



PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY



32101 007370990

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

الفِئْتَمَةُ

وهو شرح استدلالى على كتاب العروة الوثقى
لاية الله المرحوم السيد محمد كاظم الطباطبائى اليزدى (قدس سره)

كتاب المضاربة

آية الله المجاهد
أخيراً السيد محمد الحسينى الشيرازى
دام ظلّه

(Arab)

BP194

12

1T4S4

1970z

vol. 47z

مطبعة شبلي الشهبلي

قم - ایران

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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 في الارض لتحصيل الربح ، والمفاعلة باعتبار كون المالك سبباً والعامل مباشراً ،

كتاب المضاربة

تسمى بذلك عند أهل العراق (وتسمى قراضاً عند أهل 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 لا يضرب في الارض، وانما يعطى النقد ونحوه فقط. (باعتبار كون المالك سبباً والعامل مباشراً) صرح بذلك التذكرة والمسالك والجواهر وغيرهم ، واشكال المستمسك عليهم بانه لا اصل له قال : كما يظهر

من ملاحظة موارد الاستعمال فنقول: طالعت الكتاب، وتابعت زيدا، 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: قتل، فقد اخبرت عن وقوع القتل، واذا قلت: قاتلت، كنت قد اخبرت بالسعي الى القتل، وربما يقع، وربما لا يقع، 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 وهم يريدون افناء الطرف الاخر: مثل . يخادعون الله وهو خادعهم، ومكروا ومكر الله، الى غير ذلك .

ولذا كان المقاتلة والمغابنة والمناصرة والمساهمة والمشاكسة والمداهنة والمجاملة والمعاملة وغيرها تشمل الطرفين، والامثلة التي ذكرها ان تم كونها لطرف واحد لم يضر بعد كون التبادر يعطي معنى الطرفين اذ المذكور في معنى ابواب المزيد فيه من المعاني المتبادرة غالبي لادائمي، فان المجاز يصار اليه في الالفاظ كثيرا .

وقولنا: (ان تم) لان بعضها له طرفان ايضاً، مثل المتابعة والمناولة وغيرها اذ طرفان التابع والمتابع، والمعطى والاخذ، والذي يوذى ويذوى، والمطالعة والمباركة والمجازفة بساعتبار 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 كثر هنا، والسعي الى الفعل لم يظهر له وجه، فهل يفهم من طالع الكتاب، انه سعى الى النظر، و من آوى انه سعى الى الايواء، الى غير ذلك؟

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

والثاني من القرض بمعنى القطع

منهما يضرب الربح بسهمه ، أو انه من الضرب في المال و قلبه ، فكلاهما محتمل أيضاً ، فان تحصيل الربح نوع من ضربه ، وكل منهما يقرب 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 انها يضافان فيضرب كل منهما بيد الآخر عند التعامل و سادس هو انها يتشاكسان - كالتضارب - 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 لا يكفي في العدم ، بالاضافة الى انه ينتهي اخيراً الى عدم سماع العرب يستعملون ، وذلك اخص من الامر ، حيث ان اشتقاقات الالفاظ لم تسمع كلها من العرب ، فهل يكفي ذلك في عدم استعمالنا لتلك الاشتقاقات الواردة ، على القاعدة ؟

نعم في السماع الامرتوقيفي ، كما ان الاستعمالات بالنسبة الى الله تعالى تحتاج الى الورد ، فلا يقال: لله معلم و زارع و رامي ، مع انه استعمل له سبحانه «علم ، و زارعون و رمي» .

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

(والثاني 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 ليتجربه وعليه العامل مقارض بالبناء للمفعول، وعلى الاول مضارب بالبناء للفاعل وكيف كان عبارة عن دفع الانسان مالا الى غيره ليتجربه على

(لقطع المالك حصة من ماله ودفعه الى العامل ليتجربه) وحيث انه من باب المفاخلة، 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 الآخر بشعره ، ومنه قارض الناس ما قارضوك ، فان تركتهم لم يتركوك بمعنى ساوهم فيها يقولون، ويعملون. ولما كان العمل من العامل، والمال من المالك ، فقد تساوبا وتوازنا - انتهى.

فغير ظاهر الوجه، فان القراض ليس بمعنى المساوات، وتقارض الشاعرين اخذ كل منهما من الآخر قريضاً، و معنى قارض الناس عاملهم ، اى خدمتهم كما يأخذون منك، ويدل عليه لم يتركوك - اى هم يأخذون منك على اى حال، اذا أخذ منهم ايضاً - .

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

ان يكون الربح بينهما لا ان يكون تمام 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 انه عليه المستمسك لان المضاربة من الانشاءات والدفع امر خارجي .

ولعل المجاز بعلاقة السبب والمسبب اللهم الا ان يقال: ان الدفع للتجار حقيقة المضاربة ، اذ للتجار 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 ما في تعليقه السيد البروجردى (ره) حيث قال: وحقيقتها في اعتبار الناس اشتراك 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 رغبة العامل، وللعامل على مال المالك .

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

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

(لان 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 تملك المال بعوض في الذمة ، وقصد كون الربح للعامل أعم من ذلك ، وانما هو من اللوازم الشرعية لملك المال ، ودعوى الاكتساف بقصد ذلك في تحققه لفحوى الصحيح ، عن أبي جعفر عليه السلام، عن امير المؤمنين عليه السلام : من ضمن تاجراً فليس له الرأس ماله وليس له من الربح شيء .

والموثق، عن أبي جعفر عليه السلام: من ضمن مضاربة فليس له الرأس المال. وليس له من الربح شيء فيها. لزوم الاقتصاص على ذلك في ما يخالف الضوابط الشرعية ومنع تحقق القرض شرعاً و عرفاً 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 - انتهى ملخصاً .

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

وتارة على ان يكون تمامه للمالك، ويسمى عندهم باسم البضاعة
وتارة لا يشترطان شيئاً ،

القرض القصد الخاص ، فكلامهم لا يخلو 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 القصد الا
من باب الاشتباه في التطبيق ، وان أراد حقيقة كونه مضاربة، كان مضاربة فاسدة
اذ هو كما لو قصد نكاحاً لا يوجب المحرمية ، حيث ان عدم شيء للمالك ينافي
مقتضى القصد .

(وتارة على ان يكون تمامه للمالك، ويسمى عندهم باسم البضاعة) وسيأتى
الكلام فيه .

(وتارة لا يشترطان شيئاً) من الاقسام الثلاثة السابقة ، ولو فسى النية ، اذ
لو كان بنائهما المبني عليه الاعطاء أحد الثلاثة ، كان داخلاً في الشيء المبني
عليه ولم يذكر المصنف قسماً آخر ، وهو ما لو ذكرا كون الربح لشخص
ثالث، أو امر آخر كالمسجد ، أو بعضه لاحدهما ، وبعضه للثالث، أو جعل الربح
لهما ، أو لاحدهما ، والثالث بالتقدير لا النسبة ، كما لو علما ان الربح يزيد
على عشرين في المائة ، فقال للمالك : عشرة والباقي للعامل ، أو للشخص
الثالث .

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

وعلى هذا أيضاً يكون تمام الربح للمالك، فهو داخل في عنوان البضاعة، وعليهما يستحق العامل اجرة المثل لعمله

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

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

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

وما ذكروا هو الذي تقتضيه القاعدة، اذا كان المقصود للعامل اسقاط حرمة عمله ، لان العامل اسقط احترام عمله ، فلا وجه لاستحقاقه شيئاً ، وما ذكره الجواهر من ان التصريح منهما بكون الربح بأجمعه للمالك أعم من التبصر 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 بالربح ، فهو مشترك بينهما الا اذا اعطى المالك ربحه للعامل ، أو العامل ربحه للمالك ، والعرف والعادة انهما يفيدان 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 يشترطاً عدمه، او يكون العامل قاصداً للتبرع، ومع عدم الشرط وعدم قصد التبرع ايضاً له ان يطلب الاجرة الا ان يكون الظاهر منهما في مثله عدم اخذ الاجرة ،

الاولى : ان له اجرة المثل .

الثانية : ان لاحق له .

الثالثة : عدم قصد شيء ، وفي 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 - انتهى .

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

ومما تقدم يعلم وجه قول المصنف : (الا ان يشترطاً 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 الذي بني على ، 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 في المضاربة الايجاب والقبول ،

قصد المالك عدمها ، فقول المصنف : (الظاهر منهما) فيه نوع مسامحة .
(والا فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع) استدل بذلك في الجواهر
ويدل على احترام على المسلم قوله عليه السلام : لا يتوى حق امرء مسلم . و
قوله عليه السلام : فان حقوق المسلمين لا تبطل . ويعلم ان حق كل أحد محترم
ولو لم يكن مسلماً اذا كان في ذمة الاسلام ، أو محايداً ، بالإضافة الى انه المركز
في أذهان المتشرعة ، والسيرة : انه مقتضى احترام أنفسهم واموالهم واعراضهم
الذي اجمع عليه النص والفتوى ، كما ذكرناه في (كتاب الجهاد) وغيره ،
لكن لا يخفى ان عمله محترم اذا كان بسبب طلب الذي عمل له ، أو كان له
أثر مالي في الخارج ، مثلاً : طلب منه ان يبني داره ، أو يبني داره بغير طلب
مما صارت للبناء قيمة جديدة غير قيمة الارض وآلات البناء .

اما اذا لم يكن احد الامرين ، لم يكن وجه لضمان المالك ، كما اذا عمل شيئاً
بدون اذنه ، ولم تكن له القيمة خارجاً ، كما اذا صبغ ثوبه بمالم يزد التصبغ قيمته ،
وذلك لان لا يتوى ونحوه ، لا يأتى في المقام ، ولادليل آخر على ان مثل هذا العمل
محترم ، فالاصل البرائة .

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

(مالم يقصد التبرع) ثم لا يخفى ان قصد التبرع انما يسقط أجره اذا كان له
ذلك ، اما اذا كان دون البلوغ لم يكن وجه لسقوط الاجرة بقصده ، اذ لاحق
للمطلق في التصرف في أمواله فدليل الحجر يشمل المقام .

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

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

اما الابرأ فليس دخول الشيء في ملك من كان في ذمته، بل نوع اعراض من المالك، يتبعه سقوط قهري، فلا ينافي ذلك قاعدة التسلط.

ومنه يعلم ان احتياج المضاربة الى الايجاب والقبول ، ليس مستنداً الى الاجماع، وان ادعى الاجماع عليه، بل مستند الى القاعدة، أما هل انه يصح ان يوجب كل منهما في قبالة قبول الاخر؟ أو اللزم ايجاب المالك، وقبول العامل؟ ظاهرهم المتسالم عليه ، كما يستفاد من كلماتهم الثاني، وان كان لا يبعد الاول ايضاً ، لان الامراء اعطاء احدهما المال والاخر العمل ، ويكون لهما الربح، وادى دليل على ان يكون الايجاب من المالك ، بل نقول مثل ذلك في كثير من المعاملات وحتى النكاح - ان لم يكن اجماع أو دليل قطعي - يصح ايجابه من اى منهما لان كلا منهما يعطي نفسه في قبالة الاخر .

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

نعم يمكن فرض الايقاع في نكاح صغيرين من ولي واحد لهما، أو بيع مال صغيرين، أو مضاربة مال وعمل سفهين من ولي واحد لهما، حيث ان الولي يجعل هذه زوجة هذا، أو يجعل مال هذا في قبالة مال هذا، أو يجعل شيئاً من ربح مال احدهما في قبالة عمل الاخر، الى غير ذلك ، كما نبه عليه المستمسك، ثم قال:

ويكفي فيهما كل دال قولاً أو فعلاً

بل الوكيل على التزويج من الطرفين كذلك ، نعم اذا كان وكيلاً 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 الا ان يقال: يصح ايقاع واحد يجعلهما زوجين، وهذا وان امكن باعتبار العقلاء، الا انه مشكل في باب الزواج المبني على الاحتياط .
 (ويكفي فيهما كل دال قولاً أو فعلاً) وذلك لعدم دليل على لزوم اللفظ ، فالاصل عدمه كما هو كذلك في كل عقد، او ايقاع لم يدل على لزوم اللفظ فيه دليل، كما ذكره في باب المعاطات، وانما كان الاصل صحة الفعل ايضاً، لان كلا من اللفظ، والفعل اشارة الى مافي الباطن، فلا فرق بينهما، لكن ظاهر الرضا لزوم ان يكون الايجاب باللفظ لانه قال: ومن لوازم جوازها وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه ، وفي اشتراط وقوع قبوله لفظياً ، أو جوازه بالفعل ايضاً قولان - انتهى .

لكن هذا غير تام ، فقد قال في مفتاح الكرامة : ومعنى مافي المبسوط وفقه الراوندي 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 لا يختص لفظاً ، بل قد يقضى ذلك بانه لا يحتاج الى اللفظ ، ويكفي فيها المعاطات ، ولاريب عندنا في جريانها فيها - انتهى كلامه .

وصاحب الجواهر مال الى جريان المعاطات فيها، لاطلاق ما دل على صحة المعاطات في البيع، لكنه بعد ذلك قال : وعلى كل حال، فلا خلاف في اعتبار اللفظ في ايجاب عقدها، ولذا قال في المستمسك: ان العمومات كافية في 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 فى الايجاب يظهر الكلام فى القبول، ولذا نجد ان غير
واحد من معلقي المتن لم يعلقوا على قول المصنف : (قولا أو فعلا) بل لم اجد
فيهم على كثرتهم حتى واحداً استشكل فى كفاية القول، بل الظاهر ان من الفعل
استمراره ، كما اذا جلس العامل لتقبل المضاربات فجاءت جماعة كل منهم يعطيه
ديناراً للمضاربة يوضعه فى صندوقه الذى امامه فانه فعل ايضاً سواء قلنا بتجدد
الاكوان أم لا ؟

(والايجاب القولى كأن يقول: ضاربتك على كذا وما يفيد هذا المعنى) وفى
القواعد: فارضتك أو ضاربتك او عاملتك .

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

(ويشترط فيها ايضاً بعد البلوغ) المقطوع به فى كلامتهم الدال عليه ما ذكره
فى كتاب الحجر وغيره من انه لا يجوز أمر الغلام، لكن ربما يورد على ذلك صحة
تصرفات الغلام فى الجملة، وقد ذكرنا وجهه فى بعض مجلدات (الفقه) .
وعليه فلا يبعد صحة جعله عاملا، بل ومالكاً باجازه المولى - فى الجملة -

والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس او جنون امور: الاول : ان يكون رأس المال عيناً فلا تصح بالمنفعة ولا بالدين

فيما كان يعمل العمل ونحوه ، ولذا ذهب بعض الى كراهة معاملة الصبيان .
(والعقل) المشترط في كل المعاملات نصاً واجماعاً .

(والاختيار) فان معاملة المكره باطله ، كما ذكروا في كتاب الحجر والبيع وغيرهما ، نعم الاضطرار - الذي يقابل بالاختيار ايضاً - لا يبطل 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 سهو القلم بدل أو (سفه) لانه محجور عليه ، لوضوح ان الجنون ذكر قبل ذلك ، وهل يشترط عدم السفه في العامل ، كما قال به المستمسك ، وعلمه بعدم الفرق في حجر السفه بين أن يكون المال عيناً أو عملاً أو لا يشترط ، كما قال به بعض المعلقين ، لان ظاهر أدلة السفه منعه عن ماله ، لاعتن عمله كما قال سبحانه: «ولاتؤتوا السفهاء أموالكم» والعمل لا يسمى بالاحتمال لان الاطلاق يقتضي الثاني ، والمناطق الاول .

(امور : الاول : ان يكون رأس المال عيناً فلا تصح بالمنفعة ولا بالدين)
ذكر ذلك غير واحد ، بل عن التذكرة ، وجامع المقاصد وغيرهما ، كما في المسالك والرياض والجواهر وغيرهم ، دعوى الاجماع ، أو الاتفاق ، أو لاختلاف عليه ، لكن في مفتاح الكرامة عند قول العلامة (ان يكون نقداً) اي دراهم أو دنانير ، كما صرحت به عباراتهم من غير نقل خلاف ولا اشكال الا من مولانا الاردبيلي ، وقد ظهر ذلك من الكاشاني ، نعم خلت منه المقنعة والمراسم والنهاية والكافي ، ولعلمهم ليسوا مخالفين ، كما خلى المقنع والانتصار عن

الباب بالكلية - 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 - بعد تحقق موضوع العقود والتجارة والمضاربة ، عرفاً في كل ذلك - .

أما الادلة التي استدلت بها القائل بالمنع من اصالة الفساد واصالة عدم الاثر والقدر المتيقن ، وان الايتين تدلان على الصحة ، لاعلى كسونها مضاربة ، واطلاقات غير واردة في مقام البيان من هذه الجهة ، كما في الرياض وغيره فلا يخفى 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 - حسب ما رواه المشايخ الثلاثة - عن ابي عبد الله عليه السلام ، قال امير المؤمنين عليه السلام ، في رجل له على رجل مال فيتقاضاه ، ولا يكون عنده ، فيقول : هو عندك مضاربة ؟ قال : لا يصلح حتى تقبضه منه .

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

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

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

لا يكون عنده انه لارأس مال ، ومن المعلوم لانصح المضاربة بدون رأس المال فيكون معنى (حتى تقبضه منه) ان يجعل المال خارجياً ، وهذا لا يربط له بعدم صحة جعل الدين رأس مال، كما اذا طلب زيد من عمرو ديناً فقال له : اجعله رأس المال ولي نصف الربح .

لا يقال : واذا كان المديون لم يملك كيف يطلب منه الدائن المضاربة ؟
لانه يقال : لا بد 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 لا يصح العقد قبل القبض - على مبناهم - .

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

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

(وكذا لو كان له على العامل دين) من اي 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 أو ديناراً ، فلا تصح بالفلوس ولا بالعروض
 بلا خلاف بينهم ، وان لم يكن عليه دليل سوى الاجماع

فى تعيينه ، ثم ايقاع العقد عليه بالايجاب والقبول بتولى) 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 لو قال 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 ، والمستفاد منه الضمان لامجرد التكليف
 وای فرق بين المقام وبين استيلاء الغاصب على داره ، حيث فوت عليه منافعتها
 وقد ذكر بعضهم في كتاب الغصب الضمان بالنسبة الى مالواستولى على انسان
 حر فقوت منافعه .

(الثانى) من شروط القراض (ان يكون) رأس المال (من الذهب أو الفضة
 المسكوكين بسكة المعاملة بأن يكون درهماً أو ديناراً) وان كان ظاهرهم كل
 سكة فضة او ذهب وان لم يكونا بعنوان الدرهم والدينار (فلا تصح بالفلوس
 ولا بالعروض 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 ، السى غيرهم ، وربما استدل له ايضاً بما في بعض الروايات من ذكر الدرهم ، مثل رواية عبد الملك اعط الرجل ألف درهم اقترضها اياه واعطه عشرين درهماً يعمل بالمال كله .

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

(نعم تأمل فيه بعضهم) فقد تقدم في الشرط الاول اشكال جمع وسكوت آخرين ، وقال في الحقائق : ان من لا يلتفت الى دعوى مثل هذه الاجماعات لعدم ثبوت كونها دليلاً شرعياً ، فانه لا يمنع عنده من الحكم بالجواز في غير النقدين نظراً الى عموم الأدلة على جوازه ، وتخصيصها يحتاج الى دليل شرعي وليس فليس ، والدليلان المتقدمان لا يخفى ما فيهما ، اذلا اجماع صغرى ولا حجية فيه - لو كان - 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 وآله وسلم ، وعباس عمه صلى الله عليه وآله وسلم كان يضارب ، كما في الروايات وصححها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مما يستأنس له بكون مضاربه أعم من النقد ، وان كان في الاستيناس ما فيه .

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

ولابأس بكونه من المغشوش الذي 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 فلا يترك 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، ولا حاجة الى دعوى الاجماع في ذلك، وان كان مرادهم عدم الصحة أصلاً، ولولا بعنوان المضاربة فهو غير ظاهر، ولم يثبت اجماعهم عليه كما عرفت ذلك في اشراط السابق - انتهى .

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

(و) كيف كان فد (لابأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به) كما عن اطلاق فقه الراوندى، والنافع، واللمعة، والتبصرة، والروضة، والكفاية وغيرهم، حيث اطلقوا الدرهم والدينار، ولم يقيدوها بالصحة ونحوها، خلافاً لمن قال بعدم صحة المضاربة بالمغشوشة، كما حكى عن الخلاف والمبسوط والوسيلة والغنية والسرائر، وجامع الشرائع، وجملة من كتب العلامة، والروض، والمسالك، وفصل التذكرة وجامع المقاصد والمسالك و مجمع البرهان - على ما حكى - بين ما لا يتعامل به من المغشوش، فلا يصح 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 مشرط 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 الخيط لم تصح
 المضاربة ، لعدم الصدق - كما صرح بذلك المستمسك - ولعل المصنف انما
 قال يعامل به لاجل بيان ما ذكرناه .

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

(نعم لو كان مغشوشاً يجب كسره ان كان قلباً) بأن لم يكن حقيقة السذهب
 والفضة ، بل كان مشبهاً بهما - مما يوجب خداع الناس ، ولذا وجب كسره -
 (لم يصح) اذ ليس ذهباً ولا فضة (وان كان له قيمة) باعتبار صورته ، اذ اعبره 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 - المروى عن الشيخ - قال : كنت عند
 ابي عبد الله عليه السلام فألقى بين يديه دراهم فلقى الي درهماً فقال ايش

هذا؟ فقلت ستوق، فقال: وما المستوق فقلت: طبقتين فضة وطبقة من نحاس وطبقة من فضة فقال عليه السلام: اكسرها فانه لا يحل بيع هذا ولا انفاقه .
قال في الوسائل: هذا محمول على كونه غير معلوم الصرف ولا جائزاً 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، أو كان غبناً، أما اذا لم يكن احدهما جاز الانتفاع لعدم الدليل على العدم، بل يشمله اطلاقات ادلة التعامل، وهذه الرواية لا بد من حملها على الكراهة ، أو على صورة عدم الجواز ، لبعض الروايات الاخر الدالة على الجواز .

مثل صحيح محمد بن مسلم، قلت لابي عبد الله عليه السلام: الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره 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: لا بأس اذا كانت تجوز. الى غيرهما مما ذكره في باب الصرف ، وعليه يشكل الكسر اذا كان اسرافاً ، فالحمل على الكراهة في الرواية السابقة محل نظر .

ولو قال للعامل : بيع هذه السلعة وخذ ثمنها قراضاً لم يصح الا ان يوكله في تجديد العقد عليه بعد ان نض ثمنه .
 الثالث : ان يكون معلوماً قدرأً ووصفاً ولا تكفى المشاهدة وان زال بها معظم الغرر .

(ولو قال للعامل : بيع هذه السلعة) بالدينار أو الدرهم (وخذ ثمنها قراضاً لم يصح) لفقد الشرط الاول كما في المستمسك (الا ان يوكله في تجديد العقد عليه بعد ان نض ثمنه) الا ان يقال: لا يحتاج الى تجديد العقد فان مثل الكلام السابق وكاله في اجراء المعاطات، وعلى هذا، فالاقوى كفاية مثل الكلام المتقدم.

(الثالث) من شروط رأس المال (ان يكون معلوماً قدرأً ووصفاً) على المشهور قال في مفتاح 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 (لا تكفى المشاهدة وان زال بها معظم الغرر) فقد حكى عن المبسوط الاكتفاء في جواز المضاربة بالمشاهدة لزوال معظم الغرر، واشكل عليه بأن بقاء بعض الغرر غرر ، فيشمله النهى ورد بأن مراد الشيخ ان ما يبقى لا يسمى غرراً عرفاً حتى يشمله النهى المتقدم .

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

الرابع : ان يكون معيناً

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

واما الحديث ففيه بعد تسليم السند ولو بمعونة الشهرة الجابرة انه لانسلم صدق الغرر في كل مورد ، فالدليل اخص من المدعي ، ولذا قال في الجواهر: والتحقيق ان لم يكن ثم اجماع عدم قدح الجهالة التي تؤل الى علم، نحو ان يقع العقد على ما في الكيس مثلا ثم يعدانه بعد ذلك، لاطلاق الادلة أوعومها . اما الجهالة التي لاتؤل الى علم، فالظاهر عدم جوازها ، لعدم امكان تحقق الربح معها وهو روح هذه المعاملة - انتهى.

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

وثانياً: بأن الجهالة في مثل ذلك مثلها مثل الجهالة في الشركة ونحوها، فهل يستشكل فيما اذا خلط احدهما لبنة بلبن الاخر، ولا يعلم كم لبن كل منهما ومن البعيد جداً ان يمنع ذلك الجواهر أو غيره، ويكون المحتمل عند الاختلاف موازين القضاء من قاعدة العدل، والقرعة وغيرهما .

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

(الرابع) من شروط رأس المال (ان يكون معيناً) وقد استدل له بالاصل، وبالغرر ، وبالاجماع ، وبأن المبهم المررد لاوجود له في 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

ماليخفى ، اذ قد عرفت في الشرط الثالث عدم تمامية الاولين .

اما الاجماع ، فالظاهر انه غير موجود ، قال في محكى مجمع البرهان : كان دليل اشتراط التعيين بالمعنى المذكور اجماع ، وقال في موضع آخر منه : ان عدم كون التعيين بالمعنى المذكور مضراً غير ظاهر .

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

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

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

قال في 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 الضحمة ، بل فى مفتاح الكرامة : وقد جوز

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

القراض بالمال المشاع، وفي الجواهر بلاخلاف ولاشكال، ولاشك في الصدق فقول المستمسك، لو فرض الشك في الصدق، لاحتمال اعتبار الإفراز في صدق المفهوم عرفاً، فالإطلاق لا مجال للمسك به، بل المرجح أصالة عدم الأثر. غير ظاهر الوجه، وقول المنصف: (بعد العلم بمقداره ووصفه) بناء على ما تقدم من اشتراط العلم بالمقدار الذي قد عرفت الأشكال فيه .

ومما تقدم ظهر عدم الأشكال فيما ذكره المصنف بقوله: (فلو كان المال مشتركاً بين شخصين فقال أحدهما للعامل: قارضتك بحصتي في هذا المال صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع) وإن كان مقتضى ما ذكره المصنف الأشكال في نفس هذا المثال إذا لم يعرف العامل، أو المالك قدر الثلث والربع، كما لو مات الأب وخلف ولداً وبناتاً وكان له مال في صندوق لم يعلم هل إنه ثلثمائة أو أكثر، فإن 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 مثلاً ، فقال : قارضتك بنصف هذا المال صح) لما تقدم من إطلاق الأدلة الشامل للمشاع ، والحاصل أن كلا من الجهالة في المالك والعامل والمال لا يضر بصحة المضاربة ، فلو كان صاحب المال مجهولاً للعامل ، لكنه وضعه للمضاربة صح أخذه من العامل - بالمعاطات - كما أنه

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

كذلك اذا كان العامل مجهولاً للمالك وهكذا اذا كان المال مجهولاً ولذا قال في مفتاح الكرامة : انها تحمل من الجهالة ما لاتحمله العقود اللازمة . ومنه تعلم ، صحة المضاربة اذا لم يعرف احدهما الاخر ولا عرف ، اى منهما مقدار المال وكانت معاطاة في البين ، وان كان الاحتياط مراعات ما ذكره 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 والباقي للاخر بطل اجماعاً ، وقال في الحدائق : الظاهر انه لاخلاف بينهم في انه يشترط في الربح الشيع .

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

الثاني : ما ذكره الشرائع من انه لا يوثق بحصول الزيادة فلا تحقق الشركة . الثالث : ما ذكره مفتاح الكرامة قال : لانه خلاف وضع القراض وهو خلاف مقتضى العقد .

الرابع : انه خلاف ظاهر الروايات الدالة على الشيع ، مثل قول السائل في خبر عبد الملك : فما اصبحت منها جميعاً فهو بينى وبينك فسألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن ذلك ؟ فقال : لا بأس به .

وفى رواية المرادي ، سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول للرجل ابتاع لك متاعاً والربح بينى وبينك ؟ قال عليه السلام لا بأس .
وفى رواية الحلبي : وان ربح فهو بينهما . الى غير ذلك .

الخامس : ما رواه الدعائم ، عن ابي عبد الله عليه السلام ، انه قال فى الرجل يعطى الرجل ما لا يعمل به على ان يعطيه الربح مقطوعاً قال : هذا الربا محضاً .
لكن كل هذه الوجوه لاتفى باطلاق ما ذكرها ، فالاجماع غير موجود فى المسألة مع انه لو كان ، كان من محتمل الاستناد بل مظنونته ، والثانى اخص من المدعى ، والثالث غير ظاهر ، اذ لوجه لجعله خلاف مقتضى العقد ، والحال انه يتعارف مثل ذلك فيقول صاحب المال للمعامل اعمل وخذ كل يوم مقدار دينار لمصرفك والربح بعد ذلك بيننا ، والرابع لادلالة فيه ، الامن باب مفهوم اللقب بالاضافة الى ان (بينهما) ونحوه اعم ، والانصراف لو كان فيقرب ان يكون بدوياً والخامس أولاً لادلالة فيه بالنسبة الى جعل شىء مقطوع للعامل وثانياً ان الرواية انما تعرضت بصورة ما كان الامر ربا ، أما اذا لم يكن ، كما لو علم ان الف رأس المال يربح ما لا يقل من خمسمائة فقال المالك اعطني مائة والبقية اثلاثاً مثلاً لم يكن ذلك من الربا الذى هو محتمل ان لا يربح او يربح بقدر الربا او اقل 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 أو ثلث أو نحو ذلك) أقول التعيين على اقسام .

الاول : ما ذكره ، وصحته اجماعى ، كما يدل عليها النصوص ايضاً .
الثانى : ان يقول لك جزء ، او حظ او نصيب ، وهذا لا يصح ، لانه خلاف ادلة المضاربة عرفاً وشرعاً ويشمله دليل نهى النبى 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 ، أو ربع مثلاً ، بأن جعل له الشيء المردد ، وهذا لا يصح ، لانه غرر ، وخلاف مقتضى المضاربة ، وفي المستمسك استدلال له بأن المردد لا يقبل الملك ، كما لا يقبل غيره من الاحكام ، وان كان فيه نظر فان كثيراً من الاحكام تترتب على المردد ، كما اذا قال فى الوصية : اعط زيدا أو عمرواً ديناراً ، أو اعط ديناراً ، أو دينارين لزيد ، أو اباح له ان يجلس فى داره شهراً ، أو شهرين ، أو اباح ان يجلس فى داره زيد ، أو عمرو ، أو اباح لزيد ان يجلس فى داره الشرقية ، أو الغربية ، الى غير ذلك من الامثلة .

الرابع : ان يقول : لك بالنسبة العادلة حيث لا يعلمانها هل هي الثلث ، أو الربع ، أو أقل ، أو أكثر؟ في ما اذا كان فى الواقع مقدراً خاصاً ، فان العقلاء يجعلون لكل من رأس المال وللعمل نسبة خاصة من الربح ، ومقتضى القاعدة الصحة ، لاطلاق أدلة المضاربة ، وأدلة العقود ، وعدم محذور فى ذلك من غرر

الا ان يكون هناك انصراف ينصرف اليه الاطلاق .
السابع : ان يكون الربح بين المالك والعامل ، فلو شرطاً

اونحوه ، وان كان ظاهر بعضهم المنع في أمثال ذلك .
الخامس : ان يقول لك مثل ما اعطى التاجر الفلاني لعامله ، وظاهر كلامهم الاشكال في ذلك أما لانه غرر واما لانه خلاف مقتضى المضاربة واما الانصراف ادلة المضاربة عن مثله ، لكن الظاهر الصحة لبطلان الوجوه المذكورة ، ولذا قال في المستمسك : لو قال: لك مثل ما شرط فلان ، فدليل بطلانه غير ظاهر .
السادس : ان يردد في الامر بأن يقول : ان ربحت فوق الالف فلك الثلث وان ربحت دون الالف فلك النصف ، سواء كان ذلك شرط المالك على العامل او بالعكس ، ومقتضى القاعدة الصحة ، لانه شرط عقلائي ، فالعامل مثلاً ، حيث تكون اجرتة في الشهر خمسمائة لا يستعد ان يأخذ اقل بالمضاربة ، ولذا يجعل الشرط بحيث لا يكون له اقل .

وكذلك المالك انه ان اشترى بالمال البضاعة الفلانية حصل على ألف قطعاً ، فلا يريد ان ينقص حظه في المضاربة ، ويأتي هنا احتمال الانصراف والغرر ، وانه خلاف مقتضى العقد ، وقد عرفت الاشكال في المذكورات ويمكن تصورات اخر لجعل الربح بينهما تضرب عنها خوف التطويل .

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

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

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 عاملاً صح ، والابطال .
وقال فى مفتاح الكرامة : فى شرح ذلك قولاً واحداً فى الحكمين معاً ،
كما فى المبسوط ، وبهما صرح فى المهدب والشرائع والتذكرة و التحرير
والارشاد والتنقيح وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان، والمراد
بالاجنبى من كان غير المتعاقدين - انتهى .

واستدل له هؤلاء بأمرين :

الاول : انه خلاف مقتضى المضاربة .

الثانى : ظهور النصوص كون الربح بينهما ، فهو خلاف الأدلة ، ولا يخفى
ما فى كليهما ، اذ لانسلم انه خلاف مقتضى المضاربة ، بل هو خلاف اطلاقها ،
ولذا لا يشك العرف فى صدق القراض عليه مع هذا الشرط ، وليس ذلك مثل
ان يبيعه بشرط ان لا يملك المتاع ، كما ان النصوص ليست حاصرة ، بل
ذكرت ما هو مقتضى الاطلاق ، فالاستدلال بها لما نحن فيه من قبيل الاستدلال ،
بمفهوم اللقب .

هذا بالاضافة الى انه لو كان شرطاً لا مقوماً كان من الشرط العاسد ، وبنائهم
على انه ليس بمفسد ، ثم ليرقىل بعدم مثل هذا الشرط ، فان قال للعامل : لك الثلثان
على ان تعطى امرأتك - مثلاً - نصفه ، فهل يصح الشرط ، لاطلاق أدلة الوفاء
بالشرط أولاً ؟ 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 خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك ، 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 غلاماً لاحدهما

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

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

(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 فى الحقيقة راجع الى كيس الشارط
(خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك ، لانه يرجع الى مولاه) لكن لا يخفى انه
ان لم يملك لم يكن هذا شرطاً واقعاً وان كان يملك كان الدليلان السابقان بناءً
على صحتهما آتيين فى المقام ايضاً .

ولعله أشار الى ذلك بقوله : (وعلى القول الاخر) بملك العبد (يشكل)
اذ لافرق بينه وبين الاجنبى (الا انه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى
للاجنبى) 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 مطلقاً ، بل لايبعد القول به في الاجنبى أيضاً ، وان لم يكن عاملاً 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 بعد ان لم يكن اجمال في المقام، الا ان يقال: ان المستند في عدم الجواز الاجماع، وهو لااطلاق له، لان المجمعين في المنع عن الاجنبى اجازوا الشرط بالنسبة الى الغلام فتأمل .

(بل لايبعد القول به في الاجنبى ايضاً، وان لم يكن عاملاً 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 .

ومما تقدم يعرف وجه الصحة في ماذا شرط بعض الربح لامر خيري كالوقوف أو طائفة خاصة كالفقراء ، أو جعل بعض الربح منضمماً الى رأس المال وبعضه لهما ، أو لاحدهما أو لآخر .

(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 في التحرير ايضاً وقد يلوح من الايضاح اختياره، وفي جامع المقاصد انه أولى وابعد من الريب وقرب في التذكرة عدم اشتراطه، وقد دخلت عنه كتب الاصحاب قاطبة من المقنعة والمنع

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 - انتهى .

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

ولذا قال المصنف : (لكن لادليل عليه) وما استدل له بانه خلاف مقتضى المضاربة ، ولان العامل لا يتمكن من العمل اذا لم يكن المال بيده ، ولاصالة عدم الاثر غير تام ، اذ انسلم الاول ، ولذا رده جامع المقاصد بأنه موضع تأمل ، والتمكن موجود بأن يحول العامل على المالك أو ما شبهه ، والاصل لا يقاوم الدليل .

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

وعليه (فلا مانع ان يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك ، كما عن التذكرة) بل قد عرفت انه المشهور ، وعليه فما في المستمسك ان الشك في اعتباره عرفاً في مفهوم المضاربة كاف في اعتباره ، محل منع ، ولذا قرر ما وجدته 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 ، ويكون 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 تتبع للتجارة ،
والتجارة هي الاسترباح بالبيع والشراء ، لابلحرف والصنائع - انتهى .
وقال 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 مضبوطة يمكن الاستيجار
عليها فاستغنى بها عن القراض فيها ، وانما يجوز القراض ، فيما لا يجوز الاستيجار
عليه وهو التجارة التي لا يمكن ضبطها ، وللمعرفة قدر العمل فيها ولا قدر العوض
والحاجة داعية اليها ولا يمكن الاستيجار عليها ، فللمضاربة مع جهالة العوضين
شرع عقد المضاربة - 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 - كالطبخ والخبز - اعمال مضبوطة ، فلا ضرورة فيها الى ارتكاب
مخالفة الاصول ، وتجوز 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 ولو فرض صحة غيرها للعمومات - كما لا يبعد - لا يكون داخل في عنوان المضاربة .

العاشر: ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة

به ، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير

و لعل العلامة رأى عدم اطلاق الادلة ، فعلمه في قبال استحسانات العامة بالاستحسان، لان هذا الشرط أحد قولي الشافعية، والافمن المعلوم ان مثل هذه الامور لا توجب 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.

(- كما لا يبعد - لا يكون داخل في عنوان المضاربة) كما لا مجال لقول المستسك من الشك في تحقق المضاربة عرفاً في مثل ذلك الموجب للرجوع الى اصالة عدم ترتب الاثر - انتهى .

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

(العاشر) من الشروط (ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به) سواء كان العجز ذاتياً، او لظرف زمني او مكاني طارئ (ومع اشتراط المباشرة من دون الاستنابة بالغير) أو لشرط خاص كاشتراط ان يتاجر بالبضاعة الفلانية ، او بشرط آخر، ولم يكن كان قادراً على التجارة ، وانما العجز ناش

أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير

عن الشرط .

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

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

ومنه يعلم ان ما 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 في جامع المقاصد ، و قال في المستمسك و نحو عبارة الشرائع ذكر في القواعد ثم قال المستمسك ان ما ذكره العروة في محله .

اقول : لعل المحقق وبعض اخر ارادوا بطلان العقد و انما عبروا بالضمان باعتبار التلازم العرفي .

ذكر المسالك وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به اذ لمانفات بين الضمان و صحة العقد و علله في الحدائق بما تقدم من الاخبار و عليه اتفاق الاصحاب من انه مع المخالفة لما شرطه المالك فانه يضمن والربح بينهما .

اقول : لظهور في كلام الشرائع و نحوه في عدم البطلان اذ عدم التلازم

والا فلا يصح 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 ما فيه 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 عقلاً أو شرعاً

ثم هل البطلان يكون للكل أو للمقدار العاجز عنه (١) اذا كان مقدار عاجزاً عنه ومقدار غير عاجز عنه كما اذا ضاربه بألف لاجل تجارة الحنطة والارز وقد كان الارز عاجزاً عنه فيكون البطلان في النصف المرتبط بالارز دون النصف المرتبط بالحنطة (٢) أو على سبيل البديل اذا كان العجز كذلك كما اذا كان عاجز عن الجمع بين تجارة الحنطة وتجارة الارز ولا يعجز عن تجارة احديهما على سبيل البديل.

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

واما ان يعجز عن بعض الجنس الواحد كما اذا كانت المضاربة بألف في الحنطة ولا يقدر الاعلى خمسمائة منه فقط؟ احتمالاً لان 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 لعدم العجز عن ذلك وحينئذ تصح في المقدور وتبطل في الزائد ويكون من قبيل تبعض الصقة- 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 في المعين او لم يقدر على بعضه المالك في الكلي او ما اشبه ذلك .

وعليه فاذا كان المالك جاهلاً بعدم قدرة العامل كان له خيار تبعض الصقة واذا كان عالماً لم يكن له خيار لانه اقدم على ذلك كما لا خيار له في 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 عالماً بالعجز واقدم على المعاملة او كان جاهلاً ولم يبطل كان الربح بين المالك والعامل بالنسبة .

اما المقدار العاجز عنه فلا عمل ولا ربح واذا كان جاهلاً وابطله كان للعامل اجرة المثل ويحتمل اقل الامرين من المثل والمسمى لانه اقدم على المسمى فلا حقه في الازيد على الخلاف الذي ذكره في تلك المسألة .

ثم ان ما ذكرناه من الربح للعامل بالنسبة انما يراد به ما يستحق لا بنسبة العمل اذ قد يكون حجم الجزء بنسبة خاصة بينما قدر المال له بنسبة اخرى مثلاً اذا استأجره في صنع مصراعى باب لداره بدينار فصنع مصراعاً واحداً لم يكن يستحق نصف المبلغ بل اقل من ذلك - غالباً .

ويكون ضامناً لتلف المال الا مع علم المالك بالحال

وبما تقدم ظهر احكام كل الفروع من كون العامل جاهلاً او عالمياً في صورة عدم قدرة المالك على اعطاء كل المال ومن كون المالك جاهلاً او عالمياً في صورة عدم قدرة العامل على كل العمل وعند جهلهما اما ان يفسخ اذا ما علم واما ان لا يفسخ (ويكون) العامل (ضامناً لتلف المال الامع علم المالك بالحال).

والوجه في الضمان ما ذكره المسالك قائلًا عند قول المحقق «واذا اخذ من مال القراض ما يعجز 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 أو لا يوجب لما ذكره المستمسك بقوله ان الضمان في المقام مخالف لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فان مال المضاربة غير مضمون على العامل في 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 ، او بالعكس فان كانا عالمين بالبطلان فقد جعل المالك المال وديعة في يد العامل والوديعة غير مضمونة .

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

وهل يضمن حينئذ جميعه لعدم التمييز مع عدم الاذن في اخذه على هذا الوجه او القدر الزائد لان العجز انما يكون بسببه فيختص به او الاول اذ اخذ الجميع دفعة والثاني اذا اخذ اولا بقدر مقدوره

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

وان كان المالك جاهلاً والعامل عالماً لم يبعد الضمان لان علم العامل بأنه لاحق له يوجب دخوله في قاعدة على اليد ما اخذت فهو كما اذا زعم المالك ان هذا زيد فاودعه المال، وقد كان عمراً وعلم عمر وباشتبه المودع وادلة الوديعة منصرفه من مثل هذه الصورة ولو كان العكس فقد اذهب المالك احترام ماله بعد ان اعطاه لمن يعلم انه لا يستحق الاعطاء لان المالك عالم ببطلان المضاربة. (وهل يضمن حينئذ جميعه لعدم التمييز) لان وضع اليد في حال الانضمام لافى حال الانفراد والمنضم غير مقدور العمل به فلا يكون مأذوناً في قبضه فيكون مضموناً لاقتضاء اليد الضمان .

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

(والثاني) اي عدم ضمان القدر المقدور (اذا اخذ اولا بقدر مقدوره) كالنصف او الثلث او ما اشبهه .

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

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

لكنه اذا تلف لا يوجب تلفه ضمان الجميع .

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

لكن قد عرفت مما ذكرنا ان اللازم القول بضمان الزائد فقط فاذا تلف الجميع كان قدر الضمان واضحاً - مثلاً كان النصف مقدوراً والنصف الاخر غير مقدور.. واذا تلف النصف ، مثلاً 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 بلا مرجح ولا مجال للقرعة حيث ان مرتبتها بعد مرتبة قاعدة العدل .

كما يستفاد من رواية الودعى وغيرها فلاوجه للقاعدة العدل ، وكذا فى كل مورد مشابه كما اذا كان قفيز من الحنطة لنفرين اذن احدهما الزيد 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 في الجميع وتلف نصفه بدون تفريط او تعد فان مقتضى القاعدة تقسيم النصف الذاهب منهما اذ لا ترجيح لجعله من الاذن او من الذى لم يأذن ولا مجال للقرعة ايضاً .
وكيف كان ، فقد ظهر مما تقدم ان مقتضى القاعدة الاحتمال الثانى وهو صمان القدر الزائد مطلقاً .

ثم ان المسالك اشكل على التفصيل بقوله (بشكل 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) و اشار المصنف الى دفعه بما حاصله ان لا يعجز عن المجموع فى صورة تدرج الاخذ فان العجز فى الثانى الذى عجز عنه لافى الاول الذى هو مقدوره .

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

والبطلان منسوب الى الثاني 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 والثاني في الخارج متميزان ،
لان (المفروض عدم المزج) فلماذا يقال بسريان العجز الى المجموع .
وقد رد المستمسك الماتن بقوله : [هذا يتم لو كان أخذ الاول بعقد يختص
به والثاني بعقد آخر يختص به ، أما اذا كان الاخذ الثاني بعقد موضوعه مجموع
الاول والثاني ، فيكون موضوع العقد غير مقدور ، فيكون العقد باطلا فالاخذ
به أولا كالأخذ 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 والثاني ، فالضمان للمقدر الزائد فقط سواء أخذها
مرتين أو مرة وسواء مزج في 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
لا يبطل العقد اذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد .

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

ولا وجه له لما ذكرنا، مع انه اذا كانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان ثم اذا تجدد العجز في الاثناء وجب عليه رد الزائد والاضمن

(ولا وجه له لما ذكرنا) من لزوم التفصيل في المسألة لا اطلاق صحة المعاملة (مع انه) يرد على كلام الحدائق اشكال آخر وهو انه (اذا كانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان) لان العامل أمين والامين لا يضمن 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 في المسألة الخامسة - 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 القدرة والضمان مرفوع فسى هذه الحالة فاذا لم تكن قدرة لم تكن امانة مالكية وحيث لا قدرة فلا امانة مالكية ترفع الضمان . أقول بالنسبة الى غير المقذور ضمان وبالنسبة الى المقذور الربح مشترك ولا ضمان اذ القدر صحيح والعقدرة موجودة فأمانة مالكية توجب رفع الضمان (ثم اذا تجدد العجز في الاثناء وجب عليه رد الزائد) لانه لا يقدر على العمل فيه فلا يحق له ابقائه عنده لان الامانة كانت باعتبار عقد المضاربة ، فساذا عجز بطل العقد بالنسبة اليه :

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

مسألة - ١ - لو كان له مال موجود في يد غيره أمانة او غيرها

فضاربه عليها صح

ومما تقدم يعرف حكم كل صور المسألة فان العجز اما عن البعض أو عن الكل وعلى كل حال أما ابتداءً فقط أو في الإثناء فقط أو في الأخير أو مختلفاً كان عجز عن بعض أو لا وعن بعض وسطاً .

مثلاً كانت المضاربة على دراهم ودنانير، فلم يتمكن من التصرف في الدراهم لانه يخاف اتهامه بأنه سرقها أو عجز عن الكل أولاً وعن البعض أخيراً الى غير ذلك من صور المسألة فان الميزان في الكل ان عقد المضاربة كأنها عقود بالنسبة الى المال وبالنسبة الى الازمنة فكلاً حصل عجز عن بعض مالا او زماناً بقي 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 ما ذكره في تبعض الصفقة.

(مسألة - ١ -) لو كان له مال موجود في يد غيره أمانة او غيرها فضاربه عليها صح) ولا فرق بين ان يكون المال في يده امانة مالكية بعارية أو ودیعة او اجارة او غيرها لاطلاق الادلة بل يظهر عن التدكرة فيما لو كان المال ودیعة او عارية اجماع المسلمين عليه .

وقال في المستمسك بعدم الفرق عرفاً بين كون المال المضارب عليه في يد المالك وفي يد غيره اميناً كان او مستعيراً او غيرهما - انتهى .

ومنه يعلم انه لا فرق بين كون المال في يد ام لا؟ كما اذا كان في مكان لا يد عليه بل او كان لا يقدر المالك عليه واليد لا فرق فيها بين يد المالك او العامل او

وان كان في 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 أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان) لانها ليست امانة
مالكية ولا شرعية (فالاقوى انه يرتفع الضمان بذلك) فانه لا اشكال في صحة جعله
مضاربة بل في الحدائق الظاهر ان الحكم اتفاقى عند الاصحاب - انتهى .
ووجهه اطلاق الادلة حيث لا مخصص لما اذا كان المال غصباً خلافاً للشرائع فانه
قال: ولو كان له في يد غاصب مال فقارضه عليه صح ولم يبطل الضمان - انتهى .
وعلمه في الجواهر بالاصل السالم عن معارضة وقوع عقد القراض الذي لا يلزمه
عدم الضمان بل بجماعه في كثير من المقامات، لظهور قوله عليه السلام، حتى يؤدي
في بقاء الضمان الى حال التأديبة التي ليس وقوع عقد القراض منها، وانما قوبنا
عدم الضمان (لانقلاب اليد) الضمانية الى الامانية (فينقلب الحكم) فكما انه اذا
قال للغاصب المال امانة عندك من الان اوقال اجر تلك الدار المغصوبة - مثلاً -
انقطع الضمان فكذا في المقام .

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

ومنه يعلم ان ما عن العلامة في التذكرة، وذكره المسالك من ان مجرد العقد
لا يقتضي ذلك، وانما يحصل الاذن بأمر آخر ولو حصل زال الضمان محل اشكال
اذ انشاء المضاربة ظاهر في الاذن كما ظهر الاشكال في 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 لا يجدى في نفى الضمان الا ان ثبت امران الاذن في القبض وان المأذون لا يضمن اذ قد عرفت الظهور العرفي في الاذن والمأذون يكون امانة مالكية والامين غير ضامن نصاً واجماعاً.

(و) اما الاستدلال بالرواية المتقدمة المذكورة في المستدرك في كتابي الوديعة والغصب، وفي غيره به (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 اداءً، واذا قال له هو لك كان اداءً، واذا قال وديعة او عارية او فى اجارتك اورهنك وما شبهه كان اداءً .

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

(ولكن) مع ذلك (ذكر جماعة) كما عرفت عن الشرائع وغيره بل في الحدائق انه المشهور وان لم نحقق ذلك (بقاء الضمان) بعد جعله مال المضاربة (الاذا اشترى به شيئاً) وان لم يدفعه الى البائع فقوله: (ودفعه الى البائع) لا بد وان يراد به ما اذالم يأذن البائع فى بقاءه عنده لكنه غصب عن البائع حينئذ لاعن 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 قد قضى دينه باذنه وذكروا نحو ذلك فى الرهن ايضاً، وان العين اذا كانت فى يد الغاصب فجعلها رهناً به عنده انها تبقى على الضمان والاقوى ما ذكرناه فى المقامين لما ذكرنا .

تحت سلطانه الذى هو معنى اليد (لانه قد قضى دينه باذنه) فلامجال للاستصحاب ولالقاعدة اليد .

(وذكروا) اى جماعة منهم (نحو ذلك) وعدم سقوط ضمان الغاصب اذا جعله المالك رهناً عنده (فى الرهن ايضاً، و) قالوا (ان العين اذا كانت فى يد الغاصب فجعلها رهناً به عنده انها تبقى على الضمان) الا ان الجواهر وغيره قالوا بأن جعلها رهناً يخرج الغاصب عن الضمان .

(و) قول الجواهر هو (الاقوى) فان (ما ذكرناه فى المقامين) وكذلك سائر المقامات المشابهة كما اذا جعلها عارية، او ودیعة، او اجارة او مزارعة، او مساقاة عنده هو مقتضى القاعدة (لما ذكرنا) من انه دخل بذلك تحت سلطان المالك فلا يكون غصباً فلامجال للاستصحاب ولالقاعدة اليد ويكون الحال كذلك اذا مات وورثه من رضى ببقائه فى يده .

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

اذ قد عرفت ان مجرد المضاربة لا تكفى فى الاذن، ومثل ما تقدم فى الخروج عن الضمان لو غصب صغيرة بملابسها فزوجها اياه الولي فانه يخرج عن كونه غاصباً ولا يكون 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 اذا كان راضياً والمضاربة كانت على نحو الداعي خرج عن الضمان ايضاً

مسألة - ٢ - المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منهما

فسخها

وللمسألة فروع تظهر مما ذكرناه والله سبحانه العالم .

(مسألة - ٢ - المضاربة جائزة) كتاباً لأنه نوع من التجارة عن تراض وعقد فيشملها دليلهما سنته للروايات المتواترة المذكورة في كتب الحديث والفقه واجماعاً، بخلاف 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 المسال عمل مجسم ايضاً فمن كلا الطرفين عمل والربح بينهما على نحو لا اجحاف فيه .

وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في كتاب [الفقه - 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 يجعلوا المضاربة شرطاً في عقد لازم ، والشرط في العقد اللازم يوجب الرضخ ، ثم اذا فسخ احدهما كان اللازم ان يكون له بقدر حقه المقرر الى ذلك الحين لان كلامك فلا وجه لاحتمال الفسخ عن اصله و يكون للعامل اجرة المثل او اقل الامرين الى ذلك الحين .

وكيف كان ، فقد ادعى المسالك عدم الخلاف في ان المضاربة جائزة وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه قال: وهو الحججة 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 مطلقاً 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 مشكلاً على خلاف
الادلة الاولى 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 ، او بعده نض المال) بان صار نقداً (او كان به عروض ، مطلقاً
كانت) المضاربة (او مع اشتراط الاجل ، وان كان) الفسخ في صورة شرط الاجل
(قبل انقضائه) لان الشرط في العقد الجائز لا يكون 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 للحكم التكليفي لانه المستفاد من دليل الشرط ، وانما لا يجوز الفسخ
لقاعدة كون المؤمنين عند شروطهم (بل هو الاقوى ، لوجوب الوفاء بالشرط)
غير المخالف للكتاب والسنة ول مقتضى العقد .

اقول: الفرق بين الشرط في ضمن العقد اللازم، وفي ضمن العقد الجائز انه لو لم يف بالشرط في الاول كان للمشارط اجبار المشروط عليه وكان ترك الشرط عليه للشرط فعلاً حراماً لانه تارك للواجب اما في الثاني فمقتضى القاعدة انه ليس للمشارط 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 في الصلاة المستحبة ليس واجباً لانه اذا لم يركع بطلت الصلاة لانه فعل حراماً او يلزم عمل الركوع .

وكذلك ليس الاكل في الصوم المستحب حراماً فانه اذا اكل بطل صومه فلا يلزم على الصائم ترك الاكل ولا يكون اكله حراماً و كأنه الى هذا اشار المسالك حيث قال والقراض من العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده لان الشرط كالجزم من العقد فلا يزيد عليه .

وقال في الجواهر يحتمل عدم وجوب الوفاء بالشرط وان لم يفسخ العقد للاصل السالم عن معارضة آية « او فوا بالعقود » ثم ذكر ان ذلك مراد الشيخ و الغاضل في كلامهما وهو لا يخلو من قوة - انتهى .

و كأنه اشار بذلك الى قول الشيخ وفي مسألة ان يدفع اليه الفاء قراضاً ليدفع اليه الفاء بضاعة: ولو قلنا ان القراض والشرط جائز لا يلزم الوفاء به لان البضاعة لا يلزم القيام بها كان قوياً .

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

نعم، ربما يستدل بلزوم الوفاء بالشرط اذا لم يفسخ بدليلين .
 الاول: قوله المؤمنون عند شروطهم . الثاني : بعض الروايات الظاهرة في ذلك مثل ما رواه احمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن ابيه قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: كان للعباس مال مضاربة فكان يشترط ان لا يركبوا 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 لا يشمل الا الواجب ولو بالانصراف .

ووجه الانصراف ما ذكرناه من التلازم العرفي بين جواز العقد وجواز الشرط فكما ان اوفوا بالعقود لا يشمل العقد الجائز كذلك المؤمنون عند شروطهم لا يشمل 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 أى معنى لوجوب الوفاء والحال انه يبطله قولاً وعملاً فيأخذ الوديعة ويفعل كل ما وكل فيه ويتناول العارية ويأخذ عين مال القراض وعين الموهوب الى غير ذلك والثاني لدلالة 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 للشارط الزامه فراجع الوسائل كتاب المضاربة بابها الاول .

وبما ذكرنا يظهر ان ايرادات المستمسك على ما ذكرنا من الادلة لجواز الشرط لا يخلو بعضها عن اشكال قال والتي يمكن ان يكون وجهاً لهذه القاعدة «قاعدة اقتضاء جواز العقد جواز الشرط» امور .

الاول: الاولوية المشار اليها في عبارة تى الرياض والجواهر وفيها انها 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 ولا يشمل توابعه .

