

مكتبة المجلد الثاني (٥)

العلم الساعات

درماتيك في البصيرة

البيت

لا تترك البيت، العبد والعبد
منه إلى الدنيا، من الدنيا إلى الدنيا

التعريف بالسياسات ذم أسباب في البصيرة

تأليف

شبكة كتب الشيعة

خادم أهل بيت العصمة والطهارة
محمد علي الشيرازي في القم



shiabooks.net

رابطہ بدیل < mktba.net

اسماعيل پورقمشه اى، محمد على،
 النعم السابغات: دراسات فى المضاربة.
 قم، سازمان اوقاف و امور خيريہ، انتشارات اسوه، ۱۴۳۳، ۱۳۹۰.
 ۱۷۶ صفحه. ۹۵۰۰۰ ريال (سلسلة المباحث الفقہیہ ۵). ISBN: 978-964-542-335-1
 فهرست نویسی بر اساس اطلاعات کتابخانه به صورت زیر نویس.
 ۱. مضاربه (فقه).
 الف. سازمان اوقاف و امور خيريہ، انتشارات اسوه، بيجنجان.
 ۲۹۷/۳۷۲۵ BP ۱۹۱/۳



کتابخانه انتشارات نو

النعم السابغات

دراسات فى المضاربة

المؤلف: سماحة آية الله العظمى الحاج الشيخ محمد على الاسماعيل پورقمشه اى
 الناشر: دارالأسوه للطباعة والنشر
 المطبعة والتجليد: اسوه

الطبعة: الأولى

سنة النشر: ۱۴۳۳ هـ ق - ۱۳۹۰ هـ ش

عدد المطبوع: ۲۰۰۰ نسخة

السعر: ۹۵۰۰ تومان

ISBN: 978-964-542-335-1

حق الطبع محفوظة للمؤلف

طهران هاتف: ۶۶۱۸۰۹۹ و ۶۶۱۸۰۷۶۷ فکس: ۶۶۱۸۰۷۲

قم هاتف: ۷۶۱۲۸۲ فکس: ۷۳۳۶۶۰

www.DaralAswae.org

www.DaralAswae.org

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

و الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و لمن الله على
اعدائهم اجمعين.

اما بعد فإنه لا يخفى ان المضاربة من العقود الإسلامية و من انواع التجارة و طلب الرزق
الحلال اذا كانت مع الشرائط الشرعية. و يتصدى لهذا العقد البنوك و غيرهم. و نحن قد رأينا
فى هذا الزمان لنبحث عنها فى العوزة العلمية المنورة بقم فى محضر جمع من الفضلاء و
الطلاب دراسةً للخارج و تحقيقاً فى المطالب حيث لم يكن هذا البحث دارجاً فى
الدراسات غالباً، فوقفنا الله لذلك و كتبنا المباحث قريناً للدراسة فصار كتاباً ضخماً تقدمه
الى العلماء و المحققين فى هذا الفن و هو فن الفقاهة و نرجوهم العفو عما زلّ فيه القلم و
الدعاء و طلب المغفرة عند مظان اجابته.

ثم ان الذى لابد من التوجه اليه هو ان العامل الذى يتصدى لقبول مال المضاربة من
البنوك او غيرها لابد ان يتفكر فى أنه هل يكون فى وسعه الاستثناء من هذا المال بحيث
يكون له الفائدة المناسبة ليعطى سهم صاحب المال و يأخذ سهمه لئلا يؤول امره الى الندامة
و الخجل ام لا، فمن لا يكون فى وسعه التجارة المربحة لا يصلح له لياخذ مال المضاربة
فانه إقدام على ضرر نفسه و غيره كما نرى ان كثيراً من الناس يبتلون بهذا البلاء. فمجرد
جواز هذا العقد لا يكفى لإقدام الناس عليه فإن كل احد لابد ان يرى مصالحه و مفسده فى
الإقدام على هذا العقد و غيره حسب الموارد.

ثم انى اسأل الله تعالى ان يجعل هذا الكتاب ذخراً ليوم المعاد حين لا ينفع مال ولا بنون
و نهديه الى المعصومين صلوات الله عليهم اجمعين سيما للإمام خاتم الاوصياء الحجة بن
الحسن العسكري روحى له الفداء و عليه الصلاة و السلام و عجل الله تعالى له الفرج.

و انا العبد المحتاج الى عفو ربه الغفور
محمد على الاسماعيل بور القمشماى القمى

١٣٩٠/٧/١٧

١١ ذيقعدة الحرام ١٤٣٢

كتاب المضاربة

كتاب المضاربة في شرح كتاب العروة الوثقى للسيد اليزدى (قده)^(١)
قال في العروة: كتاب المضاربة و تسمى قراضا عند اهل الحجاز. و الاول من
الضرب لضرب العامل في الارض لتحصيل الربح و المفاعلة باعتبار كون المالك
سبباً له و العامل مباشراً.
أقول: البحث في المضاربة في جهات: في معناها لغة و اصطلاحاً و في معناها
بتعبير اهل الحجاز عنها بالقراض و في شروطها و في المسائل المتعلقة بها.

الجهة الأولى: في معنى المضاربة

فتقول الجهة الاولى في معناها و البحث فيها في مواضع:
الموضع الاول في معنى المضاربة بلفظ اهل العراق و الثانى في معنى القراض
و الثالث في المعنى الاصطلاحى لهذه المعاملة الدارجة بين الناس.

١- و هذا البحث في الجواهر، ج ٢٦؛ و فى المستمسك، ج ١١٣ و فى مباني العروة الوثقى تقرير
بحث السيد الخوئى (ره)، ج ٣.

الموضع الاول: في معنى المضاربة بلغة اهل العراق

فنعول اما الموضع الأول فيتضح بتوضيح معنى المفاعلة و المعروف بين الصرّفين و النحويّين و اهل اللغة ان هذا الوزن يكون لفعل الاتنين بان يفعل المفعول بالفاعل ما فعل به مثل ضارب زيد و عمرو و لكن في هذه الاعصار المتأخرة آل بحث بعض المحققين و فحصه الى ان هذا غلط و قيل ان اول من تنبه لذلك هو المدقق الكمباني الاصفهاني (قده) و انت تجد هذا المعنى منه في حاشيته على الكفاية (ص ٣١٧) في قاعدة لا ضرر بمناسبة كلمة «لا ضرار» في الحديث النبوي و نسب اليه بعض الاعاظم بانه (قده) تفحص من اول القرآن الى آخره فلم يجد موردا يكون خلاف ما حققه و حاصل ما آل اليه نظره في هذا الوزن هو ان معناه التصدي للفعل في مقام ايجاده فمعنى ضارب زيد عمراً هو ان يتصدى زيد لضربه سواء امكن او لم يمكن كما ان استعماله في قوله تعالى «يخادعون الله و لا يخدعون الا انفسهم»^(١) انهم في مقام تصدى الخدعة و الا فلا يكون لهم قدرة في تخديع الله تعالى و ذلك من جهة ان هذا الوزن يدور امره بين ما لا يصح كون الفعل بين الاثنين او لا يراد منه ذلك او كان المعنى في مادّته ممّا لا بدّ من ان يكون بين الاثنين اما الأول و هو ما لا يمكن مثل الآية المتقدمة في التعبير ب«يخادعون الله» فان عدم امكانه من جهة انه يؤل الى القول بالنقص و الجهل في حقة تعالى لان الذي ينخدع يكون جاهلاً و ناقصاً تعالى عن ذلك علواً كبيراً و لذلك ترى استعمال «يخدعون» بالنسبة الى انفسهم لانه يمكن في حقهم الخديعة و الجهل فانهم لجهلهم صاروا بصدد الخديعة فيكون معنى خدعتهم بالنسبة الى الله تعالى تصديهم لذلك و تصديهم محرز. و مثل قوله تعالى

«و من يهاجر في سبيل الله يجد في الارض مراغماً كثيراً و سعة»^(١) و اما الثاني و هو ما امكن و لم يكن في الواقع بين اثنين فمثل قوله تعالى «الذين نافقوا»^(٢) و نادبناه من جانب الطور الايمن»^(٣) و «شاقوا»^(٤) و «ضراراً»^(٥) و «لا تؤاخذنى بما نسيت»^(٦) و غير ذلك من الاستعمالات في غير القرآن أيضاً مثل عاجله بالعقوبة و بارزه بالحرب و باشر الحرب و ساعده التوفيق و خالغ المرأة او واره في الارض.

و اما الثالث و هو ما كان المادة مقتضية لذلك فهو مثل المساوات و المقابلة و المحاذاة و المشاركة فحيث أنه لا تتحقق الا بالطرفين لا يكون ذلك فيه من جهة هيئة المفاعلة بل من جهة كون ذلك من خصوصيات المادة فعلى هذا فوزن المفاعلة لا يكون للفعل بين الاثنين بل يكون بمعنى التصدى للفعل كما فى يخادعون الله كما انه قد يكون بمعنى المجازاة على الفعل كما فى الثلاثى كقوله تعالى «ان المنافقين يخادعون الله و هو خادعهم»^(٧) ثم ان هذا القائل يقول فى طى كلامه ان باب التفاعل يكون للفعل بين الاثنين و ليس معناه فى مثال تضارب زيد و عمرو مثلاً ضرب زيد عمرواً و ضرب عمرو زيداً بل هذه الهيئة تدل على معنى واحد و هو كون الفعل بين الاثنين و هو بالفارسية «به هم زدن» فليست النسبة متعددة بل نسبة واحدة اليهما فعلى هذا ما عن اهل الأدب من ان الفرق بين التفاعل و المفاعلة هو ان النسبتين فى التفاعل يكون على وجه الأصالة و فى المفاعلة تكون النسبة فى احدهما بالأصالة و فى الآخر بالتبع بمعنى ان شروع

٢- آل عمران، ١٦٧.

١- النساء، ١٠٠.

٤- الانفال، ١٣.

٣- مريم، ٥٢.

٦- الكهف، ٧٣.

٥- البقرة، ٢٣١.

٧- النساء، ١٤٢.

الفعل يكون من احدهما ثم يتبعه الآخر فاذا ابتدأ زيد بالضرب ثم تابعه عمرو يقال ضارب زيد وعمرو، فهو غير تام لعدم تعدد النسبة في باب التفاعل ليحصل الفرق بينهما بالاصالة والتبعية.

و فيه اولاً أنه إن أراد أن التفاعل لا بد أن يكون لفعل الاثنين دون المفاعلة فيرد عليه انا نجد في الاستعمالات عدم كون المراد من التفاعل هو فعل الاثنين كما في قوله تعالى «يريدون ان يتحاكموا الى الطاغوت وقد امروا ان يكفروا به»^(١) وقوله عليه السلام «من تحاكم اليهم فكأنما تحاكم الى الطاغوت»^(٢) فان المراد في الآية والرواية ليس الارجاع الحكم الى الطاغوت ولا يرجع الطاغوت اليهم ليحصل هذا المعنى الذي ادعاه بين الاثنين.

و ثانياً من اراد تحقق الفعل بين الاثنين وقال ضارب زيد عمراً لا يكون استعماله هذا غلطاً عند اهل المحاورة وليس مجازاً في الاستعمال ايضاً بل استعمال الضرر في ما ادعاه من الآية في مسجد الضرار ان كان على نحو المجاز في النسبة الى المسجد وكان الحقيقة هو اضرار بعضهم ببعض يكون استعماله في الفعل بين الاثنين والظاهر ان المراد هو الثاني لانهم كانوا بصدد الاختلاف و المنازعة بهذا المسجد والا فهو بنفسه ليس ضاراً. والحاصل يرد على هذا المدقق ان كون اللفظ حقيقة او مجازاً في معنى من المعاني ليس على حسب الدقة العقلية بل الملاك هو التبادر العرفي اذا لم يكن له مانع عقلي فعلى هذا نقول عدم وجدانه فيما افاد من الأمثلة او في جميع القرآن المقدس لو سلم استعمال المفاعلة بين الاثنين ليس دليلاً على عدم صحة استعماله مطلقاً في لغة العرب

١- النساء، ٦٠.

٢- في الوسائل، ج ١٨، باب ١ من صفات القاضي.

لان لغة العرب اوسع من ذلك و نحن ندعى صحة استعمال ضارب زيد و عمرو فى فعل الاثنين كما هو الدراج بين اهل الادب الذين هم ملجأ فى فهم التبادر و لو من جهة كونهم خبرة لبيان موارد الاستعمالات التى يفهم منها التبادر كما فى كاتب و استعمال لفظ المكاتبه فى ما كان الكتابة من الطرفين دارج كما ترى نقل الاحاديث يقولون مكاتبه فلان و مثله المباحثه و المكالمه.

و ثالثاً اذا فرض عدم كونه مستعملاً فى فعل الاثنين فمن اين نقول انه يكون حقيقة فى تصدى الفعل فانه ادعاء منه و ليس المتبادر منه ذلك لان وضع اللغة ليس بيد المستعمل حتى اذا ما وجد معنى يعنى باللفظ ما اراد لو لم يكن المتبادر من اللفظ هذا المعنى و لو على نحو الاشتراك هذا. نعم مراده من التصدى ليس هو التصدى فقط فى جميع الموارد فان قوله فى حديث النبوى «لا ضرر و لا ضرار» لا يكون معنى الضرر هو التصدى للضرر الذى هو يتحقق بالنية او بتهية بعض المقدمات بل المراد نفى الضرر فى الواقع او النهى عنه و بالفارسية يكون معنى لا ضرر و لا ضرار (نه ضرر در اسلام هست و نه ضرر به هم زدن) كما ان معنى يهاجر فى سبيل الله و ناديناى ليس التصدى فقط بل الاتيان بنفس الفعل و نحن نقول له يمكن أن يكون دالاً على هذا المعنى و غيره على نحو الاشتراك ان لم يكن فى البعض قرينة المجاز كما انه يمكن ان يقال تهية مقدمات الخدعة بالنسبة الى الله تعالى سميت مخادعة مجازاً بالقرينة العقلية و هى عدم امكان الحقيقة بالنسبة الى ربه تعالى. و رابعاً: ان قوله بأن النسبة واحدة فى باب التفاعل و عدم تمامية قولهم بأن النسبة فى احد الطرفين فى باب المفاعلة اصيلة و فى الآخر غير اصيلة، غير تام، لأن النسبة و ان كانت واحدة و لكن اى مانع فى ان يكون وضع هيئة التفاعل فيما اذا كان ابتداء الفعل منهما فان هذه النسبة الواحدة يكون كذلك فيكون قوله ان التفاعل وضع لفعل الاثنين فقط ادعاء منه و لا نجد تبادراً او

غيره من علامات الحقيقة فيه بل اجماع اهل الادب على كون هذين لفعل الاثنين والفرق بينهما بما ذكره مما يرشدنا الى هذا المعنى غاية الأمر ربما يراد منهما غير ذلك اما بالقرائن المجازية او لكون الوضع على نحو الاشتراك مع القرينة المعينة في الاستعمال فلذا ربما يكون التفاعل بمعنى الفعل الواحد كالتحاكم الى الطاغوت وربما يكون المفاعلة كذلك كالأمثلة التي مرت في اول الاشكال ولكن لا يصير هذا دليلاً على رد مقالة المشهور من اهل الادب في الفرق بين التفاعل والمفاعلة فتحصل من جميع ما تقدم ان باب المفاعلة يمكن ان يقال يكون مشتركاً بين اصل الاسناد كما في الثلاثي و اخرى على كونه بين اثنين و ثالثة بمعنى التصدي ولكن لا يخفى ان نفس التصدي للفعل ايضاً يمكن ان يكون بين اثنين كما في معنى المضاربة في المقام.

فاذا عرفت ذلك فنقول ان القوم في استعمال لفظ المضاربة قالوا بوجوه: منها ما عن المصنف من ان المضاربة من الضرب في الارض لتحصيل الربح والمالك سبب فلهذا يكون مضارباً والعامل مباشر فمن هذا الوجه يصدق عليه ذلك.

وفيه ان الضرب في الارض يكون لازم اكثر موارد هذه المعاملة وربما يكون العامل عاملاً بدون الضرب في الارض كالمعاملات بالتلفون في هذا العصر فانه جالس في مكان و يعامل غيره في اقاصى البلاد و ان كان المراد بالضرب هو مطلق الفعالية من الذهاب و المجيء و لو يسيراً فهو صادق بالنسبة اليهما و كما يكون العامل ضارباً في الارض يكون المالك ضارباً فيها لتشكيل العقد و لأخذ الربح و للتصرف في المصالح المربوطة بماله احياناً. و الحاصل يكون تحصيل الربح بفعاليتهما و الضرب في الارض بعض الفعالية المهمة و ان كان الأتجار و العمل المباشر للمعاملات بيد العامل و لكن ما ينوط به يكون بعض ما هو لازم من الضرب في الارض لأكله.

و منها انها سميت بذلك لضرب كل منهما فى الربح بسهم و هو المحكى عن التذكرة و المسالك. و منها انها سميت بذلك لما فيه من ضرب المال و تقليبه كما حكى عنهما ايضا و فى الجواهر «لعل الأولى من ذلك فى تحقق المفاعلة ضرب كل منهما فيما هو للآخر من المال و العمل» و يكون المراد ان المالك يتصرف فى عمل العامل و كأنه يأخذ منه شيئا و العامل يتصرف فى مال المالك و يأخذ من نتاجه شيئا.

اقول: ان هذه المعانى كلها من لوازم ضرب كل منهما فى الارض بمعنى فعاليتها لتحصيل الربح و النتاج و حيث ان الضرب فى الارض من اهم ما يفعل فى هذه المعاملة سميت بهذا الاسم فعلى هذا اذا فرض ان يكون معنى المفاعلة التصدى للفعل ايضا يكون التصدى هنا منهما لان التصدى لتحصيل الربح هو المضاربة سواء حصل الربح ام لم يحصل ثم ان تسمية العقد باسم بعض مقدماته المهمة تكون من المجاز و المضاربة ليس نفس الضرب فى الارض بل هو بعض مقدماتها و ان صار هذا المجاز حقيقة بكثرة الاستعمال فى هذا المعنى الاصطلاحي.

ثم ان المتعين هو ملاحظه كون معنى المفاعلة بين الاثنين و ان كان استعمال هذا الوزن فى غير المفاعلة فى امثال الأمثلة التى تقدمت ايضا جازيا لما مر آنفا من جهة أنها لو كانت بمن التصدى للفعل ايضا يكون ذلك منهما لا من احدهما و لا يخفى عليك ان القائل بان المفاعلة ليس للفعل بين الاثنين كما تقدم فى صدر البحث لا بدان يقول بان الصحيح استعمال باب التفاعل هنا لا المفاعلة و لكنه قد عرفت عدم تمامية اصل المبنى.

ثم ان صاحب الجواهر قال «و يقال للعامل مضارب، (بكسر الراء) لانه الذى يضرب فى الارض و لم نعر على اشتقاق اهل اللغة اسما لرب المال من المضاربة

التي هي لغة اهل العراق» و تبعه في المستمسك و قال «فالأولى ان يكون معنى المضاربة مغالبة الناس على اموالهم بالطرق الشرعية، و العامل هو الذى يقوم بهذه المضاربة دون المالك، فتختص المضاربة به. ثم قال بعد أسطر «بخلاف سائر موارد الاتجار، فقد يكون المقصود مجرد التبديل و التقلب بلا نظر الى الربح و زيادة المال»

اقول: اذا كان المضاربة بمعنى الفعالية لتحصيل الربح و يكون الظاهر كونها بين اثنين فصاحب المال ايضاً مضارب لانه لولا فعاليته للعقد عليه و مطالبته للربح و نظره احياناً فى المصالح لا يتحصل الربح له فهو ايضاً مضارب (بكسر الراء) و عدم ذكر اهل اللغة لذلك لا يصير دليلاً على عدم صدقه عليه بعد كونه على طبق القاعدة فهذا مضارب و ذاك مضارب و الاسم الخاص لاحدهما العامل و للآخر صاحب المال و مما ذكرناه ظهر ان ما ذكره المصنف من ان التسمية بلحاظ ان المالك سبباً له و العامل مباشراً غير تام لان العامل و ان كان ضربه فى الارض اكثر من ضرب المالك و لكن هذا ليس ملاك اصل المعنى حيث ان اصله يكون مشتركاً بينهما و اما المضاربة بمعنى المغالبة على الناس فى اموالهم فهي مع كونها مجازاً يكون بعيداً عن معنى الضرب و لا قرينة عليها لان الفعالية فى امر التجارة لا يلاحظ فيها المغالبة على اموال الناس و لو كانت كذلك يكون غلبة على اموال الناس لا مغالبة لان الناس يتجرون و لا يكون فعلهم المضاربة فقط ليصح استعمال المغالبة بهذا المعنى الا ان يكون الهيئة على خصوص معنى التصدى لا بين اثنين و قد عرفت انه بعد امكان كون الهيئة على هذا المعنى مع القرينة لا قرينة له فى المقام و مجرد كون القصد احياناً الغلبة على اموال الناس لا يوجب ان يكون التسمية لهذه المعاملة بهذا اللحاظ هذا مضافاً الى ان نفس الاتجار فى هذه المعاملة احياناً ليس الا بقصد التبديل لمصالح يراه العامل كما

ان عدم قصد الربح و الزيادة فى سائر موارد الأتجار ايضا يكون احيانا و الا
ففى كثير من الموارد يكون المقصود تحصيل الربح.

الموضع الثانى: فى معنى القراض

قوله: و الثانى من القرض بمعنى التقطع لقطع المالك حصة من ماله و دفعه الى
العامل ليتجر به و عليه العامل مقارض بالبناء للمفعول و على الاول المضارب
بالبناء للفاعل.

اقول: ان المصنف اخذه من القرض بمعنى القطع و هو استفاد من مفردات
الراغب و فى بعض اللغات قرض من باب التفعيل يكون بمعنى قطع و جعل
المناسبة لهذه التسمية قطع المالك حصة من ماله و دفعه الى العامل ليتجر به و فى
المستمسك قال: و يحتمل ان القرض الملحوظ فى مادة القراض ليس هو دفع
مقدار من ماله و تمكينه منه بل المقصود الربح الذى يكون من المال الذى يصير
للعامل لما عرفت من ان (فاعل) يدل على السعى نحو الفعل لا نفس ايقاع الفعل
والا كان قارض بمعنى قرض يعنى ملك قطعة من ماله لغيره انتهى و فى الجواهر
قال: فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة و سلمها للعامل الذى اقطع له قطعة
من الربح او من المقارضة بمعنى المساواة و الموازنة مثل قول ابى الدرداء قارض
الناس ما قارضوك فان تركتهم لم يتركوك الى ان قال: و لما كان العمل من العامل و
المال من المالك فقد تساويا و توازنا او لاشتراكهما فى الربح و تساويهما فى
اصل استحقاقه و ان اختلفا فى كميته.

اقول: ان القراض كما يظهر من كلام المستمسك يكون مصدراً من باب
المفاعلة و حمله على التصدى للفعل و قد عرفت انه لا داعى لنا لحمل هيئة

المفاعلة على التصدى بل تكون هنا ايضاً بمعنى الفعل بين الاثنين و عليه فيمكن ان يكون وجه التسمية هو ان المالك حيث يقطع قطعة من ماله و العامل قطعة من الربح الذي هو مستفاد عمله فيضم البعض البعض فيتشكل منه عنوان القراض كما يشير اليه ما في الجواهر و عليه فتعرف عدم تمامية كلام المصنف حيث اخذ القطع من المال و عدم تمامية كلام المستمسك حيث اخذ القطع بمعنى التصدى لاعطاء سهم من الربح الى العامل و هذا النحو من المعنى لا يناسب الاعتبار ايضاً حيث ان المضاربة بمعنى العقد أو بمعنى نتيجة العمل تتقوم بالطرفين لا بطرف واحد كما انه يحتمل ان يكون بمعنى قطع بعض الفعالية من هذا و من ذاك ليكون قريباً الى معنى المضاربة ايضاً حيث ان الاصطلاحين من اهل الحجاز و العراق يشيران الى معنى واحد. و اما قول المستمسك من ان قارض لو لم يكن بمعنى التصدى يكون بمعنى قرض اى ملك قطعة من ماله فهو ممنوع من جهة ان قرض من باب التفعيل و ان كان بمعنى القطع من ماله و لكن قرض مجرداً لم يستعمل بمعنى القرض و هو تمليك مال بعوض بل يكون استعمال هذا المعنى من باب الإفعال مثل قوله تعالى «من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً».

ثم ان المصنف يرد على تعريفه اولاً أنه اخذ القراض بمعنى القرض و القطع من طرف واحد مع انه قد عرفت انه يمكن ان يكون بمعنى المقارضة و اسناد الفعل اليهما. و ثانياً إنه قال ان العامل مقارض بالبناء للمفعول لانه اذا كان معناه قطع حصّة من المال فيكون المال هو المقارض لانه الذي قطع لا العامل و على المعنى الذي عرفت ممّا فكلاهما مقارض بالبناء للفاعل لان المالك قطع من نفسه ما يناسبه و العامل قطع من نفسه ما يناسبه و ان فرض انه بالنسبة الى الربح تصدى للقطع و المهم و ان كان المعنى الشرعى و الاصطلاحى الا ان قلة الفائدة في نظر البعض صار سبباً لعدم التعمق في المعنى اللغوى ثم ان القراض بمعنى المساوات

او الموازنة الذى قد تقدم عن صاحب الجواهر غير بعيد ايضا لان العقلاء يراعون فى ذلك المساوات من حيث العمل و المال العمل من العامل و المال من المالك.

الموضع الثالث: فى المعنى الاصطلاحى للمضاربة

قوله: وكيف كان عبارة عن دفع الانسان مالا الى غيره ليتجر به على ان يكون الربح بينهما لا ان يكون تمام الربح للمالك و لا ان يكون تمامه للعامل.

أقول: ان هذا المتن يراد به بيان المعنى العرفى و الاصطلاحى للمضاربة التى هى عقد من العقود الشرعية و لا يخفى انها حيث لم يصل اليها دليل خاص من الشرع على تحديد موضوع من الموضوعات نفهم انه أوكل الامر الى نظر العرف و تحديد الشرع للموضوع ربما يستفاد من بيان الاحكام المترتبة على الموضوعات كما فرض فى المضاربة ان الربح لابد ان يكون بينهما فاذا لم يكن الربح بينهما لا يكون المضاربة صادقة عند الشرع و مع قطع النظر عن الشروط الشرعية فالمضاربة عند العقلاء عهد و عقد على ان يكون رأس المال للمالك و العمل من العامل و أن يكون الربح بينهما على حسب ما يريانه من المصلحة و ليس هى دفع المال ليتجر به على ان يكون الربح بينهما بل دفع المال من لوازم هذا العقد و العهد فعلى هذا تعريف المضاربة بدفع الانسان... فى المتن تبعاً لغيره كالنافع و التذكرة و المسالك و غيرهم على ما حكى غير تام و مبنى على نوع من المسامحة و تعريف الشيء بلازمه او بكاشفه فى المضاربة المعاطاتية. فالصحيح ان يقال: المضاربة عقد من العقود بين المتعاملين للتجارة بان يكون رأس المال للمالك و الربح على فرض حصوله بينهما مع سائر الشروط التى يكون لهذا العقد شرعاً لا ان يكون تمام الربح للمالك و لا للعامل كما عرّفه السيد الاصفهاني فى الوسيلة بهذا فى الجملة.

في فرق المضاربة مع البضاعة و القرض

قوله: وتوضيح ذلك أن من دفع مالا الى غيره للتجارة تارة على ان يكون الربح بينهما و هي مضاربة و تارة على ان يكون تمامه للعامل و هذا داخل في عنوان القرض ان كان بقصده و تارة على ان يكون تمامه للمالك و يسمى عندهم باسم البضاعة و تارة لا يشترطان شيئا و على هذا ايضا يكون تمام الربح للمالك، فهو داخل في عنوان البضاعة.

اقول: ان هذا التوضيح مأخوذ من التذكرة و المسالك ايضا فنقول انه قد مر معنى المضاربة و هنا عناوين أخرى: الاول عنوان القرض و هو تملك المال بعوض في الذمة مثله او قيمته فعلى هذا لا بد من التأمل في ان دفع المال الى غيره ليكون تمام الربح للعامل هل من القرض ام لا؟ فالمصنف تبعاً للتذكرة و المسالك قال بانه قرض و اضاف اليه بانه قرض ان كان بقصده.

و فيه ان القرض كما عرفت عنوان خاص و يكون نتيجته التملك و مجرد دفع المال بدون قصد التملك لا يكون قرضاً و مع قصده بدون وجود المبرز لهذا العنوان قولاً او فعلاً لا يفيد لان المعاملات لا تتحقق بالقصد فقط فالدفع ان كان مع القرينة دالاً على القرض فهو و الا فان صرح بكونه قرضاً فلا كلام و ان لم يصرح فيكون الملك باقياً في ملك مالكة و يكون في يد المدفوع اليه امانة و يكون مأذوناً للتصرف فيه و للتصرف في ربحه و لو تلف بغير تفريط لا ضمان عليه و هذا هو الذي ينصرف اليه اطلاق هذا النحو من الدفع لو لا القرينة على كونه قرضاً او يكون هذا هو المتيقن منه على فرض عدم الانصراف او يكون عنواناً مستقلاً من المعاملات و يظهر عن الرياض ان ذلك حكم القرض لا انه قرض موضوعاً كما انه اذا اشترط الربح لهما يوجب ان يكون بحكم القراض لا

أنه القراض موضوعاً لأن القرض و القراض محتاجان الى عقد بصيغة مخصوصة و لا يحصلان بمجرد الدفع و اشتراط ما يناسبهما.

أقول: ان ما ذكره متين لان ما ينتج نتيجة القرض او القراض ليس هو ذلك المعاملة فان البيع ربما ينتج نتيجة الربا كما اذا باع عشرين توماً بأحد وعشرين فانه صحيح و لكن لا يصح قرضه بالزيادة و نحن فى اثبات عنوان القرض او القراض نريد اثبات احكامهما الخاصة عليهما فهذا النحو من المعاملة ليس هو قرضاً و لا قراضاً فهو اما اباحة او عنوان مستقل من المعاملات و كيف كان ففرق القرض و المضاربة واضح فان القرض تملك عين بعوض و المضاربة دفع مال بدون تملك مع اشتراط كون الربح بينهما مع قصد المضاربة سواء كان بالمعاطاة او بالعقد و اما مجرد اعطاء المال مع اشتراط ان يكون الربح بينهما فهو ايضا ليس مضاربة و قراضاً و ان انتج نتيجته الا اذا كان قرينة على العنوان الخاص و بما ذكرناه قد عرفت انهما ليسا محكومين بحكم القرض و القراض ايضا بل ينتجان نتيجته فى الجملة.

ثم انه قد يقال بعدم لزوم القصد فى حصول القرض للمعتبرة المستفيضة التى منها الصحيح و الموثق و غيرهما^(١) ففى صحيح محمد بن قيس (ح ١) (فى حديث) ان علياً عليه السلام قال من ضمن تاجراً فليس له الا رأس ماله (المال خ ل) و ليس له من الربح شىء. و منها موثق محمد بن سماعة عن صفوان (ح ٢) من ضمن مضاربه فليس له الا رأس المال.

و تقريب ذلك هو ان يقال ان عدم كون الربح لمالك يكون من باب بطلان المضاربة و ضمانه لرأس المال يكون من جهة كونه قرضاً. و فيه ان صيرورته

١- فى الوسائل، ج ١٣، باب ٢ من احكام المضاربة.

قرضاً بذلك يكون اول الكلام فان الضمان ليس معناه تمليك العين فيكون نظر العارية المضمونة ولا دلالة في ذلك عليه وسيجيء البحث في تفصيل الكلام في شروط الضمان (في مسألة ٢٣ و ٢٤) وقيل ان غاية ما يدل على ما روى مرسلًا عن النبي صلى الله عليه وآله «الخراج بالضمان» الذي يكون من طريق العامة^(١) ولا يكون معمولاً به عند الاصحاب ولذا أفتوا بضمان المنافع المستوفات للمقبوض بالعقد الفاسد. ولذا قال في الجواهر «ان المتّجه بعد تسليم مضمونها و عدم رجحان معارضهما عليهما الاقتصار على ذلك فيما خالف الضوابط الشرعية» وكيف كان فلا دلالة لهما على ان القرض يتحقق عنوانه بمجرد الدفع مع اشتراط كون الربح للعامل.

اما البضاعة و البحث فيها في جهتين: الاولى في معناها واصطلاحاً فنقول أنّها بكسر الباء كالكتابة في اللغة قطعة وافرة من المال تقتنى للتجارة كما في مفردات الراغب. و في الاصطلاح هو دفع الانسان مالاً لغيره ليتجر به و يكون الربح تمامه للمالك و هذا يوافق المعنى اللغوي ايضاً في الجملة هذا اذا كان ذلك في شرطهما و اما اذا دفع اليه مالاً ليتجر به و لم يشترط شيئاً من كون الربح للمالك او للعامل او لهما ففي المتن انه داخل في عنوان البضاعة و الظاهر منهم عدم النزاع فيه و هو المناسب للمعنى اللغوي المتقدم.

الجهة الثانية في البحث عن حكمها من حيث الربح والظاهر منهم التسالم على ان الربح يكون للمالك الا ان البحث في ان العامل هل يستحق اجرة المثل ام لا؟ فالمصنف قال: و عليهما يستحق العامل اجرة المثل لعمله الا ان يشترطاً عدمه او يكون العامل قاصداً للتبرّع و مع عدم الشرط و مع عدم قصد التبرّع أيضاً له ان

١- صحيح الترمذی، ج ٥ ص ٢٨٥؛ سنن ابن داود، ج ٢، ص ٢٥٥.

يطلب الأجرة الا ان يكون الظاهر منهما في مثله عدم اخذ الأجرة و الا فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع.

أقول: هذا البحث وان كان يأتي تفصيله في ضمن المسائل الآتية (كمسألة ٢٣ و ٤) و لكن هنا ايضا في شرح هذا المتن لا بد من البحث فيه لان في مورد عدم كون الربح للعامل لكون العنوان عنوان البضاعة يتصور بالنسبة الى العامل صور: فانه اما ان يقصد التبرع بعمله او لا او يشترط عليه عدم الأجرة له او يشترط الاجرة عليه او يقصد الاجرة او لا يقصد التبرع و لا الاجرة كما في موارد عمل الولد بمال لأبيه مع كونهما بصدد ادارة معاشهم من غير قصد لكون الملك ملك هذا او ذاك و في صورة عدم احراز العنوان اما ان يكون ظاهر حال متبع عند العقلا، لاجرة المثل او لعدمه او لم يكن.

اما الصورة الاولى و الثانية و هو قصد التبرع او اشتراط عدم الاجرة فحكمها واضح لانه لا يشىء للمتبرع و لمن صرح بكون عمله بلاجرة و احترام عمل المسلم يكون في صورة عدم اسقاط احترام عمله من حيث الأجر الديني.

و اما الصورة الثالثة و هي ان لا يقصد التبرع بل قصد الاجرة و لكن لم يبرز هذا القصد ففيها يجىء البحث في ان مجرد عدم اشتراط سهم له من الربح أو السكوت عنه او اشتراط كون الربح بتمامه للمالك ينافي قصد الاجرة ام لا فهنا يكون عبارة المسالك التي حكى انها عن التذكرة هكذا... «و ان شرطاه (اي الربح) للمالك فهو بضاعة. و ان لم يشترط شيئاً فكذلك الا ان للعامل اجرة المثل» فاستظهر من هذه العبارة في الجواهر و غيره انه في صورة شرط الربح للمالك يكون بضاعة و لا اجرة للعامل بخلاف صورة عدم اشتراط شىء و استظهر في الرياض عدم الاجر في الاول من كلام الاصحاب ثم قال و هو حسن ان لم يكن هناك قرينة من عرف او عادة بلزومه و الا فالمتجه لزومه و لذا فصل فاضل

المقداد بانه ان قال مع ذلك ولا اجرة لك فهو توكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه باجرة و ان قال لك اجرة كذا فان كان عيّن عملاً مضبوطاً بالمدة و العمل فذاك اجارة و ان لم يعيّن فهو جمالة و ان سكّت و كان ذلك الفعل له اجرة عرفاً فله اجرة مثله و لنعم ما فصل و ينبغي تنزيل كلمة الاصحاب عليه.

أقول: ان مجرد تعيين كون الربح للمالك لا يكفي ان يكون دليلاً على عدم الاجرة للعامل بل ربما يكون القرينة على ان العمل يكون للاجرة مثل من يكون عيشته في العرف بان يعمل للناس امثال هذه الأعمال ثم يعطونه شيئاً مناسباً كالذلال و السمسار فاستحقاقه للأجر حينئذ و عدم كون عمله تبرعياً واضح كما في الرياض و اما اذا لم يكن قرينة و كان مجرد امر من المالك بذلك و لم يكن قرينة على التبرع ايضا فالقول بعدم الاجرة للعامل غير تام اذا كان العمل ممّا له الأجر عادة و عرفاً و نفس السكوت لا يكفي للقول بعدم الاجر فما عن فاضل المقداد من ان له اجرة مثل عمله تام و تنزيل اطلاق كلمات الاصحاب عليه ايضا حسن فان عمل المسلم محترم اذا كان بعد امر به و انتساب منه الى غيره فان الامر بعمل له اجر خصوصاً اذا كان ذلك العمل عملاً لطلب الربح لا يكون مجاناً في نظر العرف فعلى هذا ما عن المصنف في المتن تبعاً لصاحب الجواهر و غيره متين و عدم قصد التبرع كاف في استحقاق الأجر و لا يحتاج الى قصد الأجر كما صرح به في الجواهر و يظهر من المتن ايضا. فإن قلت - كما في المستمسك - قاعدة احترام عمل المسلم يكون نظير قاعدة نفى الضرر فكما أنّ قاعدة نفى الضرر يكون نافياً له و لا يثبت تداركه بشيء (كما انه لا يثبت بنفى الضرر كون الطلاق بيد المرأة او الحاكم لدفعه) فكذلك قاعدة الاحترام تقتضى حرمة و عدم جواز استيفائه جبراً او كرهاً فالعمدة في وجه الضمان هو ان استيفاء عمل العامل موجب لضمانه عند العرف و العقلاء من دون رادع عنه.

قلت: ان عدم كون قاعدة نفى الضرر موجبة لإثبات الضمان و تداركه يكون من جهة ان مفادها النفي والاثبات محتاج الى دليل على حدة و اما قاعدة احترام مال المسلم المستفادة من مثل قوله (ع) «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» يكون مقتضاها بحسب تناسب الحكم و الموضوع هو ضمانه باتلافه مضافاً الى حرمة اتلافه فكما ان دمه محترم و اراقته موجب للدية فكذلك ماله محترم و يحرم التصرف فيه بغير اذنه و يكون عليه عوضه فانه ان قلنا بعدم ضمانه ان اتلفه غيره لم يكن هذا مناسباً للأحترام فعلى هذا من امر بعمل من الاعمال فكأنه صار سبباً لاتلافه فعليه عوضه و وجه الضمان عند العرف و العقلاء ايضا يكون هذا المعنى لا غير فلا يرد هذا الا يراد على الماتن في تمسكه بقاعدة الاحترام في المقام.

ثم ان بعض الاعاظم في صورة اشراط ان يكون الربح تمامه للمالك اشكل على المصنف باشكال آخر و هو انه في كتاب المساقاة (مسألة ١٤) صرح بعدم استحقاق العامل للأجر فيما اذا اشترط المالك انفراده بالثمر لكونه حينئذ متبرعاً و هو مدظله استحسن هذا المقال لان طلب العمل على ان لا يكون للعامل من الربح شيء او طلب المساقاة من غير ان يكون للعامل من الثمر شيء يكون ظاهراً في المجانية فلا يكون له بازاء عمله هنا شيء من الربح للتصريح بعدمه و لا اجرة المثل لظهور العمل في التبرع و اما اذا لم يشترط شيئاً فالحق مع المصنف و الحاصل قسم الاول من البضاعة يشكل قول الماتن و في القسم الثاني منها لا اشكال فيه.

و فيه: ان اشتراط عدم كونه شريكاً في الربح او في الثمر لا يكون له ظهور عقلاني في المجانية لولا القرينة فان الخصوصية الخاصة للثمر او كثرة ربح المال الكثير ربما تمنع من ان يكون المالك راضياً باخذه العامل لذلك و لا ينافي ان يكون للعامل اجرة المثل لعمله و يكون النفي متوجهاً الى النفي لخصوصية الربح

و الثمر كما انه ربما يكون القرينة على نفيا لان العامل ممن يرتزق بامثال هذه الاعمال كما انه ربما يكون القرينة على المجانية و ان المراد ليس هو نفى الخصوصية بل نفى مطلق الأجر فعلى هذا لو ادعى العامل ان عمله ليس تبرعيا يقبل منه و مجرد فساد عقد المضاربة او المساقاة لا يكفي للمجانية مع عدم احراز قصد التبرع. فعلى هذا فما فى المتن وكذا فى الجواهر هو المتبع.

الجهة الثانية فى شروط المضاربة

قوله: و يشترط فى المضاربة الإيجاب و القبول و يكفى فيها كلّ دال قولاً او فعلاً و الإيجاب القولى كأن يقول ضاربتك على كذا، و ما يفيد هذا المعنى فيقول قبلت.

أقول: البحث فى الإيجاب و القبول فى امرين: الاول فى اصل لزومهما و الثانى فى كفاية كل دال عليه قولاً او فعلاً.

اما الاول فالظاهر انه لا خلاف فيه و قد ادعى الاجماع عليه و حكى عن القواعد و التذكرة انه من اركان هذه المعاملة و لكن يمكن ان يكون سند عدم الخلافه هو السيرة العقلية على ان القرار المعاملى فى هذه المعاملة كغيرها يكون هو الذى يعتمد عليه العقلاء و ما لم يكن هذا القرار لا يرون للعمل بمجردة هذا الأثر و لم يردع عنها الشرع الأثر فهى الحجة. و يكون كشف السيرة عن امضاء المعصوم (ع) لها ككشف الاجماع عن رأيه (ع) و المراد هو عدم كون الاجماع تعبدياً محضاً.

ثم أنه قد يقال بأن الفرق بين العقد و الايقاع ليس هو فى مفهومهما ذاتا بمعنى أن الايقاع بمعنى اليجاد و العقد بمعنى الالتزام و لا بمعنى كون الايقاع قائما بشخص و العقد قائم بشخصين بل الفارق بينهما هو ان الايقاع ما يكون

تحت ولاية شخص واحد و العقد ما يكون تحت ولاية شخصين و حيث يكون الخروج عن تحت سلطنة المالك بالاجبار خلاف قاعدة سلطنة الناس على اموالهم و دخوله في الملك جبراً خلاف سلطنة الناس على انفسهم و أضف اليه أنّ جبر العامل ان يكون عمله المحترم لغيره خلاف سلطنته على عمله فالمضاربة عقد من العقود و يكون تحت سلطنتهما لا بدّ له من ايجاب و قبول فلو فرض ان يكون السلطنة لشخص واحد كما اذا كان المالك و العامل سفيهين ففقد وليهما فحيث يكون السلطنة و الولاية لواحد فهو لا يحتاج الى القبول بل المضاربة حينئذ من الايقاعات و هكذا غيره كالنكاح الذي يكون بين العبد و الأمة اللذين يكون مالهما شخصاً واحداً او نكاح الجدّ الأبى للصغيرين الذين يكون احدهما ابن ابنه مثلاً و الآخر بنت ابنه الآخر فيكفي ان يقول زوجت فلانة من فلان بدون القبول و هكذا الوكيل عن الطرفين اذا كان وكيلاً على اصل الترويج لا ان يكون وكيلاً على الايجاب من قبل المرأة و على القبول من قبل الرجل.

و فيه: أنّ الاختلاف في السلطنة بالآخرة يرجع الى الاختلاف في ماهية العقد و الايقاع و ادعائه ان تسمية العقد الانشائي بالعقد و الايقاع الانشائي بالايقاع لا يكون بهذا اللحاظ ادعاء محضاً فان العقلاء يرون العقد عقداً لانه محتاج الى الطرفين و ليس نظرهم منحصرأ في السلطنة الواحدة و السلطنتين و نكاح الوليّ للصغيرين يكون بابيه باب الوكالة من قبلهما و السلطنة لهما على أنفسهما يكون لهما وجود تنزيلي في وليهما و يكون الولي ولياً في ايجاد ما هو عقد عرفاً عند العقلاء و الايجاب من طرف واحد ليس كذلك و العبد و الامّة و ان لم يكن رضائهما دخيلاً و لا سلطنة لهما و لكن المولى لا بدّ أن لا يكون خارجاً عما يكون عليه نظام العقلاء في عقدهم و ايقاعهم فعلى هذا لا بد ان يكون الواحد

موجباً من وجه و قابلاً من وجه آخر و اما الوكيل الواحد عن قبل الزوجين فلا يمكن ان يكون وكيلاً في الزواج الذي لا يكون في اختيار الموكل بتمامه فما لا يكون له كيف يكون لو كيله؟! فما كان له يكون هو التوكيل في الايجاب ان كان امرأة و التوكيل في القبول ان كان رجلاً فعلى هذا الأقرب في جميع امثال هذه الموارد هو انشاء الايجاب و القبول ليصير العقد متحققاً.

و اما الامر الثاني و هو البحث في كفاية كل دالّ عليه قولاً او فعلاً اما صحة المضاربة بالعقد اللفظي فلا كلام فيها و اما تحققها بالفعل على نحو المعاطة فهو ايضا لا اشكال فيه لان اللفظ ليس الا كاشفاً عن قصد انشاء المعنى فاذا قصد دفع المال انشاء المعاطات بهذا الدفع و اخذ العامل المال بهذا العنوان يكون العقد صادقاً و ان لم يكن هذا من التعاطي بل يكون اعطاء و أخذاً كما نقول بهذا في البيع ايضا لان الفعل يكون بمنزلة اللفظ في نظر العرف و العقلاء في صدق عنوان عقد المضاربة او عقد البيع. ثم انه قال في الروضة «و من لوازم جوازها منهما وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه و في اشتراط وقوع قبوله لفظياً او جوازه بالفعل ايضا قولان لا يخلو ثانيهما من قوة»

اقول: في هذا الكلام ايرادان: الاول في ان المقتضى جواز عقد المضاربة و وقوعه بكل لفظ فان جواز العقد او لزومه لا ربط له باللفظ الذي يقع العقد به بل لا بد ان يكون اللفظ مما به يتحقق هذا المعنى الخاص فلو قال بدل قوله ضاربك مثلاً جاربتك لا يصح. نعم اذا لم يرد اللفظ الخاص في لسان دليل من الادلة فيتحقق بكل لفظ يكون الدراج التعبير به عن هذه المعاملة مثل ان يقول اعطيتك هذا المال للمضاربة و نحو ذلك فيقول العامل قبلت فهذا الكلام لا نفهم له وجهاً وجيهاً.

الثاني ما يظهر منه او يستظهر منه من ان ايجاب المضاربة لا بد ان يكون باللفظ

والاختلاف يكون في تحقق القبول بالفعل كاللفظ ام لا، فانه بعد عدم ورود دليل خاص في القبول لا فرق بينه وبين الايجاب في نظر العرف والعقلاء وكذا لا فرق بين الايجاب والقبول من جهة عدم اعتبار اللفظ بالخصوص فيهما بعد عدم ورود دليل خاص في اعتبار اللفظ في الايجاب ايضا. واما ما عن التذكرة من الاقتصار فيما خالف الاصل على المتيقن اى الأصل هو كون الربح تابعا للمال وللعامل اجرة المثل ويرجع هذا الى اصالة عدم تحقق المضاربة لانها خلاف هذا الاصل ففيه ان العمومات الدالة على الوفاء بما سعى عقداً باى وجه كان كافية في رفع الاصل فاذا كان الدراج القبول او الايجاب بالفعل كالقول عند العقلاء فلا يعتنى باصالة عدم تحقق العقد و اصالة كون الربح تابعا للمال والعامل مستحقاً لاجرة المثل. لانه لم يرد دليل خاص من الشرع على كيفية ايقاعه.

ثم من اقوى أنحاء وقوعه بالفعل هو كتابة عنوان مضاربة في مكتوب وامضاء المالك والعامل لهذا المكتوب الذى هو دارج فى المؤسسات الدولية والمالية بل هذا النحو من العقد اقوى من اللفظ عندهم حيث انه مكتوب وانكاره اصعب من انكار اللفظ. فتحصل انه لا فرق بين القول والفعل ايجاباً وقبولاً فى المضاربة.

ثم إن سائر شروط العقود غيرها كالتواصل والتنجز ايضا لابد ان ينظر اليها وان لم تتعرض لها المصنف هنا فقال فى الجواهر بما محصله هو لزوم مراعاتها فان التواصل بين الايجاب والقبول يشترط فى كل عقد الا فى عقد الوكالة للدليل الخاص والقياس حرام وكذلك التنجز فانه ايضا لازم لاتحاد الطريق فى العقود وان المدار على نظر العرف والعقلاء فى العقد اللازم والجائز و اقول لا بد من ملاحظة سيرة العقلاء فى كل مورد من الموارد اذا لم يكن دليل خاص من الشرع الانور. فإنه اذا كان الدارج بين العقلاء تشكيل عقد المضاربة بالكتابة من بلد الى بلد ويتحقق بامضاء الورقة المرسلة ولا ردع عن الشرع فالعقد متحقق وليس لنا

قانون كلى للزوم التواصل حتى يكون الوكالة فقط خارجة عنه بالدليل الخاص فعلى هذا لا يلزم اتحاد مجلس الايجاب والقبول ايضا واما التنجيز فهو شرط من باب ان التعليق فى الانشاء مساوق لعدمه بالفعل فلو فرض كفاية الانشاء على التقدير ولم يكن اجماع على اعتباره فيمكن القول بتحقيقه بعد حصول الشرط ولكن الظاهر من كلام الشيخ الاعظم فى المكاسب ما يظهر منه الاجماع على شرطية التنجيز فى كل عقد ويحكى عليه الاجماع ايضا والحاصل انه لو لا الاجماع على اشتراط التنجيز فى كل عقد فيقتصر على التنجيز فيما ادعى عليه الاجماع بالخصوص كالبيع والنكاح والوقف.

قوله: ويشترط فيها ايضا بعد البلوغ العقل، والاختيار وعدم الحجر لفلس او جنون امور

اقول: اما اشتراط البلوغ فهو مبنى على الاحتياط فى الصبى المميز لان الصبى المميز يكون كغيره فى تلقى التكليف ولا دليل لنا على عدم نفوذ معاملات الصبى الا ما ادعى من الاجماع فى بعض الكتب كما فى مكاسب الشيخ الاعظم عن الفنية وغيرها فى البيع او فى جميع معاملاته او رواية رفع القلم عن الصبى^(١) وكذا ما ورد من صحيح ابن مسلم عمده الصبى وخطاه واحد^(٢) والاجماع سندی والرواية يكون المراد منها رفع قلم المؤاخذه لا التكليف ولذا يكون عباداته شرعية و يعزّر فى بعض المعاصى و يؤدّب للصلاة تمريناً ومن المعلوم ان وليه كأبيه يؤدّبه للصلاة التى مأمور بها من قبل الله تعالى ويتعلق تكليفها بهذا الصبى لكونه قابلاً لتلقى التكليف من الله تعالى و اما الصحيح وعمد الصبى وخطاه واحد فهو منزل على باب الجنایات ولا يأتى فى غيره ضرورة بطلان صلاته

١- فى الوسائل، باب ٤ من مقدمات العبادات. ٢- فى التهذيب، ج ٢، ص ٥١١.

بترك الطهور مثلاً عمداً و قد مر البحث عنه منا في كتاب النكاح مفصلاً في شرح مسألة ١٠٣ في فصل العقد و احكامه فلا نطيل (و عن بعض الاعاظم في تقرير بحثه المسمى بمصباح الفقيه (ج ٣) في بحث المعاملات تفصيل البحث فيه و كذا البحث عن الشيخ الاعظم الانصارى في مكاسبه مفصل فارجع) هنا فعلى هذا يكون عقده للمضاربة عقداً صحيحاً شرعياً و ربما يكون أبصر بالمعاملات من ابيه فان كان له رشد في التصرف في الاموال فلا كلام و ان لم يكن له رشد كذلك فيمكن ان يقال يتصرف باذن وليه و لكن يمكن ان يقال اذا لم يكن له الرشد المالى لا يقدم العقلاء على المضاربة معه سواء كان مالكاً او عاملاً و المعاملات امور عقلانية و لكن ذلك تحت نظر وليه لا اشكال فيه عندهم و ان كان احيانا يكتفى بما يفعله الولي من دفع ماله مضاربة و لا احتياج الى نظر الولي في اصل العقد او الدفع و اما عمله فهو منوط بنفسه و ان كان مع اذن وليه او تحت نظره. و هذا بخلاف من كان له الرشد المالى كالبالغين او احسن منهم.

و اما العقل و الاختيار فلا خلاف في اعتبارهما فانهما من الشرائط العامة في المعاملات و المعاملات التي صدرت من المجنون او المكره ساقطة عن الاعتبار عنه العقلاء و الشرع امضى ما عليه بنائهم.

و اما عدم الحجر لفلس فهو بالنسبة الى المالك فلا شبهة في شرطيته لان الفلس موجب للمنع من التصرف في امواله اذا حكم الحاكم بفلسه فمعه لا يكون له دفعه لغيره مضاربة لان ماله يكون متعلق حق الغير او يكون بنفسه للفرماء و لا مال له و ليس هذا شرطاً في العامل. ثم ان اطلاق كلام المصنف يقتضى ان يكون هذا شرطاً للعامل او المالك الا ان اطلاقه غير مراد بالنسبة الى العامل لان العامل يكون له التصرف في مال المضاربة بعمله فيه فان الذي يكون العامل ممنوعاً منه هو التصرف في امواله لما مر من انه يصير للفرماء و اما عمله فهو يكون لنفسه

و تصرفه في مال غيره يكون جازياً بمقتضى المضاربة فهذا الشرط مخصوص بالمالك ولا يشمل العامل.

و اما الجنون فذكره بعد ذكر اشتراط العقل مستدرك الا ان يكون مراده بالجنون السفه وقد حصل الغلط في العبارة وكيف كان فالذى يكون قابلاً للبحث هو السفه ولكن لا بد من ملاحظة ان عدم السفه شرط بالنسبة الى المالك و العامل او يكون شرطاً بالنسبة الى المالك فقط لا العامل وهذا البحث غير محرر في كتاب المضاربة كعدم تحرير ما تقدم ايضاً فيه بل احكام السفه يكون مبيّناً في كتاب الحجر.

و قال بعض الاعاظم بان المالك السفه و ان كان محجوراً عن التصرف في امواله و اما العامل فقبوله للمضاربة ليس تصرفاً في المال و عمله الذى بحكم المال ايضاً ليس مما ملّكه للمالك ليكون تصرفاً في ماله بل عقد المضاربة شبيه بالوكالة او الجعالة اى الوكالة في الاسترباح او الجعالة للعمل ولذا ذكر غير واحد ان له ان يأخذ عوض الخلع لكونه من تحصيل المال لا التصرف في امواله و السفه هو الذى يتصرف في امواله بما لا يعنى.

و اقول ان الاجماع و ان كان على منع تصرف السفه في امواله و لكن سند هذا الاجماع هو ما عليه بناء العقلاء و سيرتهم من اخراج السفه عن النظام المالى في الاجتماع و عمل السفه و ان لم يكن مالا و لكن تصرفه و اخذه للمال من المالك بمقتضى المضاربة يكون تصرفاً في مال المالك و حيث ان ملاك منعه من التصرف في امواله لقصوره يكون في مورد اموال غيره بالاولوية فلا يجوز له التصرف في اموال غيره عند العقلاء بالاولوية ايضاً و يكون دفع المال للسفه ليتجر به نوع سفه آخر من الدافع و ان لم يكن سفهياً عرفاً فسنسد مشروعية المضاربة ان كان بناء العقلاء مع امضاء الشرع فيكون هذا خارجاً من بنائهم و ان

كان ما ورد من النصوص الدالة بالملازمة على امضاء المضاربة فمنصرفه عن هذا المورد فهذه المعاملة باطلة على اى تقدير و بعبارة اخرى ليس هذا عقداً عرفياً ليشمله عموم وجوب الوفاء بالعقد و لا تجارة حتى يشمله عموم التجارة عن تراض و لم يكن عقداً تعدياً لعدم الدليل عليه. ثم ان نفس عمله ان كان بحكم المال فكيف يجوز له التصرف فيه بدون اذن وليه و ان لم يكن مملّكاً آياه للمالك لرأس المال هذا مضافاً الى ان العمل يكون فى المضاربة طرف المعاوضة و يكون بعضه بمقتضى المعاوضة كذلك ملكاً للمالك فى مقابل ما يأخذه العامل من الربح فكيف نقول انه ليس مملّكاً له، فالحق أن عدم السفه يكون شرطاً فى كلا طرفى المضاربة من العامل و المالك بل لو فرض ان المضاربة بحكم الوكالة و الجعالة فهذه العقود ايضا لا بد ان تكون باذن الولي و ان لم يكن السفية مسلوب العبارة بحسب صيغة العقد و لكن من حيث رجوع ذلك الى اتلاف وقته و عمله يكون محتاجاً الى ولي كما هو ديدن العقلاء فى مورد السفهاء و الله العالم.

الشرط الأول: فى شرطية كون رأس المال عيناً فى المضاربة^(١)

قوله: الاول، ان يكون رأس المال عيناً، فلا تصح بالمنفعة و لا بالدين، فلو كان له دين على احد لم يجز ان يجعله مضاربة الا بعد قبضه. و لو اذن للعامل فى قبضه، ما لم يجدوا العقد بعد القبض نعم لو وكله على القبض و الايجاب من طرف المالك و القبول منه، بان يكون موجباً قابلاً، صح. وكذا لو كان على العامل دين لم يصح قراضه الا ان يوكّله فى تعيينه ثم ايقاع العقد عليه بالايجاب و القبول بتوكلى الطرفين.

١- هذا البحث فى الجواهر، ج ٢٦، ص ٣٥٦، فى الامر الثانى فى مال القراض.

اقول: البحث فى هذا الشرط تارة يكون من جهة اصل اعتبارة و اخرى فى تطبيق كلى الذين على المصداق خارجاً ليصير بذلك عيناً ثم المضاربة بها ولو بالتوكيل و العمدة الكلام فى الأول و قبل الورود فى الاستدلال فى الأول فلا بد لنا من بيان مقدمة مهمّة و هى ملاحظة ان المضاربة هل هى على مقتضى القاعدة العقلية او امر على خلاف القاعدة فنقول يظهر من صاحب الرياض انه خلاف القاعدة للاصل الدال على تبعية الربح للمال و استحقاق العامل الأجرة مطلقاً او فى الجملة و تبعه بعض اعظم العصر و اوضحه بما اصله بتفتيح متأن ان كون المضاربة على خلاف القاعدة بوجهين: الاول، بالدليل العام الشامل لها و لغيرها و الثانى، بالدليل الخاص فى موردها.

أما الدليل العام فهو ان العقد الواقع فى الخارج قد يكون من قبيل البيع و الاجارة و نحوهما مما يكون التمليك و التملك من الطرفين كما ان البايع يملك المثلث و يملك الثمن و المشتري يملك الثمن و يملك المثلث و قد لا يكون كذلك و لا يكون التمليك من احد من الطرفين كالمزارعة و المضاربة و المساقاة فان المالك لا يملك ماله الذى هو له بالفعل للعامل و الربح الذى يملكه حصّة منه ليس ملكاً له بالفعل فيكون الاصل هو تبعية الربح للمال و كون بعضه ملكاً للعامل رأساً و ابتداء على خلاف القاعدة فى العقود اذ مقتضى القاعدة هو ان يكون العوض لمن له المعوض فمن يكون له الثمن يكون له المثلث و بالعكس فلا وجه لكون بعضه للعامل.

فان قلت: ينتقل هذا البعض ابتداء الى ملك المالك ثم يخرج عن ملكه و يدخل فى ملك العامل.

قلت: إن قانون المضاربة هو أن يدخل سهم العامل فى ملكه من بدو الأمر لا بعد دخوله فى ملك المالك هذا أولاً و ثانياً أن المالك حين عقد المضاربة لا يكون

له السلطنة على الربح فكيف يملكه لغيره فإنه من تملك ما لا يملكه بالفعل ولذا لا اشكال في عدم صحة المضاربة اذا لم يكن حصته من ربح المال الذي يتجر به بل من مال آخر فلذا ان جعل له سهماً من ربح تجارة اخرى له او من ثمر بستانه في العام القادم بطلت المضاربة و المساقاة.

و الحاصل ان الصحة في هذه الموارد التي لا يكون له ملك بالفعل يملكه غيره محتاج الى دليل خاص فان كان و الا فالقاعدة تقتضي البطلان نظير اجارة الارض بحاصلها او بيع ما سيرته من موثرته.

و فيه انه لا يخفى ان الملكية ليست من الامور المتأصلة كالثمر على الشجرة بل من الأمور الاعتبارية التي قوامها بالاعتبار في الوعاء المناسب له او لا تكون الاعتباراً محضاً اعتبره العقلاء فعلى هذا كون معاملة على وفق القاعدة و عدمه منوط بالنظر الى الاعتبار العقلاني و نحن اذا لاحظنا باب المضاربة و غيرها من امثالها كالزراعة و المساقاة نرى ان المالك اذا كان له المال و العامل اذا كان له العمل يعتبر العقلاء لهذا شيئاً و لذاك شيئاً آخر و بعقد المضاربة يكون التبادل بين المال و العمل فكأن المالك بلحاظ المال الموجود يكون له ربح موجود اعتباراً و العامل بلحاظ الصحة الموجودة في بدنه و القدرة الكامنة فيه للتجارة يكون له عمل موجود اعتباراً و بهذا العقد يحصل التبادل بين الاعتبارين فليس هذا تملكياً للعين و لا تبادلاً فيه بل تبادل في الاعتبار و هذا الاعتبار يعتبره العقلاء فليس سهم العامل من الربح بلا شيء و لا سهم المالك من العمل قهراً بلا شيء ليكون داخلياً في أكل المال بالباطل عند الشرع و عند العقلاء بل هذا على وفق القاعدة العقلانية و ليس ربح المال كالثمرة على الشجرة تكوينياً ليقال انه لا ينفك عنه كما ان العمل للعامل ليس كذلك لثلا ينفك عنه و لا نحتاج الى دخول الربح آناماً في ملك المالك بل لا بد على وفق هذه القاعدة ان لا يدخل بعض منه في

ملك المالك لانه صار ملكاً لغيره فى مقابل عمله الذى هو محترم كالمال.
 و أمّا بطلان المضاربة او المساقاة بواسطة عدم جعل الربح من هذه التجارة او من هذه الشجرة فهو لا يكون مؤيداً لكون المضاربة خلاف القاعدة من جهة عدم فعلية ملك الربح بل البطلان يكون من جهة دليل خاص وهو ما دل على ان امثال هذه المعاملات لا بد ان يكون بجعل السهم فى مقابل العمل فى نفس هذا المال من هذا المال لا من مال آخر كما انه لا يصح بسهم معين من الربح كألف وانه لا بد ان يكون بسهم كالثلث و الربح و الشاهد على عدم لزوم فعلية الملك فى المعاملات هو صحة الاجارة و امثالها فان الاجير لا يكون عمله حاضراً فكيف يأخذ الاجرة فى مقابله بعد عقد الاجارة و منفعة مثل الدار لا تكون حاصلة الا بالتدريج فكيف يستحق الموفر للاجارة ويملكه قبل تمام المدة بل بمجرد العقد، فان هذا اقوى شاهد على عدم لزوم كون المال مالاً الا بحسب الاعتبار العقلائي.
 و اما مسألة اجارة الارض بحاصلها فهي تكون لدليل خاص فى موردها و عدم صحة بيع الوارث ما سيرته فلعدم اعتبار العقلاء الملكية قبل موت المورث فتحصل ان هذا الوجه فى كون المضاربة خلاف القاعدة غير وجيه.

و الوجه الثانى لبيان كون المضاربة على خلاف القاعدة هو ان الاتجار بمال المضاربة لا ينحصر بمرة واحدة بل تكون مستمرة فعلى هذا يتحقق خلاف القاعدة فى ساير المرات كما اذا فرض ان يكون رأس المال مائة دينار فاتجر العامل به فربح مائة و فرض ان سهمه من الربح جعل النصف فحينئذ يصير العامل مالكاً لخمسين و المالك المائة و خمسين فاذا اتجر تأنيباً بمأتين و ربح مأتين فعلى القاعدة يكون للمالك نصف ربح مائة و خمسين و للعامل تمام ربح الخمسين سهمه السابق و نصف ربح المائة و خمسين و ذلك من جهة عدم عمل من المالك و الاول فى خمسين سهم العامل من الربح الاول ليكون له شىء منه فعلى هذا

يكون ربع المأتين للعامل وحده وهو خمسون ونصف ربح المائة والخمسين سهم المالك وهو خمسة وسبعون فيصير سهم العامل مائة وخمسة وسبعون حاصل جمع الخمسون من الربح الاول والخمسون سهم ربح ربحه الاول وخمسة وسبعون مما هو شريك فيه مع المالك وتبقى للمالك مأتان وخمسة وعشرون مع ان هذا لا يكون في المضاربة اذا فرض الربح ربح المجموع من التجارات فان المائة رأس المال الاول قد ربح بعد التجارتين ثلاثمائة ونصفها مائة وخمسون وهذا يكون خلاف قاعدة ان الربح للمال تابع له وعمل العامل يكون أجرته له فعلى هذا لو كنا نحن والقاعدة ولم يكن هناك دليل على الصحة لالتزمنا بفساد عقد المضاربة بقول مطلق وانما قلنا بالصحة فيها للنصوص الخاصة فلا بد في تحديد ما نعتبر في الحكم بالصحة من اتباع دلالتها بمقدارها يحكم بالصحة والباقي يبقى على اصالة الفساد.

وفيه: ان هذا الوجه ايضا للخذشة فيه مجال وذلك من جهة ما سيجيء (في مسألة ٣٥) من ان «الربح وقاية لرأس المال فملكيّة العامل له بالظهور متزلزلة فلو عرض بعد ذلك خسران او تلف يجبر به الى ان تستقر ملكيته والاستقرار يحصل بعد الانضاض والفسخ والقسمة فبعدها اذا تلف شيء لا يحسب من الربح بل تلف كل على صاحبه» وهذا العظيم في شرحه لهذه المسألة قال بعدم الخلاف فيه وادعى الاجماع عليه وقال و يقتضيه انتهاء العقد وتسلط كل على ما يختص به. فعلى هذا لنا ان نقول ان الربح بعد تجارة واحدة حيث لا يصير ملكا مستقلاً لا يحسب له ربح مستقل ليلزم ما ذكره من خلاف القاعدة فكأنه يحسب من شئون رأس المال ومزاياه مالم يفسخ المضاربة ولم تحصل القسمة (و بالفارسية اين سود پشتوانه سرمايه است) فعلى هذا يكون تقسيم الربح على وفق القرار في عقد المضاربة على القاعدة وبعبارة اخرى ان رأس المال بمالّيته

والعمل كذلك يكون في هذه المعاملة في القلب و الانقلاب و يحصل به التوازن بين العمل و المال فعلى هذا لم يكن حساب الربح بعد تمام المضاربة على خلاف القاعدة و هذا الشرط يعنى فعليّة ملك العامل بعد الفسخ و القسمة مضافاً إلى كونه شرعياً يكون عقلياً ايضاً لأنّ المضاربة عند العقلاء لا تنحصر بمعاملة واحدة بل في ما كان العمل طول سنة او سنوات يكون حساب الربح عندهم بعد تمام مدّة المضاربة.

فتحصل أنّه ليس لنا دليل تامّ على اثبات كون المضاربة على خلاف القاعدة فإنّ القاعدة قبل العقد و القرار العقلائي في غيرها كالبيع ايضاً تقتضى ان يكون نماء المثلث للبايع و نماء الثمن للمشتري و بعد البيع و القرار العقلائي يكون القاعدة على العكس و قد عرفت عدم تمامية الاشكال في اصل التبادل في الملكية. فعلى هذا فالتمسك بالعمومات لو لم يكن له مانع آخر في المضاربة لا اشكال فيه.

فاذا عرفت ذلك فنقول قد استدل على شرطية كون رأس المال عيناً لا ديناً بوجوه: الاجماع و الاصل و النصّ اما الأول فهو بقسميه عليه و بلا خلاف فيه كما في الجواهر في البحث عن مال القراض و عن التذكرة «لا يجوز القراض على الديون، و لا نعلم فيه خلافاً و عن ابن المنذر اجمع من يحفظ عنه من اهل العلم أنه لا يجوز ان يجعل الرجل ديناً له مضاربة...» و في المسالك «اشتراط ذلك في المال موضع وفاق نقله في التذكرة و هو العمدة» و كذا في الرياض استدل عليه بالاجماع و في مفتاح الكرامة حكى عن موضع من مجمع البرهان انه قال دليله كانه الاجماع و في جامع المقاصد عن الكفاية حكاية الاجماع عليه الا انه قال: قالوا، و ظاهره التأمل فيه و فيه ايضاً ترك التعرّض له في المقنعة و المراسم و الكافي و المهذب و الوسيله و الغنية و السرائر و اللعة و المفاتيح.

و فيه أولاً ان غاية ما يستفاد مما تقدم كون الحكم بذلك مشهوراً و لم يثبت الاجماع المحصل، و ثانياً انه محتمل السندية لما سيأتى من النص.
و اما الاصل فالمراد منه إما ان يكون عدم ترتب الأثر او أصالة كون الربح للمالك لأن رأس المال له و الربح تابع للاصل.

اقول: أما الاصل بالمعنى الاول ففيه ان اصالة عدم شرطية كون رأس المال عيناً حاکمة على اصالة عدم الأثر لان الشك فى ترتب الأثر مسبب عن الشك فى الشرطية فان لم يكن لناديل على الاشتراط لا يكون هذا الاصل جارياً كما انه فى غير ذلك اذا شك فى الشرطية و لا دليل يجرى اصالة عدمها كالشك فى شرطية كون العقد فيها عربياً فان الاصل عدمها و هكذا غيره و يؤيد هذا عدم الفرق فى نظر العرف بين كون رأس المال عيناً او ديناً يحصل الانطباق فيه على العين بعد ذلك.

و اما أصالة كون الربح تابعاً للمال فهى متوقفة على عدم كون العقد على الدين مصداقاً لوجوب الوفاء او للتجارة عن تراض لكون المضاربة على خلاف القاعدة او لغير ذلك فنقول قد يقال كما فى الجواهر و تبعه فى المستمسك بعدم جواز التمسك بقوله تعالى «او فوا بالعقود» لاختصاصه بالعقود اللازمة و لا مجال للتمسك بالاطلاقات فى خصوص المضاربة لعدم كونها فى مقام البيان من هذه الجهة و انما هى فى مقام بيان احكام اخر فينبغى الاقتصار على المتيقن من النص و الفتوى.

و فيه: ان موضوع الامر بالوفاء هو العقد لا العقد اللازم بوصف اللزوم ضرورة ان العقد الجائز انه عقد فيجب الوفاء به غاية الامر يكون اختيار فسخه بيد المتعاملين فاذا فسخ العقد لا يكون الموضوع متحققاً ليكون مصداقه للعقد المأمور بوجوب الوفاء به و بعبارة اخرى العقد مادام كونه عقداً يجب الوفاء به

ولم يرد قيد اللزوم لا في لسان الآية ولا في لسان رواية وما يتوهم من عدم وجوب الوفاء بالعقد الجائز لجوازه مندفع بما ذكرنا واما الاطلاقات في باب المضاربة فهي كما قيل تكون في مقام بيان حكم آخر مضافاً الى ان التعبير بـ «اعطاء المال» الوارد في بعضها ظاهر في دفع العين ألاً ان يقال إن الدين اذا كان على العامل للمالك يكون الدفع حاصلًا ولكن بعد كون العقد صادقاً على المضاربة على الدين في الذمة وهو كالمال المدفوع الى رجل ليضاربه بعد ذلك ومع كون المضاربة على وفق الاصل العقلاني كما مرّ خلافاً لمن قال بأنها على خلاف القاعدة فيكون عموم وجوب الوفاء شاملاً لها وان كانت في مورد الدين. فتحصل أنها لا تكون خلاف القاعدة ويشملها عموم وجوب الوفاء وان لم يكن لنا اطلاق في الروايات في مقام بيان هذه الجهة مضافاً الى شمول قوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض» لها كما في الجواهر.

فان قلت كما عن بعض: إن صدق كونها تجارة عن تراض وان كان موجباً للقول بالصحة ولكن لا يقتضي كونها مضاربة ولذا ان فرض شمول عموم وجوب الوفاء لذلك يكون لازمه الصحة لا كونها مضاربة والمفروض عدم ثبوت صدق المضاربة عرفاً على المعاملة على الدين والمنفعة والاصل عدم ترتب احكام المضاربة عليها نعم ان كان مراد الاصحاب من عدم الصحة في الدين والمنفعة عدم الصحة مطلقاً لا مضاربة ولا غيرها، يرد الاشكال عليهم لشمول بعض العمومات لها إلاً أن يدعى انصرافها الى العقود المتعارفة.

قلت: إن المفروض صدق المضاربة عند العرف لعدم الفرق عندهم بين العين وبين ما هو مثلها في الاثر المعاملي فإذا فرض أن ما في ذمة زيد ألف دينار وما ينطبق عليه هذا الكلي من الألف موجود في صندوقه فيريد من له الدين عقد المضاربة مع المديون لا يرى لإحضار الألف وتسليمه ثم تسليمه بعنوان

المضاربة اثرأ عند العرف بل يرى ذلك لغواً غالباً، هذا في الدين؛ و أما المنفعة فيمكن ان يمنع من كون العقد عليها عرفاً على نحو المضاربة او غيرها فإن المنفعة ان كانت حاصلة و كانت في الذمة فهي كالدين مثل كون مال الاجارة ديناً على المستأجر بعد العقد فيكون حكمها حكم الدين. و اما إن لم تكن حاصلة بعقد الإجارة أو غيرها فليس بشيء حتى يكون قابلاً للعقد عليها و بعبارة اخرى ان وقع عقد الاجارة على عين فالموَجَر بنفس العقد يملك مال الاجارة فإما أن يأخذه فيضارب به او مع كونه ديناً على المستأجر يضارب به لا بحث في الصحة في الاول و الثاني يكون كالدين و اما مالك المنفعة فليس له مال بالفعل ليدفعه الى غيره ضرورة تحقق المنفعة بالتدريج و لا قرار له فجزء من الاسكنان مثلاً قد عدم و جزء منه لم يأت فكيف يضارب به؟ فعلى هذا لو فرض انصراف وجوب الوفاء بالعقود او التجارة عن تراض الى العقود و التجارات المتعارفة يكون هذا النحو من العقد على الدين متعارفاً فضلاً عن عدم الانصراف كما هو الحق لعدم الدليل عليه و الاصل هو عدم شرطية كون العقد متعارفاً فلو لم يكن عقد من العقود متعارفاً في زمان ثم صار متعارفاً في زمان آخر كعقد البيعة في زماننا يشملها العمومات.

فإن قلت: الاصل ان يكون الربح لمالك الاصل فثبوته لغيره خلاف دليل صحة المعاملة فيكون الاصل بطلان العقد المذكور و لو بعنوان غير المضاربة ما لم يتم عليه دليل بالخصوص.

قلت: قد عرفت أن عقد المضاربة يكون على وفق القاعدة لحصول المعاوضة بين المال و العمل في الجملة و هكذا اذا فرض عدم صدق المضاربة و كان المعاوضة كذلك و قلنا إنها معاوضة مستقلة و لا يحتاج امضاؤها الى دليل آخر غير العمومات. نعم على فرض تحقق الاجماع على عدم جواز المضاربة بالدين

او تمامية النص الآتي في ذلك فيكون ذلك في خصوص المضاربة لان المتيقن من الاجماع هو المضاربة والنص يكون في مورد المضاربة ايضاً و بطلان العقد بعنوان المضاربة لا يستلزم بطلانه بعنوان آخر. فتحصل من جميع ما تقدم ان الاصل غير اصيل في المقام.

و اما النصّ فهو معتبرة السكوني التي رواها المشايخ الثلاث الكليني في الكافي و الشيخ في التهذيب و الصدوق في الفقيه عن ابي عبدالله عليه السلام^(١) قال: قال امير المؤمنين عليه السلام في رجل له على رجل مال فيتقاضاه و لا يكون عنده فيقول: هو عندك مضاربة قال لا يصلح حتى تقبضه منه. و تقريب الدلالة واضح ان كان المراد بقوله (ع) «لا يصلح» هو النهي الدالّ على الفساد من جهة أنّ الدين في ذمة العامل لا يجوز جعله مال المضاربة و لكن ان قلنا بإلغاء الخصوصية في سائر الديون مثل ان يجعل الثمن الذي له في ذمة زيد مال المضاربة مع عمرو فيكون دليلاً على المنع من كل دين و لكن التعدي على فرض كون المضاربة على وفق القاعدة مشكل لان العرف و العقلاء اذا كانت المعاملة كذلك بالدين عندهم جازياً فلا بد ان يكون الخروج بالتعبد و هو يشمل مورده فقط و لا يشمل غيره و العرف هو الذي بيده إلغاء الخصوصية و هو لا يراه في المقام.

نعم على فرض كون المضاربة على خلاف القاعدة كما تقدم عن بعض فيمكن أن يدعى عدم الفرق بين الدين في ذمة العامل او غيره و لكنه خلاف التحقيق. هذا على فرض تمامية الدلالة و لكن في دلالة كلمة «لا يصلح» من حيث المادة تأمل بل منع و من جهة الهيئة ايضاً كذلك، لان النهي لا يدلّ على الفساد في المعاملات

بل على مجرد المبغوضية. فلا يتم دلالة هذا الخبر على بطلان المضاربة بالدين. اما في مقام السند فالسكوني على فرض القول بضعفه فهل يمكن ان يقال ان عمل المشهور يكون مستنداً الى هذا الخبر وان لم يكن الاستناد اليه الا في كلام بعضهم وعملهم جابر لضعف الخبر ام لا؟ و اقول إنّ السكوني لم يثبت الوثوق به لتعارض نقل شيخ الطائفة من أنّ الاصحاح عمل برواياته وقول الصدوق أنّه لا يفتى بما تفرد به السكوني وان لم يثبت ضعفه من جهة نقل العلّامة ضعفه عن ابن الغضائري لعدم تمامية نسبة كتاب رجاليّ الى ابن الغضائري واستظهر في كتاب معجم الرجال من الكلمات في ترجمته موثقية الرجل و في الجلد الاول منه حقّ عدم ثبوت كتاب رجالي لابن الغضائري ولكن التعارض الذي عرفت بين كلام العلمين يمنع عن الوثوق بالرجل و اما استناد الاصحاح الى روايته هنا فهو غير ثابت الا عن بعض متأخري المتأخرين كصاحب الرياض ومفتاح الكرامة ولم يكن لنا الا نقل المشايخ الثلاثة له ونقل الحديث ليس دليلاً على الاستناد اليه الا اذا فرض ان الصدوق كان فتواه على طبقه لما ذكره في اول كتاب الفقيه انه لا ينقل الا ما يفتى به ولكنه ايضا غير ثابت في جميع رواياته بل ذكر في مقدمات معجم الرجال تزييف هذا الكلام وكيف كان فالشهرة لا تتحقق بالثلاثة او اربعة وان كانت جابرة للضعف اذا كانت استنادية فتحصل أنّا لم نجد سنداً محكماً لكون الشرط في مال المضاربة هو كونه عيناً الا ان نخاف من الاجماع المدعى فالقول به مطابق للاحتياط.

ثم انه قد يقال بأنّ روايات المضاربة تكون فيها بتعابير مختلفة عنوان اعطاء المال ولا دفع ولا اعطاء في الدين. وفيه: انّ الدفع حاصل في مورد كون الدين في ذمة العامل وسيحصل فيما اذا كان في ذمة غيره والبحث يكون في صحة عقد المضاربة على الدين او لا بد من تجديده بعد صيرورة الدين عيناً وقد عرفت

ان الدفع من لوازم عقد المضاربة اذا كان باللفظ و من كواشفه اذا كان بالمعاطاة فاذا فرض تحقق عقد قبل ذلك لا يضر تحقق الدفع بعده على القاعدة.

هذا كله البحث في الدين و اما اشتراط عدم كون مال المضاربة منفعة فقد مرَّ أنَّ المنفعة قبل استيفائها ليست مالاً و بعد استيفائها تنعدم بالاستيفاء و جعل مال الاجارة الذي يأتي مثلاً في ذمة المستأجر مال المضاربة يكون ملحقاً بالبحث السابق في الدين و اشتراط عدم كون مال المضاربة منفعة لا يكون في اكثر الكلمات بل يكون في كلام المصنف و بعض آخر و لم يكن مذكوراً صريحاً في موارد الاجتماعات المدعاة في المقام و التعبير باشتراط كونه معيناً يكون في مقابل الدين و المنفعة عرفت انها قبل استيفائها ليست بشيء و بعدها معدومة و مع ذلك قد ادعى بعض الاعاظم بان اشتراط ذلك هو المعروف و المشهور و نحن لم نجد هذه الشهرة و قال بأن ما يحصل بازاء المنافع كله ربح فانَّ المنفعة تتلف و يحصل ما بازائها شيء يكون تمامه الربح و ليست قابله للبقاء بعنوان رأس المال و لذا يتعلق الخمس بجميع الربح و لا يلاحظ اصل محفوظ منها ثم الخمس في الباقي.

اقول: إنه فرض ان يكون الدار التي لزيد مثلاً عند عمرو فيوجرها او يبيع منفعتها للزوار مثلاً و ما اخذ يكون بينهما و هذا العمل ليس من حقيقة المضاربة عند العرف و العقلاء في شيء بل يكون روحه التوكيل في الاجارة و نحوها و لا يصح بعنوان المضاربة و لا الشركة. نعم يمكن أن يكون صحيحاً بعنوان الجعالة. و كلامه متين في ذلك و يرجع روحه الى ما ذكرناه.

ثم ان حكم بقية المتن واضح لا يحتاج الى الشرح. و كان المهم البحث عن اصل هذا الاشتراط.

الشرط الثاني: في كون رأس المال من الذهب أو الفضة

قوله: الثاني، ان يكون من الذهب او الفضة المسكوكين بسكة المعاملة، بان يكون درهماً أو ديناراً، فلا تصلح بالفلوس ولا بالعروض بلا خلاف بينهم وان لم يكن عليه دليل سوى الاجماع نعم تأمل فيه بعضهم وهو في محله لشمول العمومات، الا ان يتحقق الاجماع، وليس ببعيد فلا يترك الاحتياط

اقول: البحث هنا تارة في اصل اشتراط كون مال المضاربة درهماً و ديناراً من الفضة و الذهب و اخرى في انه على فرض الاشتراط هل يصح بالمغشوش من الدراهم و الدنانير ام لا؟ و في هذا المتن نبحت عن الجهة الاولى فنقول لا دليل على هذا الاشتراط الا لاجماع المحكى في الجواهر بقسميه و عن التذكرة نسبته الى علمائنا و قد ادعى بعضهم اشتها ر دعوى الاجماع عليه و في جواهر القاضى فى مسألة دفع الغزل لنسج الثوب قال: لا يكون مضاربة صحيحة لان المضاربة لا تكون الا بالاثمان (الى ان قال) انه لا خلاف فى أن ما ذكرناه مضاربة صحيحة و ليس كذلك ما يخالفه و بعض الاعاظم قال بان الاصل فى دعوى الاجماع هو ما تقدم من كلام القاضى و ناقش فيه بانه يدل على انه لا خلاف فى صحة المضاربة بالدراهم و الدنانير و لا يدل على عدم الخلاف فى غيره.

و فيه: ان الظاهر منه عدم الخلاف فى عدم صحة غير ذلك ايضاً و لكنه على هذا الفرض ليس الا اجماعاً منقولاً كما أن ادعاء صاحب الجواهر من الاجماع بقسميه لا يخلو من منع لعدم الاجماع المحصل فى المسألة خصوصاً بعد عدم تعرض غير واحد لها و يظهر من الخلاف و الغنية ان الاجماع يكون على صحة المضاربة بهما لا على عدم الصحة بغيرهما و كيف كان فهذا الاجماع ليس كاشفاً عن رأى المعصوم عليه السلام خصوصاً بعد ملاحظة ان الاثمان فى الاعصار المتقدمه كمصر الأئمة عليهم السلام و عصر القدماء الذين كانوا قريباً الى عصرهم

هى الدراهم و الدنانير وليس لهم نقد آخر مع فرض ان المضاربة عند العرف ايضا تكون بالنقود حتى ان العروض ايضا يكون بعد التقويم بقيمة النقدين مال مضاربة عندهم فهذا الاجماع يمكن ان يقال بأنه مستند الى هذا الاحتمال و ليس بكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام هذا مضافاً الى أن المعاملات امور عرفية امضاها الشرع و هل يمكن ان يقال بأنها لا تصح باسكناس و الفلوس الذى يكون هو نقد هذا الزمان غالباً و لا يكون المدار على الدرهم و الدينار و غيرهما (كسكة بهار آزادى مثلاً فى ايران) و قال فى الحقائق «انّ من لا يلتفت الى دعوى مثل هذه الاجماع لعدم ثبوت كونها دليلاً شرعياً فانه لا منع عنده من الحكم بالجواز فى غير النقدين نظراً الى عموم الادلة على جوازه و تخصيصها يحتاج الى دليل شرعى و ليس فليس»

وفيه: انّ انكاره لحجية مثل هذا الاجماع مؤيد و اما عموم الادلة على جوازه فيمكن ان يكون المراد منه وجود عموم فى نفس الروايات فى باب المضاربة لان التعبير بدفع المال مطلق شامل لهما و لغيرهما إلا أن يقال أنّها لا تكون فى مقام بيان هذه الجهة بل فى مقام بيان اصل المشروعية و لكنه غير تام لا مكان ادعاء الاطلاق. نعم أنّها منصرفة الى المال الدارج فى ذاك الزمان من النقود الدراجة و لو بقرينة الألف و اللام الدال على العهد الذهبى فى لفظة «المال» فى النصوص.

و يمكن ان يكون المراد بالعموم عمومات أوفوا بالعقود و تجارة عن تراض بعد فرض كون المضاربة صادقة عند العرف و هى على طبق القاعدة و هذا أظهر من العموم فى النصوص.

و قال فى المستمسك: «إنّ مراد الاصحاب إن كان عدم صحة المضاربة بغير الدينار و الدرهم، فهو فى محله، للاصل بعد عدم ثبوت كون المعاملة حينئذ

مضاربة عند العرف، ولا حاجة الى دعوى الاجماع فى ذلك و ان كان مرادهم عدم الصحة اصلاً و لو لا بعنوان المضاربة فهو غير ظاهر، و لم يثبت اجماعهم عليه» انتهى.

اقول: إن مراد الاصحاب هو الأول لظهور كلامهم فيه و لكن من أين ثبت عدم كون ما بغير الدرهم و الدينار مضاربة عند العرف فاذا فرضنا ان المضاربة كان بنقد كالاسكناس و الفلوس فى زماننا هذا كيف يقال بعدم صدق المضاربة مع صدقها عند العرف بلا فرق بينه و بين الدرهم و الدينار و ليس الاصل عدم ترتب الاثر و عدم الصحة بل عموم وجوب الوفاء بالعقد بهذا العنوان شامل لها فمن يقول بعدم الصحة لابد له من اجماع او نص و ليس لنا اجماع محصل و لا نص على ذلك، مضافاً الى أن نصوص المضاربة كلها متعوضة للمال و اعطائه و اطلاق المال شامل لغير التقدين كما مرّ و ان قلنا بانصرافه الى النقد الذى يكون المضاربة به معمولاً و لو بعنوان القيمة لعدم وجود مضاربة فى العرف بالأمتعة كالدار و العقار الا مع ملاحظة القيمة و ذلك من جهة ان الربح يحاسب مع رأس المال بعنوان القيمة او لدلالة الالف و اللام على العهد الذهنى لكون النقد مما به المضاربة لا غيره و المدار على نقد كل زمان فتحصل من جميع ما تقدّم أن المضاربة تصحّ بالنقد غير الدرهم و الدينار. و أما بالعروض (بضم العين جمع عرض بفتح العين و سكون الراء و فتحها) فلا يجوز المضاربة الا اذا قوم المتاع و جعل رأس المال بعنوان قيمته نقداً فانه ايضا صحيح عند العرف و لم يردع عنه الشرع بل صدق المال عليه الذى يكون فى النصوص ممّا لا مانع منه و لا يخفى أنه ان الاحتياط يقتضى أن من يريد جعل ما فى دكتة مثلاً من العروض رأس المال و يعطيه غيره ان يشتري العامل العروض بنقد ثم يطبق ما فى الذمة على النقد الخارجى ثم يأخذه المالك فيعطيه مضاربة بناء على الاحتياط فى عدم

جواز كونها بالدين وان كان الاظهر هو امكان جعل نفس المتاع بعنوان القيمة رأس المال بالنظر الى اطلاق النص الدال على دفع المال ولكن لا يترك الاحتياط بالنظر الى ادعاء الاجماع ولم أر من صرح بخلافه وقد صرح بعدم جواز القراض بها في محكى السرائر و الشرايع و النافع والتذكرة و التحرير و هو معنى ما هو المحكى عن المبسوط و المذهب من أنه لا يصح بالثياب و الحيوان. فان قلت - كما في مفتاح الكرامة - إن اطلاق المال ليس في مقام البيان من هذه الجهة حتى يؤخذ به.

قلت: لو كان لغير هذا العنوان دخل لا بد أن يقيّد المال به و لو فى بعض النصوص فانكار كون الاطلاق فى مقام البيان ممنوع.

المضاربة بالصك

ثم إنه لا يخفى أنه لا تصح المضاربة باعطاء المالك صكا على فرض عدم صحة المضاربة بالدين على الاحوط لانه ليس نفسه نقداً، نعم الصك التضمينى يكون نقداً كالاسكناس و يصح المضاربة به

قوله: و لا بأس بكونه من المغشوش الذى يعامل به مثل الشاميات و القمرى و نحوها. نعم لو كان مغشوشاً يجب كسره بان كان قلباً لم يصح و ان كان له قيمة فهو مثل الفلوس و لو قال للعامل بع هذه السلعة و خذ ثمنها قراضاً، لم يصح الا ان يوكله فى تجديد العقد عليه بعد ان نضّ ثمنه.

أقول: البحث فى هذا يكون بعد فرض اشتراط كون مال المضاربة درهماً أو ديناراً فنقول الغش فى الدرهم و الدينار على أقسام: الاول ان يكون الغش فى المادة بما هو المتعارف فلا اشكال فى جواز المضاربة بهما لاطلاق الدرهم و الدينار عليهما لانهما ليسا الا قطعة فضة او ذهب مسكوكة بسكة المعاملة و لا

يضر الغش فيهما بالنحاس او غيره من الفلز و يكون تعبیر الصائنين و البايين لمقدار الذهب او الفضة في الدرهم و الدينار او غيرهما بالعيار و قلما يوجد درهم او دينار ليس مغشوشاً كذلك لو فرض اصل وجودهما بدون الغش فعلى هذا المغشوش كذلك درهم و دينار يجوز المضاربة بهما و يكون الزكاة فيهما و يلاحظ مقدار النصاب بلحاظ المجموع و يخرج منهما الزكاة كما في الجواهر في كتاب الزكاة.

القسم الثاني ما اذا لم يكن الغش في المادة متعارفاً. بحيث يوجب عدم صدق الدرهم و الدينار على ذلك الشيء لغلبة الخليط فلم تصح المضاربة بهما على فرض شرطيهما فيها و قد يقال بان القمري و الشامي الذي تعرض له المصنف في المتن من هذا القبيل و ان كان المعاملة بهما دارجة و ذلك من جهة عدم كفاية كونهما نقداً يعامل بهما لجواز المضاربة بعد عدم كونهما من الدرهم و الدينار و هذا متين على فرض كونهما كذلك و لا يوجدان في زماننا هذا لتعرف حالهما فان دارجية التعامل بهما يكون كدارجيته بالفلوس.

القسم الثالث أن يكون الغش في الهيئة و هذا تارة يكون الغش في مورد نحاس او صفر يكون هيئته هيئة الدرهم و الدينار و يلون بلونهما و لكن ليس له من الذهب و الفضة شيء و اخرى يكون الغش من جهة عدم الخليط اصلاً في الذهب و الفضة من غيرهما من الفلزات و هذا يكون من القسم النادر من الدرهم و الدينار و الظاهر انه لا يضر الخلوص عن غيرهما مضرراً بصدق العنوان فيجوز المضاربة بهما فما عن بعضهم من التصريح بعدم كونهما من الأثمان حينئذ غير موجه. نعم إن فرض أن العنوان لا يصدق عليهما فمجرد شكلهما لا يوجب ترتيب اثرهما عليهما كما انه اذا لم يكن سكتهما سكة المعاملة بهما لا يكفي لذلك و هذا خارج عن النزاع و اما اذا كان الغش من قبيل الأول فهذا هو الذي

يكون قلباً وفيه بحثان: الاول في عدم صحة المضاربة بهما و الثاني في ان كسرها هل هو واجب ام لا؟ أما الاول فلا شبهة في عدم الصحة فيه لعدم كونهما درهماً و ديناراً و على فرض اعتبارها ان فرض انهما من النقد المعاملى كالفلوس و اما الثاني فقد استدل عليه بخبر المفضل بن عمر الجعفي^(١) قال كنت عند ابي عبدالله عليه السلام فألقى بين يديه دراهم، فألقى الى درهماً منها فقال ايش هذا فقلت ستوق، فقال و ما الستوق؟ فقال طبقتين فضة و طبقة من نحاس و طبقة من فضة فقال اكسرها فانه لا يحل بيع هذا و لا انفاقه.

اقول: الستوق (يفتح السين و ضمها) درهم زيف ملبس بالفضة كما عن بعض اهل اللغة و يفهم من هذا الحديث و هذا الخبر ضعيف سنداً بمفضل بن عمر و حكى عن صاحب الجواهر انه قال «الظاهر عدم وجوب الكسر و ان نص عليه في الخبر السابق، الا أنى لم اجد من افتى به بل الفتوى و باقى النصوص على خلافه انتهى و لكنه في هذا المقام في كتاب المضاربة صرح بوجوب كسره بقوله و لا بالورق المغشوش الذى يجب كسره سواء كان الغش فيه اقل أو اكثر» و الجمع بين القولين بان يقال انه هنا قال بذلك على فرض الوجوب و فيما حكى عنه في مقام الاستدلال نفى الوجوب و التحقيق عدم الوجوب ان كان السند هذا الخبر الضعيف فانه مع عدم جبره بشهرة كيف يكون سنداً للوجوب فضلاً عن عدم افتاء احد بمضمونه مضافاً الى وجود ما يمكن الجمع بينه و بين هذا و هو صحيح محمد بن مسلم^(٢) قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس او غيره ثم يبيعها قال اذا بين «الناس خ ل» ذلك فلا بأس و نحوه غيره في الباب المتقدم.

و الجمع بينهما هو حمل ما دلّ على وجوب الكسر على مورد الغش على

الناس واما اذا بين الغش فلا يجب كسره فكسره مقدمة لترك الحرام و هو الغش على الناس فيكون واجباً اذا كان مقدمة لترك الحرام من باب المقدمة ايضاً مضافاً الى ما يقتضيه النص و لكن هذا لا ينتج الوجوب التعبدى للكسر و ان لم يكن مريداً للبيع فعلى هذا لنا ان نقول اذا كان الدرهم و الدينار مغشوشاً بالغش الذى يكون مقدار خليطه غير معلوم و يكون ظاهره ما خليطه يسوى كذا و لكن ليس فى الباطن كذلك فاذا علم الانسان و لو بحسب النوع يصير هذا الغش موجباً لاغراء الناس بالجهل و يترتب عليه ضياغ المال لا بد من كسره دفعاً للحرام كما انه اذا كان الاسكناس الدراج بين الناس قلباً لا بد من اضاعته لئلا يتلى الاجتماع بالمال الضايغ الذى لا مالية له و مع البيان فى كل مورد و ان كان يدفع هذ المحذور و لكن ليس كل احد مقيداً بالدين و التقوى ليبينه فبمجرد البيان ايضاً لا يدفع هذا الفساد عن الناس و يمكن ان يقال اذا كان بحيث احرزنا مبعوضية هذا الوجود عند الشرع و لو من باب فساد النظام به لا بد من كسره من هذا الباب و الا فلا.

ثم انه قد ظهر مما تقدم فى مورد العروض فى الجملة شرح بقية المتن و هو قوله بع هذه السلعة... فان السلعة من العروض و لا يصح المضاربة بها لانه عروض و اما بيعها و اخذ ثمنها فهو و ان كان موجباً لصيرورته نقداً اذا كان ثمنه الدرهم و الدينار او سائر النقود و لكن بعد صيرورته نقداً يصير عيناً و قبله ليس كذلك فلا بد من وقوع المضاربة بعد ذلك و بالتوكيل فى العقد بعد ذلك يتم المطلوب بل لنا ان نقول نفس هذا الأمر بالبيع و اخذ الثمن مضاربة توكيل بحسب نظر العرف فى المضاربة فاذا اخذ الثمن و نظّه ثم اتجر به يكون هذا مضاربة معاطاتية لانه موجب بالأخذ من قبل المالك و قابل لشروعه فى العمل و ان لم يكن منه عقد لفظى جديد. و معنى نضّ الثمن فى العبارة هو ان ينقده بان يصير

درهما او ديناراً أو نقداً آخر على فرض صحة المضاربة بالنقد غيرهما.

الشرط الثالث: في شرطية معلومية مقدار رأس المال

قوله: الثالث، ان يكون معلوماً قدرأ ووصفاً ولا تكفى المشاهدة وان زال به معظم الغرر.

اقول: البحث هنا في امرين: الاول في اصل اشتراط معلومية مال المضاربة قدرأ ووصفاً والثاني في عدم كفاية المشاهدة لرفع الجهل.

أما الاول فهو المشهور وعن ظاهر التذكرة عدم الخلاف فيه بيننا وعن الشيخ في الخلاف عدم الاكتفاء بالجزاف وفي المبسوط^(١) «قال قوم يصح القراض بمال مجهول فاذا كان حين المفاصلة يكون القول قول العامل في قدره فان كان مع واحد منهما بينة فالبيّنة بيّنة رب المال لانها بينة الخارج وان كان في السلم لا يصح وهذا هو الاقوى عندي» انتهى وعن المختلف ايضا اختياره لعموم ادلة الصحة من دون دليل واضح على المنع وفي الشرايع لابد ان يكون المال معلوم المقدار والحاصل من جمع هذه الكلمات وغيرها الذي تعرّض له في مفتاح الكرامة عدم وجود اجماع في ذلك وان كان الاشتراط هو المشهور وقد استدلت في الجواهر للاشتراط بوجوه:

الاول بما ورد في بعض النصوص من نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر^(٢) ولكن الاظهر عنده هو ان النهي عن الغرر انما هو في البيع. اقول: ما ذكره وان كان كذلك وهذا الخبر الدال على العموم عامي لا سند له الا ان الغرر سواء كان بمعنى الجهالة او الخدعة يكون مبغوضاً عند العقلاء ويمكن ان يقال انه

مبغوض عند الشرع ايضا و يكون هذا الخبر معتبراً من حيث كونه خبراً و ان لم يكن موثقاً من ناحية المخبر و صحة السند او للوثوق به يكون من جهة انه موجب للوثوق بالخبر فان فرض عدم كون العقلاء مسامحين فى مورد من الموارد كالصلح فيكون المنهى هو الفرر مطلقاً و فى الصلح يكون بنائهم على عدم الاعتناء بالحق دقة بل صلاحهم فى الصلح. و اما ما قيل من أن الخبر لا يؤخذ بظاهره على فرض غمض العين عن السند لكثرة التخصيص المستهجن فيه انا لا نسلم تحقق كثرة التخصيص المستهجن فيه فان التخصيص فى بعض المعاملات كالصلح عنوانى مع عدم تحقق الكثرة فى العنوان ايضا و كثرة التخصيص يتصور على فرض كون النهى عن الفرر مختصاً بالبيع و ليس كذلك بعد كون ما ورد فى خصوص البيع و ما ورد مطلقاً من المثبتين الذين لم نحرز وحدة المطلوب فيهما.

ثم إن صاحب الجواهر قال: لو سلم وجود اطلاق فى المضاربة يشمل محل الفرض كان التعارض من وجه و الترجيح للأول بفتوى المشهور بذلك.

اقول: بيان العموم من وجه ببيان موردى الافتراق و مورد الاجتماع: أما مورد الافتراق فى اطلاق المضاربة فهو صورة عدم مجهولية مقدار رأس المال و مورد افتراق اطلاق الفرر المعاملة غير المضاربة كالبيع و مورد الاجتماع هو المضاربة الفررية فحينئذ يأتى الكلام فى أن مورد الاجتماع فى العامين من وجه هل يكون مشمولاً لدلة المرجحات ام لا؟ و الحق عدم شمولها له للزوم التبعيض فى السند بل الدليلان ساكتان عنه فلا بد من الرجوع الى اصل او دليل آخر و اما ترجيح احد الخبرين على الآخر فبالشهرة الروائية لا كلام فيه و اما بالشهرة الفتوائية ففيه بحث و لا يبعد التقديم بها على فرض التعدى عن المرجحات المنصوصة الى غيرها كما ان الشهرة الفتوائية الاستنادية توجب جبر ضعف السند على التحقيق

في غير مورد المعارضة و في خصوص المقام لو فرض وجود اطلاق في باب المضاربة مع فرض اتيان ادلة المرجحات في مورد الاجتماع في العامين من وجه يكون لتقديم المطلق وجه و هو صحة السند و لتقديم غيره وجه و هو الموافقة للشهرة من هذا الخبر و الانصاف ان اطلاقات المضاربة يكون التعبير فيها بدفع المال و اثبات كونها في مقام البيان من جميع الجهات و منها هذه الجهة مشكل جداً و على التعارض و التساقط فالمرجع هو سيرة المتشعبة على الاشتراط بعد عدم اثبات الردع عنها.

ثم إنه (قده) قد اختار في مورد كون الجهالة بحيث لا تؤول الى العلم بان الظاهر عدم جوازها لعدم امكان تحقق الربح معها و هو روح هذه المعاملة و اما في مورد امكان رفع الجهالة بان كان الدراهم في كيس فيعد منها و تؤخذ بالتدريج و يعامل بها و في آخر الأخذ يعلم مقدارها و يحاسب الربح معها و كذا ان كان الدراهم في كيس فدفعها المالك ثم عدّها العامل و اتجر بها و هذا لا اشكال فيه لعدم تحقق الفرر و يكون مشمولاً للعموم او الاطلاق و لو كان هو عموم التجارة عن تراض و ليس لناديل على اشتراط العلم بالمقدار في المقام.

و اقول قوله في الجهالة التي لا ترتفع اصلاً متين و لا يكون اقدام من العقلاء على مثل ذلك و اما ما في كلام المبسوط من ان القول قول العامل مع عدم البينة للمالك فلا بد ان يحمل على صورة امكان العدّ و رفع الجهالة و على صورة علم المالك او العامل بالمقدار و الا فالمجهول عند هما كيف يصح حساب الربح معه و كيف يقدم العقلاء عليه؟ و أمّا ما قيل من التمسك بالقرعة بعد العمل و الانفصال فهو ايضا لا بد ان يكون بعد وجود رأس مال يمكن تعيينه حتى يدعى المالك هذا المقدار مثلاً و العامل ذاك المقدار فيحساب الربح و يقرع بينهما و لا يمكن هذا في المجهول المطلق.

و اما ما يؤول الى العلم بالمقدار فهو الذى يمكن ان يكون محل النزاع فحينئذ يأتى الكلام فى أنه هل يلزم علمهما بالمقدار من بدو الأمر ام لا؟ و الحق الذى عليه سيرة العرف و العقلاء هو اشتراط كونه معلوماً لأن البناء فى المضاربة ليس على التسامح و العفو كما فى الصلح بل البناء فيها على الدقة و الموازنة بين العمل و الربح كما فى البيع فإن رأس المال اذا كان كثيراً ربما يفيد للعامل فائدة كثيرة و لو بكونه شريكاً فى عشر من الربح بحيث يقدم على ذلك على طيب النفس و اذا كان قليلاً فربما لا يقدم عليه و لو بكونه شريكاً فى نصف الربح فاذا لم يعلم المقدار لا يكون هذه المعاملة عرفياً عقلياً و ليست المعاملات من التعبدات الشرعية بل من الأمور الامضائية العقلانية فعلى هذا يكون المشهور هو المنصور و يؤيد ما ذكرناه أن العقلاء لا يقدمون على معاملة تحتاج الى رفع التنازع بالرجوع الى الحاكم أو الصلح او القرعة بل من بدو الأمر يقدمون على ما لا نزاع له فى طبعه و ان حدث فيه نزاع على خلاف الطبع.

و أما الامر الثانى و هو كفاية المشاهدة فى تحقق المعلوماتية فالحق هو ما عن المصنف (قده) من عدم كفايتها لأن تمام الغرر لا يرفع بها و إن فرض رفع معظم الغرر بها احياناً لأن ما هو الملاك فى نظر العقلاء المعلوماتية بتمام شئونها فما نسب الى الشيخ فى المبسوط من الاكتفاء بها لزوال معظم الغرر بها لا يتم لعدم زوال معظم الغرر بها الا فى بعض الموارد و لأن الغرر إما مانع عن الصحة فلا بد من عدمه بتمامه و إما ليس بمانع فلا يحتاج الى المشاهدة بالتفصيل غير وجهه مع ان النسبة الى الشيخ فى المبسوط غير تامة فى هذا المقام فانه قال ^(١): «اذا كان رأس المال فى القراض معلوماً بالمشاهدة دون المقدار بان يكون اعطاه جزافاً قراضاً

فالقراض فاسد....» نعم هو فى اصل اشتراط عدم المجهولية مخالف كما مر عبارته فى أوائل البحث ولكنه ايضا يظهر منه ان مراده من عدم مضرّة الجهالة ما يؤول الى العلم كما مرّ لأنّ تقديم قول العامل فى مورد النزاع يكون مرجعه الى ما امكن العلم به للعامل لا ما يكون جزافاً محضاً و فى الخلاف فى كتاب القراض (فى مسألة ١٧) صرح بعدم صحة القراض اذا كان المال جزافاً و نسب الصحة الى ابي حنيفة و حكى القول بكون القول قول العامل عند المفاصلة الذى تقدم منه فى المبسوط اليه. فلنا ان نقول ان الشيخ ليس مخالفاً فى اشتراط المعلوماتية فى الجملة. فتحصل من جميع ما تقدم أنّ معلوماتية مقدار رأس المال لا شبهة فيه كما عن المصنف.

ثمّ إنّّه اذا شكّ فى شرطية المعلوماتية فان كان المضاربة صادقة عند العرف فالعقد صحيح بعنوان المضاربة للعمومات و الأصل عدم اشتراطها. و ما فى الجواهر من أنّه لا ريب أنّ الاصل هو الفساد غير تام لحكومة اصالة عدم الاشتراط عليها هذا اذا كان المراد اثبات الصحة بعنوان المضاربة واما بعنوان عقد مستقل آخر بعد صدق العقد عليه فقيل لا وجه لفساده اصلاً و لمنعه مجال اذا كان مما هو غير مقصود للمتعاقدين حيث كان المقصود عقد المضاربة بعنوانها فقط.

الشرط الرابع: فى شرطية التعيين فى مال المضاربة

قوله: الرابع، أن يكون معيناً فلو احضر مالين و قال قارضتك باحدهما او بأيهما شئت لم يتعقد الا ان يعين ثم يوقعان العقد عليه. نعم لا فرق بين ان يكون مشاعاً او مفروزاً بعد العلم بمقداره و وصفه فلو كان المال مشتركاً بين شخصين، فقال احدهما للعامل قارضتك بحصتى فى هذا المال، صح مع العلم بحصته بثلث او ربع

وكذا لو كان للمالك مائة دينار مثلاً فقال: قارضتك بنصف هذا المال، صح.
 أقول: البحث هنا في امرين: الاول في اشتراط التعيين و الثاني في عدم اعتبار
 الافراز والاكتفاء بالمال المشاع.

أما الاول فاستدل له بوجوه: الاول أنه ذكر في المستمسد، انه اجماعى و ما
 وجدته في غيره نعم لم يحك الخلاف فيه وكيف كان فهو على فرض ثبوته
 محتمل السندية فلا يعبأ به لانه غير كاشف عن رأى المعصوم (ع). الثانى انّ
 عنوان احدهما مبهم لا خارج له كما فى الجواهر وغيره. وفيه اولاً أنّ الفرد
 المردّد وإن لم يكن وجوداً لا فى الذهن ولا فى الخارج لان الوجود مشخص
 غير مردد فى اى صقع كان ولكن عنوان احدهما يكون نظير الكلى الطبيعى الذى
 لا وجود له بقيد الكلية الا فى الذهن ولكن وجوده فى الخارج يكون بوجود
 فرده فى الخارج فهو اذا اخذ مرآتا عن الخارج يكون موجوداً بوجود فرده غاية
 الأمر ليس للخصوصيات الفردية دخل فيه فهكذا عنوان احدهما بقيد التردد لا
 صقع له حتى فى الذهن لان الشئ يتشخص بالوجود فاذا فرض وجود تشخص
 وجودى فى الخارج فاحدهما موجود فى الخارج بحيث ينطبق على كل واحد
 منهما كما ان عنوان الانسان ينطبق على زيد وعمرو وغيرهما بحيث لا يمنع
 انطباقه على احدهما انطباقه على الآخر ايضاً والشاهد على صدق ما نقول هو
 الوجدان فانه يقال احد الأناثين نجس او غصب واحد الحيوانين موطوء مثلاً او
 أحد الامور واجب بالوجوب التخييري ونحن نعلم به بالعلم الاجمالى فإن لم
 يكن لعنوان احدهما مطابق فكيف يكون معلوماً و موجوداً فى الخارج فان انكار
 تحقق هذا العنوان وان صدر عن جمع من الاعلام فى الفقه والاصول ولكنه
 يكون فى اللسان و فى مقام الواقع لا يرتّبون اثره عليه كما فى الامثلة المتقدمة
 وغيرها فعلى هذا اذا كان المالكان متساويين من حيث الوصف ولا يرجع الابهام

الى الجهالة في مقدار رأس المال و لو من حيث الوصف لا يكون الابهام مانعاً
فاذا فرض ان احدهما جيّد و الآخر ردىء و لا يعلم العامل به فيكون الاشكال
من ناحية مجهولية المال و هو غير محل البحث.

الوجه الثالث قال في الجواهر ايضا ان «موقوفية العقد مع التخيير الى حال
وقوعه و ليس في الادلة حتى الاطلاقات ما يدل على مشروعية ذلك، بل لعل
الادلة قاضية بخلافه، ضرورة ظهورها في سببية العقود و عدم تأخر آثارها
عنها و جعل الخيار كاشفاً عن مورد العقد من اول الأمر لا دليل عليه، لكونه
خلاف الاصل و من هنا لم يحك الخلاف في البطلان حتى من القائلين بالجواز مع
الجهالة»

و فيه: ان فرضت المضاربة معاطاتية فلا اشكال في ان كاشفها الدفع و الدفع لا
محالة يقع باحدهما و الظاهر انها ليست مراده و المضاربة العقدية اللفظية تتحقق
بنفس العقد و الدفع يكون من لوازمه و ان فرض ان الدفع لو لم يحصل لم يكن
العقد تاما و انه من متمماته فما لم يحصل لم يتخلف الأثر عن مؤثره.

و أمّا ادّعائه عدم مشروعية ذلك فهو اول الكلام و يكفي للمشروعية عدم
الردع عن الشرع و اما مخالفته للاصل فالمراد به ان الاختيار ما لم يحصل لا
يكون له الأثر و نحن نلتزم بذلك و لكن نقول إمّا يتم العقد من حين الاختيار او من
بدو الامر كما عرفت.

و أمّا عدم حكاية الخلاف في البطلان فلا يكفي بل المفيد حكاية عدم
الخلاف في البطلان بحيث يكون اجماعاً كاشفاً و لم يتعرّض له بعضهم اصلاً
ليحكي الخلاف و لو فرض وجود هذه الحكاية قلنا بانه سندی و سنده توهم عدم
مطابق لعنوان احدهما و قد عرفت عدم تماميته. فتحصل أنه لا يكون لنا دليل
صالح لاعتبار التمين و الاصل عدم اشتراطه و ان كان الاحوط تعيينه.

الامر الثانى فى عدم لزوم الإفراز فى مال المضاربة اذا كان مشاعاً وهذا مضافاً الى ادعاء عدم الخلاف والاشكال فيه عندنا كما فى الجواهر يكون على طبق القاعدة لان المضاربة صادقة و مقدار المال معلوم فيكون مشمولاً لأدلة الصحة و على فرض الشك فى الاشتراط فالاصل يقتضى عدم الاشتراط لا عدم الاثر للعقد.

ثم إنّ هذا على ما اخترناه من عدم لزوم التعيين فى الامر الاول واضح وأما من قال بلزوم التعيين فيه كالماتن و صاحب الجواهر فالاشاعة ملازمة لعدم التعيين الا بعد الإفراز فكيف يصح هذا دون ما تقدمه والانصاف ان هذا ايضا من مؤيدات عدم تمامية ما تقدم منهم من المنع فى الأمر الأول.

ثم أنه بناءً على عدم صدق مفهوم المضاربة بدونه لا يكون موضوعاً لأدلة الصحة بعنوان المضاربة بل قد يقال أنه يكون موضوعاً لأدلة وجوب الوفاء بالعقد و تجارة عن تراض ان فرض انه عقد مستقل او تجارة عقلائية وان فرض الشك فى ترتب أثر المضاربة عليه يكون الأصل هو عدم ترتب الأثر الخاص بها.

اقول: إنّ عدم صدق المضاربة للاشاعة فى رأس المال مجرد فرض ولكنه مع عدم صدقها عليه فصحته بعنوان عقد مستقل فهي محتاجة الى تأمل و هو ان المتعاقدين اذا كان بنائها على عقد المضاربة لا غير كيف ينعقد العقد الآخر من دون قصد منهما للعقد المستقل فان العقود تابعة للقصد بل الظاهر بعد فرض بطلان المضاربة هو ان يكون الربح للمالك و للعامل اجرة مثل عمله و الذى يسهل الخطب صحته مضاربة.

ثم إنه على فرض الشك فى شرطية الإفراز مع صدق المضاربة عرفاً يكون مقتضى الاصل عدم الاشتراط لعدم ترتب الأثر.

الشرط الخامس: في شرطية كون الريح مشاعاً

قوله: الخامس، ان يكون الريح مشاعاً بينهما فلو جعل لاحدهما مقدراً معيناً و البقية للآخر، او البقية مشتركة بينهما، لم يصح.

اقول: البحث هنا في أمرين الاول ان ربح المال هل هو للمالك او بينه و بين العامل فالمشهور فيه بين الاصحاب هو ان المضارب يستحق من الربح ما وقع عليه الشرط من النصف او الثلث او الربع هذا هو الظاهر من النصوص الواردة بان الربح بينهما و قال الشيخ في النهاية ان له اجرة المثل و الربح بتمامه للمالك قال: و قد روى انه يكون للمضارب من الربح بمقدار ما وقع عليه الشرط من نصف او ربع او اقل او اكثر و حكى هذا القول ايضاً عن الشيخ المفيد و سلا و ابن براج و ابى الصلاح ايضاً انتهى.

أقول: إن مرجع هذا القول في النهاية و غيرها الى بطلان المضاربة و عدم مشروعيتهما اصلاً و حيث انه خلاف النص و الاجماع و خلاف ما اختاره الشيخ بنفسه في المبسوط و الخلاف و الاستبصار فلا بد ان يعمل هذا القول منه على مجرد الاحتمال لا غير. و هذا غنى عن زيادة البحث.

الامر الثاني و هو العمدة هو ان الريح لابد ان يكون مشاعاً بينهما فاذا كان الربح معيناً قال في الجواهر بطل اجماعاً و قال في الحقائق^(١) الظاهر انه لا خلاف بينهم في انه يشترط في الربح الشياح بمعنى ان يكون كل جزء جزء منه مشتركاً بينهما الى ان قال كما تنادى به الاخبار (الى قوله) فهذا الشرط داخل في مفهوم المضاربة. انتهى موضع الحاجة من كلامه.

و قد يقال بأن ظاهر الاخبار و المستفاد منها هو ان يكون مجموع الربح بينهما

فى قبال اختصاص احدهما به و لا يستفاد منها ان كل جزء من الربح يكون مشتركاً بينهما، فعلى هذا فيكون الاشتراك فى الربح صادقا اذا فرض ان المالك استثنى لنفسه من الربح عشرة دنائير مثلاً على ان يكون الباقي بينهما بالمناصفة و كان مرجع ذلك الى المضاربة بالمال على ان يكون للعامل نصف الربح الا خمسة دنائير لان العشرة التى استثنها نصفها سهم المالك بالمناصفة و نصفها سهم العامل فيرجع الى ان يكون سهم العامل انقص من النصف بالخمس و هو لا محذور فيه اذا فرض الوثوق بزيادة الربح على عشرة دنائير لصدق كون الربح بينهما مشتركاً و قد التزم الماتن بذلك فى المزارعة و المساقاة مع انهما و المضاربة من واد واحد و لا فرق بينهما اذن فالحكم بالبطلان فى هذه الصورة لا يخلو عن اشكال بل منع.

أقول: البحث هنا فى امرين الاول فى ان شرطية كون الربح بينهما هل هى داخلة فى مفهوم المضاربة او من احكامها و الثانى أنها هى معناها دفع توهم كون الربح مختصاً باحدهما او معناها لزوم الشركة فى كل جزء جزء من الربح. فنقول أما الاول فالظاهر من النصوص ان الشركة فى الربح داخل فى مفهوم المضاربة بحيث لو لم يكن كذلك يكون معاملة اخرى مثل القرض ان كان بقصده، ان جعل تمام الربح للعامل و بضاعة ان جعل الربح للمالك و لا يبعد ادعاء كون مفهومها عند العقلاء ايضا كذلك من جهة ان المنافع و الارباح لا تكون موجودة بالفعل و لا يعلم أنها هل تحصل ام لا ليجعل سهم معين منها لاحدهما، فعلى هذا ان فرض الشك فى صحتها بدون جعل الربح مشتركاً يكون الاصل هو الفساد لعدم احراز كون العقد كذلك عقد المضاربة مع فرض عدم الاقدام عليه بعنوان عقد مستقل آخر و ليس المرجع اصالة عدم الاشتراط لانها تكون فى صورة احراز العنوان و التمسك بالعام مع الشك فى صدق العنوان يكون من التمسك بالعام فى

الشبهة المصداقية وعبارة اخرى لا يكون الشك شكاً في حكم المضاربة بل في نفسها.

و أما الامر الثاني فالظاهر من كون الريح بينهما هو ان يكون تمام الريح بينهما لا ان يكون بعضه مختصاً باحدهما والبعض الآخر مشتركاً بينهما او كون مقدار معين منه لاحدهما والبقية للآخر فان هذا لا يكون من اشتراك الريح بينهما بتمامه وليس المراد هو كون الريح بينهما في مقابل اختصاص احدهما به فان هذا محتاج الى مؤنة زائدة بعد انصراف الاشتراك إلى التمام فان عدم الاشتراك في الريح صادق بعدم الاشتراك في جميعه بان يختص احدهما به وصادق بعدم اشتراكهما في بعضه فيصدق عدم اشتراكهما في تمام الريح ولا يخفى أننا لا نتمسك باطلاق الاشتراك حتى يقال بانه كما يصدق اذا كان الاشتراك في التمام يصدق بالاشتراك في البعض ايضا بل ندعى الانصراف الى تمام الريح ويشهد لذلك ان الريح الذي لا يعلم انه هل يحصل ام لا، لا يكون للعقلاء دأب في تعيين السهم بالمقدار المعين.

و أما ادعاء القائل بجواز الاشتراك في البعض في مورد الوثوق بانه سيحصل الريح ايضا ولا يتم ولا يعتنى العقلاء به فيما كان مضاربة عندهم فان الوثوق بالحصول لا يكفي عندهم في تحقق التعيين و ان كان كافياً في جعل السهم من النصف فعلى هذا ما مرّ عن الحدائق من اشتراط كون الاشتراك في كل جزء من الريح هو المتبع ونسب ادعاء الاجماع على ذلك الى ظاهر غيره في المستمسك ولعل مراده ما في الجواهر من ظهور النص والفتوى في الاشتراك في جميع الريح كما عرفت واختاره (قده). و اما ما في الشرايع من التعليل بعدم الوثوق بحصول الريح فهو باطلاته غير تام لحصول الوثوق في بعض الموارد الا انه غير كاف كما ان الوثوق بحصول ما زاد عن المقدار المعين لاحدهما ايضا لا

يكفى واما قياس المقام بباب المزارعة و المساقاة فسيجيء التفصيل من المصنف و ظاهر هذا القائل فى كتاب المساقاة هو عدم جواز تعيين الحصّة و نحن فى المقام تابع للدليل فى هذا المقام. فالحق فى هذا الشرط مع الماتن و لا فرق فى البطلان بين ان يكون مقداراً معيناً لاحدهما و البقية للآخر و بين ان يكون البقية مشتركة بينهما لعدم الاشتراك فى تمام الربح على أى تقدير.

الشرط السادس: فى شرطية تعيين الحصّة من الربح

قوله: السادس، تعيين حصّة كلّ منهما من نصف او ثلث او نحو ذلك، إلا أن يكون هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق.

أقول: قد استدللّ على لزوم تعيين حصّة كلّ منهما من الربح أولاً بما هو المحكى عن التذكرة من أنّه لا خلاف فيه او ما عن غيره من أنّه لا خلاف فيه بين المسلمين و قد ذكره الاصحاب شرطاً للمضاربة على نحو ذكر المسلمات من دون نقل خلاف فيه او اشكال.

و ثانياً بأنّ الملك لا بد أن يتعلّق بامر معيّن و الشئ الذى لا واقع له لا يصلح ان يكون مملوكاً لاحدهما و حيث إنّ النسبة المجهولة لا واقع لها فلا يصلح تمليكها للعامل.

اقول: إنّ المضاربة عقد عقلائى و ندعى أنّهم لا يرون العقد عقد المضاربة الا اذا كان مقدار الربح لكل واحد من المالك و العامل معلوماً و ليس دأب العقلاء على الاقدام على ما هو المجهول ثم الخلاص منه بالطرق المجهولة للخلاص كالقرعة و فصل الخصومة، فعلى هذا اذا لم يكن الحصّة معلومة بالنصف او الثلث و نحو ذلك لا يكون العقد عقداً فليس مشمولاً للدالة من العمومات او الاطلاقات

وهذه السيرة ان لم يردع عنه الشرع تكون حجة فضلاً عن امضاءها ولو بمثل الاجماع لو لم يكن سنديا وقد مرّ في الشرط الثالث أنّ الفرر فيه ممنوع عند العقلاء ويكون الوثوق الخبري حاصلًا بمثل نهى النبي عن الفرر فكما أنّ عدم معلوميّة رأس المال قدراً وصفاً يوجب الفرر وهو ممنوع فكذلك عدم معلوميّة مقدار الربح يكون موجباً للفرر؛ هذا مضافاً الى امكان ادّعاء عدم صدق المضاربة اصلاً على ما لا يكون سهم الربح فيه معيناً والاصل يقتضى عدم ترتيب الأثر عليه لا الرجوع الى اصاله عدم الاشتراط.

واما ما استدلوا به فالاجماع محتمل السندية واما الاستدلال بأنّ المردّد ولا واقع له والنسبة المجهولة مردّدة فلا واقع لها فلا يكون المردد ملكاً لاحد، ففيه منع، لأنّ النسبة تارة لا تكون معينة ولو بنحو الابهام بأن يقول هذا المال عندك مضاربة من دون انصراف الى شيء فإنّ هذا ليس من المضاربة في شيء بل هو بضاعة كما مرّ في اوائل الكتاب عن المصنف وغيره وللعامل اجرة مثل عمله وتسميته مضاربة مجرد خيال ولقلقة لسان. وأخرى تكون مذكورة بنحو الابهام بأن يقول لك سهم مشاع من الربح وهذا لا يكون من المردّد الذي لا واقع له اصلاً بل هذا السهم مردّد بين جميع النسب المتصورة الى ما شاء الله من النصف والعشر وعشر العشر وهكذا، غاية الامر تكون النسبة مجهولة مردّدة ومرآة عن الخارج كما مرّ في تصوير وجود عنوان أحدهما في الخارج مرآة في الشرط الرابع فيكون الاشكال هو جهالة النسبة لا عدم ملكية المجهولة للترديد كما لا يضرّ بأصل الملكية في الاقرار اذا اقرّ بشيء مبهم فإنه يكلف بالتعيين ولا يقال إنه لا واقع له اصلاً والعجب من بعض الاعاظم حيث صوّر في ما تقدّم وجود مطابق لعنوان أحدهما وهنا يقول بعد صلاحية النسبة المردّدة للملكية اصلاً مع أنّ الموردين من وادٍ واحد وأحسن حالا من ذلك أن يكون السهم المجهول منصرفاً

إلى أعلى ما يجعل فى السوق سهما و الى الأدنى منه و المتوسط فيكون السهم مثلاً مردداً بين النصف و الثلث و الربع، فإن أحد هذه السهام قابل لأن ينطبق عليه السهم فيكون مثل عنوان احد السهام فيكون وجوده مسلماً و لكن الاشكال فى المجهولية و هذا كله اذا لم يكن انصراف الى دارج فى السوق من السهم المعين كالثالث و ألا فيتعين بهذا الانصراف و لا بحث فيه.

