أو كلاهما ـ كان الربح قبلا، أو بعدا، أو مع الخسارة ـ.

(ولا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولهما) حصول أي منهما (فالربح مطلقاً جابر للخسارة و) لـ (التلف مطلقاً مادام لم

يتم عمل المضاربة ثم انه يجوز للمالك أن يسترد بعض مال المضاربة في الاثناء ولكن تبطل بالنسبة اليه وتبقى بالنسبة الى البقية، وتكون رأس المال

يتم) الـ (عمل) المرتبط بـ (المضاربة) وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الخامسة والثلاثين فراجعها .

(ثم انه يجوز للمالك أن يسترد بعض مال المضاربة في الاثناء) كما اختاره غير واحد من الفقهاء ، وذلك لان العقد جائز مبنى عرفاً على الانفكاك ، وليس هو مثل النكاح مما لايمكن تجزئته ، واذا كان كذلك عرفاً وقرره الشارع بدون تغيير كان اللازم ان يكون الحكم كذلك شرعاً ، ويؤيده ما ذكروه في باب العقود اللازمة من خيار تبعض الصفقة ، فانه اذا لم يكن العقد مبنياً على الانفكاك كان اللازم البطلان لا الخيار وكان هذا هو وجه تسالمهم على الحكم المذكور في المتن ـ كما صرح بذلك المستمسك ـ .

ومنه يعلم وجه النظر في المسألة الثانية عشرة الاتية في مسائل الختام من عدم صحة التبعيض في ما اذا كان رأس المال لاثنين فاسترد احدهما ماله ، فانه اذا جاز في المالك الواحد استرداد لبعض ماله جاز لاحدهما بطريق أولى .

(ولكن تبطل) المضاربة (بالنسبة اليه) أي الى القدر المردود (وتبقى بالنسبة الى البقية ، وتكون) تلك البقية هي (رأس المال) .

ومنه يظهر ، حال كل الاقسام لان رأس المال ، أما لواحد وأما لاثنين ، وعلى أي حال العامل أما واحد أو اثنان، فان الاسترداد لبعض رأس المال وانسحاب العامل من بعض رأس المال أو انسحاب ، أحد العاملين لايوجب بطلان المضاربة .

وحينئذ فاذا فرضنا أنه أخذ بعدما حصل الخسران أو التلف بالنسبة الى رأس المال ، مقداراً من البقية ثم اتجر العامل بالبقية أو ببعضها فحصل ربح يكون ذلك الربح جابراً للخسران أو التلف السابق بتمامه مثلا اذا كان رأس المال مأة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقى تسعون ، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة ، وبقيت ثمانون فرأس المال تسعون

وبذلك يظهر أنه لاوجه لماذكره المستمسك قائلا: ويحتمل في المقام الالتزام ببقاء المضاربة حتى بالنسبة الى ماأخذه المالك ويكون ماأخذه المالك بحكم مالو وضع في كيس مستقل وافرز عن باقى المال الى آخره، اذلاوجه لهذا الاحتمال لاشرعاً ولاعرفاً، وكأنه لذاقال: لكن لازم ذلك جواز تصرف العامل به بعد أخذ المالك فيتعين البناء على التبعيض ـ انتهى .

لكن ليس بطلان الاحتمال المذكور من جهة بطلان اللازم ، بل لما ذكرناه .

(وحينئذ فاذا فرضنا أنه أخذ بعد ماحصل الخسران أو التلف بالنسبة الى) بعض (رأس المال ، مقداراً من البقية ثم اتجر العامل بـ) كل (البقية أو ببعضها فحصل ربح يكون ذلك الربح) عند المصنف (جابراً للخسران أو التلف السابق بتمامه) لابالنسبة كما سيأتى في كلام المحقق.

(مثلا اذاكان رأس المال مأة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقي تسعون ، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة، وبقيت) عند العامل (ثمانون فرأس المال تسعون) ثمانين عند العامل وعشرة التلف أو الخسارة .

واذا اتجر بالثمانين فصار تسعين ، فهذه العشرة الحاصلة ربحاً تجبر تلك العشرة ولايبقى للعامل شيء وكذا اذا أخذ المالك بعدماحصل الربح مقداراً من المال سواء كان بعنوان استردادبعض رأس المال أوهو مع الربح أومن غيرقصد الى أحد الوجهين ، ثم اتجر العامل بالباقي أوببعضه فحصل خسران أو تلف يجبر بالربح السابق بتمامه حتى المقدار الشائع منه في الذى أخذه المالك

(واذا اتجر بالثمانين فصار تسعين، فهذه العشرة الحاصلة ربحاً تجبر تلك العشرة) التالفة (ولايبقى للعامل شيء) لكن فيه: انه بناءاً على هذا لم يخسر المالك شيئاً بينما خسر العامل عمله، بينما ان المضاربة مبنية على ان لايخسر العامل عمله اذا كان في المال ربح .

وان شئت قلت: ان العامل انما دخل على ان يكون الربح جبراناً للخسارة اذا كان المال مأة، فكما انه لم يدخل اذا كان المال من الاول تسعين كذلك لم يدخل اذا أخذ المالك من المأة عشرة، فبأي دليل لايكون للعامل شيء إذا لم يدخل في مثل هذه المعاملة.

(وكذا اذا أخذ المالك بعدما حصل الربح مقداراً من المال سواء كان) المأخوذ (بعنوان استرداد بعض رأس المال أوهو مع الربح) وكان عليه ان يذكر [أو الربح] إذ لافرق بين قصده أخذ الربح خالصاً، أومع بعض رأس المال (أو من غير قصد الى أحد الوجهين، ثم اتجر العامل بالباقي) كلا (أوببعضه فحصل بعد ذلك (خسران أو تلف يجبر بالربح السابق بتمامه) أي بتمام الخسران أو التلف (حتى المقدار الشائع منه في الذي أخذه المالك) خلافاً لما سيأتي من كلام

ولا يختص الجبر بما عداه حتى يكون مقدار حصة العامل منه باقياً له ، مثلا اذا كان رأس المال فربح عشرة ثم خسرة عشراً وتلف منه عشرة يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه فى العشرة المأخوذة فلا يبقى للعامل من الربح السابق شيء وعلى ماذكرنا فلاوجه لماذكره

المحقق حيث جعل الجبران بالنسبة لا بتمامه.

(ولا يختص الجبر بما عداه حتى يكون مقدار حصة العامل منه) من الربح (باقياً له، مثلا اذا كان رأس المال مائة فربح عشرة ثم) أخذ المالك عشرة ثم اتجر العامل بالبقية (خسر عشرة او تلف منه عشرة يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه في العشرة المأخوذة، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شيء) ويرد هنا أيضاً ماذكرناه في سابقه ، فان العامل خسر عمله مع حصول الربح والمالك لم يخسر شيئاً مع وجود الخسارة، فلماذا تختص الخسارة بالعامل دون المالك

وان شئت قلت: ان العامل دخل على انه يجبر الربح السابق الخسارة اذا كانت الخسارة على كل المال، أي مأة وعشرة لا على بعض المال أي المأة فقط، فلماذا يجبر الربح الخسارة الواردة لا على كل المال ، ويمكن ان يقال : على المصنف في كلا الفرعين ان العقد بين المالك والعامل كان بحيث يكون كل المال من المالك وكل العمل من العامل، وعلى هذا يكون الربح بينهما والخسارة على المالك [وفي الحقيقة الخسارة تكون عليهما حيث خسر المالك ماله والعامل عمله] فكما انه اذا لم يفعل العامل كل العمل كان خلاف العقد ، كذلك اذا لم يترك المالك كل المال كان خلاف العقد.

(وعلى ماذكرنا فلاوجه لما ذكره) المصنف [رحمة الله عليه] وان سكت

المحقق وتبعه غيره مـن أن الربح اللاحق لايجبر مقدار الخسران الذى وردعلى العشرة المأخوذة لبطلان المضاربة بالنسبة اليها فمقدار الخسران الشائع فيها لاينجبر بهذا الربح

عليه بعض المعلقين كالسادة ابن العم والجمال وغيرهما، بل الوجه لما عن الشيخ في المبسوط و (المحقق) في الشرائع حيث قال: اذا كان مال القراض مأة فخسر عشرة وأخذ المالك عشرة ثم عمل بها الساعي فربح كان رأس المال تسعة وثمانين الا تسعاً، لان المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود، فاذا كان المال في تقدير تسعين، فاذا قسم الخسران ـ وهو عشرة ـ على تسعين كانت حصة العشرة المأخوذة ديناراً وتسعاً فيوضع ذلك من رأس المـال (وتبعه غيره) كالقواعد والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرهم (من ان الربح اللاحق لايجبر مقدار الخسران الذى وردعلى العشرة المأخوذة لبطلان المضاربة بالنسبة اليها) حيث ان العشرة خرجت عن المضاربة بأخذ المالك اياهـا .

(فمقدار الخسران الشائع فيها) أي في العشرة المأخوذة (لاينجبر بهذا الربـح) ووجهه واضح ،اذ العشرة التي خسرها موزعـة على جميع الباقى [الذي هو التسعون] فكل عشرة من التسعين خسر واحداً وتسعاً ـ فان ضرب تسع مرات واحد وتسع في الواحد ينتج عشرة ـ وحيث ان المالك أخذ عشرة، فقد خرجت العشرة بضررها و ربحها عن المضاربة ، لان الربح انما يجبر بـه الخسران المتعلق بمال المضاربة فيكون الربح يجبر ـ الان ـ الخسران المتعلق بالباقى ، وهو تسعة وثمانون الا تسعاً ، فالواحد والتسع الباقى [الى التسعين]

فرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال لايكون تسعين، بل أقل منه بمقدار حصة خسارة العشرة المأخوذة وهو واحدوتسع

يكون ربحاً خالصاًبدونان يكون في قباله خسران ويكون بين المالكوالعامل فاذا فرض انهما قررا ان يكون لكل منهمانصفالربح كان للعامل خمسةاتساع وهكذا .

(فرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال لايكون تسعين ، بل أقل منه بمقدار حصة خسارة العشرة المأخوذة وهو) أي حصة خسارة العشرة المأخوذة ـ والاتيان بضمير المذكر باعتبار الخبر ـ (واحد وتسع)ومراده ان رأس المال الذي يجبر نقصه بعد أخذ المالك العشرة من المأة هوتسعة و ثمانون الا تسعاً ولايجبرمن الربح المتأخر النقصالمتعلن بالعشرة التيأخذها المالك لخروج العشرة المأخوذة عن مال المضاربة ، وهكذا الحال في سائر الامثلة يوزع الخسران علىالجميع بالنسبة ، ولايجبربالربح الخسرانالمتعلق بما اخذه المالك ، بليجبرخصوصالخسران المتعلق بالباقي.

فلوكان رأس المال عشرة فخسراثنان، ثم أخذ المالك أربعة ، فاذا ربحت الاربعةالباقية اثنينكاننصفالاثنين جابراً للخسران الواردعلى الباقي والنصف الاخربين المالك والعامل حسب شرطهما، فانكان الشرط تنصيف الربح كان لكلمنهمانصفالواحد،وانكان الشرط تثليه كان لاحدهماالثلث وللاخرالثلثان وهكذا ، ولذا قال العلامة في القواعد والتذكرة : انـه لوخسر رأسالمال ـ المأة ـ عشرة ثم أخذ المالك خمسة والاربعين، ثم خسرعشرة وزع الخسران علىالجميعفيلحقالخمسة والاربعين التيأخذها المالك نصف الخسران وهو خمسة ويلحق الباقي أيضاً خمسة ، فاذا ربح بعد ذلك عشرة كان نصفها جابراً

للخسران الوارد على البـاقي والنصف الاخر بين المالك والعامل على حسب شرطهما في المضاربة .

والى هذا اشار السيد البروجردى حيث قال : انفساخ المضاربة بالنسبـة الى ماأخذه المالك وبقائها بالنسبـة الى البقية ـ كما اعترف به ـ مستلزم لعدم سهم المأخوذ من الخسران بربح البقية فيما بعد .

وكذا العكس ، اذ المضاربة فيه بعد ماتمت وهي خاسرة أورابحة لاتنقلب عما تمت عليه فيستقر خسرانها على المالك ان كانت خاسرة ، ولايكون ربحها وقاية لشيء ان كانت رابحة بخلافها في البقية فانها لبقائها لايتعين لأحدهما الا بالاختتام ـ انتهى .

وبذلك يظهر وجه النظر في اشكال الجواهر في كلام المحقق ومن تبعه ، ولذا رده المستمسك بأن فيه بانه بعد بطلان المضاربة فيه يخرج عن كونه مال المضاربة فلاوجه لجبر خسارته بربح غيره الباقي ، لأن ربح مال المضاربة يجبر خسران ذلك المال لاخسران غيره ، فان أحدهما صار اجنبياً عن الاخر ـ انتهى .

فلماذا يجبر ربح الاجنبي لخسران الاجنبي ويكون الحال : كما اذا مات المالك وأخذ أخذ الـورثة الوارث للعشر عشرة وابقى البقية تسعة اعشار عند العامل بالمضاربة السابقة ، فانه لاوجه لجبران ربح التسعين خسران العشرة التي أخذها ذلك الوارث .

ومما تقدم يظهر ، انه لافرق في عدم الجبران بين أخذ المالك للعشرة ونحوها بعنوان فسخ المضاربة في تلك العشرة أو لا بهذا العنوان ، اذ المفروض انه لما يأخذ المالك خرج عن مال المضاربة ، فتفصيل المستمسك بين الفرضين وموافقة للجواهر في الثاني منهما حتى لو صوفه المالك فلخروجه عن كونه مال المضاربة لانعدامه مستدلا بأن مثل هذا الخروج لانتفاء القابلية لايلزم من لزوم

وكذا لاوجه لما ذكره بعضهم فى الفرض الثانى أن مقدار الربح الشائع فى العشرة التى أخذها المالك لايجبر الخسران اللاحق ، وان حصة العامل منه يبقى له ويجب على المالك رده اليه فاللازم فى المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور بل قدعرفت سابقاً أنه لوحصل الربح واقتسماه فى الاثناء وأخذكل حصة منه ثم حصل خسران انه يسترد من العامل

الجبر، غيرظاهر الوجه .

قال المصنف: (وكذا لاوجه لماذكره بعضهم) كالعلامة (في الفرض الثاني) وهو ماإذا أخذ المالك بعد ماحصل الربح مقداراً من المال ثم اتجر العامل بالباقي فحل خسران أوتلف يجبر بالربح السابق بتمامه حتى المقدار الشائع منه في الذي أخذه المالك (أن مقدار الربح الشائع في العشرة التي أخذها المالك لايجبر الخسران اللاحق ، وان حصة العامل منه يبقى له ويجب على المالك رده اليه ،) فالمأة ربحت عشرة، ثم أخذها المالك عشرة فبقيت مأة ثم خسرت عشرة وعليه لاشيء للعامل ـ على رأى المصنف ـ لان الربح يجبر الخسران فالمالك بالنتيجة كانت له مأة والان له مأة، خلافاً للعلامة وغيره، قالوا بأن بعض الربح للعامل لما تقدم في المسألة السابقة .

أما على رأي المصنف (فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور) وقد عرفت ان الاشكال وارد أيضاً على قوله : (بل قد عرفت سابقاً أنه لو حصل الربح) كالعشرة الزائدة على المأة (واقتسماه في الاثناء وأخذ كل حصة منه ثم حصل) بعد الاقتسام (خسران انه يسترد من العامل

مقدار ماأخذه بل ولو كان الخسران بعد الفسخ قبل القسمة أو بعدها اذا اقتسما العروض وقلنا بوجوب الانضاض على العامل وانه من تتمات المضاربة .

مسألة ـ ٤٨ ـ اذا كانت المضاربة فاسدة فأما أن يكون مع جهلهما بالفساد، أومع علمهما ، أوعلم أحدهما دون الاخر

مقدار ما أخذه)ليجبر الربح الخسارة وقوله : [مقدار] يراد به قدر الخسارة ، لا كل مقدار ما أخذ ، فاذاحصل خسران اثنين في المثال استرد من العامل واحداً لا كل خمسته ، وانمايتزل الامر على ما كان ربح ثمانية فقط مثلا ، الى غير ذلك من الامثلة .

(بل ولو كان الخسران بعد الفسخ) وقد عرفت الاشكال فيه في المسألة الخامسة والثلاثين (قبل القسمة أو بعدها اذا اقتسما العروض وقلنابوجوب الانضاض على العامل وانه من تتمات المضاربة) ولذا اشكل عليه غير واحدمن المعلقين كالسادة البروجردى والحكيم والجمال وغيرهم .

(مسألة ـ ٤٨ ـ اذا كانت المضاربة فاسدة) فساداً شاملا ، ومنه يعلم حال فسادها في الجملة بان كان اول العقد صحيحة ثم طرء عليها الفساد ، فان لكل واحد من الصحة الاولية والفساد التالي حكمهما (فأما أن يكون مع جهلهما بالفساد ، أو مع علمهما ، أو علم أحدهما دون الاخر) أما الشك بالفساد فانه مجرى اصالة عدم الانعقاد ، أو اصالة الصحة في المعاملة ، فليس حال الشك حال رابع ، كما انه لو اختلفت حال احدهما أو كليهما في العلم والجهل بان قطع أولا بالصحة ، وثانياً بالفساد أو بالعكس كان لكل حال حكمه مما سيأتى من الاحكام الثلاثة .

فعلى كل التقادير الربح بتمامه للمالك لاذنه فى التجارات ان كانت مضاربته باطلة

(فعلى كل التقادير الربح بتمامه للمالك) عند المصنف (لاذنه في التجارات) وعلله المستمسك بأن المضاربة تستلزم الاذن في التجارة وان كانت باطلة .

(و) الاذن الحاصل يوجب كون الربح للمالك و (ان كانت مضاربته باطلة) لكن هذا بناءاً على ما تقدم منهم من ان الربح تابع للمال ، وقد عرفت هناك عدم دليل على ذلك ، بل اللازم ان يكون الربح بينهما، لانه ناتج عن العمل والمال فلا وجه لاختصاصه باحدهما لاشرعاً ولاعرفاً ، بل العرف يرى انه تابع لهما بنسبة خاصة . فيشملهما لايتوى حق امرء مسلم ونحوه من الادلة الشرعية .

وكيف كان فصور المضاربة أربع :

الاولى : الصحة وللعامل كالمالك قدر حقه المقرر في العقد اذا لم يكن اجحاف ولااكراه ، ولو الاكراه الاجوائي، كما ذكرناه في [الفقه : الاقتصاد] والا كان له قدر حقه العرفي من الربح .

الثانية : الفساد مع علمهما بالفساد ، وحينئذ يكون الربح بينهما حسب العدل بالنسبة الى المال والعمل سواء كان المقرر في العقد الباطل أقل أو أكثر أو مساوياً ، اذ المقرر لمابطل رجع كل الى حقه ولايكون للعامل أقل اذا رضى به عند العقد ـ بدليل انه أهدر حقه بالنسبة الى التفاوت بين حقه وبين الاقل الذى رضيه ـ وانما لايكون ، لان قدر حقه نتيجة عمله ولم يهبه للمالك فمن اين صار للمالك و دخوله على ان يكون له اقل من حقه ليس هبة للمالك.

ومنه يعلم ، العكس بأن قررا ان يكون للعامل أكثر من حقه الطبيعى ، فان الزائد لايكون للعامل ، اذ دخول المالك على ان يكون الزائد للعامل ليس

نعم لو كان الاذن مقيداً بالمضاربة توقف ذلك على اجازته والا فالمعاملات الواقعة باطلة

هبة للعامل ، فمن اين يكون الزائد للعامل ؟

الثالثة : الفساد مع علم المالك فقط بالفساد والربح بينهما ، كما قررا ان كان المقرر لكل منهما بقدر حقه الطبيعي ، وان كان المقرر للعامل أقل من حقه كان له بقدر كل حقه لما تقدم في الثانية ، وان كان المقرر للعامل أكثر من حقه كان له بقدر حقه الطبيعي لما تقدم في الثانية أيضاً ، فان دخول احدهما على ان يأخذ أقل من حقه ليس هبة للاخر فلا يكون للاخر من باب الهبة ، ولا من باب المعاملة ـ لفرض بطلانها ـ فمن اين يؤخذ بعض حق هذا ويعطى للاخر ؟.

الرابعة : الفساد مع علم العامل فقط وحالها حال الثالثة أيضاً لما ذكر هناك من الدليل .

وبما ذكرناه يظهر وجوه النظر في كلام المصنف والمعلقين الذين اتبعوه على كثرتهم ـ ممن ظفرت بتعليقاتهم ـ فلا حاجة الى تكرار الاشكال عند نقل المتن .

(نعم لو كان الاذن مقيداً بالمضاربة) بان لم يكن اذن مطلق حتى بدون المضاربة ، وسيأتي في المسألة الثانية من مسائل الختام مقتضى القاعدة فيما اذا لم تكن قرينة في انه هل الاذن مطلق أو خاص بالمضاربة (توقف ذلك) أي كون الربح للمالك ، او لهما (على اجازته) لانه تصرف في ماله من غير اذن (والا فالمعاملات الواقعة) على ماله (باطلة) لانها فضولية لم تلحقها الاجازة ، ويأتي في المقام مسألة ما اذا لم يأذن المالك ، وأراد العامل جعل المعاملة لنفسه كانت المعاملة في الذمة ـ بأقسامها المتقدمة في بعض المسائل السابقة ـ أو في العين

وعلى عدم التقييد يستحق العامل مع جهلهما لاجرة عمله وهل يضمن عوض ماأنفقه في السفر على نفسه لتبين عدم استحقاقه النفقة أولا لان المالك سلطه على الانفاق مجاناً وجهان أقواهما الاول

الخارجية على نحو الجزئي أو الكلي في المعين أو الكسر المشاع .

(وعلى) تقدير (عدم التقييد) للاذن بالمضاربة ، مما تصح المضاربة بمجرد وقوعها (أو) التقييد و (الاجازة) من المالك بعد العقد (يستحق العامل مع جهلهما لاجرة عمله) لانه عمل محترم لم يقصد التبرع به ، ولا دليل من الخارج انه لا يستحق شيئاً فاللازم استحقاقه ، لقاعدة لايتوى وغيرها .

هذا ولكنك قد عرفت ان مقتضى القاعدة ان يكون له حقه الطبيعي الملحوظ فيه ان الربح وليد المال والعمل .

(وهل يضمن) العامل (عوض ما أنفقه في السفر على نفسه) حيث قد تقدم في بعض المسائل السابقة ان نفقة السفر على المالك وانما يكون العامل في المقام ضامناً (لتبين عدم استحقاقه النفقة) بعد ان ظهر بطلان المضاربة ، اذ لا مضاربة حتى تكون النفقة على المالك (أولا) يضمن العامل (لان المالك سلطه على الانفاق مجاناً) والمجان لاعوض له (وجهان أقواهما) عند المصنف وجملة من المعلقين (الاول) وذلك لان النفقة لم تكن مجانية على تقدير عدم المضاربة فقاعدة اليد تقتضي الضمان ، فان من أتلف مال الغير فهو له ضامن الا اذا كان استئناء ، والمفروض عدم الاستئناء في المقام ، لان الرضى لم يكن الا تقديرياً وحيث لم يكن التقدير كان الضمان ، اذ لا استئناء فهو كما اعطى طعاماً لمن زعمه زيداً بقيد انه زيد حيث يضمن لو أكله اذا لم يكن زيداً ، وان زعم هو عند أكل الطعام انه زيد وذهب جمع من المعلقين كالسيدين ابن العم والجمال و غيرهما الى عدم الضمان ، لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده ، فان

ولايضمن التلف والنقص، وكذا الحال اذا كان المالك عالماً دون العامل ، فانه يستحق الاجرة، ولايضمن التلف والنقص، وان كانا عالمين

النفقة أما من ضمن العقد بان كانت شرطاً فتشملها القاعدة ، وأماليست من ضمن العقد فلاتكون مورداً للعقد الا ان ملاك القاعدة « وهو الاذن والتسليط على ماله مجاناً » يجرى في النفقة .

هذا ومقتضى القاعدة التفصيل بين ما اذا كان داعى التسليط المضاربة فلاعوض لانه تسليط بالمجان ،مثل ما اذا ضيفه بداعي بيع شيء له مثلا، وبين ما اذا كان من قيود المضاربة فلاتسليط مجاناً ، بل التسليط مرتبط بصحة العقد ، واذ لاعقد فلاتسليط مجاناً ، فيشملها دليل اليد فلاتجرى قاعدة مالايضمن ولاملاكها .

(ولايضمن التلف والنقص،)لاصالة عدم الضمان بعد كونه أميناً ، والامين لايضمن الابالتعدى والتفريط، ومنه يعلم وجه عدم ضمان الخسارة .

(وكذا الحال اذا كان المالك عالماً دون العامل ، فانه يستحق الاجرة،) بل النسبة العادلة ـ كما تقدم ـ (ولايضمن التلف والنقص،) وقد المعنا سابقاً الى صورة تبدل العلم الى الجهل أوالعكس في الاثناء ، فلكل حكمه، فان الحكم يتبع الموضوع .

(وان كانا عالمين) ببطلان المضاربة فالنفقة على المالك ، لانه مع علمه بالبطلان اذن له فى صرفها كمن يعلم انها ليست زوجته ومع ذلك يعطيها المال بعنوان انها زوجته مثلا، والتلف والنقص على المالك، لانه سلطه على ماله فهو أمين ليس عليه ضمان والربح بينهما بالنسبة لما تقدم من انه وليد المال والعمل

أوكان العامل عالماً دون المالك فلااجرة له لاقدامه على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة، وربما يحتمل في صورة علمهما أنه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة

فلكل منهما حصته .

(أوكان العامل عالماً دون المالك) فالضمان للنفقة، لانه يعلم ان المالك لم يبذل له اياها كمن علم انه ليس بزيد، وقداعطاه المالك المال باعتبار انه زيد كما يضمن التلف والنقص والخسارة ، لانه ليس بأمين بعد ان علم انه لم يستأمنه المالك .

وعليه (فلااجرة له) أيضاً (لاقدامه على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة) وعدم تفويض المالك العمل أياه ، لكن جملة من المعلقين كما في المستمسك ذكروا ان العلم بعدم صحة المعاملة شرعاً لايقتضي الاقدام على التبرع الموجب لعدم الاستحقاق ـ انتهى .

ولكنك قدعرفت ان مقتضى القاعدة النسبة، لان الربح وليدهما، سواء علما بالبطلان أوجهلا، اوعلم احدهما، وكذلك حال الغاصب اذاخلط ماله بمال زيد مما أوجب زيادة قيمتهما، فان الزيادة حيث كانت تابعة للمالين كانت لهما بالنسبة، وأي فرق بين ربح المال وربح العمل، فان العرف يرى اشتراكه بينهما، فيشمله دليل لايتوى ، ولاتأكلوا اموالكم وما اشبه ، مما يقرر الحكم على الموضوع العرفي الذي لم يردعه الشارع .

(وربما يحتمل في صورة علمهما انه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة) فقد جعل المالك للعامل كذا من الربح ، وحيث عمل العامل وربح استحق ماجعل له .

وفيه أن المفروض عدم قصدها ، كما أنه ربما يحتمل استحقاقه اجرة المثل اذا اعتقد أنه يستحقها مع الفساد ، وله وجه وان كان الاقوى خلافه

(وفيه أن المفروض عدم قصدها ،) فان عنوان الجعالة غير عنوان المضاربة فالاول ايقاع كالاذن والثاني عقد كالمزارعة والمساقات والاجارة ، ولما كانا نوعين فلا يصح احدهما الا بقصده ، فما صبا عليه الكلام يقع والجعالة لم يصب عليها الكلام والامور المحتاجة الى الاذن حالها حال العقود تتبع القصود .

ومن ذلك تعرف وجه النظر في كلام بعض المعلقين حيث قال : ان المضاربة مركبة من الجعالة وغيرها ، وحيث انتفت المضاربة لم ينتفت غيرها التي هي الجعالة ، وبذلك فيستحق النسبة ، ولذا لم يعلق على المتن السادة ابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم ، بل أيده المستمسك بما ذكرناه من اختلاف العنوانين .

(كما انه ربما يحتمل استحقاقه اجرة المثل اذا اعتقد) العامل (أنه يستحقها مع الفساد ، و) هذا الاحتمال (له وجه) لانه لم يهدر عمله حتى يكون كالاعراض عن ماله ، بل اقدم على انه مستحق شرعاً وعرفاً لاجرة المثل .

(وان كان الاقوى) عند المصنف وكافة المعلقين الذين ظفرت بتعليقاتهم (خلافه) اذ اعتقاد شيء لا يجعل منه واقعاً فهو كما اذا زعم الغاصب انه يستحق اجرة المثل بنقله مال المغصوب منه من مكان الى مكان آخر ـ بزعمه انه كالحمال المستحق لاجرة المثل اذا امره المالك بنقل المتاع ـ فهل هذا الزعم يوجب استحقاقه اجرة المثل وأي فرق بين المقام والمثال من جهة محل البحث .

نعم ، انا ذكرنا ان مقتضى القاعدة استحقاق الغاصب بعمله [ولو لم يعتقد]

هذا كله اذا حصل ربح ولو قليلا ، وأما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الاجرة ولو مع الجهل مشكل لاقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح ، وعلى هذا ففي صورة حصوله الربح يستحق أقل الامرين من مقدار الربح واجرة المثل

اذا زاد عيناً أو قيمة .

(هذا كله اذا حصل ربح ولو قليلا ،وأما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الاجرة ولو مع الجهل مشكل) وجه الاجرة انه عمل وعمل المسلم محترم ، فانه لايتوى حق امرء مسلم ، فلو صحت المضاربة لم يكن له شيء ، لانه اقدم على انه لاشيء له مع عدم ربح المضاربة ، أما والحال ان المضاربة فاسدة فلم يدخل على ان لايكون له شيء فلم يهدر هو عمله ، لكن الاقرب وفاقاً لجملة من المعلقين عدم شيء له (لاقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح) وما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده ، ولماذا يضمن المالك الاجرة والحال ان الاصل عدمها ؟

(وعلى هذا ففي صورة حصوله) أي (الربح) في حال بطلان المضاربة (يستحق أقل الامرين من مقدار الربح، واجرة المثل) اذ الربح لو كان أقل فقد اهدر هو باقدامه على رضاه بنسبة الربح التفاوت بين الربح والاجرة ولو كانت الاجرة أقل كان بطلان المضاربة سبباً لعدم استحقاقه النسبة فلاتبقى له الا الاجرة .