الثالث : انه لو لزم الالتزام بالشرط مع عدم الالتزام بالعقد لزم الالتزام به ولو مع فسخ العقد ولا قائل به، وفيه : ان دليل لزوم الشرط يختص بما كان في 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 لا يراد منه الوجوب التكليفي بل الارشاد الى نفوذ العقود والشروط والشك 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 ولا مجال للاخذ بالقدر المتيقن .

وعلى الثالث : انه لم اجد من ذكر هذا الدليل ، بل لا يمكن منهم ان يقولوه .

وعلى الرابع: اولاً ان الوجوب تكليفي ووضعي 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 يشتري او بالعكس او لا يبيع ولا يشتري، قبل مقتضى القاعدة ان الشرط الاول - باطل لانه خلاف مقتضى العقد الذي يقتضى ملكه الفسخ .

وفيه: انه كيف يصح في العقد اللازم - مثل البيع - ان يشترط ذلك الفسخ اى الخيار؟ فالاصح ان يقال ان مثل هذا الشرط غير لازم الوفاء 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 في البيع بل لانه لا ملزم لهذا الشرط في ضمن عقد المضاربة، لما تقدم من التلازم بين جواز العقد وبين عدم لزوم الشرط في ضمنه، فشرط ان لا يملك الفسخ الذي معناه اللزوم لا ملزم له في ضمن عقد جائز .

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

وبما تقدم في شرط ان لا يملك الفسخ ظهر حال القسمين الاخرين من الشرط كان يشترط ان لا يفسخ، وان يشترط ان بعد السنة يبيع ولا يشتري، والى آخره فالشرط بان لا يفسخ غير لازم، والشرط ان لا يبيع، وان كان غير ملزم الا ان العامل حيث لم يأذن له المالك في التصرف بيعاً أو شراءً 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 ايضاً 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 تبعد ولا تشتت ، أو فبع ولا تشتت 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 الاعلى ووجه 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 ليفسدها ، ولذا قالوا بان الشرط الفاسد ليس مفسداً .

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

ودعوى أن الشرط في 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 .

(والافمادام 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 الوفاء بالشرط ، سواء فى العقد اللازم او الجائز - عندهم - .
(وهذا) الذى ذكرناه من انه يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط ، (انما يتم
فى غير الشرط الذى مفاده عدم الفسخ مثل المقام ،) الذى اشترط فيه عدم الفسخ
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
كما ذكرنا فى باب الاقالة فى العقود اللازمة و«غير الشرط» - فى كلام المصنف -
يراد به مثل شرط ان يبيع كذا ، أو لا يبيع ، وهكذا مما لا يجعل عقدا مضاربة
لازماً .

ثم انه ربما يستشكل على لزوم عقدا المضاربة بشرط عدم الفسخ بانه مستلزم
للحدود ، اذ لزوم العقد متوقف على لزوم الشرط ، ولزوم الشرط متوقف على
لزوم العقد .

اما الاول : فلانه لولا الشرط اللازم لم يكن وجسه للزوم العقد ، فان ذات
العقد ليست بلازمة ، وانما يسبب لزومه الشرط ، والشرط اذالم يكن لازماً لم
يكن ملزماً ، فان فاقد الشيء لا يعطيه ، فان مالا يكون فى نفسه لازماً كيف يكون
ملزماً لغيره .

واما الثانى : فلانه لولا العقد اللازم لم يجب الوفاء بالشرط ، لما تقدم 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 ، فساذا شرط

هذا ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر فلا اشكال في صحة الشرط

في العقد ان يفسخ لزوم كلاهما ، لكنك قد عرفت عدم لزوم العقد بالشرط بدليل آخر ، فلا يتوقف عدم لزومه على دليل الدور .

وبهذا ظهر وجه الاشكال في كلام المستمسك ، حيث قال : اذا كان وجود العقد شرطاً في 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 في جميع العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة وغيرها لان شرط التأجيل راجع الى شرط عدم الفسخ الى الاجل ، وقد عرفت بطلانه - انتهى غير ظاهر .

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

نعم ان لم يفسخ في الثانية ، لم يكن للعامل التعدي عن شرط المالك لانه ليس بمأذون في التصرف الذي نهاه عنه المالك ، ولاننا نفقد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم شرط العباس .

(هذا ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر) كالبيع ونحوه (فلا اشكال في 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 إذ لو كان منافياً لزم عدم صحته في ضمن عقد آخر أيضاً،

(ولزومه) لانه شرط في عقد لازم ، والشرط في العقد اللازم لازم ، ومعنى اللزوم التكليف والوضع ، ولذا قال غير واحد انه اذا شرطت عليه تو كيله الى خمسين سنة في طلاق نفسها اذا لم يوصل اليها النفقة او ما اشبهه ، لزم الشرط ، ولاحق له في ابطال الوكالة التي اعطاها اياها ، ومحل تفصيل الكلام في ذلك في بحث الشرط ، على ما ذكره الشيخ في 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 لا يفسخ ، او لا يملك الفسخ ، اذ كما كان شرط ان لا يفسخ يوجب الوضع ، كان شرط ان لا يملك الفسخ عبارة اخرى عن ذلك .

(وهذا) اي صحة الاشرط في ضمن عقد آخر (يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد) بل مناف لاطلاقه (اذ لو كان منافياً لزم عدم صحته في ضمن عقد آخر ايضاً) كما ذكره الجواهر، وايدته غير واحد من المعلقين ، اذ كان المنافي للعقد ، لا يمكن شرطه ، لافي ضمن نفس العقد، كان يشترط في عقد النكاح ان لا تكون المرأة محرمة له ، ولا في ضمن عقد آخر كان يشترط في عقد البيع ان لا تكون زوجته محرمة له ، فاذا صح الشرط في ضمن عقد آخر دل على عدم منافاته ، لمقتضى العقد ، فيصح اشرطه حتى في نفس العقد اذا لم يكن محذور آخر، وبذلك ظهر ان الشرط المنافي لمقتضى العقد ، او للكتاب والسنة باطل ، سواء كان في ضمن العقد ، او في عقد آخر

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

وسواء كان كلا العقدين أو احدهما لازماً أو جائزاً، فإذا شرط في ضمن النكاح
 أو المضاربة أن يشرب الخمر بطل الشرط لانه مناف للمكاتب وإذا شرط أن
 لا تكون الزوجة محرمة له بطل، سواء كان الشرط في ضمن النكاح أو المضاربة،
 وقد ذكروا أن الشرط الفاسد لا يكون مفسداً .

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

(الا أن يفسخ هذه المضاربة) التي في ضمنها الشرط (فيسقط الوجوب)
 عن المضاربة الاولى (كما انه لو اشترط في مضاربة اخرى في مال آخر
 أو أخذ بضاعة منه، أو قرض أو خدمة أو نحو ذلك وجب الوفاء به) عند
 المصنف، نعم الشرط صحيح لكن لا يجب الوفاء به عندنا على ما تقدم وعدم
 وجوب الوفاء به، هو اختيار جمع من الفقهاء.

قال في مفتاح الكرامة: قال في جامع الشرائع: لو اعطاه الفاعل قراضاً على
 أن يأخذ منه الفاعل بضاعة جاز، ولم يلزم الوفاء به وهو تحرير المبسوط .
 اقول: قال في القواعد: ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر،
 أو يأخذ منه بضاعة أو قرضاً أو يخدمه في شيء بعينه، فالوجه صحة الشرط وهل

ما دامت المضاربة باقية، وان فسخها سقط الوجوب ولا بد ان يحتمل ما اشتهر من ان الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى، والا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله، كما اختاره صاحب الجواهر بدعوى انها تابعة للعقد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه هي اولى بالجواز

مراده ما ذكره 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 في شرح عبارة القواعد: وجه الصحة عموم قوله تعالى: «أوفوا بالعقود». وقوله عليه السلام: المسامحة عند شروطهم. وليس الشرط محرماً ولا منافياً 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، فما ذكره المصنف من انه (لا بد ان يحتمل ما اشتهر من ان الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى. والا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله) قد عرفت سابقاً ما فيه، وان مقتضى القاعدة هو المشهور (كما اختاره صاحب الجواهر) وغيره (بدعوى انها تابعة للعقد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه) اي العقد (هي اولى بالجواز) الاولوية، لان تابع الشيء اضعف من الشيء.

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

(وانها) اي الشروط (معه) اي مع العقد الجائز (شبه الوعد) اذ لا ملزم له. (و) عليه فـ (المراد من قوله تعالى: «وفوا بالعقود» العقود) (اللازمة منها لظهور الامر فيها في الوجوب المطلق) فحيث لا لزوم لعقد كان خارجاً عن اطلاق الاية بالدليل الخارجي، كالا جماع 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 فلا بد اما التصرف في كلمة (عند)، او كلمة (شروطهم).

اما ما ذكره المستمسك من ان الاية والرواية لا دلالة فيهما على الحكم التكليفي والا لزم ترتب عقابين على البائع اذا امتنع عن تسليم المبيع الذي المشتري عقاب الغضب، 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 اولاً: 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-٣- اذا دفع اليه مالاً او قال: اشترى به بستاناً مثلاً او قطيعاً من الغنم

في قبال الحكم التكليفي، فالاية والرواية تدلان على الحكم التكليفي ، ووحدة الحكم توجب وحدة العقاب لدى المخالفة .

وثانياً: لو سلمنا تعدد الحكم التكليفي والوضعي لا يلزم 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 لما تقدم من الادلة على ان ما في ضمن العقد الجائز ليس لازماً ، وقد عرفت ذهاب المشهور الى ذلك .

ورابعاً : ان معنى (اوفوا) و (عند) هو الدوام، لان ذلك مقتضى العموم الا زمني ، فانه لو فسخ لم يكن (وفى) ولم يكن (عند) .

وبما تقدم ظهر ان قول المصنف : (اذ لا يخفى ما فيه) محل نظر، كما ظهر ان احتمال ان يكون (اوفوا) و (عند) استعمل في الاعم الشامل للواجب والمستحب مثل : (اغتسل للجمعة والجنابة) فالوفاء بالعقد اللازم لازم ، وبالشرط اللازم لازم .

أما الوفاء بالعقد الجائز والشرط في ضمنه فمستحب محل نظر ، اذ انه وان كان ممكناً حسب تحمل اللفظ لو كانت قرينة ، الا انه خلاف الظاهر، اذ ظاهر (اوفوا) الوجوب ، وظاهر (عند) البقاء عنده ، وذلك مما يلزم الوجوب ايضاً أو هو عبارة اخرى عنه .

(مسألة -٣-) اذا دفع اليه مالاً او قال : اشترى به بستاناً مثلاً او قطيعاً 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 ، مثلاً : اللازم في عالم التجارة دوران المال من جهة تشغيل العمال ونحوه ، وذلك يقتضى التعامل بما يتضرر في بعض الوقت ، فان مثل هذا التعامل لا يضر بالمقصود من المعاملة الذي هو الاسترباح في آخر الامر فتعبيره بالاسترباح، لا يراد 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 يشتري اصلاً يشتركان في نمائه كالشجر والغنم : فالاقرب الفساد ، لان مقتضى القراض التصرف في رأس المال .

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

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

من ان الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلا يصح ومن أن حصوله
يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة؟ والاقوى البطلان

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

والظاهر ان الفرق بين دليل القواعد ، ودليله ان الاول اعم ، لان التصرف
قد يكون استرباحاً وقد لا يكون ، ففى مثل الغنم والشجر لا تصرف ولا استرباح ،
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 باباه .

(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 لا يبقى مجالاً
للاصل الذى تمسك به الجواهر دليلاً 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 اجمالاً ، 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 ، اذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة ، لامثل هذه الفوائد نعم لا بأس بضمها الى زيادة القيمة

مع ارادة عنوان المضاربة ، اذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة (لامثل هذه الفوائد ، وفيه ما عرفت في جواب القائل بالبطلان .
 نعم لا بأس بضمها الى زيادة القيمة) كما عن المبسوط والسراير والتذكرة والجامع ، وقال في المسالك : واعلم ان المنع انما هو في حصر الربح في النماء المذكور ، كما تقتضيه هذه المعاملة ، والا فلا 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 يحصره فيها لامكان تحصيله من اصل المال - انتهى .

وحيث ان اطلاق ادلة المضاربة يشمل النماء ايضاً ، لافرق بين تعرض المتعاقدان للنماء وعدمه ، فانه داخل في 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 ، اذ بعد شمول اطلاق عقد المضاربة له لاوجه لاختصاص المالك به ، وعليه فلا فرق بين اشتراط كون النماء لهما صريحاً او اطلاقاً .

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

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

مسألة - ٤ - إذا 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 ، فد (ان لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن
دعوى صحته للعقوبات) اى عموم اوفوا بالعقود ونحوه على ما تقدم، من ان
العمومات تشمل كل عقد ، ولو لم يكن فى 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 باطلا .

(مسألة - ٤ -) إذا 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 ، لالمقتضاها والالكتاب والسنة .

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

بل انما هو منافع لاطلاقه ، اذ مقتضاه كون الخسارة على المالك
وعدم ضمان العامل الامع التعدي او التفريط

وجه فاسد فيكون باطلا .

وقال في مفتاح الكرامة : البطلان فيها صريح التذكرة في آخر البسب
والايضاح ، وقضية كلام الباين .

(بل انما هو منافع لاطلاقه، اذ مقتضاه) اي مقتضى الاطلاق (كون الخسارة
على المالك وعدم ضمان العامل الامع التعدي او التفريط) والذا قال في الجواهر
ان جميع هذه الامور من الاحكام ، أو ما هو مقتضى اطلاق العقد ، لانها من
منافيات مقتضاه التي تعود عليه بالنقص فتأمل جيداً - انتهى .

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

لا يقال : ان كون الخسارة على العامل كلا أو بعضاً ، خلاف الدليل الذي
دل على ان الامين ليس عليه الا اليمين .

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

وبما تقدم ظهر ان ما في تعليقه السيد البروجردى ، وبعض آخر ، من ان
اشترط كون الخسارة على العامل ، كأنه اشترط الامر غير معقول ، محل منع
فأى غير معقولة لهذا الشرط ، ولنفرض ان المالك عنده مائة يريد ادخساره
ليوم حاجته وبأتية العامل للمضاربة ، وحيث انه لا يتحمل الخسارة بشرط عليه

هذا الشرط ، فهل هذا غير معقول ولو عرفياً ، بله كونه معقولاً عقلياً ، فان العامل العاقل يقدم على مثل ذلك اذا كان يرى فيه احتمال الربح العقلائي كاقدم 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 قبالة الخسارة ، فاذا كان العامل يربح عند ظهور الربح فهو يخسر عند الخسران .

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

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

يعطى ديناراً منها للمالك ، فيكون الحاصل ان كلامها عمل يوماً ، وكان ناتجه له ديناراً ، واذا فرض ان العامل حصل ثلاثة دنانير فى نصف اليوم كانت خسارة المالك أكثر ، حيث ان المالك حصل ديناراً لعمل يوم ، والعامل حصل دينارين .

وفى حسن الكاهلي ، عن ابى الحسن موسى عليه السلام ، فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة ، 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 الخسارة و الربح بالنسبة الى كليهما ، فلا وجه لجعل الحديث متروكاً ، كما قال به بعضهم .
 أما صحيح محمد بن قيس ، عن ابى جعفر عليه السلام فى حديث : ان علياً عليه السلام قال : من ضمن تاجراً فليس له الا رأس ماله وليس له من الربح شيء وفي بعض طرقه : (من ضمن مضاربة) فلاينا فى مسا ذكرناه لاحتماله ان يكون المراد اعطاء المالك مالا للتاجر لتيجره لنفسه - لا مضاربة - فليس للمالك ربح ، كما ليس عليه خسارة ، والنسخة الثانية غير ثابتة ، فلا تكون دليلاً على خلاف ما ذكرناه ، ولذا حملته فى محكى الوافى وغيره على ان يكون المال قرضاً ، ولا يرد عليه ما فى المستمسك قائلًا : وهو مع انه خلاف الظاهر منه مخالف للقواعد ، اذ لم يعرف وجه كونه خلاف الظاهر منه ، ولا كونه مخالفاً للقواعد .
 أما روايات كون الوضعية على المالك فهى غير منافية ، لانها ذكرت مطلقة لانها كذلك حتى فى حال الشرط ، فهى مثل سائر روايات أحكام المعاملات حيث يمكن رفع جملة منها بالشرط .

مسألة ٥- اذا اشترط المالك على العامل ان لا يسافر مطلقا او الى البلد الفلاني او الا الى البلد الفلاني

ففي صحيح اسحاق بن عمار ، عن ابي الحسن عليه السلام قال : سألته
عن مال المضاربة ؟ قال عليه السلام : الربح بينهما ، والوضيعة على المال .
وفي صحيح الحلبي ، عن ابي عبد الله عليه السلام قال : المال الذي يعمل
به مضاربة له من الربح ، وليس عليه من الوضيعة شيء ، الا ان يخالف أمر صاحب
المال . ومثلها رواية الكنايني وغيرها .

واحتمال ان يكون ذلك مقتضى العقد ، خلاف الظاهر ، حيث ان العقد
عرفي ، 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 ٥ -) اذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً في مدة
المضاربة ، لاجل الاعمال التجارية ، ولا لاجل نفسه في زيارة أو غيرها السفر
الشرعي ، أو حتى غير الشرعي ، والمتبع عند الشك الفهم العرفي ، حيث
انهم يفهمون مطلق السفر ، لا الشرعي منه ، فاذا كان عاصياً في سفره مما لا يحكم
شرعي له ، كان مشمولاً لنهي المالك .

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

اولا يشتري الجنس الفلانى او الاالجنس الفلانى اولا يبيع من زيد
مثلا ، او الا من زيد او لا يشتري من شخص او الا من شخص معين
فلا يجوز له المخالفة

(أولا يشتري الجنس الفلانى، أو الاالجنس الفلانى) أو بسائر القيود المربوطة
بالجنس ايجاباً أو سلباً (أولا يبيع من زيد مثلاً ، أو الا من زيد) أو كان نهيه وأمره
مقيداً بقيد مثل الا يبيع من زيد فى الصيف ، أو لا يبيع له ، الا فى الصيف ، حيث
يرى المالك اختلال تصرف زيد فى أحد الوقتين ، الى غير ذلك من الامثلة .
(أو لا يشتري من شخص ، أو الا من شخص معين) أو النوع 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 -
كالنقد والنسيئة - والوسائلية مثل السفر ووسيلته ، والطرفية - اى طرف المعاملة -
أوشى مخارج عن المعاملة ، مثل ان يتزوج ، حيث يرى المالك ان عدم ازدواج
العامل يسبب تهمة ، مما لا يناسب 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 لا يجوز له المخالفة ، فالمراد به تارة عدم الجواز تكليفاً وذللك
اذا تصرف فى المال تصرفاً ممنوعاً منه مثلاً: قال له لا تذهب بالمال الى بلد آخر

والا ضمن المال لو تلف بعضاً او كلا

او لانعطه الى زيد او ما اشبه ذلك ، فانه تصرف غير مأذون فيه ، وذلك حرام كتاباً وسنة واجماعاً وعقلاً ، 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) لايبس وان يراد به ما اذا تصرف في المال تصرفاً عملياً ، خلاف اذن المالك ، اذ التصرف غير العملى كالبيع ممن منعه عن بيعه بدون التسليم له، لا يوجب تلفه الضمان ، لانه لم يعمل عملاً في المال ، ومجرد العقد لا يوجب الضمان تلف اولاً - اذا لم يكن التلف بتعد او تفریط - .

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

ثم لو شرط عليه شرطاً وعلم انه لو اتبع 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 مثلاً، فانه لا يحق له جعلها في المراح لان الشرط منصرف عن هذه الصورة، اللهم الا اذا صرح بانه يجعلها في المراح وان علم انها تسرق ، اذ لحرمة ولا ضمان 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 وينتهي ان يخرج به فخرج قال عليه السلام : يضمن المال والربح بينهما .

وصحيح الحلبي ، عن ابي عبدالله عليه السلام انه قال : في الرجل يعطي المال فيقول له : ائت ارض كذا وكذا ولا تتجاوزها ، واشتر منها ؟ قال : فان تجاوزها 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 ، فسي الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط عليه ؟ قال عليه السلام : هو ضامن والربح بينهما الى غير ذلك من الروايات .

(وضمن الخسارة مع فرضها) بأن لم ينف المالك وانما خسر (ومقتضى القاعدة) ان ما يذكر في المضاربة على ثلاثة أقسام :

الاول : ما يكون مصب العقد ، مثل عقد المضاربة لا شراء الغنم فاشترى بقرأ .

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

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

الثالث : ما يكون شرطاً ، اى على نحو الالتزام في الالتزام حتى اذا لم 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 لا يكون مواد الانشاء لخوف الخسارة ، وقد يكون غير خوف الخسارة ، بل بداع آخر ، مثل انه لا يريد 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 ان يكون الداعى خوف الخسارة أو غيره اذ الداعى 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 غير فرق 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 بالصبخ
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 ، والالهما 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 لعهده في سياق الاقسام الثلاثة ، وان كان

أمراً داخلاً كان مصباً أو قيداً أو شرطاً ، ولا يتصور قسم رابع .
ثم انه قسم المقوم والخارج الى قسمين بقوله :

الاول ما يؤخذ قيداً في مقام الواقع ، كما اذا قال : لاتتجر بالاكفان ، ولو خالف كان غير مأذون فيه فصحتها على خلاف قاعدة السلطنة ، لاتصح الا باجازة المالك .

والثاني ما أخذ قيداً في مقام الظاهر خوفاً من الخسران كما اذا قال : لاتشتر التمر فانه خطر فاشترى تمراً وربح ، فالمعاملة وان كانت غير مأذون فيها ظاهراً مأذون فيها واقعاً ، ولانافات بين الامرين ، لعدم التنافي بين الحكم الظاهري والواقعي ، فالمعاملة صحيحة ولا تحتاج الى الاجازة .

وفيه : ان الاختلاف قديكون بالداعي ، وقديكون بتوجه المعاملة وعدمه فان كان الاختلاف ، بالداعي كان عدم اتجاره بالاكفان وبالتمر على نسق واحد في المنع ولايهم اختلاف الداعي في كون المعاملة فضولية ، وان كان الاختلاف بتوجه المعاملة وعدمه ، فلاربط للظاهر والواقع ، وكلاهما واقع حينئذ ، الي غيرهما من مواقع النظر في 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 واثت ارض كذا وكذا 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 ما شرط 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، وينتهي 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، الا ان يخالف امر صاحب المال فان العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ويشترط عليهم ان لا ينزلوا بطن واد، ولا يشتروا ذاكبد رطوبة ، 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 ما شرط .

وعن ابي بصير عن ابي عبد الله 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 .

وبناءً على هذه الروايات، فهما مشتركان في الربح على ما قررا (لجملة من الاخبار) المتقدمة (الدالة على ذلك)، اماماً ذكره السيدان البروجردى والجمال والعبارة للاول: لا يبعد ورودها على طبق القاعدة فان غرض المالك من المضاربة

ولاداعي الى حملها على بعض المحامل

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

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

وثانياً: هل يقول السيدان بمثل ذلك في سائر المعاملات ، كما اذا اعطاه مالا ليرهن داراً وقصده ان يسكنها فاشتراها او بالعكس، حيث ان المال لا يفنى على كلا الحالين، ويمكن نضه عند الاشتراء ببيع الدار اذا لم يردھا، 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 ما اذا 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 بدون رضی 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 لا يتوى حق امرء مسلم ونحوه (ولاداعي الى حملها على بعض المحامل) كما في الجواهر قال : ويمكن تنزيل هذه النصوص على ارادة بقاء الاذن في المضاربة، واردة الضمان من الاشرط كما يؤمى اليه مافي ذيل صحيح الحلبي

ولا الى الاقتصار على موارد الاستفادة العموم من بعضها الاخر.

السابق، وخصوصاً ذكره عليه السلام له بعنوان التعليل للحكم، بل لعل ذلك هو المعروف فيما بينهم سابقاً من الشرط، كما عساه يومى اليه خبر رفاعه، عن ابي عبدالله عليه السلام في مضارب يقول لصاحبه ان انت اذبهته او اكلته فانت له ضامن، قال هو له ضامن اذا خالف شرطه - انتهى.

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

(ولا الى الاقتصار على موارد) قال في الجواهر ومن هنا جعل بعض الناس على ما في النصوص ولعل اقتصار المصنف على هاتين الصورتين لذلك ومراده قول الشرائع، ولو أمره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها، أو أمره بابتعاغ شيء معين فابتاع غيره ضمن، ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط - انتهى.

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

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

مسألة ٦- لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره الا مع

الضمان مع المخالفة لاغير، محل اشكال كما لا يخفى .

ثم لو خالف ثم رجع الى شرط المالك والمال لم يصب باذى فهل يكون ضامناً ام لا؟ كما اذا شرط عليه السفر من بغداد الى كربلاء ، فسافر الى الحلة ثم رجع الى بغداد، فسافر الى كربلاء أو شرط عليه ان لا يتاجر بالحنطة فتاجر بها ثم باعها من غير ربح ولا خسارة ، وفقد المال فاشتري به القطن مثلاً؟ احتمالان .

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

ثم الظاهر ان مخالفة المالك توجب الضمان، سواء كان الشرط من شئون المال كالتجارة بالجنس الفلاني، أو خارجاً 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 ٦- لا) بأس بان يعمل العامل في المال مختلف التقلبات التي يلزمها التجارة ف(يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر) وذلك لانه من انماء التجارة التي يعملها التجار سواء كان ذلك المال (لنفسه أو غيره)، أقل أو اكثر، أو مساوياً لرأس المال (الامع) نهى المالك، ونهيه يكون على الاقسام الثلاثة مصباً أو قيداً أو شرطاً، كما تقدم.

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

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

وكيف كان، ف(اذن المالك عموماً ، كأن يقول : اعمل به حسب ما تراه
مصلحة ان كان هناك) في الخلط (مصلحة) والا فليس هذا العموم يشمل الخلط
(أو خصوصاً) 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 وغيرها،
لما تقدم من الروايات الدالة على كون الربح بينهما، وان خالف الشرط .

(والربح بين المالكين 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، مثلاً : أخذ من احدى 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 - ٧ - مع اطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه من حيث البائع والمشتري، ونوع الجنس المشتري لكن لا يجوز له ان يسافر من دون اذن المالك

لصاحب البنك، لكن لا يخفى انه يلزم ان لا تكون النسبة اجحافاً، لانه ممنوع شرعاً، كما، فصلناه في كتاب (الفقه-الاقتصاد) ولايهم بعد ذلك ان اشترى بكل المائتين الغنم، أو اشترى ببعض ذلك وبالبعض الحنطة والكتب وغيرهما وقد كان ربح البعض يختلف عن ربح البعض الاخر، مثلاً: 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 ثالثة.

(مسألة -٧- مع اطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه) بلا اشكال ولا خلاف لاطلاق الادلة بعد اطلاق الاذن (من حيث البائع والمشتري ونوع الجنس المشتري) 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 لا يشمل العقد، ولذا الذي ذكرناه من الاطلاق (يجوز له ان يسافر من دون اذن المالك) لتعارف سفر التجار، اماما 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 علمه 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 كلبية التغيرير ونحوه اهمل
ذكر هذا الشرط الشرائع وغيره ولذا قال في المستمسك: لافرق 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 الذي صب العقد لابدائه ولذا لو كان المنصرف
عدم فعل شيء يجعل التجارة خطراً من جهة اللص، أو الحرق ، أو الغرق أو ما
اشبهه، كان اللازم تقيد العامل به، الا اذا كانت التجارة في مصب ذلك، مثل ان
يضار به للتجار بالبحر .

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

نعم يكون الربح بينهما على ما تقدم، والى ما تقدم أشار ابن العم في تعليقه
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 لو حدة المعيار في أصل الخطر وزيادة الخطر نعم لو كان الخطر ان متساويين

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

فقدم احدهما فلا ضمان للاصل.

(مسألة - ٨ - مع اطلاق العقد) يجوز البيع نسيئة لتعارف ذلك في الكسب، وعدم لزوم التغيرير من ذلك الا في بعض الاحيان، كما ان البيع نقداً أحياناً 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، لمافيه من التغيرير 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: لا ينصرف 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، مثلاً: يبيعه 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 المجواز اذالم يكن تغريير، تبعاً للمحكى عن المختلف وغيره .

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

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

لامخالفة فيه، فمقتضى القاعدة صحة المعاملة، وكون الربح بينهما، وان كان ضامناً لما تقدم من الروايات الدالة على ذلك الشاملة للمقام اطلاقاً أو منطاً، 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 ، وقد تبع الجواهر في ما ذكره جملة من المعاصرين .

ومنه يعلم الاشكال في ما ذكره ابن العم في تعليقه بقوله: البيع باطل الا اذا اجاز المالك ، كما يعلم الاشكال في تفصيل المصنف حيث قال : (فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو) و كأنه لان المر كوز من شرط النقد ان لا يتلف المال والحال انه لم يتلف حينئذ، لكن لا يخفى ان عليه لافرق بين استيفاء الثمن قبل اطلاع المالك أو بعده .

ولذا قال المستمسك: على تقدير الفرق (اي 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 المشتري لبطلان المعاملة ، اذ الموجب للبطلان عدم الاذن من دون فرق بين اطلاع المالك قبل الاستيفاء ، وبين الاستيفاء قبل اطلاع المالك - انتهى .

ولعل المصنف نظر الى ان الاستيفاء يوجب رضى المالك طبعاً فلا حاجة له الى الفسخ، لكنه كلام خارجي لا يرتبط 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 فوق القاعدة،

والا فالبيع باطل وله الرجوع على كل من العامل والمشتري مع عدم وجود المال عنده ، أو عند مشتري 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 ولا اجازة، وكأنه لذا قال الشرائع : ولوخالف لم يعض الامع اجازة المالك وتبعه العلامة في التذكرة والقواعد ، لكن عن الشيخ في المبسوط انه بطل، ولعل مراده بدون الاجازة، اذلاوجه للبطلان مع الاجازة مع انه يقول بصحة الفضولي .

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

نعم اذا لم يتمكن من الرجوع الى المشتري الذي العين بيده لغيبه، أوعدم معرفة أو جور أو ما شبهه رجع الى البائع بالمثل أو القيمة 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 : (والمشتري) انما ذكره لبيان الامر الطبيعي الذي يكون بأخذ المالك ماله، حيث وجده والافمقتضى القاعدة ان المالك مخير في الرجوع الى أيهما شاء اذا أمكنه اخذها من أيهما ، وفي الرجوع الى احدهما اذا لم يمكنه اخذها الا من ذلك أخذ عين أو أخذ بدل .

(أو عند مشتري آخر منه) اي من المشتري الاول، ولما ذكرناه كان المحكي

فان رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع 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 يرجع الى المشتري اعطاه العين، أما اذا رجع الى العامل لم يتمكن العامل من استرداد العين من المشتري، فهل للمالك الرجوع الى العامل وأخذ البديل منه؟ احتمالان من قاعدة تعاقب الايدي الاستفادة من (على اليد ما اخذت) ومن ان ماله موجود وهو قادر على تحصيله فلا وجه لرجوعه الى المثل والقيمة، ولا يبعد الثاني ان لم يكن للمالك محذور في الرجوع الى المشتري .

(فان رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو) اي المشتري (على العامل) وذلك لحكم تعاقب الايدي، حيث يرجع السابق على اللاحق، ولا يرجع اللاحق على السابق، اذا للاحق يعطي مال الغير الذي في يده لصاحبه، ولا وجه لرجوعه الى السابق، فان المشتري لم يسلم الى العامل الثمن، حسب ما ذكره المصنف: ان اطلاع المالك قبل الاستيفاء.

أما السابق فحيث ليس المال في يده وانما في 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 لا يرجع الى المشتري، حيث انه اعطى العين للمشتري واخذ منه قيمتها فيسلم القيمة الى المالك اما ان اخذ المالك المثل أو القيمة من المشتري رجع المشتري الى العامل لاسترداد ما اعطاه له، اذا يعطى المشتري قيمتين، قيمة للعامل وقيمة للمالك .
(الا ان يكون مغروراً من قبله) بأن كان المشتري 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 المشتري بما غرم الا ان يكون مغروراً
منه وكان الثمن أقل فانه يرجع بمقدار الثمن

(وكانت القيمة أزيد من الثمن، فانه) اي المشتري (حينئذ يرجع بتلك الزيادة
عليه) اي على العامل ، فاذا اشترى المشتري 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 للمشتري
ان يرجع الى العامل بالعشرة، لان العامل خدعه، حيث اعطاه المتاع بمائة، فلم
يدخل المشتري الا بضمان مائة، فاذا أخذ المالك منه عشرة أزيد، كان له ان يأخذها
من العامل .

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

(الا ان يكون) المشتري (مغروراً منه) اي من العامل (وكان الثمن أقل)
بان باعه بتسعين ، والحال انه يسوى مائة ، وقد أخذ المالك من العامل مائة .
(فانه) اي العامل (يرجع) على المشتري (بمقدار) المجمعول : التسعين - في
المثال - الذي هو (الثمن) المجمعول ، أما العشرة الاخرى فلا يرجع العامل الى
المشتري بها ، لان العامل قد غر المشتري بالنسبة الى العشرة ، حيث دخل
المشتري على ان الثمن تسعون لامائة .

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

مسألة - ٩ - في صورة اطلاق العقد لايجوز له ان يشتري بأزيد من قيمة المثل كما انه لايجوز ان يبيع بأقل من قيمة المثل والابطال

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 أولاً وأحكام الكل تعرف مما ذكرناه فلا حاجة الى التفصيل .

(مسألة - ٩ - في صورة اطلاق العقد) المنصرف الى التعارف (لا يجوز له ان يشتري 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 مثلاً ، فقولهم انه تضييع ناظر الى الغالب ، وقد صرح باليمنع عن الاشتراء كذلك جماعة من الفقهاء .

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

(والا) بان اشترى بأزيد ، أو باع بأقل (بطل) لانه بيع واشتراء غير مأذون فيهما ، لكن يرد عليه أولاً : 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 لاوجب البطلان ، وانما الضمان ويشتر كان فى الربح .

نعم اذا اقتضت المصلحة أحد الامرين لأبأس به.

مسألة - ١٠ - لا يجب في صورة الاطلاق ان يبيع بالنقد ، بل يجوز

ان يبيع الجنس بجنس آخر

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

وقال في مفتاح الكرامة: لا يقع البيع باطلا عند القائلين بجواز العقد الفضولي فان اجازته 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 لأبأس به) كما عن المختلف وجماعة من المتأخرين، لان الاذن موجود مع المصلحة، الا اذا صرح بعدم الاذن ولكن في الجواهر تخصيصه بما اذا كان متعارفاً، وكأنه بعدم دخول النادر في الاطلاق والارتكاز بدون الاطلاق لا ينفع .

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 - ١٠ - لا يجب في صورة الاطلاق أن يبيع بالنقد ، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر) قال في القواعد : والاقرب ان له ان يبيع بالعرض

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

مسألة - ١١ - 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 لارغبة للناس فيه غالباً) حيث ان الاطلاق لا يشمل ، لكن لا بد من تقييده بما فى المستمسك بأنه اذا كان فيه مصلحة ايضاً فلا بأس عملاً باطلاق المعاملة، وعليه فقوله : عملاً باطلاق الاذن محل نظر ، الا ان 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 للمخطر ، كما فى بعض الاحيان لتبديل النقد من قبل الدولة ، أو الامر آخر ، كان اللازم البيع بالعرض ، أو بنقد غير البلد .

(مسألة - ١١ - 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 مالكا

ولو اتفق فله الرد او الارش على ما تقتضيه المصلحة.

مسألة - ١٢ - المشهور على ما قيل ان في صورة الاطلاق

يجب ان يشتري بعين المال ، فلا يجوز الشراء في الذمة وبعبارة

اخرى يجب ان يكون الثمن شخصياً من مال المالك

بنفسه .

نعم الخيار للمالك ، وقد ذكرنا في (كتاب المكاسب) ان اشتراء الوكيل

المعيب ، أو بأكثر من ثمن المثل على أربعة أقسام : لان المالك والوكيل ،

أما عالمان ، أو جاهلان ، أو هذا عالم دون ذلك ، أو بالعكس .

(ولو) كان جاهلاً و(اتفق) الشراء (فله الرد أو الارش على ما تقتضيه المصلحة)

وان كانا متساويين تخير ، ولا يخفى ان فتوى المصنف وغيره بعدم اشتراء المعيب

الامع المصلحة من باب الغالب بأن المعيب لا يرغب فيه ، والا فلا وجه لجعل

عدم الاشتراء أصلاً ، والمصلحة استثناءً ، لانهما في عرض واحد ، وما كانا في

عرض واحد لم يجعل احدهما استثناءً عن الاخر فلا يقال : جاء القوم الانصفهم

بل اللازم ان يقال . جاء نصف القوم فقط - مثلاً - .

ومن الكلام في المسألة التاسعة وهذه المسألة ظهر الكلام في بعض

الخيارات الاخر ، مثل ان يشتري ما لم يره ، حيث خيار الرؤية الى غير ذلك .

(مسألة - ١٢ - المشهور على ما قيل :) وفي الحدائق انه صرح بذلك جملة

من الاصحاب (ان في صورة الاطلاق) للمضاربة (يجب ان يشتري بعين المال ،

فلا يجوز الشراء في الذمة) ، كما ذكره الشرائع والقواعد والتحرير ، وتبعهم

غيرهم ، بل هو المحكى عن المبسوط ايضاً .

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

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

لا كلياً في الذمة،) في قبال ماقاله .

(والظاهر أنه يلحق به) اي بالشراء بعين المال الشراء به (الكلي في المعين أيضاً)،) لانه نوع من الشراء بعين مال المالك فانه لافرق بين ان يقول: اشترى بهذا الدينار كتابك، أو اشترى بدينار من هذه العشرة، بل وكذا الكسر المشاع وتظهر الثمرة بين المشاع والكلي في المعين في 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 في اطنان القصب، حيث يحترق بعضها .

(وعلل ذلك) اي المنع (بأنه) اي الشراء بالعين (القدر المتيقن) من المضاربة فلا يجوز للعامل التخطفىء منه، والا كان فضولياً توقف على اجازة المالك - كما تقدم مثله - .

(وأيضاً) علل كما في المسالك وغيره. بأن (الشراء في 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 اداء العامل لم يكن مضاربة لان والعمل في المضاربة من العامل وان المال من المالك ان اريد اداء المالك فربما لا يؤده فيبطل البيع، فأمره دائر بين عدم المضاربة وبين بطلان اصل المعاملة .

وأيضاً اذا اشترى بكلى في الذمة لا يصدق على الربح انه ربح مال المضاربة ولا يخفى مافي هذه العلل والاقوى كما هو المتعارف جواز الشراء في الذمة والدفع من رأس المال

(وايضاً اذا اشترى بكلى في الذمة لا يصدق على الربح انه ربح مال المضاربة، اذ هو ربح مافي الذمة ، فان الربح وليد العين الخارجى ، ومافى قبالتها ، اى ما فى الذمة فلا ربطله 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 (لا يخفى مافي 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 ، او النقص 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 فى المضاربات (جواز الشراء فى الذمة والدفع من رأس المال) وقد قال الرياض: يمكن تنزيل كلام الاصحاب بما اذا لم يكن الغالب والمتعارف الشراء فى الذمة ، وان كان ربما يرد عليه ، ان كلام المسالك الذي ذكر بعض الاشكالات المتقدمة اب عن التنزيل

ثم انهم لم يتعرضوا لبيعهه ومقتضى ما ذكره وجوب كون المبيع ايضاً شخصياً لا كلياً ثم الدفع من الاجناس التي عنده ، والاقوى فيه ايضاً جواز كونه كلياً

المذكور .

وفي الجواهر احتمال 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 لا يصح 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 الساتن ، وقوى خلافه .

وفيه : ان ذلك خلاف ظاهر كلماتهم ، كما لا يخفى على من راجع المسالك ومفتاح الكرامة وغيرهما ، ولذا الذي ذكرنا من اجوبة الاستدلالات المذكورة للمنع تردد غير واحد منهم في المنع ، اما المعاصرون ومن اشبه فقد ذهبوا الى الصحة الا النادر منهم .

(ثم انهم لم يتعرضوا لبيعهه) في قبال الثمن الكلي ، و لعل المصنف أراد الغالب منهم ، والافاطلاق كلام بعض ، وتصريح بعض يشمل البيع ايضاً .
(و) كيف كان فـ (مقتضى ما ذكره) من الاستدلالات للزوم كون الثمن شخصياً (وجوب كون المبيع ايضاً شخصياً كلياً) فان الربح لا يصدق عليه انه ربحه الى غير ذلك ، وعليه لا يصح كون المبيع كلياً .

(ثم الدفع من الاجناس التي 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 وجوده :

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

الثانى : ان يقصد كون الثمن فى ذمته

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

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

(ثم ان الشراء فى الذمة يتصور على وجوده :

أحدها : ان يشتري العامل بقصد المالك) فىكون المبيع للمالك (وفى ذمته) اى ثمنه فى ذمة المالك (من حيث المضاربة) فىكون 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 وحكهما
الصحة وكون الربح مشتركا بينهما على ما ذكرنا واذا فرض تلف مال
المضاربة قبل الوفاء كان في ذمة المالك يؤدي من ماله الاخر

(من حيث انه عامل ووكيل عن المالك) فيجعل ذمة نفسه ذمة المالك ،
كالوكيل الذي يجعل يده يد الموكل .
(ويرجع) هذا الثاني (الى الاول) اذ في كليهما تشتغل ذمة المالك لكن ،
في الاول تشتغل ذمته بنفسه ، وفي الثاني بوكيله (وحكهما) الاول والثاني (الصحة)
لشمول ادلة المضاربة لهما .

(وكون الربح مشتركا بينهما على ما ذكرنا) من صحة المضاربة في الكلي
(واذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان) بدله (في ذمة المالك يؤدي من
ماله الاخر) الذي لم يجعله في صدد المضاربة .

اما صحة المضاربة كذلك بأن يجعل الثمن في ذمة المالك - ابتداءً أو
بواسطة ذمة العامل - فلان المالك اذن له في الشراء كذلك ، او اجازته بعد
الاطلاع عليه ، والا كان الشراء باطلا ، لانه من الفضولسى 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 في ذمة المالك بدون اشتراط ادائه من مال
المضاربة ، وحينئذ ان اداه من مال المضاربة - بفرض عدم التلف - صار مضاربة
و ان اداه المالك من مال آخر لم يصير 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 غاصباً في 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 واذاه المالك من مال آخر ، فمقتضى القاعدة بطلانه مضاربة ، كما اشار الى ذلك جملة من المعلقين ، اذ لوجه لان يقوم مال آخر للمالك مقام مال المضاربة الذي فرض تلفه ، وان كان المحكى عن المبسوط . وقال به الجواهر : انه يكون من مسال القراض للاطلاق ، اذ فيه ما ذكره المستمسك من ان الاطلاق من حيث كون الشراء في الذمة ، أوفي العين لا يلزم الاطلاق من حيث كون الاداء من مال المضاربة وغيره ، وقال السيد البروجردى : لا يكون 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 للتجارة ، لا لان يؤدي به قرض نفسه ، وانما كان اذن المالك كافياً ، لان الحق لا يعدو هما ، فاذا اذن المالك كفى ، وعليه فاذا اذن له بدون بدل كان هبة 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 ببديل كان البديل الذي يضعه العامل مكان

الا اذا كان مأذوناً في الاستقراض وقصد مال القرض .

الرابع : كذلك مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء حتى يكون الربح له فقصد 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 اشتراء ان 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 لا يرتبط بالمضاربة بخلاف الثاني .

(الرابع : كذلك) اي مثل الثالث بأن يقصد ذمة نفسه وكان قصده الشراء لنفسه (مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء)، وانما قصد كون الشراء لنفسه (حتى يكون الربح له) لكن حيث لم يكن له مال لدفع الثمن قصد دفعه من مال المضاربة - مثلاً - (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 - لما يأتي من المعلقين - لكن اللازم التفصيل بين ما اذا كان بيع البائع للعامل بشرط وفائه من مال نفسه، فالبيع يكون صحيحاً اذا رفع المالك يده عن شرطه والا كان باطلاً، وما اذا كان بيع البائع على نحو التقييد فالبيع باطل، لان المقيد عدم عند عدم قيده، وما اذا كان بيع البائع بدون شرط ولا قيد، فالبيع صحيح

وان كان عاصياً فى التصرف فى مال المضاربة من غير اذن المالك وضامناً له بل وضامناً للبائع ايضاً ، حيث ان الوفاء بمال الغير غير صحيح ، ويحتمل القول ببطلان الشراء لان رضى 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 فى التصرف فى مال المضاربة من غير اذن المالك وضامناً له) لان المالك لم يأذن له فى مثل هذا التصرف (بل وضامناً للبائع ايضاً ، حيث ان الوفاء بمال الغير غير صحيح) فلا وفاء ويكون ممن منع البائع ثمنه ، لكن لا يبعد 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 ، - لان مال الغير لا يصلح ثمناً - بطل البيع ، لان المقيد عدم عند عدم قيده .

(فهو بمنزلة السرقة ، كما ورد فى بعض الاخبار ان من استقرض ولم يكن قاصداً للاداء فهو سارق) ومنه يعلم ان اشكالي المستمسك على المصنف غير وارد ، فانه اشكل اولاً بضعف احتمال البطلان ، لان النقص فى 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 لغوياً ، بعد أن كان بنائه الدفع من مال المضاربة فان البيع وان كان بقصد نفسه وكليا في ذمته الا انه ينصب على هذا الذي 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 ، فان مال الغير لا يكون ثمناً ، فاذا فرض ان البيع وقع مقيداً بدفع الثمن لم يكن وجه للمصلحة - وهذا هو مفروض كلام الماتن - .

وثانياً : بأن مافي المقام ليس من باب عدم نية الدفع ، بل من باب نية دفع مال ليس ملكاً له شرعاً ، وفيه ان المصنف أراد التنظير لفهم المناط ، ولذا قال : (بمنزلة) فان 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 لغوياً) 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 وكليا 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 القصد ، 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 لا يجعل المعاملة في الذمة ، ولذا أشكل عليه المستمسك ،

والاوفق بالقواعد الوجه الاول وبالاختياط الثانى واضعف الوجود الثالث وان لم يستبعده الاقا البهبهانى .

الخامس : ان يقصد الشراء فى ذمته من غير التفات الى نفسه وغيره ، وعليه ايضا يكون المبيع له واذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصيا ولو اختلف

وعدم تعامل العرف مع هذا الانسان، حيث يريد الاعطاء من ما ليس ماله لا يوجب تقييد البيع بمال الناس ، وانما العرف لا يتعامل فراراً عن المحذور .
(والاوفق بالقواعد الوجه الاول) وقد تقدم الاوفق بالقواعد وانه التفصيل الذى ذكرناه .

(و بالاختياط الثانى) فالاحوط ان يرفع الاطراف الثلاثة اليد عن المعاملة .

(وأضعف الوجود الثالث) لما عرفت من انه خلاف القواعد (وان لم يستبعده الاقا) الوحيد (البهبهانى) رحمه الله وقد حاول بعض المعلقين توجيهه بما لا يخلو عن اشكال فراجع .

(الخامس : ان يقصد الشراء فى ذمته من غير التفات الى نفسه وغيره ، و عليه ايضا يكون المبيع له) لان كون ذمته نيابية عن المالك ، خلاف القاعدة لا يكون الا بالقصد، فاذا لم يكن قصد كانت الذمة لنفسه فيدخل المبيع فى كيسه بعد ان يكون البديل لنفسه .

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

(ولو اختلف) المالك والعامل فى انه اشترى لنفسه او للمالك كان المقدم قول

البائع والعامل فسى 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 تجارته وقد تاجر للمالك بمثل تلك التجارة مرات وكان ربح المعاملة كثيراً بحيث يحتمل احتمالاً قريباً ان الربح اغراه فادعى انه اشترى لنفسه اذ كل تلك لا توجب العلم ولا تكون حجة وليس للمالك عليه الا حق 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 اقام المدعى الدليل ولو انعكس بأن قال البائع . اشتراه العامل لنفسه وقال المالك : بل اشتراه لى ، كان على المالك اقامة الحجة ، لانه المدعى الذى اذا ترك ترك .

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

ولو فضوله مما يوجب بطلان البيع اذالم يقبل ذلك الانسان بالمعاملة قيل يدل على حجية هذا الظاهر اصاله الصحة ، لانه لو اشترى لغيره بطل ، لكن الاولى الاستدلال له ، بانه المتعارف الذى لم يظهر من الشارع خلافه ، وبالتعليل فى قوله عليه السلام لما قام للمسلمين سوق ، ولذا قال الشرائع ولو اشترى فى الذمة لامعه ولم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهراً - 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 - ١٣ - يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة
ما يعتاد بالنسبة اليه والى تلك التجارة فى مثل ذلك المكان والزمان
من العمل وتولى ما يتولاه التاجر لنفسه

(فيلزم بالثمن من ماله ، وليس له ارجاع البائع ، الى المالك المضارب)
ويعلم مما تقدم حال مالو اختلف المالك والشريك فى المضاربة ، فقال احدهما
انه اشتراه العامل لهما ، وقال الاخر : بل اشتراه لنفسه ، ومالو اختلف العاملان ،
حيث اجرى 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 - ١٣ -) يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ان يعمل حسب
(ما يعتاد بالنسبة اليه والى تلك التجارة) والى المالك وانها يجب ذلك لانه المنصرف
من المضاربة فان لكل من الملاك والعمال والتجار شئونها خاصة فاذا كان المالك
رجلا فقيهاً مثلاً لم يناسب له ان يتعامل عامله فى الاشياء المكروهة الخسيسة فانه
يسبب ذهاب ماء وجهه و انحطاط سمعته فتعامله المضاربي لا يشمل مثل ذلك ،
وهكذا بالنسبة الى العامل ، وبالنسبة الى التجارة .

(فى مثل ذلك المكان والزمان من العمل وتولى ما يتولاه 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 -
كما هو الغالب - 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 مباشرة بنفسه فالاجرة من ماله

لاكتاجر، لانه المنصرف (من عرض القماش والنشر والطي وقبض الثمن وايداعه في الصندوق) والذهاب به الى البنك في ما كان 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 لا بد 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 ما ذكر أولاً، ثم يقسم الربح، او بالنسبة بعد التقسيم .

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

ولو تولى بنفسه ما يعتاد 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 ما يعتاد الاستيجار له، فالظاهر جواز أخذ الاجرة ان لم يقصد التبرع) فانه اذا قصد التبرع فقد أهدر عمله بتبرعه، فلاحق له في 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، وفي الشرائع وفي المسالك نسبته الى اطلاق المصنف والجماعة ، و كأن وجهه انصراف الاطلاق من مثله، ولذا اذا سافر جماعة قسطوا المصارف بينهم فأخذ أحدهم حمالا لنقل الاثاث ونحوه اعطوه من الوسط، أما اذا حملة بنفسه لم يكن له شيء، وان لم يقصد التبرع اذ قصده وعدم قصده لا يؤثر، في ضمانهم .

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

الاول: ان يعمل العامل بدون طلب ولا زيادة في 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 لولا 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 ما شبهه التصريح ، بانه يريد العمل مجاناً، فان في المقام يجب ان يعطي الاجرة لاحترام عمل غير الكافر الحربى الذى يستوفاه المالك، وقولهم: (المسلم) من باب المثال ، كما ان قولهم: حمل فعل المسلم على الصحة، ذكرهم المسلم من باب المثال، والافى حمل عمل الكافر ايضاً على الصحة في غير ما خرج بالدليل، فاذا رأينا كافراً يعاشر امرأة، أو يبيع شيئاً أو ما شبه ذلك حملنا فعله على انه زوجته، وانه ماله، ولا فرق فى لزوم الاجرة عليه بين ان تزيد البضاعة قيمة أو تنقص، أو لا تزيد ولا تنقص ، كما اذا كان نقل البضاعة الى المحل الفلانى 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، مثلاً: 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.

لا يقال: يلزم ان يكون الزائد، اى كل العشرين لصاحب المفتاح، لانه لولا مفتاحه لم يكن لصاحب القفل الا عشرة ؟

لانه يقال : ولولا قفل صاحب القفل لم يكن لصاحب المفتاح الخمسة، 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 أو جب زيادة قيمته، لان السوق هناك أعلى، حيث

المفروض عدم وجوبه عليه

فيه احتمالان، استحقاق الحمال، لانه زاد القيمة فيشملة لايتوى حق امرء مسلم وعدم استحقاقه للاصل بعد ان كونه حقاً «وهو الموضوع» محل اشكال ، فحاله حال ما اذا 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 مماوجب زيادة اجرة غرفة جاره، فان صاحب المصباح لايستحق شيئاً على الجار للاصل بعد عدم عد ذلك حقاً .

ومما تقدم يظهر ان عمل العامل ان كان مشمولاً للعقد. أو كان سبباً للزيادة من القسم المذكور فى الثاني استحق الاجرة، والا كان الاصل عدم استحقاقه، وان كان من المذكور فى القسم الثالث، وحيث ان الغالب فى الملاك ارادة العمل من غير فرق فى نظرهم بين ان يقوم به المالك، أو يستأجر انساناً آخر، كان اللازم ان العامل اذا عمل عمل الحمال كان له الاجرة .

ومنه يعلم، ان قول المستمسك وفى المقام ربما لا يكون الا اذن فى 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 - انتهى .

غير ظاهر الوجه بعد كون الارتكاز الموجب اشمول العقد لعمل العامل ايضاً يقتضى 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 - ١٤ - قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون اذن المالك ومعه فنفقته في السفر من رأس المال

نهيهِ ايضاً، كان له عليه اجرتة 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 منهي عنه، وقد قال سبحانه: «ولا توثروا السفهاء أموالكم» مما يفهم منه وجوب الرعايسة للاموال وان اراد صاحب المال اتلافه، وكذا اذا ألقى انسان 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 الحصص من الربح لاغير، فاثبات شيء آخر يحتاج الى دليل - انتهى . اذ الشيء الاخر في قبال عمل آخر وهو مالا يرتبط بالعامل - كما عرفت وجهه - .

(مسألة - ١٤ - قد مر أنه) يلزم على العامل ان يعمل في التجارة 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، أو ظاهراً 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 لما تقدم
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 يجزله 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
لا يخفى .

(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 لا يربح من المال اكثر من النفقة .

(والظاهر) من كلام المبسوط انه على العامل (أن مراده فيما اذا لم يشترط
كونها من الاصل) اذ لا 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 ما بين الحضر والسفر والاقوى جواز أخذها من أصل المال بتمامها من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك مما يصدق عليه النفقة

(وربما يقال:) والقائل الشيخ في محكى المبسوط على تقدير القول بالانفاق (له تفاوت ما بين 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 أو بالتفاوت كأن يقول المالك: مائة علي والباقي عليك - مثلاً - والفرق من الربح، أو من 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» فإذا شرط كون النفقة من الربح «والحال ان رأس المال عشرة» بقيت «أربعة» تقسم بينهما لكل اثنان «إذا كان لكل نصف الربح مثلاً» 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، أو بالانصراف (من مأكّل 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 أو دوماً وكذا استصحاب الزوجة الى غير ذلك .

ففي صحيح علي بن جعفر ، عن أخيه ابي الحسن عليهم السلام في المضارب ما انفق في سفره فهو من جميع المال ، فاذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه وأما في الحضر فليس له 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 جميع المال، فاذا قدم بلده فما أنفق) اي في البلد (فمن نصيبه) والمراد بالبلد ما كان بعد انتهاء السفر عرفاً ، اذ ربما تقف السيارة في آخر المدينة، مما يضطر الى اكتراء سيارة اخرى لا يصاله الى داره أو متجره وكذلك بالنسبة الى حال خروجه، فأن المؤخرة والمقدمة كلتيهما من شئون السفر كما لا يخفى .

ولو شك في شيء انه من توابع السفر أم لا ؟ كان الاصل عدم أخذه من باب السفر، ونحو هذه الرواية غيرها، مثل رواية السكوني ومرسل الفقيه .
(وأما في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً) بلا اشكال ولا خلاف، بل ادعى عليه الاجماع جماعة .

(الاذا اشترط على المالك ذلك)فأنه يجوز له، لقاعدة الشرط، وينبغي استثناء ما اذا كان متعارفاً بحيث يشمل اطلاق المعاملة كما في المدن الكبار، حيث الانتقال من المنزل الى المتجر ونحوه يحتاج الى اجارة السيارة أو ما أشبهه .

