



حواشي

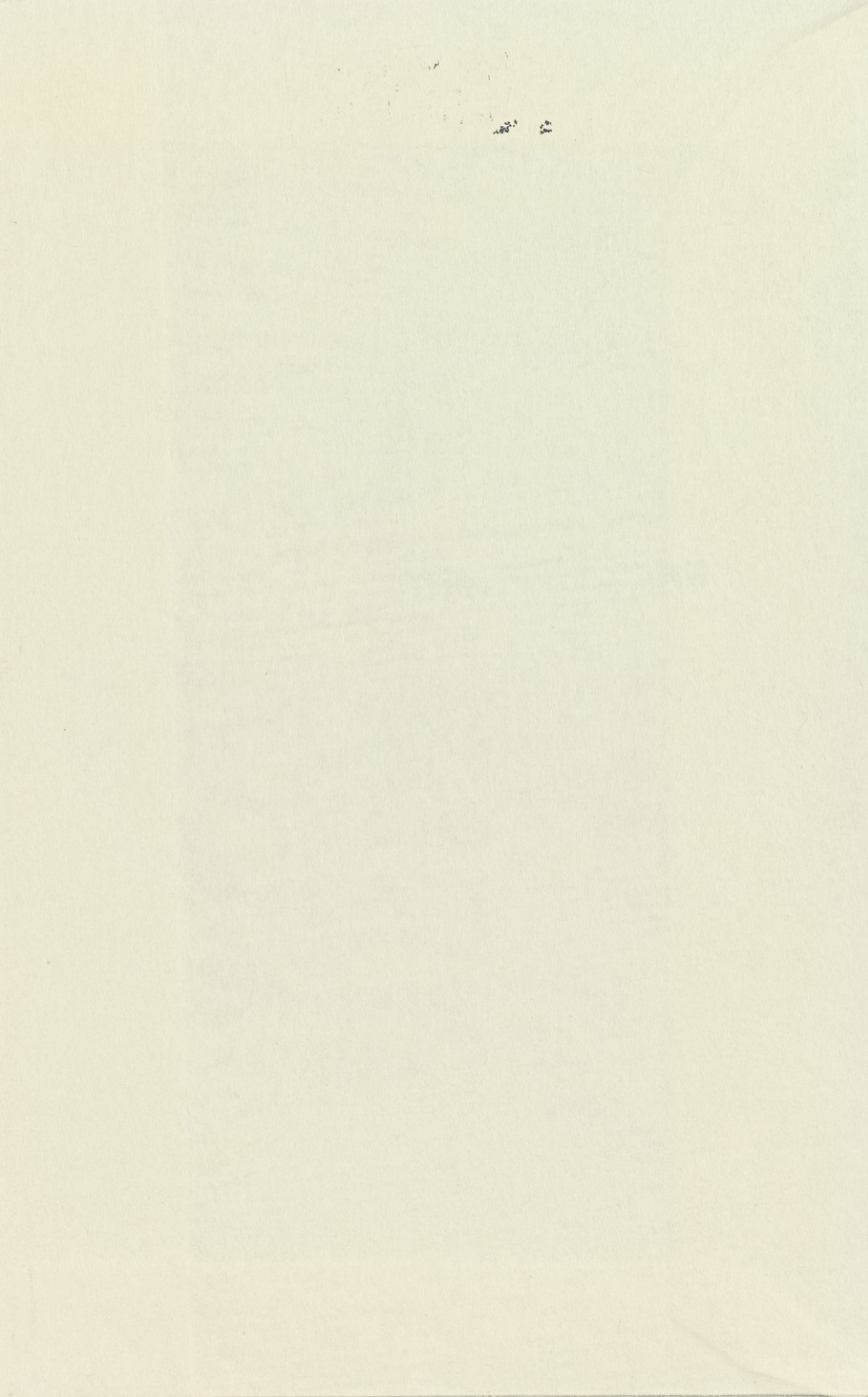
كِتَابُ الْمُضَارِبَاتِ وَالشُّكْرِ

مِنَ الْعُرُوفِ الْوُثْقَى

المحشى

سماحة آية الله الحاج السيد زاعلي المسكني

AR





PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

DUE JUN 15, 1995

DUE JUN 15, 1996

حواشى
كتاب المضاربة والشركة
من العروة الوثقى

المحشى:

سماحة آية الله الحاج الميرزا علي المشكيني



(Arab)

BP174

T323M373

1988

اسم الكتاب: حواشي كتاب المضاربة والشركة من العروة الوثقى.

المحشي: سماحة آية الله الحاج الميرزا علي المشكيني

الطبعة: الاولى

عدد الصفحات: ١٤٤

عدد النسخ: ١٠٠٠

تاريخ النشر: جمادي الثاني ١٤٠٩ هـ . ق.

الناشر: دفتر نشر الهادي - قم تليفون ٤١٠٤٥

المطبعة: الهادي



حواشي

باب المضاربة

من

«العروة الوثقى»

اشرفنا في كل مسألة مضافاً الى بيان المختار فيها الى شقوقها
واوعزنا الى شيء من ادلتها اشارة باجمال واختصار رجاء ان
ينتفع بها من اراد امعان النظر في جهات المسألة العلمية
والاستدلالية والله هو الموفق المعين.

٦٤/١٢/١٤

بسم الله الرحمن الرحيم

حواش ايضاحية واستدلالية علقناها على كتاب «العروة الوثقى» رجاء ان ينتفع بها بعض اخواني ويرضى بها مني ربي الغفور الشكور.

وتسمى قراضا عند اهل الحجاز،

والاول: من الضرب لضرب العامل في الارض لتحصيل الربح، والمفاعلة باعتبار كون المالك سببا له، والعامل مباشرا. والثاني: من القرض بمعنى القطع لقطع المالك حصة من ماله، ودفعه إلى العامل ليتجربه، وعليه العامل مقارض بالبناء للمفعول، وعلى الاول مضارب بالبناء في الفاعل وكيف كان عبارة عن دفع الانسان مالا إلى غيره ليتجربه، على ان يكون الربح بينها لا ان يكون تمام الربح للمالك، ولا يكون تمامه للعامل.

قال (قدس سره): «والاؤل من الضرب» اشتقاقها اما من الضرب في الارض بمعنى السفر فيها، او من الضرب في المال بمعنى التساهم فيه، او من الضرب في المال او بالمال بمعنى تحريكه وجعله في التجارة. والفاعل منها مضارب بمعنى المسافر او المساهم او المحرك المقلب للمال، وعلى كل تقدير فاطلاقه على المالك بلحاظ كونه سبباً له.

قال (قده): «والثاني من القرض» اشتقاقه اما من القرض بمعنى القطع، او من القرض بمعنى التساوي، والفاعل مقارض، اي القاطع شيئاً من ماله او من ربح ماله، او بمعنى المساوي في سهم الربح، وعلى الاؤل يطلق على المالك، وعلى الثاني يطلق عليها.

قال (قده): «والمفاعلة باعتبار» هيئة فاعل هل هي موضوعة لافادة صدور المادة من كل من الفاعل والمفعول فالمفهوم من ضارب وتضارب سيان، غير ان الصدور من الفاعل في الاؤل بالاصالة ومن المفعول بالتبع، وفي الثاني هما مستقلان في ذلك، او انها تفيد معنى السعي او الانهاء، فعنى — قتل زيداً — اهلكه، ومعنى — قاتل زيداً — سعى في قتله فرمما لم يقتله، ومعنى — كاتب زيداً — انهت الكتاب اليه نظير كتبت اليه. فالهيئة تفيد معنى الى في المثال وجهان اغلبها استعمالاً هو الثاني كقولك — المنافق يرائي الناس ويحارب الله فقاتله الله — وقولك — راجعت الفقيه وطالعت الكتاب وسافرت اليوم وساعدني التوفيق —.

قال (قده): «وكيف كان عبارة». هل المعنى المصطلح للكلمتين عبارة عن توكيل المالك العامل في التجارة، او هو من قبيل الجعالة في التجارة، او من قبيل استيجار الشخص، او من قبيل الشركة، فالمنشأ من

ناحية المالك التزام تحويل المال، ومن العامل التزام جعله في سبيل التجارة، وجوه؛ اقرها الاخير.

وتوضيح ذلك: ان من دفع مالاً الى غيره للتجارة تارة على أن يكون الربح بينها وهي مضاربة، وتارة على أن يكون تمامه للعامل وهذا داخل في عنوان القرض ان كان بقصده، وتارة على ان يكون تمامه للمالك ويسمى عندهم باسم البضاعة، وتارة لا يشترطان شيئاً. وعلى هذا ايضا يكون تمام الربح للمالك، فهو داخل في عنوان البضاعة، وعليها يستحق العامل اجرة المثل لعمله الا ان يشترط اعدامه، او يكون العامل قاصداً للتبرع، ومع عدم الشرط وعدم قصد التبرع ايضا له ان يطلب الاجرة، الا ان يكون الظاهر منها في مثله عدم اخذ الاجرة، والا فعمل المسلم محترم مالم يقصد التبرع.

قال (قده): «ان كان بقصده». الدافع للمال قد يقصد عنوان القرض، وقد لا يقصد الا كون الربح للاخذ، فعلى الاول لا اشكال فيه لان القرض كالبيع والهبة وغيرها من العناوين القصدية فتحصل بالقصد، وعلى الثاني قد يقال: انه ايضا يصير قرضاً. لان ذكر الربح من لوازمه فيحمل على ملزومه، ولانه ورد: «من ضمن تاجراً فله رأس ماله وليس له من الربح شيء» وهذا محمول على القرض ايضا قصده ام لا، مع انه لم يذكر في اللفظ الا بعض لوازمه وهو التضمين، فكذا ما نحن فيه. وفيه ان الكلام في المقام فيمن اعطى مصرحاً بعدم التضمين او غافلاً عن ذلك.

واما الحديث: فورده التضمين وهو على قسمين: تضمين مالكي، كما لو اشترطه في المقام و كالعارية المضمونة وغيرها؛ وتضمين

شرعي كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد وبالسوم والوديعة والعارية ونحوها اذا حصل التعدي فيها. فان اريد من كون الربح على الضامن جميع موارد التضمين فيساوي قول ابي حنيفة: «الخراج بالضمان»، وان اريد خصوص التضمين المالكى، ففيه انه لا ملازمة بين ضمان الانسان للمال وكون الربح له، كما في العارية المضمونة ونحوها؛ وحينئذ فلا بد من حمل الرواية على قصد القرض فتخرج عن محل البحث.

قال (قده): «الا ان يشترط عدمه». لا يخلو حال اخذ المال في الصورة الثالثة والرابعة من وجوه:

- ١ - اخذه المال مع اشتراط اخذ الاجرة على عمله.
- ٢ - اخذه مع اشتراط عدمها.
- ٣ - اخذه مع كون المتعارف خارجاً عدمها.
- ٤ - اخذه مع قصد التبرع في العمل.
- ٥ - اخذه مع وقوع الشك في انه قصد التبرع ام لا.
- ٦ - اخذه بقصد ان يطلب الاجرة.
- ٧ - اخذه مع الغفلة عن ذلك.

ولم يذكر في العبارة ثلاثة منها. وحكم الاول منها معلوم، واما صورة الشك في التبرع فقد يقال بجريان اصالة براءة ذمه المالك فيها بعد عدم جواز التمسك بعمومات الاحترام وغيره لكون المقام من الشبهة المصدقية للمخصص؛ لكن الظاهر ان القاعدة العقلائية الحاكمة بضمان من استوفى مال الغير وعمله مع الشك في رضاه محكمة فتتقدم على الاصل المذكور.

قال (قده): «والا فعمل المسلم محترم». عمل العامل هنا يشبه منافع

المقبوض بالعقد الفاسد المستوفاة، وغيرها في وقوع الاختلاف في ضمانه، ويمكن الاستدلال على الضمان بقوله: «لا يحل مال امرء مسلم». بناءً على كون العمل مالاً بعد الاستيفاء ولا يشترط فعلية المال قبل الاستيفاء كما لا يشترط ذلك قبل وقوع المعاملة عليه. وبقاعدة اليد بناءً على شمول الموصول للعمل والاستيلاء عليه استيفائه. وبقاعدة الأتلاف، وبقاعدة الاحترام، وبقاعدة نفي الضرر، وبقاعدة الاستيفاء العقلائية؛ فانهم يرون استيفاء منافع مال الغير وعمله سبباً للضمان. لكن عدم الحل تكليفي فيدل على حرمة التصرف لا الضمان بعده وشمول الموصول في القاعدة للمقام مشكل، واطلاق المال والاتلاف عليه كذلك، وقاعدة الاحترام ايضاً لا تدل الا على حرمة قتله وهتك عرضه واتلاف ماله واستيفاء عمله؛ واما لزوم القصاص او الدية بعد القتل او الضمان بالبدل بعد الاتلاف والاستيفاء فلا تدل عليه، وقاعدة نفي الضرر ايضاً تدل على عدم الحكم الضرري دفعاً او رفعاً لا على ثبوت حكم آخر، فهي ترفع جواز قتل المؤمن واتلاف ماله وهتك عرضه واستيفاء عمله، ولا تدل على ثبوت القصاص او الدية او ضمان المال بعد المخالفة، وتدل على عدم وجوب الوضوء او الغسل الضررين لا على وجوب التيمم.

واما القاعدة العقلائية: فالظاهر صحتها وامضاء الشارع لها بالسكوت او بقاعدتي الاحترام واليد فتأمل.

ويشترط في المضاربة الايجاب والقبول، ويكفي فيها كل دال قولاً او فعلاً، والايجاب القوي كأن يقول: «ضاربتك على كذا»، وما يفيد هذا المعنى فيقول قبلت ويشترط فيها ايضاً بعد البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس او جنون أمور:

قال (قده): «كل دال قولاً او فعلاً». اي على مفهومها العرفي المرتكز في اذهان العامة، وهو انشاء الشركة او الالتزام.

قال (قده): «بعد البلوغ». اي بعد سبعة شروط عامة ثابتة في جميع العقود والايقاعات.

قال (قده): «والاختيار». في مقابل الاكراه، لا في مقابل الاجبار والالغاء، فانه لا يتصور في الانشاء ولا في الاقباض الخارجي المشروط بالنية، ولا في مقابل الاضطرار، فانه ليس شرطاً اذ عقد المضطر غير باطل.

قال (قده): «عدم الحجر لفلس او سفه». اما الحجر لصغر او جنون فقد مرّ، واما الحجر للرقية او المرض فسياتي، والاسباب ليس باكثر من ستة.

قال (قده): «امور». اي عشرة، ترجع ستة منها الى شرائط رأس المال، واربعة الى شرائط الربح؛ لكنّه لم يذكرها مرتباً.

الأول: ان يكون رأس المال عيناً، فلا تصح بالمنفعة ولا بالدين، فلو كان له دين على احد لم يجز ان يجعله مضاربة، إلا بعد قبضه، ولو اذن للعامل في قبضه ما لم يجدد العقد بعد القبض، نعم لو وكله على القبض والإيجاب من طرف المالك والقبول منه بأن يكون موجبا قابلاً صح، وكذا لو كان له على العامل دين لم يصح جعله قراضاً، إلا ان يوكله في تعيينه ثم ايقاع العقد عليه بالإيجاب والقبول بتولي الطرفين.

قال (قده): «رأس المال عيناً». رأس المال هنا كالمبيع في البيع،

والاشياء التي لها مالية، سبعة: العين الخارجية، والكلي الذمي، والكلي في المعين، ومنفعة العين، وعمل العبد، وعمل الحر؛ والحق. واستظهر جواز وقوع الثلاثة الاول مبيعاً، فلو كان المراد بالعين هنا خصوص العين الخارجية، كما يؤيده وقوعها في مقابل الدين. كان حكم رأس المال اضيق دائرة من المبيع، وكيف كان فان كان المراد مطلق العين، كان احترازاً عن اربعة من تلك الاشياء، وان كان المراد خصوص الخارجية كان احترازاً عن ستة.

قال (قده): «ولا بالدين». الدين يتصور في كل من الاشياء الخمسة التي لها مالية، فليكن المراد هنا من التقدين، واما البواقي فتخرج انفسها بذكر العين فضلاً عن دينها الذمي.

الثاني: ان يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكة المعاملة بأن يكون درهما او ديناراً، فلا تصح بالفلوس ولا بالعروض بلاخلاف بينهم، وإن لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع، نعم تأمل فيه بعضهم وهو في محله لشمول العمومات إلا أن يتحقق الاجماع وليس ببعيد، فلا يترك الاحتياط، ولا بأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به، مثل الشاميات والقمري ونحوها، نعم لو كان مغشوشاً يجب كسره بأن كان قلباً لم يصح، وان كان له قيمة فهو مثل الفلوس، ولو قال للعامل: بع هذه السلعة، وخذ ثمنها قراضاً، لم يصح، الا ان يوكله في تجديد العقد عليه بعد ان نض ثمنه.

قال (قده): «ان يكون من الذهب». احترازاً عن العين الخارجية او مطلقاً، وعن جميع ما يسمى نقداً ولو مغشوشاً او اوراقاً.

قال (قده): «فلاتصح بالفلوس». الظاهر التفصيل فيما يجترز منه بهذين الشرطين بانه ان كان غير النقدين من منافع الاعيان فضلاً عن الاعمال والحقوق، فالمضاربة بها باطلة للشك في صدق المضاربة عليها، او للقطع بعدم صدقها، وكذا الاعيان الخارجية للشك في الصدق او في الصحة مع تسليم الصدق لعدم اطلاق في الادلة فتأمل. وان كان فلوساً او نقوداً أو راقية رائجة فالظاهر صحة المضاربة بها.

قال (قده): «دعوى الاجماع». لم يتعرض للمسالة عدة من القدماء: كـ «ابن بابويه» و«المرتضى» و«الحلي» و«ابن حمزة»؛ وادعى «الشيخ» الاجماع، و«ابن براج» عدم الخلاف؛ لكن على الصحة في النقدين لا البطلان في غيرهما. نعم صرح في «التذكرة» بشرطية النقدين عند علمائنا، وادعى الاجماع على البطلان «المحقق الثاني»، والاجماع بقسميه عليه «صاحب الجواهر»، وعلى هذا فكيف حال الاجماع مع عدم تعرض عدة مع ان بعض القائلين بالبطلان صرحوا بان الوجه فيه عدم قيام دليل على الصحة، فالمدرك اصالة الفساد.

قال (قده): «بكونه من المغشوش». الممزوج من النقدين وغيرها قد يغلب احدهما ويصدق عليه عنوان الدرهم والدينار، لكن مع اختلاط غيرهما وقد يغلب غيرهما فيصدق عليه عنوان الغير، لكن مع صدق اختلاط شيء منها، وقد يتساوى الخليطان مع صدق كلا العنوانين او عدم صدق احدهما، وقد يكون ظاهره مموهاً باحدهما وباطنه غيرهما وهو القلب، وهذه اقسام خمسة. ثم ان الكلام فيها وقع في الفقه في جواز انفاقها وجواز بيعها ووجوب قبضها في المجلس في بيع الصرف ووجوب

زكاة اعيانها الزكوية ووجوب كسرها وصحة المضاربة بها وغيرها من الموارد.

الثالث: ان يكون معلوما قدرا ووصفا ولا تكفي المشاهدة وان زال به معظم الغرر.

الرابع: أن يكون معينا، فلو احضر مالين وقال: قارضتك باحدهما او بأيهما شئت لم ينعقد الا ان يعين ثم يوقعان العقد عليه، نعم لا فرق بين أن يكون مشاعا، أو مفروزا بعد العلم بمقداره ووصفه فلو كان المال مشتركا بين شخصين، فقال احدهما للعامل: قارضتك بحصتي في هذا المال، صح مع العلم بحصته من ثلث اوربع، وكذا لو كان للمالك مئة دينار مثلاً فقال: قارضتك بنصف هذا المال صح.

قال (قده): «افى يكون معلوماً». فان كان من العروض فالاعتبار بالكيل او الوزن او العد او المساحة، وان كان من النقدين فبالعد او الوزن، والمشاهدة اعتبار حيث لا اعتبار، والوجه في الاعتبار النهي عن الغرر، وعدم امكان افراز رأس المال عند المفاصلة، وجهالة الربح واصالة الفساد، وغير الاخير مخدوش.

قال (قده): «ان يكون معيناً». يمكن ان يكون راس المال فرداً مشخصاً وفرداً مردداً، وكلياً في المعين، وكلياً ذمياً، ومشاعاً قبل العقد ونحو مشاع بعد العقد، لا اشكال في صحة الاول وبطلان الثاني بناءً على عدم تصور معنى للمردد، ولا يبعد الثالث والرابع وان لم يتعرض لهما وقد بين حكم الاخيرين.

الخامس: أن يكون الربح مشاعاً بينهما فلو جعل لأحدهما مقدارا معيناً، والبقية للآخر، أو البقية مشتركة بينهما لم يصح.

السادس: تعيين حصة كل منها من نصف أو ثلث أو نحو ذلك، إلا أن يكون هناك متعارف ينصرف إليه الاطلاق.

السابع: أن يكون الربح بين المالك والعامل، فلو شرطاً جزء منه لأجنبي عنها لم يصح، إلا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة، نعم ذكروا أنه لو اشترط كون جزء من الربح لغيره لأحدهما صح، ولا بأس به خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك، لأنه يرجع إلى مولاه، وعلى القول الآخر يشكل، إلا أنه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى للأجنبي، والقدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما، فالأقوى الصحة مطلقاً، بل لا يبعد القول به في الأجنبي أيضاً، وإن لم يكن عاملاً لعموم الأدلة.

قال (فده): «أن يكون الربح مشاعاً». قد يجعل مقدار معين من الربح لأحدهما والباقي للآخر، أو يجعل الباقي مشاعاً بينهما وعلى التقديرين أما أن لا يعلم بزيادة الربح على القدر المشروط، أو يعلم بعدمها، أو يعلم بالزيادة، الظاهر بطلان العقد في العلم بعدم الزيادة لخروجه عن المضاربة موضوعاً، وفي الشك في الزيادة للشك في الموضوع. وأما في صورة العلم بالزيادة ف يرجع الشك إلى أن إشاعة جميع الربح، هل هي من أحكام المضاربة الذاتية حتى يكون اشتراط عدمها مخالفاً للكتاب، أو من أحكامها الحثية، فالحكم بالبطلان يتوقف على أمور ثلاثة: كونها من أحكامها، وكونها ذاتية كاصول جواز التصرف في البيع والاستمتاع

في النكاح، وكون الشرط الفاسد مفسداً؛ والكل محل تامل فالحكم بالبطلان مشكل اللهم الا اذا شك في الصحة ولم يكن اطلاقاً.

الثامن: ذكر بعضهم انه يشترط ان يكون رأس المال بيد العامل، 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 بغيرها كأن يدفع اليه ليصرفه في الزراعة مثلاً، ويكون الربح بينهما يشكّل صحته، اذ القدر المعلوم من الادلة هو التجارة، ولو فرض صحة غيرها للعمومات، كما لا يبعد لا يكون داخلاً في عنوان المضاربة.

العاشر: ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير، أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير، والا فلا يصح لاشتراط كون العامل قادراً على العمل، كما ان الامر كذلك في الإجارة للعمل، فإنه اذا كان عاجزاً تكون باطلة، وحينئذ فيكون تمام الربح للمالك وللعامل اجرة عمله مع جهله بالبطلان، ويكون ضامناً لتلف المال الامع علم المالك بالحال، وهل يضمن حينئذ جميعه لعدم التميز مع عدم الاذن في اخذه على هذا الوجه، او القدر الزائد، لأن العجز إنما يكون بسببه، فيختص به، او الاول اذا اخذ الجميع دفعة، والثاني اذا اخذ اولاً بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما اخذه اولاً، اقول؛ اقواها الأخير. ودعوى انه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع، وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع، ولا ترجيح الآن لأحد اجزائه إذ لو ترك الأول وأخذ الزيادة لا يكون عاجزاً

كما ترى، إذ الأول وقع صحيحاً، والبطلان مستند إلى الثاني، و بسببه والمفروض عدم المزج هذا. ولكن ذكر بعضهم أن مع العجز المعاملة صحيحة، فالريح مشترك ومع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك. ولا وجه له لما ذكرنا مع أنه إذا كانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان، ثم إذا تجدد العجز في الأثناء وجب عليه رد الزائد والإضمن.

قوله: «ثم إذا تجدد العجز». عن الجميع أو عن المجموع، بعد العقد قبل الاتجار، أو بعد العقد والاتجار، فالعجز عن الجميع مبطل للعقد كما في الحاصل قبل العقد، وفي العجز عن البعض وجوه أو أقوال: بطلان العقد به مطلقاً، وصحته كذلك، وانحلاله إلى البطلان في غير المقدور؛ والصحة في المقدور. وعلى الأول يجب رد المال ويضمن لو آخر، وعلى الآخر يجب رد ما زاد عن المقدور ويضمن لو آخر، وعلى الثاني ففي وجوب الرد وكذا في الضمان أشكال مع بقاء صحة العقد. وعبرة المتن تعطى أن المصنف مفصل بين العجز عن البعض قبل العقد وبينه بعده بالبطلان مطلقاً في الأول دون الثاني والالقال وجب عليه رد الجميع.

مسئلة ١: لو كان له مال موجود في يد غيره امانة او غيرها، فضاربه عليها صح، وإن كان في يده غصبا او غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان، فالاقوى أنه يرتفع الضمان بذلك لانقلاب اليد، حينئذ فينقلب الحكم ودعوى ان الضمان مغياً بالتأدية، ولم تحصل كما ترى. ولكن ذكر جماعة بقاء الضمان إلا إذا اشترى به شيئاً ودفعه إلى البائع، فإنه يرتفع الضمان به لأنه قد قضى دينه بإذنه، وذكروا نحو ذلك في الرهن ايضاً، وإن العين إذا كانت في

يد الغاصب فجعله رهنا عنده انها تبقى على الضمان، والاقوى ما
ذكرنا في المقامين لما ذكرنا.

قوله: «في يد غيره امانة». يد الانسان على مال غيره تارة تكون
امينة بامانة مالكيته كالودعي ومستاجر العين، واخرى بامانة شرعية
كأخذ اللقطة وعازل الزكاة، وثالثة يدا ضمانتة عادية كالغاصب؛
ورابعة ضمانتة غير عادية كقابض المال بالعقد الفاسد ونحوه. لاشكال
في صحة القراض في مورد القسمين الاولين، واما الاخيران ففيهما اقوال:
بطلانه مطلقاً وصحته مع عدم ارتفاع ضمان العامل الى ان يبدله بمال
آخر، وصحته وارتفاع الضمان بالعقده ويستدل على الاول بمنافات
كون اليد ضمانتة مع كونها امينة، وعلى الثاني بان القراض لا يقتضي
عدم الضمان، وقاعدة اليد تقتضي ذلك فلا منافاة فيعمل بهما، وعلى
الثالث بدلالة القراض التزاماً على الاذن بكون المال في يد العامل
فتنقلب امينه وتخصص القاعدة او ان ذلك بحكم التادية فتحصل غاية
القاعدة فلا ضمان.

مسئلة ٢: المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منها فسخها،
سواء كان قبل الشروع في العمل، او بعده قبل حصول الربح، او
بعده نض المال، او كان به عزوض مطلقا كانت او مع اشتراط
الأجل، وان كان قبل انقضائه. نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ
إلى زمان كذا، يمكن ان يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو
الاقوى لوجوب الوفاء بالشرط.

ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور، بل العقد ايضا لأنه
مناف لمقتضى العقد وفيه منع بل هو مناف لإطلاقه، ودعوى

ان الشرط في العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء ممنوعة، نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط، والا فما دام العقد باقيا يجب الوفاء بالشرط فيه، وهذا إنما يتم في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ، مثل المقام فإنه يوجب لزوم ذلك العقد هذا. ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر. فلا اشكال في صحة الشرط ولزومه، هذا يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافيا لمقتضى العقد، اذ لو كان منافيا لزم عدم صحته في ضمن عقد آخر ايضا. ولو شرط في عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة اخرى سابقة صح ووجب الوفاء به، الا ان يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب. كما انه لو اشترط في مضاربة، مضاربة اخرى في مال آخر، او أخذ بضاعة منه، او قرض أو خدمة أو نحو ذلك، وجب الوفاء به ما دامت المضاربة باقية، وان فسخها سقط الوجوب. ولا بد ان يحمل ما اشترطه من أن 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— قده— بدعوى انها تابعة للعقد لزوما وجوازا، بل مع جوازها هي اولى بالجواز، وانها معه شبه الوعد، والمراد من قوله تعالى: «وفوا بالعقود» اللازمة منها لظهور الامر فيها في الوجوب المطلق، والمراد من قوله — عليه السلام —: «المؤمنون عند شروطهم» بيان صحة اصل الشرط، لا اللزوم والجواز، اذ لا يخفى ما فيه.

قوله: «او مع اشتراط الاجل». اما ان يشترط فيها الاجل كقول المالك اقرضتك الى سنة او شرط آخر، وعلى الثاني اما ان يتعلق بامر خارج عن العقد او داخل فيه وعلى التقديرين اما ان يكون بنحو شرط الفعل او شرط النتيجة والامثلة: اقرضتك بشرط ان تحيط لي ثوباً او يكون مالك الفلاني لي او ان لا تفسخ او ان لا تملك الفسخ، فهذه اقسام

خمسة، والاول صحيح لانه لا يدل منطوقاً على لزوم العقد قبل السنة ويدل مفهوماً على عدمه بعدها فلا منافاة فيه لمقتضى العقد، واشتراط الفعل مطلقاً لا باس به فان العقد لا يفتضي ترك الخياطة او فعل الفسخ ليكون الشرط مخالفاً لمقتضاه واشتراط الامر الخارجي بنحو النتيجة مورد للاختلاف كسائر الموارد، واشتراط ان لا يملك مخالف لمقتضاه فهو فاسد والمصنف لم يتعرض الا للقسم الاول والرابع.

قوله: «لوجوب الوفاء بالشرط». لان الشرط التزام في التزام وكل واحد منها موضوع مستقل لوجوب الوفاء، فاذا دلّ الدليل على خروج الاول عن العموم يبقى الثاني وارتباط الموضوعين تكويناً لا يستلزم ارتباطهما حكماً، وقد اشار الى البطلان من جهتين، مخالفته لمقتضى العقد واستلزام فرعية الثاني للاول عدم لزومه.

قوله: «وفيه منع». لان المنافي تارة ينافي حقيقته وجوهره، واخرى لوازمه العقلية، وثالثة لوازمه الشرعيه غير القابلة للانفكاك ورابعة اثاره القابلة له؛ والثلاثة الاول مناف، والاخير غير مناف. فقولك: بعتك على ان لا يكون ثمن، او لا يكون المبيع من جملة اموالك، او لا يكون لك تسلط عليه اصلاً مناف لمقتضاه؛ وبعتك بشرط ان لا تطلبه الى شهر غير مناف لكونه مقتضى اطلاق العقد.

هذا ويرد عليه، ان المشهور حكموا ببطلان شرط النتيجة دون الفعل ولم يذكره وانّ ما ذكره ليس منافياً حتى لا يطلاق العقد كما عرفت.