ثم إنه إن قال للعامل: ضاربتك بهذا المال و لك من السهم ما شرطه فلان فلان فى مضاربتك مع امكان العلم بالنسبة التى تكون فى مضاربة فلان او قال: لك مثل ما جعلنا من السهم فى السنة الماضية مع نسيانها فعلاً له مع امكان العلم به بعد المراجعة الى مظان العلم به - كالمراجعة الى الدفتر - فهذا مرجعه الى الجهالة الفعلية للنسبة و ان كانت معينة فى الواقع؛ و التحقيق أن هذا ايضا مضر للجهالة و عدم اقدام العقلاء على ما بنائه على الفرر لاختلاف الدواعى فى الأزمان المختلفة فإنه غرر و قد مرّ النهى عنه و اما من قال بعدم مصرية الفرر فى غير البيع باذعاء عدم الوثوق بالخبر فى غيره مع عدم الالتفات الى ما مرّ منا من السيرة العقلانية على اعتبار عدمه فهنا يقول بالصحة و لكنه خلاف التحقيق عندنا.

ثم إن لنا أن نقول بعدم صدق المضاربة اصلاً فيما كانت النسبة مبهماً بين النسب الغير المتناهية و لكن فى مورد النسبة التى يحصل العلم بها تكون المضاربة صادقة فعلى فرض الشك فالاصل عدم ترتب الأثر فى الاول بخلاف الثانى فان الاصل هو عدم شرطية المعلوماتية و لكن عرفت شرطيتها. فتحصل من جميع ما تقدم أن الحق فى هذا مع الماتن لرجوع عدم تعيين السهم من الربح الى الجهالة الموجبة للفرر لا من جهة عدم تصوّر الملكية فى النسبة المجهولة.

الشرط السابع: في شرط جزء من الربح لغير العامل

قوله: السابع، أن يكون الربح بين المالك و العامل، فلو شرطاً جزء منه لأجنبي عنهما لم يصح الا ان يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة نعم ذكروا انه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام احدهما صح، ولا بأس به خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك، لانه يرجع الى مولاه، وعلى القول الآخر يشكل، الا انه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى للأجنبي و القدر المتيقن من عدم الجواز ما اذا لم يكن غلاماً لاحدهما، فالأقوى الصحة مطلقاً. بل لا يبعد القول به في الاجنبى ايضاً و ان لم يكن عاملاً لعموم الأدلة.

اقول: البحث في هذا الشرط في امور: الاول في اصل اشتراط عدم شرط جزء من الربح لاجنبى و لو كان هو احد الأئمة عليهم السلام او ابو الفضل عباس بن علي عليهما السلام تيمناً و تبركاً و العمدة هي ملاحظة الدليل عليه و قد استدل عليه في الجواهر مضافاً الى ان المشهور هو فساد المضاربة بشرط الربح لأجنبي اذا لم يكن عاملاً، بان الثابت من القراض ما كان تمام الربح فيه مشتركاً بين المالك و العامل.

أقول: إن الظاهر أن مراده هو أن النصوص الدالة على المضاربة ظاهرة في كون الربح بينهما لا غير، فعلى هذا إن قلنا بأن الاشتراك بينهما في تمام الربح يكون داخلاً في حقيقة المضاربة فالاصل ايضاً هو عدم الاثر لهذا العقد و ان كان الاصل على فرض صدق مفهومها هو عدم شرطية ذلك.

فإن قلت: كيف لا يتمسك بعموم وجوب الوفاء بالشرط المدلول عليه بقوله المؤمنون عند شروطهم^(١)؟

قلت: إنَّ ذلك يكون في شرط لا يكون خلاف مقتضى العقد و الشرط الذى يكون كذلك قد اجمع على بطلانه و استدل الشيخ الاعظم بغير الاجماع ايضا فى المكاسب فى شروط صحة الشرط فارجع، فاذا فرض ان مقتضى العقد هو عدم شركة الغير فى الربح فيكون هذا خلاف مقتضاء فلا اثر له و اما التمسك بقوله تعالى «او فوا بالعقود»^(١) فمن المفروض انه بعنوان المضاربة لا ينعقد و بعنوان عقد آخر لا يكون مقصوداً و العقود تابعة للقصود. نعم ان فرض انه كان قاصداً لعقد مستقل لو فرض عدم صحة المضاربة ايضا على نحو تعدد المطلوب فشمول العموم له لا بأس به الا انه ليس له آثار المضاربة على فرض عدم انصراف عموم او فوا بالعقود او تجارة عن تراض الى الدارج بين العقلاء فى زمان صدور الخطاب.

ثم إنَّ ما فى طيِّ كلام المصنف من ان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى للاجنبى ان كان المراد به ما تقدم من العموم فقد عرفت ما فيه و ان مقتضى القاعدة خلاف ذلك لدخل كون الربح بين المالك و العامل فى حقيقة العقد هنا فلا يكون مشمولاً لعموم الوفاء بالشرط او بالعقد.

ثم إنَّه قد اشكل على تمسك المصنف بالقاعدة بعد كون مراده من القاعدة هى العمومات و الاطلاقات بانه ليس لنا عموم او اطلاق يشمل تمليك ما لا يملك و لذا لو اشترط شيئاً من الربح للأجنبى فى غير عقد المضاربة لم يصح لانه من تمليك المعدوم.

وفيه أنَّ المقام ليس من تمليك المعدوم عند العرف و العقلاء، فإنَّهم كما يكون اعتبار جعل الربح بالسهم بين المالك و العامل بينهم بلحاظ رأس المال و كون

هذا العمل مما يمكن ان يكون له الربح يكون جعل جزء منه للأجنبي من هذا الوجه معتبراً وان كان لهم اشكال فهو من وجه آخر فمعدومية الربح فعلاً لا تكون مانعة من جعل جزء منه للأجنبي بل على ما تقدم من كون الشرط خلاف مقتضى العقد يكون مانعاً عن صحته فلا يكون التملك تملكاً للمعدوم عند العرف بلحاظ المعاهدة وان كان معدوماً فعلاً فإن لم يوجد اصلاً فكما لا يكون جعل السهم للعامل والمالك بالنصف وغيره لغواً في ابتداء الأمر عند العقلاء لا يكون هذا الشرط ايضاً لغواً.

وقد يستدل على البطالان بأن مقتضى القاعدة تبعية المنافع باكملها لرأس المال في الملكية وانما خرجنا عنها في المضاربة حيث يكون بعض الربح للعامل بالدليل الخاص وحيث لا دليل على جواز الجعل للأجنبي فلا محالة يكون باطلاً بعد ان لم يكن شئ من رأس المال او العمل.

وفيه: أولاً إنه قد مرَّ أنَّ عقد المضاربة ليس على خلاف القاعدة لان العرف يرى المقابلة بين العمل والمال فان المالك يجعل سهماً من الربح في مقابل ما يعمله العامل لا على وجه الأجرة بل على وجه الشركة بهذا النحو الخاص فليس هذا وجه عدم صحة الشرط. وثانياً على فرض كون المضاربة على خلاف القاعدة فإذا امضاها الشرع فتكون كسائر العقود بالنسبة الى الشرط الذي يكون في ضمنه. وثالثاً أنَّ هذا القائل في الشرط الخامس التزم بأن المراد بكون الربح بينهما هو في مقابل كون الربح لاحدهما خاصة فلو شرطاً بأن يكون لاحدهما دراهم معينة من الربح وكانت الشركة في البقية قال بجوازه خلافاً للمصنف والحاصل انه قال بعدم منافاة كون الربح بينهما لذلك لان المراد على ما استظهره هو اصل الشركة لا الشركة في كل جزء جزء من الربح فعليه نقول له اذا كان المالك والعامل شريكين في اصل الربح فأي اشكال لجعل سهم للأجنبي ايضاً

فانه يصدق ان الريح كان بينهما في الجملة فان قال المراد تمام الريح فينقلب الامر عليه فيما سبق ايضا.

فتحصل عدم تمامية هذا الوجه للاستدلال على عدم صحة شرط بعض الريح للأجنبي بل الوجه ما تقدم من انه مناف لمقتضى ما دل على ان تمام الريح يكون بينهما فهو شرط على خلاف مقتضى العقد. فيكون من شرط صحة المضاربة عدم جعل جزء من الريح لغير العامل و المالك. نعم لو شرط في ضمن عقد المضاربة هبة مقدار من الريح لاجنبي بنحو شرط الفعل او النتيجة يمكن ان يقال بنفوذه.

الامر الثاني في ان الاجنبي اذا اشترط عليه عمل متعلق بالتجارة هل يصح اشتراط جزء من الريح له ام لا؟ فقد يقال بالصحة كما عن المصنف و من تبعه بدعوى انه يصير عاملاً فيكون المضاربة في الواقع مع اثنين لا مع واحد منهما. و في المسالك ما ينا في هذه الدعوى وحاصله هو ان مجرد شرط العمل لا يوجب أن يكون الاجنبي عاملاً لان شرط العمل هو ان يكون مضبوطاً بما يرفع الجهالة و كونه من اعمال كحمل المتاع الى السوق مثلاً و العامل يكون اليه التصرف في جميع ما يقتضيه العقد و الاجنبي مع العمل المعين ليس كذلك فهو ليس بعامل فليندفع ما قيل من ان شرط العمل ينافي كونه اجنبياً بل هو اجنبي و لو مع شرط العمل، و تبعه في ذلك في الجواهر و قال لو فرض ان شرط العمل يكون موجباً لكونه عاملاً لجاز الشرط مع العمل لغير التجارة بل و مع عدم العمل اصلاً ضرورة اشتراك الجميع في المصحح بناء على انه هو هذا الاشتراط المزبور و لكن مع اعتبار تعيين العمل يخرج عن كونه عاملاً بل هو كالاجنبي.

اقول: إن شرط الريح لغير المالك و العامل ان كان على نحو شرطه للعامل بان يكون الشرط ان يعمل زيد في جميع شئون التجارة و يكون له عشر الريح فهو يكون في الحقيقة مضاربة مع عاملين لو فرض قبول المشروط له لذلك وكذا اذا

كان العمل معيناً فلا بد من تعيين الاجرة لرفع الجهالة سواء كان بنحو الاجارة او الجمالة وهذه الاجرة لازمة وان لم يربح اصل التجارة فعلى هذا فذكر هذا الشرط في ضمن عقد المضاربة يوجب ان لا يكون الشرط ابتدائياً فبمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط يصير لازماً فيكون من قبيل الاجارة او الجمالة على نحو شرط النتيجة في عقد المضاربة وهذا في نفسه غير نافذ لان الشرط لا يوجب الزاماً لمن هو خارج عن طرف العقد ولا بد من ان يكون الأجير على حسب اختياره منشأ لهذا العقد ولا أثر لاشتراط صيرورة من هو مسلط على نفسه بنحو شرط النتيجة فان الناس مسلطون على انفسهم نعم يمكن فرض كون هذا الاشتراط ايجاباً منهما فظولاً لعقد الاجارة مثلاً مع الاجنبى فان تحقق القبول منه يكون اجارة صحيحة والا فلا.

نعم الوجه الصحيح لهذا الشرط هو ان يكون الشرط بين العامل و المالك ان يكون اجرة الحمال و الدلال اى كان مثلاً من الربح فيكون مثل سائر ما يحتاج اليه التجارة من المؤن التى تؤخذ من الربح وهذا بدون الاشتراط ايضا صحيح و يمكن ان يكون الفائدة في الاشتراط هو خصوصية هذا الشخص بان يكون الحمال لهما هذا الرجل بالخصوص ان قبل، لا غيره وكيف كان فاشتراط شىء من الربح بدن تعيين مقداره للأجير او مع تعيينه غير نافذ اما بدون التعيين فللجهالة من هذا الوجه و اما مع التعيين فلان الربح ربما لا يحصل و فى الاجارة و نحوها لا بد ان يكون الاجرة ملكاً و اما اذا كان تعيين الاجرة فى ذمة المالك و العامل فلا اشكال فيه بعد تحقق اصل الاجارة بعقد آخر.

الامر الثالث فى أنه اذا كان الاجنبى غلاماً مملوكاً لاحدهما فهل يصح جعل جزء من الربح له ام لا؟ قال فى الشرايع «ولو شرط لغلامه حصة معها صح عمل الغلام او لم يعمل» وكذا فى القواعد و حكى فى مفتاح الكرامة عن المبسوط

و المذهب و التحرير و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان و عن المبسوط الاجماع على الصحة فيما اذا لم يعمل الغلام و حكى ان صريح الثلاثة الاول ان الغلام المشروط له مملوك المالك و ظاهر عبارة الشرايع و القواعد و غيرها قابلة لكونه غلام المالك او غلام العامل و حكى التصريح بهما عن التحرير و جامع المقاصد و المسالك.

و الحاصل انا نستفيد من ذلك انه لا خلاف فيه و انه اجماعى و صرح الشيخ فى المبسوط بانه ان لم يشترط العمل على العبد يكون صحيحاً بقول واحد ولكن الظاهر هو ان الدليل لهذا المقال هو ان العبد لا يملك شيئاً فكأنه جعل لمن هو مالك للعبد سهماً آخر فاذا فرض انه جعل للمالك ثلثاً و للعامل ثلثاً و للغلام ثلثاً يصير سهم مالك الغلام ثلثين و لذا قال فى المبسوط بالصحة قولاً واحداً فى صورة عدم اشتراط العمل فانه مع شرط العمل لا يصير كذلك و هكذا يظهر من غيره و يظهر من مفتاح الكرامة انه مع شرط العمل عليه يكون الأمر أظهر و ليس كذلك لانه ان شرط العمل فيكون مثل أن يكون العامل هو المالك من وجه آخر ان لم يملك العبد شيئاً و كان عمله عمل مولاة فيكون مالكاً و عاملاً و ليس مثل صورة عدم شرط العمل و ان فرض صحته من وجه آخر من باب كونه شرطاً فى ضمن العقد.

و كيف كان فالظاهر أنه لم يكن فى المقام نص خاص لهذا الحكم ولا اجماع تعبدى كاشف عن رأى المعصوم ع فى ذلك بل السند الوحيد انه على فرض عدم ملك العبد لشيء يكون مرجع هذا الاشتراط الى اشتراط زيادة فى حصة من هو مالك للعبد فنقول ان كان هناك انصراف الى ان جعل هذا السهم للعبد يكون كجعل السهم للدابة أو السفينة فهو متين الا ان الجعل فى الواقع يكون للمالك لداعى وجود العبد له كما اذا جعل زيادة السهم له لداعى انه كثير العيال و لا فرق بين

شرط العمل و عدمه لانه مع شرط العمل يكون عمله كعمل العامل و مع شرط عدمه او عدم الشرط يكون كجعل زيادة سهم في الربح لمن له العبد.

و اما اذا صرح في العقد بانه يكون للعبد بخصوصه بحيث انه لو علم مثلاً بان العبد لا يملك لا يجعل هذا السهم فقال في الجواهر المتجه هو البطلان. و لكن لا يظهر منه ان البطلان مخصوص بالشرط او يعمه و المشروط فيه و هو المضاربة و الظاهر ان الباطل يكون هو الشرط لتمليك شيء لمن لا يملكه و اما اصل المضاربة فلا وجه لبطلانه بناءً على ان الشرط الفاسد ليس بمفسد على ما هو التحقيق عندنا و عند جملة من الاعلام كالشيخ الاعظم الانصارى (قده) هذا بناءً على عدم ملك العبد و اما على فرض ملكه فهو يكون كالاجنبى و قد تقدم فساد.

ثم ان ما عن المصنف من ان القدر المتيقن من عدم الجواز ما اذا لم يكن غلاماً لاحدهما فالاقوى الصحة مطلقاً، ففيه ان الدليل على عدم الجواز يكون هو ظهور النص في ان تمام الربح يكون بينهما و هذا الظهور يؤخذ به باطلاً و ليس الدليل اجماعاً لئباً يؤخذ بمتيقنه.

الشرط الثامن: في اشتراط كون رأس المال بيد العامل

قوله: 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 من ان يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك كما عن التذكرة.

اقول: اشتراط كون رأس المال بيد العامل هو قول العلامة في القواعد حيث قال «الرابع ان يكون مسلماً في يد العامل، فلو شرط المالك أن تكون يده عليه

لم يصح اما لو شرط ان يكون مشاركاً في اليد او يراجع في التصرف او يراجع مشرفه فالأقرب الجواز» ولا دليل على هذا الاشتراط الا ما يحتمله في محكى جامع المقاصد من ان ذلك خلاف وضع المضاربة وتأمل فيه وقال لا نسلم ان العقد يقتضى ذلك ثم قال ان اريد بالوضع ان الغالب في العادات ذلك لم يقدح ذلك في جواز المخالفة. وقد اشكل عليه بان الشك في اعتباره عرفاً في مفهوم المضاربة كاف في اعتباره لاصالة عدم ترتب الأثر ولا عموم يقتضى صحته مضاربة و الاطلاقات المقامية لا مجال لها مع الشك في الموضوع العرفي.

أقول: إن ما عن جامع المقاصد من عدم قدح العادات في جواز المخالفة - فيه ما لا يخفى لأن المعاملات امور عرفية ونحن لا سبيل لنا الى احراز الحقيقة العرفية الا بالعادات الغالبة على الناس فلو كان الغالب بحيث لا يعتنى بغيره لقلنا بدخله في مفهوم المضاربة ولكن الكلام في هذا المعنى وان كان الغالب هو دفع رأس المال ولكن ربما نرى في السوق ان الناس يجعلون من هو عامل في دكتهم شريكاً في الربح وان كان ما في الدكة تحت سيطرتهم لدواع لهم؛ احدها عدم وثوقهم في بعض الاوقات بالعامل ولا يكون بحيث يكون الدفع عندهم من مقدمات المضاربة ولكن ما ذكرناه يكون الشق الثاني من كلام القواعد وهو الشركة في اليد.

و اما اذا كان المال كله بيد المالك و العامل يبيع و يشتري فقط و المالك يدفع الثمن فليس لنا في العرف غالباً هذا النحو من المضاربة و يكون الغالب في امثال هذا عندهم الوكالة في البيع و الشراء و لكن السيرة الارتكازية على عدم المانع من صدقها و عدم الفرق موجودة ولو فرض عدم الصدق فيمكن ان يصح هذا بعنوان عقد مستقل ان كان القصد هو العقد المستقل لا عقد المضاربة والاصل عدم ترتب اثر المضاربة في هذا الشق ان شك في صدق عنوانها هذا بالنظر الى القاعدة

و اما النصوص الواردة في المقام فغالبيتها يصرح بعنوان اعطاء المال او دفعه. وقد اشكل عليها اولا بان هذا العنوان يكون في كلام السائل وليس في الجواب ذكر منه. و ثانياً لنا مطلقات من النصوص ايضا منها صحيح ابي بصير المرادي عن ابي عبدالله (ع) قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يقول للرجل ابتاع لك متاعاً و الربح بيني و بينك قال: لا بأس^(١).

و منها صحيح ابي الصباح الكناني عن ابي عبدالله (ع) في الرجل يعمل بالمال المضاربة، قال: له الربح و ليس له من الوضعية شيء الا ان يخالف امر صاحب المال^(٢). و مثله صحيح الحلبي في المعنى و غيره^(٣) بتقريب ان هذه التعابير لو لم تكن مختصة بصورة كون المال بيد المالك تكون مطلقة شاملة له ايضاً و ذكر السائل له كان لما هو دارج بين العقلاء و ادعاء الاطلاق المقامى في الجواب لا يتم لوجود القدر المتيقن في مقام التخاطب و هو دارجية الدفع في الخارج فيمكن أن يكون الاتكال عليه لا من جهة الموضوعية للدفع بحيث يكون عدم التفصيل بين الدفع و غيره كاشفاً عن امضائه عليه السلام له بخصوصه. و اما النصوص المطلقة من حيث الدفع فاظهرها هو الخير الاول و يمكن ان يقال انه غير ظاهر في كونه على وجه المضاربة بل يمكن ان يكون على وجه عقد مستقل اللهم الا ان يقال ان ملاك المضاربة عند العرف يكون في هذا ايضا و لا يأبى العرف عن صدقها عليه و غير الاول يحتمل ان يكون المراد بالمال فيه هو المال الذي بيد العامل و لكن ليس على حد الانصراف لان غلبة بعض الافراد في الخارج لا يوجب الانصراف.

١-٢/٣ من احكام المضاربة.

١-٣ من احكام المضاربة.

٣- في الباب ح ٤.

فتحصل ان مادل من النصوص على الدفع لا يكون له اطلاق مقامى حتى لا يصح ما لا دفع فيه و مالا دلالة له على الدفع يكون فيه احتمال حملة على مورد الدفع فلا دليل لنا على شرطية كون المال بيد العامل و حيث لا دليل على اختصاص عنوان المضاربة بما اذا كان المال بيد العامل و عدم الفرق عند العرف فى هذا النحو من المعاملة بين كونه بيد المالك او العامل و ان كان الغالب كونه بيد العامل و لا دليل على الاشتراط فصدق العنوان مما لا اشكال فيه و الأصل يقتضى عدم الاشتراط و ان كان الاحوط استحباباً عدم ترتيب آثار المضاربة الا اذا كان المال بيد العامل او تحت نظرهما كما اذا كان فى دكة متعلقة بالمالك.

ثم ان عدم اعتبار كون المال بيد العامل على ما اخترناه من معنى المضاربة فى اول الكتاب من انها عقد و قرار معاملى و لازمه الدفع لا يكون فيه اشكال لان دفع المال يكون فى بعض افراده و اما على المعنى الذى يكون عن المشهور و المصنف و هو دفع المال فى هذا المقام لا يكون الدفع متحققاً اذا كان المال بيد المالك فلا بد ان يكون الدفع داخلاً فى حقيقة المضاربة و ان لا تصح بدونه اللهم الا ان يقال بان الدفع المحقق للعنوان اذا كان فى بدو الامر ثم يكون المال الذى عين ان يكون مال المضاربة عند المالك و الا فالمضاربة غير صادقة بدون ذلك متعلقة بالمالك.

الشرط التاسع: فى شرطية كون الاسترباح بالتجارة

قوله: التاسع، ان يكون الاسترباح بالتجارة، و اما اذا كان بغيرها كأن يدفع اليه ليصرفه فى الزراعة، مثلاً و يكون الربح بينهما يشكل صحته اذ القدر المعلوم من الادلة هو التجارة، و لو فرض صحة غيرها للعمومات كما لا يبعد لا يكون داخلاً فى عنوان المضاربة.

أقول: قال في القواعد «الرابع العمل و هو عرض الربح و شرطه ان يكون تجارة فلا يصح على الطبخ و الخبز و الحرف» فهو (قده) لا اشكال له في عدم الجواز و حكى التصريح بذلك عن التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المبسوط. و حاصل ما استفيد من كلمات هؤلاء ان المضاربة تكون من العقود التي يكون في مورد التجارة لعدم ضبط الأجرة فيها و اما في مثل الاعمال فيكون الضبط بتعيين الاجرة ممكناً كما انه يمكن تعيين اجرة من يخبز او يطبخ او يصنع صنعة في ساعات من اليوم، و ببيان منا هو ان العقلاء في اختلاف عقودهم وجه عقلائي فالبيع يكون بالنسبة الى ما يكون المراد التبادل في الاعيان و الاجارة فيما يكون المراد التبادل بالمنافع أو بالمنافع و الاعيان و المضاربة تكون في مورد عدم امكان ضبط ان هذه التجارة مثلاً اى مقدار من العمل فيها يوجب تحصيل الفائدة هذا اذا كان المراد دوام الاسترباح غالباً او كان المقصود اصل الاسترباح و اما اذا كان المقصود الاسترباح في مورد واحد او لا يكون القصد فيه الاسترباح فيتوجهون الى الجمالة و هكذا.

ثم إن المراد بالمضاربة بالخبز او الطبخ او حرفة اخرى هو ان يشتري الحنطة مثلاً فيجعله خبزاً او طبيخاً آخر او يشتري الخشب فيصنع الباب و السرير و هذا العمل و ان كان تجارة من وجه و لكن ليس بتجارة من وجه آخر فليس تجارة محضة للاسترباح فلا يأتى فيه المضاربة.

فإن قلت: في نفس التجارة ربما يؤول الأمر الى اصلاح ما اشتراه ليصير مطلوباً في السوق ثم يبيعه فكيف لا يضر هذا العمل؟

قلت: يمكن أن يقال إن اصلاح المال يكون في سبيل التجارة و من لوازمها العادية و اما الخبز و الطبخ و غيره فيكون العمل فيه ملاحظاً بالاصالة و شراء الحنطة مثلاً في مقابل ما يعمل فيه لتصير خبزاً امر جزئى فيكون الملاك ما هو

اصيل في نظر العقلاء والحاصل من جميع ما ذكر ان ما لا يكون تجارة محضة لا يكون مصداق المضاربة والظاهر من الروايات ايضا هو انها تكون تجارة ويكون المقصود الاسترباح فيها ويكون التعبير في نصوص الباب بالبيع والشراء والربح بالتجارة وان لم يصرح فيها بما يظهر منه ان ما يكون فيه التجارة والصناعة لا يكون مضاربة ولكن مع ذلك كله يمكن ان يقال ان الملاك حيث كان عندهم على ان ما لا ضبط للعمل فيه فربما يكون مثل الطبخ والخبز وتهية الحنطة بالشراء و سائر وسائل الطبخ مما لا ضبط فيه جمعاً فيقدم العقلاء على المضاربة في ذلك ايضا بل ربما يكون شركة الصانع في الربح يجعل السهم للعامل لا الاجرة المعينة مما يوجب كثرة التوليد وسرعة العمل وكان اقرب لوصول الناس الى حوائجهم فيقدمون على هذا النحو من المضاربة كما ان الدراج في زماننا هذا ان يكون العامل بالمكينات في الشركات الصناعية سهيماً في الربح ليكون هذا اقرب لشوق العامل بالعمل مع عدم التجارة فيه اصلاً ولكن ربما يجعل سهم من رأس المال له ايضاً ليكون شريكاً في المنفعة بالسهم والحاصل ان الحكم بالبطلان ولو من باب المضاربة مشكل بل ممنوع.

هذا كله اذا اردنا ان يكون مصداقاً للمضاربة واما اذا فرضنا امثال ذلك عقوداً مستقلة مع قصدهما لها كذلك فهو ايضا غير بعيد كما عن المصنف لشمول عمومات وجوب الوفاء بالعقد لذلك ايضا وان لم يكن له احكام المضاربة.

الكلام في ما هو دارج في البنك الحكومي في المضاربة في ايران

اعلم أنّ في هذه الاعصار بعد اقامة الجمهورية الاسلامية في ايران قد جعل ضوابط من العقود الاسلامية للفرار عن الرباء منها ما يتعلق بمقامنا هذا في هذا

الشرط و فى الشرط السابق و هو ان البنك يريد اقراض الناس بحيث يأخذ الزيادة لا على وجه الربا بل على وجه المضاربة وهذا يكون كيفيته بان يطلب من المستقرض ان يشتري شيئاً و يأتى بما يسمى بـ «فاكتور» يعنى ورقة تدل على انه اشترى كذا شيئاً فيعطى مقدار ثمنه ثم يصير شريكاً فى ربحه او يعطى المال لتعمير داره و يكون شريكاً فى زيادة القيمة فان كان عمله من قبيل الأول فيشكل كونه مضاربة من جهة انه لم يدفع المال و لم يعينه فهو يشتري فى الذمة فعلى فرض كون شرط رأس المال ان يكون عيناً كما هو المشهور و هو الاحوط عندنا فلا يكون داخلاً تحت عنوان المضاربة و ليس بجعالة ايضاً لأن المراد اخذ الزيادة من العامل لا من المالك و لا يكون رأس المال بيد العامل ايضاً ان كان شرطاً كما مر فى الشرط الثامن الا اذا كان هذا وكالة فى شراء شئ للبنك فاذا صار مالكا له يبيعه بازيد مما اشتراه له.

و اما ان كان من قبيل الثانى فهو مركب من التجارة و الصناعة. التجارة بتهمة الوسائل و الصناعة هى عمل الصانع و عمل الصانع فى دار نفسه كيف يكون موجباً لكون زيادة قيمة الدار متعلقة بهما الا ان يكون هذا على وجه يكون وكيلاً لبيع داره او بعضها للبنك و يعمرها فيزيد بهذا قيمتها فيكون ايضاً مركباً من التجارة و الصناعة الا ان يكون التعمير جزئياً فيكون مثل موارد احتياج ما اشتراه الى الاصلاح ثم البيع و الحاصل انا ان قلنا بان المضاربة لا تنحصر فى التجارة بل اذا كانت التجارة مع الصناعة ايضاً تصح المضاربة فلا اشكال فى صحة هذا النحو من المعاملة و لو كان التجارة متعلقة بالارض و الصناعة بجعلها داراً و حانوتاً و الا فيشكل ذلك و هنا شق ثالث و هو ان يكون المستقرض وكيلاً لشراء شئ للبنك فى الذمة فاذا اشتراه فهو بعد اراءة الفاكور له يبيع ما اشتراه الصورى بازيد مما اشتراه له فلا يكون مضاربة و لكنه يصح هذا النحو من المعاملة.

الشرط العاشر: في عجز العامل عن العمل برأس المال

قوله: العاشر، ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن الاتجار به، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير او كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير، و الا فلا يصح لاشتراط كون العامل قادراً على العمل كما ان الامر كذلك في الاجارة للعمل فانه اذا كان عاجزاً تكون باطلة و حينئذ فيكون تمام الربح للمالك و للعامل اجرة عمله مع جهله بالبطلان

أقول: في هذا الشرط امور؛ الاول في ان عدم العجز عن العمل برأس المال شرط الصحة ام لا؟ الثاني في انه مع القول بالفساد هل يستحق العامل اجرة مثل عمله ام لا؟ الثالث في ضمان العامل ان تلف رأس المال و هذا المتن مستعرض للأمر الاول، و حاصل الكلام فيه هو ان الاشكال في صحة المضاربة هنا هل هو من جهة الجهل بمقدار مال المضاربة او من جهة العجز و تبعض الصفقة او من جهة الضمان الذي يكون من بدو الأمر؟ من جهة عدم القدرة على العمل يظهر من بعض العبارات ان الاشكال يكون في الضمان فان هذا الشرط لم يذكره بهذا النحو في الشرايع بل قال فيه «اذا اخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن» و نحو ذلك ما في القواعد و في المسالك قال: و حيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به اذ لا منافاة بين الضمان و صحة العقد» و كذا ما في الحقائق^(١) فانه بعد حكاية عدم منافاة الضمان مع صحة العقد قال «و يدل عليه ما تقدم في تلك الاخبار، و عليه اتفاق الاصحاب، من انه مع المخالفة لما شرطه المالك فانه يضمن و الربح بينهما». و مراده بالاخبار هو ما في الوسائل^(٢) من ان مخالفة شرط المالك يوجب الضمان فقط. فمن هذين الكلامين يظهر ان الاشكال في منافاة الضمان

للصحة و سيأتى آنفاً أن الأقوى عند المسالك البطلان للنهي عن التصرف. ولكن في الجواهر^(١) قال قلت و لعل المتجه في مفروض المسألة الفساد من غير فرق بين حالى العلم و الجهل، و ذلك لمعلومية اعتبار قدرة العامل على العمل فى الصحة نحو ما ذكره فى الاجارة ضرورة لغوية التعاقد مع العاجز عن العمل الذى هو روح هذه المعاملة... انتهى و ظاهر هذا الكلام هو ان الاشكال فى العجز لا فى الضمان و لا فى الجهل لعدم فرق بين صورتى العلم و الجهل فانه ان كان عالماً بمقدار العجز يكون اشكاله بحاله باقياً.

و يظهر من المسالك ان الأقوى هو البطلان من جهة النهى عن التصرف فى هذا المال و المجموع من حيث المجموع اذا كان عاجزاً عن العمل به يكفى لصدق العجز و لا ترجيح للبعض المقدور ليصح فيه حيث انه غير متميز. و قال فى الحقائق فى مقام الجواب بما حاصله و أى نهى هنا مع عدم نص فى المسألة و كان المراد هو وضع اليد على ما لم يكن مأذوناً فيه لعجزه و جوابه هو ان هذا النهى مخصوص بالزائد.

و فيه: ان ترجيح غيره الزائد عليه بعد عدم امتياز المال ترجيح بلا مرجح كما صرح به فى المسالك لو كان الاشكال منافية الضمان مع الصحة و اما النهى فهو مع كونه مختصاً بصورة عدم علم المالك بذلك فلا يدل على الفساد ضرورة ان الحرمة التكليفية لا تلازم الفساد.

و أقول: إن الضمان ليس بنفسه من موانع صحة العقد بل العقد محتاج الى طيب النفس بعد تمامية سائر شرائطه، فعلى هذا ان كان المالك جاهلاً بالعجز فطيب النفس فعلى حاصل و اما مع العلم به فيمكن ان يكون له طيب النفس

رجاءاً لتحقيق القدرة ولكن الاشكال في الصحة يكون من وجه آخر وهو الاقدام على ما لا يكون خالياً عن الغرر وهو الجهل بالمقدار وهو العمدية في المقام لان الشرط الثالث لمال المضاربة قد مر انه معلوميته قدراً ووصفاً وحيث ان العقد بالنسبة الى ما يعجز عنه لا يتعقد و بالنسبة الى غيره لا يكون المقدار معلوماً فيكون هذا العقد من بدو الأمر غريباً ومجهولاً من حيث تقدير المال وان فرض انه بعد مدة يحصل العلم بالمقدار فضلاً عن عدم تحقق العلم به فيكون هذا العقد اشبه بالاجارة التي لا بد من قدرة العامل على العمل فيها ومن معلومية مقدار الأجرة وليس كالبيع حتى يقال يأتي فيه خيار تبعض الصفقة.

و يمكن أن يقال إنه يكون الفرق بين الجهل بمقدار رأس المال من بدو الأمر و ما اذا كان رأس المال من بدو الامر معلوماً ولكن العجز عن استعماله كان بالنسبة الى بعضه فاذا كان المالك و العامل جاهلين بذلك فيكون العقد بطبعه منحللاً الى اجزاء رأس المال فيكون صحيحاً بالنسبة الى ما لا عجز في استعماله و الباطل يكون ما عجز فيه و اذا حصل العلم بذلك فيكون المالك و العامل بالخيار لتفاوت الاغراض لتبعض الصفقة كتبعضها في البيع بل و في الاجارة فانه لو أجر شخصاً لعملين احدهما مقدور له و الآخر غير مقدور دفعة صحت بالنسبة الى المقدور و بطلت بالنسبة الى غيره و احسن حالاً من هذا هو ان يكون المقدور من بدو الأمر معلوماً فان ضم معاملة فاسدة الى معاملة صحيحة لا يوجب بطلان الصحيحة نعم اذا كان المقدور غير معلوم من بدو الأمر و كانا عالمين بذلك فيمكن ان يقال ان هذه المعاملة غريبة و مجهولة و لا يقدم العقلاء عليها ثم الخلاص من مخمصة الجهل بالقرعة او بالتنازع و الرجوع الى الحاكم سواء علم مقدار العجز او لم يعلم و الحاصل كلما يرجع الى الجهل بالمقدار من بدو الامر لا يصح العقد فيه و قد عرفت فيما تقدم ان المعلوماتية لرأس المال شرط صحة المضاربة خلافاً

لمن زعم ان نفى الغرر مخصوص بالبيع فانه قد مرَّ أنَّ عدم الأقدام على المجهول يكون قاعدة عقلائية و مما يوجب الوثوق الخبري بما ورد من نهى النبي صلى الله عليه و آله عن الغرر مطلقاً من غير فرق بين كون المعاملة جايزة كما هو المشهور في المضاربة او لازمة فعلى هذا يكون العجز الحاصل بعد تمام المضاربة ايضاً موجباً للخيار و ليس موجباً للبطلان لتبعض الصفقة و اما نسبة سهم الربح لكل واحد منهما فيكون على وفق ما تراضيا عليه من بدو الامر هذا و لكن بعد فالقول بتبعض الصفقة في المقام لا يخلو عن اشكال فانه بعد لزوم معرفة مقدار رأس المال يكون الجهل به من بدو الأمر او فيما بعده مما يوجب الغرر و الفرق بين المضاربة و البيع و الاجارة هو ان ضبط مقدار العمل و الثمن و تقسيم الثمن او الاجرة بالنسبة اليه ربما يمكن فيهما في العرف و اما في المضاربة فليس كذلك فان زيادة المال و نقصه دخيلة في جعل السهم الزائد للعامل او الناقص فليس لنا ان نقول بالانحلال و ليس حكم نصف المال حكم نصف المبيع غالباً و لا حكم نصف السهم حكم نصف الثمن او الأجرة هذا كله مع علمهما او جهلهما بال الحال. أمّا مع علمهما بالقدره اذا ظهر بعد زمان من العمل العجز فيمكن ان يقال بالصحة لان المعاملة عند تحققها لم تكن غررية لعدم الجهل بمقدار رأس و عدم العجز عن العمل به حينه و انما حدث ذلك بعد حين فلا وجه للقول بالبطلان و حيث ان العمل قد وقع صحيحاً يكون تقسيم الربح بالنسبة الى ان العجز و اما بعد هذا الآن فهو محتاج الى عقد جديد بالنسبة الى البقية و الا فالمضاربة باطله للعجز الذي يرجع الى الجهالة و من لم يقل بمضريّة الجهالة كبعض أعظم العصر لابد ان يقول بالصحة مع خيار تبعض الصفقة.

الأمر الثاني في أنَّ العامل هل يستحقَّ أجرة المثل لعمله على فرض بطلان المضاربة ام لا؟ فنقول إن كانا عالمين بالبطلان على نحو المضاربة و مع ذلك

امر العامل بالعمل فيكون له اجرة المثل لعمله وكذا إن كان العامل جاهلاً واما اذا عالماً وكان العمل بناءً على المضاربة الباطلة فكذلك لان مجرد العلم بالبطلان لا يوجب ان يكون العمل مجاناً وبلا عوض فان التبرع محتاج الى قصده فيكون كمورد امر المالك بالعمل بل هو نفسه وان زعم ان السبب هو المضاربة الفاسدة نعم علمه بالبطلان و اقدمه على العمل مما يوجب ذمّه عند العقلاء فانه ان لم يعط المالك عوض عمله ينسب تلف حقه الى نفسه ايضاً كما في المقبوض بالعقد الفاسد اذا كان من له العقد عالماً بالفساد اذا كان العقد مما يضمن بصحيحه فعلى هذا ما عن المصنف من ان الاجرة للعامل على فرض الجهل بالبطلان غير تام. واما مع جهلهما بالبطلان فضمن المالك لاجرة المثل واضح هذا كله اذا حصل استرباح بعمله واما اذا لم يحصل فالاحوط المصالحة في اجرة المثل مع المالك الا اذا كان مع امر المالك به ولو مع العلم بالفساد.

الامر الثالث في ضمان رأس المال مع فساد المضاربة

قوله: و يكون ضامناً لتلف المال الا مع علم المالك بالحال و هل يضمن حينئذ جميعه لعدم التميز مع عدم الاذن في أخذه على هذا الوجه، او القدر الزائد لأن العجز انما يكون بسببه فيختص به أو الأول اذا أخذ الجميع دفعة و الثاني اذا اخذ أولاً بقدر مقدوره ثم اخذ الزائد و لم يمزجه مع ما اخذه أولاً؟ اقوال اقواها الأخير و دعوى انه بعد اخذ الزائد يكون يده على الجميع و هو عاجز عن المجموع من حيث المجموع و لا ترجيح الآن لأحد اجزائه، اذ لو ترك الاول و اخذ الزيادة لا يكون عاجزاً كما ترى، اذ الاول وقع صحيحاً و البطلان مستند الى الثاني و بسببه و المفروض عدم المزج هذا و لكن ذكر بعضهم ان مع العجز المعاملة صحيحة فالربح مشترك و مع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك و لا وجه له لما ذكرناه مع انه اذا كانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان ثم إذا تجدد العجز

في الأثناء وجب عليه ردّ الزائد و الا ضمن.

اقول: البحث في هذا الامر في جهتين: الأولى في اصل الضمان اذا كان العامل عاجزا عن المضاربة بالجميع و الثانية في ان الضمان على فرض تسليمه هل يكون بالنسبة الى الجميع او في خصوص ما عجز عن العمل به اما الجهة الاولى فاختلف فيها فالمصنف قال بالضمان في مورد جهل المالك بالحال كما في الشرايع و المحكى عن جامع المقاصد و المسالك.

و استدّلوا لذلك بان العامل وضع يده على المال بغير اذن من مالكة لان الاذن كان بعنوان المضاربة و هو مفقود فلا يكون مأذوناً في التصرف في هذا الاموال و قد اشكل على هذا اولا بان الضمان لا بد له من دليل فهو اما بناء العقلاء مع امضاء الشرع له او الدليل الخاص في مورد التعدي او التفريط او قاعدة على اليد ما اخذت حتى تؤديه او اقدام الآخذ على الضمان و المفروض عدم تحقق احد هذه العناوين في المقام لان المفروض عدم التعدي او التفريط و كلمة الاخذ ظاهرة في الاخذ بالقهر و الغصب فلا تشمل ما اذا كان برضاه او اختياره و الاتلاف العمدي مفروض العدم و الآخذ لم يقدم على الضمان و لم يسلمه المالك ايضا على ان يكون دركه عليه و لا نص خاص يدل على الضمان و من هنا فمقتضى كون اليد امانة مالكية عدم الضمان في المقام.

و ثانياً بانه مخالف لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده التي لا خلاف فيها على ما ذكره الشيخ الاعظم (قده) و المضاربة مما لا يضمن بصحيحها فلا يضمن بفسادها.

اقول: و يرد على الاول ان بناء العقلاء الذي ذكره و لم يذكر وجه عدمه هنا في مورد جهل المالك و علم العامل بالحال ليس على عدم الضمان بل هو على الضمان ضرورة أنهم يحكمون بضمان من اخذ ما لا كثيراً لا يقدر على العمل به

و يرون هذا غروراً فان لم يكن لنا دليل على المنع من بنائهم يكفى للعمل عليه و اما التعدى و التفريط و ان كان هنا مفروض العدم ولكن حمل الأخذ على الاخذ بالعدوان و الغصب غير تام فان اطلاق الاخذ شامل لكل ما جاء تحت اليد و ليس على وجه المجانية و من المعلوم ان اعطاء المال هنا يكون للاسترباح لا على وجه المجان و ان اعطاء المالك له كان لخصوص عنوان المضاربة على وجه لا يكون دركه عليه لا بكل عنوان و اقدام العامل و ان لم يكن على الضمان ولكنه غير لازم فى تحقق الضمان فلا يتحقق لليد لون الأمانة المالكية مع فرض جهل المالك الذى هو المفروض فى المقام فكيف نقول بعدم الضمان بادعاء كون الأمانة المالكية.

و اما قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده فشمولها لمورد علم العامل بالعجز مشكل غاية شمولها لمورد علم المالك بالعجز و ان كان نفس العلم منه ايضاً كافياً فى كون الأمانة مالكية و شمولها لمورد جهلها بالعجز فانه لا ضمان عند العقلاء مع الجهل بذلك لعدم تحقق العدوان عندهم عند الجهل و بعبارة اخرى لنا ان ندعى ان القاعدة منصرفه عن مورد علم العامل بالفساد مع جهل المالك به لو كان له دليل لفظى و لو كان سنده الاجماع فالمتيقن منه غيره و اما ما استدلل به فى المستمسك سنداً للقاعدة مثل قوله (ع) فى صحيح الحلبي عن ابي عبدالله (ع)^(١) صاحب الوديعة و العارية مؤتمنان، و قال ع ليس على مستعير عارية ضمان، و صاحب العارية و الوديعة مؤتمن فيكون فى مورد تحقق عنوان الأمانة و من كان عالماً بالعجز و لا يخبر المالك لا يكون اميناً عند العقلاء و الأمانة تكون صادقة اذا كانا جاهلين بالحال او كان العامل فقط جاهلاً به.

فتحصل ان القول بالضمان مع جهل المالك بالحال و علم العامل به هو الاقرب كما في المتن و اما مع علمه بالحال فاعطائه لرأس المال لابد ان يكون رضاء منه بتصرف العامل فيه فيكون في حكم الامانة المالكية فلا ضمان على العامل اذا كان التلف بدون التعدي و التفريط فما عن المصنف هنا هو المتعين و كذلك اذا كان الجهل بالحال فيهما لقاعدة ما لا يضمن.

الجهة الثانية في ان الضمان هل يكون بالنسبة الى جميع المال او بالنسبة الى ما عجز عنه في فرض الضمان و قبل بيان الاقوال في ذلك لابد من تقديم مقدمة و هي ان العقود الجائزة هل لها فارق مع اللازمة ام لا؟ فديقال بان الفرق بينهما في ان مصداق العقد في الجائز يكون بالاعطاء و الأخذ و في اللازم بنفس العقد و ذلك من جهة ان المالك مثلاً في عقد المضاربة ليس ملزماً بدفع المال كما ان العامل ليس ملزماً بقبوله بخلاف عقد البيع مثلاً فان البائع ملزم بدفع الثمن كما ان المشتري ملزم بدفع الثمن فبناءً على هذا اذا فرض بطلان العقد للعجز فيمكن تصحيحه على وجه المعاطاة بدفع المالك رأس المال فبناءً على هذا في المقام لا يكون الصور الثلاثة و كذلك الأقوال على نهج واحد بل اذا كان المأخوذ هو المجموع دفعة واحدة فيكون العقد باطلاً للعجز و الاعطاء ايضا لا يوجب صحة المعاطاة لعدم التميز و اما اذا كان دفع المقدور غير دفع غير المقدور فدفع المقدور يكون مصداقاً لمضاربة صحيحة معاطائية و دفع غير المقدور اى الذى لا يقدر العامل العمل به لا يضر بصحة ما هو مقدور له و عليه يحمل ما عن المصنف من اختيار القول الاخير في المتن بقوله اذ الاول وقع صحيحاً و البطلان مستند الى الثانى و بسببه و لا وجه للقول بالصحة اذا كان الجرى على العقد السابق لان الفعل الخارجى اذا كان مبنياً عليه لا يوصف بالصحة و الفساد.

و فيه ان الذى لا محيص عنه هو ان العقود تابعة للقصد و لا فرق بين كون

المبرز للقصد لفظاً أو فعلاً من الأفعال الخارجية، هذا من وجه و من وجه آخر لا شبهة في عدم الضمان في صورة علم المالك بالحال حتى نبحث عن كونه بالنسبة الى الجميع او البعض و انما الكلام في الضمان في صورة جهل المالك او جهلهما فعلى هذا من اعتقد ان العقد صحيح لجهله يكون اعطائه بقصد الوفاء بالعقد لا بقصد المعاطاة فكيف يتحقق العقد بدون قصد الأنشاء حتى تصح المضاربة المعاطاتية و اما القول بان العقود الجائزة لا اثر لها طراً و عدم كون المصدق الا المعاطاة فهو ايضا ممنوع فان العقود جائزة او لازمة تكون تحت عموم «او فوا بالعقد» و العقد الجائز مادام بقائه يحب الوفاء و فرقه مع عقد اللازم هو عدم جواز فسخه بدون المجوز و لكن الجائز يجوز فسخه في نفسه فاذا كان الاعطاء و الاخذ مبنياً على العقد يكون مصداق العقد هو ما حدث قبله و لا يكون مصداقه ما وقع في الخارج فعلى هذا ليس كبرى ان كل عقد جائز ليس مصداقاً للعقد الا بالأخذ و الاعطاء تامة في نفسه و في المقام لا يكون المعاطاة متصورة مع جهل المالك بالحال صغراً و تأبعد عدم قصده للمعاطاة و لو فرض ان المضاربة من اصلها كانت معاطاتية فيكون القصد المعاطاة بالجميع لا بالبعض فليس لنا الفرق بين الموارد بما ذكر فعلى فرض القول بالضمان يكون الضمان بالنسبة الى المجموع سواء كان التفكيك في المقدار عند الاعطاء او كان اعطاء المجموع دفعة واحدة لانه يكون مبنياً على عقد باطل لان اعطاء البعض يكون بعنوان العقد على الجميع و حيث انه لم يتعقد للعجز فاخذ البعض الذي هو مقدوره اذا لم يقصد المضاربة به استقلالاً لا يصير مضاربة صحيحة فيكون اليد عليه ضمانياً سواء مزجه بغيره ام لا و الافراز ليس في المال بطبعه فاذا اخذ بعض المال اولا لا يصير هذا هو البعض الذي لا يكون عاجزا عن العمل به و البقية هي التي يعجز عنها بل كلاهما على نهج واحد فما عن المصنف من ان البطلان مستند الى ما يأخذه ثانياً غير تام فما

يظهر من صاحب المستمسك من ان الضمان على المجموع هو المنصور من بين الأقوال التي ذكرها المصنف و تعرض لها في المسالك ايضاً.

ثم إن ما ذكره المصنف في ذيل كلامه بقوله «اذا تجدد العجز في الاثناء وجب عليه ردّ الزائد و الا ضمن» كلام متين جداً لان اليد في نظر العرف لا تنقلب من الامانية الى الضمانية بمجرد العجز و انفساخ المعاملة بالنسبة الى ما عجز عنه و كونها معلقة على رضا المالك في البقية بل يكون الضمان بعد انقلاب اليد عدوانية بعد كونها امانية و هذا العنوان لا يتحقق الا بعد تقصير العامل في الرد او اعلام المالك بالعجز ليأخذ ما له او يبقيه عنده امانة فاحتمال ان يكون الضمان بمجرد تحقق العجز حتى انه لو اراد الرد و اقدم عليه و لكن تلف المال قبل الرد يكون ضامناً له بعيد جداً هذا بالنسبة الى البعض الذي عجز عنه و اما اصل العقد فالقول بانفساخه بتمامه بمجرد العجز بالنسبة الى العمل بعد ذلك فهو الاقرب

و ما وقع صحيحاً من بدو الامر يكون اثره بالنسبة الى ما مضى لا بالنسبة الى ما سيأتي و لا فرق بين ان يكون الجهل بالمقدار للعجز من بدو الأمر او بعد حين حيث انه موجب لصيرورة المعاملة غررية عند العقلاء بعد العجز.



الجهة الثالثة: فى المسائل

فى مال المضاربة و أن المضاربة عقد جائز و فى اشتراط المالك
على العامل

(مسألة ١): لو كان له مال موجود فى يد غيره امانة او غيرها فضاربه عليها صحّ
اقول: وجه الصحة هو عدم شرطية كون المال بيد المالك فيعطى العامل و لا
موضوعية للاعطاء و النصوص المتعرضة لهذا العنوان فى الوسائل فى كتاب
المضاربة لا يكون معناها الخصوصية لعنوانه بل هو بيان لغالب الافراد بعد وجود
المطلقات الدالة على ان مجرد المبايعة بمال الغير مضاربة صحيحة فاذا كان
المال عند العامل فالاعطاء حاصل فيكون العقد صحيحاً كما ان العقلاء لا شبهة
لهم فى صحة ذلك و المعاملات امور عقلانية فاذا لم يردع عنها الشرع يكفى
الصحة عندهم. و حكى عن التذكرة صحة المضاربة فى مال الوديعة و العارية
و ظهورا جماع المسلمين عليه و لكن لا فرق بين الوديعة و العارية من موارد
الامانة او غيرهما.

قوله: و ان كان فى يده غصباً او غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان فالاقوى انه
يرتفع الضمان بذلك لانقلاب اليد حينئذ فينقلب الحكم و دعوى ان الضمان مغيى

بالتأدية و لم تحصل كماترى و لكن ذكر جماعة بقاء الضمان الا اذا اشترى به شيئاً و دفعه الى البايع، فانه يرتفع الضمان به لانه قد قضى دينه باذنه و ذكروا نحو ذلك فى الرهن ايضاً و ان العين اذا كانت فى يد الغاصب فجعله رهناً عنده أنها تبقى على الضمان و الاقوى ما ذكرنا فى المقامين لما ذكرنا.

اقول: البحث كله فى انقلاب اليد الضمانية الى الامانية بواسطة جعل المفضوب مال المضاربة ام لا كما اذا غضب داراً ثم استأجرها و جعلها وثيقة للدين اى رهناً عنده و هذا الانقلاب متوقف على احد امور: الاول ان يكون الملازمة بين جعل المال مال المضاربة و بين كون اليد امانية. و الثانى ان يكون الاداء عرفاً صادقاً لانه الغاية لقوله صلى الله عليه و آله على اليد ما اخذت حتى تؤديه^(١) و الثالث ان يكون القرينة العرفية على رضا المالك بكون المال فى يد الغاصب امانة بعدا العقد اما الاول فهو ممنوع لان عقد المضاربة لا يلزم كون المال بيد العامل حتى يكون الالتزام بها التزاماً بكون رأس المال فى يد العامل حتى يكون الرضا بها رضا بذلك كما مر فى مقام بيان الشرط الثامن فعلى هذا يمكن ان يكون المالك ممن لا حيلة له لأخذ منافع ماله الا بالتصدي للمضاربة مع عدم رضائه بكون ماله فى يد الغاصب فربما يجب ان يكون ماله بيده و لا يؤديه الغاصب اليه.

فان قلت: اذا لم يكن المالك مطالباً لما له فيكون هذا دليلاً على رضائه ببقائه عند العامل امانة. قلت: ربما يكون له مانع من الطلب مثل أنه يعلم أنه لا يؤديه اليه. و اما الثانى فهو غير صادق لان المال يكون عنده و لم يؤده الى مالكة. فإن قلت: التجارة به متوقف على الاذن باعطائه الى البايع مثلاً نحنأ لما

١- فى المستدرك، باب ١ من الودعة، ح ١٢.

يشترى منه فىكون لازم الاذن فى المضاربة به هو التوكيل فى الدفع و بهذا يحصل الاداء الذى هو الغاية.

قلت: يمكن ان يقال انه ان دفع المال الى البائع و اخذ المالك المثل منه فىكون الاداء صادقاً و لا ضمان لتحقيق الاداء و ان تلف يكون تلفاً فى يد غير الفاسب و اما ان دفع الثمن و اخذ المثل يكون اخذ المثل غصباً و بعبارة اخرى يكون يد الفاسب عادية فى اخذ العوض ايضا فكيف نقول تصير يده امانية بواسطة الاذن فى البيع هذا على فرض تسلّم كون الرضاء بالشراء ملازماً عرفاً لدفع الثمن الخاص ايضا و الا فمجرد الاذن فى ذلك لا يلزم التوكيل فى اقباض الثمن. فبقى الثالث و هو ان يكون القرينة على رضائه بتصرف الفاسب تصرفاً على وجه الامانة بحيث يمكنه المطالبة و لا يطالب فحينئذ ان تلف بغير تفريط لا يكون ضامناً.

فان قلت: إن النبوى معارض بمادل على عدم ضمان الأمين كقوله تعالى «ما على المحسنين من سبيل»^(١) و الروايات الواردة فى الوسائل كتاب الاجارة^(٢) و فى كتاب العارية^(٣) و فى كتاب الديات ابواب موجبات الضمان^(٤) و غير ذلك مما صار دليلاً لقاعدة عدم ضمان الامين و المأذون فى القبض امين و لا يضمن الأمين فىخصص عموم اليد... به و لا يجرى استصحاب بقاء الضمان الذى قال به فى الجواهر فى عداد الادلة على بقاء الضمان لا تقطاعه بمادل على عدم ضمان الامين.

قلت: البحث كله فى ان مجرد الاذن فى دفع المال الى المشتري هل هو

٢- باب ٢٨، ح ١-٣.

٤- باب ٢٩، ح ٢.

١- التوبة، ٩١.

٣- باب ١، ح ٦.

موجب لصيرورته اميناً فان الامانية العرفية غير صادقة اذا كان يأخذ العوض بلا اذن من المالك فينحصر ان يكون الدفع بعنوان الثمن موجباً لرفع الضمان اذا لم يقبض المثلثن الا باذن المالك او لم يقبضه بل قبضه المالك لحصول الاداء حينئذ عرفاً وهو لا كلام فيه.

و أما ما عن بعض الاعاظم من ان النبوى «على اليد....» لا سند له ولم يثبت و انما العبرة فى الضمان ببناء العقلاء او المتشرعة عليه و لا شيء منهما متحقق فى المقام. ففيه ان هذا النبوى بلغ مفاده من الشهرة بوجه يكون قاعدة فقهية و عمل الاصحاب يوجب جبر ضعفه مضافاً بان مفاده موافق لما يدعيه من بناء العقلاء و المتشرعة على الضمان و هذا يوجب الوثوق الخبرى ايضاً و هو كاف عندنا و حيث انه لا يرى الشهرة جارية للضعف قال بعدم ثبوته هذا اولاً و ثانياً بناء العقلاء و المتشرعة ايضاً يكون على بقاء الضمان ما لم يحصل الرد الى صاحب المال او الى من هو قائم مقامه و لو بانقلاب الضمان الى الأمان بالقرائن. ثم إن ادعاء انقلاب الضمانية الى الأمانية فى الاجارة و الرهن و اشباه ذلك فهو ايضا ليس بهذا الوضوح فى الجملة فان العين المستأجرة اذا كانت بيد المستأجر مع رضا صاحب العين فلا كلام و اما لو فرض ان الغاصب لها لا يؤذيها و مالکها يرى المصلحة لاستيفاء منافعها فى ان يوجرها للغاصب فيشكل القول بعدم الضمان فان العين المستأجرة ربما تكون تحت يد المور و المستأجر لا تسلط له الاعلى المنافع مثل من يستأجر سيارة ممن هو بنفسه محرك لها و يسيرها و هكذا الرهن اذا كان المالك لا يرى حيلة للتسلط على ملكها الا بوجه اخذ الدين من الغاصب و جعل الوثيقة فى مقابله.

فتحصل أن القول ببقاء الضمان فى الجملة فى هذه المسألة كما عن الشرايع و الحدائق هو الأقوى كما انه اذا اشترى به شيئاً و دفعه الى البائع و اخذ المبيع

عوضه من دون رضاء من المالك باخذ المبيع لا يوجب رفع الضمان بل لحاظ العوض و اصل المالية و ان ارتفع الضمان عن اصل الثمن بخصوصه و الاجماع المحكى فى المسالك على عدم الضمان يكون محمولاً على ارتفاع الضمان من العين لا من العوض ايضا.

(مسألة ٢): المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها سواء كان قبل الشروع فى العمل او بعده قبل حصول الربح او بعده نض المال او كان به عروض مطلقا كانت او مع اشتراط الاجل و ان كان قبل انقضائه

اقول: البحث^(١) فى هذه المسألة المهمة فى امور من جهة كون عقدها جائزاً او لازماً و من جهة شرط الأجل فى ضمنها و من جهة شرط عدم فسخها فى ضمن عقد لازم آخر او فى ضمن مضاربة اخرى، (ولا يخفى ان مباحثها دقيقة جدا كما ستظهر) أما الامر الاول و هو ما تعرض له فى هذا المتن فالبحت فيه فى جهتين: الاولى فى جوازها و الثانية فى ان الفسخ قبل العمل او بعده هل يكون موجباً للضمان على المالك بالنسبة الى ما تلف من عمل العامل ام لا؟ اما الجهة الاولى و هى جوازها من الطرفين فعمدة ما يدل عليه هى الاجماع المحكى فى الجواهر^(٢) بقسميه و عدم الخلاف فيه و قال و هو الحجة فى الخروج عن قاعدة اللزوم. و يظهر من مفتاح الكرامة انه مفروغ عنه حتى انه جاء بكلمات القوم فى صحة اشتراط المدة و عدمها فيها.

اقول: الى الآن لم نجد دليلاً صالحاً لاثبات اصالة اللزوم فى كل معاملة لو فرض تمامية مادل على اللزوم فى بعض المعاملات كالببيع لان ما يمكن الاستدلال به او استدل به للزوم فى كل معاملة امور كلها مخدوشة و قد تعرض

لبعضها في المكاسب في اول كتاب الخيارات منها قوله تعالى: «يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود»^(١) واستدل بها في مفتاح الكرامة^(٢) بتقريب ان العقد يجب الوفاء فلا يجوز فسخه أى عقد كان لدلالة الجمع المحلى باللام على العموم. وفيه: أن غاية ما يدل عليه الآية هو ان العقد مادام كونه عقداً يجب الوفاء به و اما اذا لم يكن لنا عقد فوجوب الوفاء لا موضوع له فلو لم يكن لنا دليل بالخصوص على حرمة فسخ العقد فلنا ان نفسخه لان اختيار العقد حدوثاً وبقاءً بيذا المتعاملين فكما ان ايجاد العقد غير واجب ليجب الوفاء به، ابقائه ايضاً غير واجب ليجب الوفاء به فهو يكون نظير قولنا اكرم العلماء فانه لا يجب علينا ايجاد عالم أو حفظه في عالميته ليجب اكرامه و لا اقول ان هذا و امثاله يكون لبيان الحكم التكليفي فقط بل يدل على نفوذ العقد وضعاً الا ان نفوذ العقد اعم من لزومه.

و منها قوله تعالى «لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم»^(٣) بتقريب ان المال اذا انتقل الى الغير يكون اخذه بالفسخ اكلاً للمال بالباطل و هو غير جائز. وفيه: اولاً انه مختص بما اذا صار المال ملكاً و لا يشمل المقام الذى يكون مال المضاربة امانة فى يد العامل او فى يد المالك و العامل وهكذا لا يشمل امثال ذلك. و ثانياً يكون النهى عن الاكل على فرض عدم التجارة و الجواز على فرض وجودها و من الممكن اعدام الموضوع بفسخ العقد و التجارة.

و منها قوله تعالى: «احلّ الله البيع»^(٤) وفيه: انه مختص بالبيع مضافاً الى انه

٢- ج ٧، ص ٣٠٠.

٤- البقرة، ٢٧٥.

١- المائدة، ١.

٣- النساء، ٢٩.

ايضا لا يدل على لزوم البيع لان البيع ان كان معناه هو المعاهدة المخصوصة فيمكن اعدامها لثلا يشملها الحلية لعدم الموضوع لها.

ومنها «المسلمون عند شروطهم»^(١) بتقريب ان الشرط في ضمن العقد اذا كان واجب الوفاء فالعقد في نفسه اولى بالوفاء وفيه: أولا ان هذا ايضا يدل على ان الشرط مادام صدق اسم الشرط عليه يجب الوفاء به واما انه لا يمكن ان يفسخ لثلا يكون له وفاء فلا. نعم ربما يكون الوفاء بالشرط لازماً لان العقد الذي يكون الشرط في نفسه لازماً أو ان الشروط واجب الوفاء مطلقا ان قام عليه الاجماع و ثانياً وجوب الوفاء بالشرط في ضمن العقد الجائز ايضا يكون مسلماً مادام وجود العقد فاذا فسخ العقد يفسخ الشرط ايضا.

ومنها قوله صلى الله عليه وآله «لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله آلا بطيبة نفس منه»^(٢) وفيه: ان هذا مختص بما كان مالاً لمسلم لا ما يكون في يد المسلم بعنوان الاسترباح كما في المقام بل ولا يكون مالاً أصلاً بل يكون مجرد معاهدة على الاسترباح مضافاً الى ان مال المسلم مادام كونه مالاً له لا يحل التصرف فيه بدون طيب نفسه واما اعدام ما هو سبب لماله كفسخ العقد الذي هو سبب له فلا يستفاد منه.

ومنها النبوى المشهور في السنة الفقهاء المنجبر بالشهرة وهو قوله صلى الله عليه وآله «الناس مسلطون على اموالهم»^(٣) وفيه ان الموضوع هو المال المنسوب الى المالك فكما ان جعل شيء مالاً لأحد لا يكون واجباً بل ربما يكون

١- في الوسائل، ج ١٢، باب ٦ من الخيار، ح ٢.

٢- في الوسائل، ج ٣، باب ٣ من ابواب مكان المصلى، ح ١.

٣- بحار الانوار، ج ٢، ص ٢٧٣ عن غوالي اللثالى.

بمقتضى المعاهدة التى هى بين الطرفين مثلاً فكذلك اعدام هذا الموضوع يمكن ان يكون باختيارهما لولا الدليل الخاص وما قيل من ان السلطة الحاصلة قبل الفسخ يمنع عن تأثيره غير تام لان السلطة حاصلة على المال و فاذا فسخ العقد مثلاً يكون التصرف فى سبب السلطة لا فى نفسها كما انه اذا ابتاعه منه يخرج من سلطته بسبب الشراء منه فلا فرق بين ايجاد السبب بهذا النحو او بنحو الفسخ اذا لم يكن دليل على منعه و ظاهر الحديث الناس مسلطون على اموالهم لا على سلطتهم على اموالهم ليكون للمالك المنع من الفسخ. ومنها قوله صلى الله عليه وآله «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١) وفيه: ان هذا مختص بالبيع ولا يشمل كل عقد ولزوم البيع مفروغ عنه.

ومنها الاستصحاب بمعنى ان العقد اذا تحقق ففسخ احد المتعاقدين او كليهما أى اقدم على الفسخ احدهما او كلاهما لا يؤثر هذا الفسخ للشك فى تأثيره فيستصحب بقاء آثار العقد الواقع على اى شىء كان كآثار الملكية والزوجية وغير ذلك. وفيه: ان اصل العقد اذا كان باقياً لا شك فى انه يترتب عليه آثاره ولكن اذا كان اصل ذلك بيد المتعاقدين فكيف لا يكون حله بيدهما وبعبارة اخرى الشك يكون فى وجوب الالتزام بالعقد بعد الحل والاصل البراءة عنه فانه شك فى زيادة التكليف لانه قبل حل العقد لا شك فى ترتيب آثاره عليه و اما بعده فوجوب ترتيب الآثار مشكوك فيجرب البراءة عنه على فرض عدم الاكتفاء بانعدام الموضوع واحتمال بقاءه تعيداً بلحاظ الآثار وليس لحكم الشرع باللزوم حالة سابقة ليستصحب ذلك الحكم والحاصل ان كان الاستصحاب من استصحاب حكم الشرع باللزوم فهو اول الكلام لعدم احراز حكمه فى زمان من

١- فى الوسائل، ج ١٢، باب ١ من الخيار، ح ٢-١.

الازمنة وان كان من قبيل استصحاب الموضوع أى استصحاب بقاء العقد ليرتب عليه اثره فهو من الفرد المردّد لانه على فرض عدم تأثير الفسخ يكون باقياً قطعاً و على فرض تأثيره يكون فانياً قطعاً و ليس لعدم تأثير الفسخ حالة سابقة ليستصحب و ليس اللزوم متأخراً وجوداً عن العقد اللازم و كذلك الجواز بل اللازم بالفارسية يكون «گره وانشو» و الجايز يكون «گره واشو» فلا يقال انه ليس من الفرد المردد لان اللزوم و الجواز من احكامهما لان كونهما من احكامهما يكون معناه انهما من اوصافهما فيمادون الذات بمعنى عدم تحقق الفرد المردد فى المقام بحيث يبقى العقد مثلاً بعد زوال الجواز او اللزوم و على فرض الغمض عن ذلك نقول ان العقد الذى كان بيد المتعاقدين قد انحل بخروج احدهما او كليهما عن عهده و لا بد لاثبات اللزوم امامن بناء العقلاء او حكم الشرع فاذا فقد لا يثبت اللزوم فلا شك لنا فى بقاء العقد تكويناً ليستصحب و الشك يكون فى حكم الشرع باللزوم و الاصل البراءة عنه ثم العقد حين تحققه كان الشك فى لزومه و جوازه لا بعد الفسخ و غايه ما يثبت بالاستصحاب ابقاء ما كان كما كان و هذا لا يفيد اللزوم و فى الاصطلاح يكون هذا من الشك فى المقتضى لا الراجع نعم حيث لا فرق عندنا بينهما فلا يرد هذا الاشكال و يرد على مذهب من لم يقل بجريان استصحاب فى الشك فى المقتضى نعم بعض العقود عند العقلاء الذين يعتبرون اعتبار المتعاقدين لزوم بحيث يكون خارجاً عن اختيار المتعاقدين بقاء كما فى البيع و ليس كل عقد كذلك فاذا لم يردع الشرع عنه كفى فى اللزوم و من المعلوم قطعاً عدم كون المضاربة كذلك عندهم.

فان قلت: هذا العقد حين لم يكن لم يكن جايزاً فهكذا الآن باستصحاب العدم الازلى.

قلت: مضافاً الى الاشكال فى استصحاب العدم الازلى فى لوازم الماهية التى

يكون المقام منه لان العقد حين حدوثه يكون كالقرشية للمرأة فيما أن يكون جازياً أو لازماً يكون معارضاً باستصحاب العدم الازلى للزوم ايضاً. فتحصل أنه لا يتم اركان الاستصحاب فى المقام. و اما ما قيل من معارضته على فرض تماميته باستصحاب بقاء علقه الملكية. اقول ان هذا مضافاً الى كونه فى خصوص ما افاد الملك من العقود الا على فرض كون المراد به كل علقه ولو كانت هى علقه العامل بعمله و لا يأتى فى المقام يمكن أن يقال لا يتم فى نفسه لان علاقة الملكية قد انقطعت بالعقد قطعاً و الشك يكون فى اعادتها بعد الفسخ لا فى بقائها فلا بد من اثبات ان الفسخ هل اثر اثرأ أم لا اللهم الا ان يقال للعلقه مراتب و ما قطعت بالعقد لا ندرى انه جميع مراتب العلقه او بعضها بحيث يمكن الرجوع اليه بعد الفسخ و هذا غير بعيد و اما معارضته باستصحاب بقاء الجواز فى خصوص البيع بالنسبة الى خيار المجلس فهو مع اختصاصه بالبيع لا يتم فى نفسه لان الجواز بعد انقضاء المجلس قد انقطع بالنص الدال على زوال الخيار بعد المجلس و بانقلاب الموضوع ايضاً بالافتراق عن المجلس. فتحصل من جميع ما تقدم عدم تمامية اصالة اللزوم فى المعاملات لعدم تمامية أدلتها.

بقى فى المقام ما قد يقال بان بناء العقلاء على اللزوم فى كل معاملة و قد امضاء الشرع بعدم الردع. و فيه ان هذا البناء ليس فى كل المعاملات بل فى بعضها كالبيع و الاجارة و اما المضاربة فليس لهم بناء فيها على اللزوم حتى اذا ضارب احد يكون ملزماً بها الى الأبد لو لم يجعل له وقتاً محدوداً فعلى هذا نقول القول بجواز عقد المضاربة اما ان يكون للاجماع او للسيرة المتشعبة على الجواز و قد يقال كما عن بعض الاعاظم بان ادلة اللزوم قاصرة عن شمول العقود الاذنية التى لا يكون فيها اى التزام من احدهما بشئ كى يشملها أو فوا بالعقود، و ان من التزم بشئ فعليه ان ينهيه، و انما هى مجرد اباحة و اذن فى التصرف من احدهما و

قبول من الآخر كالعارية و عليه فمتى رجع الآذن عن اذنه ارتفع الموضوع لكونه مسلطاً على ماله يتصرف فيه كيف يشاء و معه ينتفى الحكم لا محالة.

اقول: و هذا بيان آخر لعدم كون هذه المعاملة عند العرف لازمة و الجواز و اللزوم على التحقيق امر عقلائى فى المعاملات و لكن المفروض ان المضاربة عقد من العقود لا انها مجرد اذن فقط فان هذا يوجب ان يكون خارجاً عن البحث هذا مضافاً الى ان المأذون من اى شىء يخلى اليد لانه لم يأذن فى التصرف فى شىء من ماله و عمله يكون تحت يده و الحق ان المضاربة عقد من العقود تنتج نتيجة الاجارة بوجه و هو ان عمل العامل يكون فى مقابل ما يجعل له من سهم الربح. و العمدة هى قصور ادلة اللزوم فى كل عقد لم يثبت لزومه من دليل خاص او ببناء من العقلاء و العمدة فى الجواز فى المضاربة هى الاجماع المدعى و اما بناء العقلاء فبالنسبة الى عدم ابدية هذا العقد فهو مسلم و اما بالنسبة الى المدة المعينة فهو غير معلوم و سيجىء. ثم انه بناء على الجواز لا فرق عند المصنف بين كونه قبل الشروع فى العمل او بعده قبل حصول الربح او بعده و لعل دليhle اطلاق معقد الاجماع فى كلام من صرح بالجواز اجماعاً.

و اما الجهة الثانية فى انه اذا فسخ فان كان الفسخ قبل الشروع فى العمل فلا شبهة فى عدم اثرها فلا يكون المالك ضامناً لشىء للعامل لانه لم يعمل بعد شيئاً و اما اذا كان بعد الشروع فى العمل و بعد حصول الربح فى المعاملة فالفسخ حيث انه مؤثر من حينه يكون الربح بينهما حسب الاشتراط فى العقد و يكون الفسخ بالنسبة الى ما بعد ذلك ضرورة ان المضاربة الصحيحة الى آن الفسخ يكون اثرها مترتباً عليها. و اما اذا كان قبل حصول الربح و بعد العمل مدة بان حصل بعض المقدمات المهمة و لم يتجر بعد او اتجر و لم تكن تجارته رابحة فمن المحتمل ان يقال انه لا يستحق اجرة المثل لعمله لانه لم يكن اجيراً بل كان عاملاً و مع فرض

فسخ المضاربة لا فائدة أخرى غير الربح للعامل خصوصاً إذا كان الفاسخ هو العامل لا المالك وفي الجواهر نسب الى بعضهم وجوب اجرة المثل للعامل صوتاً للعمل المحترم مع احتمال العدم للأصل و اقدام العامل عليه بمعرفته جواز العقد و امكان فسخه قبل حصول الربح بل و بعده مع تحقق الوضعية المستغرقة له لكونه وقاية لرأس المال و قال قد يقال ان قاعدة احترام عمل المسلم المأذون فيه التي قدمنها سابقاً تقتضى استحقاق الاجرة في الاول كما عن التذكرة فضلاً عن الثانى ما لم يكن اجماع و الاقدام على جواز العقد اعم من الاقدام على التبرع أقول: ان الانصاف ان العمل ان كان له ما يازاء عند العقلاء يمكن ان يقال ان له الاجرة و لكن اذا لم يكن له ما يازاء فيشكل القول بذلك مثل تهيته لمقدمات قريبة الى وقوع التجارة او التجارة نفسها قبل حصول الربح كما اذا اشترى شيئاً يمكن ان يربح فيما سيجىء و اقدامه على المضاربة ليس اقداماً على التبرع و فسخه موجب لعدم ترتيب اثرها الخاص لها لا موجباً لضياح عمل العامل و يمكن ان يقال ان المتيقن من الاجماع او سيرة العقلاء عدم لزوم المضاربة اذا لم يكن الاتجار حاصلًا و لم يحصل الربح و اما اذا كان الاتجار حاصلًا كمن اشترى داراً بـمال المضاربة يكون رابحة ان يبعث بعد ذلك و لكن المالك لما يرى من ربحه يطمع أن يفسخ فإن العقلاء هنا يحكمون بأنه يلزم الصبر الى بيع ما يربح ليكون سهيماً في الربح او يكون اجرة المثل عندهم بما يقرب السهم من الربح كاجرة الدالين الذين يأخذونها بالنسبة الى رأس المال.

و أما عدم فرق المصنّف بين كون الفسخ قبل انقضاء الاجل على فرض اشتراطه في العقد و عدمه فإن كان المراد من جعل الأجل هو أن يكون الإذن في التصرف الى آخر ذلك الاجل فلا اشكال و اما ان كان المراد به الاجل الذى يكون مشروطاً في ضمن العقد بحيث لم يكن لاحدهما اولهما الفسخ فهو متوقف على

صحة هذا الشرط فى ضمن العقد و صحة العقد مع فسادہ و سيجىء آنفاً.
 الأمر الثانى (فى انه بعد عدم لزوم المضاربة فى نفسها فهل يمكن جعل اللزوم لها الى مدة كسنة مثلاً بالاشتراط فى ضمن عقدها ام لا؟)
 قوله: نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ الى زمان كذا. يمكن ان يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الاقوى، لوجوب الوفاء بالشرط. و لكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور بل العقد ايضا لانه مناف لمقتضى العقد و فيه منع بل هو مناف لا طلاقه و دعوى ان الشرط فى العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء مسموعة نعم يجوز الفسخ، فيسقط الشرط و الا فمادام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه، و هذا انما يتم فى غير الشرط الذى مفاده عدم الفسخ مثل المقام فانه يوجب لزوم ذلك العقد

اقول: البحث فى هذا فى جهات: الاولى فى الفرق بين ما قال المصنف من الجواز حتى مع اشتراط الاجل فيما تقدّم و بين اشتراط زمان لعدم الفسخ و الحق ان مراده بالاول هو ان يكون اذن المالك فى التصرف الى سنة مثلاً بمعنى انه لا يأذن من يذو الامر تصرف العامل بعد هذه المدة فان هذا شرط يكون مقتضى عقد المضاربة حيث انه عقد اذنى و الاذن فيه من المالك فربما يأذن التصرف ساعة او يوماً او سنة او غير ذلك فان هذا ليس معناه انه لا يفسخ المضاربة قبله بل معناه انه لا يجوز التصرف للعامل بعد هذه المدة فانه يجوز له منعه قبل ذلك ايضا الا انه لا يجوز للعامل التصرف بعد ذلك و اما فى هذا المقام فيكون البحث فى انه يشترط ان لا يكون له الفسخ الى مدة كذا و الفرق بينهما واضح. الجهة الثانية البحث فى نفوذ شرط عدم الفسخ و ترى المصنف جعل الاقوى نفوذه لوجوب الوفاء بالشرط و نسب الى المشهور بطلان الشرط المذكور بل و بطلان العقد و الدليل على البطلان ان الشرط يكون هنا منافياً لمقتضى العقد و كل شرط يكون كذلك

قد حرر في باب الشروط في مكاسب الشيخ الاعظم انه غير نافذ و توضيح ذلك هو ان الشرط تارة يكون منافياً لمضمون العقد كما اذا شرط في عقد البيع ان لا يكون للمبيع ثمن فان هذا الشرط مناف لما به قوام البيع و حقيقته فان البيع هو مبادلة مال بمال فاذا لم يكن للمبيع بدل و هو الثمن لا يتحقق المبادلة اصلاً فلا يتحقق بيع كذلك و اخرى يكون منافياً لمقتضاه بعد تمامية معناه و مفهومه كما اذا شرط في البيع ان لا يتصرف البايع في الثمن اصلاً ولا المشتري في المبيع او عدم حصول الملك لهما مع تحقق المبادلة منهما فان هذا يكون مخالفاً لما يقتضيه عقد البيع عرفاً.

و ثالثة ان يكون مخالفاً للكتاب و ان لم يكن مخالفاً لمضمون العقد و لا لمقتضاه كما اذا اشترطت الزوجة ان يرث اخوها أو ابوها من الزوج فان هذا الشرط ليس مخالفاً لحقيقة النكاح التي هي جعل العلة بين الزوجين و لا لمقتضاه و هو جواز استمتاع كل منهما من الآخر بل هو مخالف لكتاب الله تعالى الدال على ان الارث يكون لمن نص عليه فيه من الاقارب لا لغيرهم. و هذه الاقسام الثلاثة كلها باطلة اما الاولان فلامتناع قصد المتنافيين اى حصول المبادلة و عدمها او جواز التصرف و عدمها في خصوص البيع و هكذا اشباهه و اما الثالث فللدليل الخاص على عدم نفوذ كل شرط يكون مخالفاً للكتاب او السنة و الاولان حيث يكونان منافيين لقصد المعاملة واقعاً فيكون اصل المعاملة باطلا لعدم تحقق القصد فيها و اما الثالث ففساده مسلم و لكن لا يسرى الى اصل العقد لما حررناه في محله من ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد فاذا عرفت ذلك فارجع الى ان شرط عدم الفسخ ليس احد من الاقسام فانه ليس مخالفاً لمقتضى العقد و مضمونه و لا مخالفاً للكتاب لان مضمون عقد المضاربة و مقتضاه هو ان عمل العامل برأس المال مع سهم معين من الربح و لم يكن من قصد الطرفين غير

ذلك والجواز من احكامه لا من مقتضياته.

و ليس مخالفاً للكتاب لعدم دليل يدل عليه فما قيل كما في الشرايع من انه مخالف لمقتضى العقد بقوله «لو اشترط فيه الاجل لم يلزم ولكن لو قال ان مرت لك سنة فلا تشتتر بعدها و بع صح لان ذلك من مقتضى العقد و ليس كذلك لو قال على أن لا املك فيها منعك، لان ذلك مناف لمقتضى العقد، غير تام و كذلك ما هو المحكى عن جامع المقاصد. و الحاصل ان شرط الاجل ليس منافياً لمقتضى العقد.

الجهة الثالثة في أنه هل يكون منافياً لاطلاق العقد و ما المراد من منافاته للاطلاق فنقول ان شرط عدم الفسخ الى زمان تارة يكون بمعنى ان لا يملك الفسخ و اخرى بمعنى عدم الفسخ خارجاً مع ان يكون له ملك الفسخ فعلى هذا فقد يقال كما في المستمسك بان المنافى لا طلاق العقد هو الاول لان العقد بلا شرط يقتضى ان يكون لكل من الطرفين الفسخ و اما مع الشرط فلا تقتضى ذلك و حينئذ لا مانع من صحة الشرط و اما بالنسبة الى الثانى و هو شرط عدم الفسخ خارجاً فلا مجال للقول بمنافاته للاطلاق لانه لا ربط له باطلاقه و تقييده بل هو فعل سائغ و لا يجب على احدهما الفسخ او عدمه.

اقول: إن اشتراط عدم ملك الفسخ ان كان بمعنى ان ما جعله الشرع بحسب طبعه جازياً إن اشترط ان لا يكون جازياً فهذا شرط مخالف للكتاب او للسنة فاسد في نفسه و غير مفسد على التحقيق من تحليل العقد الى امرين اصل العقد و شرطه و هو تشريع و اما ان كان معناه ان الحكم الشرعى الذى يكون باطلاقه على كل احد و هو الجواز فى العقد الفلانى اشترط ان لا يكون على فكذلك لان الحكم الشرعى يكون على كل احد و لا يكون تقييده فى عنوان خاص او شخص خاص الا بدليل مقيد من الشرع و ليس لاحد جعل الحكم لنفسه سواء كان مبائناً لحكم

الشرع او خاصا و مقيدا بالنسبة اليه فليس لاحد الطرفين ان يشترط هذا النحو من التقييد و هو فاسد لمخالفته ايضاً للكتاب او السنة فيبقى ان يكون اشتراط عدم الفسخ بمعنى ان العقد الجائز مع فرض جوازه و الالتزام بجوازه أشترط ان لا يقع الفسخ في الخارج فان هذا النحو من الشرط لا يكون فيه المحذور المتقدم و هو مخالفة الكتاب او السنة و يكون سائغاً من جهة ان كل ما هو جائز شرعاً لا يلزم ان يؤتى به في الخارج و حينئذ يكون المراد بالاطلاق هو العقد المطلق و المراد بالتقييد هو العقد المقيد و هذا القيد يكون مربوطاً بالعقد لانه لا يرتبط به و الحاصل ليس المراد بالتقييد تقييد حكم الشرع بل المراد به تقييد العقد المطلق مع الالتزام بحكم الشرع بالجواز مطلقاً و لكن عدم الفسخ خارجاً بملاحظة الشرط الذي يجب الوفاء به و هذا بالآخرة يرجع الى ان لا يملك هذا الشخص الفسخ بمقتضى الشرط و لا نتصور ان يكون مالكا للفسخ و ان لم يكن تشريعاً و لا مخالفاً للكتاب او للسنة لانه ملتزم بذلك و يكون شرطه بالنسبة الى ما يرجع الى ما هو مسلط عليه من تحقق الفسخ خارجاً و عدمه فيكون نظير جعل الخيار للعقد اللازم بالاشتراط و قد عرفت ان هذا ليس مخالفاً لمقتضى العقد لان المراد بمقتضى العقد ما يترتب عليه من آثاره و اما جوازه و لزومه فهو من احكامه اما عرفاً او شرعاً فعلى هذا ليس هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد و اما من ناحية اخرى فقد يظهر من بعض الاعاظم ان الشرط ان كان هو عدم ملك الفسخ قبل ظهور الربح فهو موجب لفساد العقد لان العقد يقتضى ان يكون الفسخ جائزاً او الشارط يقصد غيره لانه بالاشتراط لا ينقلب لازماً فما قصده و هو اللازم لم يتحقق و الجائز لم يقصده فهذا الشرط فاسد و مفسد و هذا بخلاف ما اذا كان بعد حصول الربح فإنه لا يكون له الفسخ بالنسبة الى ما مضى و يكون اشتراط عدم ملك الفسخ مؤكداً لمقتضاه و اما اذا كان الشرط عدم الفسخ خارجاً فهو شرط

سائغ كشرط الكتابة و الخياطة فى العقد فحيث لم يكن يجب على المالك او العامل الفسخ او عدمه و كان كل منهما سائغاً و جائزاً فى حقه لم يكن فى الالتزام به محذور بل يصح الشرط و العقد معاً.

اقول: قد ظهر مما تقدم ان المراد بعدم ملك الفسخ ان كان هو عدم جواز ما حكم الشرع بجوازه فهو شرط فاسد مخالف للسنة و ان كان الكاشف عن السنة هو الاجماع و حيث ان روح عدم مفسدية الشرط الفاسد للعقد تحليل العقد الى الالتزام و الالتزام فى نفسه و الى الالتزام و الالتزام بالنسبة الى ما فى ضمنه يمكن ان يقال ان هذا الشرط و ان كان فاسداً و لكن لا يرجع روحه الى التنافى فى القصد فينعقد القرار المعامل فى الاصل و لا ينعقد فى الشرط و لو لا ذلك لما كان وجه للتفكيك بين فساد الشرط و عدم فساد العقد نعم ان صرح فى العقد بانه لم يقصد المضاربة الا اذا كان لازماً بحيث يكون التزامه و الزامه مقيداً فهو يرجع الى انشاء معلق و هو لا يتحقق من باب شرطية التنجيز او من باب عدم وقوع ما قصده بحسب حكم الشرع كما انه فى مورد كون المعلق هو المنشأ لا الانشاء بان يكون ملتزماً بعدم الفسخ خارجاً يكون الشرط صحيحاً من باب انفكاك اصل الالتزام بالعقد عن شرطه هذا على ما نختاره و اما على ما يختاره هذا العظيم فى بيانه من انه لا يوجب على المالك او العامل الفسخ و عدمه، فلا محذور فيه ففيه انه كيف لا يوجب ذلك مع ان مقتضى الشرطية هو الزام المشروط عليه بمقتضى المؤمنون عند شروطهم فانه ان لم يوجب شيئاً فيكون كالعدم و لا بحث فيه و نسئل منه فى هذا الفرض ايضا ان كان شرط عدم الفسخ خارجاً كشرط الخياطة و الكتابة كما صرح به فى تقرير بحثه فكيف لا يلزم الالتزام به بمقتضى عموم المؤمنون عند شروطهم كما يجب الالتزام بامثاله ثم اذا وجب الالتزام بامثاله فكيف لا يصير الالتزام مقيداً و يكون القيد خارجاً عن اصل العقد فهكذا نقول فى

مورد اشتراط عدم ملك الفسخ نعم هذا النحو من الشرط على ما اخترناه لا ينافي القصد من باب انه اذا اشترطاً للزوم وقد انعقد الشرط فيكون ما قصده هو الذى يقع فى الخارج و اما القول بعدم وجوب الالتزام بالشرط من باب ان المضاربة من العقود الاذنية التى هى كالعارية مما لا يوجب الزام و التزام فهو ممنوع بل المضاربة من العقود التى يكون التبادل فيها بين العمل و الربح و لو لا الاجماع لكان القول بلزومه هو الاوفق بنظر العقلاء. فتحصل من جميع ما تقدم ان شرط عدم الفسخ ان كان بمعنى عدم الالتزام بحكم الشرع يكون فاسداً غير مفسد و ان كان بمعنى عدم الفسخ خارجاً فيكون جائزاً صحيحاً و أنَّ المراد باطلاق العقد عدم الاشتراط فيه لا الاطلاق و التقييد فى لسان دليل الشرع.

الجهة الرابعة فى نفوذ الشرط فى ضمن العقد الجائز و لزومه مادام العقد باقياً و قد ذكر فى المستمسك كلمات جملة من الاعلام فى المضاربة و الشركة و غير ذلك يظهر منها اختلافهم فى نفوذ الشرط او لزومه فى العقد الجائز و ان احد طرفيه ليس اجماعياً بل اختلافى لا بد من ملاحظة الادلة لإثباته و نفيه فارجع اليه شكر الله تعالى سعيه و لا نطيل البحث هنا فيه و الذى لا بد من البحث فيه هو الدليل الدال على نفوذ هذا الشرط و لزومه و البحث فى دليل من قال بخلاف هذا فنقول ان الدليل على الاول هو عموم «المسلمون عند شروطهم»^(١) فان هذا النبوى المنجبر بالشهرة يدل على ان كل شرط مادام كونه شرطاً لا بد من الوفاء به الا ما خالف كتاب الله تعالى و الجملة الخيرية يكون فى مقام الانشاء من باب الاخبار بالمقتضى لوجود المقتضى التام و الا فالتعبير فى النص بقوله ع المسلمون عند شروطهم يكون اخباراً عمالاً واقع له فى الخارج الا عند بعض

١- فى الوسائل، ج ١٢، باب ٦ من الخيار، ح ٢.

فان كثيراً من المسلمين لا يكونون عند شروطهم و يخالفونها فمعنى كونهم عند شروطهم انه يجب ان يكونوا كذلك و لا يلزم على هذا التقدير كذب فى المقام لانه ليس اخباراً بذلك بل انشاء له فعلى هذا كل شرط يجب الوفاء به سواء كان فى ضمن عقد لازم او فى ضمن عقد جايز بل لو صح صدقه على الشرط الابتدائى لكان الوفاء به واجباً الا ان الحق هو عدم كون الشرط الابتدائى الا وعداً محضاً و الشرط هو الالتزام فى ضمن التزام فعلى هذا ان الشرط فى ضمن العقد الجايز ايضا مادام كونه موجوداً يجب الوفاء به لان العقد ليس الا ظرفاً له فاذا كان موجوداً يكون تحت العموم و لا فرق بين كون ظرفه العقد اللازم او الجايز هذا بالنسبة الى نفوذه و اما لزومه فالبحت فيه كالبحت فى دلالة «اوفوا بالعقود» و قد مر ان غاية ما يدل عليه «اوفوا» هو وجوب الوفاء مادام وجود العقد كما ان المقام يكون وجوب الوفاء مادام وجود الشرط و هذا لا يدل على لزومه. و اما ما يقول المانع من نفوذ الشرط فى العقود الجائزة فامور: الاول الاولوية المستفادة من كلام صاحبى الرياض و الجواهر المحكى فى المستمسك و بيانه ان نفس العقد اذا كان جايزاً فالشرط الذى هو من توابعه اولى بالجواز و عدم اللزوم.

وفيه: ان هذا ممنوع من جهة ان الدليل الذى يكون فى مورد نفس العقد و هو الاجماع على التحقيق مختص به و هو المتيقن منه و اما الشرط فهو يكون تحت عموم المؤمنون عند شروطهم كما ان نفس العقد ايضا كان تحت عموم «اوفوا بالعقود» لولا الاجماع لان وجوب الوفاء بالعقد مادام كونه عقداً مما لا شبهه فيه عندنا لشمول «اوفوا...» للعقد الجايز و اللازم و مجرد كون ظرف الشرط العقد الجايز لا يكون دليلاً على جوازه فكم من لازم يكون فى ظرف ما هو جايز فان السفر جايز و القصر بعد اختياره يكون واجباً و قصد الاقامة عشرة جايز و وجوب التمام بعد قصدها واجب و العمرة المفردة مستحبة و اعمالها بعد الاحرام

واجبة للخروج منه فعلى هذا لا ملازمة بين جواز العقد وجواز الشرط بعد شمول العموم له نعم للمكلف ان يلغى العقد و يفسخه ليفسخ الشرط فى ضمنه او يفسخ الشرط اذا لم يكن دليل الوفاء به الا فى مورد وجوده و لم يكن دليل من الشرع او من بناء العقلاء على الالتزام به و عدم جواز فسخه فى نفسه و مع الدليل كذلك للزوم فهو المتبع.

و الثانى ان دليل جواز العقد يدل على جوازه بتوابعه و الشرط من توابعه كما يحكى ظهور ذلك عن عبارة المسالك هنا.

و فيه لا دليل لنا على التابعية بعد شمول عموم وجوب الوفاء بالشرط له و اختصاص الجواز بنفس العقد بالاجماع مع كون العقد هو المتيقن منه الثالث انه لو لزم الوفاء بالشرط مع عدم لزوم الالتزام بالعقد للزم الالتزام به و لو مع فسخ العقد ايضاً و لا قائل به.

و فيه انه مع فسخ العقد لا موضوع للشرط لانه التزام فى ضمن التزام و مع فسخ العقد لا يبقى التزام به ليلزم الالتزام بما فى ضمنه.

الرابع ان جواز الشرط مقتضى الاصل كما فى الجواهر^(١) بعد عدم معارضته بآية «اوفوا بالعقود» لاختصاصها بالعقود اللازمة لظهور الامر فيها بالوجوب المطلق وكذا «المؤمنون عند شروطهم» المراد منه صحة اصل الاشتراط و اما اللزوم و عدمه فيتبع العقد الذى تضمن الشرط فان كان لازماً وجب الوفاء بالشرط لكونه حينئذ من توابع العقد و الا لم يجب بل يكون حينئذ شبيه الوعد.

و فيه ان الاصل بمعنى اصالة عدم اللزوم يكون غايته العموم فى اصل وجوب الوفاء مادام وجود الشرط تكويناً و اما ما اورد على العموم فهو غير تام لما مرّ

ان الظاهر من عموم «أوفوا بالعقود» هو وجوب الوفاء بكل عقد مادام كونه عقداً سواء كان جائزاً أو لازماً و اطلاق الوجوب لا يلزمه الوجوب حتى مع انعدام الموضوع لعدم اطلاق المطلق بالنسبة الى موضوعه او متعلقه فلا يقال فى اكرم العالم انه مطلق سواء كان العالم او لم يكن بل الاطلاق يكون بالنسبة الى طوارى الموضوع او المتعلق و فى العقد الجائز بالفسخ ينعدم الموضوع فلا يجب الوفاء و اما عموم المؤمنون عند شروطهم فالظاهر منه هو لزوم الوفاء بالشرط ايضا لا اصل صحة الاشتراط فقط لان الجملة الخبرية لو لم يكن فى مقام الانشاء أوكد من الانشائية لا تكون اضعف منها فى الدلالة على الحكم التكليفى هذا مضافا الى ما ورد فيه الأمر بالوفاء كقوله ع من شرط لامرأته شرطاً فليف به^(١) فتحصل ان دلالة «المؤمنون...» على وجوب الوفاء بالشرط مادام وجوده تامة و انما الكلام فى جواز فسخه و اعدام موضوع العموم اذ لم يكن لنا دليل خاص على عدم جواز الفسخ حيث انه كالعقد لا بد ان يثبت لزومه او جوازه من دليل آخر غير هذا العموم.

و قد يجاب عنه كما فى المستمسك بان وجوب الوفاء بالعقد او الشرط لا يراد منه الوجوب التكليفى، بل الارشادى الى نفوذ العقد والشروط. وكذلك وجوب الوفاء بالنذر فالشك فى الحقيقة فى اللزوم و الجواز يرجع الى الشك فى جواز الفسخ و عدمه و الاصل عدم ترتب الاثر على الفسخ و لذا لم يتعرض لها (اى للقاعدة) الاصحاب و كان بنائهم على خلافها و شيخنا الاعظم فى مكاسبه لم يتعرض لذكرها مع انه أطال فى ذكر مباحث الشروط ما يتعلق بها...»
و فيه ان ظهور الامر اذا كان فى الحكم التكليفى فى اوفوا بالعقود وكذلك

ظهور المؤمنون عند شروطهم المحمول على الانشاء لا داعى لنا للقول باختصاص ذلك بنفوذ العقد والشرط بل بحسب تناسب الحكم والموضوع يدلان على نفوذ الشرط والعقد حيث لا معنى لوجوب الوفاء بدون النفوذ وبالظهور يدلان على وجوب الوفاء بهما تكليفاً ايضاً بل كونهما فى خصوص مجرد النفوذ خلاف ظاهرهما فالشك فى اللزوم والجواز يكون شكاً فى زيادة التكليف بالنسبة الى اللزوم والاصل البراءة عنه والفسخ اذا تحقق وجداناً لا شك فى انه لا عقد ولا شرط بحسب بناء المتعاقدين وانما الكلام فى الحكم الشرعى باللزوم او ببناء العقلاء عليه الذى يكون حكماً شرعياً بعد امضاء الشرع ولو بعدم الردع عنه ولو فرض الشك فى نفوذه فهو مسبب عن الشك فى اللزوم فاذا جرى الاصل فى السبب لا يجرى بالنسبة الى المسبب واما عدم تعرض الاصحاب للقاعدة المذكورة وهى عدم وجوب الوفاء بالشرط لعدم وجوب الوفاء بالعقد الجائز فلعلّه لما قدّمناه من ان وجوب الوفاء بالشرط مادام وجود العقد يكون من جهة عدم ربطه بالعقد الا من باب كونه ظرفاً له.

فتحصل من جميع ما تقدم ان نفوذ الشرط مستفاد من قوله «المؤمنون عند شروطهم» واما لزومه فهو لا يستفاد منه بل لا بد من اثباته اما من بناء العقلاء او دليل آخر من الشرع ولنا ان ندعى ان العقلاء وان كان العقود عندهم جايزة لازمة ولكن الشروط عندهم قسم واحد وهو اللازم بحيث يرى من خالف شرطه خارجاً عن نظامهم الا اذا انهدم اساس الشرط وهو العقد الذى يكون ظرفاً للشرط من باب كونه هو الالتزام فى ضمن التزام

الجهة الخامسة فى انه هل فرق بين شرط لزوم العقد فى ضمنه وبين الشروط الاخر كاشتراط الكتابة والخياطة فى ضمن عقد ام لا؟ فيه خلاف فعن بعض الشارحين لكلام المصنف هو ان شرط اللزوم غير نافذ خلافاً له ودليله هو ان

وجود العقد اذا كان شرطاً فى لزوم العمل بالشرط امتنع ان يكون العمل بالشرط مقتضياً لوجود العقد و مانعاً من فسخه، لما تحرر فى محله من ان الوجوب المشروط لا يقتضى تحقق شرطه فلا يجب تحصيل شرط لزوم العقد بعدم فسخه ليكون العقد لازماً بالشرط و بالجملة شرط عدم فسخ العقد يمتنع ان يكون موجباً للزوم العقد و امتناع فسخه، لان لزوم عدم الفسخ متوقف على وجود العقد فلا يتوقف عليه وجود العقد و من هنا يظهر بطلان شرط التأجيل فى جميع العقود الجائزة، كالشركة و المضاربة و الوكالة و غيرها لان شرط التأجيل راجع الى شرط عدم الفسخ الى الأجل و قد عرفت بطلانه.

و عن بعض الاعاظم الجواب عن هذا بان توقف وجوب العمل بالشرط على بقاء العقد ليس مستنداً الى دليل خاص من اجماع او نص او غيرهما و انما هو من جهة قصور الشرط بنفسه عن اثبات الأزيد من ذلك، فان المتفاهم العرفى من اشتراط شىء فى المعاملة هو العمل بالشرط مادام العقد باقياً و لذا اذا فسخ العقد بخيار المجلس او غيره لم يجب على المشروط عليه العمل بالشرط بدعوى انه يجب الوفاء به، و كذا لو اشترطت المرأة على الرجل النفقة فى النكاح المنقطع يكون المتفاهم العرفى فى جميع ذلك هو العمل بالشرط مادام العقد باقياً بلا فرق بين عقد المضاربة و غيره و لكن هذا يكون فى مورد كون الشرط عملاً خارجياً و اما اذا كان الشرط هو عدم الفسخ فحيث انه لا معنى للقول بان عدم الفسخ متوقف على بقاء العقد وجب العمل على وفق ذلك الشرط و الوفاء به مباشرة و ملخص الكلام ان المستفاد من قوله ص «المؤمنون عند شروطهم» هو وجوب العمل بكل شرط سائغ و ممكن بقول مطلق الا انه قد يكون وجوب العمل ببعض الشروط مشروطاً ببقاء الموضوع العرفى و ذلك لا يعنى توقف وجوب الوفاء على بقاء العقد دائماً اذن فما ذكر من التفصيل لا يمكن المساعدة عليه و الصحيح

هو القول بصحة الشرط على التقديرين.

أقول: إنَّ العمدة هنا هو التوجه الى ان توهم الدور الذي يكون في المقام، تام ام لا؟ وان الوجوب هنا مشروط كما يظهر من كلام القائل بالبطان او مطلق كما يظهر من كلام المخالف؟ اما الدور فعند الدقة انه غير لازم لان لزوم العقد وان كان متوقفاً على وجوده ولكن وجوده ليس متوقفاً على لزومه بل متوقف على علله من الايجاب والقبول وغيرهما كما ان العقود الجائزة و اللازمة طرا تتوقف على عللها و اما دوام وجودها فهو متوقف على عدم ايجاد ما يزيلها فعلى هذا يكون شرط امكان دوام وجوب الوفاء بالشرط هو وجود العقد وهذا الشرط ليس في لسان دليل يؤخذ بظهوره فيقال ان الوجوب مشروط فما لم يحصل شرطه لا يتحقق الوجوب كوجوب الحج المتوقف على الاستطاعة التي لا يجب تحصيلها بل الوجوب هنا مطلق يعنى وجوب الوفاء بالشرط مطلق كوجوب الصلاة بعد دخول الوقت بالنسبة الى تحصيل شرطه وهو الوضوء فشرطه اذا كان حاصلألا يكون لنا اعدام شرطه و ان لم يجب علينا تحصيل شرطه ايضاً لعدم كون عموم اوفوا بالشروط بصدد بيان وجوب تحصيل الموضوع بل يدل على ان الشرط المتحقق يجب الوفاء به مطلقا غاية الامر يكون المتفاهم العرفي فى بعض الموارد كمثال شرط نفقة الزوجة المنقطعة على بقاء الزوجية هو ان هذا الشرط يكون متوقفاً على البقاء و اما انكار المخالف للتفصيل توقف عدم الفسخ على بقاء العقد فهو بظاھر غير مراد ضرورة ان التوقف واضح فعلى هذا يجب الوفاء بالشرط و لازمه بقاء العقد بمقتضى سببه الذى اوجده من اول الامر فعدم فسخه متوقف على الشرط لا وجوده.

فتحصل ان لزوم الوفاء بالشرط مادام وجوده و عدم فسخه تكويناً من المتعاقدين او من احدهما مسلم ولكن عدم جواز فسخ الشرط فى نفسه ممن

عقده فهو متوقف على لزوم كل شرط ببناء العقلاء و هو قريب بل لنا ادعاء ظهور النبوى فى ان المؤمن يكون عند شرطه ولا يخرج عنه و ان هذا لازم عليه و هذا الظهور غير ظهور «او فوا بالعقد» حيث أنه لا يستفاد منه عندنا الا وجوب الوفاء بالعقد مادام وجوده كما مر. ولذا قوى اللزوم مطلقا فى الروضة على ما حكاه الشيخ الاعظم فى المكاسب^(١) فارجع اليه لتجد تفصيله ثم انه قد يقال كما عن بعض الاعاظم بان لزوم هذا الشرط لزوم تكليف محض و لا يترتب عليه أى أثر وضعى باعتبار ان دليله (المؤمنون عند شروطهم) لا يقتضى ازيد من ذلك و من هنا فاذا تخلف المشروط عليه نفذ فعله و ان فعل حراماً و اما شرط عدم ملك الفسخ لا شرط عدم الفسخ فهو مخالف للكتاب و السنة كما مر و الشرط الجائز هو عدم الفسخ خارجاً وهذا لا يوجب لزوم العقد.

اقول: هذا البحث ايضا فى مكاسب الشيخ^(٢) فى المسألة الثانية فى مقام بيان ان المشروط عليه هل يجبر على العمل بالشرط ام لا و جعل الشيخ (قده) الاجبار هو الاقوى من باب ان الشرط يوجب حقاً للمشروط له فيجبر على تسليمه فان لم يكن الاجبار فله فسخ العقد تمسكاً بعموم المؤمنون عند شروطهم الامن عصى الله. بمعنى كون التخلف عن الشرط معصية لا بمعنى ان الشرط الذى هو معصية الله من الشارط كشرط جعل العنب خمرأ مثلاً فانه بهذا المعنى لا يؤيد المقام و لنا ان نقول بان الاستثناء شامل للشارط و المشروط له لا لطلاقه الشامل لما هو عصيان بلحاظ نفسه او عصيان بلحاظ مخالفته.

و فى خبر اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه ع ان على بن ابيطالب عليه السلام كان يقول من شرط لأمرأته شرطاً فليف لها به فان المسلمين عند

شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً أو احل حراماً^(١) فان صريحه ان وجوب الوفاء بالشرط مما لا كلام فيه و هو عند العقلاء موجب للحق للمشروط له فعلى هذا لا يكون للشارط التخلف عن هذا الحق و لو فسخ الشرط لا اثر لفسخه بل الحاكم يجبره على العمل به و ان لم يمكن الاجبار فيكون للمشروط له الخيار بالنسبة الى العقد اللازم و الحاصل انه ان قلنا بان الشرط لازم فمقتضى لزومه عدم جواز فسخه و ان فسخ لا اثر له و ان كان المشروط هو عدم الفسخ خارجاً لا عدم ملك الفسخ الذى هو غير نافذ لكونه مخالفاً للسنة فاذا امتنع اجبر عليه و الا فيكون الخيار للمشروط له و فيما يكون الشرط من طرف واحد و كان العقد جازياً يكون نفس الجواز كافياً للخيار و حيث ان المفروض ان عقد المضاربة صار لازماً بالشرط فلا يجوز فسخه و لا اثر له لا ان فسخه حرام شرعى فقط فيؤثر كما عن هذا القائل و الله العالم.

الامر الثالث فى شرط عدم فسخ عقد المضاربة فى عقد لازم آخر قوله: و لو شرط عدم فسخها فى ضمن عقد لازم آخر فلا اشكال فى صحة الشرط و لزومه و هذا يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد اذ لو كان منافياً لزم عدم صحته فى ضمن عقد آخر ايضا

اقول: هذا الفرع فى افادة لزوم عقد المضاربة فى مدة معينة احسن حالاً من الشرط فى ضمن نفس عقدها لان الشرط هنا يكون فى ضمن عقد لازم فعلى مبنى من يقول ان الشرط فى ضمن عقد لا تابع له لزوماً و جوازاً فهنا لا يكون له ان يقول بجواز الشرط للزوم العقد الذى هو فى ضمنه و اما على مبنى القائل بان الشرط فى نفسه مستقل من حيث دلالة الدليل على لزومه او جوازه كما هو

التحقيق فلا فرق بين ان يكون الشرط في ضمن عقد لازم او جايز غاية الامر في العقد اللازم لا يمكن اعدام موضوع الشرط بفسخه بخلافه في العقد الجايز وقد عرفت بناء العقلاء على لزوم الشرط مطلقا والمراد بالاشتراط هو اشتراط عدم الفسخ خارجاً و الا فاشتراط عدم ملك الفسخ شرعاً قد مرانه خلاف السنة ولا ينعقد و ان لم يوجب فساد العقد على التحقيق عندنا و الشرط كذلك غير نافذ سواء كان في ضمن عقد لازم او جايز وكلام الماتن و ان كان مطلقا ولكن لا بد ان يحمل على ما ذكرناه فعلى هذا وجوب الوفا بهذا الشرط مما لا بحث فيه و انما الكلام في انه هل يوجب لزوم العقد بمعنى عدم نفوذ فسخه او يكون فسخه حراماً تكليفاً و ان فسخ يبطل المضاربة و ان كان المشروط له بالخيار في فسخ العقد اللازم الذي كان هذا الشرط في ضمنه كما عن بعض الأعاظم. و الحق كما عرفت فيما تقدم ايضا ان الشرط في نظر العقلاء مما يوجب حقا للمشروط له على الشارط و هو في المقام لزوم العقد بمعنى عدم جواز فسخه خارجاً فلا يكون له الفسخ ولا ينفذ بل للحاكم اجباره على ترتيب آثاره عليه فعلى هذا لنا ان نقول بان المضاربة في هذا الفرض تصير لازمة و لا يجوز فسخها في المدة المشروطة و ان فسخ الشارط لا ينفذ فسخه.

الامر الرابع في اشتراط عدم فسخ المضاربة في مضاربة اخرى

قوله: و لو شرط في عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة اخرى سابقة صح و وجب الوفاء به الا ان يفسخ هذه المضاربة، فيسقط الوجوب كما انه لو اشترط في مضاربة مضاربة اخرى في مال آخر او اخذ بضاعة منه او قرض او خدمة او نحو ذلك وجب الوفاء به مادامت المضاربة باقية، و ان فسخها سقط الوجوب. ولا بد ان يحمل ما اشتهر من ان الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى، و الا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله، كما اختاره صاحب

الجواهر، بدعوى أنها تابعة للعقد لزوماً وجوازاً بل مع جوازه هي أولى بالجواز، وأنها معه شبه الوعد. والمراد من قوله تعالى: «أو فوا بالعقود» اللازمة منها لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق والمراد من قوله ص «المؤمنون عند شروطهم» بيان صحة أصل الشرط لا اللزوم والجواز. إذ لا يخفى ما فيه.

أقول: إنَّ البحث هنا في فرق شرط عدم الفسخ في نفس عقد المضاربة أو شرط عدمه في مضاربة أخرى سابقة في مضاربة لاحقة أو في عقد لازم آخر وهذا هو المهم في هذا الأمر والافمن حيث كون الشرط في عقد جازي أو لازم لا فرق بينهما من جهة كون الشرط فيه عدم فسخ مضاربة أخرى أو عدم فسخ هذه المضاربة فنقول: الفرق الأول هو توهم الدور إذا كان الشرط في ضمن نفس العقد ودونه هنا وحيث قد عرفت عدم اشكال في شرط عدم الفسخ خارجاً في ضمن نفس العقد من الدور المتوهم المتقدم من توقف اللزوم على العقد وتوقف العقد على اللزوم وعدم الفسخ لما عرفت من أن العقد متوقف على أسبابه من العقد وشروطه لا على عدم الفسخ لا فرق بين الاشتراط في نفس العقد أو في مضاربة أخرى وأما على فرض تمامية هذا الدور فهو ليس في المقام لأن لزوم العقد السابق متوقف على هذا العقد اللاحق وهذا العقد اللاحق غير متوقف على العقد السابق فلا وجه لتوهم دور هنا أصلاً الفرق الثاني هو أنه يصح هنا فسخ العقد الذي يكون الشرط في ضمنه لئلا يجب الوفاء بالشرط الذي هو عدم فسخ العقد السابق ولكن في مورد شرط عدم فسخ العقد الذي يكون الشرط في ضمنه لا يجوز فسخ العقد الذي يكون الشرط في ضمنه لما مر من لزومه بهذا الشرط.

الفرق الثالث قيل كما عن بعض الأعاظم هو أن الشرط لو كان هو عدم ملك الفسخ فإن كان في ضمن عقد لازم آخر غير المضاربة فحيث أنه مخالف للسنة يكون باطلاً ولكن لا يوجب فساد ذلك العقد اللازم بخلاف المقام فإن بطلانه

يوجب بطلان العقد لان الاذن فى التصرف انما كان معلقا على الشرط فاذا انتفى ينتفى هو ايضا ومعه فلا يجوز للمشروط عليه التصرف فيه وفيه انه مضافاً الى عدم اختصاصه بالمقام بل يكون فى مورد شرط عدم الفسخ فى نفس هذه المضاربة ان عقد المضاربة ليس من العقود الاذنية المحضة كالعارية بل من العقود التى يكون التبادل فيه بين اذن التصرف فى المال واخذ سهم الربح والعمل من العامل لسهمه ايضا فيمكن ان يكون العقد تاماً من حيث تحقق هذه المعاوضة والشرط باطلاً لكونه من التزام فى ضمن التزام والعقود الجائزة ايضا نحو التزام قد مر شمول عموم «او فوا بالعقود» لها ايضا كالعقود اللازمة وبعبارة اخرى المشروط هو المنشأ لا الانشاء فهذا الفرق فى شرط عدم ملك الفسخ غير فارق ثم انه على فرض كون الشرط عدم الفسخ خارجاً فهذا الشرط جائز شرعاً فان تخلف المشروط عليه عن شرطه وفسخ العقد فليل ان كان قبل ظهور الربح فى المعاملة الثانية المشروطة فلا اثر لتخلف الشرط فان العقد جائز فى نفسه واما اذا كان بعد ظهور الربح فى المعاملة الثانية فللمشروط له ان يفسخ العقد من جهة تخلف الشرط فيكون تمام الربح للمالك وللعامل اجرة المثل.

وفيه ان فسخ الشرط متوقف على مبنى القول بانه لا يكون فى مورده الاحكام تكليفى بحيث انه ان فسخ فعل حراماً والفسخ مؤثر ولكن الحق كما عرفت ان الشرط يوجب حقاً للمشروط له على المشروط عليه وله اجباره على العمل به فحينئذ ففسخه غير مؤثر إلاً اذا لم يمكن اجباره على العمل بالشرط فعلى هذا تخلف الشرط موجب للخيار على المشروط له فاذا فرض ان المضاربة الثانية التى يكون الشرط فيها تكون جائزة فى نفسها وكان تخلف الشرط قبل حصول الربح فلا اثر له لان غاية ما يحدثه تخلف الشرط هو الخيار وهو حاصل بنفسه جواز الفسخ كما قيل واما بعد حصول الربح اذا لم يمكن الاجبار على العمل

بالشرط فله الفسخ من بدو الأمر فينتج عدم ملك المشروط عليه للربح بل يملك اجرة مثل عمله وكيف كان هذا النحو من الاشتراط ليس مثل اشتراط عدم فسخ المضاربة في نفس العقد فانه حيث يكون للمشروط عليه فسخه له ان يفسخ حتى لا يبقى موضوع لوجوب الوفاء بالشرط ولا يفيد اللزوم الموقت الذي يكون العامل او المالك او كلاهما غالباً بصده كما لا يخفى.

ثم ان اشتراط مضاربة في ضمن مضاربة اخرى في مال آخر واشتراط غيرها فيها كما في بقية المتن قد ظهر حكمه مما سبق من المباحث والحق مع المصنف فيه وهكذا ظهر ما في كلام صاحب الجواهر (قده) في المباحث السابقة و مراد المصنف بقوله «اذ لا يخفى ما فيه» هو ان «اوفوا بالعقود» ليس مخصوصاً بالعقود اللازمة وان «المؤمنون عند شروطهم» ليس هو بيان الصحة فقط بل يدل على لزوم الوفاء ايضاً وقال بعض الاعاظم بما حاصله ان «اوفوا بالعقود» دليل على اللزوم في كل عقد شك في لزومه وجوازه وبيانه ان الوفاء بمعنى الالتزام والانتهاء فالوفاء بالشئ عبارة عن انهائه وعدم فسخه وحيث انه يقطع بعدم حرمة الفسخ تكليفاً فلا بد من حمل الامر بالوفاء على الارشاد الى اللزوم وعدم نفوذ الفسخ. فليس الموضوع هو العقد اللازم بل هو دليل على ان كل عقد مشكوك الجواز واللزوم ولم يعلم دليل على جوازه فهو لازم.

وفيه: ان المستفاد من الآية هو ان العقد مادام وجوده لابد من الوفاء به من غير دلالة على عدم تأثير الفسخ او تأثيره ليفيد اللزوم او الجواز فمن لا يرتب آثاره عليه مع عدم فسخه ايضاً قد خالف ما كان واجباً

عليه والوفاء وان كان معناه الالتزام ولكن ترتيب اثر العقد عليه مادام وجوده وفاء به فان الوفاء في كل شئ بحسبه والعقود الجائزة ايضاً لها وفاء كالعقود اللازمة والحاصل لا نظر للآية الى اللزوم والجواز اصلاً بل هما لابد ان يدل

الدليل الشرعي و لو كان هو بناء العقلاء مع عدم الردع عنه عليهما فكما ان قول صاحب الجواهر بأنه يشمل اللازم فقط غير تام فكذلك هذه المقالة غير تامة ثم ان حرمة الفسخ تكليفاً يكون معناها عدم ترتيب آثار العقد عليه فان المتمشى من المكلف هو هذا المعنى و الا فاذا فرض لزوم عقد و عدم تأثير الفسخ فيه فما هو خارج عن قدرته لا يتعلق به النهي التكليفي كالنهي عن البيع الربوي فان البيع الربوي لا يقع و النهي عنه بلحاظ آثاره و ما هو حرب من الله تعالى كما في القرآن يكون اكل الثمن رباء و الا فلا ينعد البيع الربوي و الحاصل حرمة الفسخ تكليفاً بلحاظ نفس العقد اللازم غير ممكنة لا انها ممكنة و لكن تقطع بعد مها بلحاظ لسان الدليل و ظهوره و ما هو ممكن فقابل للحرمة التكليفية او الوضعية او لهما و لذا لا نقول بان النهي في المعاملات يدل على الصحة كما عن ابي حنيفة و لا يدل على الفساد ايضا و لذا يصح البيع وقت النداء و ترك الواجب و هو الوفاء يكون نظير النهي في المعاملات و الحاصل قبل اثبات اللزوم كيف نقول بعدم تأثير الفسخ و عدم حرمة و قال في «المؤمنون عند شروطهم» انه متضمن للحكم التكليفي صرفاً نظير قولهم «المؤمنون عند عدته» لا الصحة و انما هي تستفاد بالملازمة من الحكم التكليفي و ليس هذا موضوعاً للجواز او اللزوم بل مقتضاه وجوب الوفاء بكل شرط سائغ سواء كان في ضمن العقد اللازم او الجائز. و فيه ان ظهوره في الحكم الوضعي اولى من ظهور «اوفوا بالعقود» لان التعبير يكون بالجملة الاخبارية التي هي أكد من الإنشائية و معناها بالفارسية مؤمن نزد شرطهايش هست اين است كه شرط را به هم نمى زند نه فقط ترتيب آثار مى دهد اگر چه آن هم بالملازمة از آن فهميده مى شود و كيف كان فاصل الكلام بان الشروط السائغة لازمة الوفاء تام.

ثم انه كم فرق بين هذا و ما قيل من عدم كون الخطاب في العقود و الشروط

فى مقام جعل الحكم التكلفى و الالزم ترتب عقابىن على الباع اذا امتنع من تسليم المبع الى المشتري عقاب الغصب و عقاب مخالفة و جوب الوفاء و لا يمكن الالتزام بذلك فىكون المقصود الارشاد الى الصحة فقط و العموم الازمانى للصحة ينتج اللزوم فكل عقد لازم و كل شرط لازم الا ما خرج بالدليل.

و فيه: ان ظهور الخطاب بدواً فى الحكم التكلفى و الحكم الوضعى كما تقدم يكون من لوازم الخطاب سواء قلنا ان الاحكام الوضعية كالصحة من المجعولات تتبع التكليف كما عن الشيخ الاعظم او قلنا انها قابلة للجعل ابتداء كما هو التحقيق فانه فى ظرف الخطاب يكون الحكم الوضعى تابعاً له بالملازمة العرفية و اما مسألة تعدد العقاب فهى ليست لا استبعاداً محضاً و من الممكن ان يقال ان عدم تسليم المبع ليس الا مصداقاً للمخالفة العملية للعقد و اما المخالفة فى الاعتبار فهى مع عدم ترتب الاثر الشرعى عليه لا تكون حراماً لان البيع مثلاً اعتبار اعتبره العقلاء فمع اعتبارهم صحته لا اثر لاعتبار نفس الباع فساد و ان كانت المخالفة من جهة عدم الالتزام بالحكم الشرعى الذى هو صحة البيع فانه ما لم يبرز لا اثر له و ان ابرز يندرج تحت عنوان التشريع فكان التشريع حراماً تكليفاً و كان له عقاب و عقابه لا ينافى عقاباً آخر على المخالفة العملية فإى مانع لان يعاقب المشرع عقاباً لانكاره الصلاة مثلاً و عقاباً آخر لعدم اتيانه بها و الحق عدم دلالة «اوفوا بالعقود» على اللزوم كما مر و لكن دلالة المؤمنون عند شروطهم عليه فى خصوص الشرط قد عرفت انه هو الاقوى.

(مسألة ٣): اذا دفع اليه مالاً و قال اشتر به بستاناً مثلاً او قطيعاً من الغنم فان كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربة، و ان كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك فى صحته مضاربة و جهان من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجارة، فلا يصح و من ان حصوله يكون بسبب الشراء فىكون بالتجارة و الأقوى البطلان مع

ارادة عنوان المضاربة اذ هى ما يكون فيه الاسترباح بالمعاملات و زيادة القيمة لا مثل هذه الفوائد نعم لا بأس بضمها الى زيادة القيمة و ان لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحته للعمومات.

أقول: البحث فى هذه المسألة تارة يكون بالنظر الى العمومات فى العقود و التجارة و اخرى بالنظر الى صدق عنوان المضاربة؛ أما البحث بلحاظ كون ما ذكر مضاربة فهو متوقف على صدق هذا العنوان عرفاً على العمل المركب من التجارة و غيرها مما يكون فى سبيل الاسترباح و قد مر من المصنف فى الشرط التاسع من شروطها اختيار كون التجارة من شروطها و عمدة البحث هنا ايضا فى هذا الشرط من جهة مصداق من مصاديقه و هو فيما تقدم اشكل فى الصحة مضاربة و هنا قال فيه وجهان و جعل الاقوى البطلان و قد مر أن ما يستفاد من كلام جملة من الفقهاء أن الاقدام على المضاربة يكون فى مورد عدم امكان ضبط الاجرة للعمل فكل ما يمكن ضبط الاجرة فيه كالتنجيز يوماً و اياماً و غير ذلك لا مضاربة عند العقلاء فيه و قلنا ان الملاك ليس هذا بل العقلاء حتى فى مقام امكان ضبط الاجرة ربما يرون الصلاح فى الاسترباح على وجه الشركة فى الربح للتحفظ على رأس المال و على زيادة العمل اذا لم يمكن ذلك بتعيين الأجرة او امكن فان الشريك فى الربح غير الأجير للعمل فى نحو الفعالية و عدم صدق المضاربة عرفاً على ما يكون فيه عمل آخر غير التجارة فى الجملة ممنوع لا اقل من اصلاح العامل لفساد ما اشتراه ثم يبيعه فاذا عرفت ذلك فنقول فى هذه المسألة صور^(١)؛ الاولى أن يكون تحقق النماء من باب الاتفاق و كان الغرض الاصلى هو التجارة كما اذا كان العين التى اشتراها مما ينمو قبل بيعها كالأشجار فى البستان و الشجر و

اللحم فى الغنم. و الثانية ان يكون الاذن فى الشراء بشرط ان يكون ما يحصل من ارتفاع قيمته و من نمائه بينهما. و الثالثة ان يشترط ان يشتري اصلاً يشتركان فى نمائه كالشجر و الغنم من غير النظر الى زيادة قيمته فان هذه الصور ثلاث يستفاد من كلامه صدرأ و ذيلأ و صرح بالقطع بالصحة فى الأولى و جعل الأقوى الصحة فى الوسط و الشك فى الصحة فى الأخير للشك فى شمول الاطلاق لها و الاصل فيه الفساد.

فنقول: أما الصورة الاولى فلا يخلو عن بحث و هو ان عين المال اذا كانت ملكا لصاحب رأس المال فقد يقال بان نمائه نماء ملكه فكيف يقطع بكونه بينهما مع عدم اشتراط كونه بينهما و لكنه غير تام لان رأس المال اذا حصل التجارة به يرى العرف كل ما زاد على اصل المالية سواء كان زيادة سوقية او زيادة عينية من الربح و لا يفرق بينهما فلهذا قطع (قده) به كما يظهر ذلك من المسالك حيث قال «و اعلم أن المنع انما هو فى حصر الربح فى النماء المذكور كما تقتضيه هذه المعاملة و الا فلا يمنع كون النماء بينهما و يحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه، كما اذا اشترى شيئاً له غلة فظهرت غلته قبل ان يبيعه.» انتهى و الحاصل ان النماء اذا كان من شئون الربح عرفاً لا اشكال فى كونه من الربح فلا اشكال عليه هنا انما الكلام فى امر آخر و هو كون الشرط بينهما مع الربح ان يكون البستان مثلاً ثابتاً و لم يكن لاحدهما بيعه لينتفعا من نمائه سنة او سنوات او الى موت احدهما فان هذا يرجع الى امر آخر غير المضاربة فانه فى هذا المثال يرجع الى شرط المساقاة او هى مع المزارعة بان يكون العامل هو المزارع او المساقى او غيره و هذا امر خارج عن حقيقة المضاربة فلا يكون صحيحاً بهذا العنوان فان المضاربة لو فرض صحتها فى مثل اشتراء الحنطة و جعلها خبزاً و بيعه ثم اشتراء حنطة بالمعوض ثم التخبيز وهكذا مرات عديدة كما مر فى الشرط التاسع لا يكون

هذا مثله لان البناء على بقاء العين و اخذ نمائه نعم يمكن ان يقوم العين ليعلم
الريح فى اخذه المالك بالقيمة ثم يعقد عقداً آخر فى المزارعة او المساقاة او غير
ذلك بالنسبة الى مناسبة المورد او كان من شروط المضاربة فيكون تحت عموم
«المؤمنون عند شروطهم» او جعل هذا عقداً مستقلاً بعد عدم لزوم كون العقد من
العقود المتعارفة ليجب الوفاء به بل كل عقد لا يأبى العرف عن العمل به يكون
تحت عموم «أوفوا بالعقود» و هو لا بحث فيه.

ثم إنه على فرض بطلانه مضاربة لا يفيد وجود تجارة و اشتراء فى بدو
الامر فى صدقها بدعوى ان السبب هو التجارة لان حقيقة المضاربة ليس هو
مطلق الاسترباح بل الاسترباح بالتجارة بتبادل مالية رأس المال فى البين كما
صرّح به المصنف.