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

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

(مسألة - ١٥ - المراد بالنفقة) التي تؤخذ من الاصل، أو الربح ما تقدم في المسألة المتقدمة (ما يحتاج اليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج اليها في سفره) كالاواني والقرب ونحوها، فاذا كان كثير السفر لم يمنع ان يحتفظ بها في الحضر أيضاً، فلا حاجة الى ان يبيع دابته وآلاته اذا وصل الى البلد، بل احتفظ بها للسفر الاتي وهكذا أما اذا انتهى سفره كان اللازم بيعها لانتهاه الاحتياج السفري .

(واجرة المسكن ونحو ذلك) مثل نفقات الجواز في الازمنة الحاضرة، لان كل ذلك يعد نفقة تشملها المعاملة .

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

(الا اذا كانت التجارة موقوفة عليها) حيث ان البضاعة لا يمكن من اشترائها أو بيعها الا بالمصانعة والضيافة والهدية ونحوها، ولو كان الامر لاجل تعريف نفسه للتجار حتى يعرفوه ، ومن ذلك الاعلان في وسائل الاعلام في الحال الحاضر اذا ورد مدينة أو ما أشبه .

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

مسألة - ١٦ - اللازم الاقتصار على القدر اللائق فلو اسرف

حسب عليه

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

و كيف كان، فلا فرق بين نفقته بنفسه، أو نفقته لاجل التجارة، والمراد بالتوقف العرفي، لا الدقي العقلي لان المناط ما يشمله اطلاق المعاملة وهو الاول لا الثاني، فقوله: (الموقوفة) يراد بها التوقف عرفاً.

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

(فلو اسرف حسب عليه) كما صرح به غير واحد، اذ الزائد عن القدر اللائق لا يشمله الاطلاق، والاسراف يراد به الخروج عن اللائق، وان لم يكن اسرافاً شرعاً مثلاً: 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 للاطلاق العقد فيكون ضامناً، ثم لو فرض ان مصارف السفر يعادل مصارف الحضر أو كان أقل، كما اذا كان في الحضر غلاء دون السفر لم يكن بأس بالسفر ولا يأتي الكلام المتقدم في المسألة الرابعة عشرة، وانما ذكروا السفر فيما يتعارف من اكثرية مصارف السفر غالباً.

نعم لو قتر على نفسه أوصار ضيفاً عند شخص لا يحسب له .
مسألة - ١٧ - المراد من السفر العرفي لا الشرعي

والحاصل: ان الميزان هناك وهنا التوسط، فالخارج عن التوسط ليس من الوسط، بل من كيمس العامل بنفسه .
(نعم لو قتر على نفسه أوصار ضيفاً عند شخص لا يحسب له) المقدار الزائد عن التقدير، كما صرح به الجواهر والمستمسك وغيرهما، لان المشمول للاطلاق النفقة لا مقدار النفقة، كما ذكرنا 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 ما لو قتر على نفسه قدر نصف الاكل، فاعطاه لضيفه أو كان شأنه ركوب سيارة متوسطة فركب هو وضيفه سيارة أقل مما جرتهما تساوى اجرة نفسه في المتوسطة والوجه ان الامر عرفي، والعرف يرى شمول الاطلاق لمثل هذه الموارد.

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

فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة كما انه اذا أقام في بلد عشرة أيام او
أزيد، كان نفقته من رأس المال، لانه في السفر عرفاً
نعم اذا قام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرج او لتحصيل
مال له او لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة فنفقته في تلك المدة على
نفسه

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

(فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة) كما يشمل العاصي بسفره، وغير القاصد
وما أشبه ذلك، مما ليس له حكم السفر في القصر والافطار كما انه اذا فرض
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 أو لتحصيل 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 لا فرق في البقاء لغرض آخر بين الاول والوسط والآخر

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

مثلاً: سفره التجارى بحاجة الى أربعة أيام، فاذا بقى 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 افساراً علة واحدة لاستحالة توارد علتين مستقلتين على معلول واحد - كما حقق في محله - .

(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 - كما في المستمسك - فان الدليل المتقدم في المسألة الرابعة عشرة ، بالاضافة الى اطلاق المضاربة يشملها .

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 مثلاً ، 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 في الجملة وأحوط منه كون التمام على نفسه وان كانت العلة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزءاً من الداعي 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 .

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

(وهو الاحوط في الجملة) اى من كون كل النفقة على المالك ، وجعله المسالك الاضعف ، لان الادلة ان عمت اقتضت الاول والا اقتضت الثاني 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 في المقام .

مسألة - ١٨ - استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه
فلوسافر من غير اذن اوفى غيرالجهة الماذون فيه، اومع التعدي عما
اذن فيه ليس له ان يأخذ من مال التجارة.

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

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

(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: (اوفى غير الجهة المأذون فيه، أومع 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 واطلاقاً.

(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 جازله الاخذ ان لم ينو
التبرع ، كما اذا كان يزعم ان له الاخذ ، وان لم يشمل الاطلاق - مثلا - .

(مسألة - ١٩ - لو تعدد ارباب المال كأن يكون عاملا لاثنين أو ازيد أو عاملا

لنفسه وغيره توزع النفقة وهل هو على نسبة المالكين او على نسبة العاملين ؟

لنفسه وغيره) بأن جعل كل منهما مالا بعنوان رأس المال ، فيكون ربح مال نفسه لنفسه و ربح مال المالك لهما بالنسبة (توزع النفقة ،) للسفر بينهما ، كما ذكره غيره واحد ، وقال في المسالك : وجه التقسيط ظاهر ، لان السفر لاجلها فنفته 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 عمرو قرابة 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 لكونه لوائمه ايضاً مرتبط بذلك التعامل ، فيشمله الاطلاق بالنسبة ، وبذلك يظهر ان كلا احتمالي عدم كون شيء علي المالك - لانصراف السفر الي ما كان للمضاربة بحتاً ، وفي المقام المضاربة جزء - وكون الكل على المالك لصدق كون العامل مضارباً فتكون نفقته على مال المضاربة فلا وجه للتوزيع - كما مال اليه المستمسك - غير ظاهر الوجه ، ولذا قال الجواهر : ان السفر لمالم يكن للقراض خاصة اتجه التوزيع المزبور ، لكن لا يخفى 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 المالكين) فاذا كان لاحدهما عشرة وللآخر عشرون وزعت النفقة اثلاثاً (أو على نسبة العاملين؟) فاذا عمل لهذا يوماً ولذا

قولان

يوماً وزعت نصفين ، وان كانت نسبة المالين بالثلث والثلثين ، و هناك احتمال ثالث هو نسبة الربحين ، فاذا ربح احدهما عشرة والاخر عشرين وزعت ثلاثاً 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 ، ولا ينظر الى العمل ، فحيث ان النفقة لاجل مال انماء المضاربة كان اللازم توزيعها حسب المال ، وبعض المعلقين ذهب الى الثاني ، 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 .

لا يقال : 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 ، مثلاً : نجاران قطعاً من الغابة شجرين أحدهما أعلى 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 - ٢٠ - لايشترط في 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 - ٢٠ - لايشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح ، 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 لإطلاق النص والفتوى، وانه مقتضى الجعل وعليه فاذا
قال: النفقة من الربح توقفت علي 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 الاسترباح كان الربح «ثلاثة ونصف : نصف السبعة الباقية
من الاصل» فالمجموع أصلا و ربحاً عشرة ونصف ، بينما اذا كان الشرط أخذها
بعد الاسترباح ، كان الاصل والربح خمسة عشر ، واذا خرجت الثلاثة بقى
اثنى 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 (يعطى المالك تمام رأس ماله ثم) القدر الباقي بعد
رأس المال - الذي هو الربح الصافي للتجارة - .

يقسم بينهما.

مسألة - ٢١ - لومرض في اثناء السفر ، فان كان لم يمنعه من

شغله فله

(يقسم بينهما) حسب المقرر ، ان بقى شيء ، أما اذا لم يبق ، كما اذا حصل على العشرة ثلاثة وكانت النفقة ثلاثة ، فانه لا يبقى 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 - مثلاً - بحسب ما عنده ، ويخرج رأس المال ويقسم الربح الباقي بينهما حسب النسبة المقررة ، وعليه لا يحق له ان يأخذ كل النفقة من رأس المال أولاً لان ذلك يؤثر في قلة الربح .

نعم له ان يؤخر الاخذ بأن يصرف من نفسه وبعد ذلك يأخذ ما صرفه ، و هذا ران سبب أكثرية الربح عن أخذه النفقة تدريجاً ، الا ان الظاهر المنصرف اليه اطلاق شرط أخذ النفقة - عرفاً - ان مزيد الربح الذي كان في قبال النفقة التي لم يأخذها تدريجاً ليس للعامل ، بل بحسب الربح كلا ويقسم بالنسبة . مثلاً : كان له ان يأخذ كل يوم ديناراً لاجل النفقة ، فاذا لم يأخذ هذا اليوم وتاجر به في ضمن رأس المال وربح نصف دينار فاخذ الدينار ليلاً ليس له ان يأخذ ليلاً ديناراً ونصفاً بحجة ان النصف ربح ديناراً وصرفه الذي لم يأخذه في الصباح .

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

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

أخذ 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 : لا طلاق الادلة .

(وان منعه) منعاً كاملاً ، وانما قلنا المنع الكامل ، لوضوح ان المنع غير الكامل لا يوجب الا المنع من بعض النفقة حسب المنصرف عن الاطلاق - ان قلنا بأن المرض يمنع النفقة - مثلاً 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 لاكل النفقة ، ثم اللازم تقييد آخر، وهو ان كان الاطلاق ينصرف عن حال المرض ، أما اذا لم ينصرف كانت له النفقة ، كما اذا كان السفر يلزم المرض غالباً لانه سفر الى البلاد التي يتعارف فيها المرض ، وقد قرر بين المالك و العمامل السفر الى هناك - مثلاً - .

وبما تقدم يعلم ان المراد بالمرض اعم من كل شيء ، من هذا النوع الذى يمنع العمل ، لا خصوص المرض المصطلح عليه، كما اذا كان له ضعف لا يسمى مرضاً ، أو شرب العرقد 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 المتجارة ، 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 يشملها .

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

وعلى الاول لا يكون منها ما يحتاج اليه للبرء من المرض

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

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

(وعلى الاول) الذي مرض بما لا يمنعه عن الشغل (لا يكون منها) اي من النفقة التي يأخذها (ما يحتاج اليه للبرء من المرض) كما قاله المسالك وغيره معللاً له بانها لا تتعلق 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 شؤون النفقة .

ثم الظاهر ان من النفقة ما لا بد له ان يعطيه للمظالم لاجل جواز السفر ونحوه - كما يتعارف في حال الحاضر - وكذا ما يعطيه للطرف الذي سبب اصطدام سيارته به عطياً لذلك، مما يلزمه الضمان اذا لم يكن بقصد وتفریط، وكان الاطلاق غير منصرف عنه .

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

مسألة - ٢٢ - لو حصل الفسخ او الانفساخ في 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 لو اختلفا في ان المجمعول له جعل له من الاصل ، أو من الربح أو منهما 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 - ٢٢ - لو حصل الفسخ او الانفساخ في اثناء السفر فنفقة الرجوع

على نفسه) على ما ذكره غير واحد ، وعن ظاهر المسالك انه لاخلاف فيه بيننا واستدلوا له بارتفاع المضاربة فيرتفع حكمها ، ولا تشمل 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 ، فألولى على الاصل ، والثانية على نفس العامل احتمله المستمسك قائلًا : اللهم الا ان يقال النص لاينفيه (اي كون النفقة على اصل المال) والقاعدة تقتضيه ، فالعمل بهامتين في خصوص نفقة السفر ، لانفقة العامل .

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

بخلاف ما اذا بقيت ولم تنفسخ فانها من مال المضاربة

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

الرابع: الرجوع الى قصد الطرفين عند هذا الشرط، لان العقود تتسبع 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 لو كان حين الفسخ نفقة السفر على العامل لا ينفع في كون النفقة على المالك اشتراط العامل لذلك في ضمن العقد، اذ بالفسخ يبطل العقد وشرطه ايضاً يبطل. وان قلنا بلزوم الشرط في ضمن العقد الجائز. فان الشرط لازم الوفاء اذا كان عقد، فاذا انتفى كان من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

لا يقال: 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 لا يوجب ضمان المالك، فهو كما اذا تصورت المرأة ان المتعة نفقتها على المتمتع فان ذلك لا يوجب جريان قاعدة المغرور عليها. .

نعم اذا اراد 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 المتمتع بواسطة الحاكم من اعطاء النفقة، وله

مسألة- ٢٣- قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة وان في الاول الربح مشترك وفي الثاني للعامل ، وفي الثالث للمالك ، فاذا قال : خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لي كان مضاربة فاسدة

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

(مسألة- ٢٣- 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 لآخي حيث انه نكاح فاسد اذا كان ذلك مصب العقد، لاعلى نحو الشرط، فان المضاربة وكون الربح كله للمالك لما لم يمكن جمعهما، فالامر لا يخلو من اربعة احوال، لانه اما قصدهما أو لم يقصد أيأ منهما، أو قصد البضاعة ، أو قصد المضاربة ، فان قصد المضاربة كانت مضاربة، وان قصد البضاعة كانت بضاعة وان لم يقصد أيأ منهما بطل لان العقود تتبع القصد، وان قصدهما فهو على ثلاثة اقسام، لأنسهما أما مصب العقد، أو (الربح بتمامه لي) على نحو القيد .

واللازم البطلان فيهما، اذ حقيقة المضاربة الاشتراك في 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 لا يمكنه تلك بماله وحده، مثلاً: كانت صفقة تباع بمائة ألف، وليس للعامل الاخمسون فلا يقدر على المعاملة المرهبة بتلك الصفقة الا بخصمين آخر .

الا اذا علم انه قصد الابضاع فيصير بضاعة، ولا يستحق العامل اجرة

أو ان بقاء العامل بلا عمل كسر له ولذا يريد العمل ولو بدون ربح ليخرج نفسه عن البطالة أو ما 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 لا يمكن ان يكون بضاعة لعدم قصدها (اذ العقود تتبع القصد) ولا يكون مضاربة، لان مقوم المضاربة اشتراك الربح وقد فرض انهما بنيا على عدم الاشتراك ولا يمكن القول باستحقاق العامل اجرة المثل لان المالك دخل على ان لا يكون 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 احتسما لصحة العقد، وبطلان الشرط لامجال له، فاللازم القول ببطلان العقد فلامضاربة، لعدم امكانها، ولا بضاعة 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 في مقام الثبوت لامضاربة، لاصححة ولا فاسدة، وفي مقام الاثبات لابضاعة، ومع عدم الالتفات التفصيلي فالواقع: أما مضاربة صححة، أو بضاعة صححة لامضاربة فاسدة.

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

الامع الشرط أو القرائن الدالة على عدم التبرع ومع الشك فيه وفي ارادة الاجرة يستحق الاجرة ايضاً لقاعدة احترام عمل المسلم

(الامع الشرط) اي شرط الاجرة (أو القرائن الدالة على عدم التبرع) حيث ان المالك استوفى عمله ولم يقصد العامل التبرع - على ما تقدم في 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 وفي ارادة الاجرة يستحق الاجرة ايضاً) 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 في كيس من خرج المئمن من كيسه ، وذكرنا انه، أما ان يدخل كيسه ، كما اذا أعطاه ديناراً ليعطيه خبزاً .

أو كيس ثالث كما اذا اعطاه ديناراً ليعطي الفقير 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 .

وإذا قال : خذه قراضاً وتمام الربح لك فكذلك مضاربة فاسدة .
 إلا إذا علم انه اراد القرض ولو لم يذكر لفظ المضاربة بأن قال :
 خذه واتجربه والربح بتمامه لى كان بضاعة

(وإذا 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 قائلًا : الكلام في المقامين من
 باب واحد ، وان عرفت الاشكال في أحكامه التي ذكرها في (المتحصل) ولما
 ذكرناه قال السيد البروجردى : ليس هذا من المضاربة أصلاً كما مر ، فان
 قصد به تملك العين كان قرضاً ، والا كان اهداءً للربح اليه قبل وجوده وهو
 لا يترتب عليه أثر .

أقول : نعم يمكن ترتب الاثر بأنه اذا أراد المالك أخذ الربح ، كان عليه
 ان يعطيه الاجرة ، لانه استوفى مالم يتبرع به العامل .
 (إلا إذا علم انه اراد القرض) قد تقدم ان الكلام ينبغي ان يكون في مقاسم
 الثبوت ، لا الاثبات .

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

الامع العلم بارادة المضاربة فتكون فاسدة ولوقال : خذته واتجر به
والربح لك بتمامه فهو قرض

وكيف كان فالصور أربع . لانهما أما ان يريد المجانية فلاجرة أو الاجرة
فلاجرة ، أو ارادة المالك فقط المجانية مع فهم العامل ذلك ، ومع ذلك عمل فلا
اجرة ، اذ العامل بنفسه أهدر اجرته باقدامه على ما طلب المالك مجانية عمله ،
أو ارادة العامل فقط فلا اجرة ، لان العامل أهدر حق نفسه فلاحق له في الاجرة ،
وان اعطاها المالك اياه .

(الامع العلم بارادة المضاربة فتكون فاسدة) لانه خلاف حقيقة المضاربة
ان يكون كل الربح للمالك ، وحيث قد تقدم الكلام في مثل ذلك في أول المسألة
لم يكن داع الى تكراره .

ومنه يعلم الاشكال في اطلاق كلام المصنف : (ولو قال : خذته واتجر به
والربح لك بتمامه فهو قرض) كما ذكره المحقق والعلامة وغيرهما ، والظاهر ان
مرادهم ان مثل هذا الكلام يعطي فائدة القرض ، لانه قرض ، لوضوح ان
القرض تملك بعوض ، وهذا لايلزم التملك ، وبذا اشكل عليهم مجمع البرهان
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 اشجارى ، فهو

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

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

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

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

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

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

(و) بهذا ظهر الاشكال في قوله: (وللعامل اجرة عمله) اذ الاجرة لا تلاحظ 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 للمعامل .

(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 - ٢٤ - لو اختلف العامل والمالك في انها مضاربة فاسدة او قرض او مضاربة فاسدة او بضاعة ولم يكن هناك ظهور لفظي ولا قرينة معينة

مجاناً ، فلافرق بين العلم والجهل في استحقاقه الاجرة - كما المع الى ذلك جماعة من المعلقين - ثم لو قال : خذه وانجربه والربح لك وربح أقل من اجرة المثل ، أو لم يربح أو خسر ، لم يكن المالك ضامناً للتفاوت في الاول ولا للاجرة في الاخرين ، اذ قد دخل العامل على ان لا يكون له شيء خارج الربح .

(مسألة - ٢٤ - 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 في (كتاب القضاء) .

(أو مضاربة فاسدة أو بضاعة) كذلك (ولم يكن هناك ظهور لفظي ولا قرينة معينة) يتسالم عليه الطرفان ، اذ التسالم يوجب رفع الاختلاف ، أما اذا كان احدهما بدون تسالم الطرفين على قبوله ، فلا وجه بارتفاع النزاع بمجرد الظهور أو القرينة ، فان احدهما اذا سلم بالظهور ، أو القرينة ، لكنه ادعى ان الامر لم يكن حسب هذا الظاهر أو القرينة كان نزاع ايضاً ، فان النزاعات كثيراً ما تكون على خلاف الظهورات اللفظية أو العقلية كظهور اليدفي الملكية ، ومع ذلك الطرف الخارج يدعى عدم تمامية يده ، بل قد ذكر جماعة منهم لو كان له بيده ورقة بامضاء الطرف انه ابرئه أو وهبه ، أو باعه أو ما اشبه ذلك ، وادعى الطرف انسه صحيح كون ذلك كتابته ، الا انه كتبه ليهب ، أو يبيع بعد ذلك سمع دعواه

فمقتضى القاعدة التحالف

لكثرة الكتابة قبل العمل، واحتمال كون الواقع كذلك في مورد الدعوى، وكان المصنف تبع في تقييده به (هناك) المسالك والجواهر .
وفيه ما تقدم الا اذا اراد انه لو كان ظهور لم يكن نزاع بأن كان من باب السالبة بانتفاء الموضوع، وكان المعلقين الذين سكتوا على قيد المصنف ، لما ذكرناه 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 - انتهى .

ففيه : ان التحالف لا يلزم عدم الظهور ، بل الظهور يكون حينئذ مؤيداً هذا بالاضافة الى ان الظاهر من كلام المسالك - الذي تبعه المصنف حسب الظاهر ، والا كان له ذكر الادعاء والانكار - انه يرفع النزاع مطلقاً مع الظهور لانه قال : ضرورة عدم وجه لمن يدعى خلاف الظاهر بالقرينة، والا لزم 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 - وان جعله المستمسك مقتضى التحقيق .

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

من الدعوى لا يختلف في المقامين ، فان جوهر النزاع في انه هل يؤدي الطرف مالا أولاً؟ وكذلك اذا قال الرجل : هو زوجتي ، وقالت : هي (لست زوجته) أو (طلقني) فان في الاول يكون الرجل مدعياً .

وفي الثاني منكرأ ، مع ان الغرض المقصود من الدعوى جواز مباشرتها مباشرة الأزواج وعدمه الى غير ذلك 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 للمحاكم تعليم بعضهم كيفية تقرير الدعوى بما ينجحه في النزاع؟ وبناءً على ما ذكرناه 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 لاجرة على المالك فيه ، بخلاف المضاربة الفاسدة، حيث على المالك اجرة عمل العامل، وأولست 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 يريد ان 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 فقولاه: (ليس الزام) محل نظر، هذا بالاضافة الى ان صيغة الدعوى

التي هي المعيار - على ما تقدم - 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 كليتهما لا يضمن المال ، ولا له شيء من الربح ، وانما يكون له الاجرة في الاولى مع جهله بالفساد أو مطلقاً وفي الثانية مع عدم تبرعه ، فعلى هذا لا الزام في شيء منهما الا ان يحزر المالك دعواه على وجه لا يستحق العامل معه الاجرة على عمله فتكون ملزمة ويحلف العامل على نفيها فيحكم له بالاجرة ولا تحالف على الاصح - انتهى .

وجه الظهور ان العامل في صورة القرض - حيث يدعيه - 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 الجمل في تعليقه : ويحكم حينئذ في الصورتين بكون الربح للمالك، واستحقاق العامل اجرة عمله ، ففيه مواضع نظر . اذ أولاً: لا اطلاق لما اطلقه، فإنه قد لا يكون ربح، وقد يكون خسران، فليس كل فروض المسألة فيها ربح حتى يطلق ان الربح للمالك .

وثانياً: لاجرة للعامل اذا ثبت علمه بالمضاربة الفاسدة، اذ لا يحق له التصرف في مال المالك بعد هذا العلم - والحال ان اذن المالك كان مقيداً بالمضاربة الصحيحة - فان احترام عمل المسلم انما هو اذا لم يهدر هو عمله (كما تقدم في المسألة السابقة) .

وثالثاً : ما سبق ان ذكرناه من ان الربح وليد رأس المال والعمل فاللازم

ان يقسم بينهما بنسبة عادلة (غير مجحفة) والاجرد غير النسبة ، كما هو واضح فيما كان الربح كثيراً، مثلاً: عمل شهراً واجرته مائة، بينما نسبة الربح تقتضى الالف مثلاً، وقد ذكرنا فى كتاب: (الفقه - الاقتصاد) لزوم عدم الاجحاف كما ذكره على عليه السلام فى موضعين من نهج البلاغة .

الصورة الثالثة: ان يختلفا فى انها مضاربة فاسدة أو بضاعة، 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، لا الغرض المقصود منها .

ومنه يعلم وجه الاشكال فى تعليق ابن العم ، حيث قال : الصورة الثانية ليست مورداً للتحالف . لعدم دعوى ملزمة الا بالتأويل - انتهى .

كيف والعامل يريد الاجرة ، والمالك يريد عدم اعطائها له فانهما لو صبا النزاع هكذا كان العامل مدعياً والمالك منكرأ ولو صباها بضاعة ومضاربة كان من موارد التحالف ، وقد عرفت ان الاعتبار بالمصعب لا بالمقصود الا لليه 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 أولاً، فالمالك يدعى انها بضاعة مبنية على المجانية والعامل يدعى المضاربة الفاسدة الموجبة لاستحقاق الاجرة فاستيفاء 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 انها اوقعا معاملة معينة واختلفا في صحتها وفسادها لا مثل المقام الذى يكون الامر دائراً بين معاملتين احديهما صحيح

الاول: الواقعية، حيث يعتمد كل صحة مايقوله .

الثانى: الاثار الخارجية، كما اذا كان الظالم يأخذ من الاموال التى تجعل فى البضاعة ضريبة والمالك يريد الفرار من ذلك مثلاً، أو أن العامل لا يريد أخذ الاجرة لانه يراه نوع منة من المالك عليه أو أن 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 الذى يقسم بينهما، أو يرجع بها الى بيت المال، كما اذا قال 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 اصل ثانوى مقدم على اصل الفساد الذى هو اصل اولي . كما قرره الشيخ فى المكاسب وغيره فى غيره .

(وهو مشكل، اذ مورد الحمل على الصحة ما اذا علم انها اوقعا معاملة معينة) كالمضاربة .

(واختلفا فى صحتها وفسادها)، فان دليل الاصل الثانوى المقضى 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 لانتبت كونه بيعاً مثلا لاجارة أو بضاعة صحيحة مثلا لامضاربة فاسدة .

وعلى الاخرى باطل) فإنه مورد التحالف سواء كانا من جنس واحد .
(نظير) ما اذا اختلف الزوجان ان العقد دائم ليكون باطلا، حيث للزوج أربع نسوة، أو منقطع ليكون صحيحاً لان الانقطاع لا ينافى ذلك ومن الواضح ان الدوام والمتعة من جنس واحد، أو من جنسين، مثل (ما اذا اختلفا فى انهما أوقعا البيع الصحيح أو الاجارة الفاسدة مثلا) أو اختلفا فى الاجارة الصحيحة والبيع الفاسد مثلا.

(وفى مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف) وقد ظهر مما تقدم عدم صحة أشكال المستمسك فيه فراجع.

(واصالة الصحة لانتبت كونه بيعاً مثلا لاجارة) أو بالعكس فى العكس (أو بضاعة صحيحة مثلا لامضاربة فاسدة) لان ذلك خارج عن مجرى الاصل.

ومما تقدم ظهر الكلام فى سائر صور الاختلاف، كما اذا قال: اعطيتك بدل ايجار داره، أو سلعته التى اشتريتها منه، أو بدل رهن داره أو ما أشبه ذلك وقال: بل قرضاً، أو مضاربة، أو بضاعة أو ما أشبه ذلك، فان أمثال هذه المقامات من التداعي الموجب للتحالف .

مسألة - ٢٥ - اذا قال المالك للعامل خذ هذا المال قراضاً
والربح بيننا صح ، و لكل منهما النصف واذا قال : ونصف الربح
لك فكذلك

(مسألة - ٢٥ - 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 ووحدهما ، 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 لا اشكال 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 الاشر ، وفي غيره ،
والاجحاف انما يتحقق اذا كانت النسبة أقل من النصف لاحدهما بمالا يتسامح
به عرفاً ، ولم يكن صاحب النصف مطلعاً على ذلك ، مثلاً : 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 النار 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 يوماً لان مائة المالك مجتمعة ، أما خمسون العامل ، فانه ليس مجتمعاً ، بل يحصله و يستربه يوماً فيوماً .

وكيف 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 جاهلاً بالغبن حين المعاملة ، وان شئت قلت : فى المقام ان العامل غبن ، وان لم يتعمد غبنه المالك ، فله حق أخذ مقدار حقه ، كما اذا غبن الاجير فى 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 مثلاً ، 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 لا ينافي 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 - النسبي - .
(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 : لكننا ذكرنا سابقاً الاشكال في هذه القاعدة ، لان الربح وليد المال والعمل ، فجعله تابعاً للمال ، خلاف القاعدة ، وانا وان لم نقل بأن الربح تابع للمعمل ، كما ذهب اليه بعض الاقتصاديين ، الا اننا لانقول بالتبعية للمال ايضاً ، كما هو المشهور بين الفقهاء .

(بخلاف العبارة الثانية ، فان كون النصف للمالك لا ينافي كون الاخر له ايضاً) اذ عدم كونه للمالك من باب مفهوم اللقب ، وهو ليس بحجة ، فعدم ذكر حال النصف الاخر يقتضى كونه للمالك ايضاً (على قاعدة التبعية) ولذا تكون المضاربة باطلّة ، كما في المسالك ، حيث قال: الاجود البطلان ، وقال في القواعد: بطل على اشكال ، حيث لم يذكر حق العامل ، فهو مضاربة فاسدة .

فلا دلالة فيها على كون النصف الاخر للعامل ، وانت خبير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الاخر للعامل .

مسألة - ٢٦ - لافرق بين ان يقول : خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه اوقال : خذه قراضاً ولك ربح نصفه في الصحة والاشترك في الربح بالمنصفة وربما يقال : بالبطلان في الثاني بدعوى ان مقتضاه كون ربح النصف الاخر بتمامه للمالك .

(فلا دلالة فيها) اي في العبارة الثانية (على كون النصف الاخر للعامل) هذا (وانت خبير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الاخر للعامل) فلذا لوجه للفرق بين العبارتين ، ولالقول ببطلان الثانية ، ولذا جعل الصحة في الجواهر واضحاً .

نعم ، ان قال المالك : انه لم يرد المفهوم في الثانية ، وانما أراد المنطوق فقط حيث سكت عن النصف الثاني ، كان مقتضى القاعدة البطلان ، بل هو كذلك في العبارة الاولى ايضاً ، اذ قد تقدم لزوم ان يكون للعامل حصة للمالك حصة .

(مسألة - ٢٦ - لافرق بين ان يقول : خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه اوقال : خذه قراضاً ولك ربح نصفه في الصحة) لوضوح مقدار الربح الذي لكل منهما في العبارتين .

(والاشترك في الربح بالمنصفة) حسب العقد المقرر بينهما ، وهذا هو الذي اختاره الشرائع والقواعد ، بل في المسالك انه المشهور .

(وربما يقال :) والقائل الشيخ في أحد قوليه (البطلان في الثاني 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 الحصّة معلومة ، وايضاً قد لايعامل الا في النصف ، وفيه ان المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا اشكال .

المضاربة الاشتراك في كل جزء من الربح ، وفي الفرض ، لاشتراك كذلك ، لان ربح أحد النصفين للعامل ، وربح النصف الاخر للمالك .
أقول : اذا كانت المعاملة مضاربة عقلائية ، لم يكن بذلك بأس ، ويشمله اطلاق دليل المضاربة ، و عدم شمول بعض الادلة له ، غير ضار ، اذ لا دلالة لتلك الادلة على بطلان ما عدا 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 مشتركة بينهما .

الثالث : (أو يربح اكثر من النصف فلا تكون الحصّة معلومة) فيكون ربح النصف الاخر أقل ، فلا تكون 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 في 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 الذي ربح هو المال والذي لم يربح لا اعتداد به ، وتبعه المصنف وغيره بقوله : (ان المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا اشكال) نعم اذا اريد به (لك نصف ربحه) النصف الخاص خارجاً لم يصح ،

مسألة - ٢٧ - يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل مع اتحاد المال أو تمييز 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 - انتهى .
وعلى هذا ، فصور النصف ثلاثة : المبهم والذي يسمى بالكلي في المعين وهذا باطل ، والمعلوم خارجاً، هذا باطل ، وعلى نحو الكسر المشاع وهذا صحيح ، والفرق بين الاول ، والثالث هو الفرق في مسألة بيع اطنان القصب فاحترق بعضه ، كما ذكره الشيخ (ره) في المكاسب ، ولذا يشكل على الجواهر وغيره في تخصيصهم الصورة الباطلة بما اذا عين النصف المضاف اليه ربح العامل ، اذ قد عرفت بطلان صورتين ، لاصورة واحدة.

(مسألة - ٢٧ - يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل مع اتحاد المال أو تمييز 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 التمييز أو بلا تمييز .

ومنه يعلم صحة ان يأخذ البنك المال من جماعة ويجعلها في التجارة ويعطي الربح لهم بالنسبة حسب الحصص ، لكن لا يخفى انا ذكرنا في كتاب (الفقه - الاقتصاد) ان البنك لاحق له في أخذ أكثر من جهده التكري 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 الآخر صح ايضاً وان كانا في العمل سواء .

النصف اذا كان العرف يرى ذلك بأن كان كم العمل و كيفه متساوياً ، أما اذا لم يرى العرف ذلك تبعاً لاختلاف كسم العمل و كيفه ، كان اللازم التقسيم بالعدل لا بالاستواء .

وبما ذكرناه يظهر ان المراد بالشركة في عمل المضاربة عمل كل منهما في جميع المال منضمماً أو مستقلاً ، لكن كلما عمل احدهما يكون الآخر في ربحه شريكاً ، فلا يقال لوجه لاشتراك غير العامل في ربح العامل ، فان المتعارف ان المالك يعطي مقداراً من النقد لاثنين ليفتحا دكاناً ويشتركان في البيع والشراء وما اشبهه ، وأخير السنة يحسب المال ، فكلما كان ربح يكون بين الثلاثة حسب نسبة مجعولة ويكفي في صحة ذلك الصدق والسيرة ، فيشمه اطلاق أدلة المضاربة وكذلك العكس ، حيث يعطي نفران رأس المال لانسان واحد سواء جمعهما واشترى بهما البضائع ، او اشترى بهذا المال شيئاً وبالمال الآخر شيئاً آخر .

ومنه يعلم انه لا وجه لتأمل بعض المعلقين فيما كان المقصود جواز العمل لكل منهما في جميع المال منضمماً أو مستقلاً ، لكن كلما عمل احدهما يكون الآخر في ربحه شريكاً .

(ولو فضل أحدهما على الآخر 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 سواء) 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 لا يكون اجحافاً ، وان كان العمل متساوياً من جميع الجهات اذا كانت الزيادة للطرف الاخر العامل معه تفضلاً ، كما اذا كانت اجرة العامل ديناراً في كل يوم ، و كان ربحه من المضاربة ديناراً ونصفاً حسب المقرر، بينما ربح العامل الاخر دينارين - حسب المقرر من التفاوت بينهما - 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 - لكن لا يخفى ان العقدين ايضاً كذلك، اي لا يجوز الاجحاف في احدهما ، لا لطلاق دليل المنع عن الاجحاف - 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 جى 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 معيبة ، أو كان بعضها للغير ، فان المشتري له حق رد الجميع اذا كان عقداً واحداً

ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف وقارض الآخر في النصف الآخر بربع الربح ولا مانع منه وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل بان كان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلاً متساوياً بينهما ، أو بالاختلاف بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف ، وفي حصة الآخر بالثلث أو الربع مثلاً

وليس له رد البستان اذا كان عقدين في صورة عقد واحد .

أما كيف يكون عقدين أو عقداً ، فهو بدليل كون العقود تتبع القسود بالاضافة الى انه أمر عقلائي، والشارع لم يردع عنه ، بل اطلاقات الأدلة تشمل كلا الأمرين .

ومنه يعلم ان الصورة ليست خاصة بما ذكره المصنف بقوله (ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف وقارض الآخر في النصف الآخر بربع الربح ولا مانع منه) وفي المسالك ان ذلك جائز اتفاقاً، والفرق بين كونه قراضاً واحداً، أو قراضين ان أحدهما لو كان مغبوناً حق له الفسخ في قراضه فقط ، ولا يحق للآخر الفسخ لانهما قراضان ، بخلاف ما اذا كان قراض واحد فانه اذا فسخ انفسخ الكل - فيما لو كان القراض بنفسه لازماً من جهة شرط لزومه في ضمن عقد آخر - .

وكذلك في حق فسخ المالك اذا ظهر غبنه في أحدهما ، وكذلك اذا شرط أحدهما على الآخر 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 مثلاً متساوياً بينهما ، أو بالاختلاف بان يكون في حصة أحدهما بالنصف ، وفي حصة الآخر بالثلث أو الربع مثلاً)

وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال بأن يكون مال كل منهما ممتازاً وقارضا واحداً مع الاذن في الخلط مع التساوى في حصة العامل بينهما ، أو الاختلاف بأن يكون في مال أحدهما بالنصف ، وفي مال الاخر بالثلث أو الربع .

مسألة - ٢٨ - إذا كان مال مشترك بين اثنين فقارضا واحداً واشترط له نصف الربح وتفاضل في النصف الاخر بان جعل لاحدهما أزيد من الاخر مع تساويهما في 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 وقارضا 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 الثاني والحاصل يجعلانه في البنك ، اذ لا دليل على لزوم الخلط .

(مع التساوى في حصة العامل بينهما ، أو الاختلاف بأن يكون في مال أحدهما بالنصف ، وفي مال الاخر بالثلث أو الربع) الى غير ذلك من الصور المتصورة .

(مسألة - ٢٨ - إذا كان مال مشترك كابين اثنين فقارضا) عاملاً واحداً واشترط له نصف الربح وتفاضل 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 فى العمل بما له أقل مما شرطه الاخر له ، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته ، وشرط له صاحب

واعطياه لزيد ليستريح ، والربح يقسم نصفه للعامل ونصفه لهما لاحدهما ثلث النصف ، وللآخر ثلثاه ، فمن الربح ثلثاه للعامل ولاحدهما واحد ، وللثاني اثنان .

(أوتساويا فيه) فى الربح (مع تفاوتهما فيه) فى المال المشترك بأن كان الالف رأس المال لاحدهما منه سبعمائة وخمسون ، وللآخر 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 ، أو مختلف ، والاول له صورتان : لانه أما يجعل الاختلاف فى الربح ، أو التساوى ، والثانى له ثلاث صور : لانهما أما يتساويان فى 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 لاعتباريه ، 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 ثلثي ربح حصته مثلاً مع تساويهما في المال فهو صحيح لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشروط للعامل وان لم يكن النقص راجعاً الى العامل بل على الشريك الاخر بأن يكون

النقيصة ثلثي ربح حصته مثلاً مع تساويهما في المال فهو صحيح) لاطلاق الأدلة ، كما اذا كان لهما ألف لكل واحد خمسمائة و ربح ستمائة و شرط أحدهما له ثلث ربح حصته، اي (مائة من ستمائة) و شرط الاخر له ثلثي ربحه اي (ماتيسن) فان شارط الثلث أخذ أكثر الربح ، و شارط الثلثين أخذ أقل الربح.

وبذلك يعلم ان اللازم بقاء شيء للمالك ، والا بطلت المضاربة بالنسبة اليه، كما اذا كان الالف لمحمد وعلي، بأن كان لمحمد ثلاثة أرباعه، وعلي ربعه و شرطاً له نصف الربح على كل نصف ما يأخذه العامل و فرض ان الربح كان ستمائة ، فان المضاربة باطله بالنسبة الى علي ، حيث ان ربح ربعه مائة وخمسون وقد فرض ان العامل جعل له على كل منهما ربحاً مساوياً، فعلى علي تمام ربحه بينها على محمد ثلث ربحه، اذ محمد ربح أربعمائة وخمسون و علي ربح مائة وخمسون .

ثم ان المصنف علل الصحة بقوله: (لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشروط للعامل) والظاهر انه أراد دخول المضاربة المذكورة في اطلاق الأدلة، 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

المجموعول للعامل بالنسبة اليهما سواء ، لكن اختلفا في حصتهما بأن لا يكون حسب شركتهما فقد يقال فيه بالبطلان لاستلزامه زيادة لاحدهما على الاخر مع تساوي المالين . أو تساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة لان المفروض كون العامل غيرهما

المجموعول للعامل بالنسبة اليهما سواء، لكن اختلفا في حصتهما بأن لا يكون حسب شركتهما) كما اذا كان من ألف رأس المال لمحمد ثلاثة أرباعه ولعلي ربه، وربح الفأ، وقررا ان يكون للعامل ربع الربح (اي مائتان وخمسون) على التساوي نصفه على محمد ، ونصفه على علي مع العلم ان النسبة تقتضي ان يكون على محمد (مائتان) وعلى علي (خمسون) فان معنى التساوي 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 في التحرير على ما حكى عنهم (لاستلزامه زيادة لاحدهما على الاخر مع تساوي المالين) اي انه أخذ اكثر من ربه .

(أو تساويهما) في الربح (مع التفاوت في المالين) وهذا الثاني - أو تساويهما - هو الذي ذكرنا مثاله في ربح الالف للالف ومثال الاول (اي زيادة لاحدهما) واضح ايضاً .

(بلا عمل من صاحب الزيادة) اي الذي أخذ الازيد (لان المفروض كون العامل غيرهما) وهو الشخص الثالث العامل .

ولا يجوز ذلك في الشركة ،

(ولا يجوز ذلك) أخذ الزيادة الخارجة من ربح الشريك الآخر (في الشركة) لا يخفى ان التعليل غير تام، بل اللازم ان يعلل بأنه لا يجوز جعل حصته من ربح المضاربة للاجنبي، حيث ان النقص على الشريك الآخر في المضاربة (حسب الفرض) والربح يلزم أن يكون بين المالك والعامل فإذا أخذ محمد شيئاً من ربح على (كما في المثال المتقدم) فقد جعل ربح مال على ثلاثة أقسام: قسم لعلى، وقسم لعامله، وقسم للاجنبي .

ثم هل جعل حصة من الربح للاجنبي في المضاربة صحيح؟ قولان :

الاول: عدم الصحة لقوله عليه السلام: (والربح بينهما).

والثاني: الصحة، لان كون الربح بينهما مقتضى اطلاق العقد، لامقتضى العقد بنفسه، وليس مخالفاً للكتاب والسنة، وعليه فالظاهر انه لا بأس بهذا الشرط، ولذا قال في المستمسك: بل له ان يشترط على أحد الشريكين شروطاً تعود فائدتها الى الشريك الثاني لاغير اذا كان لايقبل المضاربة الا بذلك، فاذا قال: لا اضارب بمالى الا اذا زوجني الشريك جاريتيه فحينئذ يصح للعامل الذي يريد المضاربة ان يشترط على أحد الشريكين ان يزوج جاريتيه شريكه الآخر كي يتمكن من المضاربة بالمال، ولايجوز ان نقول: ان هذا الشرط قائم بين الشريكين، ولا دخل للمعامل فيه - 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 في باب المعاملة صحة أقسام اربعة، ثالثها: ان يعطى المال

للمخازلي يعطى المخبز للفقير ورابعها: ان يعطى المال للمخازلي يصيب ولد المخازلي

والاقوى الصحة لمنع عدم جواز الزيادة لاحد الشريكين بلا مقابلتها 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 - مثلا - فان كل ذلك معاملات عقلائية ، ان لم تصح بيعاً، صحت معاملة يشملها او فوا بالعقود ونحوه .

(و) على هذا فقد ظهر ان (الاقوى الصحة لمنع عدم جواز الزيادة لاحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه) وكما يكون كذلك في الشركة يكون كذلك في المضاربة .

(فان الاقوى جواز ذلك بالشرط) في كلا البابين ، لاطلاق أدلة الوفاء بالشرط بعد ان لم يكن مثل هذا الشرط منافياً للكتاب والسنة، ولا لمقتضى العقد وان كان منافياً لاطلاقه - كما هو شأن كل شرط - .
(ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة) أو مقتضى المضاربة (بل هو خلاف مقتضى اطلاقها) وذلك مما لا بأس به.

أما قوله: (مع أنه يمكن ان يدعى الفرق بين الشركة والمضاربة) بجواز مثل هذا الشرط في المضاربة، وان لم يجز ذلك في الشركة أذ لا تلازم بين أحكام الشركة وأحكام المضاربة اذ في الشركة يتبع الربح للمال، وليس هنا كذلك اذ الربح تابع للمال وللعمل.

(وان كانت متضمنة للشركة) فيسرد عليه انه لا وجه للفرق بعد انه بدون الشرط لاحق في ذلك، ومع الشرط لا بأس في كليهما حيث ان الشرط خلاف الاطلاق لا خلاف مقتضى العقد، أو الكتاب والسنة .

مسألة - ٢٩ - تبطل المضاربة بموت كل من العامل والمالك
أما الاول فلاختصاص الاذن به

ومما ذكرنا ظهور وجه النظر في كلام جملة من المعلقين حيث اشكلوا على الشرط في كلا العقدين، أو قالوا بالفرق بين الشركة والمضاربة.

(مسألة - ٢٩ - تبطل المضاربة بموت كل من العامل والمالك) كما هو المشهور بينهم المنقول عن المبسوط والجامع والشرائع والنافع وشروحه والارشاد وشروحه والتبصرة وغيرها، فإن ذلك عندهم حكم العقود الجائزة والتي منها المضاربة بالاجماع المتقدم نقله بل لم اجد أحداً خالف ذلك في المقام، وقال في 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 الوراثة كسائر الناس لايجوز ان يتصرف بغير اذن المالك وليس ذلك من الحقوق حتى يكون موروثاً للوارث - كذا في المستمسك - لكن لا يخفى ان هذا الدليل غير تام، لانه ان لم يثبت بطلان المضاربة العقدية لا يكفي هذا دليلاً على بطلانها فهو من قبيل ان يقال ببطلان البيع بموت المشتري لاختصاص كونه طرف البائع اذ المفروض ان المضاربة عقد لا مجرد 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 في المعاملة المضاربة فتأمل.

وأما الثاني فلانتقال المال بموته الى وارثه ، فابقائها يحتاج الى عقد جديد بشرائطه فان كان المال نقداً صح وان كان عرضاً فلا

(وأما الثاني فلانتقال المال بموته الى وارثه ، فأبقائها 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 لا يكفي دليلاً 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 - على اسلوب الواجب الكفائي - اى ان الجامع بينهما عامل لم تبطل اذ العامل الكلبي 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 يموت (وان كان عرضاً فلا) على المشهور ، حيث ان العروض لا يصح جعله مال المضاربة عندهم «لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير التقدين» .

لكنك عرفت صحته فلا بأس بالعقد الجديد معه .

وهل يجوز لو ارث المالك اجازة العقد بعد موته؟ قد يقال بعدم الجواز لعدم علقته 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 لو ارث 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 ابتداء القراض بالعروض - 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 علقته له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه) الالية . واذالم تكن علقته لم يكن مجال للاجازة، اذ الاجازة محلها ان يكون للمجيز ولاية على العقد، والافأى ربط بين المجيز وبين العقد فيكون حال الاجازة حال اجازة زيد بيع عمرو لبكر بدون ارتباط بينه وبين المالكين اصلاً .
(ليكون) الاذن الاجازة (واقعاً على ماله أو متعلق حقه) فعمل وارث المالك مضاربة جديدة للاجازة لمضاربة المالك الميت حتى تكون المضاربة استمراراً لا ابتداءً .

(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 أصلاً وانما ينتقل المال اليه حال موته وبخلاف اجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية

اللاحق يجوز له الاجازة) للعقد السابق ، اذ البطن السابق للاحق 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 أصلاً ، 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 وبدلاً ، فصارب الوالد في المال ومات بحيث انتقل المال الى نفس الوارث الواهب، فان الحق لما انتقطع بموت الوالد لم يكن للولد الاجازة للمضاربة اذ الاجازة بالنسبة الى المضاربة حال حيات الوالد ، لا كلام فيهما لفرض انه اجازها لتلك الحال والاجازة بعدموت المالك لامورد 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 للمشارط فيه .

(وبخلاف اجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية) لما حقق في (كتاب الوصية) من ان المورث للاحق له في الوصية اكثر من الثلث ، فاذا أوصى

وبالمنجز حال المرض على القول بالثلث فيه فان له حقاً فيما زاد 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 ما زاد من الثلث في منجزات المريض على اجازة الورثة .

(فان له) اى للوارث (حقاً فيما زاد) حيث ان الشارع قال بتوقف ما زاد

على اجاز الورثة - على هذا القول - (فلذا يصح اجازته) لان الاجازة تصح

في التصرف في ملك الغير ، أو في متعلق حقه ، والامثلة المسذكرة 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 اجر داره سنة ، وقدمات بعد ستة

اشهر من الاجارة (على القول بالبطلان) للاجارة (بموته) ، لان حقه فيه مادام

حياً ، فاذا مات فقد انتقل الحق الى الوارث .

(فانه لا يجوز للوارث اجازتها) اى اجازة الاجارة ، وانما لا يجوز لانه قبل

الموت لاحق للوارث وبعد الموت لا اجارة لانها تبطل ، فإشياء يجيزه الوارث

كما ذكرنا نحو ذلك في المضاربة .

(لكن يمكن ان يقال) لتوجيه صحة اجازة الوارث للمضاربة انه ليس موضع

الاجازة هو ملك الغير ، أو حقه الفعلي ، بل هناك شيء ثالث هو موضع الاجازة

يكفي في صحة الاجازة كون المال في معرض الانتقال اليه ، وان لم يكن له علقه به حال العقد ، فكونه سيصير له كاف ومرجع اجازته حينئذ الى ابقاء ما فعله المورث لاقبوله ولا تنفيذه فان الاجازة أقسام قد تكون قبولا لما فعله الغير ، كما في اجازة بيع ماله فضولا وقد تكون راجعاً الى اسقاط حق كما في اجازة المرتهن لبيع الراهن ، واجازة الوارث لما زاد عن الثلث

ف(يكفي في صحة الاجازة كون المال في معرض الانتقال اليه ، وان لم يكن له) اي للمال (علقه به حال العقد ، فكونه) اي 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 ولانقذان في المقام (لاقبوله) كما في اجازة المالك لعقد الفضولي .

(ولا تنفيذه) كما في اجازة ذي الحق العقد الذي اجرى على حقه بل الاجازة هنا قسم ثالث .

(فان الاجازة أقسام) ف(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 المعجز في الشيء الذي وقع عليه العقد (كما في اجازة المرتهن لبيع الراهن ، واجازة الوارث لما زاد عن الثلث)

وقد تكون ابقاءً لما فعله المالك كما في المقام .

مع فرق بينهما ، حيث ان المرتهن تعلق حقه فعلاً بالعين ، بخلاف ما زاد عن الثلث ، حيث ان المال المورث حال حياته ، لقاعدة السلطنة وغيرها ، وانما جعل الشارع صرف ما زاد متوقفاً على اجازة الوارث حال حيات المورث أو بعد مماته .

(وقد تكون) الاجازة (ابقاءً لما فعله 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 لا قصور فيه من هذه الجهة كي يحتاج الى الاجازة والاجازة صادرة ممن لا تعلق له بالعقد ، وان اريد اجازته بلحاظ البقاء ، فالبقاء ليس مقصوداً للمجيز ولا مما يقبل الجعل وفي المقام متعذر لفرض البطلان ، كما ذكر في الشرائع ، وان اريد من الابقاء التجديد اختص ذلك بما اذا كان المال نقداً ، ولا يصح 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 فلا يمكن جعل ابقائه ابدأ ، كما ذكر المحقق (ره) ، فلا يمكن ابقاء العقد ، لا بالاجازة ولا بالابقاء - انتهى .

اذ يرد عليه أولاً : انا نريد الاجازة بلحاظ البقاء ، وقوله : والبقاء ليس مقصوداً للمجيز ولا مما يقبل الجعل ، يسرد عليه ان البقاء مقصود للمجيز فما فعله المورث قابل للبقاء عرفاً ، فاذا اجازه الوارث بقى 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 : ولا مما

مسألة - ٣٠ - لا يجوز 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 لا يرى الاجازة لا عند من يراها ، فكيف يستدل بالبطلان عند من لا يرى البطلان ، الا اذا لم يجزه الوارث؟ .

وثانياً : ان قوله : ليس مقصوداً للمجيز ، فيه : ان البقاء مقصود للمجيز لما عرفت من ان المورث فعل شيئاً قابلاً للبقاء عرفاً ، فمقصود المجيز البقاء .

وثالثاً : كون المالك كالزوج غير تام ، فمن اين هذا التشبيه ، بل العرف الذي 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 - ٣٠ -) اللازم في المضاربة اتباع المنصرف منها ، فانه المقصود لهما والعقود تتبع القصور لانه اذا لم يكن قصد لم يصدق [عقود كم] وعليه فاذا كان المنصرف الاطلاق بالنسبة الى أخذ العامل الوكيل في العمل ، أو المقدمات جازله ذلك واذا كان المنصرف عدم اخذ الوكيل لم يجز له ذلك ومنه يعلم ان قول المصنف (لا يجوز للعامل ان يوكل وكيلا في عمله ، أو يستأجر أجيراً الا باذن المالك) لا بدوان يراد به ما اذا كان المنصرف مباشرة العامل بنفسه والا فلا وجه اخر ، وادعاء انه المنصرف الا ما خرج خلاف العرف ، كما لا يخفى لمن راجعه .

نعم لا بأس بالتوكيل أو الاستيجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف وأما الايكال الى الغير وكالة أو استيجاراً في أصل التجارة فلا يجوز من دون اذن المالك ومعه لا مانع منه

كما ان قول المصنف (نعم لا بأس بالتوكيل أو الاستيجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف) لا بد وان يريد به ما كان متعارفاً فليس كل المقدمات كذلك ولذا قال المستمسك والحكم في 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 - انتهى .

ومنه يعلم: حال ما اذا كان المتعارف عمل اي من العامل ، أو وكيله واجيره حيث يجوز عمله بنفسه وايكاله الى غيره .

(واما الايكال الى الغير وكالة أو استيجاراً في أصل التجارة) أو جعله أو ما أشبهه (ف) 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 لا يعدوهما ، ولادليل على المنع ، واذا كان انصراف ثم قال : سحبت اجازتي لم ينفع السحب ، الا ان يبطل المضاربة وينشئها من جديد لاصالة عدم حق له في ذلك .

(ومعه لا مانع منه) كما عرفت ، ولو اختلفا في ان العقد شامل أم لا ؟ فالمرجع الظهور العرفي في العقد ، ولو قال المالك : لم أقصد الاجازة - وان كان الظاهر عند العرف ذلك - 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 لا يجوز له ان يضارب غيره الا باذن المالك.

مسألة - ٣١ - اذا أذن في مضاربة الغير فأما ان يكون بجعل العامل الثاني عاملا للمالك أو بجعله شريكاً معه في العمل والحصة وأما بجعله عاملا لنفسه أما الاول فلا مانع عنه وتنفسخ مضاربة نفسه على الاقوى واحتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافاة

وقد ظهر مما تقدم الاشكال في اطلاق قوله : (كما أنه لا يجوز 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 - ٣١ - اذا أذن) المالك (في مضاربة الغير فأسأما ان يكون بجعل العامل الثاني عاملا للمالك) كلا (أو بجعله شريكاً معه في العمل والحصة) سواء العمل والحصة مطلقيين ، أو مقيدين ، أو بالاختلاف كان يكون الثاني شريكاً في نصف العمل أو ثلثه مثلاً بقدر نسبة ما للعامل الاول ، أو اكثر أو أقل .

(و اما بجعله عاملا لنفسه) من غير ربط للعامل الثاني بالمالك .

(أما الاول فلا مانع عنه) لاطلاق الادلة الخاصة والعامه .

(وتنفسخ مضاربة نفسه على الاقوى) كما هو ظاهر المسالك ، وقرره على ذلك عامة المعلقين الذين وجدنا تعليقاتهم وذلك للتنافي بين كون كل منهما عاملا مستقلا ، وحيث تمنع ذلك عقلا ، لا يشمله الدليل الشرعي .

(واحتمال بقائها مع ذلك) كما اختاره الجواهر (لعدم المنافاة) حيث ان مثل العامل ، مثل الوكيل ، فكما يمكن ان يكون للانسان في ماله وكيلان مستقلا اذا عمل احدهما لم يبق موضوع للعمل الثاني ، كذلك يمكن ذلك

كما ترى و يكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل الثاني

في المقام (كما ترى) اذ المضاربة عقد لا يمكن ان يرتبط بهذا بشخصه وبذلك بشخصه .

نعم اذا لم يلاحظ الشخص اي كانا من قبيل أفراد الكلي ، حيث ان الجامع هو الطرف - كما تقدم هنا تصوير ذلك - فلانواع ، وحيث انه عقلائي يشمله أدلة العقود ، وأدلة المضاربة - معاً - 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 - انتهى .