هذا ولكن قد تقدم ان مقتضى القاعدة النسبة العادلة ، لان الربح ناتج المال والعمل ، وحيث بطلت المضاربة كان المرجع القاعدة.

لكن الاقوى خلافه ، لان رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة ومراعاة الاحتياط فى هذا وبعض الصور المتقدمة اولى.

مسألة ـ ٤٩ ـ اذا ادعى على أحد أنه اعطاه كذا مقداراً مضاربة وأنكر ولم يكن للمدعى بينة فالقول قول المنكر مع اليمين.

قال المصنف : (لكن الاقوى خلافه ،) أي خلاف استحقاقه أقل الامرين بمعنى انه يستحق قدر الاجرة فى هذه الصورة (لان رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة) فاذا انتفت المضاربة ـ لفرض بطلانها ـ كان الاصل عدم استحقاقه القدر المقرر وحيث ان عمله محترم لابد وان يعطي اجرة المثل لاأقل الامرين ، ولايخفى تشويش العبارة ، وكأنه لذا فسر المستمسك قوله : لكن الاقوى خلافه : يعنى فلايستحق العامل أيضاً في هذه الصورة ـ انتهى . ولايخلو تفسيره من نظر.

(و) كيف كان فـ(مراعاة الاحتياط في هذا) الفرع الاخير (وبعض الصور) المتقدمة) باعطاء العامل شيئاً فيما دار الامر بين استحقاقه ،وعدم استحقاقه واعطائه أكثر الامرين فيما دار حقه بين الاقل والاكثر (أولى) فان الاحتياط سبيل النجاة.

ولو تعاسرا فالصلح خير ولو مكن للقرعة لانه حق مالى ، و قد ذكرنا غير مرة انه مجرى قاعدة العدل والله العالم .

(مسألة ـ ٤٩ ـ اذا ادعى) المالك (على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربة وأنكر) ذلك الاحد أصل اعطائه ، أو المقدار الذى يدعيه ، كما لو قال المالك : اعطيته مأة ، وقال العامل : بل خمسين .

(ولم يكن للمدعى بينة فالقول قول المنكر مع اليمين) لاصالة عدم أخذه أصل المال ، أو الزائد على ما يعترف به ، ولو فرض عدم جريان الاصل فـي

مسألة ـ ٥٠ ـ اذا تنازع المالك والعامل فى مقدار رأس المال الذى أعطاه للعامل

الموضوع لمعارضته أو نحوها كان الاصل الحكمي يقتضى عدم وجوب شيء على العامل من ارجاع المال أو ضمانه الذي يكون غالباً الغرض المقصود من الدعوى .

قال فى المستمسك : فلو فرض ان المالك يعترف بارجاع المال اليه على تقدير صدقه في الدعوى ، أو يعترف بتلفه من غير ضمان لم يكن أثر لدعواه فلا تسمع منه ـ انتهى .

ولو انعكس الامر بأن ادعى العامل اعطائه أو الازيد ، وانكر المالك أصل الاعطاء أو المزيد ـ اذ ربما يكون ذلك بسبب تدين المالك ونسيانه ، أولان الجائر مثلا يصادر مال من كان له مأة ، فيدعى العامل ان المأة التي عنده للمالك ويدعى المالك ان له خمسينه فقط ، الى غير ذلك من الامثلة ـ كان الاصل مع المالك والعامل ان علم صدق نفسه لزم عليه ايصال المال الى المالك باية صورة لفرض ان المالك انكر خوفاً أو نسياناً أو ما أشبه ، لانه اعرض حتى يكون للعامل أخذه لنفسه ، و اذا لم يمكن الايصال الى المالك اعطاه الى الحاكم الذي هو ولي الممتنع ولو كان بين المالك والعامل تنازع ، كما لو ادعى احدهما انه اعطاه درهماً والاخر ديناراً ، وكان ثمر لهذا النزاع كان من باب التداعى ، لان كلامنهما ينكر ما يدعيه الاخر .

(مسألة ـ ٥٠ ـ اذا تنازع المالك والعامل فى مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل) والغالب ان يكون المدعى المالك ، وان كان يمكن ان يكون العامل كما تقدم تصويره في المسألة السابقة .

قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينة من غير فرق بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل لاصالة عدم اعطائه أزيد مما يقوله وأصالة براءة ذمته اذا كان تالفاً بالازيد هذا

(قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينة) للمالك لقاعدة البينة على المدعي واليمين على من انكر (من غير فرق) بين كون المالك يدعي الزيادة من الجنس أو من غير الجنس ، فقد يقول : اعطيته ألف دينار ، وينكر العامل الاخمسمأة ، وقد يقول : اعطيته ألف دينار ومأة درهم ، وينكر العامل الدراهم ، فان قاعدة المدعي والمنكر يشمل الصورتين .

ولافرق (بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل) للتالف لانه لو لم يكن ضامناً فلا أثر للدعوى حتى تسمع (لاصالة عدم اعطائه أزيد مما يقوله) العامل (وأصالة براءة ذمته) أى ذمة العامل (اذا كان) المال (تالفاً بالازيد) [الباء] متعلق [بذمته] وعليه فـ [الباء] بمعنى [من] .

[قال ابن المالك : بالباء استعن وعد عوض الصق] .

[ومثل مع ومن وعن بها انطق].

(هذا) الذى ذكرناه من تقديم قول العامل بيمينه اذا لم تكن بينة، لا فرق فيه بين ان يرجع نزاعهما الى النزاع في مقدار نصيب العامل أم لا ؟ اذ قد عرفت فى بعض المسائل السابقة ان العبرة في احكام المنازعات بمصب النزاع لابما يؤل اليه ، ولذا يختلف حكم النزاع بتغيير المصب ، وان كان أولهما الى أمر واحد ، وهذا هو المشهور ، كما يظهر من كلماتهم في [كتاب القضاء] ، خلافاً لما نقلناه عن المستمسك ، حيث يظهر منه ان العبرة بما يؤل اليه النزاع

اذا لم يرجع نزاعهما الى النزاع فى مقدار نصيب العامل من الربح كما اذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم أن الذى بيده هو مال المضاربة اذ حينئذ النزاع فى قلة رأس المال وكثرته يرجع الى النزع فى مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود ، اذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر ، فيكون نصيب العامل أزيد وعلى تقدير كثرته بالعكس ومقتضى الاصل كون جميع هذا المال للمالك الا بمقدار ما أقر به للعامل

وعليه فقول المصنف مشكل قال (اذا لم يرجع نزاعهما الى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح ، كما اذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم أن الذى بيده هو مال المضاربة) والمال مأة وعشرة مثلا ، فالمالك يقول: كان رأس المال مأة ، فنصيب العامل خمسة ـ نصف الربح ـ والعامل يقول : بل كان رأس المال تسعين فنصيبى عشرة من عشرين الربح .

(اذ حينئذ النزاع في قلة رأس المال وكثرته يرجع الى النزاع في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود) هل هو خمسة اوعشرة ـ في المثال ـ (اذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر ، فيكون نصيب العامل أزيد ، وعلى تقدير كثرته بالعكس) يكون نصيب العامل أقل .

(ومقتضى الاصل كون جميع هذا المال للمالك الا بمقدار ما أقر به للعامل) وفيه اولا : ما تقدم من ان الاعتبار بالمصب لا بالمال ، ولذا قال ابن العم : بل وكذا اذا رجع اليه اذا كان مصب الدعوى النزاع في مقدار رأس المال كما هو المفروض .

وثانياً : العامل ذواليد وبعض المال له ، فالمالك مدعى للزيادة وهو بحاجة الى البينة ، لان الربح يدخل في كيس العامل ابتداءاً ، لانه يرجع الى المالك

وعلى هذا أيضاً لافرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضمان العامل اذ بعد الحكم بكونه للمالك الاكذا مقدار منه فاذا تلف

ثم يعطيه للعامل ، أماعلى مبنانا من ان الربح وليد المال والعمل فواضح .

واما على مبناهم من انه وليد المال فلان القرار يجعله لكل منهما بالنسبة من اول الامر .

ومنه يظهر ، النظر في قول المستمسك حيث قال : وان كان مقتضى اليد كون جميعه للعامل الا ما أقر به للمالك الا ان ذا اليد لما أقر بأن أصله للمالك احتاج في اثبات دعوى الاستحقاق الى بينة ، فمع عدمها يقدم قول المالك لسقوط يد العامل عن الحجية بهذا الاقرار ، الى آخر كلامه .

وعلى ما ذكرناه يختلف حكم النزاع فيما اذا قال المالك : مالي كان مأة وقال العامل : بل تسعين ، حيث الاصل مع العامل ، وفيما اذا قال المالك : نصيب العامل خمسة ، وقال العامل : بل عشرة ، فان الاصل مع المالك .

أما اذا قال المالك : مأة فله خمسة ،وقال العامل :تسعون فلي عشرة فالظاهر انه مورد التحالف .

ولو قال المالك : رأس المال تسعين فالك عشرة ، وقال العامل : بل مأة فلي خمسة ، انعكس الامر في الصور الثلاث .

واذا لم يقبل المالك الزائد كان الحاكم هو الاخذ له ـ كما تقدم ـ .

ومما تقدم يعلم ، حال ما لو تنازعا في ان المال هل كان مأة فلم يربح ولم يخسر فلا شيء للعامل ، أو كان تسعين فربح عشرة فللعامل خمسة ، وكذا عكسه اى ادعى العامل انه كان مأة وقال المالك : بل كان تسعين .

(و) مما تقدم يظهر وجه النظر في قوله : و (على هذا أيضاً لافرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضمان العامل) وجه النظر عدم ضمان الازيد الذى ينكره العامل وتعليله بـ(اذ بعد الحكم بكونه للمالك الا كذا مقدار منه فاذا تلف

مع ضمان لابد أن يغرم المقدار الذى للمالك .

مسألة ـ ٥١ ـ لوادعى المالك على العامل أنه خان أو فرط فى الحفظ فتلف أو شرط عليه ان لايشترى الجنس الفلانى ، أو لايبيع من زيد أونحو ذلك فالقول قول العامل فى عدم الخيانة والتفريط

مع ضمانه لابد أن يغرم المقدار الذى للمالك) غير تام ، اذ يختلف مصب النزاع فاذا قال المالك : اعطيته مأة وربح عشرة فأطلبه مأة وخمسة ، وقال العامل : بل يطلبنى مأة فقط كان الاصل معه ولا يكلف شرح أسباب النزاع ، كماذكرناه في كتاب : [القضاء] و [الشهادات] .

ثم انه حيث كان المرجع في تشخيص المدعي والمنكر مصب الدعوى ـ لاالغرض المقصود من الدعوى ـ كماعرفت، كانت هذه المسألة كالمسألة السابقة في وحدة حكمهما .

نعم اذاكان التشخيص حسب الغرض المقصود كان بين المسألتين فرق.

ولوادعى المالك ان العامل صرف نقده بالاكثر فقال: بل بالاقل ـ مع توافقهما في قدر رأس المال ـ كان الاصل مع العامل، ولوقال المالك: انه صرفه في السوق السوداء، حيث صادره الحاكم، وقال العامل: بل فى السوق البيضاء ومصادرة الحاكم له اعتباطية، كان عليه اليمين، لانه امين ، كمايأتى في المسألة الاتية.

(مسألة ـ ٥١ ـ لوادعى المالك على العامل انه خان اوفرط فى الحفظ فتلف) كلا اوبعضاً (او) ادعى انه (شرط عليه ان لايشترى الجنس الفلاني، او لايبيع من زيد اونحو ذلك) من الشرائط الزمانية والمكانية وطرف المعاملة والجنس وماشبه .

(فالقول قول العامل فى عدم الخيانة والتفريط ،) وذلك لانه أمين وليس

وعـدم شرط المالك عليه الشرط الكذائى والمفروض أن مع عـدم الشرط يكون مختاراً فى الشراء وفى البيع من اى شخص أراد نعم لوفعل العامل مالايجوز له الاباذن من المالك ، كمالوسافر أوباع

على اليمين الاالميمين ، وقدتقدم الكلام في ذلك في المسألة التاسعة والثلاثين.

ولواختلفا فى كيفية التفريط فقال المالك انه تفريط اتلف المتاع ، و قال العامل: ان هلاك المتاع لم يكن بذلك التفريط ، بل حدث بعدذلك كان الاصل مع العامل ايضاً ـ حيث قد تقدم في بعض المسائل السابقة ان الامين اذا فرط ثم رجع عن التفريط رجعت امانته باحكامها ـ .

(وعدم شرط المالك عليه الشرط الكذائي) لاصالة عدم الاشتراط ، كما ان العامل اذا ادعى شرطاً على المالك وانكره المالك كان الاصل عدم شرطه عليه .

(والمفروض أن مع عـدم الشرط يكون مختاراً في الشراء وفـي البيع من اي شخص أراد،) وبسائرالخصوصيات التي يشملها اطلاق عقد المضاربة لكن لايخفى ان ادعاء المالك انما يسمع اذاكان للنزاع ثمر ، اما اذالم يكن ثمر فلايشمله دليل الترافع كما ذكرفي[كتاب القضاء] .

ولوقال المالك : شرطت عليه ان لايشتري الحنطة ، وقال العامل : بل كان الشرط عدم اشتراء الشعير ، كان من التحالف ، لانه تداع لامدع و منكر ، وكذا في أمثال ذلك مما الجامع مورد اتفاقهما ، وانما الاختلاف في الخصوصيات المتقابلة .

(نعم لوفعل العامل مالايجوز له الا باذن من المالك ، كما لو سافر أوباع

بالنسيئة وادعى الاذن من المالك فالقول قول المالك فى عدم الاذن والحاصل : ان العامل لوادعى الاذن فيما لايجوز الابالاذن قدم فيه قول المالك المنكر ولوادعى المالك المنع فيما يجوز الامع المنع قدم قول العامل المنكر له

بالنسيئة وادعى الاذن من المالك) وقلنا ان الاطلاق لايشملهما فيحتاج الامر الى اذن خاص ، كما تقدم من المصنف، وان استظهرنا شمول الاطلاق لهما ، الا القدر غير المتعارف منهما .

(فالقول قول المالك في عدم الاذن ،)لاصالة عدمه ، ولوقال العامل اذنلى في السفر مطلقاً ، وقال : بل في سفر خاص ، أوقال العامل : فى النسيئة مطلقاً، وقال : بل لشخص خاص مثلا ، كان القول للمالك في عدم الاطلاق ، لاصالة عدم الزيادة، فلا يقال : ان كلا من الاطلاق والتقييد خلاف الاصل ، فهو من مورد التحالف .

(والحاصل : ان العامل لوادعى الاذن فيما لايجوز الابالاذن قدم فيه قول المالك المنكر ،) لان الاصل عدم الاذن .

(ولو ادعى المالك المنع فيما يجوز الامع المنع) لان الاطلاق يشمله الابمنع خاص (قدم قول العامل المنكر له) لان الاصل عدم المنع ، ولوقال العامل : انه كان على نحو الشرط فالمضاربة صحيحة ولي حصتى ـ على ماتقدم من ان مخالفة الشرط لاتوجب منع حصة العامل ـ وقال المالك : بل كان على نحو مصب عقد المضاربة فالمخالفة توجب عدم العمل بالعقد ، فالظاهر انه من مورد التداعي ، لان الاصل بقاء المضاربة ، لان كلاينكر مايدعيه الاخر .

مسألة ـ ٥٢ ـ لو ادعى العامل التلف وانكر المالك قدم قول العامل لانه أمين سواء كان بأمر ظاهر أو خفي

(مسألة ـ ٥٢ ـ لو ادعى العامل التلف وانكر المالك) سواء كان ادعائه تلف البعض أو الكل (قدم قول العامل،) بيمينه لانه امين، وليس على الامين الا اليمين كما تقدم في المسألة الخامسة والثلاثين من وجود الادلة العامة والخاصة بالمضاربة في المقام .

ويؤيده صحيح محمد بن مسلم ، عن ابي جعفر عليه السلام ، عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق ، أعلى صاحبه ضمان ؟ قال : ليس على صاحبه غرم بعد ان يكون الرجل اميناً .

فانه يدل باللزوم العرفي على عدم البينة عليه بل لو لا دليل اليمين كان دالا على عدم اليمين ايضاً ، فقول المستمسك انما تدل الصحيحة على عدم ضمان الامين لا على عدم تكليفه بالبينة ،فهي حكم في مقام الثبوت لا في مقام الاثبات انتهى محل نظر .

وكيف كان فالعامل (لانه أمين ،) يقبل قوله باليمين (سواء كان) ادعائه التلف (بأمر ظاهر) كالحرق ، حيث يمكن التحقيق (أو خفي ،) كالسرقة ، فيما لا يمكن التحقيق عن صدقه ، واذا علم المالك كذب العامل ، فهل له ان يطور النزاع بحيث يستنقذ حقه منه ،مثلا : أعطاه مأة وربح عشرين منها للمالك مأة وعشرة فاذا قال العامل : انه قد سرق منه مـأة وعشرة قـال المالك : ان رأس المال كان مأتين وعشرين ، فاللازم اعطاء الباقي [المأة والعشرة] ،احتمالان ، من انه انقاذ حق ولبعض النصوص التي ذكرناها في [كتاب الشهادات] .

ومن انه كذب ولا يجوز ، والاقرب الاول ، فراجع تفصيل المسألة هناك.

وكذا لوادعى الخسارة أو ادعى عدم الربح أو ادعى عدم حصول المطالبات فى النسيئة مع فرض كونه مأذوناً فى البيع بالدين ولافرق فى سماع قوله بين ان يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده نعم لوادعى بعد الفسخ التلف بعده ففى سماع قوله لبقاء

ومنه يعلم ، حال ما اذا صدق العامل لم يقبل به المالك ، حيث يضطر الى الكذب لتخليص نفسه .

(وكذا لوادعى) العامل (الخسارة أو ادعى عدم الربح أوادعى عدم حصول المطالبات في النسيئة مع فرض كونه مأذوناً) اطلاقاً أواذناخاصاً (في البيع بالدين) كل ذلك بلااشكال ولاخلاف ، كما يظهر من كلماتهم ، بل صرح به في الجواهر في بعض فروع المسألة .

ومنه يعلم ، حال ما اذا سلم المالك بعض كلامه دون بعض ، كما اذا ادعى العامل خسارة مأة فسلم المالك خسارة أربعين ، فان العامل مقبول القول بالنسبة الى الستين الاخر ، واليمين المطلوبة منه على خسارة أو تلف الستين ، لاعلى الاربعين الذي سلمه المالك ـ كما هو واضح ـ ولو قال المالك : تلفت الدراهم ، وقال العامل : بل الدنانير كان قول العامل مقبولا والمالك يحق له أخذ مقدار الدنانير من الدراهم أما الزائد المختلف فيه فيأخذه الحاكم على ماسبق فى بعض المسائل المتقدمة (ولافرق في سماع قوله بين ان يكون الدعوى) فى المالك عليه (قبل فسخ) أو اتمام أو انفساخ (المضاربة أو بعده ،) لاطلاق أدلة انه أمين ، كما هو الحال في كل اشباه ذلك كالمزارعة والمساقات والعارية و الوديعة و الاجارة وغيرها .

(نعم لوادعى بعد الفسخ) أوأخويه (التلف بعده ففي سماع قوله لبقاء

حكم امانته وعدمه لخروجه بعده عـن كونه أميناً وجهان ولـو أقر بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف أو الخسارة وقال : انى اشتبهت فى حصوله لم يسمع منه لانه رجوع عن اقراره الاول

حكم امانته ،) فان اطلاق أدلة الامين يشمله ـ والظاهر انه أراد ماذكرناه ، لا الاستصحاب كما فهمه المستمسك ـ.

(وعدمه) أي عدم سماع قوله الا بالبينة ، لانه مدع حينئذ (لخروجه بعده عن كونه أميناً) فاللازم اجراء مقتضى الدعوى في حقه، حيث ان المدعي يحتاج الى البينة .

(وجهان) أقواهما سماع قوله ،كما اختاره ابـن العم وغيره ، وقال فـي المستمسك: اذاتحقق ذلك [اي حكم امانته] فلامجال للوجه الثانى ـ انتهى .

نعم ، يجب ان لايخرج من الامانـة الى الخيانة بأن كان مقصراً في الرد مع طلب المالك ، اذ حينئذ ليس ماعنده أمانة شرعية ولامالكية، فالضمان من باب القاعدة بعد سقوط دليل الامانة بالنسبة اليه .

(ولو أقر بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف) للمال قبل حصول الربح (أوالخسارة) لاصل المال (وقال : انى اشتبهت في حصوله) اي حصول الربح (لم يسمع منه،) كما أفتى به المحقق والعلامة وغيرهما (لانه رجوع عن اقراره الاول) وعلله فى الجواهر بسبق اقراره الماضى عليه بقاعدة اقرار العقلاء على أنفسهم جائز ،وقاعدة عدم سماع الانكار بعد الاقرار السالمين عن معارضة قاعدة سماع الامين في كل مايدعيه بعد عدم ثبوت هذا العموم ، وانما الثابت المسلم مالم يسبق باقرار.

وقد اقر المصنف على ماذكره غير واحد من المعلقيـن كالسيدين ابن العم والبروجردى ، لكن قال السيد الجمال : الاقوى سماع دعوى الغلط أو الاشتباه أو نحوهما في الاقرار ، ولايكون رجوعاً عن اقراره السابق ، بل يكون دعوى على خلاف ظاهره .

أقول : وماذكره هومقتضى القاعـدة ، لاطلاق دليل ان الامين ليس عليه الا اليمين ، وكثيراً مايكون غالطاً او مشتبهاً ، ودليل الامين ورد على قاعدتي الجواهر ، مضافاً الى عدم وضوح انهما قاعدتان ، بل قاعدة واحدة .

ومما ذكرنا يعلم وجه النظر في قول المستمسك : من ان قاعدة عدم سماع الانكار بعد الاقرار تختص بما اذا كان الانكار وارداً على ما ورد عليه الاقرار بحيث يكون معارضاً له ، كما اذا قال : لك علي درهم ، ثم قال: ليس لك على درهم .

أما اذا كان الانكار وارداً على امر آخر غير الواقع الذي ورد عليه الاقرار ، كما في المقام ، لم يكن وجه للرد ، فان قوله : اشتبهت اوغلطت ، اوماقصدت الواقع ، وانما كان اخباري تورية ، أوقصدت الواقع لابقصد بيان الواقع ، بل بقصد التخلص من الضرر ، ونحو ذلك مما لايكون القول الثاني وارداً على ماورد عليه الاول ، ولامعارضاً له فلايكون من الانكار بعد الاقرار ـ انتهى .

اذلاشك في ورود الانكار على ماورد عليه الاقرار في المقام ـ عرفاً ـ فان لم نقل باطلاق امانة العامل الشامل لقوله الثاني : كان اللازم الذهاب الى ماذهب اليه الجواهر .

ومنه يظهر ، أضعفية عدم قبول قوله حتى مع البينة ، كما استظهره الجواهر من قول الشرائع ، اذ منتهى الامر سقوط قول العامل بدون البينة ، فلماذا يسقط قوله مع البينة بعد وضوح ان البينة حاكمة على الاقرار كما ذكرناه في [كتاب

ولكن لو قال: ربحت، ثم تلف أو حصلت الخسارة

الشهادات] .

فلو شهدت امرأة على نفسها بالزنا أربع مرات ، وقالت: البينة كانت حال ماتدعيه من الزنا عندنا سقط قولها لامن باب درء الحدود بالشبهات ، بل من باب اقدمية البينة على الاقرار، وكذا لو قال: اخذت من زيد ديناراً البارحة فهو يطلبني وقامت البينة ان زيداً كان البارحة في بلدنا، فلم يأخذمنه، قدمت البينة على الاقرار الى غيرذلك من الامثلة .

وعليه فالاستدلال لتقديم الاقرار على البينة في المقام بأن الدعوى الثانية من قبيل الانكار بعد الاقرار، وهو غير مسموع ، والبينة لما كانت مكذبة باقراره الاول ، فهى ايضاً غير مسموعة مع انها لاتسمع اذا لم تكن لها دعوى مسموعة ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه، كما ان رد المستمسك له بانه ليس من الانكار بعد الاقرار بل هو من باب شرح حال الاقرار ـ انتهى . قد عرفت مافيه .

نعم لقد أجاد في قوله اطلاق سماع قول الامين يقتضى قبوله فيسقط به الاقرار ودعوى عدم العموم في سماع قول الامين ضعيفة لاطلاق قولهم عليهم السلام ان اتهمته فاستحلفه الشامل له من دون قرينة على صرفه عنه ـ انتهى .

وعليه ، فمقتضى ماذكرناه انه لو قال : انه ربح ولم يرجع عنه ، وقالت البينة انه يكذب اشتباهاً أو عمداً أو غلطاً سمع قولهم لاقراره ، ويؤيد ماذكرناه رفع الامام أمير المؤمنين عليه السلام القصاص عمن أقر على نفسه بالقتل، ثم ظهر قاتل آخر ورجع المقر الاول وادعى انه اضطر الى الاقرار ، كما ذكرناه في [كتاب الشهادات] فراجع .

(ولكن لو قال : ربحت، ثم تلف أو حصلت الخسارة) أو حصلت الخسارة

قبل منه .

مسألة ـ ٥٣ ـ اذا اختلفا فى مقدار حصة العامل وانه نصف الربح مثلا أو ثلثه

اولا بماسدها الربح أوما اشبه ذلك (قبل منه) لاطلاق دليل انه أمين ، والامين ليس عليه الا اليمين .

ثم ان الاعتبار باستيمان المالك اياه لا كونه اميناً عند الناس، لانه المستفاد من اطلاق الادلة ، كما تقدم بعضها في المسألة الخامسة والثلاثين .

ولو لم يستأمنه المالك بأن يراد خائناً ، لكن جعل عليه رقيباً كان القول قول الرقيب لا العامل، فاذا ادعى العامل التلف ونحوه ـ مما هو خلاف الاصل ـ احتاج الى الشاهد، لعدم شمول دليل الامين له كما هو واضح .

ولو ادعى العامل الامين التلف أو الخسارة ، مما هو خلاف الاصل، لكنه ابى عن الحلف لم يشمله دليل الامين ، بل اللازم أخذه به بدون الرد، أو مع الرد على المالك ـ على الاختلاف ـ هناك .

(مسألة ـ ٥٣ ـ اذا اختلفا في مقدار حصة العامل وانه نصف الربح مثلا أو ثلثه) قال بالأول المالك ، وقال بالثاني العامل ، أو بالعكس لان كلا منهما زعم انه الحقيقة ولم يردان يأكل حق الاخر ، أو لان في كون حصة المالك النصف الضريبة التصاعدية الزائدة عليه، فأراد التخلص منها ، وكذلك بالنسبة الى العامل ، فتكون دعواه الزيادة لغيره فراراً من ضرر أكثر، فالاصل مع مدعي نفي الزيادة .

لايقال : لاأصل مع المالك في نفي الزيادة ، لان الاصل كون كل الربح له الا ماخرج، فالاصل مع العامل .

لانه يقال: قد تقدم الاشكال في كون الربح تابع للمال، حيث قلنا انه تابع للمال والعمل بالنسبة ، نعم يصح ذلك على قول المشهور الذين يرون الربح

قدم قول المالك

تابعاً للمال .

ولو ادعى المالك الزيادة لنفسه (قدم قول المالك) كما هو المشهور، بل عن التذكرة نسبته الى علمائنا. ولا يخفى ان هذا انما يتم على مبناهم في ان الربح تابع للمال .

اما على ما ذكرناه من انه تابع للمال والعمل بالنسبة ،فالاصل يكون تارة مع المالك اذا ادعى أكثر من حقه وتارة مع العامل اذا ادعى أكثر من حقه مثلا كان مال المضاربة الفاً فربح خمسمأة والنسبة العادلة ان يكون للعامل ثلاثة اخماسه وللمالك خمساه فادعى المالك نصفه، أو ادعى العامل سبعة اعشاره ، فان الاصل عدم الخمسين للمالك في الاول وللعامل في الثاني .

وقد ذكر جامع المقاصد كلاماً فيه مواضع للنظر ، قال : ان كلامهم بتقديم قول المالك واضح ان كان الاختلاف قبل حصول الربح ، لان المالك متمكن من منع الربح كله بفسخ العقد ، واما بعد حصوله ،فان كلا منهما مدع ومدعى عليه ، فان المالك يدعي استحقاق العمل الصادر فالحصة الدنيا والعامل ينكر ذلك فيجيء القول بالتحالف ان كانت اجرة المثل أزيد مما يدعيه المالك ، و لا أعلم لاصحابنا قولا بالتحالف ، وانما القول بالتحالف مع الاختلاف في الربح مطلقاً قول الشافعي ـ انتهى .

اذ يرد عليه أولا : انه لا فرق بين حصول الربح وعدم حصوله وقوله : لان المالك الخ لا ربط له بالنزاع ، اذ التمكن من الفسخ لا أثر له في تبديل مصب النزاع.

وثانياً : قوله : متمكن من منع الربح كله لم يفهم وجهه ، اذ كلامه قبل

حصول الربح فمنع المالك الربح من بـاب السالبة بانتفاء الموضوع ، مع ان اللازم ان يكون كلامه في السالبة بانتفاء المحمول فتأمل .

وثالثاً : انالتحالف انما يكون اذا لميكن هناك أصل، والحال انه موجود اما على قول المشهور فلان الاصل مع المالك ، وأما على قولنا : فلانه معمن لايدعي الزيادة عن حقه .

أما رد المستمسك له بان كلام جامع المقاصد مبني على ان المعيار فـي تشخيص المدعى والمنكر مصب الدعـوى ، والحال ان المعيار فى تشخيص المدعى والمنكرالغرض المقصود من الدعوى ، فقد عرفت فيبعض المسائل السابقة انه خلاف ظاهر الادلة ونص المشهور ، ومقتضى القاعدة .

فلو اختلف الزوجان في انه دوامأو متعة، وكان غرضهما من الدعوىالنفقة فهل الحاكم ينظر في الدعوى ، أوفي استحقاقها النفقة وعدمها ، الى غيرذلك من الامثلة ، ولقد أشكل الجواهر على جامع المقاصد بقوله : لاريب فـي ان كلا منهما مدع ومنكر اذا كان نزاعهمافي تشخيص ما وقع عليه عقدالمضاربة ضرورة اقتضاء الاصل عدم كل من الشخصين .

نعم بعد تعارض الاصول في ذلك يرجع الى اصل آخر ولاريب في كونه مع المالك ، لان الاصل عدماستحقاق العامل الزائد ـ انتهى .