و أما الصورة الثانية و هى ان يكون بناء المالك و العامل فى شرطهما على
الشركة فى زيادة القيمة و النماء فقال فى الجواهر الاقوى الصحة لاطلاق الادلة.
واقول اطلاق ادلة المضاربة يكون فى مورد التجارة مع اختلاف السننها فان كان
النماء من توابع المال فى كونه ربحاً فى نظر العرف فلا اشكال اصلاً فان بعض
الاعيان كالغنم و البستان و الزرع ينمو بطبعه فان هذا النماء فى المدة التى تكون
بين البيع و الشراء اذا كان محسوباً من الربح يكون منه و ان لم يشترط فى ضمن
العقد و لكن فى مورد كان البقاء بحسب طبع العين بان لم يوجد مشتر لبييعها او
وجد و يراد وجدان شخص خاص او مجيء زمان خاص لزيادة الربح، و اما اذا
كان مرجعه الى اشتراط عدم البيع: فى مدة خاصة فيكون هذا من شرط عدم
المضاربة فى مدة خاصة لانها تحصل بالتجارة فاذا شرط عدمها شرط ما هو
خلاف مضمونها فضلاً عن خلاف مقتضاها فيكون المضاربة فى الواقع هى ما
وقع قبل ذلك فمع فرض المضاربة يكون الشرط خلاف مقتضاها و مضمونها و

فاسداً و مفسداً ولو بالنسبة الى زمان خاص لانه يرجع الى قصد المتنافيين المضاربة وعدمها فيكون الصحيح هو ما تقدم على هذه المدة او يرجع الى شرط ابقاء المالك عين ماله و ابقاء العامل ربح ماله لينمو بالبقاء و هذا ليس بمضاربة قطعاً بل هو داخل تحت عنوان عقد مستقل او شرط في ضمن عقد المضاربة و الحاصل في النماء التابع لا فرق بين شرط كونه من الربح و عدمه فانه من الربح مطلقاً و في غيره ليس مصداقاً للمضاربة فكيف نقول باطلاق الادلة فان المطلق لا يكون اطلاقاً بالنسبة الى الموضوع او المتعلق بل يكون في حالتهما كما انه لا يكون لقولنا اكرم العالم اطلاقاً بالنسبة الى وجود العالم و عدمه و لا بالنسبة الى الاكرام و عدمه.

و اما الصورة الثالثة و هي ان يكون الشرط هو الانتفاع بالنماء لا بالربح اى و الزيادة القيمية فان هذا هو الذى قال صاحب الجواهر انه يشك فى شمول الاطلاق لها و الاصل الفساد. فنقول: إنه لا شك فى عدم كونه من المضاربة اصلاً لأن حقيقة الاسترباح بالتجارة و هنا ليس كذلك بل التجارة مقدمة للشركة فى النماء فقط لا فى الزيادة التى من القيمة و هى الربح فالاطلاق لا يشملها قطعاً لا انه مشكوك و هذا هو العمدة و الاعمع فرض صدق المضاربة فيمكن ان يقال الاصل عدم شرطية ما احتمل ان يكون شرطاً فى الصحة و هذا الاصل السببى مقدم على الاصل المسببى و هو فى مورد الشك فى الصحة. فتحصل ان المضاربة فى فرض المسألة باطلة بعنوانها الخاص و فى الجواهر لم أجد من جزم بالصحة من اصحابنا و قد عرفت مقالته فى التفصيل و اما بعنوان عقد مستقل فهو مشمول لعموم «اوفوا بالعقود» و «تجارة عن تراض» و لكن ليس له اثر خاص للعقود الخاصة و لا فرق فى صحته بين ما كان الشركة فى النماء مع الشركة فى الربح ايضا او بدونه لانه على كل تقدير قرار معاملى و

تعهد من الطرفين على ذلك.

(مسألة ٤): إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح، أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففي صحته وجهان، اقواهما الأول لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد كما قد يتخيل بل إنما هو مناف لا طلاقه، إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك و عدم ضمان العامل إلا مع التعدى أو التفريط.

اقول: هذه المسألة مما به الابتلاء غالباً من جهة أن المالك ربما يريد بقاء رأس ماله مع عدم الخسران عليه فى شىء منه و الحاصل يريد بقاء ماله و الاسترباح به و هو الدارج فى البنوك فى هذا الزمان من اخذ المال مضاربة بلا خسران على من له رأس المال فنقول لا شبهة فى أن المضاربة بحسب طبيعتها يكون من أحكامها كون الخسران على المالك و الربح يكون بينهما و أن يكون العامل أميناً بالنسبة الى رأس المال فاشترط أن يكون الخسارة عليهما و كون العامل ضامناً لرأس المال يكون خلاف المضاربة بطبيعتها الأولى و الآن لابد من ملاحظة أن هذا الشرط يكون خلافاً لمقتضى العقد حتى يكون فاسداً و مفسداً أو خلاف مقتضى السنة حتى يكون فاسداً و غير مفسد على التحقيق عند جمع فنقول فى ذلك وجهان بل قولان ففي القواعد «ولو اشترط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد مثل أن يشترط ضمان المال أو سهماً من الخسران...». و لم يذكر وجه البطلان و عن جامع المقاصد «وجه البطلان أن هذه شروط باطلة، لمنافاتها مقتضى العقد شرعاً فيبطل العقد بها لأن التراضى المعتبر فيه لم يقع إلا على وجه فاسد فيكون باطلاً و يحتمل ضعيفاً صحة العقد و بطلان الشرط لأن بطلان أحد المتقارنين لا يقتضى بطلان الآخر و جوابه أن التراضى فى العقد شرط، و لم يحصل إلا على الوجه الفاسد فيكون غير معتبر فيفوت شرط الصحة» انتهى و وجه البطلان للشرط يكون عنده منافاته لمقتضى العقد و يظهر من تنمة كلامه أن وجه مفسدية هذا

الشرط هو منافاته لقصد العقد لان ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد حيث ان التراضى وقع على ما هو فاسد و هو غير واقع. وعن الجواهر ان جميع هذه الامور من الاحكام او ما هو مقتضى اطلاق العقد لا أنها من منافيات مقتضاه انتهى فهو قائل بالصحة كالمصنف.

و الحق هو الصحة ان كان المراد بالشرط شرط ضمان رأس المال بعد التلف من مال العامل او جبران الخسران من ماله، و توضيحه أن الشرط (كما سبق فى مسألة ٢) اما ان يكون مخالفا لمضمون العقد كالبيع بلا ثمن و اخرى مخالفا لما هو مقتضاه و من لوازمه العرفية كشرط عدم التصرف فى المبيع و ثالثة مخالفاً لأحكامه الشرعية الاقتضائية بحيث يكون الشرط مخالفاً للكتاب او السنة ففى المقام لا يكون الشرط من القسم الاول كما هو واضح و لا من القسم الثانى لان مقتضى عقد المضاربة و ما يترتب عليه هو ان يكون المال بيد العامل يستريح به و يكون الربح بين المالك و العامل بالسهم و هذا امر قد التزم به فى فرض المسألة انما الكلام فى انه هل يكون مخالفاً للسنة ام لا من جهة ان من احكام المضاربة ان يكون الخسران على المالك و ان يكون العامل غير ضامن لرأس المال و الحق هو التفصيل بين ما كان الشرط ضمان رأس المال و كون الخسران بينهما مع ان الشارع جعل العامل اميناً و جعل الربح بينهما و الخسران يكون على المالك، و بين ان يكون ضمان رأس المال و ضمان الخسارة كلا او بعضاً فى مال العامل فان كان على الوجه الأول فهو فاسد غير مفسد و ان كان على الوجه الثانى فهو جائز و نافذ اما فساد الاول فمن جهة ان الشرط كذلك مخالف للسنة حيث انها دلت على عدم الضمان و ليس مخالفاً لمقتضى العقد و لا لمضمونه كما مر و التحقيق ان الشرط الذى هو مخالف للسنة فاسد و غير مفسد. و اما صحة الثانى فمن جهة ان الناس مسلطون على أموالهم لهم جبران خسارة من خسر فى ماله

فعلى هذا ما هو الدارج فى البنوك من اخذ المال بعنوان الوكالة فى جعله مضاربة مع تضمين رأس المال فى الحساب الذى يسمونه بالفارسية «سرمایه گذارى كوتاه مدت یا سرمایه گذارى بلند مدت» ان كان بمعنى تضمين البنك جبران الخسران لو اتفق من ماله لا اشكال فيه. و ثمرة هذا التضمين هى جلب اعتماد الناس بحفظ رأس مالهم مع احتمال الربح.

و أما ما فى المتن من ان هذا الشرط مناف لاطلاق العقد فهو متوقف على ان يكون الدليل الدال على عدم ضمان العامل لرأس المال ولا للخسارة بنحو اللا اقتضاء بالنسبة الى ذلك و الا فعلى فرض اطلاق الدليل فىشكل التقييد بالشرط بل لا يجوز لان التقييد للدليل الشرعى يكون بيد نفس الشارع و ما تقدم فى ان شرط عدم الفسخ خارجاً يكون منافياً لاطلاق العقد لا لنفسه كان من جهة ان الفسخ الخارجى و عدمه كان باختيار الشخص فهو ليس فى الواقع تقييداً لحكم الشرع و الا فهو غير جائز.

ولا بأس بذكر ما دل على عدم ضمان العامل من النصوص لىظهر انه على نحو الاقتضاء او اللاقتضاء بالنسبة الى عدم الضمان فمنها مصحح اسحاق بن عمار عن ابى الحسن عليه السلام^(١) قال: سألته عن مال المضاربة، قال الربح بينهما و الوضیعة على المال.

و منها صحيح الحلبي^(٢) عن ابى عبد الله عليه السلام قال: المال الذى يعمل به مضاربة له من الربح و ليس عليه من الوضیعة شىء الا ان يخالف امر صاحب المال.

و نحوه صحيح الكنانى^(٣) عن ابى عبد الله عليه السلام قال: فى الرجل يعمل

١-٢ / ٤ من المضاربة.

١-باب ٣ من المضاربة، ح ٥.

٣-١ / ٣ من المضاربة.

بالمال مضاربة، قال: له الريح و ليس عليه من الوضعية شيء الا ان يخالف عن شيء مما امر صاحب المال فتقول ان ظاهر هذه النصوص هو ان هذا حكم المضاربة مطلقاً وبالشرط لا يمكن ان يغير حكم الله تعالى بان يجعل الضمان فيما لا ضمان له فان الشرط المخالف سواء كان مخالفاً للاطلاق او مخالفاً للحكم بالتبائن يكون صدق المخالف عليه مما لا شبهة فيه فان الحكم الشرعي لا يقيد بالشرط فما هو جاز في نفسه و لم يخالف الكتاب مع قطع النظر عن الشرط يمكن ان ينفذ بالنسبة اليه الشرط و هنا لا يكون الا اذا كان الشرط هو الضمان من مال العامل و قد يقال ان الاستثناء في روايتي الحلبي و الكناني الدال على ان الضمان يكون عند مخالفة امر صاحب المال، يمكن ان يدل على ان العناوين الثانوية كالشرط ايضا لا يوجب الضمان و الضمان منحصر بما اذا خالف امر صاحب المال فيدل على عدم صحة شرط الضمان و تدارك الخسارة تعبدلاً لا من جهة كونه مخالفاً لمقتضى العقد شرعاً اللهم الا ان يكون منصرف النصوص الجعل الشرعي لا جعل المالك يعني ان الشارع لم يجعل الضمان الا في هذا المورد و لا ينافي جعل المالك الضمان في غير هذا المورد كما هو مورد الكلام و هو غير بعيد جمعاً بين النصوص المذكورة و عموم نفوذ الشروط و حينئذ لا مانع من اشتراط تدارك الخسارة كلاً او بعضاً.

و المتحصّل ان المنع من شرط الضمان و تدارك الخسارة لا يقتضيه ما دل على عدم ضمان الأمين لانه حكم غير اقتضائي فشرطه لا يكون مخالفاً للكتاب و لا رواية اسحاق المتقدم و نحوها مما ورد في خصوص المضاربة لما ذكر ايضا و لا اطلاق صحيح الحلبي لان منصرفه خصوص جعل الشارع فلا يشمل جعل العاقد و كذا لا يقتضيه قوله ع في صحيح محمد بن قيس: «من ضمن تاجراً فليس له الا

رأس ماله و ليس له من الربح شىء»^(١) لانه يدل على صحة الشرط لا بطلانه فالعمل باطلاق ما دل على صحة الشروط محكم.

اقول: الظاهر ان بيان الوضعيات يكون كبيان الموضوعات و تعريفها و التعريف يكون فى مقام أن هذا كذا و ليس غيره و اما الاستثناء فى ذيل صحيحى الحلبي و الكنانى و إن كان دالاً على ان الضمان بحسب الحكم الشرعى لا يكون الا فى مورد مخالفة امر صاحب المال و لكن لا يدل على حصر الضمان لان الضمان بالتعدى و التفريط ايضا يكون ضماناً جازماً شرعاً و ان كان مخالفة امر صاحب المال مصداق من التعدى فلا يدلّ على عدم جواز الضمان بالشرط و على فرض دلالة على هذا المعنى فيكون الدلالة من جهة كونه مخالفاً لمقتضى العقد شرعاً بمعنى كونه مخالفاً للسنة و كونه من باب التعبد لا يدل على عدم الضمان على هذا الوجه فلا نفهم الفرق بين كونه من باب التعبد و عدم كونه من باب مخالفة مقتضى العقد شرعاً بمعنى كونه خلاف السنة فان هذا هو السنة و خلافه خلاف السنة على فرض الاقتضاء و اما احتمال كون منصرف النصوص الجعل الشرعى لا جعل المالك فهو ليس بواضح و يمكن منعه لعدم الوجه له و الاطلاق يكون بحاله و اما التقييد بمقتضى عموم نفوذ الشروط جمعاً فهو غير تام لانه لا فرق بين هذا الحكم و هذا الشرط و غيره فان كل حرام او واجب تكليفاً او وضعياً يكون قابلاً للتقييد بالشرط و لا فرق فى الشرط المخالف بين كونه مخالفاً بالتباين او بهذا النحو فان عقد المضاربة يقتضى عدم الضمان و الشرط اذا دل على الضمان يكون مخالفاً له لاستظهار الاقتضائية من الدليل و اما إن كان من الاحكام التى هى على نحو اللاقتضاء فلا اشكال فى التقييد كما ان المباح

بالشرط او بالنذر يصير واجباً وكذا اذا ورد دليل آخر من الشرع على الضمان بالشرط كما فى العارية المضمونة وعلى فرض عدم كون الحكم اقتضائياً يصح التقييد فى اشباه ذلك ايضا كتقييد جواز المضاربة كما تقدم بعدم شرط اللزوم خصوصاً أن دليل جوازه الاجماع الذى يمكن الاخذ بمتيقنه وان كان الشرط هو عدم ملك الفسخ فضلاً عما اذا كان الشرط عدم الفسخ خارجاً فانه لا اشكال فيه كما مر. والحاصل انه على فرض كون الحكم بنحو اللاقتضاء يمكن تقييد الاطلاق بالشرط وصحيح محمد بن قيس لو تم دلالة يكون موافقاً لهذا المعنى اى تدل صحة شرط الضمان الا انها اجنبية عن المقام لانها لا تكون فى مورد شرط الضمان مع صحة المضاربة بل هى فى مورد الضمان الذى يكون موجباً لانقلاب المضاربة الى القرض على ما عن بعضهم لانه اذا كان ضامناً وليس للمالك ربح فيكون ربحه لا محالة للعامل وليس حقيقة القرض الا هذا فى مقابل العقود التى هى فيها مقابلة شىء بشىء ومقابلته عوض بمعوض كالبيع الذى هو مبادله مال بمال والحق ان القرض هو التملك مع ضمان عين المال فى الذمة ليكون فى العهدة شىء مثله وهذا وان لم ينطبق على مفاد هذا الخبر لان مجرد التضمن لا ينتج التملك الا انه لا يفيد فى المقام لان المضاربة على اى حال لا يتحقق ليقال الشرط فى ضمنها لعدم الضمان مؤثر وما يقال فى مقام منع هذا الانقلاب بانها تكون فى مورد القرض الابتدائى فليس من باب قلب المضاربة بالقرض ففيه ان القرض الابتدائى يكون فى صورة كون الضمان مطلق لاي انسان كان وهنا يكون للتعبير بخصوصية التجارة فيه اشارة الى كون دفع المال للتجارة المعهودة التى هى مضاربة فلو تم هذا فتكون دالة على بطلان المضاربة بهذا الشرط لكونه مخالفاً لحقيقتها او لكونه مخالفاً لحكمه الاقتضائى فينتج خلاف المطلوب القائل بصحة الشرط فى المضاربة ولكن عند الدقة ليس لها

ظهور تام في المضاربة ايضاً فيمكن ان يقال أنها نظير ما ارسل عن النبي صلى الله عليه وآله من ان «الخراج بالضمان»^(١) وحيث ان هذا المعنى هو مذهب المخالف فلا معول عليه عندنا واما حمله على كونه قرضاً ابتدائياً كما حكى عن الوافي والحدائق فهو خلاف الظاهر لما عرفته وكيف كان فهذا الخبر لا يكون مؤيداً لصحة شرط الضمان في المضاربة والعمدة هي اثبات ان ادلة عدم الضمان في المضاربة على نحو الاقتضاء او اللا اقتضاء.

فصل في البحث عن الشرط المخالف للكتاب

وهذا البحث حيث إنه بحث دقيق عميق و يكون بعض مصاديقه المسألة السابقة فينبغي البحث عنه مفصلاً لينتج في اشباه المقام في هذا الكتاب وغيره فنقول مستعيناً بالله تعالى ان البحث في ذلك في امور:

الاول في العناوين المختلفة الواردة في الروايات و ان شرط صحة الشرط جميع هذه العناوين او يكفي بعضها من جهة ان الشرط هو عدم المخالفة او وجوب الموافقة او عدم كونه محرماً للحلال و محلاً للحرام و ان البمدار هل هو على كون المشروط مخالفاً أو الشرط و هو الالتزام فان الشرط اذا كان في النكاح هو عدم التزوج بامرأة اخرى فالمشروط في نفسه غير ممنوع لجواز عدم التزوج فيكون الشرط و هو الالتزام حراماً مثلاً.

الامر الثاني في فهم ملاك المخالفة والفرق بين العنوان الثانوى الذى هو الشرط و ساير العناوين الثانوية كالاضرار والعسر والخرج والضرر.

الامر الثالث في حكم الشك في كون الشرط مما هو مخالف للكتاب ام لا و

قبل البحث في هذه الامور لابد من ذكر الروايات التي هي العمدة و قد ذكرها الشيخ الاعظم في المكاسب و قد ادعى الشيخ استفاضتها او تواترها.

فمنها النبوي المروي صحيحاً عن ابن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل قال لأمرأته ان نكحت عليك او تسريت فهي طالق قال: ليس ذلك بشيء ان رسول الله (ص) قال: من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه^(١) و تقريره بان ما سوى كتاب الله غير جاز و واضح الا ان ذلك لابد من ملاحظة اطلاقه في الاستدلال.

و منها المذكور في كلام الشيخ و العلامة المروي من طرق العامة في حكاية بريرة^(٢) لما اشترى عايشة و شرط موالها عليها ولائها ما بال اقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل قضاء الله احق و شرطه اوثق و الولاء لمن اعتق. و من هذه الرواية يظهر ان مجرد كون الحكم هو كون الولاء لمن اعتق يقتضي ان يكون الشرط مخالفاً للكتاب و المراد بعدم كونه في كتاب الله هو عدم موافقته لاطلاقه او صريحه و الا فالشروط اكثرها ليس في كتاب الله منه ذكراً.

و منها صحيح الحلبي كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود. اقول تقرض له الشيخ في المكاسب و في الوسائل^(٣) و وجدت ما هو قريب منه^(٤) عن الحلبي و علي بن نعمان عن ابي الصباح جميعاً عن ابي عبدالله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحاً و كان من المال دين و عين فقال احدهما لصاحبه

١- التهذيب، ج ٧، باب ٣١ من المهور، ص ٣٧٣، ح ٧١.

٢- في المستدرک، ج ٣، باب ٣٠ من العتق، ص ٤٢، ح ٣٠؛ و في سنن البيهقي، ج ٥، ص ٣٣٨ و

ج ١٠، ص ٢٩٥.

٣- ج ٢، باب ١٥ من بيع الحيوان.

٤- في التهذيب، ج ٦، ص ٢٠٧، ح ٧.

اعطنى راس المال و الربح لك و ما ترى فعليك فقال: لا بأس اذا اشترط و ان كان شرطاً يخالف كتاب رد الى كتاب الله عزوجل. و تقريبه بان كَلَّ شرط يكون مخالفاً بائى نحو كان يكون مردوداً و يكون هذا التعبير عبارة اخرى عن التعبير المتقدم بما سوى الكتاب حيث ان المراد به لا اقل من كونه مخالفاً له فى الجملة. و منها خبر ابن سنان من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزوجل فلا يجوز له و لا يجوز على الذى اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله.^(١) و يظهر منه أن المراد بالمخالف هو الذى ليس موافقاً.

و منها صحيح عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام: المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عزوجل فلا يجوز.^(٢)

و منها خبر محمد بن قيس^(٣) عن ابي جعفر قال قضى على عليه السلام فى رجل تزوج امرأة و شرط لها ان هو تزوج عليها امرأة او هجرها او اتخذ عليها سرية فهى طالق فقضى فى ذلك ان شرط الله قبل شرطكم فان شاء وفى لها بالشرط و ان شاء امسكها و اتخذ عليها و نكح عليها و فى الوسائل ج ١٥ باب ٢٠ من المهور عن ابن مسلم ما هو قريب منه و زاد و هجرها ان اتت بسبيل ذلك قال الله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع و قال: «و احل لكم ما ملكت ايمانكم» و قال: «و اللاتى تخافون نشوزهن» و هذا الخبر لو تم سنده يدل على عدم نفوذ الشرط و ان كان شرط امر مباح فى نفسه اذا كان الاباحة من جانب الشرع الانور و الظاهر ان الخبر موثق لان جميع رجال سنده ثقات و احمد بن عبدون فى اسناد الشيخ ايضا ثقة و كذا على بن محمد بن زبير

١- فى الوسائل، ج ١٢، ١٠٦/٦ من الخيار. ٢- فى الوسائل، ج ١٢، ٦/٢ من الخيار.

٣- فى الوسائل، ج ١٥، ١٣/٢ من مقدمات الطلاق.

القرشى لوجهين ذكرهما في معجم الرجال^(١) وما ذكره في تزييف الوجهين فيه غير تام فان شيخوخة الاجازة مع العلو في الوقت مما يوجب الوثوق عليه نوعاً وعدم التصريح في كتب الرجال بوثاقته لعله لمعرفيته وغناؤه عن ذلك.

ومنها خبر آخر عن محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام انه قضى فى رجل تزوج امرأة واصدقته هى واشترطت عليه ان يبدها الجماع والطلاق قال خالفت السنة ووليت حقاً ليست باهله فقضى ان عليه الصداق وببده الجماع والطلاق وذلك السنة.^(٢) وتقریب الدلالة على عدم نفوذ الشرط وانه خلاف السنة واضح مع فرض كون المشروط مباحاً فى نفسه ايضا كالطلاق والجماع.

ومنها خبر ابراهيم بن محرز قال سأل ابا جعفر عليه السلام رجل وانا عنده فقال: رجل قال: لأمراته امرك بيدك قال أتى يكون هذا والله يقول الرجال قوامون على النساء ليس هذا بشئ^(٣) و تقریبه للمقام يمكن ان يكون من باب حمله على مورد الشرط وان لم يكن فى خصوص الشرط.

اذا عرفت ذلك فنقول اما الامر الاول وهو الملاك فى المخالفة او الموافقة فالبحث فيه فى مراحل المرحلة الاولى فى ان المراد بالكتاب هو اعم من السنة ايضا فنقول فيه ان حاصل العناوين الواردة فى هذه الروايات «سوى كتاب الله» و«ليست فى كتاب الله» و«حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً» و«خالف كتاب الله» و«وافق كتاب الله» و«خالفت السنة» و«شرط الله قبل شرطكم» فما فيه التعبير بسوى كتاب الله او ليست فى كتاب الله لا بد من ان يحمل على ما هو اوضح وهو

١- ج ١٢، ص ١٤٠.

٢- فى الوسائل، ج ١٥، ٢٩/١ من المهور وباب ٤٢ من مقدمات الطلاق، ح ١.

٣- فى التهذيب، فى احكام الطلاق، ج ٨، ص ٨٨ ح ٢٢١؛ وفى الاستبصار، ج ٣، ص ٣١٣، ح ٤.

ان يكون المراد هو ما وافق الكتاب او لم يخالفه و اوضح العناوين هو ان يكون الشرط محرّماً للحلال او محللاً للحرام حيث ان المراد بالموافقة و المخالفة للكتاب يكون بملاحظة حكم الله تعالى فتغيير حكم المباح او المستحب او الواجب يكون تحت عنوان المحرم للحلال و تحليل الحرام يكون تحت عنوان المخالفة بهذا العنوان و هذا غير مختص بما يكون مخالفاً لخصوص الكتاب لعدم اختصاص احكامه تعالى بما في الكتاب مضافاً الى ما يفهم من مفهوم بعضها كما في الخبر الثاني عن محمد بن قيس حيث قال «و ذلك السنة» و هذا يدل على ان البحث يكون في الاعم من مخالف الكتاب و هو الدارج في كلمات الفقهاء و حكى عن الغنية انه قال: «الشرط جازي بين المسلمين مالم يمنع منه كتاب أو سنة» فان كان هذا مفاد خبر ذكره او كان كلاماً ما منه اخذه من مجموع ما كان بيده يكفي للأعمية و يؤيده ارتكاز العقلاء على ان الشرط المخالف لنظام قانون كل مجتمع ليس نافذاً عندهم من اى وجه كان ففي الاسلام الشرط المخالف لقانون الاسلام كتاباً كان او سنة غير نافذ. و هذا لا بحث فيه اكثر من هذا.

المرحلة الثانية: في أنّ المدار هل على موافقة الكتاب و عدم مخالفته او هنا قسم ثالث ليس بموافق و لا مخالف؟ الحق ان المراد بالموافق هو ما وافقه في اطلاقه او عمومه و المراد بالمخالف هو ما خالفه في ذلك فشرط خياطة الثوب يكون مما لا اثر له في الكتاب صريحاً و لكن يكون موافقاً لعمومه او اطلاقه من باب انه تجارة عن تراض مثلاً فعلى هذا اذا لم يكن موافقاً له في ذلك يكون مخالفاً له في ذلك فالموافق ما ليس بمخالف و المخالف هو ما ليس بموافق و لا واسطة بينهما نعم ان كان المراد بالموافق هو خصوص ما يكون مذكوراً في الكتاب و المخالف بخلاف ذلك فشرط خياطة الثوب ليس بموافق و لا مخالف لعدم ذكر وجوده او عدمه في الكتاب و لكن ليس المراد هذا المعنى من ذلك

قطعا حيث لم يقل احد بكون امثال هذا الشرط مما ليس في الكتاب و لا في السنة و انه ممنوع و حرام لانه ليس موافقاً و الحاصل لا فرق بين عنوان المخالف و الموافق و عنوان المحلل للحرام و المحرم للحلال الذي هو مصداق لهما و المراد بالجميع هو ما لا يوافق المشروع او يوافقه كما عن المحقق النائيني فالموافق هو ما ليس بمخالف و المخالف هو ما ليس بموافق و كل واحد من العنوانين يكون بمعنى الآخر و لا واسطة بينهما، و سيأتى ضابطة ما هو مصداق هذه العناوين.

المرحلة الثالثة: في أن ملاك المخالفة هو كون الالتزام و الملتزم مخالفاً او يكون المدار على كون الملتزم مخالفاً و دائرة المخالفة على الاول اوسع من الثاني كما هو واضح و مرجع هذا الى ان المفهوم من الشرط المخالف هو ما يكون مخالفاً للملتزم او ما يكون مخالفاً للالتزام ايضا فان عدم واثية الوارث بالشرط يكون خلافاً للكتاب بلحاظ الملتزم ايضا لان الكتاب دل على ارث الوارث فاشتراط عدم ارثه مناف لهذا الحكم كما ان اشتراط ارث الاجنبي و كون الحرّ او ولده رقاً و ثبوت الولاء لغير المعق ايضا يكون كذلك و اما التزام عدم التزوج فيكون مخالفة من باب الالتزام حيث ان عدم التزوج خارجاً لا محذور فيه و انما المخالف الالتزام بعدمه فانه مخالف لأباحة التزوج و هذا و ان مثل به الشيخ الاعظم و لكن يمكن ان يחדش بأن عدم اخذ الارث ليس مخالفاً بل المخالف الالتزام بعدمه فالفرق بين المثالين و مثال شرط رقية الحرّ او كون الولاء لغير المعق اولى بالذكر و اوضح من ذلك هو ان اشتراط صناعة الخمر يكون من الشرط الذي يكون الملتزم مخالفاً للكتاب و شرط عدم التزوج يكون الالتزام فيه مخالفاً له.

ثم انه قد اشكل على التعميم باشكالات: الاول أنه لا يمكن ان يكون المراد به

الالتزام و الملتزم فى مثل المؤمنون عند شروطهم لان استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد محال لان للفظ الواحد فناء واحدا فى معنى واحد لان الالفاظ فانية فى المعانى فلفظ الشرط لا يفنى فى معينين و فيه ان استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد مع القرينة لا اشكال فيه فانه يكون معها من تعدد الدال و المدلول فالشرط المخالف لا بد ان يلاحظ ان المخالفة فيه يكون بلحاظ الالتزام فقط او بلحاظ الالتزام و الملتزم و هذا يظهر بملاحظة ما ورد فى الشرط المخالف و الا فالشرط يكون هو الالتزام فى ضمن التزام آخر و ما هو المهم فى المقام هو ان مخالفة الكتاب باى لحاظ لوحظ و سيجىء التحقيق فى ذلك.

الاشكال الثانى ان الملتزم اذا لم يكن فيه مخالفة كالمباح لا يكون الالتزام بتركه مخالفا للكتاب من جهة ان المباح هو الذى يكون فى نفس معناه الترخيص فى الفعل او الترك فالالتزام بتركه كيف يخالف الكتاب.

و فيه: ان ترك المباح هو المرخص فيه و اما الالتزام بتركه بواسطة الشرط فهو من مصاديق تحريم الحلال قطعاً و لذلك جعل ترك التزويج فى موثق محمد بن قيس غير نافذ^(١) و مثله صحيح الحلبي (فى الباب المتقدم ح ١) عن ابي عبدالله عليه السلام انه سئل عن رجل قال لأمرأته ان تزوجت عليك او بت عنك فأنت طالق فقال، ان رسول الله ص قال من شرط لأمرأته شرطاً سوى كتاب الله عزوجل لم يجز ذلك عليه و لا له.

و هاتان الروايتان لا اشكال فى سندهما لان سند الاول قد مرّ وجه الوثوق به و سند الثانى صحيح.

و قد اشكل عليهما دلالة بان الخبرين يكون الشرط فيهما ان تكون المرّة

١- فى الوسائل، ج ١٥، ٢/ ١٣ من مقدمات الطلاق.

طالق اذا خالف الرجل الشرط و الطلاق لا بد ان يكون بالصيغة المخصوصة مع الشرائط المعتمدة في اجرائها.

وفيه: اولاً أن الظاهر من الخبرين هو ان الشروط التي التزم بها الرجل هي التي مخالف للكتاب و لا يكون السؤال عن كيفية الطلاق فمن الممكن ان يكون مراد المرأة هو تحقق الطلاق باجراء الصيغة بل لو كان المراد هو الاشكال من هذه الجهة كان المناسب هو الجواب بان الطلاق لا بد ان يكون بالصيغة مع سائر الشرائط لا الجواب بالتصريح بان له مخالفة الشروط خصوصاً في الخبر الذي يكون مديلاً بالآيات الذي رواه في الوسائل^(١) عن تفسير العياشي فانه ناصت بان الاشكال في عدم تطابق ما شرطه الرجل لما في الكتاب فهذا الاحتمال لو كان له وجه في مثل صحيح الحلبي لا وجه له في موثق محمد بن قيس او ابن مسلم.

و ثانياً على فرض كون الاشكال في الطلاق بلا سبب و هو الصيغة يكون الاشكال في الشروط التي شرطها الرجل ايضاً فلا ينافي القول بهذا الاشكال ان يكون الاشكال من وجه آخر و هو تنافي غيره مع الكتاب ايضاً والحاصل ظهور هذه الاخبار في ان الشرط اذا كان الملتزم مباحاً في نفسه ايضاً يكون خلاف الكتاب غير منكر فنفس التزام ترك المباح ايضاً شرط مخالف للكتاب بحسب هذه الروايات وسيجيء تمام البحث في ذلك في الامر الثاني بذكر المعارض لها و الآن كتنا بصدد ان المدار على الدليل الدال على أن المدار هل هو على مخالفة الملتزم او الاعم منه و من الالتزام؟

الاشكال الثالث على كون الالتزام مخالفاً للكتاب هو ان الالتزام بدون العمل لا يكون التجزياً والتجزي ليس بحرام شرعاً فلا بد ان يكون الحرمة بلحاظ

الملتزم وهذا هو الذى نسبته شيخنا الى المحقق الخراسانى وفيه اولا ان المراد بعدم جواز الشرط الذى هو مخالف الكتاب هو عدم نفوذه لا حرمة تكليفه فالالتزام ترك المباح لا يصح بالشرط ولا نفوذه. و ثانياً ان التجرى ليس هو قصد الحرام بل هو قصد الحرام مع اتيان فعل فى الخارج كشرب الماء بقصد كونه خمرأ لزعمه خمرأ و اما فى المقام فقصد ما لا يقع ولا ينفذ ليس الا لغواً محضاً فلو كان المقصود حراماً لكان من قصد الحرام و قصد الحرام بدون العمل اذا لم يكن من باب التجرى ليس بحرام شرعاً و ان كان قبيحاً عقلاً و ان كان بابه باب التجرى كما اذا ابرز مقصوده ولو بتهمة مقدماته يكون قبيحاً و غير حرام شرعاً على التحقيق و ان قلنا بانه موجب للعقاب خلافاً لمن قال بالحرمة لتسامية قانون الملازمة بين حكم العقل بالقيح و حكم الشرع بالحرمة عنده و عدم تماميته عندنا لان الحرام الشرعى هو الذى يمكن ان يسند الى الشرع و الحكم العقلى يكون حكماً عقلياً و ليس بشرعى نعم التجرى بمعنى جرئة العبد على المولى ولو بقصد الحرام و ان كان فى اللغة صادقاً و لكن ليس هذا هو التجرى الذى يكون بحثه فى اصطلاح الاصوليين و ثالثاً قصد ما علم انه ليس بحرام كيف يكون تجريباً فان التجرى يكون فى مورد جهل العامل بالواقع بحيث ان يكون الواقع غير ما هو المقصود و بالجملة ان الذى ليس بنافذ لا شبهة انه الالتزام بالشرط و لكن البحث فى انه هل كان المنع بلحاظ نفسه او بلحاظ ملتزمه فنذعى نظراً الى الاخبار انه يكون بلحاظ الالتزام ايضاً و ان كان الملتزم مباحاً فى نفسه.

و الاشكال الرابع أن الالتزام طريق الى الملتزم فحرمة يكون من جهة حرمة الملتزم فاذا كان الملتزم مباحاً لا وجه لحرمة الالتزام.

و فيه: أن نفس الالتزام ربما يمكن أن يكون مورداً للالتفات فان دلّ الدليل من ناحية الشرع أن الالتزام بترك المباح خلاف كتاب الله فهو غير نافذ و لا معنى

للحرمة الا عدم النفوذ و اما الالتزام بالحرام مع عدم الفعل الخارجى فقد عرفت انه قبيح غير حرام شرعاً و الحرمة بمعنى عدم النفوذ يكون كالاتزام بترك المباح فان كل واحد منهما التزام بما هو خلاف الكتاب نعم الالتزام بالمباح مباح و لا بحث فيه.

فان قلت: اذا لم يكن الشرط نافذاً عند الشرع فهو ليس مغيراً لحكم الله تعالى فلا يكون فيه تحليل حرام او تحريم حلال و ان كان نافذاً فهو و ان كان مغيراً له و لكن يكون سببه الشارع حيث انفذه و تحريمه الحلال او تحليله الحرام لا اشكال فيه فانّ مهار الاحكام بيده.

قلت: إنّ المراد بالشرط المخالف هو الذى لو فرض نفوذه يلزم منه خلاف المشروع و الا فما لا يكون مهاره بيد المكلف يكون النهى عنه لغواً فما بيد العبد هو الالتزام الذى هو التعهد و البناء النفسى على ترك شىء او فعله فللشارع النهى عن نفس هذا البناء او عدم تنفيذه ليكون معنى نهيه بالفارسية «نكن كه نمى شود» و عن بعض الاعيان ان الشرط المحرّم للحلال هو الذى يكون المحرّم فيه الالتزام و الا فنفس الملتزم ربما لا يكون حراماً كشرط ترك التزوج و التسرى فان المخالف للكتاب فيه نفس الالتزام لا الفعل الخارجى و هو الملتزم كما يشهد لذلك ايضا المرسل المروى عن الغنية «الشرط جازى بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب او سنة» بتقريب ان ضمير «منه» يرجع الى الشرط و الشرط ليس هو الا الالتزام لا الملتزم و هذا قريب الى ما ذكرناه من حيث ان المحرّم هو الالتزام ان دل الدليل على ان الالتزام بترك المباح حرام.

الامر الثانى فى تحقيق القول فى الشرط المخالف للكتاب و حاصل ما يمكن ان يقال او ما يستفاد بعضه من كلام الشيخ الاعظم هو ان الحكم على الموضوع تارة يكون بحسب الطبع الأولى اى لو خلى طبعه كان له هذا الحكم بنحو

اللاقتضاء بحيث لو خرج عن طبعه الاولى بعروض عنوان آخر طار عليه يمكن ان يتغير حكمه و تارة يكون عليه على جميع تقادير الموضوع و اطواره فالاول مثل اكثر المباحات كالأكل و الشرب و غيرهما فان حكم الاباحة يكون عليها بحسب طبعه الاولى بحيث يمكن تغييره بالنذر و العهد و الشرط و القسم و الثانى مثل المحرمات و الواجبات فان الحكم فيها يكون بحسب جميع تقاديره و اطواره غير مورد الحرج و الضرر اذا لم يكن الحكم من بدو الامر على الموضوع الحرجى او الضررى كالحكم بالجهاد و باداء الخمس و الزكاة حيث ان مورد هما الحرج و الضرر بحسب ظاهر الأمر لا باطنه فان كان الحكم على الوجه الاول فشرط خلافه ليس مخالفاً للكتاب و ان كان على الوجه الثانى فيكون شرط خلافه مخالفاً له هذا فى مقام الثبوت و اما بحسب مقام الاثبات فان احرز احد الوجهين من لسان الدليل فهو المتبع و ان لم يحرز فلا بد من مراعات ما يقتضيه الاصل عند الشك كاصالة بقاء الحكم اذا شك فى زواله بلحاظ العنوان الثانوى.

ثم إنه اذا كان الحكم على الوجه الاول فى المباحات طرأ كما هو عن بعضهم كالشيخ الاعظم حيث قال: «و مثال ذلك اغلب المباحات و المستحبات و المكروهات بل جميعها» فلا بد من احراز المنع فى مورد من الموارد بدليل خاص يدل على ان هذا المباح بالخصوص يكون مما فيه اقتضاء البقاء و لا يتغير حتى بالشرط او بغيره كما ان المنع فى مورد شرط ترك التسترى و التزوج يمكن ان يكون من هذا الباب و لكن الذى يمكن ان يكون فيه الاشكال هو انه ليس لنا دليل فى كل مورد يكون الحكم هو الاباحة يجوز تغييره بالعنوان الثانوى لانه على نحو اللاقتضاء بل كثير من الموارد يكون التغيير بذلك مما لا كلام فيه و هذا لا يصير اصلاً حتى يكون الكلام فى الخروج عنه بدليل خاص بل كل مورد من الموارد لابد ان يلاحظ ان الدليل للاباحة ايضا هل يكون على نحو الاقتضاء او

اللاقتضاء بالنسبة الى الشرط او الضرر او الحرج و غير ذلك من غير فرق بين الشرط و غيره لان دليل الجهاد اذا احرز اقتضائه حتى بالنسبة الى الحرج و الضرر لا يمكن رفعه لتطبيق عنوان الحرج و الضرر عليه و فيما احرز فيه عدم الاقتضاء يكون الحكم عنه مرفوعاً بهذا العنوان كالوضوء الحرجي او الضرري و ربما يكون في نفس الدليل للعنوان الثانوي الشاهد على ان الحكم في العنوان الاولى يكون على نحو اللاقتضاء كالنذر بلحاظ متعلقه مثلاً و بعبارة اخرى ان احكام الله تعالى يكون امر جعله و رفعه بيد الله تعالى بواسطة رسله و ليس في وسع احد أن يغيره الا اذا كان في مورده دليل خاص على جواز تغييره بالعنوان الثانوي فهو دليل منه تعالى ايضا على تغيير الحكم هذا في التكليفيات و اما الوضعيّات فتارة يكون الدليل دالاً على كون امرها بيد المكلفين كجعل حق خيار المجلس في البيع للبيّعين مع جعل حق اسقاطه لهما و اخرى لا يكون امره بيد المكلف كحق الارث فانه مما اوجبه على الارحام الاقرب فالاقرب و ليس لاحد تغييره و ان كان حكماً وضعياً و اثبات ان الحكم كان بهذا النحو او ذاك لا بد ان يلاحظ فيه لسان الدليل و ربما يحصل الشك في انه على اى النحويين و لا فرق بين ان يكون العنوان الثانوي الشرط و النذر او الاضرار و الضرر و الحرج فانه كما مر يكون الرفع للحكم في الضرر و الحرج و الاضرار ايضا في مورد عدم كون الدليل الدال على ثبوته على اى حال و تقدير حتى يمكن رفعه بامثال هذه العناوين فما يقال من ان الفرق بين ذلك و بين الشرط هو استعمال كلمة الرفع في لسان دليله فلذا يرفع الحكم في مورده غير تام فتحصل انه انا لم نجد دليلاً على ان كل حكم يكون على المباح يكون على نحو اللاقتضاء حتى يكون البحث في مثل ترك التزوج من باب تخصيص هذه الكلية بل لا بد من ملاحظة الدليل في كل مورد من الموارد فمن الموارد التي يكون البحث فيه من جهة انه اباحة اقتضائية

ام لا هو شرط ترك التسرى والتزوّج والهجر وقد عرفت الروايات في الامر الاول الدالة على انه شرط مخالف للكتاب وهنا نذكر ما يكون معارضاً لها على ما قيل، كموثق منصور بن يونس بزرج^(١) وعنه أى عن محمد بن الحسن عن ايوب بن نوح عن صفوان بن يحيى عن منصور بن بزرج، عن عبد صالح عليه السلام قال: قلت له ان رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فاراد ان يراجعها فأبت عليه الا ان يجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك ثم بداله في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع فقال بنس ما صنع وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار قل له فليف للمرأة بشرطها فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم.

اقول: البحث تارة في سند هذا الخبر واخرى في دلالاته اما السند ففيما وجدت من كتب الحديث فهو يكون عن منصور بن بزرج وحكاه الشيخ في المكاسب عن منصور بن يونس ولكن مع تفاوت في المتن يظهر عند المراجعة ومنصور بن يونس هو منصور بن بزرج ولذا يكون التعبير عنه في بعض كتب الرجال كالمجمع للقهائى والمعجم للخوئى ب منصور بن يونس بزرج ولفظ بزرج كما عن بعضهم هو معرب بزرج بالفارسية والاقرب ان هذا هو الاصح واما التعبير عنه ب بررج كما عن رجال الكشى فلعله من جهة سقوط النقطة في الكتابة وورد توثيقه عن رجال النجاشى وقال انه كوفى ثقة. وهذا هو المتعين الا ان هذا الخبر الذى رواه في الوسائل عن الشيخ الطوسى وطريقه الى منصور بن يونس قال في معجم الرجال^(٢) هو ابن بطة و ابي المفضل وهما

١- في الاستبصار، ج ٣، ص ٢٣٢، باب ١٤٢ من النكاح، ح ٤؛ وفي الوسائل، باب ٢٠ من المهور.

٢- ج ١٨، ص ٣٥٤.

ح ٤.

ضعيفان و لكن في الاستبصار في المصدر المتقدم يكون طريقه الى على بن الحسن بن فضال و طريقه اليه احمد بن عبدون و على بن محمد بن زبير و هما كما مر ثقتان فلا اشكال في هذه الرواية من حيث السند فانه موثق.

و اما الدلالة فهي واضحة فان اصل الاشتراط و ان كان مرجوحاً و لكن الوفاء بالشرط يكون واجباً فهذه الرواية تعارض مع ما تقدم من ان شرط ترك الزوج يكون خلاف الكتاب.

ثم قال الشيخ في الاستبصار^(١) في مقام الجمع بينه و بين ما تقدم من ان هذا الشرط خلاف الكتاب «فالوجه في هذا الخبر احدهما ان يكون محمولاً على الاستحباب لان من حكم بما تضمنه الخبر يستحب له ان يفي بالشرط الذي بذل لسانه به و ان لم يكن ذلك واجباً و الوجه الآخر ان يكون محمولاً على التقية لأن من خالفنا يوجبون هذا الشرط و يخشون من مخالفه و الذي يؤكد الاخبار الأوّلة انتهى.

اقول: إنه على فرض ظهور ما دل على المنع من شرط ترك التزويج في الحرمة يكون الجمع بكراهة اصل الاشتراط و نفوذه لانه نص في المرجوحية ظاهر في عدم الجواز و هذا النص في النفوذ مع المرجوحية لقوله ع «بئس ما صنع» اللهم الا ان يقال بان المانع عنه كالنص في عدم الجواز للتعليل بانه خلاف الكتاب ببيان آياته فيقدم لذلك مع كون رواياته اكثر و هذه رواية واحدة. و اما الحمل على التقية فهو وجيه من جهة ان لحن الكلام في المعارض مما فيه شائبة التقية بعد صراحة ما تقدم في المنع عن شرط ترك التزويج في انه شرط مخالف لكتاب الله تعالى و ان شرط الله قبل هذا الشرط و انه مخالف لصريح الآيات التي

ذكرت فى ذيل خبر محمد بن قيس المتقدم من قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغيره. ثم ان الجمع بحمل ما دل على المنع على ان يكون الطلاق واقعاً بدون السبب وهذا على جواز شرط ترك التزويج فهو بعيد غايته كما مر من جهة ظهور ما تقدم من ان الشرط المخالف هو ترك الزوج والتسرى او كان اعم منه ومن الطلاق بلا سبب وكيف كان فهذه مسألة فرعية والمهم لنا فى المقام هو اثبات ان كل شرط يكون متعلقه امرأ مباحاً يكون نافذاً وهذه الكلية غير ثابتة فالعمدة هى ملاحظة كون الدليل للحكم على نحو الاقتضاء وعلى اى تقدير او على نحو اللاقتضاء وبحسب الطبع الاولى فعلى الاول لا ينافيه الشرط وعلى الثانى ينافيه وهذا يحتاج الى النظر فى كل دليل فى كل مورد بعدما عرفت من ان شرط ترك المباح ايضا يمكن ان يكون مخالفاً للكتاب الا ما كان من الحقوق والاموال من الوضعيات الذى يكون مهاره بيد المكلف فان له اسقاطه او اثباته بالشرط او بعقد مستقل على نفسه وليس اثباته بالشرط على نفسه من تحريم الحلال ضرورة انه لو كان المراد من عدم تحريم الحلال هو عدم ايجاد الزام على النفس بعد ما لم يكن بحسب الطبع الاولى مع قطع النظر عن الشرط يلزم ان لا يكون الشرط فى ضمن عقد من العقود نافذاً بل نفس العقد ايضا يصير نوعاً من انواع المحرم للحلال وهو واضح الفساد.

الامر الثالث فى البحث عن مورد الشك فى كون الشرط مخالفاً للكتاب ام لا مع عدم احراز كون الحكم على الموضوع على نحو الاقتضاء او اللاقتضاء ولا يخفى ان المرجع ليس عموم المؤمنون عند شروطهم بعد خروج الشرط المخالف عن عمومهم فانه من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية وهو غير جاز على التحقيق كما عن جملة كثيرة من الاعلام بل لم نجد فى هذه الاعصار من يخالفه فعلى هذا فهل الاصل هو عدم مخالفة ما شك فى مخالفته للكتاب او

الاصل هو عدم كون الحكم الاولى على الموضوع على نحو الاقتضاء بل يكون الحكم عليه انه لو خلى وطبعه يكون حكمه كذا لا بحسب الطوارئ و العوارض عليه كعنوان الشرط و النذر و غير ذلك.

فقد يقال ان الاصل هو عدم كون المشكوك مخالفاً للكتاب و ارجعه الشيخ الاعظم الى اصالة عدم ثبوت الحكم على وجه لا يمكن تغييره بواسطة الشرط و قد اشكل عليه بان هذا الاصل من استصحاب العدم الازلي بتقريب ان يقال ان هذا الشرط حين لم يكن لم يكن مخالفاً للكتاب فاذا تحقق نفسه يكون الشك في تحقق وصفه و هو مخالفة الكتاب فالاصل هو عدم مخالفته للكتاب فهو نافذ.

و فيه اولاً ما في جميع الاستصحابات الأعدام الازلية من ان عنوان الهذوية غير محقق في العدم و ما لم يكن ليس محكوماً بحكم لا ثبوتى و لا عدمى فان كان دليل الاستصحاب الاخبار فهي منصرفه عن امثال ذلك و ان كان بناء العقلاء فهم لا يثبتون للشيء حكماً في الازل لا وجودياً و لا عديمياً.

و ثانياً حيث يكون المراد بالمخالف هو ما لا يكون موافقاً فما هو النافذ هو الشرط الموافق للكتاب فلنقاتل ان يقول ان هذا الاصل معارض بمثله و هو اصالة عدم كونه موافقاً للكتاب ايضا في الازل فهما متساقطان.

و ثالثاً ان ما هو مصداق الشرط و هو ما شرطه زيد او عمرو لا بحث فيه حيث انه وجد بعد ما لم يكن و لكن البحث في العنوان الكلى و هو شرط عدم الزوج او التسرى مثلاً بالعنوان الفرضى و فرض طبيعى الموضوع قوامه بالفرض و ليس البحث في انه كان او لم يكن بل المهم هو البحث في ان الشرع الانور هل حكم بمخالفة هذا الشرط للكتاب ام لا و بعبارة اخرى يكون الشك في جعل الشرع حكماً من الاحكام فى موضوع كلى من الموضوعات فعلى هذا يرجع البحث الى ان الاستصحاب فى الاحكام هل هو جار ام لا و على التحقيق ان

الاستصحاب فى الاحكام الكلية غير جارية لعدم احرار الحالة السابقة لها فانا لا ندري زماناً لم يكن الحكم بالمخالفة مجعولاً لنستصحب عدمه حتى على نحو عدم الازلى لعدم تصور عدم للشارع المقدس الذى هو الله تعالى فى الاصل بحيث يمكن ان يقال انه حين لم يكن لم يكن جعله او عدم جعله فاذا كان نستصحب ذلك فعلى هذا اذا لم يجر الاستصحاب فمن حيث الحكم التكملى لا يدري المكلف انه هل يجب عليه العمل بالشرط المشكوك نفوذه ام لا؟ والأصل هو البراءة عن وجوب الوفاء به.

هذا من وجه واما من وجه آخر وهو ارجاع هذا الاصل الى اصالة عدم جعل الحكم على الموضوع على نحو لا يمكن تغييره بالشرط يعنى اصالة عدم كون الحكم على الموضوع على نحو الاقتضاء فهو ايضا لا حالة سابقة له حيث لا نعلم زماناً يكون الحكم على نحو اللاقتضاء لنستصحبه وعلى نحو الاستصحاب عدم الازلى فهو معارض بعدم كونه على نحو عدم اللاقتضاء ايضا. فعلى هذا تصل النوبة الى ان نقول ان هذا الحكم وهو الاباحة مثلاً كان على الموضوع الفلانى فلا ندري انه هل تغير بالشرط ام لا فان قلنا بجريان الاستصحاب فى الاحكام الكلية فيستصحب وجوده واما على فرض عدم جريان الاستصحاب فيها فلا يجرى فلا يثبت به الحكم الاولى هذا من جهة الاستصحاب واما من حيث جريان البراءة عن وجوب العمل بالشرط فالاصل عدم وجوب الوفاء به فعلى هذا لو شك فى ان شرط عدم ضمان رأس المال فى المضاربة هل هو نافذ ام لا فالاصل يقتضى البراءة عن وجوب الوفاء به فينتج عدم نفوذه. هذا كله اذا لم يكن لنا ظهور الدليل فى ان الحكم على هذا الموضوع بحسب طبعه واما اذا كان لنا ظهور دليل كذلك فلا بحث. فتحصل من جميع ما تقدم امور: الاول، ان الشرط المخالف للكتاب هو الذى يوجب ان يكون الحكم

التكليفى اعم من كونه اباحه او غيرها متغيراً به.

الثانى، أنَّ ما كان من الحقوق و الاموال من الوضعيات التى مهار تبديله و الزامه و التزامه بيد المكلفين لا شبهة فى جواز الشرط بالنسبة اليه كشرط الكتابة او اعطاء مال على وجه الهبة او غيره و ليس معنى تحريم الحلال هو ان ما لا الزام للنفس به لا يجوز الالتزام به فان هذا المعنى ضرورى البطلان بل معناه ان التكليفيات لا تتغير بجعل جاعل غير الشرع الانور الا ما خرج بالدليل و الشاهد على ذلك هو قول امير المؤمنين عليه السلام المتقدم فى ذكر الروايات من شرط لأمراته شرطاً فليف به لها فان المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حَرَمَ حلالاً او احلَّ حراماً. فانَّ الشرط الذى يجب الوفاء به للمرأة لا محالة يكون مما فيه التزام بامر هو غير لازم على الشارط و هو ليس من تحريم الحلال بل تحريم الحلال و تحليل الحرام الذى استثنى يكون فيما كان مغيراً لحكم الله تعالى فعلى هذا اشتراط ان لا يكون المضاربة موجباً للضمان يكون خلاف حكم الله و اشتراط ان يكون ضمانه من مال العامل ليس خلافه لان الناس مسلطون على اموالهم و كذا اشتراط ان لا يكون العقد جازياً يكون خلافه و اما اشتراط عدم فسخه فهو جازى لان الفسخ حق من حقوق العامل او المالك.

و الثالث انه فى مورد الشك فى كون الشرط مخالفاً ام لا او كون الحكم على الموضوع على نحو الاقتضاء او عدمه لا اصل لنا فى الموضوع بل الاصل البراءة عن وجوب الوفاء بالشرط الذى لازمه عدم نفوذه هذا تمام ما اردناه فى البحث عن شرط مخالفة الكتاب الذى يكون مصداق من مصاديقه المسألة المتقدمة فى المضاربة و ظهران شرط عدم الضمان لم يثبت انه مخالف للكتاب ام لا للاشكال فى ما دل على عدم الضمان من جهة كونه حكماً اقتضائياً ام لا فلا ينفذ الشرط للبراءة عن وجوب الوفاء به و اما شرط كون الضمان بعد التلف فى مال العامل

فهو لا اشكال فيه. والحمد لله على ما انعم.

(مسألة ٥):^(١) اذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً أو الى البلد الفلانى أو الا الى البلد الفلانى، أو لا يشتري الجنس الفلانى أو الا الجنس الفلانى، أو لا يبيع من زيد مثلاً أو الا من زيد، أو لا يشتري من شخص أو الا من شخص معين أو نحو ذلك من الشروط، فلا يجوز له المخالفة

اقول: البحث هنا فى امرين: الاول فى عدم جواز التخلف عن الشروط التى فى هذا المتن والثانى فى ضمان العامل مع التخلف فاما الامر الاول وهو ما فى هذا المتن من عدم جواز المخالفة فهو امر مسلم نص عليه فى الشرايع و تبعه فى الجواهر وكذا عن القواعد وفى المسالك لا خلاف عندنا فى جواز هذه الشروط ولزومها وان ضاقت بسبب هذه التجارة» وقد استدلل به بشمول ما دل على نفوذ الشرط لذلك كقوله صلى الله عليه وآله «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) وبانه لا بد ان يقتصر على مورد اذنه.

اقول: إن التصرف تارة يكون عينياً كما اذا شرط عليه ان لا يحمل رأس المال الى البلد الفلانى فحمله واخرى ليس بعينى كما اذا قال لا تبع لفلان فباعه منه فالاول يكون تصرفاً فى مال الغير من غير طيب نفسه وهذا التصرف حرام للتوقيع المشهور^(٣) قوله (ع) «فلا يحل لأحد ان يتصرف فى مال غيره بغير اذنه...» فعلى هذا يكون وجوب الوفاء بالشرط ايضا مؤكداً لهذا المعنى لان هذا التصرف مما لا يكون باذن المالك بل يكون خلاف ما شرطه ايضا واما اذا لم يكن المخالفة الا فى العمل من غير تصرف فى العين بالقبض والاقباض وغير ذلك بل كان مجرد اجراء الصيغة فى البيع مثلاً فهو ليس بحرام لان تصرفه فى لسانه

١- تعرض لها فى الجواهر، ج ٦، ص ٣٥٣ ٢- ١/ ٦ من الخيار.

٣- فى الوسائل، ج ٦، باب ٣ من الانفال، ح ٦.

يكون تصرفاً في نفسه و الناس مسلطون على أموالهم و انفسهم و لا يكون هذا حراماً و اما المعاملة كذلك فهو فضولى متوقف على الاجازة و اذا لم يكن عمله معاملة و لا تصرفاً في مال المالك كالمسافرة الى بلد و ان كان بقصد البيع لا يكون هذا العمل حراماً بل هو عمل غير مربوط بالمضاربة بل و ان باع بالصيغة ايضا لا يكون حراماً ما لم يكن منه التصرف في مال المالك بالقبض و الحمل الى ذاك البلد الا ان يكون الشرط في ضمن عقد المضاربة ان يكون في تمام الوقت مشغولاً بما يرتبط بالتجارة و ان لا يسافر اصلاً فانه شرط آخر يجب الوفاء به و لا يجوز له التخلف ما دام المضاربة باقية غير منفسخة. و هذا واضح.

الامر الثانى فى ضمان المال

قوله: و الا ضمن المال لو تلف بعضاً او كلاً و ضمن الخسارة مع فرضها. و مقتضى القاعدة و ان كان كون تمام الربح للمالك على فرض ارادة القيدية اذا اجاز المعاملة و ثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الألتزام فى الألتزام و كون تمام الربح له على تقدير الفسخ الا ان الاقوى اشتراكهما فى الربح على ما قرر لجملة من الاخبار الدالة على ذلك و لا داعى الى حملها على بعض المحامل و لا الاقتصار على موارد استعمالها العموم من بعضها الآخر.

أقول: البحث هنا فى جهتين الاولى فى ان مخالفة الشروط توجب الضمان و الثانية فى ان الربح هل كان بينهما مع تخلف الشرط ام كان للمالك فقط.

أما الجهة الاولى فلا اشكال فيها و لا خلاف و الدليل عليه أولاً هو ان تصرفه فى المال يكون تصرفاً غير مأذون فيه فيكون يده عدوانية و اليد العدوانية ضمانية هذا بحسب القاعدة. و ثانياً النصوص الكثيرة فى ذلك بالخصوص^(١)

١- فى الوسائل، ج ١٣، باب ١ من المضاربة.

كصحيح الحلبي (ح ٢) عن ابي عبدالله (ع) انه قال فى الرجل يعطى المال، فيقول له: ايت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال: فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما. وكصحيح الكنانى (ح ٣) عن ابي عبدالله (ع) فى الرجل يعمل بالمال مضاربة قال له الريح وليس عليه من الوضعية شىء الا ان يخالف عن شىء مما امر به صاحب المال. وكصحيح محمد بن مسلم (ح ١) وغيره مما هو دال على الضمان. والحاصل يمكن ان يقال الضمان اجماعى ومطابق للقاعدة وللنصوص الخاصة وهذا واضح.

واما الجهة الثانية وهى البحث فى الربح على فرض تخلف الشرط فالبحث فيها تارة يكون بلحاظ ما تقتضيه القاعدة واخرى بلحاظ النصوص الدالة على ان الربح بينهما فالبحث فى مقامين: الاول، فيما يقتضيه القاعدة وهو يتضح ببيان كيفية اخذ القيود فى المضاربة على ما عن بعضهم وهى على قسمين:

القسم الاول، هو ما يقال انه يكون من القيود المقومة للمضاربة بحيث انها دخيلة فى مفهومها وليست مجعولة بجعل مستقل فى ضمن المضاربة فيكون القيد قيداً للمجعول لا الجعل وهذا مثل تعيين المبيع والتمن المعين ومكان البيع وزمانه والبايع والمشتري ونحو ذلك فاذا قال اشترى الغنم او فى السوق الفلانى او فى النهار او فى الليل او لا تبع على زيد او لا تشتري من زيد او بتوسط الدلال الفلانى او نحو ذلك فان ذلك يرجع الى تقييد المفهوم لانها غير قابلة للجعل لأنها امور عينية خارجية لا تقبل الجعل فاذا قال عليك ان تشتري الغنم مثلاً يكون هذا راجعاً الى تقييد المفهوم مثلاً لا جعل شىء فى ضمن جعل المفهوم فهو اذن قيد لا شرط.

أقول: الحاصل منه هو ان ما لا يمكن جعله مستقلاً فى ضمن جعل آخر لا

يكون شرطاً لأن الشرط التزام فى التزام واما ما يمكن جعله مستقلاً فهو يمكن ان يكون شرطاً مضافاً الى ان ما ذكر امور تكوينية لا جعلية. وفيه انه وان كان الظاهر غالباً عند العرف هو قيدية ما ذكر ولكن ليس من مفهوم المضاربة فى شىء فان مفهومها هو اعطاء مال ليتجر به ويكون الربح بينهما واما اذا قال اشترى الغنم فيمكن ان يكون المضاربة على نحو تعدد المطلوب بان يكون المراد هو التجارة ولكن يكون الاولى فى نظر المالك ان يكون المبيع الغنم او المكان الخاص كالسوق الفلانى وهكذا التقييد بالليل والنهار وخروج المكان والزمان عن حقيقتها مما لا شبهة فيه على فرض الشبهة فى المبيع الخاص او المشتري الخاص فهذا القسم ايضا يرجع الى ما سيأتى من انه ان كان ما ذكر قيداً فله حكمه وان كان شرطاً فله حكمه.

و اما ما ذكر من عدم قابلية ما ذكر للجعل المستقل لانه امور خارجيه عينيه لا تقبل الجعل ففيه ان الذى لا يمكن هو تقييد الوجود الشخصى الخارجى و ليس هنا من ذاك الباب بل المراد ايقاع الفعل خارجاً وهو يمكن ان يكون مقيداً و ان لا يكون كذلك فان الاتجار شىء لم يكن فى الخارج فيراد ايقاعه فيه فهو ليس بشخص خارجى حتى يقال لا يمكن تقييد ما هو فى الخارج لان الخارج لا يقيد وجوده بشىء فانه اما موجود فهو واما معدوم فليس هو شيئاً اصلاً و البيع يمكن ان يكون فى هذا الوقت كالنهار وفى غيره فيقيد بذلك على وجه القيدية او الشرطية و لا ادرى كيف جعل هذا القائل ما ذكره من الامثلة من باب تقييد الخارج؟!

و الحاصل كما انه يمكن ان يكون قيداً يمكن ان يكون شرطاً ولكن قيديته يرجع الى ان لا يكون الالتزام متحققاً بدونه فاذا قال اشترى الغنم يكون معناه ان المضاربة تكون على اشترائه و لا يكون على غيره و معنى كونه شرطاً هو ان

المضاربة تكون على التجارة و يكون هذا شرطاً لها من باب تعدد المطلوب. وقد يقال فى مقام الفرق بين القيد و الشرط فى العقود التمليلية كالبيع بان الشرط فيها قد يكون امراً خارجياً اجنبياً عن المبيع و الثمن كالخياطة ففى مثله لا يمكن ان يكون قيداً لمتعلق العقد اذا المبيع وجود و الشرط وجود آخر و النسبة بين الوجودين هى التباين فلا معنى لأن يكون احدهما مقيداً للوجود الآخر فيقال ان الحنطة مقيدة بخياطة الثوب نعم من الممكن جعله قيداً للمنشأ بمعنى تعليق نفس البيع لا المبيع على الخياطة الا انه باطل جزماً لانه من التعليق فى العقود هو موجب لبطلانه و من هنا فينحصر امره ان يكون شرطاً فى العقد بمعنى تعليق الالتزام بالعقد على الخياطة فيكون من الالتزام فى ضمن الالتزام. و الحاصل من ذلك هو ان الامر الخارجى لا يمكن جعله قيداً للمبيع للتباين بينهما فهو لا بد ان يكون شرطاً.

ثم إن ما يمكن ان يكون قيداً هو الذى ليس كذلك بل يكون وصفاً لمتعلق العقد و الوصف تارة مقدم للموضوع كبيع شئ على ان يكون ذهباً و تارة ليس مقوماً كبيع العبد على ان يكون كاتباً فعلى الاول لو تخلف يكون البيع باطلاً لان مالىة الاشياء انما هى بفصولها و الجامع بين الصنفين فاقد للمالية فلا مالىة له و على الثانى حيث ان التعليق باطل لان العبد الخارجى لا يقيد وجوده الشخصى بالكتابة فلا بد ان يرجع الى الشرط و تعليق نفس البيع و ان امكن و لكنه موجب لبطلانه جزماً لانه لا بد ان يكون منجزاً فالقيدية تكون بالنسبة الى الوصف المقوم و الشرطية فى غير المقوم و فى الامور الخارجية.

أقول: إن الفرق بين القيد و الشرط يكون بالاعتبار بأن يعتبر المعتبر الخياطة قيداً للمبيع او شرطاً له و عدم تعليق الحنطة مثلاً بالخياطة تكويناً واضح و لا فرق بين ان تكون شرطاً او قيداً و ما يكون قابلاً للتعليق يكون هو الالتزام فان كان

على وجه القيدية يرجع معناه ان العقد وقع على هذا المقيد الاعتبارى فاذا لم يكن القيد لم يكن متعلق العقد موجوداً يعنى مثلاً الحنطة مع الخياطة هو الذى تعلق به العقد فاذا لم يكن الخياطة لم يتحقق متعلق العقد ويمكن ان يتصور كون الالتزام مقيداً فيكون من باب تقييد نفس الالتزام وهو موجب لبطلان العقد من بدو الأمر كما انه اذا كان على نحو تعدد المطلوب يكون معناه الجعل فى جعل فيمكن ان يكون العقد صحيحاً والشرط يكون فاسداً او صحيحاً.

والحاصل ربط الحنطة بالخياطة يكون بالاعتبار على اى وجه كان ولا يكون واقعياً سواء كان من باب القيدية او من باب الشرطية والتفكيك بين كون القيد قيد نفس البيع الذى هو باطل جزئاً او قيد المبيع حتى يكون الكلام فى صحته يكون بالاعتبار والفرق بينهما هو ان العقد باطل من بدو الأمر اذا كان التقييد فى نفس البيع وبعد انكشاف الخلاف يصير باطلاً اذا كان القيد قيد المبيع.

القسم الثانى من القيود ما قيل انه ما لا يكون مقوماً للمضاربة بل خارجة عنها مثل ان يقول لا تحمل المال معك اولا تنقد الثمن فى مجلس البيع او اقرأ سورة من القرآن وقت البيع وهذا تارة يكون على وجه القيدية مثل ان يقول بع وانت تقرأ القرآن واخرى يكون على وجه الشرطية مثل ان يقول واشترطت عليك ان تقرأ القرآن وقت البيع وثالثة ان يأمر المالك به من دون ملاحظة كونه شرطاً له على العامل او قيداً للعمل بل لوحظ فى نفسه لما فيه الفائدة مثل ان يقول احمل النقد فى الهميان واتخذ حارسا يحفظ المال.

اقول: وهذا واضح ومورد امر المالك او نهيه اذا لم يكن داخلأ فى الشرط ولا القيد للمضاربة وان لم يكن له ربط بها ولكن من حيث ان المال مال المالك يكون التصرف فيه متوقفاً على اذنه وان لم يكن ذلك شرطاً او قيداً لها لان المال بالمضاربة لم يخرج عن كونه ملكا للمالك فلا يجوز التصرف فيه الا باذنه ثم انه

قد يقال بان ما يؤخذ على وجه القيدىه يكون على نحوين: الاول ان يكون قيداً فى مقام الواقع كما اذا قال له لا تتجر بالاكفان او لا تبع وانت جنب فان هذا القيد يكون من جهة انه لا يرضى على اى وجه بذلك لا من جهة منافع المعاملة والثانى ان يكون قيداً فى مقام الظاهر خوفاً من الخسران مثل ان يقول لا تشتتر التمر فانه خطر فاذا اشترى تمراً و ربح يكون مأذونا فى الواقع غير مأذون فى الظاهر. ولا تنافى بين الحكم الظاهرى والواقعى والثمرة بين الاول والثانى هو انه على الثانى ان مخالفته لا توجب بطلان المعاملة ولا تحتاج الى الاجازة من المالك بخلاف الاول فان بيعه فضولى محتاج الى الاجازة.

والثمرة بين كونه شرطاً أو قيداً و كونه امراً من المالك غيرهما هي ان مخالفته الأمر يوجب الضمان والأثم ولا خلل فى المعاملة ولا فى لزومها ولا خيار للمالك بخلاف مخالفة الشرط.

أقول: إنه اذا نهى المالك عن بيع التمر مثلاً لأنه خطر لا بد ان يظهر ان هذا القيد قيد فى المعاملة ام لا فاذا كان قيداً يكون المعاملة حين وقوعها فضولية و اما بعد وقوعها و صيرورتها رابحة فهو يكون مثل سائر المعاملات الفضولية فان رضى المالك بها فهي صحيحة وان ردها فهي باطلة وربما يردّ ولو مع كونها رابحة لتأنفه من مخالفة العامل فلولوا النص الدال على ان الربح بينهما اذا خالف امر صاحب المال لقلنا بفساد المضاربة والمعاملة ويرجع هذه المعاملة الى انها ان ربحت فهي صحيحة وان خسرت فهي باطلة ولا بد ان يكون العقد على وجه منجز و بناء العقود على الجزم بوجهها وليس الواقع والظاهر فى رتبة واحدة ليكون مثل حجّة الامارات بالنسبة الى الاحكام الواقعية فان الحكم الظاهرى يكون موضوعه الشك فى الواقع ولكن بعد عدم العلم بالواقع يكون الموضوع متحققاً جزماً وليس العقد كذلك فى نظر العرف بل الملاك فيه الاذن

الفعلی و هو اما حاصل او غير حاصل.

وبالجملة الفرق بين القيود الواقعية والظاهرية والقول بصحة المعاملة من غير احتیاج الى الاجازة في ما كان القيد بحسب الظاهر غير تام هذا مضافا الى انه لو تم ما ذكر في القيد يعم الشرط ايضاً فان الشرط يمكن ان يكون شرطاً في الظاهر مثل ان يقول واشترط عليك الحمل لرأس المال في هميان لزعم انه احفظ لما له بحيث انه لو كان خلافه احفظ لكان راضياً بخلافه وحيث لا يتم في الشرط لا يتم في القيد ايضاً واما الفرق بين صورة امر المالك و صورة القيدية والشرطية وعدم ارجاعه الى القيد او الشرط فهو تام ان لم يكن ظهور في القيدية والشرطية لان المالك له التصرف في ماله والنظر اليه حتى بعد تحقق المضاربة واما اذ ذكر بشيء في ضمن العقد فيحمل على القيدية او الشرطية على حسب اختلاف موردّه. فما في المتن من انحصار الشرطية او القيدية اما غير تام لتصوير الثالث و هو الذي ليس الا امراً او نهياً من المالك او يحمل على ما هو الغالب من جعل القيدية او الشرطية في العقد.

المقام الثاني

فيما يقتضيه النص في المضاربة اذا تخلف العامل عن الشرط و هو اشتراك المالك و العامل في الربح و البحث في ذلك يكون من جهة أنه هل كان تعبداً بخلاف القاعدة او يمكن حمله على ما يقتضيه القاعدة و على الاول هل يكون الاقتصار على الموارد المذكورة فيه كالسفر الى غير جهة اذن فيها و مخالفة الأمر ببيع شيء معين او يكون شاملاً لجميع الموارد و المصنف (قده) جعل الاشتراك بينهما في الربح مطلقاً من غير حاجة الى الحمل على بعض المحامل و لا الاقتصار على موارد النصوص فلا بد لنا نرجع الى النصوص والاستظهار منها و

الجميع^(١) ففى جملة من هذه الروايات يكون التعبير هو النهى عن الخروج او مخالفة امر صاحب المال فى ذلك كصحيح محمد بن مسلم (ح ١) و احدها صحيح الحلبي (ح ٢) و روايتا الكنانى (ح ٣ و ح ٦) و خبر ابى بصير (ح ١٠) و خبر زيد الشحام (ح ١١) و فى ذلك قد يقال انه ليس من قبيل تقييد المعاملة قيداً او شرطاً بل هو القسم الثالث و هو مخالفة النهى او الامر من المالك الذى تقدم و هو فى كلام بعض الاعاظم من الشراح فمخالفته يكون موجباً للأثم و الضمان فقط من دون دخل فى المعاملة و لا فى لزومها و لا يوجب الخيار للمالك فلا دلالة لها على الاشتراك فى الربح فى صورة المخالفة مع الشرط حتى يكون خلافاً للقاعدة فضلاً عن المخالفة فى قيود المعاملة فلا يكون من ادلة المقام، و كذلك الصحيح الاخرى عن الحلبي (ح ٧) عن ابى عبدالله عليه السلام انه قال فى المال الذى يعمل به مضاربة له من الربح و ليس عليه من الوضعية شىء الا ان يخالف امر صاحب المال فان العباس كان كثير المال، و كان يعطى الرجال يعملون به مضاربة و يشترط عليهم ان لا ينزلوا بطن واد و لا يشروا ذاكبد رطبة، فان خالفت شيئاً مما امرتك به فأنت ضامن المال. و كذلك الصحيح عن الكنانى (ح ٣) فانه ليس فيهما دلالة على الاشتراك فى الربح مع المخالفة بل يكون مفاد الروايتين انه ان لم يخالف شيئاً مما امر به صاحب المال يكون له الربح و اما صورة المخالفة فلم يتعرض فيهما لحكمها و فيه ان حمل الروايات على خصوص ما لا ربط له بالمضاربة خلاف الظاهر حيث ان مخالفة الشرط او القيد ايضاً يصدق انه مخالفة لامر صاحب المال و نهيه فاطلاق الامر و النهى يمنع عن هذا القول فعلى هذا دلالة الروايات باطلاقها على ان الربح بينهما على خلاف

القاعدة واضحة وإن لم يكن مورد عدم الشرط والقيّد بخصوصه خلافاً لها واما الصحيحان عن الحلبي والكناني اللذان تعرض لهما أخيراً فلا دلالة لهما على الاشتراك في الربح ولا بحث لنا فيهما وفي امثالهما مما لا دلالة له على المطلوب.

ثم إن صحيح جميل^(١) عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب فاشترى به غير الذي امره، قال هو ضامن والربح بينهما على ما شرطاً يكون ظاهراً في صورة اشتراط شراء متاع خاص في نفس المضاربة به مع انه حكم بكون الربح بينهما فلا يكون مجرد مخالفة امر من المالك خارج عنها فاجيب بانه لا يبعد أن يكون محمولاً على صورة كون التقييد ظاهرياً لا ما يكون التقييد فيه واقعياً كما تقدم وفيه اولاً ان الظهور في التقييد يكون باشتراط ضرب خاص من المتاع كما عرفت لا من قوله (ع) «على ما شرط» لان الشرط في الربح بمعنى ان الربح بينهما على نحو ما شرطاً من كونه بالمناصفة او غيرها من النسب ولا يكون مربوطاً بذكر الشرط في المضاربة فعلى هذا ليس مفاده الا مفاد ما تقدم من انه اذا خالف امر صاحب المال فالربح بينهما.

و ثانياً قد عرفت الاشكال فيما تقدم في ان الشرط في مقام الظاهر دون الواقع غير صحيح في المعاملة التي بنائها على الجزم وان الشرط اما يكون شرطاً او لا يكون شرطاً ولا معنى لان يقال هذا غير شرط ان ربح وهو شرط ان لم يربح فان نفس الشرط ايضاً من العقود ولا بد من الجزم فيه ليكون داخل تحت عموم المؤمنون عند شروطهم فكما ان البيع لا يتحقق مردداً بين الرابح وغيره فكذلك

الشرط و بعبارة اخرى الرضاء الباطنى على تقدير الربح ليس انشاء جزميا للشرط و لا يوجب انتسابه الى المالك و سيأتى آنفاً اشكالان آخران فيه نعم ما هو صريح فى كون الربح بينهما مع مخالفة الشرط صحيح الحلبى (ح ٥) عن ابى عبدالله عليه السلام فى الرجل يعطى الرجل مالاً مضاربة فيخالف ما شرط عليه قال: هو ضامن و الربح بينهما. وكذا خبر ابى بصير^(١) فان قوله (ع) «و الربح بينهما اذا خالف شرطه و عصاه» صريح فى الشرطية و ان النهى من الخروج الى ارض اخرى كان بهذا النحو لا مجرد النهى فقط فيحمل ما تقدم من ان مخالفة امر صاحب المال او نهيه على هذا حمل المطلق على المقيّد لاحراز وحدة المطلوب لو لم تقل بانصراف ذلك ايضا الى صورة الاشتراط و الا فالأمر اوضح و قد مر ان اطلاق ما تقدم ايضاً كاف لشمول الحكم حتى فى صورة مخالفة الشرط و القيد و قد استبعد حملة على التقييد الواقعى من قال بان القيد قسمان واقعى و ظاهرى و ان كان اطلاقه شاملاً لهما و احتمل ان يكون محمولاً على القيد الظاهرى. و فيه اولا انه لا اساس للقيد الواقعى و الظاهرى و كذلك الشرط كما تقدم فان المعاملة محتاجة الى الانشاء و لا يكفى الرضاء الباطنى و الحمل على ما ذكره خلاف الظاهر جدا و ثانياً انه لو تم فهو انما يتم فى صورة وجود الربح فى المعاملة التى اتى بها للعامل و اما مع الخسارة فمقتضى القاعدة كون المعاملة فضولية على فرض القيدية فان اجازها المالك كانت الخسارة عليه و الا فيستحق نفس ماله و عينه لا الحكم بالصحة مطلقا مع تحمل العامل للخسارة فانه لو لا النصوص المتقدمة فيه تعبداً لا ينطبق على قاعدة من القواعد و على فرض الشرطية فانه ايضا كذلك على فرض الخسارة ان اعلم الخيار فى المضاربة و ابطالها و امضى

البيع فإثمه بمضائه يقع له و عليه خسارته و اما اذا لم يبطل المضاربة و امضى البيع بناء عليها فالربح بينهما على القاعدة و ثالثاً إن هذا يختص بما اذا كان ربح المعاملة التي قام بها العامل ازيد او لا اقل مساوياً لربح المعاملة التي امر بها المالك و اما مع قلته بالنسبة اليه فكيف يمكن ان يقال ان المالك راض بها و ان المخالفة صورية و الحال ان هذه النصوص مطلقة غير مقيدة بفرض تساوى الربحين او زيادة ربح الثانية عما امر به المالك.

و الحاصل لولا النصوص لكانت المعاملة مع مخالفة قيدها باطله لا صحيحة مع كون الربح بينهما لو كانت رابحة و على فرض الشرطية الظاهرية فاذا كانت رابحة فلا شرط و لا ضمان و مع الخسران فلا ربح ليقسماه و الضمان يكون لمخالفة الشرط لو فرض صحة هذا النحو من الشرط و الا فلا اصل لهذا الحمل اصلاً. و اما حمل الروايات على محمل آخر كحملها كما في الجواهر^(١) على ارادة بقاء الاذن في المضاربة بان يكون الغرض من الاشتراط الضمان لا غير و عليك بعبارته «ويمكن تنزيل هذه النصوص على ارادة بقاء الاذن في المضاربة و ارادة الضمان من الاشتراط كما يؤمى اليه ما في ذيل صحيح الحلبي السابق اى المتعرض لذكر العباس فانّ قوله في آخره «فانت ضامن» يقتضى الاقتصار فيه على الضمان و الا لقال فانت ضامن غير مأذون في المعاملة خصوصاً ذكره عليه السلام له بعنوان التعليل للحكم بقوله «فان العباس...» بل لعل ذلك هو المعروف فيما بينهم سابقاً من الشرط كما عساه يؤمى اليه خبر رفاة^(٢) عن ابي عبدالله عليه السلام في مضارب يقول لصاحبه ان انت اذ هبته و اكلته فانت له ضامن قال هو له ضامن اذا خالف شرطه» انتهى

و فيه ان الصحيح في قضية العباس يكون الشرط فيه هو الضمان للمال اذا خالف شرطه وكذا خبر رفاعه والضمان امر جعله الشرع من احكام المضاربة اذا خالف العامل الشرط وتعرض الامام عليه السلام لقضية العباس لعله كان من جهة ان هذا الحكم كان قبل الاسلام ايضا فامضاه الاسلام او من جهة التأييد بانه كان فعله وكان مورد امضاء رسول الله صلى الله عليه وآله قبل ذلك ومن المعلوم ان اثبات شيء لا ينافي ما عدها فكيف نحمل جميع الروايات على كون الشرط شرط الضمان وعدم شرط آخر للمضاربة مع ظهور ما دل على مخالفة امر صاحب المال في الخروج من البلد او مخالفته فيما شرط كدفعه لضرب خاص من المتاع، في ان الشرط ليس هو شرط الضمان فقط بل الضمان حكم شرعي مترتب على المخالفة ويؤيده ان المضاربة كغيرها من العقود الدارجة عند العقلاء تكون مما يأتي فيه القيد او الشرط غير الضمان ايضا ويكون لكل شرط او قيد اثره الخاص به من صيرورتها به باطلة او خيارية فهذا الحمل ايضا غير تام فتحصل من جميع ما تقدم ان الطرق الثلاثة لحمل الاخبار على القاعدة غير تامة الطريق الاول وهو الحمل على كون الشرط خارجاً عن المضاربة وانه مجرد امر او نهى من المالك فهو خلاف الاطلاق كما عرفت تفصيله.

و الثاني الحمل على القيد او الشرط الظاهري وهو غير تام لما عرفته و الثالث الحمل الاخير عن الجواهر فعلى هذا فالنصوص يحمل على التعبد ولا باس بالتعبد في باب المعاملات فان البيع الربوي عند العقلاء بيع تام ولكن الشرع اخطاهم وجعل ما يستمونه للبا حرباً مع الله تعالى.

ثم إنه على فرض كون النصوص تعبداً وخلافاً للقاعدة فهل يقتصر على مواردنا او يتعدى منها الى كل شرط او قيد؟ الحق هو التعدي كما عن المصنف

و غيره و ذلك من جهة عموم صحيح الحلبي^(١) فى الرجل يعطى الرجل مالاً مضاربة فيخالف ما شرط عليه قال هو ضامن و الربح بينهما. فان الظاهر كالصريح منه هو ان هذا حكم كل مورد يكون مورد مخالفة الشرط اى شرط كان من حيث كون المخالفة فى الجنس او الزمان او يوصف و المراد بالشرط ليس هو الشرط فى مقابل القيد بل الظاهر ان المراد منه كل ما يكون متعلقا بالمضاربة لان الشرط و هو الالتزام فى ضمن التزام آخر صادق فى القيد ايضا و بعبارة اخرى لا فرق بين كون الشرط مقوم العنوان كشرط كون المبيع ذهباً او غير مقوم له كشرط كون العبد كاتباً و كيف كان فلا يقتصر على الموردين الذين فى النصوص و الاول مورد الامر بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها كما فى صحيح الحلبي^(٢) و غيره. و الثانى امره بابتياح شىء معين فابتاع غيره كما فى صحيح جميل^(٣) و كانه للاقتصار على الموردين قال فى الشرايع «لو امره بالسفر إلى جهة فسافر الى غيرها او امره بابتياح شىء بعينه فابتاع غيره ضمن و لو ربح و الحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط» و لم يتعد الى غير الموردين و لكنه غير تام لما عرفته من العموم.

لا يقال: لا يظهر لنا وجود العام الدال على الاشتراك فى الربح مع المخالفة و انما الموجود العام الدال على الضمان مع المخالفة لا غير كصحيح الحلبي^(٤) و كذا صحيح الكنانى^(٥) و غيرهما فان التعبير بقوله عليه السلام «الا ان يخالف امر صاحب المال» الظاهر فى عموم المخالف يكون فى خصوص الضمان

١-٢ / ١ من المضاربة.

١-٥ من المضاربة.

١-٤ / ١ من المضاربة.

١-٩ من المضاربة.

١-٣ من المضاربة.

للخسران لا في مورد تقسيم الربح بينهما.
لأننا نقول: صحيح الحلبي الذي عرفته^(١) يكون له العموم في الربح أيضاً.
هذا كله مضافاً إلى أن الارتكاز العقلائي بعد اخذ أصل التعبد في تقسيم
الربح من الشرع، لا يفرق بين القيود واحتمال الخصيصة للموردين في النصوص
بعيد جداً.

ثم إنه عن بعض الاعاظم التمسك بالأولوية وهي أن بعض النصوص كصحيح
جميل^(٢) يكون في مورد المخالفة في ذات المبيع لانه «في رجل دفع إلى رجل
مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب فاشترى به غير الذي امره» وهذا
مخالفة في ذات المبيع ومع ذلك يكون الربح بينهما فإذا لم يكن المخالفة إلا في
الوصف أو الزمان فالصحة وتقسيم الربح بينهما أولى قطعاً. وفيه أن المهم هو
جواز إلغاء الخصوصية من المورد ومورد المخالفة في المكان كذهابه إلى غير
الأرض التي أمره بالسفر إليها أو نهاء عنها وإلا فإذا كان المدار على التعبد مع عدم
كون الملاك له بأيدينا فالقول بالاعتصار على مورده غير بعيد وكيف كان فمع
وجود العموم وإمكان إلغاء الخصوصية فالقول بالتعميم إلى غير مورد النصوص
هو المتعين كما في المتن.

تتم في أن البحث في ضمان المال مع تقسيم الربح عند مخالفة الشروط لا
شبهة أنه كان بالنسبة إلى الشروط التي يرجع مخالفتها إلى التصرف الغير الجائز
في المال فهل الشروط التي ليست كذلك أيضاً يجب مخالفتها ضمان المال أم لا؟
كما إذا شرط عليه قراءة القرآن حين البيع فلم يقرء فانه مخالفة شرط لا ربط له
بالمال وليس مثل اخراج إلى مكان نهى المالك عنه، فقد يقال إن إطلاق ظاهر

بعض النصوص كصحيح الحلبي^(١) بقوله «فيخالف ما شرط عليه» واطلاق كلمات الاصحاب في الضمان لمخالفة الشرط وإن كان ثبوت الضمان ولكن ما ينصرف اليه الذهن هو عدم الضمان في ذلك لعدم اتيان شيء يرجع الى التصرف المنهى عنه في المال فمخالفته لا يوجب الضمان. فنقول امثال هذه الشروط ايضا ربما يكون مرجعه الى النهي عن التصرف في المال بغير هذا الوجه مثل ما اذا كان قراءة القرآن قيداً للمضاربة بحيث لا يرضى التصرف في المال اصلاً بدونه و بالنظر المعنوي ربما كان قراءة القرآن عند شخص من مقومات حصول الربح عنده لما جرّبه من امثال ذلك و من امثال التوسلات الى المعصومين عليهم السلام فانها دخيلة في مهام الامور دنيوية واخروياً على ما كشف لنا ولغيرنا فعلى هذا لا مانع في ان يقال ان تصرف في المال بغير هذا الوجه كان تصرفاً بغير الوجه الذي رضى به المالك فهو ضامن لصيرورة يده عدوانية بعد ما كانت امانية فالقول بتحقق الضمان في امثال ما ذكر من الشروط ليس ببعيد بل هو الاقرب والاطلاق غير منصرف عنه وكذلك كلمات الاعلام خصوصاً اذا كان على وجه القيدية.

(مسألة ٦): لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه او غيره الا 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 الا ان المضاربة باقية و الربح بين المالكين على النسبة.

اقول: البحث هنا تارة في اصل خلط رأس المال بمال نفسه واخرى في صحة المضاربة. اما الجهة الاولى فهو غير جازم اذا لم يكن للعقد منصرف الى الجواز و علّله في الشرايع بانه تصرف غير مشروع و في الجواهر^(٢) فلا يجوز خلطها

كالوديعة على ان الشركة عيب.

و العمدة هى عدم جواز التصرف فى مال الغير الا باذنه و اطلاق العقد ربما يكون منصرفاً الى الخلط مثل من يريد المضاربة مع من له انواع من التجارة فى دكته فيعطيه المال ليتجربه و ربما لا يكون الخلط موجباً لكسر شىء من شئون المال كخلط الاسكناس مع مثله و ربما يكون الاطلاق منصرفاً الى عدم الخلط و ربما يكشف رضا المالك بالخلط و ان لم يكن الاطلاق منصرفاً الى احدهما كالمثال السابق فان غرض العقلاء على حفظ اموالهم بماليتها فى مثل الاسكناس و الدراهم و الدنانير فاذا كان باقياً على نقدته بحيث يمكن الوصول الى مقدار النقد من غير نقيصة لا يكون لهم اعتراض فى الخلط و اذا لم يكن القرينة على الانصراف و لم يكشف الرضا بالخلط فالظاهر انه تصرف فى مال الغير مشكوك الجواز و عدمه فلا يجوز و مما ذكرناه يظهر ان القول بان الشركة عيب من العيوب لا يتم باطلاقه فان العيب هو نفس الشىء بحسب طبعه و خلط الدراهم و الدنانير اذا كان له عيار معين و سكة معينة ليس بعيب اصلاً عند العرف كما ان الاسكناس ايضا كذلك فاذا كان له مائة عدد من الاسكناس الذى يبلغ قيمته مائة تومان و خلطه مع مثله فلا يعد هذا عيباً فان المالك يصل الى ماله او مثله بلا فرق بينهما و ربما كان الخلط مع ما هو اجود ولو من باب كونه جديداً فيزول عيبه و هو قدمته و اندرأسه هذا كله فى عدم جواز الخلط و اما الضمان مع الخلط اذا قلنا بعدم جوازه فهو امر مسلم من باب الاخذ بعموم على اليد ما اخذت حتى تؤديه كما فى المسالك و غيرها و للروايات المتقدمة فى المسألة السابقة الدالة على الضمان بمخالفة الشرط فان هذا يكون كالشرط الذى يكون العقد مبنياً عليه و لذا يقسم الربح بينهما اللهم الا ان يقال بان النصوص يكون فى مورد مخالفة الشرط و

هذا ليس شرطاً ولكنه غير تام بحسب ما نفهم من تناسب الحكم و الموضوع وان التصرف في مال المضاربة على خلاف ما رضى به المالك لا يبطلها. هذا كله اذا لم يكن الاذن في الخلط عموماً كما اذا قال افعل ما شئت و لا خصوصاً مثل التصريح بالخلط فما في المتن متين.

في اطلاق عقد المضاربة

(مسألة ٧): مع اطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه من حيث البايع و المشتري و نوع الجنس المشتري. لكن لا يجوز له ان يسافر من دون اذن المالك الا اذا كان هناك متعارف ينصرف اليه الاطلاق وان خالف فساخر فعلى ما مر في المسألة المتقدمة.

اقول: اذا كان العقد بحسب القرائن الخارجة منصرفاً عن السفر بالمال فلا يجوز لانصرافه و اما اذا لم يكن هناك انصراف فعدم جوازه ممنوع خصوصاً اذا كان الدأب في الغالب السفر في تلك المعاملة الخاصة فالاطلاق كاف في الجواز و لا ضمان مع السفر به اذا لم يكن انصراف في البين و عن القواعد «ليس للعامل أن يسافر الا باذن المالك» و في جامع المقاصد «هو مذهب علمائنا لأن فيه تفريراً بالمال و لانه لا يتبادر من اطلاق العقد و لا يتفاهم منه ليكون شاملاً و للروايات الصريحة في ذلك عن اهل البيت عليهم السلام مثل رواية الحلبي^(١) عن الصادق عليه السلام و صحيحة محمد بن مسلم^(٢) عن احدهما (ع)»

و فيما ذكره جامع المقاصد من الدليل نظر اما عدم التبادر من اطلاق العقد فيه ان التبادر الى عدم السفر ايضاً ممنوع و لا نحتاج الى تبادر جواز السفر بل نفس

اطلاق الاتجار بالمال على الاطلاق يكفي لجوازه و اما كونه تغريرا بالمال فكليته ممنوعة فيمكن ان يقال اذا كان التغرير بحيث يكون العقد منصرفاً عنه فهو غير جائز و الا فلا بل ربما يكون الحضر تغريراً للمال و اما النصوص فصحيحة الحلبي تكون في مورد السفر من مكان الى آخر مع كون اصله مورد النص فانه قال فيها «ايت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها...» و هي مع ذلك تكون في مورد النهي عن السفر كصحيحة ابن مسلم و ليس بحثنا في مورد النهي بل في مورد الاطلاق فتحصل انه لولا الانصراف عن السفر في مورد لا دليل لنا على عدم جواز السفر بمال المضاربة عند اطلاق العقد. نعم على فرض عدم الجواز فلا يترتب عليه الا الضمان و اما الربح فيقسم بينهما نظراً الى الصحيحين و غيرهما. فعلى هذا فاطلاق كلام المصنف في عدم جواز السفر ممنوع ولا بد ان يحمل على مورد الانصراف عنه.

(مسألة ٨): مع اطلاق العقد و عدم الاذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك الا ان

يكون متعارفاً ينصرف اليه الاطلاق

اقول: في هذه المسألة امور، من جهة ان الاطلاق هل يقتضى البيع نقداً و من جهة المخالفة في هذا المعنى من حيث صحة البيع و فساده و من جهة الضمان لرأس المال على فرض الفساد فنقول اما الامر الاول و هو ما في هذا المتن و هو ان اطلاق العقد يقتضى البيع نقداً لا نسيئة و الظاهر انه مختلف فيه و ليس كما عن بعض من انه لا خلاف فيه و لا اشكال بل فيه خلاف و اشكال فانه كما ان ما في المتن هو قول جمع كصاحبى التذكرة و المسالك و الشرايع كذلك القول بخلافه و جواز بيع النسيئة اذا لم يكن فيها تغرير يكون منسوباً الى ظاهر المختلف

و غيره و الى جماعة من المتأخرين و نسبه في الجواهر^(١) الى صاحب الرياض فمن التذكرة «ليس له ان يبيع نسيئة بدون اذن المالك لما فيه من التفرير بالمال فان خالف ضمن عندنا» و عن المسالك ان فيه تفريراً بـمال المالك و ان الامر فيه واضح، فالدليل على عدم الجواز هو التفرير عندهما. و فيه انه من الواضح هوان بناء المضاربة على الاسترباح بالتجارة و ان كلما كان أربح فهو احسن و من المعلوم انه ربما يكون النقد تفريراً بالمال بان يكون الاتجار نقداً اقل ربحاً من الاتجار نسيئة و ربما يكون بالعكس فيدور الامر مدار الموارد فكلما كان فيه تفرير بالمال لا يجوز و اذا كان فيه مصلحة فيجوز و المصلحة ربما يكون في البيع نسيئة لا نقداً فالحق هوان المالك اذا لم يصرح بالبيع نقداً و لم يكن انصراف اليه لا بد ان يكون في البيع نسيئة مصلحة فمعها لا اشكال في صحته و لا ضمان على العامل ثم ان المدار على المصلحة لا على تعارف البيع نسيئة و عدمه فاذا لم يكن المتعارف في متاع هو البيع نسيئة و رأى العامل المصلحة فيها لا اشكال في صحته فلو فرض ان الدارج في السوق ان لا يباع جنس من الاجناس الا نقداً يجوز له ان يبيع نسيئة مع المصلحة الا ان يكون الدارجية موجبة لانصراف المضاربة الى البيع نقداً لا غير فتحصل ان اطلاق العقد لا يقتضى البيع نقداً بل يدور الامر مدار المصلحة في الاسترباح و عدم الانصراف الى النقد مع المصلحة كاف في الصحة و لا يختص بمورد الانصراف الى النسيئة خلافاً لما في المتن.

الامر الثاني، قوله: ولو خالف في غير مورد الانصراف فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو و ان اطلع المالك قبل الاستيفاء فان امضى فهو و الا فالبيع باطل

اقول: المخالفة سواء كان من جهة انصراف العقد عن البيع نسيئة او من جهة عدم المصلحة فى البيع نسيئة او من جهة مخالفة الاطلاق على القول باقتضائه البيع نقداً، تكون موجبة لأن يكون التصرف فى مال المالك بلا اذن منه فان قلنا ان مرجعه الى صورة مخالفة شرط من الشروط او الى مخالفة امر من المالك كما مر فى صورة خلط رأس المال مع مال غير الهالك فلا محالة تصح المضاربة على فرض الربح و تقسيم الربح بينهما و على فرض الخسران فهو على العامل بمقتضى الروايات الدالة على الضمان بالمخالفة مع كون الربح بينهما^(١) و ليس مرجعه الى البطلان او غير ذلك و لا ادرى كيف قال المصنف فى مسألة (٦) خلط رأس المال بغيره بهذا و مشى هنا مشياً آخر نعم يمكن ان يقال ان هذا ليس مخالفة شرط و لا امر من المالك فنقول يكون المقامان كذلك ثم ان المصنف هنا فرق بين استيفاء الثمن قبل اطلاق المالك و بين اطلاقه قبل الاستيفاء فقال بالصحة فى الاول و بالبطلان فى الثانى و هذا غير تام لان المعاملة نسيئة ان كان بغير اذن من المالك فهو فضولى و استيفاء الثمن قبل اطلاقه لا يصيرها نقدية فما وقع كان غير مأذون فيه على اى حال فلا فرق بين اطلاقه قبله او بعده فان امضى فهو صحيح والا فهو باطل على حسب القاعدة و اما على حسب النصوص المتقدمة مع فرض الحاق المقام بمخالفة امر المالك او شرطه فالعقد صحيح و الربح يكون بينهما و العامل ضامن للخسران فقط و قد عرفت ان النصوص تكون شاملة حتى لمورد كون المخالفة فى التقييد مثل المخالفة فى جنس المبيع الذى امره باشترائه فقييد النقدية لا يوجب البطلان.

الامر الثالث، قوله: و له الرجوع على كل من العامل و المشتري مع عدم وجود

المال عنده او عند مشتر آخر فان رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل الا ان يكون مغروراً من قبله وكانت القيمة ازيد من الثمن، فانه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه و ان رجع على العامل يرجع على المشتري بما عزم، الا ان يكون مغروراً منه وكان الثمن اقل فانه حينئذ يرجع بمقدار الثمن.

اقول: وفي هذا الامر جهات من البحث: الجهة الاولى في ان للمالك الرجوع الى عين ماله اينما وجده اذا لم يمض العقد الفضولي الذي وقع على ماله فان كان المال عند العامل ولم يقبضه المشتري فلا بد من الرجوع اليه لا الى غيره و زاما اذا قبضه المشتري فله الرجوع اليه او الى المشتري بل اذا باعه المشتري له ان يرجع الى مشتري المشتري ايضا وهكذا على ما حرّر في كتاب البيع في تعاقب الايدي فان كل يد وقعت على هذا المال يكون ضامناً لرده ولا يختص جواز الرجوع بالعامل الذي تعدى في التصرف لشمول قاعدة على اليد ما اخذت حتى تؤديه للجميع و ان كان المال موجوداً عند بعضهم و عن القواعد «للمالك الزام من شاء» و عن مفتاح الكرامة حكاية ذلك عن المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد. و قد يتوهم من قول المصنف «مع عدم وجود المال عنده او عند مشتر آخر ان المال اذا كان موجوداً عند المشتري او عند مشتر آخر لم يجز للمالك الرجوع الى العامل منه» و لذلك اشكل عليه بان هذا غير وجيه بعد كون المقام من موارد تعاقب الايدي الذي يكون حكمه الرجوع الى كل من وقعت يده على هذا المال و الاشكال عليه و ارد الا ان يقال ان مراده ما هو الغالب من ان المالك يطلب عين ماله فهو يرجع الى من في يده المال لا انه ليس له الرجوع الى غيره ممن وقعت يده عليه لياخذه من الآخر و يسلمه اليه و لكن العبارة قاصرة عن ذلك هذا في صورة وجود العين و اما مع تلفها فللمالك ايضا الرجوع الى كل واحد منهم لضمانه باليد فان قلت: المال الواحد كيف يكون في ذمم مستعدة أو

كيف يطالب من الجميع؟ قلت: هذا امر اعتبارى فمن الممكن اعتبار العقلاء لكون المال فى ذمم متعددة او فى ضمان اياذ متعددة بحيث يكون له المطالبة من الجميع و أئهم اذاه فقد حصل الاداء و يكون الضامن الواقعى هو الذى تعدى فى المال.

الجهة الثانية فى ان المالك اذا اخذ عوض ماله من احد من العامل او المشتري فى صورة التلف فهل يرجع المشتري على العامل ام لا؟ قال المصنف بانه ان رجع على المشتري بالمثل او القيمة لا يرجع هو على العامل الا ان يكون مغروراً من قبله و كانت القيمة ازيد من الثمن فانه يرجع بتلك الزيادة عليه. فنقول هذا يكون على فرض عدم قبض الثمن للعامل و الا فيرجع اليه فى مقدار الثمن مطلقاً لانه مع بطلان المعاملة لا يكون للعامل اخذ الثمن و اما مغرورية المشتري فهى فى مورد عدم علمه بان البيع على هذا الوجه فضولى و عدم مغروريته يكون فى مورد علمه بذلك و حينئذ فليس له التصرف فى المبيع بقبضه او بعد قبضه فان يده تصير بذلك عادية فيكون الضمان عليه و اما رجوع المشتري المغرور بما زاد على الثمن فلأنه يكون مقدماً على الضمان بمقدار الثمن و لم يكن مغروراً فى هذا المقدار بل غرره فى الزائد و هنا كلام آخر منا و هو ان المشتري اذا لم يكن مغروراً و لكن اعطى العامل مقدار الثمن فهو و ان كان مذموماً عند العقلاء باعطاء ماله لمن ليس ذلك حقاً له و لكن له ان يرجع الى العامل فى مقدار الثمن فان تسليط شخص على ماله ليس من الاسباب المملكة فيجب على العامل رد مقدار الثمن اليه فيظهر الفرق بين المغرور و غيره فى المقدار الزائد من الثمن فان كان مغروراً فيرجع الى العامل الغارّ له و ان لم يكن مغروراً فلا يرجع اليه لعدم ضمان العامل لتلف مال يكون سببه نفس المشتري.

الجهة الثالثة: فى انه ان رجع المالك على العامل فهل هو يرجع على المشتري

بما عزم ام لا وهذا عكس الجهة الثانية قال المصنف برجع العامل الى المشتري الا ان يكون مغروراً منه و كان الثمن اقل فنقول اما رجوع العامل على المشتري فيكون في مورد عدم اخذه مقدار الثمن منه و الا فالكلام فيما زاد عن الثمن فان كانت الغرامة بمقدار الثمن فلا يرجع العامل على المشتري بشيء و ان كان زائدا عنه فلا شبهة في ان مقدار الثمن الذي اخذه العامل من المشتري لا بد ان يحاسب في الغرامة و حينئذ ان كان العامل غاراً للمشتري فلا يرجع بمقدار الزيادة عليه ايضاً و لو كان الثمن الذي اخذه من المشتري ازيد من القيمة التي اخذها المالك فالعامل ضامن للمشتري لهذه الزيادة بعد فرض بطلان المعاملة لانه اكل للمال بالباطل بعد كون تلف المال من مال المالك و عدم استحقاق العامل لشيء مع ا لبطلان. و اما فرض مغرورية العامل دون المشتري فيكون في مورد جهل العامل ببطلان المعاملة و علم المشتري ببطلانها فان المشتري حينئذ يكون غاراً في أخذ المبيع منه فيده عليه عادية فلا بد ان يكون ضامناً لغرامته و اما مغرورية المشتري من العامل فهو اذا كان المشتري جاهلاً و العامل عالماً بالحال فحينئذ فان كان غرور المشتري بمقدار الثمن فلا ضمان لانه اقدم على الضمان بمقدار الثمن و ان كان ازيد منه فيرجع الى العامل بالزيادة كما اذا كان المثل او القيمة لما اتلفه المشتري ازيد من الثمن.

(مسألة ٩): في صورة اطلاق العقد لا يجوز له ان يشتري بأزيد من قيمة المثل كما انه لا يجوز ان يبيع بأقل من قيمة المثل و الا بطل. نعم اذا اقتضت المصلحة احد الأمرين لا بأس به.

اقول: أما عدم جواز الشراء بأزيد من قيمة المثل او البيع بأقل من قيمة المثل فهو من جهة ان بناء المعاوضة على الاسترباح فلا يشمل اطلاق الاذن لذلك لان فيه الغرر و تضييع المال و هو المنسوب الى جملة كثيرة من كتب الاصحاب ايضاً

و لا يخفى ان البطلان يكون من جهة ان طبع التجارة يقتضى ان يكون البيع و الشراء كذلك فلا يكون من موارد مخالفة شرط من الشروط او امر من اوامر المالك حتى نقول بصحة المعاملة مع الشركة فى الربح ان اتفق تحققة و كون الخسران فى ضمان العامل كما يقول به المصنف فى مسألة ٦ و هو خلط رأس المال مع غيره او قلنا به فى مسألة ٨ من جهة بيعه نسيئة فى صورة عدم الاذن الا فى النقد و الا فلو فرض كون المقام من ذاك الباب الحاقاً بمورد الروايات الواردة فى باب ١ من المضاربة و منها ما دل على ان مخالفة المالك فى المبيع لا يوجب البطلان فلا بد ان يقال بالصحة هنا ايضاً فالفارق هو ما اشرنا اليه.

و اما صحة المعاملة مع المصلحة فهى ايضاً ممالا كلام فيها فربما يكون المبيع فى معرض الخطر بتمامه بحيث لو لم يبعه باقل من ثمن المثل ضاع و كذلك الثمن فصحة المعاملة حينئذ لا كلام فيها و هذا هو الذى حكاه فى المختلف عن جماعة من متأخرى المتأخرين ثم ان البطلان فى الفرض الاول يكون على فرض عدم امضاء المالك له و الا فهو فضولى يصح للمالك من غير ربط بالمضاربة.

(مسألة ١٠): لا يجب فى صورة الاطلاق ان يبيع بالنقد بل يجوز ان يبيع الجنس بجنس آخر و قيل بعدم جواز البيع الا بالنقد المتعارف و لا وجه له الا اذا كان جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً.

اقول: ما فى المتن يكون على حسب القاعدة فان البيع لا يقتضى ان يكون بالنقد اصلاً فضلاً عن النقد المتعارف بل يجوز بكل ما يكون رابحاً و اما ما فى الشرايع من اعتبار كون البيع بالنقد المتعارف فى صورة الاطلاق فلا بد ان يحمل على مورد لا مصلحة فى البيع بغير النقد و بغير المتعارف او على مورد انصرافه الى ذلك بحيث يكون كاشتراط ان يكون بالنقد المتعارف و الا فهو غير تام. و

على فرض الانصراف الى ذلك او التصريح به فى متن عقد المضاربة فان خالف و ربح فالربح بينهما و ان خسر فهو على العامل لأنه يكون من قبيل مخالفة شرط المالك او امره الذى قد مر فيه ذلك بمقتضى النصوص^(١)

(مسألة ١١): لا يجوز شراء المعيب الا اذا اقتضت المصلحة و لو اتفق فله الرد او الأرش على ما تقتضيه المصلحة.

(مسألة ١٢): المشهور - على ما قيل - ان فى صورة الاطلاق يجب ان يشتري بعين المال فلا يجوز الشراء فى الذمة و بعبارة اخرى يجب ان يكون الثمن شخصياً من مال المالك لا كلياً فى الذمة و الظاهر انه يلحق به الكلى فى المعين ايضا و علل ذلك بانه القدر المتيقن. و ايضا الشراء فى الذمة قد يؤدى الى وجوب دفع غيره كما اذا تلف رأس المال قبل الوفا و لعل المالك غير راض بذلك و أيضاً اذا اشترى بكلى فى الذمة لا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربة. و لا يخفى ما فى هذه العلل و الاقوى كما هو المتعارف جواز الشراء فى الذمة و الدفع من رأس المال ثم انهم لم يتعرض لبيعه، و مقتضى ما ذكره وجوب كون المبيع أيضاً شخصياً، لا كلياً ثم الدفع من الاجناس التى عنده و الاقوى فيه أيضاً جواز كونه كلياً و ان لم يكن فى المتعارف مثل الشراء

اقول: إن المتعارف فى اغلب الموارد هو الشراء بما فى الذمة من الثمن بنحو الكلى فى المعين و ليس للمضاربة خصوصية الا ان منطبق الكلى فيه معين و اما الكلى فى الذمة مطلقاً فلا يكون مقتضاها و لا يجوز فيها ذلك و اما التعليل الاول لوجوب كونه شخصياً فى المتن فعدم تماميته يكون من جهة ان الاخذ بالقدر المتيقن لا يتم بعد وجود الاطلاق فان كل اطلاق يكون له المتيقن و لكن

لا يعبأ بالمتيقن لان اصالته الاطلاق اصل عقلائى يؤخذ به عند الشك الا اذا كان هناك انصراف.

و اما التعليل الثانى (و هو و ما بعده فى المسالك) و هو لزوم وجوب دفع غير مال المضاربة اذا تلف فهو قد يقال بدفعه بان مقتضى الاطلاق اذا كان جواز البيع فى الذمة و كان صحيحاً يكون لازمه دفع الثمن من اى مال كان من المالك اذا لم يمكن دفعه من شخص هذا المال او امكن و اراد تعويضه.

و اما التعليل بعدم صدق كون الربح ربح مال المضاربة فهو ايضاً قد يقال بانه بعد جواز الشراء فى الذمة لا اشكال فيه فان الربح يكون ربح المضاربة بتوسعة فى النسبة عند العرف اقول انه لا شبهة فى ان المضاربة تتحقق بمال خارجى دفع الى العامل و لا يصح بالدين على ما مر فى اول الكتاب فعلى هذا غاية ما يمكن ان يقال هو ان البيع فى الذمة و ان صح بمقتضى الاطلاق و لكن الثمن يأتى فى الذمة بنحو الكلى فى المعين و لا يكون للعامل ان يشتري فى الذمة المطلقة فانه خلاف وضع المضاربة فان وضعها المضاربة بمقدار المال الذى يعطيه العامل و هى تدور حول هذا المال و لا يدور حول ذمة المالك فلو تلف رأس المال بعد عقد البيع و قبل القبض فصار البيع بلا ثمن فهو باطل و اما ما فى الشرايع من قوله «و كذا يجب ان يشتري بعين المال، ولو اشترى فى الذمة لم يصح الا مع الاذن» يمكن ان يكون المراد منه غير هذا النحو و الا فالبيع فى الذمة هو الدارج غالباً و كذلك يحمل ما فى القواعد من قوله «و ان اشترى فى الذمة لزم العامل ان اطلق الشراء و لم يجز المالك و ان ذكر المالك بطل مع عدم الاجازة» على ما اذا لم يكن بنحو الكلى فى المعين فتحصل ان البيع على نحو الكلى فى المعين لا ينافى البيع فى الذمة و لا يكون فيه اشكال من جهة ان ما يضارب به هو العين الخارجية لا ذمة المالك غاية الامر ان كان البائع جاهلاً بالحوال و زعم ان البيع فى الذمة ليس

على نحو الكلى فى المعين فتلف الثمن و توجه عليه خسارة من ذلك فالعامل ضامن لانه سبب لذلك هذا كله فى الشراء و اما البيع لمال المضاربة اذا كان عروضاً فلا بد ان يكون شخصياً ان كان المبيع كل ما يكون من مال المضاربة لانه ليس له البيع فى الذمة بالنسبة الى مال آخر و يمكن ان يكون على نحو الكلى فى المعين بحيث انه لو تلف العين يصير البيع باطلاً لان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و البيع بدون المبيع يكون كالبيع بدون الثمن باطلاً فعلى هذا لا يتم ما فى المتن باطلاً.

قوله: ثم ان الشراء فى الذمة يتصور على وجوه: احدها ان يشتري العامل بقصد المالك و فى ذمته من حيث المضاربة. الثانى ان يقصد كون الثمن فى ذمته من حيث انه عامل و وكيل عن المالك و يرجع الى الاول، و حكمها الصحة و كون الربح بينهما على ما ذكرناه، و اذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان فى ذمة المالك يؤدى من ماله الآخر

اقول: إن عدم الفرق بين كون الشراء فى ذمة المالك او العامل و كلاً عنه لا بحث فيه و انما الكلام فى كون الوفاء من مال آخر فى ذمة المالك فان هذا كما مر ليس مورد المضاربة بل المال المعين هو مال المضاربة و غاية ما يمكن ان يقال ان صحة الشراء فى الذمة بنحو الكلى فى المعين لا بأس بها فاذا تلف المال لا يكون فى ذمة المالك شىء و تبطل المعاملة بل قد عرفت انه لم يكن للعامل الشراء فى ذمة المالك مطلقاً بل له الشراء بنحو الكلى فى المعين و لذا لو شرى بنحو الاطلاق كان فضولياً متوقفاً على اجازة المالك فلا يصح للعامل لانه لم يقصده و لا للمالك بدون الاجازة لانه لا يأذن فيه.

فعلى هذا ما نسبته فى المستمسك الى المسالك و تبعه المصنف من وجوب الاداء على المالك من مال آخر و يستظهر من قوله بعدم جواز الشراء فى الذمة انه

من المسلمات على فرض تمامية هذا الظهور غير تام لانه لا يكون بحد الاجتماع وعلى فرضه فهو سدى وخلاف للقاعدة وهى ان المضاربة عقد يكون بالمال المعين لا بمطلق ما فى الذمة وكيف يمكن الزام المالك بدفع ما لم يلتزم به فان الزامه بذلك تعسف محضاً واما اصل هذا الظهور فهو ممنوع فارجع.

وكذلك فى الضعف تمسك صاحب الجواهر باطلاق الاذن من المالك لانه ظهر انه لا اطلاق للإذن بل هو يكون فى المال المعين.

و أما ما عن الخلاف من صحة المعاملة فى ذمة العامل ولا شىء على رب المال فهو ايضا غير تام لان عدم وجوب شىء على رب المال قد عرفت تماميته، واما العامل فهو لم يقصد ان يكون الشراء لنفسه فكيف يقع له ويكون عليه الثمن بدون اختيار منه وكذا لا يتم ما نسب الى ابي حنيفة ومحمد من ان المالك يلزم بدفع المال ويكونان معاً رأس المال فانه ايضا لا سندله اصلاً ولعل زعمه يكون من جهة توهم ان جواز الشراء فى الذمة يقتضى الجواز مطلقاً حتى فى المضاربة فتحصل ان القول بالبطلان هو المتعين الا اذا كان البيع بنحو الكلى فى الذمة فاجازه المالك لنفسه.

قوله: الثالث، أن يقصد ذمة نفسه وكان قصده الشراء لنفسه ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ثم دفع منه وعلى هذا الشراء صحيح ويكون غاصباً فى دفع مال المضاربة من غير اذن المالك، الا اذا كان مأذوناً فى الاستقراض وقصد القرض

أقول: عدم جواز تصرفه فى مال المضاربة بعد عدم كون البيع الا لنفسه وعدم براءة ذمته لعدم تحقق الاداء للثمن الشرعى واضح واما الأداء بلحاظ الاستقراض فهو امر آخر كما انه يمكن ان يبيع ما اشتراه لنفسه للمالك فيقبل ثمنه لنفسه ثم يؤديه الى البايع منه اداءً لما فى ذمته وكان نفسه بايعاً ومشترياً وموجباً

وقابلًا إلا إذا كان له حيلة في هذه المعاملة بحيث ينصرف الاذن الحاصل في المضاربة عنه مثل ان يكون ارادته جلب نفع كثير الى نفسه غير الربح الذى يكون بينهما مثل ان يشتري بضمن ثم يباعه للمالك بضمن اكثر.

قوله: الرابع، كذلك لكن معه قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء حتى يكون الربح له، فقصد نفسه حيلة منه و عليه يمكن الحكم بصحة الشراء و ان كان عاصياً في التصرف في مال المضاربة من غير اذن المالك و ضامنا له بل ضامناً للبائع أيضاً حيث ان الوفاء بمال الغير غير صحيح. و يحتمل القول ببطلان الشراء لان رضى البائع مقيد بدفع الثمن و المفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح فهو بمنزلة السرقة كما ورد في بعض الاخبار: أن من استقرض و لم يكن قاصداً للاداء فهو سارق و يحتمل صحة الشراء و كون قصده لنفسه لغوا بعد ان كان بنائه الدفع من مال المضاربة، فان البيع و إن كان بقصد نفسه و كلياً في ذمته، الا انه ينصب على هذا الذى يدفعه فكان البيع وقع عليه، و الاوفق بالقواعد الوجه الاول و بالاحتياط الثانى. و اضعف الوجه الثالث و ان لم يستبعده الآقا البهبهاني

أقول: أما صحة الشراء لنفسه فهي الاقوى لان قصد اداء الثمن من مال الغير اذا لم يترتب عليه الدفع من مال الغير لا اثر له اصلاً فانه قصد سوء لا يترتب عليه ذنب اذا لم يعمل على طبقه و اما تصرفه بالدفع لو دفعه فهو و ان كان حراماً و لكن لا ربط له باصل العقد غاية الأمر لم تبرء ذمته و كان ضامناً لعين المال للمالك و للثمن للبائع فيكون مثل الوجه الثالث في اصل صحة المعاملة و اما احتمال البطلان لما في المتن فهو غير تام لان رضا البائع مقيد بدفع الثمن و الشرع يحكم بدفع الثمن و دفع غير الثمن من مال الغير امر لا ربط له بالعقد الذى وقع على الثمن الكلى نعم ان اشترى بخصوص هذا الثمن الشخصى يكون البيع باطلاً ان لم يجزه المالك و هو غير المفروض و اما كون نية الدفع من مال الغير بمنزلة

السرقه فهو ليس معناه بطلان المعاملة بل معناه ان القصد من المؤمن ايضاً لا بد ان يكون حسناً و ليس المراد من السرقه السرقه الواقعيه بحيث لا يجوز التصرف في القرض. للتعبير في بعضه كمرسله ابن فضال^(١) بقوله كان بمنزله السارق لانه السارق و يحمل عليه ما عن ابي خديجه من قوله عليه السلام فذلك اللص^(٢) و لنا ما يدل على انه ان نوى اداء دينه اعانه الله على ادائه^(٣) هذا مضافاً الى ضعف السند بالإرسال و غيره و اما من حيث العقاب فمن المسلم ان القصد ما لم يكن العمل على طبقه لا عقاب عليه على ما حرر في الاصول في بحث التجري.

و اما احتمال صحّة البيع للمالك كما في المتن فهو كما قال اضعف الوجوه لان العقود تابعة للقصد فمن قصد البيع لنفسه كيف يقع البيع لغيره مع انه لم يقصده و مجرد كون المال للمالك لا يوجب ان يكون البيع له و الا فكل بيع وقع اداء ثمنه من مال الغير لا بد ان يقع لذلك الغير و لم يقل به احد و ان قيل ان البيع بهذا الثمن بمقتضى ان من خرج من كيسه الثمن يدخل في كيسه المثلن ففي المقام كذلك قلت المفروض ان البيع كلى و لا يصير بمجرد القصد بهذا الثمن شخصياً خصوصاً مع قصد خلافه لنفس العامل و البيع بالمعاطاة ايضاً لا يصح لأنها تكون في مورد وجود القصد و هو هنا مفقود. فالأوفق بالقواعد الوجه الاول كما قال به الماتن.

قوله: الخامس، ان يقصد الشراء في ذمته من غير التفات الى نفسه و غيره و عليه ايضاً يكون المبيع له، و اذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياً. و لو اختلف البايع و العامل في ان الشراء كان لنفسه او لغيره و هو المالك المضارب، يقدم قول البايع، لظاهر الحال فيلزم بالثمن من ماله، و ليس له ارجاع البايع الى المالك المضارب.

٢- ٥ / ٥ من القرض.

١- ج ١٣، باب ٥ من القرض، ح ٢.

٣- ٥ / ٣ من القرض.

اقول: أما كون الشراء له في هذا الفرض فلأن قصد كون عرضه في ذمته يكفي لانتساب العقد اليه وغيره محتاج الى التفات من البايع اليه ليقصده فحيث لم يكن التفات اليه يقع البيع لمن يكون العوض وهو الثمن عليه واما دفعه لمال المضاربة فهو عصيان منه.

و أما تقديم قول البايع عند النزاع فلظاهر الحال حيث ان العامل اذا لم يقيد بيعه بالوكالة او الولاية او غير ذلك يكون الظاهر عند العقلاء والعرف وقوعه له واما قصده لغير نفسه بدون ما يدل عليه فهو غير كاف وهذا واضح ثم انه في مورد عدم قصده كون الثمن عليه وعدم قصد كون البيع له او للمالك فان ظاهر الحال هنا ايضاً هو ان يكون البيع لنفسه ولا يعتنى العقلاء بعدم قصده في الواقع ولا يجعل كاللاغى في اللفظ وقال في الجواهر^(١) «نعم لو وقع الشراء منه بلا نية أنه للمالك او لنفسه تعلق الثمن بذمته ظاهراً واقعاً وكان الربح له كما لو نوى لنفسه لظهور المعاملة في ذلك» فنقول اما تعلق الثمن بذمته ظاهراً فهو معلوم واما تعلقه به واقعاً فهو مع عدم قصده له في بدو الامر فيه تأمل الا ان يقال انه محكوم واقعاً بظاهر الحال لان المعاملات امور عرفية فحكم العرف في الظاهر هو الحكم الواقعي لمن هو في نظامهم ولا يصفى العرف الى ادعاء البايع او المشتري انه كان لاغياً في الواقع بعدم القصد بعد كون اللفظ ظاهراً في المعنى واما ما في الشرايع من قوله «فلو اشترى لا معه (اي لا مع اذن المالك للبيع في الذمة)» ولم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهراً» فهو مبني على عدم جواز البيع في الذمة في باب المضاربة ولو من باب الكلّي في المعين اما مع القول بجواز البيع في الذمة بنحو الكلّي في المعين فيكون صحة البيع لنفسه في هذا الفرض لظهور الحال لا

لبطلان البيع فى الذمة بالنحو المذكور ثم التمسك باصالة الصحة ليكون التعلق بدمته ظاهراً بمقتضى الأصل لانه لو جعل للمالك لكان البيع باطلاً ولو جعل للعامل لكان صحيحاً فيقدم اصالة الصحة على اصالة عدم الانتقال وهذا من جهة انه لو فرض ان البيع فى الذمة كان باطلاً مطلقاً او فى خصوص ما لم يكن بنحو الكلى فى المعين و لم يكن ظاهر الحال محكما لم يكن لصحة هذا البيع وجه اذا لم ينسبه العامل الى نفسه فالعمدة هى ظهور الحال بان الذى يجعل نفسه للمعاملة و لم ينسبها الى غيره يكون هو المسئول عن لوازمها و هذا حكم واقعى لمن باع فى الذمة و لم يذكر المالك و لذا لو فرض القول بالبطلان او الصحة للمالك لقلنا بمقتضاه و ليس مثل ما كان حكمه معلوماً فى الواقع و كانت الشبهة موضوعية مثل ما اذا علمنا بان بيع الخمر حرام و لانعلم ان ما وقع فى الخارج كان بيع خمر او خلّ فان اصالة الصحة هنا فى الظاهر يستفاد منها الصحة فعلى هذا يكون قول صاحب الجواهر بان الصحة تكون ظاهراً و واقعاً لظهور الحال اقوى من قول صاحب الشرايع من جعل الصحة ظاهراً من جهة اصالة الصحة و الله العالم.

عامل المضاربة و سفره

(مسألة ١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة اليه و الى تلك التجارة، فى مثل ذلك المكان و الزمان من العمل، و تولى ما يتولاه التاجر لنفسه من عرض القماش و النشر و الطيّ و قبض الثمن و ابداعه فى الصندوق و نحو ذلك مما هو اللايق و المتعارف و يجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره مثل الدلال و الحمال و الوزان و الكيال و غير ذلك و يعطى الأجرة من الوسط، و لو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالأجرة من ماله ولو

تولى بنفسه ما يعتاد الاستيجار له فالظاهر جواز اخذ الاجرة ان لم يقصد التبرع و ربما يقال بعدم الجواز. وفيه انه مناف لقاعدة احترام عمل المسلم المفروض عدم وجوبه عليه.