قوله: «فأنه يوجب لزوم ذلك». مفاد «المؤمنون عند شروطهم» أما
 ايجاب العمل بالشرط تكليفاً، او الارشاد الى صحته وضعاً، او كلا
 الامرين؛ وعلى الاول يكون الفسخ حراماً لا غير نافذ فلا لزوم للعقد،
 وعلى الاخيرين ايضاً لا وجه للزومه، اللهم الا ان يستصحب الصحة
 حتى بعد الفسخ؛ والاحتمالات الثلاثة والاستصحاب اتية في قوله
 تعالى: «اوفوا بالعقود».

قوله: «على هذا المعنى». ان كان مفاد ادلة الشرط الوجوب
 التكليفي فترتب وجوب الوفاء بالشرط على العقد الجائز غير مستبعد
 كوجوب القصر المترتب على السفر، وان كان مفادها عدم قابليته
 للفسخ فترتبه على ما يقبل الفسخ مستبعد، كما اذا وهب عيناً وشرط ان
 يكون ثوبه الفلاني له فان كون الهبة قابلة للرد والثوب غير قابل لهم
 مستبعد.

مسئلة ٣: اذا دفع اليه مالا وقال: اشتره بستانا مثلاً، او قطعياً
 من الغنم، فإن كان المراد الاسترباح بها بزيادة القيمة صح
 مضاربة، وإن كان المراد الانتفاع بنمائها بالاشتراك في صحته
 مضاربة وجهان: من ان الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلا
 يصح، ومن ان حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة،
 والاقوى البطلان مع ارادة عنوان المضاربة، اذ هي ما يكون
 الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة لا مثل هذه الفوائد،
 نعم لا بأس بضمها الى زيادة القيمة، وان لم يكن المراد خصوص
 عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحته للعمومات.

مسئلة ٤: اذا اشترط المالك على العامل ان يكون الخسارة عليهما
 كالربح، او اشترط ضمانه لرأس المال في صحته وجهان؛ اقواهما

الاول لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد، كما قد يتخيل، بل
 انما هو مناف لاطلاقه اذ مقتضاه كون الخسارة على المالك، وعدم
 ضمان العامل الامع التعدي او التفريط.

قوله: «اذا اشترط المالك». اما ان يشترط عليه ضمان التلف او
 الخسارة بنحو شرط الفعل كان يقول بشرط ان تؤدي بدل التالف او
 الخسران من كيسك، او بنحو شرط النتيجة كأن يقول بشرط ان تشتغل
 ذمتك ببدلها. وكيف كان فهنا اقوال: بطلان الشرط والعقد وصحتها،
 وصحة العقد دون الشرط.

قوله: «وجهان». بل وجوه كما عرفت. ودليل البطلان قياس
 مثبت لفساد الشرط، ثم قياس تكون صغراه نتيجة القياس الاول مثبت
 لفساد العقد. اما القياس الاول فهو ان هذا الشرط مخالف لمقتضى
 العقد او للكتاب والسنة، وكل شرط كذلك فهو فاسد، ودليل الصغرى
 عدة من الصحاح^١ ودليل الكبرى صحاح^٢. واما القياس الثاني:
 فهو هذا الشرط فاسد والشرط الفاسد مفسد للعقد، ودليل الكبرى هو
 اناطة التراضي الذي هو روح العقد به فاذا فسد الشرط انعدم التراضي
 ففسد العقد.

قوله: «اقواهما الاول». لان عدم الضمان المرتب على العامل
 ليس حكماً ذاتياً اقتضائياً ثابتاً لمطلق العقد كالوجوب او الحرمة
 العارضين لموضوعهما بل هو حكم حيثي ثابت للعقد المطلق كإباحة لحم
 الغنم. والشرط الراجع للاول يعدّ مخالفاً للكتاب، والرافع الثاني مخالفاً

١. «وسائل الشيعة»، ابواب المضاربة، باب ٣.

٢. «وسائل الشيعة»، ابواب الخيار، ب ٦، ح ١٢.

لاطلاق العقد، اذ على الثاني كأن هنا موضوعين. العامل غير الشارط، والعامل الشارط على نفسه الضمان؛ وادلة الباب تثبت الضمان على الاول فيبقى الثاني مشمولاً لعموم الوفاء بالشرط، ويشهد للمطلب ان عدم الضمان مرتب لكون العامل امينا كما يؤيده صحيح ابن مسلم^١ وهو قابل للرفع كما في العين المستعارة والمستأجرة مع اشتراط الضمان.

قوله: «ليس شرطاً منافياً». لو كان اشتراط عدم الضمان بنحو شرط الفعل فلا اشكال، واما بنحو النتيجة فيمكن القول بالصحة فيما اذا اشترط اشتغال ذمة العامل عند التلف، فيكون مورد الامانة كالغصب، واما الخسارة فيشبه اشتغال ذمة زيد بخسارة المعاملة بين عمرو وخالده، وهو كغير المعقول.

مسئلة ه: اذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً، أو إلى البلد الفلاني، أو إلى البلد الفلاني، أو لا يشتري الجنس الفلاني، أو إلى الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد مثلاً، أو إلا من زيد، أو لا يشتري من شخص معين، أو نحو ذلك من الشروط فلا يجوز له المخالفة، والا ضمن المال لو تلف بعضاً او كلا، وضمن الخسارة مع فرضها. ومقتضى القاعدة وإن كان كون تمام الربح للمالك على فرض ارادة القيدية، إذا اجاز المعاملة وثبت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الألتزام في الألتزام، وكون تمام الربح له على تقدير الفسخ، إلا أن الاقوى اشتراكها في الربح على ما قرر، لجملة من الاخبار الدالة على ذلك، ولا داعي إلى حملها على بعض المحامل، ولا إلى الاقتصار على مواردھا لاستفادة العموم من بعضها الآخر.

١. «وسائل الشيعة»، ب ٣، ح ٣.

قوله: «إذا اشترط المالك». هنا عقد مضاربة انشائه الطرفان وشروط ذكرها وتجارة صدرت من العامل على خلافها، والكلام في المسألة اما في بطلان عقد المضاربة من اصله لمكان الشروط، او بطلانه بتخلف العامل او في صحة تلك الشروط وضعاً، او في وجوب الوفاء بها تكليفاً، او في بطلان معاملات العامل المتخلف بها، او في ثبوت الضمان على العامل بالتخلف او في الربح وكونه في ما بينهما او في جميع ذلك، لا يبعد الاخير لكن العمدة في البحث هو الربح.

قوله: «والاضمن المال». الضمان حاصل في جميع الصور الاتية. فان العامل في هذا الباب ذو عنوانين: عامل، وامين؛ ويترتب على الاول ملكية الربح، وعلى الثاني عدم الضمان؛ وينتفي الثاني بمجرد التخلف فينتفي حكمه.

قوله: «ارادة القيدية». ذكر الامور الخارجة عن جوهر العقد عند انشاء الصيغة قد يكون بنحو القيدية، اعني وحدة الالتزام الكاشفة عن وحدة المطلوب كقول المالك: «اتجر بهذا المال في شراء السمن ولا تشتري غيره». وقد يكون بنحو الشرطية اي الالتزام في ضمن الالتزام الدال على تعدد المطلوب كقوله: «اتجر بهذا المال بشرط ان تحفظ الثمن في صندوق مثلاً». وعلى الاول قد يكون القيد واقعياً ومراداً حقيقياً للمالك، وقد يكون ظاهرياً كما اذا علم ان التقييد لتوهم كونه راجحاً وكون غيره خاسراً، وعلى الثاني قد يكون الشرط في ضمن العقد، وقد يكون انشاءً خارجياً منفصلاً.

ثم ان مقتضى القاعدة بناءً على التقييد الواقعي كون التجارات المتخلف بها فضوليةً خارجة عن عنوان المضاربة، فان ردها المالك رجع

التمن الى محله وبقيت المضاربة. فلو اتجر العامل به بعد ذلك كان الربح لهما ولو امضاها كان ذلك فسخاً للمضاربة وكان جميع الربح للمالك .
 واما بناءً على التقييد الظاهري، فمقتضاها كون الضمان على العامل والربح بينهما. واما بناءً على الشرطية فالمعاملات المتخلف بها صحيحة الا ان للمالك خيار فسخ المضاربة زائداً على جوازها الذاتي، فان لم يفسخها كان الربح بينهما، وان فسخها فان كان الفسخ ابطالاً للعقد من اصله امكن تصحيح المعاملات بالاذن الضمني، فيكون الربح له خاصة، وان كان ابطالاً من حينه كانت صحيحة والربح بينهما كما يأتي في المسألة (٤٦)، والشرط المفصل في العقود الاذنية كالشرط في ضمن العقد.

قوله: «ولا داعي الى حملها». النصوص الدالة على حكم المورد (١٢) حديثاً أغلبها صحيح واختلفوا في معناها على اربعة اوجه:
 احدها: حمل كلمة ينهى المالك ان يخرج، وكلمة ايت ارض كذا ولا تجاوزها، وكلمة خالف العامل ما شرط عليه وما امره صاحب المال، الواقعة في النصوص على النهي والشرط مطلقاً وقعا بنحو التقييد الواقعي او الظاهري او الشرطية فتكون مخالفة للقواعد في الجملة وهذا ظاهر المتن.

وثانها: حمل تلك التعابير ما عدا صورة القيدية الواقعية لئلا تخالف القواعد.

وثالثها: حمل النصوص على صورة اشتراط الضمان، فكم من فرق بين اشتراط امر يستلزم صيرورة مورد التخلف فضولياً تارة، ومورداً للخيار اخرى ويستعقب ضماناً شرعياً للعامل، وبين اشتراط نفس الضمان ولو معلقاً على امر مذکور مع كون مورد التعليق، من عمل المضاربة فان

الاشترك في الربح مخالف للقواعد في الاول دون الثاني.
ورابعها: حملها على الاطلاق من حيث قيده، او المأخوذ في
الانشاء وتخصيص مواردها بخصوص اشتراط عدم الخروج بالمال وعدم
شراء ذي كبد رطبة.

واما عدم وجود الداعي الى تلك المحامل فلتوهم اطلاقها من
حيث كيفية اخذ القيود كما عرفت ولظهورها في تخلف الشروط لا في
اشتراط الضمان، وعموم خبر الحلبي الثالث لكل شرط.

مسئلة ٦: لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه او
غيره، إلا مع اذن المالك عموماً، كأن يقول: اعمل به على حسب
ما تراه مصلحة، ان كان هناك مصلحة او خصوصاً فلو خلط
بدون الاذن ضمن التلف، إلا ان المضاربة باقية والربح بين
المالك على النسبة.

قوله: «لا يجوز للعامل خلط رأس المال». كان الكلام قبل في التخلف عن
الشروط، وفي هذه المسألة والست الاتية في التخلف عن الاطلاق
فحكم في بعضها بصحة المعاملات المتخلف بها، وفي بعضها بالبطلان.
لكن هنا امران: انشاء عقد القراض الصادر من المالك،
وغرضه الاقصى الباعث على الانشاء وهو اعادة النفع، فهل الملاك في
جواز المعاملات المتخلف بها عن الشروط والأطلاق تكليفاً وفي صحتها
وضعاً هو الانشاء او شمول الغرض ولو قصر الانشاء، او التفصيل بين
التكليف والوضع يجعل الملاك في الأول هو الأول وفي الثاني هو الثاني؟
اظهرها الاخير. وتشهد به نصوص الباب من جهتين حكمها في موارد
التخلف من الشروط بكون الربح لهما، وحكمها بكون الخسارة على
العامل، وكلا الامرين من اثار صحة المعاملة. واذا كان الحكم في

المشروط عدمه كذلك ففيا لايشمله الاطلاق اولى، ومقتضى القاعدة دوران الجواز مدار الظهور اللفظي في صورة الشك، واما في صورة العلم فهو كالوضع.

مسئلة 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، الا إذا كان هناك متعارف ينصرف اليه الإطلاق، وإن خالف فسافر فعلى ما مرفي المسئلة المتقدمة.

قوله: «ينصرف اليه الاطلاق». فرق بين موارد انصراف الاطلاق عن الفرد وانصرافه اليه وشموله له بلا انصراف اليه ويكفي في المجوز للسفر هنا هو الاخير، وقد عرفت حكم المعاملات المختلف بها.

مسئلة ٨: مع اطلاق العقد وعدم الاذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك، إلا ان يكون متعارفا ينصرف اليه الاطلاق، ولو خالف في غير مورد الانصراف، فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو، وان اطع المالك قبل الاستيفاء فإن امضى فهو، والا فالبيع باطل وله الرجوع على كل من العامل والمشتري مع عدم وجود المال عنده، او عند مشتر آخر منه، فإن رجع على المشتري بالمثل او القيمة لا يرجع هو على العامل، الا ان يكون مغرورا من قبله وكانت القيمة ازيد من الثمن، فإنه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه، وإن رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم، الا ان يكون مغرورا منه وكان الثمن اقل، فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن.

قوله: «وينصرف اليه الاطلاق». بل يشمله الاطلاق ولا ينصرف

عنه.

قوله: «قبل اطلاق المالك فهو». ظاهره انه يصح حينئذٍ ولا يحتاج الى الامضاء. وفيه ان انقضاء المدة في الفضولي لا يخرج عن الفضولية فالأوجه في صور عدم الربح احتياجه الى الاجازة، وفي صورة حصول الربح صحته ولزومه لما مرّ في المتخلف عن الشرط.

قوله: «والا فالبيع باطل». قد عرفت ان صورة التخلف عن الاطلاق لا يزيد عن التخلف عن الشرط فهو صحيح مع الربح باطل مع الخسران.

قوله: «الا ان يكون مغوراً». قاعدة الغرور لا تتحقق موضوعاً في التلف او الاتلاف بقصد ضمان البدل كما في المشتري والمستقرض والمستأجر والمستعير بشرط الضمان ونحوها، وكذا اذا علم المتصرف بالحال كما في متهب مال الغير ومستعيره اذا علماً بالغصبية، وحكم القاعدة ان قرار الضمان على الغار فهو يرجع الى المغرور اذا غرم دون العكس، على العكس من ترتب الايادي مع عدم الغرور، فان قرار الضمان فيه على المتلف فهو يرجع الى من قبله دون العكس، ففي المسالة اذا باع المال بالعادلة فلا غرور، واذا باع ما يساوي التسعة بستة فبالنسبة الى الستة لا غرور، وكذا الثلاثة اذا كان عالماً بالحال، واذا كان جاهلاً تحقق فيها الغرور، فقرار الستة على المشتري والثلاثة على العامل، فاذا رجع المالك بالتسعة على المشتري رجع هو بالثلاثة على العامل، واذا رجع بالتسعة على العامل رجع هو بالستة على المشتري.

مسئلة ٩: في صورة اطلاق العقد لايجوز له ان يشتري بأزيد من قيمة المثل، كما انه لايجوز ان يبيع باقل من قيمة المثل، والا بطل، نعم اذا اقتضت المصلحة احد الامرين لا بأس به.

مسئلة ١٠: لا يجب في صورة الاطلاق ان يبيع بالنقد، بل يجوز ان يبيع الجنس بجنس آخر، وقيل بعدم جواز البيع الا بالنقد المتعارف، ولا وجه له الا اذا كان جنسا لارغبة للناس فيه غالبا.
مسئلة ١١: لا يجوز شراء المعيب الا اذا اقتضت المصلحة، ولو اتفق فله الرد او الارش على ما تقتضيه المصلحة.

مسئلة 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 شخصا من مال المالك لا كليا في الذمة، والظاهر انه يلحق به الكلي في المعين ايضا وعلل ذلك بأنه القدر المتيقن، وايضا الشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء، ولعل المالك غير راض بذلك، وايضا إذا اشترى بكلي في الذمة لا يصدق على الربح، انه ربح مال المضاربة ولا يخفى ما في هذه العلل. والأقوى كما هو المتعارف جواز الشراء في الذمة والدفع من رأس المال، ثم انهم لم يتعرضوا لبيعه ومقتضى ما ذكره وجوب كون المبيع ايضا شخصا لا كليا، ثم الدفع من الاجناس التي عنده، والاقوى فيه ايضا جواز كونه كليا، وإن لم يكن في التعارف مثل الشراء. ثم إن الشراء في الذمة يتصور على وجوه:

احدها: أن يشتري العامل بقصد المالك وفي ذمته من حيث المضاربة.

الثاني: ان يقصد كون الثمن في ذمته من حيث انه عامل ووكيل عن المالك، ويرجع إلى الاول وحكمها الصحة، وكون الربح مشتركا بينها على ما ذكرنا، وإذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء

كان في ذمة المالك يؤدي من ماله الآخر.

الثالث: ان يقصد ذمة نفسه وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة، ثم دفع منه، وعلى هذا الشراء صحيح ويكون غاصبا في دفع مال المضاربة من غير اذن المالك، الا إذا كان مأذونا في الاستقراض وقصد القرض.

الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء، حتى يكون الربح له، فقصد نفسه حيلة منه، وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء، وإن كان عاصيا في التصرف في مال المضاربة من غير إذن المالك، وضامنا له بل ضامنا للبائع ايضا حيث ان الوفاء بمال الغير غير صحيح، ويحتمل القول بطلان الشراء، لأن رضى البائع مقيد بدفع الثمن، والمفروض ان الدفع بمال الغير غير صحيح، فهو بمنزلة السرقة كما ورد في بعض الاخبار: «ان من استقرض ولم يكن قاصدا للاداء فهو سارق» ويحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغوا بعد ان كان بناؤه الدفع من مال المضاربة، فإن البيع وإن كان بقصد نفسه وكلها في ذمته الا انه ينصب على هذا الذي يدفعه، فكأن البيع وقع عليه والوافق بالقواعد الوجه الاول، وبالاحتياط الثاني، واضعف الوجه الثالث، وإن لم يستبعده الآقا «البههاني» - قده -.

الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه وغيره، وعليه ايضا يكون المبيع له، وإذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصيا ولو اختلف البائع والعامل في ان الشراء كان لنفسه او لغيره، وهو المالك المضارب يقدم قول البائع لظاهر الحال، فيلزم بالثمن من ماله، وليس له ارجاع البائع إلى المالك المضارب.

قوله: «يجب ان يشتري». كل واحد من شراء العامل وبيعه يتصور على سبع صور: الشراء بالعين الخارجية، والشراء بالكلي في المعين،

والشراء بالكلي الذمي على انحائه الخمسة؛ وكذلك البيع. والاقسام الاربعة الاول صحيحة بعنوان المضاربة، والخامس والسابع يقعان للعامل، والسادس مورد الاختلاف.

قوله: «وعلل ذلك بانه القدر المشترك». لو وقعت المضاربة معاظة ولم يستفد العامل غير قصدها امكن تمشي الاحتمال اذا فرض توجه المالك الى خصوصيات مراده، والابهام مع عدمه المقتضيين لاختد المتيقن، لكن لا وجه له مع الاطلاق وكذلك احتمال عدم رضی المالك.

قوله: «لا يصدق على الربح». الظاهر ان المالك في صدق عنوان المضاربة المقتضى لكون الربح بينها هو الثمن المودى فان كان من رأس المال فمضاربة، وان كان من مال المالك فمعاملة له.

قوله: «كان في ذمة المالك يودي». هل الشراء الصادر من العامل باطل او صحيح، وهل يجب على المالك تادية الثمن من مال آخر او لا، وعلى تقدير التأدية من ماله فهل يقع الشراء مضاربة او يقع للمالك، وبناءً على الاول. فهل يكون رأس المال احد المالين او كليهما وعلى تقدير عدم كون الشراء للمالك فهل يكون للعامل او لا. اما الشراء فالظاهر صحته وقصد العامل اداء الثمن من رأس المال لا يوجب البطلان بل هو بمنزلة الاشتراط، وتعذر الشرط يوجب الخيار للعامل او المالك، ولا دليل على وجوب اداء المالك من ماله الاخر لخروج ذلك عن مصب عقد المضاربة، وحينئذ فلو ادى كان الشراء له فيتبعه النفع، ولو فرض صحة ادائه ثانياً بعنوان المضاربة فاللازم ان يحسب كلا المالين من رأس المال لان المالك قد بذل كليهما في طريق مضاربة واحدة معينة.

قوله: «الا اذا كان ما ذوناً في الاستقراض». الشراء في الفرض صحيح واداء الثمن من العامل يتصور على وجوه:
 الاول: ادائه من رأس المال غصباً فيضمنه للمالك ويبقى اشتغال ذمته بالثمن ايضاً، فلوتلف راس المال عند البايع فأدى العامل بدله للمالك بطلت المضاربة ولو كان باقياً فاخذه منه وادى الثمن او ابرئه البايع، كانت المضاربة باقية وخرج عن الامانة.

قوله: «والا وفق بالقواعد الوجه الاول». لتامة اركان العقد، وورود الانشاء على الثمن الكلي المعين وتقارن قصد المشتري العصيان في الاداء خارج عن حقيقة العقد، غير مانع عن الصحة، وتقارن رضی البايع بالاداء خارج ايضاً ليس قيداً لها، وصرف الانشاء الوارد على موضوع خاص وهو الكلي المتخصص باضافته الى ذمة، الى شيء آخر قصد انطباق الكلي عليه عند الاداء، غير صحيح فهو اضعف.

قوله: «من غير التفتات الى نفسه وغيره». قد يقصد المشتري عند الشراء في الذمة صاحب الذمة من نفسه وغيره. فيقع الاختلاف بينه وبين غيره فيمن قصده وقد لا يقصد الا الاشتراء في الذمة، وعلى الاول قد لا يكون ما ذونا من المالك في الشراء في الذمة وقد يكون ما ذوناً.

فالمصور ثلاث:

اما الأولى: فيرجع النزاع بينه وبين البايع الى الاختلاف في الصحة والفساد فيقدم قول البايع، لكن يشكل ذلك بقبول قول من لا يعرف الشيء الا من قبله وهو المشتري هنا ومقتضاه فساد العقد فتأمل.

واما الثانية: فلا يتمسك هنا باصالة الصحة، لكن قول البايع يوافق ظاهر الحال لقضاء العرف بان الفعل الصادر من الانسان المراد

بين كونه لنفسه او لغيره هو له دون غيره، والخدشة السابقة جارية هنا ايضا لو اختلف موذى القاعدتين.

واما الثالثة: فقد يحكم فيها بكون الشراء للعامل عملاً بظاهر الحال كما سبق وبظاهر القول لمكان التأفي قوله: اشتريت؛ كما اذا قال صليت او حججت، وقد يؤيد بانه كاوامر الشرع حيث يحمل على المباشرة دون الاعم منها ومن التسبيب.

لكن دعوى ظاهر الحال في المسألتين مشكلة لاختلاف المقامات وحينئذٍ. فاما ان يحكم بالبطلان لكون الثمن مردداً بين ذمتين او بالصحة ويعين صاحب الذمة بالقرعة فتأمل.

مسئلة ١٣: يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة اليه ولى تلك التجارة في مثل ذلك المكان والزمان من العمل، وتولى ما يتولاه التاجر لنفسه من عرض القماش والنشر والطبي وقبض الثمن وايداعه في الصندوق، ونحو ذلك مما هو اللائق والمتعارف، ومجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره مثل الدلال والحمال والوزان والكيال وغير ذلك، ويعطي الاجرة من الوسط، ولو استاجر فيما يتعارف مباشرة بنفسه فالاجرة من ماله، ولو تولى بنفسه ما يعتاد الاستيجار له، فالظاهر جواز اخذ الاجرة ان لم يقصد التبرع، وربما يقال بعدم الجواز، وفيه انه مناف لقاعدة احترام عمل المسلم المفروض عدم وجوبه عليه.

قوله: «يجب على العامل». للاتجار الثابت على عهدة العامل مقدمات ولو احق في الغالب، والعقد الدال بالمطابقة عليه يدل بالالتزام عليها فيتبع العادة في لزوم المباشرة وجواز الاستيجار فيها ولو خالف فعليه الاجرة في الاستيجار لما عليه ان يياشر، وفي جواز اخذ

الاجرة اذا باشر ما كان له الاستيجار وجهان: اما الجواز فلقاعدة الاحترام ولاطلاق دلالة العقد على الاستيجار فيشمل نفسه، واما عدمه فلوجود الخدشة في الدليلين، اما القاعدة فلان انتفاع الشخص من عمل غيره تارة يكون بلا صدق عنوان الاستيفاء كما اذا تبرع الغير له واخرى مع الاستيفاء على النحو الحلال كما في الجمالة والاجارة، وثالثة مع الاستيفاء على النحو المحرم من قبله كاجباره الغير على العمل له، ورابعة على النحو المحرم من قبل العامل كاعانة الظالم وعمل اعوانه، وخاصة على النحو الواجب كالمريض يستخدم الطبيب، ولا اجرة في الاول والرابع، والمقام نظير الاول اذا لم يطلع المالك عليه او لم يامر به، هذا مع ان ادلة احترام العمل كالدلم والمال لاتدل الا على حرمة الاتلاف والاستيفاء تكليفا دون الضمان وضعا على فرض تحققها، واما اطلاق الاستيجار فلان ملاك اذن المالك في استيجار الغير دفع الضرر عن العامل واستيجاره نفسه لا يقع الا لطلب النفع.

مسئلة ١٤: قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون اذن المالك ومعه، فنفقته في السفر من رأس المال الا إذا اشترط المالك كونها على نفسه، وعن بعضهم كونها على نفسه، مطلقا، والظاهر أن مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الاصل، وربما يقال له تفاوت ما بين السفر والحضر والاقوى ما ذكرنا من جواز اخذها من اصل المال بتمامها من مأكل ومشرب وملبس ومسكن، ونحو ذلك مما يصدق عليه النفقة، في صحيح علي بن جعفر عن اخيه ابي الحسن — عليهم السلام —: «في المضارب ما انفق في سفره فهو من جميع المال فإذا قدم بلده فما انفق فن نصيبه هذا واما في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئا إلا إذا اشترط على المالك ذلك».

قوله: «لا يجوز السفر». ذكر للسفر الى المسالة (٢٣) احكاماً عشرة، اولها حرمة بدون الاذن ولم يذكر حكم نفقة الحضر لعدم القائل بكونها على المالك هنا ولم يقل به من غيرنا غير المالك، وهنا وجه رابع لم يذكره وهو كونها على العامل اذا لم يكن ربح، وعلى المالك اذا كان ربح، لكنه ليس بقول. ثم انه بناء على كونها على المالك فهل تخرج من اصل المال مطلقاً او من الربح كذلك وجوه، ثالثها انها ان صرفت قبل ظهور الربح فن الاصل وبعدها فن الربح، مثاله انه لو قارضه خمسين فسافر وتجر فبلغ الحاصل سبعين وكانت نفقة السفر عشرة، فان حسبت من الاصل فرأس المال اربعون والربح ثلثون، وان حسبت من الربح فرأس المال خمسون والربح عشرون، والاقوى هو القول الثاني لموافقته العرف والفتوى، فلو اتفق انه انفق ٤٩ ديناراً في السفر ثم اتجر بواحد فبلغ ٧٠ فهل يحسب العرف رأس المال ديناراً والباقي ربحاً؟ مع انه ليست النفقة الا كالتلف والخسارة فهنا امور ثلاثة تحسب من الربح، فلو تلف من الخمسين عشرون وخسر عشرة وانفق عشرة فاتجر بالعشرة فبلغ سبعين، لا يقال ان رأس المال عشرة والربح ستون بل تجر التلف والخسارة والنفقة من الربح ويقسم الباقي بينها والامر كذلك حتى اذا صرفت النفقة قبل ظهور الربح.

مسئلة ١٥: المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول وملبوس و مركوب وآلات يحتاج اليها في سفره، واجرة المسكن ونحو ذلك، واما جوائزه و عطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه إلا إذا كانت التجارة موقوفة عليها.

مسئلة ١٦: اللازم الاقتصار على القدر اللائق فلو أسرف حسب عليه، نعم لو قتر على نفسه أو صار ضيفاً عند شخص لا يحسب له.

مسئلة ١٧: المراد من السفر العرفي لا الشرعي، فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة، كما انه اذا اقام في بلد عشرة ايام أو أزيد كان نفقته من رأس المال لأنه في السفر عرفاً، نعم اذا اقام بعد تمام العمل لغرض آخر، مثل التفرج او لتحصيل مال له او لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة، فنفقته في تلك المدة على نفسه، وان كان مقامه لما يتعلق بالتجارة ولأمر آخر بحيث يكون كل منها علة مستقلة، لولا الآخر فإن كان الأمر الآخر عارضاً في البين، فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة، وان كانا في عرض واحد ففيه وجوه، ثالثها التوزيع وهو الاحوط في الجملة، واحوط منه كون التمام على نفسه، وان كانت العلة مجموعها بحيث يكون كل واحد جزء من الداعي، فالظاهر التوزيع.

مسئلة ١٨: استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه، فلو سافر من غير إذن او في غير الجهة المأذون فيه، او مع التعدي عما اذن فيه ليس له أن يأخذ من مال التجارة.

مسئلة ١٩: لو تعدد ارباب المال كأن يكون عاملاً لاثنين أو ازيد، او عاملاً لنفسه وغيره توزع النفقة وهل هو على نسبة المالكين او على نسبة العملين قولان.

قوله: «لو تعدد ارباب المال اه». في العامل لنفسه وغيره وجوه: كون نفقة السفر على نفسه لانصراف الصحيح عن الفرض وكونه على المالك لشمول الصحيح له، والتوزيع؛ واوسط الوجوه اوسطها. واما العامل لغيره المتعدد فلو دلّ الصحيح على جواز اخذ النفقة من المالكين او اكثر فاما ان يأخذها من كل واحد منها، او يأخذها من واحد منها، او يوزعها عليهما، والاوّل باطل اجماعاً، والثاني ترجيح بلا مرجح، واما الثالث فلا يستفاد من الصحيح الا اصل التوزيع لا كيفيته فلا بدّ اما ان

يقع بنسبة المالكين او بنسبة العاملين، والعمل هنا هو السفر، اعني مجموع الانتقالات السفرية والحركات التجارية الواقعة خلالها وانقسامها الى عمليين او اكثر بملاحظة تشخيص العامل تساوي اجزائه في الانتساب الى المالكين، او كون اكثره لبعض واقله لآخر. والانصاف ان احراز ملاك التوزيع مشكل وطريق الاحتياط في العامل لنفسه وغيره اخذ اقل الأمرين وفي العامل للمالكين الرجوع فيما به التفاوت الى الصلح مع كل منها او الى قاعدة العدل والاخذ موزعاً او الى القرعة. هذا حال العامل واما المالكان فلهما الامتناع عن البذل في مورد الشك للاصل وعدم ترتب اثر لعلمهما الاجمالي في المقام.

مسئلة ٢٠: لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح، بل ينفق من اصل المال، وإن لم يحصل ربح اصلاً، نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح ويعطى المالك تمام رأس ماله ثم يقسم بينهما.

قوله: «من اصل المال». او من الخارج اما من كيسه او يستقرض على ذمة المال فان ظاهر الصحيح ان النفقة على المال اديت من نفسه او غيره فهو كاشتغال ذمة المسجد الذي له مال اذا استقرض له المتولي، واشتغال ذمة التركة بدين الميت، وذمة الزكوة اذا استقرض الحاكم له، وذمة العين الخارجية اذا بيع مقدار منه بعنوان الكلي في المعين على احتمال.

قوله: «تحسب من الربح». لا من الاصل فلو كان رأس المال خمسين فاستقرض عليه ستة فان لم يربح اداها منه ثم رد اربعة واربعين الى المالك وان ربح فبلغ ستين رد راس المال واخرج النفقة فالربح

اربعة لا انه يودى الستة بحساب راس المال ثم ترد راس المال اربعة واربعين حتى يكون الربح عشرة.