وهومتين الا في جعله الاصل الاخر مع المالك ، اذ قد عرفت ان الاصل مع من يدعى الحصة المعقولة .

أما اشكال المستمسك عليه بأن الاصل المذكور لايثبت احدى الدعويين ولاينفيهما ، ففيه انه لميرد صاحب الجواهر الاثبات والنفى ، بل أراد انهما يتعارضان ، ويكون المرجع بعد التساقط شيء آخر .

أماما في كلام جامع المقاصد من مسألة اجرة المثلففيه انه لاموقعلاجرة المثل بعد اتفاقهما على قرار خاص وقد يكون كلاهما ينكرانها ، نعم ان بدل

مسألة ـ ٥٤ ـ اذا ادعى المالك انى ضاربتك على كذا مقدار واعطيتك فأنكر أصل المضاربة أوأنكر تسليم المال اليه فأقام المالك بينة على ذلك فادعى العامل تلفه لم يسمع منه وأخذ باقراره المستفاد من انكاره الاصل

الاجرة بـ [الحصة] كما ذكرناه كان له وجه .

(مسألة ـ ٥٤ ـ اذا ادعى المالك اني ضاربتك على كذا مقدار واعطيتك) كل المال ، أو بعض المال ، وانما عندي لك بقية المال فقط (فأنكر) العامل (أصل المضاربة) وتبعاً لذلك انكر تسليم كل المال أو بعضه (أو أنكر تسليم المال) كله أو بعضه (اليه) بعد ان سلم انه ضاربه (فأقام المالك بينة على ذلك) الاصل ، أوالتسليم للكل اوالبعض(فادعى العامل تلفه) وقال : اني انماانكرت الاصل لاني لوسلمت بهكانت البينة على ، ولذا انكرت ـ حيث لابينة لى ، و قد تلف المال في يدي ـ (لم يسمع منه) دعواه التلف (وأخذ باقراره المستفاد من انكاره الاصل) يعنى انكار المضاربة ، أو انكار التسليم ، فان انكاره يساوق اقراره بعدم التلف عنده [فان ما لم يأخذه لم يتلف عنده] فلايسمع دعواه ، و الظاهر انـه اذا أقام البينة على التلف سمع منه ، لان البينة مقدمة على اقراره ـ لما تقدم فى بعض المباحث السابقة من تقديم البينة على الاقرار ـ فقول بعضهم بعدم قبول البينة بعد اقراره غير ظاهر الوجه .

والكلام في المسألة فى امور :

الاول : انه حيث أنكر أصل المضاربة ، أو التسليم لم يقبل قوله بعد ذلك بأنه تلف ، وذلك لان دليل ليس على الامين الا اليمين منصرف عن مثل هذا الامين ان لم نقل انه بانكاره خرج عن موضوع الامين وصار خائناً وهل هـذا

يجعله خائناً مطلقاً ؟ أولا مطلقاً أو يفصل بين قصده الخيانة وقصده رفع التبعة عن نفسه ، حيث ظن جواز ذلك احتمالات :

الاول : من جهة انه يعد خائناً عرفاً .

الثاني : من جهة ان الخيانة عبارة عن الخيانة في المال لا الكذب في القول فمن يقول : انه لم يستأجر الدار من زيد ، بل أودعها اياه مثلا لايقال له عرفاً انه خائن .

والثالث : من جهة انه اذا لم يقصد الخيانة ، فالانكار الذى ظنه جائزاً شرعاً لايدخله في الخائن عرفاً ، فقد زعم انه لايقبل قوله : اذا قال انه تلف ، بخلاف ما اذا انكر حيث يقبل قوله بعد عدم البينة لمدعيه ، وهذا هو الاقرب .

الامر الثاني : انه اذا أقام البينة على التلف قبل لانه مدع أقام البينة ، فيشمله أدلة البينة ، ولا وجه لعدم قبولها بعد انكاره ، كما هو كذلك في أمثال المقام ، مثلا : اذا أنكر المستأجر انه تسلم العين ، ولما ظهر كذبه أقام البينة على انه ردها الى المؤجر ، أو أنكر الزواج ، ولما ظهر كذبه أقام البينة انه طلقها ، الى غير ذلك من الامثلة ، وعلى القائل بعدم شمول دليل البينة لمثل المقام ان يتمسك بالانصراف وهو غير ظاهر ، ولو شك في الانصراف كان الاصل الاطلاق .

الامر الثالث : انه اذا ظهرت خيانته ، حيث يسقط قوله المجرد عن البينة يلزم عليه اعطاء العين ، او البدل مثلا ، أو قيمة ، لقاعدة اليد وغيرها .

وبذلك ظهر وجه النظر في قول المستمسك بعدم سماع قوله الذي كذبه ، وعدم سماع بينته التي كذبها وانه خائن ، كما ظهر الاشكال في جملة من الكلمات والحواشي ، كقول القواعد : لو انكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله ، الى غير ذلك . ولقد أجاد السيدان البروجردي والجمال ، حيث قالوا بقبول قوله : اذا اقام البينة .

نعم لو أجاب المالك بانى لست مشغول الذمة لك بشيء ثم بعد الاثبات ادعى التلف قبل منه لعدم المنافاة بين الانكار من الاول وبين دعوى التلف .

وقد تحصل مما ذكرناه انه قد يقبل قوله بيمينه مثله مثل حاله قبل انكاره، وقد يقبل قوله بالبينة لظهور خيانته فلا يقبل قوله كالسابق، وأنما يشمله اطلاق دليل البينة، واذا لم يقبل قوله فعليه الضمان، لدليل اليد والضمان للعين الا اذا قامت البينة على التلف المضمون فيرجع الى البدل

ولو ضمن ولم يكن عنده العين حتى يسلمها سجن لاعطاء العين حتى حصول اليأس فيقبل منه البدل .

(نعم لو أجاب) العامل (المالك) [عند ادعائه المضاربة أو التسليم] (باني لست مشغول الذمة لك بشيء) فلا يجبر على ان يجيب بانه ضارب ، أو سلم أولا لما قرر في [كتاب القضاء والشهادات] من عدم الاجبار .

(ثم بعد الاثبات) بالبينة او غيرها انه سلمه المال (ادعى التلف قبل منه) لانه لم يظهر انه يكذب في دعواه عدم الاشتغال (لعدم المنافاة بين الانكار من الاول وبين دعوى التلف) ثانياً، وبذلك ظهر احكام الصور الاربع: لان العامل، اما يقول: لم اتسلم المال، وقد يقول: لست مشغول الذمة، وعلى كل حال ، فقد تقوم البينة انه تسلم المال، وقد تقوم انه مشغول الذمة. وبما ذكرناه يظهر وجه النظر في ايراد المستمسك على الماتن فراجع كلامه .

ولذا سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بتعليقاتهم وهم فوق العشرة من الاعاظم .

مسألة ـ ٥٥ ـ اذا اختلفا في صحة المضاربة الواقعة بينهما وبطلانها قدم قول مدعي الصحة

مسألة ـ ٥٦ ـ اذا ادعى أحدهما الفسخ في الاثناء وأنكر الاخر قدم قول

(مسألة ـ ٥٥ ـ اذا اختلفا في صحة المضاربة الواقعة بينهما وبطلانها) أو بطلان بعضها (قدم قول مدعي الصحة) سواء كان المدعي المالك ، أو العامل، لاصالة الصحة المستفادة من النص والمشهورة في الفتوى، وقد ذكر دليله الجواهر والشيخ في المكاسب وغيرهما فراجع.

ثم الظاهر عدم الفرق في الاختلاف في الصحة والفساد من جهة عدم البلوغ، أو عدم العقل، أو الحجر، أو فقد سائر الشروط، لاطلاق دليل الصحة الوارد على اصالة عدم الانعقاد الذي هو الاصل الاولى في المعاملات.

ومنه يعلم، جريان أصل الصحة في البعض اذا ثبت بطلان البعض ، كما اذا كان أحد المالكين أو العاملين أو النقدين، فيما كان المالكان لعامل واحد، أو عاملان لمالك واحد، أو نقدان متعلق المضاربة، غير واجد الشرائط، فانه لا يؤثر في بطلان كل المضاربة ، بل قد يكون الخيار من باب تبعض الصفقة، الى غير ذلك من الاحكام.

نعم، قد تقدم في بعض المسائل السابقة انه اذا كان عقدان في صيغة عقد [مثل نكاح الرجل زوجتين في صيغة واحدة] لم يؤثر بطلان احدهما في خيار تبعض الصفقة بالنسبة الى الاخر.

(مسألة ـ ٥٦ ـ اذا ادعى أحدهما الفسخ في الاثناء وأنكر الاخر قدم قول

المنكر وكل من يقدم قوله في المسائل المذكورة لا بدله من اليمين .

مسألة ـ ٥٧ ـ اذا ادعى العامل الرد وأنكره المالك

المنكر) لاصالة عدم الفسخ ، ومثله ما اذا ادعى أحدهما الانفساخ ، ولو ادعى احدهما الفسخ [فلا ينفع للزوم المضاربة بشرط ونحوه] والاخر الانفساخ القهري فاتفاقهما على عدم وجود المضاربة الان لا ينفع بعد ان كان الفسخ خلاف الشرط والانفساخ خلاف الاصل فتأمل . (وكل من يقدم قوله في المسائل المذكورة) لانه يوافق الاصل (لا بدله من اليمين) لقاعدة البينة على المدعي واليمين على من انكر ، فاذا كان للمدعي البينة فهو ، والا حلف المنكر ، وان لم يحلف ، ففي الحكم عليه اورد اليمين على المدعي قولان، ذكرنا تفصيله في [كتاب القضاء] فراجع .

(مسألة ـ ٥٧ ـ اذا ادعى العامل الرد وانكره المالك) فالظاهر ان الاصل مع العامل ، لاطلاق دليل ليس على الامين الا اليمين ككون الاصل معه في التلف والخسارة وغيرهما، وقول المستمسك ان عموم ما دل على قبول قول الامين يقتضي المنع عن العمل بالاصل مندفعة بأنه لا عموم، لما دل على قبول قول الامين يشمل المقام ، مما كان الفعل مشتركاً بينه وبين المالك، ولذا كان المشهور عدم القبول ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه، اذ من اين الفرق بين الفعل المشترك وغير المشترك مع اطلاق الدليل، الا احتمال الانصراف وهو لو كان بدوي ، ومن وجود الاطلاق في المقام يظهر انه لا حاجة الى استدلال جامع المقاصد والمسالك بقبول قول العامل بانه اذا لم يقبل قوله يلزم تخليده في السجن، لانه اذا كان صادقاً امتنع اخذ

قدم قول المالك .

المال منه ، واذا كان كاذباً فظاهر حاله انه لايكذب نفسه فيلزم تخليد حبلسه ـ انتهى .

اذفيه انه لايخلد السجن، بل يسجن حتى يظهر صدقه، او كذبه، فان كان الاول اطلق ولامحذور فى سجن البرىء احتياطاً كما كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يسجن فى المشتبه كونه قاتلا: ستة ايام، وكذا افتى الفقهاء بالسجن للمشتبه، لان الفقيه وضع لتنظيم امور البلاد والعباد، وذلك يلازم سجن مثله ، كما ذكرنا تفصيله في [كتاب الحدود والقضاء والشهادات] وان كان ظهر كذبه اخذ من ماله واطلق ، وان لم يكن له مال اطلق بضمان فانه ان كان ذوعسرة فنظرة الى ميسرة .

ومنه يعلم ان قول المصنف: (قدم قول المالك) لمطابقة قوله لاصالة عدم الرد فيكون منكراً فان اقام العامل البينة فهو، والاحلف المالك وكان الحكم له، غير ظاهر الوجه اذالاطلاق لايدع مجالا للاصل ، كما هو كذلك فيما اذا ادعى العامل التلف اوالخسارة اوماشبه .

ولنا ان نسأل عن المستمسك عن فرقه بين المتن وبين ماقاله اخيراً، حيث قال : نعم، اذا كان المالك قد امره بالرد الى موضع معين عند انتهاء المضاربة فادعى العامل ذلك لم يبعد القبول كغيره من الاعمال المتعلقة به بالنسبة الى المال لاختصاص الفعل به حينئذ ـ انتهى .

وقدعرفت ان الفرق بين الاشتراك والاختصاص غير فارق، نعم كافة المعلقين الذين ظفرت بتعليقاتهم سكتوا على المصنف كالسادة ابن العم والبروجردى والجمال، وكأنهم ذهبوا الى الانصراف المذكور، وهل يقولون بمثل ذلك فيما اذاادعى المالك بعداخذه المال انه اخذه ناقصاً اومعيباً ؟ او انه لم يكن ماله بل بدله اوماشبه ذلك .

مسألة ـ ٥٨ ـ لو ادعى العامل في جنس اشتراه انه اشتراه لنفسه وادعى المالك انه اشتراه للمضاربة قدم قول العامل وكذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربة وادعى المالك أنه اشتراه لنفسه لانه أعرف بنيته

ويؤيد قبول قول العامل ما ورد من ادعاء الظئر انه ولدهم وشكهم في كونه ولدهم أو انكارهم لذلك، ولو كان احتاج العامل الى البينة في دعواه الرد لملك كل مالك ان يدعى عليه عدم رده ـ بعد ان رده عليه ـ فيأخذ منه مرة ثانية .

وكذا ملك كل وارث ان يدعي على عمال مورثه ذلك ، ولامجال لسماع قوله : انه رد على المالك ، ولو مرت على المعاملة أزمنة طويلة كعشرين سنة ونحوه، ومن البعيد جداً ان يقولوا بذلك هنا وفي اشباهه ، كما اذا ادعى ورثة كل مستأجر على مؤجر نفسه للمورث للعمل ، العين ، كما اذا طلبت الورثة من الخياط والنجار والحداد ونحوهم استرجاع ثياب واخشاب وحدائد مورثيهم والعمدة اطلاق دليل الامين .

(مسألة ـ ٥٨ ـ لو ادعى العامل في جنس اشتراه انه اشتراه لنفسه وادعى المالك انه اشتراه للمضاربة قدم قول العامل) بيمينه لانه منكر، فيشمله البينة على المدعى ، واليمين على من انكر .

(وكذا لو ادعى) العامل (أنه اشتراه للمضاربة وادعى المالك أنه اشتراه لنفسه) أو ادعى احدهما الاشتراك في المشترى والاخر الاختصاص فيه ، فان القول قول العامل (لانه أعرف بنيته) فيشمله دليل ذي اليد اطلاقاً أو مناطاً، وهذا الدليل هو منشأ ما اشتهر بينهم من ان ما لايعرف الا من قبله يكون قوله حجة

ولانه أمين فيقبل قوله والظاهر أن الامر كذلك لو علم انه أدى الثمن من مال المضاربة بأن ادعى أنه اشتراه فى الذمة لنفسه ، ثم أدى الثمن من مال المضاربة ولو كان عاصيا فى ذلك.

فيه اذا لم يقم الطرف المدعى دليلا على بطلان قوله ، وربما يستدل لذلك ايضاً ببناء العقلاء مما لم يردعه الشارع .

(ولانه أمين فيقبل قوله) اذ يشمله اطلاق ليس على الامين الا اليمين ، و ربما يستدل لذلك بقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به، لكن الظاهر انها مستفادة من الادلة السابقة فلا تكون دليلا في قبال تلك الادلة، ولو قال العامل : انه اشتراه للمضاربة ، ثم قال : بل لنفسه أو بالعكس ، وقال : انه اشتبه في كلامه الاول فان كان في أحد كلاميه ضرر عليه قبل لقاعدة اقرار العقلاء ، والافقى قبول ايهما وجوه .

(والظاهر أن الامر كذلك) في تقديم قول العامل (لو علم انه أدى الثمن من مال المضاربة بأن ادعى انه اشتراه في الذمة لنفسه ، ثم أدى الثمن من مال المضاربة) فانه (ولو كان عاصياً في) التصرف في مال الغير بدون اذنه الا ان (ذلك) لايوجب سقوط قوله بعد كونه ذا يد واعرف بنيته ، ولذا قال السيد البروجردى: لان قبول قوله في نفى اشترائه للمضاربة ليس لاجل امانته فقط حتى ترتفع بخيانته التى اقربها، بل هو موافق للاصل، مضافاً الى انه اعرف بنيته .

أقول : بل ربما لايكون عصياناً وخيانة، كما اذا كان يزعم ان العبرة في الامانة ان يؤدى الانسان مثل النقد اذا صاروقت بذله ، لان الشرط اعطاءعينه فاشترى لنفسه داراً ليسكنها وبذل مال المضاربة لانه يريد التجارة بمال المضاربة

مسألة ـ ٥٩ ـ لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربة وادعى القابض انه

في اشتراء الحبوب ، لانه يراه أكثر ربحاً وبعد لم يحن وقت الحبوب ، فانه ليس بخائن ولا عاص في هذا الدفع من مال المضاربة .

ومنه يعلم، وجه النظر في اشكال ابن العم والحكيم قال ثانيهما لايخلو من اشكال ، فان قاعدة قبول قول من لايعرف الامن قبله لاتخلو من اشكال في المقام لمخالفتها لظاهر الفعل ، وكذلك قاعدة سماع قول الامين ، فانه يختص بما اذا لم يكن ظاهر حجة على خلافه كما في المقام ـ انتهى.

وجهه ان ظاهر الفعل لاحجية فيه مع خلاف القول، اذ حجية ظاهر الفعل مستفادة من حمل فعل المسلم على الصحة.

ومن الواضح ان قوله مقدم على فعله ، فاذا قال الجزار : لم يذبحه ببسم الله قدم قوله على فعله ، وكذا اذا قال : افطر لزعمه ان المسافر يفطر من بلده أو انه يفطر وان نوى اقامة عشرة ايام، الى غير ذلك من الامثلة .

أما عدم سماع قول الخائن فيرد عليه أولا : انه اخص لماعرفت من امكان ان لايكون خائناً.

وثانياً : ما عرفت من عدم التلازم بين الخيانة وبين عدم سماع قوله لقاعدة مالايعرف الامن قبله .

ومما تقدم يعرف الكلام في خلاف المسألة التي عنونها الماتن بأن اشترى شيئاً واعطى ثمنه من مال نفسه ثم ادعى انه اشتراه للمضاربة واعطائه الثمن من مال نفسه كان من جهة زعمه انه ثمن المضاربة ، أو لانه أراد استدراكه من مال المضاربة او نحو ذلك ، فلانه أمين يقبل قوله، ولانه مالا يعرف الا من قبله.

(مسألة ـ ٥٩ ـ لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربة وادعى القابض انه

اعطاه قرضاً يتحالفان

اعطاه قرضاً يتحالفان) لان كل واحد منهمامدع ومنكر ـ كما علله بذلك جامع المقاصد ـ قال: فان العامل يدعى خروج المال عن ملك المالك ، والمالك ينكره والمالك يدعى استحقاق عمل العامل في مقابل الحصة بالقراض والعامل ينكره .

أقول: هذا بالاضافة الى انه لاجامع بينهما يكون ما عداه خلاف الاصل، ولذا قال التحرير : هو أقرب ، وقال : الايضاح هو واضح .

ومنه يعلم وجه النظر في قول السيدالبروجردى قال: وفيه وجه آخران القول قول المالك، لان القابض مقربعد الاجرة لعمله، وانه عمل لنفسه والمالك مقر بثبوت حصة من الربح للقابض فينحصر النزاع في غير تلك الحصة والعامل يدعيه بالاقراض المخالف للاصل فيحلف انمالك على نفيه ويحكم له به .

وأما دعوى المالك للقراض فغير ملزمة لايتوجه بها حلف على منكرها ـ انتهى .

وكأنه أخذه من القواعد حيث قال: لوادعى المالك القراض والعامل القرض ، فالقول قول المالك فيثبت له مع اليمين مدعاه من الحصة واختاره في التذكرة، لان المال ملكه والاصل تبعية الربح له فمدعى خلافه يحتاج الى البينة .

وفيه أولا: ما تقدم من ان الربح تبع لكلا المال والعمل لا للمال فقط .

وثانياً : ان الاعتبار بمصب النزاع لا الغرض المقصود، وقد سبق ان هذا هو بناء المشهور المستفاد من الادلة ـ كماذكرناه في [كتاب القضاء]ـ كمايظهر بما ذكرناه الاشكال في تفصيل جامع المقاصد وترديد المستمسك قال: أولهما لو كان الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك مع يمينه قطعاً لان الاصل بقاء المال له، ولامعارض له هنا، وقال ثانيهما: اذاكان المعيار في تشخيص المدعى والمنكر مصب الدعوى فلا ريب في ان المقام من التداعى ، لان كلا

فان حلفا أونكلا كان للقابض أكثر الامرين من اجرة المثل والحصة من الربح

منهما يدعى الاصل، واذا كان المعيار الغرض المقصود من الدعوى فيختلف باختلاف الموارد، الى آخر كلامه .

اذ يرد: على الأول: أن لاأصل في المقام ، فان المال قبل عقد القراض عليه غير المال بعد عقد القراض فلاتمامية لاركان الاستصحاب .

وعلى الثانى: ماتقدم من ان التشخيص بالمصب لابالغرض المقصود، وبذلك ظهر وجه الاشكال في كلام السيد الجمال، حيث جعل النزاع من باب المدعى والمنكر دون التداعى، لكن على تفصيل فراجع تعليقته .

وكأنه لماذكرناه سكت جملة من الاساطين على المتن منهم السيد ابن العم وغيره .

(فان حلفا أونكلا) فيما ليس لاحدهما بينة كما هو واضح (كان للقابض أكثر الامرين من اجرة المثل والحصة من الربح) كما عن التحرير والايضاح وجامع المقاصد وغيرهم ، وعن القواعد بناءاً على التحالف وعللوه بانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به وهو يدعى كله، وان كانت اجرة المثل أكثر، فالقول قوله بيمينه فى عمله، كما ان القول قول رب المال فى ماله فاذا حلف قبل قوله في انه ماعمل بهذا الشرط ، وانما عمل بعوض لم يسلم له فيكون له اجرة المثل.

اقول : لايخفى مافي هذا التوجيه، اذ لاوجه لملاحظة اجرة المثل مطلقاً، فان المالك يدعى ان الزائد على الحصة له، والعامل يدعى ان كل الربح له ، فهما متفقان على انه لاأجرة مثل للعامل ، فمن أين جائت اجرة المثل ؟ وعليه

فاللازم اعطاء العامل الحصة من الربح ـ حسب مايدعيه المالك من القراض ـ .

أما الزائد على الحصة فهما يتنازعان فيه المالك يقول: انه له، والعامل يقول: انه له ، فمقتضى قاعدة العدل ان يقسم بينهما بالسوية ، كما ذكرناه في [كتاب الخمس] وغيره، فاذا كان الربح مأة ، وقال المالك : انه بيننا بالسوية ، كان له خمس وعشرون، لان المالك يسلم ان العامل له خمسون مضاربة ويكون النزاع في الخمسين الاخر، ويقسم بينهما بالسوية ولذا قال السيد ابن العم : للقابض الحصة من الربح ويقسم الزائد بينهما . و قال بعض المعلقين : أما ماذكره بعض آخر من الاقراع في الزائد ففيه انه خلاف ماثبت في المالية من قاعدة العدل الحاكمة على القرعة .

ومما تقدم يظهر وجه النظر في كلام المستمسك حيث قال : هما معاً يعترفان باستحقاق العامل الحصة ويختلفان في استحقاقه للزائد ، فالعامل يدعي ذلك بدعوى كون المال له، والمالك ينكر ذلك، وحيث ان الاصل عدم خروج المال عن ملك المالك فقول العامل مخالف للاصل فيكون مدعياً ، وقول المالك موافق له فيكون منكراً ، فاذا حلف المالك ثبت قوله وبطلت دعوى العامل ـ انتهى .

اذ فيه أولا: عدم تمامية اركان الاستصحاب حتى يجرى الاصل في المقام.

وثانياً: الملاحظ مصب الدعوى، لا الغرض المقصود منه أو أوله، فاذا حلفا أو نكلا سقط كلتا الدعويين ورجع الامر الى الاختلاف في الزائد من الحصة فيقسم بينهما حسب العدل، والقول بأنه مقطوع عدم الصحة، لانه ان كان قرضاً كان الزائد للعامل، وان كان قراضاً كان للمالك، مدفوع بأن قاعدة العدل أصل في مقام الجهل كدرهمي الودعي وارث الخنثى من الموارد المتعددة التى حكم بذلك الشارع .

الا اذا كانت الاجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها لاعترافه بعدم استحقاقه أزيد من الربح

ومما تقدم ظهر انه لامجال لقول المصنف: (الا اذا كانت الاجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها، لاعترافه بعدم استحقاقه أزيد من الربح) اذ قد تقدم أنه لاموقع لذكر اجرة المثل.

ثم ان مما تقدم يظهر حال العكس وهو مالو ادعى المالك انه اعطاه قرضاً، وقال العامل: بل قراضاً، ويكون ذلك فيما اذا تلف المال بدون تفريط، حيث على القرض العامل ضامن، بخلاف ما اذا كان على القراض، هذا وقد يكون الاختلاف حقيقة لالاجل التخلص من التبعة، بل لاجل ان كلا منهما يزعم مايقوله حقاً.

وعلى اى حال، فاذا لم يكن لاحدهما بينة كان من مورد التحالف، فاذا حلفا أو نكلا كان اللازم اجراء قاعدة العدل باعطاء العامل للمالك النصف، لانه ان كان قرضاً كان اللازم عليه اعطاء الكل، وان كان قراضاً لم يلزم عليه شيء، لان التلف بدون التفريط من كيس المالك.

نعم اذا كان الامر بالتفريط لم يكن مورد للنزاع، اذ على كل تقدير يلزم عليه رد كل المال، واذا ربح المال، وقال المالك: أنه قرض فلا حق لي في الربح، وقال العامل: بل قراض فلك حق الربح كانت الحصة التى يعطيها العامل معلقة فيكون الاخذ لها الحاكم، وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة ان الحكم مع اصرارهما على الرفض التنصيف، لقاعدة العدل، وعليه فلا وجه لقول المصنف.

مسألة ـ ٦٠ ـ اذا حصل تلف أو خسران فادعى المالك أنه أقرضه وادعى العامل أنه ضاربه قدم قول المالك مع اليمين

(مسألة ـ ٦٠ ـ اذا حصل تلف أو خسران فادعى المالك أنه أقرضه) فلا تبعة عليه (وادعى العامل أنه ضاربه) فالتبعة على المالك فيما لم يكن التلف والخسران بتفريط ونحوه (قدم قول المالك مع اليمين) وان سبقه الى ذلك القواعد والتذكرة والتحرير كما حكى عنهم، وقد علله بعضهم بأن الاصل في وضع اليد على مال الغير ترتب وجوب الرد عليه، لعموم قوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدى ولان العامل يدعى على المالك كون ماله في يده على وجه لو تلف لم يجب بدله والمالك ينكر، فالاصل مع المالك يشمله قوله عليه السلام: واليمين على من انكر.

وفيه: ان لا أصل في وضع اليد، لان وضع اليد على قسمين يد أمانة وغيرها وعلى اليد ناظر الى الثاني، لا الاول بمقتضى الجمع بين على اليد وبين ليس على الامين الا اليمين.

أما تعليله الثاني، ففيه انه خلاف مصب الدعوى، وقد تقدم ان اللازم ملاحظة مصب الدعوى، والاصل ايضاً برائة ذمة العامل، فالمالك مدع ايضاً ان قيل هذا الاصل زال بتحقق اثبات يده على مال المالك المقتضى لكونه في العهدة.

قلت: اليس كل اثبات يد على مال أحد يقتضي كونه في العهدة؟ لانك قد عرفت ان اثبات اليد على قسمين.

أما جواب المستمسك عن [على اليد] بأنه مختص بما اذا كان المال المأخوذ مال الغير وهو خلاف دعوى المالك: اذ في القرض لا يكون المال مال الغير، بل يكون مال نفسه، ولذا يكون ضمان المال بالقرض لا باليد الى آخره.

ففيه: انا لو لم نقسم اليد على قسمين شمل الحديث كل أقسام اليد، فان الشيء مصداق [ماأخذت] فان قيل : الاصل الضمـان الا ماخرج ، كان اللازم لمدعي الخروج الاثبات

وان قيل: لاأصل، بل اليد الضمانية وغير الضمانية في حد سواء كل يريد الاثبات كان المقام من التداعي وأن قيل: الاصل عدم الضمان ـ باعتبار برائة الاخذ ـ الاماخرج، كان اللازم لمدعي الضمان الاثبات، وقد اختلفوا في مسألة اختلاف الراكب ، ومالك الدابة في انها عارية فلا اجرة أو اجارة ، فعلى الراكب اجرة فذهب الشيخ وابن زهرة وأول الشهيدين والاردبيلي والخراساني الى قبول قول الراكب لاصالة البرائة، وذهب غير واحد بل قيل انهم الاكثر أو المشهور بتقديم قول مدعي الاجارة: وعلله الجواهر باصالة احترام مال المسلم كدمه وعرضه مما لازمه الضمان الاماخرج، والمسألة سيالة .

ومما تقدم ظهر وجه النظر في كلام السيد البروجردي، حيث اختار تقديم قول المالك مستدلا باصالة الضمان في الاموال التالفة عند غير مالكها الثابتة بالنص والفتوى، ولولاها لكان القول قول العامل، لاصالة عدم الاقراض وكون دعوى القراض غير ملزمة، وفي كلام ابن العم حيث قال: لايبعد تقديم قول العامل وغالب المعلقين بين هذين القولين.

نعم تأمل فيه بعضهم، وقد عرفت ان مقتضى القاعدة التحالف لانه مقتضى ملاحظة مصب الدعوى ، كما هو كذلك في أمثال هذه المنازعات ، كما لو قال احدهما: انه رهن، وقال الاخر: بل اجارة، أو قال: انه جعالة، وقال الاخر: انه اجارة ، الى غيرهما كالاجارة والمزارعة أو المساقاة ، الى غير ذلك ، فانه لأصل بعد عدم موافقة الاصل لاحدهما في المصب وعدم النظر الى أول الدعوى .

مسألة ـ ٦١ ـ لوادعى المالك الابضاع والعامل المضاربة يتحالفان

هذا كله مقتضى القاعدة الاولية ، وان كان يظهر من غير واحد من الروايات خلاف ذلك .

مثل صحيح اسحاق بن عمار قال: سألت أبا الحسن عليه السلام، عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل: كانت عندي وديعة، وقال الاخر: انما كانت لي عليك قرضاً، فقال عليه السلام: المال لازم له ، الان يقيم البينة انها كانت وديعة .