أقول: هذا المتن واضح البرهان اما ما يتعارف مباشرة بنفسه فهو مثل اصل عرض التصدي للبيع و الشراء و ربما يكون اجراء صيغة المعاملة ايضاً على عهده لو كان اهلاً لأجرائها فلا يستحق اجرة لذلك فلو عمل هذا العمل غيره باذنه فالأجرة يكون من ماله و اما ما لا يكون بحسب العرف من العمل عليه كحمل المتاع مثلاً فإن عمله بنفسه فيكون له الأجرة و ذلك من جهة أن الاذن في المضاربة من المالك اذن منه ضمناً على ذلك فحيث يكون العمل بأمر منه في الواقع يكون عرضه عليه و اما مجرد احترام عمل المسلم الذي تمسك به المصنف و كذا صاحب الجواهر فهو غير تام لان احترام العمل اذا كان بدون اذن المالك ساقط و لا ربط له بالمالك اللهم الا ان يقال اذا كان العمل بأمر من الأمر فهو محترم عند العرف و الا فلا احترام له من حيث طلب الأجرة و ان كان محترماً من جهة كونه خدمتاً او اعانة للمؤمن و لعل مراد من تمسك بقاعدة الاحترام هو هذا القسم من الاحترام الذي نشأ من امر المالك. و اما ما في المستمسك بأن الاذن في المضاربة غير عام للعامل بالنسبة الى هذه الاجرة اذ من المحتمل ان يكون المراد أن لا يتحمل العامل خسارة الاجرة فلا يشمل الفرض. ففيه ان المدار هو على عدم كون هذا العمل وظيفه العامل من حيث المضاربة و لا يكون المدار على نظر المالك بان يكون مراده هو عدم خسارة العامل الاجرة حتى لا يكون له الاجرة ان عمله بنفسه الا ان يشترط عليه في ضمن عقد المضاربة ان لا يأخذ العامل اجرة هذا العمل لو عمله بنفسه او كان العقد منصرفاً اليه و الا فله اجرة عمله و هذا واضح.

(مسألة ١٤): قد مرَّ أنَّه لا يجوز للعامل السفر من دون اذن المالك، ومعهُ فنفتقه في السفر من رأس المال الا اذا اشترط المالك كونها على نفسه وعن بعضهم كونها على نفسه مطلقاً، و الظاهر ان مراده فيما اذا لم يشترط كونها من الاصل و ربما يقال له تفاوت ما بين السفر و الحضر و الاقوى ما ذكرنا من جواز اخذها من اصل المال بتمامها من مأكل و مشرب و ملبس و مسكن و نحو ذلك مما يصدق عليه النفقة ففي صحيح علي بن جعفر عن اخيه عن ابي الحسن (ع): «في المضارب ما انفق في سفره فهو من جميع المال فاذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه» هذا و أما في الحضر فليس له ان يأخذ من رأس المال شيئاً الا اذا اشترط على المالك ذلك.

اقول: البحث هنا تارة في نفقة التجارة في السفر و اخرى في نفقة العامل في السفر و على الثاني تارة يكون البحث على مقتضى القاعدة و اخرى على مقتضى النص لا بحث في الاول لما مر في المسألة السابقة و ان مخارج التجارة يصرف من رأس المال و انما الكلام في الثاني فان كان الدارج في نظر العرف هو ان نفقة العامل في السفر من مال المضاربة بحيث ينصرف اليه الاطلاق فكونها من اصل المال يكون على وفق القاعدة كما اذا اشترط في العقد ان تكون على المالك و كذلك لا كلام في كونها على العامل نفسه بالأشترط بمقتضى قاعدة المؤمنون عند شروطهم و اما ما نسب في المتن الى بعضهم من أنَّها على نفسه و هذا البعض هو الشيخ في المبسوط^(١) فغير تام جداً لأنَّ الدليل الذي استدلَّ به فيه هو ان العامل دخل على ان يكون له من الربح سهم معلوم فليس له اكثر من ذلك لانه ربما لا يربح المال اكثر من هذا القدر.

و هذا الدليل لا يتم لأنَّ دخوله في المضاربة على ان يكون له سهم من الربح لا

يقتضى ان يكون كل النفقات عليه فكما ان نفقة المال و التجارة تخرج من اصله كما اعترف به باسطر قبل ذلك يمكن ان يكون نفقة نفسه فى السفر ايضا على اصل المال اما باسشرط او انصراف او نصّ على ذلك و اما ان المال ربما لا يربح ازيد من هذا المقدار فهو لا يضر بعد وجود الدليل و يكون استبعاداً محضاً مع انه يكون وارداً فى نفقة التجارة ايضاً و لا يخفى ان الاطلاق فى كلام المصنف حكاية عنه يكون المراد منه الاطلاق فى مقابل التفصيل بان زيادة نفقة الحضر يكون على المال بخلاف تمامها لا فى مقابل اشترط كونها على المال او على نفسه فانه لا كلام له فى انه فى صورة الاشترط يكون الشرط هو المتبع.

هذا كله اذا كان الانصراف او الاشترط دالاً على ان نفقة العامل فى اصل المال و اما على فرض عدم الانصراف او الاشترط فالقول بان نفقة العامل على اصل المال لا يكون على وفق القاعدة خصوصاً القول بكون تمامها على المال و فى مورد الزائد عن نفقة الحضر ايضاً ليس كونه على المال متعارفاً بحيث ينصرف اليه الاطلاق. و يمكن ان ينطبق عليه بحسب الدليل المتقدم عن الشيخ فى المبسوط و هو ان العامل يكون دخوله فى المضاربة لسهم مخصوص من الربح لا ازيد و انه ربما لا يزيد الربح عن مخارج العامل و لكن مقتضى اطلاق النص هو ان يكون نفقته فى السفر فى اصل المال و النص هو ما ذكره فى المتن^(١) فان الظاهر من اطلاق قوله (ع) «و ما انفق فى سفره فهو من جميع المال هو الانفاق على نفسه ايضاً» لو لم يكن خصوص نفقته هو الظاهر بقرينة ذيله «و اذا قدم فما انفق من نصيبه» حيث يكون الانفاق من نصيبه ظاهراً ايضاً فى الانفاق على نفسه و الا فالانفاق على المال لا بد ان يكون من الأصل و لا معنى لكونه على العامل

١- فى الوسائل، باب ٦ من المضاربة، ح ١.

الذى ليس عليه من الخسران شيء فى اصل المضاربة فتحصل أنّ جواز اخذ النفقة فى السفر لنفس العامل بدون الشرط يكون مقتضى النص لا القاعدة.

(مسألة ١٥): المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكل و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج اليها فى سفره و اجرة المسكن و نحو ذلك و اما جوائزه و عطاياه و ضيافته و مصانعاته فعلى نفسه الا اذا كانت التجارة موقوفة عليها.

اقول: ان النفقة ما يحتاج الانسان فى معاشه و اماما يحتاج اليه لجهات ادبية كما ذكر فى المتن فهو ليس من النفقة بل من المؤونة المستثناة فى الخمس لا فى النفقة الواجبة للزوجة و الاقارب و معنى صانعه داهنه و داراه فمصانعاته معناها ما يدارى به الناس و كيف كان فان كان فى ذلك مصلحة التجارة و زيادة الربح و جلب المشتري و البايع فهو من اصل المال كما لا يخفى.

(مسألة ١٦): اللازم الاقتصاد على القدر اللايق فلو اسرف حسب عليه. نعم لو قتر على نفسه أو صار ضعيفاً عند شخص لا يحسب له.

أقول: كلّ ذلك واضح الا انه لو صار ضعيفاً فربما يكون ضيافته مجاناً محضاً و ربما يكون لازم كونه ضعيفاً اعطاء هدية لصاحب الدار بحيث انه لولا هذه الضيافة لم يكن هذه الهدية لازمة عرفاً فحينئذ اذا كان لازم التجارة هذه الضيافة و هذه الهدية لا يبعد له ان يحاسب الهدية ايضا من اصل المال.

(مسألة ١٧): المراد من السفر العرفى لا الشرعى فليشمل السفر فرسخين او ثلاثة كما أنه اذا أقام فى بلد عشرة ايام او أزيد كان نفقته من رأس المال، لأنه فى السفر عرفاً. نعم اذا أقام بعد العمل لغرض آخر مثل التفرج، او لتحصيل مال له، أو لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة فنفقته فى تلك المدة على نفسه و ان كان مقامه لما يتعلق بالتجارة و لأمر آخر بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لولا الآخر فإن كان الامر الآخر عارضاً فى البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة و ان

كانا في عرض واحد ففيه وجوه، ثالثها التوزيع وهو الاحوط في الجملة و احوط منه كون التمام على نفسه و ان كانت العلة مجموعهما، بحيث يكون كل واحد جزء من الداعي، فالظاهر التوزيع.

أقول: اما كون المراد بالسفر هو العرفي فلمعدم انقلاب السفر بمعناه العرفي و هو البعد عن الوطن بحيث صار منقولاً شرعياً و محدوديته بحد خاص بالنسبة الى القصر و الأتمام في الصلاة و الصوم بدليل خاص غير مربوط بالمقام فتصريح المسالك و الجواهر و مجمع البرهان و الكفاية بان المراد منه العرفي في محله لان اطلاق السفر يشمل له ولو كان فرسخاً او فرسخين.

و أما عدم جواز انفاقه من مال المضاربة فيما لا يتعلق بالتجارة كتفرضه و غير ذلك فهو ايضا واضح لخروجه عن منصرف الادلة كما عن الجواهر و المسالك و التذكرة.

و أما اذا كان مقامه لما يتعلق بالتجارة و لأمر آخر ففيه صور كما في المتن: الأولى أن يكون كل منهما علة مستقلة لولا الآخر و كان الأمر الآخر عارضاً في البين مثل ان يكون مقامه للتجارة و لكن حدث مرض عليه لطول مقامه او لسوء الماء و الهواء في ذلك المكان بحيث يحتاج الى المقام لبرء مرضه ايضاً و لو لم يكن التجارة ايضاً فالظاهر جواز اخذ تمام النفقة من مال التجارة لان ذلك كله من لوازمها و متعلق بها فاطلاق الدليل شامل له و العرف قاض به ان قلنا ان وجوب نفقة السفر للعامل عرفي.

و الصورة الثانية ان يكونا في عرض واحد فان كان بحيث لا ينقص من صرف الوقت في التجارة مثل كونه في النهار مشغولاً بشئون التجارة على حسب المعمول و في الليل في وقت الفراغ معمولاً يرجع الى الطبيب لمرض فالظاهر هو ان نفقته من اصل المال لشمول اطلاق الدليل له فانه انفاق في السفر و كان

مربوطاً بالتجارة نعم ما انفق في محايجه مما لا يكون داخلاً في نفقته يكون من ماله لا من مال المضاربة و الذي قواه في الجواهر^(١) بعد ذكر الوجوه كما في المتن هنا هو التمسك بالاطلاق مطلقاً اي سواء كان الوقت الذي يكون مشغولاً بالمعالجة في وقت التجارة ام لا، و الماتن هنا يظهر منه الاحتياط الوجوبى بالتوزيع ولكن هذا الاحتياط يكون بالنسبة الى العامل و الالف بالنسبة الى المالك فالاحوط عدم التوزيع و كذلك الاحتياط بكون التمام على نفسه يكون بالنسبة الى العامل و الالف بالنسبة الى المالك فالاحوط ان يجعل تمامه على نفسه و لكن حيث قد عرفت ان الاقوى في هذا القسم من هذه الصورة هو عدم التوزيع فالاحتياط فيها مستحب ليس بواجب و اما ان كان الامر الآخر مما يشغل وقت التجارة و مصالحها فالظاهر هو التوزيع بالنسبة لعدم كون المقام للتجارة فقط في نظر العرف و لابد من صدق كون مقامه لمصلحة التجارة و هو غير صادق الا بالنسبة الى التجارة و الاطلاق شامل له بلحاظ وقت صدق المضارب عليه.

و الصورة الثالثة ان يكون كل واحد منهما جزء العلة للمقام بحيث يكون كل واحد جزء للداعى في المقام فالمصنف على ان الظاهر هو التوزيع و جعله في الجواهر الاقوى و هو الحق لان هذا المقام ليس لمحض التجارة و لا يحسب الامر الآخر من تبعاته فاذا صدق أنه للتجارة و لغيرها يترتب عليه حكم الموردين فما عن المستمسك من قوله «هذا غير ظاهر لان الادلة ان عمت اقتضت كونها على المال و الا اقتضت كونها على نفسه و الاقوى كونها على نفسه لعدم الاطلاق» غير تام لان الدليل بتناسب الحكم و الموضوع يكون الظاهر منه ان النفقة المتعلقة بالتجارة على المال فهنا يكون الشمول بالنسبة

الى ما يتعلق بالتجارة عليه لا ما كان متعلقاً بغيرها كما انه مقتضى قانون العدل والانصاف ايضا.

(مسألة ١٨): استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه فلو سافر من غير اذن، اوفى غير الجهة المأذون فيه او مع التعدي عما أذن فيه، ليس له ان يأخذ من مال التجارة.

أقول: لا شبهة في عدم جواز السفر اذا نهى عنه المالك و يكون ضامناً للمال اذا سافر مع ذلك و يدل عليه صحيح محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام^(١) قال: سألت عن الرجل يعطى المال مضاربة، و ينهى ان يخرج به فخرج قال يضمن المال و الربح بينهما. و صحيح الكناني^(٢) قال سألت ابا عبد الله (ع) عن المضاربة يعطى الرجل المال يخرج به الى الارض و ينهى ان يخرج به الى ارض غيرها فعصى فخرج الى ارض اخرى فعطب المال فقال هو ضامن فان سلم و ربح فالربح بينهما.

و هذان الصحيحان يدلان على عدم جواز السفر او عدم جوازه الى مكان مخصوص و دالتهما على ضمان رأس المال واضحة الا انه لا دلالة لهما على ان مخارج المضاربة ليس على المالك و حيثئذ نقول ان مخارج السفر تارة تكون مخارج التجارة و كان انفع للمال و اخرى يكون مخارج المسافر و يكون انفع للتجارة و ثالثة يكون غير انفع فيهما اوفى احدهما فان كان على النحو الثالث فيمكن ان يقال بانه غير مأذون فيه في اصل السفر فليس على المالك شيء منه و اما على الاولين فالقول بان نفعه للمالك و ضرره على العامل يكون خلاف الارتكاز و خلاف اطلاق صحيح على بن جعفر المتقدم في المسألة السابقة. فما

اتفق في سفره و يكون بنفع التجارة يكون مشمولاً للاطلاق و لا يعارضه الضمان في الصحيحين و غيرهما بالنسبة الى رأس المال فان ضمانه يكون بالنسبة الى نقصه و اما ما جلب النفع فليس ضمان بدله على العامل و الدلالة الالتزامية لعدم الاذن في السفر كما عن بعض الاعاظم (قده) على عدم ضمان مخارجه عرفاً تكون فيما يكون اتفاقاً بلا عوض لا ما يكون له النفع الذي هو بمنزلة العوض و اما فيما يكون مضرراً فاطلاق صحيح على بن جعفر منصرف عنه و اما الصحيحان فلا دلالة لهما على الضمان أو عدمه حتى يقال بالمعارضة لان دالتهما على ضمان رأس المال لا ضمان النفقة و عدم ضمانه.

ثم إنه قد يقال عنه (قده) بانه على فرض المعارضة بينهما و بين صحيح ابن جعفر يكون المرجع بعد تساقلهما عموم القاعدة المستفادة عما ورد من ان من اتلف مال الغير فهو له ضامن و فيه ان عموم قاعدة الاتلاف فيما هو نافع للتجارة ممنوع لان اتلاف ما يتعلق بالتجارة و كان في مقابله نفع يكون مورد انصراف القاعدة بل لا يصدق في العرف اتلافاً و الشارع اكتفى في باب المضاربة باصل الاذن في التجارة و قال بان الربح بينهما و لو مع مخالفة امر المالك كما هو مذاق العرف ايضاً فتحصل من جميع ما تقدم نقاط من الكلام: الاولى ان صحيح ابن جعفر منصرف عن نفقة السفر الذي بغير اذن صاحب المال مع كونها ضرراً عليه و لا نفع فيها. الثانية انه شامل لما هو نافع سواء كان متعلقاً بالتجارة كاجرة الحمل او بالعامل كنفقته اذا كان سفره نافعاً في زيادة الربح. و الثالثة انه لا معارضة بين الصحيح و الصحيحين لسكوت الصحيحين عن حكم النفقة. و الرابعة أن قاعدة من اتلف منصرفه عن مورد النفع للتجارة فعلى هذا اطلاق كلام المصنف كغيره مثل صاحب الجواهر ممنوع.

(مسألة ١٩): لو تعدد ارباب المال كان يكون عاملاً لاثنتين أو أزيد أو

عاملاً لنفسه و غيره توزع النفقة و هل هو على نسبة المالكين، او على نسبة العاملين؟ قولان.

أقول: البحث هنا في جهتين: الاولى في اصل التقسيط و الثانية في نسبته؛ أما اصل التقسيط فهو المحكى عن جملة من كتب الاعيان كالفاضلين و الشيخ و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم قال في الشرايع «لو كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه التقسيط» و في المسالك «وجه التقسيط ظاهر لان السفر لأجلهما فنفقته عليهما» و يشمل اطلاق صحيح على بن جعفر المتقدم^(١) «ما انفق في سفره فهو من جميع المال» و قد اورد عليه في المستمسك بايراده في اصل التوزيع في مورد كون مقامه لنفسه و للمضاربة على نحو جزء العلة الذي قد مر في (المسألة ١٧) لان اطلاق الصحيح اما شامل له فتمام النفقة من مال المضاربة او غير شامل فتمامه على العامل و يكون اشكاله في خصوص ما كان لنفسه مال مع مال المضاربة. اما اذا كان لغيره مال فلا اشكال له فيه لصدق المضارب عليه بالنسبة الى المالكين.

و فيه أنَّ التوزيع هو الموافق للارتكاز الذي هو موافق للنصّ و النصّ ليس تعيداً محضاً فاذا كان بعض عمله او مقامه متعلقاً بمال المضاربة فيكون بعض النفقة على المالك لذلك البعض من غير فرق بين كون شريك البعض الآخر هو العامل او مالك آخر لانه اذا كان له مال يصدق المضارب له بالنسبة الى سهم المالك و ان لم يصدق بالنسبة الى سهم نفسه.

و أما الجهة الثانية في كيفية التقسيط فالحق هو ان التقسيط يكون بنسبة العاملين لا المالكين الا اذا كان الجميع مشتركاً في رأس المال لان المالك في المال

المتعدد هو مقدار العمل و صرف الوقت فى السفر فربما يحتاج القليل الى فعالية اكثر من الكثير و ربما كان بالعكس بحيث يكون التقسيط بنسبة المالكين ظلما لاحدهما فكيف نقول انه يكون بنسبة المالكين و اما اذا كان المالكان مخلوطين بحيث يبيع و يشتري بهما للجميع فهنا لا سبيل الى تعيين السهم من النفقة الا نسبة المالكين و يكون الارتكاز موافقاً لذلك ايضا و استدلال صاحب المسالك بقوله: وجهان اجودهما الاول (اى انه بنسبة المالكين) لان استحقاق النفقة فى مال المضاربة منوط بالمال و لا ينظر الى العمل، ينطبق على صورة الاشتراك و الخلط فى التجارة و لا ينطبق على مورد التجارة بكل مال عليحده و اصل المضاربة و ان كان منوطاً بالمال و لكن لا يعين هذا كون النسبة بلحاظه اذ كل عمل بالنسبة الى مال مستقل و مثله ما فى المبسوط^(١) بقوله «فان كان له فى صحبته مال لنفسه غير مال القراض كانت النفقة بقسطه على قدر المالكين بالحصص.» فان كلامه هذا قابل للحمل على صورة الخلط بين المالكين و ان كان استظهار بعضهم عن امثال كلامه هو الاطلاق لصورة عدم الخلط ايضا و لكنه عرفت عدم تماميته كما ان ما يظهر من بعض الاعاظم من ان التقسيط يكون على قدر العاملين باطلاقه ايضا غير تام للفرق بين مورد خلط المالكين و عدم خلطهما فى توزيع النفقة.

ثم إن ما حكى عن التذكرة ايضا من انه اذا كان المال لنفسه فالتوزيع على المالكين و اذا كان لغيره فعلى العاملين غير وجهه الا اذا حمل على ما ذكرناه بان يكون ماله مخلوطاً فى التجارة و مال غيره غير مخلوط بحيث يستقل المضارب فى التجارة به و كيف كان فالحق فى المسألة هو التفصيل الذى ذكرناه و ما ذكر

فى المستمسك من عدم القائل بان التوزيع على العاملين غير مضر بما قلناه بعد كون السند فى المسألة معلوماً و يدور مدار الاستنباط من حقيقة المضاربة و لا اجماع و لا نصّ فى كيفية التوزيع.

ثمّ إنّّه مع اطلاق المضاربة لا بحث فى التوزيع و كذا مع شرط كل واحد من ذوى المال ان يكون حصة من النفقة عليه لا جميعها مؤكداً للاطلاق و اما اذا شرط ان تكون النفقة على واحد منهما فان علم المالك وجود مالك آخر فالتمام عليه و ان لم يعلم فتوزع عليهما لانه انما اطلق له النفقة بناء على اختصاص عمله به، لانه الظاهر كما حكى عن التذكرة و اما ما فى الجواهر^(١) من عدم الفرق بين صورتى العلم و الجهل لعدم شهادة شىء عليه فهو غير تام لان ظاهر الحال كما اشار اليه فى التذكرة هو ان المالك رضى بان يكون النفقة عليه اذا لم يكن العامل عاملاً لشخص آخر ايضاً و الا فان الدواعى فى العرف مختلفة و اطلاق اشتراط كون تمام النفقة عليه منصرف عن هذه الصورة اى صورة الجهل بالحال.

(مسألة ٢٥): لا يشترط فى استحقاق النفقة ظهور ربح بل ينفق من اصل المال و ان لم يحصل ربح اصلاً نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح و يعطى المالك تمام رأس ماله، ثم يقسم بينهما.

أقول: اخراج النفقة تارة يلاحظ بلحاظ نفقة التجارة و أخرى بلحاظ نفقة العامل اذا كان مسافراً للتجارة و لا بد من ملاحظة دليل كلّ واحد منهما فنقول: إنّ الدليل على نفقة التجارة قد مرّ أنّه هو المتعارف من أنّ الاذن فى التجارة اذن فى لوازمها و اما الدليل على نفقة العامل فى السفر فقد مرّ أنّه الصحيح المتقدم عن على بن جعفر^(٢) قوله (ع) «فى المضارب ما انفق فى سفره فهو من جميع المال

فاذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه» و لم يكن هذا الحكم الا تعبداً من الشرع فى اصل نفقة العامل و عرفيته ليست واضحة فعلى هذا نقول بالنسبة الى نفقة التجارة لا شبهة فى أن العرف لا يكون مقيداً بحصول الربح فى استثنائه بل لو فرض عدم الربح اصلاً يكون الاخراج مسلماً عنده غاية الأمر فى مقام محاسبة الربح لو ربح لا يرى التجارة مربحة الا اذا كانت بعد وضع مخارجها مربحة فلا يرى الربح اذا كان مخارجها يساوى ما ربح فيكون حساب الربح بعد وضع النفقة و لكن هذا لا ربط له بكون النفقة من الأصل لان هذا حكم فى مقام محاسبة الربح و ذاك حكم فى مقام وضع المخارج و هكذا نقول فى نفقة العامل فى السفر اذا قلنا انها المتعارف و اما اذا قلنا ان الدليل له النص فقط فهو كالصریح فى ان النفقة من الاصل و الربح لو فرض ربح فى البين. لان قوله ع «فهو من جميع المال» يكون كالصریح فى ان الجميع هو الاصل و الربح نعم المال الذى لم يربح يكون جميعه هو رأس المال فقط فلو فرض كون النفقة على رأس المال لم يكن وجه للتعبير بجميع المال و يمكن ان يقال تنقيح الملاك من النص فى هذا الحكم بالنسبة الى نفقة التجارة ايضا فانه موافق لمذاق العرف فى وضع المضاربة من هذا الوجه هذا مضافاً الى ما مرّ آنفاً من أن الربح لا يصدق عرفاً اذا لم يزد المال على اصله بعد كسر مخارج التجارة فعلى هذا ما حكى عن الرياض من قوله مقتضى اطلاق النص و الفتوى انفاقها من الاصل ولو مع حصول الربح، و لكن ذكر جماعة انفاقها منه دون الاصل و عليه فليقدم على حصة العامل» غير تام لأن النص ليس مطلقاً بل يكون الجميع هو المال مع ربحه كما عرفت و اما الفتوى فتحمل على المتعارف فمثل قول صاحب الشرايع «ينفق كمال نفقته من اصل المال على الاظهر» يحمل الاصل فيه على فرض عدم حصول الربح و اما مع حصوله ففى مورد حساب الربح يأبى العرف من صدق الربح بدون الزيادة على نفقات التجارة

و نفقة المضارب المسافر فعلى هذا ما ذكره الجماعة هو المؤيد ثم انه ظهر بما ذكر انه لا فرق بين ان يكون استثناء النفقة بحسب طبع المضاربة على مقتضى النص او القاعدة او على نحو اشتراطها فى متن العقد فانه على هذا الفرض ايضا حيث يكون المدار فى صدق حصول الربح النظر العرفى و لا يصدق الربح الا بعد وضع مقدار النفقة حتى على فرض الاشتراط يكون حساب الربح و التقسيم بعد وضع هذا المقدار.

(مسألة ٢١): لو مرض فى اثناء السفر، فان كان لم يمنعه من شغله فله اخذ النفقة و ان منعه ليس له و على الاول لا يكون منها ما يحتاج للبرء من المرض.

أقول: أما المرض الذى لم يمنعه من شغله فلا بحث فى عدم منعه من النفقة انما الكلام فى المرض الذى منعه عن شغله و هو تارة كان مرجو الزوال و اخرى لا يرجى زواله و على الاول تارة يكون فى بعض ساعات يوم واحد و اخرى يكون دوامه يوما او اياما ثم انه على فرض وجوب نفقته فهل ما يحتاج اليه للبرء ايضا منها ام لا؟ فالبحث هنا فى امور: الاول فى المرض الذى كان مرجو الزوال فى ساعة من ساعات اليوم كوجع الراس و العين و البطن و فيه لا شبهة فى انه لا يمنع عن النفقة لصدق المضارب عليه و عدم خروجه بذلك عن عنوانه فان صحيح على بن جعفر المتقدم الذى هو العمدة عندنا لوجوب النفقة يكون التعبير فيه بقوله ع «فى المضارب ما أنفق فى سفره فهو من جميع المال...» فما دام صدق عنوان المضارب عليه يكون له نفقته و هو صادق فى هذا الفرض و المشتق و ان كان حقيقة فى خصوص المتلبس بالمبدء الا ان العرف يتسامح فى التطبيق و لا يعتنى بعدم التلبس للمرض كما لا يعتنى بعدمه للنوم و غيره من الموانع كزمان قضاء حاجته او اكله و شربه و الحاصل عدم التلبس بالتجارة فى زمان يتسامح فيه العرف لا يضر.

الامر الثانى ان يكون المرض موجباً لعدم التلبس بالتجارة يوماً أو أياماً بما لا يتسامح فيه العرف و ان كان مرجو الزوال فانه يضر بصدق عنوان المضارب و لكن تارة يكون المرض من عوارض التجارة مثل من يكون مرضه ناشياً من اسباب العمل او لحمله شيئاً حصل منه الصدمة و الجراحة مع عدم تفريطه او افراطه فى ذلك و اخرى يكون سببه امرآ آخر غير مربوط بها فالبحت فى جهتين: الاولى فى الثانى و لا شبهة فى عدم وجوب نفقته لعدم كونه مضارباً و ليس عمله فى المال كما فى الجواهر و ان كان مسافراً و يكون سفـره للتجارة لان المدار على صدق كونه مضارباً لا مسافراً حتى اذا صدق السفر للتجارة كان نفقته واجباً على المالك و على هذا فما فى المستمسك من قوله «و كأنه لأن السفر فى حال المرض المانع عن العمل ليس للتجارة و هو غير ظاهر و لازمه عدم النفقة مع طرـوة المانع عن العمل غير المرض اذا كان فى مقام الزوال و هو كما ترى» غير تام لما عرفت من ان المدار على صدق المضارب لا المسافر و الا فيصدق عرفاً ان سفـره كان للتجارة فمرض فيه لمجرد قصدها حين السير و حين المرض ايضاً فاذا كان عدم الصدق بلحاظ العمل فظهوره غير منكر و نحن نلتزم بلوازمه اذا كان بهذا النحو مثل ان يكون المانع غير المرض ايضاً كحبسه عن العمل يوماً او اياماً فانه لا يصدق عليه المضارب فلا نفقة له من مال المضاربة و كأنه (قده) كان فى ذهنه المبارك هو الامر الاول الذى يكون المانع مرضاً او غيره مما يتسامح فيه العرف فقال بانه غير ظاهر و قد عرفت ان الظاهر فيه هو كون النفقة من اصل المال.

و الجهة الثانية فى الاول و هو كون المرض ناشياً من التجارة فان هذا مما فيه الأشكال فقد يتوهم فى بدو الأمر ان هذه الخسارة على رأس المال كما ان الدارج فى قوانين الدولة بالنسبة الى العمل و العملة و بالفارسية (كار و كارگر)

بالمكينات هو ان خسارة العامل حين العمل يكون احياناً على صاحب رأس المال ان لم يكن العامل تحت القانون المسمى بالبيمة الاجتماعية. ولكن هذا ليس الا توهماً فانه بحسب اصل قانون الشرع ليس كما توهم واما بحسب وضع القوانين الاجتماعية فيمكن ان يجعل قانون كذلك بحيث يكون كل عامل و مالك في المضاربة ايضاً ملتزماً به في العقد بان يكون عقده مبنياً عليه فيرجع امره الى الاشتراط في العقد بينهما فالقانون الدولي يكون كاشتراط عام لمصلحة العمل و العامل و بالفارسية (برای مصلحت کار و کارگر) و الحاصل في هذا الفرض ايضاً لا يكون نفقة العامل المريض على المال سواء فرط او افراط حين العمل او لم يفرط.

و الامر الثالث في المرض الذي لا يرجى زواله و هو ايضاً تارة يكون البعض الذي يكون في هذا السفر و يمنع عن التجارة مما يتسامح فيه العرف كساعة او ساعات فلا كلام في انه لا يسقط به من النفقة شيء و اخرى لا يكون مما يتسامح فيه و لكن يقدر على التجارة في هذا السفر بتمام الوقت او ببعضه و ثالثة لا يكون كذلك كما اذا تصادف مع السيارة و جرح بحيث يكون مشرفاً على الموت او حصل النقص في اعضائه بحيث لا يرجى منه عمل التجارة اصلاً فعلى الأخير لا نفقة له لقطع المضاربة اصلاً و على الوسط يكون له النفقة اذا لم ينقص من عمله شيء و الا ففيه التفصيل المتقدم في مسألة ١٧ من التوزيع.

الأمر الرابع في أن نفقة المرض الذي لا يمنعه عن شغله كالدواء و غيره للبره هل يكون على رأس المال او على نفسه؟ فيه خلاف فقال في المسالك «ان مؤونة المرض و الموت في السفر سويتان على العامل خاصة لانهما لم يتعلقا بالتجارة»

و قد اشكل عليه بانه بالنسبة الى الموت في محله لانفساخ المضاربة به لا

لعدم تعلّقه بالتجارة، و أمّا بالنسبة الى المرض فيشكل بأن المرض وان لم يكن للتجارة ولكن السفر لها، فاذا كانت مؤونة المرض من نفقات السفر كانت على المالك كغيرها من شئون النفقة، نعم يتم بناء على عدم كونها من النفقة الواجبة لواجب النفقة كما هو المصرح به فى كلام غير واحد من الأكابر وكأن وجهه عدم الدليل على وجوب نفقة المرض للزوجة فضلاً عن غيرها.

أقول: إنّ البحث عن نفقة الزوجة موكول الى محله فى بحث النفقات فى لواحق كتاب النكاح كما فى الجواهر^(١) وغيره و ذكر الادلة فى التحديد موجب لاطالة البحث بما لا يناسب المقام و لعل التعبير فى بعض النصوص بما يقيم صلبها^(٢) او التعبير فى قوله تعالى «لينفق ذو سعة من سعته و من قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله»^(٣) على فرض الشمول لغير المطلقات اوجب القول بتوسعة فى نفقة الزوجة اكثر من المقام و لابد من الرجوع الى الادلة فى ذلك و اما فى المقام فلا بد من النظر الى ما يحكم به العرف و العادة بعد عدم بيان خاص لمقدار النفقة بعد ان اصلها من جميع المال بمقتضى صحيح على بن جعفر المتقدم و الحق هو التفصيل بين الأمراض و مقدار المؤونة للبرء فان كان الدواء كحبة معجونة لوجع الرأس او البطن او شربة و اجرة نسخة الطبيب و امثال ذلك فهو يعد فى العرف من النفقة خصوصاً اذا كان المرض من لوازم كثرة العمل و شدة الاشتغال بالتجارة مما هو نافع فى جلب النفع و اما اذا كان المرض مما يحتاج للبرء الى مؤونة كثيرة للطبابة و غيرها فهو لا يكون فى نظر العرف من الاتفاق اللازم فى السفر كما انه اذا صار أجيراً فى الحضر بشرط النفقة يكون الظاهر عند العرف من

١-٢ / ١ من النفقات.

١-٣ ج ٣١، ص ٣٣٠.

٢-٣ سورة الطلاق، الآية ٧.

مفهوم النفقة ما يحتاج اليه في الملبس و المسكن و الأكل و الشرب و الدواء للأمراض العادية التي قلما يخلو منها انسان و ربما يكون الملبس و المسكن ايضا مورد الانصراف و ينحصر في الأكل و الشرب بحسب عادة امثاله كما انه يمكن ان يدعى ذلك بالنسبة الى اللباس في المضاربة في سفر قليل المدة فعلى هذا لو صادف في الطريق مع السيارة و جرح جراحات شديدة لا يكون مؤونة هذا المرض من رأس المال بل هذا و امثاله كوجوب دية عليه من الحوادث التي هي سماوية غير مربوطة بنفقة التجارة فعلى هذا قياس صاحب المسالك المرض بالموت في كون نفقته على العامل اطلاقه ممنوع فانه ليس كل مرض كالموت كما ان قياس بعض الاعاظم (قده) ايضاً المرض بالديات ايضاً اطلاقه ممنوع لما مر و كذا اطلاق كلام المستمسك بان السفر حيث يكون للتجارة يكون مؤونة المرض من نفقاته ايضاً ممنوع فان مجرد كون السفر للتجارة لا يكفي لان يكون كل ما يلزمه من النفقة و الا فلازمه هو وجوب الديات اللازمة من التصادفات ايضاً على المالك و هو ممنوع فعلى هذا اطلاق كلام المصنف ايضاً ممنوع و هذا التفصيل الذي ذكرناه هنا في نفقة الزوجة ايضاً قريب.

(مسألة ٢٢): لو حصل الفسخ او الانفساخ في اثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه بخلاف ما اذا بقيت و لم تنفسخ فانها من مال المضاربة.

أقول: قال في الشرايع «ولو انفق صاحب المال مسافراً فانتزع المال منه فنفقة عوده منه خاصة» وكلامه هذا صريح في ان نفقة العود على العامل ان حصل الفسخ من طرف المالك فضلاً عما كان الفسخ من طرف العامل و لا يظهر منه حكم صورة الانفساخ و في المسالك استدلل لذلك بان ارتفاع المضاربة موجب لارتفاع حكمها و هو وجوب نفقة العامل و لا غرر لان لازم الاقدام على العقد الجائز هو ذلك.

و عن بعض العامة لزوم النفقة من اصل المال، لانه استحقها بالسفر. و فى المستمسك انه لا بأس به لو بنى على كون الحكم على وفق القاعدة و اما اذا كان المستند لاصل وجوب نفقة العامل النص فهو غير شامل له اللهم الا ان يقال النص لا ينفيه و القاعدة تقتضيه فالعمل بها متعين فى خصوص نفقة السفر لا نفقة العامل.

و أقول: إنَّ مستند الجميع هو ان المضارب غير صادق عليه فلا وجه للزوم النفقة لانه حينئذ يكون من الحكم بدون الموضوع و اما القول بان مقتضى القاعدة هو لزوم النفقة بخلاف النص فهو ايضا اطلاقه غير تام لان المراد بالقاعدة هو ما يكون عليه ارتكاز العقلاء و العرف و ارتكازهم يكون على وجوب النفقة فى العود ايضا اذا كان الفسخ من طرف المالك او حصل الانفساخ بسبب قهرى كموت المالك او تلف رأس المال و يكون السفر بحدوثه كافياً للحكم بان مخارجه فى البقاء يكون على المالك و يمكن ان يقال بهذا فى مورد النص ايضا بان يقال: إنَّ الموضوع و ان كان المضارب و هو لا يصدق بعد الفسخ و لكن السفر بحدوثه يكفى للحكم بوجوب النفقة لان تناسب الحكم و الموضوع يقتضى ذلك فان السفر ليس شيئاً يمكن انقلابه الى الحضر الا بمؤونة و هذه المؤونة ترى فى بدو الأمر الى الختم على عهدة المالك و يكون هذا تلقياً من النص حسب المتفاهم العرفى و بعبارة اخرى لا يرى العرف خسارة فى المضاربة على العامل الا بتعداً او تفريط منه بل هو كالأجير يعمل لسهم من الربح و يكون نفقته فى خصوص السفر على العامل فلا خسارة عليه كما عن بعض الاعاظم (قده) أيضاً و لكن العرف لا يرى النفقة على المالك اذا كان الفسخ من قبل العامل.

فإن قلت: إنَّ الجمود على ما ذكر يقتضى التعميم بان يقول: الفسخ كان جازياً لى فلم يحصل التعدى فلى نفقتى.

قلت: حيث كان الدليل تلقى العرف من النص ما ذكرناه او كان القاعدة عنده كذلك نحن ندعى أنه لا يحكم بوجود النفقة اذا كان الفسخ من العامل والحاصل القول بان النص لا ينفيه والقاعدة تقتضيه متين. ثم إن التفصيل بين نفقة السفر بعد الفسخ او الانفساخ و نفقة العامل بالقول بوجود الاول على المالك دون الثانى و ان كان محتملاً لان السفر مما لا بد من الرجوع فيه فاذا بذل المالك نفقته يكون العامل كالحاضر فى كون نفقته على نفسه الا أن الاحوط للمالك ان لا يفرق بينهما بل هو الاشبه.

الكلام فى الالفاظ التى يؤق بها فى صيغة المضاربة

(مسألة ٢٣): قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة وأن فى الأول الربح مشترك، فى الثانى للعامل وفى الثالث للمالك. فاذا قال: خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لى كان مضاربة فاسدة الا اذا علم انه قصد الابهضاع فيصير بضاعة

اقول: مرّ فى ما تقدّم فى اوائل الكتاب أن القرض هو التملك بالعوض وليس هو مجرد اعطاء المال مع كون الربح للعامل فارجع وبعد ذلك فالبحت فى هذه المسألة فى امور: الاول ما فى هذا المتن فان ذكر المضاربة مع ذكر كون تمام الربح للمالك يكون من الجمع بين الضدين فهل هذا يوجب فساد المضاربة كما فى المتن وكما فى الشرايع «لو قال خذ قراضاً والربح لى فسد ويمكن ان يجعل بضاعة نظراً الى المعنى وفيه تردد» وتبعه فى الجواهر^(١) وعن القواعد والتذكرة وغيرها التعبير بالبطلان وعن المسالك انه المشهور بل لا نعرف فيه خلافاً الا

التردد من الشرايع. و قد يقال بان الاشتراك فى الربح داخل فى قوام المضاربة فكون الربح كله للمالك مناف له و القصد إلى المتنافين حيث انه محال فلا بد من احد امور ثلاثة: الاول عدم قصد الأمرين اى المضاربة و كون الربح لخصوص المالك و لازمه عدم وقوع شىء اصلاً لا صحيح و لا فاسد و الثانى قصد الاشتراك فى الربح و عدم قصد كونه للمالك و عليه فيكون مضاربة صحيحة و الثالث ان يقصد كون الربح له و لا يقصد المضاربة فيكون بضاعة انشئت بلفظ المضاربة فتكون صحيحة فاذا علمنا بان المتكلم شاعر فى مقام الانشاء فقد انتفى الأول فبقى احد الأخيرين و ثانيهما اولى لان التصرف فى لفظ المضاربة بحمله على البضاعة اولى من التصرف فى قوله ولى الربح. بحمله على ما لا ينافى المضاربة فيكون هو المتعين فيحمل الكلام على البضاعة فعلى هذا لا مجال للمضاربة الفاسدة فى مقام الثبوت فضلاً عن مقام الانبات.

و فيه: ان المفروض قصده لهما و علمه بان المضاربة لا بد من ان يكون الاشتراك فيهما فى الربح لا يمنع عن قصده ان يكون مضاربه كذلك و لو كان عالماً بانه خارج عن النظام المعاملى فيها بين العرف فقصد ما هو فاسد ممكن عرفاً و عقلاً فانه يريد ان يكون صحيحاً كما ان السارق و الغاصب يريد البيع الصحيح و لو كان عالماً بان المبيع ليس له ليكون ثمنه له بمقتضى البيع و تعيين كون هذا بضاعة بالأولوية محتاج الى مؤونة زائدة و لا سبيل الى تصحيح المضاربة لصراحة كلمة التمام فى عدم الاشتراك فى الربح فلو فرض انه صرح بأنه قصد المضاربة و قصد ان يكون الربح له زعماً منه ان هذا ممكن عرفاً فيكون الاحتمال احتمالاً رابعاً و ليس من الثلاثة فاذا كان ظهور الفاظه فى هذا المعنى فيكون مثل التصريح فكيف يقول لا مجال للمضاربة الفاسدة فى مقام الثبوت فضلاً عن الانبات فان هذا احتمال رابع يترتب عليه فساد المضاربة.

ثم إنه قال بأنه اذا كان غافلاً فقصده المضاربة اجمالاً و فى مقام التفصيل قال بان تمام الربح يكون له فهو فى الواقع يكون من الشرط الفاسد الذى ليس على التحقيق بمفسد للعقد فتصح المضاربة و يبطل الشرط.

و فيه: ان قصده اجمالاً للمضاربة ان كانت المضاربة الشرعية فهذا الشرط يكون ضداً لمقتضاها و هو وان لم يلتفت الى الضدية ولكنه لا يسقط عن الضدية بمجرد عدم العلم و الالتفات الى المضادة فان العرف و الدقة يحكم بالمضادة فالمضاربة فاسدة كما اذا كان ملتفتاً الى ان حقيقة المضاربة ان يكون الربح بينهما فشرط هذا الشرط غايته أنه اسوء حالاً من الاول و بعبارة واضحة ليس هذا من قبيل الشرط الفاسد الذى هو غير مفسد للعقد بل يكون من جهة كونه خلاف مقتضى العقد مفسداً ايضاً لرجوعه الى المضادة فى القصد او فى الواقع فكما ان نكاح المحارم و بيع مال الغير باطل علم او لم يعلم فكذلك المضاربة هنا باطل فكيف نقول بان المضاربة صحيحة لان الشرط الفاسد غير مفسد؟! فانه غير مفسد اذا لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد و الحاصل المضادة فى القصد فى صورة الالتفات و المخالفة للواقع الذى هو داخل فى قوام العقد كلاهما موجبان للفساد. نعم ان كان قصده الأبضاع و كان هناك قرينة مقالية او حالية عليه لكان صحيحاً لجواز استعمال المضاربة مع القرينة فى الأبضاع ولكن ما هو المفروض من التعبير لا يكون ظاهراً فى ذلك بل هو ظاهر فى ارادة المضاربة و هى فاسدة كما عليه المشهور.

الامر الثانى، قوله: و لا يستحق العامل اجرة الا مع الشرط أو القرائن الدالة على عدم التبرع، و مع الشك فيه و فى ارادة الأجرة يستحق الاجرة ايضاً لقاعدة احترام عمل المسلم

أقول: وجوب اجرة العامل متوقف على احراز ظهور التعبير المتقدم فى

البضاعة و عدمه و اما مع الشك فيها فاستحقاق الاجرة و عدمه لا بد فيه من ملاحظة القواعد و يستدل لعدم استحقاق الاجرة بان البضاعة معناها العمل بدون الاجرة و نسب ذلك الى الظاهر من كلمات الاصحاب فمن الوسيلة « و ان دفع اليه ليتجر به له من دون اجرة كان بضاعة » و فى الجواهر^(١) فى شرح قول الماتن « يمكن ان يجعل بضاعة نظراً الى المعنى » قال: « اذ قد عرفت أنها المال المدفوع ليعمل به على ان الربح للمالك بلا اجرة للعامل فهى حينئذ توكيل فى التجارة تبرعاً لا تختص بلفظ و منه اللفظ المزبور... »

و التحقيق هو أن معنى البضاعة هو كون رأس المال للمالك و الربح ايضا يكون له بتمامه و ليس معناه عدم الاجرة للعامل لعدم ملازمة عدم كون الربح للعامل مع عدم الأجرة ضرورة ان الدواعى فى المعاملات مختلفة فربما يكون الداعى شركة العامل فى الربح لمصلحة و اخرى يكون الداعى عدم شركته فيه لمصلحة اخرى فعلى هذا نقول ان التعبير بامثال خذ المال قراضاً و الربح لى لا يكون صريحاً و لا ظاهراً فى عدم الاجرة و قد تقدم بعض البحث فى ذلك فى اوائل هذا الكتاب مفصلاً و اختار الماتن هناك استحقاق الاجرة لو لم يشترطاً عدمها و هنا ظاهر كلامه عدم استحقاق الاجرة الا مع الشرط و هما متنافيان و التعبير بأن البضاعة هى ما يكون بلا اجرة فى كلام بعضهم كما مرّ تسامحاً بل هى ما لا يكون فيه الشركة فى الربح فإن صرح فيها باستحقاق الاجرة او عدمه فلا كلام و ان لم يصرح بذلك و لا قرينة على التبرع فهو مستحق للأجرة و ذلك من جهة ان امر المالك بالعمل يوجب جواز طلب الاجرة منه لأحترام عمل المسلم و لا يخفى ان دليلنا ليس هو احترام عمله محضاً بل الامر المعاملى اوجب احترامه

بحيث يكون له الاجرة والا فكل عمل حسن ففى نفسه محترم ولا كلام فى احترامه ذاتا وقد يعبر عما ذكرناه بقاعدة الاستيفاء لان المالك استوفى عمل العامل فلا بد له من اعطاء عوضه ولكن المهم هو امره والا فربما لا يكون لعمله فائدة راجعة الى المالك اصلاً ولكن ان نفس امره استيفاء لعمله بوجه بمعنى ان امره صار سبباً لعمله فعلى هذا ان قلنا بان التعبير ب «خذه قراضاً والربح لى» يكون بضاعة صحيحة فللعامل الاجرة ان لم يكن متبرعاً واما ان كان مضاربة فاسدة فايضاً يستحق الاجرة لانه كان عمله بامر من المالك الا اذا كان فى البين غرور وهو امر آخر.

الامر الثالث، قوله: و اذا قال خذه قراضاً و تمام الربح لك فكذلك مضاربة فاسدة الا اذا علم انه اراد القرض

أقول: ما فى هذا المتن منسوب الى القواعد وغيرها و عن التذكرة «و لو قال قارضتك على ان يكون جميع الربح لك، فسد القراض ايضاً عندنا» و ظاهره التسالم عليه و هو المتعين و من قال بعدم تصور قصده المتضادين يعنى كون الربح بتمامه للعامل فيكون اما قاصداً للمضاربة الصحيحة و اما قراضاً صحيحاً و الثانى اولى قال به هنا ايضاً و الجواب هو الجواب و حاصله يمكن قصد ذلك و لو بناءً منه على ان يكون هذه المضاربة كذلك كما مر فى الامر الاول فارجع.

الامر الرابع، قوله: و لو لم يذكر لفظ المضاربة بان قال: خذه و اتجر به و الربح بتمامه لى، كان بضاعة، الا مع العلم بارادة المضاربة، فتكون فاسدة

أقول: هذا المتن ايضاً موافق لما فى الشرايع و نحوه حكى عن القواعد و كثير من الاصحاب مع ظهور كلامهم فى عدم الخلاف فيه. و هذا ايضاً متين من جهة ان حقيقة البضاعة ليست الا ما فى هذا التعبير و لكن استحقاق الأجرة يكون الكلام فيه هو الكلام فى الامر الثانى و الحق هو استحقاقه له لان معنى كون الربح لى

ليس هو مجانية العمل بعد الأمر به واما اذا علمنا بانه اراد المضاربة فلا كلام على التحقيق ايضا فى فسادها للمضادة و من اشكل فيما تقدم فيشكل هنا ايضا كما مر فى الأمر الاول و الجواب الجواب.

الامر الخامس، قوله: ولو قال خذه و اتجر به و الربح لك بتمامه، فهو قرض الا مع العلم بارادة المضاربة ففساد و مع الفساد فى الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك و للعامل اجرة عمله الا مع علمه بالفساد.

أقول: اما صيرورة المال قرضاً بالتعبير الذى فى هذا المتن فهو غير تام لما مر فى اول الكتاب فى معنى المضاربة و القرض و البضاعة لان القرض هو تمليك بعوض مع قصده و ابراز ما يدل عليه فى اللفظ و مجرد هذا التعبير بدون القرينة لا يستفاد منه كونه قرضاً بل هو اباحة للتصرف فى المال مع كون الربح له و لا ضمان عليه ان تلف بغير تعدٍ و تفريط بخلاف القرض فانه عقد يوجب الضمان بالعوض فتصريح الشرايع و القواعد و غيرهما بانه قرض مع ظهوره فى التسالم عليه غير تام لما عرفت الا ان يكون مرادهم هو انه كالقرض فى بعض الآثار و هو كون ثمرته التى هى الربح للعامل مثل ما اذا كان ملكاً له كما ان المنسوب الى صاحب الرياض هو انه قرض تنزيلاً لان له حكم القرض و الا فالقرض محتاج الى صيغة مخصوصة و اما ما مر فى اوائل الكتاب من صحيح محمد بن قيس عن على عليه السلام^(١) من ضمن تاجراً فليس له الا رأس ماله. و نحوه موثق سماعه^(٢) فليس معناه كما قيل ان المال يصير قرضاً تعبداً بل معناه ضمان المال و القرض هو التمليك بالعوض و مجرد ضمان المال ليس تمليكاً بعوض بل يكون مثل العارية المضمونة فما قيل بان التضمنين يكون منتجا نتيجة القرض غير تام

هذا اولاً و ثانياً ليس المفروض في المقام هو التضمين و قد يقال ان غاية ما يدل عليه ذلك هو ما روى مرسلأ من طريق العامة عن النبي ص من «ان الخراج بالضمان»^(١) فمن عليه الغنم يكون عليه الغرم و الضامن لرأس المال يكون فائدة المال له لا للمالك و لكن هذا الخبر لا يكون معمولاً به و لذا اقتوا بضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالمقد الفاسد مع انه يكون مضموناً. و كيف كان فلا دلالة للخبرين على تحقق عنوان القرض تعبدأ بدون قصد عنوانه.

و أمّا استحقاق اجرة عمله مع الفساد في الصور المذكورة فهو تام لان عمله كان بامر من المالك و استيفائه فهو يكون له اجرة مثل عمله و المتبع في تعيين اجرة المثل هو نظر العرف و هو في مورد كون الفساد من جهة جعل تمام الربح للعامل في المضاربة فيمكن ان يقال بانه ان ربح يرى العرف له اجرة و لكن لا بمقدار ازيد من الربح لان الظاهر هو اسقاط احترام العمل من قبل العامل بما زاد عنه و ان لم يربح اصلاً يمكن ان يقال لا اجرة له اصلاً لظهور الكلام في عدم التزام المالك بشيء غير ما هو المستفاد من هذا المال و اما استثنائه صورة العلم بالفساد عن ذلك فهو غير تام لان العامل و ان كان عالماً بالفساد و لكن اذا لم يقصد التبرع بعمله يكون له اجرته نعم انه لاقدامه على العمل في معاملة علم فسادها لا يصل الى الربح المتوهم و يكون ملوماً من نفسه ان كان الربح مقداراً معتنى به. و هذا لا ربط له باجرة عمله.

(مسألة ٢٤): لو اختلف العامل و المالك في أنها مضاربة فاسدة او قرض او مضاربة فاسدة او بضاعة و لم يكن هناك ظهور لفظي و لا قرينة معينة فمقتضى القاعدة التحالف و قد يقال بتقديم قول من يدعى الصحة. و هو مشكل اذ مورد

الحمل على الصحة ما اذا علم انهما او قعا معاملة معينة و اختلفا في صحتها و فسادها لا مثل المقام الذي يكون الأمر دائراً بين معاملتين على أحديهما صحيح و على الاخرى باطل نظير ما اذا اختلفا في أنهما او قعا البيع الصحيح او الاجارة الفاسدة مثلاً. و في مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف و اصاله الصحة لا تثبت كونه بيعاً مثلاً لا أجارة او بضاعة صحيحة مثلاً لا مضاربة فاسدة.

أقول: البحث هنا في مقامين: الاول في تشخيص كون الباب باب التداعى او المدعى و المنكر في المقام و الثانى في انه هل يجرى اصاله الصحة عند الاختلاف ام لا؟ اما المقام الاول فالبحث فيه تارة في الكبرى و اخرى في الصغرى في المقام؛ اما الكبرى و هي ان الملاك في معنى المدعى و المنكر ما هو؟ و التحقيق في معناها هو ان الشارع المقدس في باب القضاء لم يبين معنى خاصاً لهما فأوكل معناهما الى نظر العرف كما هو الشأن في كل مورد لم يكن لنا حقيقة شرعية او متشرعية بالنسبة الى لفظ خاص فنقول المدعى هو من بدء الدعوى بالنسبة الى مال او حق بحيث لو ترك الدعوى ترك النزاع في البين (و بالفارسيه مدعى شالوده ريز دعوى راگويند) و المنكر هو الذي انكره فيما ادعاه فقوم كون الشخص مدعياً هو ان يكون له امران الاول ان يكون بحيث لو ترك ترك و الثانى ان يكون مدعياً لامر لا بد له من اثباته و كان ذلك الامر حقاً او مالاً و نحو ذلك كما اذا ادعى اداء دين عليه بعد اقراره بالدين فان ادعاء الاداء يرجع الى المال فلا بد له من اثبات الاداء لئلا يلزم به بعد اقراره بالدين فالحق و ان كان لغيره عليه و لكن اثبات ادائه يكون على عهده. فعلى هذا لو لم يكن الدعوى موجباً لاثبات حق او مال او نحو ذلك لا يكون مدعياً مدعياً في الواقع بل يكون دعوى ظاهرياً و بعبارة اخرى الملاك هو الغرض الموجود في الدعوى من الحق و المال لا مصب الدعوى و عنوان المدعى و لو لم يرجع الى ذلك كما سيظهر في تطبيق

الكبرى على المقام وحينئذ فان ادعاء ذلك من طرف واحد فهو المدعى و الطرف الآخر هو المنكر و ان كان كل واحد منهما يدعى حقاً غير ما يدعيه الآخر فيكون باب التداعى فلا بد من مراعات موازين القضاء فى مورد التداعى من ملاحظة بَيِّنَتَهما او التحالف و سقوط الدعوى لو حلفا او اثبات دعوى من يحلف دون الآخر.

ثم إن موافقة الاصل و عدمها ليست هى الملاك فى تشخيص المدعى و المنكر بان يقال المنكر هو من يوافق قوله الاصل و المدعى هو من يخالف قوله الاصل دائماً و ان كان فى غالب الموارد كذلك فاذا كان متاع فى يد شخص و يدعيه من لا يده عليه لا نقول المدعى هو من كان يده على المال و يدعى انه اشتراه او ادعى غير ذلك من اسباب النقل و المنكر هو الخارج لموافقة قوله لاصالة عدم انتقال المال الى صاحب اليد بل يرى العرف المدعى هو الخارج و المنكر هو من له اليد و لذا يكون البينة على الخارج و لا بينة على الداخل فانه يحكم بملكه لما فى يده لأمارية اليد. هذا كله البحث فى المدعى و المنكر بحسب الكبرى و اما بحسب الصغرى فى المقام ففيها صور:

الصورة الاولى: أن يدعى المالك القرض و العامل يدعى المضاربة الفاسدة و كانت المعاملة خاسرة فان ادعاء العامل للمضاربة الفاسدة يكون سرّه هو أنّه يريد ان يأخذ اجرة عمله فيكون مدعياً لمال و هو الأجرة و لكن سبيلها هو اثبات المضاربة الفاسدة و ادعاء المالك القرض يكون سرّه اخذه لتمام ماله عوضاً عن القرض من دون تحمل خسارة اصلا فعلى هذا يكون الباب باب التداعى لان المالك يدعى تمام ماله و العامل يدعى اجرته فعلى هذا ان كان لهما لا ثبات القرض او المضاربة الفاسدة بَيِّنَة تعارضان و تتساقطان و الا فان حلفا فكذلك و ان حلف احدهما يثبت حقه خاصة و لكن هل يرجع تمام المال الى المالك

لقاعدة اليد لان العامل مقر باخذه هذا المقدار من المال فعلى اليد ما اخذت حتى تؤديه او يقال ان اليد ليست ضمانية لعدم اثبات كونه قرضاً ليكون مضموناً بالعوض و على فرض كونه مضاربة فاسدة فاليد ايضا ليست بضمانية من قبل المالك فى الواقع فلا حق له الا بالنسبة الى الموجود؟ الاقوى هو الثانى ومثله اذا لم تكن التجارة خاسرة و لا مربحة هذا لم يكن ادعاء فسادها من ناحية شرط كون تمام الربح للعامل من الشروط التى هى مخالفة لمقتضى العقد و اما اذا كان كذلك و قلنا بعدم الاجرة للعامل فى هذا الفرض فيكون الباب باب المدعى و المنكر لان المالك يدعى تمام ماله لانه قرض العامل ينكره.

الصورة الثانية عكس الاولى و هى فى مورد كانت التجارة مربحة فالمالك يدعى المضاربة الفاسدة ليكون تمام الربح له لا يخفى ان هذا الادعاء يكون غالباً فى مورد يكون الربح اكثر من اجرة المثل و العامل يدعى القرض ليكون تمام الربح لنفسه فهنا يكون الباب باب المدعى و المنكر لا التداعى لان المالك لا يحتاج فى طلب تمام ماله مع ربحه الى اثبات المضاربة الفاسدة بل اذا لم يكن القرض ثابتاً يكون المال تمامه و الربح تبعاً له للمالك مع موافقة قوله للاصل و لو ترك لم يترك فالمدعى للقرض هو الذى لابد من اثباته و يكون قوله خلاف الاصل و هو الذى لو ترك الدعوى ترك فعلية البيّنة و الا حلف المالك و يأخذ المال مع ربحه و هذا تام و حيث ان المالك مقر بالمضاربة الفاسدة فهو مقرّ بأن عليه الأجرة للعامل فلا نزاع من هذا الوجه ايضاً نعم ان كان ادعائه للمضاربة الفاسدة على وجه لا يستحق العامل اجرة على بعض المبانى الذى هو غير تام عندنا كصورة كون الشرط هو كون تمام الربح للمالك بحيث تكون منتجة نتيجة البضاعة على فرض عدم لزوم الاجرة فى البضاعة فهو غير مقرّ بلزوم الاجرة عليه و لكن العامل حيث يعترف بانه قرض يقر بانه ليس له الاجرة بل له تمام

الربح فهو لا يستحق الاجرة باقراره و يستحق تمام الربح على حسب ادعائه و ادعائه اذا لم يثبت لا يكون له شىء و كيف كان ففي هذا الفرض ايضا يكون المدعى للقرض هو العامل و المنكر هو المالك فليس الباب باب التداعى و التحالف.

ثم إنه لو لم يدع المضاربة الفاسدة فهو و ان كان محققاً و النماء له تبعاً لاصل ماله مع انكاره القرض و عدم اليقينة للعامل الا انه يمكن ان يكون المدعى للمضاربة الفاسدة هو العامل طلباً للأجرة بان يدعى أنه اما كان قرضاً فيكون تمام الربح له او مضاربة فاسدة فيكون له الاجرة و لكن الادعاء على نحو الاجمال ايضا لا بد من ان يثبت فهو المدعى على اى حال فى هذا الفرض أيضاً.

الصورة الثالثة أن يدعى احدهما البضاعة و الآخر المضاربة الفاسدة و فى هذه الصورة على ما مر ان التحقيق استحقاق العامل للأجرة على كلا الفرضين لا نزاع بينهما فى الواقع و يكون الدعوى ظاهرياً لان غرض العامل من ادعاء المضاربة الفاسدة هو اخذ الأجرة و ادعاء المالك انه كان بضاعة لا يلزمه نفي ادعاء الأجرة فهو يكون مالك لتتمام الربح على تقديرى البضاعة و المضاربة الفاسدة و العامل يكون له الاجرة على اى تقدير ايضاً و اما على فرض عدم استحقاق العامل للأجرة على فرض كون المعاملة بضاعة لأقتضاء البضاعة المجانية كما عن بعض الاعاظم و غيره فالمالك يدعى البضاعة و ينكر المضاربة الفاسدة لئلا يلتزم بالأجرة فاذا لاحظنا ملاك المدعى و المنكر غرض الدعوى فيكون العامل مدعياً لأنه يلزم المالك بالأجرة و المالك منكراً لانه لا يلزم العامل بشىء فى دعواه البضاعة و لا يكون الباب باب التداعى و اما اذا كان ملاك المدعى و المنكر مصب الدعوى لا الفرض فيكون كل منهما مدعياً لعنوان و ينكره الآخر فيصير الباب باب التداعى و لكنه خلاف التحقيق.

ثمّ من جميع ما ذكرناه يظهر ان ادعاء المصنّف كون مقتضى القاعدة التحالف يكون من جهة رؤيته الباب باب التداعى مع عدم البينة و حيث قد عرفت عدم كون الباب باب التداعى فى بعض الصور فلا يتم ما ذكره الا فى بعضها.

المقام الثانى فى بيان قول من يقول بجريان اصالة الصحة فى قول من يدعى الصحة من المتنازعين كمن يدعى صحة المضاربة فى مقابل اصالة الفساد وعدم تحقق العقد؛ اعلم ان اصالة الصحة تجرى فى موردين:

المورد الاول حمل فعل المؤمن على الصحة وانه لا يرتكب فعلاً خلاف وظيفته لما ورد فى الكافى من قول على عليه السلام «ضع امر اخيك على احسنه..» ولما ورد فى الكتاب العزيز من قوله تعالى «قولوا للناس حسناً» وهذا الدليل اللفظى باطلاقة يدل على ان المؤمن يحمل فعله او قوله على الوجه الصحيح و لا فرق بين ان يكون عنوان العمل فيه محرراً ام لا، فاذا رأينا اتيانه المفطر فى شهر رمضان يحمل فعله على الصحة لانه يمكن ان يكون مريضاً او مسافراً و اذا سمعنا منه كلاماً لا نعلم انه شتم او سلام يحمل على الصحيح و لا يظن به سوء. فعلى هذا ترديد عنوان فعله لا يمنع من الاخذ بالاطلاق فى حقه و لكن هذا الاصل لا يترتب عليه لوازمها فلا يجب رد السلام عليه بمجرد اصالة عدم كون كلامه شتماً فان الظاهر المتسالم عليه هو ان هذا وظيفة اخلاقية تكون على المؤمنين فى معاشراتهم الاجتماعية و ان فعل المؤمن يحمل على الوجه الصحيح للآثار المترتبة على نفسه لا على غيره و يشهد له ما ورد فى رواية محمد بن الفضيل من تكذيب خمسين قسامة و تصديق المؤمن بقوله (ع) «صدّقه و كذبهم» فلولاً ذلك كان تصديق الخمسين أولى و لكن المهم كون ذلك فى مقام الظاهر مع عدم ترتيب اللوازم الا بلحاظ محدود.

المورد الثانى جريان اصالة الصحة بمعنى ترتيب آثارها على الفعل فاذا صدر

منه بيع مثلاً أو طلاق أو غيرهما وشككنا في اشتماله على شرائط الصحة وعدمه كان مقتضى اصالة الصحة الحكم بصحته و ترتيب آثاره فهي كقاعدة الفراغ في العبادات ولا دليل عليها الا السيرة القطعية والتسالم عليه بين المسلمين ومورده ما اذا كان العنوان معلوماً وكان الشك في الصحة والفساد واما اذا كان عنوان العمل مجهولاً كما لودار الامر بين طلاق زوجته طلاقاً صحيحاً أو اجارة داره اجارة فاسدة فلم تثبت السيرة منهم على البناء على الصحة و ترتيب آثار الطلاق الصحيح عليه اذ لم يحرز عنوان الطلاق كي يحكم بصحته ومقامنا هذا من هذا القبيل لان النزاع اذا كان بينهما في تحقق المضاربة او البضاعة او القرض لا يمكن اثبات ما هو الصحيح من ذلك باصالة الصحة لعدم السيرة على ذلك كما عن المصنف هذا مضافاً الى ان اصالة الصحة في مورد النزاع يكون لازماً كون قول المنكر للفساد موافقاً لهذا الاصل لا لأصالة الفساد فلو فرض وجود البيئة لمدعى الفساد يسمع قوله ويكون الحق له.

(مسألة ٢٥): اذا قال المالك للعامل خذ هذا المال قراضاً والربح بينناصح ولكل منهما النصف و اذا قال ونصف الربح لك فكذلك بل وكذا لو قال: ونصف الربح لي فان الظاهر ان النصف الآخر للعامل. ولكن فرق بعضهم بين العبارتين وحكم بالصحة في الأولى لأنه صرح فيها بكون النصف للعامل والنصف الآخر يبقى له على قاعدة التبعية بخلاف العبارة الثانية فان كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له ايضا، على قاعدة التبعية، فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل. وانت خير بان المفهوم من العبارة عرفا كون النصف الآخر للعامل.

أقول: هذه المسألة واضحة وعدم الفرق بين قول المالك نصف الربح او نصف الربح لك من جهة ان البناء على المضاربة قرينة موجبة لظهور الكلام في التنصيف بينهما حتى اذا قال ونصف الربح لي وقانون التبعية يكون على فرض

قطع النظر عن المضاربة فما فى الشرايع من ان النصف الآخر له بالتبعية او ما عن المسالك من ان الاجود البطلان او عن القواعد البطلان على اشكال يكون مع عدم العناية الى القرينة العقالية و المقامية فان ظاهر استعمال لفظ القراض بقوله خذ هذا المال قراضا يكون هو القراض الصحيح فما فى المتن هو المتعين و هو واضح كما فى الجواهر.

(مسألة ٢٦): لا فرق بين ان يقول خذ هذا المال قراضاً و لك نصف ربحه، أو قال: خذ قراضاً و لك ربح نصفه فى الصحة و الاشتراك فى الربح بالمناصفة. و ربما يقال بالبطلان فى الثانى. بدعوى ان مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك و قد يربح النصف فيختص به احدهما او يربح اكثر من النصف، فلا يكون الحصة معلومة و ايضا قد لا يتعامل الا فى النصف و فيه ان المراد ربح نصف ما عومل به و ربح فلا اشكال.

أقول: ان كان المتفاهم العرفى من ان لك ربح نصفه هو ان يكون العامل كالشريك له بالمناصفة و المراد هو ما انتج هذا المال الذى يعامل به يكون لهما بالمناصفة فلا اشكال و اما اذا لم يكن كذلك و لا قرينة خارجية دالة على ذلك فيشكل الامر و نسب البطلان الى الشيخ فى احد قوليه و ذلك لوجوه: الاول ان مقتضاه ان يكون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك و شرط القرض ان يكون الاشتراك فى كل جزء جزء من الربح و فيه ان هذا الاشكال يكون على فرض استظهار كون المعاملة بالنصف الآخر منحاظاً و مستقلاً و هذا بعيد بعد كون ظاهر هذه المضاربة مبنياً على الاشتراك فى الربح و المعاملة بتمام المال.

و الوجه الثانى ان اللازم منه ان يكون الربح لاحدهما فقط اذا عامل بنصفه المعين و ليس للآخر ربح اصلاً و هو خلاف الاشتراك فى الربح الذى يكون فى قوام المضاربة و فيه ان هذا ايضا لا يستفاد من ذلك التعبير لما مرّ من أن المراد

ليس هو استقلال كل بربح نصف المال المنحاز فاذا كان مشتركاً في التجارة ففي العرف يكون نصف الربح ربح نصف المال.

الوجه الثالث هو ان لازمه جهالة النسبة اذ ربما يكون ربح النصف الآخر اقل او اكثر مع ان السهم في الربح لابد ان يكون معلوماً بالنصف او الثلث وفيه ان الاشتراك في التجارة لازمه الاشتراك في الربح ولا يصير الربح لاحدهما اكثر من الآخر فان الربح ربح الجميع ولو فرض كونه منحازاً يكون الاشكال من جهة عدم صحة المضاربة من اصلها لان هذا مال وذاك مال آخر فليس الاشكال جهالة النسبة و على فرض عمله ببعض المال دون بعض على فرض الاشتراك فيلاحظ ربح هذا البعض لهما.

الوجه الرابع: أن الربح الذي يكون للنصف الباقي ربما يكون ربح بعض النصف لا ربح تمامه فلا يكون ربح نصف المال متحققاً. وفيه انه مع الاشتراك لا مجال له ايضا لما مر وقد يقال بأن ربح النصف ربح لتمام المال ولذا يقسم بين العامل والمالك في العبارة الاخرى و هي ما اذا قال: خذ هذا المال ولك نصف ربحه فاذا صدق انه ربح لتمام المال فقد صدق ان نصفه ربح لنصف المال فيكون للعامل والنصف الآخر للمالك. وفيه: أن العمدة هي ان يكون المراد هو نصف الربح الذي يتحصل من المال الذي يعامل معه بحيث لو لم يكن بعض المال مورد المعاملة ولم يكن العمل فيه فكأنه خارج عن دائرة رأس المال والمال كان هو ما ربح بعد العمل به والا فعدم صدق نصف ربح تمام المال اذا لم يكن المعاملة بتمامه في قوله خذ هذا المال ولك نصف ربحه حقيقة يكون لعدم صدق ربح نصفه كذلك وليس البحث في الصدق المجازي.

(مسألة 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 على الآخر صح ايضاً و ان كانا فى العمل سواء. فان غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير وهذا لا بأس به و يكون العقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين و يكون كما لو قارض احدهما فى نصف المال بنصف و قارض الآخر فى النصف الآخر بربع الربح و لا مانع منه و كذا يجوز تعدد المالك و اتحاد العامل بان كان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلاً متساوياً بينهما او بالاختلاف، بان يكون فى حصة احدهما بالنصف و فى حصة الآخر بالثلث او الربع مثلاً. و كذا يجوز مع عدم اشتراك المال بان يكون مال كل منهما ممتازاً و قارضا واحداً مع الأذن فى الخلط مع التساوى فى حصة العامل بينهما او الاختلاف: بان يكون فى مال احدهما بالنصف و فى مال الآخر بالثلث او الربع.

أقول: أمّا دليل هذه المسألة فهو اطلاقات باب المضاربة من غير مقيد فان عامل صادق على الواحد و الكثير و كذلك المالك و الاشتراك فى الربح صادق بالنسبة الى الزائد و الناقص و اما اتحاد المالك و تعدد العامل فيكون مثل من له مال كثير و له عمال كثير فيعطى المال لهم على نحو الاشتراك او على نحو التميز و الثانى كما هو الدارج اليوم فى البنك الاسلامى فى ايران فيعطى المال المتميز لاشخاص متميزين ليعملوا به و يعطيهم سهماً من الربح و يأخذ سهماً لنفسه و بالعكس يأخذ من الناس اموالهم و يصير وكيلاً لان يعطى غيره مضاربة و يصير وكيلاً لمصالحة سهم الربح (١٣% - ٧%) على اختلاف مدة المضاربة عنده قصير المدة (ثلاثة اشهر) او متوسطها (سنة او ستة اشهر) او طويلها (خمس سنوات او ازيد) فيعطى الربح حسب موازين البنك و يرضى المراجعون ليخلط الاموال و يتجر به. فعلى هذا لا اشكال من حيث خلط الاموال ايضاً و أمّا الاشكال فى صورة عدم الاذن فى الخلط فانه لا يجوز بدونه و الاختلاف فى اعطاء الربح بحسب قلة المدة و كثرته ايضاً لا اشكال فيه لان هذه المعاملة تكون على حسب

تراضى الطرفين او الأطراف ولا اشكال فى ان يكون الضرر فى بعض الاموال و التجارات و الربح فى بعض آخر فان هذا شأن المضاربة غاية الامر لابد ان يكون المراجع ايضاً عالماً بقانون المضاربة شرعاً و بالقوانين المجعولة حسب المصالح فى البنك ليكون معاملته على ميزان شرعى ولو فرض ان يوكل البنك فى تمام ما يسميه المضاربة بعد فهم كون ما فعله مشروعاً يكفى ذلك مثل ان يوكل شخص شخصاً آخر فى معاملة و كان وكيلاً مفوضاً فى جميع الامور و كل ما ذكر فى هذا المتن يكون تاماً لا اشكال فيه كما فى الشرايع و الجواهر^(١) و المخالف بعض العامة فى اشتراط تسوية الربح مع استوائهما فى العمل فارجع.

فرعان مهمان فى المقام

ثم إن صاحب الجواهر (قده) بعد قوله بجواز المضاربة مع الاثنين بان يقول ضاربتكما بهذا المال مثلاً و لكما نصف الربح لا طلاق الادلة قال بان الاشكال فى فروع لم نعثر على محرّر لها منها ما لو اتفق فسخ المضاربة بفاسخ قهرى او اختيارى و كان احدهما قد عمل و ربح و الآخر لم يعمل فهل يستحق حصته من الربح و ان لم يكن له مال و لا عمل ام لا و اختار فى طى كلامه الاول لانه مقتضى عقد المضاربة.

وفيه: أن شمول اطلاق المضاربة لاصل الشركة و التعدد فى العامل لا يقتضى ان يكون سهم ربح من لا عمل له اصلاً محفوظاً و لومع الفسخ بل فيه تفصيل فان العامل الآخر بمقتضى كونه عاملاً تارة يكون مقصراً و اخرى غير مقصر فان كان مقصراً فى العمل فعمل الآخر تمام العمل و هو لم يعمل عملاً اصلاً فهو ليس بمضارب فى هذه التجارة لانه ليس شريكاً فى العمل ليكون شريكاً فى الربح و لا

يرى العقلاء له حق أصلاً في هذا الربح والاطلاق لا يشمل له او منصرف عنه لانه اما نقول ليس بمضارب او نقول ان صدق المضارب عليه عند العقد لو فرض بقائه تسامحاً فالاطلاق منصرف عنه كما أنه لو لم يعمل العاملان عملاً للمرض او الحبس او غير ذلك، غاية الامر هنا ينحل العقد الواحد الى عقدين في الجملة ولا يكون لاحدهما اثر. واما اذا لم يكن مقصراً فاتفق عدم عمله لمرض او مانع آخر فكذلك الا انه معذور هذا اذا لم يكن له ائ دخل في هذه التجارة واما اذا كان دخيلاً فيه كما اذا هتأ مقدماته فصار معذوراً من بقية العمل او قصر وترك العمل عمداً فالعرف والعقلاء يرون نقص عمله موجباً لنقص ربحه وينقص من سهمه من الربح بمقدار تركه للعمل هذا من جهة العامل لا اقل من نقص اجرة مثله في زمان الترك من سهم ربحه او اجرة المثل لزيادة عمل العامل اذا عمل عملاً زائداً كعمله في الليل الذي ليس الدارج هو العمل فيه. ومن وجه آخر ان عدم عمل الآخر في المال بالنسبة الى رأس المال تارة لم يكن له اثر كما اذا فرض ان الواحد تحمل المشقة فعمل عمل الاثنين فحصل الربح كما لو كان العامل كليهما ولم ينقص الربح اصلاً فحينئذ ان كان تحمل مشقته مما لا يتسامح فيه العرف يجعل له اجرة مثل سوى سهم ربحه ان لم نقل بان تمام نصف الربح له لان ظاهر كون نصف الربح لل اثنين كون نصف نصفه لاحدهما فله نصف نصف الربح مع اجرة زيادة عمله ولا يزيد عن سهم الربح لان عمله ليس بامر من العامل الآخر ولكن لا يرى العقلاء عمله بلا اجرة اصلاً هذا اذا لم ينقص من الربح شيء ولو كان ذلك من جهة مقدمات التجارة كحمل المال ونقله فإن عمل الاثنين ربما يصير موجباً لسرعة حصول الربح واقلية مؤونته واما اذا نقص من الربح شيء ولو بواسطة نقص المال وزيادة نفقات التجارة فلا بد من نقص سهم الربح من هذا الوجه و عليه فان لم يكن عمل الآخر ازيد من المقدار المتعارف فينقص من نصف نصف

الربح ما يساويه والافيتها تر زيادة العمل من العامل مع هذا النقص و يتصالحا فى ذلك و الأحوط فى جميع هذه الصور التصالح و الحاصل ان القول بان غير العامل يكون له سهم من الربح قول لا يمكن المساعدة معه خصوصاً اذا كان المدة طويلة كعدم عمله سنة فان الاطلاق لا يشمل له أولاً لانه غير مضارب و على فرض الشمول يكون منصرفاً عنه من حيث سهم الربح كما ترى عدم رضاء العرف و العقلاء ايضا بذلك.

و من الفروع ما لو قارض الاثنان واحداً بعقد واحد و حصة مشاعة منهما الا ان مال كل منهما متميز فعمل باحدهما و ربح و لم يعمل بالآخر او عمل و لم يربح و اتفق انفساخ المضاربة فهل يستحق من لم يربح ماله بربح مال الآخر و هل تجبر خسارة مال احدهما بربح مال الآخر باعتبار اتحاد عقد المضاربة ام لا؟ فقوى فى الجواهر الثانى فى المقام لانهما بمنزلة مضاربتين يلحق كل منهما حكمها بالنسبة الى ذلك من غير مدخلة للآخرى فيها و انما الاتحاد يؤثر بالنسبة الى الفسخ او الانفساخ من احدهما الى الآخر لكون العقد واحداً لا يتبعض. أقول: و الذى يقتضيه النظر الدقيق هو الاول لا الثانى لأن المضاربة كذلك يرجع امرها الى انشاء شركة عقدية فى المال بمجرد اعطائه للعامل فاذا اخذ المالكين يكون الشركة بينهما فى المال بمجرد هذا العقد و ان لم يحصل الخلط الخارجى و الا فكيف يصح ان يكون العقد صحيحاً مع حصة مشاعة بينهما مع عدم ربط مال احدهما بالآخر من بدو الأمر و الشركة العقدية و ان كان فيها بعض الخلاف كما يظهر بالمراجعة الى كتاب الشركة من جهة كونها اذناً فى التصرف لكل منهما فى مال الآخر او هى عقد من العقود و نتيجته شركة الشريكين فى مالهما ولو قبل المزج و لكن الحق هو وجود الشركة العقدية فى العرف من دون احتياج الى مزج المالين من غير ردع من الشرع، و الاذن فى التصرف ايقاع و ليس بعقد. فعلى هذا

نقول فى المقام يكون عقد المضاربة بهذا النحو موجباً لشركة الشريكين فى المالىن بمجرد عقد المضاربة فيترتب عليه ان يكون كل واحد منهما شريكاً فى المال الآخر فاذا صار شريكاً يكون كل بعض من الابعاض مشاعاً و يلاحظ الربح و الخسران بالنسبة اليهما فلو فرض عدم تصرفه اصلاً فى بعض المال الى آخر المضاربة يلاحظ الربح و الخسران بلحاظ جميع المال و ان فرض الفسخ او الانفساخ فكذلك و الافلايد من الاشكال فى ذلك من بدو الأمر فان المال الذى لا ربط له بالآخر لا معنى لكونه شريكاً فى ربحه.

(مسألة ٢٨): اذا كان مال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً و اشترط له نصف الربح و تفاضلا فى النصف الآخر بان جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما فى ذلك المال، او تساويا مع تفاوتهما فيه فان كان من قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة الى صاحب الزيادة، بان يكون كأنه اشترط على العامل فى العمل بماله اقل مما شرطه الآخر له، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته، و شرط له صاحب النقيصة ثلثى ربح حصته مثلاً مع تساويهما فى المال فهو صحيح لجواز اختلاف الشريكين فى مقدار الربح المشترط للعامل و ان لم يكن النقص راجعاً الى العامل بل على الشريك الآخر بان يكون المجعول للعامل بالنسبة اليهما سواء لكن اختلفا فى حصتهما بان لا يكون على حسب شركتهما فقد يقال فيه بالبطلان لاستلزامه زيادة لاحدهما على الآخر مع تساوى المالىن او تساويهما مع التفاوت فى المالىن، بلا عمل من صاحب الزيادة لان المفروض كون العامل غيرهما و لا يجوز ذلك فى الشركة و الاقوى الصحة لمنع عدم جواز الزيادة لاحد الشريكين بلا مقابلهتهما لعمل منه فأن الاقوى جواز ذلك بالشرط و منع كونه خلاف مقتضى الشركة بل هو خلاف مقتضى اطلاقها مع انه يمكن ان يدعى الفرق بين الشركة و المضاربة و ان كانت متضمنة للشركة.

أقول: في هذا المتن كما ترى فرعان: الاول ان يكون التفاضل بين المالكين في نصف الربح مع تساوى المالكين او التساوى فيه مع تفاوتهما مرجعه الى اشتراط ان يكون هذا التفاضل بلحاظ سهم العامل لا سهم المالكين بان يكون النصف الذى جعل للعامل ثلثه لاحدهما و ثلثاه من الآخر فيكون النصف الآخر ايضا كذلك يكون ثلثه لاحدهما و ثلثاه للآخر فمن له الثلث جعل له فى الواقع الثلثين من النصف و من له الثلثان جعل له الثلث من الربح و هذا لا اشكال فيه لا للتعليل الذى هو فى المتن لانه مصادرة على المطلوب لان جواز الاختلاف جعل علته جواز الاختلاف بل الدليل لذلك اطلاق ادلة المضاربة لان العقد الواحد ينحل الى عقدين بلحاظ المالكين و لكل واحد من المالكين تسلط على حصته فيريد حسب مصالحه ان يعطيه من الربح الاقل او الأكثر فكأنه قال احدهما للعامل اتجر لحصتي و لك من الربح ثلثا نصفه و قال الآخر اتجر بحصتي و لك من الربح ثلث نصفه و هذا يدور مدار قصدهما و يتضح هذا القصد بالقرائن الخارجية او باقرارهم.

الفرع الثانى هو ان يكون التفاضل بين سهم المالكين بعد ان يكون سهم العامل من المالكين النصف من الربح على النسبة المتساوية بان يكون ربع تمام الربح من سهم هذا و ربع تمامه من سهم الآخر ففى هذه الصورة يجىء فى الذهن اشكال و هو ان الربح تابع للمال فاذا كان المالكان متساويين فلا بد ان يكون الربح التابع لهما على نحو التساوى و اذا كانا متفاوتين فيكون الربح تابعا لهما على نسبة التفاوت فكما لا يجوز التفاضل فى مورد الشركة كذلك لا يجوز فى المضاربة التى متضمنة لها و هذا الاشكال صار موجبا لحكاية البطلان فى هذا الفرع عن المبسوط للشيوخ و جامع الشرايع (المولف الكبير ابى الزكريا يحيى ابن احمد الحلى ابن عم صاحب شرايع الاسلام) و لكن هذا الاشكال يكون واردا فى مورد

الشركة القهرية بان يصير المالكان ممتزجين و يحصل لهما نفع و فائدة فان التفاضل لا معنى له على ما هو المرتكز فى اذهان العرف و العقلاء و لم يردع عنه الشرع و اما الشركة العقدية فيصح فيها اشتراط الزيادة لاحدهما بل يمكن ان يشترط ان يكون تمام الربح لأحدهما نعم اذا كان العقد مطلقاً يكون الزيادة خلاف اطلاقه فعلى هذا لا يكون هذا الشرط فى الشركة خلاف مقتضاها بل مع الالتزام بمقتضاها يشترط ان لا يأخذ ربح ماله بنحو شرط النتيجة او شرط الفعل. فان قلت: إن هذا الشرط خلاف الكتاب لان دليل نفوذ الشرط مثل قوله ص المسلمون عند شروطهم لا يكون مشرعاً بل كل شرط سائغ فى نفسه يكون تحت دليل نفوذ الشرط و هذا الشرط حيث انه خلاف المشروع لان ربح المال تابع له لا يكون نافذاً.

قلت: المراد هنا ليس اشتراط خلاف حكم الله تعالى بجعل الحلال حراماً او بالعكس بل يكون مع الالتزام بكون الحكم فى الشركة الشركة فى الربح و الخسران بلحاظ المال يشترط ان لا يأخذ من ربحه الا هذا المقدار و ان شئت قلت ان بعض الاحكام مما لا سبيل الى تغييرها بالشرط و هو فيه اقتضاء عدم التغيير كحرمة الزنا و شرب الخمر او وجوب الصلاة و الصوم و بعض الاحكام مثل الاحكام المنوطة بالأموال يكون لها تغيير بحسب انظار من له السلطة عليها و يكون من اللاإقتضاء فى هذا اللحاظ و لذا ورد فى مورد العبد الذى تزوج بغير اذن سيده انه لم يعص الله و انما عصى سيده و ما نقول لا اشكال فيه اذا كان الشرط بلحاظ مقام العمل بنحو شرط النتيجة او شرط الفعل.

هذا كله فى الشركة و اما المضاربة التى تتضمن الشركة فى الاموال بلحاظ هذا الشرط فى ضمنها ففيها بحث و هو ان هذا الشرط هل يكون مثل اشتراط شئ من الربح للأجنبى او يكون احسن حالاً منه لان اشتراطه للأجنبى ينافى

ظاهر قوله ع «و الربح بينهما»^(١) وقد اخترنا في الشرط السابع من شروط المضاربة عدم جوازه الا اذا كان على نحو الهبة او الصلح ولكن هنا يكون الربح بينهما ولا يتعدى عنهما الا ان احدهما زاد على الآخر بشيء وهذا الشرط في الواقع يكون بين العامل والمالكين و نتيجة هذا الشرط وان لم تكن راجعة من حيث العالية الى العامل ولكن الشرط يصح اذا كان للعامل غرض عقلائي غير مالى مثل انه يرى ان المالك الآخر لا يرضى بالمضاربة معه الا اذا اشترط هذا الشرط له و كما انه يمكن ان يكون مرجع شرطه الى ما لم يكن مالا كما اذا اشترط للمالك الآخر ان يزوجه ابنته فكذلك اذا كان مرجعه الى زيادة المال و عموم دليل نفوذ الشروط يشمله وبالعكس لو كان الشرط من قبل المالك فانه ربما يكون غرضه في نحو هذه المضاربة التي يكون سهمه انقص من سهم ماله هو مجرد كونه شريكاً مع شريكه كولده ليكون التصرف في المال تحت نفوذه و لا يتعدى الولد حتى بالنسبة الى ملك نفسه فيرضى فيها بهذا النحو فعلى هذا ما قيل لا عمل للمالك الآخر ليزيد في سهمه مندفع بان الغرض ربما لا يكون عملاً ولا مالا في الشرط.

ثم ان هذا الشرط ان فرض عدم نفوذه في الشركة لا يكون نافذاً في المقام ايضا من حيث الشركة و لا خصيصة لعقد المضاربة لان الشرط ما لم يكن سائناً في نفسه لا يصير سائناً في عقد المضاربة لان من شروط نفوذ الشرط هو ان يكون سائناً فالعمدة هي ان اشتراط عدم التساوى في الربح مع التساوى ينافي اطلاق الشركة لا اصلها فكذلك التساوى في الربح في المضاربة مع التساوى في المال فالمضاربة و الشركة بدون الشرط يقتضى التساوى في الربح و معه يتبع

الشرط فيه و الشرط فهما يكون تحت عموم ادلة المؤمنون عند شروطهم و لايد ان يكون الشرط سائغاً فاذا لم يكن سائغاً لا فرق بين الشركة فى المضاربة او الشركة المحضة. فتحصل من جميع ما تقدم امور: الاول عدم الاشكال فى اشتراط الزيادة فى الشركة مع تساوى المالىن. الثانى عدم الفرق بينها وبين المضاربة فى اصل الاشتراط خلافاً للماتن. و الثالث ان الشرط فى المضاربة للعامل لا يختص بما يرجع نفعه المالى اليه بل الاشتراط يكفى لان يكون لغرض راجع الى المضاربة او غيرها للعامل او للأجنبى.

فى بطلان المضاربة بموت المالك او العامل

(مسألة ٢٩): تبطل المضاربة بموت كل من العامل و المالك أما الأول فلاختصاص الاذن به و اما الثانى فلانتقال المال بموته الى وارثه، فابقائها يحتاج الى عقد جديد بشرائطه، فان كان المال نقداً صحّ و ان كان عروضاً فلا لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير التقدين

أقول: فى هذه المسألة فروع: الاول: بطلان المضاربة بموت كل من العامل و المالك مع توقف صحة تجديدها على شرائطها و الظاهر ان هذا من المسلمات عندهم و لا خلاف فيه و عليه بناء العرف و العقلاء و قال فى الشرايع «فبموت كل منها تبطل المضاربة لأنها فى المعنى وكالة» و تبعه فى الجواهر^(١) و يدل عليه ان قوام المضاربة يكون بهما فاذا مات العامل الذى كان هو المأذون و انه كالوكيل من قبل المالك لا موضوع للإذن و وارث العامل اجنبى و ليس عقد المضاربة حقاً من الحقوق لينتقل بالأرث و كذلك المالك فانه كان هو الآذن فى التصرف و

أذنه كان متعلقاً بماله فإذا انتقل ماله الى وارثه لا يكون له مال لiestعلق به الأذن فان شاء الوارث لهما ابقاء المضاربة فلا بد من عقد جديد بل التعبير بالأبقاء كما في المتن فيه مسامحة بل اصل المضاربة الجديدة يحتاج الى عقد جديد فان كان شرائطها تامة تصح والا فلا و من شرائطها ان يكون المال نقداً ولا يصح بالعروض وقد مرّ فيما تقدم ان المراد بالنقد هو ما يكون في مقابل العروض ولا يجب ان يكون من النقدين او الدرهم والدينار فتصح بالاسكناس ايضاً فما ذكره المصنف هنا من عدم الصحة في غير النقدين يكون على حسب مبناه الذي يكون سنده له الاجماع وقدر في بيان الشرط الثاني للمضاربة عدم ثبوت هذا الاجماع فلا يفيد.

الفرع الثاني، قوله: و هل يجوز لو ارث المالك اجازة العقد بعد موته قد يقال بعدم الجواز لعدم علقته له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعاً على ماله أو متعلق حقه وهذا بخلاف اجازة البطن السابق في الوقف أزيد من مدة حيوته فان البطن اللاحق يجوز له الاجازة، لأن له حقاً بحسب جعل الواقف و اما في المقام فليس للوارث حق حال حيوة المورث اصلاً، و انما ينتقل اليه المال حال موته و بخلاف اجازة الوارث لما زاد عن الثلث في الوصية، و في المنجّز حال المرض على القول بالثلث فيه فان له حقاً فيما زاد فلذا يصح اجازته

أقول: القائل بعدم الجواز صاحب الشرايع في الامر الثاني في البحث في مال القراض حيث قال: «ولو مات ربّ المال و المال متاع فأقرّه الوارث لم يصح لان الاول بطل» و تبعه في ذلك في الجواهر^(١) مع البحث منه في عدم كون المقام مثل الوقف و الوصية و التنجيز في المرض كما في المتن، و لا يخفى ان تعبير الشرايع

بقوله فأقره يكون المراد منه ابقاء المضاربة بالاجازة وان لم يكن صريحاً فى هذا المعنى كما فى المتن وما استدلل به لذلك فى المتن تبعاً للجواهر هو تام وبعبارة اخرى نقول لو كان العقد فضولياً لكان محتاجاً الى الاجازة فى نفوذه والعقد الفضولى يكون فى مورد كون العقد صادراً من غير من له الولاية عليه مع كون المجيز له الولاية عليه فاذا انتفيا لا موضوع للفضولى ليصح بالاجازة وفى المقام العقد من المالك يكون عقداً صادراً ممن له الولاية عليه لولايته على ملكه ولم يكن للوارث ولاية على هذا العقد لعدم ربطه بالمال قبل صيرورته ارثاً وبعبارة ثالثة العقد فى زمان وقوعه لا قصور فيه من وجه لىحتاج الى الاجازة فعلى هذا اذا بطل بالموت لابد لمن يريده تجديده باسبابه الجديدة و هذان الشرطان موجودان فى امثلة المصنف لغير المقام اما الوقف فلأن البطن السابق فضول بالنسبة الى زمان كون الوقف متعلقاً لحق البطن اللاحق و البطن اللاحق يكون له الولاية على هذا العقد الواقع بلحاظ الزمان اللاحق فوقع عقد فى متعلق حقه وهو فضولى فاجازته يوجب تصحيحه. وكذلك الموصى ليس له حق فيما زاد عن الثلث بعد موته فاذا اوصى به يكون عقده فى هذه الوصية فضولياً و الوارث كان له الحق و الولاية على المال بلحاظ ما بعد الموت فله اجازته. و مثله المنجز حال المرض الذى يتصل بموته من الهبة و غيرها على القول بعدم جواز ذلك لانه فضول فيما زاد عن الثلث و لكن الظاهر عندنا هو نفوذ كل ما فعله الانسان مادام بقاء روحه فى جسده من التبرعات المنجزة إما لأظهرية النصوص فى مقابل معارضها وإما لتقدمها لموافقتها للشهرة وإما لاختيارها فى مقام التساوى و التعارض بالتخير الاصولى و الحاصل ما فى هذا المتن تام وان لم يتم ما فى المتن الآتى.

الفرع الثالث، قوله: ونظير المقام اجارة الشخص ماله مدة مات فى اثنائها،

على القول بالبطلان بموته فإنه لا يجوز للوارث اجازتها لكن يمكن ان يقال: يكفي في صحة الاجازة كون المال في معرض الانتقال اليه و ان لم يكن له علقه به حال العقد، فكونه سيصير له كاف و مرجع اجازته حينئذ الى ابقاء ما فعله المورث لا قبوله و لا تنفيذه فان الاجازة اقسام، قد تكون قبولاً لما فعله الغير، كما في اجازة بيع ماله فضولاً، و قد تكون راجعاً الى اسقاط حق كما في اجازة المرتهن لبيع الراهن و اجازة الوارث لمازاد عن الثلث و قد تكون ابقاء لما فعله المالك كما في المقام.

أقول: إن وجه الصحة في المقام و في الاجارة غير تام لما مر من أن العقد اذا كان في زمان وقوعه ممن له الولاية و لا سلطة لغير المالك عليه لا يبقى منه شيء ليصح بالاجازة فإنه في زمان وقوعه وقع صحيحاً و بعد بطلانه بالموت لا بد من تجديده و ابقاء ما فعله المالك بعد الحكم بالبطلان لا معنى له فإنه بنفسه لولم يبطل لكان باقياً و اذا بطل فليس للابقاء موضوع الا ان يأتي بعقد جديد و هو متوقف على التراضي الجديد بين العامل و الوارث هنا و بين المستأجر السابق و الوارث في الاجارة و مع ذلك فالمضاربة الجديدة لا ربط لها بالمضاربة السابقة فلا ربط لربحه و خسارته بالأولى فالعامل مثلاً يملك سهمه من الربح في السابقة و لا ينقص منه شيء اذا خسرت اللاحقة و المال عند الموت اذا كان عروضاً لا يصح المضاربة به الا اذا جعل نقداً بالمعاملات الصحيحة ثم المضاربة به فمجرد تقسيم الاجازة باقسام لا يوجب تصحيح المقام.

عدم جواز الوكالة للعامل

(مسألة ٣٠): لا يجوز للعامل ان يوكل وكيلا في عمله او يستأجر اجيراً آلاً باذن المالك نعم لا بأس بالتوكيل، او الاستيجار في بعض المقدمات على ما هو

المتعارف اما الأيكال الى الغير وكالة او استيجاراً في اصل التجارة فلا يجوز من دون اذن المالك و معه لا مانع منه كما انه لا يجوز ان يضارب غيره الا باذن المالك.

أقول: إن مقدمات الاتجار لا بأس بان لا تكون بمباشرة العامل الا اذا كان الاطلاق منصفاً عنه و اما اصل التجارة بمعنى البيع و الشراء فالاصل فيه عدم الجواز الا مع الاذن لان ظاهر اطلاق المضاربة هو ان يكون العامل بنفسه مباشراً لذلك الا اذا صرح باخذ الوكيل او الأجير فيه ايضاً و اما جواز مضاربه مع غيره فهو لا يخلو من اشكال لان حقيقة المضاربة دفع المال ليتجر به و الاتجار صادق بالمباشرة او بالوكالة او الاستيجار و اما جعل الغير عاملاً فهو وكالة او اجارة لجعل المضاربة فكيف يكون شريكاً في الربح مع أنه ليس له رأس المال و ليس عاملاً نعم يجوز ان يجعل له شيئاً معيناً بعنوان الأجرة او حق الوكالة او يعطيه شيئاً بعنوان اجرة المثل و اما بالنسبة الى سهم الربح فهو اجنبى و لا يجوز جعل شيء من الربح للأجنبى لأنه يناهى قوله عليه السلام «و الربح بينهما» في روايات كثيرة (١/ من المضاربة) فعلى هذا مع اذن المالك ايضاً في مضاربة العامل غيره لا يكون المضاربة الا مع ذلك الغير و لا يوجب المضاربة بالنسبة الى العامل الأول سهماً من الربح و سيجىء تفصيل الكلام فيه آنفاً (في مسألة ٣١).

(مسألة ٣١): اذا اذن في مضاربة الغير فإما ان يكون نجعل العامل الثانى عاملاً للمالك او يجعله شريكاً معه فى العمل و الحصة، وإما يجعله عاملاً لنفسه أما الاول فلا مانع منه و تنسخ مضاربة نفسه على الاقوى و احتمال بقائها مع ذلك كما ترى. و يكون الربح مشتركاً بين المالك و العامل الثانى، و ليس للأول شيء الا اذا عمل عملاً و حصل ربح فيستحق حصته من ذلك

أقول: قد تعرض لهذا الفرع في الجواهر في المسألة السادسة^(١) فنقول ان القسم الاول من الاذن في مضاربة العامل مع غيره تارة يكون بمعنى انه مع كونه عاملاً يجعل غيره ايضاً عاملاً لا على نحو الشركة في العمل و لا على سبيل كون الآخر عاملاً للعامل بل على سبيل الطولية و اخرى ان يكون كل واحد منهما عاملاً مستقلاً في عرض الآخر فهذا ان يرجع امره الى انه يجعل العامل على نحو التردد بينهما بان يقول انت اتجربه و ان لم تشأ فيتجربه غيرك في الطولية و انت اتجربه او غيرك في الاستقلال بكل واحد منهما و هذا لا محصل له لان التردد في العقد موجب لعدم وقوعه لعدم انشاء العقد مع المعين و المردد ينافي مع التنجيز ففي الواقع كأنه قال انت العامل ان شئت و غيرك العامل ان لم تشأ و ان رجع امره الى ان يجعله مضارباً له على نحو التنجيز ولكن يوكله في ان يجعل غيره مضارباً بعد فسخ مضاربة نفسه فعلى هذا ما لم يفسخ مضاربة نفسه لا يكون له جعل غيره مضارباً على وجه الاستقلال فعلى هذا يكون الأقوى بطلان الاول و صحة الثاني كما في المتن ولكن هنا وجوه اخر للقول بصحة المضاربتين، الاول ما عن صاحب الجواهر فانه قال في المسألة السادسة عند قول صاحب الشرايع «اذا قارض العامل غيره فان كان باذنه و شرط الربح بين العامل الثاني و المالك صح» قال: لانه يكون حينئذ بمنزلة الوكيل عن المالك في ذلك، و سبق عقد القراض معه لا ينافي ذلك، بل لا يقتضى فساد، لعدم اعتبار خلؤ المال عن وقوع عقد قراض عليه في صحة الثاني و ان كان هو لا يستحق شيئاً من الربح بعدم العمل منه اما لو فرض عمل كل منهما صح و اخذ كل منهما ربح ما عمل به من المال على حسب ما شرط له... انتهى

و فيه: أنَّ الاشكال في أنَّ عقد المضاربة مثل غيره من العقود و يكون قوامه بالمتعاقدين و يكون التنجيز في عقده شرطاً للصحة مع ان العمل الواحد لا يكون قابلاً لعقدين عليه فاذا كان التردد في العامل لا يكون العقد متحققاً عرفاً و شرعاً و اذا كان العمل واحداً و لو بوحدة عرقية بأن يكون العقد واقعاً على تمام ما يتحقق من التجارات و جعل للعامل سهم من الربح في مقابل عمله ليس هذا العمل قابلاً للتعدد فاذا فرض استيجار زيد لخياطة هذا الثوب و جعل له في مقابل هذا العمل اجرة لا يصح الاجارة على نفس هذه الخياطة و بعبارة واضحة قد حصل التبادل بين سهم من الربح مع سهم من العمل مع زيد مثلاً فلا يصلح مع عمرو هذه المبادلة الخاصة و ليس عقد المضاربة هو الاذن في التصرف فقط ليقال إنَّ الاذن في التصرف في مال يمكن ان يكون لمتعديدين فأئهم سبق فيجوز تصرفه فعلى هذا المال الواحد اذا وقع عقد قراض في مورده مع زيد لا يصح حين كون بعض ربح هذا المال لزيد كونه لعمرو لحصول المبادلة قبل ذلك.

الوجه الثاني ما عن بعض الاعاظم (قده) و حاصله هو أنَّ المضاربة من العقود الاذنية و ليس فيها تمليك و تملك فما المانع من مضاربة اثنين في بادى الأمر فيكون لكل واحد منهما الاتجار بهذا المال فان سبق احدهما و اتجر به انتفى موضوع المضاربة الثانية فان ظهر ربح كان بين العامل و المالك و لا تقاس بالاجارة أو المزارعة لانهما تتضمنان التمليك و التملك بل المقام يكون من قبيل التوكيل حيث لا مانع من توكيل المتعديدين في العمل الواحد.

و فيه: أنه ظهر ممّا تقدم ان المضاربة ليست من العقود الاذنية فقط بل هي تمليك المالك سهماً من ربح ماله في مقابل عمل العامل فتكون من هذا الوجه متضمنة لنوع من التمليك و التملك و ليس من قبيل التوكيل المحض فلا يتم ما ذكره.

الوجه الثالث هو ما في المستمسك وحاصله هو ان الظاهر عرفاً من المضاربة انها استعمال للعامل و هو لا يقبل التعدد نظير الاستيجار على العمل لكن لو سلمَ فذلك يمنع من تعدد العامل بالنسبة الى العمل الواحد، لا بالنسبة الى العاملين فاذا عمل الاول و ربح كان له سهم من الربح و اذا عمل الثاني ايضاً فربح كان له سهم كما صرح به في الجواهر و الأولى ان يقال إنه اذا انتزع العامل الاول نفسه من المضاربة انفسخت بالنسبة اليه و ان لم ينتزع نفسه كان كلّ منهما عاملاً و اختص كل واحد منهما بحصته من الربح في عمله.

وفيه: ان جعل المضاربة نظير الاستيجار و ان كان متيناً ولكن لا يتم غيره مما ذكره لان ما فرضه بالنسبة الى العاملين فهو يرجع الى القسم الثاني مما في المتن و هو التشريك في العمل مع التشريك في الحصة فعلى هذا يكون مضاربة نفسه صحيحة لا مانع منها و مضاربة غيره يكون وكالة في جعله عاملاً للمالك و حينئذ يكون هذا الفرض خارجاً عن القسم الاول فيكون بمنزلة مضاربتين مع عاملين في معاملتين او معاملات و المفروض في القسم الاول هو ان يكون المضاربة مع هذا العامل و ان لا يكون مضاربة غيره على نحو التشريك فلها وحدة عرفية ان فرض تعدد العمل ايضاً و لا يتعدد المعاملة بتعدد العمل.

واما ما جعله الأولى الفسخ بانتزاع نفسه من العمل و عدمه اذا لم ينتزع فهو ايضاً خارج عن البحث لأن البحث ليس في مورد فسخ الأول مضاربة نفسه بانتزاع نفسه منها لجواز الفسخ بل الكلام في مورد عدم انتزاع الأول نفسه عنه و عدم فسخه لها بطبيعة الحال و الاعم فسخه لا كلام في بطلانه به.

فتحصل ان الحق في ذلك مع المصنف القائل ببطلان الأولى و عليه فلا شيء له من الربح الحاصل للثاني الا اذا اتجر قبل ذلك و حصل له ربح فانه يكون له سهمه من الربح بطبيعة الحال.

قوله: وليس له ان يشترط على العامل الثانى شيئا من الربح بعد ان لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية بل لوجعل الحصة للعامل فى المضاربة الثانية أقل مما اشترط له فى الأولى، كأن يكون فى الاولى بالنصف، وجعله ثلثاً فى الثانية لا يستحق تلك الزيادة بل ترجع الى المالك وربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح او كون الزيادة له بدعى ان هذا المقدار وهو ايقاع عقد المضاربة ثم جعلها للغير نوع من العمل يكفى فى جواز جعل حصة من الربح له. وفيه: انه وكالة لا مضاربة

أقول: إن التوكيل على عمل يكون له الأجر ان لم يكن الوكالة تبرعية و هنا حيث يكون الاول وكيلاً لأن يجعل غيره مضارباً فله اجرة عمله فان كانت معينا فهو والا فله اجرة المثل ولكن لا ربط لهذه الاجرة بالمضاربة من حيث انها مضاربة ليكون له سهم من الربح فيكون هذا التوكيل كالتوكيل من العامل لغيره فى مقدمات التجارة لا فى اصلها كما تقدم فى المسألة السابقة فان الوكيل يكون له اجرة الوكالة وهكذا اذا كان جعل الاجرة بنحو الجعالة بان يقول من أخذ لى عاملاً فله كذا فان كان معينا فهو والا فيرجع الى اجرة المثل بعد العمل فعلى هذا حيث يشترط فى الجعالة ايضاً تعيين الأجر وكان سهم من الربح مع كونه محتملاً مجهولاً فلا يتعين ذاك السهم بل يرجع الى اجرة المثل ولا يخفى ان هذا يجعل لا بد ان يكون من قبل المالك ولا ربط له بالعامل الثانى فان اشتراط العامل الأول مع العامل الثانى مع عدم ربطه باصل المال لا معنى له فانه لا بد لان يكون تعيين حق الجعالة او الاجرة من الجاعل والمستأجر ولا ربط لاجنبى عن المال فى المقام بهذا الجعل.

و اما استدلال القائل بجواز اشتراط شيء او كون الزيادة للعامل الاول كما فى المتن فهو غير تام لان ايقاع عقد المضاربة ليس له ربح و الربح يكون بعد الاتجار

بالمال و هو متأخر بعد عقدھا و لذا تأمل فيه صاحب الجواهر (قده) بعد ذكره احتمالاً في المسألة فهذا الاحتمال غير تام كما في المتن و في الشرايع.

و لا فرق فيما ذكرناه بين جواز جعل بعض الربح للأجنبي في المضاربة بالشرط و عدمه لان جعل العامل الأول لا اثر له اصلاً بالنسبة الى العامل الثاني نعم على فرض كونه وكيلاً من قبل المالك بان يجعل لنفسه سهماً يكون من اشتراط شيء للأجنبي و هو غير صحيح فما عن بعضهم من جوازه على فرض جواز اشتراط شيء للأجنبي غير تام.

قوله: والثاني ايضاً لا مانع منه، و تكون الحصة المجعلولة له في المضاربة الأولى مشتركة بينه و بين العامل الثاني على حسب قرارهما

أقول: عدم المنع في هذا القسم يكون من جهة ان روح الأمر يرجع الى جعله مضارباً و عاملاً في بدو الأمر و جعله وكيلاً لأن يأخذ شريكاً في العمل فيكون المضاربة في بدو الأمر مع عامل واحد وفي انتهاء مع عاملين و اما شركتهما في الربح فيكون على حسب اذن المالك فان اطلق و جعل الأمر بيد العامل الأول فهو يجعل للشريك نصفاً او ثلثاً من الربح او غير ذلك من النسب و ان عيّنه بأن جعل مثلاً له نصف الربح ان كان واحداً و ثلثي نصفه له و ثلثة لشريكه له. ان كان متعدداً فلا بد من متابعتها حيث لا شأن للعامل الا العمل بما شرط عليه و لا شأن له بالنسبة الى المال فجعل الحصة المجعلولة بينه و بين شريكه ليس باطلاقه تاماً.

قوله: و اما الثالث فلا يصح من دون ان يكون له عمل مع العامل الثاني و معه يرجع الى التشريك.

أقول: عدم صحة هذا القسم يكون من جهة ان العامل لا شأن له بالنسبة الى المال ليأخذ العامل من قبل نفسه و الظاهر ان مراده بالعمل مع العامل الثاني هو ان يكون عاملاً مثله و الا فاذا فرض فسخه مضاربة نفسه فلا يكون عمله موجباً لأن

يكون سهيماً في الربح الا ان يكون بامر من العامل الثاني فله اجرة عمله حسب المتعارف او على قرارهما ثم ان الظاهر من اذن المالك في مضاربة العامل مع غيره هو ان يكون الغير عاملاً من قبل المالك فما فعله العامل في هذا القسم ليس ما هو المأذون فيه فمضاربة الثاني فضولية تتوقف على اجازة المالك ان قلنا بصحة بيع مال غيره لنفسه فضولاً نعم لو فرض جهل المالك بعدم صحة هذا الوجه و مع ذلك اذن فيه يكون من القسم الباطل من المضاربة بحسب حكم الشرع الا مع القول بصحتها فضولاً اذا اجازها بعد ذلك لنفسه و اما الاذن في المضاربة بطبيعة الحال فيرجع الى القسم الصحيح و هو القسمان الأولان لا غير. (مسألة ٣٢): اذا ضارب العامل غيره مع عدم الاذن من المالك، فان اجاز المالك ذلك كان الحكم كما في الاذن السابق في الصور المتقدمة، فيلحق كلاً بحكمه، و ان لم يجز بطلت المضاربة الثانية

اقول: البحث في هذه المسألة في فروع: الاول ما في هذا المتن فان صحة المضاربة التي تكون عن قبل المالك بدون اذنه متوقفة على اجازة المالك للعقد الفضولي فان اجاز فهو و الا فهو باطل و هكذا اذا ضارب العامل غيره من قبل نفسه ان قلنا ان عقد الفضولي و ان كان لنفسه يقع لمن له رأس المال كما في بيع الفضولي لنفسه و ليس هذا ببيع بل هو الاقوى كما عن الشيخ الاعظم في مكاسبه لان العقد من حيث العقدية لا قصور فيه و انما القصور من جهة عدم رضا المالك و هو يحصل بالاجازة و مع عدمها فهو باطل و هذا واضح.

الفرع الثاني في أن الربح لمن هو؟

قوله: و حينئذ فان كان العامل الثاني عمل و حصل الربح فما قرر للمالك في المضاربة الاولى فله و اما ما قرّر للعامل فهل هو ايضاً له او للعامل الاول او مشترك بين العاملين وجوه و اقوال اقواها الأول لان المفروض بطلان المضاربة

الثانية فلا يستحق العامل الثاني شيئاً و ان العامل الاول لم يعمل حتى يستحق، فيكون تمام الربح للمالك اذا اجاز تلك المعاملات الواقعة على ماله

اقول: بعد كون المفروض هو بطلان المضاربة الثانية لعدم اجازة المالك له يكون ما في المتن عن المصنف تام و اما مراده بالأقوال هو ما في الشرايع في المسألة السادسة في مورد ما قارض العامل غيره «و ان كان بغير اذنه لم يصح القراض، فان ربح كان نصف الربح للمالك و النصف الآخر للعامل الاول و عليه اجرة الثاني و قيل للمالك ايضاً لأن الاول لم يعمل. و قيل بين العاملين و يرجع الثاني على الاول بنصف الاجرة و الأول حسن.» و في الجواهر^(١) «و لهم وجه رابع على ما حكى و هو ان جميع النصف للعامل الثاني عملاً بالشرط و لا شيء للأول إذ لا ملك له ولا عمل.» و في المسالك ما حاصله انكار كون هذه الاقوال لأصحابنا و لم ينقلها احد ممن نقل الخلاف، و ان كان ظاهر العبارة بقليل و قيل يشعر به و انما هي وجوه للشافعية ذكرها المصنف و العلامة في كتبه: و نقل الشيخ في المبسوط قريباً منها بطريقة اخرى غير منقحة و المهم هو بيان وجه ما اختاره في الشرايع) و هو أنه يقول أنه ليس في عقد القراض ما يقتضى مباشرة العامل العمل بنفسه ضرورة الاكتفاء بمتبرع عنه و باجرة و نحو ذلك و أوضحه و شرحه في الجواهر بما حاصله ان عدم اجازة المالك كان من جهة القراض و اما ما فعله العامل الثاني فهو من جهة اذن العامل الأول الذى لم يشترط عليه المالك مباشرته بنفسه غايته ان العامل الثاني فعل ما فعل بعنوان المضاربة و حيث بان فسادها فاستحق على من غره اجرة المثل و الحاصل ان العامل الاول لم يخرج عن كونه عاملاً بجعل القراض مع الثاني فان عقده فضولى و يكون باطلاً و لا ربط لبطلانه

بطلان القراض الأول. ثم قال ومن ذلك يظهر لك ضعف القول بان الربح تمامه للمالك لعدم فساد المضاربة مع العامل الأول وصيرورة عمل العامل الثاني للأول ولو بغرم الاجرة له. وكذلك القول بان بقية الربح يكون بين العاملين فان كونه بين العاملين مع فساد القراض مع الثاني لا وجه له وان كان له اجرة مثل عمله ومنه ينقذ عدم تمامية القول الرابع ايضاً لان العامل الثاني لم يصح مضاربه ليكون تمام نصف الربح له وما وقع بينه وبين العامل الاول مقابلة غير مشروعة ولو كان على وجه التشريك في الربح.

ثم إنه قال في تحقيق المسألة بما حاصله ان المالك إن اجاز القراض الثاني فيكون نافذاً ويخرج عن الفضولية فيكون الربح بينه وبين الثاني على الشرط وان لم يجزه بطل القراض الثاني ولا يترتب عليه آثاره ثم مع فرض بطلان القراض فيأتي الكلام في البيع والشراء الواقع عن العامل الثاني فيقول اما ان يكون ذلك بعين المال او في الذمة والذمة اما ان يكون ذمة المالك او ذمة العامل الاول او ذمة نفسه فعلى الاول فان اجازه المالك فالمالك له خاصة لان المعاملة وقعت بين ماله خاصة والتمن ولا ربط للعاملين بها فلا شيء من الربح لهما اما العامل الاول الذي لا عمل له اصلاً فلا اجرة له ايضاً واما العامل الثاني فلا اجرة له من قبل المالك لانه لم يكن مأذوناً من قبله ليكون الأمر المعاملى موجباً لضمان اجرة المثل واما من قبل العامل الاول فهو كان مأذوناً في العمل فان كان العامل الثاني جاهلاً بالحال فيكون مغروراً فيرجع الى العامل الأول لأنه غرة لا مع علمه بالحال. واما على فرض كون البيع والشراء في الذمة فإن نوى صاحب المال واجازه فكذلك وان نوى العامل الاول وقع الشراء له لانه وكيله وان لم ينو شيئاً او نوى نفسه فالعقد له وضمن المال على العامل الاول لتعديده وفي كل مورد لم يقع العقد للعامل الثاني فله اجرة مثل عمله على العامل الاول ان كان

جاهلاً بالحال و مفروراً أن لم يتعد مقتضى المضاربة اى المضاربة الفاسدة لان امر العامل الثانى كان بلحاظ المضاربة فينزل اذنه على هذا الغرض فيستحق العامل الاجرة مع ملاحظته و الا فلا يستحق شيئاً اذا عمل عملاً من عند نفسه هذا حاصل كلامه مع تنقيح و توضيح منا.

و اقول: إنه لا شبهة و لا ريب فى ان مقتضى اطلاق المضاربة بل مقتضاها من اصلها هو ان يكون العمل فى المال بمباشرة العامل فيما لا يكون المتعارف جعله على عهدة الغير فان بعض مقدمات التجارة كحمل الثمن او المثلث و ان كان احياناً مما لا يكون المباشرة فيه شرطاً ولكن اصل البيع و الشراء يكون عمل العامل و العامل ليس هو من يقبل المال عن المالك و لا يفعل شيئاً أصلاً كما مر فى المسائل السابقة (مسألة ٣٠ و قبلها) فكيف يقال بان سهم الربح للعامل الذى لم يعمل فى المضاربة عملاً أصلاً.

فان قلت: لعل القائل بذلك يرى المقام نظير مخالفة شرط من شروط المضاربة التى لا توجب بطلانها بل تكون موجبة لضمان المال مع كون الربح بينهما بمقتضى النص^(١) فلا اشكال عليه.

قلت: هذا يكون من قبيل ما يخالف ما هو داخل فى قوام المضاربة و هو ان العمل فى الجملة يكون عوض سهم من الربح الذى يكون متعلقاً بمال المالك فيحصل التبادل بين العمل و المال بهذا النحو فكيف يقال بانه مخالفة شرط من شروطه و حيث ان العامل الأول لم يعمل شيئاً من العمل اصلاً فهو ليس بعامل ليكون له السهم بل لو فرض الغاء المالك للمباشرة بان يجعل العامل عاملاً بدون اى عمل من الاعمال فليس هذا بمضاربة مشروعة اصلاً و يكون كالبيع بلا ثمن

خلاف مقتضى العقد و موجب لبطلانه فعلى هذا القول بالبطلان الذى هو مختار المصنف هو الأقوى فظهر ان القول بكون تمام الربح للمالك لتبعيته لرأس المال بعد فرض فساد مضاربة العامل الأول تام و اما عدم صحة كون الربح بين العاملين او للعامل الثانى فهو فى محلّه و اما ما حققه صاحب الجواهر فمتين الا فى مورد كون البيع و الشراء فى الذمة مع نية كونه للعامل الاول فان قوله بوقوعه له لانه وكيله غير تام لان العامل الثانى يكون عاملاً فى المضاربة الفاسدة للمالك لا للعامل و العامل فضولاً اذن له فى التجارة للمالك لا لنفسه فكيف نقول بانه وكيل عن قبله فالحق انه ايضا فضولى فان اجازته العامل الأول فهو و الا فيكون باطلاً اللهم الا ان يكون مصرّحاً بكونه وكيلاً له او يكون هذا هو ظاهر الحال اما كون اجرة العامل الثانى على العامل الأول حتى فى صورة تحقق الربح فى المضاربة ففيه كلام سيأتى فى الفرع الثالث و اما فرض كون البيع و الشراء من العامل الثانى لنفسه فهو خروج عن فرض كونه عاملاً و المفروض انه عامل و يكون عمله بهذا العنوان و كيف كان فما حققه فى الجواهر موافق فى الجملة لما عن المصنف هنا فى هذا المتن و يعلم منه عدم تسليمه لكلام المحقق.

الفرع الثالث فى اجرة العامل الثانى

قوله: و يستحق العامل الثانى أجرة عمله مع جهله بالبطلان على العامل الأول لأنه مغرور من قبله. و قيل يستحق على المالك و لا وجه له مع فرض عدم الاذن منه له فى العمل هذا اذا ضاربه على ان يكون عاملاً للمالك و اما اذا ضاربه على ان يكون عاملاً له و قصد العامل فى عمله العامل الأول فيمكن ان يقال: ان الربح للعامل الأول بل هو مختار المحقق فى الشرايع و ذلك بدعوى ان المضاربة الأولى باقية بعد فرض بطلان الثانية، و المفروض ان العامل قصد العمل للعامل الأول فيصير كأنه هو العامل فيستحق الربح، و عليه اجرة عمل العامل اذا كان جاهلاً

بالبطلان و بطلان المعاملة لا يضر بالاذن الحاصل منه للعمل له لكن هذا انما يتم اذا لم يكن المباشرة معتبرة في المضاربة الأولى و اما مع اعتبارها فلا يتم و يستعين كون تمام الربح للمالك اذا اجاز المعاملات و لم تجز المضاربة الثانية.

اقول: قد ظهر حكم هذا المتن الذى يكون فى استحقاق العامل الثانى لاجرة مثل عمله فى الجملة مما تقدم فى بيان كلام صاحب الشرايع و الجواهر فى المتن السابق اما استحقاق العامل الثانى للأجرة مع جهله فهو تام و اما كونه على العامل الأول على ما فى هذا المتن فلأنه امره بهذا العمل فكأنه استوفاه و اما فى صورة علمه بالبطلان فعن جامع المقاصد «لا شك فى انه اذا كان عالماً لا يستحق اجرة»

ولكن فى كلتا صورتى العلم والجهل يكون فى الذهن شىء و ذلك من جهة ان العامل الثانى و ان كان له مطالبة اجرته من العامل الأول لانه امره بالعمل و يكون هو المؤاخذ بالعوض فى صورة الجهل ولكن اذا كان لعمله نفع معتد به يرجع الى المالك فجعل تمام الربح للمالك و تمام الخسارة للعامل خصوصاً اذا كان العامل الاول ايضا جاهلاً بالحال ففيه تأمل بل منع فان هذا يكون مثل ان يأخذ زيد مثلاً درهماً من عمرو و جعل فى كيس دعد او يسير سبباً لأن يجعل عمرو درهماً فى كيس دعد فان العرف لا يرى هذا المال لدعد و ان كان ذلك عن علم بالحال فضلاً عن ان يكون عن جهل بالمسألة او بالحال و لافرق فى ذلك بين صورتى علم العامل و جهله فاذا فرضنا ان العامل الثانى عمل فى مال المضاربة سنوات و صار موجباً لجلب ملايين من الربح لا يرى المالك بحيث لا يكون ضامناً لشيء اصلاً و اذا كان العامل الثانى عالماً بالحال فهو و ان كان مذموماً عند العرف لجعل فائدة عمله لغيره بلامعاهدة مع ذلك الغير ولكن لا يرى ما اكتسبه الغير من عمل هذا الشخص حلالاً له و حيث ان السيرة العقلانية على اخذ اجرة للعمل من المالك

ولو كان تلك الأجرة دون الأجرة بالنسبة الى مورد كون العمل عن امره ولم يردع عنه الشرع فنقول فى صورة الغرور يرجع الى العامل الأول وهو يرجع الى المالك و فى صورة عدم الغرور فيرجع الى المالك لأن المال دخل فى كيسه لا كيس العامل الأول الا على القول بأنه المالك لسهم ربح العامل فى المضاربة.

ثم إنه قال فى المستمسك «لكن الاختصاص بهذه الصورة (اي صورة جهل العامل بالحال) يتوقف على كون الضمان بالغرور اما اذا كان الضمان بالاستيفاء و أن من استوفى عمل غيره كان ضامنا له و ان كان عالماً بالبطلان، فالرجوع الى العامل باجرة المثل يكون فى صورتى الجهل و العلم.»

اقول: من البحث السابق متناظر أن مطلق العمل لا يكون كذلك فان العمل اذا كان له نفع يكون كذلك و اما اذا فرض عدم نفع للمضاربة اصلاً فيكون الرجوع الى المالك الذى لم ينتفع بشيء بنحو ما مرّ منّا غير وجه لعدم المعاهدة بينه و بين العامل الثانى و عدم انتفاعه بشيء يقابل بالمال و أمّا الرجوع الى العامل الأول مع جهل الأول بفساد المضاربة ففيه تأمل ايضا لان العامل رضى بان يكون عمله لسهم من الربح ان ربح المال و اسقط اجرة عمله بغير هذا النحو و لم يكن امر العامل الأول الا على هذا الوجه و لم يكن منه غرور بالنسبة اليه لجهله فكيف يطلب اجر عمله من الأول و اما اذا كان العامل الاول عالماً و العامل الثانى جاهلاً فانه يكون مغروراً ولكن المفروض عدم حصول ربح للمعاملة و ان فرض المضاربة صحيحة ففسادها لم يوجب ضرراً على العامل ليكون اجرته على العامل الأول فينحصر امكان كون الاجرة على العامل الاول بصورة كون المضاربة رابحة فاسدة فانه لا يضيع عمل هذا العامل سواء كان جاهلاً او عالماً بالحال و قد عرفت ان الضامن فى الواقع هو المالك لا العامل الأول بما مر من التحقيق و الحاصل التمسك بالاستيفاء بنحو مطلق كما فى هذا الكلام غير تام

لوجهين عدم تحقق الاستيفاء اذا لم تكن المضاربة رابحة و عدم تمامية الرجوع الى العامل الاول من اصله لما مرّ ان الربح دخل في كيس المالك و بعوضه يخرج من كيسه ايضاً. و مما ذكرناه ظهر ان ما قيل من انه على المالك كما حكى عن التذكرة و علّله بان نفع عمله عاد اليه و جيه في مورد حصول الربح و ليس ما في المتن من قوله بأنّه لا وجه له بوجيه في الجملة. هذا كلّ البحث في الربح و الأجرة اذا ضاربه على ان كون عاملاً للمالك. و اما اذا ضاربه على ان يكون عاملاً له و قصد العامل في عمله العامل الأول فقال المصنف يمكن ان يقال ان الربح للعامل الاول و نسبه الى المختار في الشرايع و فيه ان مختار صاحب الشرايع ليس فيه قيد كون العامل عاملاً للعامل الأول و لا قيد كون قصد العامل الثاني في عمله العامل الأول فان هذا يكون من استنباطه لا من كلام الشرايع فارجع الى متنه الذي تعرضنا له في اول الفرع الثاني حسب ترتيبنا في البحث هنا و قد مرّ عن الجواهر ان دليله عدم شرطية المباشرة كما تعرّض له المصنف هنا فاذا فرض عدم اعتبار المباشرة لا فرق بين أن يكون عمل العامل الثاني بقصد المالك او العامل الأول فانه على اى تقدير يصح مضاربة العامل الأول و يكون مضاربة العامل الثاني باطلاً اذا لم يجزها المالك اما بطلانها من قبل المالك فلعدم اذنه و لا اجازته و اما بطلانها من قبل العامل الاول فلعدم حق له في المال ليجعل عليه عاملاً بعنوان المضاربة فاذا فرض عدم لزوم المباشرة و كان له الاذن في التصرف فالثاني يتصرف في المال تصرفاً مشروعاً و يكون الكلام في اجرة عمله و انها على المالك او على العمل و لا اثر لقصد كون العمل عن المالك او عن العامل من هذا الوجه غاية الأمر ان قصد العامل الاول الذي يكون مأذوناً من قبله لا يكون تجاراته فضولية لان المضاربة و ان كانت باطلة ولكن الاذن الذي يكون في ضمن هذه المضاربة من العامل الأول يكون موثراً في كونها غير

فضولية و المفروض جواز ذلك للأول اللهم الا ان يقال ان اذنه كان من جهة زعم صحة المضاربة اذا كان جاهلاً بعدم انعقادها و حيث لم تنعقد لا يكون له اذن فتكون تجاراته فضولية ايضاً او يقال ان المفروض اذنه في عمل العامل الثاني من قبل المالك لا من قبل نفسه فتكون تجاراته بالنسبة اليه فضولية و المفروض عدم كونه مأذوناً من قبل المالك فلا يصح بيعه و شرائه الا باجازه المالك ان كان بعين ماله او باجازه العامل في بعض الصور كما مر تفصيله في تحقيق صاحب الجواهر و اما ان قصد المالك فهو فضول لعدم كونه مأذوناً من قبله و لا سبيل لكونه من قبل العامل الأول لأنه لم يقصده و ان فرض اذنه له فعلى هذا ايضاً يكون اجازة العقد و ردّه بيد المالك لا بيد العامل و ان قلنا بعدم شرطية المباشرة والذي يسهل الخطب هو شرطية المباشرة كما عن المصنف و قد مرّ تنقيحه في نقد كلامي صاحب الشرايع و الجواهر فلا نعيد و المهم هنا هو أن قيد المصنف ليس في كلام الشرايع و لا فائدة له في نفسه ايضاً.