مسئلة ٢١: لومرض في اثناء السفر فإن كان لم يمنعه من شغله فله اخذ النفقة، وان منعه ليس له، وعلى الاول لا يكون منها ما يحتاج اليه للبرء من المرض.

قوله: «فله اخذ النفقة». هنا نفقتان نفقة السفر في حال المرض ونفقة المرض في حال السفر فقد نفى الماتن الاولى اذا كان المرض مانعاً والثانية مطلقاً، ويرجع الخلاف الى الاشكال في تشخيص مفهوم النفقة وشموله لهما، وقد تعرضوا لبيانها في نفقة الزوجة لكنه ليس هناك ما يغني عن هذا الجوع فان تلك الادلة اما مطلقات كايات الكتاب الكريم وبعض النصوص كقوله تعالى: «الاتعولوا» اي لا تجوروا في عشرين و: «على المولود له رزقهن وكسوتهن» و «لينفق ذو سعة من سعته» و «فامسكُ بمعروف» و «عاشروهن بالمعروف» او نصوص تقييد النفقة مما يقيم الظهر والكسوة الظاهرين في الطعام واللباس.

اما المطلقات فحيث ان النفقة ذات شعوب وغصون، كالطعام، والادام، والثمار والشراب، والكسوة والفراش، والسكنى، والالات الطبخ، والالات التنظيف، والالات التزيين، والمركوب، والادوية، ووسائل العلم والعبادة، وبعض النقود وغير ذلك، ولكل شعبة منها مراتب مختلفة في الكم والكيف، ولا يمكن حمل المطلقات على جميع الشعب في اعلى مراتبها لعدم امكانها للاغلب او للجميع ولا ادناها بنحو صرف الوجود، فاللازم حملها على المتعارف في كل عصر ومصر. واما النصوص الخاصة فلا يمكن الجمود على ظواهرها فاللازم اما حملها

على بيان النفقة التي لو منعها الزوج وجب التفريق بينها، او على انها كانت هي المتعارف في تلك الاعصار او نحو ذلك . اذاً فالمتحصل منها النفقة العرفية وعليه كان الاولى من الاول التمسك بقوله: «ما انفق في سفره في جميع المال». فان شمول الموصول للنفقة المتعارفة اولى ويتحصل من ذلك في المقام بل وفي غيره لزوم نفقة الامراض المتعارفة والقروح والجروح العادية دون غيرها، فعلم بذلك ان الظاهر استحقاق العامل النفقتين على النحو المتعارف.

مسئلة ٢٢: لو حصل الفسخ او الانفساخ في اثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه بخلاف ما اذا بقيت، ولم تنفسخ فإنها من مال المضاربة.

قوله: «فنفقة الرجوع على نفسه». اي اذا كان المدرك في ثبوتها قوله: «المضارب ما انفق في سفر» لترتب حكم جواز اخذها التكليفي او استحقاق العامل لها او اشتغال ذمة المال بها الوضعيين على عنوان المضارب والمشتق ظاهر فيما تلبس بالمبدء بالفعل فينتفي الحكم بزوال الموضوع، واما اذا كان المدرك ما ذكره غيرنا من وقوع السفر لاجل المال فيترتب عليه امران: كون نفقة الرجوع ايضاً على المالك، وكون المراد نفقة السفر لا المسافر، فيأخذ العامل ما زاد عن نفقة الحضر كل ذلك قضاء لحق العلية، فان المال علة لما بقي من السفر ايضاً وليس علة الانفقتة لانفقة الشخص ولذلك قالوا به من اول الامر.

مسئلة ٢٣: قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة، وان في الاول الربح مشترك وفي الثاني للعامل وفي الثالث

للمالك، فإذا قال: «خذ هذا المال مضاربة والريح بتمامه لي»، كان مضاربة فاسدة الا اذا علم انه قصد الابضاع فيصير بضاعة ولا يستحق العامل اجرة الا مع الشرط او القرائن الدالة على عدم التبرع، ومع الشك فيه وفي ارادة الأجرة يستحق الأجرة ايضا لقاعدة احترام عمل المسلم، واذا قال: «خذه قراضا وتمام الربح لك»، فكذلك مضاربة فاسدة الا اذا علم انه اراد القرض، ولو لم يذكر لفظ المضاربة بأن قال: «خذه واتجربه والريح بتمامه لي» كان بضاعة الامع العلم بارادة المضاربة فتكون فاسدة، ولو قال: «خذه واتجربه والريح لك بتمامه» فهو قرض الامع العلم بإرادة المضاربة ففاسد، ومع الفساد في الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك، وللعامل اجرة عمله الامع علمه بالفساد.

قوله: «فاذا قال خذ هذا المال». فرع على معرفة العناوين الثلاثة تعابير اربعة، وبحث في كل تعبير عن امرين: احدهما: ما هو مفاد التعبير. والثاني: ماذا يستحق العامل.

اما التعابير: فحكم بان الاولين منها مضاربة فاسدة الامع القرينة على الخلاف وبان الاخيرين بضاعة وقرض لولا القرينة. واما الاستحقاق فذكر في عامل البضاعة صوراً وتفصيلاً كما ذكر في عامل المضاربة الفاسدة تفصيلاً وسيأتي البيان.

قوله: «كان مضاربة فاسدة». العبارة تحتمل معان: ارادة البضاعة، واستعمال كلمة المضاربة مجازاً او غلطاً، وارادة المضاربة، واشترط ان يبذل العامل حصته من الربح للمالك، وارادة المضاربة اولا ثم اشتراط كون جميع الربح له؛ وعلى الاخير لو كان المتكلم متوجهاً الى معنى المضاربة، وان الاشتراك في الربح داخل في ماهيتها او هو من

لوازم ذاتها وقع التنافي بين الجملتين فيفسد الاخيرة او تفسدان معاً فالمحتملات اربعة.

قوله: «ولا يستحق العامل اجرة». هذا ناظر الى حال العامل في البضاعة فيجري في التعبير الثالث ايضاً وقد عبر في اول الكتاب عن المقصود بعبارة اخرى وفي المقام صور، اشتراط العامل الاجرة لفظاً او دلالة القرائن عليه، واشتراط المالك عدمها، او دلالة القرائن على التبرع وعدم تحقق شيء من ذلك، لا اشكال في حكم العامل في غير الاخير، واما فيه فالمحتمل في حقه امر ثلاثة قصده اخذ الاجرة، وقصده التبرع، وخلو ذهنه بالمرّة وحينئذ فيمكن الحكم باستحقاقه للاجرة لقاعدة المقتضي والمانع حيث ان عمله للغير مقتض عند العقد للاجر وقصد التبرع مانع مشكوك فيه فيثبت المقتضى ولقاعدة الاحترام وهي: كل عمل صدر من مؤمن لنفع غيره فعليه اجره، لكن الاولى لم يثبت حجيتها، والثانية مع انها مخدوشة ذاتاً فان احترام العمل كالمال والدم لا يقتضي الاحرمة اتلافه او استيفائه مجانا لاضمان من وقع لنفعه انها مخصصة بالعمل الصادر بقصد التبرع ونحوه فيكون المورد من الشبهات المصدقية للمخصص، ولا يمكن استصحاب عدم صدور العمل عن قصد التبرع ولا عن غيره لعدم احراز الحالة السابقة فلا اصل محرز لموضوع العام ولا الخاص اللهم الا باستصحاب العدم الازلي وفيه اشكال.

قوله: «وتمام الربح لك». وفيه احتمال ثالث وهو كونه مضاربة صحيحة وفساد القيد، ورابع وهو صحة المضاربة والقيد كليهما يجعله اشتراطاً لبذل المالك حصته من الربح للعامل ونظيره التعبير الثالث.

قوله: «فهو قرض». هذا مشكل لعدم دلالة اللفظ عليه وكون

جميع الربح له لازم اعم للقبض فلا يدل عليه.

قوله: «ففساد». وفيه احتمال ثالث وهو صحة المضاربة وفساد القيد، ورابع وهو صحتها معاً كما عرفت، وخامس وهو كونه ترخيصاً للتجار واطاحة للربح بلا مضاربة.

مسئلة ٢٤: لو اختلف العامل والمالك في انها مضاربة فاسدة او قرض او مضاربة فاسدة، او بضاعة ولم يكن هناك ظهور لفظي ولا قرينة معينة، فمقتضى القاعدة التحالف، وقد يقال بتقديم قول من يدعي الصحة وهو مشكل اذ مورد الحمل على الصحة ما، اذا علم انها اوقعا معاملة معينة واختلفا في صحتها وفسادها لا مثل المقام الذي يكون الأمر دثراً بين معاملتين على احدهما صحيح، وعلى الاخرى باطل، نظير: ما اذا اختلفا في انها اوقعا البيع الصحيح او الإجارة الفاسدة مثلاً، وفي مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف، واصالة الصحة لا تثبت كونه بيعاً مثلاً لا اجارة او بضاعة صحيحة مثلاً لا مضاربة فاسدة.

قوله: «لو اختلف العامل والمالك». هذا الاختلاف من اللوازم الغالبة للمسألة السابقة ولذا عنوانه عدة في المقام خارجاً عما يذكر في اواخر الباب، واختلافهما في العناوين الثلاثة يتصور على وجوه:
الاول: الاختلاف مع الاعتراف بعدم لفظ في البين كوقوع العقود المدعاة بالمعاطاة مثلاً.

الثاني: دعوى كل منها عقداً بلفظ خاص.

الثالث: اتفاقهما على عقد القراض واختلافهما في انضمام كلمة والربح لي اولك وعدمه.

الرابع: اتفاقهما على لفظ خاص مع كونه ظاهراً في مدعى المالك كالجملتين الاوليتين في المسألة السابقة.

الخامس: الفرض مع ظهوره في مدعى العامل كالجملتين الاخيرتين فيها.

قوله: «ولم يكن هناك ظهور». اي على طبق دعوى احدهما فينحصر التحالف في القسمين الاولين. واما الثالث فيقدم قول من يدعي عدم الضميمة، واما الرابع فيقدم قول المالك لموافقته الظاهر او لكون مدعاه مما لا يعرف الا من قبله، واما الخامس فيمكن تقديم قول المالك لان دعواه لا تعرف الا من قبله والعامل لموافقته الظاهر، والتحالف لتنافي ذينك الوجهين ثم انه لو كان الملاك في التشخيص اصالة الصحة قدم قول مدعيها في جميع الصور، ثم ان في دعوى كل منها احد العناوين الثلاثة اي القراض والقرض والبضاعة مع فرض حصول الربح او الخسارة او التلف وعدمها، وفرض استحقاق العامل الاجرة في البضاعة وعدمه تحصل صورست الا ان بعضها لا يقع في الخارج.

مسئلة ٢٥: اذا قال المالك للعامل: «خذ هذا المال قراضا والربح بيننا» صح ولكل منها النصف، واذا قال: «ونصف الربح لك» فكذلك، بل وكذا لو قال: «ونصف الربح لي» فإن الظاهر ان النصف الآخر للعامل، ولكن فرق بعضهم بين العبارتين وحكم بالصحة في الاولى، لأنه صرح فيها بكون النصف للعامل، والنصف الآخر يبق له على قاعدة التبعية بخلاف العبارة الثانية، فإن كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له ايضا على قاعدة التبعية، فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل، وانت خبير بأن المفهوم من العبارة عرفا كون النصف الآخر للعامل.

قوله: «بان المفهوم في العبارة». اي من كلمة المضاربة ومن قوله: ونصف الربح لي بقرينة المقام.

مسئلة ٢٦: لا فرق بين ان يقول: «خذ هذا المال قراضا ولك نصف رجه»، او قال: «خذ قراضا ولك ربح نصفه» في الصحة والاشترك في الربح بالمناصفة، وربما يقال بالبطلان في الثاني بدعوى ان مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك، وقد يربح النصف فيختص به احدهما او يربح اكثر من النصف، فلا يكون الحصة معلومة وايضا قد لا يعامل الا في النصف وفيه ان المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا اشكال.

قوله: «ولك ربح نصفه». اوردوا على هذا التعبير:

اولاً: باستلزامه اختصاص الربح باحدهما وحرمان الاخر كما اذا تجر بالجميع فربح في النصف او تجر بالنصف فقط، فان كان في نصف المالك كان الربح له، وان كان في نصف العامل اختص هو به مع ان من شرط المضاربة اشتراك الربح.

وثانياً: استلزامه اختصاص كل منها ببعض الربح كما اذا ربح في الجميع مع ان اللازم في المضاربة اشتراكهما في جميعه لا مجموعه.

وثالثاً: استلزامه جهالة الكسر المجعول لكل منها من الربح، فانه اذا تجر العامل بثلثي الربح كان للمالك ربع الربح وللعامل ثلاثة ارباعه مع انه لو تجر بالجميع لكانت حصته النصف منه مع انه يشترط في المضاربة العلم بمقدار الكسر كائنا ما كان الربح؛ ثم انه اما ان يراد من النصف المضاف النصف المعين الخارجي من جميع المال او الكلي المشاع فيه مع جعل اختيار الافرازيد العامل او الكلي المشاع بدون ذلك

او النصف من المقدار الذي يقع في التجارة فيربح .
وبعد هذا فتعلم ان الاشكالات وارده بناءً على الوجهين
الاولين دون الاخيرين فانه يتحدد حينئذٍ ربح النصف دائماً مع نصف
الربح .

مسئلة ٢٧: يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل مع اتحاد المال، او تميز
مال كل من العاملين، فلو قال: «ضاربتكما ولكما نصف
الربح»، صح، وكانا فيه سواء، ولو فضل احدهما عن الآخر صح
ايضاً، وان كانا في العمل سواء فإن غايته اشترط حصته قليلة
لصاحب العمل الكثير، وهذا لا بأس به، ويكون العقد الواحد
بمنزلة عقدين مع اثنين، ويكون كما لو قارض احدهما في نصف
المال بنصف، وقارض الآخر في النصف الآخر بربع الربح، ولا
مانع منه، وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل، بأن كان المال
مشتركا بين اثنين، فقارضا واحدا بعقد واحد بالنصف مثلا
متساويا بينهما، او بالاختلاف بأن يكون في حصة احدهما
بالنصف، وفي حصة الآخر بالثلث او الربع مثلا، وكذا يجوز مع
عدم اشتراك المال بأن يكون مال كل منها ممتازا، وقارضا واحدا
مع الاذن في الخلط مع التساوي في حصة العامل بينهما، او
الاختلاف بأن يكون في مال احدهما بالنصف وفي مال الآخر
بالثلث او الربع.

قوله: «اتحاد المالك وتعدد العامل». الصور اربع: اتحاد المالك
والعامل وتعددتهما، واتحاد الاول وتعدد الثاني وعكسه؛ وعلى الاول
الذي هو فرض المسألة فاما ان يكون المال واحداً او متعدداً منسوبا كل
الى عامل وعلى التقديرين، اما ان تكون الحصتان متساويتين او مختلفتين

والظاهر صحة المضاربة على جميع التقادير، واما كون العقد في الجميع واحداً او متعدداً فهو خارج عن غرض المساله ولعل فيه تفصيلاً.

مسئلة ٢٨: إذا كان مال مشتركاً بين اثنين، فقارضا واحداً واشترط له نصف الربح، وتفاضلا في النصف الآخر بأن جعل لاحدهما ازيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال، او تساويا فيه مع تفاوتها فيه، فإن كان من قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة، بأن يكون كأنه اشترط على العامل في العمل بماله أقل من ما شرطه الآخر له 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 المشترط للعامل، وإن لم يكن النقص راجعاً إلى العامل بل على الشريك الآخر بأن يكون المجموع للعامل بالنسبة اليهما، سواء لكن اختلافاً في حصتها بأن لا يكون على حسب شركتهما، فقد يقال فيه: بالبطلان لاستلزامه زيادة لاحدهما على الآخر مع تساوي المالين أو تساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة، لأن المفروض كون العامل غيرهما ولا يجوز ذلك في الشركة، والاقوى الصحة لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين بلامقابلتها لعمل منه، فإن الاقوى جواز ذلك بالشرط ومنع كونه خلاف مقتضى الشركة، بل هو خلاف مقتضى اطلاقها مع انه يمكن ان يدعي الفرق بين الشركة والمضاربة، وإن كانت متضمنة للشركة.

قوله: «إذا كان مال مشتركاً بين اثنين». النظر في فرض تعدد المالك واتحاد العامل تارة الى كيفية استحقاق العامل من الربح وقد مر، واخرى الى كيفية استحقاق المالكين منه وعلى هذا فاما ان تكون

حصّة كل منها تابعة في الكثرة والقلة لملك العين كما اذا اتحد كسر حصتي العامل او تكون تابعة للجعل المضاربي كما فيما اذا تخالف فلا اشكال في صحة العقد في الفرضين.

قوله: «بان جعل لاحدهما». اي بعنوان الشرط في ضمن العقد كما سيصرح بذلك. وصورة العقد ان يقول المالك ان مثلاً: ضاربناك على المال على ان يكون نصف الربح لك وثلاثة لواحد منا وسدسه للاخر.

قوله: «مع تساويهما في المال». ومع الاختلاف كما اذا كان مال زيد مثلاً ضعف مال عمرو ويرجع اشتراط التساوي الى ان زيدا كانه اشترط للعامل خمسة اثمان ربحه وعمرو اربع الربح فنصف العامل مركب من خمسة اثمان من ربح زيد وثلاثة ارباع من ربح عمرو.

قوله: «فهو صحيح». بناء على صحة اداء ذلك المقصود الذي هو بمنزلة قراضين بعقد واحد كما اذا باع مالاً مشاعاً من طرف مالكيه مع اختلاف ثمنها من زيد بثمان واحد مركباً من الثمنين.

قوله: «وان لم يكن النقص راجعاً». اي لم ينشأ اختلاف الحصتين من اختلاف المالكين ولا من الجعل المضاربي بل من ناحية الشرط.

قوله: «فقد يقال فيه بالبطلان». يمكن القول به من وجهين:

احدهما: ان الشرط هو الالتزام والالتزام في ضمن العقد اذا كانا من المتعاقدين والشرط هنا بين المالكين فلا تشمل ادلة الشروط.

والثاني: انه مخالف للكتاب والسنة فان مقتضاهما تبعية الربح للعين في الاصل والكم وسيأتي؛ والمصنف لم يجب عن الاشكال الاوّل، والظاهر وروده ولذلك قيل بتوقف الصحة هنا على ايقاع عقد الشركة اولاً بين المالكين متضمناً لما ذكر من شرط التساوي او التفاصل في الربح

ثم ايقاع عقد المضاربة بينها والعامل وحينئذ فيملك العامل حصته لاجل عقد القراض المتأخر ويملك احد المالكين ما زاد عن حصته ببركة عقد الشركة المتقدم.

قوله: «ولا يجوز ذلك في الشركة». اي وان تحققت في موضوع عقد القراض ولعله لحسبان كون التبعية المذكورة من الاحكام الذاتية غير القابلة للارتفاع بطرواي عنوان غير الضرر والجرح ونحوهما.

قوله: «ومنع كونه خلاف». لكونه حكماً حثيثاً قابلاً للارتفاع لطرو العناوين كما في اجارة الاعيان والنفوس وفي المساقاة والشركة العقدية مع اشتراط الزيادة لبعض الشركاء ونفس هذا العقد بالنسبة الى حصة العامل وغير ذلك.

قوله: «مقتضى اطلاقها». التعبير غير جيد فانه لا يتصف وفيما لو اشترت عيناً من زيد وقد بيعت عنده فضولاً وهو لا يعلم به فتجزه لينتسب اليك، والشرطان او الأول فقط غير موجودين في المقام فقايسة الوارث هنا على البطن المتأخر والوارث في الوصية والمنجزات مع الفارق، واما الثالث فقد يقال: ان القراض توكيل ورضى بالتجاروقد انتفى الثاني عقلاً والأول شرعاً.

مسئلة ٢٩: تبطل المضاربة بموت كل من العامل والمالك، أما الأول: فلاختصاص الاذن به، وأما الثاني: فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه، فإن كان المال نقداً صح، وإن كان عروضاً فلا، لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين، وهل يجوز لوارث المالك اجارة العقد بعد موته، قد يقال: بعدم الجواز لعدم علقه له بالمال حال العقد

بوجه من الوجوه، ليكون واقعا على ماله او متعلق حقه وهذا بخلاف اجارة البطن السابق في الوقف ازيد من مدة حياته، فإن البطن اللاحق يجوز له الاجازة، لأن له حقا بحسب جعل الواقف، واما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث اصلا، وانما ينتقل اليه المال حال موته، وبخلاف اجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية وفي المنجز حال المرض على القول بالثلث فيه، فإن له حقا فيما زاد فلذا يصح اجازته ونظير المقام اجارة الشخص ماله مدة مات في اثنائها على القول بالبطلان بموته، فإنه لا يجوز للوارث اجازتها لكن يمكن ان يقال 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 إلى ابقاء ما فعله المورث، لا قبوله ولا تنفيذه، فإن الاجازة اقسام قد تكون قبولا لما فعله الغير كما في اجازة بيع ماله فضولا، وقد تكون راجعا الى اسقاط حق كما في اجازة المرتهن لبيع الراهن واجازة الوارث لما زاد عن الثلث وقد تكون ابقاء لما فعله المالك كما في المقام.

قوله: «لكن يمكن ان يقال». ظاهره تصحيح الاجازة بتقريب وجود شرطها وظاهر قوله: «ابقاء ما فعله» جعله من قبيل الادامة والاول مخدوش بان غايته تصحيح الشرط الثاني مع ان الاول ايضا مفقود، والثاني معقول بدعوى امكان بقاء المنشأ الذي هو امر اعتباري اذا ساعده العرف لكن لم نجد به قائلًا.

مسئلة ٣٠: لا يجوز للعامل ان يوكل وكيلًا في عمله، او يستأجر اجيرا الا باذن المالك، نعم لا بأس بالتوكيل او الاستيجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف، واما الايكال الى الغير وكالة او استيجارا في اصل التجارة فلا يجوز من دون اذن المالك، ومعه

لا مانع منه، كما انه لا يجوز له ان يضارب غيره الا باذن المالك .
مسئلة ٣١: إذا اذن في مضاربة الغير فإما ان يكون يجعل العامل الثاني عاملاً للمالك، او يجعله شريكاً معه في العمل والحصة، واما يجعله عاملاً لنفسه، اما الاول: فلا مانع منه وتنفسخ مضاربة نفسه على الاقوى، واحتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافاة كما ترى، ويكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل الثاني وليس للأول شيء إلا إذا كان بعدان عمل عملاً وحصل ربح فيستحق حصته من ذلك، وليس له ان يشترط على العامل الثاني شيئاً من الربح بعد ان لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية، بل لو جعل الحصة للعامل في المضاربة الثانية اقل مما اشترط له في الاولى كأن يكون في الاولى بالنصف وجعله ثلثاً في الثانية لا يستحق تلك الزيادة، بل ترجع إلى المالك وربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح او كون الزيادة له بدعوى ان هذا المقدار، وهو يقع عقد المضاربة ثم جعلها للغير نوع من العمل يكفي في جواز جعل حصة من الربح له، وفيه انه وكالة لا مضاربة، والثاني: ايضاً لا مانع منه، وتكون الحصة الموعودة له في المضاربة الاولى، مشتركة بينه وبين العامل الثاني على حسب قرارهما، واما الثالث: فلا يصح من دون ان يكون له عمل مع العامل الثاني، ومعه يرجع إلى التشريك .

قوله: «اما الاول فلا مانع منه». صور المسألة ثلاث والكلام في الصورة الاولى اما في انفساخ المضاربة الاولى بتحقيق الثانية واما في جواز اشتراط شيء من الربح للعامل الاول، اما الاول ففيه وجهان:
الاول: الانفساخ للتنافي فان اتخاذا عاملين مستقلين هنا نظير استيجار اجيرين مستقلين لعمل واحد كصلاة ركعتين فلا معنى لما لكية المستاجر عملاً واحداً على شخصين .

والثاني: عدمه لا مكان انشاء قراضين مستقلين مع شخصين على

مال واحد كتوكيلها على بيع دار واحدة مع ان الاتجار للمضاربة ليس عملاً واحداً بل مركب من معاملات كثيرة نفس الشركة الخارجية بالاطلاق الا ان يراد اطلاق عقد المضاربة الواقع على المشترك .

قوله: «يدعى الفرق». بدعوى ان حكم التبعية في القراض قابل للرفع بقرينة مورده ودلالة عقده على انتقال حصته من الربح الى العامل فيكون الشرط في ضمنه ايضاً مؤثراً. وفيه ان الحكم بعدم نفوذ عقد الشركة والشروط الحاكمة بالارتفاع في سائر المقامات مع شمول ادلة الشروط لها، ونفوذ الشرط في ضمن القراض مع ما عرفت من الاشكال في شمول الادلة له تحكم.

قوله: «فلاختصاص الاذن به». بناءً على ان حقيقة القراض هو الاذن والتوكيل فينتفي بانتفاء متعلقه ولم يتولد منه حق للعامل يتعلق بالعامل او بالمال ليورث واما حصته من الربح فهي له بلا كلام.

قوله: «فابقائه يحتاج الى عقد». ابقاء وارث المالك المضاربة اما بانشاء عقد جديد على المال او باجازه العقد القديم او بادامته والأول لا اشكال فيه مع تحقق شرائطه والثاني غير جار في المقام فان الاجازة لا تؤثر الا بشرطين، عدم تمامية العقد حين صدوره لفقد مقتضيه او شرطه او وجود مانعه وثبوت ولاية المميز على تنفيذه كموارد بيع غير المالك، والمكروه والراهن وعليه فلكل واحد الاتجار بالمال بنحو التناوب في العمل او الزمان سواء اكانا متساويين في كسر الربح ام متفاوتين ولا تجبر خسارة احدهما بربح الاخر لا استقلال القراضين ويجبر تلف رأس المال بكلا الربحين حتى مع اختلاف الحصتين لاتحاد رأس المال، وهنا فروع اخر لا مجال لذكرها.

قوله: «وليس له ان شرط على العامل». ان قلنا بانفساخ المضاربة الاولى اوبقاءها مع كونها اجنبية عن الثانية بالمعنى الذي يأتي فصحة الاشتراط مبنية على جواز اشتراط شيء من الربح لغير المتقارضين فان منعناه لكون تبعية الربح للمال والعمل حكم الكتاب ومقتضى العقد فاشتراط خلافه مخالف لهما، وان جوزناه لكونه حكماً حيثياً مترتباً على العقد المطلق فيرتفع بطر والعناوين وتقييد الموضوع فالشرط نافذ، وان قلنا بالبقاء وكون المضاربة الثانية من مصاديق العمل للاولى ومن شؤونها اذ لافرق بين ان يتجر العامل الاول بالمال بنفسه او يجعله في طريق الاسترباح بنحو الجعالة او بنحو المضاربة مع الثالث وعلى الثالث فحصة العامل الثاني من الربح تحسب ربحاً للمضاربة الثانية والباقي ربحاً للاولى تقسم بين المالك والعامل الأول، وعليه فلو كان العملاء طولاً ثلاثة ورأس المال ثلاثين مثلاً فربح الثالث ستة عشر كان للثالث ثمانية وللثاني اربعة ولكل من الاول والمالك اثنان هذا بناء على كون الحصص في الجميع بالنصف والا فيختلف الحال.

قوله: «والثاني ايضاً». وهل هو ابطال للمضاربة وانشاء لآخرى او تشريك وادخال للغير في الاولى كالتشريك في البيع وجهان وعلى التقديرين فالعاملان عرضيان.

قوله: «واما الثالث فلا يصح». اما لعدم عمل له لكنه لا يجري فيما لم يجعل العامل الاول لنفسه شيئاً من الربح واما لعدم ثبوت هذه الولاية للاول ولوباذن المالك كعدم ثبوت جواز بيع غير المالك لنفسه ووقفه وعتقه حتى باذن المالك لكن فيه انه فرق بينها وبين المقام بورود مثل لبيع ولا عتق ولا وقف الا ملك فيها، مضافاً الى كونها من التصرفات

التمليلية دون مثل المقام الذي هو من العقود الاذنية، نعم لا وجه للصحة بعد ما قلنا بكون المضاربة من قبيل المشاركة في المال والعمل فلا يشارك من لا مال له ولا عمل.

قوله: «فان اجاز المالك». مورد المسألة فرض العامل الثاني تارة عاملاً من المالك واخرى من العامل الاول والكلام في الاول في حكم المضاربة الثانية والاتجار الواقع بعدها والربح الحاصل به واجرة العامل الثاني.

قوله: «وجوه واقوال». وجه الاول كون الاتجار الواقع فضولياً يستند الى المالك بالامضاء فيكون الربح له، ووجه الثاني كونه مقتضى بقاء المضاربة الاولى ووقوع الاتجار باذن الاول الحاصل في ضمن المضاربة الثانية وان كانت باطلة. وفيه ان رد المالك ابطال تايثير الاذن مع انه لم يقع منه عمل ووجه الثالث مبني على غير اصولنا فراجع المطولات.

قوله: «وقيل يستحق على المالك». لوقوع العمل لنفعه فيضمنه بمقتضى قاعدة الاحترام، وفيه ما عرفت من ان تلك القاعدة لا تدل على الضمان ومع التسليم فلا تدل الا في مورد صدق الاستيفاء بعقد او غيره حلالاً او حراماً ما لم يكن صدور الفعل محرماً.

مسئلة ٣٢: اذا ضارب العامل غيره مع عدم الاذن من المالك، فإن اجاز المالك ذلك كان الحكم كما في الاذن السابق في الصور المتقدمة، فيلحق كلا حكمه وان لم يجز بطلت المضاربة الثانية وحينئذ فإن كان العامل الثاني عمل وحصل الربح فما قرر للمالك في المضاربة الاولى فله، واما ما قرر للعامل فهل هو ايضا له، او

للعامل الاول او مشترك بين العاملين وجوه واقوال، اقواها الاول، لأن المفروض بطلان المضاربة الثانية فلا يستحق العامل الثاني شيئاً، وان العامل الاول لم يعمل حتى يستحق فيكون تمام الربح للمالك اذا اجازتلك المعاملات الواقعة على ماله، ويستحق العامل الثاني اجرة عمله مع جهله بالبطلان على العامل الاول، لأنه مغرور من قبله وقيل يستحق على المالك، ولا وجه له مع فرض عدم الاذن منه له في العمل.

هذا اذا ضاربه على ان يكون عاملاً للمالك، وأما اذا ضاربه على ان يكون عاملاً له، وقصد العامل في عمله العامل الاول فيمكن أن يقال: أن الربح للعامل الأول، بل هو مختار (المخ) في (يع) وذلك بدعوى ان المضاربة الاولى باقية بعد فرض بطلان الثانية، والمفروض ان العامل قصد العمل للعامل الاول، فيكون كأنه هو العامل، فيستحق الربح وعليه اجرة عمل العامل إذا كان جاهلاً بالبطلان، وبطلان المعاملة لا يضر بالإذن الحاصل منه للعمل له، لكن هذا إنما يتم إذا لم يكن المباشرة معتبرة في المضاربة الأولى، وأما مع اعتبارها فلا يتم ويتعين كون تمام الربح للمالك إذا اجاز المعاملات، وان لم تجز المضاربة الثانية.