وفيه اولاً : ان الاستدلال (بعدم) لا يفيد 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 بالنسبة الى عمليين ، 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 عاملاً للمالك ، فالربح كله للثاني ، وانما يقدم عليه العامل لانه يريد التخلص من العمل الذي 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 ، اذ لا شأن للعامل الاول

وليس للاول شيء الا بعد أن عمل عملا وحصل ربح فيستحق حصته
من ذلك الربح

بعد ان فسخت مضاربتة (وليس للاول شيء الا بعد أن عمل عملا وحصل ربح
فيستحق حصته من ذلك الربح) لان مقتضى المضاربة معه ان يستحق حصه ربحه
وظاهره ان المراد به الربح الفعلي ، لكن يمكن ان يقال : ان الربح الذي
يحصل في المستقبل اذا كان مبنياً على عمل هذا العامل و كان اطلاق المضاربة
يشمل مثل ذلك - كما ليس ببعيد عرفاً - كان السلازم ان تكون له حصته من
الربح .

نعم ، اذا لم يكن الاطلاق يشمل به حيث كان استيفاء المالك الربح بعد
ذلك - المبني على عمل هذا العامل - مع اشتراط هدر حق العامل - ولو شرطاً
ضمنياً - لم يكن للعامل شيء ، والا فلو لم يشترط هدر حق العامل لم يكن وجه
لعدم شيء له بعد استيفاء المالك للربح الذي 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 ، لا وجه لان يقال : ليس للعامل
شيء منه ، وای فرق بين ان يشتري السكر بالنقدين بعشرة فيربح عنده خمسة
حيث يكون ارتفاع سعر السكر لهما وبين يأخذ النقدين فيرتفع سعرهما
عنده .

لا يقال : الفرق انه باشرائه السكر عمل بخلاف النقدين فانه لم يعمل فيهما
فارتفاع سعرهما في كيس المالك .

لانه يقال : ان الاشراف عمل ، نعم اذا كان عقد المضاربة ، لا يشمل مثل

وليس له ان يشترط على العامل الثاني شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية بل لو جعل الحصة للعامل في المضاربة الثانية أقل مما اشترط له في الاولى كأن يكون في الاول بالنصف ، وجعله ثلثاً في الثانية لا يستحق تلك الزيادة بل ترجع الى المالك ، وربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح أو كون الزيادة له

الاشراف لم يكن وجه لاشتراك العامل ، لكن الاطلاق غالباً يشمل كل 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 له في) المضاربة (الاولى كأن يكون) نصيب العامل (في الاول بالنصف وجعله ثلثاً في الثانية لا يستحق تلك الزيادة) لان الربح في المضاربة الثانية - المبطله للمضاربة الاولى - بين المالك و العامل الثاني ، فلا حق للعامل الاول في 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 يكفي في جواز جعل حصة من الربح له وفيه انه وكالة لامضاربة والثاني لامانع منه وتكون الحصة المجعلولة له في المضاربة الاولى مشتركة بينه وبين العامل الثاني 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 والباقي 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 في طول الاولى فالحق مع الجواهر اذا كانت في طولها لا ما اذا كانت كالكو كالة .
(والثاني) اى ما جعله شريكاً معه في العمل والحصة (لامانع منه) لاطلاق أدلة المضاربة ، وأدلة العقود .

(وتكون الحصة المجعلولة 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 المجمعول 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 لا يكون اجحاف كما تقدم الكلام فيه ، وعدم الاجحاف ممكن بأن يكون العمل الاقل حجماً أكثر قيمة ، لانه عملي جسدى فكري مثلاً أو فكري قيمته أكثر أو ما أشبه ذلك ، كما

وأما الثالث فلا يصح من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني ومعه يرجع الى التشريك

مسألة - ٣٢ - اذا ضارب العامل غيره مع عدم الاذن من المالك فان أجاز المالك ذلك كما في الاذن السابق في الصورة المتقدمة

اذا كان عملاً ذا وساحة ، 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 عاملاً للمالك ، والعامل لغير المالك خارج عنه ، سواء كان له عمل أم لم يكن غير ظاهر فان العامل للمالك يتصور بأن يكون عاملاً لعامله في جهة المضاربة .

ومنه يظهر ان قول المصنف (ومعه يرجع الى التشريك) محل نظر اذ لو اراد التشريك طولاً فلا حاجة الى الذكر لوضوحه ، وان أراد التشريك عرضاً - كما هو ظاهر كلام المصنف - بارجاع هذا القسم الثالث الى القسم الثاني - ففيه انه ليس من التشريك في شيء اذ التشريك كونهما في عرض واحد بالنسبة الى المالك بينما هذا القسم الثالث العامل الثاني في طول العامل الاول .

(مسألة - ٣٢ - 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 لا بد من التنبيه 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 عاملاً من حين عقد المضاربة معه، أما اذا اذن من وقت متأخر، كما اذا ضارب العامل العامل الثاني من يوم الجمعة فأجازته المالك من يوم السبت، كان حال يوم الجمعة حال ماسياً من عدم الاجازة. وعليه فالاذن قد يكون، وقد لا يكون، واذا كان فقد يكون من الاول، وقد يكون مما بعد الاول .

لا يقال: أما ان يأذن في المضاربة الثانية أولاً بأذن، ولا يمكن التبعض، لان العقد الواحد لا يتبعض .

لانه يقال : لامانع من تبعض العقد ، ولذا يصح العقد مع تبعض الصفقة ونحوه .

ومنه يعلم ، انه يصح اذن المالك مع كل زيادة ونقيصة - من غير جهة تبعض الزمان ايضاً- كما اذا ضارب العامل العامل الثاني مطلقاً، فشرط المالك عليه في اذنه له بأن لا يسافر، أو ان يشتري بضاعة كذا ايضاً في ضمن معاملاته فشرط المالك عليه ان لا يشتري ، أو ما أشبه ذلك .

(وان لم يجز بطلت المضاربة الثانية) لانه لا يصح التصرف في مال المالك بدون اذنه سابقاً ، ولا اجازته لاحقاً ، فالمضاربة الثانية فضولية لم تؤيدها الاجازة .

فان كان العامل الثاني عمل وحصل الربح فما قرر للمالك في 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 عملاً آخر لاجل مضاربة العامل مما عاد تركه عملاً
آخر بالضرر عليه ، فان حال المقام حال ما اذا حبس الحر عن عمله ، حيث
رجحنا هناك - تبعاً لجماعة من الفقهاء - الضمان ، اذ لا فرق بين حبسه خارجاً
وايهامه الحبس مما يجعله مغروراً يشمله دليل المغرور يرجع الى من غر وان
كان العامل الثاني عمل ولم يحصل الربح العالي وجعل الربح المستقبلي -
كما صورناه في المسألة السابقة - كان حاله حال الفرع الذي يذكره المصنف
اي عمل وحصل الربح ، اذ لا فرق في الاستحقاق بين الربح الحالي ، والربح
المستقبلي ، حيث ان كلا الربحين ربح عمل العامل ، وان كان العامل الثاني
عمل ولم يحصل الربح اطلاقاً ، لاحالاً ، ولامستقبلاً ، لم يكن للعامل شيء لانه
دخل على هدر عمله اذا لم يربح ، فيشمله دليل مالا يضمن بصحيحه لا يضمن
بفاسده ، وان كان العامل الثاني (عمل وحصل الربح) .

وقد أجاز شراء العامل الثاني - الذي وقع فضولياً - وان لم يجز مضاربة
العامل الاول للعامل الثاني لوضوح انه لا تلازم بين الاجازتين ، بل مع اجازة
المضاربة لاجازة ورفض المعاملة .

(فما قرر للمالك في المضاربة الاولى فله) لان الربح تابع للمال وللعمل
- كما عرفت سابقاً - فلا وجه ، لان لا يكون بعض الربح للمالك .
نعم اذا كان جعل القدر الخاص له اجحافاً كان اللازم ان يقال : ان مقدار

وأما مقرر للعامل فهل هو أيضاً له، أول للعامل الاول، أو مشترك بين العاملين؟ وجوه أقواها الاول لان المفروض

حقه له لالزائد عليه الذي اجحف فيه، ويكون حال الزائد حال مقرر للعامل من الحصّة مما يأتي حاله.

(وأما مقرر للعامل فهل هو أيضاً له، أول للعامل الاول أو مشترك بين العاملين؟ وجوه) وجه الاول ان الربح تابع للمال، وحيث بطلت المضاربة لم يكن شيء من الربح لغير المالك.. كما يأتي تفصيله في كلام المصنف - .
ووجه الثاني: ان المقرر كون بعض الربح له وقد ربح، فاللازم اعطاء مقرر له .

ووجه الثالث : ان العامل الاول يستحق بعضه بقدر عمله، حيث قد تقدم ان اعطائه المضاربة للثاني نوع من العمل، وان العامل الثاني يستحق بعضه لانه عمل والربح تابع للعمل.

(أقواها) عند المصنف (الاول) قال في الشرائع.. في مسألة ما اذا قارض العامل غيره.. فان كان بأذنه وشرط الربح بين العامل الثاني، والمالك صح ولو شرط لنفسه لم يصح، لانه لا عمل له وان كان بغير اذنه لم يصح القراض فان ربح كان نصف الربح للمالك والنصف الاخر للعامل الاول، وعليه اجرة الثاني، وقيل للمالك ايضاً، لان الاول لم يعمل، وقيل للعاملين ويرجع الثاني على الاول بنصف الاجرة والاول حسن - انتهى .

وهل هذه الاقوال لاصحابنا كما هو ظاهر المحقق او للمعامه، كما نص عليه المسالك بانها وجوه للشافعية، احتمالان، وان لم يكن بهم تنقيح ذلك. وكيف كان، فقد استدل المصنف لما اختاره بقوله : (لان المفروض

بطلان المضاربة الثانية فلا يستحق العامل الثاني 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 الثاني 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 الفكري والجسدي فيكون حاله حال ما اذا صبغ ثوب زيد بدون رضاه اذا صار ذلك سبباً لزيادة القيمة ، فان المشهور ، وان ذهبوا الى عدم شئ للغاصب اذا لم تزدد العين لكن دليلهم غير تام فقد استدل له في المسالك في كتاب الغصب بانه متعد .

وذلك عند قول المحقق اذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب ، فان كانت أثراً كتعليم الصنعة وخباطة الثوب ونسج الغزل وطحن الطعام رده وللشيء له قال المسالك : لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً لتعديده .

وقال في الجواهر مستدلاً لكلام المحقق الانف : لعدم احترام العمل بغير اذن من المالك ، بل كانت تلك الصفات من توابع مال المالك ، ولا يخفى ما في التعليلين المذكورين ، اذ دلالة على اسقاط التعدي لحق الغاصب ، كما دلالة على سقوط الاحترام بعد شمول، لا يتوى حق امرء مسلم ونحوه له وجعل تلك الصفات من توابع مال المالك مصادرة .

ويؤيد ما ذكرناه كون الزرع للزارع للغاصب ، كما ورد بذلك النص

ويستحق العامل الثاني 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 عرفي ، 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 لا يتوى وغيره .
وكيف كان ، فمقتضى القاعدة كون كل الزيادة للعامل في 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 الحصص والاجرة ، لانه على تقدير اقلية الربح ، فقد دخل على ان له ذلك ، وبذلك قد أهدر قدر زيادة الاجرة على الحصص ، اللهم الا ان يقال ان اهداره كان مقيداً بصحة المعاملة ، فاذا انتفت الصحة رجع الى القاعدة الاولى .

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 الاولى ، وان قلنا ان البطلان يوجب اقل الامرين ، (حيث انه اهدر قدر زيادة الاجرة) كان اللازم عدم استحقاقه شيئاً لانه دخل على انه اذا لم يربح فلا شيء له .

ثم ان المصنف قيد اجرته بقوله : (مع جهله بالبطلان) .

وقال جامع المقاصد : لاشك انه اذا كان عالماً لا يستحق 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 أولاً : ان المستوفى المالك ، لان الربح دخل فى كيسه لا كيس

العامل الاول .

وثانياً : ان الاستيفاء كان بقدر الحصص العادلة لا بقدر الاجرة ، فاللازم اعطائه الحصص العاملة ، اذ الربح تابع للمال وللعمل ، ولكل منهما قدر خاص من الربح فلا وجه للاجرة ، سواء زادت عن الحصص 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 فى الربح حق العامل حتى مع علمه وعمده ، فعدم كون حقه

وأما اذا ضاربه على ان يكون عاملا له وقصد العامل في عمله العامل الاول فيمكن ان يقال: ان الربح للعامل الاول، بل هو مختار المحقق في 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) (للمالك (وقصد العامل) الثاني (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 لا يتم الا في الثاني - 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 الثاني على ثلاثة أقسام :لانه اما ان يقصد ذلك ، او يقصد التبرع بالعمل ، او لا يقصد شيئا ، فان قصد التبرع بالعمل لاحق له بعد ان اهدر عمل نفسه، فهو كالابراء في الدين والاعراض في المال ، وان لم يقصد الا لاجرة ولا التبرع ، فالظاهر انه كقصد الاجرة لانه لم يهدر احترام علمه ، فيشمله لا يتوى 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 جاهلاً بالبطلان

ومما تقدم علم حال ما اذا قصد العامل (في باب المضاربة) التبرع او لم يقصد شيئاً ، حيث انه بقصده التبرع يسقط حق نفسه فلا شيء له على المالك ، اما اذا لم يقصد تبرعاً ولا حصّة كانت له حصته ، لانه لم يهدر عمله .

(و) كيف كان فـ(عليه) أي العامل الاول (اجرة عمل العامل) الثاني ، او اقل الامرين من اجرة المثل والحصّة المسماة ، وقد تقدم وجه احتمال اقل الامرين وانما عليه الاجرة لان عمله محترم وقد استوفاه العامل الاول ، فيشملة دليل : لا يتوى حق امرء مسلم ، وغيره ، ولكن له الاجرة .

(اذا كان جاهلاً بالبطلان) لما تقدم من انه اذا كان عالمياً 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 عالمياً بالبطلان لان الربح وليد رأس المال والعمل معاً ، فلا وجه 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 ولا وجه لاختصاصه باحدهما الاتوهم انه تابع لرأس المال ، فهو لصاحب الخل مما قد عرفت 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 لا يضر 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 ولا قيمة للتصبغ فرضاً ، وانما قلنا (عندهم) لا نأمرى عدم الفرق بين بقاء عين الصبغ وعدمه - كما تقدم - .

(وبطلان المعاملة لا يضر بالاذن الحاصل منه للعمل له) اشارة الى ما ذكره الجواهر في وجه كلام الشرائع المتقدم قال : ولا ينافيه فرض عدم اجازة المالك اذ هي للقراض .

أما ما وقع منه للشراء والبيع فهو باذن العامل الاول الذي لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه ، واشكل عليه المستمسك بقوله : لا يخفى ان اذن العامل لا تكفي في صحة الشراء والبيع الا اذا كان العامل مأذوناً من المالك في الاذن واذا لم يكن مأذوناً فيه مسن المالك ، فلا وجه لصحته ، وقد عرفت انه اذا كان مأذوناً فيه من المالك كان مأذوناً في المضاربة الثانية، اذ مضمونها الشراء والبيع الذي لم يشترط عليه المباشرة فيها .

وفيه : ان الاذن في تصرف غير العامل باجازة العامل غير المضاربة التي عقدها العامل الاول مع العامل الثاني ، بل لو فرض ان لاذن من المالك كان اللازم مثل اللازم في صورة الاذن ، حيث قد سبق في بعض المسائل المتقدمة ان تخلف الشرط ونحوه في باب المضاربة لا يوجب الحرمان من الربح وانما هو موجب للضمان ، فالربح للعامل ، وان لم يكن اذن من المالك ، وعليه فاجرة العامل الثاني على العامل الاول، أما مطلقاً كما اخترناه أو مع جهل العامل الثاني بالبطلان .

لكن هذا انما يتم اذا لم تكن المباشرة معتبرة في المضاربة الاولى ،
وأما مع اعتباره فلا يتم ويتعين كون تمام الربح للمالك اذا أجاز
المعاملات وان لم تجز المضاربة الثانية

ومنه يعلم وجه النظر في قول المصنف : (لكن هذا انما يتم اذا لم تكن
المباشرة معتبرة في المضاربة الاولى ، وأما مع اعتباره فلا يتم) وجه النظر أولاً
ان ذلك اذا لم يجز المالك المعاملة .
وثانياً : ان تخلف الشرط ونحوه من باب المضاربة لا يوجب الحرمان من
الربح .

وثالثاً : قد تقدم ان الربح تابع للمال والعمل فلا وجه لاختصاصه باحدهما .
فقوله : (ويتعين كون تمام الربح للمالك اذا أجاز المعاملات وان لم تجز
المضاربة الثانية) ممنوع - حتى على مذاقهم - .

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
- انتهى محل منع .

ثم انه لو اختلفا في انه هل أجاز له التوكيل أولاً ؟ فان كان اطلاق أو تقييد
عرفي من ظاهر اللفظ ولو بالانصراف كان هو المتبع والبينة على مدعى خلافه
والا كان الاصل مع المالك حيث ان التصرف في ماله يحتاج الى اجازته المعاملية
أو الاذنية .

مسألة - ٣٣ - إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملاً كان اشترط المالك على العامل ان يخيط له ثوباً أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك أو بالعكس فالظاهر صحته وكذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعة أو نحو ذلك

(مسألة - ٣٣ - إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملاً كان اشترط المالك على العامل) أو شرط العامل على المالك (ان يخيط له ثوباً أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك) من الشروط التي لا ترتبط بالمضاربة في قبيل القسم الآخر من الشروط المرتبطة بالمضاربة كشرط ان يسلم المالك الى العامل المال نجومياً (أو بالعكس) كشرط المالك على العامل سفراً خاصاً أو تجارة خاصة أو ما اشبهه ، لاشكال 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، فابلى 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 ما خالف الكتاب والسنة ، أو مقتضى العقد، بل والمناط في القسم الاول .

(وكذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعة) أو ايقاعاً (أو نحو ذلك) لكن التحرير اشكل في الشروط الخارجة مما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ، مثل اشتراط النفع ببعض السلع ، مثل لبس الثوب

ودعوى ان القدر المتيقن ما اذا لم يكن من المالك الارأس المال ومن العامل الا التجارة مدفوعة بأن ذلك، من حيث متعلق العقد فلا ينافى اشتراط مال أو عمل خارجى فى ضمنه ويكفى فى صحته عموم أدلة الشرط

واستخدام العبدور كواب الدابة ووطي الجارية وضمنان العامل المال أو بعضه فهذه الشروط كلها باطلة تفسد العقد ان اقتضت جهالة الربح والا فلا على اشكال ، والظاهر ان وجه الاشكال - بالاضافة الى ما سيأتى - ان أدلة الشرط لاتشمل الشروط غير المربوبة بالمضاربة ، فإى ربط بين وطي الجارية والمضاربة ، ولو لانصراف دليل الشرط عن مثلها، وفيه : انه لا وجه للانصراف ، ولو كان فهو بدوى؛ خصوصاً ودليل الشرط ، حيث اخرج منه الشرط المنافى 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 الارأس المال ، ومن العامل الا التجارة) فإى ربط لامثال تلك الشروط مع المضاربة (مدفوعة بأن ذلك) رأس المال والعمل (من حيث متعلق العقد ، فلا ينافى) انحصار المتعلق بهما (اشتراط مال أو عمل خارجى فى ضمنه) الذى هو مقتضى أدلة صحة الشروط فى العقود .

(ويكفى فى صحته عموم أدلة الشرط) ولا اشكال فيه بما تردد فيه المستمسك باحتمال عدم صدق المضاربة ، اذ لا ربط للاشتراط بالصدق ، كما فى سائر العقود ، فان الشرط المنافى لمقتضى العقد ينافى الصدق لاغيره ، حتى وان كان مخالفاً للكتاب والسنة، وانما البطلان حينئذ من دليل خارج يشترط عدم

وعن الشيخ الطوسي فيما اذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في أحد قولييه وبطلانهما في قوله الاخر قال: لان العامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح واذا بطل الشرط بطل القراض لان قسط العامل يكون مجهولاً

منافات الشرط لهما ، هذا بالاضافة الى ان بطلان الشرط لا يوجب 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 قولييه) 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 ما ذكره الشيخ أولاً: كان وجهاً لا قولاً ، وهو كذلك ، لكن صريح الشرائع والتذكرة ان في المسألة قولين .

وكيف كان، فقد (قال) الشيخ في وجه بطلانها (لان العامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح) واللازم ان يكون القسط واضحاً والا صار القسط مجهولاً، 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 مجهولاً) لان الشرط قد بطل، واذا بطل ذهب من نصيب العامل وهو النصف قدر ما زيد فيه لاجل البضاعة وذلك القدر مجهول واذا ذهب من المعلوم مجهول كان الباقي مجهولاً، ولهذا بطل القراض.

ثم قال : وان قلنا : ان القراض صحيح والشرط جائز لكنه لا يلزم الوفاء به لان البضاعة لا يلزم القيام بها كان قوياً وحاصل كلامه في وجه بطلانهما ان الشرط المفروض مناف لمقتضى العقد فيكون باطلا وبطلانه 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 لا يلزم الوفاء به) لانه في ضمن عقد جائز والشرط في ضمن العقد الجائز جائز .

(لان البضاعة لا يلزم القيام بها كان قوياً) ويأتى مثل هذا الكلام في كل شرط لا يلزم القيام به وان كان الشرط موجباً لعهل مقدار حصة احدهما الموجب لعهل حصة كليهما، حيث ان الجهالة في أحد الطرفين في الاعداد وسائر اقسام الكم والكيف يوجب جهالة كلا الطرفين، فاذا قسمت الحمرة الشديدة - ذات عشر درجات مثلاً - الى قسمين لم يعلم ان في الطرف الايمن كم درجة من الشدة لم يعلم شدة الطرف الايسر .

(وحاصل كلامه في وجه بطلانهما) العقد والشرط (ان الشرط المفروض مناف لمقتضى العقد فيكون باطلا) فان أدلة الشرط لاتشمل الشرط المنسافي لمقتضى العقد .

(وبطلانه يبطل العقد لاستلزامه جهالة حصة العامل) وقد عرفت ان جهالتها توجب جهالة حصة المالك أيضاً (من حيث ان للشرط قسطاً من الربح) و كذلك في سائر الشروط في العقود، فاذا باعه بدينار بشرط ان يخيط المشتري ثوبه وكانت اجرة الخياطة درهماً كان معنى ذلك انه باعه بدينار ودرهم وهكذا.

وبطلانه يسقط ذلك القسط ، وهو غير معلوم المقدار وفيه منع كونه منافياً لمقتضى العقد فان مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح والعمل الخارجي ليس عملاً في

(وبطلانه يسقط ذلك القسط ، وهو غير معلوم المقدار) وهذا غير كلي ان كل شرط فاسد مفسد، فانه وان لم نقل بذلك الكلي نقول بافساده في المقام لما عرفت من منافاته لمقتضى العقد. وكيف كان، فما يستفاد من كلام الشيخ في وجه بطلان مثل هذه المضاربة أمران:

الاول: ان عقد المضاربة انما يكون اذا كان من طرف عمل، ومن طرف مال وهذا لا يتحقق فيما اذا وضع المالك على العامل عمليين (عمل المضاربة) و(عمل البضاعة) وجعل المال في مقابل المضاربة فقط، ومعنى ذلك ان يكون على العامل عمل بدون حصة ربح.

الثاني: ان الشرط اذا بطل - لانه خلاف مقتضى العقد، كما ظهر وجهه في الاول - 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) اي 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 عملاً في

مال القراض هذا مع أن مذكوره من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع اذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض في شيء من الموارد وانما يوجب زيادة العوض فلا ينقص من بطلانه شيء من الحصة حتى تصير مجهولة

مال القراض) حتى يقال: بانه عمل من العامل بدون ربح له من المالك (هذا مع أن ما ذكره) في اشكاله .

الثاني: (من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع) فان الربح الذي للعامل انما هو في قبالة عمله المضاربي لافي قبالة عمله المضاربي ، و عمله البضاعي - معاً - (اذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض في شيء من الموارد) فاذا باعه كتاباً بدرهم بشرط ان يكنس البائع دارالمشترى لم يكن الدرهم في مقابل الكتاب والكنس بل الدرهم في قبالة الكتاب فقط والشرط أمر خارجي التزمه البائع في ضمن العقد ، فاذا انتفى الكنس لم يكن أحد طرفي العقد مجهولاً .

(وانما يوجب زيادة العوض) فان المالك اعطى زيادة للعامل في قبالة عمله المضاربي ، وداعيه في اعطائه هذه الزيادة ان العامل يعمل له البضاعة ، و فرق واضح بين الداعي ، وبين الجزء من المعاملة فان الانسان قد يعطي ديناراً للخطيب لانه قرأ خطاباً ، وقد يعطيه ديناراً في قبالة انه خطب خطاباً .

(فلا ينقص من بطلانه) أي بطلان الشرط (شيء من الحصة حتى تصير مجهولة) وتوجب جهالته بطلان المعاملة .

أما مذكوره المستمسك من الاشكال على الشيخ بقوله : كان الاولى في الاشكال عليه ان يقال اذا كان الشرط ملحوظاً عوضاً عن العمل ، فبطلانه يوجب بطلان

المعاوضة ، وحصول الجهالة لانتفاء المعاوضة بانتفاء أحد طرفيها ، وإذا لم يكن ملحوظاً عوضاً فلا جهالة في العوض .

فيرد عليه بالاضافة الى ان اللازم ان يقول : (اذا كان الشرط ملحوظاً عوضاً عن الربح) لان الشرط من المالك على العامل ، فالمالك يعطيه الربح في قبال عمليين عمل المضاربة وعمل البضاعة ، انه لم يظهر وجه للاولوية .

نعم اشكل المستمسك على ضرر الجهالة بقوله : لو سلم الجهالة في العوض على هذا النهج فانها غير قاذحة في البيع ، كما اذا باع ما يملك وما لم يملك فضلاً عن المقام الذي لاتقدح فيه جهالة وجود الربح ولا جهالة مقداره التعيني و ان كان معلوماً بالحصة المشاعة ، كما اشكل غيره أيضاً ببيع ما يملك وما لا يملك .

أقول : الاشكال وارد حيث ان الجهالة المطلقة ضارة لالجهالة بالقدر الواقع ازاء كل جزء ، وانما يضر الاول دون الثاني ، لان دليل نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، عن الفرر الا لا يشمل الاول ، فحال الجهالة في المقامين (ما لم يملك وما لم يملك) حال ما اذا اشترى داراً وبستاناً بالفين ، و لم يعلم ان أياً منهما بازاء كم من العوض ، ثم على ما ذكرناه من جواز الجهالة بالنسبة الى العين يجوز ان يشتري الدار بقدر من النقد يكون ذلك النقد في قبال الدار اذا 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 لا يعرف هذا المشتري كم قدر الوسق بوزن بلادهم (حيث الوزن في بلده بالحقق) ولا يعرف البائع قيمة الدينار بقوته الشرائية في بلادهم (حيث النقد في بلده الدرهم) والمسألة وان كانت بحاجة الى التأمل ، الا انها في الجملة حسب القواعد .

وأما ما ذكره في قوله : وان قلنا الخ فلعل غرضه أنه اذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه فكأنه لم يشترط فلا يلزم الجهالة في الصحة وفيه أنه على فرض ايجابه للجهالة لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعدمه حيث انه على التقديرين زيد بعض العوض لاجله

(وأما ما ذكره) 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 ما يضر بالمضاربة ، فكذلك اذا كان شرط ، لكنه كان وجوده كعدمه .

(فلا يلزم الجهالة في الحصّة،) الظاهر ان غرض الشيخ ما ذكره المستمسك بقوله: غرضه تضعيف ما ذكره أولاً، 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 ما ذكره الماتن كان الاولي تقريره ، بناءً على البطلان ، لان الباطل اولى ان يكون وجوده كعدمه ، فكأنه لم يشترط - انتهى .

فلم يظهر وجهه ، لانه اذا كان الشرط باطلاً أوجب الضرر بوجوده وهو ما ذكره أولاً ، بأنه يوجب الجهالة فكيف يقال : ان وجوده كعدمه .

(و) كيف كان فد (فيه أنه على فرض ايجابه) أي ايجاب الشرط (للجهالة لا يتفاوت 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 لا أثر له أصلاً ، لأنه ليس بلازم الوفاء ، حيث انه في العقد الجائز ولا يلزم من تخلفه أثر التسلط على الفسخ ، حيث انه يجوز فسخه ، ولو مع عدم التخلف

الاول الى قوله: (وان قلنا..) فبني على صحة كل من العقد والشرط غير انه لا يجب الوفاء بالشرط لخصوصية في مضمونه فلا يرد 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 فلا يقع من العوض الاخر شيء بازائه على كل من تقديري صحته أو فساده، واذا كان كذلك ، فمن اين يفرض ايجاب فساده جهالة العوض ، وهل هو الامن فرض ايجاب الشيء لما يلزم نقيضه . (هذا وقد يقرر في وجه بطلان الشرط المذكور) شرط البضاعة على العامل بما ذكره الجواهر بـ (أن هذا الشرط لا أثر له أصلاً ، لأنه ليس بلازم الوفاء ، حيث انه في العقد الجائز) الذي هو المضاربة ، وكل شرط في العقد الجائز غير لازم الوفاء كما تقدم انه المشهور بينهم .

(ولا يلزم من تخلفه أثر التسلط على الفسخ ، حيث انه يجوز فسخه ، ولو مع عدم التخلف ،) فان الشرط له آثار منها أثر تكليفي هو وجوب الوفاء به ، وبه يكون ائصال 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 اذا شرط عليه قراءة سورة من القرآن بثواب أب المشتري مثلاً .

وفيه أولاً: ما عرفت 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 لا يؤثر 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 - ان قلنا بوجود الحكم الوضعي كما هو المشهور - ومنها انه اذا لم يف به المشروط عليه كان للشارط الزامه به بسبب الحاكم، ومنها حق المشروط له ان يبطل ما كان خلاف الشرط اذا كان مما يقبل البطلان، كما اذا اشترطت على الزوج ان لا يتزوج عليها فتزوج، فان لها حق الابطال للنكاح الجديد، الى غير ذلك مما ذكرنا في مسألة الشرط، وان كان بعضها محل تأمل.

وعلى أي حال، فلا يترتب على الشرط في المقام أي أثر يجب الوفاء به، ولا يأتي حق الفسخ من قبل تخلف الشرط وللشارط الزام المشروط عليه اذا لم يف.

(وفيه أولاً: 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 لا يؤثر 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 الاتي 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، ولذاتكون كل الاثار من أول العقد الى حين الفسخ للطرف المنتقل اليه ونحوه ، فاذا وكل زيدا في اشتراء عشرة دور وكانت له من الاجرة لكل اشتراء دينار ، فاشترى خمسة وفسخ احدهما كان للمشتري على البائع خمسة دنانير، لا اجرة المثل لكل اشتراء ، بتوهم ان الفسخ من الاصل فعليه اجرة المثل [لثلايتوى عمل المسلم].

أما الفسخ في العقد الملازم 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 ، لو حدة 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 - بالاطلاق - .

ولادليل على ان الفسخ يجعله كان لم يكن وكذلك اذا حلف ان لا يبيع ثم باع بالشرط وفسخ كان عليه العنث ، حيث ان الفسخ لا يجعل البيع كان لم يكن ، الى غير ذلك من الامثلة .

فاذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح فإن كان من القسم الاول اقتضى حصوله من حينه ، فالعامل يستحق من ذلك الربح مقدار حصته وان كان من القسم الثاني 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 ما ذكرناه ما ورد من ان النماء في مدة الخيار للمشتري اذا حصل الفسخ .

وكيف كان ، فموضع المسألة ليس هنا ، وانه أردنا الالمام اليه .
أما على ما ذكره المصنف : (فاذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح فإن كان من القسم الاول) الذي يكون أثر الفسخ من 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 الحصّة عن الاجرة أو نقصت أو ساوت - وان كان في المساوي لا يظهر أثر عملي للفرق بين الحصّة والاجرة - .

(وان كان من القسم الثاني) الذي يكون أثر الفسخ من الاصل و كسائه لم يحصل عقد أصلاً (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 لا يمكن التزام فقيه به ، وانه لا ينطبق 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 ، وهي قد تكون أزيد من الربح وقد تكون أقل فيتفاوت المال بالفسخ وعدمه اذا كان لاجل تخلف الشرط

(و) كيف كان ، فعلى رأى المصنف: (يستحق العامل 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 ولو لم يكن عقد .

(فيتفاوت المال بالفسخ وعدمه) أي عدم الفسخ - وان كان فسخ آخر من جهة جواز- (العقد اذا كان لاجل تخلف الشرط) فقد يكون له حصة أقل أو أكثر من الاجرة ، وقد يكون له اجرة أقل أو أكثر من الحصة .

وكيف كان، فاشكال المصنف على الجواهر غير ظاهر، 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 - انتهى .

ولعله أراد ما ذكرناه . والله العالم .

مسألة - ٣٤ - يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الانضاض أو القسمة لانقلا ولا كشفاً على المشهور ، بل الظاهر الاجماع عليه لانه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما

(مسألة - ٣٤ - 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 ولا كشفاً) 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 ، لا عالم الاثبات ، كما هو واضح. (على المشهور ، بل الظاهر الاجماع عليه) ولذا قال المسالك : لا يكاد يتحقق فيه مخالف ولانقل في كتب الخلاف عن أحد من اصحابنا ما يخالفه ونحوه من غيره .

نعم في القواعد: ويملك بالظهور لا بالانضاض 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 : (ولانسه مملوك) - انتهى - 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 للمعامل وللصحيح: رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم؟ قال عليه السلام: يقوم فان زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل اذ لو لم يكن مالكاً لحصته

(ولانه مملوك) اذ ليس من المباحات الاصلية ، ولا مثل الوقف .

(وليس للمالك) لفرض انه زائد على حصة المالك ، كما ليس لغيرهما بالضرورة .

(فيكون للمعامل) والاشكال عليه ، كما في بعض الحواشي ان الربح قبل الانقضاء ليس أمراً موجوداً في الخارج حتى يكون مملوكاً ، بل ولا يعتبر العقلاء للربح وجوداً في مقابل العين مملوكاً بملكية ما وراء ملكية العين - 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 هذا العامل الضرائب في الحكومات الحاضرة ، ويفرح العاملون بهذا الظهور ، ويكذبون اذا ادعوا انهم لا يملكون 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 لا يعلم) أي فهل يعتق الاب على العامل ، حيث ان الانسان لا يملك العمودين .

(قال عليه السلام يقوم) الاب (فان زاد درهماً واحداً) هذا من باب المثال كما لا يخفى ، اذ زيادة دانيق له نفس الحكم أيضاً (انعتق) لبناء العتق على التغليب (واستسعى) العبد (في مال الرجل) المالك ، لان الزائد من حصة العامل للمالك وجه الاستدلال بهذا الصحيح انه (اذ لو لم يكن) العامل (مالكاً لحصته) بمجرد

لم ينعق أبوه نعم عن الفخر عن والده أن في المسألة أربعة أقوال
ولكن لم يذكر القائل ولعلها من العامة : أحدها : ما ذكرنا الثاني :
أنه يملك بالانضاض ، لان قبله ليس موجوداً خارجياً ، بل هو مقدر
موهوم

زيادة درهم .

(لم ينعق أبوه) فان العتق انما هو فيما اذا كان العامل مالكا لشيء ورد
المستمسك للمصنف بقولسه : هذا أول الكلام ، بل من الجائز الاعتناق بذلك
وارتكابه أهون من ارتكاب ملك العامل بالظهور ، اذ تحقق انه لاوجود له غير
ظاهر ، اذلا وجه للاعتناق الا الملك ، كما يفهم من روايات الاعتناق 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) انما هو في 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 .
(الثاني : 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 ما ذكرنا لما ذكرنا ودعوى أنه ليس موجوداً كما ترى و

الشك في كونه لدى الانضاض للعامل ، لانه حينئذ موجود خارجي .
 (الثالث : أنه يملك بالقسمة) فالانضاض لا يكفي في ملكية العامل له (لانه لو ملك قبله لاختص بربحه) كما ذكره الايضاح تعليلاً 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 ذكره 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 الاعتباري الذي هو ميزان جملة من المالبات مما يجعله العقلاء محور الاخذ والعطاء فهو موجود ، ولذا يجعله العقلاء منشأ الآثار .

(و) ان قلت : الموجود هو العين فقط ، والعين لم يزد فيها ، والقيمة - وان زيدت - الا انها ليست شيئاً خارجياً ، بل هي أمر وهمي ، والامر الوهمي

كون القيمة أمراً وهمياً ممنوع

لا يعقل ان يكون ملكاً ، لان ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له .
قلت : (كون القيمة أمراً وهمياً ممنوع) لان الامر الوهمي لا يكون 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 اعتباري ناشيء عن حدوث الرغبة في
العين المصحح للتنافس عليها عند العقلاء وبذل المال بازائها ، وليس لها وجود
عيني في الخارج - انتهى .

غير ظاهر الوجه ، فان المعروف من عدم الخمس في ارتفاع القيمة ،
محل منع ، مع انه يصدق عليه الغنيمة ، والفائدة الا يقال ان فلاناً استفاد فائدة
كبيرة اذ اصاب 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 - أيضاً - من العرف .

وأما قول المستمسك: (المنع غير ظاهر) ففسيه بالاضافة الى النقص 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 معادلاً لعشرة وقد يكون معادلاً لعشرين؟ فان القيمة كما حققه الاقتصاديون، ويراه العرف روح سار في الاعيان باعتبار ذلك الروح تكون عين تساوى عيناً أو أقل منها أو أكثر، فكل من مقدار خاص من اللبن والتمر و الزبد والجبن فيه شيء يجعل اللبن بقدر التمر قيمة وأكثر من الزبد وأقل من الجبن - مثلاً - 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 الاثار الشرعية والعقلية ، وكما لا يضر عدم وجود العين في عالمي الاعتبار والانتزاع ، كذلك لا يضر عدم وجود الامور الاعتبارية والانتزاعية 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 لا يحتاج 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 لا مكان للشركة الا العين، فاللازم الاشتراك في العين.

(ولذا) الذي هو شريك فعلي (يصح له مطالبة القسمة) حيث ان العامل له

مع أن المملوك لايلزم أن يكون موجوداً خارجياً، فإن الدين مملوك، مع أنه ليس في الخارج ومن الغريب اصرار صاحب الجواهر على الاشكال في ملكيته بدعوى أنه حقيقة ما زاد 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، ولا في العين - انتهى .

ثم تأتي لنسلم ان القيمة ليست عيناً خارجية، ونسلم ان العامل ليس شريكاً في العين، لكننا نقول: العامل مالك لهذه القيمة التي ليست خارجية، وذلك ما اشار اليه بقوله: (مع ان المملوك لايلزم ان يكون موجوداً خارجياً، فإن الدين مملوك، مع انه ليس في الخارج)، فاذا طلب زيد من عمرو ديناراً قال: اني املك ديناراً - عرفاً وشرعاً - مع ان الدينار ليس في 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 - انتهى .

فانه اذا انتهت النوبة الى مثل هذا كان العكس أولى، اذ القيمة لها مطابق خارجي ومصداق عيني - هي العين الموجودة - بينما الدين الذي في ذمة انسان ليس له مطابق خارجي ولا مصداق عيني .

(ومن الغريب اصرار صاحب الجواهر على الاشكال في ملكيته) اي ملكية الربح (بدعوى انه حقيقة ما زاد على عين الاصل)، لان الاصل على حاله وانما المفروض ارتفاع القيمة .

وقيمة الشيء أمر وهمي لا وجود له لازمة ولا خارجاً فلا يصدق عليه الربح نعم لا بأس أن يقال : انه بالظهور ملك ان يملك ، بمعنى أن له الانضاض فيملك واغرب منه انه قال : بل لعل الوجه في خبر عتق الاب ذلك ايضاً ، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السراية اذ لا يخفى ما فيه

(وقيمة الشيء أمر وهمي لا وجود له لازمة ولا خارجاً)، اذ ليس في ذمة المالك ولاله في الخارج عين - لفرض بقاء العين على حالها..

(فلا يصدق عليه الربح)، وحيث لا يمكن انكار انه حدث شيء بارتفاع القيمة، اذ تختلف حال ما قبل زيادة القيمة، وعند زيادة القيمة قال: (نعم لا بأس ان يقال: انه بالظهور) للربح (ملك) العامل (أن يملك، بمعنى أن له الانضاض فيملك) اذا نص المال، وهل هذا الكلام (نعم) الاتحاش من أمر عرفي وحقيقة اعتبارية الى أمر ليس بعرفي، والى ما لا يعتبره العقلاء؟

(وأغرب منه أنه قال: بل لعل الوجه في خبر عتق الاب) في الصحيح المتقدم (ذلك) اي ملك العامل ان يملك الربح - فيما اشترى اباه وربح ولو درهماً - ايضاً، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك) أي ملك ان يملك (في العتق المبني على السراية) فكما يحرم الشارع العبد بالسراية ، كذلك يحرم الشارع العبد اذا ملك العمودان ان يملك شيئاً من العبد وانما كان أغرب .

(اذلا يخفى ما فيه ،) اذلا داعى الى مثل هذا التسكلف بعد ان يرى العرف ان الولد قد ملك شيئاً من ابيه بمجرد ارتفاع قيمة الاب ، فاللازم ان يختص أمر العتق بما اذا ملك لا باضافة ما اذا ملك ان يملك، ولذا لم يذكر ذلك احد من الفقهاء قبل الجواهر، بل والمشهور بعده ايضاً 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 فلا ينبغي التأمل في ان الاقوى ما هو المشهور نعم ان حصل خسران او تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل ، لان يكون كاشفاً عن عدم ملكيته من الاول

قال السيد البروجردى: هذا (اي لعل الوجه ..) في غاية الضعف، اذ غاية ما يمكن ان يقال هو ان ملكه، لان يملك أباه موجب لعق 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 في 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 دليلاً على تمامية ماذكرناه وذلك لما ذكره بقوله: (نعم ان حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل، لأن يكون) التلف أو الخسران (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 ما ذكرنا 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 لا يوجب كون التجارة رابحة حتى يشملها الشرط، ودلالة النص عليه أيضاً لا يخلو من مناقشة، وعلى تقدير حصول الملكية، فالظاهر عدم ترتب آثار الملك عليه لتعلق ضرر المال به، لكونه وقاية لرأس ماله - انتهى .

ويخفى ان النزاع علمى لا أثر له .

(وعلى ما ذكرنا) من انه ملك منزّل (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 لا تكون 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) لومات (وتعلق الخمس والزكات وحصول الاستطاعة للحج) لانه ماله، فيشمله أدلة تلك الامور .

(وتعلق حق الغرماء به،) فى المفلس (ووجوب صرفه فى الدين مع المطالبة)

الى غير ذلك

مسألة - ٣٥ - الربح وقاية لرأس المال

وعدم مال له غيره عيناً ، أومع وجود مال آخر له كفاية (الى غير ذلك) كوجوب اعطاء نفقة واجبي النفقة منه عيناً أو كفاية ، وانه لا يكون معسراً حتى ينظر الى الميسرة ولزوم وفاء نذره ونحوه منه ولو فعل بالمال فعل المالك ثم خسرو ونحوه فان كانت عينه موجودة استرجعها ، أو اعطى بدلها - اذلا دليل على لزوم كون الوقاية من العين ، فان المفهوم عرفاً من كون الربح وقاية انه أوبدله كذلك - كما هو المستفاد من وجوب اداء الامانة ، وصرف ربع الوقف ونحوهما ، فاذا أعطاه ديناراً امانة فارجع ديناراً كان قد أدى الامانة ، ولا بعد خائناً ، وكذلك اذا أخذ بربح الوقف ، وصرف بقدره في الموقوف عليه كان عمل بقاعدة الوقوف على ما وقفها أهلها ، الى غير ذلك .

ولولا رؤية العرف الاعم - والمفروض انه هو الذي القي اليه الكلام ، حسب الابلسان قومه ونحوه - لكان اللازم القول بالخصوصية في العين ، ولو للاستصحاب ، ولو اجرى على العين معاملة ثم ظهرت الخسارة كانت المعاملة فضولية متوقفة على اجازة المالك .

نعم اذا اجرى المعاملة على الذمة ، ثم جعل الربح وفاءً فسقط الربح ، كان عليه ان يفى من مكان آخر ، الى غيرها من المسائل المرتبطة بالمقام من مختلف أبواب المعاملات .

(مسألة - ٣٥ - الربح وقاية لرأس المال) بلا اشكال ولا خلاف ، وفي المسالك انه محل اتفاقهم ، و يدل على ذلك انه مقتضى العقد ، لان حصه من الربح المجعول للعامل ، لا تحقق له اذا خسر .

فملكية العامل له 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 المجمعول للعامل مازاد على تدارك النقص المالي الحادث من خسران أو تلف ، فلا يخفى مافيه من المسامحة في التعبير ، اذ القدر المتدارك لا يسمى ربحاً .

(فملكية العامل له بالظهور متزلزلة،) لانه لا يعلم هل يخسر ونحوه أم لا ؟ فلولم يخسر ونحوه ظهر انه كان ملكاً مستقراً لم يعلم به ، فان احتمال الخسران ظاهري ، اذ الواقع لا يغير عن واقعه .
(فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به) أي بذلك الربح (الى أن تستقر ملكيته،) فلا تنزل بعد ذلك .

(والاستقرار يحصل بعد الانضاض والفسخ والقسمة) لان العقد قد انتهى بجميع توابعه ، فلا وجه 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 ما ذكرناه نقول : التزلزل والاستقرار مرتبتان من قبيل نوعين فلا تدرج 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 لا يحسب من الربح ، بل تلف كل على صاحبه ولا يكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ

وقد أشار الجواهر الى وجه ما ذكره المصنف بقوله : لا ريب في الاستقرار حينئذ ضرورة انتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك .
أقول : وسكت عن المقدمة المطوية ، أي ما ذكرناه بقولنا : (فلاوجه..)
وقال في جامع المقاصد : لا بحث في الاستقرار بذلك ، وفي المستمسك : لا ريب 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 لا يحسب من الربح ، بل تلف كل) من الاصل والربح للمالك عند المالك والربح للعامل عند العامل (على صاحبه) اذ لا وجه لثبوت مال انسان على انسان آخر ، والظاهر انه يصح الشرط في ضمن عقد لازم على ان يكون التلف بعد الثلاثة من كيس غير مالكة لاطلاق أدلة الشرط .

هذا اذا اجتمعت الثلاثة ، أما الثلاثة المفردة الاخر ، أي اذا حصل الفسخ وحده بدون الانضاض والقسمة أو حصل الانضاض فقط أو القسمة فقط ، وكذلك الثلاثة المركبة ، أي الانضاض مع الفسخ : أو مع القسمة ، أو الفسخ مع القسمة فقد أشار المصنف اليها بقوله .

(ولا يكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ ، كما هو المشهور وجعله في الجواهر بل لا ريب ، وان كان يظهر من القواعد حيث قال : انما يستقر بالقسمة أو بالانضاض والفسخ ان القسمة كافية في الاستقرار .

ولذا أشكل عليه جامع المقاصد بأن قسمة الربح وحده لا تخرجه عن كونه

بل ولاقسمة الكل كذلك ولابالفسخ مع عدم القسمة

وقاية لرأس المال - انتهى ، الا انه لم يظهر له وجه تام ، اذ معنى القسمة بنائهم على ان يكون لكل ما قسم له فاسترجاعه منه بالخسارة ونحوه يحتاج الى دليل ، ولذا قال في المستمسك : لا اطلاق لفظي لدليل الوقاية ، كي يتمسك به في المقام وان العمدة في الوقاية الاجماع والارتكاز العرفي ، وليس من الواضح شمولهما لما بعد القسمة - 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 لدواعٍ آخر من الدواعي .

(بل ولاقسمة الكل كذلك) يرد عليه انه لا يكون في قبال ما تقدم من قسمة الربح وقد ذكر جامع المقاصد انه لا معنى للقسمة الاقسمة الربح اذ ليس في رأس المال شراكة ، أما ما ذكره السيد البروجردي وتبعه بعض المعلقين الاخر بقوله الظاهر ان قسمة الكل لا تنفك 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 المالك ، 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 - بضميمة ان عدم صدق انه مقارض لا ينافي صدق مال المقارضة الذي هو موضوع الحكم المذكور - وان رأس المال يجب ان يسلم الى المالك تماماً اذا كان ربح فيشملة له غير تام ينافي ما قرراه من التسليم التام مع وجود الربح وان الارتكاز العرفي بقاءً لاحكام الى ان تتحقق القسمة غير تام - على ذكر بعضهم - .

اذ يرد على الاول : انه لا مجال له بعد تبدل الموضوع بالفسخ .

وعلى الثاني : ان المال امانة بيد العامل فلا يشمله دليل اليد .

وعلى الثالث : انه كان مال المقارضة ، فدليل الجبران لا يشمله ، والاشمل ما اذا حصل جميع الثلاثة الانقراض والفسخ والقسمة ، وهل يقول القائل بذلك ويرى ان خروج ذلك بدليل خاص ؟

وعلى الرابع : ان التسليم ليس من تنمة المضاربة ، كما ان تسليم العين المستأجرة ليس من تنمة الاجارة - الى غير ذلك - 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 لانتهاؤ أمد المضاربة بالفسخ - كما تقدم- (أم لا؟) لبعض الأدلة 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 لا يجب 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 دليلاً على الاستقرار ، اذ لا يظهر من الأدلة الشرعية تصرف الشارع في المضاربة خلاف العرف، بل قد امضاها الشارع كما سبق أول بحث المضاربة .

والحاصل: أن اللازم دفع مقدار رأس المال للمالك و ثم يقسم ما زاد عنه بينهما على حسب حصتهما فكل خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح وتماमितها بما ذكرنا من الفسخ والقسمة.

مسألة - ٣٦ - إذا ظهر الربح ونض تمامه أو بعض منه فطلب

أحدهما قسمته، فإن رضى الآخر فلا مانع منها

(والحاصل: أن اللازم) عند المصنف (دفع مقدار رأس المال للمالك و ثم يقسم ما زاد عنه بينهما على حسب حصتهما فكل خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح) ولو كان التلف والخسارة اتى على كل الربح (وتماमितها بما ذكرنا من الفسخ والقسمة) ومنه يعلم، وجه النظر فى 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 مسالكية 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، ولا يخرج الربح بما عدا ذلك عن كونه وقاية لرأس المال حتى بالقسمة ناضاً الامع الفسخ لامع عدم عدمه على الاقوى.

(مسألة - ٣٦ - إذا ظهر الربح ونض تمامه أو بعض منه فطلب أحدهما

قسمته، فإن رضى الآخر فلا مانع منها) لان المال بينهما، وقد رضىا بالقسمة، ثم ان خسرت بعد ذلك فان قيل بمقالتنا في 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 بمقاتلهم
من التدارك ، فاذا خسر كان اللازم على العامل التدارك .

(وان لم يرض) العامل بالقسمة ، وانما أراد المالك القسمة حق للمالك
اذ لاوجه لعدم القسمة - مما سيأتي في صورة عدم رضى المالك - فدلليل السلطنة
يشمل المقام ، وسيأتي تنمة 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 أولاً : 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 ، لامن 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 الرمذ 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 منفي، ولا مأخوذ موضوعاً للاحكام . نعم احتمال الضرر النفسي منفي فيرفع اللازم اجمالاً - انتهى .

فيردان مقتضى اطلاق (لاضرر) ان كلامنا من الضرر المالي والعرضي والنفسي والجسدي منفي ، ويؤيده ان الحديث ورد في الضرر النفسي الذي هو عبارة اخرى عن الحرج ، اذ ان سمرة لم يكن يضر الانصاري مالياً ، وانما كان يضره نفسياً ، اي ان الامر كان حرجاً عليه، فلا يمكن ان لايشمل الحديث مورده وكان عدم ذكرهم للضرر النفسي اكتفاء منهم بذكرهم لدليل الحرج .

أما نفي احتمال الضرر النفسي - كما يظهر تسليمه من المستمسك - 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) لاحتمال الضرر ، بل يكون الاستدلال لذلك بمثل لا تلقوا بأيديكم الى التهلكة، وبما ذكروا في (كتاب الطهارة والصلاة والصوم) من ان المفهوم عرفاً من دفع الضرر دفع احتماله ايضاً اذا كان الاحتمال عقلاً ، 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 ، وفي النصف شك ، وقد ذكرنا تفصيل ذلك في تلك الكتب .

(قيل :) والقائل التذكرة والتحرير والقواعد ، كما حكى (وان لم يرض العامل فكذلك أيضاً) لم يجبر عليها (لانه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما

أخذه ، ولعله لا يقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده وهو ضرر عليه وفيه أن هذا لا يعد ضرراً فالأقوى أنه يجبر إذا طلب المالك وكيف كان ، إذا اقتسما ثم حصل الخسران فإن حصل بعده ربح يجبره

أخذه ، و لعله لا يقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده وهو ضرر عليه (كما عله بذلك في جامع المقاصد ، فيشملة دليل لأضرر .

(وفيه) ما رده الجواهر على المحقق الثاني بـ (أن هذا لا يعد ضرراً) حتى يرفعه دليل لأضرر ويكون حاكماً على ما دل على سلطنة الناس على أموالهم . وقد ذكرنا في (كتاب القضاء) لزوم القسمة في المال المشترك إذا أراد أحدهما ذلك ، ولا حاجة 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 لا يتدارك لم يكن وجه 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 لأضرر قد ينصرف عن محل ، وقد يعارض بلاضرر آخر ، وقد يعارض بدليل آخر فلا يقدم دليل لأضرر على ذلك الا اذا كان أقوى مناهياً . (فالأقوى أنه يجبر اذا طلب المالك) كما هو المشهور حسب ما وجدناه في كلمات المتأخرين لما عرفت من قاعدة السلطنة .

(وكيف كان ، اذا اقتسما ثم حصل الخسران فان حصل بعده ربح يجبره

فهو والارد العامل أقل الامرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح لان الأقل ان كان هو الخسران فليس عليه الاجبره والزائد له وان كان هو الربح فليس عليه الامقدار ما أخذ ويظهر من الشهيد أن قسمة الربح موجبة لاستقراره ، وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها ، حيث قال على انقل عنه :

(فهو) اذ لا يضر الخسران حينئذ بتدارك رأس المال من الربح - الذي تقدم انه مقتضى المضاربة .

(والا) فعلى ما تقدم ان اخترناه من ان القسمة توجب ملكية كل لما أخذه فلا شيء أيضاً اذ الخسران يكون حينئذ على المالك الذي 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 الذي عليه ، اذ لما قسم الربح كان الخسران عليهما بالنسبة كما هو مقتضى المضاربة .

(لان الأقل ان كان هو الخسران فليس عليه الاجبره) فلا وجه لاخذ ما بقى من الربح منه .

(والزائد) التفاوت بين قدر ما أخذ وقد رحسته من الخسران (له) لانه ماله لم يخرج عن كيسه شيء .

(وان كان هو الربح فليس عليه الامقدار ما أخذ) فانه لو لم 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 مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون التي هي الربح مشاعة في الجميع نسبتها الى رأس 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 أخذه العامل من رأس المال لامن الربح) أي اذا كانت الخسارة أقل رد الخسارة ، واذا كان ما أخذه من رأس المال أقل رد القدر الذي 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 مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون ليس الربح وانما فيه شيء من الربح، كما ان بقية الربح تبقي في المائة الباقية بعنوان انه رأس المال اذ العشرون) التي هي الربح مشاعة في الجميع نسبتها الى رأس المال نسبة السدس ، فالمأخوذ سدس الجميع) أي مأخوذ بعضه من رأس المال وبعضه من الربح ، وليس المأخوذ ربحاً خالصاً، كما ليس الباقي [المائة] 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) اي العشرين المأخوذ - باسم الربح - (استقر ملك العامل على نصيبه من الربح ، وهو نصف سدس العشر) (وذلك درهم وثلثان) - (يبقي معه) أي عند العامل (ثمانية وثلث من

رأس المال فاذا خسر المال الباقي رد أقل الامرين مما خسرو من ثمانية وثلاث وفيه مضافاً الى أنه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق ان لم يلحقه ربح وأن عليه غرامة ما أخذه منه أنظار آخر ، منها

(رأس المال) وهو التفاوت المذكور (فاذا خسر المال الباقي) اي المائة (رد) العامل (اقل الامرين مما خسرو من ثمانية وثلاث) .

فاذا خسر عشرين رد ثمانية و ثلاث واذا خسر ستة عشر مثلاً رد ثمانية (اذ النصف الثاني من الخسارة على المالك فان المالك ايضاً اخذ(عشرة) منها واحد وثلثان ربح) وثمانية وثلاث من رأس المال، ولا يخفى 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 ، اذ المشاع يعين بتعيين الطرفين له (وفيه 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) اي من الربح.