في الشرط ضمن عقد المضاربة

(مسألة ٣٣): اذا شرط احدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالاً او عملاً كأن اشترط المالك على العامل أن يخيّط له ثوباً، او يعطيه درهماً او نحو ذلك، او بالعكس فالظاهر صحته و كذا اذا اشترط احدهما على الآخر بيعاً او قرضاً قراضاً او بضاعة او نحو ذلك و دعوى ان القدر المتيقن ما اذا لم يكن من المالك الا رأس المال و من العامل الا التجارة. مدفوعة بان ذلك من حيث متعلق العقد، فلا ينافي اشتراط مال او عمل خارجي في ضمنه و يكفي في صحته عموم ادلة الشروط.

و عن الشيخ الطوسي فيما اذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط

دون العقد في أحد قولييه، وبطلانها في قوله الآخر قال: لأن العامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح، وإذا بطل الشرط بطل القراض لان قسط العامل يكون مجهولاً ثم قال: وإن قلنا إن القراض صحيح والشرط جايز لكنه لا يلزم الوفاء به، لأن البضاعة لا يلزم القيام بها، كان قوياً، وحاصل كلامه في وجه بطلانها: إن الشرط المفروض مناف لمقتضى العقد فيكون باطلاً وبطلانه يبطل العقد، لاستلزامه جهالة حصّة العامل من حيث إن للشرط قسطاً من الربح، وبطلانه يسقط ذلك القسط وهو غير معلوم المقدار.

وفيه: منع كونه منافياً لمقتضى العقد فان مقتضاه ليس ازيد من ان يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح، والعمل الخارجى ليس عملاً فى مال القراض هذا مع ان ما ذكره من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع اذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض فى شىء من الموارد وانما يوجب زيادة العوض فلا ينقص من بطلانه شىء من الحصة حتى تصير مجهولة. واما ما ذكره فى قوله «و ان قلنا... الخ» فلعل غرضه انه اذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه فكأنه يشترط فلا يلزم الجهالة فى الحصة. وفيه انه على فرض ايجابه للجهالة لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعدمه حيث انه على التقديرين زيد بعض العوض لأجله

اقول: البحث فى الجواهر^(١) فى المسألة الثالثة عشرة فى هذه المسألة فى مراحل ثلاثة: المرحلة الاولى فى بيان ما اختاره المصنف، الثانية فى وجه بطلان الشرط من جهة كونه خلاف لمقتضى العقد، والثالثة فى انه لا اثر له اصلاً لانه فى ضمن العقد الجايز اما المرحلة الأولى والثانية فنيبحث عنهما فى ذيل هذا المتن

فنقول: إن الشرط لابد ان لا يكون مخالفاً للكتاب و السنة و لا مخالفاً لمقتضى العقد و فى المقام يكون كذلك و وافق المصنف ما فى القواعد حيث قال «لو شرط على العامل المضاربة فى مال آخر او يأخذ منه بضاعة او قرضاً، او يخدمه فى شىء بعينه فالظاهر صحة الشروط» غاية الامر فى مثل شرط البيع و نحوه لابد ان يكون الشرط شرط الفعل و اما كونه على نحو شرط النتيجة فهو مشكل لان البيع و نحوه مما له اسباب شرعية و هى العقد مع شروطه او المعاطاة لابد ان يكون متحققاً بهذه الاسباب و اما جعل نفس الشرط سبباً فهو غير معروف عند العرف و الشرع. اما عدم كون هذه الشروط خلاف الكتاب فواضح و اما عدم كونها خلافاً لمقتضى العقد فلأن عقد المضاربة لا يقتضى الا ان يكون رأس المال من المالك و العمل من العامل مع سهم من الربح معين مع سائر الشروط و فى المقام يكون السهم معيناً و يكون المشروط شيئاً خارجاً موجباً لزيادة الرغبة فى العقد و لزيادة السهم بالنسبة الى من شرط له و الحاصل ليس الشرط مخالفاً لمقتضى العقد و لا موجبا لجهالة السهم ثم ان المخالف لاشتراط أمثال هذه الشروط قد يظهر منه وجوه لعدم صحته الأول ما حكى عن التحرير فانه قال بما حاصله ان الشروط الفاسدة على اقسام ثلاثة ما ينافى مقتضى العقد كشرط البيع برأس المال و ما يقتضى جهالة الربح كاشتراط جزء من الربح مجهولاً او اشتراط ربح احد الكيسين و اشتراط ما ليس من مصلحة العقد و لا مقتضاه مثل اشتراط النفع ببعض السلع مثل لبس الثوب و استخدام العبد الى ان قال فهذه الشروط كلها باطلة تفسد العقدان اقتضت جهالة الربح و الا فلا على اشكال و اشكاله لعلّه ما حكاه فى مفتاح الكرامة عنهم من قوله «و لعلهم يستندون الى ان هذا العقد على خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن» و المراد بالمتيقن ما فى المتن و هو ان المتيقن ما اذا لم يكن من المالك الا رأس المال و من العامل الا التجارة و قد

اشكل على هذا في المستمسك بان هذا لو تم يكون جميع العقود المشتملة على الشروط كذلك لانها على خلاف الاصل ايضاً ولا يختص بهذا العقد والحاصل من جميع ما تقدم هو ان الشروط كذلك تكون خلاف المتيقن من المضاربة فنوقض بجميع العقود واما المصنف فدفع هذا الاشكال بان المتيقن من حيث متعلق العقد هو رأس المال والعمل لا بلحاظ عمل خارجي في ضمنه.

اقول: إن هذا العقد كغيره من العقود من حيث العقدية والشروط فيه كالشرط في غيره من حيث شروط صحة الشرط فاذا فرض عدم كونه خلاف الكتاب ولا خلاف مقتضى العقد لا وجه للأخذ بالقدر المتيقن وحصر الشروط الفاسدة بالثلاثة في كلام التحرير مع رجوع ثالثه الى اوله لانه يكون الثالث في المعنى كالأول في تعبيره بانه ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاء وكذا رجوع ثانيه الى اوله من جهة ان جهالة سهم الربح خلاف مقتضى العقد غير تام لان ما يخالف الكتاب ايضاً كأشترط جعل العنب خمرأ ايضاً يكون من الشروط الثمانية التي ذكرها الشيخ الاعظم في المكاسب للشرط. فكلامه غير منقح.

وأما الأخذ بالمتيقن الذي يكون في كلام غيره فلا يرد عليه ما في المستمسك من النقض بجميع العقود لان المراد بكون هذا العقد خلاف الاصل لعلّه هو انه خلاف الأصل العقلائي لا اصاله عدم الانتقال ليكون جميع العقود بالنسبة الى الشروط كذلك كما مر توضيحه ونقده في اوائل هذا الكتاب وقلنا ان التحقيق هو كونه موافقاً لبناء العقلاء في معاوضة بعض الربح بعمل العامل وليس الاصل عندهم كون الربح تابعاً للمال حتى في مثل هذا العقد فالمراد بالمخالفة لعلّه مخالفة هذا الاصل لا مخالفة الشروط للأصل ومن المعلوم ان الشروط كلها تحت عموم وجوب الوفاء الا ما خرج بالدليل واذا شك في شرطية شيء ايضاً لصحة الشرط وعدمها فالأصل يقتضي عدم الشرطية واما اصل الأخذ بالمتيقن

على فرض كون هذا العقد على خلاف القاعدة ايضاً غير تام لشمول اطلاق ادلة الوفاء بالشروط له.

و الوجه الثاني هو الأخذ بالقدر المتيقن في كلام المصنف وهو ان كان بلحاظ الشرط ولكن يرد عليه ما أورده عليه من ان ذلك من حيث متعلق العقد فلا ينافي اشتراط مال او عمل خارجي في ضمنه لشمول عموم المؤمنون عند شروطهم له.

فان قلت: كما قيل: إن العموم شامل بعد صدق اصل المضاربة ليكون الشرط في ضمنها نافذاً من باب الاخذ بالاطلاقات المقامية واما اذا شك في العنوان فالاصل يقتضي بطلان المضاربة و عموم صحة العقود انما يقتضي صحة العقد لا صحة المضاربة كما هو محل الكلام.

قلت: إن قوام المضاربة يكون منوطاً بمقوماته من كون رأس المال للمالك و العمل للعامل و الربح بينهما و غير ذلك من شروطها او مقوماتها و اما الشرط في ضمنها فلا ربط له باصلها و لا يضر بعنوانها سواء صح الشرط او فسد اذا لم يكن مفسداً لها و نفوذ الشرط في ضمن عقد من العقود يكون بدليله لا بدليل ذلك العقد بل ليس اطلاق ادلة المضاربة و لا غيرها في مقام بيان ذلك حتى يؤخذ بالأطلاق المقامي في مورده. هذا اولاً و ثانياً لو فرض عدم صحة عقد المضاربة و صحة غيرها و لو من باب كونه داخلياً في معنى مطلق العقد لكان كافياً في عدم كون الشرط ابتدائياً و مشمولاً لادلة نفوذه و ثالثاً اذا شك في ان عدم اشتراط شيء في ضمن عقد المضاربة شرط لصحتها ام لا؟ يكون مقتضى اصالة عدم الشرطية هو عدم اعتباره اذا صدق العنوان عرفاً والحاصل ان التمسك بالمتيقن هذا لأنشآت عدم نفوذ الشرط غير تام لما في المتن و لما ذكرناه في شرحه.

و الوجه الثالث ما عن الشيخ الطوسي^(١) وقد ذكره المصنف و اورد عليه و تذكر كلامه بكلا شقيه ببيان منا اما الشق الأول فقولہ «اذا دفع اليه ألفا قراضاً بالنصف على ان يأخذ منه ألفاً بضاعة الى ان قال فلا يصح هذا و الشرط فاسد لان العامل في القراض لا يعمل عملاً لا يستحق في مقابلته عوضاً فبطل الشرط و اذا بطل الشرط بطل القراض لان قسط العامل يكون مجهولاً فيه...»

و مراده من هذا الكلام هو ان حقيقة المضاربة و مقتضاها هي ان يكون كل عمل من العامل في مقابل العوض فيكون شرط البضاعة شرطاً لعمل لا عوض له فهو ينافي حقيقة المضاربة ولكن من جهة رجوعه الى جهالة السهم الذي لابد ان يكون معلوماً فاذا شرط له النصف من الربح مثلاً ثم شرط عليه البضاعة فسهم العمل من البضاعة حيث يكون مجهولاً و هو ينقص عن النصف فيكون مقدار نقص النصف مجهولاً لان ذهاب شيء مجهول من المعلوم يوجب ان يكون الباقي ايضا مجهولاً و لهذا يكون القراض باطلاً و لا يخفى ان ما في المبسوط بطلان العقد و الشرط في وجه قوى عنده غاية الأمر الشرط الجائز لا يلزم الوفاء به عنده و اما صحة العقد و بطلان الشرط الذي في كلام المصنف فليس في المبسوط.

و الجواب عنه اولاً هو ان العامل لا يعمل عملاً في مال المضاربة بدون الربح اى لا يكون المضاربة مضاربة الا بذلك لان العامل لا يعمل عملاً كذلك و شرط البضاعة غير مربوط بالعمل في مال المضاربة بل هي العمل في مال آخر بضاعة و هي ان يكون الربح تمامه للمالك فهو امر خارج عن المضاربة و يكون منافياً لاطلاقها و اما اذا اشترط فيها فلا مانع منه و هذا لا يرجع الى جهالة السهم اصلاً

و ذلك من جهة ان الشرط لم يجعل عوضاً بل العوض من العمل هو الربح و هذا امر زائد كشرط كتابة كتاب له فى هذا العقد فلا يرجع عند العرف الى جهالة العوض و ان كان فى نظر العقلاء موجباً لزيادته ولكنه بنظر آخر يكون خارجاً عن اصل العقد و هذا يكون المراد من جواب المصنف حيث قال «اذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض فى شىء من الموارد» و ان كان الأولى فى التعبير ان يقول ان الشرط لا يلاحظ عوضاً لا انه ليس بعوض اصلاً و فرق بين لحاظه عوضاً او لحاظه مستقلاً.

و ثانياً قيل ان هذه الجهالة غير مضرّة لأن سهم الربح و ان كان معيناً ولكن مقداره فى الواقع غير معلوم لعدم العلم بان نصف الربح هل يصير ألفاً او ألفين مع جهالة اصل تحققته فهو احسن حالاً من مورد بيع ما يملك مع ما لا يملك حيث يقال بصحته مع الخيار فيما يملك لان الثمن فى البيع لابد ان يكون معلوماً بالمقدار و مع ذلك لا يضر هذه الجهالة به و لا يلزم ان يكون المقدار معلوماً هنا الا بالسهم فللقول بصحته مجال بالأولوية و اقول ان الظاهر ان المراد هو ان العقلاء لا يرون هذه الجهالة مضرّة كما لا يرونها مضرّة فى البيع الذى يوجب خيار تبعض الصفقة و لم يرد ردع من الشرع عنه فليس هذا قياساً ليقال ان القياس عندنا باطل ولكن الحق هو ما فى الجواب الأول من عدم كون المورد مورد الجهالة عند العقلاء بالنسبة الى السهم و الشرط امر مستقل و لذا يصح الشرط مع عدم حصول الربح اصلاً اذا كان الاشتراط مطلقاً غير مقيد بصورة حصول الربح لان سهم الربح يكون على فرض تحققه و اما الشرط فيمكن ان يكون مطلقاً.

و قد اشكل عليه ثالثاً بان قوله ببطلان شرط البضاعة لان العامل لا يعمل عملاً لا يستحق عليه الأجر يكون لازمه هو عدم نقص شىء من سهم ربح العامل لعدم لزوم الوفاء بهذا الشرط ليصير زيادة فكيف يصير زيادة فى الربح ليرجع

الى جهالة العوض بل يكون المضاربة مع سهم معين و انما يلزم ذلك على فرض كان الشرط صحيحاً و كان الوفاء به واجباً و فيه ان نفس الاشتراط على فرضه موجب للجهالة و لا ربط لهذا بالصحة و الفساد فلا يرد عليه هذا الاشكال ثم انه (قده) لعله كان ملتفتا الى ما يرد عليه و هذا صار سبباً للعدول عن هذا الشق و الدخول فى شق آخر من كلامه و هو قوله و ان قلنا ان القراض صحيح و الشرط جايز لكنه لا يلزم الوفاء به» لان البضاعة لا يلزم القيام بها كان قوياً» و حاصل ما نفهم من هذا الكلام كما فهمه المصنف هو ان القراض و الشرط صحيحان ولكن حيث ان الشرط الجايز لا يلزم الوفاء به فيكون وجوده كعدمه فلا يوجب الجهالة فى الحصّة.

و اورد عليه اولاً ما اورده المصنف من انه ان صار موجباً للجهالة لا فرق بين كونه لازم الوفاء او جايزه و فيه انه بعد عدوله عن الشق الاول فالظاهر ان مراده عدم ورود اشكال الجهالة و ثانياً كيف يصح الشرط لو فرض انه موجب للجهالة و كيف يصح القراض اذا كان ما يوجب الجهالة من قبيل اشتراط ما ينافى مقتضى العقد و فيه ما فى ما تقدمه فان هذا الاختيار يكون مع غمض العين عن اشكال الجهالة و ثالثاً اصل المبنى و هو ان الشرط الجايز لا يلزم الوفاء به ممنوع كما سيجىء فى المرحلة. اقول: هذا متين فتحصل ان كلام هذا العظيم غير تام.

اما المرحلة الثالثة ما فى قوله: و قد يقرر فى وجه بطلان الشرط المذكور: ان هذا الشرط لا أثر له اصلاً لأنه ليس بلازم الوفاء، حيث انه فى العقد الجايز و لا يلزم من تخلفه أثر التسلط على الفسخ حيث انه يجوز فسخه ولو مع عدم التخلف. و فيه اولاً: ما عرفت سابقاً من لزوم العمل بالشرط فى ضمن العقود الجائزة ما دامت باقية و لم تفسخ و ان كان له ان يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به. و ثانياً لا نسلم أن تخلفه لا يؤثر فى التسلط على الفسخ اذ الفسخ الذى يأتى من قبل كون العقد

جائزاً إنما يكون بالنسبة الى الاستمرار بخلاف الفسخ الآتى من تخلف الشرط فإنه يوجب فسخ المعاملة من الاصل فاذا فرضنا ان الفسخ بعد حصول الربح، فان كان من القسم الأول اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحق ذلك الربح بمقدار حصته و ان كان من القسم الثانى يكون تمام الربح للمالك ليستحق العامل اجرة المثل لعمله و هى قد تكون أزيد من الربح، و قد تكون أقل في تفاوت الحال بالفسخ و عدمه اذا كان لأجل تخلف الشرط.

اقول: ما ذكره المصنف من الجواب هنا متين مضافاً الى ان الجواز الحاصل بالشرط حق قابل للاسقاط بخلاف جواز نفس العقد و اما اصل الكلام و هو عدم نفوذ الشرط فى العقود الجائزة فهو عن صاحب الجواهر^(١) فى اواخر الكتاب فى مسألة الثالثة عشرة و فى اوائل المضاربة^(٢) فى مسألة عدم نفوذ اشتراط الأجل فى المضاربة. و قد مر تفصيل الكلام متناً فى شرح مسألة ٢ من كلام الماتن. فتحصل من جميع ما تقدم ان الحق فى هذه المسألة مع المصنف و كلام الشيخ و ان كان فى اشتراط البضاعة ولكن غيرها مثلها فى الحكم.

فى أن الربح يملك بالظهور او بغيره

(مسألة ٣٤): يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الانضاض او القسمة لا نقلاً و لا كشفاً على المشهور بل الظاهر الاجماع عليه لانه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما و لأنه مملوك و ليس للمالك فيكون للعامل، و للصحيح «رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة، فاشترى اباه و هو لا يعلم. قال يقوم فان زاد درهما واحداً انعتق و استسعى فى مال الرجل» اذ لولم

يكن مالكا لحصته لم ينتق ابوه

اقول:^(١) البحث في هذه المسألة في مراحل: المرحلة الأولى في بيان ما اختاره في هذا المتن من كون المملك هو ظهور الريح لا غيره. والثانية البحث في سائر الأقوال. الثالثة البحث في حصول الخسران قبل التقسيم وان أثار الملكية يترتب على الريح من حين ظهوره.

اما المرحلة الأولى و هي كون ظهور الريح موجبا للملكية العامل سهمه منه فما في المتن من ادعاء الاجماع عليه المستفاد من كلام المسالك حيث قال: «لا يكاد يتحقق فيه مخالف، ولا نقل في كتب الخلاف عن احد من اصحابنا ما يخالفه» ونحوه ما عن المفاتيح مخدوش اولا بما سيذكره من سائر الأقوال ولما عن القواعد «و يملك بالظهور لا بالانقضاء على رأى» الظاهر في عدم انعقاد اجماع عليه ولا بد ان يكون معترفا بذلك و ثانياً أنه محتمل السندية بعد وجود الصحيح في المقام فليس اجماعه كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام و اما غير الاجماع من الأدلة التي عن المصنف تبعاً لغيره كما في الجواهر فللخدشة فيه مجال اما التعليل بقوله لأنه مقتضى اشتراط كون الريح بينهما ففيه ان مقتضى الاشتراط هو ان يكون ما هو الريح بينهما و ليس فيه اى دلالة على ان الريح متى يحصل و بأى شىء يتحقق.

و أما استدلاله بانه مملوك و لا بد له من مالك و ليس مالكة صاحب رأس المال فهو للعامل ففيه ان ما هو الريح مملوك و الكلام في انه بماذا يتحقق الريح و اما الصحيح ببعض الطرق كطريق الشيخ او المصحح ببعض آخر كطريق الكليني كما قيل^(٢) فيمكن ان يقال ان هذا القدر من شائبة الملكية بعد الانقضاء مثلاً

١- البحث في الجواهر، ج ٢٦، ص ٣٧٣. ٢- ٨ / ١ من المضاربة.

يكفى لأن يكون سبباً لكونه موجباً لعتق الأب خصوصاً فى العتق الذى يكون بنائه على التغليب و السراية بأدنى مناسبة كما عبّر عن ذلك فى الجواهر بانه «ملك (العامل) ان يملك بمعنى انه له الانضاض و لو قدر رأس المال فيتحقق الربح حينئذ و يتبعه تحقق الملك و به يورث و يضمن التالف له و غير ذلك..» انتهى و الحاصل من كلامه هو ان ملكه لأن يملك جزء من الأب موجب للعتق كالملك نفسه و هذا الدليل لأصل تحقق الربح كذلك و ان لم يتم ولكن احتماله يوجب و هن الاستدلال بالصحيح نعم ان حصل الجزم بان العتق لابد ان يكون عن ملك منجز فيمكن الاستدلال بالتصّ للمقام و هو غير ثابت و لنا أن نقول ان مجرد التقويم هنا يكفى للإنضاض لانه بالعتق لا سبيل لاحد من العامل و المالك على هذا المال لىحتاج فعليه الربح الى البيع ليصير نقداً فلا دلالة له على تحقق الربح بدون الإنضاض بل هذا التقويم إنضاض فى خصوص المقام و هذا هو المتعين و استدل فى الجواهر^(١) لهذا القول بدليل آخر و هو «ان العامل يملك المطالبة بالقسمة التى هى فرع الملك اذ لا يكفى فى استحقاقها مجرد العلقه لأنها ليست هى قسمة حقيقية و اطلاقهم يقتضى أنها حقيقية.

و اجاب عنه نفسه^(٢) فى طيّ كلامه بقوله «و بذلك يظهر لك جملة من الادلة السابقة المبنية على كون ذلك ربها حقيقة و طلب القسمة حقيقة انما يتم بعد الفسخ مع رضى المالك بالعروض عوضاً عن رأس ماله و هو خروج عما نحن فيه» انتهى. فاقول: إن طلب القسمة سواء كان قبل الفسخ او بعده لابد ان يكون فى مورد حصول الربح و حصوله بمجرد الظهور هو اول الكلام نعم طلب القسمة يكون بعد تمام هذه المضاربة بفسخها و الا فقبل الفسخ لابد ان يجبر الخسران

بالربح ولا مجال لطلب القسمة هذا أولاً و ثانياً ليس لازم طلبها رضى المالك بالعروض بل يمكن ان يكون طلبها مع الالتزام بما هو مقدمتها كإنضاض المال وغيره و ثالثاً ليس هذا خروجاً عما نحن فيه بل ما نحن فيه اعم من كونه مع الفسخ وعدمه. فتحصل ان هذه الوجوه غير تامة و هنا وجه آخر ارتضاء بعضهم و هو ان يقال ان المدار على صدق الربح على ما ظهر و مع صدقه لا يبقى اشكال فى كون العامل يملك سهمه و له ان يفسخ المضاربة و يطالب بقسمته و هذا امر اعتبارى كأصل الملكية و من المعلوم ان مجرد كون المعاملة رابحة فى نظر العرف بان يكون القيمة السوقية لما اشتراه العامل مثلاً أكثر من الثمن الذى أعطى فى مقابله يحكم العرف بحصول الربح و ظهوره بحيث انه لو لم يبعه و نقص قيمته السوقية يحسب ذلك خسراً بعد الربح فان هذا هو الملاك فى الاموال التجارية و بعبارة اخرى تارة يكون الغرض من الاشتراء لشيء هو بقاءه مع الانتفاع به من دون نظر بعد ذلك الى قيمته فان التقويم غرض التجارة لا غرض المنتفع بشيء مثل من يشتري داراً بالف فيسكن فيه ثم يرتفع قيمتها السوقية بألفين فانه فى العرف لم يزد فى ماله شيئاً بل كان له دار من اول الأمر الى آخره و اخرى يكون الاشتراء لغرض التجارة مثل من كان شغله التجارة بالدار و الدكان و الارض فان ارتفاع القيمة يعد شيئاً زائداً و يحسب عند العرف انه ربح كذا و كذا فى هذه السنة مثلاً لارتفاع قيم ذلك و لذا يقال فى باب الخمس انه على الفرض الأول لا خمس فيه مالم يبع لعدم صدق الزيادة و على الفرض الثانى يكون فى ارتفاع القيمة السوقية الخمس لصدق الزيادة و ان لم يبعه.

و فى الجواهر ما يظهر منه عدم تمامية هذه المقالة بما حاصله ان الزيادة القيمية امر موهوم لا وجود لها لا خارجاً و لا ذمة و هذا بخلاف الدين فان له وجود فى الذمة و يعتبرها العقلاء و صدق الربح عليه يكون بالتسامح بناء على

اصل السلامة و امكان الإنضاض فى سائر الاوقات و حيث ان الخروج من القوة الى الفعل فيها قريب يسمى ربحاً و قد اجيب عنه بان صدق الرىح يكون بلحاظ اعتبار العقلاء كأصل الملكية و هم يعتبرون الرىح فى المقام، و الا فلا فرق بين الذهب و الحديد الا فى القيمة السوقية، ولولا ذلك لما كان للعامل طلب القسمة فى المقام و لكان للمالك فسخ المضاربة و اخذ تمام المال بلا ربح للعامل.

ولكن التحقيق الذى عليه بناء العقلاء ايضا هو ما ارتضاه صاحب الجواهر لولا توهم الاجماع على الخلاف و ذلك من جهة ان المفروض فى المقام و فى باب الخمس و ان كان مما ليس مثل ما اذا لم يزد القيمة السوقية اصلاً و يراه العقلاء شيئاً يعتنى به و لا يحكم فى المقام بان جميع المال يكون للمالك و له الفسخ و اخذه ولكن لا يرى الرىح فعلياً بل يكون بالقوة القريبة الى الفعل فيمكن ان يقال بظهور الرىح الكذائى يكون العامل مالاً لهم من الرىح الكذائى فان الرىح بالقوة عند العقلاء رىح بالقوة لا انه ليس بربح و الفرق بين المقام و اعتبار القيمة فى الذهب و الحديد هو ان القيمة فيهما من شئون العين و فى المقام يراد لحاظه مستقلاً عن العين بلحاظ تميز الرىح عن رأس المال كما ان زيادة القيمة و نقصها فى الذهب كذلك فعلى هذا فى مورد الخمس ايضاً ما لم يبيع التاجر متاعه بشكل الحكم بوجوب الخمس فعلاً بل الظاهر عدم وجوبه اذا كان للتاجر عذر عقلاى فى عدم البيع و طلب القسمة فى المقام يرى عرفاً حقاً للعامل بالنسبة الى هذا الرىح بالقوة الذى هو قريب الى الفعل بان يقوم المال و يحصل التراضى بين المالك و العامل فى سهم من المال عوضاً عن الرىح او يقسم ما زاد من القيمة بينهما و ليس للمالك فسخ المضاربة بلاشئ بعد تحقق هذا الرىح بالقوة لبناء العقلاء على ذلك و لم يردع عنه الشرع نعم له الفسخ و التقسيم بعد الإنضاض او بالمصالحة بينهما.

المرحلة الثانية في البحث في سائر الأقوال

قوله: نعم عن الفخر عن والده ان في المسألة اربعة اقوال ولكن لم يذكر القائل، ولعله من العامة: احدها ما ذكرنا. الثاني انه يملك بالإنضاض، لأنه قبله ليس موجوداً خارجياً بل هو مقدر موهوم. الثالث أنه يملك بالقسمة، لانه لو ملك قبله لاختص بربحه و لم يكن وقاية لرأس المال. الرابع ان القسمة كاشفة عن الملك سابقا، لأنها توجب استقراره. والأقوى ما ذكرنا، لما ذكرنا. و دعوى انه ليس موجوداً كماترى و كون القيمة امراً وهمياً ممنوع مع أنا نقول انه يصير شريكاً في العين الموجودة بالنسبة و لذا يصح له مطالبة القسمة مع ان المملوك لا يلزم ان يكون موجوداً خارجياً فان الدين مملوك مع أنه ليس في الخارج. و من الغريب اصرار صاحب الجواهر على الاشكال في ملكيته بدعى انه حقيقة مازاد على عين الاصل و قيمة الشيء امر وهمى لا وجود له لا ذمة و لا خارجاً، فلا يصدق عليه الربح. نعم لا بأس ان يقال انه بالظهور ملك ان يملك بمعنى ان له الإنضاض فيملك و اغرب منه انه قال: «بل لعل الوجه في خبر عتق الأب ذلك ايضاً، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السراية» اذ لا يخفى ما فيه مع ان لازم ما ذكره كون العين بتامها ملكاً للمالك حتى مقدار الربح مع انه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصة العامل من الربح للمالك فلا ينبغي الربح في ان الأقوى ما هو المشهور

اقول: المهم في المقام ذكر سند هذه الأقوال او الوجوه و ليس المهم هو كونه قولاً او وجهاً بعد عدم كونه مستنداً الى نص او اجماع ولا وجه للنزاع فيه، فارجع في ذلك الى التذكرة و الايضاح^(١) و المسالك اما القول الأول فقد مرّ ضعفه لما مرّ

و علينا بالتعرض لسند غيره الذى تعرض له المصنف و نقده فنقول دليل القول الثانى هوان الرىح قبل الإنضاى ليس موجوداً خارجياً بل هو امر وهمى. و اجيب عنه اولاً بما فى المتن و غيره من انه ليس كذلك بل هو امر موجود كالدين. و فيه ما مرّ من انه ادعاء محضاً فانه لا يعدّ ربحاً فعلياً بل هو ربح بالقوة و الفرق بينه وبين الدين هو وجود الدين فى الذمة لاعتبار العقلاء لها بخلاف المقام. و ثانياً بان هذا الدليل غايته نفى القول الاول لا اثبات القول الثانى و فيه ان مراد القائل ان الإنضاى موجب لتحقيق الملك خارجاً و مع وجوده لا ينبغى التأمل فى ملكيته و هو كذلك فلا ايراد عليه و منع المصنف عنه غير وجيه و ثالثاً ما عن المصنف ايضاً و هوان العامل يصير شريكاً فى العين الموجودة بالنسبة و لذا يصح له مطالبة القسمة.

و فيه ان شركة العامل فى هذا العين اول الكلام بل العامل يستحق سهمه من الرىح و ربما لا يحصل ربح اصلاً او يخسر فكيف نقول بانه شريك فى العين و اما طلب القسمة فهو قبل الأنضاى ليس حقاً للعامل بل له طلب الإنضاى مقدمة لطلب القسمة فاذا نضّ فهو يطلب سهمه بالقسمة و رابعاً عنه ايضاً ما حاصله انه لا فرق بينه و بين الدين و من المعلوم ان الدين مملوك مع انه ليس فى الخارج. و فيه كما مرّ ان الدين فى الذمة و الذمة عند العقلاء ظرف لتحقيق الكلّى الذى يكون قابلاً للانطباق على المصداق فى الخارج فالألف فى الذمة يكون عندهم كالألف فى الخارج الا انه محتاج الى التطبيق بخلاف ما نحن فيه فانه ليس فى الذمة و لا فى الخارج الا بنحو القوة القريبة الى الفعلية.

و خامساً ما عنه ايضاً فى مقام الجواب عن صاحب الجواهر الذى لا يقول بمقالته بتعابير مختلفة فى ردّه (من انه غريب او اغرب او لا يخفى ما فيه) بان لازم ذلك كون العين بتمامها للمالك حتى مقدار الرىح مع انه ادعى الاتفاق على

عدم كون مقدار حصة العامل للمالك.

و فيه ان لازم القول بان في هذا المال قوة حصول الربح القوة القريبة الى الفعل ليس هو كون العين مطلقا للمالك بل هذه القوة حق مالى تعلق بهذا المال نظير حق الرهن فى نظر العقلاء وهذا المعنى لا ينافى ادعاء الاتفاق على كون حصة الربح للعامل فان هذه القوة اذا بلغت الى الفعلية يكون سهم الربح فعليا وقبله يكون سهمه بالقوة ولا يقال قوة حصول الربح يكون فى رأس المال من بدو الأمر فكيف لا يكون شريكاً فيه. لانا نقول هذه القوة قوة قريبة الى الفعل فتكون كقوة الجنين فى صيرورته انسانا بنفخ الروح لا كقوة التراب لذلك و تكون فى نظر العقلاء مالاً و حقاً و يورث كحق الخيار وهذا هو المتيقن من الاجماع الذى هو دليل لئى و ان ابيت عن ذلك و قلت ظاهرهم هو تحقق الربح قبل ذلك. قلنا قد عرفت عدم تحقق هذا الاجماع و اذا كان خلاف الوجدان فذلك يوجب و هنه ايضا و الحاصل ما ذكره فى الجواهر ليس غريبا او اغرب على ما نفهم.

و أمّا دليل من قال بان الربح يملك بالقسمة و هو القول الثالث فهو كما فى المتن تبعاً للايضاح انه لو ملك قبلها لأختص بربحه و لم يكن وقاية لرأس المال و قال فى الايضاح: «لانه لو ملك قبلها لكان شريكاً فى المال فيكون التقصان الحادث شايعاً لان التالف من المال المشترك يكون بينهما فلما انحصر فى الربح دل على عدم الملك، و لأنه لو ملكه لأختص بربحه، و لان القراض معاملة جايزة و العمل فيها غير مضبوط فلا يستحق العوض فيها الا بتمامه كما فى الجعالة» انتهى.

اقول: هذا الكلام يكون متعرضاً لادلة ثلاثة كما هو واضح فنقول اما الدليل الأول فهو غير تام لان من الممكن ان يقال بحصول سهم ربح العامل قبل القسمة لانه اذا نضّ يصدق عرفاً و دقة ان المال ربح كذا وهذا الربح يكون ملكا للعامل و

المالك حسب السهام المشتركة ولكن استقرار هذا الملك يكون بعد تحقق القسمة فهو ملك و يكون استقراره مراعى بعدم حصول الخسران قبل القسمة لان الشارع حكم بان التلف و الخسران يكون من الربح لا من تمام المال و اما ما ذكره من ان لازمه الشركة فى المال و لازم هذا اللازم ان يكون التلف من جميع المال فهو غير تام لانه بعد نض المال و قبله يكون الخسران وارداً على الربح و الربح سهم معين فى الواقع و هو مازاد عن رأس المال فاذا حصل تلف يكون التلف متوجهاً الى ما هو الربح فى البين و لا يتوجه الى رأس المال و لا الى خصوص سهم العامل فاذا كان الربح بنحو الأشاعة فى جميع المال و فرضنا ان الخسران متوجه اليه فلا فرق بين ان يكون معيناً او مشاعاً و بعبارة اخرى ان هذا العين عوض عن رأس المال الذى كان للمالك و لا سهم للعامل فيه بالنسبة الى ما يساوى رأس المال و سهمه يكون فيما زاد عنه.

و اما الدليل الثانى له و هو قوله «لانه لو ملكه لاختص بربحه» و فيه ان ربح الربح لو فرض تحققه قبل القسمة يكون بالنسبة الى سهم كل واحد منهما من المال المشترك فهو يكون مختصاً بربح سهمه و لا محذور فيه بعد كون المدار على كسر رأس المال من الجميع ثم تقسيم البقية و المفروض عدم تعيين سهمه ليحتمل زيادة ربحه و نقيضه فهذا الدليل لا يتم ايضا و اما الدليل الثالث له و حاصله هو ان العمل لا يتم الا بالقسمة لان العمل فى المضاربة كما فى الجعالة غير مضبوط فهو لا يملك العوض الا بالقسمة فلان الملك للعامل قبلها ففيه ان العمل يكون تمامه بتمام الإنضاض و لو بالنسبة الى رأس المال فاذا صار مقدار رأس المال نقداً يكون العامل شريكاً فى بقية المال و اذا صار الجميع نقداً يصير العامل شريكاً فى النقد فى الربح و القسمة لا يعدّ عملاً من العامل بل هو عمل منهما فى تقسيم سهمهما بعد فسخ المضاربة فهذا الوجه ايضا غير تام و قد عرفت ان ما

استدل به المصنف في المتن يكون بعض ما استدلّ به للمقام لاتمامه.

ثمّ هنا اشكال في المستمسك على الاستدلال الذي في المتن بانه ينفي القولين الأولين ولا يثبت الثالث. وفيه انه لو تمّ لكان بنفسه دليلاً على هذا القول خصوصاً مع ضم ما ذكرناه من الأيضاح بتمامه الا ان الاستدلال بتمامه غير تام. واما الدليل على القول الرابع وهو ان القسمة كاشفة عن ملك العامل ففي الايضاح هو «ان القسمة ليست بعمل حتى يملك بها بل هي دالة على تمام العمل الموجب للملك»

و فيه ان الدال على تمام العمل هو ارتفاع العقد بفسخه لا القسمة بل طلب القسمة ونفسها يكون بعد احراز الملكية ولا اثر لها في الملك لا بنحو الكشف ولا النقل وليست مثل الاجازة في الفضولي بحيث ما لم تكن لم يتم العقد و الملك نعم انها كما قال ليست بعمل في مال المضاربة فلا اثر لها في التمليك ولكن المنكر هو كاشفتها واما ما استدل به المصنف من ان القسمة توجب استقرار الملك فهو غير تام ايضاً من جهة ان الكشف عن الملكية غير كونها سبباً لاستقرارها والقائل يريد الكشف عن الملكية نفسها نظير الاجازة في الفضولي و كونها موجبة للاستقرار لازمه حصول الملكية مترزلاً قبل ذلك فالقسمة موجبة لاستقرار الملك لا كاشفة عنه.

ثمّ إنّ صاحب الايضاح نفسه قال: «تذنيب والأصح عندي انه يستقر ملك العامل بارتفاع العقد مع نضوض المال و القسمة باجماع الكل وهو نهاية الحال...» اقول: و من المعلوم انه اخذ باجماع القول لانه اعتبر حتى القسمة في استقرار الملك وهو متين بعد ما عرفت من عدم تمامية ما دل على اعتبار القسمة في اصل حصول الملك و ان الربح قبل الانضاض ليس ربحاً بالفعل بل ربح بالقوة القريبة الى الفعل فلا يكون ملكاً الا بهذا النحو و بالانضاض يصدق الربح فعلاً و مع فسخ

المضاربة يقتسمانه القسمة موجبة لاستقرارها من غير دخل لها فى اصل الملكية.

ثم ان صاحب الجواهر بعد ذكره ان مراد القائلين بحدوث الملك بالظهور هو الملك المتزلزل من جهة توجه الخسران اليه قبل الانضاض و القسمة قد فصل الحال فى صور: الأولى ان ينضم الى الظهور الانضاض و القسمة و لاريب فى الاستقرار حينئذ.

الثانية الصورة بحالها مع عدم القسمة اصحهما فى جامع المقاصد و مقرّ بهما فى التذكرة مختارهما فى ظاهر القواعد تحقق الاستقرار لارتفاع حكم القراض بارتفاع المضاربة فيخرج الرىح عن كونه وقاية لرأس المال و الوجه الآخر هو عدم الاستقرار و استدل له بالاستصحاب و بظاهر قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤديه^(١) و توضيحه ان استصحاب بقاء كون الرىح وقاية لرأس المال قبل القسمة يكون حاكما بان الرىح يكون وقاية لرأس المال و حيث وقعت اليد على رأس المال فقاعدة اليد تحكم بأن ما اخذه العامل لابد ان يرجع الى المالك بتمامه و قد اجيب عن الاستصحاب و اليد بان المال بفسخ عقد المضاربة قد خرج عن كونه مال قراض فيبقى امانة فى يد العامل فلا موضوع للاستصحاب لتغير موضوعه و لا لليد لانها فى الأصل كانت امانية و لم يثبت خروجها الى الضمانية فينتفى حكم جبرانه من الرىح و وضع اليد على مال الغير و ان كان موجبا لكونه فى العهدة الى الأداء الا انه لا يلزمه خسران التالف بغير تقصير من الرىح فى صورة النزاع و الا لا تنقض بما بعد القسمة قبل القبض.

و اجيب عن هذا بان صدق اسم مال القراض عرفاً مما يجمع مع الفسخ ايضاً و

ما يرتفع بالفسخ هو صدق كون العامل مضارباً بعده فانه ليس عاملاً ولكن المال مال القراض فاذا صدق مال القراض فاطلاق ما دلّ على ان الوضيعة في مال القراض على الربح شامل له بل يمكن ان يقال ان تسليم رأس المال الى المالك من تنمة عمل المضاربة و الا فيلزم ان يقال من كان في السفر و قد نضّ المال و فسخ العقد في السفر ثم تلف بعض المال انه يكون من مالهما لا من الربح و التزامه مناف لظاهر الأدلة.

اقول: كما ان المضارب و العامل حقيقة لا يصدق على الشخص بعد فسخ المضاربة كذلك كون المال مال المضاربة لا يصدق حقيقة بعد الفسخ لان المشتق و ما في معناه حقيقة في خصوص المتلبس فيما انقضى عنه المبدء. وايضاً تسليم رأس المال الى المالك ليس من تنمة عمل المضاربة كما هو ظاهر لأن التسليم ان كان بعد فسخها فكيف يصدق كون العمل عمل المضاربة خصوصاً اذا كان بعد الانضاض و القسمة و ان كان قبل فسخها فايضا ليس هو من المضاربة لانها هي الاسترباح بالمال و هذا ليس منه، فان قلت فلأى دليل يجب ايصال المال الى المالك لولم يكن من تنمة عمل المضاربة؟

قلت: وجوب ايصاله اليه يكون من باب وجوب ردّ الأمانة الى اهلها و هو ليس المضاربة فتحصل ان كلا شقى هذا الجواب بهذا النحو غير تام اى لا يصدق مال المضاربة على المال بعد الفسخ الا بالمجاز ولا يكون الايصال من تنمة عمل العامل في المضاربة هذا كله مضافاً الى ما سيأتى (في مسألة ٣٥) من عدم دليل لفظي لكون الربح وقاية لرأس المال بل دليله الاجماع الذي يكون دليلاً ليا و له القدر المتيقن و ما ورد من ان الوضيعة على المال لا يدل على هذا المعنى الا ان يدعى ان الظاهر من اجماعهم على ان الربح يكون وقاية لرأس المال هو الشمول لما بعد الفسخ و قبله و يظهر اثر ذلك عند القسمة بعد الانضاض فان لم يكن ما في

البين الا مقدار رأس المال فكأنه لم يحصل بالمضاربة شيء أصلاً عند العقلاء و هذا يكفيه كون هذا المال هو الذى كان مال القراض و لا يحتاج الى صدق كونه مال القراض حقيقة فان الصدق بالعناية يكفى هنا لما هو المقصود كما ان استعمال المضارب للعامل بل و صدق العامل على العامل ايضا يكون بلحاظ ما مضى و لا يضرّ باستعماله بلحاظ ما مضى فعلى هذا كون اليد امانة قبل الفسخ و بعده لا يضرّ بكون الربح وقاية لرأس المال و عدم ضمان اليد الأمانية يكون فى صورة عدم وجود دليل خاصّ على الضمان بوجه خاص اى ضمان التلف فى المقام بلحاظ الربح و لذا لو نضّ فى السفر و تلف يكون الربح وقاية له ما لم يحصل التقسيم فعلى هذا ان الربح و ان صار فعلياً بالنضّ ولكن كونه وقاية لرأس المال أمر آخر غير مانع عن كونه ربحاً و يكون مالكة المالك و العامل و مع ذلك يكون الخسران متوجهاً اليه قبل التقسيم و لا مشاحة فى تسمية هذا القسم من الملك ملكاً مترزلاً يستقر بالقسمة و هذا بخلاف ما كان قبل الانضاض فان الملكية غير محرزة فيه فعلى هذا ما عن جامع المقاصد و كره و عدم الاستقرار بمجرد الانضاض غير تام اللهم الا ان يقال بعدم دلالة الاجماع و الارتكاز الا على ما هو المتيقن و لا دليل لفظى لنا لناخذ باطلاقه. فيكون الربح وقاية لرأس المال اذا لم يكن الفسخ بعد الانضاض و هذا لا ياباه الارتكاز العرفى كما سيجىء تفصيله فى مسألة ٣٥.

الصورة الثالثة و هى ما قال فى الجواهر: «ان يقع الفسخ و المال عروض كله او بعضه بحيث لم ينضّ رأس المال فان حصلت القسمة مع ذلك حصل الاستقرار لا نقطاع حكم القراض، و الا بنى على ان العامل هل يجبر على البيع و الانضاض، فان قلنا به فحكم القراض باق لبقاء العمل و ان قلنا بعدم فوجهان كالوجهين السابقين فى الصورة الثانية.»

اقول: انّ مراده بالوجهين هو استقرار الملك قبل الانضاض و عدمه و اما التقسيم قبل الانضاض فيمكن ان يكون على وجه الصلح بان يرضى احدهما الآخر بالنسبة الى الحق الذي يكون عليه فى البين و يمكن ان يكون نفس التقسيم على نسبة القيمة بالنسبة الى السهم الذى يتعلق بكل منهما من الربح بعد وضع رأس المال منها و هذا واضح و بعد وقوع التقسيم لا يجبر خسارة رأس المال بشيء من الربح.

و اما مع عدم التقسيم و فسخ المضاربة فلا وجه للقول باجبار خصوص العامل بالانضاض فان بقاء حكم القراض بعد فسخه لا يستقيم بل هذا المال مشترك بين اثنين و على كل واحد منهما تسليم حق الآخر و حيث لا يرضيان بالتقسيم على وجه آخر فلا بدّ من اقدامهما على الانضاض لان العمل بعد ذلك يكون مقدمة لوصول كل ذى حق الى حقه و ليس مضاربة فيكون هذا الحق مثل ساير الحقوق المشتركة فعلى هذا ان قلنا بعدم الأجبار لا ينتج ذلك استقرار ملك العامل بل لا بدّ من كون الربح وقاية لرأس المال ما دام لم يحصل الانضاض فان مجرد عدم الاجبار على الانضاض لا يخرج الربح عن كونه وقاية لرأس المال كما هو المختار فى الصورة الثانية بل هذا اوضح حالاً منها لعدم تحقق الانضاض الذى يتوهم كونه موجباً لرفع كونه وقاية فعلى هذا لا يستقر سهم العامل الا بالانضاض و القسمة.

الصورة الرابعة ان يكون القسمة للربح خاصة فقال فى الجواهر «ولاريب فى عدم مدخليته فى الاستقرار بل ان حصل شيء من الأمور المذكورة يقتضى الاستقرار، فثبوته به، و الا فلا» و ذلك لان تقسيم الربح قبل فسخ المضاربة يكون على الحساب و اما بعد الفسخ فان كان معه ايصال رأس المال الى مالكه فلا كلام فى تحقق الاستقرار به و مثله ما اذا حصل التقسيم و جعل رأس المال امانة فى يد

العامل لابعنوان المضاربة المتقدمة و الحاصل الربح وقاية لرأس المال الا اذا حصل الإنضاض و التقسيم الذى يكون به تمام المضاربة بجميع شئونه و ان كان تمام عقده بفسخه فقط ولكن حيث لا دليل لفظى على وقاية الربح لرأس المال كما سيجىء فيمكن ان يقال ان الاجماع يكون المتيقن منه غير هذا و الارتكاز فى هذا قبل الفسخ و بعده على عدم الوقاية.

فتحصّل ان القول بتحقيق الملكية بالانضاض و الاستقرار بالقسمة يكون وجهاً خامساً فى المقام و هو الذى يؤدى اليه النظر.

المرحلة الثالثة، قوله: نعم إن حصل خسران او تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل لا ان يكون كاشفاً عن عدم ملكيته من الأول و على ما ذكرنا يترتب جميع آثار الملكية من جواز المطالبة بالقسمة و ان كانت موقوفة على رضا المالك و من صحة تصرفاته فيه من البيع و الصلح و نحوهما و من الإرث و تعلق الخمس و الزكاة و حصول الاستطاعة للحجّ و تعلق حق الغرماء به و وجوب صرفه فى الدين مع المطالبة الى غير ذلك.

اقول: ان المصنف حسب مبناه يحكم بما ذكره فى هذا المتن فنقول اما ما ذكره من عدم الكاشفيّة فهو متين على ما مرّ منا ايضاً من ان الملك يتحقق بالانضاض و يكون الخسران او التلف على الربح قبل القسمة و اما حصول الاستطاعة فيمكن ان يقال حيث انها امر عرفى يكون بالنسبة الى ما قبل الانضاض ايضاً لان وجود الحق الذى ندعيه للعامل قبل الانضاض يقتضى صدق الاستطاعة ايضاً فيجب عليه طلب الإنضاض و القسمة فلو فرض عدم تحقق الربح خارجاً و لابد من وجود الوقت للانضاض و القسمة عرفاً ليحسب اول سنة الاستطاعة قبل الموسم و كيف كان فترتب آثار الملك او الحق حيثما صدقا لا كلام فيه فلنا ان نقول قبل الانضاض ليس بملك ولكنه حق مالى يورث كحق الخيار يكشف ذلك عن

خروجه عن الاستطاعة وكذا وجوب صرفه في الدين لان الملك حصل بالانضاض و يجب عليه مطالبة القسمة ان كان وجوب الاداء فورياً. و يشكل بيعه او صلحه قبل القسمة و ان كان ملكاً متزلزلاً قبلها لأنه يلزم منه عدم التنجيز في العقد بل يكون العقد بشرط الاستقرار فينافي لزوم تنجيزه الذي هو اجماعى. و سيأتى البحث عن البيع في مسألة ٣٧ و قال المصنف فيه بالصحة. و أما الزكاة فتجب لشرائطها و اما الخمس فقد مرّ ان الاظهر عدم وجوبه قبل الانضاض و الاكثر على وجوبه بمجرد الظهور.

(مسألة ٣٥): الربح وقاية لرأس المال فملكية العامل بالظهور متزلزلة، فلو عرض خسران او تلف يجبر به الى ان تستقر ملكيته، و الاستقرار يحصل بعد الانضاض و الفسخ و القسمة فبعدها اذا تلف شيء لا يحسب من الربح بل تلف كل على صاحبه

اقول:^(١) في هذه المسألة فروع: الاول في كون الربح وقاية لرأس المال و الدليل لذلك امور: الأول التسالم بينهم بحيث لا يكون فيه خلاف من احد و يمكن ان يقال انه اجماعى باجماع محض و عبّر في المسالك عن هذا التسالم بأنّه محل وفاق غاية الأمر يحتمل ان يكون سندياً لو تم دلالة ما سيأتى عليه.

الثاني ان هذا مقتضى عقد المضاربة عند العرف و العقلاء حيث إنّ دأبهم على ان لا ينقص من رأس المال شيء لو فرض حصول ربح في البين و مع عدم حصوله فالخسران متوجّه الى اصل المال و عبّر عن هذا في الجواهر بانه «الذى هو وقاية لرأس المال في شرع المعاملة و عرفها» و لم يأت دليل آخر غير هذا الحاصل أنّ ارجاع رأس المال عند عدم الخسران امر مفروغ عنه و معنى هذا

١- تعرّض لهذه في الجواهر، ج ٢٦، ص ٣٦٦ في المسألة الثامنة.

اخذ المالك لرأس ماله بعد الأنتهاء من التجارة فلو فرض زائد فى البين يكون بينهما على حسب قرارهما و بعبارة اخرى ان المجمعول فى عقد المضاربة ليس هو تقسيم ربح كل معاملة بل المجهول هو تقسيم الربح الحاصل من مجموع التجارات فعلى هذا ان خسر احد التجارات يجبر خسارته بربح تجارة اخرى سابقة ولا حقة الثالث ما يتوهم من دلالة موثق اسحاق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام^(١) قال: سألته عن مال المضاربة، قال: الربح بينهما و الوضعية على المال. بتقريب ان يقال ان الربح ايضا مصداق للمال.

و فيه: انّ هذا على خلاف المطلوب أدلّ، لان الظاهر هو كون المال غير الربح و فى مقابله فان فرض ان هذا الموثق يكون فى مورد كانت المضاربة رابحة فيدلّ على أنّ الربح ليس وقاية لرأس المال بل هو بينهما و الوضعية على رأس المال ولكن حيث كان هذا خلاف الاجماع و خلاف مقتضى المضاربة فيحتمل حمله على أنّ الربح بينهما إن ربح و لم يكن فيها وضعية و ان لم تربح فالوضعية على المال او يطرد من هذا الوجه و كيف كان ففي غيره غنى و كفاية فكون الربح وقاية لرأس المال متين و اما كون استقرار الملك بعد القسمة و الوقاية لرأس المال تكون قبلها لا بعدها فقد اتّضح مما تقدّم فى المسألة السابقة فلا نعيد.

الفرع الثانى، قوله: و لا يكفى فى الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ، بل و لا قسمة الكل كذلك و لا بالفسخ مع عدم القسمة فلو حصل خسران او تلف او ربح كان كما سبق فيكون الربح مشتركاً و التلف و الخسران عليهما و يتم رأس المال بالربح

اقول: البحث هنا فى أنّ الاستقرار بماذا يتحقق فهل يكون تحققه بالانضاض

و القسمة و فسخ المضاربة فعلى هذا لا يكفى قسمة الربح فقط و ذلك من جهة ان بقاء عقد المضاربة يكون لازمه بقاء حكمه و فى الجواهر^(١) فى الصورة الرابعة من الصور المتقدمة فى المسألة السابقة انه لا ريب فيه او يكفى الفسخ و الانضاض بدون القسمة او يكفى الفسخ بعد ظهور الربح بدون القسمة أو يكفى القسمة للربح بدون الفسخ؟ فيه بحث.

و قد يستظهر فى المستمسك ممّا فى القواعد حيث قال فى المطلب الرابع «و انما يستقر بالقسمة أو بالإنضاض و الفسخ قبل القسمة» ان القسمة كافية فى الاستقرار كالإنضاض و الفسخ و ان لم تكن القسمة لأن هذا هو الظاهر من العطف بكلمة «أو» و عن جامع المقاصد الأيراد عليه بان القسمة بمجردها لا توجب الاستقرار من دون فسخ القراض لأنه لا معنى للقسمة الا قسمة الربح اذ ليس فى رأس المال شراكة الا باعتباراه و قسمة الربح وحده لا تخرجه عن كونه وقاية لرأس المال و تبعه على ذلك فى الجواهر.

ثم إنه صاحب المستمسك (قده) ناقش فى ذلك بان الدليل على الوقاية كما مرّ ليس الا الاجماع و الارتكاز العرفى و لا اطلاق لفظى فى المقام ليؤخذ به و ليس من الواضح شمولهما لما بعد القسمة و ان كان المعروف بينهم ذلك بل يظهر منهم التسالم عليه و ما فى القواعد يخالفه ما فيها، فقد جزم بعدم استقرار الملك مع إنضاض قدر الربح و القسمة و انه اذا خسر المال بعد ذلك رجع على العامل.

اقول: مراده بما فى القواعد هو ما ذكره فى اواخر المطلب الرابع بقوله «فان نضّ قدر الربح و اقتسماه وبقى رأس المال فخرس ردّ العامل اقلّ الأمرين...» فنقول: أمّا اصل ما استظهر منه مخالفة القواعد فى المقام فيمكن ان يكون الفسخ

فى عبارته قيداً للقسمة وللإنضاض يعنى يستقر بالقسمة مع الفسخ وبالنضاض مع الفسخ فعلى هذا لا ينافيه ما ذكر عنه من جزمه بعدم استقرار الملك مع إنضاض قدر الربح والقسمة لان الانضاض والقسمة اذا لم يكونا مع الفسخ يمكن ان يقول لا اثر لهما بمقتضى عبارته الأولى فهو لا منافاة فى كلامه على هذا التوجيه وعلى فرض كون هذا خلاف الظاهر فاصل الخلاف غير مهم و العدة هى الدليل واما اصل ما قال به فهو له مجال مع قطع النظر عن التسالم لان الفسخ اوجب قطع احكام المضاربة والإنضاض اوجب فعليّة الربح فلماذا نقول بان الربح وقاية لرأس المال اما مع عدم الفسخ فالقول بالوقاية له وجه كما جزم به فى عبارته الثانية و ما ذكر من التسالم محتمل السندية و خلاصة الكلام ان الفسخ لا بد منه فى عدم كون الربح وقاية لرأس المال سواء كانت القسمة بعد الفسخ ايضاً دخيلة فى ذلك او لم تكن دخيلة ولكن بعد فى الذهن شىء و هو انه لا يخفى ان دأب اهل السوق مع من له رأس المال وكذا دأب البنوك فى هذا الزمان هو محاسبة الربح فى كل شهر او فى كل ثلاثة أشهر مع دوام المضاربة عندهم فهل هذا من باب ان تقسيم الربح يوجب عدم كون خسران المال بعد ذلك متعلقا بهذا الربح بل يكون حساب الربح بعد ذلك مع رأس المال فى التجارات بعده او كان من باب فسخ المضاربة الأولى وتجديد مضاربة ثانية فيه كلام و الموافق للارتكاز عند العرف هو ان الربح بعد التقسيم لا ربط له بالتجارات البعدية فعلى هذا يكون ما فى القواعد فى عبارته الاولى قريباً من جهة ان الامر يدور بين ان يكون القسمة للربح موجباً لعدم كونه وقاية لرأس المال او فسخ المضاربة مع الانضاض لو لم يكن عبارته الثانية منافية له فان الجمع بين العبارتين كما مر اقتضى دخالة الفسخ على اى تقدير و الموافق للارتكاز العملى هو كون القسمة بدون الفسخ ايضاً مثلها معه ثم ان قسمة الكل الذى يكون فى

كلام المصنف لا اثر له زائداً على قسمة مقدار الربح لان رأس المال لا يكون للعامل فيه سهم ليتوجه التقسيم اليه و بتقسيم الربح يحصل تقسيم الكل لا محالة سواء كان المال في يد العامل او يوصله الى المالك فهذه العبارة مستدركة الا ان يكون المراد بتقسيم الربح تقسيم بعضه و المراد بتقسيم الكل تقسيم جميع الربح. ثم انه ظهر مما تقدم ان الفسخ مع عدم القسمة اذا كان مع الانضاض يمكن ان يكون موجباً لخروج الربح عن كونه وقاية لرأس المال بل على فرض تحقق الملك بمجرد الظهور ايضا يمكن ان يقال بالفسخ يخرج الربح عن كونه وقاية فما في المتن من قوله و لا بالفسخ مع عدم القسمة لا يخلو من تأمل و الحاصل ان الدليل على اصل الوقاية هو الاجماع و المتيقن منه ان الربح وقاية اذا لم يكن فسخ او قسمة و اما مع الفسخ او القسمة بدونه او الفسخ مع الانضاض بل الفسخ مع الظهور فيمكن ان يقال لا وقاية فيه و لا معنى للقسمة بمجرد الظهور مع عدم الفسخ. و التسالم الذي ادعى في المقام لو فرض انه على حدّ الاجماع يمكن ان يكون سنده توهم اطلاق موثقة عمار المتقدمة و كون الوضعية على المال بمقتضاها على فرض كون المراد بالمال هو المال مع الربح او يحتمل ذلك هذا اولاً و ثانياً القول بعدم الوقاية بعد الانضاض و الفسخ يكون عن جامع المقاصد و التذكرة و القواعد كما مر في المسألة السابقة في بيان الصورة الثانية من الصور التي تعرّض لها في الجواهر فليس هذا الاجماع ثابتاً فضلاً عن كونه سندياً و سيأتى (في مسألة ٣٦) ما حكاه المصنف عن الشهيد الاول من ان الربح قبل الفسخ ايضاً ينقسم بالقسمة و لكن على نحو الاشاعة بتفصيل ذكره فارجع و المراد هنا عدم تمامية الاجماع هنا بحيث يكشف عن رأى المعصوم عليه السلام.

الفرع الثالث، قوله: نعم لو حصل الفسخ و لم يحصل الإنضاض و لو بالنسبة الى

البعض وحصلت القسمة فهل تستقر الملكية أم لا؟ ان قلنا بوجود الانضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار و ان قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار والحاصل: ان اللازم أولاً دفع مقدار رأس المال للمالك ثم يقسم ما زاد عنه بينهما على حسب حصّتهما، فكل خسارة أو تلف قبل تمام المضاربة يجبر بالريح، و تماميتها بما ذكرنا من الفسخ والقسمة.

اقول: قد مرّ البحث في المسألة السابقة عن هذا الفرع عند بيان الصور الأربعة عن صاحب الجواهر في الصورة الثالثة وما ذكره هنا يكون تبعاً له وفي بعض الكلام لان صاحب الجواهر هناك قال بالاستقرار بعد القسمة وبنى الحق على وجوب الانضاض وعدمه اذا كان بدون القسمة والمصنف بناء على فرض القسمة وقد مرّ منا تبعاً لصاحب الجواهر ان القسمة مما يحصل به الاستقرار مطلقاً والإنضاض ليس بواجب على العامل على فرض عدم القسمة فبالفسخ يتم المضاربة ولكن الاستقرار متوقف على حصول القسمة أو الانضاض وما ذهب اليه المصنف في قوله والحاصل الخ تامّ على مبناه من دخل القسمة مطلقاً في الاستقرار. و ان لم يتم قوله فيما بعد القسمة في ما قبل ذلك من جهة جعله مبنائاً فان القسمة مما تم به المعاملة بأوزارها عند العرف لعدم الموضوعية للانضاض حتى اذا رضى بعدمه يكون مؤثراً في ذلك وفسخ العقد مما تم به لوازمه بل مرّ ان نفس القسمة للريح ايضاً يكون موجباً لعدم وقاية الربح لرأس المال والله العالم.

(مسألة ٣٦): اذا ظهر الربح ونصّ تمامه أو بعض منه، فطلب احدهما قسمته فان رضى الآخر فلا مانع منها و ان لم يرض المالك لم يجبر عليها، لاحتمال الخسران بعد ذلك والحاجة الى جبره به. قيل و ان لم يرض العامل فكذلك ايضاً، لأنه لو حصل الخسران وجب عليه ردّ ما اخذه، ولعلّه لا يقدر بعد

ذلك عليه لفواته في يده و هو ضرر عليه، وفيه أنّ هذا لا يعدّ ضرراً فالأقوى: أنه -
يجبر اذا طلب المالك.

اقول: هذا البحث في الجواهر^(١) في المسألة الحادية عشر والظاهر ان البحث
في تقسيم الربح قبل الفسخ و ان لم يكن التصريح بذلك في هذا المتن وغيره و
كيف كان فالبحث هنا في مقامين: الأول في اصل جواز طلب تقسيم الربح من
العامل او من المالك.

والثاني في مقدار ما يرجع من الربح لوقاية لرأس المال ان خسر بعد ذلك على
فرض كونه وقاية بعد التقسيم له ايضا اما المقام الأول و هو ما في هذا المتن
فالظاهر ان طلب القسمة مع الرضا منهما يكون جوازه من المتسالم عليه و لا
خلاف فيه كما هو ظاهر الماتن و الشرايع و الجواهر وانما الكلام في مورد طلب
احدهما القسمة مع عدم رضاء الآخر بها و البحث فيه تارة في طلب العامل
التقسيم بدون رضا المالك و اخرى بالعكس.

اما الاول فمن الشرايع و القواعد و جامع المقاصد و الجواهر و المسالك عدم
اجبار المالك مع عدم رضاء بالقسمة و الدليل على عدم جواز الاجبار عنهم كما
هو عن المصنف هو ان الربح حيث يكون وقاية لرأس المال لا بد ان يبقى الى آخر
أمد المضاربة و آخره هو وقت فسخها لانه على فرض القسمة لا يجبر الخسران
به و ليس المراد باحتمال الضرر هو ان يكون نفس القسمة ضرورية كما اذا كان
حانوت مشتركاً بين اثنين و تقسيمه لضيق مكانه يكون ضرورياً فان التقسيم هناك
غير جائز بدون رضا الشريكين و قد ذكر تفصيله في كتاب الشركة فاذا عرفت
ذلك فنقول قد اشكل على هذا الدليل بوجوه: الاول احتمال الضرر باحتمال

الخسران غير مطّرد وهذا متين الا ان مورد القطع بعدم تحقق الخسران يكون قليلاً و هو لا يضّر بعد كون حكمهم على ما هو الغالب. الثانى ان احتمال الضرر كذلك لا يمنع عن اصل القسمة بل يمنع من تمكين العامل من حصته الى آخر المضاربة لا من اصل القسمة مع انه يمكن اخذ الكفيل منه على فرض تسليم قسمته اليه ليتدارك به الضرر.

وفيه: أنّ الغرض من المالك و عند العقلاء ربما يتعلق ببقاء نفس الرىح ليكون وقاية للمال و ليس اخذ الكفيل ألاً لإبقاء الوقاية كذلك و هو تبعيد مسافة لوصول المالك الى غرضه و لا يتحمله العقلاء.

و الثالث ان احتمال الضرر لا يمنع عن سلطنة المالك على ماله اى حصته المشاعة و ما هو المنفى يكون الضرر الاحتمالى المتوجّه الى النفس لا الى المال فيرفع اللزوم فيه اجمالاً و لبعض النصوص الواردة فى بعض الموارد الخاصة مثل قوله عليه السلام فى صحيح حريز «الصائم اذا خاف على عينه من الرمدا فطر»^(١) اقول: إنّ المنفى بقاعدة لا ضرر هو الحكم الضررى من الشرع من غير فرق بين ان يكون فى النفس او المال ولكن لا بدّ من تحقق الموضوع الضررى يترتب عليه النفى فاذا كان احتمال وقوعه قوياً عند العقلاء فهو منفى كما انه اذا كان احتمال الضرر فى الصوم عقلياً يكون الحكم منفيّاً بالنصوص الخاصة و بالقاعدة و فى المقام تسليم الرىح الى العامل مما فيه احتمال الضرر عند العقلاء بحيث لو حكم الشرع به الزاماً و تحقق ضرر يكون هذا مستنداً الى حكم الشرع كما فى الوضوء الذى يكون فيه احتمال الضرر فهو منفى و الظاهر من الدليل هو نفى نفس الضرر لا الضرر الغير المتدارك ليقال ان الضرر بدون الكفيل غير متدارك و معه متدارك فلا تنطبق القاعدة عليه.

١- فى الوسائل، ج ٧، ١ / ١٩ من ابواب من يصحّ منه الصوم.

فان قلت: إن قاعدة نفى الضرر قاعدة امتنانية على الأمة لا على الشخص فقط
وهنا عدم وصول العامل الى سهمه من الربح ايضا ضرر عليه فكيف تشمل
القاعدة المالك دون العامل؟

قلت: حكم الشرع بأن الربح وقاية لرأس المال و لو بالاجماع يكون على
موضوع ضررى و من المسلم فى محلّه ان الحكم الذى يكون على الموضوع
الضررى غير مرفوع بالقاعدة كالحكم بالجهاد و الخمس و الزكاة الذى يكون فيه
تلف النفوس و الأموال فبعد كون الربح وقاية لرأس المال لا بد ان يلاحظ فيه
جانب المالك فمع عدم رضاه لا يجوز قسمته فعلى هذا ما تمسك به القوم من
احتمال لزوم الضرر على المالك ليس فيه مناقشة كثيرة.

و اما الثانى و هو مورد طلب المالك التقسيم فقد يظهر من عبارة الشرايع «و ان
امتنع المالك لم تجبر» ان العامل ليس له الأمتناع لانه متى احتاج الى الجبر
احتسب على المالك لكن فى القواعد «ان امتنع احدهما لم يجبر على القسمة» و
نحوه حكى عن التذكرة و التحرير و المهم ملاحظة الدليل على عدم جواز اجبار
العامل على القسمة و هو ما عن جامع المقاصد من ان العامل لا يأمن أن يطرأ
الخسران، و قد اتلف ما وصل اليه، فيحتاج الى غرم ما وصل اليه بالقسمة و ذلك
ضرر عليه، و فيه ما فى المتن تبعاً لصاحب الجواهر مضافا الى عدم الاطراد.

والتحقيق فى المقام هو ان يقال إن القسمة للربح بدون الفسخ ان اقتضت عدم
كون الربح وقاية لرأس المال كما مرّ لان المتيقن من الاجماع هو غير هذه
الصورة فلا يرد على العامل ضرر اصلاً و لا وجه لاحتماله اصلاً لانه يصير ملكاً
له و ليس بوقاية و اما اذا فرض ان الربح بدون الفسخ وقاية لرأس المال بعد
القسمة ايضاً فالمفروض ان سهم العامل ملك له بعد الإنضاض فلو فرض انه ملك
متزلزل و لا يفيد القسمة بدون الفسخ فيكون عهده على ماله فحفظه يكون

على عهده لا على عهدة المالك لرأس المال فلا بد أن يقبل القسمة و للمالك اجباره عليه أو اعطائه للحاكم الشرعى ليوصله اليه فعلى ائ تقدير لا بد له من قبول ما ملكه و ان فرض لزوم ضرر عليه من غير ناحية المضاربة كالضرر السماوى من الحرق و الفرق فضلاً عن احتمال ما هو ليس بضرر كأتلافه فى وجه عقلائى كأدارة معاشه به ثم يكون عوضه عليه ان خسر رأس المال فتحصل ان الدليل على اجباره هو ان حفظ ملكه يكون عليه لاعلى المالك سواء لزم الضرر او لم يلزم و اما المالك فحيث ان الرىح يكون وقاية لرأس ماله فله الأمتناع من تقسيمه فينحفظ المال من ربحه فى مكان واحد و اجرة حفظه تكون على المال على فرض احتياجه اليها.

اما المقام الثانى فى مقدار ما يرجع من الرىح الى المال فهو فى قوله: وكيف كان اذا اقتسماه ثم حصل الخسران فان حصل بعده ربح يجبره فهو، و الا ردّ العامل اقلّ الأمرين من مقدار الخسران و ما اخذ من الرىح لان الأقل ان كان هو الخسران فليس عليه الا جبره و الزائد له و ان كان هو الرىح فليس عليه الا مقدار ما اخذه و يظهر من الشهيد ان قسمة الرىح موجبة لاستقراره و عدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها، لكن قسمة مقداره ليست قسمة له، من حيث انه مشاع فى جميع المال، فأخذ مقدار منه ليس اخذاً له فقط حيث قال على ما نقل عنه (نقله فى المسالك عنه) «ان المردود اقل الأمرين مما اخذه العامل من رأس المال لا من الرىح فلو كان رأس المال مائة و الرىح عشرين، فاققسما العشرين فالعشرون التى هى الرىح مشاعة فى الجميع، نسبتها الى رأس المال نسبة السدس فالمأخوذ سدس الجميع، فيكون خمسة اسداسها من رأس المال و سد سها من الرىح، فاذا اقتسمها استقر ملك العامل على نصيبه من الرىح و هو نصف سدس العشرين، و ذلك درهم و ثلثان يبقى معه ثمانية و ثلث من رأس المال، فاذا خسر المال الباقي ردّ اقل الأمرين مما

خسر ومن ثمانية و ثلث.»

وفيه مضافا الى أنه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق ان لم يلحقه ربح وان عليه غرامة ما اخذه منه أنظار آخر: منها ان المأخوذ اذا كان من رأس المال فوجوب ردّه لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك، ومنها انه ليس مأذونا في اخذ رأس المال، فلا وجه للقسمة المفروضة. و منها ان المفروض انهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان انه ربح لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال. ودعوى انه لا يتعين لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض اشاعته في تمام المال مدفوعة بان المال بعد حصول الربح يصير مشتركا بين المالك والعامل، فمقدار رأس المال مع حصته من الربح للمالك و مقدار حصة الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعيين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال فقسمة الربح في الحقيقة قسمة لجميع المال ولا مانع منها.

أقول: ما ذكره المصنف في الجواب عن مقالة الشهيد متين الا في ما ذكره من انه ليس مأذونا في اخذ رأس المال مع الربح في اشكاله الثاني فان المفروض هو التقسيم برضاها فاذا رضى المالك ان يكون بعض رأس المال في سهم الربح للعامل فهو مأذون في اخذه الا انه ليس له حق بالنسبة اليه بل مرجعه الى ان يكون التجارة بغيره من رأس المال ولا ربط لهذا البعض بالبقية.

ثم إنّ الاشكال الأول من المصنف مبنى على ما مرّ من دعوى الاجماع على عدم حصول الاستقرار بتقسيم الربح فقط مع عدم الفسخ و حيث انه قد عرفت عدم تمامية الاجماع لمخالفة التذكرة و جامع المقاصد و الشهيد هنا حيث انه يدعى تحقق القسمة و عدم الوقاية بالنسبة الى سدس السدس الذي هو سهم الربح من العشرين فأصل تحقق الاستقرار بالقسمة بدون الفسخ كان مفروضاً عند الشهيد من غير اعتناء بالإجماع و قد مر منا ايضا (في مسألة ٣٥) عدم تحقق

الاجماع الا انه ىرد عليه الاشكال من الوجوه الآخر الذى ذكره.
 واما الاشكال عليه بأنه لو كان الباقي رأس المال فلا بد من ردّ تمامه لا أقلّ
 الأمرين منه و من الخسران فهو و ان كان وارداً لظاهر الكلام فى ذلك الا أنّه لعلّه
 اراد انّ الخسران اذا كان أقلّ فيكون الباقي من رأس المال محسوباً من سهم
 الرىح ولكن مع ذلك لابد ان يقول بالتنصيف فى مازاد لا اطلاق القول باقل
 الأمرين و كيف كان فما ذكره الشهيد (قده) غير تامّ و اما الدليل على اصل بقاء
 الاشاعة فى العشر فقال فى الجواهر انه استصحاب الاشاعة الى فسخ المضاربة
 و فيه انه بعد قصدهما التقسيم و وقوعه فى الخارج فقد حصل غاية الاستصحاب
 يقيناً. و اما توجيهه لكلام الشهيد بان هذا التقسيم يرجع الى فسخ المضاربة
 بالنسبة الى هذا القسم من المال مع ربحه فهو و ان كان وجبها من وجه ولكن ىرد
 عليه ان هذا لا يسمّى تقسيم الرىح و لا يتوقف ردّ مقدار رأس المال فيه على
 خسران المضاربة فى بقية المال بل لابد من ردّه خسر او لم يخسر و لا ربط له
 بغيره و لتصحيح اصل كلامه ايضا لابد ان يقال انه ىرى الفسخ وحده مع ظهور
 الرىح و إنضاذه موجبا لاستقرار الملك حتى يكون سهم الرىح على نحو الاشاعة
 فى جميع العشرة ولكن لا ىرد عليه. الاشكال بان العامل كيف يتصرّف فى العشرة
 مع أنّه غير مأذون الا فى سهم الرىح و ذلك لان المفروض على اى حال اذن
 المالك فى ذلك كما مر.

(مسألة ٣٧): اذا باع العامل حصته من الرىح بعد ظهوره صحّ مع تحقّق
 الشرائط من معلومية المقدار و غيره، و اذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع
 بل يكون بمنزلة التلف فيجب عليه جبره بدفع أقلّ الأمرين من مقدار قيمة ما باعه
 و مقدار الخسران.

اقول: الظاهر ان جزم المصنف و غيره بصحّة البيع يكون من جهة تماميّة

شرائطه عنده و منها الملكية و جزمه بان الخسران الحادث ليس مبطلاً له يكون من جهة ان عقد البيع عقد لازم فلذا يكون بيع الربح بمنزلة اتلاف الربح فينتقل الى بدله و في المستمسك قال بانه ان كان قيمياً فبدله قيمته و ان كان مثلياً فبدله مثله تعليقة على قول المصنف «و من مقدار قيمة ما باعه...»

و عن بعض الاعاظم (قده) هنا تفصيل و هوان البيع ان كان باذن المالك فلا ينبغي الشك في صحته لكونه بمنزلة التقسيم و عدم ما يقتضى منعه منه فان الناس مسلطون على اموالهم و للمالك التصرف فيما يملكه كيف ما شاء فان ظهرت هناك خسارة بعد ذلك فلا بد من تداركها بالبدل لا محالة لتلف العين المملوكة بالملك المتزلزل و اما اذا كان البيع بغير اذن المالك فقد يقال ببطلانه نظراً الى كون الربح متعلقاً لحق المالك و من هنا فالخسارة اما ان تكشف عن عدم ملكية العامل للحصة البيعة من اول الأمر و اما ان تكشف من تعلق حق المالك بها فلا يصح التصرف فيها بغير اذنه.

ثم قال لكن الظاهر ان هذه المسألة لا تقاس بمسألة عدم الزام المالك بالقسمة عند طلب العامل ذلك و ذلك من جهة ان مسألة مطالبة العامل للقسمة مطالبة لتمييز حقه ليستقل به و هو امر على خلاف اساس قانون المضاربة حيث انها عقد قائم على اساس كون الربح وقاية لرأس المال و هذا بخلاف تصرف العامل فيما يستقل به و يملكه فانه و ان كان على خلاف ما شرط عليه الا انه لا يوجب بطلان التصرف الصادر منه و انما غاية ثبوت الخيار للمالك في فسخ عقد المضاربة نظراً لتخلف الشرط فان فسخ فهو و الا لزم العامل بتدارك الخسارة من ماله بدلاً عما اتلفه من الربح بالبيع بدفع اقل الأمرين من قيمة ما باعه و مقدار الخسران و اما احتمال بطلان بيع العامل فلا موجب له بعد ما كان البيع واقعاً على ما يملكه بالفعل و كذا الحال في احتمال كشف الخسارة اللاحقة عن عدم ملكية العامل

للمبيع من بادی الأمر فانه موهون ولا وجه له لأن الملك يحصل بمجرد ظهور الربح من دون ان يكون للمالك حق فيه و من هنا يكون تصرفه فيه مخالفة للشرط و هي لا تقتضى الا الحكم التكليفي بالحرمة و ثبوت الخيار للمالك انتهى.

اقول: وللتأمل فيما ذكره مجال واسع، أمّا ما ذكره غير هذا العظيم في شرحه من الجزم بصحة البيع ولزومه فهو ادعاء بلا دليل واضح في المقام بعد كون ملكية الربح قبل القسمة ملكية متزلزلة باعتراف الكل فان تزلزل الملك يمنع عن بيعه جزماً نظير عدم صحة بيع العبد الآبق او الدابة الشاردة الا مع الضميمة و الجزم بانه ملك له فله التصرف فيه بجميع انحاء التصرف مناف لهذا المعنى و قد مرت الاشارة الى ذلك. (في ذيل مسألة ٣٤)

و اما ما ذكره هذا العظيم فيرد عليه اولاً هذا الاشكال. و ثانياً ان عدم اذن المالك في التصرف في صورة عدم الاذن ليس تخلفه من قبيل التخلف في شرط من شروط المضاربة ليقال ان مخالفته موجبة لخيار المالك في فسخ عقد المضاربة (بعد غمض العين عن كون المضاربة بنفسها جائزة، و ان سلمنا ان الفرق بين الخيار لتخلف الشرط حق و الجواز في اصل المضاربة حكم من الاحكام لان ثمرته في المقام واحدة) و ذلك من جهة ان عدم الاذن في التصرف هنا يكون كعدم الاذن في التصرف في سائر الأموال فان المالك لتعلق حقه بهذا المال لا يأذن في التصرف فيه كعدم اذن المالك في البيع الفضولي سابقاً و لاحقاً فهو اذا لم يأذن بالتصرف في متعلق حقه و هو هذا المال كيف يصح البيع مع انه ليس بيعاً لما يكون المالك مستقلاً في التصرف فيه فان هذا المال يكون نظير المال المشترك بل اسوء حالاً منه من جهة انه لا يعلم بالآخرة هل يستقر ملك العامل عليه ام لا مع كونه متعلقاً لحق المالك من حيث كونه وقاية لرأس ماله و

يكون من وجه آخر كتعلق حق المرتهن بالرهن فكما انه لا يجوز بيع العين المرهونة بدون اذن المرتهن كذلك هنا فكيف نقول بجواز البيع ثم تدارك الخسارة والوقاية بمال آخر من العامل بدلاً عما اتلفه فان البيع ليس اتلاًفاً مع بقاء عين المال مع عدم نفوذه من بدو الأمر و هو كالأتلاف اذا فرض في مقام لزومه فظهر بما ذكرناه ما في قول غيره ايضاً من ادعاء لزوم البيع فان اللزوم هو اول الكلام. و خلاصة الكلام ان ما ادعاه من انه باع ملكه الفعلي فكيف نقول ببطلانه غير تام لان الملك ليس فعلياً تماماً بل يكون فعلياً من وجه و متزلزلاً من وجه آخر ثم ان كشف الخسارة عن عدم الملك من بدو الأمر و ان كان موهوناً الا ان الملك المتزلزل الذي هو متعلق حق الغير ينتج نتيجة عدم الملك بالنسبة الى صحة البيع.

هذا كله في صورة عدم الاذن من المالك بالبيع و اما صورة الاذن منه به فهل يرجع الى رفع اليد عن حقه الذي هو الوقاية او يكون من باب الاذن في التبدل في المالية او من باب ضمان العامل عوضه بانتقاله اليه ثم يبيع او مع كونه وقاية يأذن في البيع بمعنى انه مادام موجوداً يكون وقاية ولو كان عند المشتري الأخير في غاية البعيد و الأول يمكن ان يرجع الى ضمان المالك للوقاية من ماله و الثاني لازمه ان يكون الوقاية بدله اي الثمن الذي اخذه العامل من المشتري و لازم هذا هو ان يكون الوقاية هذا البديل لان يكون البيع بمنزلة التلف و يكون العامل ضامناً لقيمة ما اتلف سواء كان زائداً عن الربح او ناقصاً، لا أقل الأمرين من قيمة ما باعه و مقدار الخسران كما عن المصنف بل اقل الأمرين من الثمن و مقدار الخسران و اما ضمان العامل لبده بعد الاذن في بيعه فان كان لمعاوضة المالك حقه مع حق آخر فهو له وجه ولكن لا بد ان يحاسب قيمة المال فعلاً الذي قد تراضيا عليه لا القيمة الواقعية و لا اعلى القيم الى وقت حصول الخسران و اما بدون التبادل

فالضمان ضمان ابتدائي ولا الزام فيه والحاصل ان تزلزل الملك بالاذن في البيع لا يرتفع ولا معنى للاذن في البيع الا على الوجوه التي عرفت ولا معنى لتنجيز البيع بالنسبة الى المتزلزل وحيث ان الصور الثلاثة المتقدمة ايضاً لا يكون ظاهراً من كلام المجوّز بل البيع التنجيزي مع التزلزل وهو غير ممكن فالمسألة في صورة اذن المالك ايضاً لا تخلو عن اشكال.

أما ما عن جامع المقاصد من قوله «لو تجدد الخسران امكن القول بالبطلان ولم اجد تصريحاً بذلك فينبغي التوقف» فانه وان كان قريباً من وجه لما ذكرناه حيث انه رأى تزلزل الملك سبباً لبطلان البيع بعد الخسران ولكنه بعيد من وجه آخر وهوان الملك المتزلزل من بدو الأمر لا يصح البيع بالنسبة اليه واما ما في الجواهر^(١) في المسألة الثانية عشر بعد تقوية الصحة في مورد شراء المالك سهم العامل بعد الظهور وقبل الاستقرار من قوله «وربما احتل انفساخ البيع لكنه في غير محله» فهو اشارة الى كلام مع صد مع ردّه ولكنه ايضاً غير تام لما عرفت والله العالم.

في الخسران او تلف مال المضاربة

(مسألة ٣٨): لا اشكال في ان الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح سواء كان سابقاً عليها او لاحقاً، ما دامت المضاربة باقية ولم يتم عملها. نعم قد عرفت ما عن الشهيد من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق اذا اقتسماه، و ان مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته. و أما التلف فاما ان يكون بعد الدوران في التجارة او بعد الشروع فيها او قبله ثم اما ان يكون التالف البعض او الكل، و

ايضا إما ان يكون بأفة من الله سماوية أو أرضية، أو باتلاف المالك أو العامل أو الأجنبي. على وجه الضمان فان كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر جبره بالربح ولو كان لاحقاً مطلقاً، سواء كان التالف البعض أو الكل كان التلف بأفة أو باتلاف ضامن من العامل أو الاجنبى و دعوى: أن مع الضمان كأنه لم يتلف، لأنّه فى ذمة الضامن كما ترى نعم لو اخذ العوض كان من جملة المال

اقول: جبران الخسارة بالربح فى الجملة مما لا كلام فيه كما مرّ و اما كلام الشهيد (قده) فقد عرفت ما فيه فى غير اصل القسمة و اما اصل القسمة فهو من الموجبات للاستقرار لما مرّ من ان المتيقن الوقاية فى غير هذا. و اما بقية المتن فيكون فى حكم التلف و تكون متعرضة لفروع:

الفرع الأول ان يكون التلف بعد الدوران فى التجارة و معناه انه وقع من العامل بيع أو شراء ثم حصل التلف و هذا غير الشروع فى التجارة عند المصنف فانه مثل للشروع فيها بما اذا اشترى فى الذمة و تلف المال قبل دفعه الى البايع فأداه المالك و سيجىء توضيحه، فاختر الماتن جبر التلف بالربح مطلقاً و هو ظاهر الشرايع و الجواهر^(١) فى المسألة الثامنة فى اللواحق و عن مجمع البرهان السيد العميدى انه لا خلاف فيه. ولكن عن مع صد: يحتمل ضعيفاً عدم الجبران اذا كان التلف بأفة سماوية أو غصب غاصب أو سرقة سارق لانه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل و تجارته و لان الضمان فى الغصب و السرقة فى مال الغاصب و السارق و لا حاجة فى جبرانه بمال القراض و قد اشكل على هذا كما عن بعضهم بوجهين:

الاول: ان الربح وقاية لرأس المال و لا دليل لنا على اشتراط كون الحكم فى

مورد كون النقص بسبب السوق و ثانياً انه لا يعقل وجود الربح مع كون رأس المال ناقصاً و ثالثاً بان الكلام في السرقة و الغصب انما هو مع عدم العوض من الغاصب و السارق و حينئذ فهو تلف. فأقول ان الدليل على اصل كون التلف من الربح فالظاهر انه الارتكاز العرفي على ان المضاربة بنائها على بقاء رأس المال و تقسيم الزائد و لذا لا فرق بين الخسران و التلف في ذلك عندهم في الجملة و اما الاجماع المدعى فهو على فرض تسليمه فيكون محتمل السندية و سنده اما الارتكاز أو الاطلاقات المقامية و اما خلاف فليس في اصل الجبران بل في اطلاقه فاما الايراد الأول عليه فيمكن ان يقال انه غير وارد عليه من جهة انه و ان لم يكن لنا دليل على الاشتراط ولكن الدليل على اصل الوقاية كان هو الاجماع و له ان يقال المتيقن منه صورة كون التلف بسبب التجارة لا غير اللهم الا ان يقال ان هذا خلاف الارتكاز عند العقلاء و هو الدليل.

و اما الايراد الثاني عليه و هو عدم تصوير الربح مع كون رأس المال ناقصاً فهو غير وارد عليه لان المراد بالربح هو الذي لو لم يكن التلف لكان زيادة في المال فكيف يقال لا يعقل ربح مع التلف نعم مع التلف كأنه لم يحصل ربح لا انه لم يحصل و الفرق بين «أن» و «كأن» واضح هذا مضافاً الى ان تصوير الزيادة مع كون التلف اقل من مقدار الربح لا خفاء فيه.

و أما الايراد الثالث فيمكن أن لا يرد عليه ايضاً من جهة احتمال ان يكون مراده صورة امكان حصول العوض قريباً فحينئذ يمكن ان يقال ان جبران النقص مراعى بعدم حصول العوض ولكن الانصاف هو ان الارتكاز على جبر رأس المال بالموجود من الربح و ما يكون في ضمان الغير يقسم بينهما بالنسبة ان كان زائداً على رأس المال و الا يجبر به ايضاً و يقسم الزائد بينهما كما في المتن و قد ظهر بما ذكرناه ان مراده بقوله و دعوى الخ... هو ما احتمله جامع المقاصد و

استضعفه هو والمسالك والجواهر و عن التذكرة ان اصح الوجهين عند اكثر الشافعية هو الجبران في مورد التلف مع الضمان. ثم ان المراد بتلف البعض واضح و اما مراد المصنف من تلف الكل فهو تلف ما يساوى مقدار رأس المال و الا فمع تلف كل المال اصلاً و فرعاً فلا يبقى مجال للجبران فعلى هذا ان كان رأس المال مائة فربح مائة و خمسين ثم تلف مائة يكون جبران تمام المائة الذى هو تمام رأس المال بالربح فيبقى منه خمسين فقط فيقسم بينهما بالنسبة.

الفرع الثانى، قوله: بل الأقوى ذلك اذا كان بعد الشروع فى التجارة و ان كان التالف الكل كما اذا اشترى فى الذمة و تلف المال قبل دفعه الى البائع فأداه المالك او باع العامل المبيع و ربح فأدى

اقول: قد مرّ (فى مسألة ١٢) البحث عن المعاملة بالذمة فى المضاربة فعن بعضهم كصاحب الشرايع والقواعد وجوب الإشتراء بعين المال و قد اخترنا هناك ان المعاملة فى الذمة ايضاً تصح فى المضاربة ولكن على نحو الكلى فى المعين لا مطلق الذمة سواء كان قصد العامل المالك او نفسه وكالة عنه و لذا لا يجب على المالك اداء عوض الثمن ان تلف المال قبل ادائه لأنّ بناء المضاربة على التجارة بهذا المال المعين مقداراً لا التجارة بمطلق الذمة فعلى هذا يكون البحث عن الجبر على فرض بقاء المضاربة مع تلف المال اما على فرض عدم بقائها فلا موضوع للجبر و من المفروض ان قوام المضاربة بالمال و العقد بمجرّده لا يكفى فى بقائها فى مورد تلف كلّ فعلى هذا ان كان الشراء فى الذمة شراء فى ذمة المالك مطلقاً فان امضى العقد فهو يقع له و له ربحه و خسارانه و لا ربط له بالعامل و ان كان فى ذمة العامل فهو يقع له كذلك الا انه اذا كان شرائه فى ذمته من غير ربط بالمضاربة فهو غير مربوط بها اصلاً و ماله ربط بها هو شرائه بعنوان انه عامل او وكيل عن المالك. و ان كان فى ذمة المالك مقيداً بكون الكلى فى المعين فهو

باطل لانه كالبيع بلائمن لان ثمنه كان هو ما فى الخارج و قد تلف. هذا كله اذا تلف جميع المال و لم يظهر ربح فيما اشتراه و اما اذا اشترى فى الذمة فتلف المال و باع ما اشتراه و ربح فيكون الاتكاز على جبران التلف بالربح و يجب الوفاء للئمن من هذا الربح و كذا اذا لم يبعه ولكن كانت القيمة السوقية مرتفعة فيكون الربح ظاهراً فانه يباع و يؤدى الثمن فانه يحسب فى نظر العرف مثل ان يكون شىء من رأس المال باقياً. و اما تضعيف بعضهم لذلك بان ما به قوام المضاربة و هو المال قد تلف و تلفه موجب لانتفاء المضاربة و حينئذ يكون الربح للمالك و للعامل اجرة المثل فهو خلاف ارتكاز العقلاء فانهم يرون بقائها و لم يردع الشرع عنه فهو المتبع.

الفرع الثالث، قوله: كما ان الأقوى فى تلف البعض الجبر و ان كان قبل الشروع أيضاً كما اذا سرق فى اثناء السفر قبل ان يشرع فى التجارة او فى البلد قبل ان يسافر و اما تلف الكل قبل الشروع فى التجارة فالظاهر انه موجب لأنفساخ العقد اذ لا يبقى معه مال التجارة حتى يجبر او لا يجبر. نعم اذا اتلفه اجنبى و أدى عوضه تكون المضاربة باقية. و كذا اذا اتلفه العامل.

اقول: الفرق بين صورة تلف البعض قبل الشروع أو الكل الذى يكون الانفساخ عندهم فيه مسلماً هو ان العرف يرى بقاء المضاربة مع وجود بعض رأس المال لا مكان التجارة والاسترباح به و يرى الداخل فى قوام المضاربة هو اصل رأس المال لا تمامه بخلاف صورة تلف الكل فانه يكون دخیلاً فى قوامها فاذا لم يكن رأس مال اصلاً لا يمكن التجارة الا بما فى الذمة و هى غير مربوطة بالمال المعين الذى وقع عليه المضاربة فعلى هذا لا يرد على التسالم على الانفساخ بان المقتضى للجبران ان كان هو العقد ففيها يكون العقد متحققاً فكيف يفرق بينهما، فان العقد وحده لا يكفي لبقاء اثره اذا لم يكن رأس المال اصلاً و

القاضي بالفرق هو العرف وارتكاز العقلاء.

ثم إن بقاء المضاربة في صورة اتلاف العامل او الاجنبى رأس المال و تعويضه يكون من جهة انه يكون العوض كالمعوض بل يمكن ان يقال مع عدم الاداء ايضا اذا امكن اخذ العوض لا يبطل المضاربة لان العوض كالأصل و يكون ايجاد المانع من الاجنبى فللعامل الصبر الى الاخذ او فسخ المضاربة و اما اذا اتلفه المالك فظاهر المصنف هو عدم كونه كذلك و لعله من جهة ان المالك ليس بضامن ولكن لنا ان نقول اتلاف المالك اياه تارة يكون بقصد التعويض و ان بدله بلحاظ المضاربة كان في ذمته فعوضه مع عدم فسخ المضاربة و اخرى يكون بلحاظ انه ماله يتصرف فيه بدون قصد التعويض فالأول يمكن ان يقال فيه ان المضاربة باقية غير منفسخة و ليس هو أسوء حالاً من الأجنبي و كون التصرف على وجه العدوان كما في الأجنبي او على وجه الجواز كما عن المالك ليس بفارق عرفاً. و اما الثانى فالانفساخ قهرى لأن قوام المضاربة بالمال و من لا يريد تعويضه لا يريد المضاربة في الواقع من حين الاتلاف.

العامل امين في المضاربة

(مسألة ٣٩): العامل امين فلا يضمن الا بالخيانة كما لو اكل بعض مال المضاربة او اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك، او وطء الجارية المشتري او نحو ذلك او التفريط بترك الحفظ او التعدي بان خالف ما امره بها او نهاه عنه كما لو سافر مع نهيه عنه او عدم اذنه في السفر او اشترى ما نهى عن شرائه او ترك شراء ما امره به، فانه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف و لو بأفة سماوية و ان بقيت المضاربة، كما مرّ

اقول: ^(١) في هذه المسألة فروع: الاول ان العامل امين: و دليله الاجماع كما في الجواهر و عدم الخلاف و هو المصرّح به في كلام جماعة كثيرة و لنا ان ندعى انه موافق للسيرة و الارتكاز العقلائي الا ان هذا محتمل السندية و سنده جملة من النصوص العامة و الخاصة اما العامة فهي ما دل على عدم ضمان المستأمن بعد نقلها بالمعنى في الوسائل (باب ٤ من الوديعه) ففي ح ٩ «ليس لك ان تتهم من قد ائتمنته، و لا تأتمن الخائن و قد جرّبت» و في ح ٣ «في رجل استأجر اجيراً فاقعده على متاعه فسرقة قال هو مؤتمن»

و اما الخاصة فهي مثل صحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام ^(٢) قال سألته عن الرجل يستضيع المال فيهلك او يسرق، أعلی صاحبه ضمان؟ فقال ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل اميناً. و هذا واضح.

الفرع الثاني الضمان بالخيانة و يدل عليه كل ما دل على الضمان بالتعدّي في جميع الموارد كقاعدة اليد و قاعدة الائتلاف في مورده و الروايات الخاصة ^(٣) كصحيح محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة، و ينهى ان يخرج به فخرج، قال: يضمن المال و الربح بينهما. و نحوه غيره و قد مرّ شرط من الكلام في ذلك (في مسألة ٥).

ثم ان ظاهر كلام المصنف ان عنوان الخيانة في مقابل التعدّي و التفريط و ان الاول التصرف غير المجاز في المال بالأكل مثلاً و الثاني عدم العمل بما امر به المالك او نهى عنه و الثالث هو ترك حفظ المال ولكن قد يقال ان الظاهر ان الخيانة عنوان عام شامل للتعدّي و التفريط و التصرف غير المجاز في المال بعض انحاء التعدّي كما ان عدم الحفاظ بعض انحاء الخيانة و هو الظاهر من عبارة

١- البحث في الجواهر، ج ٢٤، ص ٣٧٨. ٢- ٣/٣ من المضاربة و ٤/٥ من الوديعه.

٣- في باب ١ من المضاربة.

الشرايع حيث لم يذكر التعدي حيث قال «و لا يضمن ما يتلف الا عن تفريط او خيانة» وعن المسالك الخيانة هي التعدي فمفهومهما واحد يقابل التفريط و التحقيق ان الخيانة كما هو في مفردات الراغب «مخالفة الحق بنقض العهد في السر و نقيضها الأمانة» و التعدي هو الاعم لأنّ التعدي ايضا كما في المفردات ايضا «هو التجاوز عن الشيء» او يقال الخيانة يقال بلحاظ ما في الباطن من الانحراف و التعدي بلحاظ ما هو الظاهر فان الخيانة هو التعدي مع كون الخائن قصده الاخفاء (و بفارسي دزدكي تجاوز كردن است) و التعدي ليس الا التجاوز مع عدم التصدي للأخفاء فاكل مال المضاربة سراً خيانة و السفر به الى جهة نهى المالك عنها تعدّ و عدم حفظه ليس بخيانة و لا تعدّ ولكنه تفريط و القاضي بالفرق بين هذه المفاهيم هو العرف من اهل اللسان و ان كان في الجميع نوع خروج عن سبيل الحق و حيث انه لا ثمة فقهية في ذلك لاشتراك الجميع في ايجاب الضمان فليس النقض و الابرام فيه بهم.

الفرع الثالث، قوله: و الظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك ايضا اقول: البحث هنا في الخسارة التي نشأت من وضعية السوق و يدل عليه اولا اطلاق ما دل على الضمان كصحيح محمد بن مسلم المتقدم آنفاً بقوله ع يضمن المال و الربح بينهما. بتقريب ان الوضعية ايضا تكون نقصاً في المال. و ثانياً صريح صحيح الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام^(١) انه قال في الرجل يعطى المال فيقول له ايت ارض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها قال: فان جاوزها و هلك المال فهو ضامن و ان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه و ان ربح فهو بينهما.

و تقريره لكون الوضعية على المتجاوز واضح و نسب الحكم فى الجواهر الى ظاهر الادلة ثم قال بل صريح بعضهم او ظاهره ضمانه بالثمن الذى يكون للشئء فى البلد التى سافر عنها بل قد يقال او يقوى ضمانه للوضعية المتجددة بعد التعدى و بالسفر مثلاً و ان تساوى السعر فى البلدين على وجه لوبقى فى البلد الذى سافر عنها لحصلت تلك الوضعية ايضا، لاطلاق كونها على العامل مع مخالفته نعم لو فرض كون الوضعية سابقا على سفره فتعدى و سافر و باع بما فيه تلك الوضعية امكن حينئذ عدم الضمان فتأمل.» انتهى.

اقول: إنَّ الوضعية الحاصلة فى المال تارة تكون بالقيمة السوقية و اخرى بغيرها اما الأول فلا بدّ من ملاحظة السوق فى البلد الذى كان مأمورا بالمضاربة و المعاملة فيها فان حصلت الوضعية بلحاظ تفاوت السعر فى هذا البلد و البلد التى سافر اليها لا شبهة فى ان ضمانها عليه لانها حصلت بتعديه و اما الثانى فهو مثل ما يحصل بسبب السفر من مخارج الحمل و النقل فهو ايضا يكون على العامل لتعديه و هنا قسم ثالث من الوضعية و هو ان لا يكون الوضعية مختصة بالبلد التى سافر اليها بل تكون فى البلدين و فيه احتمالان الاول هو عدم ضمان العامل لها لعدم كونها مربوطة بالتعدى سواء كانت الوضعية قبل السفر او بعده و اطلاق الادلة منصرف عنه فقوله ع فى صحيح الحلبي «وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه» ينصرف الى كون هذه الوضعية من هذا السفر، هذا اذا علم بعدم الفرق بين البلدين و اما اذا احتمل انه لو كان فى البلد الذى سافر عنها لم يتوجّه اليه الوضعية فالأطلاق شامل له و لا فرق بين كون الوضعية قبل السفر او بعده الا أنه فى صورة كونها قبل السفر يحتمل ان يكون التقدم موجباً للعلم بعدم كون الوضعية من السفر بخلاف ما لو كانت الوضعية بعده فان احتمال عدم الوضعية ان باع المتاع قبل ذلك له وجه و الحاصل التقدم و التأخر من باب الطريقية الى احتمال اسناد

الوضعية الى السفر و عدمه له وجه و لعله لذلك امر (قده) بالتأمل و الاحتمال الثاني هو الاخذ باطلاق النصّ بقرينة المقابلة مع الريح و حيث ان الريح عام فكذلك الوضعية عامة بقرينة السياق فيكون هذا من باب الحكم لرغم الأنف للمتجاوز فعلى هذا لا انصراف للاطلاقات و يمكن ان يكون تأمل صاحب الجواهر من هذا الوجه ايضاً ولكن الاحتمال الاول أقرب الى الارتكاز.

بقى شيء و هو انه قال في المستمسك ان المذكور في النصوص امرين: ضمان المال و ضمان الوضعية و الأول يكون بمطلق التعدي و التفريط و الثاني يختص بالمخالفة للمالك فاذا كانت الوضعية بعد التعدي أو التفريط لم يضمنها و ان كان يضمن العين لانه لم يخالف امر صاحب المال بعد ذلك و اذا كانت الوضعية بعد مخالفة المالك ضمنها كما ضمن العين لانه بالتعدي صار ضامناً للعين و بالمخالفة صار ضامناً للوضعية.

و فيه ان التعدي بنفسه مما هو مخالف لقرار المضاربة و كأنه يكون بناء العقد عليه و يكون مخالفة لأمر المالك فكيف نقول بالفرق و اما رجوعه عن التعدي فهو امر آخر سيجيء الكلام فيه.

الفرع الرابع، قوله: و اذا رجع عن تعديّه او خيانتة فهل يبقى الضمان أو لا؟ وجهان. مقتضى الاستصحاب بقاءه كما ذكرنا في باب الوديعة أنّه لو اخرجها الودعي عن الحرز بقي الضمان و ان ردّها بعد ذلك اليه. ولكن لا يخلو عن اشكال لان المفروض بقاء الاذن و ارتفاع سبب الضمان

اقول: إنّ لا شبهة في أنّه اذا علم المالك بالتعدي او الخيانة ثم اذن في المضاربة بعد رجوع العامل عنه انه اذن جديد و يكون له اثره و لا موضوع لاستصحاب الضمان لارتفاع سببه و حدوث ما هو سبب جديد للأستيمان و اما على فرض عدم حصول العلم بذلك و احتمال رجوع المالك او مالك الوديعة في

الوديعة عن اذنه فاستصحاب بقاء الاذن مقدّم على استصحاب الضمان لان الشك في بقاء الضمان مسبب عن الشك في بقاء الاذن والا فمع بقاء الاذن فلا موضوع لاستصحاب الضمان بعد رفع سببه فإنه من اسراء حكم من موضوع الى آخر هذا كله مضافاً الى الاشكال في استصحاب الاحكام الكلية لعدم الحالة السابقة لها فان المسلم الضمان عند حدوث سببه ولم يكن لنا اليقين بالضمان في زمان من الازمنة بالنسبة الى ما بعد رفع السبب لنستصحه فاما يكون هذا الاستصحاب معارضاً باستصحاب عدم الازلى واما لاستصحاب عدم الجعل المقدم على استصحاب وجود الضمان على فرض تعدّد الموضوع وتوضيحه موكل الى محله في علم الاصول.

الفرع الخامس، قوله: ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان ولم يبيع ضمن الوضعية ان حصلت بعد ذلك

اقول: إنّ ضمانه هنا يكون من جهة تفريطه فان بناء المضاربة على الاسترباح وكما ان عدم حفظ اصل المال تفريط وان لم يكن خيانة كذلك عدم حفظ ربحه يكون تفريطاً موجباً للضمان ويمكن ان يقال ان هذا من قبيل مخالفة شرط يكون العقد مبنياً عليه ومخالفة الشرط موجب للضمان كما ورد في النصوص^(١) فهكذا يكون هذه المخالفة موجبة له.

الفرع السادس، قوله: 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 فعلاً وبين العزم على ان يخون بعد ذلك.

اقول: إنّ ما هو الحرام هو الخيانة في الخارج واما قصد الحرام فلا أثر له لا عند الشرع ولا عند العرف والمؤاخذه عليه يكون كالتقصاص قبل الجنائية سواء

كان فعلاً قاصداً للخيانة او كان بصدها بعد ذلك فانه من المسلم ان قصد الحرام لا يؤاخذ الله تعالى عليه و ان فرض صحة العقاب على التجري في مورد ابراز القصد بفعل من الافعال جهلاً و القصد عند العرف ايضاً ليس سبباً للمضمان ولا دليل من الشرع ايضاً على التعبد به و انما الخيانة و التعدى هو الغصب و الاستيلاء الخارجى على مال الغير عدواناً سواء قصد الخيانة او تصور ان هذا الفعل منه ديانة و هذا واضح لا ريب فيه.

عدم جواز اشتراء مال المضاربة من العامل

(مسألة ٤٠): لا يجوز للمالك ان يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة لأنه ماله نعم اذا ظهر الربح يجوز ان يشتري حصة العامل منه مع معلومية قدرها. ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك فانه بمنزلة التلف و يجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة، كما لو باعها من غير المالك
اقول: فى هذه المسألة فروع الاول عدم جواز شراء المالك شيئاً من مال المضاربة و دليله ما فى المتن.

الثانى جواز بيع العامل سهمه من الربح للمالك و هو قد مرّ منا الاشكال فيه (فى مسألة ٣٧) لأنه قبل استقرار ملك الربح يكون الملك متزلزلاً خلافاً للماتن فلا نعيد.

الفرع الثالث، قوله: و اما العامل فيجوز ان يشتري من المالك قبل ظهور الربح بل و بعده، لكن يبطل الشراء بمقدار حصته من المبيع لأنه ماله
اقول: أمّا شراء العامل من مال المضاربة قبل ظهور الربح فدليله واضح لان وضع المضاربة يكون للبيع و الشراء من غير فرق بين كون المشتري نفس العامل

او الاجنبى الا ان العوض الذى يؤديه العامل يصير من مال المضاربة ربح او خسر. و اما شرائه بعد ظهور الربح فهو اما ان يكون لحصته معينة من اصل المال بحيث تجعل مفروزة ثم تباع و يجعل بدلها من مال المضاربة فلا اشكال فيه اصلاً و اما اذا كان مع الاشاعة فالمعاملة بالنسبة الى سهم العامل من ذلك تكون باطلة لانه ماله و لا معنى للمبادلة فيه.

الفرع الرابع، قوله: نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بازيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلًا بهذا الشراء يمكن الاشكال فيه حيث ان بعض الثمن حينئذ يرجع اليه من جهة كونه ربحاً، فيلزم من نقله الى البائع عدم نقله من حيث عوده الى نفسه و يمكن دفعه بان كونه ربحاً متأخر عن صيرورته للبائع فيصير اولاً للبائع الذى هو المالك من جهة كونه ثمنًا، و بعد ان تمت المعاملة و صار ملكاً للبائع و صدق كونه ربحاً يرجع الى المشتري الذى هو العامل على حسب قرار المضاربة فملكية البائع متقدمة طبعاً. و هذا مثل ما اذا باع العامل مال المضاربة الذى هو مال المالك من اجنبى بازيد من قيمته، فان المبيع ينتقل من المالك و الثمن يكون مشتركاً بينه و بين العامل و لا بأس به فانه من الاول يصير ملكاً للمالك ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له بمقتضى قرار المضاربة لكن هذا على ما هو المشهور من ان مقتضى المعاوضة دخول المعوض فى ملك من خرج عنه العوض و انه لا يعقل غيره. و اما على ما هو الاقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص و العوض داخل فى ملك غيره، و انه لا ينافى حقيقة المعاوضة فيمكن ان يقال من الاول يدخل الربح فى ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة، فلا يكون هذه الصورة مثلاً للمقام و نظيراً له.

اقول: ما دفع المصنف الاشكال بالتقدم بالطبع من باب تقدم الموضوع على حكمه فهو متين اذا كان المراد هو تحقق ملكية المالك للثمن آنأ ما قبل حصول

الريح فان هذا تقدم بالزمان وان كان تقدم الموضوع على حكمه احياناً من التقدم بالطبع كتقدم الواحد على الاثنين في الاعداد كما اذا فرض تحقق العرض و معروضه في آن واحد و التقدم الزماني بالمعنى الأول هو المطابق للارتكاز ضرورة ان البيع ما لم يتم لا يصير الثمن ملكاً ليلاحظ ربحه فعلى هذا اذا تم انتقال الثمن بعنوان انه ثمن يحاسب الريح و لا يرى العقلاء فرقاً بين كون المشتري هو العامل او غيره.

و اما تنظيره (قده) على المشهور فهو لا بحث فيه و اما ما جعله الأقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص و العوض يدخل في ملك غيره فقد اشكل عليه بعض الاعاظم في الشرح بما حاصله ان حقيقة البيع مبادلة بين المالين مع الغاء خصوصية العوضين فمن يشتري الكتاب مثلاً بدينار او يبيعه به يبدل ماله بشيء آخر يقوم مقامه في المالية و ان لم يكن مشتملاً بما اشتمل عليه من الخصوصيات فعلى هذا فحقيقة البيع متقومة بالأخذ و العطاء في قبالة بحسب المرتكز العرفي و حيث ان هذا المعنى غير متحقق في المقام فيشكل الحكم بصحته من هذا الوجه بل دفع الاشكال يكون بما في المتن من انه آناماً قبل صيرورته ربحاً يدخل في ملك المالك ثم يدخل سهم الريح منه في ملك العامل و هذا لا محيص عنه بمقتضى الجمع بين ما هو لازم العقدین البيع و المضاربة. و في المستمسك الاشكال بنحو آخر و هو مع ترتيب و تنقيح من أن المحتمل في مفهوم المعاوضة امور ثلاثة: الاول: دخول كل من العوض و المعوض في ملك من خرج عنه الآخر الثاني: دخول العوض في ملك مالك المعوض دون العكس. الثالث عدم لزوم دخول احدهما في ملك مالك الآخر فيجوز ان يدخل كل واحد منهما في غير ملك من خرج عنه الآخر (و نوضحه بان الشخص يعطى الثمن ليصير الثمن كالأجر مثلاً ملكاً للمسجد او الفقير او يبيع الأجر و يجعل ثمنه في

ملك المسجد او فقير)

ثم قال الاول هو المشهور والثاني هو الاقوى والثالث ضعيف ووجه اقوائية الثاني هو ان المعاوضة لا يكون في معناها المشاركة في الفعل بل ما فيه المشاركة هو التعاوض من باب التفاعل فعلى هذا فمعنى عاوض انه اعطى العوض وجعله في مكان المعوض و عليه فالثمن الذي هو العوض يجب ان يكون في مكان الثمن المعوض ولا يجب العكس نعم يكون العكس اذا لم يكن مقتضى للخلاف فعلى هذا يتوجه الاشكال الذي ذكره المصنف على هذا الوجه ايضا لان لازم دخول الثمن في ملك المالك والعامل يكون خلاف معنى المعاوضة ولا يختص الاشكال بالوجه الأول وعلى الثالث لا يأتي اشكال اصلاً اذا لا موجب لان ينتقل المال الى البايع لعدم دخله في مفهوم المعاوضة على ما هو المفروض كي يشكل بانه يلزم من نقله الى البايع عدم نقله و عوده الى نفسه.

اقول: اما ما ذكره بعض الاعاظم فيمكن المناقشة فيه بان المبادلة بين المالين يتحقق بان يكون ما هو ملك زيد ملك عمرو او غيره وما هو ملك عمرو ان يصير لزيد او غيره فان خصوصية المالكين تكون كخصوصية المالين في عدم كونها احياناً محط نظر العقلاء كسواء الآجر بمال المتبرع للمسجد و شراء الخبز بمال الغني للفقير ولا يكون المشتري ولا العقلاء بصدد ارجاع هذه المعاملة الى معاملتين هبة زيد مثلاً ماله للمسجد او الفقير ثم وقوع الشراء للمسجد او الفقير و يصدق ان هذا المال عوض ذاك و بدله و لو بهذا النحو من المبادلة فلماذا نلتزم بأن المال اذا خرج من كيس شخص لا بد ان يدخل عوضه في كيسه و ان كان غالب موارد البيع و الشراء كذلك ولكن لا ملزم للقول بصحته فقط نعم الارتكاز في خصوص المقام هو دخول الثمن في ملك المالك ثم بعد الدخول في ملكه يصدق الربح فيرجع سهم العالم اليه كما أن الاحوط ملاحظة ما عليه المشهور من

لزوم التبادل فى العوضين بحيث يدخل العوض فى كيس من خرج من كيسه المعوض و بالعكس.

و اما ما فى المستمسك فيرد عليه ان ما اختاره من الاحتمال الثانى لمراعات معنى العوضية غير تام لان مفهوم البيع ليس هو معاوضة مال بمال حتى نكون بصدد ان يكون الثمن عوضاً و المعوض هو المثلث فاذا صدق جعل الثمن عوضاً تم البيع و ان لم يصدق جعل المثلث عوضاً له بل البيع مبادلة مال بمال و قد مرّ ان المبادلة ليس فى مفهومه دخول العوض فى كيس من خرج عن كيسه المعوض و بالعكس و لعل مراده من لزوم دخول الثمن فى كيس مالك المثلث هو صدق العوضية بمجردده و الا فعند العرف يكون المثلث ايضا عوضاً فإى ترجيح فى ان يكون الثمن كذلك فان المثلث اذا لم يدخل فى كيس مالك الثمن ايضا لم يصدق العوضية فيه كما ان المبادلة ايضا تكون كذلك. هذا اولاً و ثانياً قد مرّ منا ان وضع صيغة المفاعلة يكون للفعل بين الاثنين كما هو المتبادر عند اهل الفن من النحاة و الصرفيين و استعمالها فى فعل الواحد مع القرينة كما فى طالعت الكتاب و تابعت زيدا لا غرو فيه و ادعاء ان وضع المفاعلة للتصدي بخلاف وضع المجرد من الفعل كما ان قاتل معناه السعى فى القتل و قتل معناه اصل صدور الفعل فهو ايضا لا دليل عليه على حد كون المتبادر هو هذا المعنى و استعماله كذلك فى بعض الموارد مع القرينة لا غرو فيه فعلى هذا المعاوضة يكون معناها المبادلة فى جعل هذا عوض ذاك و بالعكس غاية الأمر معنى التبادل اوسع مما هو المشهور كما مرّ فان المعاوضة و المبادلة يصدق بنحو ما ذكرناه فى نقد كلام بعض الاعاظم الذى مرّ آنفاً نعم جواب المصنف فى المقام هو الموافق للارتكاز و ان كان الاشكال متوجهاً على فرض الاحتمال الثانى من احتمالاته و لا يختص بالاحتمال الأول الذى هو المشهور والله العالم.

جواز أخذ الشفعة من المالك

(مسألة ٤١): يجوز للعامل الاخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة ولا يجوز العكس. مثلا اذا كانت دار مشتركة بين العامل و الأجنبي فاشترى العامل حصة الأجنبي بمال المضاربة، يجوز له اذا كان قبل ظهور الربح ان يأخذها بالشفعة لأن الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك، فللعامل ان يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه و اما اذا كانت الدار مشتركة بين المالك و الأجنبي، فاشترى العامل حصة الأجنبي، ليس للمالك الأخذ بالشفعة، لان الشراء له فليس له ان يأخذ بالشفعة ما هو له.

اقول: ما ذكره واضح لان العامل كما كان له الاخذ بالشفعة من شريكه ان فرض بيعه لغيره كذلك يكون له الاخذ بها اذا فرض كون المالك في المضاربة مشتريا من غير فرق بين كون البيع من المالك مع العامل او مع غيره و اما اشتراط كون هذا قبل ظهور الربح فلأنه بظهوره يصير المالك و العامل شريكاً في المال و لا يكون المال كما كان للأجنبي هذا اذا فرض كون العامل شريكاً بمقدار سهم ربحه في العين كما هو الظاهر و الا فان كان العين بتمامه للمالك وللعامل مازاد عن القيمة السوقية ففي تحقق حق الشفعة وجه ولكن الظاهر هو الأول فلا شفعة. (مسألة ٤٢، ٤٣، ٤٤ و ٤٥) اقول حيث ان هذه المسائل غير مبتلى بها في زماننا فلا تتعرض لشرحها.

في فسخ المضاربة

(مسألة ٤٦): قد عرفت ان المضاربة من العقود الجائزة و أنه يجوز لكل منهما الفسخ اذا لم يشترط لزومها في ضمن عقد لازم، بل في ضمن عقدها ايضاً ثم قد

تحصل الفسخ من أحدهما، وقد يحصل البطلان والانفساخ بموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها، أو لعدم إمكان التجارة لمانع أو نحو ذلك، فلا بد من التكلم في حكمها من حيث استحقاق العامل للأجرة وعدمه ومن حيث وجوب الإنضاض عليه وعدمه إذا كان به ديون الناس، ومن حيث وجوب الرد إلى المالك وعدمه، وكون الأجرة عليه أولاً، فنقول أما أن يكون الفسخ من المالك أو العامل، وإيضاً إما أن يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدماتها أو بعده قبل ظهور الربح أو بعده في الأثناء أو بعد تمام التجارة، بعد إنضاض الجميع أو البعض أو قبله، قبل القسمة أو بعدها، وبيان أحكامها في طي مسائل :

«الأولى» إذا كان الفسخ أو الانفساخ ولم يشرع في العمل ولا في مقدماته فلا إشكال ولا شيء له ولا عليه وإن كان بعد تمام العمل فكذلك إذ مع حصول الربح يقتسمانه ومع عدمه لا شيء للعامل ولا عليه إن حصلت خسارة إلا أن يشترط المالك كونها بينهما على الأقوى من صحة هذا الشرط، أو يشترط العامل على المالك شيئاً أن لم يحصل ربح وربما يظهر من بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح ولا وجه له أصلاً لأن بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله، كما في الجعالة.

أقول: أما البحث في الجواز في عقد المضاربة لا اللزوم فقد مر في المسألة الثانية. وأما الفسخ والانفساخ قبل الشروع في العمل وفي مقدماته فلازمه عدم شيء للعامل أصلاً لأن مجرد العقد بدون العمل لا أثر له وأما عدم الإشكال فيما إذا تمت المضاربة وانقضى أمدها وربحت فهو أيضاً واضح لأن الربح تقسيم بينهما وأما إذا لم يربح وحصل الفسخ أو الانفساخ فإن فرض خسارة فليس على العامل شيء منها إلا أن يكون الشرط بينهما أن تكون الخسارة بينهما أو يشترط العامل على المالك شيئاً في مقابل عمله أن لم يحصل ربح أصلاً أو

حصل خسارة ايضاً وقد تقدّم تفصيل الكلام في نحو مشروعية الشرط كذلك في المسألة الرابعة وان الشرط ان كان على نحو ان يكون ما ليس ضمانه مقتضى المضاربة في مال من اشترط عليه فلا اشكال على نحو شرط الفعل بان يشترط ان يعطى من عليه الشرط من ماله فانه كما يجوز ذلك ابتداءً يجوز أن يكون في ضمن الشرط لا بنحو شرط النتيجة و الا فهو مخالف للسنة لان مقتضى المضاربة عدم ضمان العامل لشيء من الخسارة اذا لم يكن ربح في البين و على عدم ضمان المالك لشيء غير الربح للعامل الا ان الاشكال في مورد كون هذا الشرط في ضمن عقد المضاربة هو انه على فرض الفسخ او الانفساخ كما هو المفروض هنا لا يبقى عقد فلا يجب الوفاء بالشرط لان الشرط في ضمن العقود الجائزة يجب الوفاء به مادام وجود ذلك العقد نعم ان كان الشرط في ضمن عقد لازم آخر تجب الوفاء به مطلقاً وكذا اذا كان في ضمن عقد جاز آخر لكن بشرط بقاءه.

ثم إنّ عدم استحقاق العامل في هذا الفرض لأجرة المثل كما في المتن هو الموافق لمقتضى المضاربة فهي كالجعالة في ان المجعل له لا يستحقها الا بعد الاتيان بما يكون الجعل في مقابله فان سعى مثلاً في وجدان ضالة ولم يجدها لا شيء له من الجعالة و افتى به في القواعد حيث قال: «و اذا فسخ القراض و المال ناض لا ربح فيه اخذه المالك و لا شيء للعامل..» و أمّا ما في التذكرة حيث قال «فان فسخا العقد او احدهما فان كان قبل العمل عاد المالك في رأس المال و لم يكن للعامل ان يشتري بعده، و ان كان قد عمل فان كان المال ناضاً و لا ربح فيه اخذه المالك ايضاً و كان للعامل اجرة عمله الى ذلك الوقت ايضاً» فيكون في مورد حصول عمل منه لا في مورد عدم الشروع في العمل اصلاً و مع ذلك فهو مردود و كذا ما عن الشرايع في مورد كون الفسخ من قبل المالك حيث قال:

«الخامسة: اذا فسخ المالك صح وكان للعامل اجرة المثل الى ذلك الوقت» وردّه في الجواهر^(١) بانه خلاف مقتضى المضاربة وجعل الأغرب من هذا ما تقدم عن التذكرة من القول باجرة المثل حتى اذا كان الفسخ من العامل والحق ما في المتن ألا اذا كان ظهور الربح محتملاً باحتمال عقلائي مع عدم نضّ المال فانه لابدّ فيه من الصبر الى ان يظهر الحال وهو خلاف مفروض الكلام وقد حمل في الجواهر كلام الشرايع على صورة الاحتمال كذلك ولكنه ايضا لا يقتضى ثبوت اجرة المثل بل لابد من الصبر الى ان يظهر الربح او عدمه على ما هو مقتضى القاعدة والاولى عدم تعرّض المصنف للأجرة هنا بعد تعرّضه في المسألة الثانية. قوله: الثانية، اذا 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 الانفساخ القهري، ففيه قولان، اقواهما عدم ايضا بعد كونه هو المقدّم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء الا الربح، ولا ينفعه بعد ذلك كون اقدامه من حيث البناء على الاستمرار.

اقول: أمّا عدم استحقاق العامل للأجرة اذا كان الفسخ منه فلان مقتضى عقد المضاربة ليس ازيد من كون العامل سهيماً في الربح ان حصل واما قاعدة الاحترام فلا تقتضى الضمان لانها يكون معناها عدم جواز جبر العامل على عمله بلاعوض وهنا لم يجبر على العمل بل هو باختيار منه اقدم على المضاربة رجاءً للربح هذا مضافاً الى انه على فرض اقتضاها للضمان في غير هذا المقام لا يقتضيه في المقام لان العامل هو الذي أقدم على الفسخ فهو الذي اقدم على تفويت ثمرة ما عمل في نظر العرف فلعله لو صبر لحصل الربح واخذ سهمه.

فان قلت: المالك أمره بهذا العمل فهو استوفى منفعته فلا بد من تعويضه بالأجرة.

قلت: لا يكون فى المقام امر المالك محضاً بل يكون اقدامه على العمل على طبق عقد المضاربة الذى وقع باختيارهما و المالك بمقتضى عقد المضاربة لم يلتزم بما سوى سهمه من الربح عند ظهوره فىكون مرجعه الى ان العامل يكون متبرعاً على فرض عدم ظهوره و لا اجرة للمتبرع.

و اما ان كان الفسخ من المالك فى الاثناء قبل حصول الربح فالحق ايضاً هو عدم استحقاق العامل لشيء لما مر فى مورد كون الفاسخ هو العامل من كون هذا مقتضى عقد المضاربة و لا احترام لعمله غاية الامر يكون الفسخ هنا من المالك و هو لا يوجب الضمان لان اقدام العامل كان على عقد يكون مقتضى طبعه جواز الفسخ للمالك و العامل فى اى وقت اراداه و لا يكون البناء فيه على الاستمرار و ان زعمه العامل نعم قد مرّ عن الشرايع القول بضمان اجرة المثل فى المسألة الأولى و قد انكره فى الجواهر و تنظر فيه فى المسالك و نسب الى ظاهر جامع المقاصد ضمان الأجرة لتفويت المالك عليه بالفسخ و قد عرفت ان بناء العقد كان على جواز الفسخ فلا تفويت، و كيف كان فالحق هو عدم استحقاقه للأجرة و المخالف يكون كلامه فى صورة فسخ المالك و اما صورة انفساخ المضاربة قهراً فلم نجد القائل بالضمان بل و لا القائل بعدمه ايضاً و ان كان ظاهر المصنف هو وجود القولين فيه ايضاً.