وصحيحة محمد بن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام، انه قال في رجل رهن عند صاحبه رهناً فقال: الذى عنده الرهن ارتهنه عندى بكذا وكذا، وقال الاخر: انما هو عندك وديعة، فقال عليه السلام : البينة على الذي عنده الرهن انه بكذا وكذا، فان لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين.

وعن عباد بن صهيب قال : سألت أباعبدالله عليه السلام ، عن متاع في يد رجلين احدهما يقول استودعتكه والاخر يقول : هو رهن ، قال : فقال القول قول الذي يقول : هو انه رهن، الان يأتي الذى ادعى انه اودعه بشهود . الى غيرها من الروايات .

وان كان المستمسك قال : بعد ان ذكر المصحح ان استفادة الكلية منه غير ظاهرة ، وتفصيل الكلام في ذلك في كتاب الرهن والوديعة وغيرهما .

(مسألة ـ ٦١ـ لوادعى المالك الابضاع) فكل الربح للمالك (و العامل المضاربة) فليس كل الربح للمالك (يتحالفان) كما عن التذكرة انه أقرب ، وعن الايضاح انه الاصح ، و ذلك لانهما دعويان متعارضتان فلاوجه لجعل

احدهما مدعياً والاخر منكراً ـ بعدان عرفت ان العبرة بمصب الدعوى، لا بماء له والغرض المقصود منه ـ خلافاً للقواعد ، حيث قال : ان القول قول العامل ، لان عمله له فيكون قوله مقدماً فيه ، وكان مراده العمل له بعض الربح، كما ان للمال بعض الربح فلاوجه لتقديم قول من يريد كل الربح .

و منه يعلم ، عدم ورود اشكال المستمسك عليه قال : التعليل المذكور معارض بمثله بالنسبة الى المالك ، فان المال للمالك فيكون قوله مقدماً فيه ايضاً .

ومما تقدم يظهر وجه النظر في كلام السيدين البروجردى وابن العم، حيث قال الاول : ان ادعى المالك الابضاع بلااجرة أوباجرة المثل وهى أقل من الحصة المدعاة من الربح الحاصل لامباينة لها ، وأما مع تساويهما ، أوكون الاجرة أكثر فالظاهر عدم توجه الحلف اليهما ، بل يحكم له بالحصة اخذاً باقرارهما .

وقال الثاني الظاهر تقديم قول المالك بيمينه وجه النظر ان الملاحظ في الدعوى المصب ، لاالغرض وكلام الاول مبنى على ملاحظة الغرض وكلام الثاني ناظر الى كون الاصل ان الربح تابع للمال فالعامل المدعى خلاف ذلك يحتاج الى البينة ، وقدسبق عدم تمامية ذلك وان الربح تابع للمال والعمل معاً ، فاللازم ملاحظة مصب الدعوى والتحالف وعليه فلافرق بين كون مدعى الابضاع يدعيه باجرة كمايظهر ـ من كلام المصنف اخيراً ـ أوبلااجرة، كماهو الابضاع المصطلح عليه عند المشهور ، فان نتيجة الدعوى الاستحقاق وعدمه اومقدار الاستحقاق.

أما الدعوى فليست في ذلك ، كما لوادعى احدهما الدوام والاخر المتعة حيث يختلف وجوب النفقة وعدمها ، أوقالت : كان زنابا كراه فالمهر، وقال: بل بدون اكراه فلامهر. الى غيرذلك من الامثلة .

ومع الحلف أو النكول منهما يستحق العامل أقل الامرين من الاجرة والحصة من الربح

(ومع الحلف أوالنكول منهما) حيث لابينة (يستحق العامل أقل الامرين من الاجرة والحصة من الربح،) كما قال بذلك العلامة وغيره على تقدير القول بالتحالف في الابضاع الذى يكن مع الاجرة .

أما الابضاع بلااجرة ، على مايدعيه المالك فالنزاع في أصل استحقاق العامل ، وذلك لان الحصة لو كانت أقل لم يدع العامل أكثر منها وهو يعترف بانه لايحق له أكثر من الحصة ، وان كانت الاجرة أقل وان كانت الاجرة أقل، فالعامل وان كان يدعي الاكثر منها ، الاانه لادليل له على اكثرية استحقاقه و المالك انما يسلم بالاجرة فلا ملزم للمالك باعطائه أكثر من الاجرة .

أما التعليل للاجرة بانها ان كانت أقل من الحصة فلان الحصة قد انتفت بيمين المالك ، ففيه ان أخص من المدعى، لان المدعى ان للعامل أقل الامرين في صورتي التحالف والنكول ، وهذا التعليل انما يناسب صورة التحالف لا صورة النكول .

ومنه يعلم ان قول السيد الجمال ان المسألة مشكلة و ذات وجوه ، محل نظر ، هذا ان كان على تقدير البضاعة اجرة المثل، أما اذا لم تكن اجرة ، فهل يقدم قول المالك ، كما ذكره غيرواحد من المعلقين لاصالة عدم شيء للعامل حيث ان ادعائه المضاربة اذالم يكن له بينة يقابل باصالة العدم في طرف المالك فيحلف المالك وينتهى النزاع ولاشيء للعامل، أوان المقام من التحالف ايضاً لان مصب الدعوى هو المعتبر، وربمالايريد العامل بدعواه المضاربة الحصة و انمايريد مطلباً آخر، مثل كونه مشتغلا بخدمة الناس مثلا ؟ احتمالان، وان كان

الظاهر الثاني لماتقدم من ان العبرة بمصب الدعوى والبضاعة والمضاربة عنوانان كالاجارة والوديعة والرهن والعارية .

ومنه يعلم ان ما في بعض الحواشي من ضعف احتمال التحالف لعدم جريان اصالة عدم البضاعة ضعيف حتى في صورة عدم شيء للعامل في البضاعة فكيف بصورة الاجرة له . وقول آخر لا اثر لنفي الابضاع، وانما الاثر لنفي القراض فيقدم قول المالك مع يمينه، محل اشكال لما عرفت من الاثر حتى في صورة الابضاع مجاناً، وربما توهم انه لاشيء للعامل، لان الحصة سقطت بيمين المالك والاجرة سقطت بانكار العامل لها .

وفيه ان كليهما يتفقان على شيء للعامل من الربح أو خارجه وانما الساقط الخصوصية فهو كاتفاقهما على ان المقرض يطلب من المقترض ديناراً أو درهماً فاللازم برائة الذمة ، وان اختلفا في انه دينار او درهم . الى غير ذلك من الامثلة .

نعم اذا لم يكن الجامع ـ في المرافعات ـ لم يمكن العلاج بعد نفي الخصوصيتين، كما اذا ادعى انه زوجه بنته فاطمة، وادعى الاب تزويجه بخديجة فانه لايمكنه أخذ احديهما، وان علم زوجية احديهما له في الجملة .

نعم لايقدر هو ان يأخذ الخامسة والام وما أشبه، كما لايقدر الاب تزويج فاطمة ومثله الكلام في القتل المردد حيث لايمكن القصاص من أحد المشتبهين بانه قاتل، وان امكن توزيع الدية عليهما ، لقاعدة العدل على ما ذكرناه في [كتاب القصاص] وغيره .

ثم ان كانت الاجرة مباينة للحصة، كما اذا كانت الاجرة باعتراف المالك شاة والحصة التي يدعيها العامل ديناراً كان اللازم أقل الامرين منهما، أو أقل الامرين من القيمة السائدة بينهما مما يسمى بالروح الاقتصادي الجاري في

ولو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربة لدفع الاجرة وادعى العامل الابضاع استحق العامل بعد التحالف اجرة المثل لعمله

الاجناس المختلفة في علم الاقتصاد، احتمالان من ان احدهما أقرب، فان كانت الشاة أقل من الدينار اعطاه شاة، لان احدهما يقول بها، وان كان الدينار أقل اعطاه ديناراً، لان أحدهما يقول به ، ومن ان الاقربية لاتنفع بعد انكار الاخر بخلاف الروح السائد بين الشاة والدينار فانهما يتفقان على ذلك الروح السائد بين كليهما ـ وهذا فيما اذا لم تكن الاجرة والحصة متحدتين جنساً ، والافلا مجال لهذا الكلام ـ .

(ولو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربة لدفع الاجرة) اى التخلص منها ، وقوله : [لدفع] من باب لام العاقبة، مثل ليكون لهم عدواً وحزناً والا فقد يكون النزاع لزعم كل منهما انه الواقع حقيقة ـ كما تقدم ـ .

(وادعى العامل الابضاع) باجرة، فقد تقدم ان الابضاع قسمان، فقد يكون تبرعاً وقد يكون باجرة (استحق العامل بعد التحالف) منهما أو النكول منهما ـ حيث لابينة ـ (اجرة المثل لعمله) وذلك لماتقدم من ان المناط مصب الدعوى لاأوله، والغرض منه.

ومنه يعلم، ان قول السادة ابن العم والبروجردى والحكيم بأن المسألة من باب المدعى والمنكر، واذلابينة للمالك يحلف العامل غير ظاهر الوجه.

قال في المستمسك: لايخفى ان دعوى المالك المضاربة اذا كان يقصد بها دفع الاجرة عن نفسه فيكون العمل بلاعوض كان حينئذ مدعياً لمخالفة قوله لاصالة ضمان عمل العامل ، وكان العامل مدعى للاجرة منكراً لموافقة قوله للاصل المذكور، فاذالم يقم المالك البينة على المضاربة حلف العامل وثبتت له الاجرة، فالمقام من باب المدعي والمنكر ـ انتهى .

مسألة ـ ٦٢ ـ اذاعلم مقدار رأس المال ومقدار حصة العامل واختلفا فى مقدار الربح الحاصل فالقول قول العامل كما انهما لو اختلفا فى حصوله وعدمه كان القول قوله ولو علم مقدار المال الموجود فعلا بيد العامل واختلفا فى مقدار نصيب العامل منه

ومنه يعلم، وجه النظر في جملة اخرى من التعليقات فراجع كلامهم .

(مسألة ـ ٦٢ ـ اذاعلم مقدار رأس المال) كمأة مثلا (ومقدار حصة العامل) كنصف الربح مثلا (واختلفا في مقدار الربح الحاصل) هل هو عشرون حتى يكون للمالك عشرة أوعشرة حتى يكون له خمسة (فالقول قول العامل) لانه امين، كما في النص والفتوى مما اطلاقه يشمل المقام.

(كما انهما لو اختلفا في حصوله وعدمه كان القول قوله) بعدم حصول الربح لانه أمين، أما اذا قال المالك: لم يحصل الربح اما اعتقاداً، او لمصلحة ، حيث ان الدولة تأخذ ضريبة زائدة من كل ماله الربح، وقال العامل : بل حصل الربح، فهل يقدم قول العامل لانه أمين؟ أو المالك لاصالة عدم الربح، ومعنى كون المالك أميناً في الضرر ونحوه لافي الربح ، لان الضرر ونحوه منصرف أدلة امانته، وحيث لايكون مجال لدليل امانة العامل كان أصل عدم الربح محكماً، فيكون القول للمالك، احتمالان، لايبعد الثاني، ويكون اللازم على العامل ايصال حصة المالك من الربح ـ على مايقوله ـ اليه، فان لم يقبل اعطاه الحاكم ، لانه ولي الممتنع ، وليس للعامل أخذه لنفسه ، لان المالك لم يعرض عنه ، وانما يدعى انه ليس له، وفرق بين الامرين .

(ولو علم مقدار المال الموجود فعلا بيد العامل) كمأة وأربعة وعشرين ـ مثلا ـ (واختلفا في مقدار نصيب العامل منه) فقال المالك انه ثمانية، وقال العامل:

فان كان من جهة الاختلاف في الحصة أنها نصف أو ثلث فالقول قول المالك قطعاً وان كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال فالقول قوله أيضاً ، لان المفروض أن تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلا وربحاً

بل اثنى عشر .

(فان كان من جهة الاختلاف في الحصة) المقررة للعامل (أنها نصف) فاثنى عشر (أو ثلث) فثمانية ـ لفرض توافقهما ان الربح أربعة وعشرين لان اصل المال مأة (فالقول قول المالك قطعاً) لاصالة عدم كون الاربعة المختلف فيها للعامل بعد بنائهم على ان الربح تابع للمال الا بقدر اخرجاه منه للعامل ، لكن قد تقدم الاشكال في المبنى ، وان مقتضى القاعدة كون الربح وليداً للعمل والمال معاً بنسبة عقلائية، وعليه فان كانت النسبة العقلائية مع العامل ـ اي النصف في المثال ـ كان الاصل معه، لان المدعي من يخالف قوله الاصل، وعليه فان لم يكن للمالك بنية حلف العامل وكان له مايدعيه، وان شئت قلت المالك يدعي زيادة على حقه ، مما هو من حق العامل بطبعه فعليه البينة ، فان لم تكن بينة اخذه العامل بحلفه .

(وان كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال) فالعامل يدعى ان المأة والعشرة الحاضرة عشرون منه ربح فلى عشرة، لان رأس المال كان تسعين والمالك يقول: بل رأس المال مأة فلك خمسة.

(فـ) المصنف يرى ان (القول قوله) قول المالك (أيضاً ، لان المفروض أن تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلا وربحاً) لان عندهم ربح المال كله للمالك ، وانما يخرج شيء منه من كيس المالك الى العامل حسب عقد

ومقتضى الاصل كونه بتمامه للمالك الا ماعلم جعله للعامل واصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا الى العامل لاتثبت كون البقية ربحاً مع أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا فيبقى كون الربح تابعاً للاصل الاماخرج

المضاربة .

(ومقتضى الاصل كونه بتمامه للمالك الا ماعلم جعله للعامل) اى ماجعل ـ وذكر العلم من باب الطريقية ـ .

(و) ان قلت: الاصل ان المالك لم يدفع أزيد من التسعين الى العامل وعليه فالتفاوت بين التسعين وبين المأة وعشرة ربح للعامل نصفه وهو عشرة.

قلت : (اصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا) مثل التسعين فى المثال (الى العامل لاتثبت كون البقية) العشرين (ربحاً) لانه من اللوازم العقلية ومثلها لاتثبت بالاستصحاب حيث ان بناء المحققين عدم حجية الاصل المثبت .

(مع أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا) كالعشرة ـ حسب ادعاء المالك ـ فيتساقط الاصلان ، وحيث ان الربح للمالك الا بمقدار علم خروجه لم يكن للعامل الاخمسة ـ فى المثال ـ.

واليه اشار بقوله: (فيبقى كون الربح تابعاً للاصل الاماخرج) وكان الاولى ان يقول المصنف : الاصل المثبت ان كان حجة تعارض الاصلان [اذ الاصل الثاني ايضاً مثبت ، لما ذكره المستمسك من أنه لايثبت كون الربح الموجود للمالك الابناءاً على الاصل المثبت] وان لم يكن الاصل المثبت حجة لم يجر أصل عدم دفع مقدار كذا الى العامل .

هذا تمام الكلام في قول المصنف التابع للمشهور في كون الربح تابعاً

للمال، لكنك قد عرفت ان القاعدة تقتضى كون الربح تابعاً لهما بالنسبة العرفية فلا أصل يقتضى كون كل الربح للمالك الا ما علم خروجه للعامل.

وعليه فمقتضى القاعدة ان يكون القول قول العامل بيمينه في ان الاصل كان تسعين والربح عشرين - في المثال: اي في رأس مال أقل وربح اكثر - لانه أمين، وقد تقدم انهما لو اختلفا في قدر رأس المال، أو في قدر الربح كان القول قول العامل .

ومما تقدم ظهر الكلام في كل أقسام المسألة، وهي ثمانية لان مقدار رأس المال، أما متفق عليه ، أو مختلف فيه وعلى كل حال، فمقدار حصة العامل ، أما متفق عليه، أو مختلف فيه.

وعلى كل حال فمقدار الربح أما متفق عليه، أو مختلف فيه، ويضاف الى ذلك صور جهلهما أو جهل احدهما بأحد الامور الثلاثة من الاصل والربح والحصة .

مسائل

الاولى : اذا كان عنده مال المضاربة فمات فان علم بعينه فلااشكال والافان علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك

مسائل

(الاولى: اذا كان عنده مال المضاربة فمات فان علم بعينه فلا اشكال) وفي الجواهر ولاخلاف في ان اللازم اعطائه الى مالكه، فان كان في ضمنه الربح أخذ الورثة مقدار حق مورثهم ودفعوا الباقي الى المالك ، اي انهما شريكان يلزم الافراز برضى الطرفين ، كما في سائر الاموال المشتركة، ولايخفى ان البينة في تعيينه قائمة مقام العلم، فمراد المصنف بالعلم أعم من الوجداني، فيشمل التنزيلي، ومثلهما الاقرار من المالك ايضاً ، الى غير ذلك.

(والافان علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك) لااشكال في حق المالك، وله أقسام ثلاثة:

لانه أما على نحو الشركة ، كما اذا كان الميت يطلب مأة دينار من زيد نصفه

ويكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة

للمالك ونصفه لنفسه فتقاضاها، فان المأة المعطاة تكون على نحو الشركة.

وأما على نحو الخلط بأن كان له خمسون ديناراً وأخذ خمسين ديناراً ثمن ماباعه من مال المضاربة، حيث اختلطا عنده، فان كل دينار أماله واما للمالك ـ اذا لم نقل بحصول الشركة القهرية بعد خلطهما ، كما قيل بذلك في دراهم الودعيين ـ .

واما على نحو الكلى في المعين، كما اذا اشترى من مال المضاربة لنفسه على نحو الكلي في المعين ، أو اشترى من مال نفسه لاجل المضاربة على نحو الكلى في المعين .

(و) على الاول : (يكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة) فيقسم بينهم على نسبة اموالهم ، كما في قسمة غيرهم من الشركاء ، كما ذكره الجواهر مفسراً به عبارة الشرائع ، وفي الحدائق نسب هذا الى الاصحاب ، واذا تلف شيء بدون تعد وتفريط كان من الجميع بالنسبة ، فاذا تلف دينار كان الذاهب من كل من الورثة والمالك النصف اذا فرض ان لكل منهما خمسيناً وهكذا يذهب من احدهما الثلث ، أو الربع اذا كان له ثلث او ربع .

وعلى الثاني : فالمحكم في المقام قاعدة العدل ، اذ هذا الدينار الذاهب قد ذهب من احدهما ، وحيث لا وجه لترجيح احديهما كان اللازم التنصيف ، وكذا اذا كان مال الميت منحازاً عن مال المضاربة مثلا في صندوق دنانير المضاربة وفي صندوق دنانير نفسه ولم يعلم المالك والورثة ان الصندوق الذى سرق كان لايهما ، فان قاعدة العدل تقتضى تقسيم البقية، وكذا اذا كان من جنسين مثلا كان للمالك اثواب وللميت اخشاب ولم يعلم ايهما لايهما، فاحترقت احداهما ، فان الثانية تقسم بينهما ، وقد ذكرنا قاعدة العدل في [كتاب الخمس والديات والقضاء]

ويقدم على الغرماء ان كان الميت

وغيرها .

ومن ذلك يظهر ان اشكال المستمسك عليهم غير وارد قال : و يظهر من الجميع ان الاشتباه في المقام يقتضى الاشتراك حتى مع عدم الامتزاج وهوغيرظاهر بل يشكل حتىمع العلم بالامتزاج فيالمثليات مثل وضع ثوب في اثواب ، فانه لايوجب الاشتراك اذا عرف بعينه ، و كذااذا اشتبهبغيره فانه لادليل على هذا الاشتراك ـ انتهى .

فان فيه مادل على قاعدة العدل المستفادة من النص و دونها لاعلاج الا بالقرعة ، و قاعدة العدلحاكمة عليها ، و لعل اطلاق خبر السكوني شامل للمقام .

فقدروي عن جعفر، عن آبائه ، عن علي عليهمالسلام ، انهكان يقول : من يموت وعنده مال المضاربة، قال عليه السلام : ان سماه بعينه قبل موته ، فقال هذا لفلان فهوله ، وانمات ولم يذكرفهواسوة الغرماء .

وعلى الثالث : فهل يحشرالمالك معسائر الغرماء في الضرب بالحصص لاطلاق الادلة والتي منها خبرالسكوني المذكور ، أوان المالك الذيلهالكلي في العين يعطى حقهكاملا ، كما اذا كان الميت حياً واحترق كل اطنان قصبه ماعداه ما اشتراه المشترى بنحوالكلي في المعين، احتمالان ، وانكان الاقرب الضرب معالغرماء ، لانه لاوجهلاستصحاب حالحياة الميت بعدتغيرالموضوع عرفاًفهنا مال تعلق به حق المالك المضاربي وسائرالغرماء فلادليل على تفضيل بعضهم علىبعض، والمسألة بعدبحاجة الى التأمل .

ومنه يعرف وجه التأمل فياطلاق قوله : (ويقدم علىالغرماء انكانالميت

مديوناً لوجود عين ماله فى التركة وان علم بعدم وجوده فى تركته ولا فى يده ولم يعلم أنه تلف بتفريط أو بغيره أورده على المالك فالظاهر عدم ضمانه

مديوناً لوجود عين ماله في التركة ،) اذ فرق بين عين المال وبين الكلى في العين ، فانه ليس عيناً بحيث يعلم بشمول دليل تقديم من له العين على سائر الديان لمثل الكلي في المعين .

ثم انه اذا مات وعنده مال المضاربة ولم يعلم انه في ضمن التركة ، بل احتمل ذلك واحتمل خلافه بان احتمل انه في الذمة : أوفي مكان آخر مدفون أونحو ذلك ، فالظاهر انه يضرب مع الغرماء لاطلاق أدلته ، ولانه مقتضى قاعدة العدل بعد الجهل بالواقع .

(وان علم بعدم وجوده في تركته ولا في يده ولم يعلم أنه تلف بتفريط) حتى يكون ضامناً ويضرب مع الغرماء (أو بغيره أورده على المالك) أو وهبه المالك اياه أو ما أشبه ممالا حق للمالك (فالظاهر) انه يضرب مع الغرماء اذا كان ماله أقل من ديونهم ويأخذه المالك كاملا ان لم يكن كذلك لعموم على اليد ، فانه يدل على لزوم الاداء، الا اذا علم المخرج، وفي المقام لاعلم بالمخرج فهو، كما اذا كان زيد يطلب من عمرو، واحتملنا انه وهبه أو ما أشبه ذلك فان مقتضى القاعدة اعطائه الا اذا ثبت الخلاف، ولذا قال المستمسك: انه مقتضى عموم على اليد، اذ لايعتبر فيه ان يكون حال الموت ضرورة صدقه مع كون اليد في بعض انات الحياة، وعلى هذا، كان اللازم على المصنف القول بالضمان فيه كما في الصور الاتية ـ انتهى.

ومنه يعلم، ان سكوت المعلقين على قول المصنف ظاهر (عدم ضمانه ،

وكون جميع تركته للورثـة وان كان لايخلو عن اشكال بمقتضى بعض الوجوه الاتية وأما اذا علم ببقائه فى يده الى مابعد الموت (١) ولم يعلم أنه موجود فى تركته الموجودة اولا بأن كان مدفوناً فى مكان غير معلوم، أوعند شخص آخر أمانة أونحو ذلك

(٢) أوعلم بعدم وجوده فى تركته مع العلم ببقائه فى يده بحيث لو كان حياً أمكنه الايصال الى المالك

(٣) أوشك فى بقائه فى يده وعدمه أيضاً

وكون جميع تركته للورثة) غيروجيه، وان قال: (وان كان لايخلو عن اشكال بمقتضى بعض الوجوه الاتية) وبناء السيرة على الضمان ايضاً في المقام وسائر امثاله.

(وأما اذا علم ببقائه في يده الى ما بعد الموت (١) ولم يعلم أنه موجـود في تركته الموجودة) في ايدى الورثة ـ مثلا ـ (أولا بأن) احتمل انه حين موته (كان مدفوناً في مكان غير معلوم، أو عند شخص آخر أمانة أو نحو ذلك) بأن وضعه في مكان ما من املاكه الكثيرة ، والنتيجة انه كان تحت يد الميت، وان لم يكن في ضمن تركته .

((٢) أوعلم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده) بخلاف الصورة الاولى حيث لايعلم بانه موجود في التركة أم لا؟ فـانه ان علم ببقـائه في يده يكون ـ على صورتين ـ لانه أما لايعلم بوجوده في التركة .

وأما يعلم بعدم وجوده في التركة (بحيث لو كان حياً أمكنه الايصال الى المالك (٣) أوشك في بقائه في يده وعدمه أيضاً) عطف على اذا علم ببقائه في

ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث وعدمه خلاف واشكال على اختلاف مراتبه وكلمات العلماء في المقام وأمثاله كالرهن والوديعة ونحوهما مختلفة والاقوى الضمان في الصورتين الاوليين لعموم قوله عليه السلام على اليد ماأخذت حتى تؤديه

يده، وهي الصورة الثالثة .

(ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث) مطلقاً (وعدمه) مطلقاً، والتفصيل كما يأتي (خلاف واشكال) لكن الاشكال ليس في كل الصور على حد سواء من القوة ، بل (على اختلاف مراتبه) فان مرتبة الاشكال في بعض الصور قوية، و في بعض الصور ضعيفة .

(وكلمات العلماء في المقام وأمثاله كالرهن والوديعة ونحوهما) كالاجارة والعارية (مختلفة) كما لايخفى على من راجع الشرائع والقواعد وشروحهما في الكتب المذكورة :

(والاقوى الضمان في) كل الصور الثلاث.

أما في (الصورتين الاوليين) علم ببقائه في يده ولم يعلم انه موجود في تركته ، أوعلم بعدم وجوده في تركته فـ (لعموم قوله عليه السلام) المروى في مستدرك الوسائل، باب الغصب، رواه عن ابى الفتوح والغوالي ، المجمع على العمل به في مختلف الابواب حتى انه الاصل والخارج يحتاج الى الدليل (على اليد ماأخذت حتى تؤديه) حيث ان المراد باليد الاستيلاء، وان لم يكن اخذاً باليد ـ على ماهو المتفاهم عرفاً من ان المراد باليد المثال لا الجارحة ـ وبالاداء الارجاع الى استيلاء المالك ولو كان بصرفه فيما امر المالك، كمالو قال اعطه للفقير أوألقه في البحر في مثل السفينة المشرفة على الغرق، الى غير

حيث ان الاظهـر شموله للامانات أيضـاً ودعوى خروجها لان المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة، بأن غاية مايكون خروج بعض الصور منها، كما اذا تلفت بلاتفريط أوادعى تلفها كذلك اذاحلف

ذلك من الامثلة.

(حيث ان الاظهر شموله للامانات أيضاً،) مالكية كانت أوشرعية، كشموله لليد العدوانية، لان الشمول هو مقتضى الاطلاق، فأحتمال عدم الشمول لعدم الاطلاق، أوللانصراف بعد تسليم الاطلاق غير ظاهر الوجه اذ لاوجه لاحتمال عدم الاطلاق.

أما احتمال الانصراف فسيأتي وجهه مع جوابه، بل يشـمله ايضاً قوله عليه السلام: لايتوى حق امرء مسلم فانه كان حقاً له يحتاج خروجه عن حقه الى دليل.

وكذلك قول علي عليه السلام كما فى غصب المستدرك، عن الدعائم: لا يجوز أخذ مال المسلم بغيرطيب نفس منه.

ومثله مافى الكتـاب المذكور، عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المسلم اخو المسلم، لايحل ماله الاعن طيب نفس منه. الى غير ذلك من امثال هذه الروايات الشاملة لكل أقسام اخذ أموال الناس الا ماخرج.

(ودعوى خروجها لان المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة، بأن غاية ما يكون) من الخروج (خروج بعـض الصور منها، كمـا اذا تلفت بلا) تعد أو (تفريط) حيث ان الشارع حكم بعدم الضمان حينئذ (أوادعى تلفها كذلك) ولم يكن للمالك بينة على خلافه (اذا حلف) الامين، لان الشارع جعل عليه اليمين فقط، والفرق بينهما ان الاول مقام الثبوت والثاني مقام الاثبات.

وقول المستمسك في رد ادعاء المصنف [اطلاق على اليد] بانه لابد ان يكون المراد باليد في الرواية اليد المبنية على الرد فلا يشمل اليد المبنية على الابقاء وترك الاداء فلا يشمل يد الامين المفروضة في المقام ويتعين الرجوع الى اصالة البرائة، ولو كان خروج الامانات من باب التخصيص لزم تخصيص الاكثر فان المتعارف في اليد هو يد الامين كالمرتهن والمستعير والمستودع والاجير على العمل في العين والمستأجر للعين لاستيفاء منافعهما والملتقط والوصي والولي والشريك وعامل المضاربة والعامل في الزراعة والمساقات والجعالة، الى غير ذلك ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه، اذ كل من ذكره لابد لهم من الرد الا اذا تلف من غير تفريط، فمن اين يلزم تخصيص الاكثر، وقد جعل الفقهاء في مختلف كلماتهم الرواية اصلا حتى اذا ارادوا الاخراج منها ذكروا للاستثناء دليلا، وهذا دليل فهمهم الاطلاق ، فالامانات ليست خارجة ، بل كلها داخلة، وانما الخارج ما تلف بدون تعد، كما يستفاد من ليس على الامين الا اليمين.

ومنه يعلم وجه النظر في تعليقات السادة ابن العم والجمال والبروجردي قال الاول: الاقوى عدم الضمان في الصورة الثانية ووجوب التخلص في الصورة الاولى .

وقال الثاني: الظاهر خروج الامانات تخصيصاً أو تخصصاً عن عمومه.

وقال الثالث: الاقوى عدم الضمان في الصورة الثانية .

وأما الصورة الاولى: فالظاهر فيها عدم جواز تصرف الورثة فيما بأيديهم حتى يتخلصوا منه لضمان الميت وتعلقه بالتركة حتى يكون اسوة الغرماء كما أفاد بل لازم العلم الاجمالي بكون ماكان في يده الى موته مال الغير اسقط اعتبارها في جميع اطرافه بالنسبة الى القدر المعلوم، فعلى هذا يكون المضارب مقدماً على الغرماء لا أسوة لهم ـ انتهى .

وذهب جمع آخر من المعلقين الى عدم الضمان في الصورتين، لانه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية بعد الاعتراف من المصنف بخروج بعض الصور مع احتمال كون محل النزاع منه .