مسئلة ٣٣: إذا شرط احدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملاً، كأن اشترط المالك على العامل ان يخط له ثوبا او يعطيه درهما، او نحو ذلك، او بالعكس، فالظاهر صحته، وكذا إذا اشترط احدهما على الآخر بيعاً او قرضاً او قراضاً او بضاعة او نحو ذلك، ودعوى ان القدر المتيقن ما اذا لم يكن من المالك الا رأس المال، ومن العامل الا التجارة مدفوعة، بأن ذلك من حيث متعلق العقد، فلا ينافي اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه، ويكفي في صحته عموم ادلة الشروط. وعن الشيخ

الطوسي - رحمه الله - فيما إذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في احد قوليه، وبطلانها في قوله الآخر، قال: «لأن العامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح وإذا بطل الشرط بطل القراض، لأن قسط العامل يكون مجهولاً»، ثم قال: «وان قلنا إن القراض صحيح والشرط جائز، لكنه لا يلزم الوفاء به، لأن البضاعة لا يلزم القيام بها كان قوياً».

وحاصل كلامه في وجه بطلانها: ان الشرط المفروض مناف لمقتضى العقد، فيكون باطلاً وبطلانه يبطل العقد لاستلزامه جهالة حصة العامل من حيث ان للشرط قسطاً من الربح، وبطلانه يسقط ذلك القسط وهو غير معلوم المقدار. وفيه منع كونه منافياً لمقتضى العقد، فإن مقتضاه ليس ازيد من ان يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح والعمل الخارجي ليس عملاً في مال القراض، هذا مع ان ما ذكره من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع إذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض في شيء من الموارد، وانما يوجب زيادة العوض فلا ينقص من بطلانه شيء من الحصة حتى تصير مجهولة، واما ما ذكره في قوله: «وان قلنا - الخ - فلعل غرضه انه اذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه، فكأنه لم يشترط فلا يلزم الجهالة في الحصة، وفيه انه على فرض إيجابه للجهالة لا يتفاوت الحال بين اللزوم العمل به وعدمه حيث انه على التقديرين زيد بعض العوض لأجله. هذا وقد يقرر في وجه بطلان الشرط المذكور، إن هذا الشرط لا اثر له اصلاً لأنه ليس بلازم الوفاء حيث انه في العقد الجائز، ولا يلزم من تخلفه اثر التسلط على الفسخ حيث انه يجوز فسخه ولو مع عدم التخلف، وفيه اولاً: ما عرفت سابقاً من لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة مادامت باقية ولم

تفسخ، وإن كان له ان يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به، وثانياً: لا نسلم ان تخلفه لا يؤثر في التسلط على الفسخ إذا الفسخ الذي يأتي من قبل كون العقد جائزاً إنما يكون بالنسبة إلى الاستمرار بخلاف الفسخ الآتي من تخلف الشرط، فإنه يوجب فسخ المعاملة من الأصل، فإذا فرضنا ان الفسخ بعد حصول الربح، فإن كان من القسم الأول اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحق ذلك الربح بمقدار حصته، وان كان من القسم الثاني يكون تمام الربح للمالك ويتسحق العامل اجرة المثل لعمله، وهي وقد تكون أزيد من الربح وقد تكون اقل في تفاوت الحال بالفسخ وعدمه اذا كان لأجل تخلف الشرط.

قوله: «ان القدر المتيقن». اي من الادلة الدالة على صحة المضاربة. وفيه اولاً انه مبني على عدم وجود عموم وعدم اطلاق في خصوص، لكن الظاهر وجود الاطلاقات المقامية وشمول آية الوفاء والتجارة ودليل الشروط ببعض التقارب.

قوله: «متعلق العقد». وهو المال والعمل فلا ينضم الى احدهما شيء بعنوان مورد العقد وهو لاينا في تقييد نفس العقد بمال او عمل.

قوله: «في احد قوليه». الاقوال ثلاثة: بطلان العقد والشرط وبطلان الثاني وصحتها، وعبارة الشيخ في المبسوط تعطي ذكر الاول وجهاً او قولاً غير مختار، والاخير قولاً مختاراً دون الوسط.

قوله: «فلا ينقص من بطلانه». مضافاً الى ان التقييد لا يستلزم الجهالة فليكن الربح الواقع في مقابل عمليين: الاصالي العقدي والتبعي الشرطي كالثمن الواقع في مقابل ما يملك وما لا يملك فيما اذا باعها البائع.

قوله: «فلعل غرضه». يعني ان الشرط لما كان غير واجب الوفاء بنفسه فوجوده كعدمه حتى لو صح ونفذ فكيف اذا فسد، فلا يوجب جهالة الربح، فاجاب بان عدم وجوب الوفاء لا يوجب عدم تقسيط الربح عليه لبداهة لحاظه عند العقد فيوجب الجهالة لكن الظاهر عدم كون مراد الشيخ ما ذكره بل مراده صحة العقد والشرط وعدم مخالفة الشرط لمقتضى العقد فلا يضره التقسيط ايضاً الا انه لا يجب الوفاء بالشرط فالذي يرد على الشيخ هنا ظهور كلامه في ان سبب عدم وجوب الوفاء بالشرط هو جواز المشروط ذاتاً كالبضاعة مع ان الجائز بالذات يمكن ان يصير واجبا بالشرط، ويمكن ان يكون مراده ما يأتي.

قوله: «من لزوم العمل بالشرط». اذ الالتزام المظروف موضوع لوجوب الوفاء والموضوع علة تامة لتنجز حكمه كان ظرفه الالتزام المبرم المؤكد، او الضعيف الخفيف.

قوله: «فسخ المعاملة من الاصل». الظاهر ضعف هذا المبنى فراجع محاله.

مسئلة ٣٤: يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الانضاض أو القسمة لانقلا ولا كشفا على المشهور، بل الظاهر الاجماع عليه، لأنه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما، ولأنه مملوك وليس للمالك، فيكون للعامل وللصحيح رجل دفع إلى رجل الف درهم مضاربة فاشتري اياه وهو لا يعلم؛ قال: «يقوم فإن زاد درهما واحدا انعتق واستسعى في مال الرجل إذ لو لم يكن مالكا لحصته لم ينعتق ابوه» نعم «عن الفخر» «عن والده — رحمها الله» ان في المسئلة اربعة اقوال ولكن لم يذكر القائل

ولعلها من العامة:

احدهما: ما ذكرنا.

الثاني: انه يملك بالانضاض^١، لأنه قبله ليس موجودا خارجيا بل هو مقدر موهوم.

الثالث: انه يملك بالقسمة، لأنه لو ملك قبله لاخص برجه ولم يكن وقاية لرأس المال.

الرابع: إن القسمة كاشفة عن الملك سابقا، لأنها توجب استقراره والأقوى ما ذكرنا لما ذكرنا، ودعوى انه ليس موجودا كما ترى وكون القيمة امرا وهميا ممنوع مع انا نقول: «انه يصير شريكا في العين الموجودة بالنسبة ولذا يصح له مطالبة القسمة مع ان المملوك لا يلزم ان يكون موجودا خارجيا فإن الدين مملوك مع انه ليس في الخارج». ومن الغريب اصرار صاحب الجواهر—قده—على الاشكال في ملكيته، بدعوى انه حقيقة ما زاد على عين الاصل، وقيمة الشيء امر وهمي، لا وجود له لاذمة ولا خارجا، فلا يصدق عليه الربح، نعم لا بأس ان يقال انه بالظهور ملك ان يملك بمعنى ان له الانضاض فيملك وأغرب منه، انه قال: «بل لعل الوجه في خبر عتق الأب ذلك ايضا بناء على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السراية»، إذ لا يخفى ما فيه مع ان لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكا للمالك، حتى مقدار الربح مع انه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصة العامل من الربح للمالك، فلا ينبغي التأمل في ان الأقوى ما هو المشهور، نعم ان حصل خسران او تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل لا ان يكون كاشفا عن عدم ملكيته من الأول وعلى ما ذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكية من جواز المطالبة بالقسمة، وان كانت موقوفة على رضا المالك ومن صحة تصرفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما، ومن الإرث وتعلق الخمس والزكاة، وحصول

الاستطاعة للحج وتعلق حق الغرماء به، ووجوب صرفه في الدين مع المطالبة إلى غير ذلك.

قوله: «يملك العامل حصته اه». الاحوال التي تمر على المضاربة اربعة، ما بين العقد وظهور الربح، وما بين الربح والانضاض، وما بين الانضاض والقسمة، وما بين القسمة والفسخ، ولكل احكام لكن الكلام في ملكية العامل للربح، والصور في المسالة عشر، الملكية بظهور الربح، او بالانضاض نقلاً او كشافاً، او بالقسمة نقلاً او كشافاً عن زمان الربح او زمان الانضاض او بالفسخ نقلاً او كشافاً عن زمان الربح، او الانضاض او القسمة، والاقوال المنقولة اربعة والثابت وجود القائل به من الفريقين اثنان وهما الأولان مما في المتن، والثابت عندنا واحد.

قوله: «لانه مقتضى اشتراط». استدل عليه بخمسة ادلة، خامسها اتفاق الاصحاب على جواز مطالبة العامل بالقسمة بمجرد ظهور الربح، والقسمة من لوازم الملكية و اشار الى الباقي في المتن.

قوله: «لوملك لاخص برجه». الاشكالان مبنيان على توهم كون ملك العامل على القول به مستقلاً مستقراً فالاول سبب لاختصاص ربح الربح بالعامل والثاني لخروج الربح عن الوقاية، فلو كان رأس المال ثمانية فصار في المعاملة الاولى اثني عشر فملك العامل اثنين ثم صار في المعاملة الثانية اربعة وعشرين، كان اللازم اعطاء درهين او لا للعامل ربحاً لملكه او اعطاء اربعة له ملكاً و ربحاً وقسمة الباقي بعد اخراج راس المال وهو اربعة عشر او اثني عشر بينها وحصه العامل منه سبعة او ستة فيكون مجموع حصته تسعة او عشرة مع ان مقتضى طبع المضاربة كونه ثمانية. وفيه انه لا يلاحظ الربح في كل

معاملة ملكاً مستقلاً خارجاً عن متعلق العقد كمال آخر للعامل خلطه بمال المضاربة شركة ليقع الاتجار المتأخر عليها ويتبعه ربحه بل يحسب الربح بعد جميع المعاملات وقد قيل نظير ذلك في المعاملات الراجعة في باب الخمس كما اذا اشترى متاعاً بخمسة فباعه بعشرة ثم اشترى بها آخر فباعه باربعين فحصة ارباب الخمس بعد اخراج رأس المال سبعة وبناء على ذلك المبني عشرة وخمسان.

قوله: «ودعوى انه ليس موجوداً». المدعي صاحب الجواهر (قده) ويظهر منه ان الربح هو الزيادة العينية الحاصلة بالاتجار وارتفاع قيمة العروض ليس امراً وجودياً بل وهمي ذهني اذا فللعرض الخارجى حالات، حالة مساواة قيمته مع رأس المال وحالة ارتفاع قيمته عنه وحالة انضاذه وتبدله الى راس المال ولا تحقق للربح الا في الثالثة، فالعامل لا يملك في الاولى شيئاً ويملك ان يملك الربح في الثانية ويملكه في الثالثة هذا ولا بد ان يقول بمثله في ملكية المالك للربح ايضاً.

قوله: «انه ليس موجوداً كما ترى». هذا أحد الاجوبة عن الاشكال وحاصله ان قيمة الشيء وهي ماليته ومرغوبيته عند الناس امر اعتباري مضاف الى الشيء ملحوظ في وعاء الاعتبار عند العقلاء ومازاد على مالية الاصل ربح ويملك العامل منه حصته وهذا كملكية الزوجة لخصتها من قيمة الاعيان الثابتة غير الارض من التركة فالمالك والعامل هنا كالوارث والزوجة في تلك المسألة.

قوله: «انه يصير شريكاً في العين». يظهر منهم هنا انه بمجرد ظهور الربح يملك العامل من العين بمقدار حصته من المالية فاذا كان راس المال بمقدار ستة دراهم فارفع الى ثمانية ملك ثمن العين وذلك

لالتزامهم بعدم جواز استبداد المالك بالتصرف بعد الارتفاع وجواز مطالبة العامل القسمة.

قوله: «اذ لا يخفى ما فيه». فقوله: «فان ملك ان يملك جزء من الاب ايضاً موجب كالمالك نفسه^١». فيه ان العامل حينئذ ملك ان يملك جزء من ثمن ابيه بعد بيعه لاجزاء من نفسه، فبعد ارتفاع قيمة الاب ومقابلة العامل مع المشتري على بيعه ملك العامل ان يملك بعض الثمن وملك المشتري ان يملك الاب وبعد البيع تحققت الفعلية للملكين.

قوله: «يترتب عليه جميع آثار». هذا بناءً على مالكية العامل للعين ظاهر فيما عدا الخمس والحج للزوم استقرار الملك في تعلقها وهو هنا منزل، واما بناءً على ملك المالية فتشكل مطالبة قسمة العين والبيع لاشتراط العينية في المعوض ووجود الخمس بناء على عدم تعلقه بارتفاع القيمة والزكاة الواجبة لكون متعلقها الاعيان الخارجية لا الكليات الذمية فانها لا تكون سائمة ومعلوفة ومرسلة وعوامل ونحوها من اوصاف الخارجية.

مسئلة ٣٥: الربح وقاية لرأس المال فلكية العامل له بالظهور منزلة، فلو عرض بعد ذلك خسران او تلف يجبره إلى ان تستقر ملكيته، والاستقرار يحصل بعد الانضاض والفسخ والقسمة، فبعدها اذا تلف شيء لا يحسب من الربح بل تلف كل على صاحبه، ولا يكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ، بل ولا قسمة الكل كذلك، ولا بالفسخ مع عدم القسمة، فلو حصل خسران او تلف او ربح كان كما سبق فيكون الربح مشتركاً

والتلف والخسران عليها، ويتم رأس المال بالربح، نعم لو حصل الفسخ ولم يحصل الانضاض ولو بالنسبة إلى البعض وحصلت القسمة فهل تستقر الملكية ام لأن قلنا: «بوجوب الانضاض على العامل» فالظاهر عدم الاستقرار، وان قلنا: «بعدم وجوبه» ففيه وجهان، أقواهما: الاستقرار، والحاصل ان اللازم اولاد دفع مقدار رأس المال للمالك ثم يقسم ما زاد عنه بينها على حسب حصتها، فكل خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح وتماमितها بما ذكرنا من الفسخ والقسمة.

قوله: «الربح وقاية لرأس المال». اتفاقاً في اصل الحكم ولا دليل عليه الا كونه داخلياً في مفهوم المضاربة او كونه من لوازم وجودها فان المضاربة عبارة عن مجموع التجارات الواقعة على المال من حين العقد الى زمان الانفساخ ولا يتحقق الربح فيه بل وفي تجارة واحدة ايضا الا بعد وضع ما انفق وتلف وخسر وهذا هو معنى الوقاية وتوهم دلالة موثق اسحاق: «الربح بينها والوضيعة على المال» عليه بحمل كلمة المال على المجموع الشامل للربح فاسد لكون المراد منه رأس المال بقريئة السؤال ولام العهد، فأرأس المال ربحه مشترك ووضيعة على نفسه.

قوله: «والاستقرار يحصل». محتملات اسباب الاستقرار عشرة الفسخ، وقسمة الربح، والمركب من الاول والثاني ومن الاول والثالث، وعلى التقادير اما ان يفرض الكلام قبل الانضاض او بعده ويمكن استفادة الكل من العبارة باطلاق بعض كلماتها، ثم ان الانضاض اعم من انضاض مقدار رأس المال وانضاض الجميع.

قوله: «بعد الانضاض والقسمة اه». هذا هو المورد المتيقن والمراد بالقسمة لعلّة اعم.

قوله: «قسمة الربح فقط مع عدم». قد يقال ان قسمة الربح تلازم قسمة الكل لعدم بقاء الشركة فيما بقي بل هي هي بعينها وان قسمة الكل فسخ فعلي فهذا يرجع الى ما قبله لكن في دعوى الملازمة الاولى بنحو الاطلاق اشكال.

قوله: «ولا بالفسخ مع عدم». تمسكوا لاثبات تزلزل الملك فيما بين الفسخ والقسمة باستصحاب كونه وقاية قبل الفسخ اي كونه بحيث لو تلف المال لكان جابراً فيستصحب الجبر التعليقي او الملازمة بين التلف والجبر ويكون فعلياً بفعلية التلف وبقاعدة اليد فللعامل رد رأس المال تاماً ولو مجبره بالربح وبصدق مال القراض على المجموع في ذلك الزمان، لكن الاول مبني على القول بحجية الاستصحاب التعليقي، والقاعدة لا تشمل موارد الاستيمان. لكن فيه ان الامانة انما هي بالنسبة الى غير ما يقبل الربح فاليد ضمانية بالاضافة الى ما يقبله، والقول بان ذلك يستفاد من دليل الباب لاينا في شمول العموم ايضا، نعم لا يصدق بعد الفسخ عنوان مال القراض، كما لا يصدق عنوان المضارب والعامل على المتعاقدين ويجري الكلام بعينه في جميع موارد الشك في تمامية المضاربة كان السبب حصول القسمة كما في الفرض او حصول الانضاض كالفرع اللاحق.

مسئلة ٣٦: إذا ظهر الربح ونض تمامه أو بعض منه، فطلب احدهما قسمته فإن رضي الآخر فلا مانع منها، وإن لم يرض المالك لم يجبر عليها لاحتمال الخسران بعد ذلك. والحاجة إلى جبره به قيل: «وإن لم يرض العامل فكذلك ايضا» لأنه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما اخذه، 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 اقتسماه ثم حصل الخسران فإن حصل بعده ربح يجبره فهو والا رد العامل أقل الأمرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح، لأن الأقل إن كان هو الخسران فليس عليه إلا مقدار ما أخذ ويظهر من الشهيد — رحمه الله — أن قسمة الربح موجبة لاستقراره، وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها، لكن قسمة مقداره ليست قسمة له من حيث أنه مشاع في جميع المال فأخذ مقدار منه ليس أخذاً له فقط حيث قال على ما نقل عنه «أن المردود أقل الأمرين مما أخذه العامل من رأس المال لا من الربح، فلو كان رأس المال مئة والربح عشرين، فاقسما العشرين، فالعشرون التي هي الربح مشاعة في الجميع نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس، فالمأخوذ سدس الجميع فيكون خمسة أسداسها من رأس المال وسدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح، وهو نصف سدس العشرين، وذلك درهم وثلثان، يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقي رد أقل الأمرين من ما خسر ومن ثمانية وثلث» وفيه مضافاً إلى أنه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق إن لم يلحقه ربح وإن عليه غرامة ما أخذه منه انظار آخر:

منها: أن المأخوذ إذا كان من رأس المال فوجوب رده لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك.

ومنها: أنه ليس مأذوناً في أخذ رأس المال فلا وجه للقسمة المفروضة. ومنها: أن المفروض أنهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان أنه ربح لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال ودعوى أنه لا يتعين لكونه من الربح بمجرد قصد هما مع فرض اشاعته في تمام المال مدفوعة بأن

المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك والعامل، فقدر رأس المال مع حصة من الربح للمالك، ومقدار حصة الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعيين بعد تعيينها مقدار مالهما في هذا المال، فقسمة الربح في الحقيقة قسمة لجميع المال ولا مانع منها.

قوله: «ونض تمامه». الصور اربع: كون جميع المال عروضاً، وكون الجميع ناضاً، وكون جميع الربح ناضاً، وكون بعضه ناضاً، وكلامه (ره) في غير الصورة الاولى تبعاً للاصحاب لكن حكم الجميع واحد.

قوله: «لم يجبر عليها». الوجوه ثلاثة: الاجبار مطلقاً وعدمه مطلقاً، واجبار العامل دون المالك ولم نجد القائل بالاول.

قوله: «لاحتمال الخسران». قد يعلل عدم الاجبار في كل منها بالضرر وقبله المصنف في ناحية المالك، وفيه اولاً عدم توجه الضرر عليه بعد ضمان العامل له ولو بالبدل، وثانياً لا يتمشى ذلك في الموسر، وثالثاً ان القسمة غير تسليم المقسوم الى العامل والضرر في الثاني والكلام في الأول فليوضع عند امين، ورابعاً يمكن اخذ الكفيل من العامل، وخامساً يعارضه ضرر منع العامل عن ملكه، وسادساً يعارضه نفي حرج العامل في منعه عن ملكه، وسابعاً ان الضرر هنا محتمل ولا دليل على نفي الضرر المالي المحتمل حتى يكون حاكماً على سلطنة العامل فانه لا يمنع المالك عن حفر بئر في داره مثلاً باحتمال تضرر الجار نعم قد دلّ الدليل على ذلك في النفوس.

قوله: «ويظهر من الشهيد (ره)». وقع الاختلاف بينه وبين المشهور

في امرين:

احدهما: انه هل يبقى تزلزل ملك العامل للربح حتى بعد القسمة او انه يستقر بها؟ فالمشهور على الاول والشهيد (ره) على الثاني. والثاني: هل يكون اخذ مقدار الربح من المجموع قسمة له بمجرد اخذه بقصدها فيتمحص المأخوذ بالربح والباقي برأس المال او لا والمشهور على الاول والشهيد على الثاني ويترتب على الخلافين امور: منها: انه اذا اقتسما مقدار الربح فعلى المشهور المأخوذ ربح فقط والباقي راس مال فقط، وعلى قول الشهيد المأخوذ مشترك بينهما ونسبة الربح الموجود فيه الى رأس ماله وعكسه نسبة جميع الربح الى المجموع المركب من الربح ورأس المال وعكسه، ان نصفاً فنصفاً وان ثلثاً فثلثاً وهكذا.

ومنها: انه اذا خسرت التجارة التالية تلاحظ النسبة بين الخسران ومقدار الربح المقسوم على المشهور وبين الخسران والمقدار المأخوذ من رأس المال على قول الشهيد كما في المتن.

قوله: «ما هو المعلوم». اجاب باربعة اجوبة:

اولها: راجع الى مختار الشهيد في مورد الخلاف الاول والباقي الى مختاره في الثاني وما هو المعلوم اما من الاجماع او من الادلة لافادتها القطع بان لا نصيب للعامل الا من ربح المضاربة ومع الخسران بمقداره او ازيد لا ربح قطعاً.

مسئلة ٣٧: إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح مع تحقق الشرائط من معلومية المقدار وغيره، وإذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع بل يكون بمنزلة التلف فيجب عليه جبره بدفع

اقل الأمرين من مقدار قيمة ما باعه ومقدار الخسران.

قوله: «صح مع تحقق الشرائط». كان الاولى ترك هذه المسألة رأساً والقناعة بدلها بقوله في اوائل المسألة الاربعين: «كما لو باعها من غير المالك».

مسئلة ٣٨: لا إشكال في ان الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح، سواء كان سابقا عليها ولاحقا ما دامت المضاربة باقية ولم يتم عملها، نعم قد عرفت ما عن «الشهيد» من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق إذا اقتسماه وإن مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته. وأما التلف: فإما ان يكون بعد الدوران في التجارة، او بعد الشروع فيها او قبله، ثم إما ان يكون التالف البعض او الكل وايضا اما ان يكون بأقّة من الله سماويه او أرضية، او باتلاف المالك او العامل او الاجنبي على وجه الضمان فإن كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر جبره بالربح ولو كان لاحقا مطلقا سواء كان التالف البعض او الكل، كان التلف بأقّة او باتلاف ضامن من العامل او الاجنبي ودعوى ان مع الضمان كأنه لم يتلف، لأنه في ذمة الضامن كما ترى، نعم لو اخذ العوض يكون من جملة المال بل الاقوى ذلك إذا كان بعد الشروع في التجارة، وإن كان التالف الكل كما إذا اشترى في الذمة وتلف المال قبل دفعه إلى البائع فأداه المالك او باع العامل المبيع وربح فأدى كما ان الاقوى في تلف البعض الجبر، وإن كان قبل الشروع ايضا، كما إذا سرق في اثناء السفر قبل ان يشرع في التجارة او في البلد ايضا قبل ان يسافر، واما تلف الكل قبل الشروع في التجارة فالظاهر انه موجب لانفساخ العقد إذ لا يبقى معه مال التجارة حتى يجبر اولا يجبر، نعم إذا اتلفه اجنبي وادى

عوضه تكون المضاربة باقية وكذا إذا اتلفه العامل.

قوله: «لا اشكال في ان الخسارة». الربح اما جابر للخسارة واما للتلف والاول قد مضى، والتلف اما ان يكون قبل الشروع في العمل او بعده او بعد الدوران وعلى التقادير اما ان يكون التالف البعض او الكل وعلى التقادير اما ان يكون التلف من جانب الله او من المالك او العامل او الاجنبي فالصور اربع وعشرون.

قوله: «فان كان بعد الدوران». اقل ما يتحقق به الدوران شراء متاع به مثلاً ثم يبعه بما يماثل اصله فكانه دار ورجع. ثم ان مورد الاشكال من فروض المسألة اربعة اشار الى واحد وصرّح بثلاثة:

الاول: كون التلف بافة من الله فقليل فيه بعدم الجبر لان الذي يجبر هو النقصان الحاصل بتصرف العامل وتجارته لا ما يحصل من عند الله. وفيه ان الفرق تحكّم للاجماع هنا واطلاقات الادلة ولو المقامية، والثاني: فرض تلف الكل بعد الشروع او بعد الدوران فيقال انه لا معنى للجبر بعد بطلان المضاربة، واجاب عنه فيما بعد الدوران بكون المراد تلف مقدار رأس المال مع بقاء ما زاد عليه وفيما بعد الشروع بمثال الاشتراء في الذمة وهذا يجري في الاول ايضاً.

والثالث: فرض كون التلف بنحو يترتب عليه الضمان فقليل فيه بعدم الجبر لوجود التالف في وعاء ذمة المتلف شرعاً فلا معنى لجبره وفيه ان نفس الحكم بالضمان غير جابر واداء الضامن خارجاً لا كلام فيه. والرابع: فرض تلف البعض قبل الشروع فقد توهم انفساخ العقد بالنسبة له وبطلانه واضح.

ثم ان الاظهر في المقام جبر التلف مطلقاً بالربح كذلك عدا

صورة كون التلف سببا لبطلان المضاربة لظهور الادلة في انه ليست حصة العامل الا من ربح المضاربة لا ربح معاملة واحدة والمضاربة عنوان ينطبق على جميع المعاملات الواقعة حال بقائها فاللازم ان يلاحظ الربح وهكذا الخسران بالنسبة لجميعها وهذا مقتضى السيرة والعرف ايضاً.

قوله: «فاداه المالك». قد يؤديه المالك بقصد كون الشراء له مستقلا وقد يؤديه بقصد ان ينشأ به مضاربة مستقلة بينه وبين العامل، وقد يؤديه بقصد جعله بدلا عن التالف وابقاء المضاربة واخذه من الربح فيما بعد والا ولان خارجان عن البحث والثالث هو المراد على تأمل فيه.

مسئلة ٣٩: العامل امين فلا يضمن إلا بالخيانة كما لو اكل بعض مال المضاربة او اشترى شيئا لنفسه فأدى الثمن من ذلك، او وطأ الجارية المشتراة، او نحو ذلك او التفريط بترك الحفظ او التعدي بأن خالف ما امره به او نهاه عنه كما لو سافر مع نهييه عنه او عدم اذنه في السفر، او اشترى ما نهي عن شرائه او ترك شراء ما امره به، فإنه يصير بذلك ضامنا للمال لتلف ولو بأقاة سماوية وإن بقيت المضاربة كما مر، والظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك ايضا وإذا رجع عن تعديه او خيانتته فهل يبقى الضمان اولا وجهان، مقتضى الاستصحاب بقاؤه كما ذكروا في باب الوديعة أنه لو اخرجها الودعي عن الحزبقي الضمان، وإن ردها بعد ذلك اليه ولكن لا يخلو عن اشكال، لأن المفروض بقاء الاذن وارتفاع سبب الضمان ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان ولم يبع ضمن الوضيعة إن حصلت بعد ذلك، وهل يضمن بنية الخيانة مع

عدم فعلها وجهان، من عدم كون مجرد النية خيانة، ومن صيرورة
يده حال النية بمنزلة يد الغاصب، ويمكن الفرق بين العزم عليها
فعلًا وبين العزم على ان يخون بعد ذلك.

قوله: «العامل امين فلا يضمن». تعرّض في المسألة بامور: امانه
العامل وضمائه مع الخيانة وبقاء المضاربة معها وكون الخسارة بحكم
التلف وعود الامانة بالرجوع عن الخيانة وكون ترك الاتجار سبباً لضمان
الوضيعة والتردد في كون نية الخيانة بحكمها.

قوله: «او التعدي بترك». سبب الخروج عن الامانة لا يزيد على
القسمين التعدي الذي هو فعل ما يجب تركه والتفريط الذي هو ترك ما
يجب فعله، واما الخيانة فهي عنوان عام لا مصداق له غيرهما وما مثل به
لها من الاختلاف الخارجي والتعدي والتصرف المحرم داخل تحت
عنوان التعدي.

قوله: «والظاهر ضمانه». تخلف العامل ينسب الى امور ثلاثة:
الشروط الماخوذة في عقد المضاربة لفظاً او قصداً، والوظائف الملحوظة
للمضاربة عرفاً، والوظائف العرفية في حفظ المتاع ونصوص الباب جلّها
ناظرة الى حكم التخلف عن القسم الأول وانه سبب لضمان التلف
والوضيعة، واما سببية التخلف عن غير الاول للوضيعة فهي مشكلة الا
ان يدعى رجوع الثاني الى الاول بل سببية التخلف عن الثاني لضمان
المال ايضاً كذلك.

مسئلة: ٤٠: لا يجوز للمالك ان يشتري من العامل شيئاً من مال
المضاربة لأنه ماله، نعم إذا ظهر الربح يجوز له ان يشتري حصة
العامل منه مع معلومية قدرها، ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد

ذلك، فإنه بمنزلة التلف، ويجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة كما لو باعها من غير المالك وأما العامل فيجوز ان يشتري من المالك قبل ظهور الربح بل وبعده لكن يبطل الشراء بمقدار حصته من المبيع لأنه ماله، نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بازيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلًا بهذا الشراء يمكن الإشكال فيه حيث ان بعض الثمن حينئذ يرجع اليه من جهة كونه ربحًا، فيلزم من نقله إلى البائع عدم نقله من حيث عودته إلى نفسه، ويمكن دفعه بان كونه ربحًا متأخر عن صيرورته للبائع فيصير اولًا للبائع الذي هو المالك من جهة كونه ثمنًا، وبعد ان تمت المعاملة وصار ملكًا للبائع، وصدق كونه ربحًا يرجع إلى المشتري الذي هو العامل على حسب قرار المضاربة، فلكية البائع مقدّمة طبعًا وهذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من اجنبي بأزيد من قيمته، فإن المبيع ينتقل من المالك والثمن يكون مشتركًا بينه وبين العامل، ولا بأس به فإنه من الاول يصير ملكًا للمالك ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له بمقتضى قرار المضاربة لكن هذا على ما هو المشهور من ان مقتضى المعاوضة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض، وإنه لا يعقل غيره وأما على ما هو الاقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص، والعوض داخل في ملك غيره، وإنه لا ينافي حقيقة المعاوضة، فيمكن ان يقال من الاول يدخل الربح في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة، فلا يكون هذه الصورة مثالًا للمقام ونظيرًا له.