أقول : قد تقدم ان مقتضى القاعدة كلام الشهيد وان الربح المقسوم لا يجبر 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 رأس المال فلا وجه للقسمة المفروضة ونها ان المفروض انهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان انه ربح ، لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال

ان المأخوذ اذا كان من رأس المال) كما قاله الشهيد حيث جعل ثمانية وثلاث في مثاله - من أخذ العشرة - 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 مائة وعشرين ربح العامل ، وای فرق بين ان يحسب لنفسه كل العشرة التي اخذها أو ان يرد الثمانية والثلاث التي آخذها ويأخذ ثمانية وثلاثا باعتبار انه الربح .

(ومنها انه ليس مأذوناً في اخذ رأس المال فلا وجه للقسمة المفروضة) وفيه ان الوجه انهما رضيا بذلك والامر لا يعدو هما فحيث ان لهما ان يأخذا العشرين - قدر الربح - وفرض الشهيد ان المال مشاع لا يمكن فوزه ، كان لابد من أخذ المشاع الذي يكون بقدر الربح .

(ومنها ان المفروض انهما اقتسما المقدار من الربح) العشرين (بعنوان أنه ربح ، لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال ،) هذا الاشكال و ارد اذحيث ان المال لهما فلهما افرز الربح من رأس المال ، اللهم الا ان يريد الشهيد غير هذا الفرض بان اخذا من المجموع لا بعنوان انه ربح فقط - كما المع الى ذلك بعض المعلقين - وليس بعيد لانه من المستبعد ان يظن الشهيد ان ليس لهما حق

ودعوى انه لا يتعين لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض اشاعته في تمام المال مدفوعة بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك والعامل فمقدار رأس المال مع حصة من الربح للمالك ، ومقدار حصة الربح المشروط للعامل له ، فلا وجه لعدم التعيين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال فقسمة الربح في الحقيقة قسمة لجميع المال ولا مانع منها

الافراز .

(ودعوى) الجواهر (أنه لا يتعين) العشرون المأخوذ .

(لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض اشاعته في تمام المال) فلا يرد الاعتراض على الشهيد (مدفوعة بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك والعامل ،) خمسة أسداس ونصف للمالك ونصف السدس للعامل في مثال المائة والعشرين .

(فمقدار رأس المال مع حصة من الربح للمالك ، و مقدار حصة الربح المشروط للعامل له ، فلا وجه لعدم التعيين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال ،) اذ الحق لا يعدوهما .

أقول : للمسألة ثلاث صور لأنهما إما ان يأخذا العشرين بعنوان المشاع أو بعنوان الربح أو بعنوان خاص مما يقتضى الاشاعة أيضاً والأشكال وارد على الشهيد في الثانية ، وقد عرفت انه لعل كلامه في غير هذه الصورة ، اما صورة أخذهما 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 - ٣٧ - اذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح مع تحقق الشرائط من معلومية المقدار وغيره واذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع بل يكون بمنزلة التلف فيجب عليه

أما اشكال المستمسك على الشهيد بوجه آخر أيضاً بقوله : ومنها ان اللزام 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 - ٣٧ - اذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره) ولا يصح قبل الظهور وان كان في الواقع موجود اذ ذلك داخل في الغرر المنهى عنه كما انه لا يصح اجراءية 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 (لا يبطل البيع بل يكون بمنزلة التلف) للمبيع في سائر المعاملات لماد من لزوم البيع المانع من ارجاع المبيع الى البائع وحيث يجب ان لا يضيع 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 - انتهى .

جبره بدفع أقل الامرين من مقدار قيمة ما باعه ومقدار الخسران .
 مسألة - ٣٨ - لا اشكال في أن الخسارة الواردة على مال
 المضاربة تجبر بالربح سواء كان سابقاً عليها أو لاحقاً مادامت
 المضاربة باقية ولم يتم عملها نعم قد عرفت ما عن الشهيد من عدم
 جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق اذا اقتسماه

لكن الظاهر ان ما 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 لأقل أو أكثر اما اذا باعه بالأقل مثلاً كان الربح من الحنطة قيمته
 دينار فباعه بنصف دينار فان اللازم عليه ان يعطى الدينار جبراً للخسارة لانصف
 دينار لان الربح يجبر الخسارة لا الأقل من الربح واما اذا باعه بالأكثر فدليل
 ان الربح يجبر الخسارة لايشمل ذلك الزائد الاعتباري الذي جعله البائع للعامل
 كالمنحة باسم البيع فليس عليه الا اعطاء القيمة العادلة جبراً للخسارة .

(مسألة - ٣٨ - لا اشكال 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 احدهما وخسر في الاخرى (ما دامت
 المضاربة باقية ولم يتم عملها) كل ذلك لاطلاق الادلة ولا يخفى ان بقاء المضاربة
 غير تمام العمل ولذا جاء بهما .

(نعم قد عرفت ما عن الشهيد) الاول في المسألة السابقة (من عدم جبران الخسارة
 اللاحقة بالربح السابق اذا اقتسماه) .

وقد ذكرنا هناك ان مقتضى القاعدة ما قاله الشهيد ولا ينصور 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 في التجارة أو بعد الشروع فيها أو قبله ثم
 اما أن يكون التالف البعض أو الكل ، وأيضاً اما أن يكون
 بآفة من الله سماوية أو أرضية أو باتلاف المالك أو العامل أو الاجنبي
 على وجه الضمان

الربح لانه من باب السالبة بانتفاء الموضوع ولذا قيده المصنف بـ[السابق] وان
 كان كلام الشهيد مطلقاً أولاً، بل قد تقدم قوله [فاذا خسر] 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 سيأتي 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 (أو أرضية) كالزلزلة (أو باتلاف المالك) المضارب
 (أو العامل أو الاجنبي على وجه الضمان) اذ قد يتلفه بدون الضمان كما اذا اشترى
 بالمال دابة فصانت مما اضطر الطرف ان يرميها فيقتلها .

والمراد بالتلف اعم من الحقيقي 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 في التجارة فالظاهر جبره بالريح ولو كان لاحقاً
مطلقاً سواء كان التالف البعض أو الكل

(فان كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر) من الدليل (جبره بالريح) كما
عن المحقق والعلامة وفي المستمسك الظاهر انه لا خلاف فيه وعن مجمع البرهان
انه اجماع وذلك لان بناء المضاربة عرفاً الذي 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 بأفة سماوية او غضب
غاصب او سرقة سارق لانه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ولانه في
الغصب والسرقة يحصل الضمان على الغاصب والسارق بلا حاجة 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 او التعويض فلا مكان
للجبر ، ولا يخفى ان مراده كل تقسام وساطة الانسان وعدم وساطة الانسان في
التلف لو ضوح عدم الخصوصية لتلف السماء ولا للسرقة والغصب فاذا فقد بالزمانة
او تلف بهيجان البحر أو ما اشبه ذلك أو اتلفه انسان غير السارق أو حيوان او ما
اشبه كان داخلاً في مناطه، ثم ليس المراد بالدوران في التجارة دوران كله بل
بعضه أيضاً كذلك لو حدة الدليل في كلا المقامين كما لا فرق 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 مثلاً كان مائة فربح عشرين ثم تلف المائة 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 بأفة) غير انسانية (أو باتلاف ضامن من العامل أو الاجنبي) فاذا ربح المائة عشرة وتلف 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 احتمالاً من المحقق الثاني به (أن مع الضمان) من المتلف (كأنه لم يتلف لانه في ذمة الضامن) فلا وجه لجبر الخسارة بالربح (كما ترى) حيث تقدم الاشكال عليه .

(نعم) لا اشكال 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 بدلاً أو ما يوجب بدل حيلولة كما لو القاه الضامن في البحر مثلاً أو واضعه 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 - كما هو الغالب على ما تقدم في بعض المسائل السابقة - او كانت خاصة بالشراء نقداً لكن اذن

فأداه المالك

المالك في الشراء في الذمة بعد ذلك .

وقد تقدم أيضاً مسألة تخلف الشرط في المضاربة وانه لا يضر بتوزيع الربح للنص الخاص الذي عمل به المشهور (فأداه المالك) اداء المالك على اقسام لانه اما ان يؤدي بقصد ان ينضم ماداه 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 لا دليل 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 وقد حكى 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 احد امرين .

الاول : ان يكون المبيع نقداً في قبالة الثمن ويؤديه وهذا مفروض الانتفاء.

الثاني : ان يشتري المبيع في الذمة بقصد المضاربة ويؤدي ما في الذمة من مال المضاربة والا فاذ لم يؤده من مال المضاربة بان تلف الثمن فاداه من مال آخر لم يكن مجرد القصد كفاً في جعل المبيع للمضاربة فهو مثل ان يتلف كل مال المضاربة قبل الاشتراء حيث انه لو قصد الاشتراء للمضاربة لم يقسع لها فانه من باب السالبة بانتفاء الموضوع وأى فرق بين ان يقصد المضاربة قبل التلف أو بعده ، واذن المالك او اعطائه مالا جديداً لا يجعله المضاربة السابقة. واما ان يؤدي بقصد القرض، واما ان يؤدي بقصد انه يكون للمالك للمضاربة

أو باع العامل المبيع وربح فأدى كما أن الأقوى في تلف البعض الجبر وان كان قبل

وكلا الأمرين لا يجعلان من العمل مضاربة .

اذ القرض ان كان على نفسه فهو غير معقول اذ الانسان لا يطلب نفسه و ان كان على العامل فهو يكون مال العامل لامال المضاربة ، والاداء بعنوان ان المبيع يكون ماله يخرج عن المضاربة .

ومنه يظهر الاشكال في ما عطف على [فأداه المالك] بقوله (أو باع العامل المبيع وربح فأدى) فان قوام المضاربة بالمال الخارجى فاذا انتفى المال انتفت المضاربة ويكون البيع لنفس العامل ولا وجه لان يكون المالك طرفاً كما انه ان اعطاه المالك ما لاجديداً 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 لانتهاء مال المضاربة الذى كان قوام المضاربة الموجب لانتهائها وحينئذ يكون الربح للمالك وللعامل اجرة المثل - انتهى . اذ يرد عليه انه لا وجه لارتباط المالك بالمبيع حتى يكون الربح له ، لان اشتراء العامل الشيء في الذمة يجعل نفسه طرف المعاملة وقصده ان يسودى الثمن من مال المضاربة لا يجعله للمالك وانما يجعله للمالك هو الاداء الخارجى فتأمل والمسألة بحاجة الى تأمل أكثر .

(كما أن الأقوى 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 أتلّفه 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 أتلّف الاجزئى منه كما اذا بقى من عشرة الاخر واحد ، تأمل لان الدليل المذكور في البطلان اذا تلف الكل آت هنا أيضاً (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 ذكره 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 الاثراء (نعم اذا أتلّفه أجنبي وأدى عوضه) فعلا أو شأناً بان قال عامل واني اؤدى ثمنه مثلا (تكون المضاربة باقية) لان التلف المؤدى عوضه في حكم عدم التلف فلا وجه لبطلان المضاربة .

ومنه يعلم ان الامردائر 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 اؤد لم ينفع ولو قال لا اودى وادى - ولو بالتقاص من ماله - لم

وكذا اذا أتلفه العامل .

مسألة - ٣٩ - العامل أمين فلا يضمن الا بالخيانة كما لو أكل بعض مال المضاربة أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك أو وطىء

يضر .

(وكذا اذا أتلفه العامل) وامكنه تأدية العوض .

(مسألة - ٣٩ - العامل أمين) قال في الجواهر انه لا اشكال فيه ولا خلاف بل هو اجماعى ، ويدل عليه النصوص العامة الدالة على ان كل امين لاضمان عليه ، والمناطق في الابواب الاخر والاحاديث الخاصة مثل صحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يستبضع المال فيهلك او يسرق 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 استحلّف 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 ولا اشكال 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 الا باجازة او اضطراراً او ما اشبهه (أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك) بدون الاجازة والاضطرار ونحوهما (أو وطىء

الجارية المشتراة أو نحو ذلك أو التفريط بترك الحفظ أو التعدي بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه كما لو سافر مع نهييه عنه أو عدم اذنه في السفر

الجارية المشتراة) اذ لاحق له في وطبها بعد كونها مالا مشتركا (أو نحو ذلك) مما يعد خيانة عرفاً فإن الخيانة موضوع عرفي له افراد كثيرة (او التفريط بترك الحفظ) والتفريط هو ترك ما ينبغي له ان يفعل كترك علف الدابة مثلاً. ولذا كان ما ذكره المصنف من باب المثال او اراد بترك الحفظ كل اقسام ذلك (او) بـ (التعدي) وهو فعل مالا ينبغي له ان يفعل وبينه وبين الخيانة عموم من وجه مفهوماً، فلو اسرع في المشي بالدابة او اعطاها علفاً زائداً فعطبت سمي تعدياً ولم يسمى خيانة.

اما تفسير المصنف له بقوله : (بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه،) ففيه انه تفسير بالاعم من وجه ومما ذكر يعلم ان عدم ذكر الشرائع التعدي وانما ذكر الخيانة والتفريط من باب انه ادخله في احدهما.

كما ان ما ذكره المستمسك من ان الذي يظهر من الاستعمالات العرفية ان التعدي والتفريط كل منهما خيانة غير ظاهر الوجه (كما لو سافر مع نهييه عنه أو عدم 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 والريح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه الى غيرها من الروايات .

وقد تقدم حديث اتجار العباس مضاربة واشتراطه ان لا يركبوا بحراً ولا ينزلوا وادباً فان فعلتم فانتم ضامنون فابلق ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله

أو اشترى مانهى عن شرائه ، أو ترك شراء ما أمر به فانه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف ولو بأففة سماوية وان بقيت المضاربه كما مر والظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضاً واذا رجع عن تعديبه أو خيانتته فهل يبقى الضمان أولاً؟

وسلم فاجاز شرطه عليهم (أو اشترى ما نهى عن شرائه ، أو ترك شراء ما أمر به) أو خالف شرطاً له فى البيع والشراء الى غير ذلك.

(فانه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف ولو بأففة سماوية وان بقيت المضاربه كما مر)، من الادلة الخاصة على ذلك وقد ذكرنا هناك الاقسام المتصورة فى عقد المضاربه (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 لا وجه للضمنان خارج القدر الذى تعدى فيه مثلاً اشترى دابة بمال المضاربه فضر بها 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 فى قدر التعدى لافى غيره .

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر قد يقال اويقوى ضمانه للوضعية المتجددة بعد التعدى (واذا رجع عن تعديبه أو خيانتته فهل يبقى الضمان أولاً؟

وجهان ، مقتضى الاستصحاب بقائه كما ذكروا في باب الوديعة أنه لو أخرجها الودعي عن الحرز يبقى الضمان وان ردها بعد ذلك إليه ولكن لا يخلو عن اشكال لان المفروض بقاء الاذن وارتفاع سبب الضمان ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان ولم يبع

وجهان مقتضى الاستصحاب بقائه).

كما ذهب اليه السادة ابن العم والبروجردى وغيرهما (كما ذكروا في باب الوديعة أنه لو أخرجها الودعي 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 في كلا المقامين (لان المفروض بقاء الاذن و ارتفاع سبب الضمان)، قال في المستمسك: فاذا بقي الاذن بقي الاستيمان واذا ثبت الاستيمان فقد شمله عموم لاضمان على الامين وهو مقدم على الاستصحاب ومثله الكلام في الوديعة.

أقول: مراده بالمقدم انه لا يتم اركان الاستصحاب، ثم لا يخفى ان الكلام هنا في ضمان رأس المال اما ضمان الوضعية فيختص بالمخالفة للمالك او كون التعدى سبباً لذلك والافلا وجه لضمانه .

ولذا قال في المستمسك فاذا كانت الوضعية حاصلة بعد التعدى او التفريط لم يضمنها وان كان يضمن العين واذا كانت الوضعية بعد مخالفة المالك ضمنها كما ضمن العين - انتهى فتأمل .

(ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان ولم يبع) ثم باعه في زمان

ضمن الوضعية ان حصلت بعد ذلك

كان الثمن أكثر أو مساوياً فلا شيء اما اذا باعه في زمان كان الثمن اقل (ضمن الوضعية ان حصلت بعد ذلك)، لانه سبب الوضعية بتفريط منه فاللازم ان يكون غرامته عليه ويستدل للتلازم بين التفريط وبين الغرامة ، بانه لا اذن للمالك في هذا البيع لان مبنى العقد على البيع مع المصلحة فتركه مخالفة للعقد ويكون مخالفاً للمالك .

وبدليل لا ضرر فان العامل هو الذي اضر بالمالك حيث لم يبيع في وقت المصلحة.

ويرد على الاول: ان المالك خولف في البيع وقت عدم الوضعية اما البيع وقت الوضعية فلم يكن مخالفة للمالك خصوصاً اذا كان خوف زيادة الوضعية مثلاً كان السبتريح والاحد لاربح ولا وضعية والاثنين وضعية عشرة والثلاثاء وضعية عشرين فان عدم البيع في السبت مخالفة.

اما البيع في الاثنين فليس مخالفة والا فماذا يفعل اذا لم يبيع؟ فهل لا يبيع اصلاً؟ وهو خلاف المضاربة او يؤخر البيع الى الثلاثاء وهو اكثر وضعية وذلك ما لا يرضاه المالك وخلاف مقتضى العقد المبني على الاتجار بالصالح.

وعلى الثاني: ان الاضرار من عدم البيع وهو امر سلبي لا يوجب الضمان اما البيع فقد عرفت انه لا بد منه وهو لم 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 مورد له عقد ايجابي ، حيث امر الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بقلع شجرة سمرة مستدلاً بلا ضرر فاذا حبس انسان مال تاجر حتى حصلت فيه وضعية كان ضامناً لتلك الوضعية.

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 وضعية ضامن .

ولا يبعد هذا حيث يقال عرفاً انه اضربه لكن اللزوم تقييد خسارة العامل بمثل هذا الضرر بما اذا كان عدم بيعه في وقت عدم الوضعية عن علم وعمد اما اذا كان لرجاء الربح الاكثر او ما شبهه لم يكن عليه شيء فانه وان اضربه واقعاً الا ان مبني العقد على الاتجار حسب ما يراه صلاحاً لاحسب الصلاح واقعاً اذ لا يطلب من العامل علم الغيب .

ومما تقدم يعلم حال ما اذا كان للمال ربح مائة مثلاً فلم يبيع عمداً حتى صار الربح اقل حيث ان مقتضى الكلام السابق انه ضامن للتفاوت لصدق انه اضربه - عرفاً - فهو تفويت الربح كتفويت عمل الحر وان كان الفتوى بذلك اصعب من الفتوى في مسألة الوضعية 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 لا يعتمدون على ناوى الخيانة ، ولذا لا يؤمنوه مالمهم ونسائهم و اولادهم .

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 فعلاً وبين العزم على أن يخون بعد ذلك .

مسألة - ٤٠ - لا يجوز للمالك ان يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة لانه ماله

المعلقين فان الخيانة امر عرفي وهي ليست حاصلة وعدم التأمين لانه خائن الان بل لانه في صدد الخيانة كما انهم لا يذهبون الى من يقتلهم لانه قاتل الان بل لخوف القتل والحديث تنزيل كما هو واضح.

(ويمكن الفرق بين العزم عليها فعلاً وبين العزم على ان يخون بعد ذلك) لكنه غير فارق فان العزم الفعلي لا يسبب صدق الخيانة اللهم الا ان يقال انه لا يسمى الان أميناً - عرفاً - وقد تقدم في صحيح ابن مسلم ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل أميناً فمفهومه ان عليه الغرم اذا لم يعد أميناً عرفاً لكن فيه انه ان لم يخن مدة مضاربه يقال انه أمين 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 - ٤٠ - لا يجوز) أى لا ينفذ (للمالك ان يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة) كما نص بذلك الشرائع والقواعد وشراحيهما 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 يشتري حصة العامل منه مع معلومية قدرها ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك فانه بمنزلة التلف ، ويجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة ، كما لو باعها من غير المالك

(نعم اذا ظهر الربح يجوز له أن يشتري حصة العامل منه مع معلومية قدرها) لما تقدم من ان ظهور الربح يوجب ملك العامل لقدر حصته وقوله مع ... من باب انه طريق الى الثبوت والافالمدخلية له لالعالم الاثبات فاذا لم يعلم قدر حصة العامل وكان في الواقع طناً من الحنطة واشترى الطن وكان قاصدين مال العامل لم يكن وجه لبطلان البيع.

اذ اللزم اشتراء مال العامل لامال نفسه وذلك حاصل في المقام (ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك) وجه توهم البطلان أنه لامال للعامل مع الخسارة فقد اشترى المالك مال نفسه .

ولذا قال في محكي 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 لو باعها من غير المالك) .

كما تقدم في المسألة السابعة والثلاثين وفي تعليقة السيد البروجردى على [قيمتها] بل ثمنها المسمى وان قلنا بصحة البيع باعتبار القول بالملك وان الحق لا يعدو هما وذلك لاقدام المالك على عدم جبر الزيادة ان كانت القيمة اكثر - انتهى .

وفيه ان معنى جبر ان الخسارة بقدر قيمة الشيء الواقعية لا بقدر المسمى فاذا

وأما العامل فيجوز أن يشتري 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 حاصلًا بهذا الشراء

باع مناً من الحنطة - وهو نصيبه من الربح - بنصف دينار بينما قيمته دينار فقد اخذ قدر دينار فاذا خسر المتاع قدر دينارين كان اللازم عليه رد الدينار اذا خسارة 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 الابدفع قدر القيمة لتسديد الخسارة (وأما العامل فيجوز أن يشتري 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) أي حصة العامل (من البيع) .

كما ذكره العلامة وغيره فاذا كان الاصل عشرة والربح ثلاثة فاشترى العامل اثني 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 باثني عشر (بحيث يكون الربح حاصلًا بهذا الشراء) لان نصف الربح - وهو واحد في المثال - 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 متأخر عن صيرورته للبائع فيصير

المصنف (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 لا يخفى أن هذا الاشكال مبني على اعتبار أن كل ربح يدخل كس المال - باعتبار أنه ربح لماله ، كما تقدم من المصنف - و بعد الاسترباح تنتقل حصته منه ، من ملك مالك رأس المال الى العامل حسب المقرر في المضاربة .

وفيه: أن الاعتبار العقلائي ما ذكرناه سابقاً، من أن من احدهما المال، ومن الاخر العمل والربح وليدلها، فالربح يدخل في كيسهما ابتداءً فتكون حصته منه تنقل الى صاحب رأس المال وحصته منه تنقل الى صاحب العمل ، وهذا ليس خلافاً للقاعدة العقلائية، ولا للدالة الشرعية.

نعم، الاشكال في حصة العامل فقط باعتبار كون العوض والمعوض اشخص واحد، وذلك ما لا يعقل، فاذا اشترى ما قيمته عشرة بعشرين يكون الاشكال في خمسة منه وهي نصف الربح .

وبذلك يظهر، أن جواب الماتن مبني على ما ذكرنا لاعلى ما ذكرناه .
(و) كيف كان (يمكن دفعه بأن كونه ربحاً متأخر عن صيرورته للبائع فيصير

أولاً للبائع الذي هو المالك من جهة كونه ثمناً وبعد أن تمت المعاملة وصار ملكاً للبائع وصدق كونه ربحاً يرجع الى المشتري الذي هو العامل ، على حسب قرار المضاربة فملكية البائع متقدمة طبعاً وهذا مثل ما اذا باع العامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من اجنبي بأزيد من قيمته فان المبيع ينتقل من المالك والتمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل ، ولا بأس به

أولاً للبائع الذي هو المالك من جهة كونه ثمناً لماله ، والتمن يدخل في كيس من يخرج المثل من كيسه والمفروض أن القيمة - أصلاً وربحاً - بدل وربح المال للمالك .

(وبعد أن تمت المعاملة وصار ملكاً للبائع وصدق كونه ربحاً يرجع الى المشتري الذي هو العامل ، على حسب قرار المضاربة) فلم يجمع العوض والمعوض في كيس واحد اطلاقاً لا بقدر ربح العامل ولا غيره - على حسب نظرهم - .

(فملكية البائع متقدمة طبعاً) على ملكية العامل تقدم الموضوع على الحكم (وهذا مثل ما اذا باع العامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من اجنبي بأزيد من قيمته) مثله في ان جرابهما واحد ، وان كان هو اشكالا آخر عامماً في مطلق المعاملات الراجعة في باب القراض ، كذا في تعليقة السيد البروجردى .

(فان المبيع ينتقل من المالك والتمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل ، ولا بأس به) ولا يخفى 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

فإنه من الأولى يصير ملكاً للمالك ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له بمقتضى قرار المضاربة لكن هذا على ما هو المشهور من أن مقتضى المعاوضة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض ، وأنه لا يعقل غيره وأما على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص ، والعوض داخل في ملك غيره وأنه لا ينافي حقيقة المعاوضة

يدخل حصة منه في كيس العامل (فإنه) على رأيهم (من الأولى يصير ملكاً للمالك) باعتبار أن الربح تابع لرأس المال .

(ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له) كأنه أجبر عند المالك (بمقتضى قرار المضاربة) في قدر الحصة .

(لكن) المصنف جعل مخرجاً آخر لدخول الربح في كيس العامل ابتداءً ، لا كما ذكرناه ، فإنه جعل كل الربح للمالك - حسب رأيهم - لكن قال: بأن حصة من الربح يدخل كيس العامل ابتداءً (هذا على ما هو المشهور من أن مقتضى المعاوضة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض ، وأنه لا يعقل غيره) فإن معنى العوض هو ذلك ، والا لم يكن عوضاً ، فمعنى عدم المعقولية انتفاء الموضوع ، لأنه غير معقول ، مثل اجتماع النقيضين .

(وأما على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص ، والعوض داخل في ملك غيره) فهو امر عقلائي كأعطاء الإنسان الثمن للخباز ليعطي خبزاً للفقير بدون تملك الفقير الثمن ، ولادخول الخبز في ملك المعطي ، ثم إعطائه للفقير .

(وأنه لا ينافي حقيقة المعاوضة) بل قد ذكرنا هنا الماعاً ، وفي بعض الكتب الفقهية تفصيلاً إمكان الأقسام الأربعة بأن يكون الأمر ذا طرفين أو ثلاثة -

فيمكن ان يقال : من الاول يدخل الربح في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة فلا يكون هذه الصورة مثالا للمقام ونظيراً له
مسألة - ٤١ - يجوز للعامل الاخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة ولا يجوز العكس مثلاً اذا كانت دار مشتركة بين العامل والاجنبي فاشترى العامل حصة الاجنبي بمال المضاربة يجوز له اذا كان قبل ظهور الربح أن يأخذها

بصورتها - أو أربعة كأن يعطي ديناراً للخباز في قبال ان يعطي ولده ثوب ولد صاحب الدينار بل وما اذا لم يكن ثالث كان يعطي ديناراً للخباز ليعطي الخبز للاسماك - وهو قسم خامس - ومنه يعلم مواضع النظر في كلام المستمسك فراجع .

(فيمكن ان يقال : من الاول يدخل الربح في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة) بدون ان في يدخل ملك المالك ثم ينتقل منه الى العامل (فلا يكون هذه الصورة مثالا للمقام ونظيراً له) حيث قد عرفت ان الاشكال هو أنه يلزم من نقل العوض عدم نقله .

(مسألة - ٤١ - يجوز للعامل الاخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة) بأن اشترى شيئاً بمال المضاربة وقد كان مشتركاً بين الاجنبي والعامل فيأخذها العامل بعنوان الشفعة بعد وجود شرائطها وانما يجوز الاخذ بالشفعة لاطلاق ادلتها الشامل للمقام .

(ولا يجوز العكس) بان يأخذ المالك بالشفعة ما اشترى العامل له لان الشيء المشتري للمالك، لانه اشترى بمال المالك فلامعنى لتملكه بالشفعة (مثلاً 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 والاجنبي فاشترى العامل حصة الاجنبي 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 - وان كان المباشر للاشتراء العامل بنفسه - فصار العامل شريكاً مع المالك (لان الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك) فقط بلا حصة للعامل فيه (فالعامل ان يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه) أي من المالك .

(وأما اذا كانت الدار مشتركة بين المالك والاجنبي فاشترى العامل حصة الاجنبي) بأن صار حصة الاجنبي للمالك (ليس للمالك الاخذ بالشفعة) لانفء موضوع الشفعة (لان الشراء له) لنفس المالك فقد صار كل الملك للمالك اذ نصفه أو لا كان للمالك ، ونصفه الثاني اشتراه العامل بمال المالك فلاموضع للشفعة .

(فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له) وهذا الحكم مذکور 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 المشتري لنفس العامل فكيف يأخذ الشيء الذي لنفسه ولغيره - أي المالك - بالشفعة ، اذ الشفعة ان يأخذ مال شريكه لامل نفسه، لكن يمكن يقال: ان دليل الشفعة شامل لما بعد ظهور الربح ، لانه عبارة عن أخذ حصة الشريك التي بيعت - فيما لم يكن هناك شركاء اكثر من اثنين - وهنا العامل يأخذ حصة الشريك التي بيعت وعدم تمكن العامل من اشتراء كل الحصة، لان بعض الحصة لنفس العامل لا يمنع من شمول دليل الشفعة للمقام .

مسألة - ٤٢ - لا اشكال في عدم جواز وطى العامل للجارية التي اشتراها بمال المضاربة بدون اذن المالك ، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده ، لانها مال الغير أو مشتركة بينه وبين الغير الذي هو المالك فان فعل كان زانياً يحد مع عدم الشبهة كاملاً ان كان قبل حصول الربح وبقدر نصيب المالك ان كان بعده ، كما لا اشكال في جواز وطئها اذا أذن له المالك بعد الشراء ، وكان قبل حصول الربح بل يجوز بعده على الاقوى من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه وطى الجارية المشتركة بينهما .

وهل يجوز له وطئها بالاذن السابق في حال ايقاع عقد المضاربة أو بعده قبل الشراء أم لا ؟ المشهور على عدم الجواز لان التحليل إما تملك أو عقد ، وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء ، والاقوى كما عن الشيخ في النهاية الجواز لمنع كونه أحد الامرين ، بل هو اباحة ولا مانع من انشائها من قبل الشراء اذا لم يرجع عن اذنه بعد ذلك كما اذا قال : اشتر بمالى طعاماً ثم كل منه .

هذا مضافاً الى خبر الكاهلي ، عن أبي الحسن عليه السلام ، قلت : « رجل سألتني أن أسألك أن رجلاً أعطاه مالا مضاربة يشتري ما يرى من شيء ، وقال له : اشتر جارية تكون معك ، والجارية انما هي لصاحب المال ان كان فيها وضیعة فعليه ، وان كان ربح فله ، فللمضارب أن يطأها ؟ قال عليه السلام : نعم » .

ولا يضر ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربة من

حيث جعل ربحها للمالك ، لان الظاهر عدم الفرق بين المضاربة وغيرها في تأثير الاذن السابق وعدمه ، وأما وطى 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 والافقي 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 ، اذلا فرق بين الاذن السابق والاجازة اللاحقة فلا وجه للقول الاول ، مع ان قائله غير معلوم ، ولعله من يقول بعدم صحة الفصولي 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 لالهـا .

وكذا لا وجه للمقول الثاني بعد أن كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها ، لامن حيث استلزام الضرر المذكور ، بل لانها تريد زوجها لاغراض اخر ، والاذن الذي 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 - ٤٤ - اذا اشترى العامل من ينعق على المالك فاما أن يكون باذنه أولا ، فعلى الاول ولم يكن فيه ربح صحح 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 فى 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

لأنه فرع ملكية المالك المفروض عدمها ، ودعوى أنه لا بد أن يقال :
انه يملكه آناً ثم ينعق أو بقدر ملكيته حفظاً للحقيقة البيع على القولين
في تلك المسألة ، وأي منهما كان يكفي في ملكية الربح ، مدفوعة
بمعارضتها بالانعقاد الذي هو أيضاً متفرع على ملكية المالك ، فان
لها أثرين في عرض واحد : ملكية العامل للربح والانعقاد .

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 لآمنه .

لكن الانصاف أن المسألة مشكلة بناء على لزوم تقدم ملكية
المالك وصورته للعامل بعده ، اذ تقدم الانعقاد على ملكية العامل
عند المعارضة في محل المنع .

نعم لو قلنا: ان العامل يملك الربح أولاً 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 ، وملكته 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 منهبي عنه كما ترى ، اذ النهي ليس عن المعاملة بما هي ، بل لامر خارج فلا مانع من صحتها مع الاجازة ، ولا فرق في البطلان مع عدمها بين كون العامل عالماً بأنه ممن ينعقد على المالك حين الشراء أو جاهلاً ، والقول بالصحة مع الجهل لان بناء معاملات العامل على الظاهر فهو كما اذا اشترى المعيب جهلاً 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 في 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 - ٤٥ - اذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن ينعقد 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 في التجارة والشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك ، الا أن المشهور بل ادعى عليه الاجماع صحته وهو الاقوى في صورة الجهل بكونه ممن ينعقد عليه ، فينعقد مقدار حصته من الربح منه ، ويسري في البقية ، وعليه عوضها للمالك مع

يساره ، ويستسعى العبد فيه مع اعساره .

لصحيحة ابن أبي عمير وعن محمد بن قيس ، عن الصادق عليه السلام « في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم؟ قال عليه السلام: يقوم فان زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل » .

وهي 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 في الاستسعاء أيضاً منزل على الثاني ، جمعاً بين الأدلة هذا ولولم 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 - ٤٤ - قد عرفت أن المضاربة من العقود الجائزة وأنه يجوز لكل منهما الفسخ اذا لم يشترط لزومها في ضمن

(مسألة - ٤٦ - قد عرفت) في 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 والانسفاخ لموت أو جنون وتلف مال التجارة بتمامها أو لعدم امكان التجارة لمانع أو نحو ذلك فلا بد من التكلم في 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) بناءً 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 (والانسفاخ لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها) فينتفى الموضوع - وقد تقدم منه امكان تلف كل مال المالك ومع ذلك لا تنفسخ - (أو لعدم امكان التجارة لمانع) في التجارة اوفى العامل كما اذا سجن فلا يقدر التجارة (أو نحو ذلك فلا بد من التكلم في حكمها من حيث استحقاق العامل للاجرة وعدمه، ومن حيث وجوب الانضاض عليه وعدمه ، اذا كان بالمال عروض،) ولم يرد المالك العروض والافلأراد 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 أو لا فنقول: اما أن يكون الفسخ من المالك أو العامل وأيضاً اما أن يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدماتها أو بعده قبل ظهور الربح ، أو بعده في الاثناء أو بعد تمام التجارة بعد انضاض الجميع أو البعض ، أو قبله قبل القسمة أو بعدها وبيان أحكامها في طي 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 أولاً)، 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 او نحو 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 او اخره او واسطه (بعد انضاض الجميع أو البعض ، أو قبله،) بان كان كل المال عرضاً (قبل القسمة) او في اثنائها لامكان الفسخ في اثناء القسمة (أو بعدها،) اي بعد قسمة البعض اذ بعد قسمة التمام لا يبقى محل للفسخ .

(و) هذه الصور (بيان أحكامها في طي مسائل : الاولى : اذا كان الفسخ)

أو الانفساخ ولم يشرع في العمل ولا في مقدماتها فلا اشكال ، ولا شيء له ولا عليه

من احدهما (أو الانفساخ) التلقائي (ولم يشرع) العامل (في العمل ولا في مقدماتها فلا اشكال، ولا شيء له ولا عليه ،) بل المال يرجع الى المالك لعدم الموجب لان تكون له شيء ، ولا عليه شيء لكن ربما يقال يمكن ان يكون له شيء او عليه 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 .

وقرب الظهر حيث يشرع عمله المضاربي ، لان أهل الاغنام مثلا في هذا الوقت يأتون الى البلد لبيع اغنامهم فسخ المالك المضاربة، حيث لا يتمكن العامل من عمل البناء ليحصل على قوت يومه، فان على المالك اعطائه الاجرة لانه مغرور في ترك عمله فيرجع الى من غره، ولان ضرره صار بسبب المالك فيشمه لاضرر، فحاله حال ما اذا حبس الحر، حيث اخترنا تبعا لبعض الفقهاء ضمان قدر عمله - هذا بالنسبة الى له - . 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 لما سافر سائر العمال ، حيث لا يقدر 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 مقضى قاعدة الغرور وقاعدة لاضرر ان يكون ضامناً - لكن ليس بناء الفقهاء على ما يظهر من كلمات بعضهم الضمان في كلتا المسألتين - والمسألة بحاجة الى تأمل اكثر وتتبع

وان كان بعد تمام العمل والانضاض فكذلك اذ مع حصول الربح يقتسمانه ومع عدمه لاشيء للعامل ولا عليه ان حصلت خسارة الأأن 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 ولا عليه لعدم موجب لهما - كما في المستمسك وغيره - (اذ مع حصول الربح يقتسمانه،) عملاً بالمضاربة التي انتهت (ومع عدمه لاشيء للعامل) لانه اقدم على ان لا يكون شيء له اذا لم يكن ربح فهو اهدر عمله (ولا عليه ان حصلت خسارة،) لان المالك اقدم على ان لا يكون لماله ربح ويحتمل الخسارة ان كانت خسارة في التجارة (الأأن 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 المستدرک ، عن الغوالى في كتاب التجارة، وضعف سندها غير ضار بعد الجبر القطعي بعمل الفقهاء بها ، ولادليل على ان الشرط لا يشمل هذين المقامين لكن اشكل المستمسك على ذلك بقوله لكن بعد فسخ العقد يبطل الشرط معه ولا يجب 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 له لم يهم في

وربما يظهر من اطلاق بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح

وجوب العمل بالشرط تمام العمل العقدى وعدمه كما اذا استاجر داره في هذا اليوم بشرط ان يخيط ثوبه فانه اذا انتهى اليوم لا يسقط وجوب خياطة ثوبه عليه لانه مقتضى دليل الشرط كما يفهم العرف نعم ان لم نقل بوجوب الوفاء فسي العقد الجائز قم ما ذكره المستمسك لكن تعليقه غير تام حينئذ .

(وربما يظهر من اطلاق بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح ،) كأنه أشار بذلك الى ما ذكره العلامة في التذكرة حيث قال : فانفسخ العقد أو أحدهما فان كان قبل العمل عاد المالك في رأس المال ولم يكن للعامل ان يشتري بعده ، وان كان قد عمل ، فان كان المال ناضاً ولاربح فيه أخذه المالك أيضاً ، وكان للعامل اجرة عمله الى ذلك الوقت أيضاً - انتهى .

وربما حمل ذلك على انه كان متعارفاً الاجرة 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 : واذا فسخ القراض والمال ناض لاربح فيه أخذه المالك ولاشيء للعامل - 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 بانقضاء الموضوع واذا تم الحمل المذكور في كلام التذكرة ظهر وجه النظر في رد الجواهر له ، فانه نسبة الى الغرابة ، وعلله في المستمسك بانه خلاف مبنى المضاربة .

وفيه : انه لم يظهر ذلك ، لان العمال حيث يريدون سد حاجاتهم ، ولا يريدون استبداد المالك بأكثرية الربح يجعلون لانفسهم الحصة في الربح ، لا

لان بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجمالة .

الثانية: اذا كان الفسخ من العامل في الاثناء قبل حصول الربح فلاجرة له لما مضى من عمله واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام

الاجرة مع تطلبهم الاجرة في قبال عملهم اذالم يكن ربح ، أو كان الربح الذي يصيبهم أقل من الاجرة .

وكيف كان ، فاذا كان هذا الشرط ولو ضمنا كان 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 الجمالة) فانه لا اشكال في ان العامل لا يستحق شيئاً اذا لم يحصل الامر المجمعول له ، نعم اذا كان هناك ايضاً شرط ولو ضمنى استحق الاجرة على ما ذكرناه في المضاربة .

(الثانية : اذا كان الفسخ من العامل في الاثناء) اثناء العمل (قبل حصول الربح فلاجرة له) اما تقدم في الاولى من انه مقتضى المضاربة - اذا لم يكن شرط ضمنى - 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 مال ربح ، فالمراد [بقبل] الاعم من الربح الحالي والربح المستقبلي لانه ربح أيضاً .

(واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام) الاستفادة من لايتوى حق امرء مسلم ونحوه ، حيث ان عمله يوجب حقاً له ، كما في موارد الاجارة ، كما اذا استأجره

لاوجه له أصلاً وان كان من المالك أو حصل 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 ورقابنها كيما يحصل السمك احتمالاً وما أشبه ذلك .

(لاوجه له اصلاً) لان الاحترام انما يكون اذا لم يهدر الانسان احترام عمل نفسه ، وانعامل باقدامه على ان لاشيء له اذا لم يربح قد اهدر عمل نفسه .

اما ما ذكره المستمسك بقوله : على انك قد عرفت انها لا توجب الضمان ، لان احترامه يقتضي حرمة اغتصابه لاضمان ما يقع منه - 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 او حصل الانفساخ القهري) بموت او جنون او نحوهما (ففيه قولان) اجرة المثل ، كما في الشرائع ، وعن المختصر النافع والارشاد والممتع والروض وغيرهم ، كما حكاه عنهم مفتاح الكرامة وغيره ، وعلمه 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 انعدم أيضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء الا الربح ،) ولو شك كان الاصل انعدم وما

ولا ينفعه بعد ذلك كون اقدمه من حيث البناء على الاستمرار

يمكن ان يستدل به للاجرة قاعدة الاحترام المرادوة بأن العامل هو الذي أذهب احترام عمله كما تقدم ، وقاعدة الاستيفاء المرادوة بأن المالك لم يستوف شيئاً ، و قاعدة التفويت المرادوة بانها انما توجب الضمان على المفوت اذا لم يقدم العامل على الفوت وهنا قد أقدم ، هذا ويمكن ان يقال: عدم حصول الربح - لو استمر في المضاربة - 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 اقدمه 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 المجموع له المال بالشروط المحددة للجعل .

ثم ان مقتضى ما ذكرنا ، من عدم استحقاقه الاجرة انه لا فرق 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 مثلاً: 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 في نفقته فهل للمالك تضمينه مطلقاً
 أو اذا كان لالعذر منه وجهان ، أقواهما العدم لما ذكر من جواز
 المعاملة وجواز الفسخ في كل وقت فالمالك هو المقدم على ضرر
 نفسه

دوران اسبوع مثلاً ، ليعرف موقع حاجته .

(الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر) أو شبه السفر (باذن المالك)
 اذناً خاصاً أو بمقتضى اطلاق عقد المضاربة - اذ لا دليل الى الاحتياج الى الاذن
 الخاص مع وجود الاطلاق - .

(وصرف جملة من رأس المال في نفقته فهل للمالك تضمينه مطلقاً)، سواء
 كان لعذر أو لالعذر، لانه اضر بالمالك، فيشمه دليل لاضرر بتقريب ان عدم
 تضمينه ضرر مثل ما استدلوا به في باب خيار العين ونحوه، أو التقريب الذي
 ذكرناه من دلالة الرواية على العقد الايجابي أيضاً ، حيث ان النبي صلى الله
 عليه وآله وسلم استدل بها لاجل الايجاب بقلع شجرة سمرة.

(أو اذا كان) الفسخ (للعذر منه) مثل مرض أو نحوه ، حيث ان في صورة
 العذر لم يكن عامداً في اضرار المالك فيشمه مثل قوله عليه السلام: [ماغلب
 الله عليه فهو اولى بالعذر]

(وجهان ، أقواهما العدم) مطلقاً (لما ذكر) في الثانية (من جواز المعاملة
 وجواز الفسخ في كل وقت ،) اراده احدهما ، سواء تضرر الاخر بالفسخ أو لا
 فلماقتضى للضمان .

(فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه) حيث أقدم على مثل هذا العقد، وقول

المستمسك انما يتم ذلك اذا كان المالك يحتمل الفسخ .

أما اذا كان لا يحتمله 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 ، ولا يتوي ، وعلى اليد ما أخذت وما أشبه ذلك .

وهل يقول المستمسك بحق المعجول له اذا صرف وقته وكان قاطعا بالظفر بالشيء المعجول 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 للموازم أو لم يعلم ، والامثلة لذلك كثيرة ، كما اذا اقدم على مهر كثير بزعم بقاء الزوجة فماتت ، أو طلقها قبل الدخول أو بعده ، فان عليه كل المهر أو نصفه ، ولا يصح له ان يقول : اني لم أكن احتتمل 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 اولاً : انه لا وجه لعدم شمول الاطلاق .

وثانياً : بان ذلك مقتضى المعاملة في المحتاجة الى السفر .

وثالثاً : خصوصاً اذا اذن المالك اذنأً خاصاً .

الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح وبالمال
عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون اذن المالك ببيع ونحوه
وان احتمل تحقق الربح بهذا البيع بل وان وجد زبون يمكن أن
يزيد في الثمن فيحصل الربح

(الرابعة : لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح وبالمال عروض
لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون اذن المالك) اذناً سابقاً أو حالاً ، كما افتى
به الشرائع وغيره ، خلافاً لمن أجاز التصرف وجه الاول ان الفسخ والانفساخ
رافع للمعاملة التي أوجبت الاذن في التصرف ، والمفروض انه لا اذن خاص له
فلا يجوز أن يتصرف في مال الناس بدون رضاهم تصرفاً تقليبياً فكيف التصرف:
(بيعه ونحوه ،) من التصرفات الناقلة ونحوها .

أما قول المصنف : (وان احتمل تحقق الربح بهذا البيع ،) فلان الاحتمال
لا يقاوم دليل عدم جواز التصرف في أموال الناس .
أما القول بالجواز مطلقاً ، فكأنه يتمسك بأن هذا التصرف من شؤون المضاربة
فيشمله دليل العقد المتضمن للاذن ، وفيه عدم تسليم انه من شؤونها حتى بعد
الفسخ والانفساخ ، فدليل عدم الجواز بلا مزاحم .

(بل وان وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح) لاطلاق
دليل المنع ، لكن في تعليقه السيد البروجردى مع هذا الاحتمال لا يبعد جواز
مطالبة رب المال بتمكينه من البيع والانضاض .

أقول : مقتضى القاعدة ان يكون للعامل حق الاستعلام ، سواء بواسطة
نفسه أو بواسطة المالك ، لاحتمال وجود حقه فيه احتمالاً عقلاً ، فهو مثل لزوم
الفحص على المالك فيما احتمل وجود حق العامل في ماله بعد ان مات العامل

نعم لو كان هناك زبون بان على الشراء بأزيد من قيمته لا يبعد جواز اجبار المالك على بيعه منه ، لانه في 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 ، فلا يقال : انه حيث لا يعلم بالحق لا يشمل دليل لايتوى .

(نعم لو كان هناك زبون بان على الشراء بأزيد من قيمته لا يبعد 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 لا يبعد ان يكون الامر كذلك اذا لم يكن المشتري المذكور موجوداً الآن ، 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 الذي لا يزيد على كونه شريكاً ضرورة انه لاسلطنة للشريك على بيع مال الشركة بغير اذن شريكه، اذ يرد على المناط المذكور انه لا دليل على مثل هذا المناط بعد حكم العرف انه ربح ، ولذا اذا تنزلت القيمة السوقية للبضاعة ثم وجد شخص يشتريها بقيمتها السابقة غير المتنزلة فلم يبعها وكيهه ثم باعها بالقيمة المتنزلة قال : العرف ان الوكيل سبب خسارة المالك ، ومن المعلوم ان الخسارة والربح والتساوي امور ثلاثة ترد على موضوع واحد ، فاذا صدق احدها صدق الاثنان الاخران .

اما العلة المذكورة، ففيها أولاً : ان له الاجبار، كما في كل مال مشترك .

وهل يجب عليه البيع والانضاض اذا طلبه المالك قولان أقواهما

عدمه

وثانياً : ان له بيع حصه 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 قائلًا : هذا هو المنطوق في اشتراكه مع المالك في نفس العروض ، وأما استحقاقه لتحصيل الربح المالي منها الذي هو الغرض الأقصر من المضاربة فمنطوقه كونها معرضاً له بالبيع ، سواء كان لاجل زيادة قيمتها السوقية ، أو لوجود الراغب الشخصي فالأقوى عدم الفرق بينهما ، كما ظهر وجه النظر في كلام الجواهر فراجع .
ومما تقدم يعلم ان حال ما يشتري في مكان آخر بالربح حال ما يشتري 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 والمنطوق صدق الربح عرفاً وهو موجود في كل الاقسام المذكورة .

(وهل يجب عليه البيع والانضاض اذا طلبه المالك) أولاً؟ 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 ، فلا وجه للزام العامل بشيء ، فانه لا يشمل دليل الوفاء بالعقد ، ولادليل آخر في المقام والاصل البرائة .

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 لا يقدر المالك على البيع والانضاض ولا تنفعه 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 لا يوجب حقاً على آخر ، بل يعطى الاجرة لمن باع .

(ودعوى أن مقتضى قوله عليه السلام) كما في مستدرك الوسائل في كتاب الودیعة : (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) 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 فلا دلالة له ، والتغيير بما حدث كان باذن المالك وأمره - 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 ، فلا دليل على اجبار غيره برفع الضرر وكذلك الجواب عن دليل رد الامانات .

وقد ظهر 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 لاحد منهما والنض للخسر 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 للمعامل بيع حصة نفسه - كما تقدم في المسألة السابقة - ولذا علله المسالك بإمكان وصول العامل الى حقه بقسمة العروض خلافاً لما في القواعد من انه يجبر المالك على اجابته ، وعلله المسالك بوجوب تمكين العامل من الوصول الى غرضه الحاصل بالاذن ، وربما لم يوجد راغب في شراء بعض العروض أو وجد لكن بنقصان او رجي وجود زبون يشتري بازيد فيزيد الربح ، و لا ريب ان للمعامل مزية على الشريك من حيث ان حقه يظهر بالعمل والربح عوضه - 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 احتمال ربح فيه خصوصاً اذا كان هو الفاسخ وان طلبه المالك ففى 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 عملاً بقوله: عليه السلام «على اليد»

(و) ما ذكره الشهيد الثاني يصلح وجهاً (ان احتمال ربح فيه) يظهر بالبيع لما سبق في الرابعة، فاطلاق كل من القولين محل نظر، ولا خصوصية لقوله: (خصوصاً اذا كان هو الفاسخ) اذ كونه فاسخاً وعدمه لا يؤثر 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 ففى 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 فلاوجه 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 عملاً بقوله (ع): على اليد) فان كان مقدار رأس المال نقداً فقد سلمه، والاصل عدم وجوب الاجابة في الزائد عليه.

والاقوى عدم الوجود 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 .

ولا يخفى انه لا يستفاد 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 مشتر كاً 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 - لانه من تنمة المضاربة - فلا بد من القول بالوجود ، لان المضاربة باقية والبيع من توابعها ، لكن المصنف لم يرتض بهذا البناء فقال : (والاقوى عدم الوجود مطلقاً وان كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفاً على الانضاض ، ولعله يحصل الخسارة بالبيع) أولاً يربح فلاحق للعامل ، فما لم ينض لدليل على ان العامل له حق (اذ لامنافاة) بين كون الانضاض من تنمة المضاربة وبين عدم وجود البيع على العامل فلا دليل على التلازم بين كون الانضاض من تنمة المضاربة وبين وجود البيع على العامل - كما جعل الجواهر التلازم بينهما - كما لامنافاة بين عدم كون الانضاض من تنمة المضاربة وبين وجود البيع على العامل - حيث لم يجعل الجواهر التلازم - وجه عدم المنافاة في الاول ان المضاربة لما انفسخت

فنقول : لا يجب عليه الانضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه لكن لو حصلت 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 تنمة المضاربة ومع ذلك يجب البيع على العامل بدليل تعبدي ، مثل على اليد ما اخذت او نحوه .

وإذا عرفت وجه الاحتمالات الثلاثة (فنقول : لا يجب 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 لا يدلان على الوجوب .

(لكن) لا يلازم عدم وجوب البيع عدم جبران الخسارة اذا ظهرت بعد الفسخ ، اذ الخسارة لا تدع مكاناً لحصة العامل ، سواء أخذها او لم يأخذها ظهر قبل الفسخ أو بعده ، لانه دخل على عدم حصة له وهدر عمله اذا كانت خسارة وذلك لا يرتبط بظهور الخسارة قبل الفسخ .

ف(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 ناقلاً 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 - على ما حكى عن بعضهم -- (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 مطلقاً بدلالة الفرائن واقتضاء
الخبر ذلك، لكن المصنف قل: (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 لأكثر 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 احتياطاً كالسيد ابن العم ، وفصل السيد الجمال قائلاً : الاقوائية باطلاقها

من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك
السابعة : إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيما مر
من الأحكام

ممنوعة ، بل لو كان الفسخ من العامل فلا يبعد وجوب الجساية ، وفيه عدم
الفرق بين كون الفسخ من العامل أو غيره بعد أن دخل المالك على هدر حقه ،
حيث أنه قبل بالمضاربة التي تنتهي بالفسخ فلا يبقى حق لأحدهما على
الأخر .

ولذا قال المصنف : (من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك)
ومنه يعلم حال الانفساخ .

(السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيما مر من الأحكام) إذا
ثبت أن المالك له حق على العامل في الانضاض واستيفاء الديون ، فإذا مات
المالك انتقل هذا الحق منه على العامل إلى وارثه ، لقاعدة ما تركه الميت فلو ارثه ،
وكذا إذا ثبت حق العامل على المالك في جواز بيع العروض بعد الفسخ ومات
العامل انتقل حقه إلى وارثه .

أما إذا لم نقل بأي من الحقين فليس للميت منهما حق ينتقل إلى وارثه ،
فاحتمال استصحاب عدم حق على ورثة أحدهما على الآخر ، غير تام الأركان ، إذ
لا شك في اللاحق [لاطلاق دليل ما تركه الميت فلو ارثه] أن كان عدم الحق
في السابق ، حيث حياة المورث .

ومنه يعلم أقوائية ما اختاره الشرائع حيث قال : وكذا لو مات رب المال
وهو عروض كان له البيع إلا أن يمنعه الوارث وفيه قول - انتهى . إلا أنه لا وجه
للاستثناء ، فإنه إذا كان حقاً للعامل فمن أين يحق للوارث منعه .

الثامنة : لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ
أزيد من التخلية بين المالك وماله ، فلا يجب الايصال اليه

ومنه يعلم وجه النظر في كلام المستمسك ، حيث قال : وظاهر الشرائع ان
جواز البيع الثابت للعامل ثابت له مع موت المالك الا ان يمنعه وارث المالك
ولكنه غير ظاهر الوجه ، فان المأذون لا يجوز له التصرف في المأذون فيه مع موت
الاذن للانتقال الى الوارث المقضى لحرمة التصرف فيه بغير اذنه ، ولا يكفي في
جوازه عدم المنع من المالك ولذلك كان القول الاخر الذي حكاه في الشرائع
هو المتجه - 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 البروجردى وجمله من المعلقين قالوا عند قول المصنف [قام
وارثه] فيما له من الاموال والحقوق ، وأما ما عليه من الحقوق فلا ، كما اذا مات
العامل وقلنا بوجوب الانضاض عليه مع مطالبة المالك - انتهى . وهو وان كان
في محله في الجملة ، الا ان اطلاقه محل نظر ، اذ لو كان على العامل حق في قبالة
ماله من الحق لا يصح ان يقال بانتقال حقه الذي له الى وارثه دون ان يقوم
الوارث بما عليه من الحق لانهما في قبالة الاخر فكيف ينتقل احدهما فقط ، وكذلك
بالنسبة الى المالك .

(الثامنة : لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية
بين المالك وماله ، فلا يجب الايصال اليه ،) لاصالة عدم الوجوب ، خلافاً لفتوى
ابن العم ، وقول السيد البروجردى بوجوب الايصال وكان وجه ذلك ان الايصال

نعم لو أرسله الى بلد آخر غير بلد المالك ولو كان باذنه يمكن دعوى وجوب الرد الى بلده

من مقتضى المضاربة. وفيه : ان المضاربة بعد الفسخ لابقاء لها حتى يلزم ما كان تقضيه .

ومنه يعلم عدم صحة الاستدلال لذلك بدليل اليد ، بالاضافة الى انها لا تدل على الايصال ، بل التخلية اداء ، فاذا وضع عنده امانة كان رفع يده عنها عند ارادة المالك اياها (اداء) 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 لو كان موجباً للخطر على المال لم يجز له الا التخلية فيما لا يخطر اذا لم يتمكن المالك من رفع الخطر ، كما اذا كانت شاة بيد الراعي الذي معه كلب في مذئبه ، حيث ان تخليه عن الشاة يعرضها للاقتراس فان مثل هذه التخلية لا تسمى اداءً .