اذ يرد على الاول: بان العلم ببقائه في يده الى مابعد الموت [اي الصورة الاولى من الصور الثلاث] يكفي في شمول على اليدله، واستظهار السيد الجمال اختصاص الضمان بما اذا كان مفرطاً في ترك الوصية به، والافالا قوى عدمه ـ انتهى .

فيه: انه اذالم يفرط في ترك الوصية، فماالذي يخرج المقام عن دليل اليد.

وعلى الثاني: انه لاوجه لخروج الامانات لماعرفت في جواب المستمسك، فان الاطلاق شامل لها وانما الخارج صورة ماعلم عدم التفريط والتعدى.

وعلى الثالث: انه لم يعلم وجه قوة عدم الضمان في الصورة الثانية مع شمول على اليدله، وأماجعله «ره» الصورة الاولى من باب العلم الاجمالى، ففيه: انه ان تم ماذكره في الصورة الثانية لم ينفع العلم الاجمالي بعد ان كان أحد طرفي العلم الاجمالي خارجاً عن محل ابتلاء الورثة مما يوجب اجراء البرائة بالنسبة الى الطرف الذي هو محل الابتلاء .

أما ماذهب اليه جمع من المعلقين من كون الصورتين من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، ففيه ان المقام ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، بل من قبيل التمسك بالعام فيمالم يعلم هل انه خرج عن العام بالمخصص أم لا؟

فالاول: مثل أن يقول المولى : كل خمر حرام، فاذا لم يعلم انهذا المائع خمر جاز تناوله، لانه لايمكن التمسك بكل خمر حرام لاثبات فردية هذاالمشكوك لكلي الخمر .

والثاني : كما اذاقال المولي: اكرم كل عالم، وعلمنا بأن الفاسق لايكرم،

وأماصورة التفريط والاتلاف ودعوى الرد فى غيرالوديعة ودعوى التلف والنكول عن الحلف

وكان زيد عالماً عادلا، وشككنا في فسقه، فان التمسك لاكرامه باكرم كل عالم ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، والمقام كذلك، فقد كان الواجب على العامل رد مال المالك ولم يعلم، هل انه تلف بدون تعد أو تفريط حتى يخرج عن عموم على اليد أم لا؟ فاللازم التمسك بالعام حتى يثبت المخرج ـ والمفروض انه ليس بثابت ـ .

والحاصل: ان التمسك بالعام في الفرد الذي لم يعلم خروجه منه ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، وانما التمسك بالعام في الفرد الذي لم يعلم دخوله في العام هو من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

(و أما صورة التفريط) فى الامانة حتى تلفت (و الاتلاف) الذى يسمى بالتعدى .

(ودعوى الرد فى غير الوديعة) حيث ان المشهور بينهم ان دعواه لاتقبل الابالبينة.

نعم، المشهور ان دعوى الرد في الوديعة مقبولة باليمين، كما تقبل دعوى التلف، ولايخفى ان دليل ليس على الامين الا اليمين قبول الدعوى فى كل أقسام الامانة، ولا خصوصية للوديعة ، وتفصيل الكلام فى ذلك فى محله.

(و دعوى التلف و النكول عن الحلف) لان الشارع جعل اليمين على الامين فاذا لم يحلف لم يكن مخرج عن قاعدة البينة على المدعى ومن الواضح ان مدعى التلف داخل فى كلي المدعي.

ومنه يعلم، وجه النظر فى قول المستمسك ثبوت الضمان فى هذه الصورة

فهي باقيـة تحت العموم ودعوى أن الضمـان في صورة التفريط والتعدي من جهة الخروج عن كونها أمانة

كأنه لاجل تحقق الخيانة ولكنه غير ظاهر لجواز ان يكون للتورع عن اليمين كما يجوز أن يكون اشتباهاً منه في دعوى التلف فلم تجوز الخيانة ـ انتهى.

اذ ليس ذلك لاجل الخيانة بل لما ذكرناه.

(فهي باقية تحت العموم،) عموم على اليد، ولا يتوقف بقائها تحت العموم على تحقق الخيانة ـ كما قاله المستمسك ـ فتحصل : ان [على اليـد] شامل لليد الامانية.

ان قلت: لاضمان في يد الامانة .

قلت: بل ضمان الا اذا تلف بدون التعدي والتفريط .

ان قلت: لانسلم الضمان في يد الامانة من باب على اليد، بل من باب الخروج الموضوعي [اي عدم الضمان في يد الامانة، وهذه يد خيانة حيث التعدي والتفريط] أو لدليل خارجي .

قلت: ليس الضمان من جهة الخيانة، بل الضمان من جهة على اليد المؤيد بعموم دليل رد الامانة، وقد أشار اليه المصنف المضيف الى الاستدلال بـ[على اليد] بقوله لعموم قوله (ع): على اليد ، والى [ان قلت] بقوله: ودعوى خروجها، والى [قلت] بقوله:[مدفوعة] والى [ان قلت] الثاني وجوابه بقوله: (ودعوى أن الضمان في صورة التفريط والتعدي من جهة الخروج عن كونها أمانة) فـان التعدي والتفريط نوع من الخيانة، لان المالك ائتمن الامين بابقاء العين في صورة الحفظ، فاذا لم يحفظها لتعد، أو لتفريط لم يكن أميناً من قبل المالك فيكون داخلا في عموم على اليد.

أومن جهةالدليل الخارجي كما ترى لاداعي اليها ويمكن ان يتمسك بعموم مادل على وجوب ردالامانة وبدعوى أن الرد أعم من ردالعين ورد البدل، واختصاصه بالاول ممنوع

(أو من جهة الدليل الخارجي) الذي يدل على الضمان، وان لم تكن خيانة والحاصل انه لاضمان في يدالامانة، فقولكم [مدفوعة] غير تام. ويبقى الاشكال الذي ذكرناه بقولنا: [ودعوى خروجها] على حاله، وقد أجاب المصنف عن اشكال [ودعوى ان الضمان] بقوله: (كماترى لاداعي اليها) فليس الضمان من جهة الخيانة، أو دليل خارجي، بل الضمان من جهة اطلاق [على اليد] واي مانع في اطلاق على اليد حتى لانتمسك به.

(ويمكن ان يتمسك) للضمان في الصورتين السابقتين ـ بالاضافة الى على اليد ـ (بعموم ما دل على وجوب رد الامانة) قال سبحانه: «ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها» واشكال المستمسك على هذا التمسك بقوله: لكن الوجوب المذكور تكليفي محض لايقتضي ضماناً، ولا اشتغال ذمة بالعين ليتعلق ذلك الحق بالتركة الى آخره، غير ظاهر الوجه بعد ظهور الوجوب التكليفي في الماليات على استتباعه للحكم الوضعي، ولذا فهم الفقهاء من آية الخمس و الزكاة ونحوهما الوضع.

(و) ان قلت: ظاهر الايةرد العين، وقد فرض ان العين ليست في التركة، أولا يعلم وجود العين في التركة ـ كما تقدم في الصورتين ـ.

قلت: الاشكال غير وارد (بدعوى أن الرد أعم من رد العين ورد البدل، و اختصاصه بالاول ممنوع) وحيث قد عرفت ان هذا الجواب جواب عن الايراد الذي ذكرناه بقولنا: وان قلت ظاهر الاية، فلامورد لاشكال جملة من المعلقين

الا ترى أنـه يفهم من قوله عليه السلام : المغصوب مردود وجوب عوضه عند تلفه هذا مضافا الى خبر السكونى عن على عليه السلام انه كان يقول : من يموت وعنده مال مضاربة ؟ قال : ان سماه بعينه قبل موته ، فقال : هذا لفلان فهو له وان مات ولم يذكر فهو اسوة الغرماء

على الماتن، منهم السيدان الحكيم والجمال، بأن الضمان لو ثبت كان أعم من العين والبدل .

وأمـا مع عدم ثبوته ، كما هو مفروض المقام فلا مجال لهذه الدعـوى واثبات الضمان بها ، لانه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

(ألا ترى أنه يفهم من قوله عليه السلام: المغصوب مردود) كما ذكره الوسائل فى كتاب الغصب (وجوب عوضه عند تلفه) أو الحيلولة بينه وبين المغصوب منه ، فان المثل أو القيمة رد عرفاً عند تعذر الرد للعين لتلف أو وقوع في البحر او ما اشبه و منع الفهم من ذلك، بل هو من جهة ضمان المغصوب لا من جهة وجوب رده ـ كما في المستمسك ـ خلاف ما يفهمه العرف ، بل الضمان لم يفهم الا من أمثال تلك العبارة .

(هذا) وجه الاستدلال لضمان الصورتين بدليل على اليد وبآية رد الامانة (مضافاً الى خبر السكوني) الذي رواه الشيخ ، عن جعفر، عن آبـائه عليهم السلام (عن على عليه السلام انه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة؟ قال ان سماه بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان فهو له) أى لا يشركه الغرماء فيه ولا يضرب معهم (وان مات ولم يذكر فهو اسوة الغرماء) والاشكال على سند الحديـث بعدم ثبوت وثاقة النوفلي، مدفوع بأن ابن محبوب من أصحاب الاجماع، وعلى

وأما الصورة الثالثة فالضمان فيها ايضا لايخلو عن قوة لان الاصل بقاءيده عليه الى مابعد الموت واشتغال ذمته

دلالته بانصراف الحديث الى صورة وجود المال مدفوع بأن الانصراف بدوى ولو سلم فالمناط العرفي يشمل محل الكلام .

ومنه يعلم، بأن اشكال بعض المعلقين على الحديث بأنه مخصص بما دل على اختصاص ضمان العامل بصورة التفريط أو التعدى ، فمنع الشك فى التفريط أو التعدى لاوجه للتمسك به ـ انتهى .

محل نظر، فمن اين هذا التخصيص، فقد عرفت سابقاً ان دليل اليد ، و الاية شاملان لكل أنواع اليد الا ماخرج ، والمفروض في المقام عدم الدليل على الخروج .

(وأما الصورة الثالثة) وهي مالو شك فى بقائه فى يده وعدمه (فالضمان فيها ايضاً لايخلو عن قوة) وذلك لعموم على اليد من غير حاجة الى استصحاب بقاء يده عليه الى حال الموت، اذ المخرج له عن الضمان صورة تلفه بلاتفريط فاذا لم يعلم بالمخرج كان اللازم التمسك بالعام، وقد تقدم انه ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

ومنه يعلم ، ان تعليل المصنف للحكم المذكور بقوله: (لان الاصل بقاء يده عليه الى مابعد الموت،) لايخلو من اشكال، كما أشار اليه المستمسك ، و لعل المصنف أراد بالاستصحاب تحقيق موضوع خبر السكوني ، حيث قال: من يموت وعنده مال المضاربة ، فاذا شك في بقائه فى يده حال الموت ثبت ذلك بالاستصحاب.

(و) يدل على الحكم بالاضافة الى [على اليد] و[الخبر] (اشتغال ذمته

بالرد عند المطالبة واذا لم يمكنه ذلك لموته ليؤخذ من تركته بقيمته ودعوى أن الاصل المذكور معارض باصالة برائة ذمته من العوض والمرجع بعد التعارض قاعدة اليـد المقتضية لملكيته مدفوعة بأن الاصل الاول حاكم على الثانى هذا

بالرد عنـد المطالبة) لوجوب رد الامانة، كما سبق الاستدلال بالاية المباركة لذلك.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فى تعليقات السادة ابن العم والبروجردى و الجمال وغيرهم من الاشكال فى الضمان أوالفتوى بعدم الضمان.

(و اذا لم يمكنـه ذلك) اى الرد عند المطالبة (لموته ليـؤخذ من تركته بقيمته) ومن الكلام فى الموت يظهر الكلام فى كل مالم يمكن الوصول اليه لجنون وأغماء وفقدان بالضياع وسجن لايمكن الوصول اليه ، اذ الدليل فى الكل واحد .

(ودعوى ان الاصل المذكور) أصل بقاء اشتغال ذمته بالرد عند المطالبة (معارض باصالة برائة ذمته من العوض) فيتساقطان.

(والمرجع بعد التعارض قاعدة اليد) في العامل، لان الاصل ان مافى يد الانسان ملكه الا اذا اثبت المدعى خلافه بالبينة (المقتضية لملكيته،) فلا وجه لضمانه للمالك(مدفوعة بأن الاصل الاول) أصل الاشتغال (حاكم على الثانى) البرائة فان الاول أصل موضوعي ، والثانى أصل حكمي وما دام الاصل جار فى الموضوع، لامجال لجريانه في الحكم، واشكال المستـمسك بأن الاصل الموضوعي لامجال له قد تقدم جوابه .

(هذا) الذي ذكرناه فى رد من ادعى ان قاعدة يد العامل تقتضى ملكيته،

مع انه يمكن الخدشة فى قاعدة اليد بأنها مقتضية للملكية اذا كانت مختصة وفى المقام كانت مشتركة والاصل بقاؤها على الاشتراك

حيث سلمنا قاعدة اليد، وانما كان ردنا بان الاصل الاول حاكم على الثاني .

(مع انـه يمكن الخدشة في قاعدة اليد) فليست قاعدة اليـد مرجعاً بعد التعارض (بأنها مقتضية للملكية) ملكية ذي اليد (اذا كانت مختصة) بأن لم يعلم ان تحت يد العامل مال غيره .

(و فى المقام كانت مشتركة) لان تحت يد العامل مال نفسه ومال غيـره (والاصل بقاؤها) اي اليد (على الاشتراك،)فلا يصح التمسك بها لاثبات الملكية لذي اليد .

والحاصل : انا ذكرنا ان الاصل بقاء مال المالك تحت يد العامل ، فله مطالبته بعد موت العامل، والمستشكل يقول: الاصل ان كل ماتحت يدالعامل مال نفسه، وهذا الاصل مخدوش، لان أصل كل ماتحت يده لنفسه انما يجرى في اليد المختصة، لااليد المشتركة ، والمفروض ان يد العامل كانت مشتركة فيستصحب بقاءاشتراكها ومع اثبات الاشتراك بالاستصحاب لامجال لاصالة كل ماتحت يد انسان لنفسه.

وبهذا تبين ان قول المستمسك الملكية ليست موضوعاً للكلام بل موضوعه الضمان واللاضمان سواء كانت ملكية أم لم تكن، فقاعدة اليد المقتضية للملكية لاتوافق أحدالاصلين ولاتخالفه، فالرجوع اليها بعد المعارضة غير ظاهر، الى آخر كلامه .

غير ظاهر الايراد على المصنف، كما ان قول بعض الحواشي اليد امارة الملك بالنسبة الى التركة الموجودة مالم يعلم باشتمالها على ملك الغير ، ولا

بـل فى بعض الصور يمكن ان يقال : ان يده يـد المالك من حيث كونه عاملا له كما اذا لم يكن له شيء أصلا فأخذ رأس المال وسافر للتجارة ولم يكن فى يده سوى مال المضاربة فاذا مات يكون مافى يده بمنزلة مافى يد المالك

علم في المقام، محل منع، اذ لانحتاج الى العلم الوجداني، بل العلم التنزيلي باستصحاب بقاء ملك المالك تحت يد العامل كان في الحكم بعدم دلالة يد العامل على ملكيته لكل التركة.

والحاصل: ان اليد اذا لم تكن معلومة الاشتراك كانت حاكمة على ان كل ما تحتها لذى اليد ، أما اذا كانت معلومة الاشتراك ـ علماً وجدانياً أو بامارة و نحوها كالاستصحاب ـ لم تحكم اليد بملكية كل ما تحتها لذى اليد فالاشتراك السابق الموجب للضمان باق الى الان .

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام المستمسك فراجع شرحه على قول الماتن [اذا كانت مختصة] .

(بل في بعض الصور يمكن ان يقال:) لاتجرى قاعدة يد العامل دليل على ملكه للتركة، فلا شيء للمالك فيها لـ (أن يده يد المالك من حيث كونه عاملا له،) وتحت يده مال المالك فقط.

(كما اذا لم يكن له شيء أصلا فأخذ رأس المال و) اتـجر به أو (سافر للتجارة ولم يكن في يده سوى مال المضاربة) حيث يكثر أن يكون المال من شخص والعمل من شخص آخر (فاذا مات) العامل (يكون مافي يده بمنزلة ما فى يد المالك ،) فلا تجرى قاعدة ما في يد انـسان هو لذى اليد حتى يثبـت خلافه ، بل القاعدة هنا ان ما في يد انسان [العامل] هو لغيـره حتى يثبت انه

وان احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال وانه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده وفي بعض الصور يده مشتركة بينه وبين المالك، كما اذا سافر وعنده من مال المضاربة مقدار، ومن ماله أيضاً مقدار

لنفسه .

(وان احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال) فلا مال للمالك عنده (وانه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده) فان هذا الاحتمال لا يرفع قاعدة ما في يده لغيره، بمقتضى الاستصحاب، وقول المستمسك: ان ذلك خلاف عموم حجية دليل اليد وخلاف المرتكزات العقلائية، غير ظاهر الوجه، كيف والاستصحاب لا يدع مجالا لعموم دليل اليد، وكونه مرتكز العقلاء أول الكلام، بل الظاهر لذي العقلاء انه لو كان بدون مال، وانما له العمل انه باق على حاله ذلك الان يثبت خلافه، ولذا اذا اشترى داراً أو نحوها قالوا انه سرق من مال المالك ونحو ذلك مما لا يخفى على من راجع العرف، ولا فرق في ذلك بين ان يوجد في التركة عين مال المالك مما يحتمل انه انتقلت اليه أو غيرها، فقول المستمسك: واظهر منه ما لو علم يتبدل العين التي كانت للمالك بعين اخرى، كما اذا كانت بيده دراهم فمات، فوجد بيده دنانير فانه لا مجال للحكم بانها ملك المالك ـ انتهى، محل منع .

(وفي بعض الصور يده مشتركة بينه وبين المالك، كما اذا سافر) أو لم يسافر (وعنده من مال المضاربة مقدار، ومن ماله أيضاً مقدار) ثم مات واحتمل ان مال المضاربة تلف، وانه استفاد لنفسه بمقدار مال المضاربة، أو ان هذا الباقي كل ماله، فان الاستصحاب ومرتكز العقلاء خلاف ذلك.

نعم في بعض الصور لايعد يده مشتركة أيضاً فالتمسك باليد بقول مطلق مشكل ثم ان جميع ماذكرانما هو اذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطاً والافلااشكال في ضمانه .

الثانية : ذكروامن شروط المضاربة التنجيز

(نعم في بعض الصور لايعد يده مشتركة أيضاً) كما اذاعلمنا انه يصفي كل مال المضاربة كل سنة مرة مثلا، ويأخذ المال من جديد ولم نعلم هذا الان بعد التصفية أوقبلها، وكذلك اذاعلمنا انهماعقدا عقد المضاربة ، ولم نعلم هل سلم المالك المال الى العامل أملا؟ ومات العامل وادعى المالك انه سلمه، وان بعض هذه الدنانير في تركة العامل له .

(فالتمسك باليد) لكون المال للعامل لاللمالك (بقول مطلق مشكل) لما عرفت من اختلاف الصور .

(ثم ان جميع ماذكر) من احتمال عدم ضمان العامل في بعض صور المسألة (انما هو اذا لم يكن) العامل (بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطاً) اذ اللازم الوصية بمال الناس في صورة ضياعه عند عدم الوصية (والافلااشكال في ضمانه) للخيانة، ولوشك في الافراط فالاصل عدمه حملا لفعل المسلم على الصحة، وليس الامر خاصاً بالموت ، بل اللازم ذلك عند ظهور امارات عدم القدرة لسجن دائم، أوجنون أوماأشبه، وقدتقدم ان الموت في كلماتهم من باب المثال .

(الثانية: ذكروا من شروط المضاربة التنجيز) فانه وان لم يذكر هذاالشرط جملة منهم في بعض الكتب ، لكنهم ذكروه في بعض الكتب الاخرفي العقود والايقاعات ممايدل على اشتراطهم جميعاً ذلك في كل تلك الابواب، فعن شرح

وأنه لوعلقها على أمر متوقع بطلت، وكذا اذا علقها على أمر حاصل اذا لم يعلم بحصوله نعم لوعلق التصرف على أمر صح وان كان متوقع الحصول ولادليل لهم على ذلك الادعوى الاجماع على أن أثر العقد لابد ان يكون حاصلا من حين صدوره

الارشاد للفخران تعليق الوكالة على الشرط لايصح عند الامامية.

وكذا سائر العقود جائزة كانت أولازمة وعن المسالك في مبحث اشتراطه التنجيز في الوقف، قال: واشتراط تنجيزه مطلقاً موضع وفاق كالبيع و غيره من العقود، وليس عليه دليل بخصوصه الى غير ذلك.

و قد ذكر الشيخ في المكاسب تفصيل الكلام في ذلك فلا حاجة الى تكراره.

(وأنه لو علقها على أمر متوقع) كطلوع الشمس، أوقدوم زيد (بطلت، و كذا اذا علقها على أمر حاصل اذا لم يعلم بحصوله،) كما اذا قال: ان كان هذا اليوم جمعة، حيث يعلم بأنه يوم الجمعة، أما اذا لم يعلم بأنه يوم جمعة بطلت أيضاً، وقد صرح بذلك المسالك، وألمع اليه جامع المقاصد وغيره.

(نعم لو علق التصرف على أمر صح) اذ ليس ذلك تعليقاً فى المضاربة، كما اذا قال: ضاربتك على كذا، لكن تصرفك في المال من يوم الجمعة، أو حين قدوم القافلة، وذلك لعموم الصحة بعد عدم الدليل على البطلان، بل عن التذكرة نفي الخلاف في الصحة.

(وان كان) ذلك الامر (متوقع الحصول) غير مقطوع به كقدوم زيد (ولا دليل لهم على ذلك) اشتراط التنجيز (الادعوى الاجماع) الذي قد عرفته (على أن أثر العقد لابد ان يكون حاصلا من حين صدوره،) والانه خلاف الكيفية

المتلقاة من الشارع في العقود والايقاعات، والا انه لو صح لصح في النكاح والطلاق مع ضرورة عدم صحته فيهما، واذا انتفى اللازم انتفى الملزوم، والا ما فى تعليق السيد البروجردي من قوله: لعل دليلهم هو منافات التعليق لتحقق المعاقدة بينهمابحسب اعتبارالعقلاء، والاصالة عدم الصحة بعد أن أصل الصحة الذي اطبقوا عليه في العقود لايشمل المقام لاطباقهم على عدم الصحة، والا ما ذكره الشهيد في القواعد بأن الانتقال بحكم الرضا، ولا رضا الا مع الجزم،و الجزم ينافى التعليق، والا ماعن الخلاف و المبسوط والتذكرة من انه لا دليل على الجواز والصحة اذا لم تكن منجزة، والا أن الانشاء لايعقل ان يتقدم على المنشأ، فالانشاء غير قابل للتعليق، والا ان العقود والايقاعات الشرعية منصرفة الى المتعارف وهو التنجيز لاالتعليق، وفى الكل ما لايخفى، لان الاجماع ان تم موضوعاً مشكل حكماً، لانه محتمل الاستناد، والكيفية المتلقاة من الشارع لاتقيد بعد ظهورها في أنها أحدى الصور، ووجود الاطلاق المحكم فى امثال ذلك، والضرورة فى النكاح والطلاق فارقة فكيف يقاس بهما ما لاضرورة فيه ولا منافات بين التعليـق والمعاقدة عند العقلاء، بل الظاهر انهم لايفرقون بين المعلق وغير المعلق، كما يشهد بذلك الرجوع اليهم، وبعد ذلك لايبقى مجال لاصالة عدم الصحة ، وجواب القواعد انه لماذا لايكون الرضا الا مع الجزم كما ان جواب الشيخ و العلامة ان الدليـل اطلاق الادلة بعد كون العقلاء لا يفرقون بين المعلق والمنجز.

أما مسألة تقديم الانشاء على المنشاء ففيه ان الانشاء خفيف المؤنة ، ومتعلق العقد أوالايقاع قد ينشأ حالا وقد يجعله انشاءاً في المستقبل ولذا قال المستمسك ان التعليق في العقود والايقاعات ثابت في الشريعة مثل الوصية التمليكية والعهدية والتدبير والنذر والعهد واليمين اجماعاً ، بل ضرورة عنـد أهل العلم مع انه

وهو ان صح انما يتم فى التعليق على المتوقع ، حيث ان الاثر متأخر وأما التعليق على ماهو حاصل فلا يستلزم التأخير بل فى المتوقع ايضاً اذا كان بنحو الكشف بأن يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالى لا يكون الاثر متأخراً

راجع الى تعليق المنشأ لا تعليق نفس الانشاء، فقول القائل: بعتك اذا جاء رأس الشهر، يراد به تعليق البيع على مجيء رأس الشهر لا تعليق انشاء البيع عليه ـ انتهى.

والانصراف الى المتعارف غير وجيه، اذ لا وجه للانصراف بحيث ينصرف وجه اللفظ بما لا يعد المعلق فرداً .

وأن شئت قلت: الانصراف ـ لو سلم ـ فهو بدوي ، ولذا قال المصنف: (وهو ان صح انما يتم في التعليق على المتوقع، حيث ان الاثر متأخر ، وأما التعليق على ماهو حاصل) فيما اذا يعلم بحصوله (فلا يستلزم التأخير ،) فلماذا ذكروا بطلانه ايضاً ، كما تقدم نقله عن المسالك وغيره.

(بل في المتوقع أيضاً اذا كان بنحو الكشف) على نحو الشرط المتأخر (بأن يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي) فالانشاء والمنشأ في الحال، وانما يكون الشرط متأخراً زماناً.

ومنه يعرف وجه النظر في اشكال السيد الجمال على قول المصنف [وجوده الاستقبالي] بان هذا من فروع ما تخيله من الواجب المعلق ، ولا يرجع الى محصل ـ انتهى .

اذ فيه انه لا اشكال فيه عقلاً أو شرعاً، فيشمله اطلاق الادلة فـ (لا يكون الاثر متأخراً،) نعم يرد عليه ماذكره المستمسك بانه خارج عن محل كلامهم فى

نعم لوقام الاجماع على اعتبار العلم بتحقق الاثرحين العقد تم فى صورة الجهل لكنـه غير معلوم ثم على فرض البطلان لامانع من جواز التصرف ونفوذه من جهة الاذن لكن يستحق حينئذ اجرة المثل لعمله

مانعية التعليق على المتأخر.

وكيف كان، فما ذكره الماتن صحيح في نفسه.

(نعم لو قام الاجماع على اعتبار العلم) علم العاقد (بتحقق الاثر حين العقد تم) شرط التنجيز (في صورة الجهل،) أى صورة التعليق على الشرط المقارن (لكنه) أى الاجماع (غير معلوم) فانه وادعى الاجماع على شرط التنجيز لكنك قـد عرفت الاشكال فيه بانه محتمل الاستناد ان تم صغراه ، ولـذا كان المحكى عن الحدائق الرجوع الى اصالة عدم الشرطية، وعن الكفاية نسبة الحكم الى المشهور.

(ثم على فرض البطلان لامانع من جواز التصرف) تصرف العامل الذى ضارب المالك معه بنحو التعليق (ونفوذه من جهة الاذن،) لان المالك له عقد، وله اذن، وليس الاول مقيداً للثاني ، فاذا بطل العقد بقي الاذن الموجب لصحة تصرف العامل ، و لذا احتـمل في القواعد ان مع فساد الوكالة لتعليـقها على الشرط، بقاء الاذن المسوغ للتصرف، وجعله التذكرة أقرب، والعلة فى الوكالة آتية فى المقام أيضاً.

نعم، ان احتمل ان الاذن كان مقيداً لم يجز التصرف، لانه لايجوز التصرف في مال الناس الا برضاهم.

(لكن) العامل (يستحق حينئذ اجرة المثل لعمله) لان الحصة المسماة قد

الا ان يكون الاذن مقيداً بالصحة فلايجوز التصرف أيضاً.

الثالثة: قدر مراشتراط عدم الحجر بالفلس فى المالك

ذهبت ببطلان العقد، فاذااستوفى المالك عمل العامل بالبدل- حسب قصدهما- كان له اجرة المثل عليه، ويأتى في المقام احتمال أقل الامرين من الاجرة والحصة على ما تقدم في بعض المسائل السابقة.

(الا انيكون الاذن مقيداً بالصحة) فحيث لاصحة لااذن، فلا يصح التصرف واذا ذهب كان له نماء عمله فقط على ما اخترناه من ان النماء تابع للمال و العمل معاً.

(فلايجوز التصرف أيضاً) أي كما لاصحة للعقد، واذا شك في انه بعد بطلان العقد، هل بقى الاذن أملا؟ كان المرجع عدم الاذن، لانه أمرحادث لم يعلم وجوده بعد العقد، حاله حال ما اذا انتهى زمن العقد، كما لو كانت مدة المضاربة سنة وانتهت مثلا.

ومن ذلك يعرف، وجه النظر في قول المستمسك: ومع الشك يرجع الى اطلاق العقد الموجب لاطلاق الاذن - انتهى.

ولو تصرف بزعم الاذن فقال المالك لم يكن للاذن اطلاق بل كان مقيداً بالعقد كان القول قوله لانه لايعرف الامن قبله وقد سبق في بعض المسائل السابقة تصديق قول من لايعرف الامن قبله، بل جعله الفقهاء قاعدة، وعليه فاذا لم يكن ربح لاشيء للعامل، واذا كان ربح كان له بقدر عمله لابقدر الاجرة ولابقدر الحصة، لان الحصة انتفت بانتفاء العقد، والاجرة لا مجال لها مع عدم وجود الاذن، والله سبحانه العالم.

(الثالثة: قدر مراشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك) لوضوح ان المحجور لايجوز له التصرف في ماله.

وأما العامل فلايشترط فيه ذلك لعدم منافاته لحق الغرماء نعم بعد حصول الربح منع من التصرف الا بالاذن من الغرماء بناءاً على تعلق الحجر بالمال الجديد

الرابعة : تبطل المضاربة بعروض الموت كمامر أو الجنون أو الاغماء كمامر فى سائر العقود الجائزة

(وأما العامل فـ) انه وان مر اشتراط عدم حجره، لكن الظاهر انه (لايشترط فيه ذلك لعدم منافاته لحق الغرماء ،) فانهم حقهم في مال الفلس لافي جسده .

(نعم بعد حصول الربح) الذى قد تقدم انه يملك الحصة بمجرد حصوله (منع من التصرف) في مجموع المال، لانه مشترك بينه وبين المالك ، وكما يمنع المفلس من التصرف في ماله الخاص يمنع من التصرف في المال المشترك .

(الا بالاذن من الغرماء بناءاً على) ماهو الصحيح من (تعلق الحجر بالمال الجديد) لوحدة المناط في المال القديم والجديد ، وان اشكل عليه بعض ، و تفصيل الكلام في ذلك في كتاب الحجر .