قوله: «لكن يبطل الشراء». ويثبت له خيار تبعض الصفقة اذا لم

يكن يعلم بالحال.

قوله: «يمكن الاشكال فيه». الاشكال استحالة انتقال المال من

شخص الى نفسه فيلزم في المقام انتقال مقدار حصة العامل من الربح الى نفسه بالشراء وعبر عنه بلزوم عدم النقل من النقل.

قوله: «ويمكن دفعه». هل يحدث الربح في المعاوضات القرضية الراجعة في ملك المالك ابتداءً قضاء لحق المعاوضة ثم ينتقل منه الى ملك العامل اذ الحق المضاربة او يحدث من الاول في ملك العامل لان المضاربة من شركة الاموال والاعمال فالربح المتوكد من زواجهما يدخل في ملك صاحبها ابتداءً وجهان واما الربح الحاصل في ارتفاع السوق ونحوه فالظاهر فيه الثاني. ثم ان اشكال المتن مبني على الثاني والجواب مبني على الاول.

قوله: «وهذا مثل ما اذا باع». اي مثله في عدم توجه الاشكال ولو بنينا فيه على الوجه الاول في حصول الربح، واما على الوجه الثاني فلا يتوجه اليه اشكال المقام ويختص باشكال آخر وهو دخول العوض في ملك غير صاحب العوض. وبالجمله لوقلنا في الربح بالوجه الاول فلا اشكال في الممثل والمثال ولوقلنا بالثاني فيرد في الممثل اشكال الاستحالة المذكورة ويرد في المثال اشكال عدم تحقق المعاوضة.

قوله: «واما على ما هو الاقوى». هل يشترط في المعاوضة دخول العوض في ملك من خرج عنه العوض وعكسه او لا يشترط شيء منها او يشترط الاول دون الثاني او العكس وجوه المشهور هو الاول لان المعاوضة بمعنى التعاوض فلا يتحقق مقتضاها الا بتملكين وتملكين ويترائى نادراً الثاني ولعله الذي عرف البيع بانه جعل مال بازاء مال وهذا بعيد جداً، وادعى بعض الثالث، بدعوى ان هيئة المفاعلة بمعنى السعي في ايجاد المادة او بمعنى انهاها الى الغير فقولك: قاتلت زيدا

وكاتبته، سعت في قتله وانهت الكتاب اليه. فالمعاوضة ايصال العوض وادخاله في ملك صاحب المعوض وهذا لا يدل على ادخال المعوض في ملك صاحب العوض ولازم هذا القول وقول الشهيد دخول الثمن في الممثل والمثال في ملك المالك اولاً فلا يتوجه اشكال.

مسئلة ٤١: يجوز للمعامل الأخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة، ولا يجوز العكس، مثلاً: إذا كانت دار مشتركة بين العامل والاجنبي، فاشترى العامل حصة الاجنبي بمال المضاربة يجوز له إذا كان قبل ظهور الريح أن يأخذها بالشفعة، لأن الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك، فللمعامل أن يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه، وأما إذا كانت الدار مشتركة بين المالك والاجنبي فاشترى العامل حصة الاجنبي ليس للمالك الاخذ بالشفعة، لأن الشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له.

قوله: «إذا كان قبل ظهور». واما بعده فله ان ياخذ حصة المالك من الربح سواء كان بنفس الشراء او بارتفاع السوق او بعده وسواء دخل في ملكه اولاً او بعد انتقاله الى المالك.

قوله: «ليس للمالك الاخذ». الا اذا حصل ربح بنفس الشراء وقلنا بانتقاله الى العامل ابتداء فيثبت للمالك حق الشفعة بالنسبة لحصة العامل فاذا اشترى نصف دار المالك من شريكه بمقدار ثلث قيمته فلك سدس الدار ثبت حق الشفعة للمالك في ذلك السدس واما بناء على انتقال الربح الى العامل من المالك فلا شفعة.

مسألة ٤٦: قد عرفت ان المضاربة من العقود الجائزة، وأنه يجوز لكل منها الفسخ اذا لم يشترط لزومها في ضمن عقد لازم، بل أو

في ضمن عقدها ايضاً، ثم قد يحصل الفسخ من احدهما، وقد يحصل البطلان والانسفاخ لموت او جنون او تلف مال التجارة بتمامها، او لعدم إمكان التجارة لمانع او 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، ومن حيث وجوب الرد الى المالك وعدمه وكون الأجرة عليه اولاً، فنقول: اما ان يكون الفسخ من المالك أو العامل وايضاً، اما ان يكون قبل الشروع في التجارة او في مقدماتها او بعده قبل ظهور الربح او بعده في الأثناء، او بعد اتمام التجارة بعد انضاض الجميع او البعض، او قبله قبل القسمة او بعدها، وبيان احكامها في طي مسائل:

الأول: إذا كان الفسخ والانسفاخ، ولم يشرع في العمل ولا في مقدماته فلا اشكال ولا شيء له ولا عليه، وان كان بعد اتمام العمل والانضاض فكذلك اذ مع حصول الربح يقسمانه ومع عدمه لا شيء للعامل ولا عليه ان حصلت خسارة الا ان يشترط المالك كونها بينها على الاقوى من صحة هذا الشرط، او يشترط العامل على المالك شيئاً ان لم يحصل ربح وربما يظهر من اطلاق بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح، ولا وجه له اصلاً لأن بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجمالة.

الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الاثناء قبل حصول الربح فلا اجرة له لما مضى من عمله، واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام لا وجه له اصلاً، وان كان من المالك او حصل الانسفاخ القهري ففيه قولان، اقواهما عدم ايضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء الا

الربح ولا ينفعه بعد ذلك كون اقدمه من حيث البناء على الإستمرار.

الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر باذن المالك وصرف جملة من رأس المال في نفقته، فهل للمالك تضمينه مطلقا او إذا كان لالعذر منه وجهان، اقواهما العدم لما ذكر من جواز المعاملة وجواز الفسخ في كل وقت، فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه.

الرابعة: لو حصل الفسخ او الانفساخ قبل حصول الربح، وبالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك ببيع ونحوه، وان احتمل تحقق الربح بهذا البيع بل وان وجد زبون يمكن ان يزيد في الثمن فيحصل الربح نعم لو كان هناك زبون بان على الشراء بازيد من قيمته لا يبعد جواز اجبار المالك على بيعه منه لانه في قوة وجود الربح فعلا ولكنه مشكل مع ذلك لأن المناط كون الشيء في حد نفسه زائد القيمة والمفروض عدمه وهل يجب عليه البيع والانضاض إذا طلبه المالك اولاً، قولان اقواهما عدمه ودعوى ان مقتضى قوله - عليه السلام - : «على اليد ما اخذت حتى تؤدي» وجوب رد المال إلى المالك كما كان كما ترى.

الخامسة: إذا حصل الفسخ او الانفساخ بعد حصول الربح قبل اتمام العمل او بعده، وبالمال عروض فإن رضيا بالقسمة كذلك، فلا اشكال وان طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب اجابته وان احتمل ربح فيه خصوصاً إذا كان هو الفاسخ وان طلبه المالك في وجوب اجابته وعدمه وجوه، ثالثها: التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقداً، فلا يجب، وبين عدمه فيجب لأن اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملاً بقوله - عليه السلام - : «على اليد» والاقوى عدم الوجوب مطلقاً وان كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفاً على الانضاض، ولعله يحصل الخسارة بالبيع اذ لا منافاة فنقول: لا يجب عليه الانضاض بعد

الفسخ لعدم الدليل عليه. لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة بل او بعدها يجب جبرها بالربح حتى انه لو اخذه يسترد منه.

السادسة: لو كان في المال ديون على الناس فهل يجب على العامل اخذها وجبايتها بعد الفسخ او الانفساخ ام لاء، وجهان، اقواهما: العدم من غير فرق بين ان يكون الفسخ من العامل او المالك. السابعة: إذا مات المالك والعامل قام وارثه مقامه فيما مر من الاحكام.

الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ او الانفساخ ازيد من التخلية بين المالك وما له، فلا يجب عليه الايصال اليه، نعم لو ارسله إلى بلد آخر غير بلد المالك، ولو كان باذنه يمكن دعوى وجوب الرد إلى بلده، لكنه مع ذلك مشكل وقوله — عليه السلام —: «على اليد ما اخذت» ايضاً لا يدل على ازيد من التخلية، واذا احتاج اراد اليه إلى الاجرة فالاجرة على المالك كما في سائر الاموال، نعم لو سافره بدون اذن المالك إلى بلد آخر، وحصل الفسخ فيه يكون حاله حال الغاصب في وجوب الرد والاجرة، وان كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون اذنه.

قوله: «من حيث استحقاق العامل». ذكر مع الامور الخمسة عدم كون الخسارة عليه ووجوب قبول المالك الانضاض اذا طلبه العامل.

قوله: «الا ان يشترط المالك». الباب من سنخ الشركة وقد التزما بكون تلف المال وخسارته على المالك، وتلف العمل وذهابه هدرًا كما في فرض عدم الربح، او نقصه كما في صورة كثرة العمل وقلة الربح، على العامل ويكون ما يتولد من زواجها بينهما، فلهذا العقد آثار، وهي

اما داخله في ماهيته او من لوازم وجوده والشارع امضاه كما هو عليه فاشترط خلافها مخالف لمقتضاه وللكتاب والسنة، ودعوى انها من آثار اطلاقه، فاذا شرط عدمها انتفى موضوعها وبقي المقام مشمولاً لعموم الوفاء بالعقد والشرط، كما ترى.

قوله: «لقاعدة الاحترام». مران القاعدة سواء جرت في النفس او المال او العمل او الحق، تدل على حرمة الاتلاف او الاستيفاء، لا على ضمان البديل بعدهما، سواء فسخ العامل او المالك، مع انه لا اتلاف ولا تفويت من المالك في المقام وان ادعاه المحقق والشهيد الثانيان، ولا استيفاء من قبله لاستناد عمل العامل الى ما عهد في العقد والتزمه من الوفاء لا الفسخ.

قوله: «لا يجوز للعامل التصرف». هنا امور: احتمال الربح والعلم باستعداد المحل له كما في فرض وجود الزبون الباني على الشراء والعلم بفعليته ولا يجبر المالك على الاول ولا يبعد اجباره على الثاني فان ملاك المضاربة الاسترباح وحيث انها لم تتم بالفسخ استحق العامل اجباره ولا يجبر على الثالث بل للعامل بيع حصته.

قوله: «الى المالك كما ترى». يعني: على اليد ضمان صاحبها لما استولى عليه فلا يستفاد منها الوجوب التكليفي مضافاً الى انها لا تشمل نظائر المقام في الايادي الامينة.

قوله: «او بعده وبالمال عروض». اي بعد الانضاض والقسمة مثلاً بالنسبة الى مقدار رأس المال وازيد وقد بقي في المال عروض.

مسئلة ٤٧: قد عرفت ان الربح وقاية لرأس المال من غير فرق بين ان يكون سابقا على التلف والخسران، او لاحقاً، فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق وبالعكس، ثم لا يلزم ان يكون الربح حاصلًا من مجموع رأس المال، وكذا لا يلزم ان تكون الخسارة واردة على المجموع، فلو اتجر بجميع رأس المال فخرس ثم اتجر ببعض الباقي فربح يجبر ذلك الخسران بهذا الربح وكذا اذا اتجر ببعض فخرس، ثم اتجر ببعض الآخر او بجميع الباقي فربح، ولا يلزم في الربح او الخسران ان يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها فالربح مطلقًا جابر للخسارة والتلف مطلقًا ما دام لم يتم عمل المضاربة ثم انه يجوز للمالك ان يسترد بعض مال المضاربة في الاثناء ولكن تبطل بالنسبة اليه، وتبقى بالنسبة إلى البقية وتكون رأس المال وحينئذ إذا فرضنا انه اخذ بعد ما حصل الخسران او التلف بالنسبة إلى رأس المال مقدارًا من البقية، ثم اتجر العامل بالبقية او ببعضها، فحصل ربح يكون ذلك الربح جابرًا للخسران او التلف السابق بتمامه مثلاً: إذا كان رأس المال مئة فتلف منها عشرة، او خسر عشرة وبقي تسعون، ثم اخذ المالك من التسعين عشرة وبقيت ثمانون، فأرأس المال تسعون وإذا اتجر بالثمانين فسارتسعين فهذه العشرة الحاصلة ربما تجبر تلك العشرة ولا يبق للعامل شيء، وكذا اذا اخذ المالك بعد ما حصل الربح مقدارًا من المال سواء كان بعنوان استرداد بعض رأس المال او هو مع الربح او من غير قصد إلى احد الوجهين، ثم اتجر العامل بالباقي او ببعضه فحصل خسران او تلف، يجبر بالربح السابق بتمامه حتى المقدار الشايع منه في الذي اخذه المالك، ولا يختص الجبر بما عداه حتى يكون مقدار حصة العامل منه باقياً له مثلاً: إذا كان رأس المال مئة فربح عشرة، ثم اخذ المالك عشرة ثم اتجر العامل بالبقية فخرس عشرة او تلف منه عشرة يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشايع منه

في العشرة المأخوذة، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شيء وعلى ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره المحقق حينئذ، وتبعه غيره من ان الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة لبطلان المضاربة بالنسبة اليها، فققدار الخسران الشايع فيها لا ينجر بهذا الربح، فرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال المذكور لا يكون تسعين بل أقل منه بمقدار حصة خسارة العشرة المأخوذة وهو واحد وتسع فيكون رأس المال الباقي تسعين إلا واحد وتسع وهي تسعة وثمانون الا تسع وكذا لا وجه لما ذكره بعضهم في الفرض الثاني ان مقدار الربح الشايع في العشرة التي اخذها المالك لا يجبر 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 سابقا انه لو حصل ربح واقتسماه في الاثناء، واخذ كل حصته منه، ثم حصل خسران انه يسترد من العامل مقدار ما اخذ، بل ولو كان الخسران بعد الفسخ قبل القسمة، بل او بعدها اذا اقتسما العروض وقلنا: بوجوب الانضاض على العامل، وانه من تمتت المضاربة.

قوله: «الربح وقاية لرأس المال من غير فرق». بين ابتداء عدم الفرق من جهات ثلاث ثم اشار الى مورد من المصاديق وقع فيه الاختلاف.

قوله: «ثم انه يجوز للمالك». اخذ شيء من رأس المال بقصد الفسخ بالاضافة اليه اما ان يكون قبل الشروع في العمل او بعده، قبل دوران المال في التجارة او بعده، قبل حصول خسران او ربح او بعد ذلك، والكلام في الاخير وهو قسمان: الاخذ بعد الخسران ثم حصول الربح بالباقي، والاخذ بعد الربح ثم طرو الخسران، والخلاف في الاول كثير وفي الثاني قليل.

قوله: «تبطل بالنسبة اليه». هنا امور:

الاول: اختيار صحة تبعض المضاربة في البطلان هنا وردّه في المسألة (١٢) في آخر الكتاب، والاول اشبه، ولذا يتبعص الوضع في صفقة البيع ونحوه، والتكليف في الاقل والاكثر الارتباطيين.

والثاني: ان الخسران والربح لا بد ان ينسبا الى مجموع رأس المال كهزال الدابة وسمنها وضابط ذلك ان ينسب مجموع التالف الى مجموع الباقي فالنسبة الماخوذة هي الناقص من كل جزء فاذا خسر عشرين من مائة كانت النسبة الربع فكانما فقد من كل عشرين خمسة.

الثالث: لا اشكال في بطلان المضاربة بالنسبة الى المأخوذ في صورة سبق الخسران وانما الكلام في مقدار المأخوذ فن ذاهب الى انه نفسه مجرداً عما ينسب اليه من حصة الخسران ومن ذاهب الى انضمام ذلك اليه فكأن المالك اخذها ومنه يسري الخلاف الى مقدار البقية، فهي على الاول هو الباقي من الموجود مع مجموع الخسران كالثمانين في المثال، وعلى الثاني الباقي منه مع باقي الخسران كالخمسة والسبعين، واما في صورة سبق الربح فالكلام في البطلان بالاضافة اليه ولازم مبناه عدمه.

الرابع: التلف او الخسران في هذا الباب مفروض الوجود لوجود سبب جبره ويعد رأس المال المجموع منه ومن الباقي المضاربة باقية بالاضافة اليهما فبعض المال موجود بالفعل وبعضه بالقوة وعلى هذا فملاك النزاع في المسألة هو ان المالك اذا اخذ من الموجود بالفعل فهل يلتزم معه بما يخصه من الخسران ايضاً وهو الموجود بالقوة فكأنه ابطال للمضاربة بالاضافة اليهما ام لم يلتزم الا بما اخذ فلا تبطل الا بالنسبة اليه.

قوله: «السابق بتمامه». لان المفروض عدم التزام المالك به وعدّه من الموجود بالقوة المستحق للجبر الموصل له الى الفعلية.

قوله: «فراس المال تسعون». نسبة العشرة التالفة الى الباقي التسع فيعلم نقض ذلك المقدار من كل عشرة وهو واحد وتسع فعلى مبناه لا ياخذ المالك الا عشرة ويكون الباقي من الفعلي والتقديرى تسعين.

قوله: «سواء كان بعنوان». اذ الاخذ من المال المشاع مهما كان قصد الاخذ فالمأخوذ مشترك ورأس المال هنا هو الباقي بعد الاصل.

قوله: «حتى المقدار الشايح منه». الكلام هنا في بطلان المضاربة بالاضافة الى الربح واستقرار ملك الطرفين عليه وعدمه فغرضه ان المالك لم يأخذه بقصد ابطال المضاربة بالنسبة اليه فيتبدل عنده عنوان كونه ربحاً بعنوان رأس المال بعد التلف او الخسران.

قوله: «ثم اخذ المالك عشرة». الربح الموجود في المائة والعشرة جزء من احد عشر جزء من المجموع فالموجود في كل عشرة هو تلك النسبة فاذا فرضنا كل عشرة دنانير احد عشر درهماً كان ربح كل عشرة ما يساوي درهماً وهو محل الكلام.

قوله: «فلا وجه لما ذكره المحقق». استدل في المبسوط بما حاصله ان التالف مفروض الوجود وجزء من رأس المال ولازم الاخذ من الموجود تقبّل حصة منه فكانه مأخوذ وابطال المضاربة يعم ابطالها في كليهما، لكن هذا هو الدعوى لا الدليل ويمكن الفرق بين قصد هذا وعدمه، واستدل في المسالك بان بطلان المضاربة في المأخوذ جعله اجنبياً عن رأس المال ولا يجبر ربح راس المال خسران ما هو خارج عنه كما اذا

خسر المالك في سائر امواله. وفيه انه قد جرى عليه الاتجار المضاربي ثم خرج عنه فهو كما لو اودع منه شيئاً عند احد بعد الخسران او اعطى قرضاً فتأمل.

قوله: «لا يجبر الخسران اللاحق». لبطلان المضاربة بالنسبة الى مقدار الدرهم في المثال فهو لهما.

مسئلة ٤٨: اذا كانت المضاربة فاسدة، فإما ان يكون مع جهلها بالفساد، او مع علمها، او علم احدهما دون الآخر فعلى كل التقادير الربح بتمامه للمالك لاذنه في التجارات، وان كانت مضاربه باطلة، نعم لو كان الاذن مقيدا بالمضاربة توقف ذلك على اجازته، والا فالمعاملات الواقعة باطلة وعلى عدم التقيد او الاجازة يستحق العامل مع جهلها لاجرة عمله، وهل يضمن عوض ما انفق في السفر على نفسه لتبين عدم استحقاقه النفقة اولاً، لأن المالك سلطه على الإنفاق مجاناً وجهان، اقوامها الاول ولا يضمن التلف والنقص وكذا الحال اذا كان المالك عالماً دون العامل، فإنه يتسحق الاجرة ولا يضمن التلف والنقص، وان كانا عالين او كان العامل عالماً دون المالك فلا اجرة له لإقدامه على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة، وربما يحتمل في صورة علمها انه يتسحق حصته من الربح من باب الجمالة، وفيه ان المفروض عدم قصدتها كما انه ربما يحتمل استحقاقه اجرة المثل اذا اعتقد انه يستحقها مع الفساد وله وجه وان كان الاقوى خلافه، هذا كله اذا حصل ربح ولو قليلاً. واما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الاجرة ولو مع الجهل مشكل لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح، وعلى هذا ففي صورة حصوله ايضاً يستحق اقل الامرين من مقدار الربح واجرة المثل

لكن الاقوى خلافه لأن رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة
ومراعاة الاحتياط في هذا وبعض الصور المتقدمة اولى.

قوله: «فاما ان يكون مع جهلها». القراض اما رابح او غير رابح،
والطرفان اما جاهلان او عالمان او مختلفان فالصور ثمان والكلام اولا في
صورة الربح وجهة البحث فيها خمس حكم المعاملات الواقعة والربح
الحاصل، واستحقاق العامل اجرة المثل، واستحقاق المالك عوض نفقة
السفر.

قوله: «وجهان اقواهما الاول». اما الثاني فلقاعدة ما لا يضمن،
لكن فيه ان القاعدة ليست دليلاً مستقلاً مع ان النفقة خارجة عن مورد
القراض والقاعدة تجري في موارد العقود، واما الاول فلقاعدة الاتلاف
لان قياس النفقة بالنسبة لها كقياس راس المال بالنسبة الى قاعدة اليد
فكما ان التامين يمنع من اقتضاءها الضمان بالتلف فكذا الاذن بالانفاق
يمنع عن اقتضاء تلك القاعدة للضمان بالاتلاف، فالتفصيل بين
الموردين غير جيد.

قوله: «فلا اجرة له». العلم بالبطلان في اي عقد كان لا يلزم
بذل العوض مجاناً كالاجير وعامل الجعالة وباذل المبيع والثن، نعم
لا قيمة للعمل فيما هتك حرمة الشرع كالاجير على الحرام او نفس العامل
كالمستبرع وليس المورد منها، ومنه يعلم اولوية استحقاقه لو اعتقده مع
الفساد خلافاً لما استقواه.

قوله: «من باب الجعالة». مفاد العقود والايقاعات امور اعتبارية
لها في وعاء الاعتبار حقائق متباينة وهي انواع مختلفه لا تشخص الا
بالقصد ولها احكام عرفية وشرعية، وتتمايز العقود عن الايقاعات بانه

ان كان الانشاء الصادر من احد مزاحماً لسلطان غيره في نفسه او ماله ويتوقف على قبوله فهو عقد. فتمليك البايع ماله لغيره ينافى في سلطان الغير على نفسه واخذه الثمن بدله ينافى في سلطانه على ماله فيلزم قبوله، وكذا تزويج المرأة لنفسه للغير واخذها المهر منه وان لم يكن كذلك فهو ايقاع كالاذن في التصرف والابراء والعتاق وعلى هذا فالمنشأ بعنوان المضاربة لا يكون جعالة.

قوله: «ولومع الجهل مشكل». وجه العدم ان الربح من القراض وغير الربح صنفان كعارية الذهب والثوب فتشمل الاول قاعدة ما يضمن والثاني قاعدة ما لا يضمن، وايضاً حقيقة المضاربة جعل مال المالك في مقابل نفس العامل ليجريا في التجارة ويتولد الربح من الحركتين مع التزام الطرفين بذهابها هدرأ لولا الربح فلو استحق النفس بدل ما ذهب منها هدرأ من العمل استحق المال بدل ما فات منه من النفع المترتب واذ ليس فليس. ولكن لازم هذا استحقاقه اقل الامرين في صورة الربح كما ذكره.

قوله: «لان رضاه بذلك». لو كان رضاه بالقليل غير مانع من استحقاقه الاجرة لاجل فساد العقد كان رضاه بعدمه ايضاً غير مانع لاجل الفساد بالتفصيل غير جيد، فللقائل بعدم الاستحقاق في صورة عدم الربح ان يقول باقل الامرين عند حصوله وللقائل بالاجرة مع قلة الربح ان يقول بها مع عدمه فالاحتياط حسن.

مسئلة ٤٩: اذا ادعى على احد انه اعطاه كذا مقداراً مضاربة وانكر، ولم يكن للمدعي بينة فالقول قول المنكر مع اليمين.
مسئلة ٥٠: إذا تنازع المالك والعامل في مقدار رأس المال الذي

اعطاه للعامل، قدم قول العامل بيمينته مع عدم البينة من غير فرق بين كون المال موجودا او تالفا مع ضمان العامل، لإصالة عدم اعطائه ازيد مما يقوله، واصالة براءة ذمته اذا كان تالفا بالازيد. هذا اذا لم يرجع نزاعهما إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح كما اذا كان نزاعها بعد حصول الربح، وعلم ان الذي بيده هومال المضاربة اذ حينئذ النزاع في قلة رأس المال وكثرتة، يرجع إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود اذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه اكثر، فيكون نصيب العامل ازيد، وعلى تقدير كثرتة بالعكس، ومقتضى الاصل كون جميع هذا المال للمالك الا بمقدار ما اقربه للعامل، وعلى هذا ايضا لا فرق بين كون المال باقيا او تالفا بضمان العامل، اذ بعد الحكم بكونه للمالك، الا كذا مقدار منه، فإذا تلف مع ضمانه لا بدان يغرم المقدار الذي للمالك.

قوله: «اذا تنازع المالك». عمدة صور المسألة ستة اذ القراض اما رابح او غير رابح وعلى التقديرين اما ان المال موجود او تلف وعلى الثاني التلف اما مع ضمان او بلا ضمان لا كلام في التلف بغير ضمان مطلقاً لكون الدعوى غير ملزمة.

قوله: «وعلم ان الذي بيده». لو كان مجموع ما بيد العامل ثلاثة الاف فادعى المالك ان رأس المال منه الفان والربح الف وادعى العامل عكسه كما مثل في المبسوط والقواعد فان كان الملاك في التشخيص مصب الدعوى فالاصل مع العامل وله الثلث من المجموع ولو كان الملاك هو الغرض فبعد اعترافها بكون اربعة اسداس المجموع للمالك وسدسه للعامل يكون مورد النزاع السدس الباقي فبناء على كون الربح ينتقل الى العامل من المالك فالاصل مع المالك، وبناء على تكون

كل حصة في ملك صاحبها فلا اصل لاحدهما فانه اما ان يقميا البينة او يقيمها احدهما وعلى الاخير اما ان يخلفا او يحلف احدهما او ينكلا، لا كلام في الصورة الثانية والرابعة وفي الصور الثلاث الباقية المرجع هو القرعة او قاعدة الانصاف.

قوله: «فمقتضى الاصل كون». السدس المتنازع فيه بيد العامل فقوله موافق لقاعدة اليد فكيف يقدم موافق الاصل على موافق الامارة، الا ان تضعف اليد باعتراف صاحبها بانتقال المال اليه من المدعى؛ واما بناءً على انتقال الربح الى العامل ابتداءً فاليد غير مزاحمة.

مسئلة ٥١: لو ادعى المالك على العامل انه خان او فرط في الحفظ فتلف، او شرط عليه ان لا يشتري الجنس الفلاني، او لا يبيع من زيد او نحو ذلك، فالقول قول العامل في عدم الخيانة والتفريط، وعدم شرط المالك عليه الشرط الكذائي، والمفروض ان مع عدم الشرط يكون مختاراً في الشراء وفي البيع من اي شخص اراد، نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له الا باذن من المالك، كما لو سافر او 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 الا مع المنع قدم قول العامل المنكر له.

قوله: «لو ادعى المالك». مورد فروع المسألة في صورة التلف او الخسارة والا كانت الدعاوى غير ملزمة.

قوله: «في عدم الخيانة والتفريط». هذا مصب الدعوى واما الغرض فبرائة ذمة العامل وعلى كلا الملاكين المنكر هو العامل والاصل

معه .

قوله: «وعدم شرط المالك». هذا اذا اتفقا على صيغة للعقد واختلفا في زيادة الشرط فللعامل نفيه بالاصل ويكون العقد دليلا على مدعاه، ولو ادعى كل منها صيغة تعارض الاصلان وكذا اذا لم يذكر صورة العقد وحينئذٍ فاصالة عدم تعلق الاذن بمورد النزاع تجعل المالك محقاً.

مسئلة ٥٢: لو ادعى العامل التلف، وانكر المالك قدم قول العامل، لانه امين سواء كان بامر ظاهر او خفي، وكذا لو ادعى الخسارة او ادعى عدم الربح او ادعى عدم حصول المطالبات في النسبته مع فرض كونه مأذونا في البيع بالدين، ولا فرق في سماع قوله بين ان يكون الدعوى قبل فسخ المضاربه او بعده. نعم لو ادعى بعد الفسخ التلف بعده، ففي سماع قوله لبقاء حكم امانته وعدمه لخروجه بعده عن كونه امينا وجهان، ولو اقر بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف او الخسارة، وقال: اني اشتبهت في حصوله، لم يسمع منه، لانه رجوع عن اقراره الأول، ولكن لو قال: رحمت ثم تلف او ثم حصلت الخسارة قبل منه.

قوله: «او ادعى عدم». العامل مع قطع النظر عن المورد مدعى على الدعويين الاوليين، فالدليل على الحكم النصوص الخاصة، ومنكر على الاخيرتين فالدليل عليه النصوص الخاصة والعامة، ثم انه ان اتهمه المالك استحلفه مطلقاً وان قيل يطلب منه البينة على الاوليين.

قوله: «لبقاء حكم امانته». اي للاستصحاب ويستشكل فيه اولاً بكونه تعليقاً، وثانياً بحكومة قوله البينة للمدعى عليه فيقدم قول المالك،

لكن في الاول الخدشه في بطلان الاستصحاب التعليقي، وفي الثاني ان المورد من التمسك باستصحاب حكم الخاص لا التمسك بالعموم اللهم الا ان يدعى كونه ازمانياً ولكن الظاهر ان الموضوع عنوان الامين وهو بنفسه باق ومقدم على العام وهذا اظهر.

قوله: «ولو اقرّ بحصول الربح». اذا قال العامل رحمت ثم قال اشتبهت بل تلف المال او خسر، فان عدّ الثاني انكاراً للاول فقاعدة نفوذ اقرار العقلاء تعين أخذ الاول، وقاعدة بطلان الانكار تحكم بلغوية الثاني ويكون محكوماً برد رأس المال وشئ قليل يطلق عليه الربح، واما قاعدة قبول دعوى الامين فلا يعقل شموها لكلا المتعارضين، فان شملت الثاني دون الاول لغت القاعدتان وان انعكس الامر عمل بكل من القواعد الثلاث فهذا متعين وان لم يُعدّ الثاني انكاراً لعدم ورودهما مورداً واحداً فان الاول قول حاك عن الخارج والثاني قول مأول فالحكم واضح ولعل هذا هو الصواب.

قوله: «لم يسمع منه». اي حتى اذا قامت البينة اذ يشترط في نفوذها قابلية الدعوى للسمع وعدم اعتراف المشهود له بكذبا والبينة في المقام لو قيست مع القول الثاني فهو دعوى غير مسموعة لقاعدة الانكار ولو قيست مع الاول فهو مكذبا.

مسئلة ٥٣: إذا اختلفا في مقدار حصة العامل وانه نصف الربح مثلاً او ثلثه، قدم قول المالك.

قوله: «اذا اختلفا في مقدار». بان اختلفا في العقد فادعى المالك وقوعه على الحصة الدنيا والعامل وقوعه على الحصة العليا، فالغرض

حينئذٍ اثبات السدس الفاصل بين الكسرين ونفيه، فمقتضى لحاظ مصب الدعوى هو الحكم بالتحالف ومقتضى لحاظ الغرض تحليف المالك، وإذا قلنا بالاول وتساقطت الدعويان كان المرجع اصالة عدم انتقال السدس من المالك الى العامل بناء على القول بذلك في الارباح وبناء عليه تكون الارباح في ملك الطرفين فالمرجع القرعة او قاعدة الانصاف لولا قاعدة اليد كما مر.

مسئلة ٥٤: اذا ادعى المالك اني ضاربتك على كذا مقدار، واعطيتك فانكر اصل المضاربة او انكر تسليم المال اليه، فاقام المالك بينة على ذلك فادعى العامل تلفه، لم يسمع منه، واخذ باقراره المستفاد من انكاره الاصل، نعم لو اجاب المالك بأني لست مشغول الذمة لك بشيء ثم بعد الاثبات ادعى التلف، قبل منه لعدم المنافاة بين الانكار من الأول وبين دعوى التلف.

قوله: «لم يسمع منه». فاذا دلّت البينة بالمطابقة على اخذ المال ودل الانكار بالالتزام على عدم التلف عنده وبالالتزام ايضاً على تعديده وخيانتته ثبت بقاء المال عنده ولا وجه معه لقبول دعواه كما تقبل لو لم يكن انكار، وعليه فهل يخلّف على التلف او يطلب منه البينة عليه او يحبس حتى يجيئ منه بامرئتين، وجوه لا وجه للاول لكونه مدعيّاً مع انه كذّبه ولا للثاني لتكذيبه بينته بانكاره الاخذ فيبقى الثالث.

مسئلة ٥٥: إذا اختلفا في صحة المضاربة الواقعة بينهما وبطلانها، قدم مدعي الصحة.

قوله: «قدم مدعي الصحة». في العقود والايقاعات كلها اصلان

اولى محكوم وثانوي حاكم فان معانيها الاعتبارية معاليل لانشائها فاذا شك في صحتها فاستصحاب عدم تحقق تلك المعاني في وعاء الاعتبار محكم وهو مع مدعي الفساد واصالة صحتها المنتزعة عن شمول العمومات لها فضلاً عن خصوصياتها حاكمة على الاول وهي مع مدعي الصحة فقوله مقدم.

مسئلة ٥٦: إذا ادعى احدهما الفسخ في الاثناء، وانكر الآخر، قدم قول المنكر، وكل من يقدم قوله في المسائل المذكورة لا بد له من اليمين.

قوله: «لابد له من اليمين». يقبل قوله بلايين اذا لم يتهمه خصمه وليس له ان يتهمه، ومع اليمين لو اتهمه بعد امتناع المدعي عن اقامة البينة.

مسئلة ٥٧: إذا ادعى العامل الرد، وانكره المالك، قدم قول المالك.

قوله: «قدم قول المالك». على المشهور لاصالة عدمه واما اماتته فهي مالكية ثابتة فيما حوّل اليه من الأمور لافيا كان بينها كالرد.

مسئلة ٥٨: لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه وادعى المالك انه اشتراه للمضاربة، قدم قول العامل، وكذا لو ادعى انه اشتراه للمضاربة، وادعى المالك انه اشتراه لنفسه، لأنه اعرف بنيته ولأنه أمين فيقبل قوله، والظاهر ان الأمر كذلك، لو علم أنه أدى الثمن من مال المضاربة بأن ادعى أنه

اشتراه في الذمة لنفسه، ثم أدى الثمن من مال المضاربة ولو كان عاصيا في ذلك.

قوله: «لانه اعرف بنيته». يستدل على ذلك اولاً بقاعدة حجية اخبار من لا يعرف المقول الا من قبله كالامام يصلي فريضة او نافلة والمرأة خلية او متزوجة طاهرة او طامثة، وثانياً بقاعدة قبول قول الامين، وثالثاً بقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به اي من كان له سلطنة فعلية ممضاة من الشارع على ايجاد فعل او تصرف في نفس او مال او حق فله الاخبار عنه ويقبل ذلك منه، ورابعاً باصالة عدم وقوع الشراء للمضاربة فلا حق للمالك فيه ولا يعارضها اصالة عدم الشراء لنفسه لعدم اثره بالنسبة الى المورد.

قوله: «ان الامر كذلك». لجريان الدليلين الاخيرين فيه وان لم يجز الثاني لكشف فعله عن الخيانة ويشك في الاول لمكان الفعل المخالف مع كون دليله بُيأً.

مسئلة ٥٩: لو ادعى المالك انه اعطاه المال مضاربة وادعى القابض أنه اعطاه قرضاً يتحالفان، فإن حلفا او نكلا للقابض أكثر الأمرين من أجره المثل والحصة من الربح إلا إذا كانت الأجرة زائدة عن تمام الربح، فليس له اخذها لاعترافه بعدم استحقاق أزيد من الربح.

قوله: «بتحالفان». ان كان ملاك التشخيص مصبّ الدعوى فكل يدعي عقداً مستقلاً ينفيه الاخر فيتساقطان ويرجع في ملكية المال الى القرعة او قاعدة العدل، وان كان هو الغرض رجع النزاع الى ملكية مقدار حصة المالك على فرض القراض فالحق مع المالك لاصالة عدم

انتقال الاصل والحصة التابعة له.

قوله: «اكثر الامرين». فان الاكثر ان كان هو الحصة فالمالك يعترف بكونه له وان كان هو الاجرة فهو حقه بعد بطلان الدعويين وفيه ان كون اجرة المثل عوض العمل ينفيه الطرفان المالك يجعل عوضه حصة من الربح والعامل يجعل نتيجته تمام الربح فالصواب استحقاؤه الصحة مطلقاً.

مسئلة ٦٠: إذا حصل تلف أو خسران، فادعى المالك أنه أقرضه، وادعى العامل أنه ضاربه قدم قول المالك مع اليمين.

قوله: «قدم قول المالك». لو كان الوجه فيه موافقته لقاعدة اليد الشاملة لكل مال تلف عند غير صاحبه فيرده القطع بعدم شمولها للمقام لانه اما قرض صحيح فالقاعدة لا تشمل العقود المعاوضية الصحيحة اذ الضمان فيها معاوضي لا واقعي والدليل على الضمان فيها ادلتها الخاصة والعامه لا القاعدة مع انه لو شك في الشمول ايضاً لما جاز التمسك بها لكون المورد في الشبهات المصدقية للمخصص، واما قراض وهو عقد استيماني خارج عن القاعدة فالقاعدة لا تشمل من العقود الا المعاوضة الفاسدة ولو كان الوجه موافقته لقاعدة الاحترام ففيه انها تدل على حرمة الاتلاف والاستيفاء لا الضمان بعدها ولو كان الوجه موافقته لاصالة الضمان بناء على ان الاصل عند العقلاء في كل مورد تلف مال عند غير مالكة وشك في كونه على نحو الضمان هو الحكم بالضمان فلا بُد فيه، ولو كان الوجه موثق اسحاق^١ فيمن استودع الفأ فضاعت فقال كانت

١. «وسائل الشريعة»، ج ١٣، ب ٧ من الودعة.

عندي وديعة وقال الاخر كانت عندك قراضاً فقال المال لازم له الا ان يقيم
 البينة على انها وديعة فيشمل المقام بالغاء خصوصية المورد فيدل على ان
 انتقال المال من شخص الى آخر مع الشك سبب لضمان القابض، ففيه
 انه على فرض التعدي امضاء للاصل السابق، هذا ولو قيل بتقدم قول
 العامل اما لتساقط القولين بالتحالف او النكول والرجوع الى براءة ذمة
 العامل واما لجعل مصب النزاع اشتغال ذمته وبرائتها واما لان نفي
 القرض له اثر وهو نفي الضمان ونفي القراض لا اثر له وضمانه ليس اثرا
 له فهي دعوى غير ملزمة كان له وجه ايضاً.

مسئلة ٦١: لو ادعى المالك الإبضاع والعامل المضاربة يتحالفان،
 ومع الحلف او النكول منها يتسحق العامل أقل الأمرين من
 الأجرة، والحصة من الربح ولو لم يحصل ربح فادعى المالك
 المضاربة لدفع الأجرة، وادعى العامل الابضاع استحق العامل
 بعد التحالف أجرة المتل لعمله.

قوله: «لو ادعى المالك الابضاع». اما ان يفرض الابضاع عملاً لا
 اجرة فيه ذاتاً او يجعلها، او عملاً له اجرة الثاني مفروض المتن واما
 الاول فان قلنا بالتحالف في المقام فالمرجع بعد التساقط او النكول قاعدة
 الاحترام والاستيفاء، وان قلنا بتقديم قول المالك فيحلف على عدم
 القراض وتسقط حصة العامل ولا يحلف هو اذ لا اثر لعدم البضاعة
 فدعواه غير ملزمة الا ان يريد به اثبات القراض وهو مثبت وان قلنا بان
 ملاك التشخيص الغرض فاصالة عدم استحقاق العامل الحصة، مع
 المالك فيقدم قوله.

قوله: «اقل الامرين». اما ان نقول بالتحالف فتساقط الدعويان

بالحلف او النكول فالمرجع ما سيأتي، واما ان نقول بتقديم قول المالك فيحلف فتنتهي الحصة وحلف العامل على عدم البضاعة لا اثر له لانه مثبت مع انه حلف على اسقاط اجرته، واما ان نجعل الملاك الغرض فحكمه تابع لحال الاجرة فنقول: الاجرة المدعاة او الواقعية للبضاعة اما ان تجانس مع الحصة الموجودة او لا وعلى التقديرين اما ان تتساويا في المالية او تتفاضلا فعلى التجانس والتفاضل يقدم قول مدعي الاقل، وعلى التخالف في الجنس كان المرجع القرعة او التصالح.

قوله: «بعد التحالف». لو كان المالك في التشخيص مصب الدعوى ولو كان هو الغرض فالنزاع في استحقاق العامل اجرة عمله والحق معه لقاعدة الاستيفاء وغيرها.

مسئلة ٦٢: إذا علم مقدار رأس المال ومقدار حصة العامل واختلفا في مقدار الربح الحاصل، فالقول قول العامل، كما انها لو اختلفا في حصوله وعدمه كان القول قوله، ولو علم مقدار المال الموجود فعلاً بيد العامل، واختلفا في مقدار نصيب العامل منه، فإن كان من جهة الإختلاف في الحصة انها نصف او ثلث، فالقول قول المالك قطعاً، وإن كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال، فالقول قوله ايضاً، لأن المفروض ان تمام هذا الموجود من مال المضاربة اصلاً وربحاً، ومقتضى الأصل كونه بتمامه للمالك الا ما علم جعله للعامل، وإصالة عدم دفعاً زيد من مقدار كذا إلى العامل لا تثبت كون البقية ربحاً مع انها معارضة باصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا، فيبقى كون الربح تابعاً للأصل إلا ما خرج.

قوله: « كونه بتمامه للمالك ». بناء على القول بانتقال الربح من المالك الى العامل، واما بناء على القول الاخر فلا اصل مع احدهما في المقدار المتنازع فيه فيرجع الى القرعة او قاعدة العدل لولا قاعدة اليد كما عرفت.

مسائل

الأول: إذا كان عنده مال المضاربة فمات، فإن علم بعينه فلا إشكال، والا فإن علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين، فكذلك ويكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة، ويقدم على الغرماء ان كان الميت مديوناً لوجود عين ماله في التركة وإن علم بعدم وجوده في تركته، ولا في يده ولم يعلم انه تلف بتفريط او بغيره اوردته على المالك، فالظاهر عدم ضمانه، وكون جميع تركته للورثة وإن كان لا يخلو عن إشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية، واما إذا علم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت ولم يعلم انه موجود في تركته الموجودة اولا بأن كان مدفوناً في مكان غير معلوم او عند شخص آخر امانة او نحو ذلك، او علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده بحيث لو كان حياً امكنه الإيصال إلى المالك، او شك في بقاءه في يده وعدمه ايضاً، ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث وعدمه خلاف وإشكال على اختلاف مراتبه، وكلمات العلماء في المقام وامثاله كالرهن والوديعة ونحوهما مختلفة، والاقوى الضمان في صورتين الأوليين لعدم قوله - عليه السلام - : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » حيث ان الاظهر شموله للأمانات ايضاً،

ودعوى خروجها لأن المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة بأن غاية ما يكون خروج بعض الصور منها، كما إذا تلفت بلا تفريط او ادعى تلفها كذلك إذا حلف، واما صورة التفريط والاتلاف ودعوى الرد في غير الوديعة، ودعوى التلف والتكول عن الحلف فهي باقية تحت العموم، ودعوى ان الضمان في صورة التفريط والتعدي من جهة الخروج عن كونها امانة او من جهة الدليل الخارجي كما ترى لاداعي اليها، ويمكن ان يتمسك بعموم ما دل على وجوب رد الأمانة بدعوى ان الرد اعم من رد العين، ورد البدل واختصاصه بالأول ممنوع، الا ترى انه يفهم من قوله — عليه السلام —: «المغصوب مردود» وجوب عوضه عند تلفه، هذا مضافاً إلى 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».

وأما الصورة الثالثة فالضمان فيها ايضا، لا يخلو عن قوة، لأن الأصل بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت واشتغال ذمته بالرد عند المطالبة، وإذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته، ودعوى ان الأصل المذكور معارض بإصالة براءة ذمته من العوض، والمرجع بعد التعارض قاعدة اليد المقتضية للملكية مدفوعة بأن الأصل الأول حاكم على الثاني، هذا مع انه يمكن الخدشة في قاعدة اليد بائها مقتضية للملكية، إذا كانت مختصة وفي المقام كانت مشتركة، والأصل بقاؤها على الإشتراك بل في بعض الصور يمكن ان يقال: ان يده يد المالك من حيث كونه عاملاً له، كما إذا لم يكن له شيء اصلاً، فاخذ رأس المال وسافر للتجارة، ولم يكن في يده سوى مال المضاربة، فإذا مات يكون ما في يده بمنزلة ما في يد المالك، وإن احتمل ان 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 إذا سافر، وعنده من مال المضاربة مقدار، ومن ماله ايضاً مقدار، نعم في بعض الصور لا يعد يده مشتركة ايضاً، فالتمسك باليد بقول مطلق مشكل، ثم ان جميع ما ذكرنا هو اذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور امارات الموت مفرداً، والا فلا اشكال في ضمانه.

قوله: «فان علم بعينه». فروع المسألة ستة هذا اولها ونظيره مالو علم بكونه عنده او عند ثالث بنحو الاشاعة في مالهما او بنحو الكلي في المعين او علم بكونه في ذمته او ذمة ثالث بالاستقراض او بالاتلاف او ثمناً في بيع نسيئه او ثمناً في شراء سلم.

قوله: «ويكون المالك شريكاً». ظاهره الاشاعة في جميع التركة وفيه انه كيف يعقل سريان مال معدّ للتجارة في جميع التركة فنهاية الامر اختلاطه بها واللازم حينئذ تمييز ما يطمئن بكونه للمالك او للعامل والرجوع الى الصلح في الباقي او قسمته قسمة تعديل او رد والاقراع بينهما.

قوله: «فالظاهر عدم ضمانه». لا صالة عدمه لولا حكومة قاعدة اليد عليها كما سيأتي اختيار شمولها للمقام.

قوله: «في صورتين الاولين». قد يقال بالضمنان في الصورة الاولى فقط لحصول العلم الاجمالي للوارث بكون بعض التركة للغير فتسقط يد الميت عن الامارية بالنسبة اليه فلا يملكه الوارث ثم لا يكون له التصرف في التركة الا بعد التخلص من ذلك، وفيه انه بعد كون بعض الاطراف خارجاً عن محل الابتلاء كما هو المفروض لا مانع من جعل يده اماره في محل الابتلاء ليرتب عليه ملك الجميع.

قوله: «حيث ان الاظهر شموله». فيدل بالاطلاق في كلمة اليد والعموم في الموصول على ضمان كل من تسلط على شيء من مال الغير فيشمل المقبوض في موارد الايادي الامينة والعقود الفاسدة والمستام والغصب نعم لا يشمل المقبوض بالعقود الصحيحة حتى معاطاتها لان القابض فيها يتسلط على مال نفسه دون غيره.

قوله: «ودعوى خروجها». اي تخصيصاً فان اطلاق اليد بقريته الفتاوى وظواهر النصوص قد قيدت بغير المستامنة من المالك او الشارع وهذا هو الوجه.

قوله: «خروج بعض الصور». اي تخصيصاً لكن الصورة الاولى بالحكم الواقعي والثانية بالحكم الظاهري.

قوله: «ودعوى ان الضمان». مقتضى ما اختاره خروج الموردين تخصيصاً لصدق العام عليها حقيقة بعد قبض العامل راس المال.

قوله: «ودعوى ان الضمان». يفترق المسلكان في الامانات المفترط فيها مع اتفاقها على الضمان في دخول المورد تحت العام من اول الامر بناء على مختاره ودخوله تحته بعد التفريط بناء على المشهور وهذا هو ما نفاه، ويفترقان ايضا في الامانات التالفة بغير تفريط مع اتفاقها على عدم الضمان بخروج المورد على المشهور تخصيصاً واما على مبناه فالتلف اما سبب لخروجه من حينه او كاشف عنه من الاول وكلاهما بعيدان.

قوله: «بعموم وجوب رد الامانة». وجوب ردها متوجه الى من هي عنده والوارث غير محرز له في الثانية ومحرز لعدمه في الاولى فكيف يتوجه اليه مع انه تكليف لا يستلزم الوضع، واما رد العين او البديل فهو امر بعد

ثبوت الضمان.

قوله: «خبر السكوني». هو اسماعيل بن ابي زياد الشعيري من اصحاب الصادق كان قاضياً في الموصل من قضات العامة لم يتعرض النجاشي والشيخ في حج وست لحاله ونص في صه على كونه عامياً لكن ادعى في العدة اجماع الشيعة على العمل برواياته، وعن المحقق في الغرية انه من الثقة فهو موثق بل الاجماع على اخذ رواياته شاهد على توثيق النوفلي الراوي عنه كثيراً ايضاً كما في المقام.

قوله: «وان مات ولم يذكره». عطف على (ان سماه) وكلمة ان مات ذكرت مقدمة فوضوع الشرطين من يموت وعنده المال فيشمل الخبر ما عدا الشق الثالث والسادس من الشقوق الستة يدخل الشق الاول في قوله ان سماه والثلاثة الاخر تحت قوله ان مات ولم يذكره لكن يخرج الشق الثاني ايضاً بقوله اسوة الغرماء كما ستعرف فتبقى الصورتان وحاصل الخبر حينئذ ان في صورة عدم الذكر سواء علم الوارث بعدمه في التركة ام لم يعلم، المالك اسوة الغرماء.

قوله: «فهو اسوة الغرماء». دائن المفلس والميت اما ان يكون حقه في ذمتها بلا تعلق حق لهما بالمال او معه كمن كان ما باعه عندهما او يكون متعلقاً بما لهما بنحو الاشاعة، او الاختلاط او الكلي في المعين، ففي الصورة الأولى هو اسوة الغرماء ينقص حقه بالنسبة لو نقص المال وفي البواقي يقدم حقه والباقي للغرماء فالحكم في الخبر بكونه اسوة يدل على ضمان الميت، لكنك عرفت عدم الضمان في الصورتين فيحمل الخبر على ما اشار اليه في آخر المسألة من التفريط في ترك الوصية.

قوله: «لان الاصل بقاء يده». بناء على كفاية ذلك في ضمانه،

ولأستصحاب ضمانه على تقدير مطالبه المالك ، ولعموم على اليد بناء على مبناه مع عدم احراز المخصص ، ولعموم وجوب رد الامانات ، لكن في الاول ما عرفت ، من انه لا يترتب على استصحاب بقاء المال ضمان العامل ولا تعلق الحق بالمال . وفي الثاني : اولاً انه تعليقي ، وثانياً ان المعلق بالمطالبة وجوب الرد لا الضمان ، وثالثاً العلم بعدم بقاء متعلق الخطاب ، ورابعاً الشك في بقاء الامانة وفي الثالث اختصاصه بغير اليد الامينة ، وفي الرابع ما عرفت من ان الخطاب يتوجه الى من عنده الامانة فان كان هو الميتم فهو معذور وان كان هو الوارث فهو غير محرز للعنوان .

قوله : « واشتغال ذمته » . معطوف على البقاء فالمراد بالاصل حينئذٍ اما الاستصحاب التعليقي كما عرفت او عموم وجوب الرد والمعنى ان مقتضى عمومات الرد اشتغال ذمته بالرد كما قرره آنفاً .

قوله : « وفي المقام كانت مشتركة » . كونها مشتركة مع خروج راس المال بل وسائر اموال العامل عن محل ابتلاء الوارث في تلك الحال لم يكن مانعاً عندئذٍ من امارية يد العامل بالنسبة الى ما انتقل الى الوارث بالهبة ونحوها فلا يكون مانعاً ايضاً بالنسبة الى التركة المنتقلة اليه بالموت مع احتمال خروجه راس المال عن محل ابتلائه برده الى المالك او دفعه في محل آخر .

قوله : « بمنزلة ما في يد المالك » . فيده اماره للملكية المالك لكن ذلك فيما كان للمالك سابقاً فشك في انتقاله اليه واما الموجود المشكوك في ملكية احدهما فالحكم بكونه لاحدهما مشكول فاللازم الرجوع الى المصالحة .

الثانية: ذكروا من شروط المضاربة التنجيز، وانه لو علقها على امر متوقع بطلت، وكذا لو علقها على امر حاصل اذا لم يعلم بمحصله. نعم لو علق التصرف على امر صرح، وإن كان متوقع الحصول، ولا دليل لهم على ذلك الادعوى الاجماع على ان اثر العقد، لا بد ان يكون حاصلًا من حين صدوره وهو ان يصح انما يتم في التعليق على المتوقع، حيث ان الاثر متأخر، واما التعليق على ما هو حاصل فلا يستلزم التأخير بل في المتوقع ايضاً، اذا اخذ على نحو الكشف بان يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي، لا يكون الأثر متأخراً، نعم لو قام الإجماع على اعتبار العلم بتحقيق الأثر حين العقد ثم في صورة الجهل، لكنه غير معلوم، ثم على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرف، ونفوذه من جهة الاذن لكن يستحق حينئذ اجرة المثل لعمله الا ان يكون الاذن مقيداً بالصحة فلا يجوز التصرف ايضاً.

قوله: «على امر متوقع بطلت». المعلق عليه اما ان يكون امراً معلوم التحقق او محتمله وعلى التقديرين اما ان يكون حالياً او استقبالياً وعلى التقادير اما ان يكون مما يتوقف عليه صحة العقد كشرائط العوضين والمتعاقدين بل وبعض شرائط العقد او لا يكون كذلك، والتعليق اما ان يكون بالتصريح او بالالتزام والتفصيل في باب المبيع غالباً والمصنف ذكر موردين ولعلمها القدر المتيقن من موارد البطلان.

قوله: «ولا دليل لهم على ذلك الادعوى الاجماع». يظهر منهم في وجه ابطال التعليق امور: منها: الاجماع المدعى من عدة. ومنها: انه مناف للجزم اللازم في العقود. ومنها: انه مناف للرضا وهوروح العقود. ومنها: انه مناف لظواهر ادلة العقود فان ظاهرها حصول الاثر بمجرد انشائها. ومنها: عدم انفكاك المنشأ عن الانشاء عقلاً، لكن الجميع مخدوش بان

الاجماع منقول مع ان عدة من المجمعين عللوا الحكم ببعض تلك العلل فلا يكون حجة، والجزم والرضا لا بد ان يتعلقا بما قصد انشاءه ان منجزاً فبمنجز وان معلقاً فبمعلق وهما حاصلان وادلة العقود تقتضي بتبعيةها للقصد منجزاً او معلقة، والاخير سيأتي.

قوله: «ان اثر العقد لا بد ان يكون». لعله اشارة الى الاشكال الساري في تعليق جميع الانشاءات من التكليف والوضع الذي منه عناوين العقود والايقاعات وهو انها مفاهيم تنشأ وتوجد بالفاظها لانها تحكي بها والايجاد مساوق للجزئية والجزئي لا يقبل التقييد والتعليق فانشاء الوجوب والحرمة والملكية والزوجية والعتق على نحو التعليق كذلك.

قوله: «وهوان صح». ظاهره الاشارة الى جواب الاستدلال السابق بانه مسلم اذا انشأ اولاً ثم اريد التقييد، واما اذا انشأ امر مقيد من الاول مدلول عليه بدالين فلا مانع منه فالقراض انشأ معلقاً بالصيغة والشرط كليهما.

قوله: «لا مانع من جواز التصرف». ولعله المتفق عليه عندنا للاذن المفهوم من ذات العقد واما صحته فهو امر آخر قد لا يتوجهان اليه وحرمة الشافعي قياساً له على البيع الفاسد حيث انه لا يجوز التصرف للمتبايعين فيما انتقل اليهما مع وجود الانشاء. وفيه مع ان القياس ليس من مذهبنا انه فاسد في المقام للفرق بين الاذن في التصرف بما انه مال المالك كما في العارية والوكالة والوديعة والاذن في التصرف بما انه مال المأذون كالبيع واجارة العين والقرض فالفساد لا ينافي الاذن في الاول وينافيه في الثاني.

قوله: «ونفوذه». للاذن الذي هو الرضا الباطني المبرز باللفظ
لا لمجرد الرضا فان خروج المعاملات بذلك عن الفضولية محل اشكال.

قوله: «اجرة المثل». مع التفصيل الماضي بين كونها عالمين
بالفساد او جاهلين او مختلفين، والاشكال في بعض الفروض.

الثالثة: قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك، واما العامل
فلا يشترط فيه ذلك لعدم منافاته لحق الغرماء، نعم بعد حصول
الربح منع من التصرف الا بالاذن من الغرماء، بناء على تعلق
الحجر بالمال الجديد.

قوله: «بناء على تعلق الحجر». فيه اولاً انه خلاف قاعدة السلطنة
مع عدم احراز شمول حكم التفليس له، وثانياً ان كونه وقاية لرأس
المال اورث حقاً للمالك متعلقاً بالعين فيقدم على الحق المتعلق بالذمة
كما هو حكم الحجر فتأمل.

الرابعة: تبطل المضاربة بعروض الموت كما مر، او الجنون او الإغماء
كما مر في سائر العقود الجائزة، وظاهرهم عدم الفرق بين كون
الجنون مطبقاً او ادوارياً، وكذا في الاغماء بين قصر مدته وطولها،
فإن كان اجماعاً والا فيمكن ان قال بعدم البطلان في الادواري
والاغماء القصير المدة، فغاية الأمر عدم نفوذ التصرف حال
حصولها، واما بعد الإفاقة فيجوز من دون حاجة الى تجديد العقد،
سواء كانا في المالك او العامل، وكذا تبطل بعروض السنه
لاحدهما، او الحجر للفلس في المالك او العامل ايضاً، إذا كان
بعد حصول الربح الا مع اجازة الغرماء.

قوله: «حال حصولها». تصرف المغمى عليه غير معقول واردة
تصرف احدهما حال اغماء الاخر لا وجه له بعد القول ببقاء المضاربة.

قوله: «اذا كان بعد حصول». يجري فيه ما ذكر من تقدم حق
المالك المنتزع من كون الربح وقاية على حق الغرماء لتعلق هذا بالعين
وذلك بالذمة.

الخامسة: اذا ضارب المالك في مرض الموت صح وملك العامل
الحصة وان كانت ازيد من اجرة المثل على الاقوى من كون
منجزات المريض من الاصل، بل وكذلك على القول بانها من
الثلث، لأنه ليس مفوتاً لشيء على الوارث اذ الربح امر معدوم،
وليس مالا موجوداً للمالك، وإنما حصل بسعي العامل.

قوله: «منجزات المريض من الاصل». عرفوا المنجزات بتعاريف
امتنا انها تمليك او فك او ابراء متعلق بمال او حق فعليين تبرعاً من غير
لزوم سابق، او التزام باحد تلك الامور، فدخل بالفك العتق وبعض
الوقوف، وخرج بقيد الفعلية رفع اليد عن المال او الحق الشائنين،
كعدم قبول الصدقة والهبة والعفو عن القصاص واشترط سقوط خيارى
المجلس والحيوان في العقد، وخرج بقيد التبرع بذل ما كان بعوض
وبقيد عدم اللزوم اخراج الزكاة والخمس، ودخل بقيد الالتزام نذر
التمليك والوقف والابراء وشرطها مثلاً فلا يكونان نافذين.

قوله: «اذ الربح امر معدوم». هو مال تولد مما تعلق به حق الوارث
فهو مثله عند العرف نظير منافع الاعيان اللهم الا ان تنصرف عنه ادلة
الحجر.

السادسة: إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب سواء كان غاصباً او جاهلاً بكونه ليس له فإن تلف في يد العامل او حصل خسران فلما لكة الرجوع على كل منها، فإن رجع على المضارب لم يرجع على العامل، وإن رجع على العامل رجع إذا كان جاهلاً على المضارب، وإن كان جاهلاً ايضاً لأنه مغرور من قبله، وإن حصل ربح كان للمالك إذا اجاز المعاملات الواقعة على ماله، وللعامل أجرة المثل على المضارب مع جهله، والظاهر عدم استحقاقه الأجرة عليه مع عدم حصول الربح، لأنه أقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله، كما انه لا يرجع عليه إذا كان عالماً بأنه ليس له لكونه متبرعاً بعمله حينئذ.

قوله: «فإن تلف في يد العامل». أمهات شقوق المسألة اثنا عشرة فانه اما ان يتلف المال كلاً او بعضاً او تخسر التجارة او تربح وعلى التقادير اما ان يكون عاملاً او جاهلاً او مختلفين، وجهات البحث ثلاث، حكم رجوع المالك اليها ورجوع كل منها الى الاخر واستحقاق العامل اجرة المثل. ثم ان التلف اما ان يتفق عند العامل قبل انتقاله الى غيره بالتجارة او عند غيره بعده.

قوله: «فلما لكة الرجوع». هذا في التلف عند العامل بلا دوران المال في التجارة واما التلف بعد الدوران فيها فان امضاها استحق البدل المسمى وان ردها رجع الى جميع الايادي لا اليها فقط واما في الخسران فالمالك ان امضى المعاملة فقد التزم بالخسران وان ردها رجع الى كل منهم بالجميع فلا مورد للرجوع الى الخسارة مطلقاً.

قوله: «على كل منها». لقاعدة اليد ومقتضاها اخذ جميع الابدال الا انا نقطع ببطلانه فيملك احدها على البدل نظير باب الضمان على

قول العامة في الوضع والواجب الكفائي في التكليف، واطلاق القاعدة يقتضي جواز التقسيط ايضاً.

قوله: «لم يرجع على العامل». ظاهره عدم الفرق بين كونها عالمين او جاهلين او باختلاف، فيرد عليه عدم الوجه له في صورة علم العامل كان المضارب عالماً او جاهلاً بناء على كون قرار الضمان على من تلف المال عنده.

قوله: «اذا كان جاهلاً». لافي صورة علمه لاسيما اذا جهل المضارب لما مر من حكم قرار الضمان.

قوله: «لانه مغرور من قبله». صدق الغرور في فرض جهلها مشكل ومع الشك كان التمسك به في شبهته المصدقيه فيستقر الضمان على من تلف المال عنده.

قوله: «على المضارب مع جهله». لقاعدة ما يضمن وقاعدة الاحترام وقاعدة الاستيفاء وقاعدة اليد بناء على شمولها للاعمال وكون الأخذ استيلاء وقاعدة الضرر على اشكال في بعضها قد مر.

قوله: «لكونه متبرعاً». التبرع هو العمل بلا قصد العوض والعامل في القراض على مال الغير عالماً كبائع متاعه به والموجر نفسه له لا يقصد الآ العوض غير مبال بحكم الشارع فلا تبرع خارجاً، اذاً فالقواعد السابقة محكمة في المقام.

السابعة: يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم، فيجب على المشروط عليه ايقاع عقدها مع الشارط، ولكن لكل منها فسخه بعده، والظاهر انه يجوز اشتراط عمل المضاربة على العامل بان

يشترط عليه ان يتجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا، على ان يكون الربح بينها نظير شرط كونه وكيلا في كذا في عقد لازم، وحينئذ لا يجوز للمشروط عليه فسخها كما في الوكالة.

قوله: «يجوز اشتراط المضاربة». اشتراطها يتصور على أنحاء:

الاول: اشتراط ايقاع مجرد عقدها.

الثاني: اشتراط ايقاع عقدها بقصد تحقق عنوانها.

الثالث: اشتراط ذلك مع العمل على وفقه في الجلة.

الرابع: اشتراط ايجاد عنوانها بعد العقد من غير نظر الى ما يتسبب

اليه من عقد او معاطاة.

الخامس: اشتراط تحقق عنوانها بنفس الشرط كما قد ينشأ

بالصيغة.

السادس: اشتراط عمل خارجي يشبه عملها.

ثم ان قوله يجوز شرط المضاربة ان اريد به عقدها كان المراد به هو النحو الثاني لا الاول لعدم معنى للفسخ فيه ولا الثالث لعدم جواز الفسخ فيه بعده وان اريد به عنوانها كان المراد به النحو الرابع.

قوله: «فيجب على المشروط عليه». وجوباً شرعياً اصلياً مستفاداً

من عموم ادلة الشروط ان كان المراد بالمضاربة عقدها ووجوباً عقلياً مقدمياً ان كان المراد بها عنوانها فان وجوب المسبب بالشرط يستلزم عقلاً وجوب سببه.

قوله: «اشتراط عمل المضاربة». لعل المراد بعملها نفسها وعنوانها

المتحقق خارجاً بالعمل وحينئذ فان اريد تحققها بالشرط انطبق على النحو الخامس وان لم يرد ذلك انطبق على الرابع ويفترق الكلام حينئذ

عن الشق السابق لو اريد منه الرابع ايضا بتعيين الوقت في هذا الشق، ولكن ظاهر العبارة هو النحو السادس وعليه فان اريد بالشرط العمل على نحو الاستيجار بالربح اشكل صحة الاشتراط لجهالة اجرة العمل وان اريد الانحلال الى شرطين الاتجار من العامل والربح من المالك كان احد الشرطين مجهولاً.

قوله: «لا يجوز للمشروط عليه فسخها». لعموم وجوب الوفاء بالشرط وحينئذ فان كان المشروط المضاربة كان وجوها بالعنوان الثانوي.

الثامنة: يجوز ايقاع المضاربة بعنوان الجمالة كأن يقول: «إذا اتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه» فيكون جمالة تفيد فائدة المضاربة، ولا يلزم ان يكون جامعا لشرط المضاربة، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين او ديناً او مجهولاً جهالة لا توجب الغرر، وكذا في المضاربة المشروطة في ضمن عقد بنحو شرط النتيجة فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين.

قوله: «فيكون جمالة تفيد فائدة». ويفترق عن المضاربة جوهرياً بانها ايقاع لانها الزام بعوض معلوم على عمل مجهول فليس فيها تصرف في سلطان احد على نفسه او ماله ليحتاج الى القبول، وان المضاربة عقد فانها التزام بتحويل مال وطلب اتجار او انها شركة بين المال والعمل فتحتاج الى القبول وعرضياً بما سيأتي.

قوله: «ولا يلزم ان يكون جامعاً». هما يتحدان في الاستيمان ويترتب عليه عدم الضمان عند التلف والخسران وفي جهالة الاجرة تحقّقاً وقدرّاً اذا قلنا بعدم قدحها في الجمالة ويفترقان فيما ذكره في المتن.

قوله: «جهالة لا توجب الغرر». بل ولو اوجبه ما لم تستلزم سفاهة

لعدم الدليل على ذلك في غير البيع ولو استلزمت سفاهة او غرراً على القول بقده كانت جعالة فاسده واستحق العامل اجرة المثل.

قوله: «وكذا في المضاربة المشروطة». ايجاب عنوان خاص من عقد او ايقاع او عمل عبادي او غيره بشرط ونذر وغيرهما لا يسوغ تغير اركانها او شروطه المغيرة لعنوانه بالتصريح بذلك فضلاً عن الاطلاق ولو اقدما على ذلك كان شيئاً آخر.

التاسعة: يجوز للأب والجد الاتجار بمال المولى عليه، بنحو المضاربة بايقاع عقدها، بل مع عدمه ايضاً بأن يكون بمجرد الإذن منها، وكذا يجوز لها المضاربة بماله مع الغير على ان يكون الربح مشتركاً بينه وبين العامل، وكذا يجوز ذلك للوصي في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والأمن من هلاك المال.

قوله: «بايقاع عقدها». اي اذا فرض كل منها نفسه متعددأ تنزيلاً فيزاحم احدهما بانثائه سلطان الاخر، والآ فان فبأنثائها ايقاعاً او بمجرد قصدها في معاطاتها ولعله المراد بالاذن في العبارة وظاهره كفاية عدم المفسدة في تصرفهما دون الوصي.

العاشرة: يجوز للأب والجد الإيصاء بالمضاربة بمال المولى عليه بايقاع الوصي عقدها لنفسه، أو لغيره مع تعيين الحصة من الربح او إيكاله اليه، وكذا يجوز لها الإيصاء بالمضاربة في حصة القصور من تركتها بأحد الوجهين، كما انه يجوز ذلك لكل منها بالنسبة إلى الثلث المعزول لنفسه، بان يتجر الوصي به او ينفه إلى غيره مضاربة ويصرف حصة الميت في المصارف المعينة للثلث، بل وكذا يجوز الايصاء منها بالنسبة إلى حصة الكبار ايضاً، ولا يضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل ما لهم إلى مدة، لأنه منجر بكون الاختيار

لهم في فسخ المضاربة واجازتها كما ان الحال كذلك بالنسبة إلى ما بعد البلوغ في القصر، فإن له ان يفسخ او يجيز، وكذا يجوز لها الايضاء بالاتجار بمال القصر على نحو المضاربة، بأن يكون هو الموصي به لا ايقاع عقد المضاربة، لكن إلى زمان البلوغ او اقل، واما إذا جعل المدة أزيد فيحتاج إلى الإجازة بالنسبة إلى الزائد، ودعوى عدم صحة هذا النحو من الايضاء، لأن الصغير لا مال له حينه، وإنما ينتقل اليه بعد الموت ولا دليل على صحة الوصية العقدية في غير التملك، فلا يصح ان يكون ايجاب المضاربة على نحو ايجاب التملك بعد الموت، مدفوعة بالمنع مع أنه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل في قضية ابن أبي ليلى، وموثق محمد بن مسلم المذكورين في باب الوصية، واما بالنسبة إلى الكبار من الورثة فلا يجوز بهذا النحو لوجوب العمل بالوصية، وهو الاتجار فيكون ضرراً عليهم من حيث تعطيل حقهم من الإرث، وان كان لهم حصتهم من الربح خصوصاً إذا جعل حصتهم أقل من المتعارف.

الحادية عشرة: إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير، فالظاهر عدم ضمانه، وكذا اذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر.

قوله: «الايضاء بالمضاربة بمال». اما ان يوصي باجراء عقدها بنحو الوصية العهدية او يوصيها بانشاء عقدها بنحو التملكية وعلى التقديرين اما ان يتعلق بمال الصغير الموجود حينها او بما سيملكه من تركته او بثلث ماله او بما ينتقل الى الكبير من تركته، وفي المتعلقة بمال الصغير اما ان يجعل مدة القراض الى زمان بلوغه او اقل او يجعلها اكثر منه فالصور عشر ولو عدت ايقاع الوصي عقدها لنفسه او لغيره قسمين زدت على الصور.

قوله: «ولا يضر كونه ضرراً». التعليل بعدم الضرر يرجع الى التعليل بعدم ما نعية قاعدته ومقتضاه تمامية المقتضى للزوم العمل وهو شمول ادلة الولاية للمورد، المحقق لموضوع صحة الوصاية، وفيه مع انه لم يتعرض لكون المأمور بالاجراء هو الوصي او الحاكم او نفس الوارث والكل مخدوش، عدم ولاية الشخص لحصة الكبار من تركته فلا تشمله ادلة الوصاية ايضا لرجوعها الى التصرف في المال، وهذا يجري في مال الصغير بعد بلوغه ايضاً.

قوله: «بان يكون هو الموصى به». كان يقول فليأخذ فلان ماله بعدي وليتجر به قاصداً به ايجاب المضاربة.

قوله: «ودعوى عدم صحته». ترجع هذه الدعوى الى دعاوى، اشتراط وجود رأس المال حين العقد، وابطال التعليق، ولزوم اتصال القبول بالايجاب في العقود، والخارج عن هذين هو ايصاء التملك لما بعد الموت دون المضاربة.

قوله: «انه الظاهر من خبر». جهالة خالد في سنده يجبرها وقوع محمد بن ابي عمير قبله والثاني موثق لان مثنى بن الوليد الواقع فيه لا بأس به، وقول الموصى في الأول قبض مال الصغير واعمل به وخذ نصف الربح، واذنه للموصى في الثاني في العمل بالمال وتقسيم الربح، ظاهراً في انشاء المضاربة لما بعد موته كالتملك لما بعده.

قوله: «فيكون ضرراً عليهم». قد مرَّ ان مقتضى تعليل عدم الشيء بوجود مانعه تحقق مقتضيه، وهو هنا غير مُسلم مع انه قد لا يعد ضرراً بل قد يُعد نفعاً، ولو فرض وجود المخدور في مجرد منع الشخص عن ماله فهو الحرج دون الضرر.

الثانية عشرة: اذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضارباً واحداً، ثم فسح احد الشريكين، هل تبقى بالنسبة إلى حصة الآخر، او تفسخ من الاصل وجهان، اقرهما: الانفساخ، نعم لو كان مال كل منها متميزاً او كان العقد واحداً، لا يبعد بقاء العقد بالنسبة إلى الآخر.

قوله: «فضارباً واحداً». ظاهره عدم الفرق بين وقوعها بايجابين او بايجاب واحد بوكالة احدهما عن الاخر او ثالث عنها مع قبول واحد او بعقدين فان منشأ التردد اشاعة المال.

قوله: «اقرهما الانفساخ». لا وجه له ظاهر، سيما في الفرض الاول والاخير سواء اكان حقيقة القراض اذناً او توكيلاً او غيرها ويؤيده ثبوت التبعض في الوضع كما في البيع والاجارة وفي التكليف كما في الاقل والاكثر المرتبطين فهذا الفرع بفروضة كلاحقه.

الثالثة عشرة: إذا اخذ العامل مال المضاربة، وترك التجارة به الى سنة مثلاً، فإن تلف ضمن، ولا يستحق المالك عليه غير اصل المال، وان كان آثماً في تعطيل مال الغير.

قوله: «فان تلف ضمن». لانقلاب يده الى العدوان بعد الامانة ولا فرق في التالف بين نفس المال قبل الشروع في التجارة وبين ابداله بعده.

ثم ان الكلام في المقام وامثاله اما ان يقع في تلف العين او تعيها او فوات زيادتها المتصلة او المنفصلة او فوات منافعتها بالاستيفاء او فواتها بغيره او في تنزل سوقها، والقواعد الحاكمة بالضمان فيها في الجملة، اما قاعدة اليد او الاحترام او الاتلاف او الاستيفاء او الضرر، والاضطرار شمول القاعدة الاولى للاقسام الاربعة الأولى في صورة التلف

وشمول الاتلاف لها ايضا في فرض الاتلاف، وشمول قاعدة الاتلاف والاستيفاء للخامس، بل الظاهر شمول الموصول في قوله على اليد له وللقسم السادس، واما السابع ففي شمول شيء من القواعد له خفاء بل الاصحاب تسالموا على عدم الضمان في الغصب فضلاً عن غيره، واما قاعدة الاحترام فقد عرفت انها تدل على تحريم الاتلاف والاستيفاء لا على الضمان بعدهما، واما نفي الضرر فهو ناظر الى نفي الاحكام الضررية بالذات او بالعرض لا اثبات ضدها فلا يجري في المقام.

الرابعة عشرة: إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً، فكل ربح حصل يكون بينها، وان حصل خسران بعده او قبله، واشترط ان لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق او بالعكس، فالظاهر الصحة، وربما يستشكل بانه خلاف وضع المضاربة وهو كما ترى.

قوله: «فالظاهر الصحة». هذا الشرط يرجع الى عدم كون الربح وقاية وعليه فاذا جرت معاملات رابحة وخاسرة على راس المال ثم بق مقدار اصله وكانت بحيث اذا جمعت الارباح صارت ضعف راس المال، فان لم يلاحظ الجبر استحق العامل جميع راس المال وان اتفق التلف حينئذ استحق مقداره على المالك وهذا لا يكون مضاربة فيكشف عن كون الوقائية داخلة في حقيقة المضاربة فيشكل هذا الشرط.

قوله: «الربح اللاحق جابراً». مرجع هذا الى اشتراط استقرار ملكية العامل للربح وعدم خروجه عنه بالخسران ومرجع اشتراط عكسه الى انتقال حصة من الربح من المالك او من بايع المال مثلاً الى العامل.

الخامسة عشرة: لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلاً او نسياناً او اشتباهاً كما لو قال: لا تشتري الجنس الفلاني او من الشخص الفلاني مثلاً؛ فاشتراه جهلاً فالشراء فضوي موقوف على اجازة المالك، وكذا لو عمل بما ينصرف اطلاقه الى غيره فانه بمنزلة النهي عنه، ولعل منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعتق على المالك مع جهله بكونه كذلك، وكذا الحال اذا كان مخطئاً في طريقة التجارة بان اشترى مالا مصلحة في شرائه عند ارباب المعاملة في ذلك الوقت، بحيث لو عرض على التجار حكوا بخطئه.

قوله: «فالشراء فضوي». قد نطقت صحاح النصوص بان تخلف العامل عن الشروط عمداً يوجب ضمانه التلف والخسران ويستحق حصته في فرض الربح وهو ظاهر في بقاء المضاربة على التقديرين الملازم لصحة الشراء فكيف يحكم بفضوليته مع الجهل والاشتباه او خطأ الطريقة^١ فالصحة غير بعيدة.

السادسة عشرة: إذ تعدد العامل كان ضارب اثنين بمئة مثلاً بنصف الربح بينهما متساوياً او متفاضلاً فاما ان يميز حصة كل منهما من رأس المال كأن يقول على ان يكون لكل منه نصفه، واما لا يميز فعلى الأول الظاهر عدم اشتراكهما في الربح والخسران والجبر، الا مع الشرط لأنه بمنزلة تعدد العقد، وعلى الثاني يشتر كان فيها، وان اقتسما بينها فاخذ كل منهما مقدارا منه الا ان يشترط عدم الاشتراك فيها، فلو عمل احدهما وربح وعمل الآخر ولم يربح، او خسرتا في ذلك الربح ويجبر به خسران الآخر، بل لو عمل

١. «وسائل الشريعة» كتاب المضاربة، ب ١.

احدهما وربح، ولم يشرع الآخر بعد في العمل، فانفسخت المضاربة، يكون الآخر شريكاً وان لم يصدر منه عمل، لأنه مقتضى الاشتراك في المعاملة ولا يعد هذا من شركة الأعمال، كما قد يقال فهو نظير ما إذا اجرا نفسها لعمل بالشركة، فهو داخل في عنوان المضاربة لا الشركة، كما ان النظر داخل في عنوان الاجارة.

قوله: «فاما ان يميز حصته». ظاهره تعدد القراض بذلك وحينئذٍ فهل المالك في وحدة العقد وتعدده وحدة المالك او العامل او المال او العمل وتعددها او هما منوطان بالقصد لا يبعد الثاني.

قوله: «الامع الشرط». هذا شرط للمالك ومفاده عدم خروج حصة العامل من المالك اليه، او عدم دخولها ابتداء في ملكه بناء على القولين في تكون الربح.

قوله: «الا ان يشترط». هذا شرط للعامل ومفاده انتقال حصته من المالك اليه او دخولها في ملكه من الاول، والشيطان لا باس بهما لاسيما على نحو شرط الفعل.

قوله: «ولا يعدّ هذا من شركة». لان ذلك لا يتحقق الا فيما لم يرتبط العملان بعقد مضمي من الشرع لكن في المقام كما في الاجيرين على عمل واحد باجرة واحدة يستحق كل حصة من الربح لحصة من عمله لانه يستحق شيئاً من حصة الاخر واجره، وقد ذكره في المسألة (٣) من الشركة.

السابعة عشرة: اذا اذن المالك للعامل في البيع والشراء نسيئة فاشترى نسيئة وباع كذلك، فهلك المال فالدين في ذمة المالك، وللديان

إذا علم بالحال أو تبين له بعد ذلك الرجوع على كل منها، فإن رجع على العامل وأخذ منه رجع هو على المالك، ودعوى أنه مع العلم من الأول ليس له الرجوع على العامل لعلمه بعدم اشتغال ذمته مدفوعة بأن مقتضى المعاملة ذلك خصوصاً في المضاربة، ولا سيما إذا علم أنه عامل يشتري للغير، ولكن لم يعرف ذلك الغير، أنه من هو ومن أي بلد، ولو لم يتبين للديان أن الشراء للغير يتعين له الرجوع على العامل في الظاهر، ويرجع هو على المالك.

قوله: «فالدین في ذمة المالك». لأنه قصد الشراء على ذمته أو ذمة نفسه بما أنه عامل، والحكم في المقام كالتوكيل في الشراء نسيئة هو تعين رجوعه إلى المالك أو تخييره بينه وبين الرجوع إلى العامل لكون ذلك من شؤون الولاية على تصدي العقد (ما لم يكن مجرد إجراء صيغته) لا سيما في المضاربة فيترتب عليه آثاره من المطالبة بالقبض والاقباض والرد بالخيار وغير ذلك.

الثامنة عشرة: يكره المضاربة مع الذمي خصوصاً إذا كان هو العامل لقوله - عليه السلام -: «لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ولا يضعه بضاعة ولا يودعه وديعة ولا يصفاه المودة» وقوله - عليه السلام -: «ان امير المؤمنين - عليه السلام - كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي الا أن يكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم» ويمكن ان يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

قوله: «مع الذمي». بل مطلق الكافر للخبر الثاني وللأولية مع ثبوت جوازها ولو من عموم صحة العقود وإطلاقها، والملاك فيها عدم اجتنابهم عن الاكتساب المحرم كما يظهر من كون المكروه ابضاع المسلم دون الكافر ومن استثناء التجارة التي لا يغيب عنها المسلم والنهي عن

مصافاة الموده امر آخر لعله محرم واية نبي السبيل لوشملت المقام لدلت على الحرمة ولكان المنوع ابضاع الكافر المسلم.

التاسعة عشرة: الظاهر صحة المضاربة على مئة دينار مثلاً كلياً فلا يشترط كون مال المضاربة عيناً شخصية، فيجوز ايقاعها العقد على كلي، ثم تعيينه في فرد، والقول بالمنع لأن القدر المتيقن العين الخارجي من النقدين ضعيف، وأضعف منه احتمال المنع حتى في الكلي في المعين، اذ يكفي في الصحة العمومات.

قوله: «مئة دينار مثلاً كلياً». راس المال اما ان يكون نقداً او عرضاً وعلى التقديرين اما ان يكون شخصياً او كلياً ذمياً او كلياً في المعين فالاقسام ستة وحيث مر منه بطلان كونه عرضاً تعرّض لاقسام النقد.

قوله: «فيجوز ايقاعها العقد». لصدق القراض عليه عرفاً فتشمله العمومات والخصوصات وهذا نظير هبته الكلي ووقفه وجعله ثمناً في السلم ونحوها ثم اقباض المصدق.

قوله: «ضعيف». اذ لا شبهة في مصداقيتها للمضاربة حتى لا يتمسك بدليلها ولا اجمال في دليلها حتى يؤخذ بالمتيقن والشبهة وجوابها تجريان في الكلي في المعين.

تمم العشرين: لو ضاربه على الف مثلاً فدفع اليه نصفه فعامل به، ثم دفع اليه النصف الآخر فالظاهر جبران خسارة احدهما بريح الآخر، لأنه مضاربة واحدة وأما لو ضاربه على خمسمئة فدفعها اليه وعامل بها، وفي اثناء التجارة زاده، ودفع خمسمائة اخرى

فالظاهر عدم جبر خسارة احدهما بربح الأخرى، لأنها في قوة مضاربتين، نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة.

قوله: «يكونان واحدة». ظاهره الوحدة الحقيقية وترتب حكم الجبر ونحوه عليهما. وفيه ان الظاهر بقائهما على التعدد حتى مع المزج وتظهر الثمرة في انكشاف بطلان احديها وفسخها وعدم جبر خسران احديهما بربح الأخرى وان لم يظهر ذلك من جهة الامتزاج فان ربح كل منهما جابر لخسرانه توافقت النسبة او تخالفتا.

تمت الحواشى بحمد الله وله المنّ علينا والشكر والحمد لله اولا وآخراً
وظاهراً وباطناً.

في ٨/ج ١/١٤٠٦ القمرية و ٢٩/١٠/٦٤ الشمسية



حواشي

فصل الشركة

من

«العروة الوثقى»

— (فصل في أحكام الشركة) —

وهي عبارة عن، كون شيء واحد لاثنين أو أزيد ملكا أو حقاً،
وهي:

أما واقعية قهرية، كما في المال أو الحق الموروث؛
وأما واقعية اختيارية من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيى
شخصان أرضاً مواتاً بالإشتراك، أو حفراً بئراً، أو اغترافاً أو
اقتلماً شجراً.

قوله: «فصل في أحكام الشركة». من هذا المقام إلى مسألة
الخامسة أشار إلى مطالب: حقيقة الشركة وتقسيمها، تقسيمات أسبابها،
أقسام الشركة العقدية الباطلة، حقيقة الشركة العقدية الصحيحة
وشرائطها وأدلتها.

قوله: «كون شيء واحد لاثنين أو أزيد اه». عرفت بتعاريف هذا
اجودها، والمراد بالواحد هو الواحد الشخصي فخرج المتعدد شخصاً

الواحد صنفاً او نوعاً او جنساً فلو ملك زيد غنماً وعمرو غنماً اخرى من صنفها او نوعها او ملك فرساً لا يعدان شريكين، ثم ان الواحد يعم العين الخارجية والكي الذمي والكي في المعين والمنفعة والعمل والحق، قيل وينتقض التعريف بالواحد الاعتباري كبيت ملك ارضه زيد وحيطانه عمرو وسقفه خالد فانه واحد ولا يطلق عليه الشركة، وقوله ملكاً او حقاً تميزان للاختصاص المفهوم من اللام ليشمل كلا القسمين، هذا والاولى تبديل قوله لاثنين او اكثر بكلمة متعدد واسقاط قوله ملكاً او حقاً لدلالة اللام عليه والقول بصدق الشركة في الواحد الاعتباري، اذاً فافسد التعاريف واخصرها حينئذ انها كون شيء واحد لمتعدد، وتعاريف القوم كلها مخدوشة.

قوله: «اما واقعية قهرية». هذا التقسيم فيما عدا الواقعية والظاهرية ليس للشركة بل لاسبابها وكان الاولى تقسيم نفسها بتقسيم الى واقعية وظاهرية، وبتقسيم آخر الى اشاعية وكي ومعين واستقلالية بدلية، وتقسيم اسبابها الى عقد وغير عقد والثاني الى امر غير المزج والى المزج، وغير المزج الى امر قهري واختياري، وتقسيم العقد الى عقد التشريك وعقد الشركة الاصطلاحية وعقد غيرها والامثلة في المتن.

واما ظاهرة قهرية كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما، ولو بفعل اجني بحيث لا يتميز احدها من الاخر، سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطة بحنطة او جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير، او دهن اللوز بدهن الجوز، او الخل بالدبس.

قوله: «اذا امتزج مالهما». الامتزاج احد اسباب الشركة مع عدم التميز، وهل يشترط معه اتحاد جنس المالكين ووصفها كمنين من حنطة

حمراء، فاختلاط الحنطة والارز، او الحمراء منها والبيضاء لا يوجب الشركة او لا يشترط فتثبت في امتزاج جميع المثليات من الادهان والدقاق واللاثمان وجهان؛ اقرها الثاني.

ثم ان في حكم الامتزاج المذكور وجوهاً: اولها عدم تحقق الشركة به موضوعاً ولا حكماً فالامتزج كالتوين المشتهين يرجع فيه الى الصلح ونحوه، وثانيها: حصول الشركة الحكيمة الاشاعية بمعنى ترتب حكمها عليه تعبداً كجواز مطالبة القسمة وعدم جواز تصرف كل الايدي الاخر، ثالثها: حصول الشركة الظاهرية وتوهم اجتماع المثلين او الضدين وحينئذ فان ملك كل منها لما له الواقعي يماثل ملكه له ظاهراً بالامتزاج ويضاد ملك صاحبه له كذلك فاسد بما قرر في محله من جواز الجمع بينها مع اختلاف الرتبة، ورابعها: زوال الملكية الواقعية الاختصاصية وحدوث ملكية واقعية اشاعية، وخامسها: التفصيل بين المزج القهري او الاختياري مع عدم قصد الشركة فالشركة الظاهرية الاشاعية وبين المزج بقصد الشركة فالحقيقة الاشاعية ووجه الوجوه رابعها بشهادة العرف وكلمات بعض الاصحاب وهذا كله فيما اذا لم يقارن عقد الشركة والا ففيه تفصيل يأتي في المسألة الرابعة.

واما ظاهرة اختيارية كما اذا مزجا باختيارهما، لا بقصد الشركة، فإن مال كل منها في الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منها بماله.

واما الاختلاط مع التميز فلا يوجب الشركة، ولو ظاهراً اذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهري او القرعة.

قوله: «فلا يوجب الشركة». سواء صدق المزج مع تعسر التخليص

كامتزاج الحنطة بالارز او مع عدمه كامتزاج الدراهم بالدنانير او كان

من قبيل الخلط كاشتباه القيميات مع التجانس وبدونه فاذا كان الحكم في الخلط الصلح في المزج ايضاً كذلك للتمييز.

واما واقعية مستندة الى عقد غير عقد الشركة كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء او الصلح او الهبة او نحوها واما واقعية منشأة بتشريك احدهما الآخر في ماله، كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص ان يشركه فيه، ويسمى عندهم بالتشريك، وهو صحيح جملة من الاخيار، واما واقعية منشأة بتشريك كل منهما الآخر في ماله، ويسمى هذا بالشركة العقدية ومعدود من العقود، ثم ان الشركة قد تكون في عين، وقد تكون في منفعة، وقد تكون في حق، وبحسب الكيفية اما بنحو الاشاعة، واما بنحو الكلي في المعين، وقد تكون على وجه يكون كل من الشريكين او الشركاء مستقلاً في التصرف، كما في شركة الفقراء في الزكاة، والسادة في الخمس، والموقوف عليهم في الاوقاف العامة ونحوها.

قوله: «ويسمى هذا بالشركة العقدية». في المسألة اقوال احدها عدم وجود عقد هناك مسمى بالشركة العقدية بل الشركة من الاحكام كالظاهرة والنجاسة ولها اسباب قهرية واختيارية فيتصف بالوجود والعدم وتسمى بالشركة اللغوية. ثانيها انها عقد مركب من ايجاب وقبول مشروط بشروط العقود العامة وبامتزاج متعلقه والمنشائية هو اباحة تصرف الطرفين والتجارهما بالمال فيتصف بالصحة والفساد والجواز واللزوم والفسخ والانفساخ ونحوها ثالثها انها عقد كذلك ينشأه الشركة اللغوية بالمعنى الاول فهو سبب لها ايضاً كسائر اسبابها وعليه فان الاذن في التصرف امر آخري نشأ بعد العقد او يأخذ في العقد لفظاً او قلباً. ورابعها انها عقد ينشأ به التعهد والالتزام بآثار الشركة الواقعية المباشرة

لا تثار المضاربة والاجارة والوكالة، واقرب الوجوه هو الثالث وهو مختار المتن وسيأتي التفصيل.

قوله: «بتشريك احدهما». يظهر من صحيحي هشام والحلي صحة تشريك الانسان غيره في راس ماله او مطلقاً بلفظ شركتك، او انقد عني ثمنه والربح بيننا او نحو ذلك^١ ولعل هذا قسم من الشركة العقدية.

قوله: «وقد تكون في حق». كتوارث المتعدد حقاً واحداً لقصاص او قذف او شفعة او خيار ولو قلنا بتعدد الحق بالارث خرج المورد عن الشركة في الحق ودخل في الشركة في متعلقه عيناً او عقداً.

قوله: «قد تكون في العين». العين تعم الموجود في الخارج والكلي الذمى والكلي في المعين والمنفعة تعم عمل الانسان فتعلق الشركة ستة.

قوله: «وحسب الكيفية». لا تجري الشركة بكيفياتها الثلاث في جميع اقسام المتعلق بل تجري في العين الخارجية وفي المنفعة بقسميها ولا يجري غير الثاني في الكلي الذمى والكلي في المعين اذ لا كلي في الكلي وفي جريانها في الحق حتى على نحو الاشاعة اشكال لبساطة الحق، ويمكن القول بالتجزئة اعتباراً وترتيب آثار الوحدة عملاً فلا يؤثر في اثباته او اسقاطه الا توافق شركائه.

قوله: «كما في شركة الفقراء». بل شركة الاصناف لا افراد الصنف فان المالك هو الجامع لها واما الخمس فالجميع لمقام الولاية وان ابيت فالمالك على البدل اصناف قبيله لا افرادهم وقد مر الكلام.

١. «وسائل الشيعه» ج ١٣، ابواب الشركة، ب ١.

مسئلة ١: لا تصح الشركة العقدية الا في الأموال بل الاعيان، فلا تصح في الديون، فلو كان لكل منها دين على شخص فاقعا العقد على كون كل منها بينهما لم يصح، وكذا لا تصح في المنافع، بأن كان لكل منها دار مثلا، وواقعا العقد على ان يكون منفعة كل منها بينهما بالنصف مثلا، ولو اراد ذلك صالح احدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الاخر، او صالح نصف منفعة داره بدينار مثلا، وصالحه الاخر نصف منفعة داره بذلك الدينار، وكذا لا تصح شركة الاعمال وتسمى شركة الابدان ايضا، وهي ان يوقعا العقد على ان يكون اجرة عمل كل منها مشتركا بينهما سواء اتفق عملها كالحياطة مثلا، او كان على احدهما الحياطة والآخر النساجة، وسواء كان ذلك في عمل معين او في كل ما يعمل كل منها، ولو اراد الاشتراك في ذلك صالح احدهما الآخر نصف منفعته المعينة او منافعه إلى مدة كذا بنصف منفعة، او منافع الآخر او صالحه نصف منفعته بعوض معين، وصالحه الآخر ايضا نصف منفعته بذلك العوض، ولا تصح ايضا شركة الوجوه، وهي ان يشترك اثنان وجهان لآمالهما بعقد الشركة على ان يبتاع كل منها في ذمته إلى أجل، ويكون ما يبتاعه بينهما فيبيعانه ويؤديان الثمن ويكون ما حصل من الربح بينهما، وإذا أراد ذلك على الوجه الصحيح وكّل كل منها الآخر في الشراء فاشترى لهما، وفي ذمتهما. وشركة المفاوضة ايضا باطلة وهي ان يشترك اثنان او ازيد على ان يكون كل ما يحصل لاحدهما من ربح تجارة او زراعة او كسب آخر او إرث او وصية او نحو ذلك مشتركا بينهما، وكذا كل غرامة ترد على احدهما تكون عليهما، فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الأعيان المملوكة فعلا، وتسمى بشركة العنان.

قوله: «لاتصح الشركة العقدية». الاقسام السبعة من مصاديق الشركة العقدية ومع اضافة عقد التشريك اليها كان الصحيح قسمان والفاسد ستة، واراد بالاعيان الخارجية فخرجت الاقسام الفاسدة اذ ليس شئ منها شركة في المملوك الخارجي ثم ان الصيغة في الجميع اشتركتنا او تشاركنا او تعاقدنا او تفاوضنا في شركة المفاوضة او نحو ذلك.

قوله: «بينهما لم يصح». لعدم امكان الامتزاج ومايليه وهو شرط في هذه الشركة.

قوله: «نصف منفعة داره». فالصلح بين المنفعتين المقدرتين ويمكن بيع احدهما بالاخرى بناء على عدم اشتراط كون المعوض عيناً وصلح كل منفعة بدينار كلي فيتهاتران بعد التصالح وصلح احدى المنفعتين بدينار كلي والاخرى به ايضاً فيسقط عن ذمة الثاني بملكه كما في شراء ما في الذمة وصلح احدهما بدينار خارجي والاخرى به بعده وهكذا والصور آتية في الديون بل والاعمال.

قوله: «ولا تصح شركة الاعمال». بان يعقدا على اشراك كل في نفس عمل الاخر ليتملك نتيجة او على اشتراكه في اجرته مثلاً بان تنتقل حصته منها من الشريك الى الشريك او من المستاجر اليه واما وجه البطلان فلانهم اجمعوا هنا على نقل الاجماع عليه وهذا هو العمدة، واما الغرر والضرر والاصل فلا دليل على الاول باطلاقة والضرر قد اقدموا عليه والاصل محكوم بعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط وباية التجارة الشاملة للمورد.

قوله: «شركة الوجوه». فسرت باربعة معان ثانيها ان يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل ليشاركه في الربح، وثالثها ان يشترك

وجيه فقير وخامل غني ليكون العمل من الاول والمال في يد الثاني والربح بينهما، ورابعها ان يشتركا بان بيع الوجيه مال الخامل ليكون الربح بينهما، ولا يخفى عليك ان الثاني توكيل باجر او جعالة والوكيل او العامل هو الخامل والثالث مضاربة مع اشتراط كون المال بيد المالك وهو صحيح، والرابع ايضاً توكيل باجر او جعالة والوكيل او العامل هو الوجيه.

قوله: «ان يبتاع كل منهما». هما يتعاقدان تارة على ان يكون الثمن في شراء كل منهما في ذمته والمبيع مشتركاً بينهما واخرى على كون الثمن عليها والمبيع لهما وثالثة على كون المعاملة لانفسهما واشتراكهما في الربح فقط ظاهر المتن الاول فتكون المعاقدة منافية للزوم دخول المعوض في ملك صاحب العوض وهذا هو وجه البطلان فان سلمناه بطلت وان ابطلناه صحت، واما على الثاني ففاد المعاقدة حينئذ هو الاذن في ذلك ولا باس به وان جعلناه توكيلاً دخل في ما ذكره بعده، واما على الثالث فالظاهر صحته كما في المضاربة والمساقاة.

قوله: «وشركة المفاوضة باطلة». ما يغنمه الانسان اما ربح لتجارة او عائدة لكسب او فائدة من طرق اخرى كالارث ودية الجرح وما يغرمه اما من ضمان نفس او مال او عمل او حق، والمفاوضة معاقدة من اثنين او اكثر على الاشتراك في مطلق الغنيمة والغرامة كما هو ظاهر العبائر. ثم ان تعاقدنا على انتقال منافع كل منها الى الاخر قبل ان يمتلكها وعلى ضمان غرائم ابتداءً خالف مقتضى ادلة العقود الحاكمة بكون الفوائد لصاحبها والغرائم عليه فشمول وجوب الوفاء للمورد يعارض شموله لتلك الموارد ويعارض سائر ادلة التكسب والتوارث فترجح عليه

اذا فلاتشمل المورد ادلة الشروط ايضاً لمخالفتها حينئذٍ للكتاب والسنة وان تعاقدوا على انتقالها بعد ان يمتلكها فذلك غير بعيد لولا الاجماع وان تعاقدوا على ان يملكها كل للاخر فهو شرط فعل يصح اذا وقع في ضمن عقد.

قوله: «فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة». وقد علم ان العقود القابلة لانشاء الشركة بها سبعة: اثنان منها صحيحان، عقد التشريك الماضي، وعقد الشركة الاقي، والباقية فاسدة.

ثم ان الدليل على صحتها صحيح الحلبي وخبر داود ونحوهما حيث حكم الامام فيها بانه اذا قال مشتري الدابة لصاحبه انقد عني ثمن هذه الدابة والربح بيني وبينك حصلت الشركة بينه وبين المأمور فامره المقصود به التشريك بمنزلة الايجاب واقدام المأثور على التادية او نفس التادية بمنزلة القبول فاذا ثبت ذلك من طرف ثبت جواز التعاقد عليه من الطرفين وتؤيده اطلاقات ما دل على جواز الشركة في السلعة وغيره وسياتي الاستدلال عليه بالعمومات.

قوله: «في الاعيان المملوكة فعلاً». مراداً بها الخارجية فخرج بالعين الديون والمنافع وبالمملوكة فعلاً الاقسام الثلاثة الاخر لان المقصود بها النمائات المفروضة الوجود.

قوله: «وتسمى بشركة العنان». ذكروا في علة التسمية وجوهاً ادبية لا دخل لها في الفرض.

مسئلة ٢: لو استأجر اثنين لعمل واحد باجرة معلومة صح، وكانت الأجرة مقسمة عليها بنسبة عملها، ولا يضر الجهل بمقدار حصة كل منها حين العقد لكفاية معلومية المجموع، ولا يكون من شركة الأعمال التي تكون باطلة، بل من شركة الأموال فهو كما لو استأجر كلاً منها لعمل، واعطاهما شيئاً واحداً بازاء اجرتها، ولو اشبهه مقدار عمل كل منها، فإن احتمل التساوي حمل عليه لإصالة عدم زيادة عمل احدهما على الآخر، وان علم زيادة احدهما على الآخر فيحتمل القرعة في المقدار الزائد، ويحتمل الصلح القهري.

قوله: «ولا يضر الجهل بمقدار». كموارد تبعض الصفقة في البيع والاجارة ونحوهما.

قوله: «ولا يكون من شركة الاعمال». هذا دفع للتوهم الذي صار سببا لذكر هذه المسالة هنا وهو ان عقد هذه الاجارة يشبه عقد لشركة الاعمال في مثال الخياطين فهي باطلة. وفيه ان عقد الشركة هو التعاقد على ان يشترك كل عامل في نتيجة عمل غيره بحيث لولا التعاقد لكان كلها له، واما عقد الاجارة فينتج ملك كل من العاملين مالاً على المستاجر في مقابل عمله بحيث لولا العقد لم يكن مال ولا استحقاق وكم من فرق بينهما.

قوله: «بل من شركة الاموال». شركة واقعية مستندة الى عقد غير الشركة كلياً كان الاجرا وجزئياً.

قوله: «لاصالة عدم زيادة». فيه اولاً: ان اثبات التساوي الذي هو امر وجودي باستصحاب العدمين مثبت مع انه معارض باستصحاب عدم التساوي الا ان يقال باتحاده مفهوماً عند العرف مع التساوي او ان

الواسطة خفية.

وثانياً: انه من استصحاب العدم الازلي فان عدم الزيادة الوصفي غير محرز كعدم الكرية للماء المخلوق دفعة الا ان يقال مجريانه كعدم القرشية للمرثة المشكوك نسبا.

وثالثاً: بان نسبة عمل كل الى الاخر واثبات عدم زيادته عنه يترتب عليه عدم استحقاقه الزيادة من الاجرة غير مفيد فان قلة الاستحقاق وكثرته من اثار قلة العمل وكثرته في نفسه لا بالنسبة الى عمل اخر كالاجر الموعود على الذكر والتسييح فمن استقل قل نصيبه ومن استكثر كثر وعليه فالاصل في الطرفين عدم تحقق كل مرتبة من العمل شك فيها الى ان يبقى المتيقن فيتعارضان ويتساقطان ويلزم الرجوع الى حكم الاجرة فيعطى كل عامل منها بمقدار ما علم استحقاقه ويرجع في الزايد الى القرعة او قاعدة الانصاف او الصلح منها او الصلح القهري من الشارع، فلم انه لا فرق بين احتمال التساوي وعدمه.

مسئلة ٣: لو اقتلعا شجرة او اغترفوا ماء بآنية واحدة، او نصبا معا شبكة للصيد، او احببا ارضاً معا، فإن ملك كل منها نصف منفعتيه بنصف منفعة الآخر اشتر كافيته بالتساوي، والا فلكل منها بنسبة عمله ولو بحسب القوة والضعف، ولو اشبه الحال فكالمسئلة السابقة، وربما يحتمل التساوي مطلقا لصدق اتحاد فعلهما في السببية، وان دراجهما في قوله من حاز ملك وهو كما ترى.

قوله: «فان ملك كل منها». يمكن ان يمتلك كل منها نصف عمل الاخر بصلح او اجارة او نحوهما فيملكا النتاج بملك الناتج وان يمتلكا النتاج باحد الحيل المذكورة في شركة المنافع.

قوله: «والا فلكل منها بنسبة عمله». فان طبع العمل يقتضي تبعيته النتائج لكمية العمل تارة وكيفيته اخرى.

قوله: «وهو كما ترى». اذ لاتدل النصوص الا على سببيه العمل للملك او الحق وهي امر يتن في صورة وحدة العمل واما مع اشتراكه ففي كون كل سببا لملك المجموع او لملك البعض وكم هي حصة كل على الثاني فلا دلالة عليه فيها فيرجع الى عمل العقلاء وهو ما عرفت.

مسئلة ٤: يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم في الشركة العقدية مضافا إلى الإيجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس او سفه، امتزاج المالين سابقا على العقد، ولاحقا بحيث لا يتميز احدهما من الآخر، من النقود، كانا او من العروض، بل اشترط جماعة اتحادهما في الجنس والوصف، والاطهر عدم اعتباره، بل يكفي الامتزاج على وجه لا يتميز احدهما من الآخر، كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه، او امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر، بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير، وذلك للعمومات العامة، كقوله تعالى: «اوفوا بالعقود» وقوله — عليه السلام —: «المؤمنون عند شروطهم» وغيرهما، بل لولا ظهور الاجماع على اعتبار الامتزاج امكن منعه مطلقا عملا بالعمومات، ودعوى عدم كفايتها لإثبات ذلك كما ترى، لكن الأحوط مع ذلك ان يبيع كل منها حصة مما هو له بحصة مما للآخر، او يهبها كل منها للآخر، او نحو ذلك، في غير صورة الامتزاج الذي هو المتيقن هذا، ويكفي في الإيجاب والقبول كل ما دل على الشركة من قول او فعل.

قوله: «امتزاج المالين». قد مر ان في مفاد عقد الشركة قولين وان في تاثير الامتزاج في الشركة وعدمه اقوالاً خمسة وحينئذٍ فاذا وقع الثاني

شروطاً للاول فان قلنا بان مفاد العقد هو الاذن فقد لائم جميع وجوه الامتزاج اذ غايته التأثير في الشركة والعقد يفيد الاذن في التصرف، وان قلنا ان مفاده الشركة الحقيقية لم يناف ايضاً القول باحد الوجوه الثلاثة الأول في الامتزاج لتبدل الموضوع بسبب العقد ونافي صورة كون الامتزاج سبباً للشركة الواقعية فان الواحد لا يصدر عن متعدد فيجب اما جعل كل منها جزء للسبب او الاول شرطاً للثاني متقدماً او متاخراً وعلى الثاني كاشفاً او ناقلاً، ثم على القول الخامس اذا تحقق الامتزاج بقصد الشركة بلا عقد امكن جعله عقداً معاطاتياً.

قوله: «وذلك للعمومات العامة». قد عرفت دلالة الخصوصيات على اصل العقد ولعل الخدشة في اطلاقها حملته على الاستدلال بالعمومات على الصحة في صورة عدم الخلط او عدم الامتياز، وقد يحتمل ان العمومات لا تثبت الشركة العقدية مع الشك فيما له دخل فيها بل يكون بناءً على الدلالة عقداً اخر.

قوله: «عدم كفايتها لاثبات». اما لان مفاد العقد انشاء الاذن والشك ليس فيه بل في تحقق الشركة مع عدم الامتزاج وهو امر آخر وان كان شرطاً في العقد فاصالة عدم التحقق محكمه.

واما لان هذا العقد جائز والعمومات لا تشملها لظهورها في ايجاب الوفاء.

قوله: «كما ترى». اذ يرده الاول ما عرفت من ان مفاد هذا العقد انشاء الشركة فالشك يرجع الى نفوذه في مورد الكلام فيشملة العموم ويرد الثاني ان امر العقود وعندية الشروط ارشاد الى صحتها لا انها تكليف وعلى فرض التسليم لا باس بالقول بلزم عقد الشركة فلا ينفسخ

الا بالتقابل في بعض الموارد وبالقسمة التي هي اعدام للموضوع في بعضها.

مسئلة ٥: يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوي المالكين، ومع زيادة فبنسبة الزيادة ربحا وخسرانا، سواء كان العمل من احدهما او منهما، مع التساوي فيه، او الاختلاف او من متبرع او اجير هذا مع الإطلاق، ولو شرطا في العقد زيادة لأحدهما، فإن كان للعامل منها، او لمن عمله ازيد، فلا اشكال ولا خلاف على الظاهر عندهم في صحته، اما لو شرطا لغير العامل منها، او لغير من عمله ازيد ففي صحة الشرط والعقد وبطلانها وصحة العقد وبطلان الشرط فيكون كصورة الاطلاق، اقوال اقواهما: الأول، وكذا لو شرطا كون الخسارة على احدهما ازيد، وذلك لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» ودعوى انه مخالف لمقتضى العقد كما ترى، نعم هو مخالف لمقتضى اطلاقه، والقول بأن جعل الزيادة لاحدهما من غير ان يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة بل هو أكل بالباطل كما ترى باطل، ودعوى ان العمل بالشرط غير لازم، لأنه في عقد جائز مدفوعة، اولاً: بانه مشترك الورد اذ لازمه عدم وجوب الوفاء به في صورة العمل، او زيادته، وثانياً: بان غاية الأمر جواز فسخ العقد فيسقط وجوب الوفاء بالشرط، والمفروض في صورة عدم الفسخ فما لم يفسخ يجب الوفاء به، وليس معنى الفسخ حل العقد من الأول، بل من حينه فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين هذا ولو شرطا تمام الربح لاحدهما بطل العقد، لأنه خلاف مقتضاه، نعم لو شرطا كون تمام الخسارة على احدهما فالظاهر صحته لعدم كونه منافيا.

قوله: «في الربح والخسران». اطلاق الربح يعم الحاصل بالتجارة كما اذا بيع بازيد من الثمن والزيادة العينية كسمن الحيوان ونتاجه وارتفاع السوق وغيرها.

قوله: «كان العمل من احدهما». لعدم ملاحظة الاصحاب تبعاً للعرف وسيرتهم في هذا الباب عوضاً للعمل ما لم يجعل له عوض في العقد.

قوله: «هذا مع الاطلاق». تبعية الربح للمال في الملكية وكميتها هل هي من اثار اطلاق العقد او الشركة في المال او اصل ملكيته اقربه الاخير ولذلك لافرق فيها بين حصول الربح قبل الامتزاج وبعده قبل العقد وبعده نعم لا باس بانتسابه اليها ايضاً لدخولها في حصوله.

قوله: «عندهم في صحته». وهل هي لأن الشرط هنا يرجع الى اشتراط القراض كما يظهر من القدماء لكون الزيادة في مقابل عمل العامل؟ اولان الزيادة لاجل نفس الشرط اذ لم يقصد القراض ولم يشترط كون رأس المال نقداً وجهان او جههما الثاني.

قوله: «وذلك لعموم المؤمنين». ولو بناء على اجمال كلمة الشرط من حيث عمومها للابتدائي فان المورد من المتيقن.

قوله: «مخالف لمقتضى العقد». هذا احد الاشكالات الثلاثة وتقريبه: ان مقتضى الشرط في الربح التجاري انتقال الزيادة من ملك الغير الى المشروط له في مقابل انتقال ملك شريكه اليه نعم لو ارادوا الانتقال اليه من الشريك صح وفي الربح التأمي مقتضاه حدوث نتاج ملك احدهما في ملك الاخر في صورة اشتراط كون ثلثي الربح لاحدهما

اذا ولدت الاغنام المشتركة بالسوية ستة اولاد كانت الاربعة منها للمشروط له واذا سمنت الدابة التي وزنها عشرون مناً فصارت ثمانين مناً صارت حصة المشروط له منها خمسة اثمان مع انها كانت اربعة اثمان في ارتفاع السوق اذا كان رأس المال عشرين مناً من الحنطة قيمتها عشرون درهماً فارتفع السوق فبلغت ثمانين صارت حصته المشروطة له من العين (١٢١/٢) منا وحصة الاخر (٧١/٢) مع انها كانتا متساويتين.

قوله: « كما ترى نعم ». اما في القسم الاول من الربح فلعله لعدم لزوم دخول العوض في ملك صاحب المعوض او ان المراد اشتراط الانتقال من الشريك كما مرّ واما في القسمين الاخرين لجواز ملك الانسان نماء مال الغير بالشرط فان الملكية حقيقة المؤنة كان النماء زيادة متصلة او منفصلة او امراً اعتبارياً عائد الى امتلاك العين كشركة عامل المضاربة في العين بارتفاع السوق.

قوله: « مخالف لمقتضى اطلاقه ». الشرط في القسم الاول من الربح يخالف اطلاق عقد الشريكين مع غيرهما لا عقد الشركة الواقع بينهما نعم هو مخالف لمقتضى عقدها في الربح التأمي والارتفاعي.

قوله: « بل هو اكل بالباطل ». لعدم تحقق سبب محلل لها من بيع وصلاح وهبة بل واذن قابل للرجوع عنه لكون الفرض الزام الشريك بها وهو مقتضى الحصر في الاية الشريفة ايضاً اذ لا تجارة هنا فالاكل باطل.

قوله: « كما ترى باطل ». اذ الشرط سبب عرفي بل شرعي ايضاً لشمول ادلة الشروط ولا ينقص عن الاباحة بل يرجع في الحقيقة الى الاباحة المؤكدة والاية الشريفة لا تدل على الحصر لكون الاستثناء منقطعاً فالاكل بالشرط خارج عن طرفي الاستثناء ولو سلم كونه متصلاً

فالمورد داخل في المستثنى بجعل التجارة اعم .

قوله: «وليس مغنى الفسخ». اذ لو كان كذلك كشف عن عدم الملك بالشرط قبل الفسخ ايضاً، ثم ان هذا اذا فسخ لا لتخلف الشرط والايبطل العقد من اصله وقد صرح بذلك في المسألة (٣٣) من كتاب المضاربة والسرفيه ان الرضا بالعقد معلق على الشرط فلا رضا حيث لا شرط فتامل .

قوله: «ولو شرط تمام الربح». هذا غير ظاهر لعدم الفرق في مخالفة الشرط لمقتضى العقد الذي هو فيه او لمقتضى غيره بين الشرطين فالصحة مطلقاً غير بعيدة والاحتياط لا يترك .

قوله: «تمام الخسارة على احدهما». اشتراطها ليس الا كاشتراط الزيادة في المخالفة فاذا باع ما يساوي مائة بخمسين فمقتضى الشرط انتقال عوض حصة الشريك الى المشروط له وكذا في تنزل السوق ونحوه .

مسئلة ٦: إذا اشترط في ضمن العقد كون العمل من احدهما، او منها مع استقلال كل منها، او مع انضمامهما فهو المتبع، ولا يجوز التعدي وان اطلقا لم يجز لواحد منها التصرف الا باذن الآخر، و مع الاذن بعد العقد او الاشتراط فيه، فإن كان مقيدا بنوع خاص من التجارة لم يجز التعدي عنه، وكذا مع تعيين كيفية خاصة، وان كان مطلقا فاللازم الاقتصار على المتعارف من حيث النوع والكيفية، ويكون حال المأذون حال العامل في المضاربة، فلا يجوز البيع بالنسيئة بل ولا الشراء بها، ولا يجوز السفر بالمال، وان تعدى عما عين له او عن المتعارف ضمن الخسارة والتلف،

ولكن يبقى الاذن بعد التعدي ايضاً اذ لا ينافي الضمان بقاؤه،
والاحوط مع اطلاق الإذن ملاحظة المصلحة، وان كان لا يبعد
كفاية عدم المفسدة.

قوله: «وان اطلقاً لم يجز». بناء على كونه لانشاء الشركة اللغوية
وكون الاذن خارجاً عن حقيقة بحيث قد يؤخذ فيه لفظاً او قلباً وقد ينشأ
بعده.

قوله: «ضمن الخسارة». مورد التعدي خارج عن الاذن فيكون
فضولياً فان امضاه تحمّل الخسارة مالا اخذ نفس ماله فلا وجه لضمان
المتعدي الخسارة.

مسئلة ٧: العامل أمين فلا يضمن التلف ما لم يُفَرِّط او يتعدى.
مسئلة ٨: عقد الشركة من العقود الجائزة، فيجوز لكل من
الشريكين فسخه لا بمعنى ان يكون الفسخ موجبا للانفساخ من
الأول، او من حينه بحيث تبطل الشركة اذ هي باقية ما لم تحصل
القسمة، بل بمعنى جواز رجوع كل منها عن الاذن في التصرف
الذي بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة او بمعنى مطالبة القسمة، واذا
رجع احدهما عن إذنه دون الآخر فيما لو كان كل منهما مأذونا لم يجز
التصرف للآخر، ويبقى الجواز بالنسبة إلى الأول واذا رجع كل
منها عن إذنه لم يجز لو احد منها، وبمطالبة القسمة يجب القول على
الآخر، واذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زيادة في الربح
أو نقصان في الخسارة يمكن الفسخ بمعنى ابطال هذا القرار بحيث لو
حصل بعده ربح او خسران، كان بنسبة المالكين على ما هو مقتضى
اطلاق الشركة.

قوله: «من العقود الجائزة». اما بناء على كون هذا العقد لانشاء الشركة فهو من العقود اللازمة ورفع الاذن المأخوذ فيه او المقارن له لا يعد فسخاً له، واما بناء على كونه لانشاء الاذن فاطلاق الفسخ بل واطلاق العقد على الاذن الذي هو ايقاع ولو صدر من الجانبين فضلاً عن جانب واحد غير صحيح. والقول بان المنشأ هو التوكيل وهو عقد ينافي الشركة عقداً في مقابل الوكالة، ودعوى ان المنشأ هو المعاقدة من الطرفين على الاذن او التوكيل فيكون عقداً مع عدم شاهد لها تستلزم كونها واجبة الوفاء اللهم الا ان يقوم اجماع على عدم اللزوم وحينئذ يبقئ سؤال الفارق بين الاذنين الا يقاعين والعقدين مع عدم اللزوم ولعله عدم بطلان الاذنين او التوكيلين برجوع احدهما على الاول وبطلانها معاً بفسخ احدهما على الثاني.

قوله: «ان يكون الفسخ موجباً». الفسخ قبل دخول المال في التجارة غير نافذ للزوم العقد ووجوب الوفاء به لكن الاقالة نافذة فيرجع المالان الى ما كانا قبل العقد من حالة امتزاجهما مع التميز او بدونه او مع عدم الامتزاج ان قلنا به، واما بعد الاتجار بالمال فلا سبيل الى فصل الحقين غير القسمة.

قوله: «مطالبته القسمة». لا اثر لنفس المطالبة بناء على المبنيين في العقد الا اذا دلت بالالتزام على الرجوع واما القسمة فهي مزيلة للشركة فيرتفع نفس المنشأ بالعقد بناء على كونه الشركة الواقعية والفارق بين القسمة والاقالة هو انها اعتباران مختلفان اذ الاول ناظر الى المسبب ولذا يجري في الموروث والمحميا والثاني الى السبب ولذا يختص بموارد العقد ويرتفع موضوعه بناءً على كون المنشأ به الاذن.

قوله: «يجب القبول على الاخر». اي فيما اذا كانت قسمة افراز او تعديل لاقسمة رد.

مسئلة ٩: لو ذكرا في عقد الشركة اجلاً لا يلزم، فيجوز لكل منها الرجوع قبل انقضائه الا أن يكون مشروطاً في ضمن عقد لازم، فيكون لازماً.

قوله: «لو ذكرا في عقد الشركة اجلاً». ذكر الاجل في هذا العقد على انحاء:

الاول: ذكره وارادة تمامية العقد عند انقضائه كما اذا قالوا تشاركنا الى اخر الشهر مثلاً.

الثاني: ذكره كالمثال وارادة عدم فسخه قبل انقضائه بنحو شرط الفعل.

الثالث: ذكره كذلك وارادة لزوم العقد الى زمان الانقضاء بنحو شرط النتيجة.

الرابع: اشتراط عدم الفسخ الى مدة كما اذا قالوا تشاركنا بشرط ان لا نفسخ الى اخر الشهر.

الخامس: اشتراط لزوم العقد كما اذا قالوا تشاركنا بشرط ان يكون لازماً الى مدة كذا، وظاهر كلمات القوم محتمل للثاني والثالث بل وغيرهما ايضاً.

ثم انه لا اشكال في صحة الاول والظاهر صحة اشتراط عدم الفسخ بنحو شرط الفعل مطلقاً وعدم صحة شرط اللزوم بنحو شرط النتيجة كذلك ونظيره اشتراط ذلك في ضمن عقد آخر.

مسئلة ١٠: لو ادعى احدهما على الآخر الخيانة، والتفريط في الحفظ، فانكر عليه الحلف مع عدم البينة.

مسئلة ١١: إذا ادعى العامل التلف قبل قوله مع اليمين لأنه أمين.

مسئلة ١٢: تبطل الشركة بالموت والجنون والإغماء والحجر بالفلس او السفه، بمعنى أنه لا يجوز للآخر التصرف، واما أصل الشركة فهي باقية، نعم يبطل ايضاً ما قرراه من زيادة احدهما في التمام بالنسبة إلى ماله، او نقصان الخسارة، كذلك إذا تبين بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله محكومة بالصحة، ويكون الربح على نسبة المالين لكفاية الاذن المفروض حصوله، نعم لو كان مقيداً بالصحة تكون كلها فضولياً بالنسبة إلى من يكون إذنه مقيداً، ولكل منها أجرة مثل عمله بالنسبة إلى حصة الآخر إذا كان العمل منها، وإن كان من احدهما فله اجرة مثل عمله.

قوله: «تبطل الشركة بالموت». ذكر في المسالة ما يبطل العقد نقلاً

وما يورث بطلانه كشفاً فحكم بان الاول لا يبطل الشركة ويبطل الاذن والشرط لزوال ما بنى عليه.

قوله: «والجنون والاعماء». الجنون الموقت والاعماء يشبهان النوم في

عدم زوال السلطنة عن المال مطلقاً في الحكم بالبطلان بهما اشكال.

قوله: «كذلك اذا تبين». «لكفاية الاذن المفروض». الكلام مبني

على كون عقدها لانشاء الشركة وقرن بالاذن او لانشاء التوكيل فيمكن تصور بطلان العقد وبقاء الاذن الضمني المصحح لتلك المعاملات اذ لو قلنا بانه لانشاء الاذن كما سبق فما هو الباطل الذي يبقى بعده الاذن، وان شئت فقل ان العقد الصادر قد يتصف بالفساد فيبقى الاذن واما الاذن فلا يتصف بالفساد باي لفظ صدر اللهم الا ان ينكشف صدوره

عن قاصر كصغير ونحوه وعليه فتبطل المعاملات ايضاً ولو قيل بوقوع العقد حال القصور والمعاملات حال التكليف فلا معنى لبقاء الاذن الضمني.

قوله: «ولكل منها اجرة مثل عمله». مقتضى الفتاوى والسيره المضاهة عدم لحاظ العوض للعمل في هذا العقد فيما لم يشترط ذلك فطبعه مما لا ضمان للعمل في صحيحه فلا ضمان في فاسده ولعله المانع من شمول قاعدة الاستيفاء والاحترام واليد والضرر للمورد مع فرض شمولها لولاه.

مسئلة ١٣: إذا اشترى احدهما متاعاً وادعى أنه اشتراه لنفسه، وادعى الآخر انه اشتراه بالشركة فمع عدم البينة القول قوله مع اليمين لأنه أعرف بنيته، كما انه كذلك لو ادعى انه اشتراه بالشركة وقال الآخر انه اشتراه لنفسه، فانه يقدم قوله ايضاً لأنه أعرف ولأنه أمين.

قوله: «لانه اعرف ولانه امين». المورد من التداعي فان المشتري مالك للنصف مثلاً بلا اشكال والنزاع انما هو في النصف الاخر فيدعي كل من المشتري والشريك وقوع الشراء له وينكره الاخر فمقتضى القاعدة مع عدم البينة ان يحلف كل منهما لنفي مدعى الاخر فتساقط الدعويان ويبقى النصف مردداً بينهما فيرجع الى القرعة او قاعدة العدل او الصلح لكن المقام خارج عنه لكونه بالنسبة الى احدهما مما لا يعرف الا قبله ولكونه اميناً عن الاخر وهما يقتضيان قبول قوله. اللهم تقبل اقوالنا واعمالنا واهدنا الى مرضا تك وانصرنا على القوم الكافرين امين والحمد لله اولاً واخراً والسلام على رسوله واله.

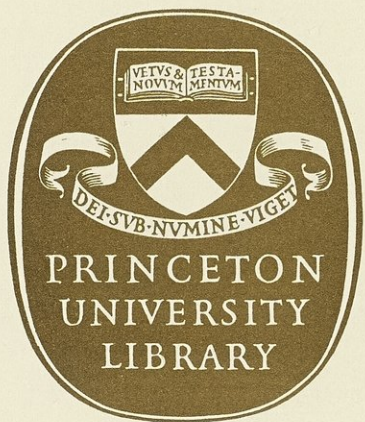
تمت التحشية في ٢٨/١٢/٦٤ المطابق لثمان مضمين
من رجب الاصب من سنة ١٤٠٦ هـ. ق.

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

DUPL



32101 022161606



WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa.
SEPT OCT 1992
We're Quality Bound

Princeton University Library



32101 100254802

BP174
.T323
M373
1988

۲۵۰ ریال



قم. خیابان خاک فرج. روبروی پل رضوی. تلفن: ۴۱۰۴۵