نعم اذا كان للحفظ اجرة كانت على المالك جمعاً بين الحقين .

(نعم لو أرسله الى بلد آخر غير بلد المالك) ينبغي أن يزداد ببلد المالك بلد المال الذي اختاره المالك ان يكون بلد المال لابلد الذي يسكنه المالك ، اذا 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 لا يريد الايصال المال الى بغداد لانه بلد تسلط عليه الاشتراكيون مثلاً .

وكيف كان (ولو كان) الارسال (باذنه يمكن دعوى وجوب الرد الى بلده)

لكنه مع ذلك مشكل وقوله عليه السلام : على اليد ما أخذت أيضاً لا يدل على أزيد من التخلية

وجه الامكان انه من توابع المضاربة، فمقتضى لاضرر وعلى اليد وما أشبه ذلك وكون الارسال باذنه لا يخرججه عن الادلة المذكورة .

(لكنه مع ذلك مشكل ،) بل اللازم التفصيل بين ما اذا كان باذنه - الاذن المستفاد من اطلاق المضاربة - فلا يجب اذ المضاربة انتهت ، وقد عرفت الاشكال في دلالة على اليد ولا ضرر على ذلك بعد انتهاء المضاربة ، وتوهم ان المال بيده امانة والله يأمر برد الامانات، غير تام، اذ ليس المراد بالرد الاالتخلية ، والا فلوقال المالك لزيد : اذهب بمالى الى بلد فلان في قبال اجرة كذا، أو تبرعاً فهل يقول أحد بوجوب رده الى بلده ؟ اذا أراد ذلك مستدلاً باية الامانة ؟ وليس عدم وجوب الرد الا لاجل ان الاية لا يستفاد منها ذلك ، فاصالة عدم الوجوب هي المحكمة، ولذا قال المستمسك : اذا كان الارسال باذنه فلا ينبغي التأمل في عدم الوجوب.

(وقوله عليه السلام: على اليد ما أخذت أيضاً لا يدل على أزيد من التخلية،) لما تقدم من عدم دلالة تؤدي على أكثر منها ، وما في المستمسك من ان الاداء الذى أخذ غاية للضمان ملازم لاخذ المالك، فلا يتحقق بدونه فلا يكفى فيه مجرد التخلية من دون ان يأخذه المالك-انتهى. غير ظاهر الوجه ، فاي فرق بين الاداء في الرواية والاية ، وقد سلم دلالة الاية على التخلية مع ان اللفظ فيهما واحد، وكأنه لذا رجح « ره » أخيراً وقال : (اللهم.. فالمراد من الاداء رفع اليد من العين ، مضافاً الى ان ذلك هو الموافق للارتكاز العقلاني في باب الضمان الى آخر كلامه ..) وبين ما كان بغير اذنه، فاللازم عليه رده الى بلده ، كما هو كذلك

وإذا احتاج الرد اليه الى الاجرة فالاجرة على المالك كما في سائر الاموال نعم لو سافر به بدون اذن المالك الى بلد آخر وجعل الفسخ فيه يكون حاله حال الغاصب في 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 التي كانت للمعين فيجب تداركاتها، كما أفتى به المستمسك .

(وإذا 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 لو سافر به بدون اذن المالك الى بلد آخر وجعل الفسخ فيه يكون حاله حال الغاصب في وجوب الرد) لما تقدم (والاجرة) لتوقف الرد الواجب عليها .

أما اذا لم يرد المالك رده فلاحق له في رده ، لانه تصرف عداوني في مال الناس ، واذا كان الحاكم الجائر يأخذ مالا للبقاء هناك ، أو الرد الى المالك فالكلام في ذلك المال كما تقدم من انه لو كان باذن المالك - ولو لاطلاق المضاربة - فهو على المالك والا كان على العامل .

وان كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون اذنه .

مسألة - ٤٧ - 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 منه) من العامل (للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون اذنه). اذ الجهل لا يرفع الضمان ، واذا كان الواجب على العامل الرد الى مكان خاص - مثل مكان المالك أو مكان المال ، كما تقدم - فطلب منه المالك 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، لو حدة الدليل في المقامين ، والله العالم .

(مسألة - ٤٧ - 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 .

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 مبني عرفاً على الانفكاك ، وليس هو مثل النكاح مما لا يمكن تجزئته ، واذا كان كذلك عرفاً وقرره الشارع بدون تغيير كان اللازم ان يكون الحكم كذلك شرعاً ، ويؤيده ما ذكره في باب العقود اللازمة من خيار تبعض الصفقة ، فانه اذا لم يكن العقد مبنيّاً على الانفكاك كان اللازم البطلان لا الخيار وكان هذا هو وجه تسالمهم على الحكم المذكور في المتن - كما صرح بذلك المستمسك - .

ومنه يعلم وجه النظر في المسألة الثانية عشرة الاتية في مسائل الختام من عدم صحة التبعض 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) أى الى القدر المردود (وتبقى بالنسبة الى البقية ، وتكون) تلك البقية هي (رأس المال) .

ومنه يظهر ، حال كل الاقسام لان رأس المال ، أما لو احد وأما لاثنين ، وعلى أى حال العامل أما واحد أو اثنان، فان الاسترداد لبعض رأس المال وانسحاب العامل من بعض رأس المال أو انسحاب ، أحد العاملين لا يوجب بطلان المضاربة .

وحيثذا فإذا 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 مثلاً إذا كان رأس المال مائة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقى تسعون ، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة ، وبقيت ثمانون فرأس المال تسعون

وبذلك يظهر أنه لاوجه لما ذكره المستمسك قائلًا: ويحتمل في المقام الالتزام ببقاء المضاربة حتى بالنسبة الى ما أخذه المالك ويكون ما أخذه المالك بحكم ما لو وضع في كيس مستقل وافرز عن باقي المال الى آخره، اذ لاوجه لهذا الاحتمال لاشراً ولا عرفاً، وكأنه لذا قال: لكن لازم ذلك جواز تصرف العامل به بعد أخذ المالك فيتعين البناء على التبويض - انتهى .

لكن ليس بطلان الاحتمال المذكور من جهة بطلان اللازم ، بل لما ذكرناه .

(وحيثذا فإذا فرضنا أنه أخذ بعدما حصل الخسران أو التلف بالنسبة الى بعض (رأس المال ، مقداراً من البقية ثم اتجر العامل ب) كل (البقية أو ببعضها فحصل ربح يكون ذلك الربح) عند المصنف (جابراً للخسران أو التلف السابق بتمامه) لا بالنسبة كما سيأتي في كلام المحقق .
مثلاً إذا كان رأس المال مائة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقى تسعون ، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة، وبقيت (ثمانون فرأس المال تسعون) ثمانين عند العامل وعشرة التلف أو الخسارة .

ولا يختص الجبر بما عداه حتى يكون مقدار حصة العامل منه باقياً له ، مثلاً
 إذا كان رأس المال فربح عشرة ثم خسر عشرة أو تلف منه عشرة يجب جبره
 بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه في العشرة المأخوذة فلا يبقى
 للعامل من الربح السابق شيء وعلى ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره

المحقق حيث جعل الجبران بالنسبة لابتتامه . (فـ ١٠٠) .
 (ولا يختص الجبر بما عداه حتى يكون مقدار حصة العامل منه) .
 (باقياً له ، مثلاً إذا كان رأس المال مائة فربح عشرة ثم أخذ العامل عشرة ثم اتجر العامل
 بالبقية (خسر عشرة أو تلف منه عشرة يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار
 الشائع منه في العشرة المأخوذة ، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شيء) .
 أيضاً ما ذكرناه في سابقه ، فإن العامل خسر عمله مع حصول الربح والمالك لم
 يخسر شيئاً مع وجود الخسارة ، فلماذا تختص الخسارة بالعامل دون المالك
 وان ثبت قلت : ان العامل دخل على انه يجبر الربح السابق الخسارة اذا
 كانت الخسارة على كل المال ، أي مائة وعشرة لاعلى بعض المال أي المائة فقط ،
 فلماذا يجبر الربح الخسارة الواردة لاعلى كل المال ، ويمكن ان يقال : على
 المصنف في كلاً 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 مائة والعامل
 عمله] فكما انه اذا لم يفعل العامل كل العمل كان خلاف العقد ، كذلك اذا لم
 يترك المالك كل المال كان خلاف العقد .
 (وعلى ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره) المصنف [رحمه الله عليه] وان شئت
 [نعمتاً] رقباً مستناعاً لصاحبه ، أمستكاً من المانع فمعة بهه رقباً

المحقق وتبعه غيره من أن الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة لبطلان المضاربة بالنسبة اليها مقدار الخسران الشائع فيها لا يجبر 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 مائة 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 - وهو عشرة - على تسعين كانت حصة العشرة المأخوذة ديناراً وتسعاً فيوضع ذلك من رأس المال (وتبعه غيره) كالقواعد والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرهم (من ان الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة لبطلان المضاربة بالنسبة اليها) حيث ان العشرة خرجت عن المضاربة بأخذ المالك اياها .

(فمقدار الخسران الشائع فيها) أي في العشرة المأخوذة (لا يجبر بهذا الربح) ووجهه واضح ، اذ العشرة التي خسرها موزعة على جميع الباقي [الذي هو التسعون] فكل عشرة من التسعين خسرو واحداً وتسعاً - فان ضرب تسع مرات واحد وتسع في الواحد ينتج عشرة - وحيث ان المالك أخذ عشرة، فقد خرجت العشرة بضررها وربحها عن المضاربة ، لان الربح انما يجبر به الخسران المتعلق بمال المضاربة فيكون الربح يجبر - الان - الخسران المتعلق بالباقي ، وهو تسعة وثمانون الاتسعاً ، فالواحد والتسع الباقي [الى التسعين]

فأُس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثل لا يكون تسعين ، بل أقل منه بمقدار حصة خسارة العشرة المأخوذة وهو واحد وتسع

يكون ربهاً خالصاً بدون أن يكون في قبالة خسران ويكون بين المالك والعامل فإذا فرض انهما قررا ان يكون لكل منهما نصف الربح كان للعامل خمسة اتسع وهكذا .

(فأُس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثل لا يكون تسعين ، بل أقل منه بمقدار حصة خسارة العشرة المأخوذة وهو) أي حصة خسارة العشرة المأخوذة - والاثنيان بضمير المذكر بساعتبار الخبر - (واحد وتسع) ومراده ان رأس المال الذي يجبر نقصه بعد أخذ المالك العشرة من المائة هو تسعة وثمانون الا تسعاً ولا يجبر من الربح المتأخر النقص المتعلن بالعشرة التي أخذها المالك لخروج العشرة المأخوذة عن مال المضاربة ، وهكذا الحال في سائر الامثلة يوزع الخسران على الجميع بالنسبة ، ولا يجبر بالربح الخسران المتعلق بما اخذه المالك ، بل يجبر خصوص الخسران المتعلق بالباقي .

فلو كان رأس المال عشرة فخر اثنتان ، ثم أخذ المالك أربعة ، فإذا ربحت الاربعة الباقية اثنتين كان نصف الاثنتين جابراً للخسران الوارد على الباقي والنصف الاخر بين المالك والعامل حسب شرطهما ، فان كان الشرط تنصيف الربح كان لكل منهما نصف الواحد ، وان كان الشرط تثليه كان لاحدهما الثلث وللآخر الثلثان وهكذا ، ولذا قال العلامة في القواعد والتذكرة : انه لو خسر رأس المال - المائة - عشرة ثم أخذ المالك خمسة والاربعين ، ثم خسر عشرة وزع الخسران على الجميع فيلحق الخمسة والاربعين التي أخذها المالك نصف الخسران وهو خمسة ويلحق الباقي أيضاً خمسة ، فاذا ربح بعد ذلك عشرة كان نصفها جابراً

للخسران الوارد على الباقي والنصف الآخر بين المالك والعامل على حسب شرطهما في المضاربة .

والى هذا اشار السيد البروجردى حيث قال : انفساخ المضاربة بالنسبة الى ماأخذ المالك وبقائها بالنسبة الى البقية - كما اعترف به - مستلزم لعدم سهم المأخوذ من الخسران بربح البقية فيما بعد .

وكذا العكس ، اذ المضاربة فيه بعد ماتمت وهي خاسرة أو رابحة لاتنقلب عما تمت عليه فيستقر خسرانها على المالك ان كانت خاسرة ، ولا يكون ربحها وقاية لشيء ان كانت رابحة بخلافها في البقية فانها لبقائها لايتعين لأحدهما الا بالاختصاص - انتهى معناه (معناه) ان المضاربة بالنسبة الى المالك لا تنقلب الى المضاربة بالنسبة الى الباقي .

وبذلك يظهر وجه النظر في اشكال الجواهر في كلام المحقق ومن تبعه ، وبوجه معرفة المالك في المضاربة بالنسبة الى الباقي ، فلو كان المالك يربح من ربحه بالمضاربة بالمال المضاربة فلا وجه لجبر خسارته بربح غيره الباقي ، لان ربح مال المضاربة يربح به المالك ، وفي المضاربة بالنسبة الى الباقي ، فان أحدهما صار اجنبيا عن الآخر - انتهى .

فلماذا يجبر ربح الاجنبي لخسران الاجنبي ويكون الحال : كما اذا مات المالك وأخذ السورثة الوارث للعشر عشرة وابقى البقية تسعة اعشار عند العامل بالمضاربة السابقة ، فانه لاوجه لجبر ان ربح التسعين خسران العشرة التي أخذها ذلك الوارث .

والثالث ان المالك لا يربح من ربحه بالمضاربة بالنسبة الى الباقي ، فلو كان المالك يربح من ربحه بالمضاربة بالنسبة الى الباقي ، فانه لا فرق في عدم الجبران بين أخذ المالك للعشرة

ونحوها ، بل وان فسخ المضاربة في تلك العشرة أو لا بهذا العنوان ، اذا المفقود من

القسم يأخذ المالك من ربحه عن مال المضاربة ، ففصل المستغنى بين الطرفين

وموافقة للجواهر وفي الثاني منهما ختي الوصوفه كالمالك فخرج عن كونها مال

المضاربة ولا يعد مستديلا ، بل مثل هذا الخروج لا يفتقر الى التمسك بالمال من لزوم

وكذا لاوجه لما ذكره بعضهم في الفرض الثاني أن مقدار الربح الشائع في العشرة التي أخذها المالك لايجبر الخسران اللاحق ، وان حصة العامل منه يبقى له ويجب على المالك رده اليه فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور بل قد عرفت سابقاً أنه لو حصل الربح واقتسماه في الاثناء وأخذ كل حصة منه ثم حصل خسران انه يسترد من العامل

الجبر، غير ظاهر الوجه .

قال المصنف: (وكذا لاوجه لما ذكره بعضهم) كالعلامة (في الفرض الثاني) وهو ما اذا أخذ المالك بعد ما حصل الربح مقدراً من المال ثم اتجر العامل بالباقي فحل خسران أو تلف يجبر بالربح السابق بتمساه حتى المقدار الشائع منه في الذي أخذها المالك (أن مقدار الربح الشائع في العشرة التي أخذها المالك لايجبر الخسران اللاحق ، وان حصة العامل منه يبقى له ويجب على المالك رده اليه ،) فالمائة ربحت عشرة، ثم أخذها المالك عشرة فبقيت مائة ثم خسرت عشرة وعليه لاشيء للعامل - على رأى المصنف - لان الربح يجبر الخسران فالمالك بالنتيجة كانت له مائة والان له مائة، خلافاً للعلامة وغيره، قالوا بأن بعض الربح للعامل لما تقدم في المسألة السابقة .

أما على رأى 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 المائة (واقتمسماه في الاثناء وأخذ كل حصة منه ثم حصل) بعد الاقسام (خسران انه يسترد من العامل

مقدار ما أخذه بل ولو كان الخسران بعد الفسخ قبل القسمة أو بعدها إذا اقتسما العروض وقلنا بوجوب الانضاض على العامل وأنه من تمتت المضاربة .

مسألة - ٤٨ - إذا كانت المضاربة فاسدة فأما أن يكون مع جهلهما بالفساد ، أو مع علمهما ، أو علم أحدهما دون الآخر

مقدار ما أخذه) ليحجر الربح الخسارة وقوله : [مقدار] يراد به قدر الخسارة ، لا كل مقدار ما أخذ ، فإذا حصل خسران اثنين في المثال استرد من العامل واحداً لا كل خمسته ، وإنما ينزل الأمر على ما كان ربح ثمانية فقط مثلاً ، إلى غير ذلك من الأمثلة .

(بل ولو كان الخسران بعد الفسخ) وقد عرفت الأشكال فيه في المسألة الخامسة والثلاثين (قبل القسمة أو بعدها إذا اقتسما العروض وقلنا بوجوب الانضاض على العامل وأنه من تمتت المضاربة) ولذا اشكل عليه غير واحد من المعلقين كالسادة البروجردى والحكيم والجمال وغيرهم .

(مسألة - ٤٨ - إذا كانت المضاربة فاسدة) فساداً شاملاً ، ومنه يعلم حال فسادها في الجملة بان كان أول العقد صحيحة ثم طرأ عليها الفساد ، فإن لكل واحد من الصحة الأولية والفساد التالي حكمهما (فأما أن يكون مع جهلهما بالفساد ، أو مع علمهما ، أو علم أحدهما دون الآخر) أما الشك بالفساد فإنه مجرى اصالة عدم الانعقاد ، أو اصالة الصحة في المعاملة ، فليس حال الشك حال رابع ، كما أنه لو اختلفت حال أحدهما أو كليهما في العلم والجهل بان قطع أولاً بالصحة ، وثانياً بالفساد أو بالعكس كان لكل حال حكمه مما سيأتي من الأحكام الثلاثة .

فعلى كل التقادير الربح بتمامه للمالك لاذنه في التجارات ان كانت مضاربتة 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 مضاربتة باطلة) لكن هذا بناءً 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 ولا عرفاً ، 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 ولا اكراه ، 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 لما يبطل رجوع كل الى حقه ولا يكون للعامل أقل اذا رضى به عند العقد - بدليل انه أهدر حقه بالنسبة الى التفاوت بين حقه وبين الأقل الذي رضيه - وانما لا يكون ، لان قدر حقه نتيجة عمله ولم يهبه للمالك فمن اين صار للمالك ودخوله على ان يكون له اقل من حقه ليس هبة للمالك .
ومنه يعلم ، العكس بأن قررا ان يكون للعامل أكثر من حقه الطبيعي ، فان الزائد لا يكون 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 للآخر فلا يكون للآخر من باب الهبة ، ولا من باب
المعاملة - لفرض بطلانها - فمن اين يؤخذ بعض حق هذا ويعطى للآخر ؟ .
الرابعة : الفساد مع علم العامل فقط وحالها حال الثالثة أيضاً لما ذكر
هناك من الدليل .

وبما ذكرناه يظهر وجود النظر في كلام المصنف والمعلقين الذين اتبعوه
على كثرتهم - ممن ظفرت بتعليقاتهم - فلا حاجة الى تكرار الاشكال عندنقل
المتن .

(نعم لو كان الاذن مقيداً بالمضاربة) بان لم يكن اذن مطلق حتى بدون
المضاربة ، وسيأتى في المسألة الثانية من مسائل المختام مقتضى القاعدة فيما اذا
لم تكن قرينة في انه هل الاذن مطلق أو خاص بالمضاربة (توقف ذلك) أى كون
الربح للمالك ، او لهما (على اجازته) لانه تصرف في ماله من غير اذن (والا
فالمعاملات الواقعة) على ماله (باطلة) لانه فصولية لم تلحقها الاجازة ، وسيأتى
في المقام مسألة ما اذا لم يأذن المالك ، وأراد العامل جعل المعاملة لنفسه كانت
المعاملة في الذمة - بأقسامها المتقدمة في بعض المسائل السابقة - أو في العين

وعلى عدم التقييد يستحق العامل مع جهلهما لاجرة عمله وهل يضمن عوض ما أنفقه في السفر على نفسه لتبين عدم استحقاقه النفقة أولاً 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 (أولاً) يضمن العامل (لان المالك سلطه على الانفاق مجاناً) والمجان لا عوض له (وجهان أقواهما) عند المصنف وجملة من المعلقين (الاول) وذلك لان النفقة لم تكن مجانية على تقدير عدم المضاربة فقاعدة اليد تقتضى الضمان ، فان من أتلف مال الغير فهو له ضامن الا اذا كان استثناء ، والمفروض عدم الاستثناء في المقام ، لان الرضى لم يكن الاتقديرياً وحيث لم يكن التقدير كان الضمان ، اذ لا استثناء فهو كما اعطى طعاماً لمن زعمه زيداً بقيد انه زيد حيث يضمن لو أكله اذا لم يكن زيداً ، وان زعم هو وعند أكل الطعام انه زيد وذهب جمع من المعلقين كالسيد بن ابن العم والجمال وغيرهما الى عدم الضمان ، لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ، فان

ولا يضمن التلف والنقص، وكذا الحال إذا كان المالك عالماً دون العامل، فإنه يستحق الاجرة، ولا يضمن التلف والنقص، وإن كانا عالمين

النفقة أما من ضمن العقد بان كانت شرطاً فتشملها القاعدة، وأما ليست من ضمن العقد فلا تكون مورداً للعقد إلا ان ملك القاعدة « وهو الاذن والتسليط على ماله مجاناً » يجرى في النفقة .

هذا ومقتضى القاعدة التفصيل بين ما إذا كان داعي التسليط المضاربة فلا عوض لانه تسليط بالمجان، مثل ما إذا ضيفه بداعي بيع شيء له مثلاً، وبين ما إذا كان من قيود المضاربة فلا تسليط مجاناً، بل التسليط مرتبط بصحة العقد، وإذا عقد فلا تسليط مجاناً، فيشملها دليل اليد فلا تجرى قاعدة ما لا يضمن ولا ملاكها .

(ولا يضمن التلف والنقص،) لاصالة عدم الضمان بعد كونه أميناً، والأمين لا يضمن الا بالتعدي والتفريط، ومنه يعلم وجه عدم ضمان الخسارة .

(وكذا الحال إذا كان المالك عالماً دون العامل، فإنه يستحق الاجرة،) بل النسبة العادلة - كما تقدم - (ولا يضمن التلف والنقص،) وقد المعنى سابقاً الى صورة تبدل العلم الى الجهل أو العكس في الاثناء، فلكل حكمه، فان الحكم يتبع الموضوع .

(وان كانا عالمين) ببطلان المضاربة فالنفقة على المالك، لانه مع علمه بالبطلان اذن له في صرفها كمن يعلم انها ليست زوجته ومع ذلك يعطيها المال بعنوان انها زوجته مثلاً، والتلف والنقص على المالك، لانه سلطه على ماله فهو أمين ليس عليه ضمان والربح بينهما بالنسبة لما تقدم من انه وليد المال والعمل

أو كان العامل عالماً دون المالك فلاجرة 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 .

(أو كان العامل عالماً دون المالك) فالضمان للنفقة، لأنه يعلم ان المالك لم يبذل له اياها كمن علم انه ليس بزيد، وقد اعطاه المالك المال باعتبار انه زيد كما يضمن التلف والنقص والخسارة، لأنه ليس بأمين بعد ان علم انه لم يستأمنه المالك .

وعليه (فلاجرة 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 لا يقتضى الاقدام على التبرع الموجب لعدم الاستحقاق - انتهى .

ولكنك قد عرفت ان مقتضى القاعدة النسبة، لان الربح وليدهما، سواء علما بالبطلان أو جهلا، او علم احدهما، وكذلك حال الغاصب اذا خلط 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 اشبهه، 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 ما جعل له .

وفيه أن المفروض عدم قصدتها ، كما أنه ربما يحتمل استحقيقه اجرة المثل إذا اعتقد أنه يستحقها مع الفساد ، وله وجه وان كان الاقوى خلافه

(وفيه أن المفروض عدم قصدتها) فان عنوان الجعالة غير عنوان المضاربة فالاول ايقاع كالاذن والثاني عقد كالزراعة والمساقات والاجارة، ولما كانا نوعين فلا يصح احدهما الا بقصد ، فماصبا 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 مر كبة من الجعالة وغيرها ، وحيث انتفت المضاربة لم ينتفت غيرها التي هي الجعالة ، وبذلك فيستحق النسبة ، ولذا لم يعلق على المتن السادة ابن العمور البروجردي والجمال وغيرهم ، بل أيده المستمسك بما ذكرناه من اختلاف العنوانين .

(كما انه ربما يحتمل استحقيقه اجرة المثل اذا اعتقد) العامل (أنه يستحقها مع الفساد ، و) هذا الاحتمال (له وجه) لانه لم يهدر عمله حتى يكون كالاغراض عن ماله ، بل اقدم على انه مستحق شرعاً و عرفاً لاجرة المثل .
(وان كان الاقوى) عند المصنف وكافة المعلقين السدين 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 - بزعمه انه كالحمال المستحق لاجرة المثل اذا امره المالك بنقل المتاع - فهل هذا الزعم يوجب استحقيقه اجرة المثل وأي فرق بين المقام والمثال من جهة محل البحث .
نعم ، انا ذكرنا ان مقتضى القاعدة استحقيق الغاصب بعمله [ولو لم يعتقد]

هذا كله إذا 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

إذا زاد عينا أو قيمة .

(هذا كله إذا حصل ربح ولو قليلا ، وأما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الاجرة ولو مع الجهل مشكل) وجه الاجرة انه عمل وعمل المسلم محترم ، فانه لا يتوى حق امرء مسلم ، فلو صححت المضاربة لم يكن له شيء ، لانه اقدم على انه لاشيء له مع عدم ربح المضاربة ، أما والحال ان المضاربة فاسدة فلم يدخل على ان لا يكون 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 لا يضمن بصحيحه لا يضمن 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 في هذا وبعض الصور المتقدمة اولى .

مسألة - ٤٩ - 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 في هذه الصورة (لان رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة) فاذا انتفت المضاربة -- لفرض بطلانها -- كان الاصل عدم استحقاقه القدر المقرر وحيث ان عمله محترم لا بد وان يعطي اجرة المثل لأقل الامرين ، ولا يخفى تشويش العبارة ، و كأنه لندا فسر المستمسك قوله : لكن الاقوى خلافه : يعنى فلا يستحق العامل أيضاً في هذه الصورة -- انتهى . ولا يخلو تفسيره من نظر .

(و) كيف كان في (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 ممكن للقرعة لانه حق مالى ، وقد ذكرنا غير مرة انه مجرى قاعدة العدل والله العالم .

(مسألة - ٤٩ - اذا ادعى) المالك (على أحد أنه اعطاه كذا مقداراً مضاربة وأنكر) ذلك الاحد أصل اعطائه ، أو المقدار الذى يدعيه ، كما لو قال المالك : اعطيته مائة ، 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 فسي

مسألة - ٥٠ - اذا تنازع المالك والعامل في مقدار رأس

المال الذي 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 في 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 - انتهى .

ولو انعكس الامر بأن ادعى العامل اعطائه أو الازيد ، وانكر المالك أصل الاعطاء أو المزيد - اذ ربما يكون ذلك بسبب تدين المالك ونسيانه ، أو لان الجائر مثلاً يصادر مال من كان له مائة ، فيدعى العامل ان المائة التي عنده للمالك ويدعى المالك ان له خمسينه فقط ، الى غير ذلك من الامثلة - كان الاصل مع المالك والعامل ان علم صدق نفسه لزم عليه ايصال المال الى المالك باية صورة لفرض ان المالك انسكر 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 بساب التداعى ، لان كلامهما ينكر ما يدعيه الاخر .

(مسألة - ٥٠ - اذا تنازع المالك والعامل في 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 المدعى واليمين على من انكر (من غير فرق) بين كون المالك يدعى الزيادة من الجنس أو من غير الجنس ، فقد يقول : اعطيته ألف دينار ، وينكر العامل الاخمسة ، وقد يقول : اعطيته ألف دينار ومائة درهم ، وينكر العامل الدراهم ، فان قاعدة المدعى 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 في بعض المسائل السابقة ان العبرة في احكام المنازعات بمصعب النزاع لا بما يؤل اليه ، ولذا يختلف حكم النزاع بتغيير المصعب ، 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 النزاع 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 فى مقدار نصيب العامل من الربح ، كما اذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم أن الذى بيده هو مال المضاربة) والمال مائة وعشرة مثلاً، فالمالك يقول: كان رأس المال مائة ، فنصيب العامل خمسة - نصف الربح - والعامل يقول: بل كان رأس المال تسعين فنصيبى عشرة من عشرين الربح .

(اذا حينئذ النزاع فى قلة رأس المال وكثرته يرجع الى النزاع فى مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود) هل هو خمسة او عشرة - فى المثال - 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 اولاً : ما تقدم من ان الاعتبار بالمصعب لا بالمسال ، ولذا قال ابن العم : بل وكذا اذا رجع اليه اذا كان مصعب الدعوى النزاع فى مقدار رأس المال كما هو المفروض .

وثانياً : العامل ذواليد وبعض المال له ، فالمالك مدعى للزيادة وهو بحاجة الى البينة ، لان الربح يدخل فى كيس العامل ابتداءً ، لانه يرجع الى المالك

وعلى هذا أيضاً لافرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضممان العامل
اذ بعد الحكم بكونه للمالك الاكذا مقدار منه فاذا تلف

ثم يعطيه للعامل ، أما على 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 بيينة ، 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 مائة
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 : مائة فله خمسة ، وقال العامل : تسعون فلي عشرة فالظاهر
انه مورد التحالف .

ولو قال المالك : رأس المال تسعين فلك عشرة ، وقال العامل : بل مائة
فلي خمسة ، انعكس الامر في الصور الثلاث .

وإذا لم يقبل المالك الزائد كان الحاكم هو الاخذله - كما تقدم - .
ومما تقدم يعلم ، حال ما لو تنازعا في ان المال هل كان مائة فلم يربح ولم
يعسر فلا شيء للعامل ، أو كان تسعين فربح عشرة فللعامل خمسة ، وكذا عكسه
اي ادعى العامل انه كان مائة وقال المالك : بل كان تسعين .

(و) مما تقدم يظهر وجه النظر في قوله : و (على هذا أيضاً لافرق بين
كون المال باقياً أو تالفاً بضممان العامل) وجه النظر عدم ضمان الازيد الذى
ينكره العامل وتعليه به - (اذ بعد الحكم بكونه للمالك الا كذا مقدار منه فاذا تلف

مع ضمان لا بد أن يغرم المقدم الذي للمالك .

مسألة - ٥١ - لو ادعى المالك على العامل أنه خان أو فرط في الحفظ فتلف أو شرط عليه ان لا يشتري الجنس الفلاني ، أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك فالقول قول العامل في عدم الخيانة والتفريط

مع ضمانه لا بد أن يغرم المقدم الذي للمالك) غير تام ، إذ يختلف مصب النزاع فإذا قال المالك : اعطيته مائة وبيع عشرة فأطلبه مائة وخمسة ، وقال العامل : بل يطلبني مائة فقط كان الاصل معه ولا يكلف شرح أسباب النزاع ، كما ذكرناه في كتاب : [القضاء] و [الشهادات] .

ثم انه حيث كان المرجع في تشخيص المدعي والمنكر مصب الدعوى - لا الغرض المقصود من الدعوى - كما عرفت ، كانت هذه المسألة كالمسألة السابقة في وحدة حكمهما .

نعم اذا كان التشخيص حسب الغرض المقصود كان بين المسألتين فرق . ولو ادعى المالك ان العامل صرف نقده بالاكثر فقال : بل بالاقل - مع توافقهما في قدر رأس المال - كان الاصل مع العامل ، ولو قال المالك : انه صرفه في السوق السوداء ، حيث صادره الحاكم ، وقال العامل : بل في السوق البيضاء ومصادرة الحاكم له اعتبارية ، كان عليه اليمين ، لانه أمين ، كما يأتي في المسألة الآتية .

(مسألة - ٥١ - لو ادعى المالك على العامل انه خان او فرط في الحفظ فتلف) كلا او بعضاً (او) ادعى انه (شرط عليه ان لا يشتري الجنس الفلاني ، او لا يبيع من زيد او نحو ذلك) من الشرائط الزمانية والمكانية وطرف المعاملة والجنس وما شبهه .

(فالقول قول العامل في عدم الخيانة والتفريط ،) وذلك لانه أمين وليس

وعدم شرط المالك عليه الشرط الكذائي والمفروض أن مع عدم الشرط يكون مختاراً في الشراء وفي البيع من أي شخص أراد نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له الا باذن من المالك ، كما لو سافر أو باع

على اليمين الالبمين ، وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة التاسعة والثلاثين . ولو اختلفا في كيفية التفريط فقال المالك انه تفريط ائلف المتاع ، وقال العامل : ان هلاك المتاع لم يكن بذلك التفريط ، بل حدث بعد ذلك كان الاصل مع العامل ايضاً - حيث قد تقدم في بعض المسائل السابقة ان الامين اذا فرط ثم رجع عن التفريط رجعت امانته باحكامها .

(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 عدم الشرط يكون مختاراً في الشراء وفي البيع من أي شخص أراد) وبسائر الخصوصيات التي يشملها اطلاق عقد المضاربة لكن لا يخفى ان ادعاء المالك انما يسمع اذا كان للنزاع ثمر ، اما اذا لم يكن ثمر فلا يشمل له دليل الترافع كما ذكر في [كتاب القضاء] .

ولو قال المالك : شرطت عليه ان لا يشتري 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 لو فعل العامل ما لا يجوز له الا باذن من المالك ، كما لو سافر أو باع

بالنسيئة وادعى الاذن من المالك فالقول قول المالك في عدم الاذن
والحاصل : ان العامل لو ادعى الاذن فيما لا يجوز الا بالاذن قدم فيه
قول المالك المنكر ولو ادعى المالك المنع فيما يجوز الامع المنع
قدم قول العامل المنكر له

بالنسيئة وادعى الاذن من المالك) وقلنا ان الاطلاق لا يشملهما 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 ، ولو قال العامل اذن لي
في السفر مطلقاً ، وقال : بل في سفر خاص ، أو قال العامل : في النسيئة مطلقاً ،
وقال : بل لشخص خاص مثلاً ، 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 لو ادعى الاذن فيما لا يجوز الا بالاذن قدم فيه قول
المالك المنكر ،) لان الاصل عدم الاذن .
(ولو ادعى المالك المنع فيما يجوز الامع المنع) لان الاطلاق يشمل
الابمنع خاص (قدم قول العامل المنكر له) لان الاصل عدم المنع ، ولو قال
العامل : انه كان على نحو الشرط فالمضاربة صحيحة ولي حصتي - على ما تقدم
من ان مخالفة الشرط لا توجب منع حصة العامل - وقال المالك : بل كان على
نحو مصب عقد المضاربة فالمخالفة توجب عدم العمل بالعقد ، فالظاهر انه من
مورد التداعي ، لان الاصل بقاء المضاربة ، لان كلا ينكر ما يدعيه الاخر .

مسألة - ٥٢ - لو ادعى العامل التلف وانكر المالك قدم قول العامل لانه أمين سواء كان بأمر ظاهر أو خفي

(مسألة - ٥٢ - لو ادعى العامل التلف وانكر المالك) سواء كان ادعائه تلف البعض أو الكل (قدم قول العامل)، يمينه لانه أمين، وليس على الأمين اليمين كما تقدم في المسألة الخامسة والثلاثين من وجود الأدلة العامة والخاصة بالمضاربة في المقام .

ويؤيده صحيح محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام ، عن الرجل يسبصع المال فيهلك أو يسرق ، أعلى صاحبه ضمان ؟ قال : ليس على صاحبه غرم بعدان يكون الرجل أميناً .

فانه يدل باللزوم العرفي على عدم البينة عليه بل لو لدليل اليمين كان دالا على عدم اليمين ايضاً ، فقول المستمسك انما تدل الصحيحة على عدم ضمان الأمين لاعلى عدم تكليفه بالبينة ، فهي حكم في مقام الثبوت لافي مقام الاثبات انتهى محل نظر .

وكيف كان فالعامل (لانه أمين ،) يقبل قوله باليمين (سواء كان ادعائه التلف (بأمر ظاهر) كالسرق ، حيث يمكن التحقيق (أو خفي ،) كالسرقة ، فيما لا يمكن التحقيق عن صدقه ، واذا علم المالك كذب العامل ، فهل له ان يطور النزاع بحيث يستنقد حقه منه ، مثلاً : أعطاه مائة وربح عشرين منها للمالك مائة وعشرة فاذا قال العامل : انه قد سرق منه مائة وعشرة قال المالك : ان رأس المال كان مائتين وعشرين ، فاللازم اعطاء الباقي [المائة والعشرة] ، احتمالان ، من انه انفاذ حق ولبعض النصوص التي ذكرناها في [كتاب الشهادات] .

ومن انه كذب ولا يجوز ، والا قرب الاول ، فراجع تفصيل المسألة هناك .

وكذا لو ادعى الخسارة أو ادعى عدم الربح أو ادعى عدم حصول المطالبات في النسبة مع فرض كونه مأذوناً في البيع بالدين ولا فرق في سماع قوله بين ان يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده نعم لو ادعى بعد الفسخ التلف بعده ففي سماع قوله لبقاء

ومنه يعلم ، حال ما اذا صدق العامل لم يقبل به المالك ، حيث يضطر الى الكذب لتخليص نفسه .

(وكذا لو ادعى) العامل (الخسارة أو ادعى عدم الربح أو ادعى عدم حصول المطالبات في النسبة مع فرض كونه مأذوناً) اطلاقاً واذن خاصاً (في البيع بالدين) كل ذلك بلا اشكال ولا خلاف ، 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 مائة 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 - كما هو واضح .. ولو قال المالك : تلفت الدراهم ، وقال العامل : بل الدنانير كان قول العامل مقبولاً والمالك يحق له أخذ مقدار الدنانير من الدراهم أما الزائد المختلف فيه فيأخذه الحاكم على ما سبق في بعض المسائل المتقدمة (ولا فرق في سماع قوله بين ان يكون الدعوى) في المالك عليه (قبل فسخ) أو اتمام أو انفساخ (المضاربة أو بعده ،) لاطلاق أدلة انه أمين ، كما هو الحال في كل اشباه ذلك كالمزارة والمساقات والعارية والوديعة و الاجارة وغيرها .

(نعم لو ادعى بعد الفسخ) أو أخويه (التلف بعده ففي سماع قوله لبقاء

حكم امانته وعدمه لخروجه بعده عن كونه أميناً وجهان ولو
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 - والظاهر انه أراد ما ذكرناه ، لا
الاستصحاب كما فهمه المستمسك - .

(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 ابن العم وغيره ، وقال في
المستمسك: اذا تحقق ذلك [اي حكم امانته] فلامجال للوجه الثانى - انتهى .

نعم ، يجب ان لا يخرج من الامانة الى الخيانة بأن كان مقصراً في الرد مع
طلب المالك ، اذ حينئذ ليس ماعنده أمانة شرعية ولا مالكية، فالضمان من باب
القاعدة بعد سقوط دليل الامانة بالنسبة اليه .

(ولو أقر بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف) للمال قبل حصول
الربح (أو الخسارة) لاصل المال (وقال : انى اشتبهت فى 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 فى كل ما يدعيه بعد عدم ثبوت هذا العموم ، وانما الثابت المسلم
مالم يسبق باقرار.

وقد اقر المصنف على ما ذكره غير واحد من المعلقين كالسيد بن ابن العم والبروجردى ، لكن قال السيد الجمال : الاقوى سماع دعوى الغلط أو الاشتباه أو نحوهما في الاقرار ، ولا يكون رجوعاً عن اقراره السابق ، بل يكون دعوى على خلاف ظاهره .

أقول : وما ذكره هو مقتضى القاعدة ، لاطلاق دليل ان الامين ليس عليه الا اليمين ، وكثيراً ما يكون غلطاً او مشتبهاً ، ودليل الامين ورد على قاعدتي الجواهر ، مضافاً الى عدم رضوح 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 علي 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 او غلطت ، او ما قصدت الواقع ، وانما كان اخباري تورية ، أو قصدت الواقع لا بقصد بيان الواقع ، بل بقصد التخلص من الضرر ، ونحو ذلك مما لا يكون القول الثاني وارداً على ماورد عليه الاول ، ولا معارضاً له فلا يكون من الانكار بعد الاقرار - انتهى .

اذلاشك في ورود الانكار على ماورد عليه الاقرار في المقام - عرفاً - فان لم نقل باطلاق امانة العامل الشامل لقوله الثاني : كان اللازم الذهاب الى مذهب 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 زيدا كان البارحة في بلدنا، فلم يأخذ منه، قدمت البينة على الاقرار الى غير ذلك 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، فهي ايضاً غير مسموعة مع انها لانسمع اذا لم تكن لها دعوى مسموعة - انتهى.

غير ظاهر الوجه، كما ان رد المستمسك له بانه ليس من الانكار بعد الاقرار بل هو من باب شرح حال الاقرار - انتهى. قد عرفت ما فيه.

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 - انتهى.

وعليه، فمقتضى ما ذكرناه انه لو قال: انه ربح ولم يرجع عنه، وقالت البينة انه يكذب اشتهاهاً أو عمداً أو غلطاً سمع قولهم لاقراره، ويؤيد ما ذكرناه رفع الامام أمير المؤمنين عليه السلام القصاص عن اقر 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 - ٥٣ - اذا اختلفا في مقدار حصة العامل وانه نصف

الربح مثلاً أو ثلثه

اولا بما سدها الربح أو ما شبه ذلك (قبل منه) لاطلاق دليل انه أمين ، والأمين 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 .

ولولم يستأمنه المالك بأن يراد خائناً ، لكن جعل عليه رقيباً كان القول قول الرقيب لا العامل ، فاذا ادعى العامل التلف ونحوه - مما هو خلاف الاصل - احتج الى الشاهد ، لعدم شمول دليل الامين له كما هو واضح .

ولو ادعى العامل الامين التلف أو الخسارة ، مما هو خلاف الاصل ، لكنسه ابي عن الحلف لم يشمل دليل الامين ، بل اللازم أخذه به بدون الرد ، أو مع الرد على المالك - على الاختلاف - هناك .

(مسألة - ٥٣ - اذا اختلفا في مقدار حصة العامل وانه نصف الربح مثلاً أو ثلثه) قال بالاول المالك ، وقال بالثاني العامل ، أو بالعكس لان كلامهما 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 ضرراً أكثر ، فالاصل مع مدعي نفي الزيادة .

لا يقال : لأصل مع المالك في نفي الزيادة ، لان الاصل كون كل الربح له الا ما خرج ، 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 نسبة 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 مثلاً كان مال المضاربة ألفاً فربح خمسمائة والنسبة العادلة ان يكون للعامل ثلاثة اخماسه وللمالك خمسه 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 كلامهما مدع ومدعى عليه، فان المالك يدعى استحقاق العمل الصادر فالحصصة الدنيا والعامل ينكر ذلك فيجيبه القول بالتحالف ان كانت اجرة المثل أزيد مما يدعيه المالك، و لأعلم لاصحابنا قولاً بالتحالف، وانما القول بالتحالف مع الاختلاف في الربح مطلقاً قول الشافعي - انتهى .

اذ يرد عليه أولاً : انه لا فرق بين حصول الربح وعدم حصوله وقوله : لان المالك الخ لا يربط له بالنزاع، اذ التمكّن من الفسخ لا أثر له في تبديل مصب النزاع.

وثانياً : قوله : متمكن مسن منع الربح كله لم يفهم وجهه، اذ كلامه قبل

حصول الربح فمنع المالك الربح من بساب السالبة بانتفاء الموضوع ، مع ان اللازم ان يكون كلامه في السالبة بانتفاء المحمول فتأمل .

وثالثاً : ان التحالف انما يكون اذا لم يكن هناك أصل ، والحال انه موجود اما على قول المشهور فلان الاصل مع المالك ، وأما على قولنا : فلانه مع من لا يدعي الزيادة عن حقه .

أما رد المستمسك له بان كلام جامع المقاصد مبني على ان المعيار فسي تشخيص المدعى والمنكر مصب الدعوى ، والحال ان المعيار في تشخيص المدعى والمنكر الغرض المقصود من الدعوى ، فقد عرفت في بعض المسائل السابقة انه خلاف ظاهر الأدلة ونص المشهور ، ومقتضى القاعدة .

فلو اختلف الزوجان في انه دوام أو متعة ، وكان غرضهما من الدعوى النفقة فهل الحاكم ينظر في الدعوى ، أو في استحقاقها النفقة وعدمها ، الى غير ذلك من الامثلة ، ولقد أشكل الجواهر على جامع المقاصد بقوله : لا ريب فسي ان كلا منهما مدع ومنكر اذا كان نزاعهما في تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربة ضرورة اقتضاء الاصل عدم كل من الشخصين .

نعم بعد تعارض الاصول في ذلك يرجع الى اصل آخر ولا ريب في كونه مع المالك ، لان الاصل عدم استحقاق العامل الزائد - انتهى .

وهو متين الا في جعله الاصل الاخر مع المالك ، اذ قد عرفت ان الاصل مع من يدعي الحصص المعقولة .

أما اشكال المستمسك عليه بأن الاصل المذكور لا يثبت احدى الدعويين ولا ينفيهما ، ففيه انه لم يرد صاحب الجواهر الاثبات والنفي ، بل أراد انهما يتعارضان ، ويكون المرجع بعد التساقط شيء آخر .

أماما في كلام جامع المقاصد من مسألة اجرة المثل ففيه انه لا موقع لاجرة المثل بعد اتفاهما على قرار خاص وقد يكون كلاهما ينكرانها ، نعم ان بدل

مسألة - ٥٤ - اذا ادعى المالك اني ضاربتك على كذا مقدار واعطيتك فأنكر أصل المضاربة أو أنكر 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 - ٥٤ - 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 كمال المال أو بعضه (أو أنكر تسليم المال) كله أو بعضه (اليه) بعد ان سلم انه ضاربه (فأقام المالك بينة على ذلك) الاصل ، أو التسليم للملك أو البعض (فادعى العامل تلفه) وقال : اني انما انكرت الاصل لانني لو سلمت به كانت البينة على ، ولذا انكرت - حيث لا بينة لى ، و قد تلف المال في يدي - (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] فلا يسمع دعواه ، و الظاهر انه اذا أقام البينة على التلف سمع منه ، لان البينة مقدمة على اقراره - لما تقدم في بعض المباحث السابقة من تقديم البينة على الاقرار - 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 هذا

يجعله خائناً مطلقاً؟ أولاً 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 مثلاً لا يقال له عرفاً انه خائن .

والثالث : من جهة انه اذا لم يقصد الخيانة ، فالانكار الذي ظنه جائزاً شرعاً لا يدخله في الخائن عرفاً ، فقد زعم انه لا يقبل قوله: اذا قال انه تلف، بخلاف ما اذا انكر حيث يقبل قوله بعدم البينة لمدعيه، وهذا هو الاقرب .

الامر الثاني: انه اذا أقام البينة على التلف قبل لانه مدع أقام البينة، فيشملة أدلة البينة، ولا وجه لعدم قبولها بعد انكاره ، كما هو كذلك في أمثال المقام، مثلاً: 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 خيانتة، حيث يسقط قوله المجرد عن البينة يلزم عليه اعطاء العين، او البدل مثلاً، 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 خيانه فلا يقبل قوله كالسابق، وإنما يشمله اطلاق دليل البينة، واذا لم يقبل قوله فعليه الضمان، لدليل اليد والضمان للعين اذا قامت البينة على التلف المضمون فيرجع الى البديل ولو ضمن ولم يكن عنده العين حتى يسلمها سجن لاعطاء العين حتى حصول اليأس فيقبل منه البديل .

(نعم لو أجاب) العامل (المالك) [عند ادعائه المضاربة أو التسليم] (بانى لست مشغول الذمة لك بشيء) فلا يجبر على ان يجيب بانه ضارب ، أو سلم أو لا 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 - ٥٥ - إذا اختلفا في صحة المضاربة الواقعة بينهما وبطلانها قدامها قدم قول مدعي الصحة

مسألة - ٥٦ - إذا ادعى أحدهما الفسخ في الاثناء وأنكر الآخر قدم قول

(مسألة - ٥٥ - إذا 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 الاولي في المعاملات.

ومنه يعلم، جريان أصل الصحة في البعض اذا ثبت بطلان البعض، كما اذا كان أحد المالكين أو العاملين أو النقدين، فيما كان مالكاً لعامل واحد، أو عاملاً لمالك واحد، أو نقداً متعلقاً بالمضاربة، غير واجد للشرائط، فإنه 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 الآخر. نعم، كما اذا كان عقدان في صيغة عقدان [مثل

(مسألة - ٥٦ - إذا ادعى أحدهما الفسخ في الاثناء وأنكر الآخر قدم قول

المنكرو وكل من يقدم قوله في المسائل المذكورة لابدله من اليمين .

مسألة - ٥٧ - 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] والآخر الانفساخ القهري فانفاقهما 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 (لابدله من اليمين) لقاعدة البينة على المدعي واليمين على من انكر ، فاذا كان للمدعي البينة فهو ، والاحلف المنكر ، وان لم يحلف ، ففي الحكم عليه اورد اليمين على المدعي قولان، ذكرنا تفصيله في [كتاب القضاء] فراجع .

(مسألة - ٥٧ - 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 مندفة بأنه لاعموم ، لمادل على قبول قول الامين يشمل المقام ، مما كان الفعل مشتركاً بينه وبين المالك ، ولذا كان المشهور عدم القبول - انتهى .

غير ظاهر الوجه ، اذ من اين الفرق بين الفعل المشترك وغير المشترك مع اطلاق الدليل ، الاحتمال الانصراف وهو لو كان بدوي ، ومن وجود الاطلاق في المقام يظهر انه لاحاجة 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 لا يكذب نفسه فيلزم تخليد حبله -
انتهى .

اذفيه انه لا يخلد السجن، بل يسجن حتى يظهر صدقه، او كذبه، فان كان الاول
اطلق ولا محذور في سجن البرىء احتياطاً كما كان رسول الله صلى الله عليه وآله
وسلم يسجن في المشتبه كونه قاتلاً: ستة ايام، وكذا افتى الفقهاء بالسجن للمشتبه،
لان الفقيه وضع لتنظيم امور البلاد والعباد، وذلك يلزم 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 ذو عسرة فنظرة الى ميسرة .
ومنه يعلم ان قول المصنف: (قدم قول المالك) لمطابقة قوله لاصالة عدم
الرد فيكون منكرأ فان اقام العامل البيئته فهو، والاحلف المالك و كان الحكم له،
غير ظاهر الوجه اذا اطلاق لا يدع مجالاً للاصل، كما هو كذلك فيما اذا ادعى
العامل التلف او الخسارة او ماشبه .

ولنا ان نسأل عن المستمسك عن فرقه بين المتن وبين مقاله 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 - انتهى .

وقد عرفت ان الفرق بين الاشتراك والاختصاص غير فارق، نعم كافة المعلمين
الذين ظفرت بتعليقاتهم سكتوا على المصنف كالسادة ابن العم والبروجردى
والجمال، وكأنهم ذهبوا الى الانصراف المذكور، وهل يقولون بمثل ذلك فيما
اذا ادعى المالك بعد اخذه المال انه اخذه ناقصاً او معيباً؟ او انه لم يكن ماله بل
بدله او ماشبه ذلك .

مسألة - ٥٨ - 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 - بعد ان رده عليه - 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 أزمسة 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 - ٥٨ - 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 المشتري والاخر الاختصاص فيه ، فان القول قول العامل (لانه أعرف بنيته) فيشمله دليل ذي اليد اطلاقاً أو منطاً، وهذا الدليل هو منشأ ما اشتهر بينهم من ان ما لا يعرف 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 في الذمة لنفسه ، ثم أدى الثمن من مال المضاربة ولو كان عاصياً في ذلك.

فيه اذا لم يقم الطرف المدعى دليلاً على بطلان قوله ، وربما يستدل لذلك ايضاً ببناء العقلاء مما لم يردعه الشارع .

(ولانه أمين فيقبل قوله) اذ يشمله اطلاق ليس على الامين الا اليمينين ، و ربما يستدل لذلك بقاعدة من ملك شيئاً ملك الافرار به، لكن الظاهر انها مستفادة من الأدلة السابقة فلا تكون دليلاً في قبالة تلك الأدلة، 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) لا يوجب 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 بخيانتته التي اقربها، بل هو موافق للاصل، مضافاً الى انه اعرف بنيته .

أقول : بل ربما لا يكون عاصياً وخيانه، كما اذا كان يزعم ان العبرة في الامانة ان يؤدي الانسان مثل النقد اذا صار وقت بذله ، لان الشرط اعطاعينه فاشترى لنفسه داراً ليسكنها وبذل مال المضاربة لانه يريد التجارة بمال المضاربة

مسألة - ٥٩ - 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 لا يخلو من اشكال ، فان قاعدة قبول قول من لا يعرف الا من قبله لا تخلو 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 - 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 بسم 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 أولاً : انه اخص لماعرفت من امكان ان لا يكون خائناً .

وثانياً : ما عرفت من عدم التلازم بين الخيانة وبين عدم سماع قوله لقاعدة ما لا يعرف الا من 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 ما لا يعرف الا من قبله .

(مسألة - ٥٩ - لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربة وادعى القابض انه

اعطاه قرضاً يتحالفان

اعطاه قرضاً يتحالفان) لان كل واحد منهما مدع ومنكر - كما علله بذلك جامع المقاصد - قال: فان العامل يدعى خروج المال عن ملك المالك ، والمالك ينكره والمالك يدعى استحقاق عمل العامل في مقابل الحصة بالقرض 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 السيد البروجردى قال: وفيه وجه آخر ان القول قول المالك، لان القابض مقر بعد الاجرة لعمله، وانه عمل لنفسه والمالك مقر بثبوت حصة من الربح للقابض فينحصر النزاع في غير تلك الحصة والعامل يدعيه بالاقراض المخالف للاصل فيحلف المالك على نفيه ويحكم له به .
وأما دعوى المالك للقرض فغير ملزمة لا يتوجه بها حلف على منكرها - انتهى .

وكأنه أخذ من القواعد حيث قال: لو ادعى 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 أولاً: ما تقدم من ان الربح تبع لكلا المال والعمل لا للمال فقط .
وثانياً : ان الاعتبار بمصعب النزاع لا الغرض المقصود، وقد سبق ان هذا هو بناء المشهور المستفاد من الادلة - كما ذكرناه في [كتاب القضاء] - كما يظهر 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، ولا معارض له هنا، وقال ثانيهما: اذا كان المعيار في تشخيص المدعى والمنكر مصعب الدعوى فلا ريب في ان المقام من التداعي ، لان كلا

فان حلفاً أو نكلاً كان للمقايض 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 الاول: أن لأصل في المقام ، فان المال قبل عقد القراض عليه غير المال بعد عقد القراض فلاتمامية لاركان الاستصحاب .

وعلى الثاني: ما تقدم من ان التشخيص بالمصعب لبالغرض المقصود، وبذلك ظهر وجه الاشكال في كلام السيد الجمال، حيث جعل النزاع من باب المدعى والمنكر دون التداعي، لكن على تفصيل فراجع تعليقه .

وكأنه لما ذكرناه سكت جملة من الاساطين على المتن منهم السيد ابن العم وغيره .

(فان حلفاً أو نكلاً) فيما ليس لاحدهما بينة كما هو واضح (كان للمقايض أكثر الامرين من اجرة المثل والحصة من الربح) كما عن التحرير والايضاح وجامع المقاصد وغيرهم ، وعن القواعد بنساءً على التحالف وعلوه بانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به وهو يدعى كله، وان كانت اجرة المثل أكثر، فالقول قوله بيمينه في عمله، كما ان القول قول رب المال في ماله فاذا حلف قبل قوله في انه ما عمل بهذا الشرط ، وانما عمل بعرض لم يسلم له فيكون له اجرة المثل .

اقول : لا يخفى ما في هذا التوجيه، اذ لوجه لملاحظة اجرة المثل مطلقاً، فان المالك يدعى ان الزائد على الحصة له، والعامل يدعى ان كل الربح له ، فهما متفقان على انه لأجرة مثل للعامل ، فمن أين جاءت اجرة المثل ؟ وعليه

فاللازم اعطاء العامل الحصة من الربح - حسب ما يدعيه المالك من القراض - .
 أما الزائد على الحصة فهما يتنازعا 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 مائة ، 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 : للمقايض
 الحصة من الربح ويقسم الزائد بينهما . و قال بعض المعلقين : أما ما ذكره
 بعض آخر من الاقراء في الزائد ففيه انه خلاف ما ثبت في المليات 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 منكرأ ، فاذا حلف المالك ثبت قوله وبطلت دعوى العامل -
 انتهى .

اذ فيه أولاً: عدم تمامية اركان الاستصحاب حتى يجري الاصل في المقام.
 وثانياً: الملاحظ مصب الدعوى، لا الغرض المقصود منه أو أوله، فاذا حلغا
 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 قرصاً كان
 الزائد للعامل، وان كان قرصاً كان للمالك، مدفوع بأن قاعدة العدل أصل في مقام
 الجهل كدرهمي الودعي وارث الخنثى من الموارد المتعددة التي حكم بذلك
 الشارع .

الا اذا كانت الاجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها لاعترافه بعدم استحقاقه أزيد من الربح

ومما تقدم ظهر انه لا مجال لقول المصنف: (الا اذا كانت الاجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها، لاعترافه بعدم استحقاقه أزيد من الربح) اذ قد تقدم أنه لا موقع 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 لا لاجل التخلص من التبعة، بل لاجل ان كلا منهما يزعم ما يقوله 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 قرضاً لم يلزم عليه شىء، 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 فلاحق لي في الربح، وقال العامل: بل قراض فلك حق الربح كانت الحصصة التى يعطيها العامل معلقة فيكون الاخذ لها الحاكم، وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة ان الحكم مع اصرارهما على الرضى التنصيف، لقاعدة العدل، وعليه فلا وجه لقول المصنف .

مسألة - ٦٠ - اذا حصل تلف أو خسران فادعى المالك أنه أقرضه وادعى العامل أنه ضاربه قدم قول المالك مع اليمين

(مسألة - ٦٠ - اذا حصل تلف أو خسران فادعى المالك أنه أقرضه) فلا تبعه 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 والتذكيرة والتحريير 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 تؤديه 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 لأصل في وضع اليد، لان وضع اليد على قسمين يدأمانة 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، والافلاصل ايضاً براءة ذمة العامل، فالمالك مدع ايضاً ان قيل هذا الاصل زال بتحقيق اثبات يده على مال المالك المقتضى لكونه في العهدة .

قلت: اليس كل اثبات يد على مال أحد يقتضي كونه في العهدة؟ لانه 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 [مأخذت] فان قيل: الاصل الضمان الا ماخرج ، كان اللازم لمدعي الخروج الاثبات

وان قيل: لأصل، بل اليد الضمانية وغير الضمانية في حد سواء كل يريد الاثبات كان المقام من التداعي وأن قيل: الاصل عدم الضمان - باعتبار برائة الاخذ - الا ماخرج، كان اللازم لمدعي الضمان الاثبات، وقد اختلفوا في مسألة اختلاف الراكب ، ومالك الدابة في انها عارية فلاجرة 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: وعلمه الجواهر باصالة احترام مال المسلم كدمه وعرضه مما لازمه الضمان الا ماخرج، والمسألة سيالة .

ومما تقدم ظهر وجه النظر في كلام السيد البروجردى، حيث اختار تقديم قول المالك مستدلا باصالة الضمان في الاموال التالفة عند غير مالكةا 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 جعلالة، وقال الاخر: انه اجارة ، الى غيرهما كلاجارة والمزارعة أو المساقاة ، الى غير ذلك ، فانه لأصل بعد عدم موافقة الاصل لاحدهما فسي المصعب وعدم النظر الى أول الدعوى .

مسألة - ٦١ - لو ادعى المالك الابضاع والعامل المضاربة

يتحالفان

هذا كله مقتضى القاعدة الاولى ، وان كان يظهر من غير واحد من الروايات خلاف ذلك .

مثل صحيح اسحاق بن عمار قال : سألت أبا الحسن عليه السلام ، عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت فقال الرجل : كانت عندي ودیعة ، وقال الآخر : انما كانت لي عليك قرصاً ، فقال عليه السلام : المال لازم له ، الا ان يقيم البينة انها كانت ودیعة .

وصحیحة محمد بن مسلم ، عن ابي جعفر عليه السلام ، انه قال في رجل رهن عند صاحبه رهناً فقال : الذى عنده الرهن ارتهنه عندي بكذا وكذا ، وقال الآخر : انما هو عندك ودیعة ، فقال عليه السلام : البينة على الذى عنده الرهن انه بكذا وكذا ، فان لم يكن له بينة فعلى الذى له الرهن اليمين .

وعن عباد بن صهيب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن متاع في يد رجلين احدهما يقول استودعتك والآخر يقول : هو رهن ، قال : فقال القول قول الذى يقول : هو انه رهن ، الا ان 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 والودیعة وغيرهما .

(مسألة - ٦١ - لو ادعى 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 فلا وجه لجعل

احدهما مدعياً والآخر منكراً - بعد ان عرفت ان العبرة بمصعب الدعوى، لابعاء له والغرض المقصود منه - 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 فلا وجه 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 بلاجرة أو باجرة المثل وهى أقل من الحصص المدعاة من الربح الحاصل لامباينة لها، وأما مع تساويهما، أو كونه الاجرة أكثر فالظاهر عدم توجه الحلف اليهما، بل يحكم له بالحصص اخذاً باقرارهما.

وقال الثاني الظاهر تقديم قول المالك بيمينه وجه النظر ان الملاحظ في الدعوى المصعب، لا الغرض وكلام الاول مبنى على ملاحظة الغرض وكلام الثاني ناظر الى كون الاصل ان الربح تابع للمال فالعامل المدعى خلاف ذلك يحتاج الى البينة، وقد سبق عدم تمامية ذلك وان الربح تابع للمال والعمل معاً، فاللازم ملاحظة مصعب الدعوى والتحالف وعليه فلافق بين كون مدعى الابضاع يدعيه باجرة كما يظهر - من كلام المصنف اخيراً - أو بلاجرة، كما هو الابضاع المصطلح عليه عند المشهور، فان نتيجة الدعوى الاستحقاق وعدمه او مقدار الاستحقاق. أما الدعوى فليست في ذلك، كما لو ادعى احدهما الدوام والآخر المتعة حيث يختلف وجوب النفقة وعدمها، أو قالت: كان زنا باكره فالمهر، وقال: بل بدون اكره فلامهر. الى غير ذلك من الامثلة.

ومع الحلف أو النكول منهما يستحق العامل أقل الامرين من الاجرة والحصة من الربح

(ومع الحلف أو النكول منهما) حيث لا بينة (يستحق العامل أقل الامرين من الاجرة والحصة من الربح)، كما قال بذلك العلامة وغيره على تقدير القول بالتحالف في الابضاع الذي يكن مع الاجرة .

أما الابضاع بلا اجرة ، على ما يدعيه المالك فالنزاع في أصل استحقاق العامل ، وذلك لان الحصة لو كانت أقل لم يدع العامل أكثر منها وهو يعترف بانه لا يحق له أكثر من الحصة ، وان كانت الاجرة أقل وان كانت الاجرة أقل، فالعامل وان كان يدعي الاكثر منها ، الا انه لا دليل 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 صورتتي التحالف والنكول ، وهذا التعليل انما يناسب صورة التحالف لا صورة النكول .

ومنه يعلم ان قول السيد الجمال ان المسألة مشكلة وذات وجوه ، محيل نظر ، هذا ان كان على تقدير البضاعة اجرة المثل، أما اذا لم تكن اجرة ، فهل يقدم قول المالك ، كما ذكره غير واحد من المعلقين لاصالة عدم شيء للعامل حيث ان ادعائه المضاربة اذالم يكن له بينة يقابل باصالة العدم في طرف المالك فيحلف المالك وينتهي النزاع ولا شيء للعامل ، أو ان المقام من التحالف ايضاً لان مصب الدعوى هو المعتبر ، وربما لا يريد العامل بدعواه المضاربة الحصة و انما يريد مطلباً آخر ، مثل كونه مشغلاً بخدمة الناس مثلاً ؟ احتمالان ، وان كان

الظاهر الثاني لما تقدم من ان العبرة بمصعب الدعوى والبضاعة والمضاربة عنوانان كالأجارة والوديعة والرهن والعارية .

ومنه يعلم ان ما في بعض الحواشي من ضعف احتمال التحالف لعدم جريان اصالة عدم البضاعة ضعيف حتى في صورة عدم شئ للعامل في البضاعة فكيف بصورة الاجرة له . وقول آخر لا اثر لنفى الابضاع، وانما الاثر لنفى القراض فيقدم قول المالك مع يمينه، محل اشكال لما عرفت من الاثر حتى في صورة الابضاع مجاناً، وربما توهم انه لا شئ للعامل، لان الحصصة سقطت بيمين المالك والاجرة سقطت بانكار العامل لها .

وفيه ان كليهما يتفقان على شئ للعامل من الربح أو خارجه وانما الساقط الخصوصية فهو كاتفاقهما على ان المقرض يطلب من المقرض ديناراً أو درهماً فاللازم براءة الذمة ، وان اختلفا في انه دينسار او درهم . الى غير ذلك من الامثلة .

نعم اذا لم يكن الجامع - في المرافعات - لم يمكن العلاج بعد نفى الخصوصية، كما اذا ادعى انه زوجه بنته فاطمة، وادعى الاب تزويجه بخديجة فانه لا يمكنه اخذ احديهما، وان علم زوجية احديهما له في الجملة .

نعم لا يقدر هو ان يأخذ الخامسة والاموما أشبهه، كما لا يقدر الاب تزويج فاطمة ومثله الكلام في القتل المردد حيث لا يمكن القصاص من أحد المشتبهين بانه قاتل، وان امكن توزيع الدية عليهما ، لقاعدة العدل على ما ذكرناه في [كتاب القصاص] وغيره .

ثم ان كانت الاجرة مبنية للحصصة، كما اذا كانت الاجرة باعتراف المالك شاة والحصصة التي يدعيها العامل ديناراً كان اللازم أقل الامرين منهما، أو أقل الامرين من القيمة السائدة بينهما مما يسمى بالساروح الاقتصادي الجسارى 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 الاقربىة لاتنفع بعد انكار الاخر بخلاف الروح السائد بين الشاة والدينار فانهما يتفقان على ذلك الروح السائد بين كليهما - وهذا فيما اذا لم تكن الاجرة والحصة متحدتين جنساً ، والافلا مجال لهذا الكلام- .

(ولو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربة لدفع الاجرة) اى التخلص منها ، وقوله : [لدفع] من باب لام العاقبة، مثل ليكون لهم عدواً وحرزناً والافقد يكون النزاع لزعم كل منهما انه الواقع حقيقة- كما تقدم - .

(وادعى العامل الابضاع) باجرة، فقد تقدم ان الابضاع قسمان، فقد يكون تبرعاً وقد يكون باجرة (استحق العامل بعد التحالف) منهما أو النكول منهما - حيث لا بينة - (اجرة المثل لعمله) وذلك لما تقدم من ان المناط مصب الدعوى لأوله، والغرض منه.

ومنه يعلم، ان قول السادة ابن العم والبروجردى والحكيم بأن المسألة من باب المدعى والمنكر، واذلا بينة للمالك يحلف العامل غير ظاهر الوجه.

قال في المستمسك: لا يخفى ان دعوى المالك المضاربة اذا كان يقصد بها دفع الاجرة عن نفسه فيكون العمل بلاعوض كان حينئذ مدعياً المخالفة قوله لاصالة ضمان عمل العامل ، وكان العامل مدعى للاجرة منكرأ لموافقة قوله للاصل المذكور، فاذا لم يقم المالك البينة على المضاربة حلف العامل وثبتت له الاجرة، فالمقام من باب المدعى والمنكر- انتهى .

مسألة - ٦٢ - اذا علم مقدار رأس المال ومقدار حصة العامل
واختلفا في مقدار الربح الحاصل فالقول قول العامل كما انهما لو
اختلفا في حصوله وعدمه كان القول قوله ولو علم مقدار المال
الموجود فعلا بيد العامل واختلفا في مقدار نصيب العامل منه

ومنه يعلم، وجه النظر في جملة اخرى من التعليقات فراجع كلامهم .

(مسألة - ٦٢ - اذا علم مقدار رأس المال) كمأة مثلا (ومقدار حصة العامل)
كنصف الربح مثلا (واختلفا في مقدار الربح الحاصل) هل هو عشرون حتى يكون
للمالك عشرة أو عشرة 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 امين، 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 امين؟ أو المالك لاصالة عدم الربح، ومعنى كون
المالك أميناً في الضرر ونحوه لافي الربح، لان الضرر ونحوه منصرف أدلة
امانته، وحيث لا يكون مجال لدليل امانة العامل كان أصل عدم الربح محكماً،
فيكون القول للمالك، احتمالان، لا يبعد الثاني، ويكون اللازم على العامل ايصال
حصة المالك من الربح - على ما يقوله - 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 -

مثلا - (واختلفا في مقدار نصيب العامل منه) فقال المالك انه ثمانية، وقال العامل:

فان كان من جهة الاختلاف في الحصصة 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 أصلاً وربحاً

بل اثني عشر .

(فان كان من جهة الاختلاف في الحصصة) المقررة للعامل (أنها نصف) فاثني عشر (أوثلث) فثمانية - نفرض توافقهما ان الربح أربعة وعشرين لان اصل المال مائة (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 - اي النصف في المثال - كان الاصل معه، لان المدعي من يخالف قوله الاصل، وعليه فان لم يكن للمالك بنية حلف العامل وكان له ما يدعيه، 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 يدعي ان المائة والعشرة الحاضرة عشرون منه ربح فلي عشرة، لان رأس المال كان تسعين والمالك يقول: بل رأس المال مائة فلك خمسة.

(ف) المصنف يرى ان (القول قوله) قول المالك (أيضاً ، لان المفروض أن تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلاً وربحاً) لان عندهم ربح المال كله للمالك ، وانما يخرج شيء منه من كيس المالك الى العامل حسب عقد

ومقتضى الاصل كونه بتمامه للمالك الا ما علم جعله للعامل واصالة
عدم دفع ازيد من مقدار كذا الى العامل لا تثبت كون البقية ربحاً مع
أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح ازيد من مقدار كذا فيبقى
كون الربح تابعاً للاصل الا ما خرج

المضاربة .

(ومقتضى الاصل كونه بتمامه للمالك الا ما علم جعله للعامل) اي ما جعل -
وذكر العلم من باب الطريقة - .

(و) انقلت: الاصل ان المالك لم يدفع ازيد من التسعين الى العامل وعليه
فالتفاوت بين التسعين وبين المائة وعشرة ربح للعامل نصفه وهو عشرة .

قلت : (اصالة عدم دفع ازيد من مقدار كذا) مثل التسعين في المثال (الى
العامل لا تثبت كون البقية) العشرين (ربحاً) لانه من اللوازم العقلية ومثلها لا تثبت
بالاستصحاب حيث ان بناء المحققين عدم حجية الاصل المثبت .

(مع أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح ازيد من مقدار كذا) كالعشرة -
حسب ادعاء المالك - فيتساقط الاصلان ، وحيث ان الربح للمالك الا بمقدار
علم خروجه لم يكن للعامل الا خمسة - في المثال - .

واليه اشار بقوله: (فيبقى كون الربح تابعاً للاصل الا ما خرج) وكان الاولى
ان يقول المصنف : الاصل المثبت ان كان حجة تعارض الاصلان [اذ الاصل
الثاني ايضاً مثبت ، لما ذكره المستمسك من أنه لا يثبت كون الربح الموجود
للمالك الابناءً 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 الاماعلم 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، أمامتفق 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 فلا اشكال
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 ولا خلاف في ان اللزم اعطائه الى مالكة، 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، ولا يخفى ان البيئته 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) لا اشكال
في حق المالك، وله أقسام ثلاثة:
لانه أما على نحو الشركة ، كما اذا كان الميت يطلب مائة دينار من زيد نصفه

ويكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة

للمالك ونصفه لنفسه فتقاضاها، فان المائة 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 -
اذا لم نقل بحصول الشركة القهرية بعد خلطهما ، كما قيل بذلك في دراهم
الودعيين - .

وأما على نحو الكلي في المعين، كما اذا اشترى من مال المضاربة لنفسه
على نحو الكلي في المعين ، أو اشترى من مال نفسه لاجل المضاربة على نحو
الكلي 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 وتفریط كان من الجميع بالنسبة ، فاذا تلف دينار كان الذهاب
من كل من الورثة والمالك النصف اذا فرض ان لكل منهما خمسيناً وهكذا يذهب
من احدهما الثلث ، أو الربع اذا كان له ثلث اربع .

وعلى الثاني : فالمحكم في المقام قاعدة العدل ، اذ هذا الدينار الذهاب
قد ذهب من احدهما ، وحيث لاوجه لترجيح احديهما كان اللازم التنصيف ،
وكذا اذا كان مال الميت منحازاً عن مال المضاربة مثلاً في صندوق دنانير المضاربة
وفي صندوق دنانير نفسه ولم يعلم المالك والورثة ان الصندوق الذي سرق كان
لايهما ، فان قاعدة العدل تقتضي تقسيم البقية، وكذا اذا كان من جنسين مثلاً كان
للمالك اثواب وللميت اخشاب ولم يعلم ايهما لايهما، فاحترقت احدهما ، فان الثانية
تقسم بينهما ، وقد ذكرنا قاعدة العدل في [كتاب الخمس والديبات 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
وهو غير ظاهر بل يشكل حتى مع العلم بالامتزاج في المثليات مثل وضع ثوب
في اثواب ، فانه لا يوجب الاشتراك اذا عرف بعينه ، و كذا اذا اشتبه بغيره فانه
لادليل على هذا الاشتراك - انتهى .

فان فيه ما دل على قاعدة العدل المستفادة من النص و دونها لاعلاج
الابالقرعة ، و قاعدة العدل حاكمة عليها ، و لعل اطلاق خبر السكوني شامل
للمقام .

فقدروي عن جعفر ، عن آبائه ، عن علي عليهم السلام ، انه كان يقول : من
يموت وعنده مال المضاربة ، قال عليه السلام : ان سماه بعينه قبل موته ، فقال
هذا لفلان فهو له ، وان مات ولم يذكر فهو اسوة الغرماء .

وعلى الثالث : فهل يحشر المالك مع سائر الغرماء في الضرب بالحصص
لاطلاق الادلة والتي منها خبر السكوني المذكور ، أو ان المالك الذي له الكلي
في العين يعطى حقه كاملا ، كما اذا كان الميت حياً واحترق كل اطنان قصبه
ماعداه ما اشتراه المشتري بنحو الكلي في المعين ، احتمالان ، وان كان الاقرب
الضرب مع الغرماء ، لانه لاوجه لاستصحاب حال حياة الميت بعد تغير الموضوع
عرفأفهننا مال تعلق به حق المالك المضاربي وسائر الغرماء فلا دليل على تفضيل
بعضهم على بعض ، والمسألة بعد بحاجة الى التأمل .

ومنه يعرف وجه التأمل في اطلاق قوله : (ويقدم على الغرماء ان كان الميت

مديوناً لوجود عين ماله في التركة وان علم بعدم وجوده في تركته ولا في يده ولم يعلم أنه تلف بتفريط أو بغيره أوردته على المالك فالظاهر عدم ضمانه

مديوناً لوجود عين ماله في التركة ، اذ فرق بين عين المال وبين الكلي 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 احتتمل ذلك واحتمل خلافه بان احتتمل انه في الذمة : أو في مكان آخر مدفون أو نحو 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 أوردته على المالك) أو وهبه المالك إياه أو ما أشبه مما لا حق للمالك (فالظاهر) انه يضرب مع الغرماء اذا كان ماله أقل من ديونهم ويأخذه المالك كاملاً ان لم يكن كذلك لعموم على اليد ، فانه يدل على لزوم الاداء، الا اذا علم المخرج، وفي المقام لا علم 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 لا يعتبر فيه ان يكون حال الموت ضرورة صدقه مع كون اليد في بعض اناات الحياة، وعلى هذا، كان اللازم على المصنف القول بالضمان فيه كما في الصور الآتية - انتهى .

ومنه يعلم، ان سكوت المعلقين على قول المصنف ظاهر (عدم ضمانه ،

وكون جميع تركته للورثة وان كان لا يخلو عن اشكال بمقتضى بعض الوجوه الاتية وأما اذا علم ببقائه في يده الى ما بعد الموت (١) ولم يعلم أنه موجود في تركته الموجودة اولاً بأن كان مدفوناً في مكان غير معلوم، أو عند شخص آخر أمانة أو نحو ذلك (٢) أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده بحيث لو كان حياً أمكنه الايصال الى المالك (٣) أو شك في بقاءه في يده وعدمه أيضاً

وكون جميع تركته للورثة) غير وجهه، وان قال: (وان كان لا يخلو 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 موجود في تركته الموجودة) في ايدي الورثة- مثلاً- (أولاً بأن) احتمال 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) أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده) بخلاف الصورة الاولى حيث لا يعلم بانه موجود في التركة أم لا؟ فانه ان علم ببقائه في يده يكون- على صورتين- لانه أما لا يعلم بوجوده في التركة.

وأما يعلم بعدم وجوده في التركة (بحيث لو كان حياً أمكنه الايصال الى المالك (٣) أو شك في بقاءه 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 ما اخذت 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) كالأجارة والعارية (مختلفة) كما لا يخفى على من راجع الشرائع والقواعد وشروحيهما في الكتب المذكورة :

(والاقوى الضمان في) كل الصور الثلاث.

أما في (الصورتين الاوليين) علم ببقائه في يده ولم يعلم انه موجود في تركته، أو علم بعدم وجوده في تركته - (لعموم قوله عليه السلام) المروى في مستدرك الوسائل، باب الغصب، رواه عن ابي الفتوح والغوالي، المجمع على العمل به في مختلف الابواب حتى انه الاصل والخارج يحتاج الى الدليل (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) حيث ان المراد باليد الاستيلاء، وان لم يكن اخذاً باليد - على ما هو المتفاهم عرفاً من ان المراد باليد المثال لا الجارحة - وبالاداء الارجاع الى استيلاء المالك ولو كان بصرفه فيما امر المالك، كما لو قال اعطه للفقير أو ألقه في البحر في مثل السفينة المشرفة على الغرق، الى غير

حيث ان الاظهر شموله للامانات أيضاً ودعوى خروجها لان المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة ، بأن غاية ما يكون خروج بعض الصور منها ، كما اذا تلفت بلا تفریط أو ادعى تلفها كذلك اذا حلف

ذلك من الامثلة.

(حيث ان الاظهر شموله للامانات أيضاً ،) مالكية كانت أو شرعية ، كشموله لليد العدو انية ، لان الشمول هو مقتضى الاطلاق ، فأحتمال عدم الشمول لعدم الاطلاق ، أول الانصراف بعد تسليم الاطلاق غير ظاهر الوجه اذ لا وجه لاحتمال عدم الاطلاق .

أما احتمال الانصراف فسيأتي وجهه مع جوابه ، بل يشمله ايضاً قوله عليه السلام : لا يتوى حق امرء مسلم فانه كان حقاً له يحتاج خروجه عن حقه الى دليل .

وكذلك قول علي عليه السلام كما في غضب المستدرك ، عن الدعائم : لا يجوز أخذ مال المسلم بغير طيب نفس منه .

ومثله ما في الكتاب المذكور ، عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المسلم اخو المسلم ، لا يحل ماله الا عن طيب نفس منه . الى غير ذلك من امثال هذه الروايات الشاملة لكل أقسام اخذ أموال الناس الا ما خرج .

(ودعوى خروجها لان المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة ، بأن غاية ما يكون) من الخروج (خروج بعض الصور منها ، كما اذا تلفت بلا) تعد أو (تفريط) حيث ان الشارع حكم بعدم الضمان حينئذ (أو ادعى 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 لا بد 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 والولى والشريك وعامل المضاربة والعامل في الزراعة والمساقات والجعالة، الى غير ذلك - انتهى .

غير ظاهر الوجه، اذ كل من ذكره لا بد لهم من الرد الا اذا تلف من غير تفريط، فمن اين يلزم تخصيص الاكثر، وقد جعل الفقهاء في مختلف كلماتهم الرواية اصلاً حتى اذا ارادوا الاخراج منها ذكروا للاستثناء دليلاً، وهذا دليل فهمهم الاطلاق، فالامانات ليست خارجة، بل كلها داخلية، وانما الخارج ما تلف بدون تعدد، كما يستفاد من ليس على الامين الا اليمين.

ومنه يعلم وجه النظر في تعليقات السادة ابن العم والجمال والبروجردى 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 يكون ما كان في يده الى موته مال الغير اسقط اعتبارها في جميع اطرافه بالنسبة الى القدر المعلوم، فعلى هذا يكون المضارب مقدماً على الغرماء لأسوة لهم - انتهى .

وذهب جمع آخر من المعلقين الى عدم الضمان في الصورتين، لانه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية بعد الاعتراف من المصنف بخروج بعض الصور مع احتمال كون محل النزاع منه .

اذ يرد على الاول: بان العلم ببقائه في يده الى ما بعد الموت [اي الصورة الاولى من الصور الثلاث] يكفي في شمول على اليد، واستظهار السيد الجمال اختصاص الضمان بما اذا كان مفرطاً في ترك الوصية به، والافلا قوى عدمه - انتهى .

فيه: انه اذا لم يفرط في ترك الوصية، فما الذي يخرج المقام عن دليل اليد. وعلى الثاني: انه لا وجه لخروج الامانات لما عرفت في جواب المستمسك، فان الاطلاق شامل لها وانما الخارج صورة ما علم عدم التفريط والتعدي. وعلى الثالث: انه لم يعلم وجه قوة عدم الضمان في الصورة الثانية مع شمول على اليد، وأما جعله «ره» الصورة الاولى من باب العلم الاجمالي، ففيه: انه ان تم ما ذكره 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 ما ذهب اليه جمع من المعلقين من كون الصورتين من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، ففيه ان المقام ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، بل من قبيل التمسك بالعام فيما لم يعلم هل انه خرج عن العام بالمخصص أم لا؟ فالاول: مثل أن يقول المولى: كل خمر حرام، فاذا لم يعلم ان هذا المائع خمر جاز تناوله، لانه لا يمكن التمسك بكل خمر حرام لاثبات فردية هذا المشكوك لكلي الخمر .

والثاني: كما اذا قال المولى: اكرم كل عالم، وعلمنا بأن الفاسق لا يكرم،

وأما صورة التفريط والاتلاف ودعوى الرد في غير الوديعة ودعوى التلف والنكول عن الحلف

وكان زيد عالماً عادلاً، وشككتنا في فسقه، فان التمسك لا كرامه باكرم كل عالم ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، 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؟ فاللزام التمسك بالعام حتى يثبت المخرج - والمفروض انه ليس بثابت - .

والحاصل: ان التمسك بالعام في الفرد الذي لم يعلم خروجه منه ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، وانما التمسك بالعام في الفرد الذي لم يعلم دخوله في العام هو من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

(و أما صورة التفريط) في الامانة حتى تلفت (و الاتلاف) الذي يسمى بالتعدى .

(ودعوى الرد في غير الوديعة) حيث ان المشهور بينهم ان دعواه لا تقبل الا بالبينة.

نعم، المشهور ان دعوى الرد في الوديعة مقبولة باليمين، كما تقبل دعوى التلف، ولا يخفى ان دليل ليس على الامين الا اليمين قبول الدعوى في كل أقسام الامانة، ولا خصوصية للوديعة، وتفصيل الكلام في ذلك في 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 في كلي المدعي.

ومنه يعلم، وجه النظر في قول المستمسك بثبوت الضمان في هذه الصورة

فهى باقية تحت العموم ودعوى أن الضمان فى صورة التفريط والتعدى 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 فى دعوى التلف فلم تجوز الخيانة - انتهى .
اذ ليس ذلك لاجل الخيانة بل لما ذكرناه .

(فهى باقية تحت العموم،) عموم على اليد، ولا يتوقف بقائها تحت العموم على تحقق الخيانة - كما قاله المستمسك - فتحصل : ان [على اليسد] شامل لليد الامانية .

ان قلت: لاضمان فى يد الامانة .

قلت: بل ضمان الا اذا تلف بدون التعدى والتفريط .

ان قلت: لانسلم الضمان فى يد الامانة من باب على اليد، بل من باب الخروج الموضوعى [اي عدم الضمان فى يد الامانة، وهذه يد خيانة حيث التعدى والتفريط] أو لدليل خارجى .

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] الثانى وجوابه بقوله: (ودعوى أن الضمان فى صورة التفريط والتعدى من جهة الخروج عن كونها أمانة) فان التعدى والتفريط نوع من الخيانة، لان المالك ائتمن الامين ببقاء العين فى صورة الحفظ، فاذا لم يحفظها لتعد، أو لتفريط لم يكن أميناً من قبل المالك فيكون داخلًا فى عموم على اليد .

أومن جهة الدليل الخارجى كما ترى لاداعى اليها ويمكن ان يتمسك
بعموم ما دل على وجوب رد الامانة وبدعوى أن الرد أعم من رد العين
ورد البديل، واختصاصه بالاول ممنوع

(أو من جهة الدليل الخارجى) الذى يدل على الضمان، وان لم تكن خيانة
والحاصل انه لا ضمان في يد الامانة، فقولكم [مدفوعة] غير تام، ويبقى الاشكال
الذى ذكرناه بقولنا: [ودعوى خروجها] على حاله، وقد أجاب المصنف عن
اشكال [ودعوى ان الضمان] بقوله: (كما ترى لاداعى اليها) فليس الضمان من
جهة الخيانة، أو دليل خارجى، بل الضمان من جهة اطلاق [على اليد] واي
مانع فى اطلاق على اليد حتى لا يتمسك به .

(ويمكن ان يتمسك) للضمان في الصورتين السابقتين -بالاضافة الى على
اليد- (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 تكليفى محض لا يقتضى ضماناً، ولا اشتغال ذمة بالعين ليتعلق ذلك
الحق بالتركة الى آخره، غير ظاهر الوجه بعد ظهور الوجوب التكليفى في
الماليات على استتباعه للحكم الوضعى، ولذا فهم الفقهاء من آية الخمس و
الزكاة ونحوهما الوضع.

(و) ان قلت: ظاهر الايقرد العين، وقد فرض ان العين ليست في التركة،
أولا يعلم وجود العين في التركة - كما تقدم في الصورتين -.

قلت: الاشكال غير وارد (بدعوى أن الرد أعم من رد العين ورد البديل، و
اختصاصه بالاول ممنوع) وحيث قد عرفت ان هذا الجواب جواب عن الايراد
الذى ذكرناه بقولنا: وان قلت ظاهر الآية، فلامورد لاشكال جملة من المعلقين

الاترى أنه يفهم من قوله عليه السلام : المغصوب مردود وجوب عوضه عند تلفه هذا مضافاً الى خبر السكوني عن علي 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 العاتن، منهم السيدان الحكيم والجمال، بأن الضمان لو ثبت كان أعم من العين والبدل .

وأما مع عدم ثبوته ، كما هو مفروض المقام فلا مجال لهذه الدعوى واثبات الضمان بها ، لانه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

(الاترى أنه يفهم من قوله عليه السلام : المغصوب مردود) كما ذكره الوسائل في 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 اشبهه و منع الفهم من ذلك، بل هو من جهة ضمان المغصوب لامن جهة وجوب رده - كما في المستمسك - خلاف ما يفهمه العرف ، بل الضمان لم يفهم الامن أمثال تلك العبارة .

(هذا) وجه الاستدلال لضمنان الصورتين بدليل على اليد وبآية رد الامانة (مضافاً الى خبر السكوني) الذي رواه الشيخ ، عن جعفر، عن آبائه عليهم السلام (عن علي عليه السلام انه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة؟ قال ان سماه بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان فهو له) أي لا يشره الغرماء فيه ولا يضرب معهم (وان مات ولم يذكر فهو اسوة الغرماء) والاشكال على سند الحديث بعدم ثبوت وثيقة النوفلي، مدفوع بأن ابن محبوب من أصحاب الاجماع، وعلى

وأما الصورة الثالثة فالضمان فيها ايضاً لا يخلو عن قوة لان الاصل بقاء يده عليه الى ما بعد 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 بمادل على اختصاص ضمان العامل بصورة التفريط أو التعدي ، فمع الشك في التفريط أو التعدي لا وجه للتمسك به - انتهى .

محل نظر، فمن اين هذا التخصيص، فقد عرفت سابقاً ان دليل اليد ، و الاية شاملان لكل أنواع اليد الا ما خرج ، والمفروض في المقام عدم الدليل على الخروج .

(وأما الصورة الثالثة) وهي مالو شك في بقائه في يده وعدمه (فالضمان فيها ايضاً لا يخلو عن قوة) وذلك لعدم على اليد من غير حاجة الى استصحاب بقاء يده عليه الى حال الموت، اذ المخرج له عن الضمان صورة تلفه بلا تفريط فاذا لم يعلم بالمخرج كان اللازم التمسك بالعام، وقد تقدم انه ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية .

ومنه يعلم ، ان تعليل المصنف للحكم المذكور بقوله: (لان الاصل بقاء يده عليه الى ما بعد الموت)، لا يخلو 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 في 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 براءة ذمته من العوض والمرجع بعد التعارض قاعدة اليد المقتضية لملكيته مدفوعة بأن الاصل الاول حاكم على الثانى هذا

بالرد عند 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 أو الفتوى بعدم الضمان. (و اذا لم يمكنه ذلك) اى الرد عند المطالبة (لموته ليسؤخذ من تركته بقيمته) ومن الكلام فى الموت يظهر الكلام فى كل مالم يمكن الوصول اليه لجنون وأغماء وفقدان بالضياح وسجن لايمكن الوصول اليه ، اذ الدليل فى الكل واحد .

(ودعوى ان الاصل المذكور) أصل بقاء اشتغال ذمته بالرد عند المطالبة (معارض باصالة براءة ذمته من العوض) فيتساقطان.

(والمرجع بعد التعارض قاعدة اليد) فى 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 فى الحكم، واشكال المستمسك بأن الاصل الموضوعي لامجال له قد تقدم جوابه .

(هذا) الذى ذكرناه فى رد من ادعى ان قاعدة يد العامل تقتضى ملكيته،

مع انه يمكن الخدشة في قاعدة اليد بأنها مقتضية للملكية اذا كانت مختصة وفي المقام كانت مشتركة والاصل بقاؤها على الاشتراك

حيث سلمنا قاعدة اليد، وانما كان ردنا بان الاصل الاول حاكم على الثاني .
(مع انه يمكن الخدشة في قاعدة اليد) فليست قاعدة اليد مرجعاً بعد التعارض (بأنها مقتضية للملكية) ملكية ذي اليد (اذا كانت مختصة) بأن لم يعلم ان تحت يد العامل مال غيره .

(و في المقام كانت مشتركة) لان تحت يد العامل مال نفسه ومال غيره (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 يد العامل مال نفسه، وهذا الاصل مخدوش، لان أصل كل ماتحت يده لنفسه انما يجرى في اليد المختصة، لا اليد المشتركة ، والمفروض ان يد العامل كانت مشتركة فيستصحب بقاء اشتراكها 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 أحد الاصلين ولاتخالفه، فالرجوع اليها بعد المعارضة غير ظاهر، الى آخر كلامه .

غير ظاهر الايراد على المصنف، كما ان قول بعض الحواشي اليد امانة الملك بالنسبة الى التركة الموجودة مالم يعلم باشتغالها على ملك الغير ، ولا

بل فى بعض الصور يمكن ان يقال : ان يده يد المالك من حيث كونه عاملاً له كما اذا لم يكن له شىء أصلاً فأخذ رأس المال وسافر للتجارة ولم يكن فى يده سوى مال المضاربة فاذا مات يكون مافى يده بمنزلة مافى يد المالك

علم فى المقام، محل منع، اذ لاحتاج الى العلم الوجدانى، بل العلم التنزىلى باستصحاب بقاء ملك المالك تحت يد العامل كان فى الحكم بعدم دلالة يد العامل على ملكيته لكل التركة.

والحاصل: ان اليد اذا لم تكن معلومة الاشتراك كانت حاكمة على ان كل ما تحتها لى اليد، أما اذا كانت معلومة الاشتراك - علماً وجدانياً أو بامارة و نحوها كالاستصحاب - لم تحكم اليد بملكية كل ما تحتها لى اليد فالاشتراك السابق الموجب للضمان باق الى الان .

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام المستمسك فراجع شرحه على قول الماتن

[اذا كانت مختصة] .

(بل فى بعض الصور يمكن ان يقال:) لاتجرى قاعدة يد العامل دليل على ملكه للتركة، فلا شىء للمالك فيها لـ (أن يده يد المالك من حيث كونه عاملاً له،) وتحت يده مال المالك فقط .

(كما اذا لم يكن له شىء أصلاً فأخذ رأس المال و) اتسجر به أو (سافر للتجارة ولم يكن فى يده سوى مال المضاربة) حيث يكثر أن يكون المال من شخص والعمل من شخص آخر (فاذا مات) العامل (يكون مافى يده بمنزلة ما فى يد المالك،) فلا تجرى قاعدة ما فى يد انسان هو لى اليد حتى يثبت خلافه، بل القاعدة هنا ان ما فى يد انسان [العامل] هو لغيره حتى يثبت انه

وان احتتمل 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 احتتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال) فلما 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 مجالاً 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 يحمتمل انه انتقلت اليه أو غيرها ، فقول المستمسك : واطهر 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 - انتهى ، محل منع .

(وفي بعض الصور يده مشتركة بينه وبين المالك ، كما اذا سافر) أولم 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 لا يعد يده مشتركة أيضاً فالتمسك باليد بقول مطلق مشكل ثم ان جميع ما ذكرنا هو اذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطاً والافلااشكال في ضمانه .

الثانية : ذكر وامن شروط المضاربة التنجيز

(نعم في بعض الصور لا يعد يده مشتركة أيضاً) كما اذا علمنا انه يصفى كل مال المضاربة كل سنة مرة مثلاً، ويأخذ المال من جديد ولم نعلم هذا الان بعد التصفية أو قبلها، وكذلك اذا علمنا انهما عقدا عقد المضاربة ، ولم نعلم هل سلم المالك المال الى العامل أم لا؟ ومات العامل وادعى المالك انه سلمه، وان بعض هذه الدنانير في تركة العامل له .

(فالتمسك باليد) لكون المسال للعامل للمالك (بقول مطلق مشكل) لما عرفت من اختلاف الصور .

(ثم ان جميع ما ذكر) 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، ولو شك في الافراط فالاصل عدمه حملاً لفعل المسلم على الصحة، وليس الامر خاصاً بالموت ، بل اللازم ذلك عند ظهور امارات عدم القدرة لسجن دائم، أو جنون أو ماشبه، وقد تقدم ان الموت في كلماتهم من باب المثال .

(الثانية: ذكر وامن شروط المضاربة التنجيز) فانه وان لم يذكر هذا الشرط جملة منهم في بعض الكتب ، لكنهم ذكروه في بعض الكتب الاخر في العقود والايقاعات مما يدل على اشتراطهم جميعاً ذلك في كل تلك الابواب، فعن شرح

وأنه لو علقها على أمر متوقع بطلت ، وكذا اذا علقها على أمر حاصل اذا لم يعلم بحصوله نعم لو علق التصرف على أمر صرح وان كان متوقع الحصول ولا دليل لهم على ذلك الادعوى الاجماع على أن أثر العقد لا بد ان يكون حاصلًا من حين صدوره

الارشاد للفخران تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الامامية . وكذا سائر العقود جائزة كانت أو لازمة وعن المسالك في مبحث اشتراطه التنجيز في الوقف ، قال : واشتراط تنجيزه مطلقاً موضع وفاق كالبيع وغيره من العقود ، وليس عليه دليل بخصوصه الى غير ذلك . وقد ذكر الشيخ في المكاسب تفصيل الكلام في ذلك فلا حاجة الى تكراره .

(وأنه لو علقها على أمر متوقع) كظلمة الشمس ، أو قدوم 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 صرح) اذ ليس ذلك تعليقاً في 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 الطلان ، 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 لا بد ان يكون حاصلًا من حين صدوره) ، والا انه 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 في تعليق السيد البروجردي من قوله: لعل دليلهم هو منافات التعليق لتحقق المعاقدة بينهما بحسب اعتبار العقلاء، 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 الامع الجزم، والجزم ينافي التعليق، والا ما عن الخلاف والمبسوط والتذكرة من انه لا دليل على الجواز والصحة اذا لم تكن منجزة، والا أن الانشاء لا يعقل ان يتقدم على المنشأ، فالانشاء غير قابل للتعليق، والا ان العقود والايقاعات الشرعية منصرفة الى المتعارف وهو التنجيز لا التعليق، وفي الكل ما لا يخفى، لان الاجماع ان تم موضوعاً مشكلاً حكماً، لانه محتمل الاستناد، والكيفية المتلقاة من الشارع لا تنقيد بعد ظهورها في أنها إحدى الصور، ووجود الاطلاق المحكم في امثال ذلك، والضرورة في النكاح والطلاق فارقة فكيف يقاس بهما ما لا ضرورة فيه ولا منافات بين التعليق والمعاقدة عند العقلاء، بل الظاهر انهم لا يفرقون بين المعلق وغير المعلق، كما يشهد بذلك الرجوع اليهم، وبعد ذلك لا يبقى مجال لاصالة عدم الصحة، وجواب القواعد انه لماذا لا يكون الرضا الامع الجزم كما ان جواب الشيخ والعلامة ان الدليل اطلاق الادلة بعد كون العقلاء لا يفرقون بين المعلق والمنجز.

أما مسألة تقديم الانشاء على المنشأ ففيه ان الانشاء خفيف المؤنة، ومتعلق العقد أو الايقاع قد ينشأ حالا وقد يجعله انشاءً في المستقبل ولذا قال المستمسك ان التعليق في العقود والايقاعات ثابت في الشريعة مثل الوصية التمليلية والعهدية والتدبير والنذر والعهد واليمين اجماعاً، بل ضرورة عندهم أهل العلم مع انه

وهو ان صح انما يتم في التعليق على المتوقع ، حيث ان الاثر متأخر
وأما التعليق على ما هو حاصل فلا يستلزم التأخير بل في المتوقع ايضاً اذا
كان بنحو الكشف بأن يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي لا يكون
الايثر متأخراً

راجع الى تعليق المنشأ لاتعليق نفس الانشاء، فقول القائل: بعتك اذا جاء رأس
الشهر، يراد به تعليق البيع على مجيء رأس الشهر لا تعليق انشاء البيع عليه
- انتهى .

والانصراف الى المتعارف غير وجيه، اذ لوجه للانصراف بحيث ينصرف
وجه اللفظ بما لا يعد المعلق فرداً .

وأن شئت قلت: الانصراف - لو سلم - فهو بدوي ، ولذا قال المصنف:
(وهو ان صح انما يتم في التعليق على المتوقع، حيث ان الاثر متأخر ، وأما
التعليق على ما هو حاصل) فيما اذا يعلم بحصوله (فلا يستلزم التأخير ،) فلماذا
ذكروا بطلانه ايضاً ، كما تقدم نقله عن المسالك وغيره .

(بل في المتوقع ايضاً 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 - انتهى .

اذ فيه انه لا اشكال فيه عقلاً أو شرعاً، فيشمله اطلاق الادلة - (لا يكون الاثر
متأخراً ،) نعم يرد عليه ما ذكره المستمسك بانه خارج عن محل كلامهم في

نعم لو قام الاجماع على اعتبار العلم بتحقق الاثر حين العقد تم في 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 العاتن 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 قد عرفت الاشكال فيه بانه محتمل الاستناد ان تم صغراه ، ولذا 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 احتتمل في القواعد ان مع فساد الوكالة لتعليقها على الشرط، بقاء الاذن المسوغ للتصرف، وجعله التذكرة أقرب، والعلة فى الوكالة آتية فى المقام أيضاً .

نعم، ان احتتمل ان الاذن كان مقيداً لم يجوز 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 فلا يجوز التصرف أيضاً.

الثالثة: قدر مر اشترط عدم الحجر بالفلاس في المالك

ذهبت ببطلان العقد، فاذا استوفى 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 ان يكون الاذن مقيداً بالصحة) فحيث لاصحة لاذن، فلا يصح التصرف واذا ذهب كان له نماء عمله فقط على ما اخترناه من ان النماء تابع للمال و العمل معاً .

(فلا يجوز التصرف أيضاً) أي كما لاصحة للعقد، واذا شك في انه بعد بطلان العقد، هل بقي الاذن أم لا؟ كان المرجع عدم الاذن، لانه أمر حادث لم يعلم وجوده بعد العقد، حاله حال ما اذا انتهى زمن العقد، كما لو كانت مدة المضاربة سنة وانتهت مثلاً .

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 لا يعرف الا من قبله وقد سبق في بعض المسائل السابقة تصديق قول من لا يعرف الا من قبله، بل جعله الفقهاء قاعدة ، وعليه فاذا لم يكن ربح لاشيء للعامل، واذا كان ربح كان له بقدر عمله لابقدر الاجرة ولا بقدر الحصة، لأن الحصة انتفت بانتفاء العقد ، والاجرة لا مجال لها مع عدم وجود الاذن ، والله سبحانه العالم .

(الثالثة: قدر مر اشترط عدم الحجر بالفلاس في المالك) لوضوح ان المحجور

لايجوز له التصرف في ماله .

وأما العامل فلا يشترط فيه ذلك لعدم منافاته لحق الغرماء نعم بعد حصول الربح منع من التصرف الا بالاذن من الغرماء بنساءً على تعلق الحجر بالمال الجديد

الرابعة : تبطل المضاربة بعروض الموت كما مر أو الجنون أو الاغماء كما مر في سائر العقود الجائزة

(وأما العامل -) انه وان مر اشتراط عدم حجره، لكن الظاهر انه (لا يشترط فيه ذلك لعدم منافاته لحق الغرماء)، فانهم حقهم في مال الفليس لافي جسده . (نعم بعد حصول الربح) الذي قد تقدم انه يملك الحصصة بمجرد حصوله (منع من التصرف) في مجموع المال، لانه مشترك بينه وبين المالك ، وكما يمنع المفلس من التصرف في مساله الخاص يمنع من التصرف في المال المشترك .

(الا بالاذن من الغرماء بنساءً 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 ، والوافق الذي ادعاه المسالك في شرح قول الشرائع تبطل الوكالة بالموت والجنون والأغماء من كل واحد منهما، قال: هذا موضع وفاق ولانه من أحكام العقود الجائزة - انتهى .

وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً او ادوارياً وكذا في
الاعماء بين قصر مدته وطولها فان كان اجماعاً والافيمكن ان يقال
بعدم البطلان في الادوارى والاعماء 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
طويلاً .

(وكذا في الاعماء 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 مشكله لظهور استنادهم الى ما تقدم من
العلة .

(فيمكن ان يقال بعدم البطلان في الادوارى والاعماء 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
للإطلاق فحاله حال طويل المدة منهما .

واما لو شك في انه طويل أو قصير ؟ كان المرجع العرف الذى يرى ان
مثله مشمول للإطلاق ، أو الاطلاق منصرف عنه .

(فغاية الامر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما) للمالك، من العامل ،
أما العامل حال حصولهما له، فلا اشكال ولاخلاف في عدم نفوذ تصرفه .

واما بعد الافاقه 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 التصرف
بنفسه ، لاحق له في التصرف من العامل باذنه المضاربي ، اذ الوكيل كالاصيل .
وأما الثاني [أي العامل حال حصولهما له] فلان المجنون والمغمى عليه لا ينفذ
تصرفه ، كعدم نفوذ تصرف النائم والسكران بالاجماع - الا فيما استثني من تزويج
السكرى نفسها - لكن ربما يستشكل في عدم نفوذ تصرف العامل حال جنون
أو اغماء المالك ، لعدم التلازم بين عدم صحة عمل المالك وعدم حصّة عمل
العامل ، فكما انه اذا نام الاصيل صح للوكيل العمل ، ولا تلازم بين عدم صحة
عمل الاصيل النائم وعدم صحة عمل وكيه ، كذلك المقام .
وكيف كان ، فمقتضى القاعدة عدم صحة تصرف المغمى عليه والمجنون
أصيلا وعميلا .

واما عدم صحة تصرف العميل حال جنون واغماء المالك - قصيراً -
فلا دليل عليه ، سواء حال حصولهما للاصيل أو بعده .

(واما بعد الافاقه فيجوز من دون حاجة الى تجديد العقد سواء كانا في المالك
أو العامل) ولذا قال المستمسك : وان كان في الموكل فهو لا يقتضى بطلان
الوكالة ، وعدم صحة تصرف الوكيل في حاله فضلا بعد الافاقه ، فالبطلان لا تقتضيه
القواعد العامة ، ولذا حكى عن جامع الشرائع عدم البطلان بالجنون ، وكذا
في الاغماء ساعة ، ولذا سكت عن المتن أعظم المعلقين كالسادة ابن العم والجمال
والبروجردى وغيرهم .

وكذا تبطل بعروض السفه لاحدهما

(وكذا تبطل بعروض السفه لاحدهما) وذلك لان المضاربة اذن والمالك اذا كان سفيهاً، فكما لا يحق له التصرف بنفسه لا يحق له التصرف بوكيله، والعامل اذا سفه لا يحل له التصرف في الاموال، فانه ممنوع من التصرف في مال نفسه، فكيف لا يمنع من التصرف في مال غيره، وقد قال سبحانه: «ولا تؤتوا السفهاء اموالكم» .

وفي المستمسك بعد نقله بطلان وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف عن الشرائع والقواعد وغيرها، قال: ويظهر منهم التسالم عليه ولولاه لاشكل ذلك بأن الحجر على الموكل لسفه، انما يمنع تصرف الموكل لا تصرف الوكيل اذا كان 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 يراد بها ماله لامال غيره، وهل يمنع الانسان ان يعطى ديناراً للسفيه ليشتري ويبيع الماء اذ اربح فهو واذا خسر كان ذلك بثواب أمواته حيث أعطى الماء للعطاشى بثمان أقل فتأمل .

وأما المالك، فاذا كان له وكيل رشيد يدبر أمواله، وقد ضاربه في حال رشده، حيث لا يمنع من التصرف، فأى مانع من بقاء مضاربتة، والمضاربة عقد كالأجارة ونحوها الاعتبار فيها بحال العقد، كما تقدم مثله في الفرع السابق .

وعليه فمقتضى القاعدة عدم البطلان فيهما، وان كانت المسألة بعد بحاجة

الى التأمل .

أو الحجر للفلس في المالك أو العامل أيضاً إذا كان بعد حصول
الربح الامع اجازة الغرماء

الخامسة : اذا ضارب المالك في مرض الموت صح وملك
العامل الحصاة وان كانت أزيد من اجرة المثل

(أو الحجر للفلس في المالك أو العامل أيضاً) لانه بالحجر على المالك يقع
أمواله تحت نظر الحاكم، فلا يحق لنفسه التصرف فيها بنفسه أو وكيله، وبالحجر
على العامل لا يحق له التصرف في مال نفسه فكيف بمال غيره، وفيه ما تقدم في
السفه ، فان الحجر يمنع تصرف المالك لا المضارب العامل للمحجور فانها
معاملة كالاجارة ، فاي أثر للحجر في بقائها وعدمه ، وقد عرفت الجواب عن
الاشكال في العامل اذا حجر مما تقدم، ولذا قال جمع من المعلقين ان حجر العامل
لا يمنع تصرفه ولا يبطل المضاربة، قال ابن العم: الظاهر عدم بطلان المضاربة في
صورة حجر العامل بالفلس، وقال السيد البروجردى: تفليس العامل بعد ظهور
الربح لا يبطل المضاربة ، بل في منعه من التصرف أيضاً اشكال.

أقول : في اشكاله اشكال، ولذا قال المصنف: (اذا كان بعد حصول الربح
الامع اجازة الغرماء) وذلك لان ماله الجديد يكون موضع الحجر ، كماله القديم -
على ما تقدم -.

نعم، من رأى ان ماله الجديد لا يكون موضع الحجر كان له اجازة العمل ،
لان ربحه الجديد ليس موضع الحجر، فلا وجه لمنعه عن التصرف .

(الخامسة : اذا ضارب المالك في مرض الموت صح) للعمومات الشاملة
لمضاربتة، وكذا اذا ضارب العامل في مرض الموت دون حصته (وملك العامل
الحصاة وأن كانت أزيد من اجرة المثل) كما يملك المالك الحصاة ، وان كانت

على الأقوى 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 - فلاحق للعامل في الزائد بعد قراره - في الثاني (على الأقوى) فيهما (من كون منجزات المريض من الاصل) حيث لا فرق 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، وأظاها انه لاخلاف فيه، وان تأمل فيه بعض السادة المعلقين، وفي اطلاق تأمله نظر، اذ لو كان تأمل لزم ان يكون فيما اذا زاد الزائد من حقه على الثلث، والافمقتضى القاعدة ان الزائد يخرج من الثلث.

وكيف كان، فقد علموا الصحة حتى على القول بأن المنجزات من الثلث بما ذكره الماتن بقوله: (لانه ليس مفوتاً لشيء على الوارث اذ الربح أمر معدوم وليس مالا موجوداً للمالك) حتى لايجوز التعدي فيسه عن الثلث - على هذا القول - (وانما حصل بسعى العامل) لكن لا يخفى مافى هذا التعليل، لان الربح نماء المال، فتمليكها المحاباتي تضييع على الوارث يشمله دليل المنع اذا كان أكثر من الثلث الاباجازة الوارث، أما بالاطلاق أو المناط، ولذا أشكل على الماتن غير واحد من المعلقين - بناءً على ان المنجزات من الثلث - كالمستمسك وغيره .

ومنه يعلم، حال ما اذا ضارب العامل دون حقه، فانه محاباة بماله للمالك فيشملة الاطلاق أو المناط، اللهم الا ان يقال: بين المالك والعامل فرق ففي

السادسة : اذا تبين كون رأس المال لغير المضارب سواء كان غاصباً أو جاهلاً بكونه ليس له فان تلف في يد العامل أو حصل خسران فللمالك الرجوع على كل منهما

المالك يكون التنازل عن المال [الذي هو نماء المال] وفي العامل تنازل عن العمل وليس العمل مشمولاً لادلة منجزات المريض، فكما يحق للمريض التبرع بعمل لانسان يحق له أخذ أقل من حقه منه ، وهذا هو مقتضى القاعدة .
و من الكلام في المقام يعرف الكلام في طرفي المزارعة و المساقات والاجارة- فيمن استأجر أجيراً - والوكالة باجرة والجمالة وغيرها، حيث لا يصح لبازل المال الزيادة - اذازادت عن اجرة المثل وعن الثلث ولم يجز الوارث - ويصح لبازل العمل التقيصة .

(السادسة : اذا تبين كون رأس المال لغير المضارب) والتبين طريقي - كما لا يخفى - والا فالمعيار عالم الثبوت (سواء كان غاصباً أو جاهلاً بكونه ليس له) والمراد بالجاهل عذره في تصرفه ، اذ من الواضح ان الغاصب أعم من الجاهل .

والحاصل: عدم كون المال له، سواء كان عالماً بذلك أو جاهلاً أو ناسياً أو غافلاً، وسواء كان غصبه مع العلم حراماً أولاً للاضطرار ونحوه.
(فان تلف في يد العامل أو حصل خسران فللمالك الرجوع على كل منهما)
والمراد بحصول الخسران انه تاجر فخسر، لان المعاملة صحيحة ، كما فرض المستمسك فاشكل على الماتن .

والحاصل : ان مراد الماتن ان النقص سواء بالتلف الخارجى، أو التلف التجارى - وان كانت التجارة في نفسها باطلة لعدم الاجازة - يسلط المالك على

فان رجوع على المضارب لم يرجع على العامل

الاحذ من أي منهما بالإضافة الى الباقي من ماله الذي لم يتلف: وذلك لعموم على اليد، ولا يتوى وما أشبه مما يشمل كلا منهما، وقد حقق في محله ان الضمان ليس تابعاً للعلم والعمد، بل يشمل وان كان الاتلاف اضطرارياً، الا فيما كان اذن من الشارع مثل القاء الامتعة في البحر عند خوف غرق السفينة، كما ذكرنا.

(فان رجوع) المالك (على المضارب لم يرجع على العامل) وقد ذكره العلامة في بعض كتبه وغيره، وعللوه بأن العامل أخذه من المضارب على وجه الامانة، وليس على الامين شيء، لكن في القواعد وغيره التفصيل في المسألة بين علم الثاني في رجوع الاول عليه، وبين جهله فلا يرجع الاول عليه، وعلله بانه مع العلم قد استقر التلف في يده.

وكذا ذكر السيد البروجردى وبعض المعلقين الاخر بانه مع علم الثاني يرجع المضارب اليه.

وكيف كان، فللمسألة صور أربع، لان المضارب إما عالم أو جاهل، وعلى كل حال، العامل إما عالم أو جاهل، فان كانا عالمين رجوع 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 - لكن بواسطة المضارب - وان كان العامل فقط عالماً رجوع المضارب اليه، كما ذكر في الصورة الاولى، وان كانا جاهلين، فالظاهر عدم رجوع المضارب لان المضارب غر العامل فلا يرجع الغار الى المغرور، لانه خلاف المغرور يرجع الى من غر - وهو حديث نبوي معمول به، بل مجمع الاستناد اليه فهو حجة - فاذا كان المغرور يرجع الى من غر لم يرجع الغار على المغرور،

وان رجع على العامل رجع اذا كان جاهلاً على المضارب وان كان جاهلاً أيضاً لأنه 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 زيدان الطعام لنفسه فاعطاه لعمر و عمرو جاهل بانه ليس لزيد فكله لم يرجع زيد الى عمرو وبشمنه 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 جاهلاً على المضارب وان كان جاهلاً 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 ان لاخسارة عليه، كما تقدم في مسألة رجوع المالك الى المضارب ، ولا يخفى 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 الدين يرون الربح ناتج المال (اذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله) فانه اذا لم يجز لسم تكن معاملة حتى يكون ربح، كما ان المالك اذا أجاز نفس المضاربة كان الربح بينه وبين العامل على حسب ما قرر في المضاربة - كذا ذكره المستمسك .

لكن بناءً 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 فلامجال لقوله: (مع جهله) اذ الربح وليد الامرين حتى مع العلم .

وكيف كان فالصور أربع فانه اذا ربح و اجاز المالك البيع - لا المضاربة - فأما المضارب و العامل عالمان أو جاهلان أو احدهما عالم والاخر جاهل - بصورتيه - فاذا كانا عالمين كان للعامل مقدار حقه - لا الاجرة ولا المقدار المبني عليه بين المضارب وبينه ، اذ الاجرة قد تكون دون الحق، وقد تكون فوقه ، بالاضافة الى انه لاوجه 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 الامتداد حقه .

وان كانا جاهلين ، فالظاهر انه اذا كان مقدار حقه العملي أقل من مقدار حقه المضاربي ، لم يكن له الرجوع الى المضارب بالتفاوت ، مثلاً ضاربه على ان يكون له نصف الربح وحقه العملي الذي استوفاه من المالك ربع الربح فانه ليس له الرجوع الى المضارب بالربح 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 جاهلاً 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 عالمياً 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 يلقي 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 عالمياً بأنه ليس له لكونه متبرعاً بعمله حينئذ) كان الاولى ان يقول: انه هتك احترام عمله، لانه تبرع به، وكأنه أراد لازم الهتك وازهاب 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، والامع من شرط مثلاً 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 عاملاً .

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 العقلانية بطل الشرط لانه غرر، وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر، لكن بطلان الشرط لا يستلزم 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 بموازينته وقد و في المشروط عليه بالشرط ، هذا اذا لم يكن الشرط العقد المتعقب بالعمل والا نافي 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 الذي 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 في كذا في عقد لازم وحينئذ لا يجوز للمشروط عليه فسخها كما في الوكالة .

الثامنة : 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 احيانا على الوكالة العقديّة ، 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 ما ذكره بعض المعلقين لان صرف العقد ليس مقصوداً للعقلاء غير تام ، اذ قد يكون صرف العقد مقصوداً . (وحيثئذ) اذا كان الشرط عمل المضاربة - لاعقد المضاربة - (لايجوز) أى لايصح (للمشروط عليه فسخها) اذ ليس عقداً حتى يقبل الفسخ ، بل اللازم على المشروط عليه العمل (كما في) شرط (الوكالة) عملاً حيث لا يقبل الفسخ .

(الثامنة: يجوز ايقاع المضاربة بعنوان الجعالة كأن يقول: اذا اتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه) أو يقول : 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 تفيدهم المضاربة ولا يلزم 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 ان ما 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 التساوي. وقال الثاني : المضاربة مخالفة لقاعدة كون الربح لصاحب الاصل التي هي مقتضى المعاملة، ولكن بنى عليها للدليل الخاص وهذا الدليل لم يكن في الجعالة، وعليه فلا تصح في المقام لمخالفتها، لقاعدة لزوم رجوع الربح الى المالك .

وفيه أولاً : قد تقدم ان مقتضى القاعدة كون الربح لهما المالك والعامل، فليست المضاربة مخالفة للقاعدة.

وثانياً: ان الجعالة أمر عقلائي فتصح، وأن سلم كلامه في 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 عقلائي أيضاً، والشارع لم يردع عنه، فيشمله اطلاق دليل الصلح.

وكيف كان (فيكون) ما ذكره الماتن (جعالة تفيدهم المضاربة) بشرط ان يكون بشروط الجعالة كأن يكون له جعل ولا يكون غرراً عرفياً ، ويكون كل منهما بالغاً عاقلاً، 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 مجهولاً جهالة
لاتوجب الغرر وكذا في المضاربة المشروطة في ضمن عقد بنحو
شرط النتيجة فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين

إذا وقع صلحاً لزم توفر شروط الصلح فيه، لأشروط المضاربة والجماعة.
(فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين) وأشكال بعض المعلقين في
ذلك غير ظاهر الوجه (أوديناً أو مجهولاً جهالة لاتوجب الغرر) إذ الغرر منهي
عنه مطلقاً فيشمل الجماعة وقد تقدم الكلام حول هذا الشرط وما قبله في شروط
المضاربة.

(وكذا) لا يشترط شروط المضاربة العقدية (في المضاربة المشروطة في
ضمن عقد) لزم (بنحو شرط النتيجة) كما تقدم في المسألة السابقة و قول
المستمسك هذا غير ظاهر، إذ المضاربة مفهوم واحد، ولا فرق بين جعله
بالإصالة وبالتبعية، وكل ما يعتبر في الأول يعتبر في الثاني، فلو شرط في حال
فقد الشرائط كان الشرط مخالفاً للكتاب فيكون باطلاً - انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ الكلام، في جعل الشرط نتيجة المضاربة لا عقد
المضاربة والشرائط المعترية انما هي في عقد المضاربة، ولذا سكت على الماتن
كافة المعلقين الذين ظفرت على تعليقاتهم.

(فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين) ان قلنا باشرطه في المضاربة
حيث قد تقدم استظهار عدم الاشتراط، وكذا بالنسبة الى سائر الشروط الخاصة
بالمضاربة، مثل كون الربح نسبة لا قدرأ 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 الانجار 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 ، بالإضافة الى انه غير ظاهر الوجه حتى في النكاح يمكن تداركه بتوكيل الاب والجد انساناً عنهما، أو عن الصغير ليكون العاقدتين ، كما يصح جعل نفسيهما مالكاً، والصغير عاملاً، اذ قد تقدم عدم ذلك بالنسبة الى الصغير ، وكذلك يصح جعل الجعالة مسكان المضاربة ، كما قد تقدم في المسألة الثامنة .

(بل مع عدمه أيضاً) بأن يكون على نحو المعاطات فقول المستمسك : و حينئذ لا يكون مضاربة لم يعرف وجهه، اللهم الا ان يريدان المصنف أراد ذلك بقرينة قوله: (بأن يكون بمجرد الاذن منهما) فيرد على المصنف انه لم يذكر المعاطاة الا اذا أراد بالعقد الاعم من اللفظي والعملی .

(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 الايضاء بالمضاربة بمال المولى عليه بايقاع الوصى عقدها لنفسه أو لغيره مع تعيين الحصاة من الربح أو ايكاله اليه وكذا يجوز لهما الايضاء بالمضاربة فى حصاة القصير من تركتهما .

الربح بينهما، واذا صح جعل الصغير عاملاً جائت الاقسام الستة هنا أيضاً .
(وكذا يجوز ذلك للوصى فى مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والامن من هلاك المال) هذا عطف تفسير، وذلك على ما ذكروا فى مطلق تصرفاه فى مال الصغير .

قال سبحانه: «ولانقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن» .
وكذا يجوز للحاكم ووكيله بالنسبة الى مال المجانين والغيب وما أشبه لادلة الولاية - على الحدود التي ذكروها فى ولاية الفقيه - .

(العاشرة: يجوز للاب والجد الايضاء 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 - كما تقدم ذلك فى غير مال الصغير - (لنفسه) بأن يكون العامل عاملاً للصغير (أو لغيره) أو لهما (مع تعيين الحصاة من الربح أو ايكاله اليه) أي الى الوصى ليعمل حسب المصلحة .

(وكذا يجوز لهما الايضاء بالمضاربة فى حصاة 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 الوصي به أو يدفعه الى غيره مضاربة ويصرف حصة الميت في المصارف المعنية للثلث وكذا يجوز الايصاء منهما بالنسبة الى حصة الكبار أيضاً

الوصية، وكذا يجوز قسم ثالث وهو ما 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 مثلاً (بأحد الوجهين) لنفسه أو لغيره الى آخره .
وكذا المضاربة ونتيجة المضاربة ، ولم يعلم وجه لاشكال السيد الجمال بأن الايصاء - مطلقاً - لا يخلو من اشكال، الا ان يقال انه لا اطلاق في دليل ولايتهما يشمل مثل هذا الايصاء ، وفيه: انه بالاضافة الى الاطلاق يدل عليه ما يأتي 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 ولا مضاربة 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 يشتري بالربح داراً أو دكاناً مثلاً، ويصرف ربحه في المصارف، أو يجعل تلك الدار مدرسة للطلاب مثلاً، الى غير ذلك مما هو مشمول لاطلاق الادلة .

(و كذا يجوز الايصاء منهما بالنسبة الى حصة الكبار) من الارث (أيضاً)

ولا يضر 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 سيأتى، 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، والثالث 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 قبله 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 شئتوا أجازوا المضاربة أو البيع الذي تبعها، وان شئتوا لم يجيزوا، وقد تقدم الكلام في مثل ذلك في مسألة كون رأس المال لغير المضارب، ولو أوصى الاب والجد والابن صغير وقيل عمل الوصي في ماله بالمضاربة كبر لم يصح له التصرف لانقطاع الولاية بكبره، ولو كبر ورجن انتقلت الولاية الى الحاكم الشرعي - على ما ذكرنا - فلاحق للموصى، 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: (ولا يضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم الى مدة) اذ سواء

لأنه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة واجازتها كما ان الحال كذلك بالنسبة الى ما بعد البلوغ في القصير فان له أن يفسخ أو يجيز وكذا يجوز لهما الايضاء بالتجار بمال القصير على نحو

كان ضرراً أو ربحاً أو ليس احدهما لاحق للميت في الوصية المذكورة ولاحق للموصي في التنفيذ، هذا بالإضافة الى ان اطلاقه انه ضرر عليهم غير تام، اذ ليس ذلك يلزم الضرر - كما أشار اليه المستمسك - .

وتعليقه بقوله: (لأنه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة واجازتها) غير ظاهر الوجه، لأنه ان لم يكن للميت والوصي حق، فلا حق حتى يحتاج الى التعليل، فهو مثل ان يقال بصحة وكالة اجنبي لزيد في المضاربة بمال عمر و فهل يصح ان يعلل ذلك بـ [لأنه منجبر...] وان كان للميت حق فهو حقه، سواء كان انجباراً أم لا؟

ومنه يعلم ان اشكال المستمسك على الماتن بقوله: اذا كانت الوصية اضراراً بالورثة، فهي باطلة بلا حاجة الى الفسخ، لانها صحيحة ويكون للوارث الفسخ - انتهى .

غير ظاهر الوجه، لأنه اذا لم يكن حق الميت والوصي فلا يقع الكلام في انه اضرار أولاً؟ 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) لأنه بالبلوغ يملك أمره وتنقطع الولاية عنه - كما هو واضح - .
ومنه يعلم، ان ذكر المستمسك الاضرار به وعدمه لم يظهر له محل .

(وكذا يجوز لهما) الاب والجد (الايضاء بالتجار 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 الموصى به لايقاع عقد المضاربة) فيوصي بنتيجة العقد، لا بالعقد نفسه - 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 التمليلية التي هي انشاء للمتمليك بعد الموت ، غير ظاهر الوجه.

(لكن الى زمان البلوغ أو أقل) اذلاحق للولي في 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 مضرّة نافذة لما بعد البلوغ، غير ظاهر الوجه، اذ نفس الولي 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 ، فإن الوصية تحتاج الى المتعلق ، ولا متعلق هنا، اذ متعلقها [مال

ولادليل على صحة الوصية العقدية في غير التملك فلا يصح أن يكون
ايجاب المضاربة على نحو ايجاب التملك بعد الموت مدفوعة بالمنع

الصغير] ولا مال للصغير حال الوصية .

(و) ان قلت: كما يصح ان يملك الموصي قبل موته، أى يوجب التملك
كذلك يصح ان يوصي بعمل المضاربة فى مال ولده قبل موته فذاك ايجاب تملك
وهذا ايجاب وصية ومتعلق كليهما [مال نفسه ومال ولده] بعد الموت .
قلت: (لادليل على صحة الوصية العقدية) أى عقد الوصية المتعلقة بالمال
(في غير التملك) فيصح ان يقول: كتابي ملك فلان بعد موتي ولا يصح ان يقول:
نقد ولدى يضارب به بعد موتي.

(فلا يصح ان يكون ايجاب المضاربة على نحو ايجاب التملك بعد الموت)
اذ ثبت ذلك في التملك ، 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 انشاءً للمضاربة] وأشكل على الماتن هنا: [لان الصغير لا مال له
حينه] بقوله: [هذا ادخل له في الاشكال .. الخ] مع ان الظاهر من عبارة المصنف
ما فسرناه فراجع كلامه.

(مدفوعة بالمنع) اذ عدم مال للصغير حين الوصية لا يمنع ان يوصى بانه
لدى حصول المال له يعمل به عمل المضاربة، كما لا يمنع من أن يوصى ان
يعقد على ماله عقد المضاربة.

فأولاً: اطلاق أدلة الوصية يشمله.

مع انه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل في قضية ابن أبي السالمي وموثق محمد بن مسلم المذكورين في باب الوصية

وثانياً: (مع انه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل في قضية ابن 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 : دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال يا بني اقض مال اخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح واعطهم النصف وليس عليك ضمان فقد تبين أم ولد أبي بعد وفاة ابي الى ابن ابي ليلى فقالت ان هذا كل اموال ولدي قال: فاقصصت عليه ما أمرني به، فقال لي ابن ابي ليلى: ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه ثم اشهد علي ابن ابي ليلى ان انا حر كته فاناله ضامن فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتي، ثم قلت له: ماترى؟ فقال: أما قول ابن ابي ليلى فلا يستطيع رده، وأما فيما بينك وبين الله عز وجل 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 اذ ارآها 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 وهمل الامام أراد بقوله : (لا يستطيع رده) انه حكم صحيح أولتقية من القاضي الجائر، أولان المستفتى لا يمكن من ان يعمل بالوصية لازية القاضي له احتمالات، والموثق هو ما رواه المشايخ الثلاثة رحمهم الله، عن محمد بن مسلم، عن ابي

وأما بالنسبة الى الكبار من الورثة فلا يجوز بهذا النحو لوجوب العمل بالوصية وهو الاتجار فيكون ضرراً عليهم

عبدالله عليه السلام، انه سأل عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذنله عند الوصية ان يعمل بالمال، وان يكون الربح بينه وبينهم فقال: لا بأس به من أجل ان أباه قد اذنله في ذلك وهو حي.

وظاهر الخبرين ليس ايجاب المضاربة، بل الوصية بعمل المضاربة، كما ليس وصية بعقد المضاربة، فما فهمه المصنف - حسب ما استظهرناه منه، لا كما فهمه المستمسك منه - هو الظاهر والكلام في تفصيل ما في الروايتين خارج عن محل البحث في المضاربة، ولذا تركناه اموضعه، وحيث ان ظاهرهما عمل الوصي المضاربة لوجه لاحتمالات المستمسك في المراد من عبارة الموصي فراجع كلامه.

وكيف كان، فالوصية بالعقد وبالعقد كلاهما صحيح (وأما بالنسبة الى الكبار من الورثة فلا يجوز) لان نحو الوصية بالعقد ولان نحو الوصية بالعمل المضاربي، كما أفتى بعدم الجواز غير واحد، لانه خلاف سلطنتهم على أموالهم، والروايتان أوليهما في الصغار، وثانيتها لاطلاق لها، حيث ان السؤال فيها عن واقعة خارجية والواقعة لاطلاق لها ان لم نقل بأن ظاهرها انهم كانوا صغاراً، لانه المنصرف في الوصية بالولد ومالهم، وفي المستمسك: لا يبعد وحدة الواقعة المحكية بالخبرين.

ثم ان المصنف فصل بين ما تقدم فاجازه بالنسبة الى الكبار وبين هذا النحو فقال: لا يجوز (بهذا النحو لوجوب العمل بالوصية وهو الاتجار فيكون ضرراً عليهم) وكأنه - بعد تسليمه صحة هذه الوصية من جهة الرواية الخاصة - لان

من حيث تعطيل حقهم من الارث وان كان لهم حصتهم من الربح خصوصاً اذا جعل حصتهم أقل من المتعارف .
 الحادية عشر: اذا تلف المال في يد العامل بعدموت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه

الوصية السابقة بالعقد، والعقد الذي يختار الكبير فسخره لاضررفيه، وهذه الوصية بالاتجار ، والاتجار لا يمكن فسخره الا بعد مدة حتى تتحقق الوصية فهذه المدة ضرر على الورثة الكبار (من حيث تعطيل حقهم من الارث وان كان لهم حصتهم من الربح) وفيه :

أولاً : ان ما يكون رابعاً لا يعد ضرراً

وثانياً: ان الرواية ان شملت الكبار كان اللازم العمل بها في كلا قسمي الوصية، وان لم تشملهم ، كان اللازم عدم القول بالصحة الا اذا أجازوا بأنفسهم فالفرق على اى حال لا يظهر له وجه .

(خصوصاً اذا جعل حصتهم أقل من المتعارف) حيث انه ضرر ظاهر من جهة تعطيل حقهم مدة، ومن جهة تقليل جعل مالهم من الحصة، والكلام في المسألة طويل موكول الى المفصلات .

(الحادية عشر: اذا تلف المال في يد العامل بعدموت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه) فان بطلان المضاربة بالموت لا يخرج العامل عن كونه أميناً اذا لم يقصر في ائصال المال الى ورثته ولم يتعد ولم يفرط، وانما قال: الظاهر؟ لانه في 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 المال مشتركاً بين اثنين فصاربا واحداً ثم فسخ أحد الشريكين هل تبقى بالنسبة الى حصة الاخر أو تنفسخ من الاصل وجهان أقرب بهما الانفساخ

المضاربة على الامانة حتى بعد الموت كوضع العارية والوديعة وما أشبه فهو امانة مالكية ، ولو شك فالاصل بقاء الامانة ولو لم يجز فالاصل بقاء عدم الضمان . ومنه يعلم ، الحال فيما اذامات العامل ، حيث انفسخت المضاربة ، فلو تلف في يد وارثه ونحوه بدون توان في الرد أو تعدد وتقصير لم يكن ضمان عليهم . (وكذا اذا تلف المال بعد انفساخها بوجه آخر) كجنون العامل أو المالك أو ما أشبه وذلك لنفس الدليل المتقدم في الفسخ .

(الثانية عشر: اذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فصاربا واحداً ثم فسخ أحد الشريكين) حيث يجوز الفسخ في البعض عقلاً وشرعاً وعرفاً (هل تبقى) المضاربة (بالنسبة الى حصة الاخر أو تنفسخ من الاصل) أو من حين الفسخ (وجهان) بل وجوه ، الظاهر أنه ان كان بنحو عقد واحد انفسخ من الاصل الحال - حسب العقد - لان العقود تتبع القصور ، وان كان بنحو عقدين انفسخ احدهما فقط وانفساخه ان كان بنحو ارتباط اجزائه انفسخ من الاول ، وان كان لارتباط اجزائه انفسخ من حين الفسخ . لامن الاول .

ومنه يعلم وجه النظر في قوله: (أقرب بهما الانفساخ) وكان وجهه انها مضاربة واحدة ، فلا تتبع بعض بالفسخ ، وقد تقدم في بعض المسائل السابقة أن العقد الواحد قد يكون بمنزلة عقدين وعقود - ولذا يكون خيار تبعض الصفقة - وقد يكون بسيطاً لا يمكن التبعض فيه ، ولذا أشكل على المتن غير واحد كالسادة ابن العم والحكيم والبروجردى وغيرهم ، وان كان في اطلاق عدم الانفساخ الذي ذهب

نعم لو كان مال كل منهما متميزاً وكان العقد واحداً لا يبعد بقاء العقد بالنسبة الى الآخر .

الثالثة عشر : اذا أخذ العامل مال المضاربة وترك التجارة به الى سنة مثلاً فان تلف ضمن ولا يستحق المالك عليه غير أصل المال وان كان آثماً في تعطيل مال الغير

اليه المستمسك ايضاً نظر لما عرفت .

أما قوله : (نعم لو كان مال كل منهما متميزاً وكان العقد واحداً لا يبعد بقاء العقد بالنسبة الى الآخر) فيرد عليه ان ليس الاعتبار بتميز وعدم تميز المال، بل بوحدة وعدم وحدة العقد التابعة للقصد، اللهم الا ان يريدان التميز يجعل العقد عقدين بخلاف الوحدة، وحينئذ يشكل المبنى .

(الثالثة عشر: اذا أخذ العامل مال المضاربة وترك التجارة به) في مدة يتعارف التجارة به فيها ولوليوم، كما في أيام زيارة الامام الحسين عليه السلام، حيث ان بعض التجارات يزدهر بما ليس لها ذلك الازدهار في يوم بعد مثلاً .

فقوله: (الى سنة مثلاً) هو من باب المثال (فان تلف ضمن) لانه من الخيانة، حيث لم يؤذن المالك حبس المال هذه المدة الا اذا كان للحبس وجه شرعى كمرض العامل مع عدم امكان ايصاله المال الى المالك، أو خوفه على المال من الظالم، ونحوه، حيث لاختيانة توجب الضمان .

(ولا يستحق المالك عليه غير أصل المال، وان كان آثماً في تعطيل مال الغير) كما هو المشهور بينهم، وعلله المستمسك بانه لا موجب له، والاصل البرائة، وان كان آثماً في حبسه بغير اذن مالكة - انتهى .

لكن مقتضى القاعدة الضمان لان الربح حق تواه الحابس فيشملة لا يتوى

الرابعة عشر : اذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً فكل ربح حصل يكون بينهما ، وان حصل خسران بعده أو قبله أو اشتراط أن لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس فالظاهر الصحة وربما يستشكل بأنه خلاف وضع المضاربة

حق امرء مسلم ونحوه كما ذكرنا مثله في حبس الانسان الحر عن عمله او حبس داره ودكانه عن الایجار وهكذا .

(الرابعة عشر: اذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً) ومعنى مطلقاً ما يفسره بالقبل والبعء (فكل ربح حصل يكون بينهما، وان حصل خسران بعده أو قبله) أو معه ، كما اذا كانت له صفتان ربح في احدهما وخسر في الاخرى .

(أو اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس) أو الربح المقارن جابراً للخسران المقارن، وذلك قد يكون بفرض عقلائي ، كما اذا كان رأى المالك - ارشاداً - ان يتجر في البحر ، بالاضافة الى اتجاره في البر ، فقال العامل : انه يخسر، فقال: اذا خسرت لاتجبر الخسارة بالربح مثلاً .

(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 في المستمسك: المنصرف من قوله

وهو كما ترى .

الخامسة عشر: لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلاً أو نسياناً أو اشتهاً ، كما لو قال: لا تشتري الجنس الفلاني ، أو من الشخص الفلاني مثلاً فأشتراه جهلاً فالشراء فضولي موقوف على اجازة المالك

عليه السلام الربح بينهما والوضيعة على المال غير ما ذكر، 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 مالمدى العرف كسائر العقود ، وقد عرفت ان العرف يرى انه مقتضى الاطلاق لامقتضى الذات .

(الخامسة عشر: لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلاً) بمراده مما عينه (أو نسياناً أو اشتهاً، كما لو قال: لا تشتري الجنس الفلاني أو من الشخص الفلاني مثلاً) أو ما أشبه ذلك من الامور المربوطة بالزمان والمكان والنقد والخصوصيات. (فأشتراه جهلاً) أو نسياناً أو اشتهاً (فالشراء فضولي موقوف على اجازة المالك) وكذا اذا فعل العامل ذلك عمداً، لكن هل يكون ذلك عملاً 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 العقلاني من الربح المنقسم بين المال والعمل - لاحصة المضاربة ولا الاجرة - بفرض انه لم يكن عملاً مضاربياً ولم يكن بامر المالك حتى تكون له اجرة المثل .

وكذا لو عمل بما ينصرف اطلاقه الى غيره فإنه بمنزلة النهي عنه ولعل
منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعق على المالك مع جهله بكونه
كذلك وكذا الحال اذا كان مخطئاً في طريقة التجارة بأن اشترى
مالاً مصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت بحيث
لو عرض على التجار حكموا بخطائه

(وكذا لو عمل بما ينصرف اطلاقه) اطلاق العقد (الى غيره) وكان ذلك
المصرف مقصوداً، فان العقود تتبع القصود.

(ف) مراد المصنف (انه بمنزلة النهي عنه) ذلك حيث ان النهي وعدم الاذن
سواء في النتيجة .

(ولعل منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعق على المالك مع جهله بكونه
كذلك) لوضوح ان المالك يريد الربح فلا يرضى بما يسبب الخسران ومقتضى
القاعدة انه لو اشتراه وامضاه المالك أو سبق 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) خطأ لا بالنظر الى الواقع
بل بالنظر الى المتعارف، اذ التاجر لا يعلم الواقع .

أما ما كان خطأً حسب المتعارف كان العقد منصرفاً عنه فيكون فضولياً ،
ولذا قال: (بأن اشترى مالاً مصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت)
وان كان مصلحة في وقت آخر كاشترى ملابس الصيف في الشتاء مثلاً (بحيث
لو عرض على التجار حكموا بخطائه) وقوله: مالاً مصلحة انما هو من باب المثال
والافالحكم كذلك اذا كانت مصلحة مهم في قبال المصلحة الاهم، مثلاً كان اشتراء

السادسة عشر : اذا تعدد العامل كأن ضارب اثنين بمائة مثلاً بنصف الربح متساويًا أو متفاضلاً فاما ان يميز حصة كل منهما من رأس المال كأن يقول : على ان يكون لكل منه نصفه

الخشب يربح عشرة ، واشترى الحديد يربح مائة ، حيث يخطئون التجار من يترك الحديد الى الخشب .

ولا يخفى انه ليس معنى ذلك ملاحظة التجارة من دون ملاحظة الشرع ، بل المربح منهما ، فاذا كان التجار يحتكرون احتكاراً حراماً أو مكروهاً فلم يحتكر لم يكن من مصاديق خلاف المصلحة حتى في المكروه ، اذ اتباع أوامر الشرع هو الذي 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 بمائة مثلاً بنصف الربح) للعاملين أو ثلثه أو غير ذلك (بينهما متساويًا أو متفاضلاً) مطلقاً ، أو في الجملة كان يكون متساويًا لهما في الصيف ومتفاضلاً بينهما في الشتاء - كل ذلك لاطلاق أدلة المضاربة - .

(فأما ان يميز حصة كل منهما من رأس المال كأن يقول : على ان يكون

لكل منهما (منه) اي من المال (نصفه) أو يقول : ليعمل زيد في النقد الذهبي - لانه أعلم بارتفاعاته وان حفاضاته - وليعمل عمرو في النقد الفضي ، الذين كون منهما رأس المال .

وأما لا يميز فعلى الاول الظاهر عدم اشتراكهما في الربح والخسران والجبر الا مع الشرط لانه بمنزلة تعدد العقد وعلى الثاني يشتركان فيها وان اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقدراً منه الا ان يشترط عدم الاشتراك فيها

(واما لا يميز فعلى الاول الظاهر عدم اشتراكهما في الربح والخسران و الجبر) اي جبر الربح للخسران وذلك لانهما مضاربتان لامضاربة واحدة، و الشرع والعرف دلا على ان الامور الثلاثة مرتبطة بكل مضاربة لنفسها (الا مع الشرط) فيشمله اطلاق أدلة الشرط، وهذا هو الذي اختاره معظم المعلقين، منهم السيدان ابن العم والجمال، خلافاً للسيدان البروجردى والحكيم. فقد قال الاول: لكن معه يشكل بقاء عنوان المضاربة .

وقال الثاني: الظاهر البطلان مع وحدة المضاربة وفيهما انه لا وجه للبطلان والاشكال الا لعدم كونه مضاربة عرفية فلا تشملها الأدلة الشرعية، وفيه: ان العرف يساعد على كونه مضاربة، وانما لا يشتركان بدون الشرط (لانه بمنزلة تعدد العقد) ومع التعدد لا وجه للاشتراك (وعلى الثاني) اي مع عدم تمييز رأس المال، كما هي العادة في اعطاء المال لاثنتين يعملان معاً فيه .

(يشتركان فيها) اي في الربح والخسران والجبر، لانه مضاربة واحدة عرفاً وشرعاً والمضاربة الواحدة تكون هكذا .

(وان اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقدراً منه) وتاجر فيه تجارة غير التجارة التي تاجر بها غيره أو سافر احدهما براً والاخر بحراً الى غير ذلك .
(الا ان يشترط عدم الاشتراك فيها) في الربح والخسران والجبر، واشكل على مثل هذا الشرط جماعة من المعلقين، وكأنه لانه خلاف مقتضى العقد مع

فلو عمل أحدهما وربح وعمل الآخر ولم يربح أو خسر يشتركان في ذلك الربح ويجبر به خسران الآخر بل لو عمل أحدهما وربح ولم يشرع الآخر بعد في العمل فأنفسخت المضاربة يكون الآخر شريكاً وان لم يصدر منه عمل لانه مقتضى الاشتراك في المعاملة ولا يعد هذا من شركة الاعمال كما قديقال

انه خلاف مقتضى الاطلاق، فالاقوى ما ذكره المصنف، والظاهر ان الشرط يلزم ان يكون بين المالك والعاملين لابنيهما، اذ لوجه اللزوم الشرط بينهما، وان شرطاً بينهما في ضمن عقد لازم لزم باعتبار نقل بعض حصه احدهما الى الآخر، ومثله في تدارك الخسران من احدهما بالربح من الآخر.

وعليه (فلو عمل أحدهما وربح وعمل الآخر ولم يربح أو خسر يشتركان في ذلك الربح ويجبر به خسران الآخر) فالربح لهما كما لو كانا عاملاً واحداً (بل لو عمل أحدهما وربح ولم يشرع الآخر بعد في العمل فـ) فسوخ أحد الثلاثة المالك أو العامل الرابع أو غيره، أو (انفسخت المضاربة) بمسوت و نحوود (يكون الآخر 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 ولا يعد هذا من شركة الاعمال) الباطلة، كما حقق في [كتاب الشركة].

(كما قد يقال) بأنه من شركة الاعمال فلا تصح، وهل مراد المصنف ان بذلك قولاً منا أو أشار به الى قول المالك من العامة - كما في المستمسك -

فهو نظير ما اذا آجر انفسهما لعمل بالشركة فهو داخل في عنوان المضاربة لا الشركة كما ان النظر داخل في عنوان الاجارة .
السابعة عشر : اذا اذن المالك للعامل في البيع والشراء نسبية فاشترى نسبية وباع كذلك فهلك المال فالدين في ذمة المالك

لايهم ذلك بعد صحته حسب مقتضى القاعدة .

(فهو نظير ما اذا آجرا نفسهما لعمل) كخياطة ثوب المستأجر (بالشركة) هذا من تنمة - كما قد يقال - فكما انه باطل كذلك المقام ، وانما لاتشبه المضاربة شركة الاعمال لما أشار اليه بقوله : (فهو داخل في عنوان المضاربة لا الشركة) ولاتلازم بين أحكام الشركة واحكام المضاربة .

(كما ان النظر) في اجارتهما لعمل بالشركة (داخل في عنوان الاجارة) فاللازم ملاحظة قوانين الاجارة في مثل ذلك ، وقد ذكرنا فسي 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 حال العقلاء في اغراضهم - حتى مع قطع النظر عن الشرع - .

(السابعة عشر : اذا اذن المالك) بمقتضى اطلاق العقد ، أو صريحاً، وان لم يقتض العقد ذلك (للعامل في البيع و الشراء نسبية فاشترى نسبية و باع كذلك)أو فعل احدهما (فهلك المال فالدين في ذمة المالك)لان المال لهو العامل بمنزلة الوكيل ، لكن لا بد وان تكون المضاربة مطلقة ، اذ لو كانت مشروطة بتحمل العامل كل الخسارة ، أو بعضها فالدين يكون في ذمة العامل في الاول و

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
- كما قيده السيد البروجردى - والا فهو قد أصبح أجنبياً ، والاجتبي 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 ما ذكره الجواهر من ان ذلك من أحكام
ولى العقد ، يعنى ان العرف يرون الرجوع الى العاقد الذي عقد لياخذ المبيع
ويعطى الثمن ولم يثبت من الشارع الردع عنه ، فيدل عليه اطلاق أدلة العقود
شرعاً ، وكذا الحال في الوكالة والمأذون في 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 - ثمناً أو مثنماً - للوكيل كان المدعى
عليه هو الموكل ، اذ لا وجه للدعوى على الوكيل .

(ودعوى انه مع العلم من الاول) كان ذكر الاول من باب انه لم يعلم
من الاول كان مغروراً - وان تبين له بعد ذلك - والمغرور يرجع الى من غر .
لكن فيه أولاً : 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 يشتري للغير ولكن لم يعرف ذلك الغير أنه من هو ومن اي بلد

يبيعون في مقابل مال ولا يهتمهم ان الطرف أصيل أو وكيل، ومثل هذا لا يسمى مغروراً.

وثانياً : انه على فرض الغرور له ان يرجع الى المباشر اذا ابى الاصيل والا فلاوجه للرجوع الى المباشر وهو قادر على الرجوع الى الاصيل وهو غير اب عن الوفاء ، وعليه فالحكم كذلك اذا تبين له بعد ذلك - في غير صورة الغرور - .

(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) والمزارة والمساقات ، لان العامل مفوض اليه والمالك غير مربوط بالمعاملة .

(وسيما اذا علم انه عامل يشتري للغير ولكن لم يعرف ذلك الغير) بشخصه (أنه من هو ومن أي بلد) مثلاً قال في المستمسك : في وجهه (سيما) فانه لولا جواز الرجوع على العامل لم يقدم على المعاملة معه أحد لما في ذلك من الخطر العظيم .

أقول : لا يخفى 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 لا ينبغي للرجل المسلم ان يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة ولا يودعه وديعة ولا يضافه المودة

(ولو لم يتبين للديان ان الشراء للغير يتعين له الرجوع على العامل في الظاهر) اذا اراد انقاذ حقه ، اذ لا غير في نظره صرف له ، فهو من باب السالبة بانتفاء الموضوع .

(ويرجع هو على المالك) لانه الاصيل حقيقة الذي دخل البديل في كيسه فاللازم ان يخرج ما بأزاء البديل من كيسه حسب حكم العوض والمعوض ، وان ذكرنا في بعض المباحث السابقة ان العوضين يمكن ان يكون لهما طرفان ، أو ثلاثة أو أربعة، الا ان المتعارف أو لياً التقابل بين الامرين فيدخل العوض في كيس من خرج المعوض من كيسه و بالعكس ولو لم يتمكن البائع من قبض ثمنه من العامل ، أو المضارب وكانت العين موجودة استرجعها ممن عنده عاملاً او مالكاً لانها عين ماله فلا يرجع الامر الى البديل مثلاً ، 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 علي بن رثاب في الصحيح : (لا ينبغي للرجل المسلم ان يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة) فانه يستفاد منه المضاربة، أما اطلاقاً أو ان المنصرف منه المضاربة - اذ لا يراد بها الاصطلاح - وان لم يسلم كلا الامرين كان المناط محكماً (ولا يودعه وديعة ولا يضافه المودة).

وقوله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي الا أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم ويمكن ان يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام

أقول: قال سبحانه: «لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله» .

وقال سبحانه: «أشداء على الكفار رحماء بينهم» .

ولا ينافي هذا قول علي عليه السلام، كما في نهج البلاغة: الناس صنفان اما أخ لك في دين او نظير لك في الخلق . اذ قوله عليه السلام في جهة اجراء القانون، وقوله سبحانه في جهة المعاشرة وقرينة ذلك [رحماء بينهم] وان علياً عليه السلام كان يأمر عامله مالك بذلك.

أما اشتغال علي عليه السلام عند بعض اليهود كما في السحار ، فقد كان ذلك اضطراراً، أو استدراجاً له الى الاسلام، كما استدرجت فاطمة عليها السلام عائلة يهودية بندها بها الى عرسهم - كما في بعض التواريخ - .

(وقوله عليه السلام) كما عن الكافي (ان أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودي و النصراني و المجوسي الا ان يكون تجارة حاضرة) نقداً (لا يغيب عنها المسلم) ويمكن ان يكون وجه الكراهة تقوية الكفار، واحتمال الخيانة، أو ما ذكره المصنف بقوله : (ويمكن ان يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام) وبهذا يظهر، ان الذمي من باب المثال فيه يشمل كل كافر ، وان كان المناط غير مقطوع به ، حيث من المحتمل ان أهل الكتاب لهم خصوصية في الكراهة.

التاسعة عشر : الظاهر صحة المضاربة على مائة دينار مثلاً كلياً فلا يشترط كون مال المضاربة عينا شخصية فيجوز ايقاعهما العقد على كلى ثم تعيينه في فرد والقول بالمنع لان القدر المتيقن العين الخارجى من النقدين ضعيف

وكيف كان، فقوله سبحانه: «لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم، ان تبروهم وتقسطوا اليهم والله يحب المحسنين» لا ينفي الكراهة المذكورة لانه في قبال «انما ينهاكم الله» الاية وان كان ربما يتوهم ان البر غير قابل للتخصيص، ومن أقسامه التجارة والشركة وما شبهه. وكيف كان فالوقوف على النص اسلم، وان للتسامح في أدلة السنن باباً واسعاً، والله العالم.

(التاسعة عشر: الظاهر صحة المضاربة على مائة دينار مثلاً 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 في فرد) خارجى وبذلك يظهر وجه النظر في كلام المستمسك، حيث قال لا يخفى ان الكلى اذا لم يكن خارجياً ولا ذمياً لم يقبل ان يكون مملوكاً، فضلاً عن ان يكون موضوعاً للمضاربة، لان المضاربة انما تكون من المالك - انتهى.

اذ فيه: ان الكلى حقيقة، وليس مراد المصنف الكلى الذى ليس فى الخارج ولا فى 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 النسبىة 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 التسى 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 فى الصحة العمومات) فالكلى المطلق، والكلى فى
المعين والكسر المشاع والعين الشخصية كلها يصح ان يتعلق بها المضاربة .

ومنه يعلم صحة جعل بعض مال المضاربة أحدها وبعضها قسماً آخر كما
دينار نقداً ومائة كليا، الى غير ذلك كما يصح جعل حصة العامل على نحو الكسر
المشاع، أو الكلى فى المعين، فللعامل النصف من الربح بحيث اذا تلف شىء
يتلف من العامل ايضاً او بحيث لا يتلف منه، كما تقدم الالمام الى ذلك.

(متمم العشرين): الظاهر عدم صحة لفظ [متمم] وان ذكره بعض، اذ هذا
هو العشرون، لانه متمم له، فكما لا يصح ان يقال: للدار متمم الدار الالجزء
الاخير منها لا يصح ان يقال: متمم العشرين الالجزء الاخير منه.

ان قلت: ذلك باعتبار ان المسائل عشرون وهذا آخرها.

قلت : فاللازم ان يقال متمم العاشر ، وهكذا فكما ان التساسع والعاشر
ونحوهما جزء كذلك هذا جزء ، فان صح اضافة المتمم فى بعضها صح فى
البعض الاخر والا لم يصح غاية الامر ان يكون ذلك خلاف وحدة السياق وكفى به
خلافاً للبلاغة ، ولذا لا تجد فى كلام البلغاء من هذا عيّن ولا أثر ومن راجع
خصال الصدوق (ره) لم يجد للفظ المتمم فى أخير اعداد الخصال ولا مرة
واحدة .

لوضاربه على ألف مثلاً فدفع اليه نصفه فعامل به ثم دفع اليه النصف الاخر فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الاخر لانه مضاربة واحدة وأما لوضاربه على خمسمائة فدفعها اليه وعامل بها وفي أثناء التجارة زاده ودفع خمسمائة أخرى فالظاهر عدم جبر خسارة احدهما بربح الاخرى لانهما في قوة مضاربتين نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة

وكيف كان (لوضاربه على ألف مثلاً 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 خمسمائة فدفعها اليه وعامل بها وفي أثناء التجارة زاده ودفع خمسمائة أخرى) وانما قال: وعامل بها لانه اذا لم يعامل وجعلنا بعد دفع الثانية الدفيعين معاملة واحدة كانا مضاربة واحدة ايضاً .

(فالظاهر عدم جبر خسارة احدهما بربح الاخرى) لما عرفت من انهما مضاربتان فلا وجه لجبر احدهما بالاخر فقله : (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 يربط بينهما ، فقول ابن العم : بل الظاهر الجبران ، كأنه يريد ما ذكرناه من قصدتهما كون المجموع مضاربة واحدة، فان العقود تتبع القصود.

(نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة) اذ الغالب قصدتهما

ذلك والا لم يكن له وجه ، ولذا قال المستمسك : المزج لا يستوجب ذلك كالمزج
بمال غيره ولو اختلفا في قصد الوحدة والاثنيية - بعد ذلك - فالقول قول
منكر الاثنيية، 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

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

٢١ / شوال / ١٤٠١ هـ

الفهرست

٧	معنى المضاربة
٩	حقيقة المضاربة
١١	معنى البضاعة
١٣	صور جعل اربح للمالك
١٥	الايجاب والقبول في المضاربة
١٩	هل يلزم ان يكون رأس المال عيناً
٢٤	لايشترط الذهب والفضة
٢٣	المضاربة بالمغشوش
٢٥	كسر النقد المغشوش
٢٧	الرابع: ان يكون معيناً
٢٩	المضاربة بالمال المشاع
٣١	كون الربح مشاعاً
٣٣	الربح بينهما
٣٥	لو اشترط جزءاً من الربح لاجنبى

- ٣٧ هل يلزم الاسترباح بالتجارة ؟
- ٣٩ رأس المال بقدر قدرة العامل
- ٤١ اذا كان العاجز عاجزاً
- ٤٣ لو علم المالك عجز العامل
- ٤٥ هل يضمن العاجز الجميع ؟
- ٤٧ حال الربح مع العجز عن الجميع
- ٤٩ المضاربة بمال الامانة
- ٥١ ارتفاع الضمان بالمضاربة
- ٥٣ المضاربة جائزة بالادلة الاربعة
- ٥٥ الشرط في ضمن عقد المضاربة
- ٥٧ أدلة لزوم الشرط في ضمن المضاربة
- ٥٩ شرط توقيت المضاربة
- ٦١ لزوم الدور من لزوم الشرط
- ٦٣ اذا شرط في ضمن عقد لازم
- ٦٥ الشرط في ضمن العقد الجائز جائز
- ٦٧ اذا قال اشتر بالمال بستاناً
- ٦٩ المضاربة تحصل بمثل اشتر بالمال بستاناً
- ٧١ اذا اشترط أن يكون الخسارة عليهما
- ٧٣ معنى الخراج بالضمان
- ٧٥ شروط احدهما على الآخر
- ٧٧ لاتجوز مخالفة الشرط في الجملة
- ٧٩ أقسام المضاربة مع ذكر الشرط

- ٨١ لزوم الشرط في ضمن المضاربة
- ٨٣ اذا خالف العامل الشرط
- ٨٥ خلط العامل رأس المال
- ٨٧ تصرف العامل حسب المصلحة
- ٨٩ يجوز بيع العامل نقداً ونسيئة
- ٩١ لو خالف الشرط فالبيع فضولي
- ٩٣ يرجع المالك الى العامل المشتري
- ٩٥ البيع بالجنس لا بالنقد
- ٩٧ لا يجب ان يشتري بعين المال
- ٩٩ جواز شراء العامل في الذمة
- ١٠١ الشراء في الذمة يتصور على وجوه
- ١٠٣ اذا قصد العامل ذمة نفسه
- ١٠٥ صور الاشتراف في الذمة
- ١٠٧ احسن الوجوه في الشراء في الذمة
- ١٠٩ عمل العامل حسب المتعارف
- ١١١ لو استأجر العامل
- ١١٣ يستخدم العامل الحمال ونحوه
- ١١٥ نفقة السفر من رأس المال
- ١١٧ نفقة الحضر على العامل
- ١١٩ يقتصر في السفر على النفقة المتعارفة
- ١٢١ نفقة السفر ذهاباً واياباً على رأس المال
- ١٢٣ لو سافر للمضاربة وغيرها

- ١٢٥ نفقة السفر على المالكين
- ١٢٧ لا يشترط في النفقة ظهور الربح
- ١٢٩ المراد بالمرض الاعم من ..
- ١٣١ لو فسخ فنفقة الرجوع ..
- ١٣٣ لو تباقض في كلامه
- ١٣٥ اذا لم تكن مضاربة
- ١٣٧ لو قال خذه والربح لك
- ١٣٩ اختلاف المالك و العامل
- ١٤١ المعيار مصب النزاع لاجوهره
- ١٤٣ صور اختلاف المالك و العامل
- ١٤٥ لا تجرى اصالة الصحة في بعض الموارد
- ١٤٧ لو قال المالك الربح بيننا صح
- ١٤٩ لو قال خذه قرأضاً ولك نصف ربحه
- ١٥١ اتحاد المالك أو العامل وتعدهما
- ١٥٣ اختلاف حصص العاملين
- ١٥٥ القراض في المال المشترك
- ١٥٧ لو كان النقص على الشريك الاخر
- ١٥٩ يجوز زيادة ربح أحدهما في المضاربة
- ١٦١ تبطل المضاربة بموت أيهما
- ١٦٣ هل يجوز لو ارث المالك اجازة العقد؟
- ١٦٥ الظاهر صحة اجازة الوارث
- ١٦٧ صور الاجازة

- ١٦٩ التوكيل في مقدمات المضاربة
- ١٧١ لو ضارب العامل مع عامل آخر
- ١٧٣ العامل الاول هل يستحق شيئاً
- ١٧٥ لو ضارب العامل غيره بدون اذن المالك
- ١٧٧ استخدام العامل الاول عاملاً ثانياً
- ١٧٩ اذا استخدم فما هو حال الربح؟
- ١٨١ لو اذن المالك عمل العامل الثاني
- ١٨٣ اذا كان العامل الثاني جاهلاً بالبطلان
- ١٨٥ اذا شرط المالك مباشرة العامل
- ١٨٧ شرط مال أو عمل خارجي في المضاربة
- ١٨٩ في الشرط الخارجي احتمالات
- ١٩١ الاشكال على كلام الشيخ
- ١٩٣ مراد الشيخ من كلامه
- ١٩٥ تخلف الشرط يؤثر في الفسخ
- ١٩٧ الفسخ قسمان
- ١٩٩ الربح للعامل بمجرد الظهور
- ٢٠١ ارتفاع القيمة ربح
- ٢٠٣ القيمة ليست امرأ وهمياً
- ٢٠٥ لا يلزم ان يكون المملوك خارجياً
- ٢٠٧ الربح للعامل للمالك
- ٢٠٩ الربح وقاية لرأس المال
- ٢١١ هل القسمة تكفر في الاستقرار
- ٢١٣ حال الربح والخسران

- ٢١٥ اذا طلب احدهما قسمة الربح
- ٢١٧ لو حصل الخسران بعد التقسيم
- ٢١٩ كلام الشهيد في القسمة
- ٢٢١ كلام الشهيد مطابق للقاعدة
- ٢٢٣ أخذهما شيئاً من المال
- ٢٢٥ الخسارة تجبر بالربح
- ٢٢٧ أحكام صور التلف
- ٢٢٩ جبر الخسران بالربح اذا كان التلف بعد الشروع
- ٢٣١ تلف الكل قبل الشروع يوجب الفسخ
- ٢٣٣ العامل أمين لا يضمن
- ٢٣٥ لو رجع عن الخيانة هل يبقى الضمان
- ٢٣٧ هل يضمن بمجرد نية الخيانة
- ٢٣٩ لا يشتري المالك من العامل شيئاً
- ٢٤١ اشتراء العامل من مال المضاربة
- ٢٤٣ خمسة أقسام في المعاوضة
- ٢٤٥ أخذ للعامل بالشفعة
- ٢٤٧ لو اشترى العامل زوج المالكة
- ٢٤٩ اذا اشترى العامل من ينعق على المالك
- ٢٥١ فسخ المضاربة أو انفساخها
- ٢٥٣ الفسخ من المالك أو العامل
- ٢٥٥ شرط كون الخسارة بينهما
- ٢٥٧ لاجرة للعامل اذا فسخ في الاثناء
- ٢٥٩ لو حصل الفسخ من المالك

- ٢٦١ لوفسخ العامل بعد السفر
- ٢٦٣ لوحصل الفسخ قبل حصول الربح
- ٢٦٥ هل يجب على العامل الانضااض ؟
- ٢٦٧ لوحصل الفسخ وبالمال عروض
- ٢٦٩ لوكان في المال ديون على الناس
- ٢٧١ اذا مات احدهما قام وارثه مقامه
- ٢٧٣ هل يجب الرد بلد المالك ؟
- ٢٧٥ اذا احتاج الرد الى الاجرة
- ٢٧٧ الربح وقاية لرأس المال
- ٢٧٩ اذا أخذ المالك بعض رأس المال
- ٢٨١ هل الربح اللاحق يجبر الخسران ؟
- ٢٨٣ الخلاف بين المحقق والمصنف
- ٢٨٥ آراء الفقهاء في المسألة
- ٢٨٧ اذا كانت المضاربة فاسدة
- ٢٨٩ يضمن عوض ماأنفقه في السفر
- ٢٩١ اذا كان العامل عالماً دون المالك
- ٢٩٣ اذا لم يحصل ربح
- ٢٩٥ تنازعا في مقدار رأس المال
- ٢٩٧ كل المال للمالك الا ما أقربه للعامل
- ٢٩٩ لو ادعى المالك خيانة العامل
- ٣٠١ لو ادعى ان المالك اذن له في السفر
- ٣٠٣ لو ادعى العامل الخسارة

- ٣٠٥ لو ادعى الاشتباه بعد الاقرار
- ٣٠٧ اختلفا في مقدار حصة العامل
- ٣٠٩ كلام جامع المقاصد واشكالاته
- ٣١١ لو أنكر المضاربة ثم أقر
- ٣١٣ لو اختلفا في صحة المضاربة وبطلانها
- ٣١٥ ادعى العامل الرد وأنكره المالك
- ٣١٧ اشتراه العامل لنفسه أو للمالك ؟
- ٣١٩ اختلفا في المضاربة والقرض
- ٣٢١ يقسم الزائد بينهما لقاعدة العدل
- ٣٢٣ لو اختلفا في القرض والمضاربة
- ٣٢٥ لو اختلفا في الابضاع والمضاربة
- ٣٢٧ استحقاق العامل أقل الامرين
- ٣٢٩ لو لم يصل ربح واختلفا
- ٣٣١ لو اختلفا في مقدار نصب العامل
- ٣٣٣ الصور الثمانية للمسألة
- ٣٣٥ لو كان عنده مال المضاربة فمات
- ٣٣٧ لم يعلم انه تلف بتفريط أم لا ؟
- ٣٣٩ علم ببقاء المال في يد العامل الى ما بعد الموت
- ٣٤١ كلام المستمسك في رد المصنف
- ٣٤٣ لو فرط في الامانة حتى تلفت
- ٣٤٥ الرد أعم من رد العين ورد البديل
- ٣٤٧ لو شك في بقاءه في يد العامل وعدمه

- ٣٤٩ قاعدة اليد مرجع بعد التعارض
- ٣٥١ لو اختلف تلف جميع مال المالك
- ٣٥٣ لو علق المضاربة على أمر متوقع
- ٣٥٥ تعليق المضاربة على امر حاصل
- ٣٥٧ لا يشترط في العامل عدم الفلاس
- ٣٥٩ بطلان المضاربة بعروض الموت والجنون
- ٣٦١ بطلان المضاربة بعروض السفه لاحدهما
- ٣٦٣ اذا ضارب المالك في مرض الموت
- ٣٦٥ تبين كون رأس المال لغير المضارب
- ٣٦٧ للعامل اجرة المثل اذا كان المال لغير المضارب
- ٣٦٩ صحة اشتراط عمل المضاربة
- ٣٧١ ايقاع المضاربة بعنوان الجمالة
- ٣٧٣ الاب والجد يتجران بمال الصغير
- ٣٧٥ الاب والجد يوصيان بالمضاربة
- ٣٧٧ اذا بلغ الصغير له حق الفسخ
- ٣٧٩ الوصية بعمل المضاربة
- ٣٨١ الوصية بعمل المضاربة وعقدتها صحيح
- ٣٨٣ رأس المال مشترك والعامل واحد
- ٣٨٥ اشتراط العامل عدم جبران الربح للخسارة
- ٣٨٧ لو خالف العامل المالك
- ٣٨٩ وحدة المالك وتعدد العامل
- ٣٩١ اذن المالك المعاملة نسيئة

-
- | | |
|-----|--------------------------------------|
| ٣٩٣ | الدائن يرجع الى كل من العامل والمالك |
| ٣٩٥ | يكره المضاربة مع الذمي |
| ٣٩٧ | المضاربة على نقد كلي |
| ٣٩٩ | قد تكون مضاربة وقد تكون مضاربتان |

المطبوع من موسوعة (الفقه)

- ١ - كتاب الاجتهاد والتقليد
- ٢ - كتاب الطهارة الجزء الاول
- ٣ - كتاب الطهارة الجزء الثاني
- ٤ - كتاب الطهارة الجزء الثالث
- ٥ - كتاب الطهارة الجزء الرابع
- ٦ - كتاب الطهارة الجزء الخامس
- ٧ - كتاب الطهارة الجزء السادس
- ٨ - كتاب الطهارة الجزء السابع
- ٩ - كتاب الطهارة الجزء الثامن
- ١٠ - كتاب الطهارة الجزء التاسع

* * *

- ١١ - كتاب الصلاة الجزء الاول
- ١٢ - كتاب الصلاة الجزء الثاني
- ١٣ - كتاب الصلاة الجزء الثالث

- ١٤ - كتاب الصلاة الجزء الرابع
١٥ - كتاب الصلاة الجزء الخامس
١٦ - كتاب الصلاة الجزء السادس
١٧ - كتاب الصلاة الجزء السابع
١٨ - كتاب الصلاة الجزء الثامن

* * * *

- ١٩ - كتاب الصوم الجزء الاول
٢٠ - كتاب الصوم الجزء الثاني

* * *

- ٢١ - كتاب الحج الجزء الاول
٢٢ - كتاب الحج الجزء الثاني
٢٣ - كتاب الحج الجزء الثالث
٢٤ - كتاب الحج الجزء الرابع
٢٥ - كتاب الحج الجزء الخامس
٢٦ - كتاب الحج الجزء السادس
٢٧ - كتاب الحج الجزء السابع

* * *

- ٢٨ - كتاب الخمس
٢٩ - كتاب الزكاة الجزء الاول
٣٠ - كتاب الاطعمة والاشربة
٣١ - كتاب الوقوف والصدقات ، الهبة
٣٢ - كتاب الحدود والتعزيرات
٣٣ - كتاب القصاص

- ٣٤ - كتاب الاجارة
٣٥ - كتاب الجهاد
٣٦ - كتاب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر
٣٧ - كتاب الحكم فى الاسلام
٣٨ - كتاب حول القرآن الحكيم
٣٩ - كتاب الاقتصاد
٤٠ - كتاب القضاء الجزء الاول
٤١ - كتاب القضاء الجزء الثانى
٤٢ - كتاب الديات
٤٣ - كتاب السياسة
٤٤ - كتاب الشهادات
٤٥ - كتاب المضاربة
٤٦ - كتاب النكاح الجزء الاول
٤٧ - كتاب النكاح الجزء الثانى