نعم، لو افرزت حصته جاز له التصرف في مال المضاربة بعد الافراز ، لان المال للمالك لاله ، فلا مانع من تصرفه ، اذ ليس المال متعلق الحجر .

(الرابعة: تبطل المضاربة بعروض الموت) لاحدهما (كما مر أو الجنون أو الاغماء كما مر في سائر العقود الجائزة) ولادليل على ذلك الا الشهرة المحققة عندهم ، والوفاق الذى ادعاه المسالك في شرح قول الشرائع تبطل الوكالة بالموت والجنون والاغماء من كل واحد منهما، قال: هذا موضع وفاق ولانه من أحكام العقود الجائزة ـ انتهى .

وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً او ادوارياً وكذا في الاغماء بين قصر مدته وطولها فان كان اجماعاً والافيمكن ان يقال بعدم البطلان في الادوارى والاغماء القصير المدة فغاية الامر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما

وعلله غير واحد، كما في التذكرة بخروجه حينئذ عن التكليف وسقوط اعتبار تصرفه وعباراته في شيء .

(وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً أو ادوارياً) دوراً قصيراً أو طويلا .

(وكذا في الاغماء بين قصر مدته وطولها) وانما كان ظاهرهم ذلك لاطلاقهم البطلان (فان كان اجماعاً) محققاً غير محتمل الاستناد فهو (والا) وهو الاظهر اذ لا قطع بصغرى الاجماع وكبراه مشكلة لظهور استنادهم الى ما تقدم من العلة .

(فيمكن ان يقال بعدم البطلان في الادوارى والاغماء القصير المدة) فيهما والفارق بين قصر المدة وطولها فيهما عدم شمول الاطلاقات لطويل المدة ، كما اذا اجن سنة أو اغمى عليه كذلك ، فان العرف يرى انهما كالنوم القصير مدته حسب المتعارف، بل النوم الطويل المدة كثلاثة أشهر ايضاً، غير مشمول للاطلاق فحاله حال طويل المدة منهما .

واما لو شك في انه طويل أو قصير ؟ كان المرجع العرف الذى يرى ان مثله مشمول للاطلاق ، أو الاطلاق منصرف عنه .

(فغاية الامر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما) للمالك، من العامل ، أما العامل حال حصولهما له، فلا اشكال ولا خلاف في عدم نفوذ تصرفه .

واما بعد الافاقة فيجوز من دون حاجة الى تجديد العقد سواء كانا في المالك أو العامل

أما الاول: أي وجه [غاية الامر] ان المالك حيث لاحق له في التصـرف بنفسه ، لاحق له في التصرف من العامل باذنه المضاربي ، اذ الوكيل كالاصيل.

وأما الثاني [أي العامل حال حصولهما له] فلان المجنون والمغمى عليه لاينفذ تصرفه، كعدم نفوذ تصرف النائم والسكران بالاجماع ـ الافيما استثنى من تزويج السكرى نفسها ـ لكن ربما يستشكل في عدم نفوذ تصرف العامل حال جنون أو اغماء المالك، لعدم التلازم بين عدم صحة عمل المالك وعدم حصة عمل العامل ، فكما انه اذا نام الاصيل صح للوكيل العمل ، ولا تلازم بين عدم صحة عمل الاصيل النائم وعدم صحة عمل وكليه ، كذلك المقام .

وكيف كان ، فمقتضى القاعدة عدم صحة تصرف المغمى عليه والمجنون أصيلا وعميلا .

واما عدم صحة تصرف العميـل حال جنون واغماء المالك ـ قصيراً ـ فلادليل عليه، سواء حال حصولهما للاصيل أو بعده .

(واما بعد الافاقة فيجوز من دون حاجة الى تجديد العقد سواء كانا في المالك أو العامـل) ولذا قال المستمسك : وان كان في الموكل فهو لايقتضى بطلان الوكالة، وعدم صحة تصرف الوكيل في حاله فضلا بعد الافاقة، فالبطلان لاتقضيه القواعد العامة، ولذا حكى عن جامع الشرائع عدم البطلان بالجنون ، وكذا في الاغماء ساعة، ولذا سكت عن المتن أعاظم المعلقين كالسادة ابن العم والجمال والبروجردي وغيرهم .

وكذا تبطل بعروض السفه لاحدهما

(وكذا تبطل بعروض السفه لاحدهما) وذلك لان المضاربة اذن والمالك اذاكان سفيهاً، فكما لايحق له التصرف بنفسه لايحق له التصرف بوكيله، والعامل اذا سفه لايحل له التصرف في الاموال، فانه ممنوع من التصرف في مال نفسه، فكيف لايمنع من التصرف في مال غيره، وقد قال سبحانه: «ولاتؤتوا السفهاء اموالكم» .

وفي المستمسك بعد نقله بطلان وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف عن الشرائع والقواعد وغيرهما ، قال: ويظهر منهم التسالم عليه ولولاه لاشكل ذلك بأن الحجر على الموكل لسفه ، انما يمنع تصرف الموكل لاتصرف الوكيل اذاكان توكيله في حال الرشد ، وفي بعض الحواشي عدم المانع من سفه العامل، وانما المانع في سفه المالك.

أقول : لادليل على ان سفه العامل مانع والاجماع غير مسلم ان لم يكن مسلم العدم، والاية يرادبها ماله لامال غيره، وهل يمنع الانسان ان يعطى ديناراً للسفيه ليشترى ويبيع الماء اذاربح فهو واذا خسر كان ذلك بثواب أمواته حيث أعطى الماء للعطاشى بثمن أقل فتأمل .

وأما المالك، فاذا كان له وكيل رشيد يدبر أمواله، وقدضاربه في حال رشده، حيث لايمنع من التصرف، فأي مانع من بقاء مضاربته، والمضاربة عقد كالاجارة ونحوها الاعتبار فيها بحال العقد ، كماتقدم مثله في الفرع السابق .

وعليه فمقتضى القاعدة عدم البطلان فيهما ، وان كانت المسألة بعد بحاجة الى التأمل .

أو الحجر للفلس فى المالك أو العامل أيضاً اذا كان بعد حصول الربح الامع اجازة الغرماء

الخامسة : اذا ضارب المالك فى مرض الموت صح وملك العامل الحصة وان كانت أزيد من اجرة المثل

(أوالحجر للفلس في المالك أوالعامل أيضاً) لانه بالحجر على المالك يقع أمواله تحت نظر الحاكم، فلايحق لنفسه التصرف فيها بنفسه أووكيله، وبالحجر على العامل لايحق له التصرف فى مال نفسه فكيف بمال غيره، وفيه: ماتقدم في السفه ، فان الحجر يمنع تصرف المالك لا المضارب العامل للمحجور فانها معاملة كالاجارة ، فاي أثر للحجر فى بقائها وعدمه ، وقد عرفت الجواب عن الاشكال فى العامل اذاحجر مماتقدم، ولذا قال جمع من المعلقين ان حجر العامل لايمنع تصرفه ولايبطل المضاربة، قال ابن العم: الظاهر عدم بطلان المضاربة في صورة حجر العامل بالفلس، وقال السيد البروجردى: تفليس العامل بعد ظهور الربح لايبطل المضاربة ، بل فى منعه من التصرف أيضاً اشكال.

أقول : فى اشكاله اشكال، ولذا قال المصنف: (اذا كان بعد حصول الربح الامع اجازة الغرماء) وذلك لان ماله الجديد يكون موضع الحجر ، كماله القديم ـ على ماتقدم ـ.

نعم، من رأى ان ماله الجديد لايكون موضع الحجر كان له اجازة العمل ، لان ربحه الجديد ليس موضع الحجر، فلاوجه لمنعه عن التصرف .

(الخامسة : اذا ضارب المالك في مرض الموت صح) للعمومات الشاملة لمضاربته، وكذا اذا ضارب العامل فى مرض الموت دون حصته (وملك العامل الحصة وأن كانت أزيد من اجرة المثل) كما يملك المالك الحصة ، وان كانت

على الاقوى من كون منجزات المريض من الاصل بل وكذلك على القول بانها من الثلث لانه ليس مفوتاً لشيء على الوارث اذ الربح أمر معدوم وليس مالا موجوداً للمالك وانما حصل بسعى العامل

أكثر من حقه ـ فلاحق للعامل فى الزائد بعد قراره ـ في الثاني (على الاقوى) فيهما (من كون منجزات المريض من الاصل) حيث لافرق بين المريض وغيره من هذه الجهة .

(بل وكذلك على القول بانها من الثلث) كما ذهب اليه جمع، وقد صرح غير واحد بمافى المتن، بل عن صريح مجمع البرهان، أوظاهره انه لاخلاف فيه، وان تأمل فيه بعض السادة المعلقين، وفى اطلاق تأمله نظر، اذلو كان تأمل لزم ان يكون فيما اذا زاد الزائد من حقه على الثلث ، والافمقتضى القاعدة ان الزائد يخرج من الثلث.

وكيف كان، فقد عللوا الصحة حتى على القول بأن المنجزات من الثلث بماذكره الماتن بقوله: (لانه ليس مفوتاً لشيء على الوارث اذالربح أمر معدوم وليس مالا موجوداً للمالك) حتى لايجوز التعدي فيه عن الثلث ـ على هذا القول ـ (وانما حصل بسعى العامل) لكن لايخفى مافى هذا التعليل، لان الربح نماء المال، فتمليكه المحاباتي تضييع على الوارث يشمله دليل المنع اذاكان أكثر من الثلث الاباجازة الوارث، أمابالاطلاق أوالمناط، ولذاأشكل على الماتن غير واحد من المعلقين ـ بناءاً على ان المنجزات من الثلث ـ كالمستمسك وغيره .

ومنه يعلم، حال مااذا ضارب العامل دون حقه ، فانه محاباة بماله للمالك فيشمله الاطلاق أو المناط، اللهم الا ان يقال: بين المالك والعامل فرق ففي

السادسة : اذا تبين كون رأس المال لغير المضارب سواء كان غاصباً أو جاهلا بكونه ليس لـه فان تلف فى يد العامل أو حصل خسران فلمالكه الرجوع على كل منهما

المالك يكون التنازل عن المال [الذي هو نماء المال] وفي العامل تنازل عن العمل وليس العمل مشمولا لادلة منجزات المريض، فكما يحق للمريض التبرع بعمل لانسان يحق له أخذ أقل من حقه منه ، وهذا هو مقتضى القاعدة .

و من الكـلام في المقام يعرف الكـلام فى طرفى المزارعة و المساقات والاجارة ـ فيمن استأجر أجيراً ـ والوكالة باجرة والجعالة وغيرها، حيث لايصح لباذل المال الزيادة ـ اذازادت عن اجرة المثل وعن الثلث ولم يجز الوارث ـ ويصح لباذل العمل النقيصة .

(السادسة : اذا تبين كون رأس المال لغير المضارب) والتبين طريقى ـ كما لايخفى ـ والا فالمعيار عالم الثبوت (سواء كان غاصباً أو جاهلا بكونه ليس له) والمراد بالجاهل عذره فى تصرفه ، اذ من الواضح ان الغاصب أعم من الجاهل .

والحاصل: عدم كون المال له، سواء كان عالماً بذلك أوجاهلا أو ناسياً أو غافلا، وسواء كان غصبه مع العلم حراماً أولا للاضطرار ونحوه.

(فان تلف فى يد العامل أوحصل خسران فلمالكه الرجوع على كل منهما) والمراد بحصول الخسران انه تاجر فخسر، لاان المعاملة صحيحة ،كما فرض المستمسك فاشكل على الماتن.

والحاصل : انمراد الماتن ان النقص سواء بالتلف الخارجى، أو التلف التجاري ـ وان كانت التجارة فى نفسها باطلة لعدم الاجازة ـ يسلط المالك على

فان رجع على المضارب لم يرجع على العامل

الاخذ من أي منهما بالاضافة الى الباقي من ماله الذي لم يتلف: وذلك لعموم على اليد، ولايتوى وماأشبه مما يشمل كلا منهما، وقد حقق فى محله ان الضمان ليس تابعاً للعلم والعمد ، بل يشمل وان كان الاتلاف اضطرارياً، الافيما كان اذن من الشارع مثل القاء الامتعة فى البحر عندخوف غرق السفينة ، كماذكررا .

(فان رجع) المالك (على المضارب لم يرجع على العامل) وقدذكره العلامة في بعض كتبه وغيره، وعللوه بأن العامل أخذه من المضارب على وجه الامانة، وليس على الامين شيء، لكن في القواعد وغيره التفصيل فى المسألة بين علم الثاني فيرجع الاول عليه، وبين جهله فلايرجع الاول عليه، وعلله بانه مع العلم قد استقر التلف فى يده .

وكذا ذكر السيد البروجردى وبعض المعلقين الاخر بانه مع علم الثاني يرجع المضارب اليه .

وكيف كان، فللمسألة صور أربع، لان المضارب أما عالم أوجاهل، وعلى كل حال، العامل أما عامل أوجاهل، فان كانا عالمين رجع المضارب الى العامل لشمول على اليد له ، فقد أتلف مال الغير وهو عالم ، فاذا أخذ الغير ماله من المضارب طلب المضارب بدله ممن تلف في يده، لانه في الحقيقة اعطاء من المتلف الى المالك ـ لكن بواسطة المضارب ـ وان كان العامل فقط عالماً رجع المضارب اليه ، كما ذكر في الصورة الاولى ، وان كانا جاهلين ، فالظاهر عدم رجوع المضارب لان المضارب غر العامل فلايرجع الغار الى المغرور ، لانه خلاف المغرور يرجع الى من غر ـ وهو حديث نبوى معمول به، بل مجمع الاستناد اليه فهو حجة ـ فاذا كان المغرور يرجع الى من غرلم يرجع الغار على المغرور،

وان رجع على العامل رجع اذا كان جاهلا على المضارب وان كان جاهلا أيضاً لانه مغرور من قبله وان حصل ربح كان للمالك اذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله

واطلاقه شامل لما اذا كان الغار عامداً أم لا؟ فاذا زعم زيد ان الطعام لنفسه فاعطاه لعمرو وعمرو جاهل بانه ليس لزيد فأكله لم يرجع زيد الى عمرو بثمنه اذا رجع مالك الطعام الى زيد، فان دليل الغرور حاكم على دليل اليد، وان كان المضارب فقط عالماً لم يرجع الى العامل لما ذكر في صورة جهلهما .

(وان رجع) المالك (على العامل رجع) العامل (اذا كان جاهلا على المضارب وان كان جاهلا أيضاً) أما في صورة علم المضارب فلانه غر العامل والمغرور يرجع الى من غر واما في صورة جهل المضارب فـ(لانه مغرور من قبله) حيث أوهمه المضارب انلاخسارة عليه، كما تقدم في مسألة رجوع المالك الى المضارب ، ولايخفى ان عدم رجوع العامل الى المضارب في صورة التلف والخسران انما هو اذا لم يكن التلف والخسران بتعد أو تفريط والالم يرجع، اذ ليس مغروراً حينئذ ، فان المضارب لم يرفع التلف عن عاتقه اذا تعدى حتى يصدق عليه المغرور

(وان حصل ربح كان للمالك) فقط عند المصنف، بل المشهور الذين يرون الربح ناتج المال (اذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله) فانه اذا لم يجز لم تكن معاملة حتى يكون ربح، كما ان المالك اذا أجاز نفس المضاربة كان الربح بينه وبين العامل على حسب ما قرر في المضاربة ـ كذا ذكره المستمسك ـ .

لكن بناءاً على ما تقدم من ان الربح حاصل المال والعمل اذا كان للمضارب مدخلية في الربح عرفاً لم يستبعد ان يكون له شيء بقدر حقه .

وللعامل اجرة المثل على المضارب مع جهله

ومنه يعلم، وجه النظر في قوله: (وللعامل اجرة المثل على المضارب) اذ الربح بين المالك والعامل، فلماذا يكون شيء على المضارب ؟ بل اللازم ان يكون الربح مقسماً بين المالك والعامل، وعليه فلا مجال لقوله: (مع جهله) اذ الربح وليد الامرين حتى مع العلم .

وكيف كان فالصور أربع فانه اذا ربح واجاز المالك البيع ـ لا المضاربة ـ فأما المضارب و العامل عالمان أو جاهلان أو احدهما عالم والاخر جاهل ـ بصورتيه ـ فاذا كانا عالمين كان للعامل مقدار حقه ـ لا الاجرة ولا المقدار المبنى عليه بين المضارب وبينه ، اذ الاجرة قد تكون دون الحق، وقد تكون فوقه ، بالاضافة الى انه لا وجه للاجرة لانها تكون تابعة للاجارة ولم تحصل وانما قلنا كان له مقدار حقه لما سبق من ان الربح تابع للمال والعمل معاً ، وان كان العامل عالماً كان كذلك، لان المضاربة لما كانت باطلة لم يكن له الا مقدار حقه .

وان كانا جاهلين ، فالظاهر انه اذا كان مقدار حقه العملى أقل من مقدار حقه المضاربي ، لم يكن له الرجوع الى المضارب بالتفاوت ، مثلا ضاربه على ان يكون له نصف الربح وحقه العملي الذي استوفاه من المالك ربع الربح فانه ليس له الرجوع الى المضارب بالربع الاخر [بزعم انه مغرور لانه دخل لان يكون له النصف، فاللازم اعطاء الغار التفاوت] وذلك لان زعمه ان له النصف لا يوجب زائداً على حقه، فهو ليس بمغرور بالنسبة الى الزائد من حقه [الذي زعم انه له حسب القرار المضاربي].

ومنه يعلم حال ، ما اذا كان العامل جاهلا دون المضارب .

والظاهر عدم استحقاقه الاجرة عليه مع عدم حصول الربح لانه أقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله كما انه لا يرجع عليه اذا كان عالماً بأنه ليس له لكونه متبرعاً بعمله حينئذ .

السابعة : يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم فيجب على المشروط عليه ايقاع عقدها مع الشارط

(والظاهر عدم استحقاقه) أي العامل (الاجرة عليه) على المضارب (مع عدم حصول الربح لانه أقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله) فهو الذي أهدر حقه كالذي يلقى متاعه في الشارع معرضاً عنه، حيث يسقط ملكه عنه، وقد تقدم تفصيل الكلام في ذلك في المسألة الثامنة والاربعين فراجع .

(كما انه لا يرجع عليه اذا كان عالماً بأنه ليس له لكونه متبرعاً بعمله حينئذ) كان الاولى ان يقول: انه هتك احترام عمله، لانه تبرع به، وكأنه أراد لازم الهتك واذهاب الاحترام ، وقد تقدم الكلام في هذا الفرع أيضاً .

ومنه يعلم وجه النظر في قول المستمسك انه لم يقصد التبرع، وانما قصد الربح ولو تشريعاً، فيكون المضارب قد استوفى عمله فعليه ضمانه الى آخره، فان قصد الربح مع العلم لا ينفع.

(السابعة: يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم) بان يشترط ايقاع عقد المضاربة، ولذا قال: (فيجب على المشروط عليه ايقاع عقدها مع الشارط) اذا كان الشرط ذلك، والامر من شرط مثلا قد يبيع زيد لعمرو داراً بشرط ان ان يضارب معه في التجارة، وقد يشترط ان يضارب مع ابنه في التجارة، ولا فرق في وجوب العمل بالشرط ان يشترط عليه ان يكون مالكاً في المضاربة ،أو ان يكون عاملا.

ولكن لكل منهما فسخه بعده والظاهر انه يجوز اشتراط عمل المضاربة على العامل بأن يشترط عليه أن يتجر بمقدار كذا من ماله الى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما نظير شرط

ثم الظاهر لزوم ان يكون حدود الشرط معلوماً، أما اذا كان غير معلوم يبطل الشرط ، اذ المضاربة بكم ولكم مدة ، وما الى ذلك لها سعة كبيرة اذا لم تحدد بالحدود العقلائية بطل الشرط لانه غرر، وقد نهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم عن الغرر، لكن بطلان الشرط لايستلزم بطلان العقد وانما يعطي للشارط حق الخيار .

وكيف كان، فمن ما تقدم يظهر وجه النظر في قول السيد البروجردى : حقيقة المضاربة غير قابلة للاشتراط كذلك وايقاع عقدها غير مقصود للعقلاء اذ فيه ان ايقاع عقدها المتعقب بالعمل اذا لم يفسخ مقصود للعقلاء .

(ولكن لكل منهما فسخه بعده) اذ المضاربة جائزة والشرط كان العقد بموازينه وقد و فى المشروط عليه بالشرط ، هذا اذا لم يكن الشرط العقد المتعقب بالعمل والا نافى الفسخ الشرط مما يعطى للشارط حق فسخ تلك المعاملة اللازمة .

(والظاهر) من اطلاق أدلة الشرط الشامل للمقام (انه يجوز اشتراط عمل المضاربة على العامل) بدون اجراء عقدها (بأن يشترط عليه أن يتجر بمقدار كذا من ماله الى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما) بالتناصف أو غيره، لكن هذا لا يكون مضاربة شرعية ، ولا تترتب عليه أحكام المضاربة ، فهو من قبيل شرط النتيجة الذى يصح أحياناً ، ولا يصح أحياناً، مثل شرط ان تكون زوجية بلا عقد أو تخرج عن حبالته بلا طلاق الى غير ذلك، فهو (نظير شرط

كونه وكيلا فى كذا فى عقد لازم وحينئذ لايجوز للمشروط عليه فسخها كما فى الوكالة .

الثامنه : يجوز ايقاع المضاربة بعنوان الجعالة كأن يقول : اذا اتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه

كونه وكيلا في كذا) في عقد لازم فقد يشترط اجراء عقد الوكالة ،وقد يشترط العمل الخارجى المترتب احياناً على الوكالة العقدية ، و عليه فاذا شرط عقد الوكالة وعقدها كان له الفسخ، لان الوكالة عقد جائز وقد فعل ما شرط واحتمال لزوم العمل في الجملة في الوكالة والمضاربة، على ماذكره بعض المعلقين لان صرف العقد ليس مقصوداً للعقلاء غير تام، اذ قد يكون صرف العقد مقصوداً.

(وحينئذ) اذا كان الشرط عمل المضاربة ـ لاعقد المضاربة ـ (لايجوز) أى لايصح (للمشروط عليه فسخها) اذ ليس عقداً حتى يقبل الفسخ ، بل اللازم على المشروط عليه العمل (كما فى) شرط (الوكالة) عملا حيث لا يقبل الفسخ .

(الثامنة: يجوز ايقاع المضاربة بعنوان الجعالة كأن يقول: اذا اتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه) أويقول : من اتجر بهذا المال وربح فله نصفه، وذلك لاطلاق أدلة الجعالة الشاملة للمقام ، والفرق ان الجعالة ايقاع ، و المضاربة عقد ، وهذا الذى ذكره الماتن هو الذى سكت عليه المعلقون ممن وجدت تعليقاتهم الا السيدان البروجردى والحكيم.

فقال الاول: ان قلنا بصحة الجعالة مع عدم معلومية الجعل بحسب الكمية وعدم وجوده حال عقدها وهو محتاج الى التأمل .

وفيه: ان لاوجه للتأمل بعد كون الامر عقلائياً، ولم يردع عنه الشارع، و

فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة ولايلزم أن يكون جامعاً لشروط المضاربة

احتمال انه غرر،فيشمله نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر ، غير تام،اذ ليس غرراً عرفياً،وقد ذكرنا في بعض مباحث الكتاب انما ذهب اليه الشيخ المرتضى[ره]من اخصية دائرة الغرر الشرعي عن الغرر العرفي بحاجة الى التأمل، لان الشارع لم يبين الموضوع،فاللازم أخذه من العرف فلا يكون بينهما الا التساوى.

وقال الثاني : المضاربة مخالفة لقاعدة كون الربح لصاحب الاصل التى هي مقتضى المعاملة، ولكن بنى عليها للدليل الخاص وهذا الدليل لم يكن فى الجعالة، وعليه فلا تصح في المقام لمخالفتها، لقاعدة لزوم رجوع الربح الى المالك .

وفيه أولا : قد تقدم ان مقتضى القاعدة كون الربح لهما المالك والعامل، فليست المضاربة مخالفة للقاعدة.

وثانياً: ان الجعالة أمر عقلائي فتصح، وأن سلم كلامه فى المضاربة وعليه فلا فرق بين الصورة المذكورة في المتن، وبين ان يقول: اتجر بهذا المال، فاذا ربحت اعطيتك حصة من الربح، وكذا يصح جعل الامر صلحاً، كأن يقول صالحتك على ان تعمل بهذا المال على ان يكون نصف الربح لك، وذلك لانه امر عقلائى أيضاً، والشارع لم يردع عنه، فيشمله اطلاق دليل الصلح.

وكيف كان (فيكون) ما ذكره الماتن (جعالة تفيد فائدة المضاربة) بشرط ان يكون بشروط الجعالة كأن يكون له جعل ولا يكون غرراً عرفياً ، ويكون كل منهما بالغاً عاقلا، الى آخر الشروط المذكورة هناك.

(ولا يلزم ان يكون جامعاً لشروط المضاربة) لانه ليس مضاربة، كما انه

فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين أو ديناً أو مجهولا جهالة لاتوجب الغرر وكذا في المضاربة المشروطة في ضمن عقد بنحو شرط النتيجة فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين

اذا اوقعاه صلحاً لزم توفر شروط الصلح فيه، لاشروط المضاربة والجعالة.

(فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين) واشكال بعض المعلقين في ذلك غير ظاهر الوجه (أو ديناً أو مجهولا جهالة لاتوجب الغرر) اذ الغرر منهي عنه مطلقاً فيشمل الجعالة وقد تقدم الكلام حول هذا الشرط وما قبله في شروط المضاربة.

(وكذا) لايشترط شروط المضاربة العقدية (في المضاربة المشروطة في ضمن عقد) لازم (بنحو شرط النتيجة) كما تقدم في المسألة السابقة و قول المستمسك هذا غير ظاهر ، اذ المضاربة مفهوم واحد ، ولا فرق بين جعله بالاصالة وبالتبعية، وكل مايعتبر في الاول يعتبر في الثاني، فلو شرط في حال فقد الشرائط كان الشرط مخالفاً للكتاب فيكون باطلا ـ انتهى.

غير ظاهر الوجه ، اذ الكلام ، في جعل الشرط نتيجة المضاربة لا عقد المضاربة والشرائط المعترة انماهي في عقد المضاربة، ولذا سكت على الماتن كافة المعلقين الذين ظفرت على تعليقاتهم .

(فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين) ان قلنا باشتراطه في المضاربة حيث قد تقدم استظهار عدم الاشتراط، وكذا بالنسبة الى سائر الشروط الخاصة بالمضاربة، مثل كون الربح نسبة لاقدراً خاصاً ، الى غير ذلك .

التاسعة : يجوز للاب والجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بايقاع عقدها بل مع عدمه أيضاً بأن يكون بمجرد الاذن منهما وكذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير على أن يكون الربح مشتركاً بينه وبين العامل

(التاسعة: يجوز للاب والجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بايقاع عقدها) مع نفسه بعنوان الولاية، لكن اللازم مراعات المصلحة لهما ، أو عدم المفسدة على الاختلاف في تصرفهما في شئونه، واحتمال لزوم تعدد الموجب والقابل ، بالاضافة الى انه غير ظاهر الوجه حتى في النكاح يمكن تداركه بتوكيل الاب والجد انساناً عنهما، أو عن الصغير ليكون العاقداثنين ، كما يصح جعل نفسهما مالكاً، والصغير عاملا،اذ قد تقدم عدم بعد ذلك بالنسبة الى الصغير ، وكذلك يصح جعل الجعالة مكان المضاربة ، كما قد تقدم في المسألة الثامنة .

(بل مع عدمه أيضاً) بأن يكون على نحو المعاطات فقول المستمسك : و حينئذ لايكون مضاربة لم يعرف وجهه، اللهم الا ان يريدان المصنف أرادذلك بقرينة قوله: (بأن يكون بمجرد الاذن منهما) فيرد على المصنف انه لم يذكر المعاطاة الا اذا أراد بالعقد الاعم من اللفظي والعملي .

(وكذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير) لاطلاق ولايتهما الشاملة لذلك (على أن يكون الربح مشتركاً بينه) اي المولى عليه (وبين العامل) أوله حصة ايضاً لاشرافه ، وكذا لهما الاذن للغير في المعاملة بماله ولهما جعله معاطاة ، وعليه فصور كون المال للصغير ستة ، العقد المضاربي والمعاطاة والاذن لهما أو للغير ، ومعنى الاذن لانفسهما الالتفات الى انه مال الصغير يتعاملان معه، و

وكذا يجوز ذلك للوصى فى مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والامن من هلاك المال .

العاشرة : يجوز للاب والجد الايصاء بالمضاربة بمال المولى عليه بايقاع الوصى عقدها لنفسه أولغيره مع تعيين الحصة من الربح أوايكاله اليه وكذا يجوز لهما الايصاء بالمضاربة فى حصة القصير من تركتهما

الربح بينهما، واذا صح جعل الصغير عاملا جائت الاقسام الستة هنا أيضاً .

(وكذا يجوز ذلك للوصي في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والامن من هلاك المال) هذا عطف تفسير، وذلك على ما ذكروا في مطلق تصرفاته في مال الصغير.

قال سبحانه: «ولاتقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن» .

وكذا يجوز للحاكم ووكيله بالنسبة الى مال المجانين والغيب وما أشبه لادلة الولاية ـ على الحدود التي ذكروها في ولاية الفقيه ـ .

(العاشرة: يجوز للاب والجد الايصاء بالمضاربة بمال المولى عليه) بأن يوصيا (بايقاع الوصى عقدها) وذلك لاطلاق أدلة ولايتهما حتى للوصية بشئون المولى عليه، وكذا يجوز لهما الوصية بالعمل المضاربي على نحو النتيجة، بدون العقد ـ كما تقدم ذلك في غير مال الصغير ـ (لنفسه) بأن يكون العامل عاملا للصغير (أو لغيره) أو لهما (مع تعيين الحصة من الربح أو ايكاله اليه) أي الى الوصي ليعمل حسب المصلحة .