فتحصل انه لا دليل لنا على الضمان لعدم تمامية قاعدة الاحترام و الاستيفاء و لا التفويت للربح من المالك لان الفسخ كان حقّه بمقتضى العقد الجائز.

قوله: الثالثة، لو كان الفسخ من العامل بعد السفر باذن المالك، و صرف جملة من رأس المال فى نفقته، فهل للمالك تضمينه مطلقاً أو اذا كان لا لعذر منه؟ و جهان:

اقواهما العدم لما ذكر من جواز المعاملة و جواز الفسخ في كل وقت فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه.

اقول: إنَّ من المتسالم عليه ان السفر اذا كان باذن المالك يكون مخارجه من اصل المال وقد تقدم في طي المسائل المتقدمة و حينئذ فاذا فسخ العامل العقد بمقتضى جواز عقد المضاربة فلا ضمان عليه سواء كان فسخه لعذر منه او بلا عذر لان جوازه ليس مقيداً بالعذر فلا مقتضى للضمان و المالك اذا علم انه يمكن ان يحصل الفسخ من العامل فكان له ان يشترط ضمانه للنفقة ان فسخ في ضمن عقد آخر جائز او لازم و حيث لم يفعل كذلك فكأنه بنفسه اقدم على ضرر نفسه باذنه في السفر سواء احتمل الفسخ في الأثناء منه ام لم يحتمل و ذلك لاقتضاء طبع المضاربة ذلك و انه يمكن ان يفسخ العامل بلحاظ جواز العقد فما قيل من الفرق بين صورة احتماله فهو مقدم على الضرر و الا فلا غير تام.

قوله: الرابعة، لو حصل الفسخ او الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون اذن المالك ببيع و نحوه و ان احتمل تحقق الربح بهذا البيع، بل و ان 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 فعلاً. ولكنه مشكل مع ذلك، لان المناط كون الشيء في حد نفسه زائد القيمة، و المفروض عدمه و و هل يجب عليه البيع و الإنضاض اذا طلبه المالك اولاً؟ قولان، اقواهما عدمه. و دعوى ان مقتضى قوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» وجوب رد المال الى المالك كما كان كما ترى.

اقول البحث هنا في جهتين: الاولى في ان ظهور الربح الذي يكون موجباً لتحقيق حق للعامل في المال هل يختص بالزيادة العينية او السوقية او يشمل حتى

إذا وجد من يزيد في القيمة اما لكونه زبوناً كما في تعبير المصنف تبعاً لغيره كصاحب الجواهر^(١) او لغرض عقلائي و الزبون (بفتح الزاء المعجمة و ضم الباء) هو الغبي الأبله والذي يقتضيه ارتكاز العرف هو عدم الفرق بين كون الزيادة سوقية موجبة لزيادة القيمة عند كل اهل السوق او كون الزيادة من شخص لغرض عقلائي عند الناس او من جهة البلاهة فان ظهور الربح صادق فان الاغراض في المعاملات مختلفة فان بعض الاشياء القديمة كالكوز المنكسر من السفال ربما يشتريه اليهودي او الكافر الآخر و يتهج بشرائه و وضعه في الآثار القديمة و لا يرى المسلم المؤمن ذلك الا بلاهة احياناً فعلى هذا ان كان ظهور الربح كذلك ايضا لا بد من تسليم حق العامل اليه و ان كان بعد الفسخ او الانفساخ ولكن لا يستقل العامل بالتصرف بل لا بد من ان يكون التصرف في المال بالقبض و الاقباض مع رضاهما فان امتنع احدهما يجبر على البيع فعلى هذا ان وجد زبون بالفعل يشتريه بما يكون رابحاً يجوز بيعه و يجبر المالك عليه ان امتنع كما في المسالك بقوله «لو كان الزبون المذكور موجوداً بالفعل توجه الجواز، لانه في قوة ظهور الربح»

فعلى هذا فالاشكال عليه في الجواهر أولاً بما هو قريب لما في المتن تبعاً له و ثانياً بمنع تسلطه على ذلك في صورة ظهور الربح الذي لا يزيد به على كونه شريكاً، و من المعلوم عدم سلطنة له على بيع مال الشركة بغير اذن الشريك. ممنوع لان ملاك الربح لا ينحصر بما يكون زيادة قيمته عند النوع من اهل السوق و ما ذكره من عدم جواز التصرف في مال الشركة بدون اذن الشريك و ان كان متيناً ولكن لا ينتج عدم جواز البيع بل لا بد من اجبار الممتنع عليه لينقض الربح و يجوز

ذلك مع رضاها.

نعم احتمال تحقق الربح لا يكفي بل لابد من كونه رابحا بالفعل بشرط البيع لعدم صدق ظهور الربح بمجرد فعله هذا ما يحكى من القول بجواز البيع عن المبسوط و جامع الشرايع وكذا في الشرايع بقوله «و لو كان بالمال عروض قيل كان له أن يبيعه» يمكن حمله على ما ذكرناه في اصل جواز البيع اذا كان فيه الربح و لو من زبون وان يكون يبيعه مع اذن المالك لا بدونه.

الجهة الثانية في أن العامل بعد الفسخ و الانفساخ هل يجب عليه إنضاض المال اذا طلبه المالك ام لا؟ الحق عدم الوجوب عليه لأن جواز التصرف في مال المضاربة كان بمقتضى العقد و مع انفساخه لا يكون التصرف بدون اذن المالك جازاً و ليس للمالك اجبار من هو اجنبى عن هذا المال بإنضاضه و المفروض عدم حصول الربح و عدم شركة للعامل في هذا المال و على فرض الشك ايضا فالاصل يقتضى البراءة و هذا الحكم مما جزم به فى الشرايع و تبعه فى الجواهر^(١) و عن الروضة و المسالك لعلّه الاقوى. و لكن عن موضع من المبسوط و عن القواعد وجوب الانضاض على العامل و يجبر عليه.

و استدل لهذا القول بان المال قد اخذه العامل نقداً فيجب ان يرده كذلك لاطلاق قوله صلى الله عليه و آله «على اليد ما اخذت حتى تؤدى»^(٢) و فيه منع دلالة الخبر المذكور على وجوب رد المال المأخوذ بالاذن المتغير به كما اخذه اولاً فان اليد هذه امانية لا ضمانية فاذا تصرف فى المال و صار عروضاً بالتجارة لا ضمان له بالنسبة اليه فعلى هذا ما يجب عليه رده هو العروض لا اصل المال و قد اشكل على الخبر فى المستمسك بأنه فى مقام بيان الحكم الوضعى و هو

ضمان المأخوذ وهو في ذمة الآخذ لا في مقام بيان الحكم التكليفي وهو وجوب الرد ليكون مما نحن فيه، وكان الأولى التمسك بوجوب رد الأمانات وإن كان يشكل أيضا بما عرفت.

و فيه إن البحث هنا ليس في وجوب الرد فقط بل في ضمان ما أخذه بنحو ما أخذه وجاء تحت يده وهو العمدة هنا وألّا فأصل وجوب رد المال إلى مالكه لا بحث فيه هنا والحاصل ليس البحث في وجوب رده بل البحث في أن المردود هو العروض أو لا بد أن يكون هو النقد لأن الضمان يكون بالنسبة إليه فلا يكفي وجود دليل على أصل وجوب الرد كأدلة وجوب رد الأمانات بل لا بد من إقامة دليل يثبت الضمان كذلك ولكن قد عرفت عدم تمامية الخبر لاثبات ذلك.

قوله: الخامسة، إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده، وبالمال عروض، فإن رضى بالقسمة كذلك فلا إشكال، وإن طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته وإن احتمل ربح فيه خصوصا إذا كان هو الفاسخ. وإن طلبه المالك ففي وجوب إجابته وعدمه وجه، ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقدا فلا يجب، وبين عدمه فيجب لأن اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملاً بقوله (ص) «على اليد...» والاقوى عدم الوجوب مطلقاً، وإن كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفاً على الانقضاء ولعله يحصل الخسارة بالبيع إذا لا منافاة، فنقول: لا يجب عليه الانقضاء بعد الفسخ لعدم الدليل عليه، لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة، بل أو بعدها يجب جبرها بالربح، حتى أنه لو أخذه يسترد منه.

أقول: البحث هنا في جهتين: الأولى في أن المال إذا كان عروضاً ولا يرضى العامل بقسمته هل يجب إجابته إلى البيع بعد فسخ المضاربة أو انفساخه أم لا؟ والثانية في أنه هل يجب على العامل إجابة المالك في هذا المفروض إذا طلب

الإنضاض أم لا؟ فاما الجهة الاولى فعن المسالك «فيه وجهان: مأخذ هما امكان وصول العامل الى حقه بقسمة العروض واسقاط باقى العمل تخفيف من المالك لانه حقه، فلا يكلف الأجابة الى بيع ماله بعد فسخ المعاملة وان حال العامل لا يزيد على حال الشريك و معلوم انه لا يكلف شريكه اجابته الى البيع. و من وجوب تمكين العامل من الوصول الى غرضه الحاصل بالاذن وربما لم يوجد راغب فى شراء بعض العروض، او وجد و لكن بنقصان أورجى وجود زبون يشتري بازيد، فيزيد الربح ولا ريب ان للعامل مزية على الشريك، من حيث ان حقه يظهر بالعمل، و الربح عوضه» و نحوه عن مع صده.

و قد اشكل فى المستمسك على الوجه الثانى بانه لا يرجع الى محصل يخرج به عن قواعد الشركة المانعة من تسلط الشريك على اجبار شريكه الآخر كما هو ظاهر بالتأمل و من ذلك يظهر ما فى القواعد من أنه يجبر المالك على اجابته.

اقول: على فرض صيرورة العامل شريكاً فى العين كما هو الظاهر فى مورد ظهور الربح فلا بد من التخلص على وجه لا يوجب الضرر على احدهما اذا لم يحصل التراضى منهما بقسمة العروض و اما مسألة عدم اجبار الشريك فتكون فى مورد الشركة فى الاموال من غير طريق المضاربة فانه لا يجبر الشريك على بيع ماله و اما فى المقام فالربح لا بد ان يؤخذ من حاق جميع المال باى نحو كان أربح و اصلح لهما و ليس لاحدهما اجبار الآخر على وجه خاص و اما اصل التراضى لتصرف كل واحد من الشريكين فى ماله فلا محيص عنه حتى اذا آل الأمر الى مراجعة الحاكم فى فصل الخصومة يلزم عليه اجبارهما على ما هو المصلحة فاذا لم يكن البيع ضرورياً و كان فيه احتمال زيادة الربح فكيف يمنع العامل عن اىصال حقه اليه فانه يجب تمكين العامل من الوصول الى غرضه بالاذن كما فى الوجه الثانى من كلام المسالك. فما فى المستمسك من تضعيف

هذا الوجه غير تام لما عرفت.

واما الجهة الثانية وهى فى ان المالك هل يجب اجابته ان طلب الإنضاض ام لا؟ فقد يقال بعدم وجوب الإنضاض على العامل مطلقا كما فى المتن وكذا فى الشرايع حيث قال: «و الوجه انه لا يجب» و حكى عن التحرير ايضا و ذلك من جهة ان المضاربة قد تمت و لا عمل على العامل بعد تمامها و من المفروض ان تبديل عين مال المالك كان بمقتضى المضاربة مع اذن المالك فليس فى عهدة العامل تقديرة المال ليجب عليه النض و ليست اليه يد ضمانية بالنسبة الى ما كان نقداً فلا وجه للتمسك بقاعدة اليد هنا من غير فرق بين كون مقدار رأس نقداً او كان الجميع عروضاً لعدم ضمان العامل اصلاً و التفصيل الذى ذكره فى المتن و كان هو الظاهر من عبارة القواعد بقوله «ولو نض قدر رأس المال فردّه العامل لم يجبر على إنضاض الباقي و كان مشتركاً بينهما» و هو المحكى عن جامع المقاصد و ذيل كلام المسالك غير وجهه. و فيه ان عدم كون مقدار رأس المال نقداً ربما يعدّ نقصاً فى رأس المال فقسمة الربح مع هذا خلاف مقتضى المضاربة عند العقلاء و لكن هذا الإنضاض ليس واجباً على العامل بل لا بد منه فى تقسيم سهم الربح خصوصاً اذا اريد العامل اخذ النقد ربحاً و ابقاء العروض لرأس المال فان هذا خلاف دأب العقلاء اذا فرض كون العروضية نقصاً فى المال فلا بدّ من أن يصير رأس المال نقداً و اجرة إنضاضه يكون من المال سواء نضّه العامل او المالك أو الأجنبي فان كان مراد القائل بالتفصيل هذا فهو تام و لكنه خلاف الظاهر حيث جعل فيه وجوب الانضاض على العامل و نحن نقول بعدم وجوبه عليه بخصوصه بل لا بد منه فى تقسيم الربح و هذا قول آخر.

ثم انه لا فرق بين مقدار رأس المال و غيره فلو فرض كون قسمة البقية بدون الانضاض مضراً بحال المالك او لم يكن مصلحة له فلا بدّ من إنضاضه لان الرضا

بكونه ربها موجب لصيرورته ربها بالتقسيم فكما ان العامل اذا كان التقسيم بدون الانضاض خلاف مصلحته له طلبه كما مر كذلك المالك فانه ربما لا يشتري سهمه عليه كسهمه مع الباقي فان الربح لا بد ان يؤخذ من ذات المال ولا يحصل التقسيم بمجرد انضاض مقدار رأس المال فتدبر فيه.

ثم هنا تفصيل آخر اشارة اليه في المتن وهو ما في الجواهر^(١) وحاصله هو ان استقرار الربح للعامل ان كان بمجرد الفسخ لم يكن للمالك اجبار العامل على الانضاض لتام المضاربة وان كان متوقفاً على الانضاض فلا بد من القول بوجوب الانضاض على العامل لانه من تنمة المضاربة وتكون الملازمة بين كونه من تنمة المضاربة وجوبه كما لو لم يتحقق الفسخ. وقد رد هذا التفصيل في المتن بانكار الملازمة وذلك لا مكان القول بعدم وجوب الانضاض عليه لعدم الدليل عليه ولكن لو حصلت الخسارة بعد الفسخ وقبل القسمة او بعدها يجب جبرها بالربح حتى انه لو أخذه يسترد منه وحاصل كلامه ان كون الربح وقاية لرأس المال تعبد من الشرع وان كان دليله الاجماع فمن الممكن التفكيك بين هذا التعبد مع عدم وجوب الانضاض لتام المضاربة وقد اشكل عليه في المستمسك بان هذا التفكيك خلاف الظاهر لان المضاربة ان تمت بالفسخ فلا وجه لوجوب الانضاض ولا للجبران بل يكون حال العامل حال الشريك والا فلا بد من القول بالوجوب والجبران والافق بالقواعد كما عرفت (في مسألة ٣٥) هو الأول.

اقول: الحق كما عرفت فيما سبق ان استقرار ملك العامل يتحقق بالفسخ أو بالقسمة ولا يتوقف على الفسخ والقسمة معاً لأن دليل كون الربح وقاية لرأس

المال ليس الا الاجماع و المتيقن منه صورة عدم تحقق الفسخ فعلى هذا اذا فسخت المضاربة قد استقر ملك الربح و لا يجب الإنضاض على العامل بخصوصه بل يكون المال مشتركا بينه و بين المالك فان لم يحصل التراضى بقسمة العين كان عليهما الانضاض ليصل كل منهما الى حقه بنحو ما مرّ و اما من قال بان الاستقرار يحصل بالفسخ و الإنضاض و القسمة كالمصنف فتفكيكه بين الحكّمين ليس خلاف الظاهر بل هو الموافق للدليل ضرورة ان المضاربة تمت بالفسخ فلا يجب على العامل شىء من العمل و ان الاستقرار لم يحصل فالربح وقاية بدليله و اما قول المصنف بان الوقاية حتى بعد القسمة يمكن القول بها فهو مبنى على عدم كون القسمة موجبة للاستقرار كما فى صورة عدم نض المال على حسب مبناء من لزوم النض و الفسخ و القسمة فى الاستقرار و قد مرّ أنّه خلاف التحقيق فتحصل ان هذا التفصيل ايضا غير تام فالاقوى عدم وجوب الانضاض فى هذه الصورة على العامل بخصوصه و لكنه لا بد منه فى تقسيم الربح بالنسبة الى رأس.

قوله: السادسة، لو كان فى المال ديون على الناس فهل يجب على العامل اخذها و جبايتها بعد الفسخ او الانفساخ ام لا؟ وجهان، اقواهما عدم من غير فرق بين ان يكون الفسخ من العامل او المالك.

اقول: فى هذه المسألة قولان لا وجهان فقط الاول عدم وجوب الاخذ و الجباية كما عن المصنف و صاحب الجواهر^(١) و كذا فى المستمسك و الثانى وجوبه كما فى الشرايع بقوله: «و ان كان سلفاً كان عليه (اى على العامل) جبايته» و حكى نحوه عن الارشاد و الروض و عن القواعد ان على العامل تقاضيه و عن

المسالك اختياره وكذا عن المبسوط وجامع الشرايع (ليحيى بن سعيد ابن عم صاحب الشرايع) و التذكرة و جامع المقاصد وكذلك عن بعض اعظم العصر فادعاء ان الوجوب هو المشهور غير بعيد و قد يعبر بانه الأشهر و لكن عدد القائلين بالوجوب و فيهم بعض القدماء من الكثرة بمكان يعدّ غيره نادراً لا مشهوراً و العمدة هي ملاحظة الدليل فنقول قد استدلل للوجوب بوجوه الاول ان ذلك مقتضى المضاربة و هو ان مقتضاها رد رأس المال على صفته و من المعلوم ان الديون لا يجرى مجرى المال و ليس على صفته فيكون هذا مفروغاً في باب المضاربة و كأنه من الشرط الضمني ان المال لا بد ان يصل الى المالك بصفته. الوجه الثانى ان الدين ملك ناقص و الذى اخذه ملك تام فلا بد ان يتم الدين بجبايته ليصير عيناً و تماماً ليكون بدل التمام و بالجملة رد المال تاماً الى المالك امر مفروغ عنه فى المضاربة و اذن المالك بالادانة انما كان على طريق الاستيفاء لا مطلقة بدلالة القرائن.

و الثالث قاعدة اليد الدالة على انه لا بد ان تؤدى ما اخذ الى المالك. و قد اجيب عن الأولين بان اذن المالك فى الادانة صار سبباً لصيرورة العين ديناً و لا ربط له بالعمل كما ان اذنه فى جعله عروضاً يمنع عن القول بوجوب تبديل العروض بعد الفسخ او الانفساخ الى النقد كما مرّ فى المسألة الخامسة هنا و اما ادعاء القرائن على ان الاذن كان على طريق الاستيفاء لا مطلقاً فممنوع لعدم القرينة على ذلك.

و اجيب عن قاعدة اليد بما مر من انها تكون فى اليد الضمانية لا امانية. ثم على فرض الشك فى الوجوب يكون الاصل هو البراءة عنه. و اقول انه لا ريب فى أن ما لا نصّ فيه فى المعاملات يكون المرجع فيه بناء العقلاء فى نظامهم المعاملى فاذا لم يردع عنه الشرع نأخذ به و نحن نرى ان

العقلاء لا يلتزمون فى المضاربة بعد الفسخ او الانفساخ ان يأخذ العامل تمام سهمه من الربح نقداً وان كان بعض المال ديناً بل الدين عندهم كالعدم من وجه من جهة انه ربما لا يؤديه المديون بل يكون بنائهم على تسليم رأس المال من الموجود الى المالك و تقسيم ما بقى بينهما بالنسبة الربح بينهما و اما بالنسبة الى الدين فكلما حصل يقسم بينهما بنسبة سهم الربح بحيث لو نقص العين عن رأس المال لا يرون فى البين زيادة فعلية ليدعيها العامل ثم ان الدين مال ناقص مشترك بينهما و لا يكون جبايته و اخذه لازماً على العامل وحده بل لابد ان يسعى لذلك بحساب سهمه و عليه مؤونة جبايته و أخذه بنسبة سهمه ان جعل اخذه على عهدة المالك كما ان المالك ايضاً كذلك و لو فرض اخذ اجير منهما لذلك لابد ان يكون اجرته منهما على حساب سهمهما لان النقص و هو كون المال ديناً يكون نقصا عليهما لا نقصاً على المالك فقط فعلى ما ذكرناه لا يكون الجباية و الأخذ واجباً على احدهما بمقتضى المضاربة بل يكون بابه باب تحصيل مال مشترك بين الشريكين فانهما ان تراضيا بوجه فى جبايته و تقسيمه فهو و ان تنازعا فيرجع الى الحاكم لفصل الخصومة فقد ظهر بما ذكرناه ان الاذن فى الإدانة او فى السلف الذى هو مثله لا يكون لازمه رجوع نقص المال الى المالك بل يرجع اليهما و ليس الدليل هو قاعدة اليد حتى يقال انها فى اليد الضمانية و ليس النقص مثل صيرورة المال عروضاً بعد ما كان نقداً فان المال اذا كان عيناً يكون كالنقد عند العرف و لو فرض تحقق النقص بذلك فايضا نقول بانه يجبر منهما كما مر فما ذكرناه لا يكون لازمه الوجوب على العامل و لكن يكون فى حد نفسه قولاً وسطاً يقتضيه العدل و الانصاف فى قانون المضاربة عند العقلاء ثم انه لا يكون لازمه تقييد الاذن فى الادانة بشرط الاستيفاء فان الاذن فيها اذا كان مطلقاً يؤخذ باطلاقه، و اما اذا كان مقيداً فلا بد من العمل بشرطه فيجب عليه الجباية وفاء

بالشرط كما هو واضح.

ثم لا فرق فيما ذكرناه بين كون الفسخ من العامل او من المالك ضرورة انه حكم المضاربة بعد تمامها بالفسخ او الانفساخ و لا اثر لكون الفاسخ هو العامل او غيره.

قوله: السابعة، اذا مات المالك او العامل قام وارثه مقامه في ما مر من الاحكام. اقول: ان الموت الذي هو فسخ قهرى موجب لحل اضافة المال أو الحق الى المالك و عقدها للوارث لانه يقوم مقام المورث بدون تغيير في الطرف الآخر و هو المال او الحق فعلى هذا اذا كان للمالك او العامل تعلق بالمال او بالحق فيكون وارثه مقامه فاذا فرض من حقوق المالك على العامل وجوب إنضاض المال بعد الفسخ او وجوب جباية الديون و غير ذلك فيكون ذلك لوارث المالك ايضاً و ان لم يجب ذلك كما هو التحقيق فلا يكون له عليه شىء. و بالعكس اذا كان من حق العامل على المالك ان يجوز له بيع العروض بعد الفسخ لزيادة الربح فى ذلك او لتحقيق اصله بذلك فيكون هذا الحق لوارثه ايضاً كما مر انه هو التحقيق و الا فلا كما ان القول بلزوم الجباية للديون او الإنضاض اذا طلبه العامل او المالك و كان مصلحة الاسترباح به فيكون ذلك للوارث ايضاً و فى الشرايع ما يظهر منه خلاف ذلك و هو قوله «و كذا لو مات رب المال و هو عروض كان له البيع الا ان يمنعه الوارث و فيه قول آخر» و ظاهره هو ان جواز البيع الثابت للعامل ثابت له مع موت المالك الا ان يمنعه وارث المالك.

و قد اشكل عليه بانه غير ظاهر الوجه فان المأذون لا يجوز له التصرف فى المأذون فيه مع موت المأذن للانتقال الى الوارث المقتضى لحرمة التصرف فيه بدون اذنه و لا يكفى فى جوازه عدم منع الوارث و لذا يكون المتجه هو القول الآخر الذى هو المتجه عند المسالك و نفى عنه البأس فى التذكرة بعد حكايته عن

بعض الشافعية فلا يجوز بيعه الا باذن الوارث.

اقول: إن جواز بيعه بعد الفسخ او الانفساخ مع عدم موت المالك للعامل لتحصيل الربح او زيادته ان كان له بدون اذن المالك كان له بعد موته مطلقا ولا دخل لإذن الوارث للمالك له و ان كان منوطاً باذن المالك من باب انه تصرف في ماله و ان لم يكن له المنع من البيع في الجملة كما مر فبعد الموت ايضاً لا بد ان يكون الوارث قائماً مقام المورث المالك فهو و ان لم يكن المنع عن البيع مطلقاً و لا بد من ان يأذن في بعض الموارد و لكن ليس للعامل التصرف في المال بدون اذنه فلا يتم قول الشرايع و يتم القول الآخر.

ثم إن هنا كلاماً عن بعض الاعاظم (قده) و حاصله الاشكال في اطلاق كلام المصنف فانه قال بانه لا دليل على قيام الوارث مقام مورثه في جميع الأمور و بقول مطلق و انما المنتقل اليه خصوص ما كان مالاً او حقاً من الحقوق القابلة للانتقال بحيث لا تكون متقومة بشخص خاص و هو مما لا خلاف فيه فعلى هذا لا بد من ملاحظة الاحكام المتقدمة في تطبيق هذه الضابطة فلذلك نقول اما الزام المالك للعامل بتحصيل الديون بعد حصول الفسخ او الانفساخ، فالظاهر عدم كونه من الحقوق و انما هو حكم مترتب على الملك من باب تسلط المالك على ماله و وجوب رد الأمانة الى اهلها.

و من هنا اذا مات المالك و انتقل المال الى ورثته كان لكل منهم مطالبة العامل برد حصته منه اليه حتى على فرض رضا غيره ببقاء حصته دينا في ذمة المديون و لو كان هذا حقاً لما وجب على العامل هنا شيء اذا لحق امر واحد بسيط ثابت لمجموع الورثة من حيث المجموع فلا يقبل التجزئة لعدم ثبوته للبعض بخصوصه.

نعم لو قلنا بان المالك له اجبار العامل على بيع العروض بعد الفسخ بلا اشتراط

كان لهم جميعاً إجباره على ذلك لان حق الشرط قابل للانتقال فلا مانع من الالتزام به بالنسبة الى الوارث ايضاً.

و اما حق العامل في بيع المتاع بعد الفسخ بناء على القول به فهو حكم تكليفي محض يختص به فلا ينتقل الى وارثه.

و لكن التحقيق هو عدم تمامية ما ذكره اما انكاره لحقية تحصيل الديون للمالك فهو ممنوع على فرض القول به لان الحق امر عرفي و هو قد حدث بواسطة التصرف من العامل في مال المضاربة و ليس هذا مجرد رد الامانة بل يكون من باب جعل الدين عيناً و المال الناقص مالا كاملاً و الا فليس على العامل رد رأس المال الى مالكة بل يكفي التخلية بينه و بين المالك فلو لم يجب عليه تحصيل الديون و لم يكن للمالك هذا الحق فهو يخلو بينه و بين المديون و اما قوله بعدم تجزئة الحق فهو اول الكلام فان المالك كما ان له ان يرفع اليد عن بعض حقه و استيفاء نفسه لبعض الديون و لا يرى في التجزئة اشكال اصلاً فكذا ذلك و ارثه فكما انه اذا كان الحكم بالردّ ينحلّ هذا الحكم بعدد افراد الدين كذلك اذا فرض كونه حقاً و لا يختص التجزئة بالحكم ليقال انه لورضى بعضهم ببقاء حقه في ذمة المديون كان للآخر مطالبة العامل بتحصيل دينه بخلاف كونه حقاً. فلا فرق بين هذا و ما اذا كان للمالك اجبار العامل على بيع العروض فان الشرط الضمني في هذا متصور في ذلك ايضاً لان قاعدة اليدان تمت في وجوب بيع العروض من باب ان رأس المال كان نقداً كذلك تتم بالنسبة الى عينية رأس المال و ان لم تتم كما هو التحقيق فلا تتم فيهما فالقول بان هذا حق و ذاك حكم لا فارق له.

و اما جواز بيع المتاع بعد الفسخ للعامل فهو ايضاً حق و ليس حكم تكليفي

محض لان بيع المتاع يكون لطلب الربح او زيادته ويكون من آثار تسلط العامل على هذا المال و من حقوقه عرفاً فتحصل ان كلام هذا العظيم غير تام فى المقام والله العالم.

قوله: الثامنة، لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ او الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك و ماله، فلا يجب عليه الايصال اليه. نعم لو ارسله الى بلد غير بلد المالك و لو كان باذنه يمكن دعوى وجوب الرد الى بلده. لكنه مع ذلك مشكل و قوله (ع) «على اليد ما اخذت» ايضا لا يدل على أزيد من التخلية. و اذا احتاج الرد اليه الى الاجرة فالأجر على المالك كما فى سائر الاموال نعم لو سافر به بدون اذن المالك الى بلد آخر و حصل الفسخ فيه، يكون حاله حال الغاصب فى وجوب الرد و الأجرة و ان كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعى من عدم جواز السفر بدون اذنه.

اقول: أما عدم وجوب رد المال اذا كان فى البلد بعد فسخ المضاربة او انفساخه فيكون من جهة ان العامل مادام كونه عاملاً كان عليه التجارة و الاسترباح و اما بعده فهو اجنبى عن هذا المال و من المفروض عدم كون يده ضمانية فاذا خلى بين المالك و ماله فقد ادى وظيفته و لا تنقلب يده ضمانية و هذا بخلاف ما لو لم يخل بينه و بين ماله و على فرض الشك فى وجوب الرد فالاصل هو عدم الضمان.

و اما اذا كان المال مرسل الى بلد آخر فاما ان يكون باذن المالك او بغير اذنه فعلى الاول فقد يقال كما عن بعض الاعاظم بوجوب رده الى بلده من غير اشكال و دليله عليه هو ان الاذن فى الارسال لم يكن مطلقاً بل كان للتأجار و اذا تم التأجار فيجب رده على ما يقتضيه عقد المضاربة. فعلى هذا بعد الفسخ يكون المال امانة عنده و مقتضى عقد المضاربة وجوب الرد فيجب رده الا اذا رضى

المالك ببقاء ماله في ذلك البلد فليس له ارجاعه اليه لكونه مسلطاً على ماله فلا يجوز التصرف فيه بغير اذنه.

وفيه: انه لا شبهة في ان المراد بمادل على وجوب رد الامانة هو عدم حبسها عن المالك على ما هو المعروف في الفقه واما وجوب الايصال بحملها من مكان الى آخر فهو غير واجب وان كان معنى اداء الامانة ايصالها الى صاحبها كما في بعض كتب اللغة ويمكن ان يقال اذا لم يكن الشخص ضامناً يكون التخلية اقل مراتب الأيصال وكيف كان فمجرد الاذن في الارسال للتجارة لا يكفي في القول بوجوب ارجاع المال الى البلد بل بعد فسخ المضاربة او انفساخها لا يكون للعامل التصرف في المال الا باذن المالك فلا يجوز له التصرف فيه ولو بحمله الى البلد فلا بد من ان يستأذن منه فضلاً عن القول بوجوب رده بدون اذنه فاذا خلى بينه وبين ماله لا يكفي في اداء ما هو امانة عنده ولا يكون الدليل على وجوب الرد بهذا المعنى الا مادل على ان الأمانات ترد الى اهلها مثل قوله تعالى «ان الله يأمركم ان تؤدّوا الأمانات الى اهلها»^(١).

و أمّا على الثاني و هو مورد إرساله بلا اذن من المالك عدواناً فقاعدة اليد شاملة له و حينئذ فقد يقال كما في المستمسك بوجوب الارجاع من باب الضمان لأنه فوّت الخصوصية التي كان المال عليها و هي كونه في هذا المكان الخاص و هو البلد فيجب عليه تداركها. و قال بأنّ مسألة الرد في مورد الاذن بالارسال يكون من باب رد الأمانات و مسألة الرد في مورد عدم الاذن يكون من باب الضمان فلا يحسن التمسك بالحديث الشريف «على اليد...» من المصنف فيهما بل الحديث يناسب صورة الضمان فقط و مع ذلك فقوله ايضا بانه لا يدل على

ازيد من التخلية غير تام لان مجرد التخلية لا يكفى فى الخروج عن الضمان ما لم يأخذه المالك.

فان قلت: إن لازم هذا هو عدم تسلط الضامن على نفسه لانه يوجب اشتغال ذمته من دون اختياره لان المالك ربما لا يأخذه بعد التخلية. قلت: لا مانع من ذلك اذا اقتضاء الدليل.

وكذا دعوى ان ذلك خلاف قاعدة نفى الضرر لان اشتغال ذمته بالعين ضرر عليه، اذ لا مانع من تخصيص القاعدة بالدليل المذكور الا ان يقال حمل الاداء على ما يقابل الاخذ اهون من تخصيص قاعدة السلطنة وقاعدة نفى الضرر فالمراد رفع اليد عن العين مضافا الى ان هذا موافق لارتكاز العقلاء والمظنون ان على ذلك بناء الفقهاء وان لم يحضرنى فعلاً تحرير لذلك.

اقول: كون المسألتين من بايين متين ولكن وجوب رد المال الى المالك فى صورة عدم الإذن فى الإرسال الى بلد آخر بالتصرف فيه بعد فسخ المضاربة او انفساخه متوقف على اذن المالك فى هذا التصرف و تفويت خصوصية العين التى هى المكان الخصوص لا يلزمه جواز التصرف الزائد ممن هو ضامن فانه خلاف قاعدة سلطنة الناس على اموالهم فعلى هذا ان لم يأذن المالك بالتصرف فيه فاما ان يرضى بأخذ اجرة الإرجاع من هذا الغاصب (الذى فوت خصوصية العين بنقلها من مكان الى آخر) وارجاعه بنفسه او يرضى بارجاع غيره و اخذ الأجرة منه فعلى ائى حال يتبع رضاه وان كان عليه ارجاع الخصوصية فان هذا مقتضى الجمع بين ما دل على الضمان وقاعدة الناس مسلطون على اموالهم و اما القول بعدم كفاية التخلية ولو بالاىصال اليه اذا لم يشأ المالك اخذه فهو خلاف ارتكاز العقلاء فان الأداء صادق هنا باحضار المال عنده ورفع اليد عنه كما فى رد الأمانة غاية الأمر يكون الاىصال هنا ازيد مؤونة من باب رد الامانات فلا يكفى

مجرد التخلية و لو في بلد آخر لان الغاصب فوت شيئاً على المالك فاذا تحمل الغاصب المؤنة الزائدة فليس على المالك الامتناع منه نعم يمكن ان يقال في رد الامانات كلها و في رد ما يكون اليد عليه ضمانية اذا امتنع المالك من الأخذ يوضع عند الحاكم لانه ولي الممتنع و لو فرض تحمله لزيادة مؤنة لذلك فيتحمله صاحب المال.

و اما قاعدة نفى الضرر فهي ربما لا تنطبق لعدم كون الاشتغال ضرراً في جميع الموارد و ان فرض صدقه في بعض الموارد فهو منفي.

ثم انه لا فرق في مورد ضمان اجرة الارجاع اذا كان السفر بالمال بدون اذن المالك بين كون العامل عالماً بهذا الحكم ام جاهلاً لعدم الفرق في باب الضمانات بين صورتي العلم والجهل.

ثم إنه ان احتاج الرد الى الأجرة في صورة اذن المالك بالسفر به فالقول بان الأجرة على المالك مطلقاً كما في المتن غير تام فان السفر بالمال لمصلحة الربح لا يرجع نقصه الى المالك فقط بل لا بد ان يكون من جميع المال ثم حساب الربح بينهما كما عليه بناء العرف والعقلاء.

في جواز استرداد بعض مال المضاربة في الاثناء

(مسألة ٤٧): قد عرفت ان الربح وقاية لرأس المال، من غير فرق بين ان يكون سابقاً على التلف او الخسران اولاً حقاً، فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق و بالعكس ثم لا يلزم ان يكون الربح حاصلًا من مجموع رأس المال، وكذا لا يلزم ان تكون الخسارة واردة على المجموع، فلو اتجر بجميع المال فخرس ثم اتجر ببعض

الباقى فريح، يجبر ذلك الخسران بهذا الفريح.

وكذا اذا اتجر بالبعض فخر ثم اتجر بالبعض الآخر او بجميع الباقي فريح، ولا يلزم في الفريح أو الخسران ان يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها، فالريح مطلقا جابر للخسارة و التلف مطلقا مادام لم يتم عمل المضاربة

اقول: حاصل الدليل لكل ما هنا اطلاق ادلة المضاربة و حيث قد تقدم الكلام في ذلك (في مسألة ٣٥) فلا نعيد و يكون عليه التسالم منهم.

قوله: ثم انه يجوز للمالك ان يسترد بعض مال المضاربة في الاثاء و لكن تبطل بالنسبة اليه، و تبقى بالنسبة الى البقية و تكون رأس المال و حينئذ فاذا فرضنا انه اخذ بعد ما حصل الخسران او التلف بالنسبة الى رأس المال مقدارا من البقية ثم اتجر العامل بالبقية او ببيعها فحصل ربح يكون ذلك الفريح جابرا للخسران أو التلف السابق بتمامه. مثلاً اذا كان رأس المال مائة، فتلف منه عشرة او خسر عشرة و بقي تسعون ثم اخذ المالك من التسعين عشرة و بقيت ثمانون فرأس المال تسعون و اذا اتجر بالثمانين فصار تسعين فهذه العشرة الحاصلة ربها تجبر تلك العشرة و لا يبقى للعامل شيء. وكذا اذا اخذ المالك بعد ما حصل الفريح مقدارا من المال سواء كان بعنوان استرداد بعض رأس المال، او هو مع الفريح، او من غير قصد الى احد الوجهين، ثم اتجر العامل بالباقي او ببعضه فحصل خسران او تلف يجبر بالربح السابق بتمامه حتى المقدار الشايع منه في الذي اخذه المالك و لا يختص الجبر بما عداه حتى يكون مقدار حصة العامل منه باقياً له. مثلاً اذا كان رأس المال مائة فربح عشرة ثم اخذ المالك عشرة، ثم اتجر العامل بالبقية فخر عشرة او تلف منه عشرة يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشايع منه في العشرة المأخوذة، فلا يبقى للعامل من الفريح السابق شيء. و على ما ذكرنا فلا وجه لما

ذكره المحقق و تبعه غيره من ان الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة، لبطان المضاربة بالنسبة اليها، فمقدار الخسران الشايح فيها لا يجبر بهذا الربح، فأرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال المذكور لا يكون تسعين، بل أقل منه بمقدار حصة خسارة العشرة المأخوذة، و هو واحد و تسع فيكون رأس المال الباقي تسعين الا واحد و تسع، و هي تسعة و ثمانون الا تسع.

و كذا لا وجه لما ذكره بعضهم في الفرض الثاني ان مقدار الربح الشايح في العشرة التي اخذها المالك لا يجبر لخسران اللاحق، و ان حصة العامل منه يبقئ له و يجب على المالك رده اليه، فاللزام في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكوره بل قد عرفت سابقاً انه لو حصل ربح و اقتسماه في الاثناء و اخذ كل حصته منه، ثم حصل خسران: أنه يسترد من العامل مقدار ما اخذ، بل لو كان الخسران بعد الفسخ قبل القسمة، بل او بعدها اذا اقتسما العروض و قلنا بوجوب الانضاص على العامل و انه من تمتات المضاربة.

اقول: قد تعرض لهذا في الجواهر^(١) في المسألة الرابعة عشرة و حاصل الكلام هنا في فرعين بعد المفروغية عن صحة المضاربة بعد اخذ مقدار من رأس المال و ذلك لانحلال المقد الواحد الى عقود متعددة و هذا من المتسالم عندهم هنا و سيأتئ في المسألة الثانية عشرة من مسائل الختام عنه عدم صحة التبعض في الفسخ و لكنه ممنوع لصحته عقلاً و عرفاً و لا منع من الشرع في مورد الإقالة في البعض و سيأتئ الكلام فيه في المسألة المذكورة. الأول ان يكون اخذ مقدار من رأس المال بعد الخسران او التلف قبل حصول الربح في البقية و الثاني ان

يكون اخذه بعد حصول الربح ثم حصل الخسران بعد الاخذ و الكلام كله في الفرعين هو ان العشرة المأخوذة هل تصير مستقلة عن رأس المال في حساب الخسران او الربح ام لا؟ فالمصنف على عدم تحقق الاستقلال بالأخذ وغيره على تحقيقه كما عن القواعد و الارشاد و جامع المقاصد و مجمع البرهان و المبسوط و المفاتيح و عن بعضهم أنه ظاهر لا يحتاج الى الدليل ولكن حكى الفرع الاول عن الارشاد و مجمع البرهان و كذا في الشرايع و اما الثاني فحكى عن القواعد و جامع المقاصد فنقول اما الفرع الاول فحاصل مخالفة من خالف المصنف هو ان العشرة المأخوذة في المثال المفروض قد خرجت عن كونها مال المضاربة فلا ربط للربح الذي يتحقق بها ليجبرها فعلى هذا بعد اخذ العشرة يكون رأس المال التسعين الباقية و خسران العشرة بما كان موزعاً على الجميع فيلحق كل عشرة من التسعين الباقية تسع منه و هو قريب الى واحد و تسع فالعشرة المأخوذة بالنسبة الى جميع المال قد خسر هذا الواحد و التسع فعلى هذا ينقص من التسعين الباقية واحد و تسع فيبقى تسعة و ثمانون الا تسع فاذا ربح عشرة يجبر به التسع ألاً التسع و يزيد واحد و تسع فيقسم بين العامل و المالك فلا يكون العشرة بتمامها جابراً للخسران. و الحاصل العشرة المأخوذة ليست عشر رأس المال لانه خسر عشرة بل تكون العشر اقل منه بواحد و تسع و اقول ان هذا الكلام تام لا محيص عنه لان المال الموجود بعد الخسارة كما انه اذا فسخت المضاربة بالنسبة الى جميعه لم يكن له وقاية من مال آخر كذلك اذا فسخت المضاربة بالنسبة الى بعضه فان البعض الآخر مال آخر و يكون ربحه متعلقا به و بعبارة اخرى بهذه القسمة اما ان يستقل المأخوذ او لا يستقل لا سبيل الى الثاني لفسخ المضاربة بالنسبة اليه جزماً منهم فالمتعين الأول و من المعلوم ان الخسارة

شائعة في جميع المال فكيف نقول بعدم شيوعها في هذا السهم منه.
 فان قلت: كيف لا يحاسب المضاربة بالنسبة الى ما بعد العشرة المأخوذة
 بالنسبة الى الثمانين؟ قلت: سرّه واضح وهو ان الخسران من بدو المضاربة لا بد
 من ان ينجر بالربح بعد ذلك فلو فرض ذلك يلزم منه عدم الجبر اصلاً.
 وما يوجب وضوح ما ذكر هو ما في الجواهر وحكى عن القواعد والتذكرة
 من ان المالك بعد خسران العشرة قد اخذ خمسة و اربعين، فانه على تقدير فسخ
 المالك فيها و اخذها و ابقاء مثلها في يد العامل يبعد جداً ان يكون الربح الحاصل
 في الخمسة و الاربعين التي بيد العامل يجبر به الخسران المتعلق بما اخذه المالك
 فان احدهما صار اجنبياً عن الآخر فان نصف الخسارة و هو خمسة في
 المفروض يتبعه.

اما الفرع الثاني وهو ان يكون الخسران بعد الربح فكذلك اى يلاحظ سهم
 الربح مع المأخوذ ايضاً و مثل له في الجواهر بما اذا كان المال مائة و ربح عشرين،
 فاخذها المالك بقي رأس المال ثلاث و ثمانين و ثلث لان المأخوذ و هو
 العشرون سدس المال جميعه اى سدس مائة و عشرين التي هي رأس المال
 مع الربح و سدس اصل المال ستة عشر و ثلثان تقريبا و سدس الربح ثلاثة
 و ثلث (٣/٣) تقريباً و هي حظّه من الربح الا انه يستقر ملك العامل على نصف
 المأخوذ من الربح، و هو درهم و ثلثان (١/٦) و ذلك لبطلان المضاربة في
 اصله و هو السدس الذي استرده المالك، و حينئذ فلو انخفض السوق و عاد ما في
 يد العامل الى ثمانين لم يكن للمالك ان يأخذه من العامل اذا فسخ المضاربة ليم
 ما اخذه سابقاً المائة بل للعامل من الثمانين درهم و ثلثان و هذا نصف الربح الذي
 قد اخذه المالك في ضمن العشرين و قد عرفت استقرار ملك العامل عليه بفسخ
 المالك المضاربة في العشرين.

ثم إنَّ صاحب الجواهر اشكل في الفرع الأول بما حاصله هو عدم ثبوت ما يقتضى شيوع الخسارة على المال كله بحيث ان المالك لو اخذ بعض المال يلحقه بعض الخسارة و انما المنساق احتساب ما اخذه المالك من رأس المال كما ان السيرة قائمة على تناول المالك و العامل من مال المضاربة ثم الحساب بعد ذلك من دون ان يلحق ما عند المالك او العامل من الخسارة أو غيرها شيئاً و لكن يحتسب ما عنده من رأس ماله عليه و يقسم الباقي ان كان.

و فيه: أولاً ان هذا الاشكال يكون في الفرع الثاني ايضا فكيف اختص بالأول؟ و ثانياً أنَّ السيرة التي ادعاه بالنسبة الى المالك و العامل و ان كانت كما قال الا انها لا تكون ناطقة بان المأخوذ يكون من رأس المال او من الربح اذا كان الاطمئنان بتحقق ربح في البين ثم التقسيم بعد تمام المضاربة لعله كان من جهة مصالحتهما لعدم المجال لهما في المحاسبة الدقيقة بلحاظ حال المضاربة و الا فالعامل الذي لا مال له كيف يكون السيرة على اخذه من رأس المال؟ فلو فرض ان المالك اخذ ما اخذه بعنوان قسمة من رأس المال خصوصاً اذا كان بمقدار يشمل النصف او اكثر فان السيرة على اخراجه من نظام المضاربة بنفس الأخذ و بقانون العدل و الانصاف لا يجبر خسارة هذه القطعة من المال بربح غيره و لا يقاس بما اذا كان المال عند العامل و عمل ببعضه و ربح ببعضه و لم يربح البعض الآخر فان المال في هذا الفرض يكون باقياً في نظام المضاربة و لذا يلاحظ الخسران و الربح بالنسبة اليه و لذاترى السيرة في المضاربات البنكية اليوم اخراج ما اخذه المالك من رأس المال عن نظام المعاملة و يلاحظ من بعده حال بقية المال.

و الحاصل ان الظاهر في الفرعين هو ملاحظة سهم الربح و الخسران بالنسبة الى المال المأخوذ هذا اذا كان المأخوذ بعد حصول الربح بلحاظ الاصل و الربح

و اما اذا كان ما اخذ بعد حصول الربح بلحاظ نفس الربح فالحق كما تقدم ان التقسيم كذلك موجب لاستقرار الملك على الربح اذا اخذ العامل ايضا سهمه بهذا المقدار لعدم شرطية الفسخ في تحقق الاستقرار بعد تحقق القسمة و الافراز خلافاً للمصنف، و لا ربط للخسارة بعد ذلك الى هذا السهم.

و اما اذا كان الأخذ بلحاظ قسم من رأس المال بعد حصول الربح لا بلحاظ الربح فالربح بالنسبة اليه الى الآن و ان كان ملاحظاً الا انه يبقى ربحه في بقية المال فيكون من رأس المال بالنسبة الى سهم المالك و العامل فحيث لم يحصل التقسيم فلا استقرار له فيجبر به الخسران و لكن يبقى الكلام في ان ربح رأس المال الذي اخذه و هو العشرين الى اين ذهب فهل العرف يراه بدون كونه وقاية في المال الباقي له وجه و الا يلزم عدم حساب الربح بالنسبة الى العشرين مع فسخ المضاربة بالنسبة اليه و هو بعيد.

و اما اذا كان اخذه من غير قيد كونه من الربح او من رأس المال او منهما فان كان انصرف الى رأس المال او الربح فهو و الا فالظاهر انه مثل ما اذا اخذه بعنوان الربح و رأس المال لان المال مع ربحه مشترك فاذا لم يفرز الربح فيكون مشاعاً في جميع المال و قد اخذ قسمة من المال الذي يكون فيه سهم الربح ايضا شائعاً و الاحوط هنا هو التصالح في الربح و الخسران.

ثم إن ما عن المصنف من قوله باسترداد ما اخذه العامل بعد الفسخ قبل القسمة بل او بعدها اذا اقتسما العروض و قلنا بوجود الإنضاض على العامل يكون على حسب مبناه و الا فكما مرّ منا يحصل الاستقرار بالفسخ او بالقسمة و لا ربط للإنضاض به.

في المضاربة الفاسدة

(مسألة ٤٨): اذا كانت المضاربة فاسدة فإمّا أن يكون مع جهلها بالفساد، او مع علمها او علم احدهما دون الآخر فعلى كل التقادير الربح بتمامه للمالك، لإذنه في الاتجارات و ان كانت مضاربتة باطلة نعم لو كان الأذن مقيداً بالمضاربة توقف ذلك على اجازته، و الا فالمعاملات الواقعة باطلة

اقول: البحث في هذه المسألة في فروع: الاول ما في هذا المتن و هو ان الربح مع بطلان المضاربة يكون للمالك على جميع تقادير علمها او جهلها او جهل احدهما بالفساد اذا لم يكن الاذن في المعاملة مقيداً بالمضاربة و ذلك من جهة ان اللازم من عقد المضاربة هو اذنه في التجارات فاذا كانت المضاربة بعنوانها الخاص باطلة لا يكون البيع و الشراء مثلاً فضولياً ببطلانها خصوصاً اذا كان المالك عالماً ببطلانها و هذا واضح.

و أمّا اذا كان الاذن مقيداً بصحة المضاربة بمعنى انه يصرح بان المضاربة لو لم تكن صحيحة لم يكن العامل مأذوناً في التجارة فلا محالة مع البطلان لا يكون الاذن في التجارة و لا يكون لزعم وجوده مع الجهل بالبطلان اثر و أمّا اذا كانت المضاربة مطلقة فاطلاق العقد يقتضى اطلاق الاذن و ليس للمالك انكاره و ظاهر عبارة المصنف هنا و في المسألة الثانية من مسائل الختام هو هذا المعنى و لم يكن الفرق الا بتعبيره هنا بقوله «لو كان الاذن مقيداً بالمضاربة...» و هناك «الا ان يكون الاذن مقيداً بالصحة...» و هما في المعنى واحد.

ثم ان البطلان بدون الاجازة على فرض التقيد واضح لأن العقد بدونه فضولى و صحته متوقفة على الإجازة فاذا فقدت الاجازة لا مجال للصحة و هذا ايضا واضح.

الفرع الثاني، قوله: وعلى عدم التقييد او الاجازة يستحق العامل مع جهلهما لأجرة عمله. وهل يضمن عوض ما انفق في السفر على نفسه، لتبين عدم استحقاقه النفقة اولا، لان المالك سلطه على الاتفاق مجاناً و جهان اقوامها الأول و لا يضمن التلف و النقص وكذا الحال اذا كان المالك عالماً دون العامل، فانه يستحق الأجرة و لا يضمن التلف و النقص

اقول: في هذا الفرع احكام ثلاثة: الاول استحقاق العامل لأجرة عمله في صورة جهله سواء كان المالك عالماً ام لا و دليله هو ان عمله لم يكن مجاناً و بقصد التبرع و صدر باذن المالك لان المفروض عدم تقيد اذنه بصحة المضاربة غاية الامر ان فرض كون الربح اقل من اجرة المثل يكتفى بالأقل لان العامل باقدامه على عقد المضاربة قد فوت احترام عمله بالنسبة الى ما زاد عن سهم الربح كما انه اذا كان اجرة مثل عمله قليلاً جداً و المعاملات ربحاً كثيراً أيضاً يمكن ان يقال بان اجرة مثل العامل بالمضاربة الفاسدة تكون ازيد من غيره و الاولى المصالحة في مقدارها حينئذ. هذا اذا كانت المعاملات رابحة و اما على فرض عدم حصول الربح اصلاً فعلى فرض القول باجرة المثل فيمكن ان يقال ان اجرة المثل لا يزيد عن مقدار سهم الربح التقديرى فاذا كانت المضاربة على شىء لا يزيد ربحه لو فرض وجود الربح له عن درهمين و كان اجرة المثل للعمل ثلاثة دراهم فتبين بطلان المضاربة فلا يستحق العامل ازيد من درهم واحد الذى هو نصيبه من الدرهمين لاقدامه على العمل على هذا الوجه كما عليه بناء العرف و العقلاء و ان قلنا بعدم الاجرة له اصلاً كما سيجىء في الفرع الرابع فلا بحث فيه. و الثانى ضمانه لما انفق في سفره على فرض السفر و عدم ضمانه، فالمصنف على ضمانه لان استحقاقه له يكون على فرض صحة المضاربة و قد ظهر بطلانها فهو ضامن.

و قد اشكل عليه في المستمسك بان مقتضى قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده هو عدم الضمان و قال و لو اشكل تطبيق القاعدة من جهة انها تختص بمورد العقد و النفقة في المقام ليس موضوعاً للعقد قلنا كفى في عدم الضمان تسليط المالك له على اتلاف ما له مجاناً و اقدامه على عدم الضمان و كما ان قاعدة اليد لا تشمل المضاربة الفاسدة فلا يضمن العامل للمال مع فساد المضاربة لعموم مادل على عدم ضمان الأمين له لانه امين كذلك عموم من أتلف لا يشمل المضاربة الفاسدة لعموم مادل على عدم ضمان المأذون بالإتلاف المستفاد من بعض نصوص القاعدة اللهم الا ان يقال لا اذن في الاتلاف لاختصاصها بعامل المضاربة و المفروض انتفاؤه، فهو نظير ما اعطى الطعام لزوجته بعنوان كونه نفقة الزوجة فتبين انها ليست زوجة فانه لا ينبغي التأمل في الضمان.

و قد جزم بعض الأعاظم بعدم الضمان لان اذن المالك في التصرف لم يكن مقيداً بصحة المضاربة اذ الضمان يختص بفرض التصرف فيه بالتعدى او التفريط و هو مفقود و لكن عدم الضمان مختص بصورة عدم تقييد اذنه فيه بصحة المضاربة و الا فهو ضامن كما سيأتى تفصيله.

اقول: الاقرب هو الضمان كما في المتن لان اطلاق عقد المضاربة و ان لم يكن منصرفاً عن الاذن في المعاملات على فرض بطلانها و لكن يكون منصرفاً بلحاظ الاذن في ضمنه في التصرف عن كون النفقة على نحو المجان على فرض البطلان فكما ان التزام المالك باعطاء سهم من الربح للعامل يكون على فرض صحة المضاربة و كذلك اذنه في السفر و كون نفقته عليه يكون على فرض الصحة و منصرفاً اليها و لا يكون الاذن فيه على اى تقدير. نعم على فرض القول بأن اجرة المثل ليست ازيد من سهم الربح على فرض البطلان لابد من ملاحظة هذه

النفقة ايضاً من سهم الربح و يحاسب الزيادة فاذا فرض سهمه من الربح درهماً و نفقته في السفر ايضاً درهماً لا يكون له اخذ اجرة المثل زيادة عن الدرهمين لانه اقدم على تفويت احترام عمله باجرة المثل بعوض سهم الربح و نفقة السفر لا بعوض سهم الربح فقط.

و اما قاعدة ما لا يضمن... فبالنسبة الى اصل المال فهي منطبقة و اما بالنسبة الى مخارج السفر لو لم يكن مثل الربح الذي يكون العامل ضامناً لتسليم سهم المالك اليه لم تكن القاعدة منطبقة عليه فهو كنفقة الزوجة في ما تقدم في المستمسك للانصراف الذي عرفته و مع قطع النظر عن الانصراف فكونه خارجاً عن مورد المضاربة محل تأمل لان عدم ضمانه لا شبهة في انه يكون من لوازم صحة المضاربة اللهم الا ان يقال حيث انه ينقص من المال في مقام محاسبة الربح فيكون مضموناً بالعوض اذا حصل الربح فيه الضمان في الصحيح و الفاسد و أما استناد عدم الضمان بعدم كون الائتلاف بالتعدي و التفريط كما عن بعض الاعاظم فهو عجيب من مثله لان ضمان الاموال بابه غير مختص بالتعدي و التفريط فمن اتلف مال الغير في حال النوم و عدم الائتلاف فهو له ضامن قطعاً و مخارج السفر مع عدم الائتلاف الى بطلان المضاربة من هذا القبيل و اذنه في التصرف كان على فرض صحة المضاربة لا مطلقاً حتى نقول ان الاذن من المالك في الائتلاف فيما يرجع نفعه الى المتلف لا ضمان عليه فان الضمانات امور عقلانية ايضاً و هم لا يرون اكل المال بدون سبب من المالك الا الاذن الظاهري بلا عوض نعم ان اذن في اتلافه بلا عوض لا عوض له لانه اسقط احترام ماله.

الثالث عدم ضمان النقص و التلف لاصل المال و دليله واضح و هو كون العامل اميناً لا ضمان عليه. هذا على فرض عدم تقييد الاذن في المعاملات بصحة المضاربة و اما مع التقييد و اجازة المعاملات

فظاهر كلام المصنف هو ترتب الاحكام الثلاثة المتقدمة اى استحقاق اجرة المثل و عدم ضمانه لمخارج السفر و عدم ضمانه للتقص و التلف مترتب على فرض عدم تقييد الاذن بصحة المضاربة و على فرض التقييد و لكن مع اجازته للمعاملات بعد ذلك فانه ان اجاز ما هو كالفضولى فيكون الاحكام الثلاثة ايضا مترتبة كالفرض الأول و هو عدم التقييد.

و قال بعض الاعاظم فى مقام رد اطلاق كلام المصنف ان الظاهر هو التفصيل بين الفرضين اما على الاول و هو عدم تقييد اذنه فى المعاملات بصحة المضاربة فاستحقاق العامل لأجرة المثل قطعاً يكون لاستيفائه عمل مسلم محترم صادر عن امره من دون قصد التبرع و المجانية على ما تقتضيه السيرة القطعية التى لم يردع عنها الشرع الانور، و اما عدم ضمانه لما انفقه فى السفر فمن جهة ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده. و اما عدم ضمانه للتلف فلعدم الموجب للضمان بعد كون يده امانية مع عدم التعدى و التفريط من العامل.

و اما على الفرض الثانى فحكم هذه الصور الثلاثة حكم باقى المعاملات الفضولية فلا يستحق اجرة المثل باعتبار ان المالك لم يأمره بشىء بل و لم يستوف من عمله شيئاً و انما استوفى الربح بعمل نفسه باجازته للعقد فحكم المصنف باجرة المثل فى هذه الصورة على ما يظهر من عبارته لا يمكن المساعدة عليه و كذا الحال فيما انفقه فى السفر فانه لا موجب لحسابه على المالك بعد أن لم يكن كل ذلك باذن منه و منه يظهر الحال فيما يتلف فى يد العامل فانه ضامن له لا محالة بعد ان لم تكن يده امانية لان المالك لم يأذن له فى التصرف مطلقاً بل اذن له مقيداً بصحة المضاربة فاذا انتفى القيد و هو الصحة انتفى الم قيد و هو الاذن.

اقول: اما حكمه بعدم ضمان ما انفقه فى السفر فى الفرض الأول تمسكاً

بقاعدة ما لا يضمن... فقد مر الكلام فيه وقلنا بعدم شمولها للمقام لان ما انفقته خارج عن مورد المضاربة وبقية كلامه قدمر تماميتها.

واما على الفرض الثاني فعدم استحقاقه لأجرة المثل فيه اشكال وهوان العقد الفضولي الساذج وان كان كذلك ولكن في المقام على فرض تصريح المالك بالقيد بان يقول اذنت في المعاملات ان صحت المضاربة، وكان العامل جاهلاً بالبطان والمالك عالماً به فهو يكون فيه اغراء العامل بالجهل وفيه نوع تسبب لتألف عمله فكانه اتلفه عليه فانه لو لم يأذن المعاملات يكون ضامناً لأجرة المثل فضلاً عن امضائه لها واما على فرض جهلها بالبطان وان لم يكن كذلك ولكن ان اجاز المالك المعاملات الواقعة وحصل ربح وكان بعض مقدمات هذا الربح بواسطة عمل العامل لا يرون العقلاء العدل والانصاف في ضياع عمل العامل ووصول المالك الى تمام الربح بادعاء انه حصل باذنه الذي صار موجباً لاستيفاء نفسه الربح لا انه استوفى عمل العامل بل يرون انه استوفى عمل العامل ايضاً باقدامه على المضاربة وان فرضت فاسدة من حيث الآثار الخاصة فكما ان احداً لو مزج مقداراً من ماله مع مال يزعم انه ماله ثم بان انه مال غيره يصير شريكاً قهراً في ذلك المال فكذلك هنا يكون عمل العامل موجبة لتجارة مربحة فان المالك وان لم يكن عليه شيء ان لم يأذن لمصالح رآه لنفسه ولكن ان اذن لا يكون العامل اجنبياً عن عمله الذي صرفه في هذا المال كما ان المالك اذا لم يكن المعاملة مربحة في المضاربة الصحيحة ان فسخ المضاربة لا يكون للعامل شيء وان صبر ولم يفسخ فصارت مربحة يكون للعامل سهمه فكذلك في المقام فكما لا يقال ان المالك هو الذي اجلب الربح بصبره وعدم فسخه فلا يكون للعامل شيء من الربح فنظيره المقام وبعبارة اخرى ملاك كون العمل محترماً او غير محترم ليس الا الأناظر العقلانية لو لم يردع عنها الشرع فنحن ندعى ان المالك ان

اجاز المعاملات يرون لعمل العامل هنا احتراماً ألا ترى ان الدالين للمعاملات لا يدعون اجرة الدلالة غالباً الا بعد قبول القابل للايجاب أو بعد اجازة المالك اذا كان العقد فضولياً ولا يضيع عملهم الا اذا لم تتعقد المعاملة اصلاً فان ذلك امر عرفي وان كان في مورد امر من المتعاملين وان فرض عملهم هذا من باب الجعالة وان المتبايعين مثلاً يجعلون جعلاً لمن اتم العقد والمراد هو التقريب لما ذكرناه بأمثال ذلك وان كان الفارق ربما يكون في المقامين واما ضمان العامل في هذا الفرض لما انفق في السفر على فرض اجازة المعاملات وان لم يكن على المالك ولكن يحاسب في اجرة المثل فان اجرة المثل لعمل من سافر ازيد من اجرة المثل لمن لم يسافر.

و اما ضمانه للمال ان تلف فهو غير تام سواء اجاز المعاملات او لم يجز لان اليد بجهل العامل او جهلها لا تنقلب عن كونها امانية الى الضمانية لان المالك اما ان يأذن فعلاً في التصرف في هذا المال او لا يأذن والمفروض جهل العامل بالبطلان سواء كان المالك جاهلاً او عالماً فان اذن فيكون اليد امانية وان لم يأذن تكون ضمانية واشتراط اذنه بالصحة لا موضوع له اذا كان المالك عالماً بالبطلان ولا محصل له ان كان جاهلاً لان الواقع الواقعي خارج عن اختيارهما فلا محالة اذا اعطاه المال يكون مأذوناً في التصرف فيه وبعد ظهور البطلان فلا بد من التخلية فان لم يخل بينه وبين ماله فهو من الآن متعّد وتنقلب يده ضمانية.

الفرع الثالث، قوله: وان كانا عالمين او كان العامل عالماً دون المالك فلا اجرة له، لإقدامه على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة، وربما يحتمل في صورة علمهما أنه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة. وفيه ان المفروض عدم قصدها كما انه ربما يحتمل استحقاقه أجرة المثل اذا اعتقد انه يستحقها مع الفساد وله وجه وان كان الاقوى خلافه

اقول: البحث في هذا الفرع وهو فرض علم العامل بالفساد او علمهما به ايضا تارة يكون في استحقاق العامل للأجرة و اخرى في استحقاقه لنفقة السفر و ثالثة في ضمانه تلف رأس المال او نقصه بعد مفروغية كون الربح للمالك على فرض اذنه في المعاملات او اجازته له فالبحث في جهات ثلاثة ايضا الأولى في الأجرة و فيها خلاف فالمصنف قال بعدم استحقاق العامل لأجرة المثل و دليله هو ان هذا مقتضى اقدام العامل على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة. و اجاب عنه الاعاظم من الشراح بان علمه بذلك لا يقتضى كون اقدامه على العمل على وجه التبرع الموجب لعدم الاستحقاق مع كون علمه بامر من المالك و استيفائه لعمله فان السيرة العقلانية على استحقاقه لأجرة مثل عمله حينئذ و عدم قصده التبرع مع علمه بالفساد يكون نظير بيع الغاصب و شرائه فان البائع غصباً لا يكون قصده التمليك مجاناً كما ان المشتري للغصب لا يكون قصده التملك مجاناً و لذا يصح اركان البيع الارضاء المالك فاذا رضى و اجاز تمت المعاملة فالقول بعدم استحقاقه للأجرة غير تام.

اقول: إن هذا متين و ان كان العامل مذموماً عند العقلاء لو حدث خسارة بالنسبة الى اجرة عمله بلحاظ فساد المضاربة و دليله ما ذكر من السيرة العقلانية على ذلك فانه لم يقصد التبرع و كان عمله بامر المالك.

ثم احتمال استحقاقه لحصته من الربح من باب الجعالة كما في المتن فجوابه هو ما فيه من ان الجعالة كالمضاربة من العناوين القصدية فاذا لم يكن العامل و المالك قاصدين لذلك فكيف يتحقق عنوانه و اما الفرق بين الجعالة و المضاربة و الوكالة و المزارعة و المساقاة و الاجارة هو ان غير الجعالة من العقود و يكون القابل مسئولاً عن عمله سواء كان على وجه اللزوم أو الجواز فلذا جواز المضاربة لا ينافي كون العامل مسئولاً عن عمله ما لم يفسخ كما ان الاجير و

الوكيل و غيرهما في العقود مسئول عن عمله و في الجعالة ليس كذلك بل الجاعل يجعل على نفسه شيئاً على فرض عمل و لا يجعل على غيره شيئاً و لذا من عمل بالعمل الذي يكون الجعل له فله الجعل و من لم يعمل لا شيء له و لا عليه. و كذلك الفرق بين الوكالة و الاذن هو ان الثاني من الايقاع و الاول من العقود فالوكيل مسئول عن عمله بمقتضى قبوله الوكالة و المأذون لا شيء عليه لو لم يتصرف في المأذون فيه أصلاً فالمأذون من قبل الفقيه لاخذ سهم الامام عليه السلام مثلاً و التصرف فيه لا شيء عليه لو لم يأخذ و لم يتصرف و اما الوكيل فعليه الاخذ و هو مسئول عنه فعلى هذا من قصد المضاربة الفاسدة و قبلها لم يكن كالمجعول له في باب الجعالة فليس له من الربح شيء فما قيل من ان العقود تابعة للقصد يكون من باب ذكر عنوان من العناوين القصدية لا من باب انحصار التبعية للقصد بالعقود فان الايقاعات كالطلاق و الجعالة و الاذن ايضاً تابعة للقصد.

الجهة الثانية في انه ضامن لنفقة سفره مع علمه بالفساد ام لا؟ و الحق هنا هو ضمانه ايضاً لفساد المضاربة و اذن المالك في التصرف ليس على وجه المجانية غاية الأمر تزداد اجرة مثل عمله في السيرة العقلانية لأن السيرة على ان من سافر يكون اجرة مثل عمله غالباً ازيد ممن لم يسافر و لم يصرف نفقة زائدة.

و اما الجهة الثالثة و هي ضمانه لتلف رأس المال و عدمه فالحق انه غير ضامن لان تصرفه على اى تقدير كان باذن المالك و لم يكن يده عدوانية لان علم المالك بالفساد مع قبضه اياه المال يستفاد منه عدم الضمان فلا ضمان عليه الا اذا تعدى او فرط.

الفرع الرابع، قوله: هذا كله اذا حصل ربح و لو قليلاً، و امام عدم حصوله فاستحقاق العامل الأجرة و لو مع الجهل مشكل، لاقدامه على عدم العوض لعمله

مع عدم حصول الربح وعلى هذا ففي صورة حصوله أيضاً يستحق اقل الأمرين من مقدار الربح و اجرة المثل لكن الاقوى خلافه. لان رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة ومراعاة الاحتياط في هذا وفي بعض الصور المتقدمة أولى.

اقول: في صورة عدم حصول الربح اصلاً يكون الدليل على عدم استحقاق العامل لأجرة المثل هو انه اقدم على المضاربة بلحاظ الربح الحاصل سواء كان عالماً بالفساد او جاهلاً به فان كان عالماً فلأن المالك وعده ليعطيه سهماً من الربح وان كان العقد باطلاً غاية الأمر لا الزام له بالعمل بهذا الوعد بمجرد انه لو ربح فضلاً عن مورد عدم الربح لان الوعد قد تعلق بالربح ولا ربح في الفرض حتى يعمل بوعده ان شاء. وفي صورة جهله فيكون اقدامه على العمل بلحاظ الربح لا بلحاظ شيء آخر وليس هذا الاقدام من طرف العامل فقط بل المالك ايضاً لم يلتزم الا بسهم الربح لهذا العمل ومن المعلوم عدم استيفاء المالك من عمله شيئاً ليكون عليه عوضه اذا لم تكن المضاربة رابحة فعلى هذا لو فرض ان رضاه بمقدار الربح كان مقيداً بصحة المضاربة ايضاً لا يكون له مطالبة شيء من المالك لان المالك لم يلتزم باعطاء الأجرة له مع فساد المضاربة وهو المهم في استحقاقه واستحقاقه لاجرة المثل على فرض حصول الربح يكون من جهة استيفاء العامل لعمله فيحكم العرف والعقلاء بضمان المالك لعوضه.

فان قلت: إن امره بالعمل يكون محققاً على تقدير عدم الربح ايضاً واحترام عمله يقتضى القول بوجود الاجرة له.

قلت: احترام عمله في نظر العرف يكون للربح الحاصل منه فكانه يصير مقيداً بحصول الربح عند العقلاء كما عن بعض الاعاظم نعم اذا لم يكن مقيداً كمن امر غيره باتيان عمل لا فائدة فيه له وعمل العامل هذا العمل يكون له اجرته لان احترام عمله لم يكن مقيداً بشيء كما انه في المقام ان شرط العامل للأجرة بدون

الريح ايضاً يكون المالك ضامناً لها و الحاصل اذا كان امر المالك بالعمل مجاناً لا اجرة لعمله و اذا كان الامر به مع الاجرة على فرض تحقق الريح فلا اجرة مع عدم تحققه و ليس لناديل لفظي نأخذ باطلاقه بل الدليل السيرة العقلانية و هي لا تكون في مورد عدم تحقق الريح و اما في مقدار الريح في صورة تحققه فقد عرفت ان الاجرة لا تزيد عن سهم الريح على فرض الصحة كما انه لو كانت الاجرة قليلاً جداً فلا يرضى العقلاء بالاكثفاء بالقليل و بعبارة اخرى يمكن ان يقال اجرة مثل العامل الذي عمل بلحاظ المضاربة المربحة ازيد من اجرة مثل غيره و الاحوط بالنسبة الى النقيصة جداً التصالح و ان لم يكن له الزيادة عن سهم الريح لوزادت اجرة المثل عنه.

ثم إنّ بعض الاعاظم (قده) في مقام الجواب عن ان رضا العالم بالريح كان على فرض صحة المضاربة و مقيداً بها في كلام الماتن قال الا انك قد عرفت ان العبرة انما هي بما التزم به الأمر على نفسه لا برضا العامل و عدمه على اننا لو التزمنا بكون رضا العامل مقيداً بصحة المضاربة لكان لازمه القول بعدم استحقاق العامل شيئاً بالمرّة لان كون رضا العامل مقيداً بها يستلزم كون رضا المالك و امره مقيداً بها ايضاً و فساد جميع العقود الصادرة منه لكونه فضولياً و توقف صحتها على الاجازة لازمه هو عدم استحقاق العامل شيئاً من الأجرة.

اقول: تقييد اذن المالك في العمل و الأمر به بمورد صحة عقد المضاربة على فرض العلم بالفساد غير متصوّر و كذا تقييد العامل مع علمه بالفساد مع علم المالك به ايضاً فعلى هذا مع علمهما بالفساد فان المالك يأذن في العمل لا محالة و لكن العامل اذا لم يكن عمله بقصد التبرع يكون له اجرة مثل عمله ان ربحت المضاربة و ان كان مذموماً لو حدث حادثة مضرة بالنسبة اليه من فساد المضاربة و اما مع جهلهما بالفساد فان صرح المالك بالتقييد بانه على فرض صحة

المضاربة يعطيه سهمه من الربح و الا فلا اجرة له فحينئذ لا مجال لتقييد العامل بان رضاه بالربح يكون على فرض صحتها و الا فله الأجرة لانه لا يحصل التوافق بينهما و لو في الظاهر ايضاً لان الاجرة التي لا يلتزم بها المالك كيف يدعيه العامل و نقضه (قده) يكون مقامه هذا الفرض و اما ان اطلق المالك فاطلاق عقده يحمل على الاذن في العمل مطلقاً و يكون الكلام في تقييد العامل فمع تصريحه بالتقييد فلا بد من اعطاء اجرة مثله و ان زادت عن الربح و اما مع اطلاقه فالظاهر انه رضى بالربح و لا نظر له الى ازيد منه في هذا العمل فاذا فسدت المضاربة لم يكن له ازيد من سهم الربح و اما ان كان العامل جاهلاً و المالك عالماً فحيث لا معنى لتقييد المالك الا من حيث الظاهر و اغراء العامل بالجهل فلا محالة تصل النوبة الى تقييد العامل فنقول ان المالك اغراء بالجهل فهو ضامن لعمله في نظر العرف حتى اذا كانت اجرة مثله اكثر من سهم ربحه يكون الضامن هو المالك لانه اغراء. و ان كان بالعكس فالعامل لا اجرة له ان لم يربح ان لم تقل انه اغرى المالك باخذ رأس ماله و جعله في ضرر من هذا الوجه و ان ربح فله الأجرة لاستيفاء العامل عمله و ان فرض انه لم ياذن له ان علم في الواقع انها فاسدة لانه يكون نظير ما امزج ماله بمال غيره بدون اذنه فانه شريك قهري و قد مرّ فيما سبق من بيان كلامه في مسألة ٤٨ هذا المعنى في جوابه و الحاصل لابد من ملاحظة التفصيل في هذا الكلام من هذا العظيم و اطلاقه غير تام.

و هنا يكون اشكال على الماتن عن صاحب المستمسك و هو انه في مقام تثبيت اجرة المثل بتمامها لا اقل الأمرين من الربح و الأجرة قوى استحقاقه لأجرة المثل اى مقدار كانت لكون رضا العامل بسهم الربح مقيداً بصحة المضاربة و لكن في مقام استحقاق الاجرة مع عدم حصول الربح لم يقل بهذا مع ان المسألتين من واد واحد فكما ان نتيجة التقييد في الأولى تكون تثبيت تمام اجرة

المثل كذلك فى الثانية اقدم العامل على العمل بدون العوض كان مقيداً بصحة المضاربة بحيث انها لو لم تصح لم يقدم على العمل بلا عوض فكيف فرق بينهما و فى مقام الدفع قال بما حاصله اللهم ألا ان يقال بأن قاعدة ما لا يضمن... شاملة للأولى لان صحيح المضاربة لا ضمان لها بالنسبة الى الأجرة ففاسدها كذلك فقال فى مقام الدفع عن هذا ايضاً بقوله ولكنها لا تصلح للحجّة مع قصور دليلها عن شمول المقام اللهم الا ان يقال ان ضمان المالك ان كان فهو بالاستيفاء و لا استيفاء للربح فى المقام و هو امر بعمل يكون فيه الربح و لا امر له بما لا يكون فيه الربح و لكنه يشكل بان الأمر بالعمل كان بداعى الربح لا ببقيد و اقعا فمع تخلف الداعى لا ينكشف عدم الأمر به و الا لزم بطلان العمل لاتفاء الاذن به فيكون فضوليا بل لو كان المالك بنفسه يباشر العمل فمع تخلف الداعى لا ينتفى القصد. اقول عدم شمول قاعدة ما لا يضمن للمقام فيه تأمل و القاضى بعدم الاجرة مع عدم الربح هو العقلاء و سيرتهم لا غير لظهور الكلام فى ان المالك يلتزم بالربح على فرض تحقيقه لا بالاجرة مع عدمها و تقييد الاذن بالربح لا معنى له مع عدم كونه الاحتمالا لا اثر له فى الاذن فعلاً فالإذن فى العمل وان كان ولكن لا اجرة له لما عرفت.

فى اختلافات المالك و العامل

(مسألة ٤٩): اذا ادعى على احد انه اعطاه كذا مقدراً مضاربة و انكر و لم يكن للمدعى بينة فالقول قول المنكر مع اليمين. اقول: هذا موافق لموازين القضاء و قول المنكر موافق للأصل اى اصالة عدم الاعطاء ازلاً على فرض جريان الازلى او اصالة عدمه نعتا على فرض تحقق

اليقين بحالة سابقة مثل اليقين بان زيد أَلَم يعط عمر واشيئا الى زمان كذا، فشككتنا فيما بعده هذا هو الاصل في الموضوع و اما الاصل في الحكم فهو اصاله عدم وجوب شيء على العامل من ارجاع المال او ضمانه الذي يدعيه المدعى الذي قوله خلاف الأصل و اما ان اعترف بانه اخذه ولكنه اداه فينقلب الدعوى فيصير المنكر مدعيا و المدعى منكرًا لانه يدعى الاداء و هو ينكره فلا بد من اقامة البينة و ان لم تكن فاليمين على المنكر و كل مورد يكون المنكر ناكلاً عن اليمين فان ردها الى المدعى فيحلف و يكون له الحق و ان لم يحلف المنكر و لم يردها فيحكم عليه بالنكول كما عن بعض الاعاظم و هو التحقيق و ان كان في الحكم بالنكول خلاف بينهم.

(مسألة ٥٠): اذا تنازع المالك و العامل في مقدار رأس المال الذي اعطاه للعامل قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينة من غير فرق بين كون المال موجوداً او تالفاً مع ضمان العامل، لاصالة عدم اعطائه ازيد مما يقوله و اصاله براءة ذمته اذا كان تالفاً بالازيد

اقول: هذا موافق لموازين القضاء و دليله ما مر في المسألة السابعة مشروحاً و ما في هذا المتن ايضا تام. قوله: هذا اذا لم يرجع نزاعهما الى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح، كما اذا كان نزاعهما بعد حصول الربح و علم أن الذي بيده هو مال المضاربة اذ حينئذ النزاع في قلة رأس المال و كثرته يرجع الى النزاع في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود إذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه اكثر فيكون نصيب العامل ازيد، و على تقدير كثرته بالعكس و مقتضى الاصل كون جميع هذا المال للمالك الا بمقدار ما أقربه للعامل و على هذا ايضا لا فرق بين كون المال باقيا او تالفاً بضمان العامل، اذ بعد الحكم بكونه للمالك الا كذا مقدار منه فاذا تلف مع ضمانه لا بد ان يغرم المقدار الذي للمالك.

اقول: فى صورة عدم حصول الربح اصلاً او حصوله و تقسيمه قبل ذلك فلا اشكال فى ان النزاع لا يرجع الى زيادة الربح و نقيضه بل النزاع يكون فى صورة كون الربح مع الاصل و يكون النزاع فى قلة رأس المال و كثرته فعلى هذا غرض المالك من الدعوى هو ان يكون المال اكثر ليكون سهم ربح العامل اقل و غرض العامل بالعكس و حيث ان الملاك فى تشخيص المدعى و المنكر هو الغرض فيرجع النزاع الى كون المالك مدعياً لزيادة رأس المال و العامل ينكرها و الى كون العامل مدعياً لزيادة سهم الربح و المالك ينكرها و كون المال ربحاً له آثار ككونه وقاية لرأس المال و كون المالك سهيماً فيه و كونه رأس المال يكون له آثار اخر ككون محاسبة الربح فى ما زاد عنه و ان لا يكون العامل سهيماً فيه فعلى هذا مع عدم البينة تصل النوبة الى التحالف فان حلفاً جميعاً فلا بد من فصل الخصومة ثم تصل النوبة الى القرعة او تنصيف المال بالنسبة الى المقدار الزائد بقانون العدل و الانصاف او التصالح بينهما و على هذا فما قاله الماتن من كون مقتضى الاصل كون هذا المال للمالك الا ما اقرّ به انه سهم العامل بعنوان الربح غير مستقيم و مجرد كون الغرض فعلاً هو ان يكون الزيادة للعامل او للمالك لا يكفي لصيرورة المالك منكراً و العامل مدعياً او بالعكس بل كلاهما مدعيان من وجه و منكران ايضاً من وجه و اما ما فى المستمسك من احتمال كون مقتضى اليد هو كون جميع المال للعامل الا ما اقرّ بانه للمالك. و اجاب عنه بان اقراره بان اصل المال للمالك يمنع عن الأخذ بمقتضى يد العامل و هو محتاج الى اقامة بينة فى اثبات دعواه الاستحقاق حسبما ما يقتضيه بناء العقلاء المنزل عليه دليل حجية اليد اذ الظاهر أنّ دليل الحجية شرعاً من باب الامضاء لما عند العقلاء لا من باب التأسيس.

ففيه بحث لان كون اصل المال للمالك لا يقتضى ان يكون ما يحصل من الربح

ايضاً له ليكون المدعى بالنسبة اليه هو المالك لان مقتضى عقد المضاربة كون الربح بينهما و اقرار العامل بان اصل المال للمالك لا يكون اقراراً بان كله للمالك ليؤخذ باقراره بل اقرار بالمقدار المحدود و لا يضرّ هذا باليد بالنسبة الى البقية في غير هذا المقام و أمّا في المقام فالربح لا يكون اشتراكه بينهما من بدو الأمر بمقتضى اليد بل يكون بمقتضى المضاربة سواء كان المال في يد العامل او في يد غيره لعدم اختصاص النزاع بما اذا كان المال بيد العامل و هو يدعى زيادة الربح فهو مدع و المالك منكر نعم على فرض كونه تحت يده و كانت اليد دليل ملكيته لا غير فيكون المالك مدعياً بالنسبة اليه و العامل منكرأ فيقال البيّنة على المدعى و اليمين على من انكر و لكن هذه اليد ليست اماره للملكية بعد كون ادعاء الملكية بمقتضى المضاربة حسب ارتكاز العقلاء في حجية اليد بحيث يحسب المالك خارجاً و العامل داخلياً بل هي يد اشتراكية بلحاظ الربح و الحاصل ان الكلام من بدو الأمر في تحقق اليد الدالة على الملكية لا ان دليل اليد منصرف عنها لارتكاز العقلاء على خلافها و اما فرق هذه المسألة مع المسألة السابقة فهو ان النزاع في السابقة كان في اصل اعطاء المال مضاربة و هنا يكون النزاع في مقداره بعد الإقرار باصل المضاربة مضافاً الى البحث عن اختلافهما في زيادة الربح و عدمه هنا بخلافه هناك. و اما ما افاده في المستمسك ايضاً من ان الفرق بينهما يكون على فرض كون المالك في المدعى و المنكر هو الفرض الذي يكون في النزاع و اما على فرض كون المالك هو مصبّ الدعوى فلا فرق بين المسألتين لأنّ المدعى في المقامين على هذا هو المالك و المنكر هو العامل لاتحاد مصبّ الدعوى فيهما.

ففيه أنّ مصبّ الدعوى ايضاً مختلف لان مصبّه في الاولى هو اصل المال بعنوان المضاربة و مصبّها في الثانية في دعوى المالك المال و في دعوى العامل

الربح و اختلاف العنوان ربما يوجب اختلاف الآثار و ليس المقام مثل ما اذا ادعى زيد على عمرو درهماً فانكر عمرو و قال قد اديته فان المدعى بلحاظ مصب الدعوى هو زيد و بلحاظ الغرض هو عمرو لانه هو الذى لا بد له من اثبات انه ادى ما اعترف و اقر به.

و كيف كان فاصل المسألة يكون الكلام فيها مامز و مع وجود الفرق بين المسألتين لا يكون لإطالة الكلام هنا كثير فائده و قد مرّ منّا شطر من الكلام (فى مسألة ٢٤ من المسائل المتقدمة) فى كون المالك فى الدعوى الغرض او المصّب و قلنا ان الحق ان الملاك هو الغرض.

ثم ان عدم الفرق بين بقاء المال او تلفه مع ضمان العامل كما فى المتن متين و العمدة هى طريق فصل الخصومة و قد عرفته.

(مسألة ٥١): لو ادعى المالك على العامل انه خان او فرط فى الحفظ فتلف او شرط عليه ان لا يشتري الجنس الفلانى، او لا يبيع من زيد او نحو ذلك فالقول قول العامل فى عدم الخيانة او التفريط، و عدم شرط المالك عليه الشرط الكذائى و المفروض أن مع عدم الشرط يكون مختاراً فى الشراء و فى البيع من اى شخص أراد نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له الا باذن من المالك كما لو سافر او باع بالنسيئة و ادعى الاذن من المالك فالقول قول المالك فى عدم الاذن و الحاصل: ان العامل لو ادعى الاذن فيما لا يجوز الا بالاذن قدم فيه قول المالك المنكر، و لو ادعى المالك المنع فيما يجوز الامع المنع قدم قول العامل المنكر له.

اقول: الحقّ مع الماتن فى هذه المسألة الا ان فى مورد ادعاء المالك على العامل الشرط الكذائى مع إنكار العامل له بحث و ذلك من جهة ان النسبة بين الاطلاق و التقييد على التحقيق فى مقام الثبوت هو التضاد لان الاطلاق هو السعة و التقييد هو الضيق كما حرّرناه فى المباحث الاصولية و ذهب اليه بعض الاعاظم

ايضا هنا لان الأمر إما ان يكون متعلق حكمه اذا التفت اليه مطلقا عن كل قيد وإما ان يكون مقيداً و الاول هو الطبيعة لا بشرط و الثانى هو الطبيعة بشرط شىء و الإهمال الثبوتى محال من الحكيم لاستحالة ارتفاع النقيضين فتكون النسبة بين الاطلاق و التقييد هو التضاد لأن وجود الاطلاق يضاد وجود القيد. هذا فى مقام الثبوت و اما فى مقام الاثبات يعنى فى مقام القاء المتكلم كلامه عند اهل المحاورة فهو اما ان يكون فى مقام البيان او لا يكون فعلى الثانى يكون القضية مهملة مجملة لا مطلقة و لا مقيدة و على الاول فان ذكر القيد فالقضية مقيدة و الا فهى مطلقة و الاطلاق فى هذا المقام يكشف عن عدم التقييد فى مقام الثبوت و ألا كان المتكلم على خلاف ما هو المتعارف من دأب اهل المحاورة و لو أراد قيده و لم يبينه فقد نقض غرضه و هو قبيح من المتكلم الحكيم و لا يقبل العقلاء عذره ان لم يكن له مانع من البيان كالتقية و غير ذلك فعلى هذا فقد يقال بان النسبة فى مقام الاثبات بين الاطلاق و التقييد هو العدم و الملكة لان المطلق ما من شأنه ان يكون مقيداً فمجرد عدم اظهار لقيد يكفى للأخذ بالاطلاق و لعل المراد من تعبير الاصحاب بان النسبة بينهما العدم و الملكة هو ذلك فى مقام الاثبات لا فى مقام الثبوت.

و فيه: ان الاثبات تابع للثبوت فاذا كان الاطلاق ثبوتاً أمراً وجودياً ففى مقام الاثبات ايضاً لابد من اثبات هذا الأمر الوجودى غاية الأمر اثبات الاطلاق و ان كان كاثبات التقييد الذى هو ضده محتاجاً الى دليل و لكنه اخف مؤونة من التقييد فان نفس عدم بيان القيد مع كون المولى فى صدد البيان يكفى لاثباته من جهة دأب اهل المحاورة فتكون النسبة بينهما اثباتاً و ثبوتاً هو التضاد و الا يلزم ان لا يكون اثبات الاطلاق محتاجاً الى دليل فى مقام الاثبات و بعبارة اخرى ما يثبت الاطلاق ضد ما يثبت التقييد هذا اولاً و ثانياً على فرض كون ما هو السبب

للإطلاق امرأً عديمياً لا يلزم منه ان يكون الاطلاق والتقييد كذلك بل هما امران وجوديان فتدبر.

اذا عرفت ذلك ففي مقامنا هذا لا يخلو إما أن يكون الكلام عند عقد المضاربة مطلقاً ويدعى المالك اضافة قيد بالقرينة المنفصلة عن هذا العقد و اخرى يكون النزاع في ذكر القيد حين صدور العقد متصلاً فعلى الأول يكون المالك مدعياً للقيّد والعامل منكرأً له و حيث إنّ ظهور الكلام ينعقد في بدو الأمر في الأطلاق فلو لا البينة للمالك على ادّعائه يكون ظهور كلامه في الاطلاق متبعاً و أمّا على الثاني فالعامل يدعى الاطلاق و المالك يدعى التقييد فيكون النزاع في اصل انعقاد ظهور الكلام و في مثله لا يمكن تقديم قول العامل لأنه مدّع ايضاً للاطلاق الذي هو امر وجودي كالتقييد و ضدّ له و المالك مدّع للتقييد وكلاهما محتاجان الى الاثبات هذا على ما عرفت من ان النسبة التضاد ثبوتاً و اثباتاً و اما على ما ادعى من ان النسبة في مقام الاثبات العدم و الملكة فيكفي عدم اثبات القيد لوجود الاطلاق و هو لا يستقيم مع اطلاق كلام من قال بان الاطلاق لا بد من اثباته و كيف كان فلا مجال للعامل لان يتمسك باصالة الاطلاق لا من باب اصالة العدم الازلية في القيد لانها لو سلّم جريانها فلا تثبت اثرها العقلي و هو الاطلاق الا على الوجه المثبت و على فرض عدم جريانها اصلاً او لتعارضه باصالة عدم الاطلاق كما هو الأقرب فلا اثر لها و لا من باب اصالة الاطلاق التي هي اصل لفظي لانها متوقفة على احراز اصل الاطلاق في مقام الاثبات ليجتج به في مقام الشك في مطابقته للثبوت و عدها و في المقام لم يحرز هذا الاطلاق ضرورة كون النزاع في اصله فعلى هذا ففي المقام حيث ان الاطلاق الذي يدعيه العامل غير ثابت و كذلك التقييد الذي يدعيه المالك فيكون كل واحد منهما مدّع و منكر بالنسبة الى مصبّ الدعوى ان كان المالك مصتّباً لأن الاطلاق له آثار

غير آثار التقييد وكما ان الاصل عدم التقييد يكون الاصل هو عدم الاطلاق ايضاً فعلى هذا مع عدم البينة فيما ان يتحالفا او يحلف احدهما دون الآخر او ينكل او ينكل احدهما دون الآخر فان حلف احدهما او نكل ورد اليمين على الآخر او لم يرد لكن حكمنا بالنكول فالحق مع من حلف والا فليس الحلف منهما الا موجباً لفصل الخصومة.

وان كان المالك الغرض فيكون المدعى للضمان هو المالك ومنكره هو العامل ولكن كما ان الاصل هو البراءة عن الضمان بالنسبة اليه يكون الاستصحاب مع المالك فان كان المدعى من لو ترك ترك الدعوى لكان الحلف مع العامل وقد يقال بانه في المقام يؤخذ بالقدر المتيقن وهو اصل اذن المالك في المضاربة واما ضمان العامل فالاصل في بدو النظر وان كان تقتضى البراءة عنه ولكن الاصل الحاكم عليها هو اصاله عدم اذن المالك فيه وحيث ان ظاهر المتن هو كون النزاع في مورد اصل الاطلاق من بدو الأمر والتقييد بالقرينة المتصلة فتقديم قول العامل في ادعائه عدم الشرط عليه ممنوع، ولكن قد عرفت ان مقتضى ما تقدم هو عدم الضمان مع حلف العامل. ثم ان النزاع في اطلاق الكلام وتقييده لا يختص بل يأتي في مثل الوقف ايضاً اذا شك في عمومه وخصوصه فان الأصل هو عدم جواز التصرف فيما زاد عن القدر المتيقن فلا يؤخذ بالاطلاق اذا شك فيه ولم يكن ظهور لفظ او مكتوب يدل على الاطلاق فعلى هذا من شك في أن حوض المدرسة او المسجد وقف لوضوء المشتغلين بالتحصيل فيه او المصلين كذلك لا يصح الوضوء منه الا اذا كان هناك قرينة على التعميم.

ثم إن العامل اذا ادعى الاذن فيما لا يجوز ألا بالاذن كالسفر فالاصل عدمه لولا البينة لان المدعى يكون هو العامل والمنكر هو المالك فيحلف المالك لاثبات مدعاه وان ردّ يحلف العامل ويكون الحق معه وكذلك ان نكل المالك و

لم يردّ فما في المتن في هذا مطابق للقاعدة.

(مسألة ٥٢): لو ادّعى العامل التلف و انكر المالك قدّم قول العامل لأنه امين سواء كان بأمر ظاهر او خفيّ وكذا لو ادّعى الخسارة او ادّعى عدم الربح او ادّعى عدم حصول المطالبات في التسيئة مع فرض كونه مأذوناً في البيع بالدين

اقول: البحث في هذه المسألة في فروع: الاول ما في هذا المتن وهو عدم ضمان العامل لانه امين قال في الجواهر^(١) لا خلاف ولا اشكال بل هو اجماعى ويكون البحث في عدم ضمان الامين بالنسبة الى العين المستأجرة ايضاً من هذا الباب وقد تعرض له المصنف في فصل العين المستأجرة في يد المستأجر امانة فلا يضمن تلفها وتعرض بعض الاعاظم لتفصيل البحث هنا لغموضه فنتبعه فنقول في المسألة صور اربع: الاولى: ما اذا كان العامل غير مأمون و ادّعى تلف المال بغير تفريط حتى ينفي عن نفسه الضمان للمالك، و ادّعى المالك اتلافه للمال عمداً او تفريطه في تلفه او عدم تلفه اصلاً فطالبه بالعين او ببديلها.

الثانية هذه الصورة مع عدم ادعاء المالك عليه شيئاً لعدم علمه بكذبه والثالثة هي الثانية مع كون العامل مأموناً في نفسه والرابعة ان يكون العامل مأموناً و ادّعى المالك عليه التلف بتعدّد وتفريط عليه وهو انكره.

فاما الصورة الأولى فنسب الى المشهور بل ادّعى الاجماع فيها على ان العامل ليس عليه الا اليمين والبيئة على المالك المدّعى وحكى عن المسالك انه نسب الى المشهور مطالبة العامل بالبيئة.

اقول: الظاهر أنّ المراد بالمشهور او الاجماع الدال على عدم كون البيئة على العامل بل على المدّعى هو ما في الجواهر ولكن اختصاصه بهذه الصورة مع

اطلاقه لجميع الصور الآتية أيضاً فيه خفاء وكيف كان فالقول بان البينة على المالك واليمين على العامل موافق لموازن القضاء بعد فرض يد العامل امانية لا ضمانية لان المالك يدعى الضمان بسببه والعامل ينكره واما القول بكون البينة على العامل فقد استدل عليه بالنصوص بحيث لو تم تكون مخصصة للقاعدة وهذه النصوص على طوائف ما دل على ضمان الأجير وما يعارضه وما دل على الضمان في مورد الأتهام دون مورد الايمان: اما الطائفة الأولى وهي ما دل على ضمان الاجير وانه لا بد له في دفع الضمان عن نفسه من اثبات مدّعه فهي روايات منها: صحيحة الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام في الوسائل^(١) قال في الغسّال والصّبّاغ ما سرق منهم (منهاخ) من شيء فلم يخرج منه على امر بين انه قد سرق وكل قليل له او كثير فان فعل فليس عليه شيء، وان لم يقم البينة و زعم انه قد ذهب الذي ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن بينة على قوله. و تقرّبه للمدعى واضح.

و فيه: أنّ هذا الصحيح يكون في مورد الأجير و شبهه معن هو عامل بامر معاملي و شمولها للعامل في المضاربة غير معلوم فيمكن ان يقال ان القاعدة تخصص بها في موردّه لو قطعنا النظر عن المعارض.

و لا يشمل المقام و هو باب المضاربة بالنسبة الى العامل.
و منها صحيحة ابن مسكان^(٢) عن ابي بصير عن ابي عبدالله (ع) قال: سألته عن قصّار دفعت اليه ثوباً فزعم انه سرق من بين متاعه قال: فعليه ان يقيم البينة انه سرق من بين متاعه و ليس عليه شيء فان سرق متاعه كله فليس عليه شيء.
و فيه: انها مضافاً الى ما في الرواية المتقدمة انها فيها تفصيل بين كون ادعاء

السرقه بالنسبة الى بعض المتاع فعليه البينة و بين ادعاء سرقة تمامه فلا شىء عليه حتى اليمين و هذا خلاف قاعدة آخر فادعاء اختصاصها بموردها اقرب من الصحيحة المتقدمة.

و منها ما عن النوفلى عن السكونى^(١) عن ابى عبدالله عليه السلام قال: كان امير المؤمنين (ع) يضمن الصَّبَاغَ و القَصَّارَ و الصائغ احتياطاً على امتعة الناس، و كان لا يضمن من الفرق و الحرق و الشىء الغالب الحديث. و فيه: أنه و ان سُمى بانه معتبرة و لكن السند غير تقى لعدم اعتبار كل روايات السكونى و المعتبر منها ما عمل به الاصحاب و هنا على فرض القول بانه معمول به عند الاصحاب لوجود ما عرفته من الصحيحين المتقدمين كان مختصاً بمورده كما تقدم و اما التفصيل فيه بين ادعاء ما هو الغالب و غيره فيكون معناه ان السبب الغالب حكمه غير ما ليس بغالب فاذا كان الفرق للثوب اذا كان الماء جارياً من الغالب يقبل قول العامل و كذلك الحرق فى الصياغة و الصباغة اذا كان غالباً.

و منها صحيحة الحلبي^(٢) عن ابى عبدالله (ع) قال: سئل عن رجل جَمَّال استكرى منه ابلاً «ابل خ ل» و بعث معه بزيته الى أرض فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه فقال: ان شاء اخذ الزيت و قال: انه انخرق و لكنه لا يصدق الا بيينة عادلة.

اقول: هراق الماء يهريقه هراقة صَبَّ و اصله أراقه يريقه أراقة ابدلت الهمزة هاءً و اصل هراقة هريقه على وزن دَحَرَجَه و لذا تفتح الهاء فى المضارع و يقال يهريق و قد يجمع بين الهاء و الهمزة فيقال أهراقه يهريقه اهراقة كما فى المقام فمعنى اهراق ما فيه صَبَّ ما فيه. و تقريب هذا الصحيح فى مورد الاجارة ايضا و

التعدى عنه بالغاء الخصوصية مع كونه خلاف القاعدة بعيد. و في قوله «انه انخرق و لكنه.. الخ» اجمال من جهة أنه ان كان قوله «قال» من كلام الامام (ع) فمع تصديقه للانخراق كيف يحتاج الى اقامة البينة و ان كان قوله «و قال انه انخرق» من كلام السائل و قوله «و لكنه الخ» من كلام الامام (ع) جواباً له فهو ايضا غير مستقيم، مضافا الى احتمال كون الضمير في قوله «لكنه» للمستأجر و للأجير ففيه اجمال.

و منها صحيحته عنه^(١) في رجل حمل مع رجل في سفينة طعاما فنقص، قال: هو ضامن قلت: انه ربما زاد قال تعلم انه زاد قلت لا، قال هو لك. ثم ان هذه الروايات مطلقة من جهة كون الأجير اميناً في نفسه او غير امين و تقييدها بمورد غير الأمين يكون للجمع بينها و بين معارضها.

اما الطائفة الثانية و هي ما دلّ على عدم الضمان عند دعوى العامل التلف. فهي روايات ايضا فمنها صحيحة معاوية بن عمار^(٢) عن ابي عبدالله (ع) قال سألته عن الصباغ و القصار، فقال: ليس يضمنان.

و منها معتبرة يونس بن عبدالرحمن^(٣) قال: سألت الرضا عليه السلام عن القصار و الصانع أضمنون؟ قال: لا يصلح الا ان يضمنوا، قال: و كان يونس يعمل به و يأخذ.

و هذا الخبر معتبر كما عن بعض الاعاظم و ان كان فيه اسماعيل بن مراد الذي هو مختلف فيه و ذلك لوقوعه في اسناد تفسير علي بن ابراهيم لتوثيقه (بتوثيق عام) من وقع من الرجال في اسناد رواياته حيث قال كما في المعجم^(٤) «فنحن

٢- ١٤ / ٢٩ من احكام الاجارة.

٤- ج ١، ص ٤٩.

١- في الباب، ح ٢.

٣- في الباب، ح ٩.

ذاكرون و مخبرون بما ينتهى الينا من مشايخنا و ثقاتنا عن الذين فرض الله طاعتهم...» و حيث انه صرح فى كلامه بالمشايخ و الثقات فلا يختص توثيقه بمشايخه فعلى فرض كفاية توثيق رجل واحد من باب شهادة عدل واحد فى الموضوعات كما هو المختار فهذا الوجه وجيه.

و قد ذكر فى المعجم^(١) فى ترجمته ما قيل فى وجه اعتباره و زيفه اما الأول فلأن محمد بن الحسن الوليد اعتمد على كتب يونس بن عبد الرحمن الا ما انفرد به محمد بن عيسى بن عبيد و اسماعيل بن مرار تبلغ رواياته عن يونس مأتين و زيادة و الظاهر ان رواياته هى من كتب يونس فرواياته معتبرة. و اما الثانى و هو التزييف فهو ان اعتبار الروايات لا دلالة له على اعتبار الراوى هذا و اضعف اليه اولاً ان اثبات ان كون رواياته باجمعها من كتب يونس ايضا اول الكلام فان مجرد كون الراوى راوياً عنه لا يدل على ذلك و ثانياً ان اعتبار كتب يونس بن عبد الرحمن لا يدل على ان الراوى عنه ايضا يكون روايته عين ما فى الكتب فانه اذا لم يكن موثقاً ربما يزيد و ينقص فى النقل عن الكتاب ايضا فعلى هذا مجرد نقله الحديث عن كتاب لو رأيناه كان معتبراً عندنا لا يدل على اعتبار روايته ايضا. و اما الدلالة لعدم الضمان الا مع التضمنين فهى تامة الا انه مختص بباب الاجارة و ما يفيد فائدتها و هو الامر المعامل بالقصارة و الصياغة.

و منها صحيح معاوية بن عمار^(٢) عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألت عن الصباغ و القصار فقال ليس بضمنان. قال فى الوسائل قال الشيخ يعنى اذا كانا مأمورين فأما اذا اتهما ضمنا حسب ما قدمنا.

اقول: هذا للجمع بينه و بين غيره كما سيأتى الطائفة الثالثة ما دل على التفصيل

بين المتهم وغيره حيث يضمن الأول دون الثاني و هي عدة روايات ايضاً فمنها صحيحة الحلبي^(١) عن ابي عبدالله عليه السلام قال: كان امير المؤمنين (ع) يضمن القصار و الصائغ احتياطاً للناس و كان ابي يتطول عليه اذا كان مأموناً.

و تقريبه في عدم ضمان المأمون واضح الا ان الظاهر هو انه اذا لم يحرز الأمانة يكون ضامناً و ان لم يكن متهماً فغير المأمون له فردان المتهم و مجهول الحال و هما ضامنان و المراد بالتطول عليه هو ان حكم الله كان هذا النحو و كان الاطلاق في زمان الامير (ع) و التقييد في زمانه ع و لا اشكال في ذلك فان الاحكام يمكن ان يتغير حسب تغير الازمان. و منها معتبرة ابي بصير عن ابي عبدالله (ع) قال: كان على (ع) يضمن القصار و الصائغ يحتاط به على اموال الناس و كان ابو جعفر (ع) يتفضل عليه اذا كان مأموناً. و تقريبها كسابقها طابق النعل بالنعل.

و منها صحيحة جعفر بن عثمان الرواسي الثقة (أخي حماد)^(٢) قال حمل ابي متاعاً الى الشام مع جمال فذكر أن حملاً منه ضاع، فذكرت ذلك لابي عبدالله (ع)، فقال أتتهمه؟ قلت لا قال: فلا تضمنه.

و تقريب هذه غير تقريب المتقدمين عليها لان المدار فيها على احراز الأتهام فاذا لم يكن متهماً سواء كان مجهولاً او مأموناً لا يكون ضامناً بحسبها و اما بحسب المتقدمين فليس كذلك و الحاصل ان مفهومهما هو ضمان غير المأمون و مفهومهما هو ضمان المتهم فلا شبهة في الاخذ بمنطوق كل واحد منهما و انما الكلام في التعارض بين مفهومهما و مفهومها في مورد مجهول الحال فان مفهوم الاولى هو الحاقه بغير المأمون و مفهوم الشائيتين الحاقه بالمأمون فيكونان متعارضين بالعموم من وجه و التحقيق هو الرجوع الى الاصل العملي و عدم

١- في الباب، ح ٤.

٢- باب ٣٠ من احكام الاجارة، ح ٤.

الرجوع الى المرجحات السندية لو وجدت فضلاً عن مورد عدم وجودها و الأصل العملى هو عدم الضمان من باب اصاله البراءة عنه.

و منها معتبرة ابى بصير^(١) عن ابى عبدالله (ع) فى الجمال يكسر الذى يحمله او يهريقه، قال: ان كان مأموناً فليس عليه شيء وان كان غير مأمون فهو ضامن. اقول: هذا ايضا يكون الحكم بالضمان فيه فى مورد غير المأمون و بعدهم فى المأمون و الظاهر ان احراز عنوان غير المأمونية ايضا لا بد من اثباته و هو يساوى مع الاتهام فمجهول الحال خارج عن موردها. و لا يخفى ان هذه المعتبرة تكون فى مورد التلف لقوله «يكسر الذى يحمل» و الا ففى مورد الاتلاف فلا فرق بين المأمون و غيره كما يحمل ما تقدمها ايضا على هذا المعنى.

و منها خبر خالد بن الحجاج كما فى الكافى او الحجال كما فى التهذيب^(٢) قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الملاح احملة الطعام ثم اقبضه منه فينقص قال: ان كان مأموناً فلا تضمنه.

و تقريبه من حيث الدلالة على عدم الضمان مع كونه مأموناً واضح الا ان الاشكال فى سنده لان خالد بن الحجال لا ذكر له فى كتب الحديث و الرجال الا ما فى نسخة التهذيب من هذه الرواية و المظنون هو وقوع التحريف فيها و الصحيح ما فى الكافى لانه اضبط و خالد بن الحجاج لم يرد فيه توثيق و لم يذكر فى مجمع الرجال الا انه اخو يحيى بن الحجاج الثقة نعم يكون فى نقل يحيى اخيه عنه هذا الخبر توثيق ضمنى ان فرض الاكتفاء بنقل موثق عن غيره و لكنه ممنوع ايضا لانه ربما يكون البناء على مجرد النقل لا النقل عن الثقة و كيف كان فالوثوق الخبرى يحصل لنا من هذه الرواية بعد توافق مضمونها معنى مع ما تقدم

٢- فى الباب، ح ٣.

١- فى الباب المتقدم، ح ٧.

من الصحاح غايتها انها مؤيّده لغيرها.

ثم ان النسبة بين الطائفة الاولى والثانية وان كانت التباين حيث دلت الاولى على الضمان والثانية على عدمه الا ان الطائفة الثالثة تقيد كلاً منهما وتكون شاهد جمع بينهما بان يحمل الأولى على مورد الاتهام والثانية على مورد كون الأجير مأموماً لو سلم اصل ذلك في الأجير وسيجيء في طي المباحث الآتية ما يتم به هذا البحث بعد ذكر صحيحة المرادى وبكر بن حبيب^(١) فانها طائفة رابعة من الروايات لا بد من ملاحظتها مع ما تقدم. ولكن الذى يمنع عن الاطمئنان عليها فى العامل فى المضاربة هو ان هذه الاخبار لو تمت وفرض التعدى عن خصوصية المورد كالقصار والصباغ والصائع والجمال والقول بان مطلق موارد الاجارة يكون كذلك فالتعدي عنه الى العامل الذى هو مضارب فى المقام مشكل مع عدم وجود كبرى كلية دالة على ذلك فالخروج عن مقتضى قاعدة القضاء من ان البينة على المدعى واليمين على من انكر بها فى المقام مشكل ولذا عرفت ان المحقق فى الشرايع قال «وقوله مقبول فى التلف» وقال فى الجواهر لا اشكال ولا خلاف فى ذلك لأنه أمين وذو يد على المال باذن المالك والمراد بالأمين هو من استأمنه فانه لو لم يكن اميناً عنده لم يسلطه على ماله لا الامين فى الواقع وعند كل احد فعلى هذا يشمله قاعدة عدم ضمان المستأمن التى يدل عليها النصوص وكذا ما ورد فى الصحيح عن محمد بن مسلم^(٢) عن ابي جعفر (ع): «قال سألت عن الرجل يستبضع المال فيهلك او يسرق، أعلی صاحبه ضمان؟ قال (ع) ليس على صاحبه غرم بعد ان يكون الرجل اميناً. ولا بد من حل النزاع على موازين القضاء وهو كون البينة على

مدعى الضمان واليمين على من انكره والمنكر هو العامل.

ثم أنه على فرض تمامية هذه الروايات في طلب البينة من المدعى عليه فقد يبحث عن انه هل للمالك مطالبته بالحلف بدلاً عن البينة ام لا؟ وبعبارة اخرى هل المالك مخير بين مطالبته بالبينة وبين مطالبته بالحلف ام ليس له الا مطالبته باثبات مدعاه فقد يقال بالأول لوجوه: الاول ان جواز مطالبة المالك العامل بالبينة حق للمالك فله ان يرفع اليد عنه و يرضى بحلفه بدلاً عنه نعم لا يترتب على هذا الوجه الزامه العامل بالحلف فان للعامل الامتناع منه و اقامة البينة على ما يدّعيه.

الوجه الثاني عمومات ما دل على ان البينة على المدعى واليمين على من انكر و انما خصصت في مورد مطالبة المالك البينة من المدعى عليه بمقتضى النصوص المتقدمة و لا تدل على عدم جواز مطالبة المالك للحلف فيؤخذ بالعمومات في ذلك. نعم هذا الوجه يختص بما اذا كان المالك مدعياً لخلاف ما يدّعيه العامل جزماً و الا فليس له حق الدعوى عليه بمقتضى العمومات.

اقول: على فرض كون المورد على خلاف القاعدة من كون البينة على المنكر فالظاهر هو ان الحكم الشرعى هو هذا و ليس فصل الخصومة الا بذلك سواء طالبه المالك او لم يطالبه فعلى هذا يكون تخصيص العمومات باصل البينة لا بما اذا طالبه المالك بحيث يكون اختيار الحلف او البينة بيده فليس له حق بالنسبة الى هذه البينة بل كونها فضلاً للخصومة يكون حكماً شرعياً على خلاف القاعدة فالوجهان المتقدمان غير تامين لو لم يكن لنا دليل آخر على جواز الحلف.

الوجه الثالث صحيحة ابي بصير المرادى^(١) عن ابي عبدالله (ع) قال: لا يضمن

الصائغ و لا القصار و لا الحائك الا ان يكونوا متهمين فيخوف (فيجيئون.يه) بالبينة و يستحلف لعلّه يستخرج منه شيئاً الحديث.

و تقريب الدلالة من جهة عطف جملة «و يستحلف» على جملة «فيخوف» فانهما تدلان على انه كما يخوف بالبينة يطلب منه اليمين.

و فيه ان الظاهر من كلمة «واو» هو الجمع بين البينة و اليمين و لم يقل به احد ولو فرض عدم كون الواو للجمع فغاية ما يستفاد من هذا هو التكليف بالبينة ان كان له بينة و الا فيستحلف و اما ان المالك مخير بينهما فلا يستفاد من كلمة «واو» و التخيير يستفاد من كلمة «او» و هي مفقودة في المقام.

ثم ان هنا روايتين عن بكر بن حبيب قد يؤيد بهما تعيين الحلف على القصار^(١) تدلان على ان القصار يستحلف. قال^(٢): قلت لابي عبد الله (ع): اعطيت جبة الى القصار فذهبت بزعمه قال ان اتهمته فاستحلفه و ان لم تتهمه فليس عليه شيء. و قال^(٣): لا يضمن القصار الا ما جنت يده و ان اتهمته احلفته. اقول: إن الروايتين و ان لم تكونا موثقتين من حيث الراوى الذى هو بكر بن حبيب الذى لم يرد فى مورده توثيق و لكنهما موافقتين للقاعدة و هى البينة على المدعى و اليمين على من انكر فان هذا خصوصاً لو كان المشهور هو عدم الضمان يوجب اعتبارهما و غاية ما يقال فى المقام هو انه لو كان له بينة على التلف لا يكلف باليمين بمقتضى ما دل على انه ان أتى بالبينة لا ضمان عليه فعلى هذا هاتين الروايتين منجبرتان بعمل المشهور و موافقتان لصحيح المرادى هنا و لروايات عدم الضمان الصحاح و لقاعده الاستيمان و قاعدة اليمين على من انكر.

١-١٦ و ٢٩ / ١٧ من احكام الاجارة. ٢- فى ح ١٦.

٣- فى ح ١٧.

فان قلت: إن ما دلّ على الضمان حيث كان مورد اعراض المشهور لا اعتناء به و ما اعرضوا عنه كلّما ازداد صحة من حيث السند ازداد ضعفاً لان المشهور هو الاستحلاف و هذا يوجب اعتبار ما مرّ من روايتي بكر بن حبيب.

قلت: قد يجاب عنه كما عن بعض الأعظم في كتاب الاجارة أولاً بمنع تحقق الشهرة بمعناها المعروف و هو المتسالم الذي يكون القول الآخر شاذاً في مقابله و لم يذهب اليه الا مثل ابن جنيد و نحوه كيف و ان الشهيد الثاني في المسالك نسب الضمان ايضاً الى المشهور (بل الى الاجماع ايضاً حيث قال: «القول بضمانهم مع عدم البينة هو المشهور بل ادعى عليه الاجماع) فلا محالة يكون القول الآخر هو الأشهر و القائل به اكثر فلا يثبت منه الاعراض عن الصحاح الدالة على الضمان. و فيه ان حكاية الشهرة و نقلها كحكاية الاجماع ليست من الاعتبار بحيث يعتمد عليها و ما هو الجابر لضعف السند هو الشهرة المحصلة لا الشهرة المنقولة و الاجماع عى فرض تحققه فهو محتمل السندية و نحن اذا لاحظنا كتب الفقه نجد الفتوى بعدم الضمان في مورد الاجارة و في المقام ايضاً (يعنى في المضاربة) و لا نجد القائل بالضمان حتى ان صاحب المسالك مع ادعائه الشهرة بل الاجماع على الضمان في الاجارة قال «و الروايات مختلفة و الاقوى ان القول قولهم مطلقاً لأنهم امناء و للآخبار الدالة عليه و يمكن الجمع بينهما و بين ما دل على الضمان بحمل تلك على ما فرطوا او اخروا المتاع عن الوقت المشترط كما دل عليه بعضها» انتهى و انت ترى انه لم يذكر من العلماء المعروفين القائل بالضمان و نحن لم نجد فيما تفحصنا بقدر الوسع من يقول به فلو وجد يكون شاذاً فكيف لم نقل باعراض المشهور عن الصحاح، اما الحمل على امثال ما حمل عليه صاحب المسالك فكان بعيداً لان التعدى ايضاً اذا كان مورد النزاع لا بد من فصل الخصومة على طبق موازين القضاء الا اذا كان محرزاً لا نزاع فيه و لكنه خلاف

مساق الروايات فان ظاهر وجود النزاع. والقول بالتفصيل ايضا بين الأمين والمتهم بضمان الثاني دون الأول لا يستقيم مع القول بعدم ضمان المستأن فان الذى يعطى الانسان ماله اياه من الدار او رأس المال قد استثنىه ولم يعتن بكونه متهماً عند الناس وما دل على هذه القاعدة لا يكون فى مورد كون الشخص اميناً فى نفسه بل فى مورد الاستيمان وهو اعم من ذلك.

و اما الاشكال على اعراض المشهور بانه ليس جابراً وكاسراً فهو مبنائى و الحق كما حررناه فى محله ان الشهرة جابرة وكاسرة و اما الاشكال بان قول المشهور لعله كان من باب ترجيح نصوص الحلف من اجل موافقتها للاطلاقات و العمومات الناطقة بان اليمين على المنكر فكان العمل بها من باب الترجيح لا من باب الاعراض عما بازائها من نصوص الضمان لتسقط عن الحجية فعليه لقاتل ان يقدم ما دل على الضمان او التفصيل بين الامين وغيره فيه ان الشهرة الفتوائية ان كانت كالشهرة الروائية موجبة لتقديم ما هو المشهور فلا غرو فى تقديم ما هو المشهور اذا لم يكن المعارضة بين الشهرتين فان فرض ان ما دل على عدم ضمان القصار وغيره من النصوص الخاصة اكثر من الصحاح فى الضمان بالشهرة الروائية فإى اشكال فى هذا التقديم وان فرض عدم الشهرة الروائية كما هو الظاهر حيث ان ما دل على عدم الضمان ليس على حد الشهرة فى مقابل ما دل على الضمان بل ما دل على الضمان اكثر وأصح كما عرفت فى عداد الروايات التى مرت وغيرها مما فى الوسائل^(١) فلا سبيل لنا للتقديم بالشهرة الروائية و اما الشهرة الفتوائية فهنا ليست مرجحة بعد المرجح الداخلى و هو صحة السند فى ما دل على الضمان فالمشهور مع توجههم الى صحة السند

فيه اعرضوا عنها و قالوا بالحلف و الاعم صحة السند كيف رجحوا ما هو ضعيف السند هذا اولاً و ثانياً التقديم يكون في صورة استقرار التعارض و مع فرض وجود الروايات المفصلة بين المأمون و المتهم كما عرفت فلا معارضة بل يكون طريق الجمع بينها عند من لا يعتنى بروايات الحلف لضعف السند و اما مع الاعتناء بها فالمعارضة بين ما دل على الضمان و البينة في المتهم و بينها واضحة فلا بد من التقديم بالاعراض عن غيرها. فان قلت مع ضم الروايات العامة في عدم ضمان المستأمن و ما دل على ان البينة على المدعى و اليمين على من انكر الى الروايات الخاصة في عدم الضمان يصير المشهور بالشهرة الروائية هو عدم الضمان.

قلت بعد كون الخاصة في الضمان قابلة لتخصيص العمومات لا يبقى مجال لهذا الادعاء فمن جميع ما ذكر نفهم ان فتوى المشهور بعدم الضمان يكون من جهة الأعراس عن ما دل على الضمان و عما دل على التفصيل بين الامين و المتهم و عملهم اما على طبق ما دل عليه روايتا بكر بن حبيب الدالتان على ان اليمين على المنكر و اما على القاعدة في القضاء من ان اليمين على من انكر و اما على قاعدة عدم ضمان المستأمن و لا يكون من باب الترجيح لروايات عدم الضمان لعدم وجدان ضوابطه فيها.

فتحصل من جميع ما تقدم امرين: الأول ان النصوص الدالة على الضمان لا يكون مورد عمل المشهور بل يكون مورد اعراضهم و الثاني انها مخصوصة بالعناوين الخاصة من القصار و الصباغ و غيرهم و لا يتعدى منها على مطلق موارد الاجارة كالدائر في يد المستأجر و غيرها فضلاً عن التعدى الى بحث المضاربة في مقامنا هذا. فالحق مع المصنف و المشهور هنا و في الاجارة.

الفرع الثاني، قوله: و لا فرق في سماع قوله بين ان يكون الدعوى قبل فسخ

المضاربة او بعده نعم لو ادعى بعد الفسخ التلف بعده ففي سماع قوله لبقاء امانته، و عدمه لخروجه بعده عن كونه اميناً، وجهان...

اقول: اما عدم الفرق بين قبل الفسخ و بعده اذا كان الدعوى التلف حين كونه مضارباً فهو واضح لشمول اطلاق ما دل على عدم الضمان له. و اما اذا كان دعوى التلف بعد الفسخ فمقتضى عدم ضمان المستأمن هو عدم ضمانه لانه الذى استأمنه و اعطاه المال فهو امين عنده حتى يرده اليه اذا لم يثبت منه التعدى او للتفريط و قد يستدل لوجه عدم ضمانه باستصحاب عدم الضمان الذى كان قبل الفسخ. و قد اشكل عليه اولاً بان هذا الاستصحاب تعليقى لانه حين كونه مضارباً كان كذلك فاذا خرج عن كونه مضارباً فهو يكون من اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر فيكون مثل اجراء حكم العصير العنبي اذا غلى الى الزبيبى فى الحرمة مع ان الزبيب غير العنب. و فيه ان اتحاد الموضوع و تعدده يكون بحسب نظر العرف و هنا لا يكون الموضوع متعددأ عرفاً اذا لم يكن تقصير منه فى اداء المال. و قد اشكل عليه ثانياً بان هذا من الخروج عن تحت العام فى برهة من الزمان و بعد ذلك يكون المرجع هو التمسك بعموم العام فان اليد قد خصصت فى زمن المضاربة فى ضمانها فاذا تم زمانها فالمرجع هو عموم على اليد كما حرّر ذلك فى الاصول فى بحث العام والخاص و فى الاستصحاب و فيه ان اليد من بدو الأمر هنا تحققت امانية و لا حالة سابقة ضمانية لها و التمسك باطلاق على اليد ما اخذت حتى تؤدى متوقف على احراز كون زمان المضاربة قيداً و لكنه محل تأمل و يمكن ان يقال انها تكون على نحو الداعى اى داعيه للتأمين المضاربة بحيث انه قبل مطالبة المالك يكون اليد امانية و فى اصل التمسك بالعام بعد التخصيص فى برهة من الزمان تفصيل لا يناسب تطويله فى المقام و كيف كان فالوجه الاول لعدم الضمان يسلم عن الاشكال لو تم الاشكال فى الاستصحاب.

الفرع الثالث، قوله: ولو أقرّ بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف أو الخسارة، وقال: انى اشتبهت فى حصوله، لم يسمع منه، لانه رجوع عن اقراره الأول. ولكن لو قال ربحت ثم تلف، او ثم حصلت الخسارة قبل منه.

اقول: قد تعرض لهذا الفرع فى الجواهر^(١) فى البحث فى الأمر الثالث فى الربح، و تبع صاحب الشرايع الماتن له فى ذلك حيث قال «ولو قال العامل ربحت كذا و رجع لم يقبل رجوعه، و كذا لو ادعى الغلط»

و حكى نحو هذا عن التذكرة و غيرها و استدل فى الجواهر بما حاصله هو انه انكر ما أقرّ به أولاً فقاعدة عدم سماع الانكار بعد الأقرار شاملة له و اما قاعدة سماع قول الأمين فلا تشمل المقام و لا تعارض مع قاعدة اقرار العقلاء على انفسهم جايز و قاعدة عدم قبول الانكار بعد الاقرار لان المسلّم فيها شمولها لما لم يسبق بالاقرار فلا عموم لها للمقام و على فرض العموم يمكن ترجيح قاعدة الاقرار فيخص بها حينئذ بل قد يقال ان المقام من تقديم احد قولى الأمين على الآخر.

هذا من وجه و من وجه آخر يمكن ان يقال ان قوله مع البيّنة ايضا غير مسموع كما هو الظاهر من الشرايع لكونه مكذباً لها باقراره السابق و عموم البيّنة على المدعى يكون فى مورد سماع الدعوى لا فى المقام الذى اسقطها الشارع بقاعدة الاقرار و شهادة البيّنة بدون الدعوى غير حجة خصوصاً فى مورد كون المشهور به حقاً له.

و قد اورد بعضهم على الوجه الاول من كلامه بان قاعدة عدم سماع الأنكار بعد الاقرار مخصوصة بما اذا كان المتعلق واحداً بحيث يكون الثانى مكذباً للأول

و معارضا له كما اذا قال لك على درهم ثم قال ليس لك على درهم و اما اذا لم يكن كذلك فهو ليس انكاراً لما أقرّ به ففي المقام يكون الاقرار اولاً بالريح ثم يدعى التلف قبل حصول الريح و يقرّ بالاشتباه او الغلط او يقول ما قصدت الواقع و انما كان اخبارى تورى او قصد الواقع لا بقصد بيان الواقع بل بقصد التخلص من الضرر يعنى حيث كان فى انكار حصول الريح مخافة استرداد المالك ماله اقررت كذلك و نحو ذلك فيكون ذلك الادعاء غير مناف للأقرار الاول فكأنه مفسّر بما عقبه لما هو المراد من الاقرار.

و فيه ان الانكار لما أقرّ به تارة يكون بالمدلول المطابقى و اخرى بالمدلول الالتزامى و المدلول الالتزامى فى هذه التعابير هو انكار ما اقرّ به من المال و كل من ينكر اقراره لابد من ان يأتى بوجه يكون موجهاً لانكار و لا اقل من ان يدعى ان ظاهر الكلام ليس بمراد له من التورية او الخوف و امثال ذلك من الاحتمالات و العقلاء فى محاوراتهم و ان كان احياناً قبول بعض المحتملات لصرف ظهور الكلام و لكن فى خصوص الانكار بعد الاقرار يكون الحكم الشرعى عدم قبوله و لا يخفى عدم المورد لخوف استرداد المالك ماله بعد كون المقام فى مورد تلف رأس المال بادعائه قبل الريح ثم ان الاقرار بالريح اذا كان ادعاء تلف رأس المال بعده يكون لازمه انكار تحقق الريح و اما اذا ادعى تلف رأس المال مع ربحه بعد حصول الريح فهذا ليس انكاراً لما أقرّ به و لذا لو ادعى الخسران بعد الريح فهو ايضاً ليس انكاراً للربح و انما يصير انكاراً اذا ادعى الخسران من اصله.

و الانصاف ان مسألة الانكار بعد الاقرار مسألة مشككة لان اصل الحكم لا دليل له الا الاجماع فان صاحب الجواهر^(١) فى عنوان تعقيب الاقرار بما ظاهره

الانكار قال: بعد قول صاحب الشرايع «لو قال: له عندى وديعة وقد هلكت لم يقبل» بلاخلاف اجده بين من تعرّض له من الشيخ والفاضل والشهيدين و الكركى وغيرهم انتهى ولا نجد فى خبر من الأخبار هذا العنوان لناخذ بأطلاقه و الاجماع اذا شك فى مدلوله يرجع الى القدر المتيقن لانه دليل لبسّ و ادعاء الاشتباه و الغلط مع كون الانسان حليف ذلك غالباً اذا لم يكن المدعى متهماً مما هو مقبول عند العقلاء و هكذا ماله وجه عقلاى كخوف استرداد المالك رأس المال فى المقام الذى صار سبباً للاقرار بالربح و مع عدم دليل لفظى على التعبد بعدم قبول الانكار بعد الاقرار فيكون المتيقن من مورد الاجماع صورة كون المقر متهماً و ادعى ما لا شاهد له عليه و لا يحتمل فى حقه صدقه فى توجيه انكاره و لذلك ترى صاحب الجواهر^(١) فى المسألة السادسة تبع المصنف صاحب الشرايع فيما هو شبيه بالمقام فى قبول الانكار بعد الاقرار قال فى الشرايع «اذا شهد بالبيع و قبض الثمن ثم انكر فيما بعد و ادعى انه اشهد تبعاً للعادة و لم يقبض قيل لا تقبل دعواه لانه مكذب لاقراره و قيل تقبل لانه ادعى ما هو معتاد و هو اشبه اذ ليس هو مكذباً لاقراره بل مدّعياً شيئاً آخر فيكون على المشتري اليمين» و الحاصل تبعه فى اشبهية ما ذكره الشرايع و قال هو اشبه باصول المذهب و قواعده التى منها البينة على المدعى و اليمين على من انكر الشامل للفرض و قال فى مورد القول الأول، لم تتحقق قائله من العامة فضلاً عن الخاصة.

مع انا نرى ان انكار القبض بعد الاقرار به يكون بالمدلول المطابقى لا بالمدلول الالتزامى كادعاء تلف رأس المال الذى لازمه عدم حصول الربح الذى

أقرّ به و لكن الوجه الذى صار سبباً لقبول انكاره هو دارجية اقرار البايع بقبض الثمن عند رسم القبالة و السند فى المحاضر اليوم او عند الكاتب قبل ذلك مخافة تعذر الشهود بعد ذلك فعلى هذا اذا كان للانكار بعد الاقرار وجه عقلاى فكيف نقول بعدم قبول العذر الموجّه مع موازين القضاء بكون البينة على المدعى و اليمين على من انكر و من هنا يظهر ان قبول قول الأمين فى المقام اذا لم يكن متهماً فى انكاره ما اقرّ به يمكن ان يكون مقبولاً و لا يقدم قاعدة عدم قبول الانكار بعد الأقرار عليه الا اذا كان متهماً او لم يجىء بوجه و جيه عند العقلاء ان ادعائه اللغو فى الكلام او التورية لا يكون مقبولا عندهم غالباً و الا فكيف بالبينة ان كان مدعياً او اليمين ان كان منكرأ فعلى هذا فتخصيص عموم قاعدة الاستيمان يختص بهذا المورد و تقديم انكاره على اقراره اذا كان موجهاً بوجه عقلاى فيكون من جهة كونه اميناً لا يتهم و ان كان اقراره ايضا قول منه و لكن المدار على انكاره عند كونه غير متهم عند العقلاء.

و من هنا ظهر عدم تمامية القول بعدم قبول بينته مطلقاً كما مر عن الجواهر فان تكذيبه للبينة باقراره يكون فى صورة عدم توجيه كلامه بوجه عقلاى و الا فلاقرار الذى لا ينافى اقامة البينة على خلافه لا مزاحمة له معها فانه لو اقام البينة على الغلط و الاشتباه يكون هذا انكاراً لما اقرّ به بل تأكيداً له بانه كان اقراراً ظاهرياً و الآن لا يردّه البينة. و لكن الذى لا بد من التوجه اليه هو ان المورد يكون مورد اقامة العامل البينة او اليمين فنقول بلحاظ الغرض من الدعوى يكون المدعى للربح المالك و العامل منكر فالحلف عليه و ان كان بلحاظ مصب الدعوى و هو ادعاء العامل الاشتباه يكون هو المدعى و الحق هو ان المالك فى المدعى و المنكر الغرض من الدعوى لا مصبتها كما مرّ مراراً فالبينة على المالك و اليمين على العامل.

(مسألة ٥٣): اذا اختلفا في مقدار حصة العامل و انه نصف الربح مثلاً او ثلثه قدم قول المالك.

اقول: النزاع هنا بلحاظ مصب الدعوى و ان كان بابه باب المتداعيين لان العامل يدعى نصف الربح و المالك ينكره و المالك يدعى انه الثلث فينكره العامل و لكن بلحاظ غرض الدعوى يكون النزاع بينهما في المقدار الزائد و حيث ان الملاك في تشخيص المدعى و المنكر هو العرف حيث لم يرد في الشرع بيان بالنسبة اليهما فلا محالة هنا يكون المدعى للزائد هو العامل الذي لو ترك الدعوى ترك و المالك ينكره و حيث ان اصل المال يكون للمالك و يكون ثمرته للمالك الا ما اقرب به المالك كما عن بعض الاعاظم هنا و عن غيره ايضاً كذلك في غير المقام بل هو المشهور فيكون بقية الربح بطبيعة الحال للمالك بعد اخراج ما اقرب به للعامل الا ان يكون للعامل بينة على مدعاه فيحكم له بالبينة و حكى ما في المتن عن التذكرة نسبته الى علمائنا و كذلك وافقه في المستمسك.

و هذا هو الحق و لكن هنا بعض ما ورد عن الآخرين لا بأس بذكره اعتناء بشأنهم فمنه ما حكى عن جامع المقاصد انه قال بان القول قول المالك ان كان الاختلاف قبل حصول الربح لا بعده و دليله ان المالك قبله متمكن من منع الربح كله بفسخ العقد و اما بعد حصوله فكل منهما مدع و منكر فتصل النوبة الى التحالف ان كانت اجرة المثل ازيد مما يدعيه المالك ثم قال و لا اعلم لاصحابنا قولاً بالتحالف مع الاختلاف في الربح مطلقاً الا الشافعي من العامة.

و الجواب عنه اولاً بما مر من ان الباب ليس باب التداعى و ثانياً لا فرق بين الاختلاف قبل حصول الربح و بعده فان اختيار الفسخ لا ربط له بهذه الدعوى و الكلام يكون على فرض بقاء المضاربة و الا فالفسخ يكون شأن كل منهما و لا مضاربة بعده ليكون محل الكلام و اجيب ثالثاً بانه لا فرق بين كون اجرة المثل

زائدة ام ناقصة عن الحصة التي ادعاها العامل لان البحث فيها يكون بعد بطلان المضاربة في فرض استحقاق اجرة المثل و هو خارج عن محل الكلام و فيه يمكن ان يكون مراده انه على فرض كون الباب باب التداعي فوصلت النوبة الى حلفهما فحلفا يرجع حلفهما الى عدم ثبوت مضاربة صحيحة و يكون حكمه حكم التنازع في عقدين و حينئذ حيث يكون الدعوى لغرض و لا غرض في مورد تساوى اجرة المثل او اقليته عما يدّعيه المالك فلا محالة يكون الدعوى في مورد زيادة اجرة المثل بعد بطلان المضاربة عما يقترب به المالك فلا يكون كلامه خاليا عن وجه الا ان الباب ليس باب التداعي و بالجملة اصل كلامه غير تام و لا يقاس المقام بباب الاجارة من حيث التداعي اذا اختلف الموجد و المستأجر في مقدار مال الاجارة و مقدار العين المستأجرة كما عنه في باب الاجارة فان جعل بابها باب التداعي ممكن لان اختلافهما يرجع الى الاختلاف في عقدين عقد على الأقل باجرة اكثر و عقد على الاكثر باجرة اخرى و لا يرجع نزاعهما الى غرض واحد فان الغرض في سعة عين المستأجرة ربما لا يرجع الى الامور المالية بل ربما لا يكفي لعيشة المستأجر المقدار الأقل من العين المستأجرة و منه ما عن الجواهر «لا ريب في ان كلاً منهما مدع و منكر اذا كان نزاعهما في تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربة ضرورة اقتضاء الاصل عدم كل من الشخصين نعم بعد تعارض الاصول في ذلك يرجع الى اصل آخر و لا ريب في كونه مع المالك لان الاصل عدم استحقاق العامل الزائد....»

و فيه ان موافقة قول كل واحد منهما لاصل عدم الخصوصية اى اصاله عدم كون السهم ثلثاً أو نصفاً هو ملاك كونه منكراً او اصاله عدم استحقاق العامل الزائد معارض باصاله عدم استحقاق المالك للزائد ايضاً مع كون الربح بينهما مع قطع النظر عن كون الربح تابعاً للمال ليصير بهذا اللحاظ المالك منكراً و العامل مدعياً

وهذه الاصول لا يحسم النزاع وهو لابد ان يكون بحكم الحاكم ولا يكون حكمه الا بالحلف او التحالف هذا ولكن المظنون منه لعلو شأنه ان مراده هو كون الباب بالاخرة يصير باب المدعى والمنكر بلحاظ الغرض وان كانت عبارته قاصرة او كان مراده انه على فرض كون الباب باب التحالف ولم يحلفا ولم يرد احدهما اليمين على الآخر ليحلف و يأخذ الحق او حلف احدهما ولم يحكم بمجرد نكول الآخر يبقى النزاع وبالنسبة الى الزائد فالاصل براءة ذمة المالك عن الزائد بعد كون الربح بالأصالة تبعا للمال.

(مسألة ٥٤): اذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و اعطيتك، فانكر اصل المضاربة، او أنكر تسليم المال اليه، فاقام المالك بينة على ذلك، فادعى العامل تلفه لم يسمع منه و اخذ باقراره المستفاد من انكاره الاصل نعم لو اجاب المالك بأنى لست مشغول الذمة لك بشيء، ثم بعد الأثبات ادعى التلف قبل منه، لعدم المناقاة بين انكار من الأول وبين دعوى التلف.

اقول: ^(١) في هذه المسألة فرعان: الاول - انكاره لاصل المضاربة او لتسليم المال والثاني جوابه بعدم شغل ذمته والمهم هو الفرع الاول والكلام فيه فى وجوه: من خروجه عن كونه اميناً ومن الاخذ بما هو لازم كلامه وهو الاقرار على نفسه ومن ضمانه العين او الاعم منه ومن بدله وفى انه هل يقبل بينته على التلف ام لا؟ وهنا تقريران: الاول هو الاخذ بلازم اقراره بالتلف ظاهر كما يحتمله عبارة الشرايع والثانى الاخذ بلازم انكاره لاصل المال كما عن المصنف وغيره فعلى التقريب الأول نبحث عن الوجوه المتقدمة فنقول اما الوجه الاول فهو اوضح من ان يخفى لان الذى يدعى التلف بعد اقامة بينة المالك لا شك انه يعد فى العرف خائناً وليس اميناً الا ان يأتمنه المالك ثانياً والله اعلم بقصده من كلامه فى

١- تعرض لها فى الجواهر، ج ٢٦، ص ٣٦٥ فى المسألة السابقة.

الباطن واما الوجه الثاني و هو لازم كلامه فهو ان اقراره بانه تلف يكون لازمه اقراره بان المال قد اخذه لان انكاره لاصل المضاربة او لأخذ المال يكون في الحقيقة راجعاً الى المال المأخوذ فهو قد أقرّ على نفسه بشيء و هو اخذ المال و حيث انه في رتبة سابقة قد انقلبت يده الامانية عند المالك ضمانية فلا يسمع قوله بالتلف فهو ضامن للمال و هنا يأتي الكلام في الوجه الثالث و هو انه ضامن للعين و لا بدّ له من ادائها و لو بحبس او ضرب او نحو ذلك او انه يكون ضامناً للمال ولو ببذله فهنا نقول ان كان لازم تكذيبه لما انكره باقراره هو القضية السالبة بانتفاء المحمول كما هو الظاهر يعني كان عين المال عنده فيدعى تلفها فهو اقرار بالعين فيشمله من هذا الوجه قاعدة اقرار العقلاء على انفسهم جائز و لكن الكلام في انه كذب نفسه في اصل وجود المال و أقرّ بلازم كلامه على وجوده و اما ان عينه موجود فلم يقرّ به لانه ربما تبدل حين العمل بالمضاربة فحينئذ ان لم يفسخ المالك المضاربة مع هذا الحال بعد اعترافه بتحققها ايضا لاعترافه باخذ المال الذي ليس البحث فيه فلا بحث لانه يمكن ان يعد اميناً بعد ذلك مع هذا الحال ايضا و لا يكون المراد بالأمين هنا ألا من استأمنه المالك لا الأمين الواقعي و الا فيأتى البحث في استرداد المال بعد فسخ المالك المضاربة التي ادعاها ثم ان من المعلوم ان الادعاء كان هو اعطاء العين بعنوان المضاربة و لازمها غالباً تصرف العامل في المال و تبديل عينه، و ثبوت كونه خائناً لم يقبل قوله، يكون من حين نزاعه بعد كشف اقراره عنه و من هذا الحين على فرض طلب المالك ماله تكون يده ضمانية و اما كون يده ضمانية من اول المضاربة فلا يدعيه المالك و لا مثبت لها و غاية ما يلتزم به العرف هو كونه ضامناً للمال و اما ضمان العين فلا مثبت له و هو دعوى آخر غير دعوى اصل المال فان المالك و ان ادعى ان عين ماله موجودة الا ان استصحاب بقاء عين ماله يوجب ان يكون هو المنكر بلحاظ

موافقة قوله للاصل و المدعى للتلف هو العامل فعليه البينة فان اقامت بينة عليه فيقبل قوله و يكلف بالبدل بعد فرضه ضامناً و اما بلحاظ كون المدعى من لو ترك ترك الدعوى فاليمين على العامل و البينة على المالك و لعله اقرب بنظر العرف و هذا الوجه هو الذى يمكن ان يستفاد من عبارة الشرايع حيث قال «السابعة اذا قال دفعت اليه مالا قراضاً فانكر فأقام المدعى بينة فادعى العامل التلف قضى عليه بالضمان و كذا لو ادعى وديعة او غيرها من الامانات»

لان الظاهر من الضمان هو انه قد خرج عن كونه اميناً باقراره بالتلف بعد انكاره الأصل فيحكم بضمانه و ان فرض التلف فى الواقع لان التلف فى اليد الضمانية يوجب الضمان فهو على اى تقدير ضامن اما للعين او لبدله فعلى هذا ان اقام البينة على ان التلف لم يكن بتعد و تفريط ايضا لا اثر له او لا تقبل منه كما عن القواعد و يكون قوله على القاعدة فما حكاه فى الجواهر (ج ٢٦ ص ٣٩٥) عن المسالك من ان عبارة الشرايع اجود من القواعد حيث قال «لو انكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله» لاستلزامه حبسه الى ان يدفع العين او يتكلف ذلك الى حين اليأس، بخلاف عبارة الجواهر حيث يستفاد منها الضمان و هو اعم من ضمان العين و اجاب عنه بان مراد صاحب القواعد عدم قبول قوله بالنسبة الى أصل الضمان لا بالنسبة الى مطالبة العين فيكون فى محله.

التقريب الثانى هو ان نمشى على طبق ما مشى عليه المصنف و من تبعه و هو ان نأخذ بلازم انكاره الاصل لان لازم ذلك هو عدم التلف فكأنه اقرّ فى هذا الانكار بعدمه فاذا ادعى التلف يكون هذا انكاراً لما اقرّ به بلازم انكاره فلا يسمع منه ادعاء التلف فعلى هذا يكون ضامناً للمال حتى انه لو اقام بينة على التلف بغير تعدّ و تفريط لا يسمع منه لان الاقرار مقدم على البينة لانه تكذيب لها و قد يقال بان الجمود على عبارة المتن يقتضى ان يكون مكلفاً

باداء العين و لوادى ذلك الى حبسه و ضربه.

اقول على هذا الوجه من التقريب ان لوحظ صيرورة يده ضمانية بعد ما كانت امانية من حين النزاع الذى يكشف عنه ادعائه التلف بعد قيام البينة فلا محالة يكون معنى عدم سماع دعواه التلف هو ضمانه للمال و اما ضمانه لعينه فلا يستفاد من اصل الضمان بل لابد من حل النزاع فيه فانه ربما يدعى ان هذا التلف كان بعد تبديل رأس المال فى التجارة بمقتضى عقد المضاربة فاذا ادعى المالك ان العين باقية و انكره العامل فيكون العامل منكراً لما ادعاه المالك من وجود خصوصية ماله و لو ترك المالك الدعوى تركت و اما بلحاظ الأصل فيكون استصحاب عدم تبديل العين مع المالك فان كان المنكر من يكون قوله موافقاً للأصل و المدعى من يخالفه فيكون العامل مدعياً و المالك منكراً و لكن الملاك كما مر مراراً فى تشخيص العنوانين هو العرف و هو يرى المالك مدعياً بلحاظ انه لو ترك الدعوى و رضى بالبدل ترك الدعوى فيكون اليمين على العامل و البينة على المالك و هذا على فرض عدم تقدّم ظهور الحال فى المضاربة على استصحاب بقاء العين و الا فيمكن ان يقال بانصراف دليل الاصل اى الاستصحاب عن هذا اما بينة العامل على التلف بعد كون يده ضمانية فى ادعائه التلف فلا فائدة فيها لاثبات عدم الضمان لان مفادها ليس بأولى من العلم الوجدانى بالتلف من غير تعد و تفريط و هو فى اليد الضمانية موجب للضمان مطلقاً هذا كله مع فرض يده ضمانية بخيائته و اما مع قطع النظر عنه فمجرد انكاره الاصل كاف فى اثبات الضمان لتكذيبه ادعائه التلف فالتلف لا يقبل منه و يكون ضامناً و اما ان ضمانه ضمان العين فهو لا يستفاد من انكاره لان لازم انكاره الأصل هو عدم التلف على نحو السالبة بانتفاء الموضوع اى يكون معناه ليس شىء اصلاً فلا معنى لتحقيق التلف فلا يلزمه فالعين باقية ليحبس او يضرب

ليؤديها فان انكاره ساكت عن بقاء العين و لا يكون لازمه السالبة بانتفاء المحمول ليقال انه اعترف و اقر بانكاره ان العين الثابتة لم تلتف ليؤخذ بادائها و ما نقول هو عن بعض الاعاظم ايضا فان ضمانه للعين امر آخر و لا بد من حل النزاع فيه و الحاصل من جميع ما تقدم ان الاقرار سواء كان بتلف رأس المال الذي لازمه وجود رأس المال عنده كما في تقريرنا الاول او من انكاره الأصل لا يكون لازمه وجود عين رأس المال فمعنى عدم سماع دعواه التلف كونه ضامناً للمال و اما ضمانه للعين فلو كان فيه نزاع لا بد ان يفصل الخصومة فيه على موازين القضاء ثم ان الضمان ان كان بلحاظ كون اليد ضمانية غير الضمان بلحاظ كون الضمان لازم انكاره الاصل من حيث انه لا بد ان يكون لحاظ التلف بعد زمان الضمانية لا قبله بخلاف الثاني فانه يؤخذ باقراره المستفاد من انكاره الأصل الذي هو عدم التلف سواء كان في زمان قبل النزاع او بعده و على الاول فلو فرض الشك في كون التلف قبل ذلك او بعده فالأصل يقتضى براءة ذمة العامل من بدله كما في المستمسك و لا يتمسك بعموم على اليد في الشبهة المصداقية يعنى العموم يكون في اليد الضمانية و قد خرجت منه الامانية و هذه اليد لا يدري انها امانية او ضمانية.

اما الفرع الثاني في المسألة و هو جوابه للمالك بأنى لست مشغول الذمة لك بشيء ثم بعد الاثبات بالبينة ادعى التلف قبل منه ذلك فهو على القاعدة لان الجواب بعدم شغل الذمة فعلاً يوافق مع وجود المال و تسليمه ثم تلفه في ما قبل طلب المالك فلم يكن مشغول الذمة لانه كان اميناً و قد تلف المال عنده حينه فلا شغل له به و اثبات الأصل بالبينة لا ينافى هذا الانكار و لكن الذى يسهل الخطب ان جوابه كذلك مما ينحل به العقدة في بدو الأمر بعد طلب تفسير لهذه العبارة فانها تفيد من بدو الأمر بعد التفسير الاقرار بالمال ثم ادعاء تلفه فحيث انه أمين

يؤخذ بقوله الا اذا ادعى المالك التعدى او التفريط فلا يثبت قول المالك الا بالبينه و الا فيحلف العامل. و اما فى مقام التفسير انكر اصل المال و استند به عدم شغله فهو الفرع الاول و قد مر تفصيله.

(مسألة ٥٥): اذا اختلفا فى صحة المضاربة الواقعة بينهما و بطلانها قدم قول مدعى الصحة.

اقول: قد مر شرط من الكلام (فى مسألة ٢٤) عن النزاع فى كون العقد الواقع بينهما مضاربة او بضاعة صحيحة او فاسدة و ليس الكلام هنا فى الدوران بين العقود بل يكون النزاع فى مجرد الصحة و الفساد بعد اتفاقهما على أن العقد لو كان صحيحاً لكان مضاربة صحيحة و لو كان فاسداً لكان مضاربة فاسدة و الظاهر فى هذا الفرع و امثاله فى كتاب الاجارة و غيره ان المتسالم بينهما تقديم قول مدعى الصحة فيكون فى النزاع هو المنكر فعليه الحلف و غيره هو المدعى و عليه الاثبات و الظاهر ايضا ان اصاله الصحة فى المعاملات من باب انها اصل عقلائي و سنده بناء العقلاء، تكون موجبة لصدق المدعى على من يدعى الفساد عند العرف و عند القاضى و الا فنفس المتنازعين فهما اعرف بحال العقد و ربما يكون كل واحد منهما قاطعاً بالصحة او بالفساد واحد هما كاذب او يختلفان و فى الواقع يقطع احدهما بالصحة و الآخر بالفساد و المجرى لاصالة الصحة يكون موضوع اصله الشك كما هو واضح و لا يخفى ان هذا هو الذى لم أر خلافه و لكن بعد فى الذهن شىء و هو ان هذا الاصل اى اصاله الصحة تكون جارية اذا كان الشك ساذجاً و اما اذا كان النزاع بين المتبايعين أو المتعاملين كما فى المقام فجريانها عند العقلاء ليكون أصلاً و يكون مدعى الفساد على خلاف الاصل لا يخلو عن خفاء.

(مسألة ٥٦): اذا ادعى احدهما الفسخ فى الاثناء و انكر الآخر قدم قول المنكر.

و كل من يقدم قوله في المسائل المذكورة لا بد له من اليمين.

اقول: هذا واضح لصدق المدعى على مدعى الفسخ و صدق المنكر على منكره فكما ان اليمين على المنكر يكون البينة للمدعى فان اقامها يقدم قوله، هذا اذا ادعى الفسخ السابق و اما الفسخ في هذا الحين فهو مستفاد من نفس هذا الادعاء لان مدعيه من قبل يكون مدعيه في الآن ايضاً فلا يترتب اثر المضاربة من هذا الحين فالمعاملات السابقة صحيحة باستصحاب المضاربة الصحيحة فيكون نظير دعوى الزوج الرجوع في اثناء العدة الرجعية فانها بنفسها رجوع. و لو ادعى احدهما على الآخر انه كان عالماً بالفسخ فله احلافه بنفى العلم.
(مسألة ٥٧): اذا ادعى العامل الرد و انكره المالك قدم قول المالك.

اقول: في هذا قولان: الأول هو ما في المتن و تبعه الاعاظم من الشارحين و دليله هو ان تطبيق ميزان القضاء عليه و هو ان البينة على المدعى و اليمين على من انكر و بعبارة اخرى قول المالك موافق لاستصحاب عدم الرد فهو منكر فالعامل مدع و عليه البينة فان قلت العامل امين فعموم ما دل على قبول قول الأمين يشمل المقام قيل في الجواب انه لا عموم في مورد كون الفعل مشتركاً بينه و بين المالك و لذا كان المشهور عدم القبول نعم اذا كان المالك قد امره بالرد الى موضع معين عند انتهاء المضاربة فادعى العامل ذلك لم يبعد القبول كغيره من الاعمال المتعلقة به بالنسبة الى المال لاختصاص الفعل به حينئذ. وفيه اولاً ان ما هو فعل العامل هو الرد و الرد هو التخلية بينه و بين مالكة فما هو فعله ليس مشتركاً فيكون كسائر أفعاله و ليس مقوم الرد اخذ المالك ليكون مشتركاً بينهما و ثانياً سلمنا ذلك فكيف يصير الامين بالنسبة الى ما هو فعله غير امين فان هذا هو العدة في المقام و ثالثاً كيف يصير اميناً في قبول قوله بالنسبة الى وضع المال في موضع معين و لا يكون اميناً في قبول قوله اذا قال المالك اعطنى مالى و اجعله

فى دارى مثلاً فهل فرق بين سائر الامكنة و المكان الذى يكون عنده المالك
فالتحقيق ان يقال المراد بالأمين هو الذى استأمنه المالك و ليس استيمانه له الا
فى ما يتعلق بشؤون المضاربة و اما الرد بعد الفسخ فهو من حين النزاع لم
يستأمنه له فهو يكون كسائر الناس فى ذلك حتى ان الودعى يكون قوله مقبولاً
فى ادعائه تلف الوديعة بدون التعدى و التفريط مع اليمين و اما قوله فى رد
الوديعة فيشكل قبوله بدون البينة لولم يكن اجماع على خلافه اللهم الا ان يقال
ان السيرة العقلانية على عدم طلب البينة من الامين ولكنها ايضا محل تأمل و
انت ترى ان ما يمكن الاشهاد عليه هو الرد لا عدمه و مدعى الأمر الاثباتى هو
الذى يعد فى العرف مدعياً لا من ينفيه فانه منكر.

القول الثانى ما هو المنسوب الى الشيخ و هو قبول قول العامل فى ادعائه ردّ
رأس المال و الاستدلال له بالقياس الى الودعى فى قبول قوله بالرد اولاً و بلزوم
الضرر على العامل ثانياً.

وفيه: ان القبول فى الودعى لو سلم الاجماع عليه فالقياس به باطل و اما
الضرر فهو لازم على المالك ايضا و قاعدة لا ضرر قاعدة امتنانية للأمة لا
لشخص واحد فتعارض القاعدتان فى هذا المصداق و تتساقطان و حيث ان
الشيخ اجل و اعظم من عدم التوجه الى ذلك فقليل ان اصل النسبة اليه غير معلوم و
ان هذا ليس فى كلامه.

نعم ان فرض كون الكلام صادراً منه فالتوجيه الصحيح هو ان يقال بان هذا
نشأ من زعم سراية امانية يد العامل بالنسبة الى الرد و قياسه بالودعى يكون
من باب ان العلة و هى الأمانية تكون فى الموردين فيكون القياس نظير قياس
المنصوص علته و لكن التمسك بقاعدة لا ضرر يبقى بلا وجه و سراية امانية
اليد بالنسبة الى الرد ايضا عرفت التأمل فيه.

ثم انه حكى الاستدلال له عن جامع المقاصد بانه ان لم يقبل قوله يلزم تخليده في السجن، لأنه اذا كان صادقا امتنع اخذ المال منه و اذا كان كاذباً فظاهر حاله انه لا يكذب نفسه فيلزم تخليد حبسه الا ان يحمل كلامهم على ان الواجب حبسه الى ان يظهر الحال. و فيه ان لازم عدم قبول الرد ليس هو الزامه بالعين فربما يكون بعد فسخ المضاربة مع العمل في المال فعلى هذا يؤخذ منه بدله ان لم يكن له بينة على الرد و على فرض اتفاقهما على ان العامل لم يعمل عملاً في المضاربة ايضاً فيدعى الرد فان كان المالك مدعياً للعين فيكون حبسه ليعلم منه ان العين اين تكون فاذا حصل اليأس منها فيؤخذ ببديلها و لا يخلد في السجن هذا مضافاً الى ان الكاذب ربما يرجع عن كذبه بأقل من الحبس فضلاً عنه فتحصل ان القول قول المالك في عدم الرد الا اذا كان للعامل بينة عليه كما اذا وقع النزاع في رد الدين بعد الاعتراف باصله. و مسألة الوديعة ان فرض الحاقها في ذلك بالمقام مع قطع النظر عن احتمال الاجماع على خلاف ذلك فببحثها موكولة الى محلها. فالحق مع الماتن هنا.

(مسألة ٥٨): لو ادعى العامل في جنس اشتراه لنفسه، و ادعى المالك انه اشتراه للمضاربة قدم قول العامل. و كذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربة، و ادعى المالك انه اشتراه لنفسه، لأنه اعرف بنيته و لأنه امين فيقبل قوله و الظاهر ان الامر كذلك لو علم انه ادى الثمن من مال المضاربة بان ادعى انه اشتراه في الذمة لنفسه ثم ادى الثمن من مال المضاربة و لو كان عاصياً في ذلك.

اقول: ان قبول قول العامل في ادعائه شرائه لنفسه او للمضاربة قد يستدل له كما في كلام الماتن بوجهين الاول: بقاعدة قبول قول من لا يعرف الأمر الا من قبله و الدليل على هذه القاعدة هو بناء العقلاء عليها و السيرة المتصلة الى زمن المعصومين عليهم السلام الا ان هذه حجة ما لم يكن ظهور آخر على خلافه فان

الشخص و ان كان اعرف بنيته الا انه اذا ادعى في مقام بيع داره مثلاً انه لم يرد المعنى الحقيقي من قوله بعث لم يسمع منه بعد انشائه العقد على حسب ما هو المتعارف فانه يؤخذ بما هو ظاهر الحال من كونه لا بد من ان يقصد المعنى الحقيقي و لو لم يقصده في الواقع كما انه اذا ادعى انه اشترى شيئاً لنفسه و ادعى آخر انه اشتراه له فضولاً يؤخذ بما ادعاه و لا يسمع ادعاء غيره و في المقام لا بد ان يلاحظ ان ظهور الحال على خلاف ما ادعاه هل هو بحيث يمنع عن قبول قوله ام لا؟ فان فرض ان يكون العامل تحت سيطرة المالك في دكتة و يشتري و يبيع فادعى انه اشترى شيئاً لنفسه بمال المضاربة يمكن ان يقال ان ظهور الحال مقدم على ما ادعاه مع تأمل في هذا ايضاً و اما اذا فرض انه مستقل في البيع و الشراء في السوق ثم حصل نزاع بينه و بين المالك فلا يكون ظهور الحال قوياً بحيث يقدم على ما ادعاه من النية على خلافه و ان كان شرائه بمال المضاربة بان اشترى كلياً في الذمة و دفع ثمنه من مال المالك فان ظاهر حاله لا يقتضي ان لا يكون عاصياً بالتصرف في مال المالك و لا ان يكون عامليته بحيث يقتضي ان يكون كل شرائه للمالك فيؤخذ بما ادعاه و من هنا ظهر ان ما عن المستمسك من ان ظاهر الحال يقدم على نيته لا يكون باطلاً تاماً و يختلف حسب اختلاف الموارد هذا مضافاً الى ان ظهور الحال لو كان هو كونه مضارباً يكون مع العامل في مورد ادعائه انه اشتراه للمضاربة لا لنفسه فلا معارض في هذه الصورة.

الوجه الثاني هو الاستدلال عليه بقاعدة قبول قول الامين التي يدل عليها النصوص.

و قد اشكل عليه بان القاعدة تكون مخصوصة بما اذا لم يكن ظاهر حال على خلافها كما في المقام و فيه ان كونه اميناً و ان اقتضى قبول قوله و لكن قوله صريح و ظاهر الحال يمكن أن يكون حاكماً على هذا القول مع تأمل كما مر في

الجواب عن الاستدلال الأول طابق النعل بالنعل ثم انه قد يرى في الكلمات الاستدلال لتقديم قول العامل بقاعدة من ملك شيئاً ملك الأقرار به وهذه القاعدة كما حررناها في مباحث النكاح في شرح العروة غير تامة ولا سند لها بحيث يمكن الاعتماد عليه والاجماع المدعى سنداً لها غير ثابت وجود الحكم الموافق للقاعدة في بعض الموارد يكون لخصوص لدليل في ذلك المورد كما يظهر بالمراجعة الى مكاسب الشيخ الاعظم وغيره في تقرير هذه القاعدة كما ان وجود بناء للعقلاء على قبول قول من لا يعلم الأمر الا من قبله لا يوجب كون قاعدة من ملك شيئاً ملك الأقرار به هي السند بخصوصها.

فتحصل من جميع ما تقدم ان الحق مع المصنف في هذه المسألة الا اذا كان ظهور حال قوى على خلاف ما ادعاه العامل. لان المفروض ان العامل فاعل مختار وليس كالألة التي لا اختيار لها بعد عقد المضاربة.

(مسألة ٥٩): لو ادعى المالك انه اعطاه المال مضاربة، و ادعى القابض أنه اعطاه قرضاً يتحالفان فان حلفا او نكلا للقابض اكثر الأمرين من اجرة المثل و الحصة من الربح الا اذا كانت الاجرة زائدة عن تمام الربح فليس له اخذها، لأعترافه بعدم استحقاق ازيد من الربح.

اقول: ان ما في المتن يكون سنده كون الباب باب التداعي لان كل واحد منهما مدع ومنكر فيتحالفان على موازين القضاء فان حلف احدهما ولم يحلف الآخر فالحق مع الحالف ان رد الناكل اليمين وكذا ان نكل احدهما وحكمنا للآخر بمجرد النكول وان تحالفا لم يثبت الحق لاحدهما فحينئذ يأتي الكلام في عدم كون عمل العامل مجانياً باعترااف القائل بانه اعطاه المال مضاربة فهو يستحق ما يساوي سهم ربحه ان ربح المضاربة باعترافه فان كان اجرة المثل ازيد من سهم الربح فلا بد للمالك ان يؤديه لعدم ثبوت دعواه المضاربة وان كانت انقص

منه فلا بد ان يؤدي مقدار سهم الربح لأقرار المالك انه سهمه و العامل لم يشبث دعواه القرض ليكون له تمام الربح كما انه لم يشبث دعوى المالك المضاربة ليكتفى بسهم الربح.

فالوجه لكون العامل مستحقاً لأكثر الأمرين من سهم الربح و من اجرة المثل هو ما ذكرناه و لم اره في الكلمات و اما اذا كانت الأجرة ازيد من تمام الربح الذي ادعاه القابض فعدم جواز أخذه يكون واضحاً لأقراره بانه لا يكون مستحقاً للزائد و اما ما قيل من عدم استحقاقه للأجرة لان العامل باعترافه بكونه قرضاً يكون مقراً بانه لا يستحق الاجرة لانه لم يقصد بعمله الغير و لا عمله له. ففيه ان العمل على أى حال ليس على نحو المجانية فيكون نظير صيرورة مال زيد في كيس عمر و فان عمله حيث له اجرة عند العقلاء و لا سبيل له الى اثبات دعواه يكون له عوضه و لو من باب المقاصة من المالك باعتقاده استحقاق الربح بتمامه و لكن لا يشبث التمام ثم ان القائل بالتحالف غير الماتن حكى انه هو صاحب القواعد فى احتمال و هو اقرب كما عن التحرير و واضح كما عن الايضاح و كذا صاحب جامع المقاصد قال بالتحالف. و لكن عن القواعد ايضا القول بان القول قول المالك فيثبت له مع اليمين مدعاه من الحصّة و حكى اختياره عن التذكرة مستدلاً له بان المال ملكه و الاصل تبعية الربح له فمدعى خلافه يحتاج الى بيّنة.

و قد يفصل بين كون الدعوى بعد حصول الربح (مع كون المالك فى المدعى و المنكر الغرض فى الدعوى لا مصبّه) لمدعى و هو العامل لان الاصل بقاء المال فى ملك المالك بتبع الاصل و دعوى العامل مخالفة له. و بين كونه قبل حصول الربح يعنى قبل انتهاء المضاربة بان قلنا بوجود التصفية على العامل لو كان مضاربة فالمدعى هو المالك و المنكر هو العامل لأصالة عدم استحقاق المالك التصفية على العامل.

و عن جامع المقاصد «لو كان الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك مع يمينه لان الاصل بقاء المال له ولا معارض له هنا»

اقول: والجواب عن الاول هو ان المال في صورة تحقق الربح لو خلى وطبعه يكون الربح تابعاً له و اما اذا كان الاختلاف بينهما في عقد المضاربة و القرض ففي الواقع يدعى المالك سهماً من عمل العامل في مقابل سهم من الربح و هو ينكره و نتيجة هذا الادعاء هي ان لا يكون العامل مستحقاً لزيادة اجرة المثل ان كانت ازيد من سهم الربح فلا بد من ان يكون هو المدعى لما ينكره العامل في مقابل ادعاء العامل ما ينكره المالك و هو القرض و استحقاق تمام الربح و الحاصل اذا كان اجرة المثل ازيد يكون المدعى لكونها هي الحصة من الربح مدعياً لا محالة فكيف نقول بانه منكر على اى حال نعم اذا كان اجرة المثل مساوية للحصة فبلحاظ الغرض المالي من هذا الوجه يكون المدعى هو العامل و المنكر هو المالك فيكون الباب باب المدعى و المنكر لا التداعي.

فان قلت - كما في المستمسك - ان اجرة المثل خارجة عن دعوتهما اصلاً فلا تصير ملاكاً لكون الباب باب التداعي.

قلت: ان الدعوى يكون المهم فيها الغرض و من المعلوم ان اجرة المثل مما يصل اليه امر العامل بالآخرة فلا بد من ملاحظته و اما ادعائه بانه لا اجرة اصلاً لعدم الأمر بالعمل من المالك و لا عقد صحيح على الفرض فممنوع لان امر المالك به مسلم غاية الأمر انه يدعى انه كان في ضمن المضاربة فيلزم بما أقرب به و ان انكره العامل او نقول بما مر من ان عمله في نظر العقلاء ليس مجانياً و ان لم يكن الأمر به و اما في صورة عدم تحقق الربح و النزاع في كون العقد عقد مضاربة او قرض فيكون ادعاء المالك على العامل هو استحقاقه سهماً من عمله في مقابل سهم من الربح و العامل ينكره و بالعكس يدعى العامل ان له حق الاستفادة من

هذا المال وان ربحه بتمامه له لأنه صار ملكاله بالقرض و المالك ينكره و في هذه الصورة وان كان للمالك فسخ العقد قراضاً كان او قرضاً في مورد عدم لزوم العقد عليه بواسطة شرط في عقد خارج لازم و لكن ربما لا يريد ذلك فيصير الباب باب التداعي.

و اما الجواب عن الثاني فهو انا لا نحتاج الى اثبات وجوب التصفية على العامل للتفصيل فانه يمكن ان يقال التصفية غير واجبة على العامل بعد الفسخ من المالك و يكون وجوبه عليه متوقفاً ايضاً على عدم فسخه للعقد و مع ذلك نقول بان ادعاء المالك عليه ان له سهماً من عمله من بدو الأمر قبل التصرف ايضاً يوجب ان يكون المالك مدعياً فضلاً عن مورد الشروع فيه و الاحتياج الى التصفية.

هذا مضافاً الى ما عرفت من انه في صورة زيادة اجرة المثل عن سهم الربح ولو بعد حصول الربح يكون المالك مدعياً لتحديد ما في سهم الربح و العامل ينكره فيكون الباب باب التداعي حتى في غير مورد التفصيل في هذا القول.

و مما ذكرناه ظهر ما في تفصيل جامع المقاصد من جهة انه قبل حصول الربح ايضاً تصورنا كون الباب باب التداعي كامراً آنفاً. فتحصل ان الحق مع المصنف في هذه المسألة في صورة زياده اجرة المثل عن سهم الربح و في صورة كون النزاع قبل العمل مع عدم فسخ احدهما على فرض وجود العقد قراضاً او قرضاً لا في صورة مساواة السهم مع اجرة المثل بعد حصول الربح.

(مسألة ٦٠): اذا حصل تلف او خسران فادعى المالك انه اقرضه و ادعى العامل انه ضاربه قدّم قول المالك مع اليمين.

اقول: حكى ما في المتن عن القواعد و التذكرة و التحرير و انه مختار مع صدق ولا يخفى ان الغرض هنا شيء واحد و هو ان المال هل هو في عهدة العامل ام لا و

البحث تارة يكون على مقتضى القاعدة و اخرى على مقتضى النصّ فعلى الاول، فلا بدّ من اثبات أنّ المدعى هل هو العامل او المالك حتى يكون عليه البينة و ان المنكر أيهما حتى يكون عليه اليمين فنقول يظهر من تعليل جامع المقاصد (حيث قال: «ان الاصل في وضع اليد على مال الغير ترتيب وجوب الرد عليه لعموم قوله (ع) على اليد ما اخذت حتى تؤدي») أنّ المدعى هو العامل لأنّه يدعى على المالك كون ماله في يده على وجه لو تلف لم يجب بدله و المالك ينكره فعليه اليمين و بعبارة واضحة ادّعائه أنّه كان قراضاً يكون معناه أنّه لو تلف او خسر لا يكون عليه ضمانه فهو يدعى عدم الضمان بادّعاء سببه و هو المضاربة فان قيل المالك يدعى على العامل شغل ذمّته بماله و أنّه كان قرضاً فعليه عوضه و الأصل البراءة فيكون المنكر هو العامل لموافقة قوله مع اصالة البراءة. قيل في جوابه زال هذا الأصل بلحاظ اثبات يده على المال المقتضى لكونه في العهدة و الأمر الزائد المقتضى لانتفاء العهدة لم يتحقق و الاصل عدمه. و قد اجيب عن اصل هذا الاستدلال بأنّ قاعدة اليد لا تأتى فى المقام لانها تختص بما اذا كان المال المأخوذ مال الغير و هو خلاف دعوى المالك اذ فى القرض لا يكون المال الا مال نفس الآخذ حيث ان المالك بالقرض ملكه اياه و لذا يكون ضمانه بالقرض لا باليد كما ان ضمان المبيع فى البيع يكون بالمبيع لا باليد و يسمى بضمان المعاوضة فتقديم قول المالك يتوقف على اصالة احترام مال المسلم على نحو يقتضى ضمانه مطلقاً و هى غير ثابتة لعدم احراز كون الأخذ على وجه القرض ليكون ضامناً.

اقول: و ما ذكره ينتج عدم ضمان العامل الا بالبينة فاذا كان منكراً فالقول قوله مع اليمين. و عن بعض الاعاظم موافقة الماتن و الاستدلال له بما حاصله انّ التصرف فى مال الغير و التجارة به يتوقف على اذن مالكة فما لم يشبث الاذن

يكون الاستيلاء عليه موجبا للضمان والقرض او المضاربة و ان كانا امرين وجوديين لابد من اثباتهما ليترتب الاثر عليهما ولكن اصاله عدم القرض لا تنتج اثبات المضاربة و ان كانت جارية و اما اصاله عدم المضاربة فهي و ان لم تثبت القرض ولكن لا نحتاج الى اثبات عنوانه في اثبات الضمان بل مجرد عدم الاذن في التصرف كاف في اثباته و هو حاصل باستصحاب عدم المضاربة و هذا بخلاف اثبات عدم الضمان حيث يحتاج الى اثبات عنوان المضاربة و اثبات عنوانها لا يتحقق باستصحاب عدم القرض.

و فيه: ان الاذن في التصرف مما يكون مفروغاً عنه في المقام لان المالك بادعائه انه كان قرضاً يقر بأنه كان مأذوناً في التصرف و لكن يدعى انه كان قرضاً فعلياً بدله و على فرض كونه مضاربة في الواقع فيكون الاذن حاصلًا و لا نزاع بينهما في ذلك فليس البحث في انه مأذون في التصرف حتى يقال انه يثبت بنفي المضاربة عدمه بل العدة هي اثبات الضمان بعد احراز جواز التصرف على اى تقدير فكان للعامل التجارة و سائر التصرفات اما بمقتضى القرض او بمقتضى المضاربة و الحاصل لا يتم هذا الوجه لاثبات كون العامل مدعياً و المالك منكراً هذا مقتضى القاعدة.

و اما مقتضى النص فهو أنه قد يقال بأن مصحح اسحاق بن عمار او صحيحته يدل على كون المدعى هو العامل فانه قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاغت فقال الرجل: كانت عندي وديعة، و قال الآخر انما كانت لى عليك قرضاً، فقال: المال لازم له الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة.^(١)

و هذا الموثق و ان كان في مورد الوديعة لا في المضاربة و لكن قد يقال بان

١- في الوسائل، ج ١٣، باب ٧ من احكام الوديعة، ح ١.

دلالتة على المقام يكون بالأولوية لان الوديعة تكون لمصلحة المالك و المضاربة تكون لمصلحته و مصلحة العامل فاذا لم يقبل قول الودعي و عليه البينة فعدم قبول قوله بلحاظ المضاربة يكون مستفاداً منه بالأولوية.

اقول: حيث إنّ هذا الموثق يكون على خلاف القاعدة كما عرفت فالتعدي عن مورده مشكل جداً نعم على فرض من يرى القاعدة موافقة له فالتعدي عنه غير مشكل.

و اما الاولوية ففيه كلام لأن المورد ليس من موارد الوديعة المعلومة بل هي مورد النزاع و قوله استودع في صدره لابد ان يحمل على مجرد اعطائه اياه بقرينة النزاع و الا فقول الودعي مقبول لانه امين الا مع اثبات المالك التعدي او التفريط بالبينة و لكن حيث ان احتمال الوديعة هنا لم يمنع عن كون العامل هو المدعي فاحتمال المضاربة لا يمنع عنه بالأولوية و لكن اصل التعدي ممنوع.

(مسألة ٦١): لو ادعى المالك الابضاع و العامل المضاربة يتحالفان و مع الحلف او النكول منهما يستحق العامل اقل الأمرين من الأجرة و الحصة من الربح و لو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربة لدفع الأجرة و ادعى العامل الابضاع استحق العامل بعد التحالف اجرة المثل لعمله.

اقول: في هذه المسألة فرعان: الاول صورة حصول الربح و الثاني صورة عدم حصوله اما الفرع الاول فلا بدّ البحث فيه في جهتين الاولى في ملاحظة ان الباب هل يكون باب المدعي و المنكر او باب التداعي و الثاني في ان الأجرة أقل الأمرين من الحصة و الأجرة ام لا. اما الجهة الأولى فصريح المصنف أنّه من باب التداعي حيث قال بالتحالف و المنسوب الى التذكرة انه اقرب و عن الايضاح انه الأصح و لكن عن القواعد أنّ القول قول العامل لأن عمله له، فيكون قوله مقدماً فيه.

و عن بعض الاعاظم انه بناء على ثبوت الاجرة فى الابضاع كما هو مختار الماتن يكون الباب باب التداعى لان العامل يلزم المالك بالحصة المعينة من المال المعين و المالك يلزمه بقبول ما يدعيه من الأجرة من اى مال شاء ان يدفعه.

و اما بناء على مختاره من عدم الاجرة فى الابضاع لان المالك حينئذ لا يلزم العامل بشىء و انما العامل يلزمه بدفع الحصة فيكون المالك منكراً فالباب باب المدعى و المنكر.

اقول: ان الحق كما عرفت فى المباحث السابقة فى اول الكتاب ان عنوان البضاعة لا يكون ملازماً للمجانبة بل هو لا ينافى استحقاق العامل الأجرة لو لم يكن للمالك شاهد على كون عمله تبرعاً فعلى هذا فما عن القواعد من جعل القول قول العامل لا يتم لوجهين: الاول ان ادعائه ان عمله له و ليس مجانياً يكون فى مقابله ادعاء المالك ان المال ماله و ربحه تابع له لان اصله له فكيف صار القول قول العامل بمجرد كون عمله له و لا يعتنى بمال المالك و ادعائهم.

و الوجه الثانى ان مجرد كون عمل العامل له لا يكون مما يوجب ان يكون العامل هو المنكر لعدم صيرورة قوله موافقاً للحجة بذلك و لا يكون الاصل هو عدم مجانية عمل الشخص بعد صدور الاعمال كثيراً من العاملين تبرعاً فهو على هذا يكون مدعياً لعدم مجانية عمله و ان له الاجرة فى حصة المضاربة و المالك ينكره و انكاره موافق للأصل و هو تبعية ربح ماله لما له فهو منكر من هذا الوجه كما ان المالك لو ادعى الابضاع مجاناً يكون مدعياً و يكون العامل منكراً له لانه يدعى شيئاً على العامل و هو ان عمله كان له مجاناً فلا بد له من اثباته فعلى هذا يكون الباب باب التداعى بهذا البيان فاذا تحالفا سقط دعوى كل واحد منهما عن الاعتبار و يرجع الى قاعدة ضمان عمل العامل على من استوفاه لان المفروض

عدم كونه مجانياً و قد يقال ان هذا مثل ما لو اختلف الراكب و المالك في كون الدابة عارية او مستأجرة فان المالك يدعى الاجرة و الراكب ينكره و الراكب يدعى المجانية بالعارية و المالك ينكره فاذا تحالفا يرجع الى اجرة المثل و لكن في هذا التشبيه نظر و هو ان المدعى هو الذى يطلب شيئاً في نظر العرف و هو هنا المالك و اما الراكب فلا يطلب شيئاً بل ينكر مدعى المالك و قوله موافق للأصل فيلحظ الغرض في الدعوى يكون الباب باب المدعى و المنكر لا التداعى و المقام ايضا يكون كذلك بلحظ الغرض و الطلب الفعلى الا انه يقال بان المدار على ما مضى و تلف من عمل العامل و الراكب و هو موجود في وعائه و الحاصل انه على فرض ادعاء المالك الابضاع بلا اجرة يكون الباب باب التداعى بلحظ ما مضى من عمل العامل او ركوب الراكب و الغرض لا ينحصر بالطلب الفعلى من احدهما و اما اذا اقر بأن الابضاع كان مع الاجرة او قلنا بان نفس الابضاع يقتضى الاجرة لان عمل العامل حينئذ يكون بامر من المالك فعلى هذا ربما يقال لا يكون المالك مدعياً لشيء على العامل و انما العامل يدعى على المالك الحصة من الربح فيكون الباب باب المدعى و المنكر فيحلف المالك فيصير القول قوله و فيه ما سيأتى في نقد كلام بعض الاعاظم و هو انه على هذا الغرض ايضا يدعى على ان حقه يكون في اى مال شاء و العامل ينكره فهو مدع على الفرضين اما في الغرض الأول فمدع للمجانية و في الغرض الثانى مدع لكون الاجرة غير الحصة المعينة ثم انه بالنسبة الى الأجرة قيل بصير الباب من تعارض الأقرارين لان المالك يقر بان اجرة المثل ملك للعامل فاقرار العقلاء على انفسهم جاز و العامل ينكره و هو ايضا اقرار بعدم استحقاق الأجرة و هو اقرار على نفسه فهو جاز فيتساقتان كما هو الحكم في انكار المقر له ما اقر به فيرجع الى ضمان عمل العامل على من استوفاه هذا ما قيل. و لكن يمكن ان يقال ان استحقاق العامل

للأجرة ليس لقرار المالك بها بل لو لم يكن معترفاً بها او ادعى المجانية ايضاً ولا بينة له يكون الحكم شرعاً هو الرجوع الى اجرة المثل على فرض القول بعدم المجانية كما ان انكار العامل ليس لاصل المالية بل هو متعلق بعنوان كون الحق من باب اجرة المثل واما بالنسبة الى المالية فربما يدعيه مع الزيادة والا فالجمود على عنوان الأقرارين يقتضى عدم استحقاق العامل لشيء اصلاً اما سهم الربح فلعدم ثبوت المضاربة واما اجرة المثل فلأنكاره لها. واما كلام بعض الاعاظم و هو انه على فرض عدم مجانية الابضاع و ثبوت اجرة المثل كما هو مختار الماتن يكون الباب باب التدعى و على فرض المجانية قال بان الباب باب المدعى و المنكر و هو عكس ما تقدم و لابد لنا من بيان التداعى على مسلكه و من بيان المدعى و المنكر فى امرين:

الاول ان المالك بعد اعترافه بالأجرة يدعى ان حق العامل هو الأجرة من اى مال شاء المالك و العامل يدعى عليه الحصة المعينة فكل واحد منهما ينكر ما يدعيه الآخر فالباب باب التدعى و بعبارة اخرى منا توضيحاً ان المالك و ان لم يدع مجانية عمل العامل فى هذا الفرض و لكن ادعى تعيينه فى اى مال شاء فهو مدع و العامل ينكره و العامل يدعى الحصة المعينة و المالك ينكره.

و الثانى انه على فرض مجانية الابضاع فالمالك لا يلزم العامل بشيء و اما العامل يلزم المالك بالحصة المعينة و هو ينكره فالعامل مدع فقط و المالك منكر فقط.

اقول ان بيانه للأول تام و لكن الثانى غير تام لانه على فرض مجانية الابضاع يدعى المالك على العامل انه كان ابضاعاً فعمله كان مجاناً و هذا ادعاء من المالك على العامل و هو ينكره كما ان المالك ينكر ادعاء العامل الحصة المعينة فعلى هذا الفرض ايضاً يكون الباب باب التداعى.

اما الجهة الثانية وهي ان الاجرة هل هي اقل الأمرين من الحصة والأجرة كما عن المصنف ام لا؟ فيه بحث اما الدليل على اقل الأمرين فهو ان الاجرة ان كانت اقل من الحصة فليس على المالك الادفع الأجرة لانه يمينه لنفى المضاربة اسقط الحصة و اما ان كانت الحصة اقل فلأن العامل يكون مقرا بعدم استحقاق الزائد فيجوز للمالك دفعها فقط الزاماً للعامل باقراره.

و فيه ان الامر وان كان كذلك بالنسبة الى العامل اذا كانت الاجرة ازيد من الحصة الا ان المالك ايضا باقراره على نفسه بان الزائد ليس ملكاً له لابد ان يدفعه الى مالكة و حيث ان مالكة بزعم المالك ينكره و لا يقبله و ليس له قبوله على الظاهر و ان كان له القبول في الباطن ان كان كاذباً في دعواه المضاربة فيكون هذا المال بلا مالك على الظاهر او كان مجهول المالك في الواقع بعد علمنا الاجمالي بانه اما تابع لمال المالك او كان عوض عمل العامل فيكون امره بيد حاكم الشرع و عليه ان يتصدق به عن مالك الواقعي.

ثم انه عن بعض الحواشي في تعليل الحكم فيما لو كانت الحصة اقل من الأجرة بما حاصله ان الحصة هو المتفق عليه بينهما و بالنسبة الى الأجرة ان كانت زائدة عن الحصة يتعارض اقرار المالك مع انكار العامل و يكون التعارض من باب أن انكار العامل يرجع الى اقراره على نفسه بان الزائد ليس له. و قد اشكل عليه بان الأجرة مباينة للحصة و ليستامن قبيل الأقل و الأكثر و ليس هناك منها شيء متفق عليه بين العامل و المالك و بعد التعارض يكون الحكم ضمان العمل بالأجرة.

و قد اجيب عنه بان لازم هذا هو عدم استحقاق العامل شيئاً من الأجرة و الحصة اما سقوط الحصة فلإنكار المالك و يمينه على نفيه و اما سقوط الأجرة فلإنكار العامل لها فالحق ان نقول ليس المقام من باب تعارض الاقرار

و الإنكار فليس مثل ما اذا اقر زيد بان عليه لعمره درهمان فانكر عمرو بل يكون الباب باب التداعي والخصام ولا بد من فصل الخصومة بالرجوع الى ضمان عمل المسلم بالأجرة.

اقول: إن الانصاف هو ان يقال و ان كانت الحصة بخصوصيتها الخاصة مباينة للأجرة الا انها بمقدار ماليتها تكون موافقة للأجرة فان المتيقن هو استحقاق العامل لمقدار مالية الحصة ويكون الكلام في الزائد و انكار كل واحد منهما يتوجه الى الخصوصية الخاصة لا الى اصل المالية و الحق في الزائد ما عرفت من انه يتصدق به الحاكم و اما الرجوع الى قاعدة ضمان عمل المسلم بالأجرة فلا يكون لازمه اجبار العامل على قبول الزائد مع اعترافه و اقراره بعدم استحقاقه له و ليس هو الا اجرة المثل التي كانت محل الكلام و محل الاقرار و الإنكار.

و اما الفرع الثاني و هو صورة عدم تحقق الربح فيكون اصل النزاع من المالك حيث يدعى انه مضاربة لدفع الاجرة عن نفسه و ادعاء العامل كونه ابضاعاً يكون لجلب الأجرة على فرض القول بالأجرة في الابضاع و فيه لا بد من احراز ان الباب باب التداعي كما هو صريح الماتن ايضا ام هو باب المدعى و المنكر. و على الثاني فهل المدعى هو المالك او العامل؟ فيه خلاف، ففي المستمسك بما حاصله أن الباب باب المدعى و المنكر، و المدعى هو المالك لان الاصل هو ضمان عمل العامل و عدم مجانيته فالمالك يدعى كونه مجاناً بادعائه الابضاع فقوله مخالف للأصل فاذا لم يكن له بينة يحلف العامل و يأخذ الأجرة. و في مقابله بعض اعاضم معاصريه و هو ان المدعى هنا على فرض لزوم الأجرة في الابضاع هو العامل الذي يدعى الأجرة على المالك فعليه البينة و المالك لا ادعاء له على العامل بل يطالبه بما بقى من رأس ماله و لا يلزمه بشيء حتى يكون عليه البينة فالباب ليس باب التداعي كما هو واضح و اوضح منه هو انه على فرض

عدم وجوب الأجرة في الابضاع لا يكون للعامل ادعاء شيء أصلاً و يرد على الاول ان الاصل الذي ادعاء في ضمان عمل العامل لا اصل له هنا لوجهين: الأول ان المالك بادعائه المضاربة لا يدعى مجانية العمل بل يدعى انه كان اجرة عمله سهم ربحه لكنه لم يربح المضاربة و هو غير مربوط به و ادعاء العامل البضاعة لم يثبت ليقال انه ادعى مجانية العمل فيه.

و الثاني انه على فرض كونه ابضاعاً في الواقع ايضا لا يكون الاصل ضمان عمل العامل على اى تقدير بل العمل الذى يكون بامر من غيره لا يكون مجاناً و هنا لم يثبت امره بالابضاع فيرجع الامر الى ادعاء العامل اجرة على المالك و هو ينكره فالمدعى هو العامل و المنكر هو المالك فعلى هذا يكون الكلام الثانى عن بعض الاعاظم هو الاقرب الى الحق على فرض وجوب الأجرة فى الابضاع كما هو التحقيق وكذا على فرض عدم وجوبها فتحصل ان الحق فى هذا الفرع هو ان القول قول المالك مع يمينه.

و اما قول المصنف بالتداعى فلا يتم الا اذا كان المالك فى النزاع مصعب الدعوى لا الغرض و هذا المبني غير تام.

(مسألة ٦٢): اذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصة العامل، و اختلفا فى مقدار الربح الحاصل فالقول قول العامل كما انهما لو اختلفا فى حصوله و عدمه كان القول قوله

اقول: الدليل على قبول قول العامل هنا هو كونه اميناً فى قوله بعدم الربح أصلاً او بعدم الزيادة لاصالة عدم تحققه او عدم زيادته كما هو واضح.

قوله: ولو علم مقدار المال الموجود فعلاً بيد العامل و اختلفا فى مقدار نصيب العامل منه فان كان من جهة الاختلاف فى الحصة أنها نصف او ثلث فالقول قول المالك قطعاً و ان كان من جهة الاختلاف فى مقدار رأس المال فالقول قوله ايضا،

لأن المفروض أن تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلاً و ربحاً، و مقتضى الأصل كونه بتمامه للمالك إلا ما علم جعله للعامل، و أصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا إلى العامل لا تثبت كون البقية ربحاً مع أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا فيبقى كون الربح تابعاً للأصل إلا ما خرج.

أقول: أما اختلافهما من جهة الاختلاف مقدار الحصة أنها نصف أو ثلث فيكون القول قول المالك لأن الربح تابع للمال و الأصل عدم خروجه من ملكه إلا بمقدار إقراره فحيث أن قوله موافق لهذا الأصل فهو المنكر فالقول قوله كما حرر فيما سبق في المسألة الثالثة و الخمسين.

و أن كان الاختلاف من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال فكذلك أي يكون القول قوله لأن الربح تابع لرأس المال و قد أوضح المصنف دليله مع مقتضى الأصل و تعارضه و من المعلوم في الأصول عدم حجية الأصل المثبت في الجملة فلا تطيل الكلام فيه.

الكلام فى عشرين مسائل باقية فى المضاربة

قوله: مسائل: الاولى^(١)، اذا كان عنده مال المضاربة فمات فان علم بعينه فلا اشكال و الا فان علم بوجوده فى التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك و يكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة

اقول: فى هذه المسألة فروع: الاول ما اذا علم بان عين مال المضاربة موجودة و فيه لا اشكال من جهة ان المالك يأخذ عين ماله و لا خلاف فيه و لا اشكال كما فى الجواهر و لا شك فيه ولو فرض شك فاصالة بقاء المال فى ملك مالكة حاکمة.

الفرع الثانى ما اذا لم يكن معيناً ولكن نعلم اجمالاً بوجود العين فى التركة الموجودة ولكنه غير معين و هذا تارة يكون من جهة الامتزاج و تارة من جهة الاشتباه كثوب بين الأثواب و شاة بين الشياة و الامتزاج تارة يكون بين شيئين من جنس واحد كاختلاط المائين و تارة بين شيئين من جنسين كالماء و السكر. اذا عرفت ذلك فنقول ان المصنف مع عدم التعيين قال بحصول الشركة بين المالك و الورثة و نسب ذلك الى المشهور بين الاصحاب ايضا.

و فى الشرايع «ان علم مال احدهم بعينه كان احق به و ان جهل كانوا فيه

سواء» و في الجواهر في شرحه «بمعنى انه يقسم بينهم على نسبة اموالهم كما في انقسام غيرهم من الشركاء» ونحوه عن جامع المقاصد و ظاهر الجميع حصول الاشتراك بالاشتباه و عن الحدائق و الرياض و غيرهما الاستدلال لحصول هذه الشركة بالخبر عن السكوني عن جعفر عن آبائه عن علي عليه السلام انه كان يقول من يموت و عنده مال مضاربة قال ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له و ان مات و لم يذكر فهو أسوة الغرماء.^(١)

بتقريب ان المراد بالأسوة هو تساويه مع الغرماء في المال و شركته فيه كشركتهم.

اقول: إن البحث تارة يكون على طبق قاعدة الشركة و اخرى على طبق الخبر فالبحث في مقامين: الأول في شمول قاعدة الشركة للمقام و عدمه فنقول الشركة على قسمين عقدية و قهرية لا شبهة في عدم الاولى هنا و اما الثانية فتكون في بعض محتملات عدم التعيين و هو صورة كون مال المضاربة ممتزجاً مع الحنطة و الدقيق مع الدقيق و اما الامتزاج بمعنى الاختلاط و الاشتباه كثوب بين الأثواب فهو لا يتحقق به شركة اصلاً و لا يوجب انتقال سهم من مال المالك الى الورثة و انتقال سهم من ارثهم اليه فكيف نقول بالشركة في هذا المورد و مما يؤيد عدم تحقق الشركة بمجرد الاشتباه ما ورد في الودعي الذي يكون لاحد عنده در همان و لآخر درهم واحد ثم يتلف احدهما حيث حكم (ع) بكون درهم و نصف لصاحب الدرهمين و نصف درهم لصاحب الدرهم الواحد.

و وجه التأيد انه لو كان اشتباه الدرهم التالف من حيث كونه درهم من له درهمان او درهم من له درهم واحد موجباً للشركة لكان الحكم اشتراكهما في

الدرهمين الباقيين بنسبة الواحد والاثنين فكان لصاحب الدرهمين ثلثا الباقيين و لصاحب الدرهم الواحد ثلثه لا نصف الدرهم الذى يكون التنازع فيه الذى يكون هو ربع المجموع فتحصل ان الجهل فى مقام التعيين لا يوجب قلب الواقع و اخراج مقدار من ملك كل منهما فى ملك الآخر. فلا شركة مع الاشتباه فلا بد من التصالح فى مقام التعيين او القرعة لأنها لكل امر مشكل بحسب القاعدة فإطلاق كلام المصنف فى الشركة ممنوع كإطلاق غيره.

المقام الثانى فى ما هو مقتضى النص المتقدم الذى قد استدل به من قال بالشركة فى المقام و هو غير تام أولاً من حيث السند فان السكونى وان قال بعض باعتباره كما فى معجم الرجال عن الشيخ الطوسى ولكن عن الصدوق عدم العمل بمتفرقاته و حمل هذا الكلام منه على انه كان لخطائه فى مذهبه و عدم اعتبار رواية من كان عامياً وان كان موثقاً خلاف الظاهر بل المدار فى الرواية هو الوثوق بالنقل فلم يكن الصدوق (قده) معتقداً بوثاقته و لا يثبت لنا وثوق به مع الاختلاف فيه تارة و تضعيفه عن بعضهم الاخرى و كذا لم يثبت وثاقة النوفلى يعنى حسين بن يزيد و ثانياً مع الغمض عن السند فدلالته على ما فهمه المستدل غير تامة لان الحكم فى المشبه به اول الكلام فضلاً عن المشبه فان الغرماء لا يشتركون فى اعيان ما تركه الميت المديون بل لهم حق فيها بحيث لا يكون للوارث التصرف فى ما ترك الا بعد اداء الدين و لذا لو ادى دين الميت متبرع لا يكون له حق اصلاً بالنسبة الى هذه الأعيان فالغرماء لا شركة لهم فى الاموال و معنى قوله (ع) «فهو اسوة الغرماء» هو انه يساويهم فى تعلق حقه بالمال كتعلق حق الغرماء به وليس معناه انه شريك بل معناه انه لا يجوز التصرف فى الاموال قبل اداء مال المالك و هو مال المضاربة فاذا فرض مال المضاربة مشتبهاً و علمنا بانه بين هذه الاموال و ان كان للمالك حق فى هذه الاعيان و ليس مثل الغرماء

بحيث نقول بانه يؤدي حقه من مال آخر و لكن لابد من فيصلة امره قبل تقسيم التركة فان كان من قبيل ما لم يحصل فيه شركة قهرية فبالمصالحة او القرعة و الا فبالنسبة و الحاصل ان الرواية اجنبية عن اثبات الشركة فى المقام فلا بد من ملاحظة ما يقتضيه القاعدة و هو ما عرفت من عدم تمامية اطلاق كلامهم فى الشركة.

قوله: و يقدم على الغرماء ان كان الميت مديوناً لوجود عين ماله فى التركة اقول: هذا من جهة ان حقه ليس فى ذمة الميت ليصير كالدين فيكون كسائر الديون فان العين اذا كانت موجودة فمالكها يأخذها بعد افرازها عن المال و يقضى الديون من بقية المال.

الفرع الثالث، قوله: و ان علم بعدم وجوده فى تركته و لا فى يده و لم يعلم انه تلف بتفريط او بغيره او رده على المالك فالظاهر عدم ضمانه، و كون جميع تركته للورثة، و ان كان لا يخلو عن اشكال بمقتضى الوجه الآتية

اقول: إنَّ المهمَّ فى هذا الفرع و الفروع الآتية فى هذه المسألة هو التوجه الى قاعدة اليد الدالة على الضمان و البحث على نحو الاختصار فيها فى مقامين الاول فى سندها و هى امور: الاول النبوى المشهور بين الفريقين و هو قوله صلى الله عليه و آله «على اليد ما اخذت حتى تؤديه» فانه قد جاء من طرفنا فى كتب الحديث و الفقه مرسلًا كما فى المستدرک^(١) و اما العامة فقد رووها مسندًا كما حكى عن سنن ابن ماجه^(٢) عن سمرة و كذا عن سنن البيهقى^(٣) و عن مسند احمد بن حنبل^(٤) و لا يخفى ضعف سند الخبر للارسال عندنا و مسند العامة

١- ج ٣، كتاب الغصب، ص ١٤٥.

٢- ج ٢، ص ٨٠٢.

٣- ج ٦، ص ٩٠.

٤- ج ٥، ص ٨؛ و ج ٥، ص ١٣.

كالمرسل غالباً عندنا و خصوص هذا الخبر يكون فى سنده سمرة بن جندب الذى يكون ضعفه مشهوراً و مخالفته لرسول الله (ص) فى قضية الانصارى معروفة كما حررت فى بحث قاعدة لا ضرر و لكن مع ذلك فالوثوق الخبرى حاصل لنا لان مضمونه موافق للسيرة القطعية العقلانية و لقاعده الاحترام و لان المشهور تلقوه بالقبول و شهرتهم جابرة لضعفها على ما هو التحقيق نعم من لا يرى الشهرة جابرة يكون له عدم الأعتداع عليه.

و اما الدلالة فمعنى الحديث ان الذى على اليد اى يكون فوقها و ثقلا عليها يكون مستقراً عليها حتى يحصل ادائه الى مالكه و الجار متعلق بافعال العموم مثل يستقر فيكون معناه الضمان و لا يكون متعلقا بافعال الخصوص مثل يجب او يلزم لانه محتاج الى التقدير بان يقال يجب على اليد رد ما اخذت او ادائه و التقدير خلاف الاصل مضافاً الى بشاعة قولنا يجب على اليد رد ما اخذت حتى تؤديه فاصل الضمان مستفاد منه الا ان الكلام فى انه اذا كان اليد امانية من بدو الأمر فهل يتصور نحو من الضمان معها ام لا فان يد الودعى و يد العامل و امثلهما امانية و لا شبهة فى ان التلف بدون التعدى و التفريط فى اليد الأمانية لا يوجب الضمان و انما الكلام فى انه مع فرض عدم الضمان كذلك فهل لا يكون الضمان اصلاً بحيث نقول مع عدم الاداء ايضاً لا ضمان او يكون معنى كون اليد امانية عدم الضمان بالتعدى و التفريط فقط فلو شك فى اداء الأمين ما اخذه يكون مشمولاً لقاعدة اليد بمعنى انه ما لم يؤد ما اخذت يكون ما اخذ مستقراً عليها الظاهر ان اليد يكون غاية الخروج عن عهدها الاداء و لكن الأمانية لا يكون عليها الاداء الا اذا كان التلف بتعداً او تفريط و لذاترى انه لو لم يكن التلف لايد من الاداء و ليس معنى كون اليد امانية كون المأخوذ مجانياً كما عليه بناء العقلاء و يدل عليه ايضا قاعدة احترام مال المسلم اللذان هما دليلان آخران على الضمان.

و حينئذ ان شك في الاداء في مورد، يكون الاصل عدمه و ان شك في التعدي و التفريط ايضا فالأصل عدمه ففي المقام بعد الموت يكون الشك هكذا فيرجع الأمر الى الشك في ضمان الوارث فاصالة البراءة حاكمة بعدم ضمانهم.

الدليل الثاني لضمان اليد قاعدة احترام مال المسلم بتقريب ان المال لو لم يكن لتلفه ضمان لم يكن محترماً غاية الأمر خرج مورد اليد الامانية عن القاعدة بمعنى عدم الضمان ايضا الا بالتعدي و التفريط و الكلام فيه كالكلام فيما تقدم الدليل الثالث بناء العقلاء على ضمان ما جاء تحت اليد الا في موارد الامانية مع عدم التعدي و التفريط و الظاهر ان بنائهم موافق لما يدل عليه قاعدتي اليد و الاحترام و قد عرفت الحال فيهما فلا نطيل البحث فيه.

الفرع الرابع، قوله: و اما اذا علم ببقائه في يده الى ما بعد الموت و لم يعلم انه موجود في تركته الموجودة او لا بان كان مدفوناً في مكان غير معلوم او عند شخص آخر أمانة او نحو ذلك - او علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده بحيث لو كان حيّاً امكنه الايصال الى المالك او شك في بقاءه في يده و عدمه ايضا ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث و عدمه خلاف و اشكال على اختلاف مراتبه و كلمات العلماء في المقام و امثاله كالرهن و الوديعة و نحوهما مختلفة و الاقوى الضمان في صورتين الأوليين لعموم قوله (ص) «على اليد ما اخذت حتى تؤدى» حيث ان الاظهر شموله للأمانات ايضا.

و دعوى خروجها لان المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة بان غاية ما يكون خروج بعض الصور منها كما اذا تلفت بلا تفريط او ادعى تلفها كذلك اذا حلف و اما صورة التفريط و الأتلاف و دعوى الرد في غير الوديعة و دعوى التلف و النكول عن الحلف فهي باقية تحت العموم و دعوى ان الضمان في صورة التفريط و

التعدى من جهة الخروج عن كونها امانة او من جهة الدليل الخارجى كما ترى
لا داعى اليها

اقول: لقد اجاد المصنف (قده) فى قوله بشمول قاعدة اليد لليد الامانية لان
غاية الأخذ الاداء و لم تحصل فى الصورتين مع عدم التلف ايضاً لان المفروض
ان المال موجود و لم يعلم مكانه و لكن المهم هو اثبات ان العين اذا لم يمكن
أدائها تنقلب الى الدين و تصير فى ذمة الميت فيخرج من تركته و لو ادعى احد ان
بناء العقلاء يكون على الانقلاب اذا كان ذلك بعد الموت فليس كذلك عند الحيوه
فانه اذا كانت اليد امانية و لكن كان عين المال فى مكان لا يمكن ايصالها الى
المالك لا يكون ضمانها على من وقع يده عليها فى حين من الاحيان لعدم كون
الموت اتلافاً للمال اذا لم يقصر فى الوصية فى المقام و غيره و الحاصل ان عموم
اليد يكون شاملاً لمورد لم يكن المانع عن الرد كالتلف السماوى مما يعد من
التلف بغير تفريط و عدم امكان الرد يكون من هذا القبيل و بعبارة اخرى الضمان
فى اليد الامانية التى لم يحرز منها اى قصور خلاف دأب العقلاء و العرف نعم لو
فرض ان الميت قصر فى ترك الوصية بمكان المال و تعيينه يكون ضامناً من هذه
الوجه و ربما يكون الموت فجأة و لا قصور فكيف نقول بالضمان بمجرد ما ذكره
المصنف من الضمان فى اليد الامانية و اما فرقه بين دعوى الرد فى الوديعة و غيره
فالظاهر انه للتسالم و الاجماع على قبولها مع اليمين و قد يقال بعدم ثبوت هذا
الاجماع و لو سلم فهو محتتمل السندية و اما اذا ادعى الرد فى غير الوديعة فلا
تسمع دعواه على المشهور فعليه البينة و يمكن ان يقال ان الدعى فى الوديعة
محسن محضاً فلا يكون بناء العقلاء على الزامه بالبينة و اما غيره كالمعامل
فحيث يكون اخذه لمنفعة نفسه فلا بد من اقامة البينة على الرد.

فان قلت: قول الأمين مقبول للنص الدال على عدم اتهام الأمين.

قلت: هذا مربوط بقوله اذا كان مربوطاً بما في يده مثل قوله بانه تلف من غير تفريط و اما الرد فليس كذلك و اما دعوى ان عدم قبول قوله في مورد التعدى و التفريط لخروج يده عن الامانية بذلك او من جهة الدليل الخارجى فهو غير بعيد لان ذلك يكون لتقصيره فحيث لا تقصير له عند العقلاء يشكل الحكم بكونه ضامناً للمال بانتقال العين الى ذمته اذا تعذر ان تصل الى صاحبها فعلى هذا من ادعى التعدى او التفريط لابد ان يقيم البينة و مع عدمها فالقول قول الأمين. فتحصل ان شمول قاعدة اليد ليد المدار الأمين بمعنى عدم كون ما اخذه مجاناً مسلّم و لكن بمعنى كونه ضامناً بحيث لا بد له من ان يثبت عدم التعدى و التفريط بالبينة فلا يساعده الدليل. هذا كله اذا كان الدليل قاعدة الضمان باليد و اما اذا كان الدليل على الضمان السيرة العقلانية و قاعدة احترام مال المسلم فعدمهما فى مورد يد الأمين جزمى فتحصل من جميع ما تقدم ان الورثة ليس عليه اداء مال المالك من التركة فى صورتين ان كان الدليل ما ذكر. ثم ان هنا تفصيلاً عن بعضهم بين صورتين و هو انه على فرض احتمال كون ما فى يده فى التركة فالضمان و اما على فرض العلم بعدم كونه فى التركة فلا ضمان بدعوى ان يد العامل و ان كانت امانية و لا ضمان عليها و لكن لا يكون معنى الامانية هو ان التركة الموجودة ملك للميت لان يده التى كانت قبل الموت على هذا المال لا يكشف عن ملكيته لهذا المال فيتشكل لنا علم اجمالى بأن مال الغير إما هذا او غيره فيلزمه عدم جواز تصرفهم فيه و لزوم مصالحتهم مع المالك لمال المضاربة لاحتمال كون حقه فى هذا المال و بعبارة اخرى يكون المالك لهذا المال او لبعضه مردداً بين الميت و بين مالك مال المضاربة و هذا لا يجرى فى صورة العلم بعدم وجود مال المضاربة فى التركة اصلاً فعلى هذا فى الصورة الاولى يكون مقتضى العلم الاجمالى الاحتياط بالتصالح بين المالك و الورثة.

و قد اشكل على هذا التقريب بان العلم الاجمالي هنا لا يكون جميع اطرافه محل الابتلاء لانه بعد احتمال كون مال المضاربة في غير التركة بحيث تكون هي باكملها للورثة كما هو المفروض فلا مانع من اجراء قاعدة اليد الكاشفة عن الملك في التركة حيث لا تعارضها قاعدة اليد في المال الآخر الذي هو خارج عن محل الابتلاء و اذا كان بعض اطراف العلم الاجمالي خارجاً عن محل الابتلاء فلا اثر له.

فان قلت: عدم الاثر حينئذ يكون من جهة عدم تعارض الاصول في اطرافه و اما الامارات كقاعدة اليد فلا يكون شرط تعارضها كون الاطراف محل الابتلاء و لذا ان قامت بيينة على ان مال المضاربة في تركة الميت و قامت بيينة على كونه في المال الآخر الذي هو خارج عن محل الابتلاء يتعارض البينتان و حيث ان قاعدة اليد اماراة فتكون متعارضة ولو مع خروج بعض الاطراف عن محل الابتلاء. يقال في الجواب ان مثبتات الامارات في خصوص الاخبارات حجة و اما مثبتات سائر الامارات فهي غير مترتبة عليها فاذن قاعدة اليد في تركة الميت لا معارض لها.

اقول: ان العلم الاجمالي بمجرد خروج بعض اطرافه عن محل الابتلاء لا يسقط عن التنجيز و ان قال به المشهور لان الأثر اثر العلم و محتمل المعصية يكون كمقطوع المعصية و منه يظهر الحال في كون المانع عدم جريان الاصل في الاطراف او تعارض الامارات فانه لا فرق بينهما مع القول بمنجزية العلم الاجمالي مطلقاً. و لكن يمكن الخدشة في العلم الاجمالي بان يقال انا لا نعلم ان مال زيد اما هذا او ما لا نعلم مكانه لينتج ان قاعدة اليد اما ساقطة في التركة او في ذاك المال بل لنا شبهة بدوية في ان مال المضاربة هل كان في التركة ام لا فقاعدة يد الميت في التركة لا معارض لها و في المال الآخر لا يكون يده اماراة ملكيته

ليكون لازم جريانها عدم الجريان في التركة بل لا يد فعلاً للميت بالنسبة الى المال الآخر و المفروض عدم اليد من الوارث الا على هذا المال الموجود و وجود مال الغير فيه أول الكلام لان الشك في تحقق الخلط بعد ما كان مال المضاربة في بدو الأمر غير مخلوط بمال العامل فالشبهة بدوية محضة.

ثم لا يخفى ان منجزية العلم الاجمالي لا تكون من جهة تعارض الاصول في اطرافه حتى لو فرض عدم المعارض للأصل في مورده لا يكون منجزاً وان قال بهذا المبني بعض الاعاظم بل لان العلم الاجمالي كالعالم التفصيلي في اثبات التكليف فعلى هذا فليس المدار على تعارض مثبتات قاعدة اليد في اطرافه ايضاً بل لا مورد لقاعدة اليد في اطرافه وان لم يكن لها معارض.

ثم انه على فرض كون الملاك هو التعارض وكون العلم الاجمالي مقتضياً فلا فرق بين الاخبارات و مثل قاعدة اليد من جهة الأثر الثابتى فان الملاك في الآثار العقلية في الأصول و الامارات هو عدم انصراف الدليل عن الآثار او انصرافها و الظاهر ان قاعدة اليد يكون بلحاظ اثرها العقلي كالبيئة فكما ان البيئة على ان هذا المال مثلاً لزيد يكون لازماً العقلى عدم كون ذاك المال له اذا فرض العلم الاجمالي بكون ما له هو احد المالكين فكذلك قاعدة اليد في نظر العرف وان فرض ان البيئة اظهر في هذا المعنى و سائر الموارد لابد من ملاحظتها في الشمول و عدمه بلحاظ الانصراف و عدمه، و الله العالم. فتحصل انه لا علم اجمالي لنا في الفرض ان هذا المال لزيد او مالا نعلمه بل الشبهة بدوية في ان مال المضاربة هل هو في هذا المال الذى هو تركة الميت ام لو فرض علم اجمالي فمقتضاه الضمان ثم ان دعوى التلف ان لم يكن فيها نزاع فيكون مقبولة من الأيمن بلايين و اما اذا كان هناك نزاع فلا بد له من الحلف لفصل النزاع و على هذا المبني قال المصنف بضمان العامل اذا نكل على الحلف مع دعوى التلف

لعموم اليد و لا ينافى ذلك كونه اميناً لان امانته تقتضى ان يكون البينة على مدعيه كما مر (فى شرح مسألة ٥٢) فما عن بعض الاعاظم من عدم الزامه بالحلف الا مع الأتهام خلافاً للمصنف غير تام من جهة ان ما دل على عدم اتهامه لكونه اميناً هو قبول قوله و لكن لا مطلقاً بل مع الحلف اذا كان نزاع فى البين.

قوله: و يمكن ان يتمسك بعموم ما دل على وجوب رد الامانة بدعوى ان الرد اعم من رد العين و رد البدل و اختصاصه بالاول ممنوع الا ترى انه يفهم من قوله ع «المفصوب مردود» وجوب عوضه عند تلفه هذا مضافاً الى خبر السكونى عن على (ع) أنه كان يقول «من يموت و عنده مال مضاربة قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له، و ان مات و لم يذكر فهو اسوة الغرماء»

اقول: إن التمسك بما دل على وجوب رد الأمانة كقوله تعالى «ان الله يأمركم ان تؤدوا الأمانات الى اهلها»^(١) و قوله تعالى «فان أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى ائتمن امانته و ليتق الله ربه»^(٢) لوجوب رد عوض مال المضاربة، غير تام اما اولاً فلأن بدل الأمانة ليس امانة بل هى العين المأخوذة و الانتقال الى ضمان البدل يكون بالتعدى و التفريط و المفروض فى المقام عدمه و موت العامل قد عرفت فى اوائل البحث انه ليس من اسباب الضمان و لا ينطبق اسناد ما هو كالتلف اليه اذا لم يقصر فى الوصية و مجرد تحقق المانع من وصول صاحب المال الى ماله لا يلزمه ضمان غيره لذلك المال فاصل انتقال العين بالدين بمجرد الموت ممنوع فضلاً عن القول بشمول ادلة رد الأمانات له و ثانياً ان وجوب رد الامانة حكم تكليفى محضاً و لا يستفاد منه الضمان.

ثم انه على فرض الشك فى انقلاب يده عن الامانية الى الضمانية لا يتمسك

بعموم قاعدة اليد لانه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية بل الأصل يقتضى البراءة عن الضمان واما التشبيه ب «الفصب مردود» فهو غير تام لعدم دلالة المشبه به على الضمان فضلاً عن المشبه غاية دلالته على وجوب الرد وهو حكم تكليفي و ضمان المغصوب يستفاد من دليل آخر و هو قاعدة اليد حيث ان اليد فيه ضمانية.

و اما خبر السكوني عن النوفلي فقد مر عدم تماميته سنداً بالنوفلي بل و بالسكوني ايضاً و كذلك دلالة لان غاية ما يدل عليه هو ان المالك مال المضاربة حق متعلق بالمال كحق الغرماء و المفروض ان الغرماء يكون لهم حق في المال لان الميت مديون و الدين تعلق بذمته فيخرج من تركته فان فرض كون مال المضاربة في ذمة الميت للتلف بالتعدي او التفريط او لعدم الوصية تقصيراً او كان عين المال بين التركة فيكون مثل الغرماء و اما مع فرض عدم كون المال ديناً كما هو المفروض حيث علمنا ببقاء المال الى حين موت الميت و لم يحرز ان عينه في التركة في الصورتين اما بالعلم بعدمه او للشك فيه شكاً بدوياً فكيف نقول بانه أسوة الغرماء.

و اما ما قيل كما عن بعض الاعاظم من ان فرض الخبر يكون مورد العلم بوجود العين في التركة فهو ليس بتام لاطلاق الخبر من حيث كون العين في تركته او خارجة عنها فانه ان لم يسمها بعينها فهو اسوة الغرماء و لكننا نقول مساواته مع الغرماء تنتج انه ليس حكمه الاحكامهم لا الضمان مطلقاً و لو لم يكن مال المالك بين التركة فيكون المراد مورد العلم بكونها في التركة لا ان مورد الخبر في بدو الأمر يكون كذلك و الفرق واضح و ادعاء ان هذا النص يدل على انقلاب العين ديناً بمجرد الموت كقاعدة الاتلاف مشكل جداً.

فتحصل ان الأقوى عدم الضمان في الصورتين.

الفرع الخامس، قوله: واما الصورة الثالثة فالضمان فيها لا يخلو عن قوة لان الاصل بقاء يده عليه الى ما بعد الموت و اشتغال ذمته بالمطالبة و اذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته و دعوى: ان الاصل المذكور معارض باصالة براءة ذمته من العوض و المرجع بعد التعارض قاعدة اليد المقتضية لملكيته. مدفوعة بان الأصل الاول حاكم على الثانى. هذا مع انه يمكن الخدشة فى قاعدة اليد بأنها مقتضية للملكية اذا كانت مختصة و فى المقام كانت مشتركة و الاصل بقائها على الاشتراك بل فى بعض الصور يمكن ان يقال: إن يده يد المالك من حيث كونه عاملاً له، كما اذا لم يكن له شىء اصلاً و اخذ رأس المال و سافر للتجارة و لم يكن فى يده سوى مال المضاربة فاذا مات يكون ما فى يده بمنزلة ما فى يد المالك و ان احتمل ان يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال، وأنه استفاد لنفسه ما هو الموجود فى يده و فى بعض الصور يده مشتركة بينه و بين المالك كما اذا سافر و عنده من مال المضاربة مقدار و من ماله ايضاً مقدار نعم فى بعض الصور لا يعدّ يده مشتركة ايضاً فالتمسك بقاعدة اليد بقول مطلق مشكل ثم ان جميع ما ذكر انما هو اذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور امارات الموت مفزطاً و الا فلا اشكال فى ضمانه.

اقول: إن ما تقدم قبل هذا الفرع من الماتن كان صورتان من فرع واحد و هو مورد العلم ببقاء مال المضاربة فى يده الى ما بعد الموت و هذا الفرع ليس صورة ثالثة لهذا المورد بل هو برأسه فرع آخر و هو انه لو شك فى بقاء مال المضاربة فى يد العامل الى ما بعد الموت ام لا فى مقابل ما اذا علم بعدم بقائه و ما علم بقائه و التعبير بالصورة الثالثة تسامحى و كيف كان فالعمدة هى البحث عن ضمان العامل و وجوب ادائه من تركته و عدمه فالمصنف قوى الضمان و استدلل له بوجهين: الأول استصحاب بقاء يده عليه قبل الموت. و الثانى اشتغال ذمته بالرد

الذى كان واجباً عليه قبل الموت و يرد على الاول ان قاعدة اليد ان كانت شاملة لليد الأمانية كما قواه فى المتن السابق فلا احتياج الى اثبات اليد باستصحاب بقائها بل مجرد يده الثابتة قبل الموت كاف للقول بالضمان لان غايتها الرد و الأداء و المفروض عدم تحققها و الخروج عن الضمان بالتلف من غير تعد و تفريط ايضا غير ثابت فالضمان بحاله و لم يكن الموجب للضمان اليد حال الموت لنحتاج الى اثباته بالاستصحاب هذا اذا كان السند للضمان قاعدة اليد و اما اذا كان سنده خبر السكونى فموضوع الضمان فيه «من يموت و عنده مال مضاربة» فاذا شك فى وجود المال عنده حين الموت يستصحب فيترتب عليه الضمان و لكن هذا الخبر مضافاً الى عدم تمامية سنده و دلالته كما مر لم يظهر انه السند له فان تعبيره بقوله هذا مضافا الى خبر السكونى يشعر بانه من المؤيدات لما يقتضيه قاعدة اليد عنده و لذا ترى عدم استقامة كلامه حيث يتردد فى الضمان تارة و يقويه اخرى بلحاظ قاعدة اليد و اما ادعاء ان الاصل براءة ذمته من العوض فى مقابل هذا الاستصحاب فجوابه ما ذكره من حكومة الاستصحاب عليه لان الشك فى الضمان مسبب عن الشك فى بقاء اليد على فرض تمامية استصحابها لمطلوبه و الاصل السببى مقدم على الاصل المسببى و العدة هى ان الحق الرجوع الى اصاله عدم التعدى و التفريط مع الشك فيه و حيث ان كونه فى التركة الموجودة مشكوك فالأصل يقتضى براءة ذمة الوارث عن ادائه.

و يرد على الاشتغال انه لا يخلو عن احتمالين الاول ان يكون المراد به الاشتغال بوجوب الرد الذى قد استدل عليه بوجوب رد الامانات فيكون قوله و اشتغال ذمته معطوفاً على قوله «لان الاصل بقاء...» فيكون معناه و الاصل اشتغال ذمته فانه على هذا الاحتمال قد يقال انه لا بد ان يكون المراد بالاصل عموم وجوب رد الامانات لا الاصل العملى كالاستصحاب و هو غير متناسب مع

الاصل السابق هذا اولاً و ثانياً أن وجوب الرد حكم تكليفى محضاً و لا معنى لاستصحابه بالنسبة الى الميت الذى سقط عنه التكاليف طراً. و ثالثاً أن هذا من الاستصحاب التعليقى الذى غير جار من اصله لان وجوبه يكون على فرض المطالبة. اقول يمكن الجواب عن عدم التناسب بان المراد على هذا الفرض الشك فى شمول العموم فيكون المراد بالأصل استصحاب حكمه لا حكم نفسه و اما الايراد الثانى فهو وارد عليه و اما الثالث فان كان المراد منه تغيير الموضوع بالموت فهو الايراد الثانى و ان اريد منه توقف الرد على المطالبة من دون تغيير موضوع فهو ليس من التعليقى المعروف فان شرطه حاصل بمجرد المطالبة كما اذا قيل العصير العنبى اذا غلى يحرم و ينجس فغلى العصير فانه لا شبهة فى ترتب الحكم و الظاهر ان مراد القائل هو الوجه الثانى. و اما الاحتمال الثانى و هو ان يكون قوله «و اشتغال ذمته» معطوفاً على قوله «بقاء يده» ليصير المعنى ان يده اذا كانت باقية يكون اشتغال الذمة مسلماً و يرد عليه ما ورد على نفس الاستصحاب من عدم الضمان الا بمقتضى اليد التى لم يثبت ضمانها و اما وجوب الرد الذى يترتب على الضمان عند المطالبة فهو فى حق الميت غير المتصور لسقوط التكليف عنه. و الظاهر هو الاحتمال الاول و هو كون النظر الى الاشتغال بوجوب الرد الذى هو حكم تكليفى الذى قد عرفت ضعفه ثم ان المصنف بعد ما ذكر من رد تعارض الاصلين خدش فى قاعدة اليد التى تكون هى المرجع بعد سقوط الاصلين على ما زعمه بان يد العامل اذا كانت مختصة يمكن الرجوع اليها فى كون الموجود من التركة ملكاً له فهو ملك لوارثه و اما اذا كانت مشتركة كما فى المقام فالاصل بقاؤها على الاشتراك.

و فيه اولاً ان البحث ليس فى ان يده يد الملكية ام لا بل يكون البحث فى انه ضامن لمال المضاربة و لو كان فى مكان آخر ام لا فاثبات ملكيته بوقوع يده

على هذا المال لا ربط له بأنه ضامن أم لا ولا يخالف أصالة الضمان أو أصالة عدمه إن كان لذلك دليل و ثانياً أن اشتراك يده في أي زمان ثبت حتى يستصحب بقائه فإنا لا نجد من يبدو الأمر زماناً يكون مال المالك و العامل مخلوطاً أو مشتركاً و إلا فلو كان هذا المال مشتركاً بينهما فيده على مال نفسه بلحاظ سهم اشتراكه لم يكن اشكال في كونها دالة على ملكه و يده على مال الغير لا شبهة في عدم دلالة على ملكيته فاصل هذا الكلام و هو اختصاص دلالة اليد على الملكية باليد المختصة لا المشتركة غير تام.

و منه يظهر الحال ما في طي كلامه من أن في بعض الصور يكون يده يد المالك من حيث كونه عاملاً و ذلك من جهة أنه خلاف المفروض فإنه (قده) فرض مورداً كان تمام المال للمالك و شك في أن العامل هل حدث له مال ليكون شريكاً في الموجود أم لا و هذا عكس ما نحن فيه حيث يكون الشك في أن المالك هل كان له مال في مال العامل أم لا و في هذا الفرض لا يكون ارتكاز العقلاء على أن لا يكون ما في اليد ملكاً باحتمال سيورة هذا المال ملكاً لغيره فإذا كان للمالك دراهم فعات العامل فوجد في يده دنانير لا نحكم بأنها للمالك نعم إن كان عين المال موجوداً و احتملنا انتقالها إليه بوجه شرعي لا يحكم بملكيتها له حينئذ لأن الأصل عدم الانتقال إليه و تنصرف قاعدة اليد عنه. و كذلك ظهر ما في كلامه من فرض اشتراك اليد من يبدو الأمر فإنه أيضاً خارج عن البحث لأنه إذا سافر و في يده مال المضاربة و مال لنفسه فعات فلا ندرى أن ما بقي يكون من أمواله الخاصة أو من مال المالك لا يحكم بقاعدة اليد على أنه ملكه بل هذا من موارد العلم الاجمالي بأن المال الفلاني أما لزيد أو لعمر أو لهما فلا بد من التصالح عليه.

فتحصل أن الحق في الصورة الثالثة في المتن هو عدم الضمان لما مر من أن

العين بالموت لا يصير ديناً اذا لم يكن الميت مفرطاً بترك الوصية فانه كالتلف بغير تفريط مع كون العامل اميناً لا ضمان عليه.

قوله: الثانية، ذكرنا من شروط المضاربة التنجيز وانه لو علقها على امر متوقع بطلت، وكذا لو علقها على امر حاصل اذا لم يعلم بحصوله نعم لو علق التصرف على أمر صرح وان كان متوقع الحصول. ولا دليل لهم على ذلك الا دعوى الاجماع على ان أثر العقد لا بد ان يكون حاصلًا من حين صدوره وهو ان صح انما يتم فى التعليق على المتوقع حيث ان الأثر متأخر واما التعليق على ما هو حاصل فلا يستلزم التأخير، بل فى المتوقع ايضاً اذا اخذ على نحو الكشف، بان يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالى لا يكون الأثر متأخراً. نعم لو قام الاجماع على اعتبار العلم بتحقيق الأثر حين العقد ثم فى صورة الجهل لكنه غير معلوم.

اقول: البحث فى هذه المسألة فى فرعين الاول فى شرطية التنجيز فى عقد المضاربة والثانى فى جواز التصرف ونفوذه من جهة الاذن اما الفرع الاول فقد اهمل فى بعض الكتب كالشرايع والقواعد ولعله كان من باب ان هذا الشرط مفروغاً عنه عندهم فى جميع ابواب المعاملات من العقود والايقاعات الا ما خرج كالوصية والنذر ومعنى التنجيز هو عدم تأثير العقد مع الشرط والشرط تارة يكون محقق الحصول كمجىء يوم الجمعة ورأس الشهر وتارة يكون متوقع الحصول كمجىء زيد وتارة يكون حاصلًا حين العقد كاشتراط كون اليوم يوم الجمعة مع تحقق الجمعة مثل ان يقال ضاربك ان كان اليوم يوم الجمعة، وكان اليوم يوم الجمعة واخرى يكون من الشروط الشرعية للعقد مثل ان يقال ضاربك ان كان هذا مالى أو ان كنت بالغاً فان امثال هذه الشروط يكون ذكره مستدركاً لتساوى ذكره وعدمه بعد كون الشرط شرطاً وان لم يذكر لا شبهة فى الأخير فى عدم كونه مضراً بالتنجيز ولا فيما قبله اذا كان معلوماً للمتعاقدين وانما الكلام

فى غيرهما و العمدة هى ملاحظة الدليل الدال على اصل التنجيز و ليس هو الا
الاجماع و التسالم الذى تجد كلمات القوم الدال عليه فى مكاسب الشيخ الاعظم
فى البيع و فى المستمسك فى شرح هذه المسألة.

و اما المصنف فقد ذكر الاجماع بوجه غير موجود فى الكلمات و هو ادعائه
الاجماع على ان اثر العقد لا بد ان يكون حاصلاً من حين صدوره و اورد عليه
اولاً لان الاجماع لم يتحقق كذلك بل تحقق على اعتبار التنجيز كما فى التذكرة
و المسالك و شرح الارشاد فى باب الوكالة و غيره و انما ذكر ذلك تعليلاً
لاشتراط التنجيز فيكون هذا من الادلة على اشتراط التنجيز و لا بد من ملاحظة
دلائلها فعندئذ نرى عدم دلالة على اشتراط التنجيز بمعنى عدم جعل الشرط
فى العقد لان العقد المشروط لا ينفك اثره عنه و انفكاك اثره عنه يكون فى
صورة كون الأثر مترتباً عليه بدون الشرط فاذا قال ضاربتك ان جاء زيد يكون
الأثر لهذا العقد على نحو التعليق بان لا يترتب عليه اثر الا بعد مجيء زيد فكيف
يقال بان لازمه انفكاك الأثر عن المؤثر حتى يكون لازمه اشتراط التنجيز و
بعبارة واضحة اثر العقد التعليقى مترتب عليه من حين العقد و ثانياً ان لازم هذا
الاستدلال هو ان لا يكون التعليق على امر يكون حاصلاً حال العقد مضراً ولو
مع الجهل به مثل ان يقول ان كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعثك او ضاربتك
مع كون اليوم يوم الجمعة فان الاثر لا ينفك عن العقد مع ان التعليق فى العقد بذكر
الشرط مسلم فلو كان لنا الاجماع على التنجيز مطلقاً لا يكون هذا خارجاً عنه و
ان كان الاجماع على عدم انفكاك الأثر عن المؤثر لكان هذا خارجاً عنه لعدم
الانفكاك واقعاً و الى ذلك اشار المصنف (قده) على فرضه الاجماع على عدم
انفكاك الاثر.

الدليل الثانى هو انه لا بد فى ترتيب الأثر على العقد الرضا به ولا يحصل الجزم

بوجود الرضا الا مع التنجيز كما حكى عن الشهيد في القواعد حيث قال ره «لأن الانتقال بحكم الرضا ولا رضا الا مع الجزم و الجزم ينافي التعليق وفيه اولا ان هذا لا دليل عليه بل هو ادعاء محض بعد شمول عمومات الصحة مثل اوفوا بالعقود و تجارة عن تراض للعقد مع التعليق ايضاً.

و ثانياً ان الرضا الفعلي على تقدير وجود المعلق عليه حاصل فاذا وجد الشرط يعلم بتحقق الرضا حال العقد و اذا كان حاصلًا حين العقد فهو أسهل حالاً و لا يتوقف الانتقال على الجزم حال العقد بالرضا بل يكفي الجزم بعد ذلك بالرضا حال العقد.

و ثالثاً ان هذا الدليل لا يشمل صورة حصول الشرط حال العقد مثل اشتراطه بكون وقت انشائه يوم الجمعة و كان يوم الجمعة متحققاً بان يقول ضاربتك ان كان هذا الوقت يوم الجمعة. فانه اذا كان الوقت يوم الجمعة فالرضا الفعلي حاصل و ان كان التعليق ايضاً متحققاً فلو كان التعليق مضراً لا يكون دليله عدم تحقق الرضا فعلاً. و ما ذكره يدل على ان التعليق على مجهول الحصول مضر سواء كان حالياً او استقبالياً.

الدليل الثالث الاصل اى اصاله عدم الانتقال مع فرض التعليق حيث انه يشك في ترتيب الأثر معه و حكى هذا عن التذكرة في كتاب المضاربة حيث قال الاصل عصمة مال الغير و حكى ايضاً سبق الشيخ في المبسوط و الخلاف بذلك في كتاب الوكالة حيث قال: «لا دليل على الجواز و الصحة اذا لم تكن منجزة» وفيه اولا ان الاصل اصيل حيث لا دليل فان عمومات الصحة شامل للمعلق و المنجز فيؤخذ بها.

و ثانياً ان الشك في الصحة مسبب عن الشك في اصل شرطية التنجيز و اصاله عدم الشرطية حاكمة على اصاله عدم الانتقال.

و ثالثاً أن لازم هذا الدليل هو عدم صحة العقد مع التعليق حتى اذا كان الشرط معلوم الحصول حال العقد مع تصريح غير واحد بصحة التعليق فيه كما يظهر بالمراجعة الى كلمات القوم فى ذلك و منهم المصنف فى صورة العلم بحصوله لا فى صورة الجهل به.

الدليل الرابع هو ما يتوهم من ان الانشاء غير قابل للتعليق لأن الانشاء بمعنى الایجاد و هو إما حاصل او غير حاصل. و اجيب عنه اولاً بان التعليق فى العقود و الايقاعات ثابت فى الشريعة المقدسة مثل الوصية التمليلية و العهدة و التدبير و النذر و العهد و اليمين اجمالاً بل ضرورة عند اهل العلم و لا يخفى التعليق فى التدبير و الوصية على الموت و فى غيرهما على حصول المعلق عليه و اقوى دليل امكان الشئ و وقوعه.

و ثانياً أن التعليق راجع الى المنشأ لا الى الانشاء نفسه فقول القائل بعتك اذا جاء رأس الشهر يراد به تعليق البيع اذا جاء رأس الشهر لا تعليق الانشاء اى لا يريد انه ان لم يجرى رأس الشهر لم ينشأ البيع بل أنشأ بهذا الشكل ضرورة ان معنى الانشاء كما حررناه فى الاصول هو ان يبرز المنشئ عن البناء النفسى الاعتبارى فاذا اعتبر زيد كون الدار لزيد يوم الجمعة فيبرز هذا الامر الاعتبارى بالجملة الانشائية و من المعلوم ان الاعتبار كان بهذا النحو و غيره ينافيه و لا تعليق فى نفس هذا الاعتبار بل المعتبر مقيد كما ان الجملة الاخبارية عبارة عن ابراز قصد الحكاية عما هو واقع فى الخارج و من المعلوم ان الاظهار و الابرار من الامور الخارجية و لا تعليق فيه لانه اما ان يتحقق خارجاً او ينتفى فعلى هذا يكون قوله تعالى «لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا»، اخباراً عن امر تكوينى على فرض وجود المعلق عليه و صدق الشرطية لا يستلزم صدق طرفيها فمع عدم تحقق الآلهة ابدأ يصحّ هذا الاخبار و لا يضره التعليق فعلى هذا لا مجال للمقول

بتعليق نفس الانشاء فى العقود و الايقاعات و من الواضح الفرق بين تعليق الانشاء بان يقول القائل ان جاء رأس الشهر أنشأ البيع و بين ان يقول بعث ان جاء رأس الشهر فان الانشاء لم يتحقق فى الاول بل هو اخبار عن ارادة الانشاء و مثله التعليق فى الاخبار فانه ان قال ان كانت الشمس طالعة فالنهار موجود يكون التعليق فى المخبر به و اما ان قال ان كانت الشمس طالعة اخبرتك بوجود النهار يكون التعليق فى الاخبار فما هو قابل للتعليق هو المفهوم من الخبر و الانشاء و المصدق جزئى و الجزئى لا يقبل التقييد فانه اما ان يكون موجوداً خارجاً او معدوماً.

و بعبارة اخرى ان الانشاء و الاخبار تارة يلاحظان معنيان اسميان و تارة يلاحظان معنيان حرفيان و من المعلوم ان الذى يقبل التعليق هو المعنى الاسمى الذى هو المفهوم منهما استقلالاً اما مع كونهما معنيان حرفيين غير ملحوظين بلحاظ مستقل و اما المصدق الخارجى فلا يقبل التقييد لان الجزئى الخارجى لم يلحظ على نحو المعنى الاسمى فلا محالة يرجع التقييد الى المنشأ و المخبر به لا الى الاخبار و الانشاء.

فان قلت - كما هو المنسوب الى بعض الاعيان - : إنَّ المعلق عليه فى الجمل الشرطية هو الاخبار بالجزاء او انشاء الجزاء لا نفس المخبر به او المعنى المنشأ مستنداً على ذلك بانه يلزم كذب قوله تعالى «لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا» لان الاخبار بالفساد اذا كان مطلقاً غير مقيد بشيء كان بلا مطابق فى الخارج فيكون كذباً و تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً فلا بد ان يكون الشرط قيداً للاخبار لا للمخبر به و كذلك الكلام فى الانشاء لانهما من باب واحد.

قلت: القيود اما حقيقية و اما تعليلية فالاول مثل جاء زيد راكباً فرساً و الثانى مثل قولنا اذا ركب زيد الفرس يجىء و الاول و ان لم يصدق اذا لم يتحقق المجىء

والركوب ولكن الثانى يصدق وان لم يتحقق مجيء ولا ركوب لانه اخبار عن مجيئه على تقدير الركوب ولذا يقال القضية الشرطية لا يتوقف على صدق طرفيها فيصدق الآية وان لم يكن آلهة ولا فساد فى الخارج و بعبارة اخرى الاخبار يكون بالفساد على تقدير وجود الآلهة لا بالفساد المطلق مع انه اخبار بالفعل ويكون التعليق فى المخبر به وهو الفساد. فتحصل ان شرط التنجيز ليس لمحالية تعليق الانشاء بل الدليل هو الاجماع المتقدم.

ثم انه لم يعرف متأمل فى شرطية التنجيز سوى ما نسب الى الكفاية من اسناد الحكم الى المشهور وفى الحدائق فى المقام الرجوع الى اصالة عدم الشرطية و قد يقال بان الخروج عن الاجماع وعدم ظهور الخلاف كما اعترف به فى مجمع البرهان ممنوع. ولكن يمكن ان يقال ان الاجماع محتمل السندية ولعل سنده ما تقدم من وجوه الاستدلال.

و على فرض تماميته فيؤخذ بما هو المتيقن منه لانه دليل لبي ففى الشرط الحاصل ولو مع الجهل به يمكن ان يقال ان التعليق غير مضر.

ولنا ان نقول ان العرف فى باب العقود يرى التعليق مخالفاً لتحقيق المعاهدة فاذا كان الجهل بحصول الشرط ايضاً لا يراها تامة مع كون العقود اموراً عرفية كالايقاعات ايضاً ويكون العمومات منزلاً على ما هو العقد او الايقاع مفهوماً عند العرف واما الشروط التى هى حاصلة عنده ويعلمها او قطعى الحصول كمجىء رأس الشهر فيمكن ان لا يكون عنده مضرًا بها الا ان يقال نفس التعليق مما يكون مضرًا عند العرف الا اذا كان نفس العقد مما كان بنائه على التعليق او كان فى مورده اجماع على عدم المضرة. وبالجملة اذا كان التعليق مضرًا عرفاً بالانشاء فلا يصدق المعاهدة ولا الايقاع فلا اثر له لعدم الموضوع له و اما ما كان بنائه على التعليق كالوصية والتدبير الذى هو نوع منها وكالندبر و

شبهه فلا يضره التعليق لاعرفا ولا شرعاً.

ثم لا يخفى أننا لا نقول بما عن بعضهم من أن العمومات شاملة للعقود الدارجة فى زمان الصدور فما هو غير دارج لا يشملها العموم فان هذا المبنى ضعيف كما قيل بل نقول بان اصل صدق العقد فى مورد التعليق متزلزل عند العرف والا فمع صدقه يشملها العمومات فى كل زمان فان وجوب الوفاء بالعقد يشملها عقد البيعة مثلاً الذى هو دارج زماننا هذا وان لم يكن هذا النحو من العقد فى زمان النزول لآية «اوفوا بالعقود».

فان قلت: بعد عدم رجوع التعليق الى الانشاء كما مر فالانشاء منجز فيكون مورد اجماع اشتراط التنجيز فى العقد. قلت: المراد بالتعليق هو العقد الذى يكون فيه ذكر الشرط وان فرض رجوعه الى المنشأ بوجه دقيق علمى والا فلا يبقى موضوع للتعليق الذى هو محل البحث اصلاً.

اما الفرع الثانى فهو أنه فى صورة التعليق المضّر الموجب لبطلان العقد لا يخلو اما ان يكون اذنه الذى كان فى ضمن المضاربة مقيداً بالصحة اولاً، فعلى الاول يصح معاملات العامل ويقع للمالك من دون احتياجها الى الأجازة من المالك ويستحق العامل اجرة مثل عمله لانه كان بامر من المالك واما على فرض كون الاذن مقيداً فيقع معاملاته فضولاً فان اجاز المالك فيقع له وان لم يجز فهي باطلة وعلى فرض الاجازة ايضاً فى هذا الفرض لا اجرة للعامل ان كان عالماً بالبطلان واما اذا كان جاهلاً به ولم يكن مغروراً من قبل المالك فلا اجرة له ايضاً والا فله الاجرة كما اذا كان المالك عالماً بالبطلان ومع ذلك اذن له فى التصرف مقيداً بصحة المضاربة مع انه يعلم ببطلانها ويريد ان يستفيد من العامل استفادة مجانية بهذه الحيلة اعاذنا الله منها فى امورنا ثم انه بعد العلم بالبطلان وتقيد الاذن بالصحة لا يجوز له التصرف فى المال اصلاً واما العقد الفضولى فهو

تصرف في اللسان اى لسان نفس الفضول و هو غير التصرف في مال الغير .
ثم أنه لا شبهة في ان تعليق التصرف على امر من الأمور لا اشكال فيه بغد
تنجيز اصل العقد مثل ان يشترط معه التصرف في مال المضاربة بعد يوم فكما انه
لا ضرر في اشتراط كل جايز كاشتراط التجارة في مكان خاص او زمان خاص لا
اشكال في اشتراط ما ذكر فانه من مصاديق الشرط الذى يكون نافذاً لشمول ادلة
لزوم الوفاء بالشروط له فان هذا النحو من الشروط يكون خارجاً عن متن العقود .
قوله: الثالثة، قد مرّ اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك و اما العامل فلا
يشترط فيه ذلك، لعدم منافاته لحق الغرماء نعم بعد حصول الربح منع من التصرف
الا باذن من الغرماء بناء على تعلق الحجر بالمال الجديد.

اقول: قد تقدّم منه في اول كتاب المضاربة ذكر هذا الشرط الا ان كلامه
باطلاقه فيما تقدم كان شاملاً للمالك و العامل و هنا يكون مختصاً بالمالك و قد
مرّ أنّ التفصيل هو الصحيح لعدم وجه لعدم محجورية العامل بالنسبة الى ماله
الذى لا ربط له بمال المضاربة فان غاية ما يقال هو منعه عن ماله و اما منعه عن
عمله فليس له دليل و اما ما ينتفع بعمله من المال الذى هو هنا الربح فالظاهر انه لا
شركة للغرماء فيه بعد حكم الحاكم بالحجر بالنسبة الى غير هذا المال و لا وجه
لمنعه من التصرف في ماله الجديد فان المال الجديد يكون كالدين الجديد فكما
ان الدائن في الدين الجديد لا يصير شريكاً للغرماء كذلك المال الجديد لا يكون
ملحقاً بالمال القديم خصوصاً من جهة ان اصل الحجر ان كان دليله التسالم
فالمتيقن منه غير ذلك و ان كان النصوص في كتاب الحجر فهي واردة في مورد
اخر يستفاد منها اصل مشروعية الحجر و لا يكون لها اطلاق لفظي بحيث يمكن
ان يؤخذ به في هذا المقام. هذا كله مضافاً الى ان المتسالم هو الحجر بعد حكم
الحاكم و لو فرض حجر يكون بعد حكمه لا قبله و اذا شكّ في ذلك ايضا يرجع

الى عموم السلطنة لان الشبهة مفهومية و زيادة البحث موكولة الى كتاب الحجر. ثم أنه على فرض جواز تصرف المحجور فى المال الذى يكتسبه بعد الحكم بحجره يكون المالك كالعامل فى ذلك فان حجره عن بقية امواله لا يمنع من تصرفه فى المال الذى اكتسبه ولم يحكم بحجره بالنسبة اليه.

قوله: الرابعة، تبطل المضاربة بعروض الموت كما مرّ - او الجنون او الاغماء كما مرّ فى سائر العقود الجائزة و ظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً او ادوارياً وكذا فى الاغماء بعد قصر مدّته و طولها فان كان اجماعاً و الا فيمكن ان يقال بعدم البطلان فى الادوارى و الاغماء القصير المدة، فغاية الأمر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما، و اما بعد الافاقه فيجوز من دون حاجة الى تجديد العقد سواء كان فى المالك او العامل. وكذا تبطل بعروض السفه لاحدهما او الحجر للفلس فى المالك او العامل ايضاً اذا كان بعد حصول الريح الا مع اجازة الغرماء.

اقول: أمّا بطلان المضاربة بالموت فان كان الموت موت العامل فلأنّ المأذون كان هو نفسه و لا ربط له بوارثه فيما اجيز له التصرف فيه و ان كان المالك فالمال ارث لوارثه و امره يكون بيد الوارث و قد يقال ان كلّ العقود الجائزة يكون كذلك فانه قال فى الشرايع فى مبحث الوكالة «و تبطل الوكالة بالموت و الجنون و الاغماء من كل واحد منهما» و فى المسالك فى شرحه قال «هذا موضع وفاق و لأنه من احكام العقود الجائزة و لا فرق عندنا بين طول زمان الاغماء و قصره و لا بين الجنون المطبق او الادوار» و فى الجواهر^(١) نحو ذلك و عن التذكرة «لوجنّ الوكيل او الموكل او اغمى على احدهما بطلت الوكالة لخروجه حينئذ عن التكليف و سقوط اعتبار تصرفه و عباراته فى شيء البتة»

وقد اجيب عن هذا الاستدلال بان الخروج عن التكليف لا دخل له في صحة الوكالة ولا في بطلانها.

واما عدم اعتبار التصرف من المجنون او المغمى عليه فان كان بالنسبة الى الوكيل فهو وان كان صحيحاً حين الجنون ولكن لا ربط له بما بعد الإفاقة فانه بعد فرض صحة عقدها وعدم بطلانه يمكن اعتبار تصرفه بعد الافاقة واما الموكل فلا ربط لجنونه بالتصرف من الوكيل مع فرض صحة العقد حين الجنون فضلاً عن ما بعد افاقته ولذا حكى عن جامع الشرايع عدم البطلان بالجنون وكذا في الاغماء ساعة وقال في المستمسك ولكن الفرق بين الساعة والأكثر غير ظاهر كالفرق بين الجنون والإغماء في الاطلاق والتقييد بساعة.

اقول: العمدية في العقود الجائزة هي التوجه الى أنّ الشرائط العامة لحدوث العقد هل تكون شرائط لبقائه ام لا؟ فانه لا شبهة في العقود اللازمة ان شرائط الحدوث ليس هي شرائطها البقاء فان البيع اذا تم اوزاره لا اثر للجنون والاعماء والموت بالنسبة اليه والعقد عند العقلاء يكون من الأمور الحادثة الباقية مالم يحدث ما يوجب حلّه ولا شبهة في ان العقل وعدم الإغماء أنّ حدوث العقد مما لا بد منه شرعاً وعرفاً وعدم التكليف مانع عن اعتبار اللفظ ايضاً ولكن الشرطية بقاء لا بد لها من دليل وغاية ما يكون دليلاً على اعتبارها هي التسالم الذي يستشتم منه الإجماع وهذا التسالم دليل لثبوت لا حجّة له في غير المتيقّن فاذا كان الجنون الاعماء بساعة بل بساعات يكون خارجاً عن المتيقّن اذا كانت الوكالة بالنسبة الى ماله دوام من جهة كونه متعلقاً لها والمتيقّن منه صورة عدم رجاء زواله بلحاظ زمان متعلق الوكالة ولا شبهة ايضاً في انه في حال الجنون او الاعماء ولو في آن من الآنات لا يمكن ان يكون وكيلاً لعدم وجود الارادة والاختيار له فيكون حاله هذا كحال نومه واما الموكل فيمكن ان يقال ان جنونه

ولو فى ساعة يمنع عن نفوذ تصرف الوكيل حينه لأن الوكيل وجود تنزيلي للموكل واما بطلان العقد فلا وجه له.

والحاصل انه يمكن ان يكون الفرق بين الزمان القليل كالساعة وغيره هو عدم شمول الدليل له لانه خارج عن المتيقن ان كان هو التسالم بل ان كان لنا دليل لفظي على الاشتراط ايضا يمكن ان يقال بانصرافه عنه بل لقائل ان يقول بان التسالم محتمل السندية و سنده لعله ما عرفت من استدلال التذكرة ونحوه فالمرجع بعد ذلك العرف والعقلاء وهم لا يرون البأس فى المدة القليلة خصوصا فى الاغماء سيما اذا كان اختياريا للمعالجة. ويمكن ان يكون قيد الساعة قيدها للجنون و الاغماء ولم يحضرني متن كتاب جامع الشرايع وكيف كان فالفرق بين الساعة وغيرها قد ظهر بما ذكرناه و ان لم يكن فرق بين الجنون و الاغماء فى الساعة اللهم الا ان يكون الفرق هو عدم اطمينان العرف بعمل من جن ولو بمقدار ساعة لكونه نقصاً فى العقل بخلاف الاغماء فانه كالنوم عند العرف.

ولنا ان نقول اذا كان متعلق الوكالة امرأ له الدوام كالوكيل مثلاً فى اخذ الخمس من قبل المجتهد لا يرى الجنون أو الاغماء بايام مضرراً بالنسبة الى ما بعد الافاقة فعلى هذا الفرق بين الزمان القليل و الطويل فى الحكم فى الوكالة وغيرها كما فى المقام ليس ببعيد. ثم ان عدم التكليف فى كلام التذكرة يمكن ان يرجع الى عدم نفوذ تصرف المجنون و المغمى عليه الذى هو دليله الثانى فمن هذا الوجه مربوط بالوكالة و اما ادعاء أن كل العقود الجائزة يكون كذلك فقير ثابت لنا و ان كان عموم الدليل قابلاً للشمول له ولكن لا بد لنا من ملاحظة كل مورد من الموارد كما ان الكلام فى العقود اللازمة ايضا كذلك نعم ما فى ذهننا من العقود فعلاً يكون كذلك ولكن الحكم الكلى محتاج الى الفحص التام.

فقد ظهر مما ذكرناه فى الموت دليل حكم المجنون و المغمى عليه ايضاً.

اما بطلان المضاربة بعروض السفه فالظاهر انه متسالم عليه و قد يتمسك لذلك بما في الشرايع في كتاب الوكالة حيث قال «و تبطل وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف» و نحوه عن القواعد و غيره. و انت تعرف عدم دلالة امثال هذه العبارة الا على اشتراط عدم الحجر على الموكل و لا كلام فيه عن الوكيل فاصل التسالم على الموردين غير واضح.

ثم انه مع قطع النظر عن التسالم قد يقال بان الحجر على الموكل لسفه انما يمنع تصرف الموكل لا تصرف الوكيل اذا كان توكيله في حال الرشده. و قد يقال ان عدم سفه العامل في ابتداء الأمر في المضاربة لا دليل عليه فضلاً عن كونه مبطلاً بعد العقد لان سفه المالك يوجب حجره عن التصرف في امواله و اما حجر العامل فلا دليل على اعتباره عدمه.

اقول: ان السفه في نظر العقلاء لا اعتبار بعبارة سواء كان مالكا او عاملاً غاية الامر في المالك يكون ممنوعاً عن التصرف في ماله مضافاً الى كونه مسلوب العبارة و العامل لا يكون عمله مالاً ليكون ممنوعاً عنه ولكن فيه ايضا محتاج الى الولي اذا كان مما يرجع الى معاملاته فان عمله ايضا مما هو محتاج الى دراية و رشد في تقدير قيمته و السفه فاقد له فكيف يصح مضاربهته ابتداء بدون اذن الولي فعلى هذا فالسفه لاحدهما يكون موجبا لبطلان عقده اذا كان في بدو الأمر و اما اذا كان بعد انعقاد العقد فالكلام فيه كالكلام في الجنون و الاغماء فان فرض كون السفه قصير المدة فلا ينفذ التصرفات حينه و اما بطلان اصل العقد به فلا دليل عليه. فعلى هذا ما في المتن من قوله بالبطلان بعروض السفه لاحدهما يتم في ما اذا كان طويل المدة لا في قصير المدة.

و اما الحجر للفلس العارض بعد العقد فبالنسبة الى المالك فيوجب بطلان تصرفاته في ماله و من امواله ما يكون بيد العامل فلا محالة تبطل المضاربة

بعروضه واما في العامل فلا اثر له الا اذا كان الحكم بتفليسه بعد حصول الربح فان الربح ايضا يكون من امواله فعلى هذا يمنع عنه و لازمه بطلان المضاربة بالنسبة الى هذا الربح و اما المضاربة الجديدة فلا مانع منها كما تقدم في المسألة الثالثة فان حصل ربح و قلنا بمنعه من التصرفات في ماله الجديد يمنع من التصرف في الربح و الا فلا الا مع اجازة الغرماء.

قوله: الخامسة، اذا ضارب المالك في مرض الموت صحّ و ملك العامل الحصة و ان كانت ازيد من اجرة المثل على الاقوى من كون منجزات المريض من الاصل و كذلك على القول بانها من الثلث لأنه ليس مفوتاً لشيء على الوارث اذ الربح امر معدوم و ليس مالا موجوداً للمالك و انما حصل بسعى العامل.

اقول: إنّ منجزات المريض^(١) يكون فيه الخلاف بين الامامية و التعارض بين الروايات فمن جملة منهم كالكليني و الصدوق في احد قوليه و الشيخين و السيدين و القاضي و ابني ادريس و البراج و الاردبيلي و الخراساني و الحرّ العاملي و صاحب الرياض و غيرهم انها من الاصل بل نسب الى المشهور و الأكثر و عن جملة اخرى كالفاضل و الشهيدين و الكركي و المحكي عن الصدوق في قول آخر و عن الشيخ في المبسوط و غيرهم أنّها من الثلث و اما الروايات فيستفاد من بعضها أنّها من الاصل كحسن ابى شعيب المحاملي بابراهيم^(٢) عن ابى عبدالله عليه السلام: الانسان احق بماله مادامت الروح في بدنه. و في معناه روايات آخر.

و في مقابله روايات اخر كصحيح الحلبي^(٣) سئل ابو عبدالله ع عن الرجل

١- قد تعرّض لها في الجواهر، ج ٦، ص ٦٣. ٢- في الوسائل، باب ١٧ من احكام الوصايا، ح ٨.

٣- في باب المتقدم، ح ١٥.

عليه لامرأته عليه الصداق او بعضه فتبرؤه منه في مرضها قال: لا. و في صحيح على بن يقطين^(١) سألت ابا الحسن ع ما للرجل من ماله عند موته قال الثلث و الثلث كثير. و لا يخفى انا لا نكون هنا بصدد استقصاء البحث فانه طويل و الروايات كثيرة فلا بد من البحث في محله في كتاب الحجر^(٢) و ذكر الروايتين كان للاشارة الى ما ورد في ذلك و العدة هي الروايات و الظاهر ان اختلاف الاعلام ايضا يكون ناشياً من اختلافها و اجمال الكلام هنا هو ان ما دل على كون المنجزات من الأصل اظهر مما دل على كونها من الثلث فان التعبير بان له التصرف في ماله مادام كون الروح في بدنه يكون موافقاً للارتكاز و السيرة و غيره يحمل على ما لا ينافي هذا المعنى كالحمل على استحباب عدم تصرفه بما زاد عن الثلث مثلاً او الحمل للثلث على ما بعد الموت كما يشهد له موثق عمار الساباطي^(٣) عن ابي عبد الله ع الميت احق بماله مادام فيه الروح يبين به فان قال بعدى فليس له الا الثلث. و على فرض استقرار التعارض فيمكن تقديم القول بكونها من الاصل لانه المشهور او الاشهر و على فرض التساوي ايضاً تصل النوبة الى التخيير الاصولي فاختيار كونها من الاصل لا غرو فيه و كيف كان فالاقوى في النظر هو كونها من الاصل كما عن المصنف ايضاً.

اذا عرفت ذلك فنقول في المسألة على فرض كون المنجزات من الأصل فلا شبهة في صحة المضاربة و اما على فرض كونها من الثلث ففي الصغرى خلاف من جهة ان المضاربة هل هي موجبة لتفويت شيء على الوارث حتى يكون من الثلث ام لا فالثاني هو صريح المصنف لما ذكره بل حكى عن القواعد التصريح به

١- باب ١٠ من احكام الوصايا، ح ٨. ٢- كتاب الحجر في الجواهر، ج ٢٦.

٣- باب ١١ من الوصايا، ح ١٢.

ايضا و عن العلماء انه لا خلاف فيه و عن شرح مجمع البرهان او ظاهره انه لا خلاف فيه معلّين بما ذكر، وانت تعرف ان التعليل هو العمدة و الا فعدم الخلاف سندى و سنده هذا التعليل و الجواب عن هذا التعليل كما عن بعض الاعاظم هو ان سهم الربح ان كان ازيد من اجرة المثل يكون هذا تصرفاً زائداً فى مال الوارث و ذلك من جهة ان هذا السهم عند عقد المضاربة و ان لم يكن له وجود و ليس مملوكا للعامل و المالك الا انه فى ظرف وجوده يكون مملوكاً فسهم المالك مملوك له و سهم العامل ايضا يكون مملوكا له بتمليك المالك له بعقد المضاربة اذ لولا المضاربة لكان المجموع ملكاً للمالك لان الثمن يكون بتمامه ملكاً للمالك الثمن فالمالك هو الذى فوّت على الوارث المقدار الزائد فعلى هذا اذا كان ذلك فى مرض موته يكون الزائد عن اجرة المثل من ثلث ماله و اما اجرة المثل فهى مما صار عوضها فى ملك الوارث فان عمل العامل له مالبية عقلانية. و الذى يسهل الخطب هو كون المنجزات من الاصل.

قوله: السادسة، اذا تبين كون رأس المال لغير المضارب سواء كان غاصباً او جاهلاً يكونه ليس له فان تلف فى يد العامل او حصل خسران فلما لكة الرجوع على كلّ منهما فان رجوع على المضارب لم يرجع على العامل و ان رجع على العامل رجع اذا كان جاهلاً على المضارب و ان كان جاهلاً ايضاً لآته مغرور من قبله

اقول: البحث فى هذه المسألة فى فروع الاول فيما اذا تبين كون المال لغير المضارب فاتجر العامل به فخسر و الحق فى هذه الصورة ان يقال ان اجاز المالك الواقعى المعاملات الواقعة على عين ماله فيكون له الربح و عليه الخسران و ان لم يجزه فيأخذ عين ماله اينما وجدها و ليس الحكم هو امضاء ما خسر و اخذ عوض الخسران من العامل او المضارب و لو فرض ان يكون التجارة بماله تارة مربحة و اخرى خاسرة فايتهما اجازها كان عليها آثارها فان كان المجاز هو

الرابعة فله الربح و ان كان المجاز الخاسرة فعليه الخسران فما هو ظاهر المصنف من جعل الخسران كالتلف غير وجيه الا ان يكون مراده بالخسران تلف البعض و بالتلف تلف الكل و هو غير ظاهر من عبارته.

الفرع الثاني فيما اذا كان المال تالفاً حين تبين الحال فحينئذ يأتي الكلام في ان ضمانه على من هو و ان رجع المالك على احدهما فهل هو يرجع على من كان التلف عنده ام لا؟ و خلاصة الكلام هنا هي انه لا بدّ من بيان اصل دليل الضمان و ان التلف هل يوجب استقرار الضمان على من تلف عنده المال ام لا و اما اختلاف الكلمات في الغصب عن الاعلام الذي ذكره في المستمسك و بين اختلافه فالظاهر انه يرجع الى اختلاف الاستظهار من الادلة فان شئت فارجع اليه.

أما نحن فنقول إنّ الدليل على اصل الضمان فهو النبوى الدال على ان ما جاء تحت اليد فيكون ضمانه على اليد بقوله ص «على اليد ما اخذت حتى تؤدي»^(١) و قد مر في المباحث السابقة ان عمل المشهور به جابر لضعفه على التحقيق و قد مرّ ايضا ان اطلاق اليد شاملة للأمانية ايضاً وفاقاً للمصنف في الجملة و انما خرج عنه يد الأمين للنصوص الدالة على عدم ضمان الأمين اذا لم يكن مفرطاً و لا عادياً و يكون هذا الحكم موافقاً لبناء العقلاء و سيرة المتشرعة ايضاً و ليس تعبداً محضاً فعلى هذا في المقام نقول اما ان يكون المضارب و العامل عالمين عاديين و اما ان يكونا جاهلين و اما ان يكون المضارب عالماً و العامل جاهلاً او بالعكس. فهنا صور:

الاولى هي صورة علمهما فهما غاصبان عاديان فقاعدة اليد شاملة لهما على

نحو الواجب التخييرى فان المال الواحد هنا يكون فى عهديتين على نحو التبادل فالمالك له الرجوع الى هذا ان لم يأخذ بدل ماله من ذاك وبالعكس كما ان الصيام فى خصال الكفارات المخيرة واجب على فرض عدم الاتيان بالعتق او الاطعام وبالعكس.

والدليل على هذا أولاً هو أنَّ غاية الضمان فى اليد هى الاداء والمراد بالاداء اداء المال الى مالكه لا الى كل احد وهنا احدهما هو المضارب اذى المال الى العامل لا الى المالك والعامل بعد جعل يده عليه لم يؤدّه الى مالكه فبقانون اليد يكون له الرجوع اليهما و ثانياً أن بناء العقلاء وسيرة المتشرعة ايضا يكون على هذا المعنى فى صورة بقاء العين فضلاً عن صورة تلفها فله الزام من لا يكون العين عنده باخذ العين من غيره وهذا واضح.

أما الكلام فى أنه اذا رجع على من لم يتلف العين عنده كالمضارب فى المقام فهل هو يرجع الى من تلف العين عنده أم لا؟ فهنا نقول تارة يكون التلف سماوياً لم يرجع نفعه الى من تلف عنده واخرى يكون التلف مما رجع نفعه الى من تلف عنده والغالب فيما نحن فيه هو الاول لان النقصود خصوصاً اذا كان مثل الاسكناس وقلنا بجواز المضاربة بغير الدرهم والدينار كما هو الحق اذا تلفت لا يرجع نفع منها الى من تلف عنده ولكن فى غير المقام يمكن ان يكون الغالب رجوع نفعه الى من تلف عنده كالماء اذا اريق فى المزرعة المحتاجة اليه وكيف كان فعلى الأول فمن تلف عنده المال وغيره سواء فى نظر العرف والضمان كان ضمان اليد فاذا فرض كونهما سواء فى اصل الضمان باليد فالقول باستقرار الضمان على من تلف عنده مشكل جداً نعم لو فرط من تلف عنده فيكون مؤاخذاً بتفريطه و يرى العرف استقرار الضمان عليه لانه يحسب كالمتلف وقاعدة من اتلف مال الغير فهو له ضامن تشمله واما على الثانى وهو صورة رجوع النفع من

التلف الى من تلف عنده فان رجع المالك على من لم يتلف عنده فالظاهر هو رجوعه الى من تلف عنده لا اقل من الزامه بالنفع الذى وصل اليه واما بالنسبة الى الزائد فهما سواء وان كان الاحتياط فى المصالحة ثم انه فى هذه الصورة لا وقع لاستيمان المضارب للعامل بعد كونهما غاصبين كما هو واضح.

الصورة الثانية

هى صورة جهلها بالحال وفى هذه الصورة وان لم يكن عليهما ذنب فى التصرف فى المال لمعدوريتهما بالجهل أَلَّا أَنَّ الضمان لا يتوقف على العلم لان دليل الضمان ان كان هو قاعدة اليد فهى شاملة باطلاقها للمورد لعدم اختصاصها باليد العادية فاصل ضمانهما مسلم وللمالك الرجوع الى كل واحد منهما على البذل ولكن الكلام فى ان الضمان هل يستقر على من تلف المال عندهما هما سواء فى ذلك ولا يخفى ان فرق هذه الصورة مع الصورة الأولى هو استيمان المضارب الذى يزعم انه مالك هنا للعامل ولا معنى للاستيمان هناك فعلى هذا يأتى الكلام فى انه ان رجع المالك على العامل فهل هو يرجع على المضارب مع عدم التعدى او التفريط كما فى المضاربة الصحيحة ام لا قد يقال بعدم رجوع المضارب الى العامل كما عن المصنف وعن التذكرة التعليل بانه اخذه من المضارب على وجه الامانة وعن تعليله بانه ادى المضارب دخل معه على أن التلف بغير تفريط يكون منه واجيب عن الاول بان الامانية تكون فى صورة اخذ العامل المال من المالك لا ممن زعم انه مالك وهو المضارب هنا وعن الثانى بان هذا حكم المضاربة الصحيحة لا الفاسدة وفيه ان المقام ينطبق عليه قاعدة «مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» وهنا وان كانت المضاربة فاسدة ولكن صحيحها حيث لا يوجب الضمان بالنسبة الى رأس المال يكون فاسدها ايضاً كذلك وليس فسادها هنا الا من باب كون المالك غير المضارب وهذا لا يضّر

بكون اليد امانية فعلى هذا فالقول بان استقرار الضمان يكون على المضارب لا العامل موجه. الا ان التفصيل السابق فى وجود نفع من التلف الى من تلف عنده وعدمه يأتى هنا ايضاً و هنا كلام عن بعض الاعاظم لا بأس بالتعرض له و هو انه قال حسب مبناء فى تعاقب الأيادى على مال واحد ان المالك اذا رجع الى واحد منهم و اخذ بدل ماله منه فكأنه يصير مالكا عند العقلاء للمال بقاءً فان وجد عينه فيأخذه و ان لم يجده فيأخذ بدله ممن تلف عنده لان نحو الحكم فى تعاقب الايادى يكون هو كالواجب الكفائى فاتيها اذى مال المالك فقد اداه و سقط وجوب الاداء عن الغير ولكن المال يستقر ضمانه على من تلف عنده فعلى هذا فى المقام اذا رجع المالك الى العامل و اخذ منه بدل ماله فيكون العامل مالكا للمال بقاءً فله مطالبة المضارب و لا يقدر فى ذلك ان المفروض هو اداء المضارب للمال الى العامل و تسليمه له لان الاداء كذلك يكون على نحو لا يكون مضمناً فهو نظير ما ذكره فى الغصب من انه اذا غصب شخص طعاماً و قدّمه الى غيره فاكله فرجع المالك على الآكل فضمنه فان الآكل يرجع الى الغاصب بلا اشكال لانه قد وقع يده عليه و ليس له الاعتذار بانه سلّمه اليه لانه انما سلّمه اليه و اباحه له مجاناً فلا يكون موجبا لسقوط الضمان.

اقول: اصل كلامه فى تعاقب الايادى متين على فرض عدم كون التسليط مملكا كما هو التحقيق فاذا سلط هذا الغاصب مثلاً غيره على المغصوب يكون المال باقيا فى ملك مالكة و اما على فرض كون التسليط مملكا كما عن بعض فليس للذى اداه الى مالكة اخذه ممن سلطه عليه. و اما تشبيه المقام بتقديم الغاصب طعاماً لغيره فهو يكون فى صورة كون المضارب غاصباً و هو يرجع الى ان يكون الآكل مغروراً و سيجىء الكلام فيه اما فى هذه الصورة من المسألة و هى صورة جهلها بالحال فيكون له فارق فان ما فرضه يمكن ان يأتى فيه

قاعدة الغرور على فرض اختصاصها بمورد علم الغارّ و جهل المغرور لا على فرض شمولها للجاهلين كما سيأتى و فيما فرضناه لا مجال لها و ان لم يكن قاعدة الغرور من اصلها تامة عند هذا العظيم ولكنها تامة عندنا كما سيأتى. فى الصورة الثالثة اللهم الا ان يقال التشبيه يكون لمجرد تقريب عدم الضمان فانه كما لا يكون التسليم فى الغاصب موجبا للضمان لا يكون تسليم المضارب الجاهل هنا موجبا له.

و كيف كان فالعمدة فى المقام هى ما ذكرناه من شمول قاعدة «مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و ان كان لما ذكره ايضا وجه.

الصورة الثالثة ان يكون المضارب عالماً و العامل جاهلاً ففى هذه الصورة ان رجع المالك على العامل فيمكن ان يقال برجوعه الى المضارب لوجهين: الأول ما مر فى الصورة الأولى من تطبيق قاعدة «مالا يضمن...»

والثانى قاعدة الغرور و سند هذه القاعدة امور: الاول بناء العقلا و سيرة المتشركة عملاً و ارتكازاً مع عدم ردع الشرع عنه بل امضاه بما سيأتى من الحديث.

الثانى الروايات فى موارد خاصة منها ما فى كتاب النكاح ابواب العيوب و التدليس منها فى الوسائل ج ١٤ ففى (٢/١) خبر ابى عبيدة و فيه قوله ع و يأخذ الزوج المهر من وليها الذى كان دسها.

و فى (٢/٢) خبر رفاعة بن موسى و فيه قوله ع فان المهر على الذى زوجها. فان التدليس نوع من الغرر و هو العلة للضمان فيمكن التعدى عن المورد الى غيره من الابواب.

و فى مستدرک الوسائل^(١) و فيه قوله ع و يرجع بالمهر على من غره بها و ان

١- باب ١ من ابواب العيوب ما رواه عن دعائم الاسلام، ح ٦.

كانت هى التى غرّته رجع به عليها و ترك لها ادنى شىء مما يستحلّ به الفرج». و فى الوسائل^(١) صحيح الحلبي و فيه قوله ع «و يغرم وليّها الذى أنكحها مثل ما ساق اليها».

و فى (٧/١) ما رواه اسماعيل بن جابر و فيه قوله ع «و على الذى زوّجه قيمة ثمن الولد يؤتیه موالى الوليدة كما غرّ الرجل و خدعه.

و الاشكال فى هذا الخبر بانه ليس فيه التعرض للضمان المغرور و هو الزوج الذى صار مغروراً بواسطة تزويج الرجل اياه امة مكان ابنته التى اعجبته بل يكون فيه التعرض لضمان الغارّ قيمة الولد على موالى الأمة مع ان المعروف فى فقهاء جواز الرجوع الى كلّ منهما مندفع بان المغرور فى الواقع هنا يكون موالى الامة و اما الذى تزوجها فهو اذا لم يكن عليه المهر و لا شىء آخر لم يذهب من كيسه شىء ليكون البحث فى ضمانه و اما كون الموالى مخيراً فى الرجوع الى كل منهما فهو امر آخر و الحاصل الذى نحن بصدده الآن هو كون الضمان على الغارّ و هو يستفاد من هذا الخبر.

و منها ما ورد فى ابواب الشهادات فى شهادة الزور^(٢) ففى صحيح محمد بن مسلم عن ابى عبد الله ع عن شاهد الزور ما توبته؟ قال يؤدّى من المال الذى شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله ان كان النصف او الثلث ان كان شهد هذا و آخر معه و فى موثق جميل عن ابى عبد الله عليه السلام فى شاهد الزور قال ان كان الشىء قائماً بعينه ردّ على صاحبه و ان لم يكن قائماً ضمن بقدر ما اتلف من مال الرجل. و اورد على هذه الطائفة من الروايات ان الظاهر كالصريح منها هو ان الرجوع

١-٥/٢ من العيوب و التدليس.

٢- فى الوسائل، ج ١٨، باب ١١ من الشهادات، ح ١ و ٢.

يكون الى شاهد الزور لا الى الحاكم الذى صار المحكوم عليه مغروراً من قبله حيث حكم بخلاف الواقع فيكون هو الغارّ و لم يقل احد بالرجوع اليه فلقاتل ان يقول ان الضمان هنا يكون من باب الاتلاف وكون السبب وهو شاهد الزور اقوى من المباشر فلا يشمل المورد الذى ليس كذلك و فيه ان المغرور فى الواقع هو من حكم عليه و ذهب ماله و الحاكم لم يحكم الا بما لا يرجع نفعه او ضرره اليه على حسب موازين القضاء فهو ليس غارّاً.

و منها مارواه الشافعى^(١) «المغرور يرجع بالمهر على من غرّه».

و هذا المرسل مع قطع النظر عن سنده لا يكون دلالة الا فى مورد المهر و لا تعليل فيه الا اذا ضم معه ارتكاز العقلاء بعدم الفرق.

الثالث النبوى الذى قيل انه المشهور بين الفريقين كما فى قواعد العلامة البجنوردى و هو قوله صلى الله عليه و آله «المغرور يرجع الى من غرّه» و حكى عن الكركى فى حاشية الارشاد و عن نهاية ابن الأثير و فى الجواهر^(٢) فى كتاب الغصب فى بحث «من اطعم طعاماً مفصوباً لغيره مع عدم علمه» ان الاصح ان المباشر ضامن ولكن يرجع الى الغاصب و ينجر غروره برجوعه على الغارّ، بل لعل قوله ع «المغرور يرجع الى من غرّه» و قال بعضهم لم نعثر على هذه الرواية فى كتب الحديث بل هى قاعدة فقهية مستفادة من عدة روايات ورد بعضها فى التدليس و قد مر مناصرها فى الدليل الثانى.

اقول: بعد ما عرفت ارسالها نبوياً عن النبى ص فى حاشية الارشاد عن الكركى و ارسالها عن المعصوم فى كلام الجواهر لا داعى لنا لان نقول هذه

١- سنن الكبرى للبيهقى، ج ٧، ص ٢١٩، باب من قال يرجع المغرور الى من غره.

٢- ج ٣٧، ص ٤٥.

القاعدة فقهية فانه لا داعى لمن ذكر ان ينقلوها بنحو الرواية مع كونها قاعدة و هم اجل شأناً من هذا التحريف وكذا لا داعى لنا بان نقول ليست هى رواية لعدم نقلها فى كتب الحديث بل هى رواية مرسله و لا فرق بين كتاب الحديث و كتاب الفقه فى ذلك و حينئذ اما ان نقول بانجبار ضعفها بالارسال بعمل الاصحاب ان فرض استنادهم اليها كما قيل بانهم استندوا الى هذا النبوى فى غالب كلماتهم لا الى الأدلة الاخرى على فرض كون المبنى كما هو التحقيق انجبار ضعف الخبر بالاستناد منهم او مع عدم الاستناد ايضا اذا كان الخبر برآهم و منظرهم و اما ان نقول بان الوثوق الخبرى حاصل بعد فرض فهم هذا الحكم من الروايات فى الموارد الخاصة المتقدمة فى التدليس بعد الغاء الخصوصية او نقول ان القاعدة الكلية مستفادة بالأجمال اما من هذه الرواية او من الروايات الخاصة المتقدمة حتى على فرض القول بعدم كون الشهرة جارية لضعف السند بعد كون مضمونها موافقا لبناء العقلاء و سيرة المتشرعة ايضا فعلى هذا يكون الوثوق حاصلًا بالمضمون و هو ان المغرور يرجع الى من غره.

الدليل الرابع قد ادعى بعض من قارب عصرنا الاجماع على رجوع المغرور إلى الغار بمقدار الضرر الذى اوقعه الغار فيه و لا خلاف بينهم فى ذلك و ان فرض الخلاف فى بعض صغرياته كما اذا كان الغار نفسه جاهلاً بالواقع و مدح مثلاً امرأة من جهة مالها و جمالها لسماعه من الناس فظهر أنها ليست كذلك فان الغار هنا معذور فهل هذا العذر منه موجب لسقوط حق الغير عليهم لا؟ و هذا لا يضر بالكبرى - ولكن قد اخدش فيه بانه على فرض تحققه سندي و هو كما قال فان سنده على احتمال قوى هو ما مرّ او ما سيأتى.

الدليل الخامس ان الغار حيث انه كان سبباً لغرور المغرور فكأنه اتلف ما ذهب من ماله بغروره فيكون من باب ان السبب اقوى من المباشر سبباً لاتلاف

مال المغرور فيكون مشمولاً لقاعدة من اتلف مال الغير فهو له ضامن فليست قاعدة مستقلة وراثتها وقد اجيب عن هذا بأن السبب اقوى من المباشر ليس هنا محلّه لأنّ السبب ان كان المراد به العلة التامة او كون جزئه الأخير هو الغارّ فليس كذلك لان المغرور نفسه اقدم باختياره على العمل والمراد بان السبب اقوى من المباشر يكون المورد الذى لا يكون الفعل صادراً عن فاعل بالأختيار وهذا ليس كذلك والا لكان كلّ من المعدّات كذلك سبباً نعم اذا لم يكن الفاعل عالماً بالمفسدة كما اذا وصف شخص دواء سامّة بأنه نافع فشرّب جاهلاً بكونه سماً يكون السبب اقوى من المباشر.

و فيه ان معنى كون السبب اقوى من المباشر هو الاعتبار العرفى والا فكل سبب يكون دخيلاً مع فعل آخر يكون من المعدّات ولا بحث فى المقام فى الفاعل المختار الذى هو عالم بالضرر كما اذا كان عالماً بنهى الشرع ومع ذلك اغواء الشيطان فان الشيطان يقول لا تلومونى ولوموا انفسكم وان كان غروره من الشيطان من وجه آخر يكون هو غافلاً عنه وهو عقبات المعصية بل الكلام فى الغرور وهو الذى يكون جاهلاً بالضرر والحق هو ان قاعدة الغرور تكون اشمل من قاعدة الاتلاف فلو فرض صدق الغرور بدون الاتلاف ايضا لدار الحكم مدار الغرور وموارد صدق الغرور بدون الاتلاف كثيرة كاغرار الشيطان للانسان فى امر الدين ولا فرق بينهما فى مورد تصادقهما وربما يصدق الغرور مع رجوع نفع مال الغير الى المغرور فمن اكل طعاماً قدمه اليه الغاصب قد شبع به وكأنه لم يتلف من ماله شيء ولكن مع ذلك يقال بعدم استقرار الضمان عليه بل يرجع الى المقدم واما اقوائية السبب عن المباشر فيمكن ان يكون دليلاً الا ان هذه ايضا محتاج الى دليل وهو ان العرف بعد وجود دليل اصل الحكم وهو النهى عن القتل او عن اتلاف مال الغير فى مقام تطبيق الدليل يحكم بالاقوائية من باب الغرور فى بعض

الموارد ومن باب آخر فى بعض آخر فقاعدة ان السبب اقوى من المباشر اشمل و تشخيص الاقوائية يكون بمهدة العرف وربما لا يكون غرور و يكون السبب أقوى كمن اكره على اكل مال الغير فان المكروه ليس بمغرور ولكن السبب و هو المكروه (بالكسر) اقوى.

ثم أنه لابد من البحث هنا فى جهات: الاولى فى معنى الغرور قال الراغب فى المفردات يقال غررت فلاناً، أصبت غرته، و نلت منه ما اريد و الغرة غفلة فى اليقظة، والغرار غفلة مع عفو (و عفو الشئ صفوته) و اصل ذلك من الغر و هو الاثر الظاهر من الشئ و منه غرة الفرس و غرار السيف اى حدّه و غر الثوب اثر كسره الى ان قال و الغرور (بفتح العين) كل ما يغرّ الانسان من مال و جاه و شهوة و شيطان...

و فى مجمع البحرين للطريحي - قوله تعالى ما غرّك بربك الكريم اى: اى شئ غرّك بخالقك و خدعك و سؤل لك الباطل حتى عصيته و خالفته و قيل غير ذلك و نحن فى فهم معانى اللغات لابد لنا من وجدان علامات الحقيقة و كتب اللغة يبين موارد الاستعمالات و المتبادر من معنى المغرور هو من وقع فى الباطل غفلة عن حقيقة الحال و يعتبر عنه بالفارسية «گول خورده» و هذا واضح. و الظاهر انه مرادف لمعنى التدليس و الخدعة لأنّ معناهما ابداء ما يكون الواقع على خلافه. الجهة الثانية فى ان الغرور هل يكون شرطه علم الغارّ بالواقع او يعم صورة جهله ايضا فانه يتصوّر صور خمسة فى هذا المقام بلحاظ جهل الغارّ و المغرور و علمهما او جهل احدهما و علم الآخر مع ملاحظة عنوان الاتلاف و عدمه.

فنقول: الصورة الأولى ان يكون الغارّ عالماً و المغرور جاهلاً و كان فعل الغارّ سبباً لاتلاف مال المغرور. مثل من قدم طعاماً الى غيره فأكله و كان المقدّم عالماً

بكونه غصباً والمقدم إليه جاهلاً. فانه لا شك في شمول القاعدة لهذا المورد لصدق الغرور الذي ينشأ من جهل المغرور و فعل الغارّ و يصدق سببية الغار للاتلاف عند العرف لتلف المال على فرض كون السبب هنا اقوى من المباشر لان معنى السبب في اصطلاح السبب اقوى من المباشر كما ليس هو العلة التامة للمعلول بل المراد به ما ذكره في الشرايع^(١) فانه قال: «و ضابطها (اي الاسباب) مالواه لما حصل التلف لكن علة التلف غيره كحفر البئر و نصب السكين و قال في كتاب الغصب «التسبيب كل فعل يحصل التلف بسببه كحفر البئر» و هذا المعنى في التسبيب الذي يكون المراد منه اقوائية السبب و ان كان غير تامّ لآته بيان لما يكون جزء العلة ولكن المراد منه هو عدم كون السبب علة تامة فلنا ان نقول التسبيب هو كل فعل يكون اقوى من الآخر بنظر العرف في سلسلة علل المعلولات و الافكل جزء علة اذا لم يكن لا يتحقق المعلول و ربما كان المباشر اقوى كمن حفر بئراً في الطريق فالتقى غيره ثالثاً فيه فان المباشر هنا اقوى و قد يكون بالعكس كمن حفر بئراً في الطريق فيلقى غيره فيه جاهلاً فان الاقوى هو الحافر بنظر العرف و كمن اكره غيره على اتلاف مال فالمكره (بالفتح) لا يضمن و المكره (بالكسر) هو الضامن و ان كان المباشر للاتلاف غيره.

ثمّ أنّه ربما يشكل في بعض الفروع كمن قدّم طعاماً غصبه الى غيره فأكله فقليل ان مقتضى ما تقدم هو ان لا يكون الضمان على المباشر بل على من كان سبباً و هو المقدمّ لانه الضامن لا غير فلا رجوع من المالك على الآكل مع ان المنسوب الى المشهور هو ان الضمان يكون عليهما ولكن يرجع الآكل على المقدمّ ان رجع المالك اليه فاذى عوضه و لا عكس ولكن في الجواهر في كتاب

١- في كتاب الديات في باب الاسباب.

الفصب^(١) قال «قيل وان كنا لم نتحقق قائله منّا (بل يضمن الفاصب من رأس ولا ضمان على الآكل لان فعل المباشر ضعيف عن التضمن بمظانة الاغترار فكان السبب اقوى) نعم هو قول الشافعى فى القديم وبعض كتب الجديد» ثم انه جعل الاصح ما هو المشهور لاندراج الآكل فى قاعدة من اتلف مال غيره فهو له ضامن ولكن ينجرر غروره برجوعه على الغاز بل لعل قوله ع المغرور يرجع الى من غره ظاهر فى ذلك.

اقول: إن أصل الضمان فى ذلك يكون لقاعدة اليد الشاملة للغار والمغرور واما السببية فهى موجبة لاستقرار الضمان على من كان سببا او غاراً وليس معنى السببية كون الرجوع الى السبب حتى يشكل الأمر فى هذا المثال وامثاله والحق فيه وفى امثاله مع المشهور لما ذكرناه وهو ان جواز رجوع المالك الى كليهما امر وله دليل واستقرار الضمان امر آخر وله دليل اما السببية او الغرور. ولا نقول ان الدليل هو من اتلف مال غيره فهو له ضامن كما فى الجواهر حتى يشكل بان السبب فى الآكل ضعيف ويسند الاتلاف الى المقدم للطعام بل نقول إن رجوع المالك الى الآكل يكون من جهة تحقق يد الآكل وفى هذا الوجه لا يلاحظ الاقوائية والضعفية...

فتحصل من جميع ما تقدم أن مورد الغرور يمكن ان ينفك عن مورد الاتلاف ولكن كل مورد الغرور يصدق السببية فكل غرور يكون فيه السببية وليس كل مورد السببية مورد غرور فتدبر.

الصورة الثانية ما اذا كان الغار عالما والمغرور جاهلاً مع صدق عنوان التسيب وعدم صدق عنوان الاتلاف كمن اقدم على ترغيب رجل بنكاح امرأة

عرفها بمحاسن و لم تكن المرأة كما ذكره بل كانت معيوبة بالعيوب الموجبة للفسخ كالجنون فان الرجل و ان كان يتضرر بمهر المرأة ولكن رجوعه على من غره ليس بقانون الإتلاف بل بقانون الغرور و لا شبهة فى صدق الغرور هنا ايضا. ثم إنه قد يقال بأنه يمكن أن يكون المغرور جاهلاً و الغارّ عالماً ايضا ولكن لا اثر لفعل الغارّ و لا سببية له كمن اعتقد ان المال الفلانى لزيد و لم يكن الأمر كما اعتقده ثم قدمه زيد له فتقديم زيد له ليس سببا لغروره بل غروره حصل من اعتقاده أن المال لزيد و يكون مباحاً له فأكله.

وفيه: ان هذا ايضا من مصاديق الغرور و سببية الغارّ عرفاً فان الغارّ هو زيد الذى يعلم ان المال لغيره و قدمه الى الآكل فلولاً تقديمه اليه لم يأكله فكيف يقال لا اثر لفعله فان اصل التقديم كاف للسببية و ان كان المال مال نفسه الا انه اذا كان مال غيره يصدق الغرور ايضا.

الصورة الثالثة - ما اذا كان الغار و المغرور كلاهما جاهلين كمن قدم الى غيره طعاماً جاهلاً بغصبيته كمن يرد دار زيد للضيافة فيقدم الى ضيوفه ما يجد فى داره من المأكول و المشروب ثم يبدوا له ان المأكول كان لغير صاحب الدار فهنا قد اختلف فى صدق الغرور و قد يقال بعدم صدق الغرور لعدم قصد المقدم لذلك و قد يقال بان الغرور ليس من العناوين القصديّة فان العرف يرى صيرورة الآكل مغروراً من قبل من قدّم اليه المغمسوب و ان لم يكن عالماً به فيكون عنوانه كعنوان الضرب الذى لا يكون للقصد فيه دخل فعلى هذا دخول هذا المورد فى عنوان الغرور موضوعاً لا كلام فيه و انما الكلام فى شمول الحكم له و هو انه هل يرجع المغرور الى الغارّ حينئذ ام لا؟ ولكن الحق أن الجاهل ليس غارّاً و لا خادعاً و لا مدلساً عند العرف و ان صار جهله موجباً لغرور غيره فان الجاهل يقال أنه اشتبه عليه الأمر فوقع غيره ايضا فى الاشتباه و الغرور و ان لم

يكن من العناوين القصدية و لكن حقيقته ليست في مورد الجهل فالموضوع غير صادق ليشمله حكمه ثم انه على فرض صدق عنوان الغرور عليه فربما يقال كما في قواعد العلامة البجنوردى ان الحكم يختلف حسب ادلة الغرور فان كان السند هو النبوى «المغرور يرجع الى من غره» فاطلاقه شامل له وان كان الدليل هو الاجماع فالمتيقن غيره وكذلك ان كان الدليل هو بناء العقلاء حيث انه مفقود في المقام خصوصاً اذا اعتقد الغار الجاهل ان المورد ليس فيه غرور اصلاً و اشتبه الأمر عليه كمن اعتقد بالنسبة الى امرأة المال و الجمال فظهر انها مجنونة لا مال لها.

و اما اذا كان السبب قاعدة الائتلاف فحيث ان السبب هنا اقوى من المباشر فيكون الضمان على الغاز و أما ان كان السند هو الروايات الخاصة فهي ظاهرة في غير هذا المورد و حيث ان الدليل هو بناء العقلاء مع كون الروايات امضاء له فلا ضمان هنا الا ان ما دل على ان الطبيب ضامن ولو كان حاذقاً يمنع عن هذا القول ضرورة ان الطبيب اذا كان عالماً لا يجوز الدواء المضّر.

اقول: إن الفرق بين النبوى و الروايات الخاصة المتقدمة في العيوب و التدليس و الروايات الواردة في شهادة الزور يكون من جهة صراحة روايات العيوب ما تقدم منها و غيرها^(١) في عدم الضمان في صورة جهل المقدم على التكاح بدخلية امرها و اما ما ورد في شهادة الزور فظهوره دال على ذلك حيث ان شاهد الزور هو الذى يعلم الواقع و يشهد على خلافه لا الجاهل بالواقع و اما النبوى فهو لظهور له في ذلك و لكن يمكن ان يقال بانصرافه ايضا الى صورة العلم خصوصاً مع النظر الى كونه امضاء لبناء العقلاء و ليس بنائهم على رجوع المغرور الى

١- في الباب المتقدم، ٢/٢ و ٢/١ و ٢/٤ في العيوب.

الجاهل الذى فرض انه مغرور من جهله وكذلك الاجماع له القدر المتيقن و هو صورة العلم لا الجهل و أما التسبيب فكأما صدق فعليه حكمه الا انه فى المقام يمكن ان يستفاد من الروايات الخاصة المتقدمة فى العيوب و التدليس انه لا وقع لاقوائية السبب عن المباشر فى مورد الجهل و لو فى امثال النكاح و شهادة الزور لا فى اتلاف الاموال و عن بعض الاعاظم ولا يشترط فيها العلم كما فى موارد اتلاف مال الغير و الانصاف هو القول بالتصالح فى امثال ذلك و اما ما ورد فى خصوص الطبيب من الضمان فهو مختص بمورده و لا يكون بابه باب الغرور فلو فرض عدم تمامية الكبريات للضمان لا يكون ما ورد فى الطبيب دليلاً عليه.

الصورة الرابعة ان يكون الغازّ جاهلاً و المغرور عالماً.

و الصورة الخامسة ان يكونا عالمين فان عدم صدق الغرور فى الصورتين بالنسبة الى العالم غنى عن البيان.

الجهة الثالثة فى موارد تطبيق هذه القاعدة فى الفقه و هى كثيرة منها ما مرّ فى مورد شهادة الزور و منها ما مرّ فى النكاح و منها ما مرّ فى تقديم الغاصب طعاماً الى غيره فاكله و منها ما اذا كان المشتري عن الفضول جاهلاً بالفضولية فتوجّه اليه خسارة من ناحية المبيع كاجارة سكنى الدار التى هى المبيع مثلاً على ما تعرض له الشيخ الاعظم فى باب الفضولى و منها ما اذا قال مالك الثوب للخياط ان كفى قباء فاقطعه فقال يكفى فقطعه ثم لم يكف و صار ناقصاً و تفصيل ذلك موكول الى محالّه و يكون خارجاً عن البحث اصل القاعدة و كان المهم لنا هنا بيان اصلها و الفقيه يطبقها على موارد كما طبّقناها هنا فى المضاربة.

فتحصّل من كلّ ما تقدّم أنّ العامل اذا كان جاهلاً بأنّ مال المضاربة يكون مال الغير و المضارب عالماً فرجع المالك اليه و اخذ منه العوض يرجع الى المضارب و يأخذ بدله اما بقاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و اما بقاعدة الغرور

التي حرّرها سنداً ودلالة الا فى مورد جهلها فان الاحوط فيه التصالح.
ثم الصورة الرابعة لاصل المسألة فى المقام وهى صورة علم العامل بان مال المضاربة ليس للمضارب مع جهل المضارب به ففى هذه الصورة يكون العامل عادياً ويكون الضمان عليه فان رجع المالك اليه فهو لا يرجع الى المضارب ويده لا تكون امانية بوجه و المضارب وان زعم انه امين واستأمنه ولكنه لم يكن له واقع وان رجع على المضارب يرجع هو على العامل لاستقرار الضمان على من يكون يده عادية بل هو مغرور من قبل العامل فيرجع اليه لقاعدة الغرور المتقدمة.

الفرع الثالث، قوله: وان حصل ربح كان للمالك اذا اجاز المعاملات الواقعة على ماله و للعامل اجرة المثل على المضارب مع جهله. و الظاهر عدم استحقاق الاجرة عليه مع عدم حصول الربح، لانه اقدم على عدم شىء له مع عدم حصوله. كما انه لا يرجع عليه اذا كان عالماً بانه ليس له لكونه متبرعاً بعمله حينئذ.

اقول: فى صورة حصول الربح لا شبهة فى ان الربح بتمامه للمالك ان اجاز المعاملات الواقعة على ماله ولم يجز اصل المضاربة الفضولية لان الربح تابع للمال واما مع اجازته لاصل المضاربة الواقعة على ماله سواء كان من الفاصب او من الجاهل فعليه سهمه من الربح لا تمام الربح كما هو مقتضى اجازة العقد الفضولى على الكشف الذى هو الحق لا على النقل.

ثم ان العامل له اجرة المثل ان كان جاهلاً ولكن الكلام هنا فى ان استقرار ضمان اجرته على المضارب او على المالك، اما اصل استحقاقه للأجرة فلان عمله ليس مجانياً و صدر عنه بامر من المضارب فكأنه استوفى عمله اما كونه ضامناً للأجرة فلأنه السبب لاتلاف عمل العامل سواء كان المضارب غاصباً او جاهلاً و ظاهر المصنف وغيره هو عدم وجوب شىء على المالك وان كلما مضى

من العمل الذي صار فائدته في كيسه يكون مجاناً عليه.

ولكن التحقيق هو ان العرف في نظر آخر لا يرى عمل العامل تالفاً بل هو موجود في مال المالك فافرض ذلك في عمل العامل سنوات بهذا النحو اذا كان ما بازائه عند العرف ملايين من ربح المالك فكيف نقول بان الاجرة تكون على المضارب لا على المالك فان العرف يرى عوض العمل موجوداً وقاعدة الاحترام شاملة له ولا يعتنى العرف بعدم امر المالك بهذا العمل فانه يكون مثل ما اذا جعل زيد در همه في كيس عمرو فإن مجرد التسليط لا يوجب الملكية المجانية خصوصاً اذا كان زيد جاهلاً بان الكيس لكيس عمرو وجعله فيه بزمه ان الكيس كيس نفسه ولا فرق بين صورة الجهل والعلم منهما او من احدهما في ذلك وان كان العالم مذموماً بتصرفه في مال الغير وبتصرفه في عمل نفسه بهذا النحو ولكن هذا لا ربط له بمالية المال فعلى هذا نقول عوض عمل العامل موجود في كيس المالك ولا بد من ادائه غاية الأمر حيث لم تتعقد المضاربة يحدد بمقدار اجرة المثل فللعامل الرجوع الى المالك او الرجوع الى المضارب لانه سبب لهذا العمل فان رجع الى المضارب يرجع المضارب على المالك ويجب على المالك اداء مقدار اجرة المثل وان رجع الى المالك فيجب عليه ايضا ادائها و لا رجوع الى المضارب بل اذا كان العامل عالماً لا يرجع الى المضارب اصلاً لعدم سببية المضارب حينئذ. فتحصل أن العامل له اجرة المثل مطلقاً سواء كان عالماً او جاهلاً وان استقرار الضمان على المالك على اى تقدير وان كان له الرجوع الى المضارب في مورد الجهل دون مورد العلم.

هذا كله في صورة حصول الربح واما في صورة عدم حصوله فلا يكون للعامل شيء لانه كأنه تلف عمله بعدم حصول الربح وهو اقدم على اسقاط احترام عمله الا بمقدار سهم الربح وحيث لا ربح لا احترام لعمله والمصنف وان

جزم هنا بهذا الحكم ولكن قد مرّ فى (مسألة ٤٨) منه الاشكال فى رجوعه اليه و الحق هو ما ذهب اليه فى المقام.

ثم إنّ قوله كما انه لا يرجع عليه اذا كان عالماً بالخ و كذا ما حكى عن القواعد و التذكرة غير تام لما عرفت من ان العلم من العامل و ان كان موجباً لعدم رجوعه الى المضارب ولكن حيث ان عمله ليس تبرعياً بل كان بقصد الأجرة يكون له الأجرة و ضمانه كان على المالك فتعليقه بان عمله كان تبرعياً غير تام ايضاً.

ثم ان العمل فى المضاربة و ان كان البيع و الشراء و ربما يكون لازمه التسليم و هو حرام لانه تصرف فى مال الغير ولكن ما صار موجباً للربح كان هو العقد و هو كان تصرفاً من العامل فى لسانه لا فى مال الغير فهو حلال و لم يكن اخذ الأجرة اخذاً فى مقابل العمل الحرام فلا مجال لتوهم أنّ الأخذ فى مقابل الحرام اكل للمال بالباطل.

قوله: السابعة، يجوز اشتراط المضاربة فى ضمن عقد لازم. فيجب على المشروط عليه ايقاع عقدها مع الشارط ولكن لكل منهما فسخه بعده.

و الظاهر انه يجوز اشتراط عمل المضاربة على العامل بان يشترط عليه ان يتجر بمقدار كذا من ماله الى زمان كذا على ان يكون الربح بينهما، نظير شرط كونه وكيلاً فى كذا فى عقد لازم و حينئذ لا يجوز للمشروط عليه فسخها كما فى الوكالة.

اقول: اشتراط المضاربة كما فى هذا المتن على قسمين الأول ان يكون بنحو شرط الفعل و الثانى ان يكون بنحو شرط النتيجة لا اشكال فى الأول لانه شرط جايئ ليس مخالفاً للكتاب و السنة فيجب على المشروط عليه ايقاع عقد المضاربة ولكن لا ينحصر بكونه مع الشارط كما فى المتن بل يمكن ان يكون الشرط ايقاعها مع غير الشارط و عليه لا بد ان يوقعها مع غيره و هذا يدور مدار

تعيين المشروط له في الاشتراط كما هو واضح.

ثم إنه في هذا القسم ظاهر كلام الماتن هو أن مجرد ايقاع العقد يكون عملاً بالشرط وبعده يجوز فسخه بمقتضى طبع عقد المضاربة الذي هو من العقود الجائزة ولكن يرد عليه كما عن بعض الأعظم في الجملة أن الظاهر من الاشتراط هو أن يكون العقد مع عمل المضاربة أي التجارة بالمال لا مجرد إجراء صيغة العقد غاية الأمر أن المضاربة تصدق بدور في التجارة مثل أن يشتري بالمال شيئاً ثم يبيعه ليصير المال نقداً أما مع الربح أو بدونه ولا يفهم من إطلاق الاشتراط الدوام إلى الأبد كما عن بعض الأعظم لينتج ترك المضاربة تخلف الشرط الموجب لجواز فسخ العقد الذي كان الشرط في ضمنه فانه لولم يصرح بالدوام ولم يكن انصراف إليه يؤخذ بما هو المتيقن من مصداق المضاربة و عليه فبعد دور في التجارة يجوز للمشروط عليه فسخ المضاربة ولا يجوز للمشروط له فسخ العقد الذي كان الشرط في ضمنه لأن المشروط عليه عمل بالشرط واما القسم الثاني و هو شرط النتيجة فهو أن يشترط عليه في عقد لازم تحقق المضاربة بدون العقد كاشتراط أن يكون وكيلاً عنه في كذا بدون عقد آخر غير هذا الاشتراط واما اشتراط المضاربة بمعنى اشتراط الاتجار كما في كلام المصنف فهو ليس من شرط النتيجة بل هو من قبيل شرط الفعل ولا بأس به ولا يكون نظير اشتراط كونه وكيلاً في كذا فانه من قبيل شرط النتيجة لا من قبيل شرط الفعل الذي لا بأس به.

و شرط النتيجة قد اشكل في صحته بوجوه من الإشكال الأول أن الشرط في ضمن العقد مملوك للمشروط له على المشروط عليه و لهذا صح للمشروط له المطالبة بالشرط وهذا لا يتأتى في النتائج من جهة أنها لا تقبل إضافة المملوكية. وفيه: أولاً أن شرط النتيجة بل و شرط الفعل أيضاً لا يلزم أن يكون مملوكاً بل

يكفى لكونه متعلق غرض العقلاء و محبوباً لهم مثل ان يشترط عليه ان يكون ولده صهراً له مع قطع النظر عن اشكال تحقق هذا بدون عقد الزواج.

و ثانياً ان عدم اضافة المملوكية بالنسبة اليه لا بد ان يكون المراد منه عدم تحقق النتيجة بالفعل لانه معدوم فعلاً و هذا ايضا مندفع بان النتيجة أمر اعتبارى يعتبره العقلاء كما فى الاجارة فانها تملك لمنفعة الدار مثلاً مع ان المنفعة مما ستتحصل بالاستئجار و نفس قابلية الدار لها كاف فى نظر العرف لاضافة المملوكية فعلى هذا لو فرض ان يكون شرط النتيجة من قبيل الاموال مثل ان يشترط عليه فى عقد لازم ان يكون له من الحنطة عليه لكان صحيحاً و على المشروط عليه الاقدام فى تهيئة الحنطة.

الاشكال الثانى ان مفاد الشرط حينئذ ملك المشروط له الوكالة مثلاً و ملك الوكالة لا يقتضى وقوع الوكالة الذى هو مقصود المشترط فيكون خلفاً.

و فيه اولا ان ملك الوكالة كملك المضاربة و نحوها لا معنى له عرفاً الا ان يكون المشترط وكيلاً او عاملاً و لا معنى له سوى ذلك على فرض لزوم المملوكية لشرط الوكالة.

و ثانياً انه لا يلزم ان يكون الشرط مملوكاً فى شرط النتيجة بل و فى كل شرط سواء كان شرط النتيجة او شرط الفعل كما مرّ فى جواب الاشكال الاول.

الاشكال الثالث ان بعض النتائج لا يقبل الانشاء التبعي فلا يصح ان يبيعه فرساً بدينار بشرط ان تكون بنته زوجة له لان الزوجية لا تقبل الانشاء التبعي و كذا لو باعه بشرط ان تكون زوجته مطلقة لعدم قبول الطلاق الانشاء التبعي فصحة انشاء شرط المضاربة تتوقف على كونها مما تقبل الانشاء التبعي و بعبارة اخرى قد يقال ان روح الاشتراط يرجع الى تقييد المنشأ لا الانشاء و تقييد المنشأ تارة يكون مما يساعد عليه العرف و العقلاء مثل ان يقول القائل بعتك الدار

على ان يكون ثمنها بيدك مضاربة فقد قيدت البيع بالمضاربة و مثل بعتك دارى على ان اكون وكيلاً على اجارتها و مثل بعتك دارى على ان يكون لى عليك من السكر و غير ذلك و تارة لا يكون كذلك بنظر العرف و العقلاء مثل شرط التزويج و الطلاق بنحو شرط النتيجة و ثالثة يكون مشكوك الوقوع بالتبعية و مع الشك يبنى على عدم ترتب الأثر للشك فى القابلية و اطلاقات الصحة لا تثبت القابلية اذا كان العرف و العقلاء متوقفاً فى ذلك و حاصل الفرق هو ان المراكز العرفية مختلفة.

اقول: إن الامور العرفية و الافعال الخارجية من العقلاء تارة لا يكون ممّا له سبب خاص و يتحقق بمجرد ارادة الفاعل وقوع الفعل و اخرى ليس كذلك فما كان من قبيل الأول يكون امره بيد الفاعل لان الناس مسلطون على افعالهم و افعالهم كما هم مسلطون على اموالهم فاشتراط الفعل اذا لم يكن مخالفاً للكتاب و السنة و لا مخالفاً لمقتضى العقد لا يحتاج الى سبب آخر لتحقيقه غير ارادة الفاعل و اما ماله السبب من العقود و الايقاعات فالظاهر عند العرف ايضاً أنها لا تتحقق إلا بأسبابها بعد كونها عقوداً مستقلة و ايقاعات كذلك من غير فرق بين الطلاق و النكاح و بين المضاربة و الوكالة فان لأمثال ما ذكر اسباب عرفية مستقلة و العرف اما متوقف فى كل ذلك او قائل بعدم الجواز فى كلّ و الثانى هو الاقرب و الا فائى فرق بين النكاح و المضاربة الا من جهة الاستبعاد فى الأول دون الثانى.

و اما مع الشك فى قابلية المحل فما قيل بعدم جواز التمسك بالاطلاقات فعند الدقة ان ما كان مصداقاً للعقد عرفاً و ما كان مصداقاً للشرط كذلك يكون مشمولاً لوجوب الوفاء و من المعلوم انه لا شك فى كون اشتراط وقوع المضاربة فى ضمن عقد لازم يكون شرطاً من الشروط لانها ليست الا التزاماً فى ضمن التزام و هو حاصل و لا شك للعرف فى صدق الشرطية حتى يكون من الشك فى

القابلية فكيف لا يشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط و العرف لو كان شاكاً لكان شاكاً فى حكمه لا فى اصل كونه مصداقاً للشرط و لا نريد اثبات قابلية المحل بالتمسك بدليل وجوب الوفاء ليقال العام او المطلق غير متكفل لبيان موضوعه ضرورة انا لا نريد اثبات مصداق الشرط بلحاظ الأمر بالوفاء بالشرط فعلى هذا ان الجمود على عنوان الشرط يقتضى ان يقال بوجوب الوفاء به الا ان يقال ان الاطلاق فى ذلك منصرف الى ما لا يكون له سبب خاص و وضوح خروج بعض الافراد من العقود و الايقاعات كالنكاح و الطلاق لعدم القول بوقوعه بالشرط او ادعاء الاجماع على ذلك لا يوجب ان يكون غيره داخلاً فى العموم بعد كون الشك فى جميع ماله السبب شرعاً فعلى هذا يشكل القول بوقوع المضاربة بمجرد الاشتراط فى ضمن عقد لازم كما انه يشكل فى عقد النكاح اشتراط المراءة على الزوج ان تكون وكيلاً من قبله فى ايقاع الطلاق وكالة بلاعزل لوسافر مدة طويلة مثلاً كما هو الدارج فى القبالات النكاحية اليوم الا على القول بالجمود على صدق الشرط و شمول وجوب الوفاء له.

ثم لا يخفى أن الجمع بين عنوانين فى عقد واحد جائز و ليس بابه باب الاشتراط و التبعية كما اذا قال القائل «بعتك هذه الدار و زوجتك بنتى» فقال القابل «قبلت» فان البيع و النكاح كليهما صحيح و ذلك من جهة ان الشرط يجب ان يكون قيداً للمشروط به و فى هنا و امثاله لا قيدية بل هما امران متقارنان فى عرض واحد.

ثم إن المصنف و ان كان ظاهر صدر كلامه فى شرط النتيجة أنه خلط شرط الفعل بشرط النتيجة حيث ان عمل التجارة من شرط الفعل لا شرط النتيجة ولكن قد يقال بان مراده لا يبعد ان يكون شرط المضاربة و هى العقد الخاص لا شرط الفعل و هو التجارة بشاهدين الأول تنظيره بالوكالة حيث انها عقد.

والثانى عدم جواز فسخه من جهة ان التوقيت الى زمان معين فى كلامه يقتضى عدم جواز فسخها قبل ذلك مضافاً الى اشتراط وجودها فلا يكون تحت قدرة المشروط عليه.

اقول: اما عدم جواز فسخها فهو مشترك بين كونه شرط الفعل او شرط النتيجة على فرض صحة شرط النتيجة من اصله واما الفرق بين التوقيت و عدمه فهو فى محله لأنه لولا التوقيت لم يخرج المضاربة المتحققة بالتبعية عن كونها عقد مضاربة جاز ببطبعه فالتوقيت يكون كشرط عدم الفسخ مضافاً الى اصل العقد فلا بد من الوفاء به واما تنظيرها بالوكالة فيمكن ان يكون المراد به الوكالة الفعلية لا العقد من اشتراط ان يكون له اجارة داره كما فى المضاربة بمعنى التجارة فى الخارج.

وكيف كان فاصل عدم جواز الفسخ على فرض صحة المضاربة فى ضمن عقد لازم بنحو شرط النتيجة شامل للمضاربة العقدية و للمضاربة الفعلية بمعنى الاتجار لذكر التوقيت فى الاشتراط.

قوله: الثامنة، يجوز ايقاع المضاربة بعنوان الجعالة كأن يقول اذا اتجرت بهذا المال و حصل لك ربح فلك نصفه، فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة. و لا يلزم ان يكون جامعاً لشروط المضاربة فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين او دينا او مجهولاً جهالة لا توجب الفرر و كذا فى المضاربة المشروطة فى ضمن عقد بنحو شرط النتيجة فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين.

اقول: البحث هنا فى امرين: الاول فى انه هل يصح ما ينتج نتيجة المضاربة بعنوان الجعالة. و الثانى فى أنه اذا كانت المضاربة بنحو شرط النتيجة فى ضمن عقد هل يكون لها شروط المضاربة المستقلة ام لا؟

أما الأمر الاول فالمصنف كما تراه قائل بالجواز ولكن اشكل عليه فى

المستمسك و غيره بما حاصله هو أنَّ عقد المضاربة عقد يكون خلاف الاصل فلا بدَّ من الاكتفاء بموردها لأنَّ الاصل هو ان يكون الربح تابعاً لرأس المال و الربح أمر غير حاصل فلا يصحَّ جعله في مقابل عمل العامل لان المعدوم غير مملوك فعلى هذا حيث ورد الدليل الخاص في خصوص المضاربة و المزارعة و المساقاة يعمل به تعبداً و حيث لم يرد هذا الدليل في غير ذلك كالجعالة فلا يصحَّ الجعالة بحيث تنتج نتيجة المضاربة و قد تقدّم الكلام منهم في ذلك في الشرط الأول من شروط المضاربة و لذا لا يجوز اجارة الارض بحاصلها او حاصل غيرها اذا لم يكن موجوداً بالفعل.

و فيه ما مرَّ منّا في اوائل المضاربة و هو أنَّ المعاملات اعتبارات عقلانية و هم كما يرون عمل العامل ممّاله مالية قبل تحقّقه و لذا يصير الشخص اجيراً و يأخذ الأجرة بعد عقد الاجارة كذلك يرون المال بلحاظ المنفعة التي هي في شأنه قابلاً لاعتبار ربحه فعلاً قبل حصوله فالعامل في عقد المضاربة كأنه يعطى سهماً من عمله في مقابل سهم من ربح المال فان هذا اعتبار عقلاني و الربح يكون عندهم تابعاً لأصل المال اذا لم يرد على المال عمل عامل و اما اذا عارضه عمل عامل فكأنه صار العمل مالاً و كان العامل شريكاً في عالم الاعتبار فسهم العامل يكون في مقابل عمله كما ان سهم المالك يكون بلحاظ ماله و لعل المصنف (قده) من هذا الوجه تصوّر صحة الجعالة ايضاً لأنَّ جعل سهم من الربح في مقابل عمل العامل يكون على طبق القاعدة العقلانية و الاشكال غير وارد عليه.

فعلى هذا يكون ما وقع جعالة و يكون له شروط الجعالة لا شروط المضاربة و من آثار الجعالة انه يصح ان يكون مال التجارة غير التقدين على القول باشتراط ذلك و قد مرَّ ان التحقيق صحّتها بالاسكناس و نحوه من نقود اليوم و كذا تصحّ بالدين و ان لم يصح المضاربة الا بالعين و لا بدَّ أن يكون للعامل جعل في الجعالة

على أى حال ولكن لا يكون المضاربة كذلك لأن الربح ربما لا يتحقق و يصح ان يكون المال مجهولاً بجهالة لا توجب الفرر مثل ان يكون مال الجعالة عيناً خارجياً غير معلوم الوزن و المقدار و يراه المجهول له و أما اذا كان امراً كلياً فلا بد من بيان صفاته بحيث يرفع به الفرر كما انه اذا قال المجهول نصف ما فى جيبه ان كان فى جيبه شىء لا يصح لانه ربما لا يكون فى جيبه شىء.

هذا ولكن بعد فى الذهن شيان الاول ان حقيقة المضاربة ليست الا التجارة بسهم مشاع من الربح و هو معاملة عرفية غير الجعالة و لذا لا بد فى الجعالة من تعيين الأجرة فى غير الربح فمجرد تسمية هذا جعالة مع عدم لزوم صيغة خاصة فى عقد المضاربة لا يوجب انقلاب حقيقتها و الثانى ان مثال المصنف يكون فى مورد جعل سهم من الربح للمجهول له و هو غير مشروع فى الجعالة فلو فرضنا ان الجعالة شاملة حتى للاعتبار بمال شخص فلا بد من تعيين الأجرة فى مال آخر فالمسألة غير خالية من الاشكال ولكنه لا بنحو ما مر عن بعضهم بل بهذا النحو اللهم الا ان يقال بان ما ذكره فى المتن معاوضة مستقلة لا دليل لنا على بطلانها بعد شمول العمومات له.

و اما الأمر الثانى و هو شرط المضاربة فى ضمن عقد آخر بنحو شرط النتيجة فقد مر أن اصل جعل المضاربة بنحو شرط النتيجة متوقف على امكان تحقق المضاربة على نحو التبعية فى عقد آخر فعلى القول به فيتحقق المضاربة و مع تحققها لا بد ان يترتب عليها آثارها و ليست مثل الجعالة لأن القول بتحقيقها على نحو شرط النتيجة لا يزيد عن عدم اعتبار الاستقلال فى عقدها و اما عدم كونها مضاربة اصلاً فلا دليل عليه بل الدليل على خلافه فانه بعد صدق الموضوع يترتب عليه الحكم فلا بد من ملاحظة شرائط المضاربة فيه نعم ان فرض شرط النتيجة كما ذكره فى المسألة السابقة من كون الشرط هو التجارة بماله على ان

يكون له نصف ربحه لا بقيد كون هذا العمل مضاربة فيمكن ان يقال انه عقد مستقل لا يكون له آثار المضاربة ولكن قد عرفت ان مثاله السابق ليس من باب شرط النتيجة بل من باب شرط الفعل و لو فرض ان يكون شرط النتيجة بان يكون له حق التجارة عليه بمقدار نصف الربح بحيث لم يكن هذا مضاربة فهو له وجه و لا دليل على بطلانه بعنوان معاملة مستقلة غير المضاربة فيجب الوفاء به ولا يكون له شروط المضاربة و يشمله دليل الوفاء بالشرط و تخلفه موجب لتحقيق خيار تخلف الشرط و لعل مراد المصنف هذا و ان لم يف عبارته بهذا المعنى.

قوله: التاسعة، يجوز للأب و الجدّ الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بايقاع عقدها بل مع عدمه ايضا بان يكون بمجرد الاذن منهما و كذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير على ان يكون الربح مشتركا بينه و بين العامل. و كذا يجوز ذلك للوصى فى مال الصغير مع ملاحظة الغبطة و المصلحة و الأمن من هلاك المال.

اقول: اما صحة الاتجار من الأب و الجدّ بنفسهما مع العقد او بدونه فلولايتهما عليه و فى عبارة المصنف تسامح حيث جعل ما كان بدون العقد منهما مع اذنهما و ذلك من جهة عدم معنى اذن الشخص لنفسه الا ان يكون مراده بذلك قصدهما المضاربة و اما المضاربة مع غيرهما بماله فهو على فرض مصلحته فى ذلك لا بأس به سواء كان مع العقد او بدونه بقصد المضاربة او بقصد الجعالة او بقصد مطلق الاتجار بان يأذنا لغيرهما فى الاتجار و يكون الربح بينه و بين المولى عليه و مثلهما الوصى لاحدهما لولايته على الصغير و الظاهر أنّ ملاحظة الغبطة و المصلحة و الأمن من الهلاك شرط لتصرف الجميع لان ولاية الأب و الجدّ ايضا تكون بملاحظة الصغر و الظاهر من ادلة الولاية لهما أنّ ولايتهما تكون جارية

للصغر ولا بد من ان يلاحظ فيها ما يلاحظ الشخص لنفسه و اما فى غيرهما فهذا اوضح مضافا الى قوله تعالى «ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن»^(١) ومن له الأب والجد وان لم يكن كاليتيم الذى ليس له الأب ولكن صغره يكون كيتمه و اما المصنف فالظاهر منه اشتراط ذلك فى الوصى لا غيره و هو محل منع.

ثم إن ما حكى عن القواعد فى كتاب الحجر من الاشكال فى صحة ايقاع العقد مع نفس الأب والجد و عن التحرير المنع عنه غير وجيه ألا على فرض لزوم تعدد الموجب والقابل فى صحة العقد والحق ان التعدد غير لازم و على فرض لزومه يمكن ان يأخذ الأب او الجد وكيلاً من قبل الصغير ليكون موجباً ويكون نفسه قابلاً لان الصحة مع ايقاع العقد اعم من كون العاقد نفسهما او هما مع غيرهما.

قوله: العاشرة، يجوز للأب والجد الايضاء بالمضاربة بمال المولى عليه بايقاع الوصى عقدها لنفسه او لغيره مع تعيين الحصّة من الربح أو ايكاله اليه، وكذا يجوز لهما الايضاء بالمضاربة فى حصّة الصغير من تركتهما بأحد الوجهين

اقول: فى هذه المسألة فروع الأول والثانى ما فى هذا المتن و هو الايضاء بالمضاربة بمال المولى عليه والفرق بين الأول والثانى هو ان الأيضاء فى الأول يكون بلحاظ ما يملكه المولى عليه فعلاً و فى الثانى بلحاظ ما سيملكه بموت المولى.

و البحث فيه تارة يكون على مقتضى القاعدة و اخرى على مقتضى النص اما مقتضى القاعدة فهو تارة يكون الدليل توهم شمول اطلاقات الولاية من الأب والجد على الصغير حتى بعد الموت و اخرى شمول اطلاقات نفوذ الوصية حتى انها لا تختص بالصغير او القصير ايضاً بل تكون شاملة للكبير ايضاً والظاهر من

المصنف هو الثانى لانه فى طىّ كلامه قال بجواز الايصاء منهما بالنسبة الى سهم الكبار ايضا وكيف كان فمقتضى القاعدة على كلا تقريريه عدم نفوذ تصرفات الوليّ بالنسبة الى المولّى عليه بعد موته اما من حيث الولاية فلأنّ نقطاعها بالموت والولاية انما كانت حين الحياة لأنه كبير يكون له دراية التصرف فى الأموال وشئون من لا دراية له واما بعد الموت فهو لا دراية له والصغير أولى منه فى ذلك لأنه ميت وهذا حىّ واما بالنسبة الى الايصاء فلأنّ ادلة نفوذ الوصية تكون فى مورد ما يرجع الى الميت نفسه او امواله فالأول كدفنه وكفنه والثانى كتمليك بعض ماله لغيره او صرفه لنفسه واما ما لا يرجع الى ذلك فهو لا يكون لنا اطلاق بالنسبة اليه فليس له الوصية بمال غيره وان كان هذا المال منه ارثاً لوارثه فان الوارث اذا ملكه بالأرث لا يكون له سبيل اليه ولذا لا يكون له ان يوصى بان يبيع الوارث الدار التى ملكها بالأرث بثمن معيّن وان كان مراعات وصيته ان كانت بصلاح وارثه موافقة للأدب خصوصاً اذا كان الوارث اولاد الميت ولذا ليس له ان يوصى باتيان الحج له مجاناً ولو اوصى لكان لغواً لأنه وصية بمال الغير وكذا لا يكون له ان يوصى بان يصلى عليه قضاء صلواته مجاناً فعلى هذا لا ينفذ وصيته بالنسبة الى مال المولّى عليه بزعم شمول اطلاقات نفوذ الوصية بمقتضى القاعدة.

واما مقتضى النصّ فهو نفوذ وصيته ويتعرض له المصنف فى طىّ كلامه. فمنه خبر خالد بن بكير رواه محمد بن يعقوب عن محمد بن ابي عمير عن عبدالرحمن بن الحجاج عن خالد بن بكير (بكر خ ل)^(١) قال: دعانى ابي حين حضرته الوفاة فقال: يا بنىّ اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به، وخذ نصف

الريح واعطهم النصف، و ليس عليك ضمان، فقدمتني أم ولد أبي بعد وفاة أبي الى ابن ابى ليلي، فقالت ان هذا يأكل اموال ولدى، قال: فاقصصت عليه ما أمرني به أبى، فقال لى ابن ابى ليلي: ان كان ابوك امرك بالبطل لم أجزه ثم اشهد على ابن ابى ليلي ان أنا حرته فأنا له ضامن، فدخلت على ابى عبدالله ع فقصصت عليه قصتي، ثم قلت له: ماترى؟ فقال: اما قول ابن ابى ليلي فلا أستطيع رده، و اما فيما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان و هذا الخبر و ان تم دلالتة لقوله عليه السلام «فليس عليك ضمان» الدال على صحة التصرفات ولكن السند ضعيف بخالد بن بكير (بكر) ولا يخفى انه لو تم يكون فى الوصية فى خصوص الصغار ولا يشمل الكبار من الورثة و ان استدل به المصنف على الكبار والصغار.

و منه موثق محمد بن مسلم رواه محمد بن يعقوب عن احمد بن محمد عن على بن الحسن عن الحسن بن على بن يوسف عن مثنى الوليد، عن محمد بن مسلم^(١) عن ابى عبدالله ع أنه سئل عن رجل أوصى الى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، و ان يكون الريح بينه وبينهم، فقال لا بأس به من اجل ان اباه قد اذن له فى ذلك و هو حى.

و تقريب الاستدلال واضح ولكنه يكون فى مورد خصوص الولد و التعليل يكون بالنسبة الى الأب فاذا فرض كون الوصية فى ذلك على خلاف القاعدة فلا بد من الاقتصار على خصوص ما اذا كان الموصى هو الأب و لا يشمل الجد و لا كل ولّى و الظاهر ان ولده كانوا قاصرين عن التصرف فى مالهم على ما هو مصلحة لهم و لذا اوصى ابوهم الى رجل آخر فلا يشمل الكبار.

ثم ان بعض الاعاظم قال ان ذكر سند هذه الرواية يكون مع اختلاف فى الفقيه

١- فى الوسائل، ج ١٣، ١ / ٩٢ من احكام الوصايا.

على بن الحسين الميثمى بدلاً من على بن الحسن و هو ابن فضال الذى يروى عنه احمد بن محمد و هو من سهو القلم اذ لا وجود لعلى بن الحسين الميثمى لا فى الروايات ولا فى كتب الرجال. نعم روى (قده) فى بعض الموارد عن على بن الحسن الميثمى و هو ايضا غلط و الصحيح على بن الحسن التيمى اقول: و هو متين. ثم ان صاحب الوسائل ايضا جعل المروى عنه لعلى بن الحسن هو الحسن بن على بن يونس و جعل كلمة «يوسف» نسخة بدل ليونس و هو ايضا من الغلط جزما فان الحسن بن على بن يونس لا وجود له فى الروايات و كتب الرجال فالصحيح هو الحسن بن على بن يوسف على ما فى الكافى و الفقيه و التهذيب و هو ابن بقاح الثقة.

و كيف كان فهو موثق لوجود ابن فضال فى السند الذى هو فطحى قائل بامامة عبدالله الأفاطخ و من بعده بامامة الإمام موسى بن جعفر و هو ثقة.

ثم انه قال فى المستمسك بانه لا يبعد وحدة الواقعة المحكية بالخبرين ثم قال لا يظهر منهما انه من المضاربة و لا من الانشاء للمضاربة حال الحياة بل ما تحت العبارة هو الأمر بالعمل و الأذن به على ان للعامل نصف الربح، و من الجائز ان تكون معاملة خاصة بينه و بين وصيه فى حال الحياة و ان كان موضوعها بعد الوفاة تشبه المضاربة من جهة و الجعالة من جهة اخرى او هى وصية عهدية بالولاية على مال الصغير كما فى الرواية الأولى او عليه و على ماله كما فى الثانية و لا دخل لهما فيما نحن فيه. انتهى.

اقول: اما عدم استبعاده وحدة الروايتين فهو غير بعيد و اما انكاره للمضاربة فهو بعيد من وجه لان المضاربة ليست الا اعطاء مال للتجارة مع جعل سهم للعامل و هو هنا كذلك و نفى الضمان فى الاولى يكون من جهة ان العامل امين و من وجه آخر و ان كان عنوان المضاربة قصديا و لا ذكر له فيها الا ان اطلاق

الصحة يشمل حتى اذا قصد المضاربة اذا فرض المال عيناً موجوداً لا تركة ستحصل بالموت واما احتمال كونها جمالة فهو بعيد من جهة ان المشهور هو ان الجمالة لابد ان يكون الأجرة فيها معينة والا فيرجع فيها الى اجرة المثل الا أن يחדش في دليلهم وهو ان العوض اذا كان مجهولاً لا يرغب في العمل احد وفيه ان الأغراض متفاوتة فكما انه اذا كان مقدار العمل مجهولاً كوجدان الضالة ولا بأس و يقدم عليه بعض الناس فكذلك العوض ولكنه خلاف المشهور وفي المقام الربح مجهول الوجود ولا يصح جعله اجرة واما احتمال كونها معاملة مستقلة فهي بعد كون الدارج من المضاربة هو اعطاء المال مع سهم من الربح وليس هذا غيره، فهو بعيد مضافاً الى شمول الاطلاق وان كان على وجه المضاربة واما كونها وصية عهدية بالولاية على مال الصغير فهو بعيد من جهة انه لا ولاية له على ماله بعد وفاته واما الولاية على نفسه فهي وان كانت من هذا الباب ولكن لا ربط لها بما نحن فيه بل لنا ان نقول انه لم يكن وصية بالنسبة الى اذنه في اصل المعاملة لأنه عليه السلام علّل بانه حيث اذن له وهو حيّ يصح فصدق الوصية يكون بلحاظ ادامة المعاملة لا بلحاظ اصله.

و اما كون هذا معاملة خاصة في حال حياة الأب لا بعد وفاته فهو لو لم يكن التعبد بهذا النص يكون خلاف القاعدة لعدم تسلط الأب على مال غيره نعم مع ملاحظة النص و خصوصاً بالنظر الى التعليل في موثق بن مسلم بقوله ع «من أجل ان أباه قد اذن له في ذلك وهو حيّ» يكون تصرفه كذلك نافذاً ولكن مع ذلك لا يأبى عن كونها مضاربة لشمول الاطلاق وكيف كان فالاستدلال على صحة المضاربة كذلك هو الأقرب وان لم يكن التصريح فيها بالمضاربة.

اما ان كونها من باب الايضاء بالمضاربة فهو ممنوع لانه لو كان مضاربة لكانت من حال الحيوة لا بعد وفاة الأب لظاهر التعليل المتقدم آنفاً فكيف نخرج به عن

القاعدة المقتضية لعدم نفوذ الوصية بالنسبة الى اموال المولى عليه. اللهم الا ان يقال ان ارتكاز العقلاء على ان للأب الولاية على الصغير حتى بعد موته بما رآه مصلحة ولا يرى الحي المصلحة في خلافه كما في وصاياه العهدية ولكنه ليس بحدّ يطمئن به النفس.

فتحصل انه لا يدل هذا النص على جواز الايضاء بعقد المضاربة بل يدل على جواز المضاربة بعقدها مع الأب في حال الحياة بالاطلاق وهو غير ما في المتن. الفرع الثالث، قوله: كما انه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبة الى الثلث المعزول لنفسه بأن يتجر الوصي به او يدفعه الى غيره مضاربة و يصرف حصة الميت في المصارف المعينة للثلث

أقول: دليل هذا هو اطلاق ما دل على نفوذ الوصية بما يرجع الى مال الميت او نفسه و ثلثه ملك له فله التصرف فيه بأي وجه شاء ولا خلاف في ذلك.

الفرع الرابع، قوله: بل وكذا يجوز الايضاء منهما بالنسبة الى حصة الكبار ايضاً ولا يضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم الى مدة، لأنه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة واجازتها كما انه كذلك بالنسبة الى ما بعد البلوغ في القصير فان له ان يفسخ او يجيز

أقول: بعد ما عرفت من أن الوصية بالنسبة الى غير نفس الموصى و ماله لا نفوذ له اصلاً على ما هو مقتضى القاعدة لا يكون وصيته بالنسبة الى اموال الكبار نافذة فايضاته بالمضاربة بالنسبة اليه لا اثر له اصلاً و اما النص فقد عرفت انه يكون منصرفاً الى القصّر من الولد ولا يشمل كل احد بل خبر خالد بن بكير يكون صريحاً في خصوص الصغار من الولد لقوله «يا بني اقبض مال اخوتك الصغار و اعمل به» الا انه ضعيف السند و موثق ابن مسلم يكون في مطلق الولد فناً أخذ باطلاقه حتى اذا كان الولد كبيراً مجنوناً خصوصاً اذا كان

جنونه متصلاً بصغره وكيف كان فلا يشمل النص الكبار الذين لا قصور لهم في التصرف في اموالهم فلا نفوذ للوصية بالنسبة اليهم على ما هو مقتضى القاعدة فلا يتم ما ذكره المصنف من جواز الوصية، هذا من وجه و من وجه آخر لا يتم اطلاق كلامه بأنه ضرر عليهم من حيث تعطيل مالهم ولا جبره باختيار فسخه الذي بيد الكبار بل هو غير نافذ من اصله.

و ذلك من جهة ان الضرر ربما لا يصدق صفراء لان المضاربة في حصّة الكبار ربما تكون نافعة لهم نفعاً كثيراً لدراية أبيهم بفنون المعاملة او نقول ان العقد الجايز ليس ضرراً اصلاً من جهة أنّ الصحة ربما تكون نافعة و اللزوم الذي ينشأ منه الضرر مفقود في المقام و على فرض صدق الضرر فقاعدة لا ضرر حاكمة على الأدلة الأولية لو فرض نفوذ الوصية لولم يكن ضرراً عليهم فلا تصل النوبة الى دفع الضرر باختيار الفسخ بل هو غير نافذ من بدو الأمر.

ثم إنه لا يكون له التصرف في مال الصغير بالا يضاء بالمضاربة بالنسبة الى ما بعد بلوغه اذا فرض انصراف النص الى الصغير بان يكون المراد بالولد الولد الصغير او نتعدى عنه الى الصغير ايضاً لأنه لا موضوع له بعد الكمال و أمّا اذا اخذنا باطلاق الولد في موقّق ابن مسلم و لم نعمل بخبر خالد بن بكير الذي يكون في خصوص الصغير لضعفه فيمكن ان يقال بنفوذ الوصية مطلقاً الا أنه اذا كان ضرراً عليه فلا ينفذ و على فرض النفوذ فله الفسخ ولكن قد عرفت انصرافه الى الصغار و القاهرين فلا نفوذ لها مطلقاً ثم ان هذا كله في الموردين اذا فرض ان وصيته متعلّقة بمجرد عقد المضاربة و اما اذا تعلّقت بالتجارة خارجاً فهو غير نافذ اصلاً من جهة انه متوقف على مشية صاحب المال و اختياره فان اجاز الاتجار فله ذلك و ان اختار عدمه فكذلك و من المعلوم ندرة تعلّق الغرض بمجرد صيغة عقد المضاربة.

الفرغ الخامس، قوله: وكذا يجوز لهما الايصاء بالاتجار بمال القصير على نحو المضاربة بأن يكون هو الموصى به لا ايقاع عقد المضاربة لكن الى زمان البلوغ او أقلّ وأما اذا جعل المدة أزيد فيحتاج الى الاجازة بالنسبة الى الزائد

اقول: الايصاء بالاتجار على نحو المضاربة معناه انشاء المضاربة لما بعد الموت نظير الوصية التمليلية حيث انها انشاء للتمليك بعد الموت كما عن بعض فما هو الموصى به هو التجارة مع كونها على نحو المضاربة.

و نفوذه ان كان من باب شمول النصّ المتقدّم يعنى موثق ابن مسلم له لكونه ناصاً فى الاتجار وظاهراً فى المضاربة كما تقدّم ففيه ان هذا غير تامّ لأنّ تحقّقه بنفس الوصية خلاف الارتكاز وان كان الوصية بنفس الاتجار غير محتاج الى شىء لأنّ مورده يتحقق بنفس الفعل الذى هو الاتجار.

وبعبارة اخرى الوصية بالدليل الخاص تكون التمليك فى موردها قبل الموت وحصول الملكية فى الوصية التمليلية بعد الموت وليس لنا دليل بوقوع المضاربة ولا البيع ولا غير ذلك بواسطة انشائه قبل الموت لما بعده وبعبارة ثالثة الوصية كذلك تكون مثل شرط المضاربة على نحو شرط النتيجة بدون سبب غير الوصية وهو ممنوع.

هذا بالنسبة الى ما قبل البلوغ واما بالنسبة الى ما بعده فالمصنّف كما ترى قال بأنّه متوقف على الاجازة ولكن فى المستمسك فصلّ فيه وقال بأنّه إن صحّ الانشاء فلا فرق بين ما يكون بعد البلوغ وما يكون قبله فان كانت الوصية مضرّة بمال القصير فهى باطلة وان كانت بالاضافة الى ما قبل البلوغ وان كانت غير مضرّة فهى صحيحة حتى فيما بعد البلوغ ولا تحتاج الى الاجازة، لما عرفت من عموم نفوذ الوصية اذا لم تكن مضرّة لما بعد البلوغ وما قبله كما لا فرق فى العموم بين الوصية بايقاع العقد والوصية بنفس المضاربة. انتهى.

اقول: إن كلامه هذا مبني على أن الخارج من تحت سلطنة الشخص هو مقدار العالية بالنسبة الى ثلثي ماله و اما بالنسبة الى سائر شئون المال فله الوصية بالنسبة اليه اذا فرض الكلام في الإرث لا في مطلق اموال القصير كما يظهر من طي كلام المصنف من قوله «و دعوى...» و هذا خلاف الارتكاز فان ما هو المرتكز و المتفاهم من ادلة الوصية ان الميت بعد موته لا يكون له سلطنة على ثلثي ماله بجميع شئونه فانه كالشريك مع وارثه بالنسبة إلى الثلث و يكون افراز سهمه و سهامهم كإفراز سائر اموال الشركاء فعلى هذا ليس له التصرف في مال غيره بالوصية بموارد خاصة سواء كانت الوصية موجبة للضرر المالي ام لا و اما بالنظر الى موثق ابن مسلم لو تمّ دلالتة فالمنصرف منه هو نفوذ وصيته بالنسبة إلى اموال اولاده الصغار لا الكبار و هم بعد البلوغ كبار.

هذا مضافاً الى أن اصل تحقق المضاربة بالوصية بالاتجار على نحو المضاربة لا دليل عليه في الصغار ايضاً لما مرّ في أن النافذ هو الوصية التمليلية او المهدية بكون الانشاء قبل الموت و حصول المنشأ بعده لا غير و سيظهر تمام البحث في شرح المتن الآتي.

قوله: و دعوى عدم صحة هذا النحو من الايضاء، لأن الصغير لا مال له حينه و انما ينتقل اليه بعد الموت و لا دليل على صحة الوصية العقدية في غير التمليك فلا يصح ان يكون ايجاب المضاربة على نحو ايجاب التمليك بعد الموت. مدفوعة بالمنع مع انه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل في قضية ابن ابي ليلى و موثق محمد بن مسلم المذكورين في باب الوصية. اما بالنسبة الى الكبار من الورثة فلا يجوز بهذا النحو لوجوب العمل بالوصية. و هو الأتجار فيكون ضرراً عليهم من حيث تعطيل حقهم من الإرث و ان كان لهم حصّتهم من الربح خصوصاً اذا جعل حصّتهم أقلّ من المتعارف.

اقول: الاشكال فى الايصاء بالمضاربة بالتركة فى شيئين: الأول فى ان المضاربة لابد لها من مال معين هو الدرهم و الدينار او غيرهما من النقود ولا تصح بالدين و من المعلوم ان ما سيرته الصغير بل و الكبير ايضا ليس له وجود الملكية فضلاً عن سائر شرائطها و هذا الاشكال لا دافع له فمنع المصنف له غير وجيه و اما ما قيل كما عن بعض الاعاظم من ان وجه المنع عموم النصّ له ففيه ان عموم النصّ لو سلّم شامل له على فرض تحقّق شرائط المضاربة و صحة هذه المعاملة بوجه آخر لو شمله العموم بوجه آخر لاربط له بصحة المضاربة مع ما عرفت من عدم الدلالة له اصلاً فضلاً عن العموم. اللهم الا ان يقال بعد الموت يحصل الملكية بالارث و يتمّ العقد به ايضاً و هذا لو سلّم يكون فى مورد كون الإرث من التقدين او نقد الزمان و لو كان اسكناسا لا ما اذا كان دورا و عقارا و اشباه ذلك.

الثانى - ان التعليق على الموت فى غير الوصية التمليلية او العهدية لا دليل عليه و هنا يكون المفروض التعليق فى عقد المضاربة بان يكون تحقّقه بعد الموت و التعليق فى العقود غير جايز بل يشترط فيها التنجيز بل لو فرض جوازه فى غير الموت فان التعليق على الموت غير جايز لانه خلاف الارتكاز جدّاً و قد حصر الاصحاب الوصية الصحيحة بالعهدية و التمليلية لا غير.

و اما ما ذكره المصنف من أنّه الظاهر من خبر خالد و موثق ابن مسلم المتقدمين ففيه ما عرفت من أنّ الظاهر منهما هو كون العقد ائّ عقد كان قد تحقّق حين الحيوة و هو غير الإيصاء بالاتجار بالمال على نحو المضاربة نعم الايصاء بنحو شرط الفعل و ان كان صحيحاً من جهة عدم التعليق فى العقد ولكن الكلام فى عدم شمول النصّ له لما عرفت و ليس الكلام فيه هنا بل كان الكلام فيه فى الفروع المتقدمة هذا بالنسبة الى القصير و اما بالنسبة الى الكبار فالمصنف قال

بعدم الجواز من باب ان وجوب العمل بالوصية لازمه الاتجار بسهم ارثهم و هو ضرر عليهم من حيث تعطيل حقهم من الإرث و ان كان لهم حصتهم من الربح خصوصاً اذا كانت حصتهم أقل من المتعارف.

و يرد عليه أولاً بان الوصية اذا كانت ضرراً عليهم ليست بنافذة حتى يجب الوفاء به لانها حينئذ جنف و قال الله تعالى «فمن خاف من موص جنفاً او اثماً فاصلح بينهم فلا إثم عليه»^(١) و ان كان ان الموصى به هو الاتجار لعدم الفرق بينه و بين الوصية بالعقد من هذا الوجه و اذا فرض عدم الضرر في تعطيل حقهم من الإرث فلا بد من القول بالصحة على فرض تمامية دليلها و ربما يكون ذلك انفع لهم من تصرفهم في حقهم فكيف اطلق القول بالبطلان بمجرد التعطيل.

و ثانياً في الفرع الثالث قال بجواز الوصية في مورد الوصية بالمضاربة و قال بانجبار الضرر بالفسخ فكيف لا يقول به هنا فان الفرق بين المسألتين من هذا الوجه غير واضح.

فان قلت: الفرق بين المسألتين من جهة ان الفسخ يكون مشروعاً بين العامل و المالك و المالك هناك كان هو الوارث لان المفروض وقوع المضاربة بعد موت المورث و اما هنا فليس كذلك لان الوارث قبل موت المورث ليس مالكا و لا عاملاً بل المضاربة واقعة بين الموصى و العامل و قدماء الأول فليس للوارث الفسخ حتى ينجر به الضرر و هذا بخلاف الفرع السابق الذي كان المالك هو الوارث.

قلت: قد اجيب عنه بان المفروض في الفرع السابق وقوع المضاربة بين الوصى و العامل و الوارث ان تولّى العقد فهو من باب كونه الوصى لا من باب

كونه الوارث و الوصى يتصرف بالنيابة عن الميت و الوارث اجنبى عنه فاذا لم يكن له الفسخ فى الفرع الأخير كذلك لم يكن له الفسخ فى السابق.

مضافا الى ان الفسخ انما هو للمالك و العامل لا للموجب و القابل، و الوارث هو المالك و الا اشكل فى فسخ الصغير بعد البلوغ لأن تصرف الوصى من باب الوصية كما فى الكبير و حينئذ يكون الصغير أجنبياً عن الطرفين لا من باب الولاية على الطفل.

اقول: إن المضاربة لا محالة واقعة بين المالك و العامل و لا شبهة فى كون المالك بالفعل فى الفرع السابق هو الوارث و متعلق الوصية هو ايقاع المضاربة بين المالك و العامل لا ايقاعها بين الموصى و العامل و الوصى اجنبى عن العقد بعد ايقاعه لا ان الوارث الذى هو مالك اجنبى عنه فللوارث الفسخ و فى هذا الفرع يكون الاشكال فى اصل وقوع المضاربة بين الموصى و العامل و مع الغمض عنه فيكون المالك بعد الموت هو الوارث و يكون الوصية بالمضاربة بماله فاذا صار ماله فعلياً بعد الموت فهو المالك و له اختيار ماله فله فسخ المضاربة فلا فرق بين الفرعين كما اعترف القائل فى اضافة اشكاله بان الفسخ انما هو للمالك و العامل و مراده بهذا الشق من الجواب هو أن المالك هو الوارث فله الفسخ فى المقامين.

ثم إن قول المصنف فى آخر المسألة «خصوصاً اذا جعل حصّتهم اقلّ من المتعارف» يكون الظاهر منه هو أن تعطيل حقهم من الإرث فى نفسه ضرر عليهم ولكن اذا فرض كون المضاربة الواقعة على مالهم بسهم متعارف فلا ضرر عليهم من حيث المالية لا انتفاعهم بسهم ربحهم المتعارف و اما اذا كانت المضاربة بسهم ربح اقلّ من المتعارف فيكون الضرر متوجّهاً عليهم من ناحية سهم ربحهم ايضاً و حينئذ نقول أما الضرر المتوجّه اليهم من حيث تعطيل مالهم فقد عرفت الحال فيه

وأما الضرر المتوجّه اليهم من حيث سهم ربحهم فهو وان لم يصدق الضرر عليه بل يكون النفع اقل ولكن لو فرض الحاقه بالضرر فشمول قاعدة لا ضرر له موجب للقول ببطلان المعاملة ولو من باب نفوذ الوصية والافمن باب المضاربة فاصل جوازها يكفي لدفع الضرر باختيار الفسخ ولا يحتاج الى القاعدة.

ثم إنه حكى عن جامع المقاصد دفع هذا الاشكال يعنى اشكال الخصوصية بما حاصله انّ المضاربة إن صحّت كانت حصّة العامل من الربح من دون ان تخرج من ملك مالك المال، وان بطلت فلا ربح اصلا لانه يكون الربح للمالك و فى كلتا الحالتين لم يخرج من مال المالك شىء الى العامل حتى تكون المضاربة بالأقل من المتعارف ضرراً على المالك بتوسط الوصية.

ودفعه فى المسالك بما حاصله أنه يمكن أن تصحّ المعاملة باجازة المالك و تبطل المضاربة فيكون تمام الربح للمالك، فتصحح المضاربة اضرار بالمالك. اقول: أما الجواب عن الأول فهو أنّ البحث ليس فى سهم العامل حتى يقال إنه غير مربوط بأصل المال بل البحث فى سهم صاحب المال الذى يكون ربح ماله تبعاً له فأقلية سهمه ضرر عليه من هذا الوجه وان لم ينقص من اصل ماله شىء إن فرض عدم النفع ملحقاً بالضرر كما هو غير بعيد بحسب نظر العرف.

وأما دفع الاشكال من المسالك فهو ايضاً غير تام لأنّ البحث يكون فى الضرر المتوجّه الى المال من ناحية اقلية سهم الربح وهذه الأقلية ربما لا يصلحها تمام الربح ولو بعد بطلان المضاربة و اجازة المالك المعاملة الفضولية لنفسه و لو فرض اصلاحها له فربما لا يريد المالك تدارك ضرره بذلك فالأصحّ ما ذكرناه فى استظهار عبارة المصنّف قده والله العالم.

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

اقول: دليله فى الفرعين هو كون العامل اميناً ولا تخرج يده من الأمانة الى الضمانية بمجرد الموت او الفسخ اذا لم يقصّر فى وظيفته بعد ذلك بأن كان مثلاً فى صدد تهية مقدّمات اداء المال الى الوارث فتلف وهذا واضح.

قوله: الثانية عشرة، اذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضارباً واحداً ثم فسخ احد الشريكين هل تبقى بالنسبة الى حصة الآخر او تنفسخ من الأصل؟ وجهان: اقربهما الانفساخ نعم لو كان مال كلّ منهما متميّزاً وكان العقد واحداً لا يبعد بقاء العقد بالنسبة الى الآخر.

اقول: الأقرب هو عدم انفساخ المضاربة بالنسبة الى البقية لأنّ هذا العقد لا يحسب عند العرف عقداً واحداً غير منحلّ بلحاظ المالين بل يرى العرف العقد الواحد عقدين والمصنف قد مشى هذا المشى فى مسأله ٤٧ فى مورد استرداد بعض المال من شخص واحد وقال بعدم انفساخ المضاربة بالنسبة الى البقية و هنا قال بالانفساخ ولكنه غير مستقيم لانه اذا كان جازياً مع اتحاد المالك فجوازه مع تعدّده أولى فالصحيح هو عدم الانفساخ مطلقاً وهذا لا يختصّ بسباب المضاربة بل يشمل جميع العقود فلو وهب الشريكان مالهما المشترك بانشاء واحد ثم رجع احدهما فى ذلك لم يكن هذا فسخاً بالنسبة الى من لم يرجع ولا فرق بين كون المال متميّزاً ام لا فعلى هذا ما هو الدارج فى المضاربات البنكية اليوم من أخذ بعض المالكين لبعض رأس ماله او لتسامه لا يضرّ بالمضاربة بالنسبة الى غيره.

قوله: المسألة الثالثة عشرة، اذا اخذ العامل مال المضاربة وترك التجارة به الى سنة مثلاً فان تلف ضمن ولا يستحق المالك عليه غير اصل المال، وان كان آتماً فى تعطيل مال الغير.

اقول: أمّا ضمانه لرأس المال فلأنّه بعد تركه المضاربة صارت يده ضمانية

بعد ما كانت امانية بتعديده و من جهة أن الإذن كان مقيداً بالالتجارية و اما ما قال بعدم ضمانه الا لأصل المال و تبعه في ذلك شارحي كلامه مستدلاً بأن الضمان للربح لا موجب له بعد ان لم يحصل و لم يفعل العامل شيئاً الا أنه لم يدعه ليربح بماله ففيه تأمل لأن هذا يكون نظير حبس الحرّ بحيث لم يمكنه الانتفاع بعمله بل هو اقوى منه لانه مربوط بثمرة ماله و الحق أن عمل الحرّ يكون اتلافه بنظر العرف موجباً للضمان فكذلك في المقام فان العرف يرى اتلاف ربح المال منسوباً الى العامل ففي مقداره لابدّ من التصالح لولم يمكن تحديده عند اهل المعاملة بمقدار معيّن.

قوله: الرابعة عشرة، اذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً فكل ربح حصل يكون بينهما، و ان حصل خسران بعده او قبله ، او اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق او بالعكس فالظاهر الصحة و ربما يشكّل بأنّه خلاف وضع المضاربة و هو كما ترى.

أقول: وضع المضاربة يكون على ان يكون الربح بينهما و الوضعية على المال لقوله ع في موثق اسحاق بن عمار^(١) فيكون اشتراط خلافه على خلاف وضع المضاربة اذا كان المراد هو كون المضاربة كذلك لأنها مضافا الى كون الربح بينهما لابدّ ان يكون الربح وقاية لرأس المال و هذا الشرط يكون على خلافه. و أمّا اذا كان المراد بالاشتراط ان يكون ضمان الخسران من مال المالك فقد مرّ في المباحث السابقة من المضاربة (في مسألة ٢ و ٤) انه لا اشكال فيه كما انه لا اشكال في تضمين العامل لرأس المال ان تلف من ماله لان الناس مسلطون على اموالهم فلهم جعله لغيرهم في ضمن عقد من العقود و غيره.

وأما القول بأن هذا مناف لاطلاق العقد فهو متوقف على اثبات أن العقد يكون بنحو اللاقتضاء بلحاظ هذا الشرط حتى لا يكون خلاف السنة واثباته مشكل و تقدم عن المصنف فيما سبق بأنه لا اشكال فيه من جهة انه مناف لاطلاق العقد لا لمقتضاه و الظاهر انه يكون هنا على مبناه السابق و ليت بعض الشراح ايضا مشى مشيه في السابق حيث قال بعدم الاشكال فيه اذا كان الضمان من مال العامل. ثم ان بعض الاعاظم دفع الاشكال في المقام بان مقتضى كون الربح بينهما هو كونه بينهما في الجملة و هو متحقق في المقام فلا اشكال و فيه ان هذا لا يفيد لدفع الاشكال فإن الربح في المسألة بكلا شقيّه لا يكون وقاية للمال فلا محيص إلّا عن اصلاح المقام بما ذكرناه و أما ما في المستمسك من تصحيحه بشمول عمومات الوفاء بالعقد على فرض كونه عقداً مستقلاً فهو يصح على فرض عدم قصد المضاربة و مع قصدها فهو فاسد في بعض الفروض غير ما ذكرناه و وجوب الوفاء بالعقد يكون على فرض كونه عقداً مستقلاً غير المضاربة.

قوله: الخامسة عشرة، لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلاً أو نسياناً أو اشتباهاً كما لو قال لا تشتري الجنس الفلاني أو من الشخص الفلاني مثلاً فاشتراه جهلاً فالشراء فضولي موقوف على اجازة المالك.

اقول: إن الفضولية تكون من جهة عدم الاذن واقعاً فان اجاز المالك فيقع البيع له و له الربح بتمامه و الا فهو باطل.

قوله: وكذا لو عمل بما ينصرف اطلاقه الى غيره فانه بمنزلة النهي عنه و لعل منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعتق على المالك مع جهله بكونه كذلك و كذا الحال اذا كان مخطئاً في طريقة التجارة بان اشترى مالا مصلحة في شرائه عند ارباب المعاملة في ذلك الوقت بحيث لو عرض على التجارة حكموا بخطائه.

اقول: كل ما ذكر يكون كما ذكر بلحاظ عدم تحقق الاذن من المالك و هو كاف

فى الفضولية و ان لم يرجع الى النهى و الظاهر انه ليس من النهى فى شىء آلا أنه غير مأذون فيه فلو فرض اثر على النهى بخصوصه لا يترتب على ذلك.

ثم إن بعض الأعاظم تمسك فى المقام باطلاق ما ورد^(١) فى مخالفة العامل للمالك و قال بصحة ما ذكر الا ان العامل ضامن للخسران و اخذ باطلاقه و قال بشموله الصورة العلم و الجهل و قال بضعف سند ما يكون فيه التعبير بقوله «فقصاه» و هو ما عن وهيب عن ابى بصير^(٢) والحاصل ان مقتضى القاعدة و ان كان الفضولية ولكن مقتضى اطلاق النص الصحة مع ضمان الضرر و قال ان جعل المحشين ما فى المتن ارسال المسلمات كان مع الغفلة عن هذه النصوص.

وفيه: أن أكثر هذه النصوص يكون بالنسبة الى ما لا ربط له بالمعاملة بل النهى تعلق بالمكان الذى خرج اليه فيمكن ان يقال برضاء المالك باصل المعاملة و صحيح جميل^(٣) و ان كان فى خصوص شراء غير الذى امره به ولكن لا اطلاق له بل هو ظاهر فى شموله لخصوص المختار و يمكن ان يقال بقرينة ما ورد فيه قضية العباس^(٤) ان المالك كان راضيا باصل المعاملة.

و اما التعبير بالعصيان فلا يختص بما هو ضعيف السند بل صحيح الكنانى^(٥) ايضا يكون فيه التعبير بالعصيان.

هذا كله مضافاً الى أن ضمان الجاهل و الذى اشتبه مع عدم ما يوجب الضمان من اتلاف و غيره يكون خلاف الارتكاز فلا يتم ما ذكره و لذلك تعرض المصنف فى مسألة ٥ مما تقدم لهذه الاخبار فى صورة العمد و لم يتمسك بها هنا.

قوله: السادسة عشرة، اذا تعدد العامل كأن ضارب اثنين بمأة مثلاً بنصف الربح

١- فى باب ١ من المضاربة. ٢- ١٠ / ١ من المضاربة.

٣- ٩ / ١ من المضاربة. ٤- ٧ / ١ من المضاربة.

٥- ٦ / ١ من المضاربة.

بينهما متساويا او متفاضلاً، فاما أن يميز حصّة كلّ منهما من رأس المال كأن يقول: على ان يكون لكل منه نصفه واما لا يميّز، فعلى الأول الظاهر عدم اشتراكهما في الربح والخسران والجبر، الا مع الشرط لأنّه بمنزلة تعدّد العقد. وعلى الثانى يشتركان فيها و ان اقتسما بينهما فاخذ كلّ منهما مقداراً منه الا ان يشترطا عدم الاشتراك فيها، فلو عمل احدهما و ربح و عمل الآخر و لم يربح او خسر يشتركان فى ذلك الربح و يجبر به خسران الآخر بل لو عمل احدهما و ربح و لم يشرع الآخر بعد فى العمل فانفسخت المضاربة يكون الآخر شريكاً و ان لم يصدر منه عمل لأنّه مقتضى الاشتراك فى المعاملة. ولا يعد هذا من شركة الأعمال كما قد يقال فهو نظير ما اذا أجر نفسهما لعمل بالشركة فهو داخل فى عنوان المضاربة لا الشركة، كما ان النظر داخل فى عنوان الاجارة.

اقول: فى هذه المسألة فرعان: الأول اذا تعدد العامل مع تميّز حصّة كلّ منهما من رأس المال و الثانى صورة عدم تميّز الحصّة. أما الفرع الأول فقد يقال لا اشكال فيه لتعدّد رأس المال و العامل الا من حيث شرط الجبر فإنّه قد اشكل عليه بعض بانه مناف للشرط الخامس من شروط المضاربة و هو ان يكون الربح مشاعاً بينهما.

و فيه: أن الربح مشاع على اى تقدير بين المالك و العامل لو لم يكن المال مشاعاً ايضاً.

ولكن الكلام فى جبر خسارة مضاربة هذا بربح ذاك و بالعكس فانه بعد تعدد المضاربتين و العاملين يكون مقتضى المضاربة ان يكون جبر خسارة كل منهما بربحه لا بربح الآخر لأن الوضعية على المال بحكم النصّ فهذا الشرط من العامل او المالك يكون خلاف السنّة كما عن البعض الآخر و التحقيق انه يمكن تصحيح هذا الشرط بنحو آخر و هو ان يكون مرجعه الى التزام كل منهما فى عقده ان

يكون خسارة الآخر مجبورة بمال نفس من ربحت تجارته لا من سهم ربحه وان كان يتهاثر بسهم ربحه وهذا لا اشكال فيه فان كان نظير المصنّف في تصحيح هذا بالشرط هذا المعنى فلا اشكال ولكنه كما ظهر من مبناء في ما سبق يرى هذا الشرط غير مناف لمقتضى العقد بل يكون عنده منافياً لاطلاق العقد ولا يضّر الشرط المنافى للإطلاق عنده وهو ممنوع لأنّه متوقف على ان يكون معاملة المضاربة بلحاظ هذا الشرط بنحو اللاقتضاء لا بنحو المقتضى واثبات كونه بنحو اللاقتضاء مشكل بل الظاهر كونه مقتضياً فلا يصحّ الشرط من هذا الوجه بل يصحّ بنحو ما ذكرناه.

ثم إنّ في هذا الفرع اشكال آخر وهو ان الظاهر من عبارة المصنّف هو أن يكون الربح بينهما متساويا او متفاضلاً وهذا يكون لازمه هو اشتراكهما في ربح المالكين وان كان كلّ واحد منهما متميزا عن الآخر حتى انه لو كان التفاضل في جعله من حيث الربح لابدّ من ملاحظته و لازمه ان يكون في بعض الأحيان بعض ربح هذا المال لمن عمل بذلك وهذا لا يكون بنحو الاشتراط حتى نصلحه بما ذكرناه بل يكون في متن العقد كذلك وظاهره عدم افراز كلّ سهم من المال بمجرد التقسيم بل المضاربة واحدة و المال واحد و كل سهم منه في يد العاملين مشاع فلا بد ان يلحق بالفرع الثاني ولا يكون خاليا عن الاشكال و اما الفرع الثاني وهو ان لا يكون حصّة كلّ منهما من رأس المال متميّزاً مع تعدّدهما فقد اشكل عليه بعض الاعاظم بالنظر الى الروايات الواردة في المضاربة من جهة تعدّد العامل لأنّ الوارد فيها عنوان الرجل و هو ظاهر في العامل الواحد لا المتعدّد ثمّ قال بما حاصله أنّ هذه المعاملة حيث كان بين العقلاء قبل الشرع و لا يكون عندهم فرق بين العامل المتعدّد و الواحد و لم يردع عنه الشرع فلا اشكال كما هو المتسالم و أمّا ما في الجواهر من احتمال كون المراد بالرجل جنس الرجل الصادق على

الواحد والمتعدد وان امكن الا انه خلاف الظاهر جداً.

أقول: كون هذه المعاملة عقلانية تام وما ادعاه صاحب الجواهر هو الظاهر و امكانه يكفي لإثباته ولا نحتاج الى اثبات الظهور من وجه آخر بل مجرد اطلاق الرجل يكون من الظهور والحاصل لا اشكال في التعدد والاشتراك في جبر خسران احدهما بربح الآخر ضرورة ان التقسيم الخارجى بان يأخذ مقدار منه هذا ومقدار منه آخر لا يوجب افراز الحصة فى رأس المال انما الاشكال هنا فى اشتراط عدم الاشتراك فى الربح والخسران من جهة عدم كون الشرط مشرعاً بعد ما كان خلاف مقتضى المضاربة او خلاف السنّة وقد عرفت امكان تصحيحه فى الفرع السابق بان يكون الجبر من مال نفس من ربح لا من مال المضاربة.

ثم إنه لا يخفى عدم كون المقام من شركة الأعمال كما ذكره المصنف لأن هذا ليس شركة فى العمل فقط بل يكون رأس المال من المضارب فى البين فيكون مضاربة مع متعدد كاجارة متعددين لعمل واحد فيشركون فى الأجرة وهذا واضح.

قوله: السابعة عشرة، اذا اذن المالك للعامل فى البيع والشراء نسيئة فاشتري نسيئة وباع كذلك، فهلك المال، فالدين فى ذمة المالك وللديان اذ اعلم بالحال أو تبين له بعد ذلك الرجوع على كلّ منهما فان رجع على العامل واخذ منه رجع هو على المالك. ودعوى انه مع العلم من الأول ليس له الرجوع على العامل لعلمه بعدم اشتغال ذمته مدفوعة بأن مقتضى المعاملة ذلك خصوصاً فى المضاربة و سيما اذا علم أنّه عامل يشتري للغير ولكن لم يعرف ذلك الغير أنه من هو ومن أى بلد. و لو لم يتبين للديان ان الشراء للغير يتعين عليه الرجوع على العامل فى الظاهر و يرجع هو على المالك.

اقول: البحث في هذه المسألة في فرعين: الأول في ان العامل بعد هلاك المال لا يكون ضامناً لدين الثمن اذا اشترى نسيئة فصار الثمن في ذمة المالك الذي دخل المثلث في كيسه و يكون الضامن هو المالك لذلك اى يستقرّ الضمان عليه و دليله واضح لأنّ المثلث يدخل في كيس المالك فعليه ضمانه بالعوض المسمّى الذي هو الثمن و أمّا إذا باع نسيئة فتلف عند المشتري فهو يكون من مال المشتري و لا يبقى موضوع للقول بالرجوع الى المالك فيكون متن المصنف مشتملاً على حكم الشراء نسيئة و ان كان في طرح المسألة معتمداً للبيع و الشراء و هذا نوع تسامح في العبارة. الفرع الثاني في انه اذا اشترى نسيئة الى من يرجع البايع بعد تلف المال الذي لو لم يتلف كان يأخذه منه هل الى المالك او العامل او كليهما و الحق ان البايع له الرجوع الى المالك أو العامل كما في المتن اما الرجوع الى المالك فلأنه هو الذي صار ضامناً للثمن بتوكيل العامل في الشراء في ضمن عقد المضاربة و اما الرجوع الى العامل فلأنّ الظاهر من سيرة العقلاء هو كونه مسئولاً عن لوازم العقد لكونه طرفاً للعقد فانه يكون كالوكيل المفوض لأنّه يكون عاملاً في المضاربة و ليس كالوكيل في اجراء الصيغة فقط حتى يكون اجنبياً بعد العقد عنه و العقلاء يكون اقدامهم على المعاملة معه بلحاظ نفسه خصوصاً اذا كان البايع جاهلاً بكونه عاملاً او لم يعرف المضارب الموكل له اصلاً فعلى هذا اقدامه على الشراء كذلك يكون اقداماً على ضمان العوض فهو يكون من هذا الوجه كالضامن للعوض و السيرة العقلانيّة التي لم يردع عنها الشرع ايضاً دليل على هذا.

ثمّ إنّ دعوى التفصيل بين صورة علم البايع من الأول فلا يكون له الرجوع على العامل لعلمه بعدم اشتغال ذمته و بين صورة جهله فيكون له الرجوع الى العامل، ظاهرة من عبارة الشرايع حيث قال: «اذا اشترى لموكله كان البايع

بالخيار ان شاء طالب الوكيل وان شاء طالب الموكل. والوجه اختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكالة واختصاص الوكيل مع الجهل بذلك»

والجواب عنه ما ذكر فى المتن من ان مقتضى القاعدة هو عدم الفرق فى الوكيل المفوض ويكون العامل هنا وكيلاً مفوضاً فى كل شىء يحتاج التجارة اليه و يكون الرجوع اليه من لوازمها غاية الأمر فى صورة عدم علم البائع بانه عامل او علم انه عامل ولكن لا يعرف المضارب اصلاً لا يرى العرف والعقلاء ربطاً لضمان العوض بغير العامل فى الظاهر ولا اقدام للعقلاء على ضمان من لا يعرفونه بشىء وان كان لهم الرجوع اليه بلحاظ أنه هو الضامن لعوض الذى اخذه ولا يرى العرف والعقلاء دخلاً لوصول المبيع اليه وعدمه لانه فى ضمن توكيله للعامل جعل ضمان العوض على نفسه بالملازمة العرفية كما انه لا يكون لاقضاء الوكالة فى هذه التجارة دخل فى عدم ضمان العامل فانه امر غير مربوط بوكالته بقاءً ويكفى حدوثها للقول به. فالحق فى هذه المسألة بكل فرعية مع الماتن.

قوله: الثامنة عشرة، يكره المضاربة مع الذمى خصوصاً اذا كان هو العامل لقوله (ع) «لا ينبغي للرجل المسلم ان يشارك الذمى، ولا يبضعه بضاعة، ولا يودعه ودیعة ولا يضافيه المودة». وقوله ع «ان امير المؤمنين ع كره مشاركة اليهودى والنصرانى والمجوسى، الا ان تكون تجارة لا يغيب عنها المسلم ويمكن ان يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لا يؤمن منه فى معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

اقول: الخبر الاول هو صحيح على بن رئاب^(١) ودلالته متوقفة على اخذ الشركة بمعناها اللغوى الذى يشمل شركة المضارب والعامل من حيث المال و

العمل وان لم يكن هذا من الشركة بمعناه الخاص وهو الشركة في الأموال او يكون من باب الغاء الخصوصية من البضاعة التي هي ان يكون تمام ربح رأس المال لمالكه والحاق المضاربة من باب ان بعض ربح رأس المال ايضاً كذلك او هو اولى والا فلا كلام في النصّ عن المضاربة وهذا غير بعيد كما فهموا واما اصل الكراهة فهو يكون للتعبير بقوله ع «لا ينبغي».

واما الخبر الثاني فمن السكوني^(١) وهذا الخبر ضعيف سنداً بالسكوني و التوفلي ولم يثبت لنا الى الآن كونهما موثقين وما ذكره في معجم الرجال في اعتباره غير تامّ نعم يمكن ان يقال بتحقيق الوثوق الخبري هنا لوجود الصحيح المتقدم الا أنّ الذيل وهو قوله ع «الا ان تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم» لا يكون في الأوّل حتى يحصل الوثوق بتمام فقراته نعم ان هذه الفقرة ممّا يساعده الاعتبار حيث إنّ الكافر ان خلّى ونفسه لا يؤمن من خيائته بخلاف ما اذا كان بمحضر المسلم فيمكن ان يقال إنّ الكراهة ليست مولوية محضة بل ارشادية وكيف كان فحيث إنّ المقام من موارد الكراهات ويكون لنا الدليل على التسامح في ادلة الكراهات والسنن فلا بأس بالعمل بهذا التعليل ايضاً والأولى مراعات الكراهة حتى اذا كان بمحضر المسلم والأمر سهل واما التعدّي من هذا التعليل الى المسلم ايضاً اذا لم يكن مأموناً من الاحتراز عن الحرام في معاملاته كما عن المصنف فهو بعيد لان بين المؤمن والكافر بون بعيد الا ان الاحتراز عن المسلم الذي يكون كذلك ايضاً موافق للاعتبار وهو الأولى وان لم نقل بالكراهة الشرعية بهذا الدليل.

قوله: التاسعة عشرة، الظاهر صحّة المضاربة على مائة دينار كلياً، فلا يشترط

كون مال المضاربة عيناً شخصية فيجوز ايقاعهما العقد على كلّى ثم تعيينه فى فرد و القول بالمنع لأنّ القدر المتيقّن العين الخارجى من النقيدين ضعيف و اضعف منه احتمال المنع حتى فى الكلّى فى المعيّن اذ يكفى فى الصخّة العمومات.

اقول: إنّ الكلّى إمّا أن لا يكون فى ذمّة احد او يكون فى ذمّة المضارب و الظاهر هوان مراد الماتن النحو الثانى لشهادة قوله بتعيينه فى فرد لا الأوّل ليرد عليه ما عن بعض من ان الكلّى اذا لم يكن خارجياً و لا ذمياً لم يقبل ان يكون مملوكاً فضلاً عن ان يكون موضوعاً للمضاربة لان المضاربة انما تكون من المالك و ذلك من جهة أنّ الشخص مالك لذمته و لذا يصحّ شرائه نسيئته و بيعه سلفاً و اما الكلّى فى الخارج فلا بدّ أن يكون مراده الكلّى فى المعيّن و الا فما فى الخارج لا يكون كليّاً اصلاً و كيف كان فليس الاشكال فى الكلّى فى الذمّة عدم المملوكية بل الاشكال هوان المضاربة كما مرّ فى صدر الكتاب من الماتن ايضا لا يصحّ بالدين و لا بدّ ان يكون عيناً خارجياً و مرّ منّا أن الاحوط هو اعتبار ذلك ايضا فلا ندرى كيف نجتمع بين كلاميه و الحقّ هو أنّ القول بالمنع فى الكلّى قوى ليس بضعيف بل فى المقام اولى بالمنع من الدين فى ذمّة الغير كما لا يخفى و لا يخفى ايضا أنّ المانع ليس هو عدم امكان اعطاء الكلّى لأنّه بعد تطبيقه فى الخارج يصير قابلاً لذلك بل المانع هو الدليل على لزوم كون المال عيناً كما مرّ و أمّا عدم شمول العمومات للكلّى كذلك فيكون من جهة أنّ هذا ليس مضاربة شرعية.

و اما المضاربة على نحو الكلّى فى المعيّن بأن يقول اعطيك الفاً من هذه الدراهم الموجودة مضاربة فلا اشكال فيه لأنّ المال يكون عيناً فى الخارج و هذا النحو من الاشاعة لا يضّرّ بالعينية اذا كان جميع الأجزاء متساوياً و قد مرّ فى الشرط الرابع انه لو احضر مالين و قال قارضتك بأحدهما يكون صحيحاً اذا كان

المالان لا فرق بينهما في الذات والوصف لانطباق عنوان احدهما عليه على نحو التساوى ومن العجب أن المصنّف (قده) قال بعدم الصّحة في ذلك فيما تقدّم و يقول بالصّحة هنا مع عدم الفرق المهمّ بينهما نعم هو فى المعين المشاع قال بالصّحة فيما تقدّم ايضا و قلنا بعدم الفرق بينه وبين عنوان احدهما بالنحو المذكور لعدم الدليل على لزوم الافراز والاجماع المدعى غير ثابت ولو ثبت يكون سندیاً وسنده عدم وجود الميهم المرّدّد فى الخارج و حيث إنّ عنوان أحدهما قابل للانطباق على الخارج ولذا لا بد من الاجتناب عن الكأسين اذا علم بنجاسة احديهما فلولوا الأثر لاحديهما فلأى وجه يقال بوجوب الاجتناب؟ قوله: متمّم العشرين لو ضاربه على ألف مثلاً فدفع اليه نصفه فعامل به، ثمّ دفع اليه النصف الآخر فالظاهر جبران خسارة احدهما ببربح الآخر، لأنّه مضاربة واحدة و اما لو ضاربه على خمسمائة فدفعها اليه و عامل بها و فى اثناء التجارة زاده و دفع اليه خمسمائة اخرى فالظاهر عدم جبر خسارة احدهما ببربح الأخرى لأنهما فى قوة مضاربتين نعم بعد المزج و التجارة بالمجموع يكونان واحدة.

اقول: فى المسألة فرعان: الأوّل أن يكون وقوع عقد المضاربة على الألف و الدفع متأخّر عنه فيكون تدريجياً فإنّ جبران خسارة أحد المالين بالآخر واضح لوحة المضاربة.

و الفرع الثانى أن يكون عقد المضاربة فى بدو الأمر على مقدار معين ثمّ حصل الزيادة كما أنّه قد يتفق من جهة أنّ المالك اذا رأى أنّ المعاملات من العامل رابحة يزيد فى رأس المال فإنّ هذا تارة يكون بعد حصول الربح فى المال الأوّل و أخرى قبل حصوله او قبل التجارة به فإن كان قبل حصول الربح و يكون بناء المالك على ازدياد رأس المال الأوّل فلا شبهة فى أنّ المضاربة تصير واحدة بهذا القصد سواء قلنا بفسخ الأولى و تجديد العقد على الثانية او كان روح المعنى

راجعاً الى المضاربة الثانية بشرط ضمّ رأس المال الأوّل الى الثانى و أمّا اذا كان المراد تعدّد المضاربتين مثل ان يجعل سهم الربح فى الثانية او شروطها غير ما يكون فى المضاربة الأولى فلا اشكال فى التعدّد و عدم جبر خسران احديهما بربح الأخرى و لا يكون للعامل مزج احد المالىين على هذا الفرض بالآخر ولو مزج لا يصير المزج موجباً لوحدة العقد. ثمّ على فرض كون المراد باعطاء المال الثانى وحدة المضاربتين و كان هذا بعد حصول الربح فى الأولى فلا وجه لجبران خسارة الثانية بهذا الربح لعدم ربط هذا المال قبل الإعطاء بذلك المال فيكون الربح بينهما و فى الواقع انتهى أمد المضاربة الأولى بضمّ الثانية و يكون فى حكم الفسخ و التجديد فما عن بعض الأعظم من القول بجبران الخسارة بالربح فى هذه الصورة غير تامّ.

و قد تمّ كتاب المضاربة فى تاريخ ٣٠/٦/١٣٧٢ ش ٤/٢٤/١٤١٤ ق.
و الحمد لله اولاً و آخراً و صلى الله على محمد و آله الطاهرين.



الفهرس

المقدمة.....	٥
--------------	---

الجهة الأولى: في معنى المضاربة

الموضع الاول: في معنى المضاربة بلغة اهل العراق.....	٨
الموضع الثاني: في معنى القراض	١٥
الموضع الثالث: في المعنى الاصطلاحي للمضاربة.....	١٧
في فرق المضاربة مع البضاعة و القرض.....	١٨

الجهة الثانية في شروط المضاربة

الشرط الأول: في شرطية كون رأس المال عيناً في المضاربة.....	٣٢
الشرط الثاني: في كون رأس المال من الذهب أو الفضة.....	٤٤
المضاربة بالصك.....	٤٧
الشرط الثالث: في شرطية معلومية مقدار رأس المال	٥١
الشرط الرابع: في شرطية التعيين في مال المضاربة	٥٥
الشرط الخامس: في شرطية كون الربح مشاعاً.....	٥٩
الشرط السادس: في شرطية تعيين الحصة من الربح	٦٢
الشرط السابع: في شرط جزء من الربح لغير العامل.....	٦٥

- الشرط الثامن: في اشتراط كون رأس المال بيد العامل ٧١
- الشرط التاسع: في شرطية كون الاسترباح بالتجارة ٧٤
- الكلام في ما هو دارج في البنك الحكومي في المضاربة في ايران ٧٦
- الشرط العاشر: في عجز العامل عن العمل برأس المال ٧٨

الجهة الثالثة: في المسائل

- في مال المضاربة وأن المضاربة عقد جائز وفي اشتراط المالك على العامل ٨٩
- (مسألة ١): لو كان له مال موجود في يد غيره امانة او غيرها فضاربه عليها صح ٨٩
- (مسألة ٢): المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها ٩٣
- (مسألة ٣): اذا دفع اليه مالاً وقال اشتر به بستاناً مثلاً او قطعاً من الغنم ١٢٠
- (مسألة ٤): اذا اشترط المالك على العامل ان يكون الخسارة عليهما ١٢٥
- فصل في البحث عن الشرط المخالف للكتاب ١٣١
- (مسألة ٥): اذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً ١٤٩
- (مسألة ٦): لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه او غيره الامع اذن المالك ١٦٤
- في اطلاق عقد المضاربة ١٦٦
- (مسألة ٧): مع اطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه ١٦٦
- (مسألة ٨): مع اطلاق العقد وعدم الاذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك ١٦٧
- (مسألة ٩): في صورة اطلاق العقد لا يجوز له ان يشتري بأزيد من قيمة المثل ١٧٢
- (مسألة ١٠): لا يجب في صورة الاطلاق ان يبيع بالنقد ١٧٣
- (مسألة ١١): لا يجوز شراء المعيب الا اذا اقتضت المصلحة ١٧٤
- (مسألة ١٢): المشهور - على ما قيل - ان في صورة الاطلاق يجب ان يشتري بعين المال ١٧٤
- عامل المضاربة وسفره ١٨١

- (مسألة ١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة مابتماد بالنسبة اليه و الى تلك التجارة ١٨١
- (مسألة ١٤): قد مرّ أنّه لا يجوز للعامل السفر من دون اذن المالك ١٨٣
- (مسألة ١٥): المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج اليها ١٨٥
- (مسألة ١٦): اللازم الاقتصار على القدر اللايق فلو اسرف حسب عليه ١٨٥
- (مسألة ١٧): المراد من السفر العرفي لا الشرعي ١٨٥
- (مسألة ١٨): استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه ١٨٨
- (مسألة ١٩): لو تعدد ارباب المال كأن يكون عاملاً لاثنتين أو أزيد أو عاملاً لنفسه و غيره توزع النفقة ١٨٩
- (مسألة ٢٠): لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح ١٩٢
- (مسألة ٢١): لو مرض في اثناء السفر، فان كان لم يمنعه من شغله فله اخذ النفقة و ان منعه ليس له .. ١٩٤
- (مسألة ٢٢): لو حصل الفسخ او الانفساخ في اثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه ١٩٨
- الكلام في الالفاظ التي يؤتى بها في صيغة المضاربة ٢٠٠
- (مسألة ٢٣): قد عرفت الفرق بين المضاربة و القرض و البضاعة ٢٠٠
- (مسألة ٢٤): لو اختلف العامل و المالك في أنها مضاربة فاسدة او قرض او مضاربة فاسدة او بضاعة ٢٠٦
- (مسألة ٢٥): اذا قال المالك للعامل خذ هذا المال قراضاً و الربح بيننا صح ٢١٢
- (مسألة ٢٦): لا فرق بين ان يقول خذ هذا المال قراضاً و لك نصف ربحه، أو قال: خذ قراضاً ٢١٣
- (مسألة ٢٧): يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل مع اتحاد المال او تميز مال كل من العاملين ٢١٤
- (مسألة ٢٨): اذا كان مال مشتركاً بين اثنين فقراضاً واحداً و اشترطا له نصف الربح ٢١٩
- في بطلان المضاربة بموت المالك او العامل ٢٢٣
- (مسألة ٢٩): تبطل المضاربة بموت كلّ من العامل و المالك ٢٢٣
- عدم جواز الوكالة للعامل ٢٢٦
- (مسألة ٣٠): لا يجوز للعامل ان يوكل وكيلا في عمله او يستأجر اجيراً ألاً بإذن المالك .. ٢٢٦
- (مسألة ٣١): اذا اذن في مضاربة الغير فإمّا ان يكون نجعل العامل الثاني عاملاً للمالك ... ٢٢٧

- (مسألة ٣٢): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الاذن من المالك..... ٢٣٣
- في الشرط ضمن عقد المضاربة..... ٢٤١
- (مسألة ٣٣): إذا شرط احدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالأً أو عملاً..... ٢٤١
- في أن الربح يملك بالظهور أو بغيره..... ٢٤٩
- (مسألة ٣٤): يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره..... ٢٤٩
- (مسألة ٣٥): الربح وقاية لرأس المال فملكية العامل بالظهور متزلزلة..... ٢٦٥
- (مسألة ٣٦): إذا ظهر الربح ونقض تمامه أو بعض منه، فطلب احدهما قسمته..... ٢٦٩
- (مسألة ٣٧): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح..... ٢٧٥
- في الخسران أو تلف مال المضاربة..... ٢٧٩
- (مسألة ٣٨): لا اشكال في أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح..... ٢٧٩
- العامل امين في المضاربة..... ٢٨٤
- (مسألة ٣٩): العامل امين فلا يضمن الا بالخيانة..... ٢٨٤
- عدم جواز اشتراء مال المضاربة من العامل..... ٢٩٠
- (مسألة ٤٠): لا يجوز للمالك ان يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة..... ٢٩٠
- جواز أخذ الشفعة من المالك..... ٢٩٥
- (مسألة ٤١): يجوز للعامل الاخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة..... ٢٩٥
- في فسخ المضاربة..... ٢٩٥
- (مسألة ٤٢): قد عرفت ان المضاربة من العقود الجائزة..... ٢٩٥
- في جواز استرداد بعض مال المضاربة في الانشاء..... ٣١٦
- (مسألة ٤٣): قد عرفت ان الربح وقاية لرأس المال..... ٣١٦
- في المضاربة الفاسدة..... ٣٢٣
- (مسألة ٤٨): اذا كانت المضاربة فاسدة..... ٣٢٣

- ٣٣٥ فى اختلافات المالك و العامل
- (مسألة ٤٩): اذا ادعى على احد انه اعطاه كذا مقدراً مضاربة و انكر ٣٣٥
- (مسألة ٥٠): اذا تنازع المالك و العامل فى مقدار رأس المال الذى اعطاه للعامل ٣٣٦
- (مسألة ٥١): لو ادعى المالك على العامل انه خان او فرط فى الحفظ ٣٣٩
- (مسألة ٥٢): لو ادعى العامل التلف و انكر المالك ٣٤٣
- (مسألة ٥٣): اذا اختلفا فى مقدار حصة العامل ٣٤١
- (مسألة ٥٤): اذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و اعطيتك، فانكر اصل المضاربة ٣٤٣
- (مسألة ٥٥): اذا اختلفا فى صحة المضاربة الواقعة بينهما و بطلانها ٣٤٨
- (مسألة ٥٦): اذا ادعى احدهما الفسخ فى الاتناء و انكر الآخر ٣٤٨
- (مسألة ٥٧): اذا ادعى العامل الرد و انكره المالك ٣٤٩
- (مسألة ٥٨): لو ادعى العامل فى جنس اشتراه لنفسه، و ادعى المالك انه اشتراه للمضاربة ٣٧١
- (مسألة ٥٩): لو ادعى المالك انه اعطاه المال مضاربة، و ادعى القابض أنه اعطاه قرضاً .. ٣٧٣
- (مسألة ٦٠): اذا حصل تلف او خسران فادعى المالك انه اقترضه و ادعى العامل أنه ضاربه ٣٧٦
- (مسألة ٦١): لو ادعى المالك الابطاع و العامل المضاربة ٣٧٩
- (مسألة ٦٢): اذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصة العامل، و اختلفا فى مقدار الربح الحاصل ٣٨٥

الكلام فى عشرين مسائل باقية فى المضاربة

- الاولى، اذا كان عنده مال المضاربة فمات ٣٨٧
- الثانية، ذكروا من شروط المضاربة التنجيز ٤٠٣
- الثالثة، قدم شرط عدم الحجر بالفلس فى المالك و اما العامل فلا يشترط فيه ذلك ٤١٠
- الرابعة، تبطل المضاربة بعروض الموت كما مر - او الجنون او الاغماء ٤١١
- الخامسة، اذا ضارب المالك فى مرض الموت صح ٤١٥

- السادسة، اذا تبين كون رأس المال لغير المضارب..... ٤١٧
- السابعة، يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم..... ٤٣٥
- الثامنة، يجوز ايقاع المضاربة بعنوان الجعالة..... ٤٤٠
- التاسعة، يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بايقاع عقدها..... ٤٤٣
- العاشر، يجوز للأب و الجد الايصاء بالمضاربة بمال المولى عليه بايقاع الوصى عقدها..... ٤٤٤
- الحادية عشرة، اذا تلف المال بيد العامل بعد موت المالك من غير تقصير..... ٤٥٦
- الثانية عشرة، اذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا واحداً ثم فسخ احد الشريكين... ٤٥٧
- الثالثة عشرة، اذا اخذ العامل مال المضاربة و ترك التجارة به الى سنة مثلاً..... ٤٥٧
- الرابعة عشرة، اذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً..... ٤٥٨
- الخامسة عشرة، لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلاً او نسياناً او اشتهاً..... ٤٥٩
- السادسة عشرة، اذا تعدد العامل..... ٤٦٠
- السابعة عشرة، اذا اذن المالك للعامل في البيع و الشراء نسيئة..... ٤٦٣
- الثامنة عشرة، يكره المضاربة مع الذمي خصوصاً اذا كان هو العامل..... ٤٦٥
- التاسعة عشرة، الظاهر صحة المضاربة على مائة دينار كلياً..... ٤٦٦
- متى العشرين لو ضاربه على ألف مثلاً فدفع اليه نصفه فعامل به، ثم دفع اليه النصف الآخر... ٤٦٨