(وكذا يجوز لهما الايصاء بالمضاربة في حصة القصير من تركتهما) وهذا بخلاف السابق، حيث كانت الوصية بالنسبة الى مال المولى عليه المملوك حال

بأحد الوجهين كما انه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبة الى الثلث المعزول لنفسه بأن يتجر الوصى به أو يدفعه الى غيره مضاربة ويصرف حصة الميت فى المصارف المعنية للثلث وكذا يجوز الايصاء منهما بالنسبة الى حصة الكبار أيضاً

الوصية،وكذا يجوز قسم ثالث وهوما اذا يحصل المولى عليه ما لافي المستقبل لامن تركة الاب والجد كان يوصى بالمضاربة بما يحصله من ارث امه أو ما يحصله جائزة على درسه مثلا (بأحد الوجهين) لنفسه أو لغيره الى آخره .

وكذا المضاربة ونتيجة المضاربة ، ولم يعلم وجه لاشكال السيد الجمال بأن الايصاء ـ مطلقاً ـ لايخلو من اشكال، الاان يقال انه لااطلاق في دليل ولايتهما يشمل مثل هذا الايصاء ، وفيه: انه بالاضافة الى الاطلاق يدل عليه ما يأتى من الخبرين .

(كما انه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبة الى الثلث المعزول لنفسه) وهما من باب المثال، والافلا فرق بين الاب والجد وغيرهما في هذا، وانما نقول به لاطلاق أدلة الوصية الشاملة للمقام أيضاً ، واحتمال ان الثلث غير مملوك لاحد ولامضاربة الا في المملوك مردود بأن الملك أمر اعتباري ، والعرف والشرع جعلاه للميت.

(بأن يتجر الوصي به أو يدفعه الى غيره مضاربة ويصرف حصة الميت في المصارف المعنية للثلث) أو يصرفه فيما يراه صلاحاً، أو يشترى بالربح داراً أو دكاناً مثلا، ويصرف ربحه في المصارف،أو يجعل تلك الدار مدرسة للطلاب مثلا، الى غير ذلك مما هو مشمول لاطلاق الادلة .

(وكذا يجوز الايصاء منهما بالنسبة الى حصة الكبار) من الارث (أيضاً)

ولايضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم الى مدة

كما ذكره المحقق، وقال في المسالك: المصنف واكثر الجماعة اطلقوا الصحة في الورثة الشامل للمكلفين، وعن الكفاية ان المشهور لم يعتبروا كون الاولاد صغاراً، وقد استندوا في ذلك الى الرواية الآتية في المسألة والى انه مقتضى القاعدة، وفي كلا الامرين اشكال، كما سيأتي، وفي قبال هذا القول ما يحكي عن ابن ادريس من المنع حتى في مال الصغار، وكأنه لان ولايتهما تنقطع بموتهما وفيه: ما عرفت واعدل الاقوال هو حق الوصية بالنسبة الى الصغار، والثلث وعدم حقهما بالنسبة الى حق الكبار، لانه خلاف قاعدة سلطنة الناس على اموالهم.

نعم لو وصي الاب والجد بالنسبة الى الكبار، وامضو صح، وليس لهم الرجوع بعد الموت لما دل على لزوم الوصية، اذ اقبله الموصى اليه، فانه كما يرفع القبول النفوذ بالنسبة الى نفس الانسان يرفع النفوذ بالنسبة الى ماله.

وعلى هذا، فلو أوصى بالنسبة الى أموال الكبار ولم يجيزوا الوصية، لا في حال حياته ولا بعد موته، وعمل الوصي بما أوصى كانت المعاملة فضولية ان شائوا أجازوا المضاربة أو البيع الذي تبعها، وان شائوا لم يجيزوا، وقد تقدم الكلام في مثل ذلك في مسألة كون رأس المال لغير المضارب، ولو أوصى الاب والجد والابن صغير وقبل عمل الوصى في ماله بالمضاربة كبر لم يصح له التصرف لانقطاع الولاية بكبره، ولو كبر وجن انتقلت الولاية الى الحاكم الشرعي ـ على ما ذكروا ـ فلاحق للوصى، بل وان اتصل جنونه بصغره، وان اشكلنا على ذلك في بعض مباحث [الفقه].

وحيث قد عرفت الاشكال في الوصية بالنسبة الى مال الكبار تعرف الاشكال في قوله: (ولايضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم الى مدة) اذ سواء

لانه منجبر بكون الاختيار لهم فى فسخ المضاربة واجازتها كما ان الحال كذلك بالنسبة الى مابعد البلوغ فى القصير فان له أن يفسخ أو يجيز وكذا يجوز لهما الايصاء بالاتجار بمال القصير على نحو

كان ضرراً أو ربحاً أوليس احدهما لاحق للميت في الوصية المذكورة ولاحق للوصي في التنفيذ، هذا بالاضافة الى ان اطلاقه انه ضرر عليهم غير تام، اذ ليس ذلك يلازم الضرر ـ كما أشار اليه المستمسك ـ.

وتعليله بقوله: (لانه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة واجازتها) غير ظاهر الوجه، لانه ان لم يكن للميت والوصي حق، فلا حق حتى يحتاج الى التعليل، فهو مثل ان يقال بصحة وكالة اجنبي لزيد في المضاربة بمال عمرو فهل يصح ان يعلل ذلك بـ [لانه منجبر...] وان كان للميت حق فهو حقه، سواء كان انجبار أم لا ؟

ومنه يعلم ان اشكال المستمسك على الماتن بقوله: اذا كانت الوصية اضراراً بالورثة، فهى باطلة بلاحاجة الى الفسخ، لانها صحيحة ويكون للوارث الفسخ ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه، لانه اذا لم يكن حق الميت والوصي فلا يقع الكلام في انه اضرار أولا؟ بل يكون ذلك حينئذ من باب السالبة بانتفاء الموضوع .

(كما ان الحال كذلك بالنسبة الى ما بعد البلوغ في القصير فان له أن يفسخ أو يجيز) لانه بالبلوغ يملك أمره وتنقطع الولاية عنه ـ كما هو واضح ـ.

ومنه يعلم، ان ذكر المستمسك الاضرار به وعدمه لم يظهر له محل.

(وكذا يجوز لهما) الاب والجد (الايصاء بالاتجار بمال القصير على نحو

المضاربة بأن يكون هو الموصى به لايقاع عقد المضاربة لكن الى زمان البلوغ أو أقل وأما اذا جعل المدة أزيد فيحتاج الى الاجازة بالنسبة الى الزائد ودعوى عدم صحة هذا النحو من الايصاء لان الصغير لامال له حينه وانما ينتقل اليه بعد الموت

المضاربة بأن يكون هو الموصي به لايقاع عقد المضاربة) فيوصي بنتيجة العقد، لابالعقد نفسه ـ كما سبق مثل ذلك في بعض المسائل السابقة، والمعنا اليه في هذه المسألة .

ومنه يعلم، ان قول المستمسك :يعنى تكون الوصية انشاءاً للمضاربة بعد الموت نظير الوصية التمليكية التي هى انشاء للتمليك بعد الموت ، غير ظاهر الوجه.

(لكن الى زمان البلوغ أو أقل) اذلاحق للولي فى الولاية بعد زمان البلوغ (وأما اذا جعل المدة أزيد فيحتاج الى الاجازة بالنسبة الى الزائد) من القصير بعد ان بلغ ، لانه ماله وله الولاية فيه ، وقول المستمسك بأن الوصية اذا لم تكن مضرة نافذة لما بعد البلوغ، غير ظاهر الوجه، اذ نفس الولى لم يكن له ولاية لما بعد البلوغ، فكيف تكون الولاية لوصيه بعد البلوغ ، فان ذلك مناف لقاعدة سلطنة الناس على اموالهم.

(ودعوى عدم صحة هذا النحو) أي الوصية بنتيجة المضاربة (من الايصاء) الذي ذكره بقوله: بأن يكون هو الموصى به لايقاع عقد المضاربة.

(لان الصغير لا مال له حينه) أي حين الايصاء (وانما ينتقل اليه بعد الموت) فكيف يوصي الاب والجد بأن يتصرف الوصي في مال الصغير تصرفاً على نحو المضاربة ، فأن الوصية تحتاج الى المتعلق ، ولا متعلق هنا، اذ متعلقها [مال

ولادليل على صحة الوصية العقدية فى غير التمليك فلايصح أن يكون ايجاب المضاربة على نحو ايجاب التمليك بعد الموت مدفوعة بالمنع

الصغير] ولا مال للصغير حال الوصية .

(و) ان قلت: كما يصح ان يملك الموصي قبل موته، أى يوجب التمليك كذلك يصح ان يوصي بعمل المضاربة فى مال ولده قبل موته فذاك ايجاب تمليك وهذا ايجاب وصية ومتعلق كليهما [مال نفسه ومال ولده] بعد الموت .

قلت: (لادليل على صحة الوصية العقدية) أي عقد الوصية المتعلقة بالمال (في غير التمليك) فيصح ان يقول: كتابي ملك فلان بعد موتي ولايصح ان يقول: نقد ولدى يضارب به بعد موتي.

(فلا يصح ان يكون ايجاب المضاربة على نحو ايجاب التمليك بعد الموت) اذ ثبت ذلك في التمليك ، ولم يثبت ذلك في الوصية بنتيجة عقد المضاربة، و كان المستمسك استظهر من لفظ [الايجاب] فى كلام المصنف انشاء المضاربة ولذا فسر عبارته السابقة [بان يكون هو الموصى به] بما ذكره فى شرحه [يعنى تكون الوصية انشاءاً للمضاربة] وأشكل على الماتن هنا: [لان الصغير لا مال له حينه] بقوله: [هذا الادخل له في الاشكال ..الخ] مع ان الظاهر من عبارة المصنف مافسرناه فراجع كلامه.

(مدفوعة بالمنع) اذ عدم مال للصغير حين الوصية لايمنع ان يوصى بانه لدى حصول المال له يعمل به عمل المضاربة، كما لايمنع من أن يوصى ان يعقد على ماله عقد المضاربة.

فأولا: اطلاق أدلة الوصية يشمله.

مع انه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل فى قضية أبن أبى السالمى وموثق محمد بن مسلم المذكورين فى باب الوصية

وثانياً: (مع انه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل في قضية أبن أبي السالمي وموثق محمد بن مسلم المذكورين في باب الوصية) .

والاول حجة ايضاً لرواية المشايخ الثلاثة له، ولانه رواه، من هو من اصحاب الاجماع فقد روي محمد بن أبي عمير عن عبد الرحمان بن الحجاج عن خالد ابن بكر الطويل قال : دعانى أبي حين حضرته الوفاة فقال يا بنى اقض مال اخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح واعطهم النصف وليس عليك ضمان فقد تبين أم ولد أبي بعد وفاة ابي الى ابن ابى ليلى فقالت ان هذا كل اموال ولدي قال: فاقتصصت عليه ما أمرني به، فقال لي ابن ابي ليلى: ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه ثم اشهد علي ابن ابي ليلى ان انا حركته فانا له ضامن فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصتى، ثم قلت له: ماترى؟ فقال: أما قول ابن ابي ليلى فلا استطيع رده، وأما فيما بينك وبين الله عزوجل فليس عليك ضمان .

أقول: لعل ابن ابي ليلى رده، لانه ادعى الوصية، وتلك بحاجة الى الشاهد، ولعل الامام عليه السلام قرر ذلك حيث قال: (فيما بينك وبين الله) مثل قتل الانسان زوجته اذا رآها تزني، حيث انه معذور فيما بينه وبين الله ، وان كان يحتاج الى الاثبات عند الحاكم ، كما ورد في حديث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهل الامام أراد بقوله : (لا استطيع رده) انه حكم صحيح أو لتقية من القاضي الجائر، أو لان المستفتى لا يمكن من ان يعمل بالوصية لاذية القاضى له احتمالات، والموثق هو ما رواه المشايخ الثلاثة رحمهم الله، عن محمد بن مسلم، عن ابي

وأما بالنسبة الى الكبار من الورثة فلايجوز بهذا النحو لوجوب العمل بالوصية وهو الاتجار فيكون ضرراً عليهم

عبدالله عليه السلام، انه سأل عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية ان يعمل بالمال، وان يكون الربح بينه وبينهم فقال: لابأس به من أجل ان أباه قد اذن له في ذلك وهو حي.

وظاهر الخبرين ليس ايجاب المضاربة، بل الوصية بعمل المضاربة، كما ليس وصية بعقد المضاربة، فما فهمه المصنف ـ حسب ما استظهرناه منه، لا كما فهمه المستمسك منه ـ هو الظاهر والكلام في تفصيل ما في الروايتين خارج عن محل البحث في المضاربة، ولذا تركناه لموضعه، وحيث ان ظاهرهما عمل الوصي المضاربة لاوجه لاحتمالات المستمسك في المراد من عبارة الموصي فراجع كلامه.

وكيف كان، فالوصية بالعقد وبالعمل كلاهما صحيح (وأما بالنسبة الى الكبار من الورثة فلايجوز) لابنحو الوصية بالعقد ولابنحو الوصية بالعمل المضاربي، كما أفتى بعدم الجواز غير واحد، لانه خلاف سلطنتهم على أموالهم، والروايتان أوليهما في الصغار، وثانيتهما لااطلاق لها، حيث ان السؤال فيها عن واقعة خارجية والواقعة لااطلاق لها ان لم نقل بأن ظاهرها انهم كانوا صغاراً، لانه المنصرف في الوصية بالولد ومالهم، وفي المستمسك: لايبعد وحدة الواقعة المحكية بالخبرين.

ثم ان المصنف فصل بين ماتقدم فاجازه بالنسبة الى الكبار وبين هذا النحو فقال: لايجوز (بهذا النحو لوجوب العمل بالوصية وهو الاتجار فيكون ضرراً عليهم) وكأنه ـ بعد تسليمه صحة هذه الوصية من جهة الرواية الخاصة ـ لان

من حيث تعطيل حقهم من الارث وان كان لهم حصتهم من الربح خصوصاً اذا جعل حصتهم أقل من المتعارف .

الحادية عشر: اذاتلف المال فى يدالعامل بعدموت المالكمن غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه

الوصية السابقةبالعقد، والعقدالذي يختارالكبير فسخهلاضررفيه، وهذهالوصية بالاتجار ، والاتجار لايمكن فسخه الابعد مدة حتى تتحقق الوصية فهذه المدة ضرر على الورثة الكبار (من حيث تعطيل حقهم من الارث وان كان لهم حصتهم من الربح) وفيه :

أولا : ان مايكون رابحاً لايعد ضرراً

وثانياً:ان الرواية انشملت الكبار كان اللازم العمل بهافى كلاقسمى الوصية، وان لم تشملهم ، كان اللازم عدم القول بالصحة الا اذا أجازوا بأنفسهم فالفرق على اى حال لايظهر له وجه .

(خصوصاً اذاجعل حصتهم أقل من المتعارف) حيث انه ضرر ظاهر من جهة تعطيل حقهم مدة، ومن جهةتقليل جعل مالهم من الحصة، والكلام فى المسألة طويل موكول الى المفصلات .

(الحاديةعشر: اذا تلف المالفى يد العامل بعدموت المالك من غير تقصير فالظاهرعدم ضمانه) فان بطلان المضاربة بالموت لايخرج العامل عن كونه أميناً اذالم يقصرفي ايصال المال الى ورثته ولم يتعد ولم يفرط، وانما قال: الظاهر؟ لانه فى قبال احتمال الضمان،لان الامانة اما مالكية واما شرعية والامانة المالكية مفقوة، لان المالك الجديد وهو الوارث لم يؤمن العامل، والامانة الشرعية، لادليل عليها، فيشمل المقام دليل على اليد ونحوه، ولكن يرد هذا الاحتمال ان وضع

وكذا اذا تلف المال بعد انفساخها بوجه آخر .

الثانية عشر : اذا كان رأس المـال مشتركاً بين اثنين فضاربا واحداً ثم فسخ أحد الشريكين هل تبقى بالنسبة الى حصة الاخر أو تنفسخ من الاصل وجهان أقربهما الانفساخ

المضاربة على الامانة حتى بعد الموت كوضع العارية والوديعة وماأشبه فهو امانة مالكية ، ولوشك فالاصل بقاء الامانة ولولم يجرفالاصل بقاء عدم الضمان.

ومنه يعلم، الحال فيما اذامات العامل، حيث انفسخت المضاربة، فلوتلف فى يد وارثه ونحوه بدون توان فى الرد أوتعد وتقصيرلم يكن ضمان عليهم .

(وكذا اذا تلف المال بعدانفساخها بوجه آخر) كجنون العامل أو المالك أوماأشبه وذلك لنفس الدليل المتقدم فى الفسخ.

(الثانية عشر: اذا كان رأس المال مشتركا بين اثنين فضاربا واحداً ثم فسخ أحدالشريكين) حيث يجوز الفسخ في البعض عقلاوشرعاً وعرفاً فـ(هل تبقى) المضاربة (بالنسبة الى حصة الاخر أو تنفسخ من الاصل) أو من حين الفسخ (وجهان) بل وجوه ،الظاهر أنه ان كان بنحوعقد واحد انفسخ من الاصل الحال ـ حسب العقد ـ لان العقود تتبع القصود، وان كان بنحوعقدين انفسخ احدهما فقط وانفساخه ان كان بنحو ارتباط اجزائه انفسخ من الاول ، وان كان لابنحو ارتباط اجزائه انفسخ من حين الفسخ. لامن الاول.

ومنه يعلم وجه النظرفي قوله: (أقربهما الانفساخ) وكان وجهه انها مضاربة واحدة، فلاتتبعض بالفسخ، وقدتقدم فى بعض المسائل السابقة أن العقد الواحد قد يكون بمنزلة عقدين وعقود ـ ولذا يكون خيار تبعض الصفقة ـ وقديكون بسيطاً لايمكن التبعيض فيه، ولذا أشكل على المتن غير واحد كالسادة ابن العم والحكيم والبروجردى وغيرهم، وان كان فى اطلاق عدم الانفساخ الذي ذهب

نعم لو كان مال كل منهما متميزاً وكان العقد واحداً لايبعد بقاء العقد بالنسبة الى الاخر .

الثالثة عشر : اذا أخذ العامل مال المضاربة وترك التجارة به الى سنة مثلا فان تلف ضمن ولايستحق المالك عليه غير أصل المال وان كان آثماً فى تعطيل مال الغير

اليه المستمسك ايضاً نظر لماعرفت.

أما قوله : (نعم لو كان مال كل منهما متميزاً وكان العقد واحداً لايبعد بقاء العقد بالنسبة الى الاخر) فيردعليه ان ليس الاعتباربتميز وعدم تميز المال، بل بوحدة وعدم وحدة العقد التابعة للقصد، اللهم الاان يريدان التميز يجعل العقد عقدين بخلاف الوحدة، وحينئذ يشكل المبنى.

(الثالثةعشر: اذاأخذ العامل مال المضاربة وترك التجارةبه) فى مدة يتعارف التجارةبه فيها ولوليوم ،كمافى أيام زيارة الامام الحسين عليه السلام، حيث ان بعض التجارات يزدهربما ليس لها ذلك الازدهار فى يوم بعد مثلا.

فقوله: (الى سنة مثلا) هومن باب المثال (فان تلف ضمن) لانه من الخيانة، حيث لم يؤذن المالك حبس المال هذه المدة الااذا كان للحبس وجه شرعى كمرض العامل مع عدم امكان ايصاله المال الى المالك، أوخوفه على المال من الظالم، ونحوه ، حيث لاخيانة توجب الضمان.

(ولايستحق المالك عليه غير أصل المال، وان كان آثماً فى تعطيل مال الغير) كما هو المشهور بينهم، وعلله المستمسك بانه لاموجب له، والاصل البرائة ، وان كان آثماً فى حبسه بغير اذن مالكه ـ انتهى .

لكن مقتضى القاعدة الضمان لان الربح حق تواه الحابس فيشمله لايتوى

الرابعة عشر : اذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقا فكل ربح حصل يكون بينهما ، وان حصل خسران بعـدأه وقبله أو اشتراط أن لايكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس فالظاهر الصحة وربما يستشكل بأنـه خلاف وضع المضاربة

حق امرء مسلم ونحوه كما ذكرنا مثله في حبس الانسان الحر عن عمله او حبس داره ودكانه عن الايجار وهكذا .

(الرابعة عشر : اذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً) ومعنى مطلقاً مايفسره بالقبل والبعد (فكل ربح حصل يكون بينهما، وان حصل خسران بعده أو قبله) أومعه ، كما اذا كانت له صفقتان ربح فى احداهما وخسر فى الاخرى .

(أواشترط أن لايكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس) أوالربح المقارن جابراً للخسران المقارن. وذلك قديكون بفرض عقلائى ، كما اذا كان رأى المالك ـ ارشاداً ـ ان يتجر فـى البحر ، بالاضافة الى اتجاره فى البر ، فقال العامل : انه يخسر، فقال: اذا خسرت لاتجبر الخسارة بالربح مثـلا .

(فالظاهر الصحة) لاطلاق دليل الشرط ، وليس الجبر من مقتضيات ذات المضاربة حتى يقال بانه خلاف مقتضى العقد.

(وربما يستشكل بأنه خلاف وضع المضاربة) لوضعها على الجبران، ولذا قال السيد البروجردى: بل الظاهر البطلان مع وحدة المضاربة، وأشكل فيه جملة من السادة كابن العم والجمال وغيرهما، وقال فى المستمسك: المنصرف من قوله

وهو كما ترى .

الخامسة عشر: لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلا أو نسياناً أو اشتباهاً ، كما لو قال: لاتشتر الجنس الفلانى ، أو من الشخص الفلانى مثلا فأشتراه جهلا فالشراء فضولى موقوف على اجازة المالك

عليه السلام الربح بينهما والوضيعة على المال غير ماذكر ، وفيه انه مقتضى اطلاقها لامقتضى ذاتها ، ولذا قال المصنف: (وهو كما ترى) اذ قد عرفت جواب الاشكال المذكور ، ولو شك في شرعية ذلك كان المرجع العرف ، لان الشارع امضى مالدى العرف كسائر العقود ، وقد عرفت ان العرف يرى انه مقتضى الاطلاق لامقتضى الذات .

(الخامسة عشر: لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلا) بمراده مما عينه (أو نسياناً أو اشتباهاً ، كما لو قال: لاتشتر الجنس الفلاني أو من الشخص الفلاني مثلا) أو ما أشبه ذلك من الامور المربوطة بالزمان والمكان والنقد والخصوصيات.

(فأشتراه جهلا) أو نسياناً أو اشتباهاً (فالشراء فضولي موقوف على اجازة المالك) وكذا اذا فعل العامل ذلك عمداً ، لكن هل يكون ذلك عملا مضاربياً؟ الظاهر التفصيل بانه لو كانت المضاربة منصبة على خلاف ما عمله العامل لم يكن مضاربة والا كان مضاربة ولهما حسب المقرر حسب ما تقدم في مسألة مخالفة شرط المالك نصاً وفتوى .

أما لو كانت المضاربة منصبة فقد سبق ان للعامل حسب حقه العقلائى من الربح المنقسم بين المال والعمل ـ لاحصة المضاربة ولا الاجرة ـ بفرض انه لم يكن عملا مضاربياً ولم يكن بامر المالك حتى تكون له اجرة المثل.

وكذالوعمل بماينصرف اطلاقه الى غيره فأنه بمنزلة النهى عنه ولعل منه ماذكرنا سابقا من شراء من ينعتق على المالك مع جهله بكونه كذلك وكذا الحال اذا كان مخطئاً فى طريقة التجارة بأن اشترى مالا مصلحة فى شرائه عند أرباب المعاملة فى ذلك الوقت بحيث لوعرض على التجار حكموا بخطائه

(وكذا لو عمل بما ينصرف اطلاقه) اطلاق العقد (الى غيره) وكان ذلك المصنرف مقصوداً، فان العقود تتبع القصود.

(فـ)مراد المصنف (انه بمنزلة النهي عنه) ذلك حيث ان النهي وعدم الاذن سواء في النتيجة .

(ولعل منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعتق على المالك مع جهله بكونه كذلك) لوضوح ان المالك يريد الربح فلا يرضى بمايسبب الخسران ومقتضى القاعدة انه لو اشتراه وامضاه المالك أوسبق ان اطلق لذلك، أو اذن اذناً خاصاً فان لم يكن ربح فيه ، يلزم ان يتدارك بالربح، وان كان فيه ربح كان للعامل بقدر حصته منه، وحيث عدم الابتلاء بالمسألة نترك تفصيلها .

(وكذا الحال اذا كان مخطئاً في طريقة التجارة) خطاءاً لا بالنظر الى الواقع بل بالنظر الى المتعارف، اذ التاجر لايعلم الواقع .

أما ما كان خطئاً حسب المتعارف كان العقد منصرفاً عنه فيكون فضولياً ، ولذا قال: (بأن اشترى مالا مصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت) وان كان مصلحة في وقت آخر كاشتراء ملابس الصيف في الشتاء مثلا (بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطائه) وقوله: مالا مصلحة انما هو من باب المثال والافالحكم كذلك اذا كانت مصلحة مهم في قبال المصلحة الاهم، مثلا كان اشتراء

السادسة عشر : اذا تعدد العامل كأن ضارب اثنين بمـأة مثلا بنصف الربح متساويا أو متفاضلا فاما ان يميز حصة كل منهما من رأس المال كأن يقول : على ان يكون لكل منه نصفه

الخشب يربح عشرة، واشتراء الحديديربح مأة،حيث يخطئون التجار من يترك الحديد الى الخشب.

ولايخفى انه ليس معنى ذلك ملاحظة التجارة من دون ملاحظة الشرع ، بل المربح منهما ، فاذا كان التجار يحتكرون احتكاراً حراماً أو مكروهاً فلـم يحتكر لم يكن من مصاديق خلاف المصلحة حتى في المكروه، اذ اتباع أوامر الشرع هو الذى صدقه الشرع من المضاربة .

نعم ربما يقال في المكروه انه خلاف المصلحة، لان المالك لم يقصد ذلك والعقود تتبع القصود .

(السادسة عشر: اذا تعدد العامل) حيث قد سبق في بعض المسائل السابقة صحت تعدد هما، وقد ذكره المحقق والعلامة وشراحهما .

(كأن ضارب اثنين بمأة مثلا بنصف الربح) للعاملين أو ثلثه أو غير ذلك (بينهما متساوياً أو متفاضلا) مطلقاً، أو في الجملة كان يكون متساوياً لهمـا في الصيف ومتفاضلا بينهما في الشتاء ـ كل ذلك لاطلاق أدلة المضاربة ـ .

(فأما ان يميز حصة كل منهما من رأس المال كـأن يقول: على ان يكون لكل)منهما(منه) اي من المال (نصفه) أو يقول: ليعمل زيد في النقد الذهبي ـ لانه أعلم بارتفاعاته وان حفاضاته ـ وليعمل عمرو في النقد الفضى ، الذين كون منهما رأس المال .

وأمالايميز فعلى الاول الظاهر عدم اشتراكهما فى الربح والخسران والجبر الا مع الشرط لانه بمنزلة تعدد العقد وعلى الثانى يشتركان فيها وان اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقدراً منه الاان يشترط عدم الاشتراك فيها

(واما لايميز فعلى الاول الظاهر عدم اشترا كهما في الربح والخسران و الجبر) اي جبر الربح للخسران وذلك لانهما مضاربتـان لامضاربة واحدة، و الشرع والعرف دلا على ان الامور الثلاثة مرتبطة بكل مضاربة لنفسها (الا مع الشرط) فيشمله اطلاق أدلة الشرط، وهذاهوالذى اختاره معظم المعلقين، منهم السيدان ابن العم والجمال، خلافاً للسيدين البروجردى والحكيم.

فقد قال الاول: لكن معه يشكل بقاء عنوان المضاربة .

وقال الثاني: الظاهر البطلان مع وحدة المضاربةوفيهما انه لاوجهللبطلان والاشكال الا لعدم كونه مضاربة عرفية فلاتشملهاالادلةالشرعية، وفيه: انالعرف يساعد على كونه مضاربة، وانما لايشتركانبدونالشرط (لانه بمنزلة تعددالعقد) ومع التعدد لاوجه للاشتراك(وعلى الثاني)اي مع عدمتميز رأس المال، كماهي العادة في اعطاء المال لاثنين يعملان معاًفيه .

(يشتركان فيها) اي فيالربح والخسران والجبر، لانه مضاربة واحدة عرفاً وشرعاً والمضاربة الواحدة تكون هكذا .

(وان اقتسما بينهمافأخذ كل منهما مقداراً منه) وتاجر فيه تجارةغيرالتجارة التيتاجربها غيره أو سافر احدهمابراً والاخر بحراً الى غيرذلك .

(الا ان يشترطا عدمالاشتراك فيها) في الربح والخسران والجبر، واشكل على مثل هذا الشرط جماعة من المعلقين، وكأنه لانه خلاف مقتضى العقدمع

فلوعمل أحدهما وربح وعمل الاخرولم يربح أوخسر يشتركان فى ذلك الربح ويجبر به خسران الاخر بل لوعمل أحدهما وربح ولم يشرع الاخر بعد فى العمل فانفسخت المضاربة يكون الاخر شريكا وان لم يصدر منه عمل لانه مقتضى الاشتراك فى المعاملة ولايعد هذا من شركة الاعمال كما قديقال

انه خلاف مقتضى الاطلاق، فالاقوى ما ذكره المصنف، والظاهر ان الشرط يلزم ان يكون بين المالك والعاملين لابينهما ، اذ لاوجه للزوم الشرط بينهما ، وان شرطا بينهما في ضمن عقد لازم لزم باعتبار نقل بعض حصة احدهما الى الاخر، ومثله فى تدارك الخسران من احدهما بالربح من الاخر.

وعليه (فلو عمل أحدهما وربح وعمل الاخر ولم يربح أو خسر يشتركان في ذلك الربح ويجبر به خسران الاخر) فالربح لهما كما لو كانا عاملاواحداً (بل لو عمل أحدهما وربح ولم يشرع الاخر بعد في العمل فـ) فسخ أحد الثلاثة المالك أو العامل الرابح أو غيره، أو (انفسخت المضاربة) بموت و نحوه (يكون الاخر شريكاً) (وان لم يصد رمنه عمل) حسب الشرط،وقد قوى ذلك الجواهر،وأيده المستمسك،وسكت عليه معظم المعلقين منهم السادة ابن العم والجمال والبروجردى، وان أشكل عليه بعضهم،وكأنه لانه خلاف مقتضى المضاربة .

وفيه: ما تقدم مكرراً من انه خلاف اطلاقه (لانه مقتضى الاشتراك في المعاملة ولايعد هذا من شركة الاعمال) الباطلة ، كما حقق في [كتاب الشركة] .

(كما قد يقال) بأنه من شركة الاعمال فلا تصح ، وهل مراد المصنف ان بذلك قولا منا أو أشار به الى قول المالك من العامة ـ كما في المستمسك ـ

فهو نظير ماإذا آجر انفسهمـا لعمل بالشركة فهو داخل فى عنوان المضاربة لاالشركة كماان النظير داخل فى عنوان الاجارة.

السابعة عشر : اذا أذن المالك للعامـل فى البيع والشراء نسيئة فاشترى نسيئة وباع كذلك فهلك المال فالدين فى ذمة المالك

لايهم ذلك بعد صحته حسب مقتضى القاعدة.

(فهو نظير ما اذا آجرا نفسهما لعمل) كخياطة ثوب المستأجر (بالشركة) هذا من تتمة ـ كما قد يقال ـ فكما انـه بـاطل كذلك المقام ، وانما لاتشبه المضاربة شركة الاعمال لما أشار اليه بقوله : (فهو داخل في عنوان المضاربة لاالشركة) ولاتلازم بين أحكام الشركة واحكام المضاربة .

(كما ان النظير) في اجارتهما لعمل بالشركة (داخل في عنوان الاجارة) فاللازم ملاحظة قوانين الاجارة في مثل ذلك ، وقد ذكرنا فـي بعض مباحث [الفقه] الى ان العمل الواحد بغاية واحدة يمكن ان يكون صحيحاً اذا أوجبناه بمعاملة ، ويكون غير صحيح اذا اوجبناه بمعاملة اخرى كالجهالة في الصلح ، حيث لاتضر بينما تضر مثلها في البيع ، وذلك لان حدود وأحكام كل معاملة تختلف مما تختلف معها الخصوصيات ، وكذلك حـال العقلاء فـي اغراضهم ـ حتى مع قطع النظر عن الشرع ـ .

(السابعة عشر : اذا أذن المالك) بمقتضى اطلاق العقد ، أو صريحاً،وان لم يقتض العقـد ذلك (للعامل في البيع و الشراء نسيئة فاشترى نسيئه و باع كذلك)أو فعل احدهما (فهلك المال فالدين فيذمة المالك)لان المال لهوالعامل بمنزلة الوكيل ، لكن لابد وان تكون المضاربة مطلقة ، اذ لـوكانت مشروطة بتحمل العامل كل الخسارة ، أو بعضها فالدين يكون في ذمة العامل فيالاولو

وللديان اذا علم بالحال أو تبين له بعد ذلك الرجوع على كل منهما فان رجع على العامل وأخذ منه رجع هو على المالك ودعوى انه مع العلم من الاول

يكون بالنسبة الى تحمل العامل في ذمته في الثاني .

(وللديان اذا علم بالحال) من الاول (أو تبين له بعد ذلك) بانه مال المضاربة وطرفه العامل لا المالك (الرجوع على كل منهما) ان كان العامل باقياً على عمله ـ كما قيد به السيد البروجردى ـ والا فهو قد أصبح أجنبياً ، والاجنبي لا يطالب بعد علم الدائن بانه لا يرتبط بالمعاملة .

(فان رجع) الديان (على العامل وأخذ منه رجع هو على المالك) لانه عامل من قبله ، وقد فرض ان الخسارة ليست على العامل ، بل على المالك ، ووجه الرجوع الى العامل مع علمه بانه ليس له ماذكره الجواهر من ان ذلك من أحكام ولى العقد ، يعنى ان العرف يرون الرجوع الى العاقد الذي عقد ليأخذ المبيع ويعطى الثمن ولم يثبت من الشارع الردع عنه ، فيدل عليه اطلاق أدلة العقود شرعاً ، وكذا الحال في الوكالة والمأذون فى المعاملة ونحوهما ولذلك بنوا على جواز الرجوع الى كل من الوكيل والموكل ، وان علم بانه وكيل من أول الامر .

نعم لو أبى الموكل تسليم الشيء ـ ثمناً أو مثمناً ـ للوكيل كان المدعى عليه هو الموكل ، اذ لا وجه للدعوى على الوكيل .

(ودعوى انه مع العلم من الاول) كان ذكر الاول من باب انه لو لم يعلم من الاول كان مغروراً ـ وان تبين له بعد ذلك ـ والمغرور يرجع الى من غر .

لكن فيه أولا : ليس كل من لم يعلم ان طرفه وكيل مغروراً ، اذ أغلب الناس

ليس له الرجوع على العامل لعلمه بعدم اشتغال ذمته مدفوعة بأن مقتضى المعاملة ذلك خصوصاً في المضاربة وسيما اذا علم أنه عامل يشترى للغير ولكن لم يعرف ذلك الغير أنه من هو ومن اى بلد

يبيعون فى مقابل مال ولا يهمهم ان الطرف أصيل أو وكيل، ومثل هذا لا يسمى مغروراً.

وثانياً : انه على فرض الغرور له ان يرجع الى المباشر اذا ابى الاصيل والا فلا وجه للرجوع الى المباشر وهو قادر على الرجوع الى الاصيل وهو غير اب عن الوفاء ، وعليه فالحكم كذلك اذا تبين له بعد ذلك ـ في غير صورة الغرور ـ .

(ليس له الرجوع على العامل لعمله بعدم اشتغال ذمته) ولماذا يرجع اليه وغيره المديون ، وكأنه لذا قال الشرائع: اذا اشترى لموكله كان البائع بالخيار ان شاء طالب الوكيل ، وان شاء طالب الموكل والموجه اختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكالة ، واختصاص الوكيل مع الجهل بذلك (مدفوعة بأن مقتضى المعاملة ذلك) لما تقدم وجهه من الجواهر .

(خصوصاً في المضاربة) والمزارعة والمساقات ، لان العامل مفوض اليه والمالك غير مربوط بالمعاملة .

(وسيما اذا علم انه عامل يشترى للغير ولكن لم يعرف ذلك الغير) بشخصه (أنه من هو ومن أي بلد) مثلا قال في المستمسك : في وجه (سيما) فانه لولا جواز الرجوع على العامل لم يقدم على المعاملة معه أحد لما في ذلك من الخطر العظيم .

أقول : لايخفى ان هذا وجه استحساني لانه دليل شرعي .

ولو لم يتبين للديان ان الشراء للغير يتعين له الرجوع على العامل في الظاهر ويرجع هو على المالك .

الثامنة عشر: يكره المضاربة مع الذمي ، خصوصاً اذا كان هو العامل لقوله لاينبغي للرجل المسلم ان يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة ولا يودعه وديعة ولا يصافيه المودة

(ولو لم يتبين للديان ان الشراء للغير يتعين له الرجوع على العامل في الظاهر) اذا أراد انقاذحقه ، اذ لاغير في نظره صرف له ، فهو من باب السالبة بانتفاء الموضوع .

(ويرجع هو على المالك) لانه الاصيل حقيقة الذي دخل البدل في كيسه فاللازم ان يخرج ما بأزاء البدل من كيسه حسب حكم العوض والمعوض ، وان ذكرنا في بعض المباحث السابقة ان العوضين يمكن ان يكون لهما طرفان ، أوثلاثة أواربعة، الا ان المتعارف أولياً التقابل بين الامرين فيدخل العوض في كيس من خرج المعوض من كيسه و بالعكس ولو لم يتمكن البائع من قبض ثمنه من العامل، أوالمضارب وكانت العين موجودة استرجعها ممن عنده عاملا او مالكاً لانها عين ماله فلا يرجع الامر الى البدل مثلا ، أو قيمة ، وفي المقام مسائل كثيرة مربوطة بباب الوكالة وغيرها .

(الثامنة عشر: يكره المضاربة مع الذمي خصوصاً اذا كان هو العامل لقوله) أي أبي عبد الله عليه السلام فيما رواه على بن رئاب في الصحيح : (لاينبغي للرجل المسلم ان يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة) فانه يستفاد منه المضاربة، أما اطلاقاً أوان المنصرف منه المضاربة ـ اذلا يراد بها الاصطلاح ـ وان لم يسلم كلا الامرين كان المناط محكماً (ولا يودعه وديعة ولا يصافيه المودة).

وقوله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودى والنصرانى والمجوسى الا أن تكون تجارة حاضرة لايغيب عنها المسلم ويمكن ان يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لايؤمن منه فى معاملاته من الاحتراز عن الحرام

أقول: قال سبحانه: «لاتجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله» .

وقال سبحانه: «أشداء على الكفار رحماء بينهم».

ولا ينافي هذا قول علي عليه السلام، كما فى نهج البلاغة: الناس صنفان اما أخ لك فى دين اونظير لك فى الخلق . اذقوله عليه السلام فى جهة اجراء القانون، وقوله سبحانه فى جهة المعاشرة وقرينة ذلك [رحماء بينهم] وان علياً عليه السلام كان يأمر عامله مالك بذالك.

أما اشتغال علي عليه السلام عند بعض اليهود كما في البحار ، فقد كان ذلك اضطراراً، أواستدراجاً له الى الاسلام، كما استدرجت فاطمة عليها السلام عائلة يهودية بذهابها الى عرسهم ـ كما فى بعض التواريخ ـ .

(و قوله عليه السلام) كما عن الكافى (أن أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودى و النصرانى و المجوسى الا ان يكون تجارة حاضرة) نقداً (لايغيب عنها المسلم) ويمكن ان يكون وجه الكراهة تقوية الكفار، واحتمال الخيانة، أوماذكره المصنف بقوله : (ويمكن ان يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لايؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام) وبهذا يظهر، ان الذمى من باب المثال فيه يشمل كل كافر ، وان كان المناط غير مقطوع به ، حيث من المحتمل ان أهل الكتاب لهم خصوصية فى الكراهة.

التاسعة عشر : الظاهر صحة المضاربة على مأة دينار مثلا كلياً فلا يشترط كون مال المضاربة عينا شخصية فيجوز ايقاعهما العقد على كلى ثم تعيينه فى فرد والقول بالمنع لان القدر المتيقن العين الخارجى من النقدين ضعيف

وكيف كان، فقوله سبحانه: «لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم، ان تبروهم وتقسطوا اليهم والله يحب المحسنين» لا ينافى الكراهة المذكورة لانه فى قبال «انما ينهاكم الله» الاية وان كان ربما يتوهم ان البر غير قابل للتخصيص، ومن أقسامه التجارة والشركة وماشبه.

وكيف كان فالوقوف على النص اسلم، وان للتسامح فى أدلة السنن باباً واسعاً، والله العالم.

(التاسعة عشر: الظاهر صحة المضاربة على مأة دينار مثلا كلياً) وانما كان الظاهر ذلك ، لاطلاق أدلة المضاربة وكون مثلها عقلائية فلا مانع منها (فلا يشترط كون مال المضاربة عيناً شخصية فيجوز ايقاعهما العقد على كلى ثم تعيينه فى فرد) خارجى وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام المستمسك، حيث قال لايخفى ان الكلى اذا لم يكن خارجياً ولاذمياً لم يقبل ان يكون مملوكا، فضلا عن ان يكون موضوعاً للمضاربة، لان المضاربة انما تكون من المالك ـ انتهى.

اذ فيه: ان الكلى حقيقة، وليس مراد المصنف الكلى الذى ليس فى الخارج ولافى الذمة، وهل يمكن ان يقال بكلى ليس فى احدهما ؟

(و) كيف كان، فـ (القول بالمنع لان القدر المتيقن) من ادلة المضاربة (العين الخارجى) المشخصة (من النقدين ضعيف) كيف والعقلاء يجرون كثيراً من معاملاتهم على الكليات ، خصوصاً فى النسيئة والسلف، بل وفى الكالى

وأضعف منه احتمال المنع حتى فى الكلى فى المعين اذ يكفى فى الصحة العمومات . . متمم العشرين

بالكالى ، وان لم يجوزه الشرع واصالة عدم ترتب المضاربة التى ذكرها المستمسك لامحل لها بعد كونها عقلائية، فتشملها أدلة المضاربة الشرعية.

(وأضعف منه احتمال المنع حتى فى الكلى فى المعين) وقد تقدم صحتها فيه فى أول الكتاب (اذيكفى في الصحة العمومات) فالكلى المطلق، والكلى فى العمين والكسر المشاع والعين الشخصية كلها يصح انيتعلق بهاالمضاربة .

ومنه يعلم صحة جعل بعض مال المضاربة أحدها وبعضها قسماً آخر كمأة دينار نقداً ومأة كلياً، الى غير ذلك كما يصح جعل حصة العامل على نحو الكسر المشاع، أوالكلى فى المعين، فللعامل النصف من الربح بحيث اذا تلف شىء يتلف من العامل ايضاً اوبحيث لايتلف منه، كما تقدم الالماع الى ذلك.

(متمم العشرين): الظاهر عدم صحة لفظ [متمم] وان ذكره بعض، اذ هذا هو العشرون، لانه متمم له، فكما لايصح ان يقال: للدار متمم الدار الا للجزء الاخير منها لايصح ان يقال: متمم العشرين الاللجزء الاخير منه.

ان قلت: ذلك باعتبار ان المسائل عشرون وهذا آخرها.

قلت : فاللازم ان يقال متمم العاشر ، وهكذا فكما ان التاسع والعاشر ونحوهما جزء كذلك هذا جزء ، فان صح اضافة المتمم فى بعضها صح فى البعض الاخر والا لم يصح غاية الامر انيكون ذلك خلاف وحدة السياق وكفى به خلافاً للبلاغة ، ولذا لاتجد فى كلام البلغاء من هذا عين ولا أثر ومن راجع خصال الصدوق (ره) لم يجد للفظ المتمم فى أخير اعداد الخصال و لا مرة واحدة .

لو ضاربه على ألف مثلا فدفع اليه نصفه فعامل به ثم دفع اليه النصف الاخر فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الاخر لانه مضاربة واحدة وأما لو ضاربه على خمسمأة فدفعها اليه وعامل بها وفي أثناء التجارة زاده ودفع خمسمأة أخرى فالظاهر عدم جبر خسارة احداهما بربح الاخرى لانهما في قوة مضاربتين نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة

وكيف كان (لو ضاربه على ألف مثلا فدفع اليه نصفه فعامل به ثم دفع اليه النصف الاخر فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الاخر) وذلك (لانه مضاربة واحدة) عند العرف، وان سبق بعض نقده بعض نقده الاخر، فهو مثل الاتجار من العامل ببعض المال مقدماً على الاتجار بالبعض الاخر، وحيث انه عرفي شمله اطلاق الادلة أيضاً .

(وأما لو ضاربه على خمسمأة فدفعها اليه وعامل بها وفي أثناء التجارة زاده ودفع خمسمأة اخرى) وانما قال: وعامل بها لانه اذا لم يعامل وجعلا بعد دفع الثانية الدفعين معاملة واحدة كانا مضاربة واحدة ايضاً .

(فالظاهر عدم جبر خسارة احداهما بربح الاخرى) لما عرفت من انهما مضاربتان فلا وجه لجبر احدهما بالاخر فقوله : (لانهما في قوة مضاربتين) ليس على ما ينبغي ، فانهما مضاربتان حقيقة ، كما ان الخيانة في احدهما لا يوجب جريان أحكام الخيانة بالنسبة الى الاخرى، اذ لا ربط بينهما ، فقول ابن العم : بل الظاهر الجبران ، كأنه يريد ما ذكرناه من قصدهما كون المجموع مضاربة واحدة، فان العقود تتبع القصود.

(نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة) اذ الغالب قصدهما

ذلك والا لم يكن له وجه ، ولذا قال المستمسك : المزج لايستوجب ذلك كالمزج بمال الغيره ولو اختلفا في قصد الوحدة والاثنينية ـ بعد ذلك ـ فالقول قول منكر الاثنينية، اذ فسخ الاولى وانشاء غيرها برأس مال واحد خلاف الاصل.

والحمد لله أولا وآخراً ، وظاهراً وباطناً ، سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين.

قم المقدسة

٢١/ شوال / ١٤٠١ هـ **محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى**

الفهرست

معنى المضاربة	٧
حقيقة المضاربة	٩
معنى البضاعة	١١
صور جعل اربح للمالك	١٣
الايجاب والقبول في المضاربة	١٥
هل يلزم ان يكون رأس المال عيناً	١٩
لايشترط الذهب والفضة	٢١
المضاربة بالمغشوش	٢٣
كسر النقد المغشوش	٢٥
الرابع: ان يكون معيناً	٢٧
المضاربة بالمال المشاع	٢٩
كون الربح مشاعاً	٣١
الربح بينهما	٣٣
لو اشترط جزءاً من الربح لاجنبي	٣٥

هل يلزم الاسترباح بالتجارة ؟	٣٧
رأس المال بقدر قدرة العامل	٣٩
اذا كان العاجز عاجزاً	٤١
لو علم المالك عجز العامل	٤٣
هل يضمن العاجز الجميع ؟	٤٥
حال الربح مع العجز عن الجميع	٤٧
المضاربة بمال الامانة	٤٩
ارتفاع الضمان بالمضاربة	٥١
المضاربة جائزة بالادلة الاربعة	٥٣
الشرط في ضمن عقد المضاربة	٥٥
أدلة لزوم الشرط في ضمن المضاربة	٥٧
شرط توقيت المضاربة	٥٩
لزوم الدور من لزوم الشرط	٦١
اذا شرط في ضمن عقد لازم	٦٣
الشرط في ضمن العقد الجائز جائز	٦٥
اذا قال اشتر بالمال بستاناً	٦٧
المضاربة تحصل بمثل اشتر بالمال بستاناً	٦٩
اذا اشترط أن يكون الخسارة عليهما	٧١
معنى الخراج بالضمان	٧٣
شروط احدهما على الاخر	٧٥
لاتجوز مخالفة الشرط في الجملة	٧٧
أقسام المضاربة مع ذكر الشرط	٧٩

لزوم الشرط في ضمن المضاربة	٨١
اذا خالف العامل الشرط	٨٣
خلط العامل رأس المال	٨٥
تصرف العامل حسب المصلحة	٨٧
يجوز بيع العامل نقداً ونسيئة	٨٩
لو خالف الشرط فالبيع فضولى	٩١
يرجع المالك الى العامل المشترى	٩٣
البيع بالجنس لابالنقد	٩٥
لايجب ان يشترى بعين المال	٩٧
جواز شراء العامل فى الذمة	٩٩
الشراء فى الذمة يتصور علىوجوه	١٠١
اذا قصد العامل ذمة نفسه	١٠٣
صور الاشتراء في الذمة	١٠٥
احسن الوجوه في الشراء في الذمة	١٠٧
عمل العامل حسب المتعارف	١٠٩
لو استأجر العامل	١١١
يستخدم العامل الحمال ونحوه	١١٣
نفقة السفر من رأس المال	١١٥
نفقة الحضر على العامل	١١٧
يقتصر في السفر على النفقة المتعارفة	١١٩
نفقة السفر ذهاباً وايابأ على رأس المال	١٢١
لو سافر للمضاربة وغيرها	١٢٣

نفقة السفر على المالكين	١٢٥
لايشترط في النفقة ظهور الربح	١٢٧
المراد بالمرض الاعم من ..	١٢٩
لو فسخ فنفقة الرجوع ..	١٣١
لو تباقض فى كلامه	١٣٣
اذا لم تكن مضاربة	١٣٥
لو قال خذه والربح لك	١٣٧
اختلاف المالك و العامل	١٣٩
المعيار مصب النزاع لاجوهره	١٤١
صور اختلاف المالك والعامل	١٤٣
لاتجرى اصالة الصحة في بعض الموارد	١٤٥
لو قال المالك الربح بيننا صح	١٤٧
لو قال خذه قراضاً ولك نصف ربحه	١٤٩
اتحاد المالك أو العامل وتعدهما	١٥١
اختلاف حصص العاملين	١٥٣
القراض فى المال المشترك	١٥٥
لو كان النقص على الشريك الاخر	١٥٧
يجوز زيادة ربح أحدهما في المضاربة	١٥٩
تبطل المضاربة بموت أيهما	١٦١
هل يجوز لوارث المالك اجازة العقد ؟	١٦٣
الظاهر صحة اجازة الوارث	١٦٥
صور الاجازة	١٦٧

التوكيل في مقدمات المضاربة	١٦٩
لو ضارب العامل مع عامل آخر	١٧١
العامل الأول هل يستحق شيئاً	١٧٣
لو ضارب العامل غيره بدون اذن المالك	١٧٥
استخدام العامل الاول عاملا ثانياً	١٧٧
اذا استخدم فما هو حال الربح؟	١٧٩
لو اذن المالك عمل العامل الثاني	١٨١
اذا كان العامل الثاني جاهلا بالبطلان	١٨٣
اذا شرط المالك مباشرة العامل	١٨٥
شرط مال أو عمل خارجي في المضاربة	١٨٧
في الشرط الخارجي احتمالات	١٨٩
الاشكال على كلام الشيخ	١٩١
مراد الشيخ من كلامه	١٩٣
تخلف الشرط يؤثر في الفسخ	١٩٥
الفسخ قسمان	١٩٧
الربح للعامل بمجرد الظهور	١٩٩
ارتفاع القيمة ربح	٢٠١
القيمة ليست امراً وهمياً	٢٠٣
لايلزم ان يكون المملوك خارجياً	٢٠٥
الربح للعامل لا للمالك	٢٠٧
الربح وقاية لرأس المال	٢٠٩
هل القسمة تكفر في الاستقرار	٢١١
حال الربح والخسران	٢١٣

اذا طلب احدهما قسمة الربح	٢١٥
لو حصل الخسران بعد التقسيم	٢١٧
كلام الشهيد في القسمة	٢١٩
كلام الشهيد مطابق للقاعدة	٢٢١
أخذهما شيئاً من المال	٢٢٣
الخسارة تجبر بالربح	٢٢٥
أحكام صور التلف	٢٢٧
جبر الخسران بالربح اذا كان التلف بعد الشروع	٢٢٩
تلف الكل قبل الشروع يوجب الفسخ	٢٣١
العامل أمين لا يضمن	٢٣٣
لو رجع عن الخيانة هل يبقى الضمان	٢٣٥
هل يضمن بمجرد نية الخيانة	٢٣٧
لا يشترى المالك من العامل شيئاً	٢٣٩
اشتراء العامل من مال المضاربة	٢٤١
خمسة أقسام في المعاوضة	٢٤٣
أخذ للعامل بالشفعة	٢٤٥
لو اشترى العامل زوج المالكة	٢٤٧
اذا اشترى العامل من ينعتق على المالك	٢٤٩
فسخ المضاربة أو انفساخها	٢٥١
الفسخ من المالك أو العامل	٢٥٣
شرط كون الخسارة بينهما	٢٥٥
لا اجرة للعامل اذا فسخ في الاثناء	٢٥٧
لو حصل الفسخ من المالك	٢٥٩

لوفسخ العامل بعد السفر	٢٦١
لوحصل الفسخ قبل حصول الربح	٢٦٣
هل يجب على العامل الانضاض ؟	٢٦٥
لوحصل الفسخ وبالمال عروض	٢٦٧
لوكان في المال ديون على الناس	٢٦٩
اذا مات احدهما قام وارثه مقامه	٢٧١
هل يجب الرد بلد المالك ؟	٢٧٣
اذااحتاج الرد الى الاجرة	٢٧٥
الربح وقاية لرأس المال	٢٧٧
اذا أخذ المالك بعض رأس المال	٢٧٩
هل الربح اللاحق يجبر الخسران ؟	٢٨١
الخلاف بين المحقق والمصنف	٢٨٣
آراء الفقهاء في المسألة	٢٨٥
اذا كانت المضاربة فاسدة	٢٨٧
يضمن عوض ماأنفقه في السفر	٢٨٩
اذا كان العامل عالماً دون المالك	٢٩١
اذا لم يحصل ربح	٢٩٣
تنازعا في مقدار رأس المال	٢٩٥
كل المال للمالك الا ما أقربه للعامل	٢٩٧
لوادعى المالك خيانة العامل	٢٩٩
لوادعى ان المالك اذن له في السفر	٣٠١
لوادعى العامل الخسارة	٣٠٣

لوادعى الاشتباه بعد الاقرار	٣٠٥
اختلفا في مقدار حصة العامل	٣٠٧
كلام جامع المقاصد واشكالاته	٣٠٩
لوأنكر المضاربة ثم أقر	٣١١
لواختلفا في صحة المضاربة وبطلانها	٣١٣
ادعى العامل الرد وأنكره المالك	٣١٥
اشتراه العامل لنفسه أو للمالك ؟	٣١٧
اختلفا في المضاربة والقرض	٣١٩
يقسم الزائد بينهما لقاعدة العدل	٣٢١
لواختلفا في القرض والمضاربة	٣٢٣
لواختلفا في الابضاع والمضاربة	٣٢٥
استحقاق العامل أقل الامرين	٣٢٧
لولم يصل ربح واختلفا	٣٢٩
لواختلفا في مقدار نصب العامل	٣٣١
الصور الثمانية للمسألة	٣٣٣
لوكان عنده مال المضاربة فمات	٣٣٥
لم يعلم انه تلف بتفريط أم لا ؟	٣٣٧
علم ببقاء المال فى يد العامل الى مابعد الموت	٣٣٩
كلام المستمسك في رد المصنف	٣٤١
لوفرط في الامانة حتى تلفت	٣٤٣
الرد أعم من رد العين ورد البدل	٣٤٥
لوشك في بقائه في يد العامل وعدمه	٣٤٧

قاعدة اليد مرجع بعد التعارض	٣٤٩
لواختلف تلف جميع مال المالك	٣٥١
لوعلق المضاربة على أمرمتوقع	٣٥٣
تعليق المضاربة على امرحاصل	٣٥٥
لايشترط في العامل عدم الفلس	٣٥٧
بطلان المضاربة بعروض الموت والجنون	٣٥٩
بطلان المضاربة بعروض السفه لاحدهما	٣٦١
اذا ضارب المالك في مرض الموت	٣٦٣
تبين كون رأس المال لغير المضارب	٣٦٥
للعامل اجرة المثل اذا كان المال لغير المضارب	٣٦٧
صحة اشتراط عمل المضاربة	٣٦٩
ايقاع المضاربة بعنوان الجعالة	٣٧١
الاب والجد يتجران بمال الصغير	٣٧٣
الاب والجد يوصيان بالمضاربة	٣٧٥
اذا بلغ الصغير له حق الفسخ	٣٧٧
الوصية بعمل المضاربة	٣٧٩
الوصية بعمل المضاربة وعقدها صحيح	٣٨١
رأس المال مشترك والعامل واحد	٣٨٣
اشتراط العامل عدم جبران الربح للخسارة	٣٨٥
لوخالف العامل المالك	٣٨٧
وحدة المالك وتعدد العامل	٣٨٩
اذن المالك المعاملة نسيئة	٣٩١

الدائن يرجع الى كل من العامل والمالك ٣٩٣
يكره المضاربة مع الذمى ٣٩٥
المضاربة على نقد كلى ٣٩٧
قد تكون مضاربة وقد تكون مضاربتان ٣٩٩

المطبوع من موسوعة (الفقه)

١ ـ كتاب الاجتهادوالتقليد

٢ ـ كتاب الطهارة الجزء الاول

٣ ـ كتاب الطهارة الجزء الثاني

٤ ـ كتاب الطهارة الجزء الثالث

٥ ـ كتاب الطهارة الجزء الرابع

٦ ـ كتاب الطهارة الجزء الخامس

٧ ـ كتاب الطهارة الجزء السادس

٨ ـ كتاب الطهارة الجزء السابع

٩ ـ كتاب الطهارة الجزء الثامن

١٠ ـ كتاب الطهارة الجزء التاسع

* * *

١١ ـ كتاب الصلاة الجزء الاول

١٢ ـ كتاب الصلاة الجزء الثاني

١٣ ـ كتاب الصلاة الجزء الثالث

١٤ ـ كتاب الصلاة الجزء الرابع

١٥ ـ كتاب الصلاة الجزء الخامس

١٦ ـ كتاب الصلاة الجزء السادس

١٧ـ كتاب الصلاة الجزء السابع

١٨ ـ كتاب الصلاة الجزء الثامن

* * * *

١٩ ـ كتاب الصوم الجزء الاول

٢٠ ـ كتاب الصوم الجزء الثاني

* * *

٢١ ـ كتاب الحج الجزء الاول

٢٢ ـ كتاب الحج الجزء الثاني

٢٣ ـ كتاب الحج الجزء الثالث

٢٤ ـ كتاب الحج الجزء الرابع

٢٥ ـ كتاب الحج الجزء الخامس

٢٦ ـ كتاب الحج الجزء السادس

٢٧ ـ كتاب الحج الجزء السابع

* * *

٢٨ ـ كتاب الخمس

٢٩ ـ كتاب الزكاة الجزء الاول

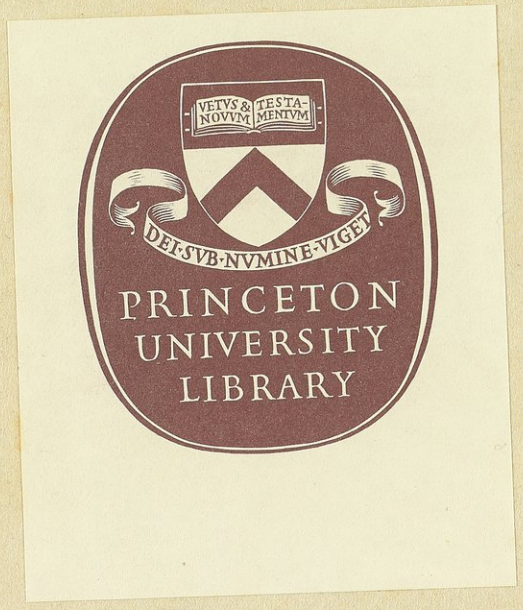
٣٠ ـ كتاب الاطعمة والاشربة

٣١ ـ كتاب الوقوف والصدقات ، الهبة

٣٢ ـ كتاب الحدود والتعزيرات

٣٣ ـ كتاب القصاص

٣٤ ـ كتاب الاجارة
٣٥ ـ كتاب الجهاد
٣٦ ـ كتاب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر
٣٧ ـ كتاب الحكم فى الاسلام
٣٨ ـ كتاب حول القرآن الحكيم
٣٩ ـ كتاب الاقتصاد
٤٠ ـ كتاب القضاء الجزء الاول
٤١ ـ كتاب القضاء الجزء الثاني
٤٢ ـ كتاب الديات
٤٣ ـ كتاب السياسة
٤٤ ـ كتاب الشهادات
٤٥ ـ كتاب المضاربة
٤٦ ـ كتاب النكاح الجزء الاول
٤٧ ـ كتاب النكاح الجزء الثاني


VETVS &
NOVVM
TESTA-
MENTVM
DEI·SVB·NVMINE·VIGET
PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY