

مَجْمُوعَةٌ فِي الْفِقْهِ
كِتَابُ الْمَضَارِبِ

تَأَلَّفَ
آيَةُ اللَّهِ السَّيِّدُ مُحَمَّدٌ الْهَاشِمِيُّ





كتاب المضاربة

بَحْوثٌ فِي الْفِقْهِ

كِتَابُ الْمَضَائِبِ

آيَةُ اللَّهِ السَّيِّدُ مُحَمَّدٌ الْهَاشِمِيُّ

جميع حقوق الطبع محفوظة للناشر

هوية الكتاب

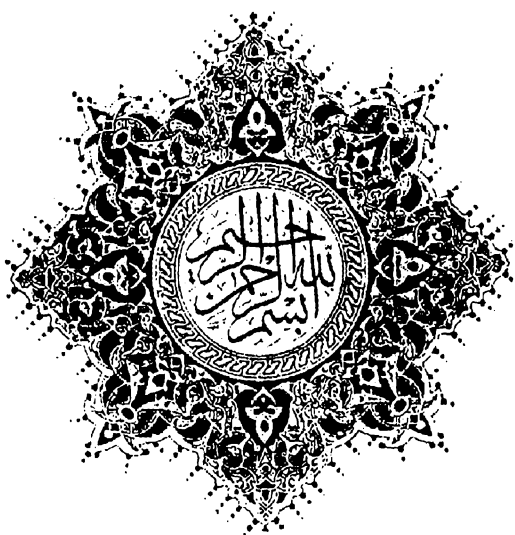
الكتاب : كتاب المضاربة

تأليف : آية الله السيد محمود الهلثمي

الناشر : مركز أهل البيت عليه السلام للفقهِ والمعارف الإسلامية

الطبعة الأولى : ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م

الكمية : ٣٠٠٠



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المُقَرَّرَةُ

الحمد لله ربّ العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلقه وسيّد رسله أبي القاسم المصطفى محمّد وعلى آله الطيبين الطاهرين واللعن على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين .

وبعد :

فهذا شرح استدلالي لكتاب المضاربة من العروة الوثقى ، وهو مجموعة الدروس التي ألقيتها بحوزة قم المقدسة سنة (١٤١٥ هـ) كنت أكتبها وأسجلها حين التدريس ، وقد طلب منّي بعض الأعرزة من إخواني تقديمها للطباعة والنشر لينتفع بها العلماء والباحثون ، فقامت بمراجعتها مع تحقيق وتخريج لمصادر البحث والأقوال فيها وتوضيح ما أغلق من عباراتها أو بحوثها .

وأنّي أعتقد أنّ عقود المضاربة والمزارعة والمساقاة والشركة التي تدور على رحاها اليوم أكثر المعاملات المصرفية والبنوك وأكثر الاستثمارات الشائعة والمستجدّة في الأسواق بحاجة إلى المزيد من البحث الفقهي الموسّع ، وأنّ روح وحقيقة هذه العقود ترجع إلى نكتة مشتركة خطيرة في الحياة الاقتصادية والحقوقية المتطورة وهي الشركة بين رأس المال والعمل ، وأنّ هذه العلاقة والمضمون المعاملي المشترك هي الجوهر والحقيقة العقلانية الممضاة شرعاً

ضمن هذه العقود، وهي أوسع بكثير ممّا ورد في فتاوى فقهاءنا العظام رضي الله عنهم بشأن هذه العقود، وأنّ الاشكال والأحكام المحدودة والمضيقة المطروحة للبحث عنها في كتبنا الفقهية هي الأنماط الساذجة التي كانت رائجة لها في تلك الأزمنة البدائية، وأنّ الجدير بالبحث الفقهي الاجتهادي أن يستخرج كل ذلك المضمون العقلائي بأبعاده ومقوماته الوسيعة وينظم أحكامه وآثاره وأشكاله المستجدة على ضوء فقه العقود وقواعدها العامة في الشريعة الإسلامية الخالدة.

وقد حاولنا في هذه الدراسة أن نشير إلى بعض تلك الجهات تاركين التفصيل في ذلك إلى فرصة أخرى وبمنهج دراسي أوسع، ومتن فقهي أحدث ممّا في متن العروة الوثقى الذي نشره في هذه الدراسة الفقهية الاستدلالية ونتقيّد به.

نسأل المولى سبحانه وتعالى أن يتقبّل منّا هذا القليل بأحسن قبوله، وأن يجعله ذخراً لنا يوم لقاءه، ويوفّقنا لمراضيه، إنّه خير ناصر ومعين والحمد لله ربّ العالمين.

قم المقدّسة

شهر رمضان المبارك / ١٤٣٢ هـ.

السيد محمود الهاشمي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المضاربة

وتسمى قراضاً عند أهل الحجاز، والأول من الضرب؛ لضرب العامل في الأرض لتحصيل الربح، والمفاعلة باعتبار كون المالك سبباً له والعامل مباشراً، والثاني من القرض بمعنى القطع؛ لقطع المالك حصّة من ماله ودفعه إلى العامل ليتّجر به. وعليه العامل مقارض بالبناء للمفعول، وعلى الأول مضارب بالبناء للفاعل، وكيف كان: عبارة عن دفع الإنسان مالاً إلى غيره ليتّجر به على أن يكون الربح بينهما، لا أن يكون تمام الربح للمالك ولا أن يكون تمامه للعامل. وتوضيح ذلك: أنّ من دفع مالاً إلى غيره للتجارة تارة على أن يكون الربح بينهما، وهي مضاربة، وتارة على أن يكون تمامه للعامل [١].

[١] يتعرّض السيّد الماتن رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أولاً إلى تعريف المضاربة وفرقتها عن القرض والبضاعة، ثمّ يتعرّض لشروط صحة المضاربة ثمّ يعقد فروعاً ومسائل يتعرّض من خلالها إلى أحكام المضاربة من حيث الضمان لرأس المال وعدمه، ومن حيث الجواز واللزوم، ومن حيث ما يترتب على المضاربة الصحيحة أو الفاسدة من سائر الأحكام، وأحكام الفسخ أو الانفساخ، والبطلان، والتنازع بين المالك والعامل، إلى غير ذلك من الأمور الأخرى.

ولعلّ التسلسل المنطقي يقتضي البحث في المطالب التالية :
 المطلب الأول : في تعريفها ، وأركانها ، وصفتها من حيث اللزوم والجواز ،
 حيث إنّ اللزوم والجواز الحقيين داخلان في صميم العقد على ما حققناه في
 محلّه .

المطلب الثاني : في تخريج مشروعيتها وصحّتها .

المطلب الثالث : في شروط صحّتها .

المطلب الرابع : في أحكام المضاربة الصحيحة .

المطلب الخامس : في حكم التنازع واختلاف ربّ المال والعامل .

المطلب السادس : في انتهاء المضاربة أو انفساخها .

المطلب السابع : في أحكام المضاربة الفاسدة .

وهذه المطالب مبثوثة في مجموع ما بحثه السيّد الماتن رحمته خلال الفروع
 والمسائل القادمة بشكل وآخر ، زائداً على تفرّعات ومسائل يتعرّض إليها
 عرضاً ، وليست هي ممّا ترتبط بالمضاربة بالخصوص على ما سيظهر .

ونحن نحاول السير حسب ترتيب الماتن رحمته ، إلاّ أنّه في البداية نبحت عن
 المطلبين الأولين بالتسلسل الذي ذكرناه وبشيء من التفصيل قبل التعرّض
 للمطلب الثالث الذي ذكره الماتن رحمته بشكل مستقل ؛ وذلك لما لهما من الأهمية
 ولكونهما الأساس لجملته من النتائج التي سوف تنتهي إليها في المطالب الأخرى
 فنقول :

المطلب الأول :

في تعريف المضاربة وبيان أركانها وصفتها من حيث اللزوم والجواز :

أما تعريفها: فقد تعرّض الماتن أولاً لتعريفها لغة - أي تعريف مادة المضاربة - والقراض، وأنّ الأوّل من الضرب في الأرض أو بالمال في التجارة، وأنّ الثاني من القطع لقطع حصّة من المال ودفعه للعامل ليتجر به، فيكون العامل مضارباً (بالفتح) ومضارباً (بالكسر)؛ لأنّه الذي يعطى له حصة من المال، ولأنّه هو الذي يضرب في الأرض، فيكون مفعولاً به بلحاظ المعنى الثاني وفاعلاً بلحاظ المعنى الأوّل.

وكذلك تعريف صيغة المفاعلة ودلائها على المشاركة وفعل الاثنين. ووجه انطباقها في المقام حيث إنّ المالك مسبّب والعامل مباشر للضرب في الأرض للتجارة فيكون فعل الاثنين بهذا الاعتبار، فالعامل هو المضارب بمعنى من يوجد فعل المضاربة ويشاركه المالك بنحو التسبب في ايجاده، والمالك هو المقارض ويساعده العامل في ايجاده بنحو التسبب.

وأنكر بعضهم كون المفاعلة من فعل الاثنين، بل هو لمطلق السعي نحو تحقيق المبدأ لا أكثر، وأنّ فعل الاثنين قد يستفاد من المادة كما في مقاتل، وقد نقحنا في مبحث (لا ضرر ولا ضرار) صحّة ما ذهب إليه المشهور، كما نقحنا الفرق بين هيئة المفاعلة والتفاعل.

والمشاركة إمّا يكون بما ذكره الماتن إذا كان المراد الضرب في الأرض أو بما ذكره في التذكرة من ضرب كل منهما الريح بسهمه، فكأنّه يغلب الآخر فيريح منه؛ ولعلّه لهذا أو ذاك كان العامل هو المضارب.

والمهم تعريف المضاربة اصطلاحاً: والتعريف المدرسي المعروف له في كتب القدماء والمتأخرين ما ذكره الماتن رحمته بعد ذلك بقوله: وكيف كان عبارة

عن (دفع الإنسان مالا إلى غيره ليُتجر به على أن يكون الربح بينهما).
 وقد نوقش في ذلك بأن المضاربة معاملة، بل عقد من العقود لا بد فيه من
 انشاء، وليس مجرد الدفع الخارجي لغرض الاتجار والمرابحة مضاربة.
 فالتعريف غير سديد.

إلا أن الصحيح أن التعريف المذكور تعريف لحيثية المضاربة في العقد،
 لا لحيثية العقديّة.

توضيح ذلك: أن العقود المسمّاة كالبيع والهبة والإجارة والمضاربة
 وغيرها التي هي أمور انشائية اعتبارية تشتمل على حثيتين: حثية مشتركة فيها
 جميعاً وهي الانشائية والعقدية، وحثية تكون بها امتياز كل واحد من العقود عن
 الأخرى، وهي المضمون المنشأ بذلك الانشاء والعقد، ففي البيع تلك الحثية هي
 التمليك للعين بعوض، كما فسّر به، وفي الإجارة تمليك المنفعة بعوض، وفي
 المضاربة دفع المال بيد الغير للاتجار به والربح بينهما.

وهذا إما يراد به الإذن والرضا بكون المال تحت يد الغير من أجل
 الاتجار والاشتراك في الربح، وهذا معنى انشائي نظير ما يراد من مفهوم
 التسليط في تعريف الإجارة، أو يكون التعبير بالدفع الظاهر في التسليم
 الخارجي - لا انشاء الإذن - من جهة اشتراط ذلك في تحقق المضاربة بحيث
 لا تتحقق من دونه، نظير العقود الإذنية الأخرى كالوديعة والأمانة والعارية
 فإنّها من دون دفع المال إلى الآخر لا يتحقق العقد، وليس كالإجارة والبيع
 والذي يتحقق العقد فيهما ويصح ولو لم يدفع المبيع أو العين المستأجرة
 للمشتري والمستأجر.

ولكن سوف يأتي أنّ الدفع الخارجي ليس شرطاً في صحة المضاربة حتى الإذنية، فضلاً عن المضاربة العقدية.

ثم إنّ هذا التعريف الذي به فرّق الماتن بين المضاربة والقرض والبضاعة لا يكشف عن مضمون المضاربة وهويتها من حيث كونها تملك بعوض أو مشاركة أو غيرهما على ما سيظهر.

وأيّاماً كان فالمهم في تعريف المضاربة هو البحث عن مضمونها المعاملي وحقيقتها وتحليلها من الجهات التالية:

١- من حيث كونها عقداً أو إيقاعاً.

٢- من حيث كونها عقداً اذنياً أو عهدياً ومن سنخ أي العقود.

٣- من حيث كون صفتها الجواز أو اللزوم بحسب مقتضى طبعها.

فنقول: المقرّر في محله أنّ الفرق بين العقد والإيقاع أنّ كلّ معاملة تقوم باثنين وتحتاج إلى طرفين موجب وقابل فهو عقد، وكل ما لا يحتاج إلى ذلك بل يقوم بطرف واحد فهو إيقاع.

إلا أنّ هذا ليس تعريفاً وتمييزاً للعقد عن الإيقاع، حيث لا يوضّح نكته حاجة معاملة إلى قبول ليكون عقداً وعدم حاجة الأخرى إليه ليكون إيقاعاً.

والنكته هي أنّ المعاملة إن كانت تتضمن تصرفاً في حق من حقوق الغير ممّا هو تحت سلطانه سلباً كان أو ايجاباً أي اعطائه الحق أو سلبه عنه فهو متوقف على قبوله لا محالة، فلا يمكن أن يتحقّق ذلك المضمون المعاملي إلاّ مبنياً على قبول الآخر وموافقته، فيحتاج إلى اتفاق بينهما، وهو العقد، وكل معاملة لا تتضمن ذلك بل هو تصرف من قبل صاحب حق في حقه الذي ليس

لغيره سلطنة عليه فهذا لا يحتاج إلى موافقة الغير وقبوله وإن كان ذلك الغير طرفاً له بمعنى كان لذلك الحق تعلق به كطلاق الزوجة أو ابراء الدين واسقاطه؛ فإنّ طرفية الغير هنا ليست بمعنى أنّه حق له، بل بمعنى أنّ الحق متعلق به أو عليه، ومنه يعرف الوجه الفني لكون تمام موارد تملك الغير مالاً أو حقاً من العقود حتى مثل الجعالة فضلاً عن الهبة والعارية؛ لأنّ ادخال مال أو حق في حوزة الغير وسلطانه كسلبه عنه تصرف في دائرة سلطنته وولايته، فيحتاج إلى قبوله.

اللهمّ إلا أن ترجع الجعالة إلى جعل حقّ التملك للمجعول له بالعمل لا التملك الفعلي.

ومنه يعرف أنّ المضاربة لا محالة تكون من العقود لما فيه من تملك العامل سهماً من الربح، وكذلك استحقاقه للتصرف ووضع اليد على المال، واستحقاق المالك للتسلط على عمله لو قيل بذلك على ما سيأتي.

ثمّ إنه يقع البحث في محتوى هذا العقد؟ فهل هو من سنخ عقود الشركة أو من سنخ عقود المعاوضة؟ أو من سنخ عقود الاستيمان والإذن ولو على وجه الضمان؟

ظاهر كلمات العامة الأوّل، حيث جعلوا المضاربة من أنواع الشركة بين المال والعمل، حيث إنّ أكثرهم يرون صحة عقد الشركة في ذلك، بل وفي الأعمال والوجوه والمقارضة.

وظاهر كلمات بعض فقهاءنا أنّه يمكن أن يكون من سنخ عقود المعاوضة والمبادلة، فكأنّ هناك مبادلة بين عمل العامل والحصة من الربح المقررة له من قبل المالك، نظير المزارعة والمساقاة بناءً على كونهما كذلك.

وظاهر بعض الكلمات الأخرى أنها من قبيل الجعالة والعقود الإذنية بأن يأذن صاحب المال للعامل أن يستريح بماله ويأمره به على وجه الضمان مع تعيينه في حصة من الربح، فكأنه يقول له: من أتجر بمالي فربح فله كذا مقداراً من الربح.

كما قد يظهر من كلام للماتن يأتي في المسألة الثامنة آخر الكتاب ذلك أيضاً، أو يأذن العامل أن ينتفع المالك بعمله لارباح ماله على وجه الضمان. وفي التذكرة: (أن القراض من العقود الجائزة من الطرفين كالوكالة والشركة، بل هو عينهما، فإنه وكالة في الابتداء ثم يصير شركة في الأثناء)^(١). والفرق بين الأنحاء الثلاثة واضح، فإن عقد الشركة سواء كان بمعنى الاشتراك في المالين وبتبعه الاشتراك في الأرباح أو كان بمعنى الاشتراك في الأرباح ابتداءً غير المبادلة وإن استلزم اختلاف شكل الملكية إلى الإشاعة وما لعلّه ظاهر بعض الكلمات من أن كل منهما يبادل الآخر في نصف ماله المشاع غير صحيح، فإنه على خلاف المرتكز العقلائي والشرعي؛ ولهذا لا تكون الشركة القهرية مبادلة قهرية، كما لا تكون القسمة كذلك، فالشركة كالقسمة تغيير لشكل المال وإحالة التعيين إلى الإشاعة وبالعكس، من دون أن تكون هناك مبادلة. ومن هنا كانت الشركة من العقود الجائزة لا اللازمة، حيث لا تتضمن بنفسها ومع قطع النظر عما يشترط فيها التزاماً وتعهداً في قبال التزام ليكون مخالفته نقضاً لذلك، وإن كان يتصور الشركة العقدية أيضاً على ما سيأتي في بحث الشركة.

وهذا بخلاف ما لو كانت المضاربة مبادلة بين العمل ونسبة من الربح ، فإنه عندئذ تكون صفتها اللزوم لا محالة ، كما في سائر عقود المبادلة ما لم يشترط حق الفسخ والخيار .

كما أنه بناءً على الثالث تكون صفتها الجواز ، حيث إن العقود الإذنية كذلك ؛ لأن قوامها بالإذن من المالك الذي له الرجوع عنه حيثما شاء ، وليس الإذن من المالك ولا القبول من العامل متضمناً بذاتيهما التزاماً بشيء للآخر ليكون الرجوع عنه نقضاً لذلك الالتزام ، وبهذا يعرف ضابط كون العقد صفة اللزوم الحقيقي أو الجواز في نفسه .

كما ظهر الوجه في عدم شمول ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ للعقود الإذنية ؛ إذ بقرينة الأمر بالوفاء يفهم أن موضوعه العقود التي تتضمن التزاماً وتعهداً ليعقل فيه الوفاء والنقض ، وليست العقود الإذنية كذلك ، هذا لو لم نقل بأن العقد منصرف إلى خصوص العهدية الالتزامية .

وينبغي بعد هذا تحليل المرتكز العقلائي في باب المضاربة وأنه يتطابق مع أي تكييف من الأنحاء الثلاثة ليرتب عليه صفة من حيث اللزوم والجواز وسائر أحكامه وشروطه ، بل وأصل مشروعيته على القاعدة أو حاجته إلى دليل خاص .

وقد يجعل ما هو المشهور والمقبول عند العقلاء أيضاً من رجوع العامل إلى أجرة المثل على تقدير الفسخ أو بطلان المضاربة دليلاً على أنها من عقود المبادلة كالأجارة ، حيث يضمن المستأجر أجرة مثل عمل الأجير على تقدير فسادها بقانون : (ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده) .

إلا أن هذا الاستنتاج غير تام؛ إذ في فرض كونها كالجعالة اذناً في الاسترباح على وجه الضمان أيضاً يستحق العامل أجره مثل عمله إذا كان قد صدر منه العمل؛ لأن العمل كان بأمر من المالك وطلبه ولم يقدم العامل على العمل مجاناً، وهو كافٍ للضمان، بل حققنا في محلّه رجوع قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده إلى هذه النكتة أيضاً.

وكذلك الحال على فرض كونها شركة، فإن العامل لم يقدم على العمل مجاناً، بل قدمه ليكون محفوظاً ومضموناً على تقدير الاسترباح. نعم، على تقدير عدم الربح لا ضمان على التكييفات الثلاثة لكون العامل مقدماً على المجانية في هذا الفرض.

وقد يستبعد فرضية الشركة بأنّ لازمها أن يكون رأس المال مشاعاً بين المالك والعامل بمجرد انعقاد عقد المضاربة، كما أنّ عمل العامل ومنفعته يكون مشاعاً بينه وبين المالك، وهذا خلاف المرتكز العقلائي، كما أنه خلاف المسلّم والضروري فقهاً؛ إذ لا يملك العامل شيئاً من رأس المال ولا شيء له من الربح لو لم يكن ربح، مع أنّ لازم هذا التخريج أن يملك من الأوّل نسبة من رأس المال وأن يكون له شيء من الربح على كل حال.

إلا أنّ هذا الاستنتاج يمكن إبطاله بأنّ عقد الشركة كما يعقل بعنوان انشاء الاشتراك بين المالكين وصيرورتهما مشاعاً بين الطرفين كذلك يعقل ثبوتاً بعنوان الاشتراك والإشاعة في نمائيهما، مع بقاء أصليهما على ملك مالكيهما بلا إشاعة، فهي عقد شركة في النماءات والأرباح ابتداءً لا بتبع الشركة في رأس المال، فبعد ظهور الربح والنماء يكون العامل شريكاً فيما

زاد على رأس المال، أمّا قبله فالمال كلّه للمالك، وهذا ليس على خلاف المرتكز العقلائي ولا الفقهي؛ إذ لا إشكال في تعلق حق العامل بالربح الحاصل في رأس المال بنحو الإشاعة على كل التكييفات الثلاثة.

وقد يجعل تسالم الفقه الشيعي على بطلان الشركة في الأعمال والوجوه شاهداً على أنّ المضاربة ليس منها، وإلاّ كيف لم يحكموا ببطلانها؟!

إلاّ أنّ هذا أيضاً غير تام؛ لما سيأتي من أنّ هذا النحو من الشركة في الأرباح يختلف عن الشركة في الأعمال والوجوه، إذ لعلّ حكمهم بصحتها من جهة الروايات الخاصة، بل والسيرة العملية المتشرعية على صحتها والعمل بها بين المسلمين، خصوصاً إذا لاحظنا أنّ حكمهم بعدم صحة الشركة في الأعمال كان من جهة تطبيق القواعد ونحوها لا الدليل الخاص ليتمكن الأخذ باطلاقه.

وقد يجعل الحكم بجواز المضاربة دليلاً على عدم صحّة الفرضية الثانية، أي عدم كونها مبادلة والتزاماً عقدياً، فيتعين أن يكون تكييفها على أساس أحد الفرضين الآخرين شرعاً.

وفيه: أولاً - لعلّ الجواز المقرّر فيها فقهاً جواز حكمي لا حقّي كما في عقد الهبة لغير ذي رحم، وهو لا ينافي لزوم الحقّي.

وثانياً - لعلّ حكم من حكم منهم بالجواز الحقّي - لو فرض - من باب اقتضاء الأصل العملي لذلك أو تصور أنّ المضاربة من العقود الإذنية كما ذكره البعض وليس من باب وجود دليل شرعي على الجواز، وإلاّ لكان يذكر في كلماتهم مع أنّنا نجد أنّهم لم يذكروا في الاستدلال على ذلك غير الإجماع ومقتضى القاعدة في العقود الإذنية الواردة في كلمات بعض الأعلام المتأخرين.

بل لو فرض ثبوت جواز المضاربة عند العقلاء - وهو غير ثابت - لم يكن ذلك شاهداً على عدم إمكان كونها عقداً عهدياً؛ لأنه لا يدل على أكثر من أن المضاربة الإذنية عند العقلاء جائزة، لأنه لا يجوز ولا يصح انشاؤها بالتكليف الثاني، أي على شكل التزامين متقابلين من الطرفين ما لم نعلم دليلاً على بطلانه على القاعدة أو بدليل خاص، وهذا واضح.

وبهذا يتلخص أنه ثبوتاً يتصور تكييفات ثلاثة للمضاربة - الشركة بين العمل ورأس المال في النماء، والمبادلة بين العمل وحصّة من الربح، والأمر بالعمل على وجه الضمان بحصّة من الربح أو جعل حصّة منه لمن يستريح بماله - فلا بد من البحث عن مدى صحة كل واحد منها وانطباقها مع الأدلّة والقواعد العامة أو الروايات الخاصة. كما أنه لا تنافي فيما بينها، بمعنى أنه يمكن أن تكون المضاربة ممّا يمكن إيقاعها بالأقسام الثلاثة وإن كان المتعارف خارجاً قسم منها عادة. كما ظهر أن صفتها من حيث اللزوم وعدمه يختلف باختلاف التكييفات، فعلى الأوّل والثاني صفتها اللزوم، وعلى الثالث الجواز. وسيأتي تفصيل البحث عن ذلك في المطلب الثاني.

كما أن أركانها مضافاً إلى العاقدين الذين هما ركنان في كل عقد: المال والعمل الذي هو الاتّجار والضرب بالمال للاسترباح، وخصوصية التجارة وإن كانت مأخوذة في مفهوم المضاربة إلا أنه يعقل محتوى المضاربة بمعنى كون العمل من أحد المال من الآخر والنتائج بينهما، سواء كان الاسترباح والانتاج بالتجارة أو الصناعة أو الزراعة أو الخدمات، وسواء كان المال نقداً أو عروضاً أو آلة أو أرضاً أو غير ذلك، كما سيأتي تفصيل ذلك.

وبهذا تشترك المساقاة والمزارعة مع المضاربة من هذه الناحية ، وتكون كلها من حيث الاشتراك الواقعي - لا القانوني والحقوقي - بين العمل والمال من واد واحد .

ومن أركان المضاربة الربح لا بمعنى وجوده الخارجي ، بل بمعنى اشتراط كون نسبة منه للعامل وإلا لم تكن مضاربة بل بضاعة .

المطلب الثاني - مشروعية المضاربة :

لا شك في أصل مشروعية المضاربة في الجملة لقيام السيرة المتشرعية والإجماع القطعي قولاً وعملاً على ذلك ودلالة الروايات العديدة المتواترة المستفاد من مجموعها صحة المضاربة ومشروعيتها إجمالاً .

وإنما البحث في تخريج المشروعية ، وأن مدركها هل ينحصر في ذلك أو يمكن اثباتها بالأدلة العامة ؟

ويترتب على هذا البحث ثمرة مهمة هي إمكان التمسك بإطلاق الدليل لإثبات الصحة كلما شك في اشتراط شيء زائد في صحة المضاربة على الثاني بخلافه على الأول ، حيث لا إطلاق في الدليل اللبي المتمثل في الإجماع والسيرة .

كما أن الروايات الخاصة كثيراً ما تكون متعرضة لجهات أخرى ، وليس فيها ما يتعرض ابتداءً لصحة كبرى المضاربة في تمام الموارد .

والمستفاد من كلمات السيّد الماتن رحمته في بعض الفروع القادمة اختيار المسلك الثاني ، حيث تمسك بالعمومات مراراً ، بل سوف يأتي منه في الشرط

التاسع من الشروط التمسك بها لإثبات صحة الاسترباح بين العامل وربّ المال بغير التجارة أيضاً.

إلا أنّ مختار بعض الأعلام والمحققين من أساتذتنا العظام رحمهم الله المسلك الأوّل، مدّعياً بأنّه لا يمكن إثبات صحة عقد المضاربة بالرجوع إلى العمومات الدالّة على صحّة العقود وامضائها، وأنّ صحّتها تثبت على خلاف القاعدة فلا بد من الاقتصار فيها على مقدار ما دلّت عليه الأدلّة الخاصة.

وفيما يلي نتحدث في مقامين :

الأوّل : الإشكال الذي أفاده هذا العلم في التمسك بالعمومات .

الثاني : تشخيص العمومات التي يمكن الرجوع إليها في المقام .

أمّا المقام الأوّل :

فقد أفاد سيّدنا الأستاذ على ما في تقارير بحثه أنّ مقتضى القاعدة البطلان في مثل المضاربة والمزارعة والمساقاة؛ لأنّها لا تتضمن تملكاً لما يملكه الطرفان بالفعل، وإنّما هو تملك على تقدير حصول الربح والنماء، وهذا لا يصحّ؛ إذ لو أريد تملك العامل حصة من المنافع والنماءات ابتداءً فهذا على خلاف قانون تبعية المنافع للأصل، فيكون باطلاً لمخالفته مع الشرع.

وإن أريد تملكه لها في طول تملك المالك الأصل بأن ينتقل إلى ملك المالك آنأ ما ومن ثمّ إلى العامل فهو مع كونه على خلاف قانون المضاربة والمزارعة والمساقاة - لأنّها تقتضي حصول الربح والنماء في ملك العامل

والمالك مشتركاً - باطل أيضاً؛ لأنه تمليك لما لا يملكه العامل فعلاً، إذ ليس له الآن السلطنة عليه؛ ولهذا لم يستشكل أحد في بطلان العقد إذا لم تكن حصة العامل من ربح ما يتجر به بأن يقول له المالك: (أتجر بهذا المال ولك الربع من أرباح تجارتي الخاصة أو من ثمر بستاني في العام القادم) (١).

ويمكن صياغة الاشكال في الشق الأول بنحوين:

١- إن مثل هذه العقود على خلاف القاعدة الشرعية التي تحكم بأن النماء تابع للأصل في الملكية.

٢- إنه على خلاف قانون المعاوضة؛ لأن النماء يحصل هنا بالتجارة والبيع وهي تقتضي انتقال العوض بتمامه إلى مالك المعوض، وهذا الاشكال يختص بالمضاربة لا المزارعة والمساقاة كما لا يخفى.

فيكون حاصل الايراد: أنه لو اختير تحقق حصة من الربح للعامل ابتداءً فهو على خلاف قانون تبعية النماء للأصل في المزارعة والمساقاة وعلى خلاف قانون المعاوضة في المضاربة، وإن اختير تملكه لها في طول تملك المالك فهذا خلاف ما يقال في المضاربة والمزارعة والمساقاة وباطل؛ لأنه لو أريد تمليكه منجزاً وفعلاً فهو تمليك ما لا يملكه المالك فعلاً، وإن أريد تمليكه معلقاً على تحقق الربح خارجاً كان من التعليق في العقد وهو باطل أيضاً.

ويمكن المناقشة في كلا الشقين ودفع الإشكالات الأربعة كلها:

ففي الشق الأول يلاحظ على الإشكال الأول بأن قانون تبعية النماء

١- راجع: شرح العروة الوثقى (المباني في شرح العروة) ٣١: ٨.

.....

للأصل في الملكية لا ينافي حصوله في ملك الغير بإذن المالك والتزامه؛ إذ ليس حق المالك وملكوته في النماء بأكثر من حقه في الأصل، فكما أن للمالك أن ينقل الأصل إلى الغير لكونه تحت سلطانه فكذلك الحال بالنسبة إلى النماء. فدليل التبعية يقول: إنَّ نماء الشيء ومنافعه كنفس ذلك الشيء من حق المالك لذلك الشيء ما لم يأذن بخلافه، وهذا لا ينافي ظهوره وتحققه في ملك الغير بإذن المالك ورضاه؛ لأنَّ دفع الحق كرفعه تحت سلطان المالك.

فالحاصل ليست قاعدة تبعية النماء للأصل العقلانية والممضاة شرعاً بأكثر من أنَّ النماء من حق مالك الأصل، وليست بمعنى أنه لا يحق لمالكه أن يأذن بانتقاله إلى الغير ضمن عقد بينهما بحيث يخرج ويظهر في ملك الغير منذ البداية كما يظهر في ملك مالك الأصل، فالقاعدة ليست من أجل تحديد صلاحيات المالك للأصل بوجه أصلاً.

ويشهد على ذلك عرفية وعقلانية مثل هذه العقود بين الناس، فإنَّ المضاربة والمساقاة والمزارعة والشركة وبيع النماء قبل حصولها لتخرج في ملك المشتري ليست من مستحدثات الشريعة الإسلامية، كما هو واضح.

ومنه يظهر الجواب على الإشكال الآخر في الشق الأول - أعني كون المضاربة على خلاف قانون التجارة والبيع وانتقال العوض بتمامه إلى كيس من له المعوض؛ لأنها تقتضي انتقال مقدار منه ابتداءً إلى كيس العامل المضارب وهو غير مالك للمعوض - فإنَّ هذا الإشكال يمكن دفعه:

أولاً - بما ذكرناه في مبحث البيع من أنَّ قانون المعاوضة لا يقتضي أكثر

من دخول العوض في الكيس الذي يكون تحت سلطان مالك المعوض ، سواء كان كيس نفسه أو كيس غيره إذا كان تحت سلطانه .

ومن هنا صححنا إذن المالك بأن يبيع الغير المال لنفسه بأن ينتقل الثمن إلى كيسه ابتداءً ، فإن هذا أيضاً من شؤون ولاية المالك على ماله ، ولا ينافي حقيقة المعاوضة والمقابلة بين العوضين ، فإذا اتفق المالك مع العامل على حصة من الربح التجاري كان معناه الإذن في أن ينتقل حصّة من العوض - ولو في آخر تجارة يقوم بها العامل على رأس المال - إلى كيس العامل ؛ لأنه أذن له بذلك واتفق معه ، فللمالك الولاية على ذلك أيضاً .

ويشهد على صحة ذلك ما نجده عقلائياً وشرعاً في عقد الشركة بين شخصين في رأس المال التجاري من صحة اشتراط أن يكون نسبة الربح بينهما مختلفاً عن نسبة حصة كل منهما في رأس المال ، كما إذا كان لهما بالسوية ولكن اشترط أن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان من الربح التجاري رغم كون الخسارة عليهما بالتساوي .

ولا يمكن تخريج وتوجيه ذلك على أساس بيع حصة أحدهما بضعف حصة الآخر من الثمن ، فإن هذا واضح العدم بحسب المرتكز العقلائي والمتشعري ، ولا يناسب مع تساوي الخسارة عليهما ولا وحدة سعر أجزاء المبيع الواحد كما هو واضح .

وثانياً - العرف يرى الربح التجاري كالنماء لرأس المال ، فيتعامل معه نفس التعامل مع نماء الأموال ، والتي يمكن لصاحبها أن ينقل حصّة منها إلى العامل من أول الأمر في قبال عمله .

وإن شئت قلت: أن المالك يشرك العامل في مالية رأس ماله التجاري إذا كان فيها زيادة على الأصل، فيجعل من أول الأمر نسبة من المالية الفائضة والزائدة على رأس المال الحاصلة بعمل العامل للعامل بحيث إذا حصلت تلك الزيادة والارتفاع في المالية والقيمة بسبب عمله كانت مشتركة بينهما، فإن هذا أيضاً من شؤون سلطنة المالك على عين ماله ومالته وكيفية استتمائه، والشارع قد أمضى هذا النحو من تصرفات العقلاء في أموالهم ولم يردع عنها، بل قد يستفاد امضاء هذه الارتكازات العقلائية من إطلاق بعض الأدلة العامة.

ثم لو فرضنا عدم صحة فرض خروج النماء ابتداءً في ملك غيره مالكة وكان لا بد وأن يفترض خروجه أولاً في ملكه ولو آناً ما ثم انتقاله طوياً إلى الغير، التزم بذلك في تصحيح مثل هذه العقود ولا ضير فيه، نظير ما ياتون به في الفسخ بعد تلف المبيع من افتراضه راجعاً إلى ملك البائع قبل تلفه آناً ما يضمن المشتري قيمته يوم التلف أو نحو ذلك، فإن هذه تحليلات لمرتكزات عقلائية وشرعية ثابتة، فكذلك يلتزم في المقام بذلك.

وما ذكر من أن المالك ليس له السلطنة على ذلك فعلاً.

جوابه: أنه خلط بين فعلية المملوك وفعلية السلطنة والمالك؛ إذ لا يراد بالسلطنة هنا إلا الملك والحق، والمفروض أن نماء الأصل من الآن ملك وحق لمالكة، فالسلطنة عليه فعلية والمملوك استقبالي، نظير ملك المنفعة المستقبلية للدار وبيع الثمار للسنين القادمة، فإن المالك للأصل يملكهما للمستأجر والمشتري من الآن، فكذلك في المقام فللمالك أن ينقل نماء ماله بلحاظ

.....

ما بعد زمان خروجه في ملكه إلى العامل؛ لأنه مالك له من الآن بتبع ملكية الأصل، كما له أن ينقله إليه بأن يخرج في ملك العامل، فلو فرض أن النحو الثاني فيه محذور - وقد تقدّم أنه ليس فيه محذور - أمكن الالتزام بالنحو الأوّل . نعم، يكون التمليك حينئذٍ معلقاً على وجود النماء في لوح الواقع مستقبلاً؛ ولهذا عبّرنا عن الإشكال بأنه يلزم التعليق في التمليك، إلا أن هذا المقدار من التعليق لا يوجب البطلان؛ لأنه تعليق على ما هو معلق عليه شرعاً، كما في بيع الدار إذا كان له، أو إذا كان باقياً، أو أيجار المنفعة في السنين القادمة وهي معلقة على وجودها أو بيع الثمار قبل حصولها، على أن التعليق على القول بمبطليته يختص بالعقود العهدية لا الإذنية، فلو خرّجنا المضاربة على أساس عقد إذني فلا موضوع لهذا الإشكال .

فلا وجه لشيء من الإشكالات المذكورة .

كما أن النقص المذكور في ذيل كلامه غير وارد، فإنه وإن لم يكن مضاربة لعدم الشركة بين عمل العامل في مال ونماء مال آخر، إلا أنه لا دليل على عدم صحته إذا اتفقا عليه ولم يكن فيه محذور من ناحية أخرى .

والتحقيق أن يقال: بأنّ تصحيح المضاربة بالعمومات بناءً على التكييف الثاني مشكل، بمعنى أنه لا يمكن إثبات صحتها بعنوان المعاوضة بين العمل والحصة من الربح؛ لأنّ المعاوضة متقومة بوجود العوضين محققاً، بل ومعلوم التحقق عادة ولو في ظرفه . وفي المقام الربح غير معلوم التحقق، كما أن مقداره غير معلوم أيضاً .

وإن شئت قلت: إنّ المعاوضة متقومة بلحاظ وجود مالين محققين

أحدهما غير الآخر ثابتين كل منهما مع قطع النظر عن الآخر ولو في ظرفه الاستقبالي. وهذا في المقام غير متحقق؛ إذ لا وجود محقق ومفروض للربح بقطع النظر عن العمل، وإنما هو مال قد يستحصل ويوجد في طول صب العمل وصرفه، فلا يلحظ مالا في قبالة ومستقلاً عنه لتلحظ المعاوضة بينهما، وهذه النكته تجعل التكيف الثاني غير صحيح شرعاً؛ لاشتراط معلومية وجود العوضين ومقدارهما، وغير عرفي في نفسه في مثل هذه العقود.

نعم، يعقل أن يكون ذلك من قبيل الإجارة على الأعمال إذا لم نرحعها إلى المعاوضة، وهذا ما سنوضحه في المقام الثاني، أو أن يكون هناك التزامان: التزام من العامل بأن يصرف عمله في مال المالك والتزام من المالك بأن يملكه حصته من الربح إذا حصل بعمله.

إلا أن هذين الالتزامين ليسا بمعنى تمليك كل منهما مالا يرجع إليه في قبال الآخر بالفعل الذي هو المبادلة والمعاوضة، بل هو من قبيل الهبة المشروطة بتمليك العوض، وأما التكيف الثالث فهو من قبيل الإذن من قبل صاحب كل منهما بأخذ ماله أو الانتفاع به أو التسلُّط عليه في قبال إذن الآخر، كما إذا أذن كل من المالكين للدارين بانتفاع الآخر بداره وإلا كان ضامناً لقيمته ولم يكن «أذوناً في استيفائه، أو الإذن بالاستيلاء على عمله بشرط الإذن من الآخر بالتملك لحصة من نماء ماله، أو الأمر بذلك على وجه الضمان مع الاتفاق على تعيينه في حصة من الربح لو كان.

كما يمكن أن يكون ذلك من باب الشركة في النماء الذي هو أيضاً التزام من قبل كل منهما بتقديم ما هو له من رأس المال والعمل على أن يكون النماء

والربح الحاصل بهما بينهما بالنسبة، لا بمعنى حصول الاشتراك بين المالين - عمل العامل ورأس مال المالك - بل بمعنى حصول الاشتراك في النماء والمالية الزائدة الحاصلة بالعمل في ذلك المال، فإنّ هذه نحو شركة ثابتة عقلياً وإن لم يطلق عليه عقد الشركة في فقها، وإنّما أُطلق عليه ذلك في فقه العامة وفي القوانين الوضعية، ولتسميته بعقد مستقل مشمول للعمومات على ما سيأتي البحث عن ذلك في المقام الثاني.

ولابدّ من البحث هنا عن دليل مشروعية مثل هذه المعاملة ومدى إمكان التمسك بالأدلة لذلك، وبهذا لا بدّ من الدخول في بحث المقام الثاني.

المقام الثاني :

في الأدلة التي يمكن التمسك بها لإثبات صحة المضاربة، وهي إمّا العمومات أو الروايات الخاصة أو السيرة العقلائية الممضاة شرعاً. والعمومات المتصورة في المقام أربعة :

- ١ - عموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١).
- ٢ - عموم: «المسلمون (المؤمنون) عند شروطهم»^(٢).
- ٣ - عموم: «الناس مسلطون على أموالهم»^(٣).

١ - المائدة: ١.

٢ - تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١. الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤، نقله عن الشيخ الطوسي.

عوالي اللثالي ١: ٢١٨، ح ٨٤.

٣ - عوالي اللثالي ١: ٢٢٢، ح ٩٩. البحار ٢: ٢٧٢، ح ٧.

.....

٤ - عموم: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (١).

أما العموم الأول والثاني فالتمسك بهما مبني أولاً على أن يقال باستفادة الصحة منهما أيضاً زائداً على لزوم الوفاء لا اللزوم فقط، وقد حققنا صحة ذلك في مباحث البيع.

وثانياً على أن تكون المضاربة متضمنةً للالتزام وتعهد؛ لأن العقد والشرط يراد بهما الالتزام والتعهد بتملك أو إيجاد حق ونحوه لا مجرد الإذن بالتصرف.

وأما الثالث فقد ذكرنا في بحث البيع أنه لا يمكن الاستدلال به على صحة العقود وسببية الأسباب التي يشك في سببيتها؛ لأنه يدل على سلطنة المالك على ماله، بمعنى عدم محجوريته لا سلطنته على التشريع وإيجاد السببية الشرعية والقانونية فيما يشك في سببيته، فإنها حيثية لا ربط لها بالمالك، بل بالقانون والشارع.

وأما الرابع فيمنع شموله للمضاربة بدعوى أن التجارة اسم للبيع والشراء بغرض الربح أو التصرف في رأس المال بقصد الربح فلا يشمل مثل المضاربة الذي لا يكون أكل المال وهو الحصة من الربح من قبل العامل عن المالك بالبيع والشراء منه.

وبعبارة أخرى: ما يحصله العامل من الدخل والوارد بعمله سواء كان على أساس الأجرة أو المشاركة في الأرباح لا يكون تجارة، ومن هنا لا يسمّى الأجير تاجراً مهما بلغ وارده.

نعم ، دخل المالك لرأس المال في المضاربة تجارة بالنسبة إليه كما هو واضح ، وليس الكلام في صحة البيع والشراء بماله ، وإنما الكلام في صحة عقد المضاربة من حيث استحقاق العامل على أساسها حصة من أرباح مال المالك ونمائه ، وهذا لا يمكن إثبات صحته بعموم التجارة عن تراض .

وقد يقال بإلغاء الخصوصية ، وأنّ الاستفادة عرفاً النهي عن أكل مال الغير بلا مقابل ، الذي هو من الأكل بالباطل ، كالأكل بالربا والقمار والسرقة والغلول ، ويكون استثناء التجارة وهي البيع المربح نظراً إلى أكل الربح والزيادة ، فإنه جائز لكون الأكل بالمقابل وعن تراض ، فكلما كان من له الدخل يأكل من مال الغير بازاء مقابل قد بذله له وصرفه من أجله سواء كان بعنوان البيع والمعاوضة من الناحية الحقوقية الانشائية أو بعنوان الإجارة أو المشاركة في الناتج والنماء وكان عن تراضٍ منهما كان جائزاً ، فيكون المقصود بالتجارة طلب الربح ببذل مال ، سواء كان رأس المال أو العمل المنفق فيه . إلا أنّ عهدة مثل هذه الدعوى على مدّعيها .

والتحقيق أن يقال : إنّ المضاربة يمكن تصويرها تارة : كعقد إذني جائز ، وأخرى : كعقد عهدي لازم .
أمّا الأوّل فيتصوّر بأحد أنحاء :

١ - أن يكون كالجعالة من قبل المالك بأن يقول : (من استربح بمالي فله الحصة الفلانية من الربح) ، فيكون عقداً إذنياً بمعنى أنّه لا الزام ولا التزام من كل منهما ما لم يتحقق العمل فيمكنهما الرجوع ، إلا أنّه في طول العمل وبعده لا يمكن رجوع المالك عن التزامه بأن حصة من الربح يكون للعامل ، بل يكون

ذلك لازماً عليه كما في الجعالة، وهو لا ينافي جواز المضاربة بالمعنى الذي يقصده المشهور.

٢- أن يكون بنحو الإذن أو الأمر من المالك بالاسترباح بماله أو من العامل باستيفاء منفعة عمله على وجه الضمان لقيمة العمل على تقدير الربح لا مطلقاً مع التوافق بينهما على تعيينه في حصة من الربح. وهذا أيضاً يجعل المضاربة عقداً إذنيّاً جائزاً، يجوز للعامل الرجوع عن إذنه قبل العمل. نعم، يكون توافقهما لازماً عليهما بعد العمل بلحاظ حصة من الربح؛ لكونه التزاماً عهدياً بالنسبة إليه منهما، فيلزم بعد العمل عليهما.

٣- أن يكون إذناً من قبل كل من الطرفين مشروطاً بالآخر لا مجاناً، فيأذن العامل باستيفاء المالك لعمله مشروطاً بإذنه أو توكيله إياه في أن يبيع ما يقابله من رأس المال لنفسه - بناءً على صحة ذلك - فتكون تلك الحصة له على تقدير تحقق الربح، كما أن المالك إنما يأذن للعامل بذلك في قبالة إذنه باستيفاء عمله.

ولعلّ من قال بأنّ المضاربة نحو توكيل من قبل صاحب المال للعامل لكي يتجرّ بالمال على أن يكون الربح بينهما أراد هذا المعنى.

وعلى هذا الأساس يصحّ لكلّ منهما أن يرجع عن إذنه قبل العمل وحصول الربح، ولكنه لو رجع المالك بعده لم ينفع؛ لوقوع الحصة من الربح للعامل إذا كان رجوع المالك بعد بيع العامل لنفسه بمقدار سهمه من الربح فيكون لازماً.

وهذه الوجوه كلّها صحيحة على القاعدة، ولا تحتاج إلى دليل خاص؛ لأنّ إذن المالك وتصرفاته فيما يرجع إليه نافذ بمقتضى عموم «لا يحلّ مال

امرء مسلم إلا بطيب من نفسه»^(١) وغيره، والتزامه في الوجه الأول بأن تكون حصة من الربح للعامل نافذ بمقتضى القواعد العامة والخاصة لنفوذ الجعالة . وما ذكر في الوجه الثاني من صحة التوافق على تعيين ضمان العمل في حصة من الربح أيضاً يمكن تخريجه على أساس أنه تعاقد وتراض بينهما نافذ بمقتضى أدلة نفوذ العقود والشروط ؛ لأنه التزام وتوافق بينهما على تعيين ضمان استيفاء العمل بحصة من الربح على تقدير حصوله ، كما يمكن الاستدلال على صحته بالسيرة العقلائية ، كما في بعض الموارد المشابهة نظير تعيين مقدار معين من المال للحمامي في قبالة إذنه بالانتفاع بحمامه فإنه ليس من باب الإجارة ، وكل هذه الوجوه لا يجعل المضاربة عقداً عهدياً لازماً من أول الأمر ، بل هي عقد إذني يجوز لكل من الطرفين أن يرجع عن إذنه قبل العمل ، وهو المقصود بالمضاربة الإذنية .

وأما تخريج صحة المضاربة على نحو عقد عهدي وتعهد لازم فأيضاً يتصور على وجوه :

١ - أن يكون تسليطاً من العامل للمالك على عمله - كالإجارة على الأعمال - في قبالة حصة من الربح ، فيحصل التسليط أو التمليك للعمل بنفس العقد ، كما في سائر العقود العهدية ويكون لازماً وواجب الوفاء بمقتضى عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ و « المؤمنون عند شروطهم » بناءً على شمولها للالتزامات العقدية أيضاً ، فلا يمكن الرجوع حتى قبل العمل .

١ - عوالي اللثالي ١ : ٢٢٢ ، ح ٩٨ .

وهذا التخريج قد يناقش فيه - كما تقدّم - : بأنّه على خلاف ما هو ثابت في باب الإجارة بل المعاوضات عموماً من اشتراط وجود العوضين حين العقد لكي تكون المعاوضة صحيحة ، وفي المقام الريح الذي هو العوض غير معلوم الحصول . وهذا الإشكال إنّما يتجه إذا ما جعلنا الإجارة على الأعمال من باب المعاوضة بين العمل والأجرة ، بمعنى تملك العمل بالعوض وفي قبال الأجرة ، وأمّا إذا جعلناه مجرد التزام الأجير وتعهدّه بالعمل للمستأجر في قبال تملكه الأجرة فلا تكون الإجارة على الأعمال من باب المعاوضة بين مالين ليشترط فيها وجود العوضين بالفعل ، بل هو التزام وتعهد بالعمل للغير في قبال التزام آخر ، أي هذا قد يكون مجاناً فيكون بضاعة ، وقد يكون في قبال تملك بالفعل لمال فيكون إجارة على الأعمال ، وقد يكون في قبال تملك على تقدير حصول الريح ومشروط به فيكون مضاربة ، وكلّها عقود عهدية مشمولة لعمومات وجوب الوفاء بالعقود والالتزامات .

لا يقال : على هذا يجوز إيجار عامل في قبال أجرة غير معلومة التحقق والحصول ، بأن يقول : (آجرتك على العمل الفلاني بدرهم إذا حصل لي الدرهم) مع أنّهم اتفقوا على بطلانه .

فإنّه يقال : لا دليل ولا إجماع على بطلان ذلك ، وإنّما حكموا بالبطلان لما ذكرناه من تخريجهم للإجارة في باب الأعمال على أساس المعاوضة بين العمل والأجرة قياساً لها على إجارة الأعيان . وقد ذكرنا في كتاب الإجارة أنّه غير واضح ، بل الارتكاز والسيرة العقلائية تقتضي ما ذكرناه من الفرق بين إجارة الأعيان وإجارة الأعمال ، كما أنّ هناك فوارق بينهما في بعض الآثار والأحكام .

٢- أن تكون المضاربة تعاقداً والتزاماً بين المالك والعامل بالعمل برأس المال وتقاسم الربح والمالية الزائدة الحاصلة بسبب ذلك بينهما بالنسبة المتفق عليها، وهذا هو روح المشاركة، ولكن في الربح فقط، لا بين العمل ورأس المال - أي لا تقع شركة بينهما بل في الربح الحاصل منهما على تقدير حصوله - فتكون المضاربة من عقود الشركة العهدية اللازمة بمقتضى العمومات، فإن هذا أيضاً عقد شركة عقلائية.

لا يقال: ما دلّ على بطلان الشركة في الأعمال يقتضي بطلان هذا التخريج. فإنه يقال: ما دلّ على بطلان الشركة في الأعمال خاص بالشركة بين حاصل عمليتين وتناجها، لا المقام الذي يكون فيه العقد التزاماً من العامل بالعمل ومن المالك بتقديم رأس المال وكون الربح مشاعاً ومشاركاً بينهما، وهذه شركة عقدية وعهدية لازمة، وهذا واضح. كما أن ما تقدّم من كون هذا على خلاف قاعدة تبعية النماء للأصل أو قانون التجارة والبيع قد عرفت الجواب عليه، فهذا التخريج يمكن أن يكون صحيحاً أيضاً.

٣- أن تكون المضاربة تسليطاً أو تمليكاً من قبل العامل للمالك على عمله في قبال التزام المالك بتمليكه حصّة من الربح على تقدير حصوله بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة، فتكون من قبيل الهبة المعوّضة عقداً عهدياً والتزاماً لازماً من أوّل الأمر، غاية الأمر إذا كان شرط التمليك بنحو شرط الفعل ولم يف المالك بشرطه كان للعامل حق فسخ الهبة وأخذ أجره مثل العمل، كما أنه يمكنه إجباره على العمل بالشرط ودفع النسبة من الربح إذا كان حاصلاً.

وهذا التخريج أيضاً قابل للقبول، وعلى أساسه تكون المضاربة لازمة.

وهذه الوجوه الثلاثة تكون نافذة على القاعدة بمقتضى عمومات ﴿أوفوا بالعقود﴾ و «المؤمنون عند شروطهم».

وهكذا يتضح أنّ كلاً من العقد الإذني والعقد العهدي معقول ثبوتاً في باب المضاربة وصحيح على مستوى القاعدة والعمومات، ولا تمانع بينهما، فيصح كل منهما إذا أنشأ كذلك، كما أنّ السيرة العقلائية تساعد على صحتها معاً في مورد، وتترتب عليه آثاره، فيمكن الاستدلال بالسيرة العقلائية غير المردوعة شرعاً على صحتها؛ فإنّ المضاربة عند العرف يمكن أن تكون تارة بنحو الإذن، وأخرى بنحو الالتزام بالعمل وتسيط العامل للمالك على عمله، نظير الإجارة على الأعمال حيث قد تكون على نحو عقد الايجار العهدي واللازم، وقد تكون على نحو الأمر أو الإذن بالعمل على وجه الضمان والذي يمكن فيه الرجوع قبل العمل، وقد يؤيد ذلك ما نجده في الفقه الوضعي من لزوم المضاربة العقدية.

وأما على مستوى الروايات الخاصة، فمضافاً إلى ما سيأتي من الروايات المعتمدة الدالة على صحة المضاربة توجد روايات يمكن أن يستفاد منها جواز بذل مقدار من ربح رأس المال في قبالة عمل العامل على تقدير حصول ذلك الربح، وأنّ كون الربح غير معلوم الحصول لا يوجب بطلان المعاملة، من قبيل رواية زرارة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل يعطي المتاع فيقول: ما ازددت على كذا وكذا فهو لك؟ فقال عليه السلام: «لا بأس»^(١).

ورواية محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال في رجل قال لرجل:

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٥٧، ب ١٠ من أحكام العقود، ح ٢.

بع ثوبي هذا بعشرة دراهم فما فضل فهو لك ، فقال عليه السلام : « ليس به بأس » (١) .
وروايات أخرى بنفس المضمون (٢) .

ومفادها أنه لا مانع من جعل ما يقابل عمل الدلال جزءاً من الربح رغم أنه معلق على حصوله ومجهول مقداره ، فمثل هذه الروايات تكون دليلاً على المشروعية ، بل ظاهراً أن ما يفضل يكون للعامل ابتداءً ، لا أنه ينتقل إليه في طول انتقاله إلى كيس المالك فتصلح هذه الروايات للدلالة على ما تقدم منا في المقام السابق من عدم مخالفة ذلك لقانون التبعية ولا قانون المعاوضة .

ونستخلص من مجموع ما تقدم صحة المضاربة كعقد إذني جائز الفسخ ولو قبل العمل إذا أنشئ كذلك ، وأيضاً صحته كعقد عهدي لازم حتى قبل العمل بأحد الوجوه المذكورة لتخريج كل منهما حسب نوع المنشأ المعاملي فيها .

وأما الاستدلال على صحة المضاربة ومشروعيتها ببعض الآيات التي ورد فيها الحث على الضرب في الأرض وابتغاء فضل الله - كما وقع في بعض الكلمات - فهو واضح الضعف ، وكأنه تأثر بلفظ الضرب في الأرض والمناسبة بينه وبين لفظ المضاربة ، وإلا فتلك الآيات الشريفة لا ربط لها بالمضاربة كمعاملة وعقد من العقود كما هو واضح .

ثم إن هناك أنحاء أخرى من المقاولات هي كالمضاربة من حيث الروح والجوهر وإن لم تكن منها عنواناً وهي رائجة اليوم ، ويمكن تخريج صحتها بناءً على بعض الوجوه المتقدمة ، وقد نشير إليها ضمن البحوث القادمة .

١ - وسائل الشيعة ١٨ : ٥٦ ، ب ١٠ من أحكام العقود ، ح ١ .

٢ - وسائل الشيعة ١٨ : ٥٦ ، ب ١٠ من أحكام العقود .

وهذا داخل في عنوان القرض إن كان بقصده [١] وتارةً على أن يكون تمامه للمالك، ويسمى عندهم باسم البضاعة، وتارةً لا يشترطان شيئاً، وعلى هذا أيضاً يكون تمام الربح للمالك فهو داخل في عنوان البضاعة.

[١] ذكر في المسالك^(١) أنه إن شرطاه - أي الربح - للعامل فهو قرض . وهذا إنما يصحّ إذا قصد القرض من هذا الشرط - كما قد يكون دالاً على إرادته - وإلا فلا إشكال أن حقيقة القرض وقوامه ليس ذلك، وإنما قوامه بتملك العين مع ضمان مثله أو قيمته في ذمته؛ ولهذا قيده المصنّف رحمته هنا بما إذا كان ذلك بقصده، والظاهر أن مقصودهم تعريف الشكل الظاهري لهذه العقود لا النظر إلى مضمونها الانشائي.

وهل يصحّ إذن المالك بأن يكون تمام الربح للعامل من دون قصد القرض أو هو مضاربة فاسدة كما قيل؟

الصحيح أنه لا مانع من صحة ذلك، وهذا من ثمرات البحث السابق، فإنه إذا قلنا بأن مقتضى الأصل بطلان جعل شيء من الربح ونماء المال للعامل لكونه على خلاف الشرع أو خلاف قانون المعاوضة إذا أريد كونه له ابتداءً وإذا أريد انتقاله إليه بعد ملك صاحب الأصل فهو من تملك ما لا سلطنة عليه، كان الحكم هو البطلان هنا أيضاً.

ولكن قد تقدّم صحة ذلك بكلا النحويين على القاعدة وبالروايات الخاصة المتقدمة، فإن إطلاقها يشمل ما إذا كان المقدار الذي حدده مالك الثوب أو المتاع هو تمام رأس ماله الأوّل وما كان من الفضل هو تمام الربح فلا وجه

١ - المسالك ٤: ٣٤٣ - ٣٤٤، وذكر نحوه في التذكرة.

وعليهما يستحق العامل أجره المثل لعمله إلا أن يشترط عدمه ، أو يكون العامل قاصداً للتبرع ، ومع عدم الشرط وعدم قصد التبرع أيضاً له أن يطالب الأجرة [١] إلا أن يكون الظاهر منهما في مثله عدم أخذ الأجرة .

للحكم بالبطان ، وإن كان لا نفع مالي للمالك زائداً على حفظ مالية رأس ماله - كما إذا كان ينقص إذا لم يحركه ولم يتجر به - إلا أنه لو أقدم عليه كان صحيحاً ، بل ولازماً إذا كان على نحو العقود العهدية . وسوف يأتي إمكان تخريج ذلك على أساس آخر أيضاً عند تعرض الماتن للمسألة (٢٣) .

[١] اعترض على الماتن بأنه في المسألة الرابعة عشر من المساقاة حكم بعدم استحقاق الأجرة إذا كان الشرط أن يكون تمام النماء والثمر للمالك ، وكذلك في المقام ، فيكون ظاهر البضاعة الذي هو طلب العمل على أن لا يكون للعامل من الربح شيء التبرع والعمل المجاني (١) .

إلا أن من يراجع تلك المسألة يجد أن المفروض فيها المساقاة الفاسدة ، أي أن المعاملة وقعت بينهما بقصد المساقاة وعنوانها ، إلا أن المساقاة كانت فاسدة واقعاً ؛ لأنه شرط فيها أن ينفرد أحدهما بالثمرة ، فذكر أنه إذا كان قد اشترط انفراد العامل بها كان له أجره المثل ، وإن اشترط انفراد المالك لم يكن للعامل شيء ؛ لأنه متبرع ومقدم على المجانية ؛ إذ الفرض أن العامل دخل المعاملة بعنوان المساقاة وهي ضد الإجارة ، فقصد أحدهما لا يجتمع مع الآخر ولم يجعل لنفسه شيئاً من الثمر ، فلا محالة يكون مقدماً على التبرع والمجانية بلحاظ الأجرة والربح ، وأين هذا من المقام الذي يكون المفروض فيه مجرد

١ - شرح العروة الوثقى (المباني في شرح العروة) ٣١ : ٥ .

دفع المال من المالك إلى العامل ليتّجر به على أن يكون منفرداً بالربح، فإنّه لم يفرض أنّهما قصدا المضاربة بهذا النحو، بل قصدا البضاعة وهي لا تستلزم قصد المضاربة، كما أنّها تجتمع مع الإجارة؛ ولهذا يمكن التصريح بالأجرة في البضاعة، لأنّ البضاعة لا تستلزم أن تكون عقداً حتى لو صرّح بها أو بأنّ تمام الربح للمالك؛ لأنّ هذا كالتصريح باشتراط أن يكون مال المالك باقياً على ملكه، فلا تكون ظاهرة في مجانية العمل والتبرّع به من ناحية أجرة مثل العمل. نعم، لو فرض هنا أيضاً دخولهما في المعاملة بعنوان المضاربة وقصداها واشترطا تمام الربح لأحدهما وانفراده به وقيل بفسادها كان من قبيل تلك المسألة.

وهذا فرع آخر لم يتعرّض له الماتن في المقام، وإنّما تعرّض له في المسألة (٢٣) القادمة. فالفرق بين المسألتين واضح.

ومّا ينبك بالفرق أنّه في المضاربة والمساقاة العامل مقدم على المجانية على تقدير عدم الربح وعدم حصول الثمر، بخلاف البضاعة فإنّها لا تستلزم ذلك، فإنّه يمكن للعامل أن يكون اقدمه على العمل على وجه الضمان، وأنّ أمر المالك له بالبضاعة على وجه الضمان لأجرة مثل عمله بلا منافاة بين ذلك وبين البضاعة. وتتمام النكته فيما ذكرناه من أنّ المساقاة والمضاربة عقدان لا يجتمعان مع ضمان الأجرة مطلقاً، فالاقدام عليهما يستلزم الاقدام على ربط ضمان العمل بالربح على تقدير وجوده، فإذا اشترط أن يكون بتمامه للمالك كان ملازماً مع الاقدام على المجانية، بخلاف مجرد البضاعة وقصد أن يكون تمام الربح للمالك فإنّها لا تستلزم عدم الإجارة على العمل ومجانيتها، بل تجتمع مع ضمانه لما عرفت من أنّها لا تستلزم أن تكون عقداً؛ ولهذا كان عدم الاشرط أيضاً بضاعة

من باب تبعية النماء للأصل ، فالاقدام عليها أو التصريح بها لا ينافي عدم قصد التبرع والمجانبة بالعمل .

ومحصّل الكلام : أنه فرق بين المقام وبين ما يأتي في مسألتي (٢٣) من المضاربة و (١٤) من المساقاة من حيث الموضوع وملاك عدم الضمان لو قيل به فيهما وبعض الآثار الأخرى .

أمّا الموضوع فلأنّ موضوع البحث في المقام الاقدام على البضاعة بمعنى قصد أن يكون تمام الربح للمالك بعنوان البضاعة ، والبضاعة ليست عنواناً لعقد لكي ينافي قصد الأجرة ، بل تجتمع مع التصريح بالإجارة ، بينما الموضوع في المسألتين الاقدام على عنوان المضاربة والمساقاة ، وهو ينافي الإجارة ؛ ولهذا كان التصريح بها فيهما ممّا يوجب البطلان والتناقض .

وأما ملاك عدم الضمان فيهما فلأنّ عدم ضمان الأجرة على فرض الفساد في المسألتين إذا كان الشرط انفراد المالك بالربح منشأه استلزام الاقدام المذكور من قبل العامل على المجانية ، بينما في المقام إذا فرض استفادة الاقدام على المجانية فهو من جهة استفادة ذلك اثباتاً من السكوت عن ذكر الأجرة مع قصد البضاعة لا من جهة الاستلزام .

وأما الفرق في الأثر فلأنّه في المسألتين إذا فرض بطلان المضاربة والمساقاة وفرض عدم تحقق الربح بعد العمل لا يكون العامل مستحقاً لأجرة المثل ؛ لما سيأتي من أنّ العامل مقدم على المجانية في هذا التقدير ، بخلافه في البضاعة فإنّ العامل يستحق أجرة مثل عمله على كل حال إذا لم يستظهر المجانية ، فتدبر جيداً .

وإلا فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرّع [١].
ويشترط في المضاربة الإيجاب والقبول، ويكفي فيهما كل دالّ قولاً
أو فعلاً [٢]، والإيجاب القولي كأن يقول: ضاربتك على كذا وما يفيد
هذا المعنى، فيقول: قبلت.

[١] قد ذكرنا في كتاب الإجارة أنّ الأعمال والمنافع يكون استيفاءؤها
موجباً للضمان ما لم يأذن صاحبها بالاستيفاء المجاني؛ لأنّ استيفاء المنفعة أخذ
لها، فيكون كأخذ الأعيان الموجب للضمان ما لم يأذن المالك بذلك على وجه
المجانبة.

[٢] هذا فرع تمامية الدليل على صحة المضاربة على القاعدة - كما هو
الصحيح - أو استفادة إطلاق من هذه الناحية لروايات المضاربة.
وأما إذا قلنا بأنّ مقتضى القاعدة في مثل هذه العقود البطلان - كما عن
بعض أساتذتنا الأعلام رحمهم الله - فمع الشك لا معنى للاستدلال على الصحة بأنّ
مقتضى القاعدة في العقود عدم اعتبار أكثر من إبراز الاعتبار النفساني بمرز في
الخارج فعلي أو قولي - كما صدر هذا الكلام عنه في المقام (١) - إذ المراد بهذه
القاعدة لا بد وأن يكون عمومات الصحة والنفوذ بعد فرض صدق العقد أو البيع أو
التجارة على المعاطاة، فإذا لم تكن العمومات شاملة للمضاربة لم يمكن اثبات
صحة الفاقد للإبراز اللفظي والصيغة منها.

اللهمّ إلا إذا أريد دعوى الجزم والعلم الوجداني بالملازمة أو كفاية ذلك.

١ - راجع: شرح العروة الوثقى (المباني في شرح العروة) ٣١: ٥.

ويشترط فيها أيضاً بعد البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس أو جنون أمور [١]:

[١] اشتراط عدم الحجر من ناحية الافلاس مخصوص بالمالك لا العامل؛ لأن الافلاس لا يوجب الحجر على عمل المفلس، بل على أمواله الخارجية فحسب، وسوف يأتي من المصنّف التصريح بعدم اشتراط الفلس في العامل.

وأما عدم الحجر من ناحية الجنون فقد ذكروا أنّ اشتراطه مستأنف؛ لأنّه ذكر اشتراط العقل أولاً، ومن هنا حمل على اشتراط عدم السفه أي عدم الحجر من ناحيته لا الجنون.

إلا أنّ الظاهر أنّ مقصود المصنّف من اشتراط البلوغ والعقل والاختيار ذكر شرائط الصحة من ناحية المتعاقدين في انشاء العقد وإيقاعه بينما مقصوده من اشتراط عدم الحجر لفلس أو جنون بيان شرائط الصحة من ناحية المالكين المتعلّق بهما العقد، نظير شرائط العوضين في المعاوضات، فلا استدراك في البين، وهي تكون شرطاً حدوداً وبقاءً.

وسوف يأتي تعرّض الماتن لانفساخ المضاربة بذلك في مسألة قادمة، كما أنّ المراد بالجنون في الثاني ما يعمّ السفه، وأمّا العقل فيراد به ما يقابل الجنون فقط، وهذا فرق آخر بينهما فلا استدراك.

ثمّ إنّ السفه لا إشكال في ايجابه الحجر على المال، وهناك بحث في ايجابه الحجر على العمل ومنافع السفه؛ لأنّ ظاهر الآية أنّ السفه يحجر عنه ماله، وهو لا يشمل نفس السفه وعمله.

اللهمّ إلاّ بالغاء الخصوصية أو استفادة ذلك من بعض الروايات الخاصة

.....

التي تدل على أن أمره ليس بجائز .

إلا أننا حتى إذا اعتبرنا السفه موجباً للحجر على الأعمال ومنافع نفس السفه أيضاً كأمواله - كما لا يبعد ذلك - إلا أنه في خصوص المقام يمكن أن يقال بصحة المضاربة معه إذا أرجعناها إلى نحو جعالة بأن يجعل المالك لمن يتجر بماله حصة من الربح ، فإن الجعالة لا تتوقف ولا تتضمن تملك العمل للمالك من قبل العامل ليمنع عنه بالحجر ، بل يجعل الجعل لمن يحقق العمل تكويناً وخارجاً ، فيستحقه السفه .

اللهم إلا إذا اشترطنا عدم السفه في صحة القبول وقلنا بأن الجعالة بحاجة إلى قبول ولو في تملك الجعل ولو بنفس العمل - كما لا يبعد - أو قلنا بأن صحة المضاربة والجعالة ونحوهما من العقود على خلاف الأصل ، فتحتاج إلى دليل خاص ، ومن الواضح أن أدلة صحة المضاربة ليس فيها ما يتعرّض لهذه الجهة ليتمسك باطلاقها ، ولا جزم بعدم دخل سفاهة العامل المضارب في صحة مضاربه .

ومنه يعرف أن مثل السيد الأستاذ رحمته الله الذي يرى أن المضاربة خلاف الأصل لا يمكنه نفي شرطية عدم سفه العامل المضارب ، بل مقتضى هذا المبنى القول بالبطلان وشرطية كل ما لا يجزم بعدم دخله .

الأول: أن يكون رأس المال عيناً، فلا تصحّ بالمنفعة ولا بالدين [١].

[١] لإثبات هذا الشرط ينبغي البحث في فرعين :

الأول: عدم صحة المضاربة بالدين .

الثاني: عدم صحة المضاربة بالمنفعة .

أما الفرع الأول: فقد استدللّ أو يمكن أن يستدلّ على عدم صحة المضاربة بالدين بأحد وجوه:

الوجه الأول: أنه مقتضى الأصل؛ لعدم صحة الرجوع إلى العمومات في صحة المضاربة؛ لكونها على خلاف قانون التبعية والمعاوضة، وإنما تثبت صحتها بالروايات الخاصة والوارد فيها عنوان اعطاء المال، وهو غير شامل للدين، فيرجع فيه إلى مقتضى الأصل .

وفيه - ما تقدم من فساد المبني، مضافاً إلى صدق اعطاء المال على الإذن أو التوكيل في التصرف في المال الذمي والدين ببيعه على الغير والاتجار به .

الوجه الثاني: الاستدلال برواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل له على رجل مال فيتقاضاه ولا يكون عنده فيقول: هو عندك مضاربة، قال: لا يصلح حتى تقبضه منه»^(١).

وفيه: أن الرواية أخصّ من المدعى؛ لأنّ موردها الدين الذي يكون على العامل، فقد يريد الدائن أن يجعله عنده بنحو المضاربة بحيث يبقى مضموناً ويكون للدائن حصة من الربح والذي هو باطل في المضاربة، وفيه شائبة الربا .

١ - وسائل الشريعة ١٩: ٢٣، ب ٥ من المضاربة، ح ١ .

ولا أقل من احتمال هذا المعنى في المنع الوارد فيها بحيث لا يمكن التعدي إلى غيره، بل يكون مفاده مجملاً مردداً بين إرادة تضمين مال المضاربة وغيره .
فالرواية أولاً: مخصوصة بما إذا كان الدين على العامل .

وثانياً: لعلها ناظرة إلى عدم صحة جعل الدين بما هو دين مضاربة على العامل بحيث يكون للدائن الربح مع كون ماله مضموناً لا تلحقه الخسارة؛ لعدم تعيته بالقبض الخارجي؛ لأنّ الوارد فيه التعبير بقوله: هو عندك مضاربة، الظاهر في أنّه بما هو مال عليه أي دين يبقى عنده مضاربة كما يفعله الناس اليوم كثيراً جهلاً أو تساهلاً، فيكون عدم الصلاح إلاّ بقبضه لكي لا يكون مضموناً عليه؛ إذ بعد القبض يخرج عن ذلك .

الوجه الثالث: أنّ البطلان في المضاربة بالدين يكون على القاعدة من باب أنّ المضاربة عقد اذني بين مالك رأس المال والعامل على أن يكون من المالك المال ومن العامل الاتّجار به، ومن هنا قيل إنّ وجود رأس المال ركن في هذا العقد، فلا بد من فرض وجود رأس مال في الخارج راجع إلى المالك والدين ما لم يقبض لا يتعيّن المال في الخارج، فلا يقع العمل والاتّجار على مال المالك . وهذا يعني عدم معقولية المضاربة بالدين ما لم يعيّن مال الدائن على ذمة الغير في مال خارجي - ولو بالتوكيل في القبض - ثمّ تكون مضاربة وإذن في التصرف فيه بنحو الاتّجار على أن يكون للعامل نسبة من الربح، فالشرعية من باب الركنية، وعدم تحقق حقيقة المضاربة في الدين .

ويلاحظ عليه: بأنّ ما هو ركن لتحقيق المضاربة كمعاملة وعقد اذني إنّما هو وجود مال يتّجر به إمّا كونه مالاً عينياً خارجياً أو ذمياً فهذا لا دخل له في

معقولة المضاربة، فكما يمكن أن يأذن المالك للعامل بالاتّجار بماله الخارجي يمكنه أن يأذن له بالاتّجار بمال له في ذمة الغير أو بمال في ذمته بأن يأذن له بالشراء على ذمته بمقدار معيّن يتعهّد به، فإنّ المال في الفقه الإسلاميّ أعم من الخارجي الحقيقي والذمي الاعتباري، والدين أيضاً حق عيني في فقهننا لا شخصي، أي هناك ملكية للدائن ومملوك عيني هو ذلك المال الاعتباري الذمي، وهو على حدّ المال الحقيقي الخارجي من حيث وقوعه طرفاً للمعاملات وموضوعاً للأثار والأحكام. ومن هنا يصحّ بيع الدين والاتّجار به أو الشراء بالمال في الذمة، وهكذا.

وعليه فيصحّ أن يأذن المالك لما يملكه من المال على ذمة الغير - ولو كان هو العامل - أن يتّجر العامل بما يملكه من الدين فيشتري به ويبيع، وهذا ما هو رائج اليوم في الأوراق والمستندات المالية من الشيكات والكمبيالات، حيث يباع ويشتري بالمال الذمي المودع في البنوك، فيمكن للمالك أن يعقد المضاربة بها مع العامل بنسبة من الربح الحاصل من ذلك. كما يعقل أن يعقدها مع العامل بلحاظ المال في ذمة نفسه بأن يأذن له بأن يشتري له بمال على ذمته بمقدار كذا ويصبح هو المدين للبائع، فالمضاربة سواء بنحو العقد الإذني أو العهدي كما يعقل بين المال الخارجي والعمل يعقل بلحاظ المال الذمي أيضاً.

لا يقال: هذا مرجعه إلى التوكيل في الشراء له بذمته أو بيع دينه على الغير بمال خارجي ثمّ المضاربة فيه بعد ذلك، فلا ينافي شرطية المال العيني.

فإنّه يقال: بل بينهما فرق من حيث إنّ المضاربة تقع على نفس المال

الذمي ابتداءً ومن أوّل الأمر، ويترتب على ذلك نتائج:

منها - فعلية العقد وعدم الحاجة إلى تجديدها بعد ذلك وعند تحقق المال الخارجي للمالك ، بخلافه على التقدير الآخر ، فإنه لا بد من انشاء المضاربة عند تحقق ذلك المال بناءً على بطلان التعليق في العقود الإذنية أيضاً ، وستأتي الإشارة إليه .

ومنها - أنه لو اشترط أن يكون رأس مال المضاربة من النقود مثلاً لا العروض فلا تصحّ على تقدير كون المشتري للمالك بالمال الذمي عروضاً بخلافه على فرض صحة المضاربة بمال ذمي إذا كان من النقود .

ومنها - أن الربح لو حصل بنفس الشراء بالمال الذمي بأن كان المشتري قيمته السوقية أكثر من ذلك الدين استحق العامل نسبته من ذلك الربح حتى إذا فسخت المضاربة ، بخلافه على التقدير الآخر ، فإنّ المضاربة تبدأ بعد دخول ذلك المال بتمام قيمته في ملك المالك .

الوجه الرابع : التمسك بالاجماع حيث ادّعي بقسميه في المسألة ، بل فتاوى الأصحاب قد أخذ فيها جميعاً هذا الشرط ، بل ادّعي إجماع الفقهاء جميعاً ، وهذا الشرط موجود في كلمات فقهاء العامة أيضاً ، بل من يتتبع الكتب وتعايير فقهائنا يجد أنّ هذا الشرط قد دخل في كتبنا من كتبهم ؛ لأنّ لحن الشرط وكيفية الاستدلال والتفريع واحد ، فراجع وتأمل .

وهذا ما يجعل مثل هذا الإجماع لا قيمة له ؛ لكونه مبنيّاً على الاستدلالات المذكورة في تلك الكتب وليس إجماعاً تعديماً .

هذا ، مضافاً إلى عدم وجود إجماع محصّل ، فإنّ الموجود في التذكرة نقل للإجماع عليه من كتب العامة وذكر أنّه لا نعلم فيه خلافاً ، بل لم يتعرّض للافتاء

بهذه الشرطية في جملة من كتب القدماء كالمقنعة والمراسم والكافي والمهذب والوسيلة والغنية واللمعة مما يؤكد ما قلناه من تسربه إلى فقهاء من كتبهم، وعدم وجود إجماع مصطلح. على أن المذكور في تلك الكتب وفي كلمات الشيخ في النهاية أن مورد الحكم بالبطلان أن يقول الدائن للمدين: (خذ أو اعزل ديني عليك وليكن مضاربة) بحيث يشتري المدين بنية الدائن، فحكموا بالبطلان فيه بوجوه، واستدلالات ترجع إلى ما تصوره من القواعد في باب المعاملات، ومن هنا استشكل عليه في كلمات المحققين من فقهاءنا فراجع كلماتهم.

والظاهر أن منشأ الاستشكال عندهم إما أن يكون من جهة أن من عليه الدين إذا اشترى شيئاً في ذمته أو بماله الخارجي فيقع له لا للدائن فلا يصح مضاربة.

وجوابه واضح، فإنه إذا كان مأذوناً أو وكيلاً عن المالك في القبض تعيين المقبوض له، كما أنه إذا أذن له المالك بأن يشتري المال له بما له عليه بأن يجعله ثمناً كان المشتري للدائن لا محالة، وبرئت ذمته له، واشتغلت للبائع. كل ذلك على القاعدة.

وإما أن يكون من جهة أن عنوان المضاربة عندهم مخصوص بالدفع الخارجي للمال، كما أخذ ذلك في تعريفها، أو لأنه نحو شركة بين المال والعمل ولا بد في الشركة من وجود مال خارجي - كما يناسب ذلك فقه العامة - وكل هذه الوجوه لا مأخذ لها ولا صحة بعدما عرفت من صحة إذن المالك للمال الذمي في تصرف العامل فيه بالبيع والشراء كالمال العيني تماماً على القاعدة سواء سمي ذلك مضاربة لغة أم لا، فإن الميزان بالمحتوى المعاملي للعقد كما لا يخفى.

وهكذا يتّضح أنّه على منهجنا من ثبوت الصحة في مثل هذه العقود الإذنية على القاعدة لا يبقى وجه صناعي يقتضي بطلان مثل هذه المعاملة على المال الذمي، سواء كان ديناً بالفعل للمالك في ذمة العامل أو غيره، أو لم يكن، كما إذا أذن له بالشراء على ذمته وبيعه مضاربة.

وقد يقال: أنّ ما دلّ على أنّ رأس مال المضاربة لا يمكن أن يكون مضموناً وإلا لم يكن للمالك شيء من الربح وكان قرضاً لا مضاربة ينافي إيقاع المضاربة على الدين، فإنّه ما دام ديناً يكون مضموناً لا يعقل أن يلحقه درك وخسارة على مالكة فاشترط أن تكون المضاربة من حين تحوله إلى العين الخارجية بالقبض.

والجواب: أنّ ظاهر تلك الروايات نفي تحميل العامل التاجر خسارة رأس المال الحاصلة من الاتّجار وفي طول المضاربة لا الضمان الثابت في رأس المال الذمي قبل المضاربة وبقطع النظر عنها، والذي يرتفع بمجرد الشروع في الاتّجار والشراء به للمالك، وهذا واضح.

فالصحيح جواز المضاربة بالدين، سواء ما يكون ديناً فعلاً للمالك على ذمة الغير، أو المضاربة بمبلغ من المال يتعهّد به المالك للعامل بأن يشتري على ذمة المالك وبيعه ويكون الربح بينهما ومن دون فرق في ذلك بين المضاربة العقدية أو الإذنية، فإنّ ذلك كلّهُ مشمول لعمومات الصحة ولاطلاق بعض الروايات الخاصة، كمتبرة أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول للرجل: أبتاع لك متاعاً والربح بيني وبينك؟ قال: لا بأس»^(١)؛

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٠، ب ٣ من المضاربة، ح ١.

فإنّ اطلاقها يشمل ما إذا ابتاع له على ذمته وكان فيه ربح حيث لم يفرض فيها دفع مال خارجي .

وأما الفرع الثاني : فهي المضاربة بالمنفعة ، كما إذا دفع له داراً أو سيارةً ليؤجرها أو يعمل عليها وتكون له حصة من الربح ، أي حصة من الأجرة المستحصلة من منافعها . والمشهور فيه البطلان أيضاً ، ولا وجه له إلا ما تقدّم من أنّ مقتضى القاعدة الفساد في مثل هذه المعاملات ، إلا ما قام الدليل فيه على الجواز ، وليس منها المنفعة ؛ لأنّ ظاهر الروايات دفع المال العيني ، بل كلمة المضاربة ظاهرة في التجارة فلا يشمل الإجارة وتبديل المنفعة .

ويلاحظ أولاً - ما تقدّم من أنّ مقتضى القاعدة هو الصحة .

وثانياً - أنّ عنوان إعطاء المال صادق على المنفعة أيضاً ؛ لأنّها مال ، واعطاء كل شيء بحسبه .

نعم ، عنوان التجارة لا يشمل الإجارة إلاّ أنّه لم يرد عنوان الاتّجار أو البيع والشراء في بعض روايات المضاربة كما في صحيح الحلبي (١) .

اللّهمّ إلاّ أن يقال بأنّ المأخوذ في معنى المضاربة الاتّجار برأس المال ، أو أن يكون رأس المال من الأثمان وليست المنفعة منها ، وكلاهما لا وجه له .

ثمّ إنّّه ظهر ممّا ذكرنا صحة المضاربة بغير الدين والمنفعة أيضاً كالحقوق التي لها مالية كحق السرقة مثلاً ، بل صحة ذلك إذا كان الاسترباح بها بالبيع والشراء أولى من المنفعة والدين كما لا يخفى .

فلو كان له دين على أحد لم يجز أن يجعله مضاربة إلا بعد قبضه ، ولو أذن للعامل في قبضه ما لم يحدد العقد بعد القبض .

نعم ، لو وكله على القبض والايجاب من طرف المالك والقبول منه بأن يكون موجبا قابلاً صحّ .

وكذا لو كان له على العامل دين لم يصح جعله قراضاً إلا أن يوكله في تعيينه ثم إيقاع العقد عليه بالايجاب والقبول بتولي الطرفين [١] .

الثاني : أن يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكة المعاملة بأن يكون درهماً أو ديناراً فلا تصحّ بالفلوس ولا بالعروض ، بلا خلاف بينهم ، وإن لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع .

نعم ، تأمل فيه بعضهم وهو في محله ؛ لشمول العمومات إلا أن يتحقق الإجماع وليس ببعيد ، فلا يترك الاحتياط .

[١] ولكن لا يشترط الايجاب والقبول القولي ، بل يكفي المبرز العملي والفعلي ، فلو قبض المال بنية المضاربة عن المالك مع فرض كونه وكيلاً عنه في ذلك صحّ .

بل لا دليل على بطلان التعليق في العقود الإذنية ، بأن يكون الايجاب من قبل المالك والقبول من العامل من أوّل الأمر معلقاً على القبض ، فإنّ عمدة الدليل عليه الإجماع الذي قدره المتيقن العقود العهدية أو المعاوضات .

ولا بأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به مثل الشاميات والقمري ونحوها . نعم ، لو كان مغشوشاً يجب كسره [١] .

[١] هذا هو المشهور ، وادّعي عليه الإجماع كما في كلام القاضي في جواهر الفقه (١) ، واستدلّ عليه أيضاً بأنّ البطلان في غيره على القاعدة بعد فرض قصور الروايات عن شمول المضاربة بغير الدرهم والدينار .

إلا أنّ الإجماع التعبدي غير موجود ، بل لإجماع في البين بعد خلوّ كلمات غير واحد من الأصحاب من التعرّض له ، بل ظاهر كلام القاضي دعوى الإجماع على صحة المضاربة بالدرهم والدينار لا على بطلان غيرهما ، على أنّه يحتمل إرادة المجمعين للبطلان بعنوان المضاربة لا بعنوان معاملة أخرى .

والظاهر أنّ وجه ذلك أنّ المضاربة التي هي بالتّجار تكون عند العرف والمتسرعة بذلك . إلاّ أنّه من الواضح عدم اقتضاء ذلك بطلانه بغيرها ، بل ولا عدم تسميته مضاربة إذا كان العمل اتّجاراً .
وأما الوجه الثاني فيرد على المقدمة الأولى فيه ما عرفت من أنّ مقتضى القاعدة الصحة .

وأما المقدمة الثانية وهي عدم إطلاق الروايات فقد يقرب بأنّ الوارد في جملة منها المضاربة بالدرهم والدينار ، وما لم يرد فيه ذلك محمول عليه أيضاً ؛ لما ورد فيها من التعبير بالتّجار والربح بينهما ، وهذا لا يكون عادة إلاّ بهما ؛ لأنّ الربح لا يتعيّن إلاّ على أساس ذلك .

وفيه: **أولاً** - أن هذا غاية ما يقتضيه أن حساب الربح والخسران يكون بالدرهم والدينار لا أن المال الذي يضارب به لا بد وأن يكون منه ، فيمكن التمسك بالإطلاق في الروايات ، حيث لم يقيد المال فيها بأن يكون دراهم أو دنانير .

وثانياً - أن الربح يصدق بمجرد تحقق ارتفاع فيما يتجر به كماً أو مالياً سواء كان من الأثمان أم لا ، فيصدق على دفع العروض للتجارة أنه مضاربة ، ويكون الربح بينهما فيه بلحاظ زيادة نفسها أو ماليتها .

وثالثاً - لو سلّمنا ذلك فلا وجه لتخصيص المال بالثمن الخاص وهو الدرهم والدينار المسكوكين ، بل يعمّ كل ما يكون ثمناً يتاجر به كالنقود الورقية والفلوس ، فإن ما ذكر من النكته لا تقتضي أكثر من هذا المقدار من التقييد ، وإنما جاء في بعضها الدرهم والدينار لأنها كانت هي الأثمان الرائجة عندئذ .

ورابعاً - التمسك بالروايات الخاصة المتقدمة في بيع الثوب بكذا وله ما فضل ، فإنها دالة على صحة المشاركة في الربح الحاصل من بيع المتاع والثوب للمالك ، سواء سمينها بالمضاربة لغة واصطلاحاً أم لا ، فالقول بالاختصاص لا وجه له .

بأن كان قلباً لم يصح [١]، وإن كان له قيمة فهو مثل الفلوس، ولو قال للعامل: بع هذه السلعة وخذ ثمنها قراضاً لم يصح إلا أن يوكله في تجديد العقد عليه بعد أن نضّ ثمنه.

[١] الغش تارة يكون بلحاظ الذهب والفضة، بمعنى عدم كون الدرهم فضة خالصة ولا الدينار ذهباً كذلك، للزوم وجود معدن آخر فيهما أيضاً، وهذا غش فيهما لا بما هما درهم ودينار، بل بلحاظ المادة؛ والناس يعرفون ذلك، بل الضرب مبني عليه. وأخرى يكون الغش فيهما بما هما دينار ودرهم، أي أن يضرب شخص درهماً أو ديناراً بأقل من الذهب والفضة ممّا هو رائج ومضروب من قبل الدولة، وهذا هو القلب.

وقد يسمّى بالمغشوش من حيث الهيئة لا المادة - وإن كان في التعبير مسامحة - والأوّل لا يضرب بصحة المضاربة؛ لأنّه درهم ودينار رائجين، وأمّا الثاني فقد حكم السيّد الماتن رحمته بأنّه يضرب بالصحة، وهذا إمّا أن يكون لخروجه بذلك عن الدرهم والدينار أو لأنّه ليس من الأثمان والنقود، وإن صدق عليه عنوان الدرهم والدينار؛ لاشتراط أن يكون مال المضاربة ثمناً، أي درهماً وديناراً رائجين، أو لأنّ كونه قلباً يوجب حرمة التعامل به ووجوب كسره، فلا تصح المضاربة به أيضاً.

والوجوه الثلاثة كلّها غير تامّة:

أمّا الأوّل: فلعدم اشتراط صدق الدرهم والدينار في صحة المضاربة برأس المال - كما تقدّم - على أنّ مجرد الغش لا يوجب عدم صدق ذلك كما لا يخفى.

وأما الثاني: فلما تقدّم أيضاً من عدم اشتراط كون رأس المال ثمناً من

الأثمان ، وأنه تصح المضاربة حتى بالعروض ، مضافاً إلى أن مجرد الغش لا يمنع عن كونه ثمناً مغشوشاً يتعامل به بقيمة أقل .

وأما الثالث : فلأن حرمة الغش في المعاملة تكليفية لا وضعية ، ولو فرض كونها وضعية أيضاً فإنها ترتفع بالإخبار بذلك في التعامل به والاقدام على أخذه مع العلم به ، وهذا كله واضح .

ثم إن حكم الماتن رضي الله عنه - بناءً على الاشتراط - بعدم صحة اعطائه السلعة لبيعها ويضارب بتمنها إلا بأن يوكّله في تجديد العقد بعد أن نض الثمن مبني على عدم صحة انشاء المضاربة من الآن على ما سيملكه المالك من الثمن عوضاً عن السلعة ؛ لأن وجود المحل للعقد ركن فيه ، فقبل وجوده لا يتحقق انشاء العقد إلا معلقاً على وجوده فيما بعد ، وهو من التعليق المبطل للعقود ، ولا ينقض بالإجارة للزمان الاستقبالي ، فإن منفعة العين إلى آخر وجودها مملوك بالفعل لمالك العين بتبع ملك العين ، فلا يكون تملك أي قطعة منها تعليقاً بل فعلياً ، بخلاف الثمن هنا فإنه غير موجود بالفعل ولا مملوك لمالك السلعة إلا معلقاً على تحقق البيع وتملك مالك السلعة لثمنها ، فيكون العقد تعليقياً .

وهذا البيان قد يصح في المضاربة العقدية التي يكون فيها كل من عمل العامل ورأس المال محلاً للالتزام العقدي الفعلي ، فلا بد من وجودهما حين العقد ولا يصح في المضاربة الإذنية ؛ إذ لا يشترط فيها أكثر من الرضا وإذن المالك بالتجار بالثمن الذي سيكون بيد العامل في قبال حصة من الربح ، فإن الإذن يحصل من الآن ، وهو كاف في تحقق العقد الإذني ، فهو يقول : (آذن لك أن تباع سلعتي وتتجر بتمنها في قبال نسبة من الربح) فإنها كافية في المضاربة الإذنية .

الثالث: أن يكون معلوماً قدرأً ووصفاً [١]، ولا يكفي المشاهدة وإن زال به معظم الغرر.

[١] هذا هو المشهور، بل ظاهر التذكرة أنه لا خلاف فيه، وحكي عن بعض صحة المضاربة بالجزاف، واختاره في المختلف تمسكاً بالعمومات، واستدلّ في الجواهر على اشتراطه بأدلة النهي عن الغرر. ويلاحظ عليه:

أولاً - أن النهي عن الغرر وارد في البيع لا في مطلق الغرر، وما توهم عمومه في رواية القاسم بن سلام في معاني الأخبار^(١) غير صحيح؛ لأن ما في ذيلها من التعليل بقوله: (لأنّها غرر كلّها) من كلام الصدوق لا النبي ﷺ كما لا يخفى على من لاحظها، على أن الرواية غير نقية السند.

نعم، قد يثبت التعميم بالسيرة العقلائية الممضاة أو بالتصديّد من مجموع ما ورد في البيع والإجارة ونحوها.

وثانياً - لا يلزم الغرر من الجهالة برأس المال في مثل المضاربة؛ لأنه إنّما يلزم في المعاوضات ونحوها حيث يكون الجهل بالثمن والمثمن يجعل المقدار الذي يملكه أحد الطرفين من المال في قبال المال الآخر مجهولاً فيلزم الغرر والمخاطرة، وهذا لا موضوع له في المقام؛ إذ المقدار الذي يتاجر به متعيّن واقعاً وإن كان مجهولاً حين العقد، فإذا حصل فيه ربح كانت حصته من الربح للعامل والربح ومقداره مجهول حصوله على كل حال في المضاربة ولا بأس به.

١ - معاني الأخبار: ٢٧٨. وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٨، ب ١٢ من عقد البيع، ح ١٣.

الرابع: أن يكون معيّناً [١]، فلو أحضر مالين وقال: قارضتك بأحدهما أو بأيّهما شئت لم ينعقد إلا أن يعين ثم يوقعان العقد عليه.

نعم، قد يفرض أن العامل أو المالك لا يقدم على المعاملة إذا كان رأس المال قليلاً جداً، إلا أن هذا ليس غرراً.

وأما الاختلاف أو الاشتباه في تحديد مقدار الربح ومحاسبته فهذا أمر آخر إثباتي لا ربط له بمسألة الغرر الثبوتي في المعاملة، ولا يوجب بطلانها كما لا يخفى.

إلا أن هذا كله إنما ينعف بعد فرض وجود إطلاق يقتضي الصحة، وهو ثابت عندنا بالقاعدة، وأما روايات المضاربة فالإطلاق فيها من هذه الناحية فرع كونها في مقام البيان من جهتها، وهو محل تأمل؛ إذ لم يرد في شيء منها السؤال عن هذه الحيثية في رأس المال.

ومن هنا يصعب على القائلين بمسلك بطلان المضاربة على مقتضى القاعدة تصحيحها في المقام ونفي شرطية هذا الشرط إذا احتملنا شرطية العلم بمقدار رأس المال من أول الأمر في صحة المضاربة.

[١] اشترطوا التعيين في قبال التردد في مال المضاربة، وهو معنى آخر للتعين غير ما تقدم في الشرط الأول، فإنه في قبال المال الذمي أي اشتراط خارجيّة رأس المال، بينما المراد هنا التعين في قبال التردد.

واستدلّ على بطلانه في العقود بأنّه إما أن يكون التردد في متعلّق العقد فيكون متعلقاً بالفرد المردد ولا وجود له في الخارج، أو يكون في نفس الانشاء والعقد فيلزم عدم الانشاء؛ لأنّه متوقف على التنجيز؛ لكونه إيجابياً فالترديد فيه يساوق عدم الإيجاد.

وقد ناقش بعض الأعلام من أساتذتنا العظام ﷺ في ذلك فأفاد بأنه يمكن افتراض تعلّق العقد بالجامع كعنوان أحدهما نظير تعلّق التكليف به في الواجب التخييري .

إلا أن هذا على مبناه من بطلان المضاربة على القاعدة إلا ما شملته الروايات الخاصة قابل للمناقشة ، حيث يمكن دعوى أن ظاهر عنوان دفع المال واعطائه للمضاربة دفع المال المعين ؛ لأنّ الدفع لا يكون إلا للمعین ، بل عدم الإطلاق هنا لعلّه أوضح منه في الدين ؛ إذ قد يقال بأنّ دفع كل مال بحسبه ، فالمال الذمي دفعه يكون بالإذن في الاتّجار به ، بخلاف المال الخارجي المدفوع فإنّه معین لا محالة .

هذا ، إلا أنّ الصحيح عدم صحة الشرط المذكور ؛ وذلك :

أولاً - لا مكان افتراض المضاربة على الجامع الانتزاعي المذكور ، كما ذكر هذا العلم ، وغايته لزوم الجهالة والابهام في مصداق هذا العنوان ، وهو لا يضرّ في المضاربة ؛ لما تقدّم من أنّه لا موضوع للغرر فيها بالجهل بمقدار رأس المال ، بخلاف المعاوضات .

ومن هنا يمكن أن يكون حاق مقصود الأستاذ ذلك حينما جوّز تعلّق المضاربة بالجامع الانتزاعي هنا رغم عدم تجويزه ذلك في البيع ؛ لأنّه أيضاً تقدم منه نفي تحقق الغرر موضوعاً في المضاربة وإن كانت عبارة التقارير لا تفيد ذلك .

وثانياً - افتراض تعلّق المضاربة بكل منهما ولكن بنحو معلّق على عدم أخذ الآخر ، نظير ايجاب كل منهما معلّقاً على ترك الآخر الذي هو أحد

نعم، لا فرق بين أن يكون مشاعاً أو مفروزاً [١] بعد العلم بمقداره ووصفه، فلو كان المال مشتركاً بين شخصين فقال أحدهما للعامل: قارضتك بحصتي في هذا المال صحّ مع العلم بحصته من ثلث أو ربع، وكذا لو كان للمالك مائة دينار مثلاً فقال: قارضتك بنصف هذا المال صحّ.

التفسيرات للواجب التخيري، أو معلقاً على أخذه وحده ولا محذور في التعليق في غير عقود المعاوضة، خصوصاً إذا كانت إذنية على ما تقدّم.

بل مثل هذا التعليق الذي هو تعليق على أمر محقق الوجود ومن مقتضيات العقد لا محذور فيه حتى في المعاوضات على ما حققناه في محلّه.

وثالثاً - يمكن تعلّق المضاربة بهما معاً ولكن بقيد الوحدة أو مع اشتراط أخذ أحدهما بنحو الالتزام ضمن الالتزام لا بنحو التعليق، ولا محذور في ذلك في المضاربة الإذنية؛ أي إذن في الأخذ بأيّ واحد منهما شاء، والإذن ليس تمليكاً ليلزم التهافت أو التردد فيه، فتدبر جيداً.

[١] تمسكاً بإطلاق الأدلّة العامة والروايات الخاصة أيضاً؛ لصدق

المال المذكور في النصوص عليهما على حدّ سواء كما هو واضح.

الخامس : أن يكون الربح مشاعاً بينهما، فلو جعل لأحدهما مقداراً معيناً والبقية للآخر أو البقية مشتركة بينهما لم يصح [١].

[١] استدللّ عليه بوجهين :

الأول : إنّ هذا هو مقتضى عقد المضاربة .

وفيه : أنّ مقتضاها الاشتراك في الربح على تقدير وجوده، أمّا كيفية ذلك فليس مقوماً لمفهوم المضاربة، ولا هو مقتضاها، بل بحسب ما يشترط ويتفقا عليه، فيمكن أن يتفقا على أن يكون ما عدا مقدار معين من الربح للآخر أو يكون ما عداه مشاعاً بينهما، وهذا فيما إذا فرض الوثوق بوجود الزيادة في الربح على ذلك المقدار واضح، وفيما إذا لم يفرض ذلك أيضاً كذلك لما تقدم في حقيقة محتوى عقد المضاربة من كونها أشبه بالجعالة، فيمكن أن يكون تمليك نسبة أو مقدار من الربح منوطاً بتحقق الاسترباح بمقدار مخصوص لا مطلق الاسترباح .

ولو سلّم عدم صدق عنوان المضاربة لغة وعدم امكان الغاء ذلك وحمل الروايات على امضاء المحتوى المذكور أمكن التمسك بالعمومات لاثبات صحته على المبنى المتقدم، على أنه لو فرض عدم صدق عنوان المضاربة عليه لغة أو عرفاً فهو لا يقتضي بطلانه بما هو معاملة وعقد اذني كالجعالة .

الثاني : دعوى قصور الروايات عن شمول ذلك ؛ لظهورها في أنّ الربح

بينهما، وظاهره الاشاعة في تمام الربح .

وفيه : أولاً - ما عرفت من أنّ قصورها لا يوجب البطلان ؛ تمسكاً

بالعمومات المتقدم شرحها .

وثانياً - لا ظهور في الروايات المذكورة في كيفية كون الربح بينهما وأنه

هل بنحو الإشاعة في تمامه أو بنحو آخر، فاطلاقها يشمل ما إذا كان الاتفاق على كون الربح بينهما بالنحو المذكور؛ لأنه أيضاً بينهما .

وثالثاً - ما تقدم من الروايات الخاصة بالدالة على صحة أن يقول له المالك: (بع ثوبي أو المتاع بكذا مقدار ولك ما فضل منها) فإنها تدل على صحة جعل ما زاد على مقدار معين من الربح كله للعامل أو بينهما وأن مثل هذه المعاملة صحيحة، سواء سمي بمضاربة أم لا .

ومنه يظهر وجه الاشكال فيما أفاده السيد الأستاذ على ما في تفسيرات بحثه من أنه يحكم بطلان العقد المذكور؛ لأن غير المملوك بالفعل لا يصلح أن يكون أجرة أو جعلاً بازاء عمل العامل، فإن هذا لئن تم في الإجارة - وقد تقدم الإشكال فيه أيضاً - فلا يتم في الجعالة ونحوها من العقود الإذنية على القاعدة وبحكم الروايات الخاصة المتقدمة .

فالصحيح جواز ذلك في المقام، سواء بعنوان المضاربة أو غيرها، وسواء كان وثوق بحصول ذلك المقدار من الربح أم لم يكن، غاية الأمر يكون استحقاق العامل للمقدار الزائد معلقاً على تقدير حصول الربح المعين .

ثم إن ما ذكره ليس منافياً مع الإشاعة بل مناف مع كونها بنحو الكسر المشاع من الربح، أي حصة من تمام الربح، وإلا فلو جعل له مقدراً معيناً أيضاً يمكن أن يكون ذلك بنحو الإشاعة في الربح كما إذا قال المالك: (لي مئة دينار من الربح والباقي لك، أو بينهما) فإن المئة أيضاً مشاعة في الربح، وما يقابل الإشاعة بالدقة أن يكون له أول ربح أو آخر ربح يحصل مثلاً والذي يكون معيناً واقعاً على تقدير حصوله . ومثله أيضاً أن يجعل له نسبة أو مقدراً

من الربح بنحو الكلّي في المعين ، لا بنحو الإشاعة أو بنحو الشركة في المالية لا في العين . وكلّ ذلك معقول ثبوتاً وصحيح إثباتاً؛ تمسكاً بمقتضى القاعدة وبإطلاق الروايات .

وبترتّب على ذلك بعض الآثار والفروق ، فإذا جعل الكسر والحصة من الربح بنحو الكلّي في المعين للعامل أو للمالك بأن قال : إنّ للعامل الربع من الربح بنحو الكلّي في المعين تبقى أعيان الربح للمالك يصحّ له التصرف فيها ويكون التلف من حصته ما دام بمقدار ذلك الكسر باقياً ، كما أنّه لو كان بنحو الشركة في المالية جاز للآخر دفع القيمة له لا من عين الربح .

وقد يقال : إنّ ظاهر كون الربح بينهما لزوم اشتراكهما في كل جزء جزء من الربح بينهما فيكون مفاد الروايات الإشاعة ولزوم الاشتراك في تمام الربح ، فنُدلّ على بطلان خلاف ذلك .

وفيه : أولاً - ظاهر قوله الربح بينهما اشتراكهما فيه بنحو صرف الوجود لا مطلق الوجود ففرق بين قولنا : (كل ربح لا بد وأن يكون بينهما) وبين قولنا : (والربح بينهما) الذي ظاهره أصل اشتراكهما فيه ، وعدم كون أحدهما بلا شيء من الربح ، ولا أقل من الإجمال .

وثانياً - غاية ذلك عدم إطلاق الروايات لغير ذلك الفرض لا دلالتها على البطلان ؛ لأنّ هذا التعبير وارد في الموضوع وليس شرط الحكم ، أي في بيان عقد المضاربة ، ولهذا يكون وارداً في لسان السائلين غالباً ، فيرجع في غيره إلى مقتضى القاعدة أو إطلاق سائر الروايات .

السادس: تعيين حصة كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك، إلا أن يكون هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق [١].

[١] ظاهر كلام الماتن رحمته لزوم تعيين حصة كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك في نفس عقد المضاربة، وهذا يخرج صورتين: الأولى: أن تكون الحصة معينة واقعاً، إلا أنه لا تعيين لها عند العقد بأن كان مجهولاً ومذكوراً بعنوان إجمالي، كعنوان ما انفق عليه في السنة الماضية، أو ما فعله الآخرون.

الثانية: أن تكون الحصة غير متعيّنة حتى واقعاً، كما إذا قال: (ولك شيء أو نسبة من الربح) الذي يصلح للانطباق على كل نسبة ومقدار. أمّا الصورة الأولى: فالحكم بالبطان فيه منوط بمسألة الغرر، فإنّه إذا استفدنا كبرى بطلان المعاملة المالية الغررية إمّا من الروايات الخاصة ولو بالغاء خصوصية البيع الوارد فيها، أو من السيرة العقلانية الممضاة شرعاً، كانت النتيجة البطلان في المقام أيضاً. لا يقال: قد تقدّم عدم جريان موضوع الغرر في العقود الإذنية ومنها المضاربة.

فإنّه يقال: إنّما لا يجري الغرر من جهة الجهالة بمقدار رأس المال الذي لا تمليك بلحاظه، وأمّا بلحاظ ما يستحقه ويملكه العامل من الربح على تقدير حصوله في قبال عمله فالجهالة فيه غرر جزماً، حيث لا يعلم أنّ ما يقابل عمله واسترباحه أية نسبة من الربح.

نعم، كمية تلك النسبة خارجاً مجهولة في كل مضاربة، إلا أنّ ذلك ليس بمضّر، إمّا باعتبار ما دلّ على الصحة أو باعتبار أنّه يكفي في دفع الجهالة

.....

في أمثال ذلك معلومية النسبة من رأس المال والربح المتوقع فيه ، فإنّها أيضاً مرتبة من المعلومية يبني عليها العرف والعقلاء في أمثال التجارات والاستثمارات ، فلا غرر من هذه الناحية . وهذا بخلاف ما إذا كانت النسبة التي يستحقها أحد الطرفين من الربح مجهولة .

ومنه ظهر أنّ نفي تحقق الغررية في المقام قياساً على ما تقدم في مسألة الجهل بمقدار رأس المال والذي صدر عن السيّد الأستاذ رحمته في تقارير بحثه ممّا لا يمكن المساعدة عليه . نعم ، قد يتم ذلك في العقود الإذنية - كما تقدّم - .

وأما الصورة الثانية : فالبطلان فيها لوجهين :

أولهما - ما تقدم في الصورة الأولى من لزوم الغرر ، فإنّه جار هنا أيضاً ، فلو قلنا بأنّه يوجب البطلان في مطلق العقود المالية حتى الإذنية منها لزم الحكم بالبطلان في المقام أيضاً . وقد تقدّم الإشكال في ذلك ، بل تقدّم في الروايات الخاصة ما دلّ على صحة أن يقول للعامل : (بع ثوبي بكذا ولك ما زاد عليه) ، مع كونه غير معيّن ثبوتاً .

ثانيهما - ما جاء في كلمات جملة من الأعلام من استحالة جعل التمليك لما لا واقع له ثبوتاً ، فتكون هذه الصورة أشد اشكالاً من السابقة .

والتحقيق أنّ الاشكال في المقام ليس عقلياً ثبوتياً ، بل إثباتي عقلائي . وتوضيحه : أنّ الأحكام الوضعية كالتكليفية ليست مجعولة على الواقع الخارجي حقيقة ودقة ، بل على العناوين الذهنية ، فهي المحل والعروض بالذات لها إلا أنّها كذلك بما هي حاكية عن الخارج وبالحمل الأوّلي ، لا بما هي هي وبالحمل الشائع ، وعليه فلا استحالة في جعل الملكية على كل نسبة من الربح

.....

أو شيء منه لتعيّن هذا المفهوم وتقرره في الذهن كجعل الوجوب على أحدهما .
 وإنما الإشكال من ناحية الغرض العقلاني من وراء هذا الجعل ، فإنّ
 الغرض من التكاليف حيث كان الامتثال فجعله على العنوان الانتزاعي الجامع
 بين فردين لا تعيّن واقعي ولا يميز لمصايقه لا يضر بذلك الغرض ولا يلزم منه
 نقض الغرض بل يطابقه ، حيث يكون المكلف مخيراً عقلاً في تحقيق الجامع
 ضمن أي منها ، والمفروض أنّ خصوصياتها الخارجية غير دخيلة في غرض
 المولى .

وهذا بخلاف الحكم الوضعي بالملكية ، فإنّها إنّما تجعل على العنوان
 الحاكي عن الخارج بغرض تنظيم الخارجيات من حيث الاختصاص بهذا المالك
 أو بذاك ، فلا بد أن يكون المعروض بالعرض للملكية - أعني المقدار المملوك
 من المال - متعيّناً بنحو من أنحاء التعيّن ولو من ناحية حدّه الأقل بأن يقول :
 (ما زاد على كذا مقدار إذا كان فهو لك) ، وهو مورد الروايات الخاصة المتقدّمة ،
 وإلّا لزم الخلف ونقض الغرض واللغوية عرفاً وعقلاً .

وهذا هو الذي يوجب بطلان المضاربة على أن يكون له نسبة من الربح
 بلا أي تعيين ، فإنّ هذا بحكم التردد المطلق وعدم الالتزام بشيء لأحد
 الطرفين ، فلو كان عدم جعل شيء لأحد الطرفين موجباً لبطلان المضاربة كان
 التردد المذكور موجباً للبطلان أيضاً .

نعم ، لو قلنا بصحة المضاربة مع عدم جعل شيء من الربح لأحد الطرفين
 لم يكن مانع من صحة هذه المضاربة أيضاً ، خصوصاً إذا كانت بنحو العقد
 الإذني .

السابع: أن يكون الربح بين المالك والعامل، فلو شرطاً جزءاً منه لأجنبي عنهما لم يصح، إلا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة. نعم، ذكروا أنه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام أحدهما صح، ولا بأس به خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك لأنه يرجع إلى مولاه، وعلى القول الآخر يشكل، إلا أنه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى للأجنبي والقدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما فالأقوى الصحة مطلقاً، بل لا يبعد القول به في الأجنبي أيضاً وإن لم يكن عاملاً لعموم الأدلة [١].

[١] ينبغي البحث هنا في جهتين :

الأولى - بطلان المضاربة بشرط أن يكون جزء من الربح للأجنبي أو صحتها.

الثانية - ما يترتب على الشرط المذكور بناءً على صحة المضاربة.

أما الجهة الأولى : فقد استدل على البطلان بوجوه :

منها - دعوى عدم صدق المضاربة عليه.

وفيه : أنه لا وجه له إذا كان ذلك بنحو الشرط في ضمن عقد المضاربة، لا المضاربة بين أشخاص ثلاثة من دون أن يكون لأحدهم عمل ولا رأس المال.

ومنها - دلالة الروايات على اشتراط كون تمام الربح بينهما.

وقد تقدم جوابه أيضاً وأن هذه الروايات ناظرة إلى بيان أنه لا يصح أن يكون تمام الربح للمالك بل بينهما كما شرطاً لأنه لا يمكن أن يكون شيء من الربح لثالث بالشرط بينهما.

ولو فرض عدم شمول الروايات فهي لا تدل على البطلان، بل غايته عدم شمولها لذلك، فتصح بالعمومات.

ومنها - أن مقتضى القاعدة الفساد؛ لأنّ الريح تابع للنماء. وفيه: أولاً - ما تقدّم في تأسيس الأصل أن مقتضاه الصحة وأنّ تبعية النماء للأصل لا تنافي صحة جعل جزء منها ولو بنحو شرط النتيجة للغير.

نعم، هذا يتوقف على قبول الغير ورضاه بذلك، فإنّه لا يصح تمليك الغير شيئاً وادخاله في ملكه من دون رضاه واراوته؛ ولعلّه لذلك حكم المشهور بجواز ذلك إذا كان لغلامه، ولازمه جواز ذلك لكل من يكون تحت ولايته كابنه الصغير، وقد حمّله الماتن رحمته على القول بأنّ العبد لا يملك، وأنّ العبد وما بيده لمولاه.

وثانياً - لو فرض بطلان هذا الشرط لكونه خلاف الشرع فلماذا يبطل العقد بلحاظ العامل والمالك، بل لا وجه للبطلان حتى للشرط.

فالحاصل ليست هذه المضاربة إلاّ مضاربة فيها شرط كون قسم من الريح الذي هو ملك للمالك للأجنبي - مع فرض رضاه بذلك - وهذا الشرط إذا كان بنحو أن يخرج من ملك المالك وينتقل إلى ملك المشتري بنحو شرط النتيجة كان صحيحاً ومشمولاً لأدلة نفوذ الشرط بلا إشكال.

وإذا كان بنحو أن يخرج من أوّل الأمر في ملك الأجنبي فإن قلنا بصحته أيضاً فكذلك، وإن قلنا بكونه مخالفاً للشرع فغايته بطلان الشرط كبطلان أي شرط آخر ضمن عقد المضاربة إذا كان مخالفاً للشرع فإنّه يوجب فساد الشرط لا عقد المضاربة، فيبقى الثلث الثالث للمالك، ويكون للعامل إذا كان

الشرط من قبله حق الفسخ في المضاربة حتى قبل العمل إذا كانت عهدية ، فلماذا نحكم ببطالها .

ودعوى : أنّ المضاربة مع الشرط لا بد وأن يكون مشمولاً لإطلاق الروايات ولا إطلاق فيها كذلك .

مدفوعة : بالنقض أولاً : بسائر الشروط الصحيحة في نفسها أو الفاسدة ضمن عقد المضاربة ، فإنّ الروايات لم ترد فيها جميعاً ، فكيف يحكم بصحة المضاربة في تلك الموارد؟!

وثانياً : بأنّ مفاد الروايات صحة جعل نسبة من الربح للعامل في قبال عمله . وأما وجود شرط والتزام آخر ضمن عقد المضاربة فله حكمه بحسب القواعد الأخرى إذا لم يكن الشرط تقييداً لنفس المضاربة كما هو المفروض .

ودعوى : أنّ المقام ليس من باب الشرط في ضمن عقد المضاربة ، بل جعل المضاربة ابتداءً بين ثلاثة أطراف ، فلا بد وأن يكون شريكاً في العمل أو في رأس المال .

مدفوعة : أولاً - بأنّه لا موجب لذلك إذا كان بنحو الاشتراط ضمن عقد المضاربة .

نعم ، يمكن أن يقال : إنّ هذا في المضاربة العقدية اللازمة قابل للقبول ويرجع إلى الالتزام ضمن الالتزام العقدي ، وأما في المضاربة الاذنية فلا يرجع إلى محصل إلا جعل المضاربة الاذنية بين الثلاثة وهو فرع كونه طرفاً فيها إما بالاشتراك في العمل التجاري أو في رأس المال .

نعم، يعقل ذلك بعنوان التزام أحدهما باعطاء شيء من حصته للثالث وهو خارج عن البحث، وأمّا خروج حصته من الربح في ملك الثالث بنحو شرط النتيجة فهو بحاجة إلى أن يكون التزاماً ضمن عقد عهدي لا إذني .

وأمّا الجهة الثانية: فإذا قلنا بصحة عقد المضاربة وصحة الشرط المذكور فيها، فإذا كان الاشتراط بنحو شرط النتيجة أو كون الثلث ابتداءً يخرج في ملك الغير فلا كلام، وإن كان الشرط بنحو شرط الفعل بأن يدفع الثلث إلى الأجنبي وجب على المالك الدفع إليه، ومع تخلفه عنه يجوز للعامل الفسخ والمطالبة بأجرة المثل لعمله إذا كان الشرط من قبله على المالك؛ لما تقدم من ثبوت لزوم في المضاربة بلحاظ تمليك الربح على ما سيأتي في محلّه .

وإن قلنا بطلان الشرط فأيضاً كذلك يثبت الخيار بذلك لمن له الشرط، وإن كان الجواز ثابتاً على كل حال إذا كانت المضاربة إذنية، إلا أنّ فائدة الجواز الثابت بذلك إمكان الفسخ حتى بعد ظهور الربح والرجوع على المالك بأجرة مثل العمل .

فالحق مع السيّد الماتن في صحة اشتراط أن يكون شيئاً من الربح للأجنبي .

وسوف يأتي مزيد تنقيح لهذا البحث في المسألة (٢٧) .

الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل، فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم يصحّ لكن لا دليل عليه فلا مانع أن يتصدّى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك كما عن التذكرة [١].

[١] لعل من اشترط ذلك استظهره ممّا ورد في بعض الروايات من التعبير باعطاء المال ودفعه للمضاربة فاستظهر منها اشتراط الاقباض للعامل.

إلا أن هذا غير تام؛ إذ مضافاً إلى أن مقتضى الأصل الذي أسسناه صحة المضاربة مطلقاً يمكن التمسك لإثبات الصحة في الدفع التدريجي أو بقاء المال بيد المالك واستلام البائع له منه باطلاق بعض الروايات الخاصة التي ورد فيها عنوان يعمل في المال مضاربة كما في صحيح الكناني والحلي وغيرهما، أو عنوان ابتاع لك متاعاً والربح بيني وبينك الوارد في معتبرة أبي بصير أو عنوان من أتجر مالاً واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان الوارد في معتبرة محمد بن قيس وغير ذلك من الألسنة فإنّها تشمل باطلاقها ما إذا كان المال بيد المالك.

بل يمكن أن يقال: إن ما ورد فيه عنوان دفع المال أيضاً فيه إطلاق عرفاً؛ لأنّ ذكر الدفع ليس في كلام الإمام بل السائل.

كما أن ذكره من أجل توقف الاتجار تكويناً على دفع رأس المال إلى التاجر لا من أجل الاشتراط، فلو كان في كلام الإمام إطلاقاً أيضاً لم يكن ظاهراً في التقييد شرعاً، فالصحيح ما عليه الماتن رضي الله عنه من عدم الاشتراط.

التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجارة، وأما إذا كان بغيرها كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعة مثلاً ويكون الربح بينهما يشكل صحته؛ إذ القدر المعلوم من الأدلة هو التجارة، ولو فرض صحة غيرها للعمومات - كما لا يبعد - لا يكون داخلاً في عنوان المضاربة [١].

[١] تعرّض السيّد الماتن رحمته في هذا الشرط إلى مطلبين:

أحدهما - عدم صحة المعاملة بعنوان المضاربة إلا في الاسترباح بالتجارة. ثانيهما - صحّة المعاملة لا بعنوان المضاربة إذا كان الاسترباح بغير التجارة كالزراعة تمسكاً بالعمومات.

أما المطلب الأول: فقد استدللّ عليه بأنّ عنوان المضاربة متقومّ بالتجارة لغة وعرفاً، حيث إنّ المراد الضرب بالمال بمعنى نقله وتحويله إلى مال آخر والاسترباح به الذي يكون بالبيع والشراء الذي هو التجارة، فيكون عنوان المضاربة مساوفاً مع الاسترباح التجاري خصوصاً مع ورود التعبير عن ذلك بالتجارة بالمال ضمن روايات المضاربة، فلا يشمل هذا العنوان غير الاسترباح التجاري.

ونلاحظ على هذا المطلب بأنّ المضاربة بالمال أو العمل به وإن كان يعني نقله وتحويله إلى مال آخر من أجل الاسترباح في النهاية إلا أنّ هذا لا يوجب اختصاص عنوان المضاربة بما إذا كان الاسترباح على أساس اختلاف القيمة السوقية بين الشراء والبيع، بل يشمل ما إذا كان الاسترباح على أساس تحقق تحسين أو عمل في المشتري برأس المال يوجب زيادة قيمته السوقية في بيعه بعد ذلك.

فالحاصل العمل في مال المضاربة من قبل العامل لا بد وأن يكون هو

التقليب والتقلّب في رأس المال وتحويله إلى مال آخر ثم تحويل المال الثاني إلى الدراهم والدنانير مثلاً مع الاسترباح لا تقديمه عمل الزراعة أو السقي أو الخياطة وصبها على مال المالك، وإلا كان مزارعة ومساقاة وإجارة، فالعمل الملحوظ في مفهوم المضاربة من قبل العامل هو العمل في رأس المال بتقليبه وتحويله ثم استرجاعه في النهاية بربح يكون بينهما .

إلا أنه لا يشترط أن يكون هذا التقليب والتحويل منحصراً بالبيع والشراء المباشر للأموال بلا صبّ صنعة فيها بأجر يدفعه من رأس المال لمن يعمل فيه، كما إذا اشترى برأس المال أراضي واستأجر به من بينها شققاً وبيوتاً ثمّ باعها بأكثر فحصل ربح فإنّ هذا أيضاً مضاربة وعمل في المال مشمول لإطلاق الروايات، نظير العمل المبذول له المال في التجارة من قبيل الحمل والنقل من هذا السوق إلى سوق آخر أو تحسين السلعة التجارية باعمال عناية عليها .

وإن أبيت عن شمول مفهوم المضاربة لذلك لغة أمكن دعوى الشمول والإطلاق بحسب مناسبات الحكم والموضوع العرفية والعقلانية، حيث إنّ المتفاهم من الأسئلة في روايات المضاربة أنّ تمام النظر والسؤال عن الاسترباح بمال الغير والعمل فيه عملاً مربحاً في النتيجة بحيث يرد عليه المال أكثر من الأوّل فيكون بازاء عمل الاسترباح حصة للعامل .

أمّا كيفية توظيف المال وتقليبه وادارته من حيث تحويله بتمامه إلى سلعة أو تحويل جزء منها إلى سلعة وجزء آخر إلى عمل وحالة فيه كما لو اشترى بجزء منه غزلاً وجزءاً آخر جعل الغزل نسيجاً وقماشاً فبيع بالربح فهذه أيضاً مضاربة واتّجار بالمال .

وعلى هذا الأساس تصحّ المضاربة بدفع المال لتوظيفها من خلال مشاريع استثمارية كانشاء مساكن ثمّ بيعها بتمامها، أو القيام ببعض الخدمات كايجاد سدّ أو مدّ سكة حديد أو انشاء طرق وجسور واسترجاع رأس المال بقيمة أكثر والاسترباح منها فإنّها أيضاً مضاربة وتجارة صحيحة، كتوظيف رأس المال في شراء سلعة وبيعها بلا تغيير فيها، وإنّما لمجرّد الاستفادة من الفرق في القيمة السوقية.

وظاهر المتن وكلمات الأصحاب اختصاص الصحة بالثاني، وعدم الصحة بعنوان المضاربة في الأوّل.

وأما المطلب الثاني: وهو صحة الاسترباح بغير التجارة فإن أريد به المعنى الواسع الذي ذكرناه للاتجار فقد عرفت صحته بعنوان المضاربة ومشموليته لإطلاق الروايات فضلاً عن العمومات.

وإن أريد به ما يقابل الاتّجار أي ما إذا صبّ العامل عمله على مال الغير فنمى المال كما في المزارعة والمساقاة، ولكن في غيرهما من الحرف والصناعات كالطبخ والخبز والتجارة والبناء وغير ذلك من الأعمال بأن اتفقا على أن تكون المادة من أحدهما والعمل من الآخر كما إذا اتفق عامل النسيج مع صاحب المصنع على أن يكون في قبال عمل نسجه للغزل أو خياطته للثياب أو البناء لصاحب الأرض ومواد البناء حصّة من الناتج بعد ايجاده بعمله فلا ينبغي الاشكال في عدم تسمية ذلك بالمضاربة ولا بالتجارة لالغة ولا عرفاً، فلا تشمله الروايات، ولكن يمكن الحكم بصحتها بالعمومات بناءً على أنّها تقتضي الصحة. وما في التذكرة من أنّه: (لا يصحّ - أي المضاربة - على الأعمال كالطبخ

والخبز وغيرهما من الصنایع؛ لأنّ هذه أعمال مضبوطة يمكن الاستیجار علیها فاستغنی به عن القراض فیها وإنّما یسوغ القراض فیما لا یجوز الاستیجار علیه وهو التجارة التي لا یمكن ضبطها، ولا معرفة قدر العمل فیها، ولا قدر العوض والحاجة داعية إليها ولا یمكن الاستیجار علیها، فللضرورة مع جهالة العوضین شرع عقد المضاربة) (١) كلام لا یمكن المساعدة علیه؛ لوضوح إمكان الإجارة علی الاتّجار أيضاً، بمعنى الإجارة علی نفس عمل البیع والشراء مع رفع الجهالة فیه بمقدار المال المشتري والمباع أو بالزمان أو سائر خصوصیات العمل التجاري، وهي كلّها مضبوطة والإجارة علیها صحيحة.

كما أنّ مجرد امکان عقد الإجارة فی الأعمال لا یمنع عن صحة غيره فیها، وإنّ مثل هذه الاستدلالات استحسنات لیست منسجمة مع مبانینا الفقهية كما هو واضح.

ودعوى: شمول أدلّة النهي عن الغرر والجهالة فی بدل الأعمال التي یقوم بها الأجراء وهو لازم فی المقام كما فی المضاربة والمساقاة والمزارعة، ولكن خرجنا فیها عن البطلان بالروایات الخاصة.

مدفوعة: بما تقدّم من عدم كون هذا غرراً أولاً وعدم الدلیل علی بطلان الغرر فی كل عقد مالي ثانياً.

وعليه فالصحيح ما علیه الماتن من صحة مثل هذه المعاملات أيضاً والتي هي رائجة اليوم كثيراً، وإن كان الأحوط أن یجعل ذلك بنحو الشرط

ضمن عقد الإجارة بأن يجعل للعامل أجره مقطوعة ولو قليلة مع اشتراط أن يكون له حصة من الناتج بنحو الاشاعة أو بنحو الشركة في المالية أو بنحو الكلي في المعين أو في ذمة ربّ العمل إذا حصل ناتج فإنّه لا إشكال في صحته عندئذٍ حتى عند المشهور.

ثم إنّ هنا نوعاً ثالثاً من اشتراك العامل بعمله مع رأس المال في ايجاد الربح لا يندرج في النوعين السابقين ، وهو الاسترباح بالمجموع من عمل العامل والآلة الراجعة إلى المالك فيحصل ربح ، كما إذا كانت الشبكة للمالك فاصطاد بها الصياد على أن يكون الحاصل من الصيد بينهما ، أو السيارة للمالك فيسوق بها العامل وتكون الأجرة المستحصلة من الركاب بينهما بنسبة يتفقان عليه .

وفرق هذا عمّا سبق أنّه لا يكون الربح الحاصل نماءً متصلاً أو منفصلاً لرأس المال كما في الاتجار بمال الغير أو سقي أشجاره أو انتاج زرعه أو خياطة قماشه ، ويترتب على ذلك أنّه لو حكم ببطلان هذه المعاملة فلا يرجع الربح إلى المالك ويكون للعامل أجره عمله ، بل قد ينعكس كما في مثال الصيد فإنّه يكون للمصائد ولصاحب الآلة أجره مثل آتته ، وفي مثال السيارة يحكم ببطلان ما أخذه السائق من الركاب واشتغال ذمته لكل منهما بأجرة مثل ما انتفع به من منفعة السيارة وعمل السائق .

وتخريج صحة هذه المعاملات أيضاً يمكن أن يكون على أساس العمومات وبالتخريجات والوجوه المتقدمة في المضاربة من الجعالة أو الإذن في الانتفاع بالآلة في مقابل التزام الآخر بتملكه جزءاً من الأرباح كما في المضاربة أو ايقاع الشركة بين منفعة العمل ومنفعة الآلة واعتبار الناتج نماءً

لهما فيلحقهما بالنسبة، وهناك رواية خاصة يمكن الاستفادة منها في المقام
سوف نشير إليها.

وهكذا يتلخص أنّ هناك أنحاء من الاسترباح بالمال:

١ - الاسترباح التجاري بالمعنى الأخص، وهو البيع والشراء برأس
المال، وهذا هو القدر المتيقن صحة المضاربة فيه.

٢ - الاسترباح التجاري بالمعنى الأعم، أي بتحويل رأس المال إلى
مشروع يدرّ ربحاً سواءً كان بالبيع والشراء للسلع أو ايجاد مصنوعات أو عقارات
وشقق ثمّ تباع جميعاً أو ايجاد خدمة برأس مال في قبال أجر أكبر كما ايجاد
السكك والشوارع والجسور والسدود في قبال أجر أكبر، فيكون فيها ربح على
رأس المال ويكون العامل دوره التحويل والاستثمار لا أداء الصنعة.
وهذا هو الذي استظهرنا شمول عنوان المضاربة له لغة أيضاً أو بحسب
مناسبات الحكم والموضوع.

٣ - الاسترباح بالمال لصبّ العامل نتيجة عمله عليه وتحويله إلى مال
أنمي وأكثر قيمة في قبال حصّة من النماء، وهذا في الزراعة والمساقاة منصوص
على صحته وفي غيرهما كالخياطة أو نسج الغزل في قبال أن يشترك معه في
القماش أو الثياب بنسبة مبني صحته على تخريجه على التمسك بالعمومات
ومقتضى القاعدة المتقدم شرحها.

٤ - الاسترباح بمنفعة المال والعمل لا بعين رأس المال والعمل كما في
الاستفادة من الآلة الراجعة إلى الغير في قبال حصّة من الناتج الحاصل منهما.
ويختلف هذا عن القسم الثالث من ناحية أنّه على تقدير الفساد لا يكون

النماء والنتائج راجعاً إلى صاحب المال كما أشرنا؛ إذ ليس نماءً للآلة، بل
 إمّا راجع إلى العامل كما في مثل الحيازة والصيد أي الأخذ من المباحات
 العامة ونحوها حيث تكون للعامل أو لمن قصد له على خلاف في ذلك أو يبقى
 على ملك مالكة الأول إذا لم يكن من المباحات بل راجعاً للغير وإنما يستحقان
 عليه أجره المنفعتين بحسب القيمة السوقية .

وحكم هذه الصورة أيضاً الصحة على القاعدة حيث يتصور فيها نفس
 التخريجات المتقدمة زائداً على ذلك وجود رواية فيها وهي ما يرويه في قرب
 الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن جدّه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن
 جعفر عليه السلام « قال : سألته عن رجل استأجر بيتاً بعشرة دراهم فأتاه الخياط أو غير
 ذلك فقال : اعمل فيه والأجر بيني وبينك وما ربحت فلي ولك فربح أكثر من أجر
 البيت أيحل ذلك ؟ قال : نعم ، لا بأس » (١) .

وهذا السند وإن كان فيه عبد الله بن الحسن ، إلا أنّ الرواية ينقلها الشيخ
 الحرّ العاملي أيضاً عن كتاب علي بن جعفر وسنده إليه صحيح لأنّه نفس سند
 الشيخ عليه السلام .

والسؤال فيه وإن كان عن فضل الريح وكونه أكثر من أجره البيت ، إلا أنّه
 حيث كان ذلك من خلال الاشتراك بين مالك منفعة البيت وعمل الخياط ونحوه ،
 أي من الفضل والريح غير المضمون كما إذا استأجر أرضاً ثمّ أعطاهم مزارعة
 بالنصف والثلث وكان له فضل فإنّه جائز كما في جملة من الروايات الأخرى

١ - وسائل الشيعة ١٩ : ١٣١ ، ب ٢٢ من الإجارة ، ح ٧ .

وإنما غير الجائر ايجاره بأكثر من غير عمل فيه بنحو يكون الفضل مضموناً فالسائل يسأل في هذه الرواية عن الفضل غير المضمون الحاصل من مثل المزارعة ولكنه حيث لا يعقل في البيت ولهذا فرض الشركة بين منفعة البيت وعمل الخياط والاشترك في الربح الحاصل .

وهو من مصاديق النوع الرابع من الاسترباح فيدل جواب الإمام عليه السلام بنفي البأس عن ذلك لا محالة على صحة مثل تلك المعاملة أيضاً، وإلا لم يكن له ربح ولا فضل على أجرة البيت .

فهذه الرواية تكون دليلاً على صحة مثل هذه المعاملات وباعتبار ما ورد في السؤال فيها من التعبير بمجئ الخياط أو غير ذلك الذي هو إشارة إلى سائر الحرف والصناعات غير الخياطة يستفاد منها كبرى كلية في كافة أنحاء مشاركة العمل مع منفعة المال المتمثل في منفعة الدار أو شبكة الصيد أو غير ذلك، وحيث لا يحتمل خصوصية للبيت بحسب المتفاهم العرفي من هذه الرواية فيحمل ذلك على المثالية ويتعدى إلى سائر المنافع والآلات .

بل قد يدعى استفادة صحة مطلق المشاركة كذلك في النماء والربح الحاصل بين العمل ورأس المال، أي حتى القسم الثالث؛ إذ لا يحتمل خصوصية للمال المتمثل في المنفعة دون العين والرقبة وكون السؤال عن المستأجر لا المالك لا يوجب الاختصاص؛ لأن فرض المستأجر في السؤال لجهة السؤال عن الفضل والربح الحاصل له من التفاوت بين الأجرة والحصة الحاصلة للمستأجر من المشاركة في الربح فلا خصوصية لكون ملك المنفعة بنحو الاستئجار دون التبعية للرقبة .

والواقع : أنّ هذه الرواية يمكن أن يستفاد منها صحّة المشاركة بين العمل والمال لظهور قوله : بيني وبينك في النفقة والربح في المشاركة فيمكن الاستفادة منها في بحث الشركة أيضاً ، بل إذا افترضنا أنّ السيرة والارتكاز العقلائي يرى صحة الشركة تارة في الأموال بمعنى الأعيان ، وأخرى في المنافع فيمكن اعتبار الأقسام الأربعة المتقدمة للاسترباح كلها من باب الشركة بين منفعة العمل ومنفعة المال ، سواء في المضاربة والتجارة حيث إنّ صلاحية المال للنمو التجاري منفعة للمال عرفاً ، أو في النوع الثالث فإنّ ثمرة الشجرة أو صلاحية القماش لأن يكون ثوباً منفعة في المال ، أو النوع الرابع ، فإنّ هذا كلّه من مصاديق الشركة في المنافع ، منفعة العمل ومنفعة المال ، فتكون هذه الرواية وروايات المزارعة والمساقاة والمضاربة أدلّة على امضاء هذا الارتكاز العقلائي .

وبذلك يندفع الاشكال المتقدم من استبعاد تخريج المضاربة على أساس عقد الشركة ، ويمكن عندئذٍ الاستفادة امضاء هذا الارتكاز العقلائي بعرضه العريض حتى في شركة الأعمال .

إلا أنّ مقداره ما إذا كان هناك تلفيق بين المنفعتين في ايجاد الربح كالمزج بين المالية في شركة الأعيان فلو اشترك العاملان مثلاً في صنع شيء على أن يكون بينهما صحّ لا مثل عمل كل منهما مستقلاً ثمّ تقسيم الدخل الحاصل بينهما ، وهذا بحث ينبغي التأمّل في أطرافه بشكل أوسع وأعمق في كتاب الشركة إنشاء الله تعالى .

العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير، أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير، وإلا فلا يصحّ لأشراط كون العامل قادراً على العمل، كما أنّ الأمر كذلك في الإجارة للعمل، فإنّه إذا كان عاجزاً تكون باطلة، وحينئذٍ فيكون تمام الربح للمالك [١].

[١] لابد من البحث عن هذه الشرطية ضمن عدة جهات :

الجهة الأولى: هل يشترط في صحة المضاربة القدرة على العمل كما في الإجارة، فلو ظهر عجز العامل عن أصل الاتّجار كانت المضاربة باطلة. ظاهر المصنف وجملة من الفقهاء ذلك، وقد يستدلّ عليه بأنّ المضاربة كالإجارة لا بد وأن يكون العامل مالكاً فيه لمنفعة عمله لكي يستحق في قبالة حصة من الربح، ومع عدم القدرة على العمل لا يكون مالكاً لشيء، فإنّ العمل غير المقدور غير مملوك على ما حقق في كتاب الإجارة أو يستدلّ عليه بلغوية المعاملة مع فرض عدم القدرة على العمل. والتحقيق هو التفصيل في المقام حسب المباني والتخريجات المتقدمة في شرح وتحليل حقيقة عقد المضاربة.

فإن اعتبرنا المضاربة تسليطاً على عمل العامل في قبالة حصة من الربح أو التزاماً وعقد مشاركة بين العامل والمالك في ربح رأس المال فمع فرض عدم المقدورية على الاتّجار لا موضوع للتسليط على العمل ولا المشاركة، فالمضاربة باطلة؛ لأنّ وجود العمل شرط فيهما، بل ركن في صحة الالتزامات. وإن قلنا بأنّ المضاربة من العقود الإذنية ومرجعها إلى نحو جعالة من

قبل المالك أو إذن من المالك في الاتجار بماله مع الالتزام للعامل بحصة من الربح إن حصل ربح بعمله فمثل هذا العقد الإذني لا يتوقف على قدرة العامل على العمل وإنما يكون عجزه سبباً لعدم تحقق المعلق عليه التزام المالك بالجعل مع بقاء أصل الإذن والالتزام المعلق على حاله وقياسه على الإجارة ونحوها حينئذٍ غير صحيح؛ إذ لا معاوضة ولا التزام ولا تسليط أو تمليك فعلي للعمل، كما أنه لا استحقاق فعلي للجعل والحصة من الربح ما لم يصدر العمل من العامل خارجاً كما لا لغوية في البين؛ إذ ليس العقد إلا إذناً ورضاً بذلك، وهو قد يتعلّق بالأمر غير المقدور كما هو واضح.

نعم، قد لا يقدم المالك على المضاربة لو كان يعلم عدم تمكن العامل على العمل إلا أنه لو أقدم ولو من جهة احتمال أن يتمكن فيما بعد أو لأجل افهامه بأنه راضٍ عنه كان العقد الإذني متحققاً لا محالة، وهكذا إذا كانت المضاربة أمراً بالعمل على وجه الضمان إذا كان هناك ربح.

فالحاصل: المضاربة الإذنية لا مانع من صحتها بدون هذا الشرط، وإنما لا يتحقق المأذون فيه، فلا تتحقق المضاربة خارجاً؛ ولعله المقصود بالبطلان. **الجهة الثانية:** أنه في صورة عجز العامل عن أصل التجارة هل يكون ضمناً لرأس المال الواقع تحت يده أم لا؟

لا إشكال في الضمان إذا تصرف فيه العامل تصرفاً موجباً للخسارة والوضعية؛ لأنه تصرف غير مأذون فيه، ولكن البحث في ضمانه لنفس رأس المال إذا اتفق تلفه بيده بدون تعدٍ أو تفريط.

والصحيح عدم الضمان إلا مع اشتراط المالك عليه أنه لو لم يكن قادراً

على العمل فلا يبقى المال عنده؛ لأنّ المفروض إذن المالك ببقاء المال تحت يد العامل من أجل العمل والاتّجار به، فتكون يده أمانة، فلا ضمان، بخلاف صورة الاشتراط فتكون عادية فيثبت الضمان على القاعدة، أعني قاعدة اليد واحترام مال المسلم من دون رضاه، بل يمكن استفادة الضمان من إطلاق روايات المضاربة العديدة ومنها الصحيحة الدالة على أنّ العامل إذا خالف شرط المالك كان ضامناً لرأس المال على ما سيأتي تفصيله.

نعم، لو أعطاه المال لاحتمال أن يصير قادراً فلا ضمان؛ لأنّه بنفسه استيمان.

الجهة الثالثة: أن يفرض عدم العجز الكامل، وإنّما يقدر على العمل ببعض المال وعجزه عن التجارة بالكمية المعينة من رأس المال للمضاربة، فهو قادر على الاتّجار بنصفها مثلاً لا بجميعها، وهذه الجهة هي المتعرّض لها في المتن، وقد تكلم فيها الماتن رحمته عن حكم المضاربة من حيث الصحة والفساد، فحكم بفسادها، وعن ما يترتب على ذلك من ضمان المالك لأجرة عمل العامل بالمقدار الذي تمكّن منه ومن ضمان العامل للمال إذا تلف تحت يده، ونحن نبحث في هذه الجهة في هذه النقاط الثلاث:

أما النقطة الأولى: فقد حكم فيها السيّد الماتن رحمته بالبطلان لاشتراط مقدورية العمل في المضاربة كالإجارة.

وقد اعترض على ذلك في كلمات بعض الأعلام من أساتذتنا العظام بأنّ المفروض عدم عجز العامل عن التجارة بجميع أجزاء ذلك المال، وإنّما هو عاجز عن الاتّجار بمجموعه، فلا موجب للبطلان في جميع المال؛ لانحلال

المضاربة إلى عقود عديدة بعدد أجزاء رأس المال، وإن كانت بحسب الانشاء واحدة حالها في ذلك حال سائر العقود، فتصح فيما يقدر عليه وتبطل فيما يعجز عنه، ولا محذور فيه سوى توهم الجهالة بالمقدار المقدور. وقد عرفت أنه لا غرر في ذلك، وأنه لا تجب معلومية مقدار رأس المال.

هذا إذا كان المقدار المقدور غير متميّز، وإلا كان الحكم بالصحة في المقدور أولى وأوضح؛ لأنه من ضمّ المعاملة الصحيحة إلى المعاملة الفاسدة، نظير بيع الخنزير والشاة جملة واحدة، ولا موجب للحكم بالفساد فيما يكون صحيحاً.

نعم، يثبت للمالك خيار تبعض الصفقة لو لم يكن عالماً بعجز العامل عن المضاربة بالجميع، كما في سائر موارد اختلال شرط الانضمام، فيمكنه أن يفسخ ويدفع للعامل أجره مثل عمله والذي قد يكون أقل من الحصة من الربح^(١).

ونلاحظ على الكلام المذكور أنه تارة يفترض أن اتفاق المالك والعامل على نحو تعدد المطلوب والانحلال، بمعنى أن يتجر بأي مقدار يمكنه من المال، ويكون ربحه بينهما، وأخرى يفترض أنه يشترط كون الاتجار بتمام المال بنحو الانضمام لا ببعضه.

فإذا أريد الأول فالمضاربة في المقدار الذي يقدر على الاتجار به من المال صحيحة، ولا خيار للمالك؛ لأنها مضاربة بالمقدار الذي يتمكن منه، والربح

١ - راجع: شرح العروة الوثقى (المباني في شرح العروة) ٣١: ١٩.

بينهما بالمقدار الذي يحصل ، والمفروض تمكنه من هذا المقدار لا أكثر ، والجهل به حين العقد لو فرض تقدّم أنه لا يوجب الغرر في المضاربة .

وليس هذا من الانحلال الاصطلاحي في العقود ، ولا وجه لتوهم ثبوت خيار الفسخ فيه للمالك ؛ لعدم تخلف شرط أو وصف أصلاً ، كما أنه خارج عن محل البحث ومقصود الماتن .

وإن أريد الثاني - كما هو الظاهر ، بل صريح ما افترض من تخلف الشرط - فتارة : يراد إثبات الصحة وعدم البطلان فيه على القاعدة وبقطع النظر عن الروايات ، وأخرى : يراد إثبات ذلك على أساس الروايات الخاصة .
أما البحث على مقتضى القاعدة فالمفروض عند الأستاذ أن مقتضى القاعدة هو البطلان ؛ لأنّ المضاربة وأمثالها من العقود ، على خلاف الأصل .

ونحن نحتمل أن تكون مقدورية العمل بتمام رأس المال شرطاً في صحتها ، ولا إطلاق لفظي في شيء من روايات صحة المضاربة يمكن التمسك به لإثبات صحتها .

نعم ، إذا قلنا بأنّ مقتضى القاعدة والعمومات صحة مثل هذه العقود أيضاً أتجه هذا البحث ، إلا أنه حينئذٍ لا بدّ من التفصيل ، فتارة : تكون المضاربة عهدية لازمة ، أي التزاماً عهدياً بالعمل برأس المال للمالك في قبال حصة من الربح . وأخرى : تُفترض المضاربة عقداً إذنياً جائزاً .

فعلى التقدير الأوّل : لا بد من التفصيل بين أن يكون شرط الاتّجار بجميع المال على نحو القيدية أو على نحو الشرطية .

.....

ففي الفرض الأوّل يحكم بالبطلان، نظير الإجارة على السفر إلى بلد معيّن على نحو القيدية، فإنّه بظهور عجز الأجير عنه يحكم بالبطلان، فكذلك في المقام.

وفي الفرض الثاني يحكم فيه بالصحة في المقدار المقدور وخيار تبعض العقد للمالك. هذا لولا نكتة استظهارية ستأتي الإشارة إليها، وهي تقتضي عدم الخيار حتى على هذا التقدير.

وعلى التقدير الثاني: - أي في المضاربة الإذنية - إذا استظهر من الاشتراط تقييد الإذن بالتّجار بأن يكون بتمام المال - أي عدم الإذن بالتّجار ببعضه - كانت المضاربة باطلة لا محالة، وكان تصرف العامل في بعض المال عدوانياً، وإن استظهر منه الاشتراط فقط لتضمن الخسارة والوضيعة أو تلف رأس المال على تقدير تخلف الشرط صحّت المضاربة، وكان الربح بينهما إذا حصل مع الضمان على تقدير الوضيعة، وهذا ما سنوضحه عند البحث عن الروايات الخاصة.

وهكذا يتّضح أنّه بناءً على المشهور من أنّ المضاربة عقد إذني لا وجه للقول بالصحة مع خيار التبعض على مقتضى القاعدة، بل لا بد إمّا من القول بالبطلان مطلقاً - إذا قيل بأنّ صحة المضاربة خلاف الأصل - أو القول بالبطلان في صورة التقييد وبالصحة بلا خيار ولكن مع ضمان العامل للوضيعة في صورة عدم استظهار التقييد.

لا يقال: يمكن أن يكون اشتراط المالك راجعاً إلى التزامه بأن يكون للمالك حصة من الربح على تقدير حصوله، حيث تقدّم أنّ المضاربة الإذنية

بلحاظ ما بعد العمل تكون لازمة كالجعالة بعد العمل ، فمع الاشتراط المذكور ضمن العقد يكون للمالك حق الفسخ بعد العمل أيضاً من جهة تخلف الشرط المذكور ، فيكون الخيار ثابتاً للمالك .

فإنه يقال : المفروض عند الأستاذ رحمته انكار صحة مثل هذا الالتزام في المضاربة ؛ لأنه التزم بما لا يكون موجوداً ولا تسلط للمالك عليه فعلاً - كما تقدم عنه عند شرح مبناه - فمن يرى ذلك لا يصح منه القول بالصحة مع الخيار . نعم ، من يرى صحة الالتزام المذكور على القاعدة يمكنه قبول هذا الوجه لو لم يستظهر التقييد أو الاشتراط بلحاظ الاستيمان فقط على ما سيأتي شرحه .

وأما البحث عن مقتضى الروايات الخاصة بالروايات التي يمكن الرجوع إلى اطلاقها في المقام هي ما ورد في باب مخالفة العامل لشرط المالك ، وهي كثيرة ، وتدل على أنه في صورة المخالفة لأمر المالك يكون على العامل ضمان المال ، وضمان الخسارة والوضيعة فيه ، ولكن إذا ربح كان الربح بينهما ، وهي وإن كان جملة منها واردة في شروط معينة من المالك وردت في مورد السؤال فيها بحيث يحتاج استفادة التعميم منها لكل شرط بحاجة إلى الغاء الخصوصية - وهو قريب أيضاً - إلا أن في بعضها اطلاقاً لفظياً ، من قبيل صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة فيخالف ما شرط عليه ؟ قال : « هو ضامن والربح بينهما » ^(١) .

١ - وسائل الشريعة ١٩ : ١٦ ، ب ١ من المضاربة ، ح ٥ .

ومن قبيل صحيح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعمل بالمال مضاربة؟ قال: «له الربح وليس عليه من الوضيعة شيء إلا أن يخالف عن شيء ممّا أمر صاحب المال»^(١). ومثلها صحيحة أخرى للحلي.

ومقتضى إطلاق هذه الروايات الصحة وال لزوم مع الضمان لا البطلان ولا الصحة مع الخيار.

لا يقال: ظاهر هذه الروايات مخالفة العامل للشرط باختياره لا بالاضطرار ومن باب العجز كما في المقام فلا يمكن التمسك بها لاثبات الصحة في المقام.

فإنه يقال: مضافاً إلى عدم الفرق في مورد التخلف عن شرط المالك بين صورة العمد والعجز في فتاوى الأصحاب أنّ المخالفة في المقام أيضاً اختيارية، وإنّما غير الاختياري ما شرطه المالك وهو الاتّجار بتمام المال، وظاهر عنوان المخالفة الاختيارية فيما يفعله العامل على خلاف الشرط لا الاختيارية في فعل الشرط وتركه.

وبعبارة أخرى: أنّه كان يمكنه أن لا يخالف الشرط بأن لا يتّجر حتى ببعض المال، حيث كان قد اشترط عليه أن يتّجر بتمامه ولا يتّجر ببعضه، وعليه فيشملة إطلاق قوله: (فيخالف ما شرط عليه) إذا اتّجر ببعض المال.

ولعلّه لهذا نجد أنّ هذه المسألة جاءت في الشرائع والقواعد والمسالك

١ - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، ب ١ من المضاربة، ح ٣.

والحدائق بعنوان أنّه (إذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن)، ويفهم من سكوته عن حكم المضاربة صحتها وثبوت الربح للعامل لو كان ربح، وإلا لكان ينبغي أن يتعرّض لاستحقاقه أجره المثل.

وفي المسالك: (إذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد)^(١). وفي الحدائق - بعد نقل ذلك -: (ويدلّ عليه ما تقدّم في تلك الأخبار، وعليه اتفاق الأصحاب من أنّه مع المخالفة لما شرطه المالك فإنّه يضمن والربح بينهما)^(٢).

وإنما جاء القول بالبطلان من الجواهر وتبعه المصنّف رحمه الله حيث ورد فيه: (ولعلّ المتّجه... الفساد... لمعلومية اعتبار قدرة العامل على العمل في الصحة، نحو ما ذكره في الإجارة، ضرورة لغوية التعاقد مع العاجز)^(٣).

فالحاصل: مع فرض عدم اشتراط المالك الاتّجار بتمام المال، بل بالمقدار المقدور منه لا موضوع لتوهم الفساد ولا الخيار، ومع فرض اشتراطه من قبله فمقتضى إطلاق هذه الروايات صحة المضاربة من دون خيار مع ضمان العامل للخسارة والوضيعة. ومن هنا قالوا بأنّ هذه الروايات على خلاف القاعدة.

هذا، ولكن التحقيق أن يقال بأنّ اشتراط كون العمل بتمام رأس المال تارة يكون على نحو التقييد، وأخرى يكون على نحو الشرط في ضمن عقد المضاربة.

١ - المسالك ٤: ٣٥٨.

٢ - الحدائق ٢١: ٢٢٣.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٠.

فإذا كان بالنحو الأوّل فالظاهر الحكم ببطان المضاربة على القاعدة على جميع المباني في تخريج حقيقة المضاربة؛ لأنّ ما جعل بازائه حصة من الربح هو الحصة الخاصة من العمل والاتّجار وهذا لم يتحقق، وما حققه العامل لم يكن مأذوناً فيه، ولا مورداً للاتفاق حتى ضمناً، سواء كان محتوى المضاربة عقداً عهدياً كالإجارة أو الشركة بين منفعة العمل ومنفعة المال، أو إذنياً كالجعالة على العمل، ونحو ذلك من العقود الإذنية.

ولا موضوع للانحلال لما حقّق في بحث الإجارة من اختصاص الانحلال بالاجزاء ولا يجري في الحصة والمقيّد بالنسبة لذات المقيّد؛ ولهذا حكم السيّد الماتن في بحث الإجارة بأنّ العمل المستأجر عليه لو كان حصة خاصة وجاء الأجير بحصة أخرى من العمل كانت الإجارة باطلة، فهو نظير أن يستأجره للخياطة فيأتي الأجير بعمل الكتابة مثلاً.

ومنه يعرف أنّ الروايات المذكورة لا إطلاق لها لمثل هذه الفرضية؛ لأنّه قد عبّر فيها بالاشتراط، فظاهرها تحقق المضاربة مع وجود شرط زائد على العامل في ضمن العقد على حدّ سائر الشروط الضمنية، فلا بد من الحكم في مثل ذلك ببطان المضاربة وضمن العامل لرأس المال، وعدم ضمان المالك لأجرة عمله، كل ذلك على مقتضى القاعدة وقد تقدّم بحثه.

وأما إذا كان الاشتراط بالنحو الثاني - أي الالتزام والاشتراط ضمن العقد - فمقتضى إطلاق الروايات المذكورة الصحة من دون خيار، ولكن مع الضمان على تقدير التلف أو الوضيعة كما ذكر صاحب الحدائق بل وغيره ممن قبله من الفقهاء على ما استظهرنا من عبائرهم؛ لأنّها ذكرت أنّ الربح بينهما،

وهو ظاهر في تعيّن ذلك، فلا ينسجم مع فرض وجود حق الفسخ للمالك كما لا يخفى، فضلاً عن الفساد الذي ذكره الماتن رحمته.

ودعوى: انصراف أو ظهور الروايات المذكورة في المخالفة مع القدرة على الشرط قد عرفت جوابها، وأنها خلاف إطلاقها؛ ولهذا لو اشترط عليه أن يشتري متاعاً معيناً ويربح في بيعه فلم يتمكن منه فاشترى غيره فوضع فيه أو ربح كان مشمولاً لإطلاق الروايات والفتاوى جزماً.

ودعوى: أن منصرف الروايات صورة تحقق المضاربة والفرغ عن قدرة العامل عليها؛ لأنه عبر فيها بدفع المال إليه مضاربة غاية الأمر هناك شرط من قبل المالك على العامل يتخلف عنه فلا تشمل محل الكلام الذي يكون العجز عن أصل المضاربة بالمال.

مدفوعة: بمنع مثل هذا الانصراف خصوصاً إذا كان الدفع لاحتمال قدرة العامل على الاتجار بتمام المال، ثم ظهر عجزه بعد ذلك فتاجر ببعض المال، فإنه مشمول لها كشمولها لما إذا كان قادراً على الاتجار بتمام المال ولم يتّجر عمداً إلا ببعضها.

وعليه فإطلاق الروايات كما ذكر صاحب الحقائق رحمته تام في المقام، ونتيجته الصحة مع الضمان لو كان خسارة بسبب المخالفة والتصرف في المال على خلاف شرط المالك تماماً كما إذا كان قادراً على الاتجار بتمام المال ولم يتّجر إلا ببعضه.

ولكن لو فرضنا عدم تمامية هذا الإطلاق فالحكم يختلف باختلاف المباني - كما تقدّم - إذ لو قلنا بأن مقتضى الأصل فساد المضاربة فالحكم

هو البطلان؛ لاحتمال دخل القدرة على المضاربة بتمام المال المشروط به المضاربة في صحتها إذا احتملنا دخل ذلك في صحتها، ولا يوجد إطلاق في شيء من روايات المضاربة ليستفاد منه الصحة والانحلال.

وإن قلنا بالصحة على القاعدة سواء بعنوان المضاربة أو معاملة أخرى فقد تقدم تخريجات عديدة لها كانت أهمها ثلاثة تخريجات:

الأول: القول بصحتها على القاعدة، على أساس كون المضاربة كالإجارة بين العمل وحصّة من الربح على تقدير حصوله كان مقتضى القاعدة الصحة مع خيار التبعض؛ لإمكان أن يقال بانحلالها حسب مقدار رأس المال، أي يكون في قبالة العمل بكل مقدار من رأس المال نفس النسبة من الربح الحاصل منه بعد جبر النفقات والخسارات الواقعة على المال المتّجر به من الربح الحاصل، ولكن مع شرط المجموعية والاتّجار بالباقي أيضاً فإذا تخلف عنه العامل كان للمالك حق الفسخ ودفع أجره المثل لعمله، كما في تبعض العمل المستأجر عليه.

إلا أن هناك نكتة استظهارية في الشروط في مثل عقد المضاربة التي يكون مقصود المالك فيها حفظ رأس ماله يوجب عدم ظهورها في تعليق الالتزام العقدي والعهدي عليها ليكون في تخلفها الخيار، بل ذلك لمجرد عدم الاستيمان وتضمن خسارة رأس المال على العامل في صورة تخلفه عن الشرط، وهذا الظهور يوجب أن يكون العقد نافذاً والربح بينهما، ولكن لو كانت خسارة ووضيعة كانت على العامل فتتطابق القاعدة مع مفاد الروايات المذكورة حتى في المضاربة العقدية.

التخريج الثاني: القول بصحة المضاربة على أساس كونها شركة عقدية

عهدية بين العمل ورأس المال بلحاظ المنفعة، والصحيح على هذا التخريج أيضاً ما تقدم على التخريج السابق.

التخريج الثالث: القول بالصحة على أساس كون المضاربة كالجعالة أو الإذن في التصرف أو استيفاء العمل على وجه الضمان المشروط بالريح عقداً إذنياً. وقد ذكرنا سابقاً أنّ هذا ينحلّ إلى جهتين: إذن في التصرف والتزام بتملك العامل لحصة من الربح والنماء على تقدير حصوله.

والجهة الأولى إذنية جائزة بطبعتها، ومن هنا يكون مرجع الاشتراط فيها إلى تقييد الإذن والرضا بالتصرف في المال بفرض العمل بالشرط أو تحققه لصحة التقييد والتعليق في الإذن، وليس الإذن كالتمليك العقدي مما لا يمكن تعليقه على الشرط ليكون من تمليك الالتزام على نفس الالتزام الشرطي المسمّى بالالتزام في ضمن الالتزام، بل لا مجال لذلك فيه؛ لعدم وجود التزام في الإذن.

وأما الجهة الثانية فهي لزومية، فإن كان حكماً شرعياً مترتباً على المضاربة الإذنية فلا معنى لامكان الفسخ والرجوع فيه، فلا يرجع الشرط إلى هذه الجهة مطلقاً، وأما إن كان حقيقة ذلك تعهداً والتزاماً من قبل المالك بأن تكون حصة من الربح للعامل كما تقدم شرحه فتكون المضاربة مشتملة على عقدين: اذني وعهدي، فإن كان الشرط المذكور - أي المجموعية - ممّا علّق عليه هذا الالتزام رجع إلى صورة التقييد وكانت المضاربة باطلة، والذي قلنا أنّه خلاف ظاهر الشرط، وإن كان من قبيل الالتزام ضمن الالتزام، والذي يعني تعليق المالك التزامه بأن تكون حصة من الربح للعامل على الالتزام بالشرط، فمع التخلف يكون للمالك حق فسخ التزامه، وبالتالي استرجاع تمام الربح

واعطاء العامل أجره مثل عمله كما هو في سائر الشروط الضمنية الموجب تخلفها للخيار في العقود العهدية اللازمة .

إلا أنه هذا كله لو فرض استظهار رجوع الشرط المذكور إلى كلتا الجهتين ، لا إلى جهة الاستيمان فقط كما لا يبعد ذلك عرفاً وعقلاً في موارد عدم ارادة التقييد ، فيكون الربح بينهما من دون حق الفسخ مع الضمان على تقدير الوضعية . ولا تناقض بين المطلبين نظير الإذن في الاتلاف والأكل على وجه الضمان ، فإن هذا يعقل حتى في الإذن بالتصرف الوضعي ، فيأذن أن يشتري بماله شيئاً له ولكن على وجه الضمان لو كان وضعية أو خسارة .

وهذا مرجعه إلى تقييد عقد الاستيمان للرقبة الذي هو لازم المضاربة والإجارة ونحوهما ، كما إذا أجره ليخيط ثوبه واشترط عليه أن لا يخرج ثوبه إلى خارج المكان الفلاني ، فإنه لو أخرجه إليه كان ضامناً له ضمان اليد لا ضمان الشرط ، رغم أن خياطته له حتى خارج البلد موجبة لاستحقاق المسمى ؛ لعدم رجوع الاشتراط إليه ، بل إلى الاستيمان .

ولعل في بعض الروايات الدالة على أن الربح بينهما والضمان على العامل لو كانت وضعية ما يدل على هذا المعنى ، خصوصاً ما ينقل منها قصة العباس بن عبد المطلب وما كان يضارب به من ماله مع اشتراط أن لا يخرجوا به إلى خارج البلد ، وإلا كان ضامناً ، فراجع الروايات وتأمل فيها .

وقد أتضح من مجموع ما ذكرناه أن الحكم بالصحة وأن الربح بينهما مع الضمان الذي هو مقتضى إطلاق الروايات يمكن تخريجه على القاعدة ، سواء كانت المضاربة عقداً عهدياً أو إذنياً .

وللعامل أجره عمله مع جهله بالبطلان [١].

كما أنه تصح دعوى عدم شمول الروايات المتقدمة لاشتراط المجموعية إذا كان على وجه التقييد بمعنى عدم الإذن في أصل الاتجار ببعض المال، إذ على هذا الفرض لا تكون المضاربة منعقدة؛ حيث لم يأذن المالك بالتصرف ببعض المال أصلاً، ولم يقع العقد على العمل الحاصل خارجاً أصلاً. وظاهر تلك الروايات تحقق المضاربة مع شرط يتخلف عنه العامل، فتدبر جيداً. كما ظهر أن القول بالفساد مطلقاً الذي ذهب إليه الماتن يمكن تخريجه على أساس ارجاع الاشتراط إلى التقييد، وسيأتي البحث عن آثار وثمرات هذه الوجوه.

[١] وهي النقطة الثانية من البحث، وقد حكم السيّد الماتن باستحقاق العامل لأجره عمله مع جهله بالبطلان، وهو مبني على القول بفساد المضاربة أو ثبوت خيار التبعض وحق فسخها للمالك.

وأما على القول بصحة المضاربة بلا خيار الفسخ وإنما يكون تلف رأس المال ووضيعة مضموناً على العامل فقط فالعامل يستحق على تقدير الربح نسبه منه تعييناً، وهذا إنما يكون إذا رجع الشرط إلى الاستيمان فقط لا أصل المضاربة، فالقول باستحقاق العامل لأجره عمله إنما يكون بناءً على أحد قولين: بطلان المضاربة أو ثبوت خيار الفسخ للمالك.

أما استحقاق العامل لأجره العمل على تقدير القول بصحة المضاربة وحق الفسخ للمالك فهو على القاعدة كما في سائر العقود على الأعمال إذا فسخت من قبل المستأجر، فإنّ للأجير أجره مثل عمله لا محالة، وأما على تقدير القول بالبطلان والذي هو مختار الماتن رحمته فاستحقاق العامل

لأجرة عمله محل بحث وإشكال .

وتحقيق الحال في المقام أنه تارة يفترض جهل العامل بالموضوع ، أي بعجزه عن الاتجار بتمام المال الموجب للبطلان بحسب هذا المبنى ، وأخرى يفرض علمه بالعجز عن الاتجار بتمام رأس المال ولكنه يجهل أن هذه المضاربة فاسدة بناءً على القول ببطلانها في الجميع .

أما الفرض الأوّل فالحكم بالفساد إن كان ثابتاً على أساس استظهار التقييد من اشتراط المجموعة من قبل المالك ، فالحكم باستحقاق أجرة المثل خلاف المشهور والمفتى به من قبل الماتن في كتاب الإجارة ؛ إذ حاله عندئذٍ حال ما إذا آجره أو أمره على أن ينظف داره فنظف ثوبه ، أو أن يأخذه إلى البلد المعين في الوقت المعين على وجه التقييد فظهر عجزه عنه بعد قطع مقدار من المسافة ، فإنه لا يستحق شيئاً ؛ لأنّ ما أتى به لم يكن متعلّق أمر المالك ولو ضمناً ؛ إذ لا انحلال بناءً على التقييد ، فلا وجه لاستحقاق أجرة المثل .

ودعوى : أن مقتضى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ضمان أجرة عمل العامل .

مدفوعة : بأنّ موضوع القاعدة ما إذا كان ذاك العمل أو المال متعلقاً للعقد والايجار على كل حال ولكن العقد باطل شرعاً ، لا ما إذا كان المال أو العمل المأتي به خارجاً عن العقد رأساً ، وهذا واضح . ومن هنا قالوا في الإجارة على المقيّد بعدم الضمان على القاعدة ، مع أنّها من العقود التي تضمن بصحيحها .

وإن ناقشنا فيه هناك واستظهرنا من بعض الروايات الخاصة المدعمة بالارتكاز العقلاني استحقاها أجرة ما يستوفيه المالك من منافع عمل الغير

.....

في صورة جهل العامل بالخصوص ، وهذا لو تمّ هناك جرى هنا أيضاً .
 إلا أنّ الماتن تتويّل والمشهور لم يقولوا بالضمان في الإجارة ، فكيف قالوا به
 هنا في صورة الجهل ؟

ويمكن أن يقال بالفرق وأنه في المقام حيث لا يعلم عدم التمكن من
 الاتّجار بتمام المال إلا بعد العمل والدخول فيه فيكون الإذن في الاتّجار مشمولاً
 للجهة الإذنية من عقد المضاربة ، وإنّما لا يكون بازائه حصة من الربح لكون
 المجعول حصة ربح المجموع لكل جزء جزء وهو لم يتحقق لعجز العامل عن
 الاتّجار بجميع رأس المال ، إلا أنّ الإذن في العمل حيث لم يكن على نحو
 المجانية فيستحق العامل أجره مثل عمله ، إلا إذا كان عالماً بالبطلان وعدم
 استحقاق شيء من الربح ، فيكون اقدمه مجانياً عند الماتن ، وإن كان الصحيح
 أيضاً استحقاق الأجرة حتى على تقدير العلم بالبطلان ، لما ذكرناه في كتاب
 الإجارة من أنّ العلم بعدم استحقاق الأجرة شرعاً لا يوجب الاقدام على المجانية
 لكي لا يستحق العامل أجره عمله إذا كان بأمر الغير وإذنه .

وإذا استظهرنا الاشتراط لا التقييد ولكن حكمنا بالبطلان من باب أنّ
 الأصل في المضاربة وأخواتها البطلان رغم الانحلال والإذن في التصرف ببعض
 المال ضمناً استحقّ العامل أجره عمله على القاعدة ؛ لأنّ تصرفه ليس كتصرف
 الغاصب ، بل بأمر المالك ولو مع اشتراط المجموعية ، أي يكون عمله على وجه
 الضمان فيستحق أجره عمله ، كما أنّ تقييد الاستحقاق المذكور حينئذٍ بصورة
 الجهل في غير محله ، بل حتى مع العلم بعدم القدرة على الاتّجار بجميع المال
 يستحق ذلك ؛ لأنّه لم يقدم على المجانية فيما أدّاه من الاتّجار ولو ببعض المال ،

بل أداه من باب العقد وإن كان باطلاً فهو داخل في العقد والأمر بالعمل ضمناً بحسب الفرض، فيكون ما أداه من العمل مضموناً على المالك على القاعدة، حتى مع العلم بالبطلان، وهو من مصاديق ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

وأما الفرض الثاني - أعني الجهل بالحكم - أي الفساد من ناحية الحكم لا الموضوع - كما إذا كان عالماً بالعجز عن الاتجار بتمام المال ولكنه يعتقد صحة المضاربة - فهذا لا بد وأن يفرض مع عدم رجوع شرط المجموعة إلى التقييد، وإلا رجع إلى الفرض السابق والذي قلنا فيه ببطلان عمله وعدم استحقاقه للأجرة.

فأصل هذا الافتراض لا بد فيه من فرض أن المجموعة شرط ضمني للمضاربة بكل جزء جزء من رأس المال، مع قصور تمامية العقد في المقدار المقدور منه - لعدم الدليل على الصحة - وهنا يثبت استحقاق الأجرة أيضاً بنفس البيان المتقدم، بل هو نفسه موضوعاً وحكماً.

ولا فرق فيه بين الجهل بالبطلان أو العلم به كما هو محقق في بحث المقبوض بالعقد الفاسد - خلافاً للماتن - إذ عدم الإقدام على المجانية حاصل حتى مع العلم بالبطلان شرعاً؛ لأن الميزان فيه بالقرار والمسبب الشخصي للمتعاقدين لا الشرعي.

وهكذا يتلخّص أنه في صورة التقييد وعدم الإذن في الاتجار ببعض المال يحكم ببطلان المضاربة - سواء كانت عقدية أو إذنية - وعدم استحقاق العامل للأجرة مطلقاً - وإن كان الأحوط وجوباً عندنا استحقاق أجرة ما انتفع به المالك في صورة جهل العامل بالعجز - وفي صورة الاشتراط وعدم التقييد يحكم

بصحة المعاملة واستحقاق العامل حصته من الربح الحاصل بلا خيار، إلا إذا أُريد بذلك جعل حق الفسخ على تقدير تخلف الشرط لا مجرد رفع الاستيمان. ثم إنه يجب استثناء صورة عدم تحقق الربح عن استحقاق العامل للأجرة على جميع التقادير المتقدمة؛ لأن العامل مقدم على المجانية في هذا التقدير، بل قاعدة ما لا يضمن تقتضيه في هذا الفرض أيضاً إذا كانت قاعدة تعبدية كما هو واضح. وقد وسّع بعض أساتذتنا العظام رحمهم الله هذا المطلب في المقام فحكم بأن العامل لا يستحق أكثر من المقدار الذي جعل حصة له من الربح لو كانت أجرة مثل عمله أكثر من ذلك؛ لأنه هدر، وألغى احترام ماله بلحاظ الزائد. وهذه التوسعة لا يمكن قبولها؛ وذلك:

أولاً - بالنقض بموارد الإجارة الفاسدة مع كون أجرة المسمى أقل من أجرة المثل، وكذلك البيع الفاسد بأقل من القيمة السوقية لو فرض تلف المبيع. وثانياً - بأن الإقدام على المجانية ليس أمراً انحلالياً بلحاظ قيمة المال وماليته، بل أمر وحداني إذا تحقق بلحاظ العين أو العمل المستوفى والمقبوض من قبل الغير لم يكن ضمان، وإذا لم يتحقق كان مقتضى قاعدة اليد أو احترام مال المسلم ضمان قيمته السوقية بتمامها، سواء كان المسمى المتفق عليه بينهما بمقداره أو أكثر منه أو أقل؛ لأن استحقاق أجرة المثل في فرض فساد العقد ليس ضماناً عقدياً، بل من باب ضمان اليد أو الأمر بالعمل لا مجاناً، وهو كوضع اليد على مال الغير، بل هو نحو أخذ للمال الذي هو منفعة العمل، إلا إذا كان قاصداً للمجانبة، وحيث لم يكن قاصداً له فلم يهدر احترام ماله فيستحقه بتمامه بقاعدة اليد أو الأمر.

ويكون ضامناً لتلف المال، إلا مع علم المالك بالحال [١].

[١] وهي النقطة الثالثة من البحث، وتفصيل الكلام فيه: أنه بناء على ما استظهرناه من الشرطية لا القيدية فالمضاربة صحيحة على تقدير الربح، ولكن على تقدير الخسارة سواء بالتلف أو الوضعية يكون ضامناً بمقتضى الروايات الخاصة، بل قد عرفت إمكان تخريج ذلك على القاعدة أيضاً بارجاع شرط المجموعة إلى الاستيمان لحفظ رأس المال دون أصل الإذن بالتصرف الوضعي بالبيع والشراء، فهو يضمن إذا خالف الشرط وأتجر ببعض رأس المال ولو من جهة العجز، وهذا ليس مشمولاً لروايات المنع عن تضمين العامل رأس المال كما لا يخفى.

بل في بعض الروايات ورد التصريح بصحة هذا الشرط وتحقق الضمان إذا خالفه العامل مع كون الربح بينهما فراجع، ونتيجته صحة المعاملات مع ضمان العاقد للخسارة والوضعية إذا خالف الشرط، ويكون من باب الإذن في الاسترباح وانماء ماله بالاتجار به أو العقد عليه، والشرط راجع إلى حفظ المال نظير أن يشترط عليه أن لا يخرج المال إلى البلد الفلاني، وكما إذا اشترط أن لا يخرج ثوبه الذي أجره لخياطته خارج المكان الفلاني، فلو أخرجه لم تكن يده عليه يداً أمينة حينئذ بل ضامنة، وإن كانت خياطته له باذنه وتقع الإجارة صحيحة، بل ولازمة أيضاً، فكذلك في المقام.

وهذا هو تخريج ما قاله المشهور من أنه لا تلازم بين صحة المضاربة وعدم الضمان، بل يمكن أن تكون المضاربة صحيحة والربح بينهما رغم الضمان إذا خالف الشرط ولو من جهة العجز، وهذا تخريج على مقتضى القاعدة ويقتضيه إطلاق الروايات الخاصة أيضاً المشار إلى بعضها، وسيأتي تفصيلها في محلّه.

ومنه يظهر عدم صحة ما يذكره الماتن في ذيل المسألة من أنه إذا كانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان .

وأما بناءً على ما اختاره السيّد الماتن من الحكم بالبطلان فالحكم بضمان العامل لتلف رأس المال أو وضياعته وعدمه يختلف باختلاف مبنى القول بالبطلان، فإن قيل بالبطلان على أساس أن متعلّق المضاربة الحصة المقيدة من الاتّجار بارجاع اشتراط المجموعة إلى التقييد وعدم إذن المالك ورضاه بالاتّجار ببعض المال واستفادة ذلك من اشتراطه فهذا يوجب خروج يد العامل عن الأمانية حتى فيما اتّجر به، بل المالك غير راضٍ بابقائه عنده مع فرض عجزه، فيكون تصرّفه الموجب للوضيعة أو التلف اتّلافاً لمال الغير بدون إذنه .

كما يكون تلفه في يده قبل التصرف أيضاً مضموناً عليه؛ لعدم إذن المالك بذلك، ولا أثر لعلم المالك بعجز العامل بعد فرض التقييد في متعلّق العقد، أو الاشتراط الراجع إلى تقييد إذنه .

وإن قيل بالبطلان حتى مع استظهار الاشتراط لا التقييد في العقد ولا في الإذن من باب أن الأصل يقتضي الفساد وعدم استحقاق شيء من الربح - خلافاً لإطلاق الروايات الخاصة المتقدم ذكرها - فالظاهر الضمان أيضاً؛ لأنّ ظاهر الاشتراط أنه راجع أيضاً إلى الجهة الأولى، أي إذن المالك في التصرف في المال، ولا أقل من رجوعه إلى الاستيمان حتى إذا لم يرجع إلى الإذن بالشراء والبيع وأصل الاتّجار، فيثبت الضمان على تقدير التلف أيضاً .

ولا فرق في ذلك بين فرضي علم المالك وجهله بعدم قدرة العامل على العمل بتمام رأس المال .

اللهم إلا أن يكون المقصود استظهار الإذن في التصرف في صورة علم المالك من نفس تقديم رأس المال إلى العامل وأنه نحو استيمان له .
 إلا أن هذا لو سلم فهو بالنسبة إلى تلف رأس المال عند العامل لا بالنسبة للخسارة والوضيعة التي تحصل بالاتجار نتيجة عدم قدرته عليه ، وسيأتي مزيد توضيح له .

وأما بناءً على القول الثالث الذي ذهب إليه جملة من المحققين من الصحة مع خيار التبعض فقد يقال بأن ضمان العامل لتلف رأس المال خلاف فرض الانحلال وصحة المضاربة في البعض ، فإن هذا يقتضي كون يد العامل عليه يداً أمينة كما في يد الأجير على العين التي يعمل فيها أو يد المستأجر على رقبة العين المستأجرة فلا موجب للضمان ، بل تضمين العامل خلاف الروايات الدالة على أنه لا يمكن تضمين عامل المضاربة وأنه لو ضمنه رأس المال تحوّل إلى القرض ولم يكن للمالك شيء من الربح .

إلا أن الصحيح ثبوت الضمان على هذا القول أيضاً ؛ لما تقدّم من أنه يمكن للمالك أن يشترط ذلك في الاستيمان أيضاً ، رغم أنه شرط ضمني في التزامه العقدي ، فيكون الضمان ثابتاً على تقدير الوضيعة أيضاً إذا خالف الشرط ، وليس ذلك مخالفاً مع قاعدة عدم ضمان العامل كما شرحناه سابقاً .

وظاهر بعض الروايات التي تمسكنا بها أيضاً ثبوت الضمان في حال تخلف العامل للشرط .

ومنه يظهر وجه بطلان التمسك بقاعدة ما لا يضمن في المقام ، فإنّه أولاً : ليست هذه قاعدة شرعية ، بل تعبير وضعه الفقهاء مرجعها إلى قاعدة

حرمة مال الغير وضمان اليد إلا مع الإقدام على المجانية والاستيمان، ومع الاشتراط لا استيمان في فرض مخالفة الشرط .

وثانياً: أن صورة تخلف العاقد عن الشرط موجب للضمان حتى في العقد الذي لا ضمان فيه لولا الشرط كالأجارة كما أشرنا .

وإن شئت قلت: إن المراد بالقاعدة ما لا يضمن لا بنوعه ولا بشخصه والمفروض أن المضاربة المذكورة لو كانت صحيحة أيضاً كان فيها ضمان على تقدير مخالفة شرط المالك في الرقبة، فتدبر جيداً .

ومنه يعرف أن ثبوت خيار التبعض في المقام من دون الضمان فرع استظهار رجوع الاشتراط المذكور إلى الالتزام العهدي بتملك العامل نسبة من الربح فقط وتطبيق كبرى ثبوت الخيار عند تخلف الشرط عليه بمقتضى القاعدة، والأول خلاف ظاهر مثل هذا الاشتراط ممن يطلب الربح كما أشرنا، والثاني خلاف مبنى صاحب هذا القول من كون الصحة في باب المضاربة ونحوها على خلاف الأصل بحيث لا بد وأن تثبت بالروايات الخاصة، فإنه عندئذ كيف ثبت حق الفسخ واسترداد الربح بعد حصوله؛ إذ لا ذكر لذلك في الروايات، بل قد عرفت أنها تدل على الخلاف .

ولا شمول للقواعد العامة لمثل هذه العقود - بناءً على هذا المبنى - ليطم فيها تحليل الميرزا رحمته في وجه ثبوت الخيار عند تخلف الشرط، كما أنه لا دليل يدلنا على أن كل عقد صحّ شرعاً وكان فيه شرط على أحدهما فتخلفه يوجب الخيار للآخر ليتمسك باطلاقه للمضاربة الصحيحة .

ثم إن حكم الماتن رحمته بعدم الضمان إذا علم المالك بالحال - أي بعجز

العامل عن الاتجار بتمام المال - يمكن تخريجه على أساس أن المالك مع علمه بذلك يكون اعطائه للمال إلى العامل تسليطاً له عليه حتى في حال العجز عن الاتجار بتمام المال ، فيكون استيماناً ، بخلاف ما إذا كان جاهلاً بعجزه فإنه إنما يعطيه المال بناءً على فرض قدرته على العمل بتمامه ، فلا يرضى بكونه تحت يده على تقدير العجز .

إلا أن هذا الظهور إن تم - كما إذا لم يكن من قصده اظهار عدم المانع من قبله ، كما إذا كان العامل جاهلاً بعجز نفسه - فهو يرفع ضمان التلف القهري الحاصل قبل تصرف العامل في بعض المال ، لا ما إذا تصرف وأتجر بالبعض فتلف أو وضع المال المتصرف فيه ، فإن الاعطاء والتسليط على المال مع فرض ارادة الاسترباح بالمجموع ووقوع المضاربة عليه لا على البعض فقط لا يكون ظاهراً في الرضا بالتصرف بالبعض ومخالفة ذلك الشرط الضمني ، وهذا واضح . ويظهر من مجموع ما ذكرنا أن الصحيح هو الضمان في المقام سواء قلنا بصحة المضاربة في البعض بمقتضى إطلاق الروايات التي استدللنا بها ، أو قلنا بصحة المضاربة مع الضمان على أساس القاعدة أيضاً بلا خيار ، أو قلنا بالصحة مع خيار التبعض ، أو قلنا بالفساد فإنه على جميع التقادير يثبت ضمان ما يتلف بالتصرف بالاتجار بالبعض على القاعدة ؛ إذ حاله حال ما إذا اشترط على الأجير أن لا يخرج العين من المكان الفلاني ، فلو أخرجه كان ضامناً له لا محالة على القاعدة لعدم كون يده أمينة في تلك الحال ، وليس المقام من مصاديق قاعدة ما لا يضمن ؛ إذ الضمان ثابت هنا حتى على فرض الصحة باعتبار تخلف شرط المالك في حفظ المال ، كما أنه ليس هذا منافياً مع روايات عدم تضمين العامل

فإنها ناظرة إلى الضمان المعاملي بشرط الضمان لا الضمان الثابت على القاعدة كحكم شرعي في فرض تخلف العامل عن الشرط، وبالتالي صيرورة يده يدأ غير أمينة على المال، كما يستفاد ذلك من الروايات الخاصة أيضاً.

ومنه يظهر عدم صحة ما ذكره الماتن في ذيل المقام من أنه على تقدير القول بالصحة لا وجه للقول بالضمان على تقدير التلف كما هو المشهور - وقد نسبه إلى البعض، مع أنه المشهور - فإنّ الوجه في الضمان مع الصحة يمكن أن يكون على أساس الروايات الخاصة، كما يمكن أن يكون على أساس القاعدة، بل قد عرفت أنّ تمام مفاد تلك الروايات يمكن تخريجها على مقتضى القاعدة بحملها على الصور المتعارفة للاشتراط التي لا ترجع إلى التقييد ولا إلى الالتزام بأنّ للعامل نسبة من الربح على تقدير الاسترباح ليكون للمالك الخيار مع التخلف، بل إلى ما هو لازم المضاربة من الاستيمان لرأس المال بيد العامل كما هو في باب الإجارة بالنسبة للعين الراجعة إلى الموجر والتي تكون أمانة بيد الأجير، إلا إذا اشترط شرطاً راجعاً إليه وخالفه الأجير.

ودعوى: لزوم رجوع الشرط إلى الإجارة إما بنحو التقييد أو الالتزام ضمن الالتزام فيكون له خيار التخلف لا محالة.

مدفوعة: بأنّ هذا ناجم عن الغفلة عن أنّ مثل الإجارة على الأعمال والمضاربة لا ربط لهما بالرقبة والعين المملوكة لمالكها، وإنما بالمنافع، وأما العين فهي مورد الاستيمان فيمكن رجوع الاشتراط إليه فقط دون الالتزام بتمليك المنفعة الذي هو محتوى الإجارة والمضاربة فلا يكون على تقدير تحقق ذلك حق الفسخ للمالك، فتدبر جيداً.

وهل يضمن حينئذٍ جميعه لعدم التميز مع عدم الإذن في أخذه على هذا الوجه، أو القدر الزائد؛ لأنّ العجز إنّما يكون بسببه فيختص به، أو الأول إذا أخذ الجميع دفعة والثاني إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما أخذه أولاً؟ أقوال أقواها الأخير [١].

ودعوى: أنّه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه إذ لو ترك الأول وأخذ الزيادة لا يكون عاجزاً كما ترى؛ إذ الأول وقع صحيحاً والبطلان مستند إلى الثاني وبسببه، والمفروض عدم المزج.

هذا، ولكن ذكر بعضهم أنّ مع العجز المعاملة صحيحة فالربح مشترك ومع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك، ولا وجه له لما ذكرنا مع أنّه إذا كانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان.

[١] بل أقواها الأوّل - وهو الضمان مطلقاً - بناءً على ما استظهرناه من الروايات الخاصة ومن مقتضى القاعدة أيضاً بناءً على أنّ شرط المجموعة راجع إلى الاستيمان - كما هو المتعارف - من صحة المضاربة وأنّ الربح يكون بينهما مع الضمان على تقدير الوضعية وعدم الربح؛ لأنّ المفروض اشتراط المالك على العامل ذلك بحسب الحقيقة، رغم صحة المضاربة والإذن في الاتّجار، سواء قلنا بثبوت الخيار أيضاً للمالك أم لا.

وأما بناءً على قول الماتن من بطلان المضاربة، فمقتضى القاعدة أن يكون الأقوى هو الضمان مطلقاً - أي الأوّل لا الأخير - لأنّ المفروض بطلان المضاربة وعدم صحة تصرف العامل في جزء رأس المال أيضاً بالبيع والشراء فيكون ضامناً للوضعية والخسارة أو التلف فيه، ولا موضوع لقاعدة

.....

ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده) فيه ؛ لما تقدّم من عدم جريانها هنا أمّا بناءً على التقييد فواضح ، وأمّا بناءً على الاشتراط فلما ذكرناه من أنّ الشرط يرفع الاستيمان على رأس المال ، فيكون مضموناً على العامل إذا خالفه ، فكان ينبغي للماتن أيضاً أن يختار الأوّل لا الأخير .

ولكن قوى الماتن تتو الأخير ، وشرحه بعض الأعلام من أساتذتنا العظام تتو بأنّ دفع المقدار المقدور بنفسه مضاربة معاطاتية صحيحة انشأت بالفعل حتى إذا كان العطاء بعنوان الوفاء بالمضاربة العقدية ؛ لأنّ مضمونها يتحقق وينشأ بنفس الفعل أيضاً كالهبة والتملك ، فتقع صحيحة ، وإن كانت المضاربة اللفظية على المجموع فاسدة ، والمضاربة المعاطاتية الحاصلة بدفع المقدار الزائد تكون باطلة ؛ لكونها غير مقدورة .

ويلاحظ على ما ذكر : أنّ هذا خلف المفروض من وحدة المضاربة ، وأنّ قصد المالك إنّما هو اتّجار العامل بمجموع المال لا بعضه ، سواء كانت منشأة باللفظ أو بالمعاطاة والفعل ، وأنّ دفع مقدار من رأس المال ولو كان تدريجياً إنّما هو بعنوان الوفاء بالمضاربة المنشأة ، لا انشاء مضاربة جديدة ، فإنّ هذا خروج عن الفرض .

وقد يكون وجه تفصيل الماتن - أعني اختيار القول الأخير - أنّه يرى تحقق المضاربة وتقوم حقيقتها بنفس دفع المال خارجاً إلى العامل ، حيث عرفها في أوّل الكتاب بدفع الإنسان مالاً إلى غيره ليتّجر به على أن يكون الربح بينهما ، فما لم يدفعه بعد إلى العامل لا مضاربة فيه .

فيصحّ أن يقال بأنّ الدفع لرأس المال إذا كان دفعياً وكان بمقدار يعجز

.....

العامل عن التجارة به بطلت المضاربة وكان العامل ضامناً لرأس المال كاملةً، وإذا كان تدريجياً فكل ما تحقق دفع مقدار مقدور كانت مضاربة صحيحة من ناحية هذا الشرط، فلا يكون ضمان على العامل بالنسبة له، ويكون غير المقدور ما دفع أخيراً لا محالة، فيتعيّن للبطلان إذا لم يمزج بالأوّل، نظير إجارة الأجير لنفسه ثانياً لعمل لا يقدر عليه في نفس الزمان لمستأجر آخر، فإنّها تتعيّن للبطلان.

فالحاصل: حيث إنّ القدرة على العمل شرط في صحة المضاربة - إذا كانت بنحو المباشرة - والمضاربة إنّما تتحقق بدفع المال إلى العامل ليتّجر به، فكلّما تحقق دفع مقدار غير مقدور دفعة واحدة بطلت المضاربة وثبت الضمان لتمام رأس المال، وكلّما تحقق دفع مقدور كانت مضاربة صحيحة، وما يتحقّق من الدفع المتأخر مع عدم المزج تكون مضاربة باطلة؛ لأنّ العامل لا يملك عمل الاتّجار به؛ لأنّه لا يقدر عليه بعد سبق المضاربة في المقدار الأوّل الراجع لقدرته على الزائد، نظير ما يقال في الإجارة على نفس العمل ثانياً مع عدم القدرة عليه.

وهذا البيان أيضاً لا يمكن قبوله وذلك:

أولاً - لما تقدّم من عدم تقوّم عقد المضاربة بدفع المال الخارجي، سواء كان عهدياً أو إذنياً.

وثانياً - لو فرض تقوّم المضاربة بذلك، بمعنى عدم صحتها أو عدم تحققها بدون الدفع الخارجي مع ذلك إذا فرض قصد المالك وشرطه عدم

التصرف والاتجار ببعض رأس المال حتى إذا كان مدفوعاً خارجاً كان ذلك موجباً للضمان إذا خالف العامل هذا الشرط ، فلا تنفع مجرد المقدورية في رفع الضمان ، سواء قلنا بطلان المضاربة - كما إذا كان ذلك على وجه التقييد - أو بصحتها - كما إذا كان بنحو الاشتراط ضمن العقد - لما تقدّم من أن هذا يوجب ضمان رأس المال .

وثالثاً - ما ذكر من أنّ العامل بعد المضاربة بالمقدار الأوّل المقدور لا يكون قادراً على العمل بالمقدار الثاني ، فلا يكون مالكا له ، فتتعين المضاربة الثانية للبطلان لا الأولى ، تحليل مقبول في المضاربة العقدية والتي تتضمن الالتزام بتملك العمل للمالك أو تسليطه عليه كالإجارة ، حيث لا يمكن تملك أو تسليط عمل غير مقدور ، ولكن لا يتم في المضاربة الإذنية ؛ لأنه ليس فيها تسليط أو تملك للعمل أصلاً كما تقدّم شرح ذلك مفصلاً ، فقياس المضاربة الإذنية - كما هي كذلك عند المشهور ومنهم السيد الماتن رحمته الله - بالإجارة والعقود العهدية مع الفارق .

ويمكن أن يكون نظر السيد الماتن رحمته الله في هذه المسألة إلى أحد فرضين

آخرين :

وهما ما إذا افترضنا أنّ شرط المجموعة لم يكن بنحو التقييد ولا بنحو الاشتراط ضمن العقد أو شرط الاستيمان على ما يتّجر به ، بل كان شرطاً شرعياً في صحة المضاربة بالمقدار المقدور بما هو مقدور ، أو كان شرط المالك أن لا يأخذ العامل أكثر من المقدار المقدور عنده من رأس المال ، لا أن يتاجر بجميع رأس المال .

فيحكم في الفرضين في صورة أخذ المال دفعة واحدة ببطلان المضاربة في الكل لعدم التمييز بين أجزاء رأس المال ليتعين بعضها للمضاربة دون بعض، كما لا تصح في الكل لعدم القدرة على الاتجار به، كما أنه يكون ضامناً لما يتلف مطلقاً؛ لعدم رضا المالك بذلك.

ويحكم في صورة أخذ المجموع تدريجياً بصحة المضاربة ونفي الضمان لما أخذه أولاً لتامة شروط صحتها فيه، فينتفي الضمان أيضاً ويحكم ببطلان المضاربة في المأخوذ أخيراً؛ لعدم توفر شرط القدرة فيه، فيكون متعيناً للبطلان والضمان معاً ما لم يمتزج مع الأول.

إلا أن هذا البيان غير تام أيضاً، أما بالنسبة للفرض الأول - وهو أن تكون القدرة شرطاً شرعياً لا مالكياً - فلائنه:

أولاً - تقدّم عدم شرطية المقدورية في المضاربة الإذنية أصلاً.
 وثانياً - لو فرض شرطيتها - كما لا يبعد في العقدية - فلا وجه لبطلان المضاربة فيما إذا كان الاتجار ببعض المال مقدوراً للعامل، بل تصح المضاربة في المقدار المقدور، ولا ضمان في البين أصلاً إذا لم يشترط المالك عدم الاستيمان - كما هو المفروض في الفرض الأول - وعدم تعيين المال الخارجي ليس مانعاً عن صحة المضاربة فيما يتجر به العامل خارجاً إذا كان مع رضا المالك.

بل في المضاربة العقدية إذا فرض وقوعها على مجموع المال الخارجي أيضاً لا وجه للبطلان فيما يكون مقدوراً منه، وإنما غايته التبعض في الصفقة وثبوت الخيار للمالك مع الجهل بذلك - كما تقدّم شرحه - .

وأما بالنسبة للفرض الثاني - وهو اشتراط المالك أن لا يأخذ العامل أكثر من المقدار المقدور له - فلأنَّ اشتراط المالك لو لم يكن قيداً للاتِّجار بالمال ولا شرطاً للاستيْمان، بل لمجرد عدم أخذ الزائد عن المقدور فلا وجه لبطلان المضاربة في البعض المقدور للعامل؛ لأنَّ تمييز المال المتاجر به قبل العمل والاتِّجار ليس شرطاً في صحة المضاربة، فلا وجه لضمان تمام المال حتى إذا كان مأخوذاً دفعةً.

نعم، يفتح في هذا الفرض البحث عن ضمان ما يتلف من المال قبل الاتِّجار والمضاربة إذا كان دفع المالك للمال إلى العامل مشروطاً بالمقدور، حيث لم يكن المالك راضياً ببقاء الزائد على المقدور بيد العامل، فتكون يده عليه ضامنة - ولا فرق في ذلك بين علم المالك بعدم قدرة العامل أو جهله كما لا يخفى وجهه - فيتَّجه البحث في مقدار الضمان في خصوص هذا الفرض على العامل؛ لعدم تمييز المقدور عن غيره قبل العمل ليكون التالف مضموناً على العامل.

وهنا قد تطرح الأقوال الثلاثة المذكورة في المتن.

الإلّا أنَّ الصحيح هنا تفصيل آخر حاصله: أنَّه بالنسبة للوضيعة والخسارة فيما يتَّجر به لا ضمان أصلاً؛ لأنَّه داخل في المضاربة الصحيحة غير المضمونة بحسب الفرض.

وبالنسبة للتلف قبل الاتِّجار إذا تلف جميع المال أو تلف المقدار الباقي الذي لا يقدر على الاتِّجار به بعد الاتِّجار بما يقدر عليه كان ضامناً لمقدار

الزائد - وهو القول الثاني - لأنه المقدار غير المقدور وهو متعين وتالف في هذين التقديرين .

وأما إذا تلف مقدار من المال قبل الاتجار بشيء من رأس المال فقد يقال بأنه يضمن من التالف بالنسبة؛ لأن غير المقدور مشاع في كل رأس المال حينئذٍ فأبي مقدار منه يتلف يكون بتلك النسبة مضموناً، ويد العامل غير أمينة وضامنة له، من دون فرق بين كون الأخذ دفعياً أو تدريجياً؛ لأن التأخر في الأخذ لا يوجب أن تكون يد العامل عليه بالخصوص غير أمينة بعد أن كانت نسبة اليد والمقدورية واحدة بالنسبة للجميع، وموضوع الضمان ليس هو الأخذ، بل وضع اليد على ما لا يرضى به مالكة، والمفروض أن المالك لا يرضى ببقاء ما زاد على مقدور التجارة بيد العامل، سواء أخذ أولاً أو أخيراً.

نعم، لو استظهر أن نظر المالك إلى خصوص ما يؤخذ ولا يكون مقدوراً عند الأخذ تعين المأخوذ أخيراً للضمان، إلا أنه بلا وجه كما هو واضح .

وهذا التفصيل اختاره بعض الأعلام في تعليقاته على المتن .

إلا أن الظاهر ضمان العامل على كل حال للمقدار غير المقدور، أي الأقوى القول الثاني من الأقوال الثلاثة، حتى إذا كان التلف لبعض رأس المال قبل الاتجار؛ لأن الأشاعة في اليد غير الأمينة ليست عرفياً، بل ظاهر إذن المالك بالمقدور بما هو مقدور هو تضمين العامل بمقدار الزائد عن المقدور إذا أخذه، سواء تلف الجميع أو البعض عند العامل قبل الاتجار. والله الهادي للصواب .

ثم إذا تجدد العجز في الأثناء وجب عليه ردّ الزائد وإلا ضمن [١].

[١] المقصود أنّ القدرة على العمل برأس المال شرط في المضاربة حدوثاً وبقاءً، فإذا تجدد العجز في الأثناء أيضاً بطلت المضاربة، كالإجارة على الأعمال؛ إذا تجدد العجز بعدها.

إلا أنّ هذا الكلام حتى بناءً على القول ببطان المضاربة مع العجز عن العمل غير تام؛ لأنّ تجدد العجز في الأثناء عن الاتّجار بتمام رأس المال يحصل كثيراً في أثناء العمل، وهو لا ينافي الاسترباح والاتّجار بأصل رأس المال؛ إذ ليس المقصود من الاسترباح أن يكون في كل جزء جزء من رأس المال بيع وشراء بالذمّة.

كيف وعدم الربح أو الخسارة كثيراً ما يكون من جهة عدم وجود المشتري لبعض رأس المال، أو عدم إمكان بيعه، أو غير ذلك من وجوه عدم الاسترباح، فالعمل الواقع موضوعاً ومحلاً للعقد في المضاربة يكفي فيه صرف وجود القدرة على الاسترباح برأس المال وفي الجملة، خصوصاً إذا كان تجدد العجز نتيجة التأخير في دفع رأس المال أو استيفاء المالك لعمل العامل، فقياس المضاربة على الإجارة من هذه الناحية أيضاً غير صحيح، والله الهادي للصواب.

مسألة ١: لو كان له مال موجود في يد غيره أمانة أو غيرها فضاربه عليها صحّ [١]، وإن كان في يده غضباً أو غيره ممّا يكون اليد فيه يد ضمان فالأقوى أنّه يرتفع الضمان بذلك [٢] لانقلاب اليد حينئذٍ، فينقلب الحكم.

[١] إمّا لصحة المضاربة على القاعدة أو لشمول أدلّة صحة المضاربة لذلك فإنّ التعبير باعطاء المال مضاربة يفهم منه بحسب مناسبات الحكم والموضوع أنّ عملية الاعطاء ملحوظة بما هو طريق إلى كون المال في يد العامل ولا موضوعية له، فلو كان تحت يده من أوّل الأمر كان مشمولاً أيضاً لإطلاق الاعطاء والدفع الملحوظ بنحو الطريقية إلى كون المال بيد التاجر.

هذا مضافاً إلى إمكان التمسك باطلاق معتبرة أبي بصير المتقدمة: (ابتاع لك متاعاً والربح بيني وبينك) بناءً على كونها في مقام البيان من هذه الناحية، حيث لم يقيد بأخذ واقباض رأس المال.

ومنه يعرف أنّه لا حاجة إلى الإطلاق المقامي الذي ادّعاه في المستمسك، بل لا تتمّ مقدمات إطلاق مقامي في شيء من الروايات.

[٢] هذه جهة ثانية من البحث بعد الفراغ في الجهة السابقة عن صحة المضاربة بمال تحت يد الغير، وحاصله أنّه لو كانت يد الغير ضامنة وعادية على المال فهل يرتفع الضمان بمجرد انشاء المضاربة أو تبقى عادية وضامنة حتى يتحقق البيع والاتّجار فيدفعه عن المالك أو يبيعه له، وأثره أنّه لو تلف قبل الاتّجار والبيع والشراء كان مضموناً على العامل.

والبحث في المقام تارة من ناحية التشكيك في الصغرى أي في كون المضاربة مستلزماً للإذن في ابقاء المال تحت يده وبالتالي استيمانه.

وأخرى من ناحية التشكيك في الكبرى، أي في أن مجرد الإذن هل يرفع الضمان أو لا بل لا بد من الأداء ولو إلى من يأمر أو يأذن به المالك .

أمّا البحث من الناحية الأولى فحاصله: أن الإقدام على المضاربة من قبل المالك لا يستلزم الإذن ببقاء رأس المال في يد الغاصب، وإنما يستلزم الإذن في البيع والشراء بماله سواء كان المال عنده أو عند مالكه بناءً على ما هو الصحيح من عدم اشتراط دفع المال من قبل المالك وقبضه من قبل العامل في صحة المضاربة - وإن كان اثبات الصحة من دون ذلك بناءً على أصالة الفساد لا يخلو من إشكال لما في أكثر من روايات المضاربة من فرض الدفع والاعطاء للمال وما لم يذكر فيها ذلك كرواية أبي بصير قد لا يكون فيها إطلاق من هذه الناحية - وبناءً على عدم الاستلزام فلا إذن من المالك بمجرد الإذن في المضاربة في ابقاء المال عند الغاصب ليرتفع ضمان الغصب .

نعم، لو اشترى له ودفع مال المالك للبائع أو بنفس الشراء وخروج المال عن ملك المغصوب منه يرتفع الضمان؛ لأنه بأمر المالك أو اذنه بحسب الفرض، وأمّا الإبقاء قبل ذلك فلا وجه لارتفاع الضمان فيه حتى إذا قيل بأن إذن المالك كبروياً يرفع ضمان اليد. ولو شك كان مقتضى الأصل بقاء الضمان لاستصحاب عدم الإذن أو بقاء الضمان .

وهذا الكلام وإن كان صحيحاً ثبوتاً دقة، إلا أنه غير تام عرفاً اثباتاً؛ لأنّ انشاء المضاربة مع عدم المطالبة بارجاع المالك وانعقاد التعارف على دفع المال وجعله تحت يد العامل للتجارة به في المضاربات يجعل في انشاء عقد المضاربة مع الغاصب دلالة وظهوراً عرفياً في الإذن ببقاء المال تحت يده

للاتّجار، إلا إذا كان هناك قرينة على الخلاف مانعة لهذا الظهور العرفي، كما إذا كان الفاصل بين زمان المضاربة وزمان الاتّجار طويلاً مثلاً.

ثمّ إنّه لو فرض عدم الظهور العرفي المذكور - أي عدم استظهار رضا المالك وإذنه ببقاء ماله بيد الغاصب من مجرد المضاربة معه - فهل يرتفع ضمانه بدفع المال إلى المشتري أو بنفس البيع وخروج المال عن ملك المالك وانتقاله إلى المشتري؟

ظاهر بعض الكلمات - كما نقله الماتن عن البعض - هو الأوّل؛ لأنّه بذلك ترتفع يد الغاصب ويتحقّق الأداء إلى المالك، ولكن ذهب بعض المعلّقين على المتن إلى الثاني؛ ولعلّ الوجه في ذلك أنّه بنفس البيع يخرج المال عن ملك المالك ويدخل في ملك المشتري، فلا وجه لبقاء الضمان.

نعم، بقاء المال بيد الغاصب بعد البيع يحتاج إلى إذن المشتري، ولا ربط له بالمالك الأوّل، فلا وجه لبقاء الضمان بالنسبة إليه.

إلا أنّ الظاهر بقاء الضمان ما لم يدفع الغاصب المبيع للمشتري؛ لأنّه لو تلف قبل الإقباض كان من مال البائع وهو المالك الأوّل وانفسخ البيع، والمفروض أنّه لم يكن راضياً ببقائه تحت يد الغاصب لكي يتلف قبل القبض عنده، فهذا التلف أيضاً مضمون على الغاصب، وهذا واضح.

وأما البحث من الناحية الثانية فقد استدلّ على الضمان بأنّ مقتضى قاعدة اليد الضمان ما لم يؤدّ المال إلى المالك كما هو مقتضى النبوي: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» والأداء يكون بقبض المالك أو قبض وكيله أو من يأذن له في قبضه عنه، وهذا لا يتحقّق بمجرد الإذن في الإبقاء والاستيमान.

وقد أُجيب عليه بوجوه :

الأول: بأنّ موضوع قاعدة اليد هو اليد المعتدية - غير المأذونة - المسؤولة على مال الغير بلا اذنه لا اليد الأمانة، وفي المقام بعد فرض إذن المالك بمقتضى المضاربة ببقاء المال تحت يد الغاصب تبدلت اليد وانقلبت من كونها معتدية إلى كونها أمانة، فلا موضوع لضمان اليد فيها؛ لأنّها من السالبة بانتفاء الموضوع^(١).

وهذا الجواب بهذه الصياغة غير فني؛ إذ يرد عليه:

أولاً- إنّ عنواني اليد العادية واليد الأمانة ليسا موضوعين للضمان وعدمه، بل عنوانان منتزعان في طول الضمان وعدمه، فكل يد ضامنة تسمّى عادية وكل يد غير ضامنة تسمّى أمانة، فهما عنوانان منتزعان عن الحكم بالضمان وعدمه، وليسا موضوعين للضمان وعدمه، فلا بد من ملاحظة ما هو موضوع كون اليد عادية أو أمانة، والمفروض أنّ قاعدة: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) تدلّ على أنّ كل ما وقع تحت يد الغير يكون مضموناً ما لم يؤدّ، أي لا يرتفع الضمان والعدوان إلاّ بالأداء لا غير.

وثانياً- لو سلّمنا وافترضنا أنّ موضوع على اليد هو اليد العادية أي الغاصبة أو غير المأذونة باستظهار ذلك من عنوان الأخذ مع ذلك يقال إنّه حيث جعل في الحديث الغاية الرافعة للضمان في اليد العادية حدوثاً للأداء بقاءً، فما لم يؤدّ لا يرتفع الضمان ولو بتحقيق الاستيمان والإذن ما لم نرجع إلى جواب آخر.

١ - راجع: شرح العروة الوثقى (المباني في شرح العروة) ٣١: ٢٤.

الثاني : ايقاع المعارضة بين إطلاق على اليد في المقام وإطلاقات الأمين مؤتمن أو لا ضمان على الأمين وحيث إن النسبة بينهما عموم من وجه - بناءً على عدم شمول على اليد لليد المأذونة من أول الأمر - فيرجع بعد التعارض والتساقط إلى البراءة عن الضمان (١).

وفيه : أنا لو سلمنا التفسير المذكور للنبوي بالنحو المذكور - وهذا ما سنوضحه فيما بعد - فبعد التعارض والتساقط يكون المرجع استصحاب الضمان بناءً على ما هو الصحيح من جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية .
الثالث : أن النبوي المذكور لا سند معتبر له ، وعمل الأصحاب به لو فرض لا يكون جابراً للسند الضعيف ، وإنما المدرك على الضمان سيرة العقلاء الممضاة شرعاً وهي تقضي بالضمان في اليد المعتدية - غير المأذونة - لا المأذونة (٢) .
ويلاحظ عليه : أولاً - بأن هذا معناه عدم الدليل الاجتهادي على الضمان ، فيكفي استصحاب بقاء الضمان عندئذ لاثبات الضمان الذي ثبوته في ابتداء الغصب متيقن على كل حال .

وثانياً - أن وجوب ردّ المال المغصوب بنفسه أو ببدله ونحوه إلى مالكة لا ينحصر مدركه في النبوي المذكور ، بل يستفاد من بعض الروايات الخاصة - في أبواب متفرقة - الدالة على أن الغصب كله مردود كما في صحيح أبي ولّاد المعروفة وغيرها . نعم ، لو أريد دعوى قيام السيرة الممضاة شرعاً على عدم ضمان اليد المأذونة حتى إذا كانت غاصبة حدوثاً فيكون بنفسه دليلاً قطعياً على

١ - نفس المصدر .

٢ - نفس المصدر .

عدم الضمان في المقام، ثم هذا الوجه، إلا أنه لا يحتاج عندئذٍ إلى اسقاط النبوي عن الحجية، بل يتم حتى إذا كان حجة حيث يقيد إطلاقه بالسيرة العقلانية والدليل القطعي بعد عدم صلاحية مثل هذه الإطلاقات للردعية .
والتحقيق أن يقال :

أولاً - أن الأداء الوارد في النبوي ليس بمعنى الدفع والاقباض، بل معناه الوفاء والخروج عن العهدة، ومن هنا يصدق على أداء البدل أيضاً عند تلف العين الأداء؛ فالأداء يكون في باب الأموال بجعل المال أو بدله عند تلفه تحت سلطان المالك وإرادته، ليس الاقباض لازماً في تحققه وصدقه؛ ولهذا لو أمر بوضع المال في مكان كذا أو إلقائه في البحر أو ملكه المال ارتفع الضمان أيضاً؛ لأن الأداء حصل بذلك وإن لم يتحقق دفع خارجي .

وهذا المطلب تارة نستظهره من عنوان الأداء، وأخرى نستظهره بضم السيرة العقلانية والارتكاز العرفي في باب قاعدة اليد، ولا يحتاج عندئذٍ إلى فعل من الغاصب بعد الإذن، ولو فرض كان نفس الإبقاء عنده باذن المالك فعلاً كالوضع في مكان خاص لو أذن به المالك فإنه لا اشكال في ارتفاع الضمان به مع أنه لا يرجع إلى التوكيل في القبض؛ إذ لا قبض ولا اقباض أصلاً .

وثانياً - لو فرض استظهار أن الغاية هو الدفع والقبض الخارجي وفرضنا صحة السند مع ذلك قلنا بعدم الضمان بمجرد الإذن والاستيمان باعتبار أن أدلة نفي الضمان عن الأمين حاکمة على ذلك؛ لأنها ناظرة إلى نفي ضمان اليد ومقيدة ذلك بغير فرض الاستيمان فلا تلاحظ النسبة بينها وبين دليل القاعدة .

هذا لو لم نقل بأن الأخذ في قاعدة (على اليد ما أخذت) يعم تمام موارد

ودعوى: أن الضمان معي بالتأدية ولم تحصل كما ترى، ولكن ذكر جماعة بقاء الضمان إلا إذا اشترى به شيئاً ودفعه إلى البائع فإنه يرتفع الضمان به؛ لأنه قد قضى دينه بإذنه، وذكروا نحو ذلك في الرهن أيضاً وأن العين إذا كانت في يد الغاصب فجعله رهناً عنده أنها تبقى على الضمان [١]، والأقوى ما ذكرنا في المقامين؛ لما ذكرنا.

وضع اليد على مال الغير، أي حتى اليد المأذونة كما هو الصحيح؛ ولهذا قد تمسكوا بها في المقبوض بالعقد الفاسد أيضاً مع أنه لا غصب ولا عدوان فيه، وإلا كانت النسبة بنحو العموم والخصوص المطلق، وكانت روايات الأئمة ليس بضامن أخص مطلقاً منها.

كما أنه لو قطعنا النظر عن النبوي المذكور ولو لضعف السند فإن فرض عدم وجود مطلقات أخرى على ضمان اليد وكان الدليل منحصراً في الأدلة اللبية فمن الواضح أن إطلاق روايات نفي ضمان الأئمة تكون مؤكدة للسيرة النافية هي أيضاً للضمان في مورد الاستيمان.

وإن فرض وجودها واستفادتها من الروايات المتفرقة فأيضاً تكون روايات نفي الضمان عن الأئمة حاکمة عليها أو مقيدة.

[١] الرهن يختلف عن المضاربة من ناحية أنه يستلزم الاستيمان؛ لأن بقاء العين المرهونة عند الدائن حق المرتهن، بخلاف عامل المضاربة فإن بقاء رأس المال عنده ليس حقاً له، ولا هو من لوازم عقد المضاربة حتى في المضاربة العقدية؛ لأن عمل الاتجار والاسترباح بالمال لا يلزم ذلك، كما أنه لا يوجب حقاً للعامل على قبض المال، بل يمكنه الاتجار والاسترباح به من دون قبضه كما هو واضح، فقياس المقام بباب الرهن مع الفارق.

مسألة ٢: المضاربة جائزة من الطرفين، يجوز لكل منهما فسخها سواءً كان قبل الشروع في العمل أو بعده، قبل حصول الربح أو بعده، نضّ المال أو كان به عروض [١].

[١] البحث في هذه المسألة من جهتين أيضاً :

الأولى: أن المضاربة من العقود جائزة من الطرفين .

الثانية: حكم شرط عدم الفسخ أو عدم ملك الفسخ في العقود جائزة .

أمّا البحث من الجهة الأولى: فقد استدللّ على كون المضاربة من العقود

الجائزة من الطرفين بالاجماع والأصل .

أمّا الإجماع فلو تحقق صغراه فهو في مثل هذه المسائل مدركي وليس

تعدياً كما يظهر من مراجعة استدلالاتهم . وأمّا الأصل فقد نوقش فيه بأن مقتضى

الأصل اللزوم وعدم ترتب الأثر على الفسخ لو أريد به الأصل العملي، كما أنه لو

أريد به الأصل اللفظي والعمومات فهي تقتضي اللزوم أيضاً، وهي عمومات:

﴿ أوفوا بالعقود ﴾ ، ولا عموم على الجواز لكي يرجع إليه .

والصحيح ما ذكرناه في مقدمة هذا الكتاب من أن المضاربة إذا رجعت إلى

عقد عهدي كالتسليط على العمل في قبال نسبة من الربح، أو غير ذلك من

التخريجات المتقدمة، فمقتضى الأصل فيها اللزوم بمقتضى عمومات ﴿ أوفوا

بالعقود ﴾ و «المؤمنون عند شروطهم» .

وإن رجعت المضاربة إلى مثل الجعالة أو الإذن أو الأمر باستيفاء العمل

على وجه الضمان كان مقتضى الأصل الجواز؛ لأن الإذن والرضا ليس التزاماً

بشيء لكي يكون مشمولاً لعموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ أو الشروط، فإن المراد

منها العقود والالتزامات، بل هو إذن بالتصرف في المال، فيكون تحت سلطان

المالك الرجوع عنه بحكم عمومات السلطنة وأنه لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا باذنه أو طيب نفسه . نعم ، لا يجوز الفسخ بلحاظ ما حصل من الربح والنسبة التي امتلكها العامل منه بعد العمل ، فلا يمكن للمالك أن يسترجع ذلك بالفسخ ويدفع له أجره مثل عمله ؛ لأنه إما حكم شرعي لهذا العقد الاذني أو التزام من قبلهما بذلك ، وهذه جنبه عهدية التزامية مشمولة لأوفوا بالعقود أو الشروط فتكون لازمة ، كما أنّ مقتضى اطلاقات روايات صحة المضاربة لزوم ذلك .

ومّا يستدل به على جواز الرجوع في المضاربة الإذنية ما رواه الشيخ في التهذيب بسنده عن الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمد عن أبان عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون معه المال مضاربة فيقل ربحه فيتخوف أن يؤخذ فيزيد صاحبه على شرطه الذي كان بينهما وإّما يفعل ذلك مخافة أن يؤخذ منه ؟ قال : لا بأس به » (١) . وقد رواها الكليني أيضاً عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعة عن غير واحد عن أبان ابن عثمان عن اسحاق بن عمار ، والسند فيه إرسال - وإن كان الإرسال عن غير واحد قد يكون ظاهراً في الاطمئنان والقطع بالصدور أو بكون بعضهم من الثقات ولو بحساب الاحتمال واجرائه في مشايخ المرسل إذا كانت نسبة الضعاف فيها قليلة جداً على ما حققناه في بحث مراسيل أحد الثلاثة - وسند الشيخ فيه القاسم ابن محمد ، وهو مردد بين القمي والجوهري ، إلا أنه بقرينة نقل الحسين بن سعيد عنه ونقله عن أبان يكون هو الجوهري وهو ممن يمكن توثيقه بقاعدة نقل

١ - وسائل الشيعة ١٩ : ٢٥ ، ب ١ من المضاربة ، ح ١ .

أحد الثلاثة عنه، حيث نقل عنه ابن أبي عمير وصفوان بن يحيى^(١) فطريق الشيخ معتبر حتى إذا لم يتم سند الكليني. ودلالاتها من ناحية ظهورها في أنّ للمالك أن يأخذ المال الذي دفعه إلى العامل إذ لاحظ قلة الربح وهذا معناه عدم لزوم المضاربة عليه، وإلا لم يكن يمكنه أن يأخذه منه، وحيث لا يحتمل فقهاً ولا عقلاً اللزوم من طرف العامل دون المالك فيثبت الجواز من كلا الطرفين. إلا أنّ هذه الدلالة لا إطلاق لها لما إذا اشترط اللزوم أو التأجيل، أو كانت مضاربة عقدية، فلا يمكن نفي اللزوم فيهما بها.

وقد يقال بعدم دلالتها على الجواز لاحتمال أن يكون مراد العامل ابقاء المال عنده لمضاربة أخرى حيث فرض حصول الربح القليل مما يعني انتهاء المضاربة الأولى، فلا دلالة فيها على جواز الرجوع في مضاربة كان قد أنشأ عقدها أولاً.

إلا أنّ هذا الاستظهار خلاف ظاهر قوله: (مخافة أن يؤخذ منه)، وكذلك خلاف قوله: (فيزيد صاحبه على ما شرطه الذي كان بينهما)، فإنّ هذا ظاهر في الرجوع وأنّ المضاربة من أوّل الأمر كانت مطلقة ومستمرة، وإلا كان الأنسب أن يقال مخافة أن لا يضارب معه مرة أخرى، كما أنّ المضاربة الجديدة لها شرط جديد لا ربط له بالشرط في المضاربة الأولى، فظاهرها جواز رجوع المالك عن المضاربة بالنسبة للمعاملات والتجارة التي لم تحصل بعد في المضاربة الأولى.

١ - الأوّل في الكافي ج ١ باب مولد أمير المؤمنين عليه السلام، التسلسل ١١٣، الحديث ٦. والثاني في التهذيب ج ٧ باب تفضيل أحكام النكاح، التسلسل ١١٣٥. وفي أبواب مكان المصلي وسائل الشيعة ٤: ١، وأبواب وجوب الحج ٢: ٤١.

مطلقاً كانت أو مع اشتراط الأجل وإن كان قبل انقضائه [١].

[١] اشتراط الأجل تارة يكون من المالك فيرجع إلى تقييد المضاربة ، فلا مضاربة فيما بعد ذلك الأجل ، ولازمه أن يكون تصرف العامل في المال بعد ذلك غير مأذون فيه من أوّل الأمر بلا حاجة إلى رجوع ، كما أنه لا يستحق العامل شيئاً في قبال عمله بعد الأجل .

وأخرى يكون من قبل العامل على المالك ، وحينئذٍ قد يرجع إلى اشتراط الإبقاء على المضاربة والالتزام بها في المدة المضروبة وعدم رجوع المالك عن إذنه ، وهذا يرجع إلى اشتراط عدم الفسخ في تلك المدة أيضاً .

والمعنى الثاني يرجع إلى ما سيأتي في الجهة الثانية من البحث عن صحة اشتراط عدم الفسخ ، بخلاف الأوّل فإنّ مرجعه إلى المضاربة المقيدة ، وهي لا توجب لزومها إذا كانت إذنية حتى قبل انقضاء الأجل ؛ لأنّ الرجوع من كل منهما عن إذنه لا ينافي شيئاً من الالتزامات بلحاظ ما لم يتحقق من الربح والعمل .

ولعلّ ما جاء في كلمات بعض من عدم جواز الفسخ في مورد اشتراط المدّة والأجل مبني على استظهار المعنى الثاني من التأجيل ، وما ذكره السيّد الماتن رحمته من جواز الفسخ بلا فرق بين المضاربة المطلقة والمؤجلة مبني على استظهار المعنى الأوّل . ثمّ إنّ المشهور حيث أنّهم حصروا المضاربة في المضاربة الإذنية فقط حكموا بكونها جائزة .

ولكنك عرفت صحة المضاربة العقدية أيضاً وعقلايتها ، وهي تكون لازمة منذ تحقق العقد ، ولا يجوز لأيّ منهما الرجوع عنها إلاّ عند تخلف أحدهما عن شروط العقد والتزاماته ، أو جعل الخيار له كما في سائر العقود العهدية .

نعم، لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا، يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله [١]، بل هو الأقوى لوجوب الوفاء بالشرط، ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور، بل العقد أيضاً؛ لأنه منافٍ لمقتضى العقد وفيه منع، بل هو منافٍ لاطلاقه.

ودعوى أن الشرط في العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء ممنوعة. نعم، يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط، وإلا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه، وهذا إنما يتم في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ مثل المقام، فإنه يوجب لزوم ذلك العقد.

[١] هذه هي الجهة الثانية من البحث في هذه المسألة، وهي البحث عن صحة اشتراط عدم الفسخ أو عدم حق الفسخ في المضاربة الإذنية. وقد اختلفت كلمات الأعلام في هذه الجهة وتشعبت إلى جهات وحشيات عديدة، ومن أجل تحقيق الحال فيها ينبغي البحث تارة في اشتراط عدم حق الفسخ وملكه، وأخرى في اشتراط عدم فعل الفسخ. أمّا البحث عن اشتراط عدم حق الفسخ - أي لزوم المضاربة - فالمشهور في كلمات الفقهاء أنه باطل مبطل للعقد، معللين ذلك بأنه على خلاف مقتضى عقد المضاربة.

ففي الشرائع: (وليس كذلك - أي لا يصح - لو قال: على أنني لا أملك فيها منعك؛ لأن ذلك منافٍ لمقتضى العقد) (١).

وفي القواعد: (ولو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد مثل أن يشترط

.....

ضمان المال أو سهماً من الخسران أو لزوم المضاربة) (١).

وفي جامع المقاصد: (أن هذه شروط باطلة؛ لمنافاتها مقتضى العقد شرعاً، فيبطل العقد بها؛ لأنّ التراضي المعتبر فيه لم يقع إلا على وجه فاسد، فيكون باطلاً) (٢). والصحيح أنّ هذا الشرط باطل ولكنه ليس مبطلاً للعقد.

أمّا بطلان الشرط فلائنه مخالف للشرع على كل حال؛ لأنّ حكم عقد المضاربة الجواز بالنسبة للحيثية الإذنية فيه كما تقدم، سواء كان هذا حكماً شرعياً للمضاربة مستفاداً من الإجماع والسيرة أو من الرواية أو كان على أساس القاعدة وأنه حكم بقاء الملكية للمالك وسلطنته على الرجوع عن إذنه متى شاء، فيكون الشرط فاسداً، وليست هذه السلطنة حقاً كالملكية لكي يقال بإمكان انتقاله بالشرط أو اسقاطه، بل هو حكم شرعي، ومن هنا لا يمكن اسقاطها من قبل المالك إلا برفع موضوعها وهو الملكية.

وأمّا عدم بطلان عقد المضاربة به فلاّنّ ما يمكن أن يستدلّ به على بطلان العقد بمثل هذا الشرط أحد وجهين:

١ - ما ذكره المشهور من أنّه منافٍ مع مقتضى العقد والشرط المنافي مع مقتضى العقد يوجب فساده على ما حقق في محلّه.

وفيه: أنّ الشرط المنافي لمقتضى العقد إنّما يوجب فساده للزوم التناقض وامتناع قصد المتناقضين، فلا يتحقق القصد الجدي إلى مدلول العقد فيبطل،

١ - قواعد الأحكام ٢: ٣٣١.

٢ - جامع المقاصد ٨: ٥٥.

وهذا يختصّ بما إذا كان مقتضى ذلك العقد نقيض مدلول الشرط، كما إذا اشترط في البيع أن لا يملك المشتري الثمن مثلاً، فإنه خلف حقيقة البيع. ومثله ما إذا كان الشرط منافياً مع أثر للعقد يعتبر عقلياً قوام العقد وروحه والغرض النوعي منه بحيث يكون العقد من دونه لغواً عقلياً كالتسليم والتسلم في البيع، فلو اشترط ضمن البيع عدم تسليم المبيع إلى المشتري أصلاً كان منافياً مع مقتضى العقد، أي روح البيع عقلياً وقوع المبيع تحت سلطان المشتري وبالعكس، فيكون باطلاً ومبطلاً أيضاً.

وفي المقام ليس شرط اللزوم على خلاف مدلول عقد المضاربة؛ إذ ليس مفادها انشاء ملك الفسخ مثلاً، وإنما مفادها الإذن في الاتجار بالمال مع الالتزام بأن يكون له نسبة من الربح لو حصل، واشتراط اللزوم ليس منافياً مع شيء منهما، أمّا الثاني فلأنه لازم - كما تقدم - فاشتراط اللزوم يؤكده. وأمّا الأول فلأنّ مدلوله الإذن في الاتجار وهو حكمه الجواز وبقاء سلطنة المالك على الرجوع عن إذنه، فلا تكون المنافاة إلا مع حكم الشرع لا مضمون المضاربة، فلا تناقض. نعم، لو قلنا بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد فسد العقد، إلا أنّ الصحيح خلافه على ما حقق في محلّه.

٢ - ما ذكره بعض أساتذتنا العظام رحمهم الله من أن الشرط في العقود العهدية معناه تعليق التزامه بالمنشأ والوفاء به على الشرط، ومرجعه إلى جعل الخيار عند فقدان الشرط وتخلفه، وهذا لا يعقل في العقود الإذنية، حيث لا التزام فيها بحسب الفرض، فلا يكون الاشتراط فيها إلا بمعنى التعليق لنفس الإذن على الشرط وتقييده به، فإذا تخلف لم يكن إذن وعقد إذني في البين، وبناءً عليه إذا

كان الشرط عدم ملك الفسخ فحيث إن كلاً من المالك والعامل مالك للفسخ بحكم الشارع ولا ينقلب إلى اللازم بالاشتراط يكون هذا العقد تبعاً للشرط محكوماً بالبطلان؛ لأن المالك لم يقدم على التجارة بماله على الإطلاق، وإنما أذن فيها على تقدير عدم ثبوت ملك الفسخ للآخر، وحيث إنه ثابت فالمالك لم يأذن فيها. وإذا كان الشرط عدم فعل الفسخ فحيث إن الفسخ فعل سائغ وجوداً وعدمًا للمالك والعامل فليس فيه أي محذور؛ إذ الالتزام بعدمه كالالتزام بسائر الأمور المباحة من الخياطة وغيرها لا محذور فيه فيصح الشرط والعقد معاً^(١).

ويلاحظ عليه :

أولاً - أن ما علق عليه العقد الإذني أي الإذن بالتجار ليس هو تحقق الشرط، بل الالتزام بالشرط وقبوله كالعقد العهدي، فإنه من هذه الناحية لا فرق بينهما، فإن الشرط الضمني في العقد ليس تقييداً للعقد ولا العقد معلق على تحقق الشرط، بل معلق على قبول الشرط والذي هو فعلي منجز والالتزام بالشرط وقبوله ممكن ومتحقق حتى في الشرط المخالف للشرع؛ إذ المراد به المسبب الشخصي لا الشرعي، فما هو مفقود صحة الالتزام الشرطي شرعاً وهو اللزوم الشرعي، وليس العقد معلقاً عليه، وما هو معلق عليه نفس الالتزام الشرطي بحسب المسبب الشخصي للمتعاقدين، وهو موجود، فلا تعليق في العقد الإذني على تحقق الشرط، كما لا تعليق عليه في العقود العهدية على حدّ

١ - شرح العروة الوثقى (المباني في شرح العروة) ٣١: ٢٧ - ٢٩.

سواء، وعدم وجود التزام وتعهد في العقود الإذنية ليكون الوفاء به معلقاً على الشرط - كما في العقد العهدي - لا يستلزم تعليق نفس العقد الإذني على الشرط، بل غايته صيرورته شرطاً ابتدائياً.

هذا إذا لم يكن يترتب عليه غرض آخر كما في شرط عدم الفسخ، حيث يمكن رجوع الاشتراط المذكور إذا كان من قبل المالك إلى الاستيمان وأن تلف المال أو وضعته يكون على العامل إذا خالف الشرط - كما دلت عليه الروايات أيضاً - .

وهكذا يتضح أنه يمكن اناطة العقد الإذني بالشرط، إلا أنه ليس متعيناً ولا هو ظاهر الشرط الضمني، بل ظاهره كظاهرة في العقود العهدية.

وثانياً - لازم ذلك الحكم بطلان المضاربة إذا كان فيه شرط فعل أو ترك ولم يعمل المشروط عليه أو لم يتمكن منه كما إذا اشترط عليه أن يقرأ سورة من القرآن، أو أن يترك التدخين فلم يفعل، فإن هذا المبنى لازمه بطلان المضاربة لانكشاف عدم الإذن في فرض تخلف الآخر، وهذا ما لم يلتزم به هذا العلم ولا غيره.

والغريب أنه في شرط عدم الفسخ بنحو شرط الفعل جعل العقد الإذني أعني الإذن معلقاً على الالتزام بعدم فعل الفسخ لا نفسه مع أنه لا فرق بين النحويين من الاشتراط من هذه الناحية.

فالصحيح أن العقد الإذني كالعهدي معلق على الالتزام بالشرط وقبوله لا على تحقق الشرط وإن كان يعقل تعليق الإذن فيه على نفس الشرط، فيكون من التقييد والتعليق في الإذن ولكنه خلاف الظاهر وخلاف الفرض.

وهكذا يتضح أنّ الصحيح في اشتراط اللزوم وعدم حق الفسخ فضلاً عن اشتراط عدم فعل الفسخ صحة المضاربة الإذنية، أي تحقق الإذن وإن كان شرط اللزوم أو عدم حق الفسخ أو ملكه باطلاً لكونه مخالفاً للشرع.

نعم، هنا وجه آخر للقول ببطلان عقد المضاربة بمثل هذا الشرط مبني على المبنى القائل بأن مقتضى الأصل في المضاربة البطلان إلا ما ثبت صحته بالروايات، وفي المقام إذا احتملنا أن يكون شرط اللزوم مبطلاً لعقد المضاربة لم يكن لنا دليل نثبت به الصحة.

ولكنك عرفت بطلان المبنى، إلا أن من يقبله كالعلم المذكور لا يبد وأن يلتزم به، بل بناءً عليه يثبت البطلان حتى في شرط عدم الفسخ إذا احتملنا البطلان معه.

والسيد الماتن لم يتعرّض لهذا الفرع - أعني اشتراط اللزوم وعدم حق الفسخ - في المقام صريحاً، وإنما تعرّض لشرط عدم الفسخ الظاهر في شرط عدم فعل الفسخ لا شرط عدم حق الفسخ وشرط اللزوم، وإن كان ظاهر ما يذكره من (أن المشهور بطلان الشرط المذكور بل العقد أيضاً) إرادته لما يساوق شرط اللزوم وعدم حق الفسخ؛ لأن المشهور إنما ذكروا ذلك في اشتراط اللزوم وعدم حق الفسخ لا في شرط عدم الفسخ المستفاد عندهم من شرط الأجل.

وقد يقال: إنه بناءً على أن شرط عدم الفعل الانشائي كالفسخ أو البيع يوجب ممنوعية ذلك الفعل الانشائي شرعاً وبالتالي عدم تحققه من المشروط عليه لا يبقى فرق في النتيجة بين شرط عدم حق الفسخ أو شرط عدم الفسخ؛

إذ يكون الفسخ ممنوعاً على المشروط عليه، فلا يقع منه وتكون النتيجة كشرط اللزوم أعني لزوم عقد المضاربة بالشرط، فلعله لهذا وحّد الماتن بين الشرطين وأراد من شرط عدم الفسخ الأعم من شرط عدم الانفساخ بنحو شرط النتيجة أو شرط عدم فعل الفسخ لأنّهما معاً ينتجان عدم حق الفسخ.

ويرد عليه :

أولاً - ما نقّحناه في مبحث الشروط من أنّ شرط عدم فعل لا يوجب بطلان ذلك الفعل إذا كان تصرفاً وضعياً بوجه أصلاً، وإنّما غايته وجوب العمل بالشرط تكليفاً، وهو لا يلزم البطلان الوضعي.

ومنه يظهر أنّ ما هو ظاهر المتن من أنّه لو اشترط عدم الفسخ صارت المضاربة الإذنية لازمة وكان الفسخ والرجوع غير مؤثر في انفساخها غير تام كما سيأتي في البحث القادم.

وثانياً - لو قبلنا مبنى الماتن رضي الله عنه مع ذلك لا ينبغي توحيد حكم الشرطين، فإنّ شرط عدم فعل الفسخ لا يكون شرطاً مخالفاً مع الشرط حتى إذا كان مستلزماً للزوم المضاربة الإذنية؛ لأنّ فعل الفسخ سائغ شرعاً، وهذا بخلاف شرط عدم حق الفسخ والرجوع، فإنّه شرط حكم وأمر مخالف لحكم الشرع، فيكون مشمولاً لأدلة بطلان الشروط المخالفة للشرع.

وهكذا يتّضح أنّ شرط عدم حق الفسخ والرجوع في المضاربة الإذنية إذا لم يرجع إلى تقييد الإذن والعقد الإذني - كما هو كذلك في عامة الشروط ضمن العقود - كان باطلاً، ولكنه لا يوجب فساد المضاربة وبطلانها، بل ما دام لم يرجع أحدهما عن إذنه كانت المضاربة قائمة بينهما.

وأما البحث عن اشتراط عدم فسخ عقد المضاربة على نحو شرط الفعل
ففيه أقوال أربعة :

الأول: القول ببطلانه بل مبطليته للعقد لكونه منافياً مع مقتضاه بالبيان
المتقدم الآن .

وجوابه ما ذكرناه من بطلان المبنى والبناء، أي حتى إذا قلنا بأن شرط
الفعل والترك يستلزم ممنوعيته وبالتالي عدم ملك ايقاعه، فإنّ هذا الشرط
لا يكون منافياً لا مع حكم الشرع ولا مع مقتضى العقد؛ لأنّ تملك الفعل أو
الترك الذي هو الفسخ للغير ليس خلاف الشرع ولا منافٍ مع مقتضى عقد
المضاربة حتى إذا كان اللزوم مقتضى لها؛ لأنّ اللزوم جاء من ناحية تملك
عدم الفسخ لا من ناحية نفس المضاربة كما لو اشترط ذلك في عقد آخر لازم،
فلا يقاس بشرط اللزوم وعدم حق الفسخ ابتداءً .

والسيد الماتن أجاب عن ذلك بأنّ الجواز ليس مقتضى العقد، بل مقتضى
اطلاقه، سواء كان الشرط هو عدم الفسخ أو عدم الانفساخ؛ لأنّهما يرجعان إلى
نتيجة واحدة عنده .

وهذا الجواب غير تام، وكأنّه قياس على ما يقال من أنّ شرط الخيار
لا ينافي مقتضى البيع بل اطلاقه، أي البيع بلا شرط الخيار مقتضاه اللزوم
بشرط الخيار يرفع الإطلاق، وكذلك إذا كان مقتضى إطلاق العقد كالمضاربة
الجواز .

إلا أنّ هذا قياس مع الفارق؛ لأنّ هذا الكلام إنّما يتم في اللزوم أو الجواز
الحقيين المنشأين بالمعاملة لا الجواز أو اللزوم الحكمي الشرعي ومنه

المقام، فإنه يكون شرط ما يخالفه - ولو كانت المخالفة مع إطلاقه - مخالفة لحكم الشرع فيبطل .

والحاصل وجه عدم الجواز المدعى هنا أن المالك بعد الإذن أيضاً مسلط على ماله؛ لأن سلطنة المالك على ماله حكم شرعي وليس مضموناً ومنشأً معاملياً، وهذا واضح .

والصحيح ما ذكرناه من أن شرط عدم فعل الفسخ لا يكون منافياً مع الشرع، أما إذا لم يوجب ممنوعية الفسخ وضعاً فواضح، وأما إذا أوجبه - كما هو مبني الماتن - فلأن عدم تحقق الانفساخ جاء من قبل الشرط الموجب لعدم ملك الرجوع عن الإذن، فلا ينافي حكم الشارع بجواز الرجوع في موارد ملك الإذن والرجوع .

هذا، ولكن سوف يأتي أن تطبيق هذه النكته في خصوص المقام غير تام، وإن تم في شرط عدم تصرف وفعل انشائي آخر .

القول الثاني: القول بالصحة ولزوم المضاربة بذلك، وهذا ما ذهب إليه الماتن، ومدركه ما ذكرناه الآن من عدم كونه مخالفاً لمقتضى العقد ولا للشرع، فيكون صحيحاً، وحيث إن نفوذ الشرط إذا كان عدم فعل انشائي مرجعه إلى ممنوعيته وعدم ملكه فلا يكون فسخه نافذاً، كما إذا كان في ضمن عقد آخر لازم أو جائز .

وقد جعل السيّد الماتن رحمته هذا دليلاً على عدم المنافاة لمقتضى العقد رداً للمشهور؛ إذ لو كان كذلك لما صحّ حتى في ضمن عقد آخر لازم، وهذا الكلام إنما يصحّ في اشتراط عدم فعل الفسخ لا عدم حق الفسخ،

فإنه شرط فاسد لكونه مخالف للشرع حتى إذا كان ضمن عقد آخر لازم. كما أن مقصوده من المنافاة لمقتضى العقد لا بد وأن يراد به المقتضى الشرعي، أي الحكم الشرعي المترتب على العقد لا ما ينافي مدلول العقد المستلزم للتناقض وعدم إمكان قصد العقد جداً، وإلا كان من الواضح الفرق فيه بين ما إذا كان الشرط المنافي مع العقد ضمن نفس العقد فيبطل العقد للزوم التناقض وعدم جدية العقد وما إذا كان ضمن عقد آخر فلا يبطل العقد، وإنما قد يبطل ذلك الشرط إذا كان خلاف الشرع.

أما العقد الأول فالمفروض تحقق انشائه صحيحاً وقصده جداً حين انشاء عقده بلا شرط مناف معه.

وإن شئت قلت: إن قصد المنافي إنما يمنع عن جدية انشاء العقد إذا كان حين انشائه لا منفصلاً عنه، وأياً ما كان فهذا القول أيضاً باطل؛ وذلك: أولاً - لعدم قبول مبناه كبروياً من أن شرط ترك فعل انشائي يستلزم ممنوعيته، وبالتالي بطلانه، فإن هذا لا يمكن أن يستفاد لا من أدلة «المؤمنون عند شروطهم» ولا غيره على ما حققناه في كتاب البيع والإجارة مفصلاً، بل غايته القول بوجود الفعل أو الترك المشروط تكليفاً.

وثانياً - ما سيأتي من عدم وجوب الوفاء بالشروط ضمن العقود الإذنية، وإنما يختص وجوب الوفاء بالالتزامات والعقود العهدية أو الالتزام بالأفعال أو التروك ضمن العقود والالتزامات العهدية بحيث يلزم من التخلف عنها حق الفسخ للآخر. وتفصيل ذلك في محله.

وثالثاً - هذا المبني قد يصح ويؤثر في التصرفات الانشائية كالمعاملات

أو الفسخ في العقود التمليلية لا الرجوع عن الإذن الذي هو المراد بالفسخ في المقام، فإنّ المالك لو لم يرض ببقاء ماله عند العامل حرم بقاءه عنده، وليس هذا بابه باب الأمور الانشائية والتصرفات الوضعية ليقال بأنّه لا يتحقق مع الممنوعة لاشتراط القدرة الشرعية والولاية عليه، بل بابه باب الحكم الشرعي وموضوعه أمر تكويني هو رضا المالك، فلو رجع المالك ولم يرض ببقاء المال أو لم يرض العامل باستيفاء عمله حرم ذلك شرعاً.

نعم، يعقل الممنوعة الوضعية بلحاظ الالتزام بحصة من الربح للعامل في قبال ما عمل، فلا يكون فسخه نافذاً في حل هذا الالتزام والتمليك لما حصل من الربح وتحقق من المعاملات، فتدبر جيداً.

القول الثالث: القول بصحة العقد والشرط معاً، إلا أنّ نتيجته وجوب

الوفاء به تكليفاً، ولكن لو فسخ المضاربة صحّ فسخه، وهذا هو الذي اختاره أكثر المحشّين على المتن، مستدلين عليه بأنّه مقتضى عموم: «المؤمنون عند شروطهم» فإنّه لا يدلّ على أكثر من وجوب العمل بالشرط إذا كان فعلاً أو تركاً فيجب، وأمّا عدم نفوذ الفعل الذي اشترط تركه إذا كان انشائياً بحيث لا يقع صحيحاً فهذا لا وجه له؛ إذ لا منافاة بين وجوب تركه وبين صحته ونفوذه، إلا إذا قلنا بذلك المبنى الذي تقدّم عدم صحته.

نعم، حيث إنّ وجوب الوفاء بالشرط مخصوص بالشرط في ضمن العقد لا الشرط الابتدائي فإذا ارتفع العقد وانحلّ بالفسخ فلا يجب الوفاء والعمل بالشرط الواقع في ضمنه، بل حتى إذا قيل بوجوب الوفاء بالشرط الابتدائي أيضاً لا يجب الوفاء بالشرط في ضمن عقد منفسخ؛ لأنّ الشرط أيضاً مقيد

ومنوط بالالتزام العقدي، كما أنّ العقد كان منوطاً بالالتزام الشرطي فمن يشترط الخياطة ضمن عقد البيع فالتزامه بالخياطة أيضاً معلق على وجود الالتزام البيعي وبقائه، فإذا انفسخ البيع فلا التزام شرطي أيضاً.

إلا أنّ هذا لا يمنع من أن يكون الشرط واجب الوفاء تكليفاً ما دام لم ينفسخ العقد الإذني فيحرم عليه الفسخ إذا كان الشرط عدم الفسخ وإن كان لو فسخ صحّ وانحل العقد.

وهذا الاستدلال مبني على قبول شمول أدلّة وجوب الوفاء للشروط ضمن العقود الإذنية التي لا تتضمن التزاماً عهدياً، مع أنّ الصحيح خلافه، فإنّ الجنبه والحيثية الإذنية ليست التزاماً، والشرط اسم للالتزام العهدي أو ما يكون مرتبطاً به وشرطاً له.

وإن شئت قلت: بأنّ المحقق في محلّه أنّ الشرط ضمن العقد ليس معناه مجرد وقوع الشرط عند انشاء العقد ومقارناً معه زماناً، بل هناك ارتباط واشتراط بين العقد والشرط، ومن هنا سمّي شرطاً، إلا أنّ هذا الارتباط ليس بمعنى تعليق نفس المنشأ العقدي على الشرط ليلزم التعليق المبطل، بل بمعنى تعليق الالتزام بالوفاء بالمنشأ العقدي والالتزام العهدي على الشرط، فكأنّ العقد ينحلّ إلى أمرين:

أحدهما: انشاء التمليك أو غيره من المنشآت في العقود الذي هو مصدر صحة العقد بمعنى تحقق منشأه،

والآخر: الالتزام بالوفاء بذلك المنشأ والبناء عليه الذي هو مصدر اللزوم العقدي.

والأول مطلق ليس معلقاً على تحقق الشرط ، وإنما يكون منوطاً ومبنيّاً على الالتزام بالشرط وقبوله .

والثاني هو المعلق على الشرط . ومن هنا عندما يتخلف الشرط يرتفع الزوم فيملك العاقد التزامه ويصح منه الفسخ وحل العقد ، ولكن لا يبطل العقد ما لم يفسخ .

فإذا اتضح هذا الأمر والذي نقّحه الميرزا رحمته مفصلاً في محله قلنا في المقام : إنّ هذا النحو من الارتباط لا يعقل إلا في العقود العهدية التي فيها التزام بالتملك أو التزويج أو حصول حق للآخر ونحوه لا العقود الإذنية التي ليس فيها غير الإذن والرضا بالتصرف ، ولا يتحقق بها التزام بعلاقة قانونية لكي يعقل الوفاء بها وعدم نقضها ، فإذا لم تكن العقود الإذنية مشتملة على التزام وتعهّد بذلك فلا يعقل الاشتراط فيها إلا بأن يكون الشرط قيداً لنفس الإذن والمنشأ بالعقد الإذني أو للاستيمان أو لا يكون قيداً أصلاً ، فيكون شرطاً ابتدائياً .

نعم ، لو قلنا بأن كل شرط واجب الوفاء خرجنا عنه بالاجماع ونحوه في موارد الشروط الابتدائية غير المقرونة مع عقد حتى عقد إذني أمكن دعوى وجوب الوفاء بالشرط في ضمن العقود الإذنية أيضاً ، إلا أنّ هذا المبني غير صحيح ، وإنما الصحيح أنّ أدلة الشروط لا إطلاق لها لغير الشروط الضمنية للالتزامات والتعهدات الالزامية ، بمعنى ما يكون بنفسه التزاماً وتعهّداً بعلاقة قانونية ملزمة أو شرطاً مربوطاً بالالتزامات والتعهدات .

وهذا هو الوجه الفني لما ذكره من أنّ الشروط في العقود الإذنية

لا تكون واجبة الوفاء، وقد صرّح به جملة من الفقهاء كالشيخ والعلامة وغيرهما على ما ذكره صاحب الجواهر وقوّاه، ونسبه السيد الماتن في هذه المسألة إلى المشهور.

واستدلّ عليه: بأنّ العقد إذا كان غير واجب الوفاء، فالشرط في ضمنه كذلك بطريق أولى، وأنّ مدرك اللزوم شمول (أوفوا بالعقود)، وهي لا تشمل العقد الجائز، وأمّا «المؤمنون عند شروطهم» فلا تدلّ على أكثر من الصحة لا اللزوم.

وقد ذكر السيد الماتن أنّه لا يخفى ما فيه، وحاصله:

أولاً - منع عدم دلالة المؤمنون عند شروطهم على اللزوم.

وثانياً - عدم شمول: (أوفوا بالعقود) للعقد الجائز من باب عدم المقتضي والموضوع للزوم حيث لا التزام فيه، وهذا يختص بما إذا لم يكن فيه شرط والتزام، وإلاّ شمله (أوفوا بالعقود) بلحاظ ما فيه من الالتزام المتحقق بالشرط.

وهذا البيان - بناءً على قبول مبناه من إمكان اثبات لزوم الشرط في ضمن العقود بخطاب ﴿أوفوا بالعقود﴾ أيضاً - جوابه ما ذكرناه من أنّ الشرط إذا لم يكن طرفاً لالتزام وتعهّد عقدي لم يكن عقداً بل مجرد وعد بفعل أو ترك، فلا يشمل عنوان ﴿أوفوا بالعقود﴾ وتسمية العقد الإذني بالعقد مسامحة أو بمعنى مطلق التوافق لا العقد بمعنى التعهّد المربوط بتعهّد آخر بين طرفين أو توافق على تعهّد وضعي قائم بين طرفين والذي هو موضوع وجوب الوفاء، كما أنّه لا يكون شرطاً بالمعنى المتقدم ليشمله «المؤمنون عند شروطهم».

فالحاصل الشرط لا يشمل غير الالتزامات العهدية أو ما يقع قيدها وشرطاً

لها، وإلا لم يكن شرطاً ويكون خارجاً عن عموم أدلة نفوذ الشروط بالتخصّص، فما يلتزم به أحد المتعاقدين للآخر في العقود الإذنية الفارغة عن الالتزام العهدي لا يكون شرطاً بهذا المعنى.

لا يقال: في مثل عقد المضاربة من العقود الإذنية المشتملة على الالتزام العهدي التمليكي ضمناً، حيث يجعل المالك حصة من الربح للعامل في قبال عمله ويلتزمان به بدلاً عن القيمة السوقية يمكن أن يكون الشرط مربوطاً بهذا الجانب من العقد وفي قبالة فيجب الوفاء به بمقتضى العمومات لصدق الشرط عليه بعد أن صار التزاماً مربوطاً بالالتزام عهدي وأثره أنه لو تخلّف وفسخ كان للآخر الفسخ والرجوع إلى القيمة السوقية في قبال ما حصل من العمل.

فإنه يقال: ليس هذا مقصوداً من شرط عدم الفسخ، وإنما المقصود اشتراط عدم الفسخ بلحاظ الحيثية الإذنية من عقد المضاربة، وهي الرجوع قبل الاتجار، وأمّا الرجوع بعده فقد ذكرنا أنه لا يوجب الانفساخ، بل ما حصل من الربح يكون بينهما؛ لأنها حيثية لازمة، ويكون شرط عدم الفسخ فيه - سواء بنحو شرط الفعل أو النتيجة - مؤكّدة لذلك اللزوم وإن كان لا أثر لهذا الشرط إلا في مورد تخلّف أحدهما عن الشرط بحيث يكون للآخر خيار تخلّف الشرط، فيجعل الشرط المذكور ولو بنحو شرط النتيجة للمنع عن تحقق الفسخ، ويكون مرجعه إلى إسقاط ذاك الخيار.

هذا إذا أريد بشرط عدم الفسخ تحقق اللزوم، وأمّا إذا أريد به نفي الاستيمان على رأس المال من قبل المالك بل ونفي مجانية العمل من قبل

العامل على تقدير الفسخ قبل تمام المدة كان صحيحاً وناظراً، كما تقدّم شرحه في الأبحاث السابقة .

وبهذا يثبت التفصيل بين اشتراط عدم فسخ المضاربة ضمن عقد آخر لازم، وبين اشتراط عدم الفسخ ضمن نفس عقد المضاربة أو أي عقد آخر إذني، فإنّ الأوّل يوجب حرمة الفسخ تكليفاً - إذا فرض استفادة الحكم التكليفي من أدلّة الوفاء بالشروط - بخلاف الثاني فإنّه لا يجب الوفاء به تكليفاً ولا هو موجب لبطلان الفسخ، بل قد عرفت أنّه لا معنى لبطلان الفسخ في العقود الإذنية؛ لأنّ معنى الفسخ فيه عدم رضا المالك بالتصرف في ماله بقاءً، وحكمه الشرعي حرمة التصرف وليس أمراً انشائياً كما في فسخ العقود العهدية غير الإذنية الذي مرجعه إلى حل العقد كانشائه، فتدبر جيداً.

نعم، قد يوجب الفسخ وعدم الاستمرار إلى عدم استحقاق النسبة من الربح إذا كان تملكها معلّقاً على الاستمرار في الاتجار والمضاربة واستحقاق العامل للأجرة وضمن العامل لخسارة رأس المال، وذلك مطلب آخر خارج عن هذه المسألة .

ثمّ إنّ هنا تفصيلاً آخر ذهب إليه في المستمسك بين اشتراط فعل آخر في المضاربة كالاقراض ونحوه وبين اشتراط عدم الفسخ، فالنحو الأوّل من الشروط لا بأس بأن تكون واجبة الوفاء ما دام العقد موجوداً وغير منفسخ، بخلاف شرط عدم الفسخ أو الأجل للمضاربة - بناءً على رجوعه إليه - وذلك لاستحالة وجوب الوفاء بهذا الشرط بالخصوص؛ لأنّ بقاء العقد شرط في موضوع وجوب الوفاء بالشرط فلا يمكن أن يكون وجوب الوفاء بالشرط

.....

محققاً لموضوعه وشرطه بأن يكون مانعاً عن الفسخ، فإن لزوم عدم الفسخ متوقف على وجود العقد فلا يمكن أن يتوقف عليه وجود العقد فإنه دور مستحيل (١).

وقد أجاب عنه بعض أساتذتنا العظام بأن توقف وجوب العمل بالشرط على بقاء الموضوع إنما هو من جهة المتفاهم العرفي، وليس مستنداً إلى دليل خاص من اجماع أو نص أو غيرهما كما في اشتراط عمل خارجي، وذلك لا يعني توقف وجوب الوفاء على بقاء العقد دائماً، ففي مثل اشتراط عدم الفسخ يجب الوفاء بالشرط مباشرة بلا توقف على بقاء العقد (٢).

وهذا الكلام غريب في بابه؛ إذ لا ينبغي الشك في أن الالتزام بالشرط مقيد بوجود العقد في تمام العقود؛ لأنه موضوع له، فلا التزام مع انحلال العقد.

ومن هنا لا يتوهم أحد وجوب الوفاء بالشرط في العقد الفاسد، فليس مبنى هذه الاناطة هو المتفاهم العرفي ليقال بأنه يختلف من شرط إلى شرط؛ ولهذا لا يجب الوفاء بأي شرط آخر غير شرط عدم الفسخ إذا فسخ العقد الجائر. والتحقيق في الإجابة على هذه الشبهة:

أولاً - أن التوقف المذكور لو كان تاماً من الطرفين لزم المحال سواء قلنا بصحة مثل هذا الشرط ولزوم الوفاء به أم لا؛ إذ لا يكفي لدفع اشكال الدور

١ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٧٠.

٢ - شرح العروة الوثقى (المباني في شرح العروة) ٣١: ٣٠.

الالتزام بعدم تحقق الدائر في الخارج بل نفس التوقف من الطرفين في الجعل محال على ما حققناه مفصلاً في بحوثنا الأصولية ، فلا بد من ابطال أحد التوقفين في نفسه في المنهج الصحيح لا الالتزام بعدم وجود أحد الدائرين في الخارج ووجود الآخر فإن استحالة الدور ليست في وجود الدائر خارجاً بل في نفس التوقفين من الطرفين في عالم الواقع ونفس الأمر وفي باب الأحكام الشرعية كالمقام يكون المحال نفس الجعلين المشروطين أحدهما بالآخر ، فلا بد من علاج ما هو الجعل .

وثانياً - أنه لا دور ولا توقف للشيء على نفسه ، سواء قلنا بمسلك الماتن من أن اشتراط عدم الفسخ يوجب سلب حق الفسخ وعدم تحقق الانفساخ أو قلنا بأنه يوجب حرمة تكليفاً فحسب .

والوجه في ذلك : أن ما يتوقف عليه وجوب الوفاء بالشرط إنما هو بقاء العقد إلى حين تحقق النقص والمخالفة للشرط لا بقاؤه بعده .

وإن شئت قلت : لولا النقص كان العقد باقياً ، وهذا لا يتوقف على وجوب الوفاء بالشرط في المقام ، بل يتوقف على صحة العقد الثابت مع قطع النظر عن جعل وجوب الوفاء بهذا الشرط وبقاء العقد وعدم انحلاله المتوقف على وجوب الوفاء بهذا الشرط - بناءً على مسلك الماتن - بقاء العقد وعدم انحلاله بعد انشاء الفسخ ، لا وجوده وعدم انحلاله قبل الفسخ ، فلا دور . كما أن ما يرتفع بالفسخ بناءً على المسلك الآخر بقاء العقد بعد انشاء الفسخ لا قبله .

ومنه يظهر أنه لا فرق بين شرط فعل خارجي كالخياطة أو شرط عدم الفسخ من حيث إن كلاً منهما يتوقف لزوم الوفاء به على بقاء العقد إلى حين

المخالفة والنقض للشرط، أي البقاء اللولائي الثابت في نفسه بأدلة صحّة العقد لا أكثر، وهو محفوظ في المقام أيضاً، فتدبر جيداً.

والمتلخص من مجموع ما تقدم أنّ الشرط لو كان عدم ملك الفسخ والرجوع في المضاربة الإذنية فهو شرط باطل حتى إذا كان ضمن عقد آخر لازم؛ لكونه خلاف الشرع، إلا أنّ عقد المضاربة يكون صحيحاً حتى إذا كان الشرط المذكور ضمنه؛ لأنّ الشرط الفاسد من جهة مخالفة الشرط لا يوجب فساد العقد، وإنّما الموجب لفساده ما يكون مناقضاً مع روح العقد وحقيقته إذا كان في نفس العقد لا عقد آخر، كما تقدّم شرحه.

وإن كان الشرط عدم فعل الفسخ والرجوع فهو ليس مخالفاً للشرع، إلاّ أنّه لا يجب الوفاء به فلا أثر له إذا كان ضمن عقد إذني، وإنّما يجب الوفاء به تكليفاً إذا كان ضمن عقد آخر لازم، ولكنه لو فسخ ورجع كان نافذاً وثبت الخيار في العقد الآخر اللازم.

هذا كلّه في المضاربة الإذنية، وأمّا المضاربة العقدية اللازمة من حين انعقاد المضاربة فاشتراط عدم الفسخ فيها لا بد وأن يرجع إلى اسقاط الخيارات كما في سائر العقود اللازمة، كما يمكن جعل الخيار لكل من الطرفين فيها. إلاّ أنّ ظاهر المشهور أنّ المضاربة لا تكون إلاّ إذنية وجائزة، بخلاف المساقاة والمزارعة.

وهذا لا وجه له، بل يعقل فيها جميعاً العقد العهدي والإذني معاً حسب قصد المتعاقدين، وترتّب على كل منهما آثاره - كما أشرنا إليه سابقاً - .

هذا ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر فلا إشكال في صحة الشرط ولزومه [١].

وهذا يؤيد ما ذكرناه من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد؛ إذ لو كان منافياً لزم عدم صحته في ضمن عقد آخر أيضاً [٢]، ولو شرط في عقد مضاربة أخرى سابقة صحّ ووجب الوفاء به، إلا أن يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب، كما أنه لو اشترط في مضاربة مضاربة أخرى في مال آخر أو أخذ بضاعة منه أو قرض أو خدمة أو نحو ذلك وجب الوفاء به ما دامت المضاربة باقية، وإن فسخها سقط الوجوب.

[١] بل يكون باطلاً إذا كان بنحو شرط النتيجة، أعني عدم حق الفسخ لكونه مخالفاً للشرع، وهو حكم الشارع بجواز رجوع المالك عن إذنه - كما تقدّم شرحه - .

نعم، يصح إذا كان بنحو شرط الفعل - أي عدم الرجوع - ولكنه إذا رجع عن إذنه انفسخت المضاربة حتى بناءً على رجوع شرط الفعل إلى تمليك ذلك الفعل للغير وممنوعيته على الشارط وضعاً - كما تقدّم شرحه أيضاً - .

[٢] قد عرفت أنّ فساد شرط عدم حق الفسخ ليس لذلك، بل لكونه مخالفاً لحكم الشرع، ولو فرض أنّ وجه المنافاة مع مقتضى العقد وتناقضه معه فأيضاً لم يكن مانع عن صحة هذا الشرط إذا وقع في عقد آخر؛ لعدم لزوم التهافت والتناقض في انشاء العقد الأوّل، بخلاف ما إذا وقع في نفس ذلك العقد - كما شرحناه - .

ولابد أن يحمل ما اشتهر من أنّ الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى، وإلا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله [١] كما اختاره صاحب الجواهر رحمته، بدعوى: أنّها تابعة للعقد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه هي أولى بالجواز وأنّها معه شبه الوعد.

والمراد من قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) اللازمة منها؛ لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق.

والمراد من قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) بيان صحة أصل الشرط لا اللزوم والجواز؛ إذ لا يخفى ما فيه.

[١] قد عرفت أنّ هذا هو الصحيح، وعرفت تحليل ذلك ووجهه الفني، وإن كانت الوجوه المذكورة في كلام صاحب الجواهر بحسب ظاهرها قابلة للمناقشة، ما لم يرجع إلى التحليل المتقدم.

وتفصيل ذلك أكثر موكول إلى محلّه من مبحث الشروط.

١ - المائدة: ١.

٢ - وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

مسألة ٣: إذا دفع إليه مالاً وقال: اشتر به بستاناً مثلاً أو قطعاً من الغنم، فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربة، وإن كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك ففي صحته مضاربة وجهان: من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلا يصح، ومن أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة، والأقوى البطلان مع ارادة عنوان المضاربة؛ إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة، لا مثل هذه الفوائد. نعم، لا بأس بضمها إلى زيادة القيمة وإن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة، فيمكن دعوى صحته للعمومات [١].

[١] لا إشكال في صحة المضاربة بالمال إذا كان الاسترباح بالبيع والشراء على أساس زيادة القيمة بأن يشتري بذلك المال سلعة بأقل ثم يبيعها بأكثر فيحصل ربح. كما لا إشكال في عدم صدق عنوان المضاربة إذا لم يكن الاسترباح بالبيع والشراء أصلاً، كما إذا أعطاه الشبكة ليصيد السمك ويكون الحاصل بينهما، أو أعطاه مصنعاً للنسيج مثلاً ليعمل فيه والحاصل يكون بينهما؛ إذ المضاربة قد أخذ في مفهومها التجارة وتقليب رأس المال. وإنما وقع الإشكال والبحث فيما إذا كان هناك شراء برأس المال لسلعة واسترباح بها، ولكن الربح لم يكن على أساس ازدياد القيمة، بل على أساس نماء المشتري برأس المال، كما فيما إذا أعطاه ليشتري بستاناً فيستريح بنمائه وثمرته بينهما لا ليشتريه ثم يبيعه بأكثر، فإنه مضاربة جزماً.

وذكر السيد الماتن رحمته أنه قد يقال: بأن هذا مضاربة أيضاً؛ لأنه قد حصل الربح والنماء بسبب الشراء الذي هو تجارة، ثم قوى بطلانه بعنوان المضاربة ولم يستبعد صحته بعنوان معاملة أخرى مستقلة.

.....

أمّا الثاني فبالتمسك بالعمومات .

وأمّا الأوّل فلاستظهار أنّ عنوان المضاربة مخصوصة بأن يكون الاسترباح تجارياً أي ربحاً حاصلًا من التجارة، التي هي البيع والشراء وزيادة القيمة بسبب عمل البيع والشراء المعبر عنه بالتّجار، وهذا لا يشمل نماء نفس السلعة كالثمرة للشجرة أو نتاج الغنم وإن كان الأصل قد اشترى برأس المال فإنّه لا يصدق فيه أنّ الربح ربح التجارة بل هو نماء البستان أو الغنم .

ثمّ استثنى من ذلك ما إذا كان مثل هذه الفوائد منضمة إلى زيادة القيمة، كما إذا كان القصد شراء الغنم وبيعه بأكثر فحصل بين الشراء والبيع نماء لبعضه فازداد الربح بسبب بيعه فإنّه أيضاً مضاربة ولناخذ كل واحدة من هذه الكلمات الثلاث بالبحث والتمحيص :

أمّا الأوّل وهو صحة هذا النحو من الاسترباحات بعنوان معاملة أخرى بالعمومات فقد تقدم إثباته في المقدمة، وذكرنا هناك أنّ ما يقال من أنّ الأصل في مثل هذه المعاملات الفساد مما لا يمكن المساعدة عليه، بل يمكن دعوى أنّ المركز العقلائي رجوع المضاربة والمزارعة والمساقاة وغيرها من المعاملات التي تقدم التصريح بجواز بعضها في بعض الروايات الخاصة إلى كبرى كلية تكون هي الممضاة أو الاستفادة صحتها من الروايات الخاصة عرفاً وعقلاً، وتلك الكبرى هي صحة الاشتراك بين رأس المال بمعناه الأعم والعمل بنحو يكون الربح والنتاج الحاصل من التلفيق بينهما ومنفعتهما مشتركاً بنسبة يتفق عليها بين المالك والعامل، سواء سمي مضاربة أو مزارعة أو مساقاة أو لا؛ إذ هذه الأسماء بلحاظ مورد العمل ونوعه أو نوع رأس المال ولا دخل لها في المحتوى

والمضمون المعاملي المقصود في هذه الموارد جميعاً، فإنّه مطلب ومضمون معاملي واحد. كما ذكرنا هناك أنّ مثل هذه العقود يمكن أن تكون إذنية جائزة، كما يمكن أن تكون عهدية لازمة.

وأما الثاني فتوضيح الحال فيه يتوقف على البحث عن الأمر الثالث وهو ما إذا كان النماء منضمّاً إلى زيادة القيمة فإنّه هنا قد يقال بأنّ هذه الفائدة الحاصلة من النماء لا من زيادة القيمة ولو كانت منضمة إليها ليست ربحاً تجارياً إذ لم تحصل من البيع بقيمة زائدة على قيمة الشراء، بل حصلت من نموّ نفس المال المملوك للمالك، ومجرّد انضمام زيادة القيمة إلى هذا النماء والفائدة لا يجعلها ربحاً تجارياً، فلا بد وأن يكون هذا كلّه للمالك.

وقد يجاب عن ذلك بما عن بعض أساتذتنا الأعلام رحمهم الله من أنّ الإذن في التجارة وبيع وشراء ما له نماء إذن في بيع النماء أيضاً فيشتركان في ربحه، ولا ينافيه عنوان المضاربة؛ لأنّه اشتراك في الربح الحاصل من التجارة وإن كان مال التجارة ينمو في الأثناء نموّاً متصلاً أو منفصلاً أيضاً^(١).

إلا أنّ هذا التخريج والتحليل لازمه عدم استحقاق العامل شيئاً ممّا يقابل نفس النماء الحاصل، بل لا بد من اضافته إلى مال التجارة بقيمة يبعه أو بقيمته السوقية على الأقل حين حصوله إذا فرض أنّه باعه بأكثر من قيمته السوقية، كما إذا كانت قيمته السوقية عشرة فباعه بعشرين فيكون للعامل نصف العشرة لا نصف العشرين، مع أنّ هذا خلاف الفتوى المسلمة وخلاف ظاهر المتن أيضاً.

١ - شرح العروة الوثقى (المباني في شرح العروة) ٣١: ٣٤.

قال في الجواهر: (لو قال له اشتره وما يحصل من ارتفاع قيمته ومن نمائه فهو بيننا فالأقوى الصحة؛ لإطلاق الأدلة، كما أنه لو اتفق نماء أعيان المضاربة قبل بيعها شارك في النماء قطعاً).

وقال في المسالك (واعلم أن المنع إنما هو في حصر الربح في النماء المذكور - كما تقتضيه هذه المعاملة - وإلا فلا يمنع كون النماء بينهما، ويحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه كما إذا اشترى شيئاً له غلة فظهرت غلته قبل أن يبيعه فإنها تكون بينهما من جملة الربح، إلا أن الربح لم يحصره فيها لا مكان تحصيله من أصل المال).

وقد يفصل - كما في المستمسك - بين صورة اشتراط أن يكون النماء الحاصل من نفس المال بينهما أيضاً ضمن عقد المضاربة صريحاً أو ضمناً فيكون بينهما، كالربح الحاصل من زيادة القيمة، إلا أنه من جهة نفوذ الشرط لا من جهة كونه مضاربة، وبين ما إذا لم يكن شرط كذلك فيكون النماء للمالك وزيادة في مال التجارة ورأس المال وليس للعامل نصيب فيه.

وهذا أيضاً خلاف إطلاق الفتاوى، بل صريح ما تقدّم عن صاحب الجواهر. مضافاً إلى أنه لو قلنا بأن الأصل فساد تملك ربح ومال معدوم فعلاً يلزم بطلان مثل هذا الشرط أيضاً، ومجرد صحة عنوان المضاربة بالأدلة الخاصة لا يقتضي صحة مثل هذا الشرط فيها كما لا يخفى.

والصحيح: أن هنا مطلبين مترتبين يمكن ذكرهما:

الأول: دعوى الإطلاق المقامي لروايات المضاربة الدال على صحة تقسيم النماءات الحاصلة مع الربح التجاري وفي ضمنها من جهة أنه عادة يكون

نماءات كذلك حكمية أو عينية تحصل بين فترتي الشراء برأس المال ثمّ بيعه، فلو كان لا يجوز ادخالها ضمن الأرباح التي تكون بينها بل كان لا بد من اضافتها على رأس المال لزم التنبيه على ذلك وذكره؛ لأنّ ظاهر الأسئلة أنّ كل ما زاد على رأس المال المدفوع يعتبر ربح المضاربة.

والثاني: أنّ عنوان المضاربة أساساً لم يؤخذ فيه عرفاً ولا لغة أن يكون الربح الحاصل من ناحية زيادة قيمة البيع عن الشراء محضاً، بل ظاهر هذا العنوان أن يكون الاسترباح بتقليب رأس المال والضرب فيه من خلال تحويله إلى مال آخر بالشراء ثمّ بيعه بعد ذلك وارجاع رأس المال بأكثر ممّا كان، سواء كان الربح من ناحية الشراء بأقل من القيمة السوقية ثمّ بيعه بها أو من ناحية النماء الحكمي، أي زيادة القيمة السوقية أو نماء المال المشتري أو هما معاً.

والجامع أن يكون الربح من تحويل رأس المال إلى شيء آخر لكي يباع بعد ذلك بأكثر من رأس المال المبذول فيه فيعود بأكثر ممّا كان، وهذا يصدق في مورد الاسترباح بزيادة القيمة السوقية محضاً والاسترباح به منضمّاً إلى الفوائد الحاصلة من النماءات - كما ذكره السيّد الماتن وصاحب الجواهر والمسالك - ويصدق أيضاً في مورد ازدياد القيمة لمجموع ما اشترى وبذل فيه رأس المال من أجل بيعه بأكثر كما إذا أعطاه رأس المال ليشتري به أرضاً ومواد بناء ويصنعها شققاً ويبذل أجور العمال وسائر النفقات فيها ثمّ يبيعها ويسترد رأس المال بأكثر، فإنّ هذه أيضاً مضاربة برأس المال؛ لأنّه تحويل لرأس المال وشراء لمجموع أمور بما فيها ما يبذل بازاء العمل لكي يباع ويسترجع رأس المال بأكثر ممّا كان، كما يصدق بشراء قطع غنم أو بستان لتنميته وبيعه بأكثر من رأس

المال المبذول فيه ، فإنّ كل ذلك مضاربة برأس المال ، وتجارة والربح الحاصل على رأس المال المنظور بعد الانضاض ربح تجاري .

وهذا يعني أنّ قوام عقد المضاربة ومفهومها بالضرب برأس المال بأن يكون مقصود المتعاملين ونظرهما إلى تقليب رأس المال وتحويله بشراء شيء تزداد قيمته ثمّ يبيعه وارجاع رأس المال بأكثر ممّا كان أوّلاً .

وعلى هذا الأساس يتضح أنّه لا بد من التفصيل في مسألة اعطاء مال لشراء بستان أو غنم بين ما إذا كان قصد المالك ونظره أن يمتلك الغنم أو البستان ويستفيد من نمائه فهذا ليس مضاربة ، وبين ما إذا كان قصده أن يشتري الغنم أو البستان ليبيعه بأكثر ولو بأن يصرف من رأس المال عليه لكي يباع بأكثر ولو كانت الزيادة كلها أو أكثرها من جهة نمو البستان أو الغنم ، إلّا أنّ المالك لا يريد بستاناً ولا غنماً وإنّما عمله شراء البستان أو الغنم وبيعه فإنّ هذا ضرب للمال واتّجار به أيضاً ، وأي فرق بين من يشتري السلعة في موسم الكساد ليبيعه في موسم الندرة والغلاء فيكون اتّجاراً ومضاربة ، مع أنّ الربح من النماء الحكمي لمال التجارة لا من نفس البيع بأكثر ممّا اشتري به ، وبين من يشتريها ليحسنها أو ينميها فيبيعها بأكثر إذا كان ذلك أيضاً في طريق بيع أصل ذلك المال المشتري .

نعم ، إذا كان أصل المال المشتري مما يريده المالك ولو بلحاظ نتاجه لا لنفسه ولم يكن في طريق البيع ومن أجل أن يباع بل من أجل الإبقاء فعلاً والاستفادة من نمائه بأن كان الربح المنظور نفس النماء لا قيمة الأصل وثمر بيعه ، فهذا لا يصدق عليه المضاربة جزماً ، فلا يشمل إطلاق روايات المضاربة ، بل يحتاج إثبات صحته إلى التمسك بالعمومات .

مسألة ٤: إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففي صحته وجهان: أقواهما الأول؛ لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد كما قد يتخيل، بل إنّما هو مناف لإطلاقه إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل إلا مع التعدي أو التفريط [١].

[١] البحث في هذه المسألة عن صحة تضمين العامل في المضاربة لتمام رأس المال أو جزء منه بالشرط بنحو شرط النتيجة - لا شرط التدارك والجبران فإنه جائز على ما سيأتي - وعدم صحته بعد أن كان مقتضى القاعدة لولا الشرط المذكور عدم تحمل العامل لشيء من خسارة رأس المال إذا لم يكن منه تعد أو تفريط .

وكلمات الفقهاء في المقام وأقوالهم مختلفة، ويمكن أن نستخلص منها أقوالاً أربعة:

١ - صحة الشرط والعقد معاً .

٢ - بطلان الشرط والعقد معاً .

٣ - بطلان الشرط وصحة العقد .

٤ - صحة الشرط وبطلان العقد، بمعنى انقلابه قرضاً .

والقول الأول: هو صريح الماتن .

والقول الثاني: هو صريح العلامة في القواعد والمحقق الكركي في جامع المقاصد حيث ذكرا شرط ضمان العامل لرأس المال أو سهماً من الخسران ضمن الشروط المنافية لمقتضى العقد والموجبة لفساده .

والثالث: مشهور المحققين المتأخرين ومنهم بعض أساتذتنا العظام رحمهم الله .

والرابع: صريح بعض آخر ومنهم السيّد الشهيد رحمته الله في تعليقه على المنهاج، وهو ظاهر الشيخ في النهاية وابن ادريس في السرائر. وينبغي البحث عن هذه المسألة ومبنى الأقوال فيها ضمن جهتين: الأولى: فيما تقتضيه القاعدة.

الثانية: فيما تقتضيه الروايات الخاصة.

أما البحث من الجهة الأولى: فقد يقال إنّ مقتضى عموم نفوذ الشروط كقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» صحة مثل هذا الشرط أيضاً، كما اختاره الماتن رحمته الله، وهو مبنى القول الأول. ويمكن أن يناقش في ذلك من وجوه:

١ - ما ذكره بعض المحشين من أن اشتراط الخسارة على العامل غير معقول في نفسه، وكأنّ مقصوده أنّ المال بعد أن كان ملكاً للمالك لا للعامل فوقع الخسارة والتلف فيه على العامل لا المالك غير معقول إلا بافتراض أنّ المال ينتقل قبل التلف والخسران إلى ملك العامل لتقع الخسارة منه، وإلا فمع فرض بقاء المال على ملك المالك يستحيل وقوع الخسارة على العامل.

وهذا الإشكال لفظي؛ إذ لو فرض أنّ لفظ الخسارة كانت تقتضي ذلك فلا إشكال أنّ المقصود في المقام من هذا الاشتراط شرط الضمان، بمعنى أنّ العامل يكون ضامناً لما يخسره المالك بتلف أو بوضيعة لا بأن يتداركه له، بل بأن يكون الضمان بالتلف عليه ابتداءً كما في ضمان اليد الضامنة رغم كون المال التالف باقياً على ملك مالكة، وكما في موارد ضمان العامل بالتعدي والتفريط.

٢- ما ذكره المشهور من أن اشتراط الضمان شرط مخالف لمقتضى العقد، فيكون فاسداً بطل ومفسداً للعقد.

وهذا هو مبنى القول الثاني.

وقد أجاب عليه الماتن رحمته بأن اشتراط الضمان مخالف لاطلاق القصد لالمقتضاه.

ويمكن تقريب الوجه الذي اعتمده المشهور بأن المضاربة تستلزم إذن العامل بالاتجار وبقاء رأس المال عنده؛ لأن المالك يريد ذلك، وإرادته لذلك تقتضي إذنه الفعلي في بقاء المال تحت يد العامل، فيكون تلفه القهري مأذوناً فيه لا محالة، إذ لا يمكنه أن يقيد إذنه في البقاء بالبقاء الذي لا يكون مقروناً بالتلف القهري؛ لعدم العلم به، فيكون خلف إذنه الفعلي وإرادته الفعلية بقاء المال تحت يد العامل.

وهذا بخلاف العارية المضمونة حيث يكون مرجع الضمان فيها إلى أنه لا يأذن في أكثر من بقائه غير المساوق مع تلفه القهري حيث لا يوجد للمالك غرض في إبقاء المال تحت يد المستعير ولا للمستعير حق في ذلك وإنما يريد المستعير الانتفاع بالمال فللمالك أن يقيد إذنه بعدم التلف، وهذا بخلاف مثل الإجارة والمضاربة والوديعة حيث يكون التقييد للإذن فيها مساوقاً مع عدم الإذن الفعلي، فيكون منافياً مع مقتضى العقد فيبطل الشرط والعقد.

وهذا البيان أجاب عليه الماتن بأن الشرط ليس منافياً مع أصل مقتضى العقد بل مع إطلاقه.

ويمكن توضيح مراده: أن عقد المضاربة ليس مقتضاه الاستيمان ونفي

الضمان لا عن تلف رأس المال، وإلا الوضعية والخسارة فيه من جهة التجارة .
 أمّا الأوّل لأنّ مضمونها الإذن في الاتّجار بالمال، وهو لا يستلزم بقاء رأس المال عند العامل أصلاً، ليستلزم الاستيمان من ناحية تلفه عنده .
 وأمّا الثاني فلأنّ اتّجار العامل بالمال وإن كان مستلزماً للإذن الفعلي من قبل المالك في البيع والشراء به، إلاّ أنّه يمكنه أن يقيّد ذلك بالإذن ببيع وشراء لا تكون فيه وضعية، وهذا يعني أنّ إطلاق الإذن يكون ظاهراً في الإذن المطلق، أي حتى إذا لزم الوضعية، أمّا إذا قيّده كان معناه عدم إذن العامل بمطلق الاتّجار، ولا محذور فيه .

إلاّ أنّ هذا الجواب قد يتم بالنسبة إلى نفي الاستيمان من ناحية تلف المال تحت يد العامل، ولكنه لا يتم لاثبات ضمان الوضعية والخسارة الناتجة من الاتّجار بالمال ونفي استيمان العامل من جهتها؛ لأنّ الاستيمان من هذه الجهة لازم المضاربة والإذن للعامل أو أمره بالاتّجار للمالك فجعله ضامناً للوضعية ووقوع الخسارة على العامل خلاف مقتضى المضاربة وحقيقته وتحويل للمال إلى شبه القرض المضمون فيه رأس المال على التاجر؛ لأنّه في صورة الوضعية سوف لا يكون البيع والشراء للمالك، بل على العامل نفسه، وهذا خلاف روح المضاربة وحقيقته، فيوجب تحوّلها إلى القرض - كما ستأتي دلالة بعض الروايات المعتمدة عليه - أو بطلانها على الأقلّ للتهافت بين التضمين المذكور وحقيقة المضاربة .

٣- ما ذكره مشهور المحققين المعلقين على المتن من أنّ الشرط المذكور باطل لكونه مخالفاً لحكم الشرع بأنّ الأمين لا يكون ضامناً والعامل في

المضاربة يده على المال يد الأمين فيبطل الشرط ، وأمّا العقد فلا وجه لبطلانه ؛ إذ فساد الشرط لا يوجب فساد العقد .

والغريب أن بعض أساتذتنا العظام رحمهم الله الذي اختار في مسألة اشتراط اللزوم المتقدمة فساد المضاربة بفساد الشرط المذكور ؛ لرجوع الشروط في العقود الإذنية إلى التقييد وتعليق الإذن على تحقق ذاك الشرط ، فإذا كان باطلاً لكونه خلاف الشرع كانت المضاربة باطلة لعدم الإذن بها اختار هنا صحة المضاربة وبطلان الشرط فقط ، مع أن بيانه هناك جارٍ هنا بحذافيره ؛ لأنّ معناه أنّ المالك لا يأذن بالتّجار بماله مع عدم الضمان ، كما لا يأذن به على تقدير عدم لزوم المضاربة .

بل يرد هنا أيضاً أنّ الشرط الفاسد إذا احتملنا ايجابه بطلان المضاربة - كما هو المشهور - فلا نافي له على مسلكه من عدم وجود مطلقات تقتضي صحة المضاربة وأنّ مقتضى الأصل فسادها إلا ما خرج بالدليل ، فإنّ المورد ليس فيه دليل على الصحة ولا يوجد في الروايات ما يدلّ عليها ، بل سيأتي ما يستدلّ به على البطلان ولا إطلاق من هذه الناحية في الروايات الخاصة الدالّة على صحة أصل المضاربة .

وأياً ما كان فيرد على هذا الوجه أنّ مفاد دليل عدم ضمان الأمين إنّما هو نفي ضمان الغرامة - ضمان اليد - عن الأمين ، وهذا لا ينافي ثبوت الضمان بالشرط الذي هو ضمان عقدي معاملي يثبت بالالتزام الشرطي - إذا لم يكن منافياً مع مقتضى عقد المضاربة ، وإلاّ بطل العقد - كثبوته بعقد الضمان في الدين أو الأعيان .

هذا مضافاً إلى أن انتفاء ضمان اليد في موارد الاستيمان بالمعنى الأعم أيضاً معلق على إطلاق الاستيمان وعدم اشتراط الضمان، حيث ذكرنا في كتاب الإجارة أن الاستيمان بمعنى الإذن في التصرف لا ينافي ضمان المثل والقيمة على تقدير التلف، ومرجعه إلى رضا المالك في التصرف ولكن على وجه الضمان، فهو راضٍ بالتصرف ولكنه غير راضٍ بهدر ماله لو تلف بذلك التصرف، ولا منافاة بينهما، فيكون ضمان اليد والغرامة أيضاً معقولاً في موارد الاستيمان فيما إذا أبرز المالك عدم رضاه بهدر ماله على تقدير التلف، فيمكن أن يكون هو مفاد الشرط المذكور، وروايات نفي الضمان عن الأمين محمولة على صورة إطلاق الإذن أو على عقود الاستيمان بالمعنى الأخص والتي يكون الاستيمان فيها مقتضى العقد، فيرجع إلى وجه المشهور المقتضي بطلان الشرط والعقد معاً.

٤ - ما ذكره بعض أساتذتنا العظام رحمهم الله - في بطلان شرط الضمان على المستأجر في عقد الإجارة بعد ردّه للوجه الذي اختاره هنا بأن اليد الأمانة ليست مقتضية للضمان، لا أنها مقتضية لعدمه، ومن ثم لا مانع من اشتراط الضمان من وجه آخر - وحاصله: أن شرط الضمان بنحو شرط النتيجة لا شرط الفعل والتدارك لا يكون صحيحاً؛ لأنه لو أريد بذلك تشريع كبرى الضمان في المقام فهذا حكم شرعي خارج عن سلطان المتعاقدين، ودليل الشرط لا يكون دليل تشريع، وإذا أريد الضمان المعاملي بمعنى اشغال ذمة العامل وتمليك قيمة التلف والخسارة فيها للمالك فهذا فرع أن يثبت أمران:

أحدهما: أن تكون تلك النتيجة تحت سلطان المكلف واختياره شرعاً،

بأن حكم الشارع بإمكان ايجاده وانشائه في نفسه مع قطع النظر عن الشرط، كالوكالة مثلاً فيصحّ عندئذٍ بالشرط .

الثاني: أن لا يعتبر في ايجاده سبب خاص كاللفظ - مثلاً - المعبر في الطلاق .

وفي المقام لا دليل على أن اشغال ذمة الغير بمال بلا سبب كالاقراض ونحوه تحت سلطان الطرفين مع قطع النظر عن الشرط لكي يصح بالشرط - كما في الوكالة أو حتى تملك المال الخارجي فإنّهما تحت ولاية المالك والطرف فيمكن انشائهما بالشرط ضمن العقد أيضاً - ودليل «المؤمنون عند شروطهم» لا يكون مشروعاً وإنّما يثبت تحقق ما يكون مشروعاً في نفسه (١).

ويلاحظ عليه :

أولاً - أن شرط ضمان اليد لا يرجع إلى تشريع الضمان لليد، بل مرجعه إلى ما ذكرناه من تقييد الإذن لليد، وأنّ المالك راضٍ بالتصرف في ماله دون هدر ماليته على تقدير التلف، وأين هذا من تشريع حكم شرعي؟!

وثانياً - ثبوت الضمان بالشرط بنحو الضمان العقدي أيضاً لا محذور فيه؛ لأنّه مشروع مع قطع النظر عن الشرط؛ إذ لا إشكال في إمكان تملك الغير مالا في ذمته كما في الشراء بالذمة وإنّما لا يجوز تملك الغير مالا ذمياً ابتداءً كهبة المال الخارجي لاشتراط القبض في الهبة والتملك المجاني، وأمّا إذا كان في قبالة شيء - كالمعاوضات أو في قبالة عمل أو بنحو الشرط ضمن عقد -

١ - شرح العروة الوثقى (المستند في شرح العروة) ٣٠: ٢٢٨.

فلا مانع من صحته ومشروعيته، فإنه يكون تحت سلطان صاحب الذمة، كما في عقد الضمان، وضمن الأعيان الخارجية الذي مرجعه إلى شغل العهدة بها على تقدير وجودها واشتغال الذمة ببدلها على تقدير تلفها، وليس ذلك من باب النص الخاص. هذا مضافاً إلى ما ورد من مشروعية تضمين الأجير الذي يحمل المتاع بالشرط في جملة من الروايات، وقد أفتى به المشهور.

٥- أن نفوذ الشرط المذكور فرع شمول أدلة وجوب الوفاء بالشرط للشرط ضمن العقود الجائزة، وقد تقدم أن الصحيح عدم وجوب الوفاء بها وأنها كالشروط الابتدائية، ومعه فلا موجب لاشتغال ذمة العامل بالخسارة والضمان. وهذا الوجه أولاً - يبطل ضمان اليد وتلف المال تحت يد العامل بالتقريب الذي ذكرناه.

وثانياً - أنه لا يبطل ضمان الوضعية وخسارة التجارة أيضاً؛ لأن ضمانها شرط راجع إلى الحيثية العقدية في المضاربة وهو الربح بعد الاتجار بأن يكون التزام المالك بنسبة من الربح للعامل في قبالة التزام العامل بتحمل الخسارة وضمانها إذا تحققت، فيكون مشمولاً لعمومات النفوذ؛ ولهذا لم يكن جواز المضاربة بمعنى جواز الرجوع في ذلك بعد حصوله.

٦- أن شرط ضمان الوضعية والخسارة في الاتجار في المضاربة خلاف الشرع؛ لكونه خلاف صريح روايات المضاربة المستفيضة الدالة على أن الربح في المضاربة بينهما وليس على العامل من الوضعية شيء ما دام لم يخالف ما أمر به صاحب المال، فإن المستظهر منها بمجموعها ومختلف ألسنتها أن العامل المضارب لا يمكن أن يكون ضامناً للوضعية إذا لم يخالف في اتجاره، وأن هذا

هو حكم المضاربة ومقتضاه الشرعي، فيكون شرط ضمان الوضيعة عليه مخالفاً مع السنّة والشرع، فيكون باطلاً.

وهذا الوجه ربّما يجاب عليه: بأنّ غاية مفاد هذه الروايات أنّ المضاربة لا تقتضي ضمان العامل للوديعة، لا أنّها تقتضي عدم الضمان، فلا ينافي ثبوته بالشرط.

إلا أنّ الانصاف أنّ هذا الجواب غير تام، بل من يلاحظ مفاد الروايات الكثيرة المذكورة يشرف على القطع بأنّها تنفي إمكان تضمين العامل للوضيعة شرعاً حتى بالشرط، فهي كالصريحة في أنّ مقتضى المضاربة ذلك، وأنّ تقسيم الربح بينهما لا يجتمع مع تضمين العامل للوضيعة. وقد ورد في بعضها سؤال السائل عن طريقة وحيلة يمكن بها لصاحب المال الحيلولة دون قبول دعوى التلف أو الوضيعة من العامل، والإمام عليه السلام في مقام الجواب لم يجوّز له شرط التضمين، وإنّما أمره باقراضه مقداراً ثمّ المشاركة معه في الباقي مضاربةً، فكأنّ عدم إمكان تضمين العامل التاجر من المال مضاربة كان أمراً مركزياً ومسئلاً، وإلاّ فما أيسر أن يشترط المالك على العامل ضمان الوضيعة.

فالحاصل: هذه الروايات واضحة الدلالة على أنّ مقتضى عقد المضاربة عدم إمكان ضمان العامل للوضيعة حتى بالشرط إذا لم يخالف شروط المالك في التجارة. وهذا الوجه هو المعتمد عند المشهور القائلين ببطلان الشرط، بل هو يقتضي بطلان العقد أيضاً إذا اعتبرنا حقيقة المضاربة وفرقها عن القرض يكون بذلك، كما تقدّمت الإشارة إلى ذلك، ويأتي تفصيله في الجهة القادمة.

ثمّ إنّ هنا رواية معتبرة سنداً قد يقال أنّها معارضة مع الروايات المتقدّمة،

وهي معتبرة الكاهلي عن أبي الحسن موسى عليه السلام « في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة فجعل له شيئاً من الربح مسمى فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه ، قال عليه السلام : على المضارب من الوضعية بقدر ما جعل له من الربح » (١). وهذه الرواية ظاهرها تحمل المضارب للخسارة بنسبة ما جعل له من الربح في نفسه وبلا اشتراط ، فتكون معارضة مع الروايات المتقدمة .

وقد حملها الشيخ على كون المضارب شريكاً في رأس المال ، أو يقال بأنها مطلقة من ناحية وجود مال للمضارب أيضاً بنحو الشركة مع المالك أم لا ، فيقيد اطلاقها بما دلّ من الروايات على عدم ضمان العامل من الوضعية في مال المضاربة شيئاً . إلا أنه خلاف الظاهر جداً ، فإن قوله : (فابتاع المضارب مالا) تفرّيع على الصدر الظاهر في ابتياعه للمتاع بالمال المدفوع له مضاربة وبما هو مضارب لا بما هو شريك على أنه في الشركة يتحمل كل من الشركاء من الوضعية بنسبة ماله لا بنسبة ما جعل له من الربح . فتكون الرواية معارضة لا محالة مع ما دلّ من الروايات المعتبرة على أن الوضعية تكون على المال ، ولا يكون على العامل المضارب شيء منها . وقد تحمل رواية الكاهلي على التقية . إلا أن هذا غير صحيح ؛ لأن فتوى العامة بلا خلاف عندهم - كما ينقل ابن قدامة في مغنيه - أن الوضعية تكون على المال لا العامل ، وأن شرط تحمل العامل لشيء من الوضعية شرط فاسد ، ويظهر من بعض روايات نفي الضمان ذلك أيضاً .

١ - وسائل الشيعة ١٩ : ٢٢ ، ب ٣ من المضاربة ، ح ٦ .

والصحيح أنّ هذه الرواية لا بد من ردّ علمها إلى أهلها وأنها بظاهرها تسقط عن الحجية لمعارضتها مع الروايات المستفيضة قطعية الصدور الدالة على عدم ضمان العامل لشيء من الوضعية في المضاربة، ومع الإجماع القطعي بل ضرورة الفقهية لدى العامة والخاصة على خلافها.

وبهذا ينتهي البحث في الجهة الأولى، وقد ظهر أنّ مقتضى القاعدة والروايات الواردة في باب المضاربة بطلان شرط ضمان الوضعية والخسارة الحاصلة من الاتجار على العامل، وبطلان المضاربة بذلك؛ لأنّ هذا الشرط على خلاف مقتضى المضاربة - كما ذهب إليه مشهور القدماء -.

وأما البحث من الجهة الثانية: - أعني الروايات الخاصة - فقد ورد في المقام رواية معتبرة دلّت على أنّ تضمين رأس المال على العامل يوجب أن لا يكون للمالك شيء من الربح، وانقلاب المضاربة قرضاً مضموناً للمالك، فيكون الربح كلّهُ للتاجر، وهي: معتبرة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام، وقد نقلها الكليني والصدوق بصيغة: «أنّ عليّاً عليه السلام قال: من اتّجر مالا واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان»، وقال: «من ضمّن تاجراً فليس له إلاّ رأس ماله، وليس له من الربح شيء»^(١). وسند الكليني: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن محمّد بن قيس (وهو معتبر).

وإسناد الصدوق إلى محمّد بن قيس أيضاً معتبر، وهو مشترك مع هذا الإسناد من إبراهيم بن هاشم فصاعداً.

١ - الكافي ٥: ٢٤٠، ح ٣. من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٢٨، ح ٣٨٤٣.

ونقلها الشيخ في التهذيب والاستبصار أيضاً بأسناده إلى الحسن بن محمد بن ابن سماعة عن صفوان عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس بصيغة: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في تاجر اتجر بمال واشترط نصف الربح فليس على المضارب ضمان.

وقال أيضاً: «من ضمن مضاربه فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء»^(١). وهذا السند أيضاً معتبر.

ومضمون الرواية أن اشتراط الضمان من قبل المالك لرأس المال على العامل المضارب صحيح، إلا أنه يوجب بطلان المضاربة وانقلابها قرضاً إما حقيقة أو حكماً، حيث لا يكون له إلا رأس ماله الذي ضمنه على العامل، وهذا هو مدرك القول الرابع، وقد عبّر عن ذلك بعض المعلقين به على المتن بأن الشرط صحيح وينقلب قرضاً للنص المعمول به، وهذا هو الصحيح.

وقد اعترض على ذلك بوجهين:

الاعتراض الأول: ما أفاده بعض أساتذتنا العظام عليهم السلام في تقارير بحثه بقوله: (ومن الغريب في هذا المقام ما صدر من بعضهم من القول بانقلاب عقد المضاربة عند اشتراط الضمان على العامل قرضاً فيكون جميع الربح للعامل ولا يكون للمالك إلا رأس ماله، وذلك للنص المعمول به لدى الأصحاب، وكأنته صحيحة محمد بن قيس... إلا أنها أجنبية بحسب الدلالة عن محل الكلام، فإنها واردة في التضمين من أول الأمر لا اشتراط الضمان عند التلف الذي هو محل

١ - تهذيب الأحكام ٧: ١٩٠، ح ٢٥. الاستبصار ٣: ١٢٧، ح ٣، مع اختلاف يسير.

كلامنا... إذن فالصحيحة واردة في القرض ابتداءً لا في انقلاب المضاربة إلى القرض بالاشتراط...^(١).

ويلاحظ عليه :

أولاً - أن النص معمول به ومفتى به عند الأصحاب في باب المضاربة، وانقلابها قرضاً بذلك، فإنّ المحدثين ذكروها في باب المضاربة واشتراط المالك على العامل ضمان رأس المال، كما أنّ الشيخ في النهاية أفتى بذلك، حيث قال: (ومتى ضمن صاحب المال المضارب رأس المال لم يكن له من الربح شيء، وكان للمضارب دونه، وكذلك الخسران يكون عليه)^(٢).

وكذلك الحلبي في السرائر أفتى بذلك وغيرهما أيضاً فراجع كلماتهم. وثانياً - ظهور الرواية في النظر إلى اشتراط الضمان من قبل المالك على العامل لا انشاء عقد القرض؛ وذلك لعدة أمور:

١ - صراحة الرواية بطريق الشيخ رحمته في ذلك؛ إذ صرّح فيها بتضمين المضارب، وهذا صريح في أنّ العقد هو المضاربة والتضمين يكون بنحو الاشتراط، فحتى لو فرض اجمال أو ظهور نقل الكليني والصدوق في مطلب آخر لا يقدح ذلك بالعمل بالرواية بطريق الشيخ؛ إذ لا تهافت بين المطلبين، بل يكون صراحة الرواية بنقل الشيخ مبيّنة للمراد من نقل الكليني حيث كان النقل للروايات بالمعنى.

١ - شرح العروة الوثقى (المباني في شرح العروة) ٣١: ٣٦.

٢ - النهاية: ٤٣٠.

.....

٢ - ظهور الرواية حتى بطريق الكليني والصدوق في ما فهمه المشهور؛ وذلك لأنّ حمل عنوان التضمين على ارادة انشاء عقد القرض من أوّل الأمر خلاف الظاهر جداً، فإنّ مجرد كون القرض فيه نحو تضمين للمال لا يعني صحة التعبير عنه بالتضمين؛ ولهذا لم يرد في شيء من روايات القرض هذا التعبير، كما أنّ عدم جواز أخذ شيء من ربح المال في باب القرض وكونه رباً واضح لدى الجميع، بل التعبير في ذيل الفقرة بأنّه ليس له من الربح شيء كالصريح في النظر إلى عقد المضاربة، خصوصاً إذا كانت الفقرتان صادرتين معاً، كما لعله ظاهر الرواية.

فالحاصل التعبير بتضمين التاجر وأنّه ليس له إلاّ رأس المال وأنّه ليس له من الربح شيء لا يناسب إلاّ باب المضاربة، ومن يريد أن يتجر برأس ماله من خلال الغير، وهذا لا يناسب ارادة القرض الذي لا يختص بباب التجارة، ولا يبقى فيه رأس المال المقرض له، ولا أن يكون فائدته من ربحه بالخصوص، فإنّ هذا السياق واضح النظر إلى باب المضاربة، والتعبير عن المضارب بالتاجر كثير في روايات المضاربة، ولا أدري كيف استغرب هذا العلم من هذا الفهم مع أنّ ما استظهره من الرواية هو المستغرب جداً. فهذا الاعتراض غير وارد.

الاعتراض الثاني: ما ذكره في المستمسك من أنّ الرواية مطروحة؛ لأنّها تدلّ على قاعدة الخراج بالضمان التي ارسلت عن النبي ﷺ، وهو مذهب المخالف وغير معمول به ولا معول عليه عندنا^(١).

ونلاحظ على هذا الاعتراض :

أولاً - أن ما هو مذهب العامة - أو بعضهم - هو أن من ضمن مالا بضمان اليد كالغاصب يكون خراجه أي ربحه ونمائه له - وهذا ما صرح به في صحيحة أبي ولّاد المعروفة - وهو الذي حكم الإمام عليه السلام في تلك الصحيحة بعدم صحته وبأن مثل هذه الفتاوى الباطلة توجب حبس السماء ماءها .

إلا أن هذه الفتوى لا يعلم استناد أبي حنيفة فيها إلى الخراج بالضمان إلا بنحو من القياس ؛ لأن هذه الرواية نقلتها كتبهم في الضمان العقدي لا ضمان الغاصب ، ففي سنن أبي داود بسند إلى عائشة : أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فردّه عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله قد استغل غلامي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : الخراج بالضمان^(١) ، أي حيث إن المشتري قد اشترى العبد وضمن ثمنه بالمعاوضة والعقد فله خراج المبيع ونمائه ؛ لأنه يملكه بذلك ، وقد أساء فهمه فقهاء العامة فتعدوا إلى ضمان اليد كما في الغاصب ، وهو القياس الباطل الذي شنّع عليه الإمام الصادق عليه السلام في صحيح أبي ولّاد .

ومحلّ كلامنا أيضاً الضمان فيه عقدي ، أي بالشرط ضمن العقد والذي يجعل رأس المال كالقرض مضموناً على العامل ، وأين هذا من ضمان اليد الغاصبة والتي لا يخرج فيه المال عن ملك مالكة كما هو واضح .
وثانياً - أن مفاد هذه الرواية ومدلولها ناظر إلى قاعدة كلية أخرى

١ - سنن أبي داود ٢ : ١٤٥ - ١٤٦ ، ح ٣٥١٠ .

جليلة وخطيرة، وقد وردت في روايات عديدة معتبرة بطرقنا عن أئمة أهل البيت عليهم السلام، وقد غفل عن عمومها وكليتها أكثر الفقهاء، وما نقله العامة من الخراج بالضمان أيضاً على تقدير صدوره من النبي صلى الله عليه وآله وسلم ناظر إلى هذه القاعدة لا ما فهمه أبو حنيفة.

وحاصل تلك القاعدة هي أنّ رأس مال المالك لا يمكن أن يكون له ربح تجاري إلا مع فرض كونه مضموناً عليه، بمعنى أن بدله وثمنه يكون عليه، أما إذا لم يكن كذلك بأن كان ضمانه وبدله على طرف آخر ورأس المال مضموناً لمالكة على التاجر كالقرض فلا يستحق من الربح شيئاً؛ لأنّ هذا فيه روح القرض وحقيقته، فيكون أخذ الربح عليه من الربا المحرّم، وقد طبق ذلك في موارد عديدة، وهذا ما سنبحث عنه في قاعدة مستقلة.

وقد يمكن تخريج ذلك على القاعدة أيضاً، فإنّ حقيقة القرض ليس إلا تضمين المال للغير، سواء كان من خلال عقد القرض الاصطلاحي أو من خلال الشرط ضمن عقد تكون نتيجة العقد والشرط ضمنه ذلك تماماً، فإنّ الفرق حينئذٍ بينهما شكلي، وإلا فروجهما واحد؛ ولهذا قيل بأنّ الإذن بالتّجار بالمال والمضاربة بهذا الشرط يوجب انقلاب المعاملة إلى القرض، فلا يستحق المالك شيئاً زائداً على ذلك بعنوان الربح لأنّه ربا محرّم.

ولأجل أهمية القاعدة المذكورة المشار إليها في هذه الرواية وغيرها رأينا من المناسب البحث عنها مستقلاً كقاعدة فقهية خطيرة.

والمتلخّص في المقام صحة القول الرابع الذي اختاره الشيخ في النهاية وجملة من فقهاءنا المتقدّمين والمتأخّرين.

قاعدة فقهية

بطلان ربح ما لم يضمن



بحث في قاعدة (بطلان ربح ما لم يضمن)

والحديث عن هذه القاعدة يقع في جهات :

الجهة الأولى : في تعريف القاعدة وبيان المراد منها وهو يتوقف على تقديم مقدمة ، حاصلها : أنه لا إشكال في حرمة الربا وكونه من الكبائر التي تترتب عليها مفسدات كثيرة ، وفي الآيات ^(١) والروايات ما يدل على أن الربا من مس الشيطان ، وأن المرابي يأذن بحرب الله ورسوله وأنه أشد من سبعين زنية بذات محرم في المسجد الحرام ^(٢) ، إلى غير ذلك مما هو صريح في تشديد الشارع الأقدس في المنع عنه .

ولا إشكال في أن الشارع قد حرّم جملة من المعاملات التي تنتهي إلى الربا روحاً ولباً أيضاً ، بل وحرّم جملة من المعاملات المشابهة للربا ، كحريم للمنع عن الوقوع في الربا ، ولعلّ تحريم ربا البيع من هذا القبيل .

والخصوصية البارزة في الربا الجاهلي الأصلي الذي كان هو ربا القرض - أعني الاقراض بزيادة في قبال الأجل - أن المالك للمال يستثمر ويستفيد من المقترض زيادة على رأس ماله ظلماً وعدواناً رغم أنه قد ضمّنه رأس ماله بحيث لا تكون عليه خسارة فيه ، بل تكون الخسارة والهلكة للمال على المقترض ، ورأس المال بتمامه مضمون للمالك مردود إليه .

١ - سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

٢ - وسائل الشيعة ١٨: ١١٧، ب ١ من أبواب الربا، ح ١ و ١٢ و ١٩.

ومن هنا اعتبرت الفائدة زيادة وربما ؛ لكونه أكلاً من مال الآخرين واسترباحاً بأموالهم بلا دفع مقابل ؛ ولهذا اعتبر ظلماً عند العقل والعقلاء وبصريح القرآن الكريم .

وبهذا يختلف الربح الربوي عن الربح التجاري ، فإنّ الربح التجاري ، بل سائر أقسام الاسترباح برأس المال كالربح الزراعي والصناعي - الانتاج - يكون رأس المال باقياً فيه على ملك المالك المستريح ، بحيث تقع كل خسارة ودرك وهلكة أو عيب فيه عليه ، فهو يربح بمال لو هلك وتلف كان دركه وخسارته عليه ومن كيسه ، فيحق أن يكون ربحه له ؛ لأنّه ربح ماله ، بخلاف المال الذي يكون مضموناً على الغير كما في الربا فإنّه بعد أن كان رأس المال مضموناً ومحفوظاً لملكه كان الربح زيادة وربما لا يستحقه ، وإنّما يستحق رأس ماله الذي أقرضه وضمّنه على المقرض : ﴿ وَإِنْ تَبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ (١) ، وإنّما يستحق الربح الذي يكون خسارة رأس المال من كيسه .

إذا اتّضحت هذه المقدمة عندئذٍ نقول بأنّ الشكل الصريح والظاهر للربا والزيادة على رأس المال هو ربا القرض ، حيث يملك فيه المقرض المال بالقرض من المقرض ، فيخرج عن ملكه إلى ملك المقرض ، فإذا أراد أن يقبض منه المقرض أكثر ممّا ملكه كان ربا وزيادة على رأس ماله ، وهذا هو الربا الصريح .

إلا أنه ربما يتحايل للوصول إلى نفس النتيجة بأشكال أخرى من المعاملات، لا تكون بحسب ظاهرها وشكلها وصيغتها القانونية زيادة مالية يأخذها من الغير، بل ظاهرها استرباح المالك بماله الباقي على ملكه، فيكون نماءً له مستحقاً كالأرباح التجارية الأخرى.

إلا أن هذه الأشكال روحاً ولباً تكون من الربا؛ لأنها تحتوي على الخصيصة التي أشرنا إليها في الربا، وهي أن رأس مال المالك يكون مضموناً على الغير رغم بقاء الملكية الشكلية للمالك، أو كون المعاملة بيعاً لا اقراضاً وتضميناً لرأس المال على الآخر قانوناً ولكنه لباً وروحاً تكون مالية رأس المال مضمونة للمالك على الطرف الآخر بحيث لا يتحمل المالك خسارة من ناحية رأس ماله، أي لا يكون ضمانه على المالك في تلك المعاملة إلا أن ربحه له.

وهذا هو المقصود من النهي عن ربح ما لم يضمن، أي ربح المالك لمال لا يكون ضمانه وبدله عليه، فالمراد من بطلان ربح ما لا يضمن هذا المعنى، وسيأتي مزيد تفصيل وتوضيح له.

والمقصود من النهي عن ربح ما لا يضمن المنع عن الاسترباح وأخذ الزيادة والربح على مال لا يضمنه صاحبه - إذا قرأ مبنياً للفاعل - أو لا يكون ضمانه عليه - إذا قرأ مبنياً للمفعول - وهذه قاعدة شرعية لسد باب التوصل إلى الربا روحاً بطريق وشكل قانوني غير الاقراض بفائدة، كما أن هناك معاملات أخرى منع عنها بنفس الهدف كالبيع بسعرين، نقداً ونسيئة في بيع واحد، وسلف وبيع وغير ذلك مما سنتعرض لها ضمن الأبحاث القادمة.

وهذه القاعدة - أعني المنع عن الاسترباح برأس المال غير المضمون

على مالكة - إذا استطعنا اثباتها بكليتها من الروايات سوف يكون لها تطبيقات مهمة في أبواب عديدة من فقه المعاملات، ويكون لها دور خطير في النظرية الاقتصادية على ما سنشير إليه في محله إن شاء الله تعالى.

الجهة الثانية: في مدرك القاعدة المزبورة، وهي طوائف عديدة، إلا أننا نتحدث هنا عمّا ورد فيه عنوان القاعدة والروايات الأخرى التي قد يمكن الاستفادة القاعدة منها؛ لكونها واردة في تطبيقات القاعدة لأجلها إلى جهة أخرى فنقول:

ما دلّ على النهي عن ربح ما لم يضمن بهذا العنوان والذي منه انتزعنا عنوان القاعدة، قد ورد عن النبي الأعظم ﷺ ضمن مناهي عديدة نقلها العامة والخاصة بأسانيد صحيحة عند الطرفين.

فقد ورد في سنن العامة بسند صحيح عندهم أنّ النبي ﷺ قد نهى عن سلف وبيع، وعن بيعين في بيع، وعن ربح ما لا يضمن، وعن بيع ما ليس عندك^(١). وفي طرقنا وردت روايات عديدة عن أئمة أهل البيت عليهم السلام نقلوا عن النبي ﷺ النهي المذكور.

ففي رواية سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن»^(٢).

١ - المستدرك على الصحيحين ٢: ٢١، (ط - دار الكتب العلمية، بيروت).

٢ - وسائل الشيعة ١٨: ٣٧، ب ٢ من أحكام العقود، ح ٤.

والسند صحيح إذا استظهرنا انصراف عنوان سليمان بن صالح إلى الجصاص المعروف والثقة كما لا يبعد .

وفي موثقة عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « بعث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم رجلاً من أصحابه والياً فقال له : إنني بعثتك إلى أهل الله - يعني أهل مكة - فانهم عن بيع ما لم يقبض ، وعن شرطين في بيع ، وعن ربح ما لم يضمن » (١) . والسند تام .

ونقل الصدوق في حديث المناهي باسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين ابن زيد عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في مناهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « ونهى عن بيع وسلف ، ونهى عن بيعين في بيع ، ونهى عن بيع ما ليس عندك ، ونهى عن بيع ما لم يضمن » (٢) .

إلا أنّ السند غير تام لعدم توثيق شعيب ، على أنّ الوارد فيه عنوان النهي عن بيع ما لم يضمن لا ربح ما لم يضمن ، فيحتمل أن يكون المراد منه بيع ما لم يقبض الوارد في موثقة عمار - أو يكون هناك تصحيف في نسخ الفقيه ، فالمهم الروايتان السابقتان .

وينبغي التعرّض لفقهاء هذه الطائفة وتوضيح معنى الفقرات الواردة فيها ، فنقول : العناوين الواردة في مجموع هذه الروايات كالتالي :

١ - النهي عن سلف وبيع أو بيع وسلف .

٢ - النهي عن بيعين في بيع .

١ - وسائل الشيعة ١٨ : ٥٨ ، ب ١٠ من أحكام العقود ، ح ٦ .

٢ - من لا يحضره الفقيه ٤ : ٤ ، ب ١ من مناهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم . وأيضاً يراجع : وسائل الشيعة ١٨ : ٤٦ ، ب ٧ من أحكام العقود .

.....

٣- النهي عن شرطين في بيع .

٤- النهي عن بيع ما لم يقبض .

٥- النهي عن بيع ما ليس عندك .

٦- النهي عن ربح ما لم يضمن .

٧- النهي عن بيع ما لم يضمن .

وقد اتضح لك أنّ العنوان الأخير قد ورد بسند غير تام ، فيبقى البحث في العناوين الأخرى ، ويحتمل أن يكون المقصود من العنوان الأخير نفس ما ورد في العنوان الرابع ، أي (النهي عن بيع ما لم يقبض) كما سيأتي .

أمّا الأول - وهو النهي عن بيع وسلف أو سلف وبيع - فقد فسّره بعض الفقهاء ببيع شيء نقداً بكذا ونسيئةً بأكثر .

إلّا أنّ هذا التفسير خلاف الظاهر في نفسه وبقرينة الروايات الأخرى ؛ لأنّ السلف في مقابل النسيئة كالقرض ، بل هو هو ، فلا يصح التعبير عن بيع النسيئة بسلف .

هذا مضافاً إلى أنّ بيع شيء نقداً بكذا ونسيئةً بكذا يبيع واحد لا يبعان ؛ ولهذا قد عبّر عنه في الروايات بشرطين في بيع أو بيعين في بيع ، بل ورد ذلك في نفس هذه الروايات أيضاً ، مع أنّ ظاهر عنوان سلف وبيع أو بيع وسلف وجود التزامين ومعاملتين مستقلتين جمع بينهما المتعاملان .

وقد يفسّر السلف بشراء الشيء سلفاً ثمّ يبعه قبل مواعده وقبل قبضه ، إلّا أنّ هذا مضافاً إلى عدم قبوله فقهيّاً قد دلّت الروايات على الصحة فيه ، بل هو خلاف الظاهر في نفسه ؛ إذ السلف اسم لما يعطى حالاً ليؤخذ بدله مستقبلاً ؛

ولهذا يصدق على القرض فيكون النظر إلى نفس السلف لا ما قد يشتري بالسلف؛ ولهذا ورد في رواية الواقدي النهي عن بيع وسلف.

بل ظاهر النهي عن سلف وبيع ارادة النهي عن عمل كان يتحقق بمجموع أمرين: السلف والبيع، وهذا لا يناسب أن يكون المراد منه بيع ما اشتري أولاً سلفاً، وإلا كان المنهي عنه هو البيع بالخصوص لا السلف.

وقد يفسر ببيع شيء بأكثر سلفاً ثم شرائه بأقل نقداً أو بالعكس، وهما حيلتان من حيل الربا أيضاً. إلا أن هذا وإن كان باطلاً على ما يستفاد من بعض روايات العينة إلا أن حمل النهي عن سلف وبيع على ذلك خلاف الظاهر أيضاً؛ إذ هو من بيع النسيئة ثم الشراء بنقد، ولا يسمى النسيئة بالسلف، بل هو مقابل له.

والظاهر، بل المظنن به أن المقصود من سلف وبيع أن يقرضه ويسلفه مالاً - والقرض هو السلف يقال: أسلفه أي أقرضه^(١) - ولكن مع التباني على أن يبيعه شيء آخر بأكثر من قيمته محاباةً فيربحه فيه فيقرضه مثلاً مئة دينار ويبيعه خاتماً لا يسوى أكثر من دينار بعشرة دنانير فتشتغل ذمة المقترض بحسب النتيجة بمئة وعشرة دنانير.

وهذه طريقة متبعة في حيل الربا، فالنهي المذكور عن النبي ﷺ لل منع عن ذلك، ومنه يعرف بطلان اشتراط الاقراض والسلف في بيع أو في أي عقد آخر مثله كالإجارة إذا كان أحدهما مشروطاً ومنوطاً بالآخر لياً وروحاً؛ إذ لا خصوصية للبيع.

ومنه يثبت بطلان ما تداول اليوم وأفتى المشهور بصحته من الايجار والسلف للتحايل والتوصل إلى الربا.

ولا يقال: إنّ النهي عما إذا كان السلف والاقراض أولاً والبيع والايجار بما يربح المقرض شرطاً فيه لا العكس.

فإنّه يقال: مضافاً إلى إطلاق النهي للصورتين - لأنّ المتفاهم منه النهي عن الجمع بين السلف والبيع بنحو يكون أحدهما منوطاً بالآخر ومعه، وأنّ التقديم في ذكر السلف ليس إلاّ للجمع بينهما لا للترتيب - أنّ بعض الروايات قدم فيها البيع فقليل: نهى عن بيع وسلف، كما في رواية الواقدي - وإن كان السند غير تام - . نعم، قد ورد جواز القرض والبيع المحاباتي في بعض روايات حيل الربا، وهي على قسمين:

قسم منها ورد بعنوان صحة القرض مع البيع المحاباتي:

منها: رواية محمد بن إسحاق بن عمار «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنّ سلسبيل طلبت مني مائة ألف درهم على أن تربحني عشرة آلاف فأقرضها تسعين ألفاً وأبيعها ثوب وشيء تقوّم بألف درهم بعشرة آلاف درهم؟ قال: لا بأس» (١).

ومنها: رواية محمد بن سليمان الديلمي عن أبيه عن رجل «كتب إلى العبد الصالح يسأله أنّي اعامل قوماً أبيعهم الدقيق أربح عليهم في القفيز درهمين إلى أجل معلوم وأنّهم سألونني أن أعطيهم عن نصف الدقيق دراهم فهل عن حيلة

لا أدخل في الحرام؟ فكتب إليه: أقرضهم الدراهم قرضاً وازدد عليهم في نصف القفيز بقدر ما كنت تريح عليهم»^(١).

وقسم منها ورد في تأجيل الدين والسلف لا صحته بالبيع المحاباني:

منها: رواية عبد الملك بن عتبة (عقبة) «قال: سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال أو يكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب مني مالاً أزيده على مالي الذي لي عليه أيسّقيم أن أزيده مالاً وأبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم فأقول أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أوخرك بتمنيتها وبمالي عليك كذا وكذا شهراً؟ قال: لا بأس»^(٢).

ومنها: موثقة مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: سئل عن رجل له مال على رجل من قبل عينة عينها إياه، فلما حل عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه فأراد أن يقلب عليه ويربح أبيعته لؤلؤاً أو غير ذلك ما يسوى مائة درهم بألف درهم ويؤخره؟ قال: لا بأس بذلك، قد فعل ذلك أبي رضي الله عنه وأمرني أن أفعل ذلك في شيء كان عليه».

ومنها: موثقة محمد بن اسحاق بن عمار «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني بها وأنا أربحك فأبيعه جبة تقوّم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم (أو قال بعشرين ألفاً) وأؤخره بالمال؟ قال: لا بأس»^(٣).

١ - وسائل الشيعة ١٨ : ٥٦ .

٢ - المصدر السابق : ٥٥ .

٣ - المصدر السابق : ٥٥ .

.....

فيقع التعارض بين هذه الروايات وروايات النهي عن سلف وبيع .
ويمكن أن يجاب أمّا عن القسم الأوّل :
أولاً - أنّ الروايتين الواردتين فيه ضعيفتان سنداً؛ إذ في سند الأوّل علي بن
حديد، وفي الثاني سليمان الديلمي . والارسال .
وثانياً - أنّ ظاهرهما ايقاع البيع مستقلاً عن السلف لا بنحو يكون
أحدهما مشروطاً بالآخر ومنوطاً به .

أمّا الأولى فلأنّه قد ورد في ذيلها بنقل الكافي حيث علّق عليها: (وفي
رواية أخرى لا بأس به أعطها مائة ألف وبعها الثوب بعشرة آلاف واكتب عليها
كتابين) .

فإنّ التعبير بقوله: (اكتب عليها كتابين) معناه أنّ هناك معاملتين إحداهما
مستقلة عن الأخرى وليست شرطاً فيها، لا أقل من احتمال هذا المعنى الموجب
للاجمال .

وأمّا الثانية فلأنّ الظاهر منها أنّ القوم كان من قصدهم على كل حال شراء
نصف الدقيق والإمام عليه السلام علم البائع طريقاً واقعياً للتوصل إلى ربحه من دون
أن يجعل ذلك شرطاً في القرض أو البيع، كيف ولو أريد الشرطية كان ظاهرها
عندئذٍ اشتراط الزيادة في ثمن الدقيق ضمن عقد الاقراض وهو ربا قطعاً،
فالرواية غير ظاهرة في الاشتراط والاناطة أصلاً، وهذا بخلاف النهي عن سلف
وبيع، أو بيع وسلف، فإنّ ظاهره اناطة أحدهما بالآخر واشتراطه به في نفس
العقد .

وأمّا القسم الثاني فقد يتصور وقوع التعارض بينه وبين النهي عن سلف

.....

وبيع بناءً على التفسير المتقدم له، بل ومع سائر أدلة الربا كالروايات الدالة على أن كل قرض جرّ شيئاً - نفعاً - فهو ربا، كما في صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً قال: لا يصلح إذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا يصلح». قال: «وسألته عن رجل يأتي حريفه وخليطه فيستقرض منه الدنانير فيقرضه، ولولا أن يخالطه ويحارفه ويصيب عليه لم يقرضه؟ فقال: إن كان معروفاً بينهما فلا بأس، وإن كان إنمّا يقرضه من أجل أن يصيب عليه فلا يصلح»^(١).

وهذه الرواية بنفسها دليل على بطلان مثل هذه المعاملات، أعني البيع والسلف من أجله بنحو مشروط به حتى إذا كان البيع مقدماً والاقراض شرطاً في البيع المحاباتي الذي يصيب فيه.

وفي موثقة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلاّ مثلها فإن جوزي أجود منها فليقبل ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترط من أجل قرض ورقه»^(٢).

وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا أقرضت الدراهم ثمّ جاءك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط»^(٣).

وموثق اسحاق بن عمار قال: «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يكون له

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٣٥٦، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ٩.

٢ - المصدر السابق: ٣٥٧، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ١١.

٣ - المصدر السابق: ٣٦٠، ب ٢٠ من الدين والقرض، ح ١.

عند الرجل المال قرضاً فيطول مكثه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منفعة فينيله الرجل الشيء بعد الشيء كراهية أن يأخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعة أيحل ذلك؟ قال: لا بأس إذا لم يكن بشرط» (١).

ومفهومه أنه مع الشرط لا يجوز، وهو مطلق من حيث كون الشرط ضمن القرض أو البيع.

وقد فصل المشهور في البيع المحاباتي مع القرض، بل والإجارة كذلك بين اشتراط القرض ضمن عقد البيع أو الإجارة فيصح، وبين العكس فلا يصح. إما بدعوى عدم شمول الأدلة المانعة عن الربا أو النهي عن سلف وبيع لما إذا كان الاقراض شرطاً في البيع أو لو فرض الإطلاق فيها فباعتهار ظهور الروايات الدالة على جواز البيع المحاباتي مع شرط التأجيل أو الاقراض في الجواز فتقيّد اطلاقات الحرمة بما إذا كان الشرط ضمن عقد القرض لا العكس فإنه الذي يكون ربا وشرطاً يجزّ نفعاً؛ لأنّ شرط المحاباة نفع زائد إمّا بلحاظ مالية نفس البيع المحاباتي أو بلحاظ ما يؤول إليه بالنتيجة من تملك المالية الزائدة.

مناقشة المشهور:

إلا أن الانصاف عدم تمامية هذا التفصيل لا في نفسه وبلحاظ أدلة تحريم الربا ولا بلحاظ الروايات الخاصة.

أمّا الأوّل فلأنّ الربا صادق في صورتين لا من جهة أن انشاء البيع بشرط

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٣٥٧، ب ١٩ من الدين والقرض، ح ١٣.

الاقراض نفس انشاء القرض بشرط البيع ، والفرق بينهما باللفظ ليقال بأن الأمور الانشائية حقيقتها وقوامها بالانشاء والمنشأ الاعتباري .

ومن الواضح أنّ مضمون البيع بشرط القرض غير مضمون الاقراض بشرط البيع ، فلكل منهما ماهيته الاعتبارية ، ويترتب على كل منهما أحكامه الخاصة ؛ ولعلّ هذا معنى الحديث : «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام» (١) .

بل من جهة أنّ الربا المحرّم بحسب مفهومه العرفي وبحسب الاستفادة من الروايات المتقدمة وغيرها هو الزيادة على رأس المال الذي يلزم به المدين قانوناً في قبال التأجيل ومن أجله ، فكل زيادة صدق عليها أنّها من أجل القرض وكان ملزماً قانوناً فهو ربا ، سواء الزم بذلك في نفس عقد القرض بنحو الشرط ونحوه أو كان ملزماً به نتيجة عقد آخر كالبيع المحاباتي أو الإجارة بشرط الاقراض أو نتيجة نفس التأجيل ومرور الزمن على الدين كحكم قانوني ، فإنّه بحسب النتيجة يكون المقترض ملزماً قانوناً بأن يدفع إلى المقرض زائداً على رأس ماله مالاً آخر له ، وهو ما اشتراه محاباة بأكثر من قيمته السوقية ، فإنّ كون الزيادة في مقابل البيع في البيع انشاءً لا يمنع عن صدق أنّه في مقابل القرض إلى أجل ومن أجله .

والحاصل : ليس الربا عنواناً للزيادة في بدل القرض بنحو الجزئية أو الشرطية ضمن عقد القرض بالخصوص ، بل الثابت بالآيات والروايات أنّ مطلق الزيادة اللزومية على رأس المال في مقابل الأجل يكون رباً ، فيكون هناك

١ - وسائل الشريعة ١٨ : ٥٠ ، ب ٨ من أحكام العقود ، ح ٤ .

شرطان لصديق الربا عرفاً وشرعاً، أحدهما: الالتزام القانوني بالزيادة، والآخر: كونه من أجل تأجيل ماله وإن لم يكن ضمن انشاء عقد القرض بل كان في عقد البيع، كمن يبيع شيئاً نسيئاً ويشترط على المشتري أنه إذا أجل دفع الثمن زاد مقداراً كما دلّت عليه الروايات؛ لأنه ربا.

كما أنّ الروايات المتقدمة الدالّة على بطلان اشتراط النفع من أجل القرض مطلقة تشمل كلتا صورتين خصوصاً صحيح ابن شعيب وموثقة محمد بن قيس؛ إذ الأوّل ظاهر في أنّه إنّما يقرضه من أجل أن يحارفه ويجازيه بالبيع المحاباتي ونحوه الذي قد يقال بظهوره في جعل ذلك شرطاً في الاقراض، والثاني منهما ورد فيه النهي عن الاشتراط من أجل قرض ورقه، ولم يقل الاشتراط في قرض ورقه، فهو أعم من أن يكون الاشتراط بمعنى اللزوم على المقرض من جهة الشرط في ضمن القرض أو بالعكس، وإنّما المهم أن يكون ملزماً به وأن يكون من أجل القرض، وهذا يصدق في الحالتين؛ لأنّ الالتزام حاصل فيه ولو بالعقد المحاباتي وكونه من أجل القرض أيضاً صادقاً عرفاً جزماً، وهكذا يتضح أنّه على القاعدة ومع قطع النظر عن رواية النهي عن بيع وسلف أيضاً يكون الحكم هو المنع في الحالتين.

وأما الثاني فلأنّ الروايات الخاصة الناهية قد عرفت اطلاقها للحالتين، والروايات المرخصة القسم الأوّل منها لم تتم سنداً ولا دلالة، والقسم الثاني لا تدلّ أيضاً على صحة اشتراط المحاباة في الاقراض، بل مفادها مفاد ما دلّ على أن المقرض إذا أعطى المقرض مالاً هدية ولو بقصد أن يصرفه عن المطالبة بماله فله ذلك - كما في موثق عمار المتقدم وغيره - لورودها في البيع

.....

المحباتي الذي يقع بعد تحقق القرض ، وفي ذلك لا يكون المقترض ملزماً بالاقدم عليه بنفس العقد الموجب لذلك القرض ، وإنما هو شرط للتأجيل في ضمن عقد آخر مستقل عن القرض وضمانه بحيث يمكنه أن لا يقدم عليه .

وليس في الروايات ما يدل على لزوم ذلك على المقترض ، فلو أقدم عليه كان حاله حال الاقدم على اعطاء هدية ومال إلى المقرض كما لا يطالبه بدينه فهو من دفع الزيادة الطوعية التبرعية لا اللزومية ، بخلاف ما إذا كان أصل الاقراض شرطاً في البيع المحباتي ، فإنه من حين تحقق القرض يكون ملزماً بالزيادة ، فالروايات المذكورة أجنبية عن باب الربا ، ومع ذلك يكون كل من الاقراض بشرط البيع أو الايجار المحباتي أو العكس باطلاً لكونهما ربا حقيقة ، فتشمله عمومات حرمة الربا ؛ وإطلاق نهي النبي ﷺ عن سلف وبيع وإطلاق بل ظهور صحيح يعقوب بن شعيب - كما تقدّم - وإطلاق روايات « ما لم يكن بشرط » المتقدمة ، فإن البيع أو الايجار المحباتي إذا كان مع السلف والقرض فلا محالة كان المقترض من أول حصول القرض والاقراض ملزماً بدفع الزيادة من أجل القرض ، وهذا هو الربا ، بخلاف ما إذا تحقق القرض بلا الزام بدفع الزيادة ولكنه أراد دفع مطالبة المالك بالتبرع بهدية له أو بيع محباتي معه من أجل أن يطمع فلا يطالب من دون أن يكون المقترض ملزماً به ، فإن هذا ليس الزاماً بالزيادة على تقدير القرض ؛ لأن القرض متحقق ولو لم يقدم على المعاملة المحباتية لتسبب من المقترض بأن يبقي المقرض قرضه ولا يطالب بهدية أو محابة . وهذا هو الذي ورد في رواية مسعدة أن الإمام كان يأمر به أو يصنعه في دينه نفسه ، فكم فرق بين المطلبين !؟

نعم، هو ملزم تكويناً إذا أراد عدم مطالبة الدائن - وهذا حقه مع عدم الاعسار في الدين - إلا أن الربا هو الزيادة الملزمة قانوناً في قبال الأجل لا لزوم دفع الزيادة ليرفع الدائن يده عن حق مطالبته تكويناً وكون الزيادة المدفوعة كهدية أو كمحابة في مقابل الأجل وكون المقترض ملزماً بدفعه بعد عقد المحابة لا يجعله ربا طالما لا يكون اقدامه على أصل العقد المذكور الزامياً عليه قانوناً، بحيث يمكنه أن لا يقدم عليه ويكون قرضه صحيحاً أيضاً.

ودعوى: أن المرابين يمكنهم أن يقرضوا أولاً إلى مدة ولو قصيرة وبعد ذلك يشترطون للتأجيل المحابة.

مدفوعة: بأن هذا لا يحقق هدف المرابين إن لم يكن من حين القرض يشترط البيع المحاباتي فيما بعد؛ إذ لو لم يقدم عليه المقترض كان القرض تاماً ولم يستحق المرابي شيئاً، بل لا يستحق المطالبة أيضاً برأس ماله مع الاعسار.

هذا، ولو فرض أن مطلق الالتزام بالزيادة في مقابل التأجيل من القرض المتحقق سابقاً رباً أيضاً - كما قد يدعى استفادة ذلك من بعض الروايات المانعة - أمكن حمل الروايات من القسم الثاني على صورة ما إذا لم يكن التأجيل شرطاً بل مجرد داعٍ وإن كان هذا لعله خلاف ظاهر بعضها.

العنوان الثاني والثالث :

وأما العنوان الثاني - وهو النهي عن بيعين في بيع - فقد اتضح معناه، فيكون نفس معنى النهي عن شرطين في بيع - وهو العنوان الثالث - ولهذا نجد

.....

أنه في صحيح عمار عبّر بدلاً عن بيعين في بيع بشرطين في بيع ، وهذا أصرح في إرادة ما ذكرناه من بيع شيء بثمانين حالاً ومؤجلاً ؛ لأن الشرط يطلق على الثمن كثيراً في الروايات وفي الاستعمالات اللغوية ، كما يظهر بمراجعتها ، بل في معتبرة السكوني - بناءً على اعتبار النوفلي الواقع في السند - عن جعفر عليه السلام عن آبائه عليهم السلام أن علياً عليه السلام قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال : هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين يقول : « ليس له إلا أقل النقدين إلى الأجل الذي أجله بنسيئة » ، وقد يستفاد ذلك من معتبرة محمد بن قيس أيضاً حيث ورد في ذيلها : « فليس له إلا أقلهما وإن كانت نظرة » ^(١) .

واحتمل بعض في معنى بيعين في بيع ما يصنعه بعض من يريد الحيلة في ربا الفضل والبيع كمن يريد أن يبيعه مناً من حنطة بمنين فيجعله بيعين أحدهما مشروط بالآخر بأن يقول : بعتك المنّ بدينار على أن تبيعني المنين بدينار ، فيتوصل إلى غرضه بذلك .

إلا أن هذا التفسير خلاف الظاهر ، وإن كان الصحيح بطلان البيعين كذلك إذا كان المبيع من الجنس الربوي ؛ لأن الظاهر من بيعين في بيع أن تكون الصفقة والبيع واحدة حتى صورة لا متعددة ، على أن هذا عندئذ كان ينبغي تخصيصه بالجنس الربوي لأن ربا البيع يكون فيه بالخصوص .

وقد يفسر البيعين في بيع بما سيأتي في بعض الطوائف القادمة من

١ - وسائل الشيعة ١٨ : ٣٧ ، ب ٢ من أحكام العقود ، ح ١ و ٢ .

الروايات من جعل الصفقتين صفقة واحدة كمن يريد أن يشتري متاعاً وليس له مال فيأتي من له مال فيقول له اشتر لي المتاع من صاحبه وأزيدك نظرة فيشتره ويقع له بنفس الشراء صفقة واحدة فيكون من بيعين في بيع .

إلا أن هذا الاحتمال أيضاً خلاف الظاهر؛ إذ معنى بيعين في بيع تعدد البيع من حيث نفسه لا من حيث طرفه، ومن له البيع الذي بلحاظه عبر بالصفقة وتعدد البيع من حيث نفسه لا يكون إلا بتعدد الثمن في البيع الواحد لا تعدد الطرف، فإن المناسب معه أن يوجه النهي إلى الثلاثة فيقال: لا تجعلوا صفقتكم واحدة. فالأظهر أن المراد من النهي عن بيعين في بيع نفس العنوان الثالث، وهو النهي عن شرطين في بيع .

والوجه في بطلان هذه المعاملة جعل الزيادة في مقابل التأجيل الذي هو روح الربا، لا ما ذكره جملة من الفقهاء من أن لازمه مجهولية الثمن وعدم تعيينه ونحو ذلك وهو غرر موجب للبطلان؛ لوضوح عدم جهالة في البين بعد أن كان المقدار على كل تقدير من التقديرين معلوماً.

كما أنه لا تردد في الثمن بعد أن كان الثمن هو الجامع والكلّي بين العشرة نقداً أو خمسة عشر إلى سنة مثلاً نسيئة، فيكون نظير بيع الكلّي في المعين؛ ولهذا لا يحكم بالبطلان لو باعه شيئاً بالجامع بين عشرة دراهم نقداً أو نسيئة إلى مدة مثلاً.

هذا كله مضافاً إلى حرمة الرواية المتقدمة مع معتبرة أخرى هي موثقة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من باع سلعة فقال: إن ثمنها كذا وكذا يداً بيد، وثنمها كذا وكذا نظرة فخذها بأي ثمن شئت

وجعل صفتها واحدة فليس له إلا أقلهما وإن كانت نظرة»^(١)، في صحة البيع ولكنه يقع بأقل الثمنين، أي بثمان النقد وأبعد الأجلين، مما يعني أن المنهي عنه هو أخذ الزيادة المجعولة بازاء التأجيل، فهي غير مستحقة للبائع، فتمام النظر إلى تحريم ذلك؛ لكونه من الربا ولو لبأً وروحاً بحسب قصد المتبايعين لا إلى حيثيات الصياغة وانشاء البيع كما هو مقتضى التعليل المشهور لهذا الحكم، وإلا لزم بطلان البيع وعدم وقوعه حتى بأقل الثمنين حالاً، فضلاً عن وقوعه به مؤجلاً.

وقد جعل بعض الفقهاء هاتين الروايتين المعتبرتين معارضتين مع موثقة عمار ورواية سليمان بن صالح المتقدمتين بناءً على اعتبارها واردة نفس المعنى من فقرة النهي عن بيعين في بيع الواردة فيها، حيث إن ظاهره النهي فيهما الارشاد إلى البطلان مطلقاً، وعندئذٍ إما يحمل النهي على الكراهة كما عن السيد المرتضى في الناصريات^(٢)، أو يحكم بالتعارض والتساقط والرجوع إلى الأصل المقتضي للبطلان مثلاً على أساس الجهالة أو التردد في الثمن.

إلا أن هذه الكلمات غير تامة؛ إذ مضافاً إلى عدم صحة الحمل على الكراهة في الأوامر والنواهي الارشادية خصوصاً مثل هذا النهي المؤكد من قبل النبي ﷺ وعدم كون مقتضى القاعدة الفساد والبطلان لعدم الغرر وعدم التردد في الثمن، أن أصل المعارضة غير تامة؛ لأن روايتي السكوني ومحمد بن

١ - وسائل الشريعة ١٨ : ٣٦، ب ٢ من أحكام العقود، ح ١.

٢ - الناصريات (ضمن الجوامع الفقهية): ٢٥٢.

قيس لا تدلان على صحة شرطين في بيع ، بل تدلان أيضاً على بطلانه بالنحو الذي يريده البائع وعدم تحقق غرضه كما هو مفاد رواية النهي ، وإنما تزيد عليه أنه يقع البيع بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين ، وهذا ما لا تنفيه رواية النهي ؛ لأنها تدل على عدم تحقق ما يريده البائع ويقصده من وقوع الجامع بين الأقل نقداً والأكثر نسيئة ثمناً للمبيع ، فلا تعارض في البين .

ولو فرضت دلالة على البطلان المطلق فمن باب السكوت والإطلاق المقامي القابل للتقييد بروايتي السكوني ومحمد بن قيس ، بل هما كالقرينة على التفسير وبيان البطلان بلحاظ ما قصده البائع لا البطلان المطلق ، وهذا واضح . وبهذا يظهر أن النهي المذكور أيضاً يراد منه المنع عن التوصل إلى الربا بالتحايل من خلال جعل مقدار من الثمن بازاء التأجيل ، بل هو من الربا بالتفسير المتقدم للربا ، وهو كل زيادة ملزم بها من عليه المال في قبال الأجل ، فإن البيع المذكور يجعل المشتري ملزماً إما بدفع الثمن الأقل نقداً أو دفع الزيادة في قبال الأجل ، وهذا هو حقيقة الربا ، فتشمله عمومات التحريم والبطلان أيضاً .

وإن شئت قلت : إن هذا من قبيل ما إذا باعه بالأقل مؤجلاً مع حق الربا والزيادة بازاء التأجيل ، وهذا بخلاف ما إذا باعه نسيئة فقط بزيادة ، وعلى كل حال ذيل الروايتين خير شاهد على أن النظر إلى محذور الربا وجريانه في المقام لا الجهالة والغرر أو عدم تعيين الثمن أو عدم تنجيزية الانشاء ونحو ذلك مما توهمه البعض وعلى أساسه طرح الرواية المعتمدة بتوهم مخالفتها للقواعد .

لا يقال: أي فرق بين أن ينشأ بيع واحد بثمن هو الجامع المذكور أو أن يساومه أولاً ثم يبيعه نسيئة بالأكثر تعييناً الذي لا إشكال في صحته على القاعدة، وقد دلت عليه ذيل موثقة محمّد بن قيس المتقدمة أيضاً.

فإنه يقال: الفرق أنه في الحالة الأولى يكون قد ألزم المشتري بدفع الزيادة بازاء التأجيل؛ لأنه رضى بالبيع بالأقل نقداً، بل باعه بذلك فعلاً بنفس هذا الانشاء، فلا تكون الزيادة إلا لتأجيل ما استحقه عليه نقداً تماماً، كما إذا أسلفه ذلك إلى ذلك الأجل بتلك الزيادة. بخلاف الثاني فإنه نظير بيع شيء حالاً بأكثر من قيمته السوقية، فتدبر جيداً.

العنوان الرابع والخامس :

وأما الفقرة الرابعة وهي (النهي عن بيع ما لم يقبض)، والخامسة وهي (النهي عن بيع ما ليس عندك) ففي الفقرة الخامسة احتمالان: أحدهما: النهي عن بيع ما لا يقدر عليه، فيدلّ على شرطية القدرة على التسليم في صحة البيع، أي ما لا يكون تحت سلطانه وقدرته التكوينية.

وقد يشهد على ذلك ما ورد في بعض الروايات من تفسير ذلك بما لا يوجد في غير زمانه ولا يتمكن منه البائع، كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج واسحاق بن عمار جميعاً قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً؟ قال: ليس به بأس، قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: وأي شيء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً يقولون هذا إلى أجل فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح،

فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود (أحق به) ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه (حالاً وإلى أجل) لا يسمي له أجلاً إلا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه في غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالاً»، ومثله معتبرة الكناني (١).

إلا أن هذا الفهم وارد في كلام السائل وعن العامة لا عن الإمام عليه السلام، وما ورد في الذيل في كلام الإمام عليه السلام لا ظهور له في أنه تفسير لنهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

الثاني: النهي عن بيع ما لا يكون تحت سلطانه الوضعي، أي ما لا يملكه من الأعيان الخارجية، فيدل على شرطية الملك حين البيع، ونتيجته أنه إذا باع شيئاً ثم ملكه لا يقع للأول بل البيع الأول باطل إما مطلقاً أو يحتاج إلى إجازة، فيكون على وزان ما ورد في روايات معتبرة أخرى ادّعي دالتها على شرطية الملك حين البيع، كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسيئة فابتاعه الرجل من أجله؟ قال: ليس به بأس إنما يشتريه بعدما يملكه» (٢).

ولا يبعد ظهور الفقرة في المعنى الثاني - كما لعلّه المشهور - لأن القدرة على التسليم يمكن فرضه مع كون الشيء عنده، كما أن التعبير بقوله: (عندك) ليس كناية عن القدرة في مقابل العجز، بل كناية عن وجوده قريباً منه وفي حوزته، وهو مساوق مع الملكية وأنه له.

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٤٦ - ٤٨.

٢ - نفس المصدر: ٥١.

نعم ، هذا لا يدلّ على عدم إمكان تصحيح البيع المذكور بالإجازة من قبل المالك بعد الملك ، وسيأتي تنمة البحث عن ذلك .

وأما الفقرة الرابعة - وهي النهي عن بيع ما لم يقبض - فهي تدلّ على شرطية كون المبيع مقبوضاً وبإيد البائع ، فلو لم يكن كذلك فلا يصح البيع حتى إذا كان مملوكاً له ، كما إذا كان قد اشتراه من الغير ولكنه لم يقبضه منه بعد ، وهذه شرطية زائدة على الملك لصحة البيع ، وهذا خلاف المشهور بل المتسالم عليه عندنا ، وقد دلّت الروايات المعتبرة على صحته ، ففي صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام : « أنه قال في رجل اشترى الثمرة ثم يبيعه قبل أن يقبضها ؟ قال : لا بأس » .

وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يشتري الثمرة ثم يبيعه قبل أن يأخذها ؟ قال : لا بأس به إن وجد ربها فليبع » (١) .

فلا بد وأن يحمل النهي في الفقرة الخامسة إمّا على الكراهة أو بيع المكيل والموزون قبل كيله ووزنه أو على إرادة الملك من القبض فيكون بمعنى النهي عن بيع ما ليس عندك الوارد في الفقرة الخامسة ، فإنّ القبض يمكن أن يكون كناية عن ذلك ، وقد يشهد له أنّ هذه الفقرة الواردة في رواية عمار المتقدمة ليس معها الفقرة الخامسة ، كما أنّ ما ورد فيه الفقرة الخامسة من الروايات المعتبرة تخلو عن هذه الفقرة ، فالمظنون قوياً وحدة معنى الفقرتين ، والله العالم بحقائق الأمور .

العنوان السادس :

وأما الفقرة السادسة - وهي النهي عن ربح ما لم يضمن - ففيه احتمالات :

١ - أن يراد النهي عن بيع ما لم يضمن وجوده فيكون نهياً عن بيع المجهول .

٢ - أن يراد النهي عن بيع ما لم يقبض بأن يكون الضمان كناية عن القبض ،

حيث يكون من معاني الضمان الاشتمال والاحتواء على الشيء .

وهذان الاحتمالان خلاف الظاهر جداً؛ إذ مضافاً إلى لزوم التكرار مع فقرة

النهي عن بيع ما لم يقبض أو النهي عن بيع ما ليس عندك الشامل لبيع المجهول

أيضاً ، أنه لو كان النظر إلى هذا المعنى كان المناسب النهي عن بيع ما لم يضمن

لا عن ربح ما لم يضمن؛ إذ لا خصوصية للربح والبيع بأكثر في الحكم المذكور

كما هو واضح .

وحمل النهي عن الربح على إرادة النهي عن مطلق البيع تأويل لا يساعد

عليه العرف .

نعم ، لو كان الوارد النهي عن بيع ما لم يضمن كما في الفقرة السابقة الواردة

في نقل الصدوق عليه السلام جاء فيه الاحتمال المذكور .

هذا كله مضافاً إلى أن الضمان في باب البيوع والمعاملات يراد به ضمان

الثلث أو القيمة لا القبض أو الوجود ، فإنها معان أخرى للمضمونية لا تناسب باب

المعاملات .

٣ - أن يراد النهي عن بيع الدلال لمتاع الغير مرابحة ، وهذا ما هو ظاهر

الشيخ الحر في الوسائل ، حيث أورد الروايات الناهية عن ربح ما لم يضمن

تحت هذا العنوان ، فتكون على وزان معتبرة أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه سئل عن الرجل يحمل المتاع لأهل السوق وقد قوّموا عليه قيمة ويقولون بع فما ازددت فلك؟ فقال: لا بأس بذلك ، ولكن لا يبيعهم مرايحة» (١).

والمقصود من المراجعة أن يبيع برأسماله مع اشتراط ربح زائد عليه بنسبة كل عشرة دراهم مثلاً الدرهم أو الدرهمين فيقول: (أبيعك هذا المتاع برأسماله ولي فيه بكل عشرة دراهم درهم أو درهمان) فهذا نهى عنه ، وإنما يصح مساومة ، وهو أن يبيعهم بمجموع ما يريد بلا اخبار برأس المال ولا البيع به مع نسبة من الربح . ولعلّ السر في ذلك لزوم الكذب في الإخبار أو التشابه بالربا أو غير ذلك ؛ ولهذا حمل المشهور مثل هذه النواهي على الكراهة والتنزه .

إلا أنّ هذا الاحتمال أيضاً بعيد عن الفقرة المذكورة غاية البعد ، وكأنّه نشأ من مجيء عنوان الربح في الفقرة ، فتصور أنّ المراد به المراجعة الذي له معنى خاص ، وهو نسبة الربح إلى رأس المال مع وضوح أنّ الربح يشمل الربح في بيع المساومة أيضاً ولا يختص بالمراجعة . هذا مضافاً إلى أنّ التعبير بما لم يضمن لا يكون له معنى مع هذا التفسير كما لا يخفى .

٤ - ما ذكرناه في الجهة الأولى من أنّ المراد هو النهي عن الاسترباح بمال لا يكون ضمانه - أي دركه ودفن ثمنه وبدله - من كيس المستريح ، فما لم يكن المال مضموناً على الإنسان بحيث يكون ثمنه عليه لو تلف لا يستحق ربحه ،

١ - وسائل الشيعة ١٨ : ٥٧ ، ب ١٠ من أحكام العقود ، ح ٣ .

وهذه هي النكتة الموجودة في باب الربا؛ لأنَّ المقرض بالاقراض يضمن ماله على ذمة المقرض فتكون خسارته مضموناً على المقرض لا المقرض ويصبح المال الخارجي ملكاً للمقرض، فما يربح به في تجارته وغيره بدله على تقدير الخسران من كيسه لا من كيس المقرض، فلا يستحق المقرض شيئاً من أرباحه؛ لأنَّه ربح مال لم يضمه، أي ليس ضمانه عليه.

وقد ورد عكس القاعدة أيضاً، أعني مفهومها وهو أنَّ من ضمن المال كان له خراجه وربحه في بعض الروايات عندنا وعند الجمهور، أي أنَّ الربح بالضمان. ففي رواياتنا ورد في معتبرة ابراهيم الكرخي «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام إني كنت بعث رجلاً نخلاً كذا وكذا نخلة بكذا وكذا درهماً والنخل فيه ثمر، فانطلق الذي اشتراه مني فباعه من رجل آخر بربح ولم يكن نقدني ولا قبضت؟ قال: فقال: لا بأس بذلك، أليس كان قد ضمن لك الثمن؟ قلت: نعم، قال: فالربح له»^(١).

فإنَّ ظاهرها أنَّ ثبوت الربح له متفرع على أنه قد ضمن ثمن النخل لمالكة بضمان المسمي، حيث قال: «قد ضمن لك الثمن»، فجعل الضمان ملاكاً لاستحقاق الربح، ولم يقل لأنَّه مالك للنخل، وحمله على إرادة الملك خلاف الظاهر. نعم، هناك روايتان أخريتان في نفس الباب قد يكون ظاهرهما ذلك، فراجع^(٢).

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٦٤ و ٢٢٥، ب ١٥ من أحكام العقود، ح ١. و باب ٧ من بيع الثمار، ح ١.

٢ - المصدر السابق: ٢٢٥، ب ٧ من بيع الثمار، ح ٢ و ٣.

وعند الجمهور ورد الخراج بالضمان في مورد من ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ فردّه عليه فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(١). ومورده أيضاً ضمان المسمّى وإن عمّمه أبو حنيفة لضمان الغرامة أيضاً اشتباهاً.

وهذا المعنى لا إشكال في أنه هو ظاهر اللفظ في قبال المعاني السابقة، إلا أن هناك إیرادات عليه لا بد من الاجابة عليها وحلّها؛ لتتضح حدوده وأبعاده، وهذا ما نتحدث عنه في الجهة القادمة.

الجهة الثالثة: في الاعتراضات الواردة على هذا المعنى، وهي مجموعة نقوض فقهية لا يمكن أن يلتزم ببطلان الاسترباح فيها ما لم يراد بالضمان في هذه الفقرة معنىً ونوعاً خاصاً من الضمان:

١ - النقص بموارد ضمان اليد، كما إذا غصب غاصب مال شخص، فإنّه سوف يكون ضامناً لتلفه فضلاً عن اتلافه فيلزم أن تكون نماءاته وأرباحه له، وهذا مقطوع البطلان، كيف وهو الذي ذهب إليه بعض العامة كأبي حنيفة في قاعدة الخراج بالضمان ودلّت صحيحة أبي ولاد^(٢) على بطلانه وأنّه من الفتاوى التي تمنع قطر السماء عن أهل الأرض.

ويكفي في الجواب على هذا النقص: أن المراد من الربح بقريئة السياق

١ - جامع الأصول ٢: ٢٨، باب ٩ كتاب البيع، ح ٤٤٠.

٢ - وسائل الشريعة ٢٥: ٣٩٠، ب ٧ من الغصب، ح ١.

في الفقرات المذكورة، بل وفي نفسه الربح التجاري، أي الحاصل بالمعاملة، فيكون المقصود من الضمان فيه الضمان في نفس المعاملة والتجارة بقريته التقابل لا الضمان الحاصل من وضع اليد على مال الغير.

فلا يشمل النهي المذكور ضمان اليد والنماءات المتولدة من نفس المال أو المنافع فيها، فإنها تابعة في الملكية لملكية أصل المال، وتكون تلك المنافع مضمونة أيضاً بضمن اليد، ولا ربط ولا نظر لهذا النهي إليها، بل يكون الغاصب ضامناً لها؛ لأنّ غصبه للأصل غصب لها كما هو واضح.

٢ - النقص بما إذا بيع مال المالك بأكثر، أي بما فيه ربح فضولة من قبل الغاصب ثمّ أذن المالك فإنّه يربح ربحاً تجارياً من دون أن يكون ضامناً لرأس المال لو كان يتلف.

وقد يجاب: بأنّ النظر إذا كان إلى الربح التجاري فيكون المراد بالضمان أيضاً الضمان العقدي لا ضمان اليد - كما أشرنا - والضمان على الغاصب باليد لا بالعقد.

إلا أنّ هنا جواباً آخر أعمق سوف يأتي في دفع النقص القادم.

٣ - النقص بموارد الضمان العقدي أو الضمان بالشرط مع ثبوت الربح فيها للمالك، كما إذا ضمّن المالك على رأس ماله بعقد التأمين أو عقد الضمان، بمعنى ضمان العهدة، أو كان عارية بيد الغير بنحو العارية المضمونة، وكان مجازاً أو أجاز الاتجار به فحصل فيه ربح فإنّه لا اشكال في أنّه يكون لمالكه.

والجواب: أنّ المراد بالضمان في هذه القاعدة طرداً وعكساً منطوقاً ومفهوماً هو ضمان المبيع في تلك المعاملة التي فيها الربح، لا ضمان آخر،

بمعنى أنّ المقصود هو النهي عن الاسترباح التجاري بأموال الآخرين بأن يدخل ربح مال الغير في كيس الإنسان بلا أن يكون قد ضمن عوضه وضمنه في تلك المعاملة .

وفي مورد النقضين المذكورين يكون المال المشتري برأس مال المالك قد ضمنه المالك بحيث لو تلف كانت ذمة المالك مشغولة بضمنه لا محالة ، غاية الأمر المؤمن أو المستعير أيضاً تشغل ذمته للمالك بأداء ما سيخسره للبائع بمقتضى عقد آخر هو عقد التأمين أو غيره ، أو شرط الضمان في عقد العارية معه ، فهذا ضمان آخر لا ربط له بضمان المال في عقد البيع والاسترباح ، وهذه هي الفذلكة الأساسية لهذه القاعدة .

والوجه في هذا الاستظهار ظهور كلمة الربح وسياق الفقرات المذكورة في النظر إلى باب الاسترباح بالتجارة ونحوه ، وأنه ما لم يكن المستربح بتلك المعاملة ضامناً لرأس المال لا يستحق الربح ، وهو ظاهر في الضمان من ناحية نفس العقد لا عقد آخر .

هذا مضافاً إلى ما ورد في رواية الكرخي - المتقدمة - فإنها صريحة في اناطة استحقاق الربح بضمان ثمن المبيع في مقابل من اشتراه منه بأن يكون تلفه أو خسارته عليه بمقتضى ذلك العقد ، وهذا لا ينافي أن تكون خسارته بمقتضى عقد آخر مستقل على الغير ، فإنه لا ربط له بالضمان المذكور فيها .

٤ - النقض ببيع المبيع الشخصي بأكثر قبل قبضه ، فإنّ ضمان تلفه وخسارته من كيس البائع ؛ لقاعدة أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه ، فلا يكون المشتري ضامناً للمسئى فيه ، مع أنه يجوز ذلك ، ولا يضمن بل يقطع

بالصحة فيه فقهاً، وقد صرّحت روايات عديدة معتبرة بذلك :
 ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يشتري
 الثمرة ثم يبيعها قبل أن يأخذها ؟ قال : لا بأس به إن وجد بها ربحاً فليبع » .
 وهي إن لم تكن منصرفه إلى الثمرة المشخصة المعينة في الخارج فلا أقل
 في إطلاقها ، بل من يراجع روايات المسألة يظهر له أنّ البيع كان جائزاً من هذه
 الناحية ، وإنّما الاشكال والنهي قد ورد في بيع الطعام بربح قبل قبضه ، والذي
 ذهب إلى التحريم فيه بعضهم .

إلا أنّ بعض الروايات دلّت على الجواز فيه أيضاً ، بل الروايات الناهية
 والمجوّزة كلّها واضحة الظهور في أنّ المحذور من ناحية الكيل لا من ناحية عدم
 القبض وعدم ضمان المسمّى (١) .

والجواب : أولاً - يمكن أن يقال : إنّ نفس بيع المبيع قبل قبضه يخرج عن
 ضمان البائع ؛ لأنّه نحو تصرف فيه كالقبض ، فلو تلف بعد البيع كان من كيس
 المشتري الأوّل ، لا البائع الأوّل ، والرواية الدالّة على هذا الحكم لو تمت سنداً
 ودلالة فلا إطلاق فيها لصورة تصرف المشتري فيه ، ولو كان تصرفاً معاملياً
 كالبيع والايجار ؛ لأنّها محمولة على القاعدة العقلائية ، وهي لا تقتضي أكثر من
 ذلك .

وثانياً - لو سلّمنا إطلاق الرواية مع ذلك قلنا بأنّ الضمان في المقام

١ - راجع : وسائل الشيعة ١٨ : ٦٥ ، ب ١٦ أحكام العقود . والروايات إن لم تكن منصرفه إلى المبيع
 الشخصي فبإطلاقها تشمله .

يمكن أن يكون على المشتري الأوّل، كما إذا جاء البائع وأعطى المبيع له ولم يرض باعطائه للغير - فإنّه لا يجب عليه ذلك جزءاً - فيكون التلف عندئذٍ من كيس المشتري الأوّل قبل اقباضه من المشتري الثاني، وهذا يعني أنّ عدم ضمان المشتري الأوّل منشأه عدم تحقق الاقباض له من قبل البائع لا نفس المعاملة.

فالحاصل: مورد النهي في القاعدة المذكورة ما إذا لم يكن يتحقق الضمان على المستريح بنفس المعاملة، لا ما إذا لم يكن ضمان عليه باعتبار خصوصية خارجية غير ملازمة مع طبيعة المعاملة، فتدبر جيداً.

وهكذا يتضح مفاد هذه القاعدة النبوية المباركة، وهي أنّ الإنسان لا يصحّ منه الاسترباح بأموال الآخرين بأن تكون المعاملة بنحو بحيث يكون ربح رأس المال له من دون أن يضمن شيئاً من خسارته أو تلفه، إمّا بأن لا يدخل في ملكه أصلاً كما في ربح رأس المال المدفوع قرضاً، أو يدخل في كيسه ولكنّه بنحو لا يتحمل ضمانه أصلاً، فإنّ هذا فيه روح الربا، ولا فرق بينهما من هذه الناحية، فروح المعاملة الربوية أن يتعامل المالك برأس المال بعقد يكون ربحه له من دون أن يضمن وضيعته أو تلفه بمقتضى ذلك العقد، بل يكون رأس ماله محفوظاً ومضموناً له على كل حال ومع ذلك يستحق الربح، وهذا هو المقصود من النهي عن ربح ما لم يضمن، وهذا له مصاديق وتطبيقات عديدة ستأتي في الجهة القادمة.

ثمّ إنّ النهي عن ربح ما لم يضمن لا يقتضي أكثر من عدم استحقاق الربح، وأمّا بطلان المعاملة والبيع الحاصل أو بطلان الضمان فلا يقتضيه النهي المذكور.

نعم، لو كانت العبارة النهي عن بيع ما لم يضمن، أي بيع مسبيع لم يضمنه بايعه بضمنه دَلٌّ ذلك على بطلان البيع بالزيادة.

إِلَّا أَنَّ هَذِهِ الْعِبَارَةَ لَمْ تَتَّبَثْ بِسَنْدٍ مَعْتَبَرٍ كَمَا تَقَدَّمَ، وَعِنْدُنَا لَوْ دَلٌّ لِدَلِيلٍ عَلَى صِحَّةِ الْمَعَامَلَةِ بِإِزْيَادَةٍ - كَمَا سَيَأْتِي فِي بَعْضِ التَّطْبِيقَاتِ فِي الرِّوَايَاتِ مِنَ الْجِهَةِ الرَّابِعَةِ - فَلَا إِشْكَالَ، وَإِلَّا فَهَلْ يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ عَلَى مَقْتَضَى الْقَاعِدَةِ أَمْ لَا؟ سَنَبْحَثُهُ عِنْدَ التَّعَرُّضِ لِلتَّطْبِيقَاتِ مِنَ الْجِهَةِ الرَّابِعَةِ.

الجهة الرابعة: في تطبيقات وردت في موارد ضمن الروايات يمكن اعتبارها من مصاديق قاعدة النهي عن ربح ما لم يضمن، بحيث لو تمَّ استظهار ذلك منها أصبحت دليلاً أيضاً على صحة هذه القاعدة.

التطبيق الأول: ما ورد في قضاء أمير المؤمنين عليه السلام من المنع عن الاسترباح من خلال شراء شيء لشخص آخر نقداً على أن يزيده نظرة، وقد ورد ذلك ضمن موثقتي محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أمره نفر ليبتاع لهم بعيراً بنقد ويزيدونه فوق ذلك نظرة، فابتاع لهم بعيراً ومعه بعضهم فمنعه أن يأخذ فوق ورقه نظرة».

وموثقته الأخرى عن أبي جعفر عليه السلام قال: «منع أمير المؤمنين الثلاثة تكون صفقتهم واحدة، يقول أحدهم لصاحبه: اشتر هذا من صاحبه وأنا أزيدك نظرة يجعلون صفقتهم واحدة، قال: فلا يعطيه إلا مثل ورقه الذي نقد نظرة، قال: ومن وجب له البيع قبل أن يلزم صاحبه فليبيع بعد ما شاء» (١).

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٣٨، ب ٣ من أحكام العقود، ح ١ و ٢.

وقد فسّرت الرواية في كلمات بعض الفقهاء كالمجلسيين (١) بارادة صورة توكيله أن يشتري لهم من السوق ويدفع عنهم الثمن من ماله ثم يأخذ عنهم أزيد منه في قبال ما اشتغلت ذمتهم له ، فيكون رباً محرماً على القاعدة .

وفيه : أولاً - مخالفة ذلك لظاهر الروايتين ، بل صريح الثانية منهما ؛ لأنها صرحت بجعل الصفقتين أي البيعين صفقة واحدة ، مما يدلّ على أنّ النظر إلى تحقق بيعين أحدهما بنسيئة ونظرة بأكثر ، والآخر نقداً بأقل ، غاية الأمر تارة يشتري صاحب النقد ويوجب البيع لنفسه نقداً أولاً ثم يبيعه نظرة بأكثر فهذا جائز ، وأخرى يتفق على النسيئة بأكثر أولاً ثم يشتري بأقل نقداً بنحو يقع للمشتري بالأكثر نسيئة بنفس الشراء من السوق بصفقة واحدة ، فالأول جائز بصريح ذيل الرواية الثانية ، والثاني غير جائز بصدر الروايتين ، وهذا لا يناسب مع فرض التوكيل في الشراء ؛ لأنّ البيع والصفقة واحدة كما لا يخفى .

هذا ، مضافاً إلى أنّ التوكيل إن كان في الشراء لهم بالذمة فهذا خلاف ظاهر الروايتين من أنّ الشراء من السوق كان بالنقد ، وكون صاحب النقد هو طرفه وصاحب النسيئة يشتريه منه وإن كان التوكيل في الشراء لهم بالنقد بعد الاستقراض منه فهذا أبعد وأكثر مخالفة للظاهر .

وثانياً - أنّ النظر لو كان إلى التوكيل في الشراء لهم بالذمة ثمّ الوفاء عنهم أو اقراضهم النقد ثمّ الشراء لهم بنقدهم أمكن له أن يأخذ الزيادة في قبال وكالته كأجرة أو كجعالة ، بل وفي قبال الوفاء عنهم بناءً على صحة أخذ الجعالة على

.....

ذلك ، فلا وجه للبطلان على القاعدة كما رامه المجلسيان .

فالصحيح : أنّ الروائتين ناظرتان إلى قاعدة النهي عن ربح ما لم يضمن ؛ لأنّ الصفقتين لو جعلتا صفقة واحدة بأن يقع المتاع بنفس شرائه بالنقد لصاحب النسيئة بأكثر نظرة لزم أن يربح صاحب النقد الزيادة بلا أن يكون ضامناً لثمن المتاع وخسارته ؛ لأنّه قد ضمّنه في ذمة صاحب النسيئة ، فهو من الاسترباح بمال الآخرين ، ومن ربح ما لم يضمن ؛ لأنّ المتاع المذكور لو تلف قبل الشراء كان من مال بائعه ، ولو تلف أو وضع بعده كان بدله وثمانه من كيس المشتري بالنسيئة بحسب فرض وحدة الصفقة .

ولا يفرق في ذلك بين أن يفترض دخول المبيع آنأما في ملك الواسطة ثمّ انتقاله إلى المشتري بالنسيئة أو يفترض انتقاله ابتداءً إلى ملك صاحب النسيئة بثمن صاحب النقد - بناءً على عدم منافاته مع حقيقة البيع - واشتغال ذمة صاحب النسيئة بالثمن الأكثر الذي اتفقا عليه ، فإنّ كليهما من ربح ما لم يضمن بالمعنى المتقدم .

ثمّ إنّ الروائتين صريحتان في صحة المعاملة المذكورة ، وإنّما لا يستحق صاحب النقد - وهو الواسطة في الشراء بنقده - الزيادة مع وقوع المبيع لصاحب النسيئة ، وهذا دليل على صحة بيع شيء قبل أن يملكه وبشتره من السوق إذا لم يكن بأكثر مما يشتريه بجعل الصفقتين صفقة واحدة ، وهذا يؤكد أنّ المنظور فيهما عدم استحقاق الربح ، وأنّه كالربح الربوي الذي لا يستحقه المقرض مع وقوع القرض ، فليس الإشكال في صحة البيع للغير بمال نفسه ، بل ولا في بيع ما لم يملكه بعد بجعل الصفقتين صفقة واحدة لولا حيثية الربح والزيادة

الحاصلة من بيع ما لم يضمن ثمنه ، فالروايتان في الوقت الذي تدلّان فيه على المنع عن ربح ما لم يضمن تفسران ذلك بعدم استحقاق الربح مع إمكان بقاء المعاملة صحيحة ، ولو من جهة أنه جداً ولباً إنّما يقصد الشراء لهم بماله فيقع لهم صحيحاً ، غاية الأمر لا يستحق الزيادة التي هي رباً روحاً ، وإن لم يكن قرضاً ربوياً شكلاً .

وهذا ما يمكن أن يفسر لنا المراد من روايات العينة التي حمل بعضها المشهور على إرادة النهي عن بيع ما لم يملكه بعد مطلقاً ولو لم يكن فيه ربح . وسيأتي تفصيله .

التطبيق الثاني : ما ورد في اشتراط الضمان على البائع لوضيعة المال المشتري منه . وقد ورد المنع عنه في معتبرة عبد الملك بن عتبة قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل أبتاع منه طعاماً أو ابتاع منه متاعاً على أن ليس عليّ منه وضیعة هل يستقيم هذا ؟ وكيف يستقيم وجه ذلك ؟ قال عليه السلام : « لا ينبغي » (١) .
والبحت تارة في سندها وأخرى في دلالتها .

أمّا السند فعبد الملك بن عتبة قيل إنّهُ مردد بين النخعي الصيرفي الثقة أو الهاشمي الذي لم يرد توثيق بشأنه ، وظاهر النجاشي أنّهما شخصان وأنّ الأوّل هو الذي له كتاب دون الآخر ، وأنّه من أصحاب الإمام الباقر عليه السلام والصادق عليه السلام ، بينما الأوّل من أصحاب الصادق عليه السلام وأبي الحسن عليه السلام (٢) .

١ - وسائل الشيعة ١٨ : ٩٥ ، ب ٣٥ من أحكام العقود ، ح ١ .

٢ - رجال النجاشي : ٢٣٩ (ط - جامعة المدرسين) .

.....

وذكر الشيخ أن الثاني أيضاً له كتاب (١).

وادعى السيد الأستاذ الخوئي رحمته الله بأن من ينقل عنه علي بن الحكم - كما في هذا السند - ينصرف إلى الهاشمي لا النخعي (٢).

وكلا المطلبين غير تام، بمعنى أن العنوانين لرجل واحد، وأن النجاشي قد وقع عنده الخلط بين عبد الملك بن عتبة وعبد الكريم بن عتبة الهاشمي، فإنه الذي ليس له كتاب، والظاهر أنهما اخوان، كما قال به الوحيد البهبهاني (٣).

أما عبد الملك بن عتبة فهو واحد؛ إذ لا يوجد بعنوان النخعي في الأسانيد إلا حديث واحد في الكافي، ويحتمل فيه تصحيف النخعي عن الهاشمي؛ إذ لا يحتمل أن من له كتاب له رواية واحدة، بينما سائر الروايات والتي تبلغ أربعين رواية تكون عن الهاشمي الذي ليس له كتاب.

كما أن عبد الملك بن عتبة الوارد مطلقاً أو مع لقب الهاشمي وهو الأكثر لا ينقلان إلا عن أبي الحسن عليه السلام، وقليلاً عن الإمام الصادق عليه السلام ولا نقل ولو لمورد واحد عن الإمام الباقر عليه السلام، وأكثرها أيضاً فيه علي بن الحكم عنه عن أبي الحسن عليه السلام، مما يعني أن علي بن الحكم ينقل عن كلا العنوانين المطلق المنصرف إلى من له الكتاب وهو النخعي والمقيد بالهاشمي الذي ليس له كتاب،

١ - الفهرست: ١١٠ (ط - منشورات الرضي).

٢ - معجم رجال الحديث ١٢: ٢٧، الطبعة الأولى.

٣ - تعليقة الوحيد على منهج المقال: ٢١٥.

فكيف يكون نقله عن المطلق منصرفاً إلى الهاشمي؟! فإنّ هذا يعني أنّ أكثر الروايات عمّن ليس له كتاب والقليل جداً عن الذي له كتاب، وهذا غير محتمل، فالظاهر اتحاد العنوانين. راجع المسألة على ضوء ملاحظة الأسانيد التي وقع فيها هذا العنوان تعرف ذلك، فالرواية صحيحة سنداً.

وأما الدلالة فقد يقال بأنّ التعبير الوارد في كلام الإمام عليه السلام بقوله: «لا ينبغي» ليس ظاهراً في أكثر من الحزاة والكراهة لا الحرمة.

إلا أنّ الانصاف أنّ هذا التعبير لو فرض فيه احتمال ذلك في باب التكليف إلاّ أنّه ظاهر في الارشاد إلى البطلان في باب الوضع والمعاملات، خصوصاً مع صراحة السؤال في طلب وجه للصحة لأنّ يستقيم للسائل ما يريده، فيكون ظاهره - والله العالم بحقائق الأمور - أنّ ما افترضه السائل من اشتراط أن يكون ضمان الوضعية على البائع الذي يشتري منه المتاع أو الطعام للاسترباح إذا باعه بأقل مع كون الربح له إذا باعه بأكثر لا يصحّ ولا يجوز.

وهذا أيضاً تطبيقي من تطبيقات (ربح ما لم يضمن) حيث يكون الربح بمقتضى مثل هذا الشراء للمشتري من دون أن يضمن خسارة رأس المال، بل يكون مضموناً على البائع.

وقد يقال: بأنّ الرواية لعلّها ناظرة إلى عدم الصحة للشرط المذكور؛ لكونه خلاف الشرع، إمّا لأنّ شرط الضمان بمعنى اشتغال الذمة في نفسه غير صحيح؛ لأنّ الشرط لا يكون مشرعاً واشتغال الذمة بحاجة إلى سبب كالاقراض أو الاتلاف، أو لأنّه كما يكون النماء والربح للمالك تكون الوضعية أيضاً عليه

ومن كيسه ، فاشتراط خلاف أيّ منهما شرط مخالف للشرع فيكون باطلاً ، فالرواية أجنبية عن مسألة عدم استحقاق ربح ما لم يضمن ولا يكون تطبيقاً لها ولا الرواية دالّة عليها .

والجواب: أولاً - أن ضمان الوضعية كضمان التلف ، بل هو ضمان تلف المالية ، ولا فرق بينه وبين ضمان تلف المال شرط سائع شرعاً في نفسه ؛ لما ثبت من صحة ذلك في باب عقد الضمان على الأعيان ، وكذلك صحة شرط الضمان في العارية المضمونة - بناءً على كونه ضماناً عقدياً وبالشرط لا ضمان اليد - ولا يشترط في صحة شرط الضمان بنحو شرط النتيجة أكثر من الجواز بهذا المقدار ، أي يكون الالتزام به ضمن العقد نافذاً وصحيحاً ، سواء كان من خلال عقد مستقل أو شرط والالتزام ضمن عقد لازم .

وأما كون الشرط المذكور خلاف الشرع لكون الخسارة كالنماء تابعاً للأصل فهذا إنما يلزم لو كان الشرط عدم حصول الوضعية في ملك مالكة وهو المشتري أصلاً ، لا ما إذا كان الشرط ضمانها في طول حصولها أولاً في ملك المشتري بأن يضمن ما يخسرهُ المشتري أولاً ، فإنّ هذا ليس مخالفاً للشرع كما في عقد ضمان تلف الأعيان ، فالمنع في الرواية لا يمكن أن يكون من هذه الجهة ، بل من جهة الاسترباح مع عدم تحمّل الخسارة بمقتضى الشرط في ضمن العقد المذكور .

وثانياً - ظاهر التعبير بالوضعية أنّ نظر السائل إلى ما يشتريه للتجارة والاسترباح ببيعه بأكثر ؛ لأنّ الوضعية تكون بذلك أي ببيع ما اشتراه بأقل من رأس ماله الذي اشتراه به ، فلو كان نظر السائل إلى اشتراط شرط مخالف

لقانون التبعية في النماء ربحاً وخسارة لم يكن وجه لافتراض ذلك على من يشتري منه المتاع بالخصوص، ولا لخصوص ضمان الوضعية.

فالظاهر أنّ المحذور الذي كان يتصوره السائل ومن ناحيته يحتمل عدم استقامة عمله إنّما هو الاسترباح بما ضمّنه على البائع الذي يشتري منه، والذي يعني أن لا يضمن ثمنه بمقدار الوضعية أو التلف على البائع؛ وأمّا لو كان الضمان في عقد آخر غير نفس عقد الاسترباح لم يكن به بأس.

وهذا هو ربح ما لم يضمنه بالمعنى المتقدم، فتدل الرواية على أنه لا ينبغي للمشتري أن يفعل ذلك، أي أن يضمن رأس ماله على البائع، مع كون الربح له، فيكون تطبيقاً آخر من تطبيقات قاعدة النهي عن ربح ما لم يضمن، وهذا لا يدلّ على أنّه لو فعل ذلك فهل يصح الضمان ويكون الربح للبائع أو يبطل الضمان ويكون الربح للمشتري، فإنّ الرواية من هذه الناحية ساكنة.

وقد يقال: بدلالة معتبرة رفاة على خلاف ذلك، حيث إنّه قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك في جارية له وقال: إن ربنا فيها فلك نصف الربح وإن كان وضعية فليس عليك شيء، فقال: لا أرى به بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية» (١).

وهي وإن كانت واردة في اشتراط أحد الشريكين ضمان حصته على الشريط الآخر مع كون الربح بينهما، إلاّ أنّه يستفاد منها ضمناً صحة ذلك وعدم قدحه في استحقاق الربح لو كان.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٧، ب ١ من أحكام الشركة، ح ٨.

ويلاحظ عليه : أولاً - أن هذا فرع أن يستفاد من جواب الإمام فيها جواز ذلك ، مع أنه إنما ظاهر في عدم الجواز أو مجمل على أقل تقدير ؛ لأنه قد ورد فيه التقييد بقوله عَلَيْهِ : « إذا طابت نفس صاحب الجارية » وهذا ظاهره الشرطية وأنه لو لم تطب نفسه فيه بأس ، وظاهره شرطية طيب النفس بقاءً لا حدوثاً فقط وعند البيع بشرط الضمان ؛ لأن ذلك يلزم منه التكرار المستهجن ؛ إذ فرض في مورد السؤال أن صاحب الجارية هو المقدم والمقترح للشرط المذكور على نفسه ، فلا معنى لاناطة الجواب بفرض طيب نفسه ورضاه بذلك ، فإنه تحصيل حاصل .

وهذا بخلاف ما إذا أريد طيب نفسه بعد الربح أو الخسران ، فتكون الرواية دليلاً على عدم صحة الشرط المذكور ، فإما لا يستحق الربح إلا بطيب نفس صاحب الجارية ؛ لأن الثمن للنصف قد ضمنه له ، أو لا يصح شرط الضمان فلا يستحق الوضعية على صاحب الجارية إلا بطيب نفسه ، ولا أقل من إجمال الرواية من هذه الناحية .

وثانياً - لو سلمنا ظهورها في كفاية طيب النفس حدوثاً بالشرط مع ذلك قلنا إن مفادها ليس ظاهراً في كفاية اشتراط ضمان الوضعية على الشريك ضمن عقد الشركة ، بل لعله هو عقد ضمان مستقل لحصة الشريك على تقدير الخسارة أو التلف من دون أن يكون ذلك شرطاً ضمن عقد الشركة ، أي يكون البيع للجارية من قبلهما ، فكلاهما ضامنان للمبيع في مقابل الثمن للمشتري ، غاية الأمر يكون أحد الشريكين على تقدير الوضعية ضامناً للشريك الآخر ما خسره كما في عقد التأمين ، وهذا أجنبي عن القاعدة ، فتدبر جيداً .

التطبيق الثالث: ما ورد في المضاربة من أنّ من ضمّن تاجراً فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء.

وهي معتبرة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام، وقد نقلها الكليني والصدوق عليه السلام بصيغة: «أنّ عليّاً عليه السلام قال: من اتجر مالا واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان، وقال: من ضمّن تاجراً فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء»^(١).

ونقلها الشيخ بصيغة: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في تاجر اتجر بمال واشترط نصف الربح فليس على المضارب ضمان» وقال أيضاً: «من ضمّن مضاربه فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء»^(٢).
وسند الكليني والصدوق وكذلك سند الشيخ كلاهما صحيح.

وقد نوقش في الاستدلال بما هو ظاهرها من صحة شرط الضمان وانقلاب المضاربة كالقرض من حيث إنّ تمام الربح يكون للمالك باشكالين - وقد تقدّم ذكرهما سابقاً أيضاً -:

أحدهما - ما عن المستمسك بأنّ مفادها مشابه لما عن بعض العامة من أنّ الخراج بالضمان، وهذا مقطوع البطلان في فقهاء^(٣).

وفيه: ما تقدّم من أنّ ما هو مقطوع البطلان ما ذهب إليه أبو حنيفة من

١ - من لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٤، باب المضاربة، ح ٢. وانظر: الكافي ٥: ٢٤٠، كتاب المعيشة،

باب ضمان المضاربة، ح ٣.

٢ - تهذيب الأحكام ٧: الشركة والمضاربة، ح ١٦.

٣ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٧٧.

.....

أن الغاصب لا يضمن منافع العين المغصوبة؛ لأنه ضامن لرقبتها، تمسكاً بما ورد عندهم عن النبي ﷺ: «أن الخراج بالضمان» (١).

وهذا المطلب باطل حتى بناءً على صدور تلك الرواية؛ لأن المراد منها - كما تقدّم - الضمان العقدي، أي ضمان الثمن في مقابل ربح المبيع ومنفعته كما هو مورد، فالتعدي منه إلى ضمان اليد أجنبي عن مفاده، وفي المقام ليس ضمان خسارة العامل مربوطاً باليد، بل هو من باب الضمان العقدي، فلا ربط لمفاد هذه الرواية بفتوى أبي حنيفة في عدم ضمان الغاصب للمنافع أصلاً.

على أنه لو فرض ورود دليل معتبر على حكم خلاف قاعدة في مورد لا يمكن طرحه لمجرد كونه على خلاف القاعدة وهذا واضح، وسيظهر أن مفاد هذه المعتمدة طبق القاعدة التي استفدناها من مناهي النبي ﷺ ومن الروايات الأخرى.

الثاني - ما ذكره في مستند العروة (٢) من أن الرواية أجنبية عن باب المضاربة؛ إذ المراد بالتضمنين فيه الضمان من أول الأمر والذي هو الاقراض، فيكون النظر فيها إلى من يقرض تاجراً ويريد منه الربح على قرضه، وهو ربا محرّم.

وقد استغرب من افتاء بعض المتأخرين بأن شرط الضمان في المضاربة يكون صحيحاً والمضاربة لا تكون صحيحة من أجل النص المعمول به عند

١ - جامع الأصول ٢: ٢٨، كتاب البيع، ب ٩، ح ٤٤٠.

٢ - المستند في شرح العروة الوثقى ٣١: ٣٦.

الأصحاب ، خلافاً للقاعدة التي تقتضي صحة العقد وفساد الشرط - بناءً على أنه مخالف لحكم الشارع بأن يد المضارب أمينة ولا ضمان عليه - .
وقد ذكرنا في أبحاث المضاربة أنّ الشرط المذكور ليس على خلاف الشرع ؛ لأنّ أدلّة نفي الضمان عن الأمين أو المضارب ناظرة إلى ضمان اليد لا الضمان بالعقد .

كما ذكرنا أنّ الشيخ في النهاية^(١) وابن إدريس في السرائر^(٢) وكثير غيرهم قد أفتوا بنفس النتيجة المستفادة من الرواية ، والظاهر أنه من جهة الاستناد إليها . وأما ما ذكره في تفسير الرواية فهو ممّا لا يمكن المساعدة عليه بوجه ؛ وذلك :

أولاً - لأنّه لو سلّم إمكانه في الرواية بنقل الكليني والصدوق فهو غير ممكن في نقل الشيخ ؛ لما ورد فيها من التصريح بعنوان المضارب ، وحيث أنّه منقول بسند آخر عن محمّد بن قيس ولم ينقله الشيخ عن الكافي فلا يقع تهافت في النقل .

وثانياً - إنّ الرواية بنقل الكليني والصدوق أيضاً ظاهرة في نفس المفاد والمعنى ، أي يكون النظر فيها إلى اشتراط الضمان على التاجر المضارب أو شامل له باطلاقه ؛ لأنّ عنوان التضمنين غير الاقراض ، ومجرد كون القرض فيه تضمين للمال على المقترض لا يؤدّي إلى أن يصح أن يراد بالتضمنين عقد

١ - النهاية : ٤٣٠ .

٢ - السرائر ٢ : ٤٠٩ .

القرض بالخصوص، من قبيل أن يقال: (من ملك مالاً لفلان) ويراد به البيع بالخصوص، بل يمكن أن يقال إنَّ التعبير بقوله ليس له إلا رأس ماله، أو ليس له من الربح شيء، بل سبق الجملة الأولى الصريحة في التاجر المضارب قرينة على أن النظر إلى المضاربة بشرط الضمان أو شامل لها على الأقل.

فالصحيح أن الرواية واضحة الدلالة في النظر إلى تضمين التاجر بمال الغير، وأنه لا يجتمع مع أن يكون للمالك الربح أيضاً، فإما أن يكون له الربح فيكون الضمان على المالك وإما أن يكون الضمان على العامل فلا حق للمالك في الربح.

ثم إنه يمكن أن يستشكل على الاستشهاد بهذه الرواية على القاعدة التي ذكرناها ببعض المناقشات:

منها - ورودها في شرط المالك ضمان رأس ماله على العامل المضارب فلعله حكم تعبدي خاص بذلك على خلاف القاعدة، ولا ربط له بقاعدة ربح ما لم يضمن ولزوم روح الربا بذلك.

والجواب: أن ظاهر الرواية بقرينة المقابلة بين صدرها وذيلها التقابل بين تضمين رأس المال وبين استحقاق ربحه، حيث وردت هذه المقابلة في كلام الإمام ابتداءً وبنحو الضابطة الكلية، بحيث يكون المتفاهم منها عرفاً أنّهما لا يجتمعان، وأنَّ المالك إذا أراد الاسترباح برأس ماله فليس له أن يضمّنه على التاجر، فتكون المضاربة تطبيقاً من تطبيقات تلك الكبرى.

هذا مضافاً إلى أن الرواية بنقل الكليني والصدوق فيها إطلاق شامل لغير المضاربة أيضاً، حيث دلّت على أن كل من ضمّن تاجراً رأس ماله فليس له من

ربحه شيء، وليس له إلا رأس ماله، وهذا يشمل التاجر المضارب والوكيل والمتبرع بالاتجار للغير والمعبر عنه بالبضاعة والأجير، فإنه في جميع موارد الاتجار بمال الغير لو ضمن رأس ماله على التاجر لم يجز له أن يأخذ شيئاً من الربح، وهذا هو نفس المضمون والكبرى الكلية التي استفدناها من نهى النبي ﷺ ومن الروايات الأخرى السابقة.

ومنها - أن الأخذ باطلاق هذه الرواية يستلزم منه عدم استحقاق الربح لمن ضمن رأس ماله مطلقاً ولو بعقد التأمين ولغير من يشتري منه المتاع المربح، بل مورده تضمين المضارب، وهو غير البائع للمتاع الذي يستريح به، فتكون الرواية أجنبية عن قاعدة عدم استحقاق ربح ما لم يضمن؛ إذ المراد بعدم الضمان فيه عدم ضمان الثمن المسمى لصاحب المتاع الذي فيه الربح.

والجواب: أن الرواية واردة بعنوان من ضمن التاجر - سواء المضارب أو غيره كالأجير والوكيل ونحوهما - رأس ماله في عقد التجارة والذي لا بد وأن يقع رأس المال ثمناً فيه، وهذا معناه أن المالك لرأس المال لا يتعهد بضمان خسارة ما يشتريه التاجر له من السلع والأمتعة للتجار، وإنما يجعل ضمان خسارته على العامل المضارب معه بنحو الاشتراط في نفس عقد المضاربة التي هي للاسترباح، فيكون له الربح من دون ضمان رأس المال وكون ضمانه على الطرف الآخر في هذه المعاملة. وهذا هو ربح ما لم يضمن، وهو الاسترباح بأموال الآخرين. ولا يقاس هذا بمورد عقد التأمين على خسارة مال، فإنه ضمان آخر مستقل عن عقد الاسترباح يضمن الضامن والمؤمن فيه خسارة تلف المال لمالكة.

فالحاصل : ظاهر تضمين رأس المال على التاجر أن المالك ليس مسؤولاً في عقد المضاربة ، ولا ضامناً أمام من يشتري منه التاجر المتاع التجاري للاسترباح ، وأن ذلك بعهدة التاجر ، وهذا يساوق ربح ما لم يضمن في شخص تلك المعاملة ، بخلاف ما إذا كان ضامناً للبدل من رأس ماله فكانت الخسارة من كيسه ، غاية الأمر على تقدير الخسارة يتدارك ويجبر ذلك بضمان في عقد والتزام آخر مستقل عن المضاربة ، فإن هذا لا يشمل عنوان (من ضمن تاجراً) ولا النهي عن (ربح ما لم يضمن) فإنهما ناظران إلى الضمان وعدمه في نفس عقد الاسترباح لا عقد آخر مستقل ، وهذا واضح .

ومنها - دعوى عدم الفرق عرفاً بين المطالبين المذكورين ، بل ولا بين اشتراط الضمان بنحو شرط النتيجة واشتراطه بنحو شرط الفعل ، أي اشتراط التدارك والجبران ؛ لأن النتيجة العرفية في الموردين واحد خارجاً ، وليس الفرق بينهما إلا دقياً لا عرفياً .

والجواب : منع ذلك ، فإن الفرق بين ما إذا كان ضمان خسارة رأس المال ضمن عقد آخر مستقل عن عقد الاسترباح وما إذا كان شرطاً ضمن نفس العقد واضح ، فإن عدم خسران رأس المال لا ربط له بالاسترباح بوجه أصلاً ، بل هو أثر معاملة أخرى تجري في تمام الأموال ، كما أن الفرق بين شرط الضمان بنحو شرط النتيجة وشرط التدارك واضح أيضاً في باب المعاملات ؛ لاختلاف الآثار والنتائج بين شرط الضمان وشرط التدارك ، حيث يكون الأول حقاً عيناً ، بينما الثاني مجرد حق شخصي ووجوب تكليفي يوجب التخلف عنه حق الفسخ للمالك لا ضمان العامل .

وبهذا يظهر أنّ تضمين التاجر لرأس المال التجاري بالنحو الذي يحقق ربح ما لم يضمن لا يختصّ بالعامل المضارب بل يعقل في الأجير والشريك أيضاً إذا كان شرطاً لازماً ضمن عقد الإجارة أو الشركة العقدية ، فعلى القول بهذه الكبرى يبطل الربح فيها جميعاً إذا كان التضمن فيه بالنحو الذي ذكرناه ، وتحوّل المعاملة إلى قرض . ويظهر من كلمات الشيخ في النهاية وغيره من القدماء الفتوى بذلك في الأجير ، فراجع كلماتهم وتأمل .

التطبيق الرابع : ما ورد في بعض روايات بيع العينة التي استفيد منها بطلان بيع شيء قبل أن يملك ، كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج ، قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العينة فقلت : يأتيني الرجل فيقول : اشتر المتاع واربح فيه كذا وكذا فاراوضه على الشيء من الربح فنتراضى به ثم انطلق فاشتري المتاع من أجله لولا مكانه لم أردّه ثم آتبه به فأبيعه . فقال : ما أرى بهذا بأساً لو هلك منه المتاع قبل أن تبيعه إياه كان من مالك ، وهذا عليك بالخيار إن شاء اشتراه منك بعد ما تأتبه وإن شاء ردّه فلست أرى به بأساً » (١) .

وصحيح منصور بن حازم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوباً بعينه ، قال : ليس عندي ، هذه دراهم فخذها فاشتر بها ، فأخذها فاشتري بها ثوباً كما يريد ثم جاء به أيشتره منه ؟ فقال : أليس إن ذهب الثوب فمن مال الذي أعطاه الدراهم ؟ قلت : بلى ، قال : إن شاء اشتري وإن شاء لم يشتر ، قلت : نعم ، قال : لا بأس به » (٢) .

١ - وسائل الشيعة ١٨ : ٥١ ، ب ٨ من أحكام العقود ، ح ٩ .

٢ - نفس المصدر : ٥٢ .

وفي معتبرته الأخرى قال عليه السلام: « أليس إن شاء اشتري وإن شاء ترك وإن شاء البائع باعه وإن شاء لم يبع ؟ قلت : نعم ، قال : لا بأس » (١).

وفي معتبرة معاوية بن عمار قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : يجيئني الرجل يطلب مني ببيع الحرير وليس عندي منه شيء فيقاولني عليه وأقاوله في الربح والأجل حتى نجمع على شيء ثم أذهب فأشتري له الحرير ، فأدعوه إليه ، فقال : أرايت إن وجد بيعاً هو أحب إليه ممّا عندك أيستطيع أن ينصرف إليه ويدعك ، أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تنصرف إليه وتدعه ؟ قلت : نعم ، قال : فلا بأس » (٢).

وفي رواية يحيى بن الحجاج قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي : اشتر هذا الثوب وهذه الدابة وبعينها أربحك كذا وكذا ، قال : لا بأس بذلك ، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها » (٣).

ونفس المضمون في معتبرة اسماعيل بن عبد الخالق وغيرها (٤).

وفي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسيه فابتاعه الرجل من أجله قال : ليس به بأس ، إنّما يشتريه منه بعدما يملكه » (٥).

١ - وسائل الشيعة ١٨ : ٥٢ .

٢ - نفس المصدر : ٥٠ .

٣ - نفس المصدر : ٥٢ .

٤ - نفس المصدر .

٥ - نفس المصدر : ٥٠ .

والمستفاد من مجموع هذه الروايات حيثيات ثلاث واردة فيها كتعليل أو ضابطة ونكتة للحكم بالصحة :

١ - لو هلك وذهب المتاع قبل أن تبيعه إياه كان من مالك - أي من مال البائع بالنسيئة بأكثر - ومفهومه أنه إن كان هلكته وذهابه من مال المشتري لم يصح ذلك البيع الذي هو البيع نسيئة بأكثر . وهذا ما يستفاد من المعبرتين الأوليين .

٢ - عدم لزوم ووجوب البيع على المشتري للمال نسيئة بأكثر قبل أن يشتريه له من السوق نقداً ، ومفهومه أنه لو كان ملزماً بذلك لم يصح ، وهذا ما صرح به في كل تلك الروايات المتقدمة عدا صحيح محمد بن مسلم .

٣ - أنه يبيعه بعد ما يملكه ، ومفهومه أنه إذا باعه قبل أن يملكه فلا يصح .

وهذه التعبيرات أو الحيثيات الثلاث قد يجعل الثالث منها ملاكاً للحكم فيستفاد منه أن المقصود بطلان البيع قبل الملك واشتراط الملك في صحة البيع ، وهذا ما فهمه المشهور ، وقد استظهره من صحيح محمد بن مسلم المتقدم ، بل جعله الميرزا النائيني رحمته الله (١) صريحاً في شرطية الملك لصحة البيع .

وهل تدلّ الروايات حينئذٍ على بطلان البيع قبل الملك مطلقاً أو يمكن تصحيحه بعد الملك بالإجازة بحث آخر في مقدار مفاد هذه الروايات ،

والصحيح أنه لو استفدنا منها شرطية الملك فليس ذلك بأكثر من لزومها حين الحكم بصحة البيع - أي أن يكون البيع بيع المالك - وهذا يحصل بالإجازة بعد الملك.

وقد يجعل الثاني منها ملاكاً للحكم بأن يشترط أن لا يكون البيع ملزماً به على المشتري والبائع سواء كان بعقد بيع سابق قبل الملك أو شرط في ضمن عقد سابق، وإلا كان باطلاً، فيكون شرطاً آخر غير شرطية الملك عند العقد، فحتى إذا كان البيع بعد الملك مع ذلك يشترط أن يكون بالخيار إن شاء اشترى وإن شاء لم يشتر.

والتحقيق: أن هذه الروايات أجنبية عن كلا هذين المطالبين، بل الجهة والمحدور المنظور إليه فيها مطلب آخر هو نفس القاعدة التي ذكرناها ونقحناها في هذا البحث.

وتوضيح ذلك: أن المراد بكون المشتري أو البائع بالخيار إن شاء اشترى وإن شاء لم يشتر الوارد في كل هذه الروايات أو أكثرها ليس هو الاختيار التكليفي في قبالة الالتزام التكليفي، بل المراد منه ما يقابل اللزوم الوضعي بمعنى أن يكون البيع منه نسيئة ومع الربح - كما صرح به في بعضها وهو المستفاد عرفاً من الباقي حيث لا يقدم صاحب النقد والدراهم عادة إلا بذلك - تماماً بنفس المقابلة والاتفاق الأول بينهما قبل الشراء له من السوق - كما هو مقتضى القصد والغرض النهائي بينهما، وقد صرح في بعضها أنه لولا مكانه لم أرده - فالمقصود أن البيع بأكثر إن كان يتحقق ويتم ويجب على الطرفين بمجرد الشراء للمتاع له من السوق ففيه محدور وبأس وإن كان

لا يجب بذلك بحيث لا بد وأن يوجهه أي يتحقق البيع والشراء ويتم بعد ذلك فلا بأس به .

فالمقصود من الخيار واللزوم هذا المعنى الذي يساوق كون الصفقتين صفقة واحدة الوارد في موثقتي محمد بن قيس المتقدمة في التطبيق الأول والذي تقدم أنه من تطبيقات (ربح ما لم يضمن) .

والدليل على هذا الفهم مضافاً إلى ظهور نفس التعبير بالخيار أو بقوله : « إن شاء اشترى وإن شاء لم يشتر » في مثل هذه الأبواب - في تحقق البيع وعدمه - قرائن داخلية عديدة في السنة هذه الروايات وقرائن خارجية منفصلة في روايات أخرى .

فمن القرائن الداخلية ما ورد في معتبرتي ابن الحجاج ومنصور بن حازم من التعبير بقوله : « لو هلك منه المتاع أو إن ذهب الثوب فمن مال صاحب الدراهم » والذي يعني أن تمام نظر الإمام إلى أن البيع بأكثر بعد لم يجب بينهما وأن ما تقدم من المقالة ليس إيجاباً للبيع بحيث بمجرد أن يشتريه له من السوق بدراهمه يقع له فليس النظر إلى الالتزام التكليفي بالبيع منه فإنه لا يتوقف على أن لا يكون المتاع أو الثوب من مال صاحب الدراهم كما لا يخفى .

ومن القرائن الداخلية التعبير الوارد في رواية يحيى بن الحجاج : « اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها » ، حيث إن الظاهر من مواجهة البيع ثبوته ولزومه الوضعي ، أي لا يكون البيع تاماً قبل الشراء من السوق ، بحث يقع له المتاع بمجرد أن تشتريه من السوق والذي هو معنى جعل الصفقتين صفقة واحدة .

ونفس هذا الظهور أيضاً بدرجة أخف ثابت في معتبرة معاوية بن عمار .
ومن القرائن الداخلية أيضاً التصريح بالأجل والربح في أكثر هذه
الروايات ، بل ما لم يصرح فيه بذلك أيضاً منصرف إليه ؛ لأنّ هذا هو الأمر الذي
كان محل البحث والسؤال في العينة ، حيث كان مقصودهم التوصل إلى ربح في
مقابل الأجل أو في قبال البيع في الذمة لمن ليس فعلاً تحت يده المال دون أن
يقع في محذور الربا ، فالجو العام لهذه الأسئلة كما يظهر ذلك بأدنى تأمل فيها إنّما
هو الفرار من الوقوع في محذور الربا عن طريق البيعين ، وعندئذٍ سئل عن جوازه
مطلقاً وإذا كان البيع بأكثر بعد الشراء وان كان واقع المقصود والغرض النهائي أن
يشتره له ، فمحذور النهي عن الربا بل حتى النهي عن ربح ما لم يضمن كان
منظوراً إليه في كلمات السائلين ، ويريدون التخلص عنه بجعل المقولة ابتداءً
والبيع والشراء بأكثر بعد الشراء من السوق انشاءً ، فلو كان النظر إلى هذا المحذور
فهذا أمر عرفي ومحل الابتلاء والسؤال في الروايات كثيراً ، ويناسب أيضاً ذكر
الربح والأجل ونحوه ، ومنسجم مع الأسئلة والأجوبة في هذه الروايات جداً .

وأما محذور شرطية الملك حين انشاء البيع فهذا مضافاً إلى كونه غير
عرفي وكونه غير مؤثر على قصد المتعاملين لأنّهما يقصدان تملك من يشتري
بأكثر نسيئة بعد الشراء لا قبله غير منسجم مع تعبيرات الروايات من ذكر الربح
والأجل ونحو ذلك ممّا هو كالصريح في أنّ المحذور في الاسترباح الحاصل بهذه
المعاملة ومحذور شرطية الملك لا ربط له بذلك .

بل صرّح في صحيح محمّد بن مسلم بأنّه لعنّه يشتره منه بعد ذلك فلا بد
من فرض المحذور سنخ محذور يحتمل ثبوته حتى مع كون البيع بعد الشراء

من السوق ، وليس هو إلا محذور الربا أو ربح ما لم يضمن بتوهم أن الغرض النهائي لو كان ذلك كان مثله في الحرمة والممنوعة .

ومن القرائن الخارجية ورود نفس التعبير في دليل موثقة محمد بن قيس : « ومن وجب له البيع قبل أن يلزم صاحبه فليبع بعد ما شاء » ، فإن هذا نفس التعبير الواردة في السنة هذه الروايات ؛ خصوصاً رواية يحيى بن الحجاج ممّا يعني أن هذا التعبير يقابل ما هو مذكور في صدر موثقة ابن قيس من جعل الصفقتين صفقة واحدة ، والذي معناه أنه يلزم صاحبه بالبيع بأكثر قبل أن يبتاع المتاع من السوق بنحو بحيث يقع بمجرد الشراء من السوق للأوّل ، والذي هو مقصود المتعاملين وغرضهم في هذه الموارد لا التملك قبل الشراء من السوق كما قد يتوهم .

فالحاصل : موثقة محمد بن قيس خصوصاً الثانية تصلح أن تكون قرينة منفصلة وشارحة للمراد والمقصود من هذه الروايات لو فرض عدم ظهورها في نفسها فيما ذكرناه .

وهذا الاستظهار واضح جداً في ما عدا صحيح ابن مسلم ، إلا أنه قد يدعى ظهور خصوص هذا الصحيح في النظر إلى حيثية البيع قبل الملك ، وبالتالي شرطية الملط في صحة البيع ؛ لأنه قد ورد فيه التعبير بقوله **طَائِلًا** : « إنما يشتريه منه بعدما يملكه » الظاهر في بيان العلة وشرطية الملك في صحة البيع والشراء ، بحيث يكون حمله على النظر إلى شرطية أخرى تأويلاً .

إلا أن الصحيح عدم ظهور هذه الصحيحة في أكثر ممّا ذكرناه أيضاً ؛ وذلك لأنّ المذكور في التعليل الوارد فيها أن المشتري إنما يشتري المتاع

منه بعدما يملكه البائع بالشراء من السوق، وهذا يناسب أيضاً مع ما ذكرناه من أن الصفقتين لم تجعلاً صفقة واحدة، بأن يكون النظر إلى كون أحد الشراء بعد الآخر لا أنهما يقعان معاً، فيكون المقصود من قوله: «بعد أن يملكه» بعد أن يشتريه كما ورد في رواية يحيى ابن الحجاج، بل وفي غيرها أيضاً، بل هذا هو الظاهر من التعبير بالفعل، حيث لم يقل إنّما يشتريه بعد الملك أو من المالك، مع أنّ النظر لو كان إلى شرطية الملك كان المناسب ذلك.

بل فرض نظر الرواية إلى شرطية الملك حين الانتساب أو البيع بعيد في نفسه؛ لأنه غير مناسب مع ما صرّح به في السؤال من التعبير بقوله: «لعلي أشتريه منك بنقد أو نسيئة» الصريح في فرض عدم وقوع انشاء الشراء قبل أن يملكه، ومع ذلك هناك محذور يخشاه السائل، فإنّ هذا المحذور لا بد وأن يكون سنخ محذور مربوط بالنتائج لا بالصياغات والانشاء، وليس المناسب لذلك خصوصاً مع ملاحظة القرائن اللببية واللفظية المتقدمة في سائر الروايات إلا مسألة الغرض النهائي للمتعاملين وهو توصل صاحب الدراهم والنقد إلى ربح من خلال وساطته دون أن يكون له غرض لنفسه في شراء المتاع.

فالانصاف أنّ هذه الروايات ليست مربوطة بشرطية الملك في انشاء البيع أصلاً، وإنّما هي ناظرة إلى محذور جعل الصفقتين صفقة واحدة وربح ما لم يضمن المصّرّح به في موثقتي ابن قيس، وليس في هذه الروايات تعرّض صريح إلى المحذور والبأس في صورة كون الصفقتين واحدة، وإنّما يستفاد ذلك من المفهوم وشبهه، فيكون قصارى مفادها أنّه في فرض ايجاب البيع من أول الأمر

وصيرورة المتاع للمشتري بمجرد شرائه من السوق - والذي هو معنى اتحاد الصفقتين في صفقة واحدة - يوجد فيه بأس ومحذور.

وهل يكون المحذور عندئذٍ بطلان المعاملة مطلقاً أو عدم استحقاق الربح والزيادة؟ فهذا لا يتعيّن بهذه الروايات، وإنّما تدلّ عليه موثقتي محمد بن قيس، خصوصاً الثانية منهما، حيث تقدّم دلالتها على وقوع البيع نظراً، غاية الأمر لا يستحق الواسطة أكثر مما نقد، أي لا يستحقّ الربح، فتكون دالّة على عدم استحقاق الربح - وهي قاعدة بطلان ربح ما لم يضمن - وصحة وقوع البيعين بصفقة واحدة، أي صحة البيع الأوّل نسيئةً، ولكن لا يجوز أن يأخذ أكثر ممّا نقده نظراً، وهذا ما لعلّه خلاف المشهور، فقد يوجب سقوطها عن الحجّية بالاعراض وعدم عمل المشهور بها، وهو محلّ تأمل.

وهكذا تنتفح الكبرى الكلية من خلال مجموع هذه الروايات، وهي عدم استحقاق الربح التجاري في العقد والمعاملة التجارية إلّا مع فرض ضمان المستريح لما فيه الربح، بمعنى أن تكون خسارة رأس المال عليه أيضاً، وهذه نكتة عامة لها تطبيقات عديدة حينما نتأملها نجد أنّها كلّها من موارد التحايل على الربا وتحقيق روح الربا بصياغة اعتبارية أخرى غير ربا القرض، فتدبر في أطراف ما ذكرناه فإنّه حقيق به، والله العالم بحقائق الأمور.

وقد وقع الفراغ من تنقيح هذه القاعدة في آخر يوم من شهر رمضان المبارك سنة ١٤١٤ هـ في مدينة قم المقدسة بجوار مرقد العلوية الطاهرة فاطمة المعصومة سلام الله عليها وعلى أجدادها الطاهرين والحمد لله ربّ العالمين.

مسألة ٥: إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً، أو إلى البلد الفلاني، أو إلّا إلى البلد الفلاني، أو لا يشتري الجنس الفلاني، أو إلّا الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد مثلاً، أو إلّا من زيد، أو لا يشتري من شخص، أو إلّا من شخص معيّن، أو نحو ذلك من الشروط فلا يجوز له المخالفة [١]، وإلّا ضمن المال لو تلف بعضاً أو كلاً، وضمن الخسارة مع فرضها [٢].

- [١] تكليفاً إذا كان التصرف خارجياً تكوينياً ووضعاً إذا كان انشائياً كالبيع والشراء؛ وذلك لأنّه تصرف في مال الغير بدون إذنه المستفاد من الاشتراط، وسوف يأتي أنّ هذا على إطلاقه غير تام، كما أنّ مقتضى الروايات صحة المعاملة وجوازها على تقدير تحقق الربح.
- [٢] لأنّه القدر المتيقن من مقتضى الاشتراط على ما سيأتي تحقيقه، وهذا هو مقتضى القاعدة والروايات معاً.

ومقتضى القاعدة وإن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادة القيدية [١] إذا أجاز المعاملة وثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط التزام في الالتزام [٢]، وكون تمام الربح له على تقدير الفسخ.

[١] لا تعقل القيدية إذا كان متعلق المعاملة مالاً خارجياً معيناً؛ لعدم معقولية تقييد الجزئي الحقيقي حتى إذا كان الشرط من أوصاف ذلك المال وعوارضه، فضلاً عما إذا كان أجنياً عنه، إلا إذا فرض أن ذلك القيد مقوم لخارجية ذلك العنوان، كما إذا اشترى عبداً فبان أمة، فإنه من باب انتفاء ذلك المال في الخارج.

نعم، يمكن في العقود الاذنية لا العهدية تعليق نفس الإذن بالتصرف في المال الخارجي على الشرط بناءً على ما هو الصحيح من صحة التعليق فيها، فبانتفاء الشرط ينكشف عدم الإذن؛ ولعلّه مقصود الماتن هنا.

وبهذا عرف أن متعلق العقد إذا كان مالاً كلياً ذمياً أمكن الأخذ بظاهر القيدية في الخصوصيات والأوصاف الراجعة إليه، كما إذا باعه عبداً رومياً مثلاً، فلو أعطاه عبداً غير رومي لم يكن وفاءً، فيؤخذ فيه بظاهر الانشاء، بخلاف العقد المتعلق بالمال الشخصي.

[٢] قد يقال: إن لازم ذلك عدم الضمان على تقدير التلف أو الخسارة، وهو خلف إطلاق ما تقدّم منه في صدر المسألة، وسيأتي تحقيق حال هذا الإشكال.

إلا أن الأقوى اشتراكهما في الربح على ما قرر لجملة من الأخبار الدالة على ذلك، ولا داعي إلى حملها على بعض المحامل ولا إلى الاقتصار على مواردّها لاستفادة العموم من بعضها الآخر [١].

[١] تحقيق الحال في هذه المسألة أنّ صريح جملة من الروايات المعتبرة أنّ مخالفة العامل المضارب لشرط المالك يوجب ضمانه لتلف رأس المال ولوضيعته وخسارته مع اشتراكهما في الربح على تقدير تحققه كما شرطوا اتفاقاً عليه .

وهذه الروايات متضاربة وأكثرها صحيحة السند ويمكن تصنيفها إلى طوائف :

الأولى - ما دلّ على هذا الحكم بعنوان مطلق، أي فيه إطلاق لفظي لتمام أنحاء شروط المالك، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: « في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة فيخالف ما شرط عليه، قال: هو ضامن والربح بينهما » (١). فإنّ عنوان ما شرط يشمل كل أنحاء شرط المالك، سواء كان راجعاً إلى أوصاف المبيع والمشتري أو إلى الخصوصيات الأخرى الخارجة عنهما كعدم الخروج بالمال عن البلد .

نعم، لا إطلاق له للشروط غير المربوطة بالتجار بالمال كما إذا اشترط المالك على العامل أن يقرأ سورة من القرآن مثلاً، فإن تخلف عنه العامل لم يكن ضمان رأس المال عليه لو اتفق ذلك؛ لأن المنصرف من هذا التعبير - ولو بقرينة سائر الروايات - إرادة مخالفة شرط المالك المرتبط بالاسترباح .

١ - وسائل الشريعة ١٩ : ١٦ ، ب ١ من المضاربة ، ح ٥ .

.....

الثانية - ما دلّ على هذا الحكم في مورد اشتراط شراء جنس معيّن كصحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب واشترى به غير الذي أمره، قال: هو ضامن والربح بينهما على ما شرط »^(١).

وهذه وإن كانت واردة في شرط معيّن إلا أنّه تلغى الخصوصية ويستفاد منها كبرى كلية وهي ضمان العامل كلّما خالف شرط المالك المرتبط بالاسترباح باعتبار ارتكازية النكته بحسب المتفاهم العرفي.

الثالثة - ما ورد في مورد اشتراط عدم اخراج المال عن مكان معيّن، كصحيحة ابن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: « سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى أن يخرج به، فخرج، قال: يضمن المال، والربح بينهما »^(٢).

وهي أيضاً يمكن استفادة الإطلاق منها بالغاء الخصوصية واستفادة النكته الكلية منها ولو بمناسبة الحكم والموضوع الارتكازية لمثل هذا الحكم.

ومثلها صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « أنّه قال في الرجل يعطى المال فيقول له: ايت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما »^(٣).

١ - وسائل الشيعة ١٩: ١٧، ب ١ من المضاربة، ح ٩.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٥، ب ١، ح ١.

٣ - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، ح ٢.

.....

ومعتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة وينهاه أن يخرج إلى أرض أخرى فعصاه ، فقال : هو له ضامن والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه »^(١).

الرابعة - ما صرح فيه بأنّ الوضعية أو التلف يكون على العامل في صورة مخالفة أمر المالك وشرطه ، ولكن قد يستفاد منه أيضاً أنّ الربح بينهما . كصحيح الحلبي الثالث عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : « المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء ، إلا أن يخالف أمر صاحب المال »^(٢).

ومثلها صحيح آخر للكناني عن أبي عبد الله عليه السلام : « في الرجل يعمل بالمال مضاربة ، قال : له الربح وليس عليه من الوضعية شيء إلا أن يخالف عن شيء ممّا أمر صاحب المال »^(٣).

ووجه استفادة كون الربح بينهما ظهور الاستثناء في الرجوع إلى الضمان فقط مع بقاء الحكم الأوّل - أي أنّ الربح بينهما - على حاله في صورتين ، وإلاّ كان ينبغي أن يذكر أنّ الربح كلّهُ للمالك ، وهما مطلقتان أيضاً من حيث أنحاء شرط المالك في كيفية الاسترباح والاتّجار برأس المال .

الخامسة - ما دلّ على شرط الضمان من قبل المالك على العامل إذا خالف

١ - وسائل الشيعة ١٩ : ١٨ ، ح ١٠ .

٢ - وسائل الشيعة ١٩ : ١٧ ، ب ١ ، ٤ .

٣ - المصدر السابق : ح ٣ .

.....

أمره كما في صحيح الحلبي الآخر حيث زيد في ذيله: «فإن العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد ولا يشترطوا ذاكبد رطبة فإن خالفت شيئاً ممّا أمرتك به فأنت ضامن المال» (١). وفي معتبرة رفاة بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام «في مضارب يقول لصاحبه: إن أنت أدنته أو أكلته فأنت له ضامن، قال: فهو له ضامن إذا خالف شرطه» (٢)، وقد أريد بالمضارب فيها المالك لا العامل كما لا يخفى، حيث يستفاد منه بنفس النكتة المتقدمة أنه على تقدير الربح يكون بينهما لأنه مقتضى المضاربة ولازمه البين العرفي، فيكون المالك قد منع العامل من اعطاء ماله بالدين، فلو أعطاه كذلك كان الربح بينهما والخسارة عليه، بل التعبير في الجواب بقوله إذا خالف شرطه ظاهر في العموم.

ومفاد هذه الطائفة اشتراط الضمان من قبل المالك على تقدير المخالفة، فقد يقال باختصاصها بما إذا اشترط الضمان العقدي في المضاربة، إلا أن الظاهر من تفريع الضمان فيها على المخالفة ارادة ضمان اليد.

وإن شئت قلت: إنه من تقييد الاستيمان اللازم للاذن في التصرف على ما سيأتي مزيد توضيح له، فيعمّ تمام موارد مخالفة شرط المالك في كيفية الاتجار برأس المال.

وهكذا يتضح صراحة هذه الروايات في الجمع بين ضمان العامل على

١ - المصدر السابق: ح ٧.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٧، ب ١، ح ٨.

تقدير مخالفة الشرط وبين الاشتراك في الربح الذي يعني صحة المضاربة
 والمعاملات الواقعة على رأس المال المالك بلا حاجة إلى الإجازة.
 وقد وقع البحث في أن هذا الحكم هل هو تعديدي وعلى خلاف القاعدة أم
 يمكن تخريجه على القاعدة، وعلى التقدير الأوّل قد يخصّص بخصوص الموارد
 المذكورة في الروايات من الشروط لكونها على خلاف القاعدة.
 وصريح الماتن عليه السلام أنّ مفادها على خلاف القاعدة فإنّ الضمان وإن كان
 على القاعدة إلا أنّ الاشتراك في الربح على خلافها فإنّ لازمه صحة المضاربة
 والإذن، وبالتالي عدم الضمان، فالجمع بين الضمان والاشتراك في الربح على
 خلاف القاعدة.

إلا أنّه لا وجه لتخصيص الحكم بالشروط المذكورة فيها للاطلاق أو
 العموم الثابت في بعضها، ولا أقل من الطائفة الأولى منها كما تقدّم.
 وفيما يلي نتحدث عن الروايات في جهتين:
 أولاها - إمكان تخريج مفادها على القاعدة.
 ثانيتهما - عمومها لتمام الشروط ضمن عقد المضاربة.

أما الجهة الأولى :

فقد يحاول تخريج مفادها على القاعدة بحمل المخالفة فيها على المخالفة
 الصورية، بدعوى أنّ قصد المالك حين اعطائه لرأس المال للعامل إنّما هو
 الاسترباح، غاية الأمر أنّه كان يتخيّل أنّه إنّما يكون بشراء الأطعمة مثلاً،
 لكن العامل لما يعلم أنّ شراء الحيوان مثلاً أنفع في التجارة فيشتريه برأس

المال ، فلا يمكن أن يقال أنه كان غير مأذون فيه من قبل المالك ؛ لأنّ المفروض رضاه بكل معاملة مربحة .

وهذا المقدار من البيان قد أوجب عليه في كلمات المحققين بأنّ مجرد الرضا الباطني لا يكفي لصحة المعاملة ووقوعها عن المالك ما لم يكن إذن سابقاً أو إجازة لاحقة .

ونضيف عليه بأنّه لو فرض احراز الرضا فإن كان رضا بالتّجار بذلك المتاع الآخر المحتمل فيه الربح ولو لم يربح - أي رضا به بنحو المضاربة - لزم عدم الضمان على تقدير الخسران ولو فرض الرضا به إذا كان مربحاً فقط فهذا ليس بابه باب المضاربة الباطنية ، بل باب التعليق في عقد المضاربة على وجود الربح وهو مبطل للعقد .

على أنّ الرضا بمعاملة معينة لا يستلزم الرضا بغيرها ولو كانت مربحة أيضاً ؛ لاحتمال غرض نفسي للمالك في تلك التجارة أو لكون الربح فيها أكثر ، بل في صورة الخسارة تقع المعاملة فضولية وبحاجة إلى إجازة إذا كانت المعاملة شخصية لا بالكلي في الذمة والوفاء من مال المالك ، مع أنّ ظاهر الروايات صحة المعاملة بلا حاجة إلى الإجازة من المالك ، غاية الأمر يضمن العامل مقدار الخسارة .

هذا كلّّه مضافاً إلى مخالفة هذا الحمل مع ظاهر عنوان المخالفة في هذه الروايات الظاهر في المخالفة الجدية لا الصورية .

وقد حاول صاحب الجواهر تخريج الروايات على القاعدة بحملها على

إرادة بقاء الإذن في المضاربة وإرادة الضمان من الاشتراط كما توحى إليه الطائفة الخامسة ، فيكون الحكم على القاعدة .

وفيه : أولاً - ما تقدّم من مخالفة ذلك لظاهر سائر الطوائف الدالة على الضمان من دون شرط الضمان ، بل حتى الطائفة الخامسة تقدّم أنّ ظاهرها أنّ ما اشترطه المالك هو عدم اعطاء المال ديناً أو أن ينزلوا بطن وادٍ ونحو ذلك ممّا يرجع إلى تقييد الاستيمان على المال ، والضمان المذكور فيها يراد به ضمان اليد المتفرع على عدم إذن المالك بالمخالفة .

وثانياً - أنّه مبتن على صحة شرط الضمان في المضاربة ، وقد تقدّم الاشكال فيه إمّا من جهة كون العامل أميناً فلا يصح تضمينه ، أو للنص الدال على أنّ من ضمن عاملاً لم يكن له من الربح شيء . اللهم إلا أن يقال بعدم شمول النص لفرض مخالفة التاجر لشرط المالك .

والتحقيق : أنّه يمكن تخريج هذا الحكم على مقتضى القاعدة بحيث يكون البيع والشراء بمال المالك صحيحاً والربح بينهما ، ومع ذلك تكون الخسارة أو التلف على تقدير المخالفة على العامل .

وتوضيح ذلك : أنّه تارة نبحت عن المضاربة الإذنية ، والتي حقيقتها أنّها إذن بالاتّجار مع الالتزام بتسليم حصة من الربح للعامل على تقدير حصوله كالجعالة ونحوها كما هو ظاهر فقهنّا .

وأخرى نبحت عن المضاربة العقدية والتي حقيقتها تسليط أو تسليم العامل للمالك على عمله في قبال حصة من الربح ، أو شركة عقدية بين نماء العمل ورأس المال .

.....

فعلى التقدير الأوّل يقال بأنّ ظاهر الشروط المذكورة - كما تقدّم - رجوعها قيّداً للمضاربة والإذن بالاتّجار المقيّد .

فيكون مقتضى القاعدة في ذلك بطلان المضاربة وفضولية المعاملات الواقعة على تقدير المخالفة لعدم الإذن من المالك بها، فلا يكون للعامل حق في الربح إذا أجازها المالك، كما أنّه يكون عليه الضمان إذا حصل تلف أو خسارة .

إلّا أنّ الصحيح أنّه على هذا التقدير أيضاً يعقل الجمع بين الضمان وكون الربح بينهما على القاعدة، وذلك بأحد وجهين :

١ - أن يكون الشرط قيّداً في الإذن المتعلّق بلازم الاتّجار ومقدماته لا بنفسه، نظير ما إذا قيّد المستأجر الأجير ومنعه أن يخرج الثوب من بيته أو المكان الفلاني مع كون الإجارة على مطلق الخياطة، فإنّ المنع عن أحد المتلازمين لا يستلزم المنع عن الآخر، فإذا أخرجته وخاطه خارج المكان المذكور كانت الإجارة صحيحة، والمسمّى مستحقاً، إلّا أنّه لو تلف كان ضامناً لقيمة التالف لمالكة لا محالة، فكذلك في المقام يمكن أن يكون منع المالك عن الإخراج برأس المال من هذا الباب مع كون الاتّجار به بالبيع والشراء خارج ذلك المكان مأذوناً فيه ومشمولاً للمضاربة، فلا تقييد في ما هو موضوع المضاربة، فلا يكون اتّجاره فضولياً، فلو ربح كان بينهما على القاعدة، ولو تلف كان ضامناً .

وهذا الوجه صحيح، إلّا أنّه لا يمكنه أن يخرج ضمان الخسارة والوضيعة الحاصلة من نفس البيع والشراء لا التلف؛ لأنّ الاتّجار كان مأذوناً فيه بحسب

الفرض وداخلاً تحت عقد المضاربة، مع أنّ المقصود في الروايات أنّ ضمان الوضیعة أيضاً يكون على العامل إذا خالف شرط المالك .

٢- أن يكون الشرط قيده للاستیمان لا للاذن في الاتجار، وتوضیح ذلك: أنه قد تقدّم منّا في الأبحاث السابقة أنّ المال الراجع للغير له حرمتان: حرمة بلحاظ ملكية العين، وحرمة بلحاظ ماليته وقيمته .

والحرمة الأولى هي منشأ حرمة التصرف ووضع اليد عليه، والحرمة الثانية هي منشأ الضمان لو تلف أو اتلف، وكلتاهما مغيية باذن المالك، فله أن يرفع الحرمة بالاذن للغير، والاذن في كل منهما يمكن أن يفترق عن الآخر، ففي الوديعة مثلاً يوجد إذن في هدر المالية من قبل صاحبه دون الإذن في التصرف، وفي العارية المضمونة أو الإذن في التصرف على وجه الضمان لا يرضى المالك بهدر المالية عليه ولكنه يرضى بالتصرف في العين حتى المتلف، وفي الاباحة والاذن بالتصرف المتلف مجاناً يكون الإذن فيهما معاً.

وعندئذٍ يقال: يمكن للمالك أن يقيّد إذنه بالتصرف والاتجار بفرض خاص، فتكون المضاربة مقيدة لا محالة، فإذا خالف العامل لم يكن صحيحاً ولم يستحق شيئاً من الربح، ويمكن أن يقيّد إذنه في خصوص هدر مالية المال على تقدير الاتجار فإنّ هذا الإذن أيضاً مستفاد ولو بالملازمة وضمناً من عقد المضاربة وكون العامل أميناً وعاملاً بأمر المالك، فيمكن للمالك أن يقيّد هذا الاستیمان بالشرط، فالعامل مستأمن على تقدير عدم مخالفة شرطه رغم أنّ

تصرّفه وبيعه وشرائه يكون مأذوناً فيه من قبله بلحاظ حرمة العين؛ إذ لا غرض له في خصوصية العين.

وليس هذا منافياً مع قاعدة أنّ العامل أمين، فإنّ دليل أمانة الأمين لا يشمل صورة مخالفة شرط المالك جزماً، كما أنّ الصحيح المتقدّم الدالّ على أنّ من ضمنّ مضاربه لم يكن له إلاّ رأس ماله أجنبي عن هذا الضمان، وناظر إلى الضمان العقدي وبالشرط، ولو فرض إطلاقه لضمان اليد أيضاً فهو لا يشمل موارد مخالفة الأجير لشرط المالك وتحقّق ضمان اليد من ناحيته، فعلى القاعدة لو اتّجر العامل على خلاف ما شرط عليه المالك كان شراؤه وبيعه صحيحاً؛ لأنّه مأذون في أصل التصرف في العين من المالك ولكنه ضامن لتلفه ووضعته، نظير أن يأذن المالك للغير أن يبيع ماله ولكنه يشترط عليه أن لا يبيعه بأقل من قيمته السوقية، وإلاّ كان ضامناً له، فهو إذن في البيع بأقل ولكن على وجه الضمان لقيّمته السوقية.

لا يقال: المالك إمّا أن يكون راضياً ومجيزاً لتجارة العامل وبيعه للمال بوضيعة أو لا، فإن كان قد أذن له بذلك كانت الخسارة في رأس المال لا محالة ولم يكن العامل ضامناً له، وإلاّ كان البيع فضولياً باطلاً من دون إجازة المالك، ومع إجازته أيضاً تكون الوضيعة من ماله لا على العامل، فالجمع بين الضمان وصحة البيع والتجارة لا يمكن.

نعم، يعقل أن يأذن المالك للعامل أن يبيع لنفسه على وجه الضمان - بناءً على ما اخترناه في محلّه من صحّة بيع الغاصب لنفسه مع إجازة المالك - فيكون كالإذن في التلف على وجه الضمان، فإنّ البيع لنفسه نوع اتلاف للمال

على مالكة عرفاً. إلا أنه على هذا التقدير أيضاً لا يستحق المالك شيئاً من الربح.

فإنه يقال: حيث إن الإذن على وجه الضمان ليس عقداً لكي يبطل فيه التعليق فيمكن أن يجعله المالك مشروطاً بفرض عدم الربح أو وجود الوضعية فيكون على تقدير عدم الربح أو وجود الوضعية البيع للعامل على وجه الضمان للمالك، وفي تقدير وجود الربح البيع للمالك مع حصة من الربح للعامل، أي مشمولاً للمضاربة الإذنية.

وإن شئت قلت: المستثنى من المضاربة الإذنية خصوص صورة وجود الوضعية في فرض مخالفة شرط المالك لا أكثر، ولا يكون استثنائه بمعنى عدم الإذن فيه للعامل بأصل الاتجار، بل بمعنى الإذن به على وجه الضمان بأن يوقعه لنفسه وتكون قيمته مضمونة عليه.

وهذا وإن كان يرجع بالدقة إلى تعليق المضاربة الإذنية في صورة مخالفة العامل لشرط المالك على وجود الربح أو عدم وجود الوضعية، إلا أن هذا المقدار من التعليق في العقد الإذني لا دليل على بطلانه، كما أن قاعدة النهي عن ربح ما لم يضمن أو أن من ضمن تاجر لم يكن له شيء من الربح لا يشمل المقام؛ لعدم الزام العامل بذلك في المضاربة، بل هو تعليق أو تقييد في خصوص فرض مخالفته لشرط المالك بحيث لو لم يخالف شرطه لم يكن عليه ضمان أصلاً، فتدبر جيداً.

وهذا التخريج يجعل ضمان التلف والخسارة معاً على العامل رغم أنه لو ربح ولم يخسر كان الربح بينهما؛ لأنه داخل في المضاربة المأذونة.

ويختلف هذا الوجه عن السابق في شموله لضمان الوضعية أيضاً وفي كون تصرف العامل على خلاف شرط المالك جائزاً تكليفاً ووضعاً، وإنما يكون موجباً للضمان عليه لو تلف أو خسر لا أكثر، بخلاف الوجه الأول.

ومن هنا قلنا في التعليق على صدر المسألة أنّ حكم الماتن بعدم جواز المخالفة ليس تاماً على إطلاقه.

كما أنّ هذا التخريج يمكن أن يكون منسجماً مع الروايات المتقدمة، فإنّ الظاهر منها أنّ الشرط قيد للاستيمان لا للتصرف في عين رأس المال بالبيع والشراء، فإنّه ليس متعلّق غرض المالكين المقدمين على المضاربة لوضوح أنّهم مقدمين على تبديل عين رأس المال، فتمام غرضهم في المالية وعدم نقصانها، فلا يستفاد من الروايات المذكورة أكثر من تقييد الاستيمان. وقد يشهد عليه الطائفة الخامسة التي صرّح فيها بأنّه لو خالف كان ضامناً.

هذاكلّه في المضاربة الإذنية.

وأما المضاربة العقدية اللازمة - بناءً على ما تقدّم من صحتها أيضاً - فالأمر فيه أوضح؛ لأنّه يمكن أن يكون مرجع شرط المالك إلى شرط الضمان على تقدير المخالفة لا تقييد الإذن بالتّجار، فيكون الضمان على العامل في فرض مخالفة شرط المالك عقدياً لا ضماناً باليد، ولا محذور فيه؛ لأنّه ليس تضميناً مطلقاً للتاجر بل تضمين على تقدير مخالفته لأمر المالك وشرطه، وهذا ليس مشمولاً لقاعدة ربح ما لم يضمن ولا الرواية الدالّة على أنّ من ضمّن تاجراً فليس له شيء من الربح - كما أشرنا - .

وأما الجهة الثانية :

فملخص الكلام فيه : أن الشروط ضمن عقد المضاربة يمكن تصنيفها - على ضوء ما تقدّم في الجهة السابقة - إلى عدة أقسام :

الأول : ما لا يكون راجعاً إلى التجارة المأذون فيها أصلاً، كما إذا اشترط عليه أن يعمل له عملاً آخر أجنبي عن التجارة بالمال كالزيارة والدعاء والصدقة ونحوها .

وهذا النحو من الشروط ذكرنا أنّها لا توجب تقييداً عرفياً، لا في الإذن ولا الاستيمان الناشئ منه، وإنّما غايته أن يثبت به الخيار إذا كانت المضاربة عهديّة لا إذنيّة، ويكون واجب الوفاء على المشروط عليه، وهو العامل، فلا يجوز مخالفته، ولو خالف فللمالك أن يفسخ ويكون تمام الربح الحاصل له ويدفع للعامل أجره مثل عمله .

وأما إذا كانت المضاربة إذنية فقد تقدّم أن الشروط فيها لا بدّ وأن ترجع إلى التقييد، وإلا فالشرط ضمن عقد إذني لا يجب الوفاء به ولا يترتب على مخالفتها أثر .

نعم، لو اعتبرنا المضاربة الإذنية مركبة من عقد إذني وعقد عهدي بلحاظ استحقاق حصة من الربح بعد العمل ورجوع الشرط إلى الجنبية العهديّة أمكن أن يقال بثبوت الخيار للمالك إذا تخلّف العامل بعد العمل، فيكون الربح كلّه للمالك وللعامل أجره مثل عمله .

الثاني : ما يكون قيداً للاستيمان على مالية المال لا الإذن في الاتّجار

بالعين ، وهذا لا إشكال في شمول إطلاق الروايات له ، بل قد عرفت ظهور الطائفة الخامسة فيه .

الثالث : ما يكون شرطاً وقيداً في الإذن في التصرف ، إلا أنه بالنسبة إلى تصرف ملازم مع البيع والشراء لا نفسه ، فلا تكون المضاربة مقيدة ، فيكون تلف رأس المال مضموناً على المالك دون الوضعية في التجارة ، وهذا أيضاً قد يكون مشمولاً لإطلاق بعض الروايات المتقدمة .

الرابع : أن يكون الشرط قيداً للتجارة المأذونة وللمضاربة ، ومقتضى القاعدة فيه عدم صحة المعاملة الواقعة على رأس المال في صورة المخالفة ما لم يُجز المالك وضمن العامل للتلف والوضعية معاً ، كما أنه لو أجاز المالك وكان فيه ربح كان كله للمالك .

وقد ذكر في المستمسك أن هذا أيضاً لا يمنع عن صحة المضاربة في صورة المخالفة على القاعدة إلا إذا كان الشرط واقعياً لا ظاهرياً ، ومن جهة الخوف من الخسران ، وإلا فلو ربح كان مأذوناً فيه ؛ إذ لا منافاة بين الحكم الظاهري والواقعي ، وحمل الروايات المتقدمة التي ظاهرها ذلك على هذا المعنى .

إلا أن هذا ممّا لا يرجع إلى محصل ؛ إذ لو أُريد أن النهي وعدم الإذن مخصوص بما إذا كان يحتمل العامل الخسارة لا ما إذا كان مطمئناً أو عالمياً بعدمها فلازمه عدم الضمان في فرض الاطمئنان حتى إذا خسر ، وعدم استحقاق شيء من الربح في فرض احتمال الخسران وخوفه حتى إذا ربح ، فتكون المعاملات فضولية ، وهذا خلاف مفاد الروايات .

وإن أُريدَ أنَّه يقيّد الإذن بالمضاربة بخصوص التجارة المربحة واقعاً فكأنّه يأذن بتلك الحصة دون الحصة التي فيها خسران، فهذا مضافاً إلى أنّه لا يخرج المعاملات عن الفضولية في صورة الخسران وعدم الربح كما تقدم في دفع المحاولة الأولى في الجهة الأولى.

يرد عليه: أنّ هذا النحو من تقييد المضاربة مرجعه إلى تعليق المضاربة الإذنية على التجارة المربحة.

وهذا مضافاً إلى كونه تعليقاً في العقود ومبطلاً تضمين للخسارة على العامل واشتراط الضمان عليه بحسب الحقيقة، فيكون مشمولاً لأدلة البطلان المتقدمة ما لم ترجع إلى أحد الوجهين الثاني أو الثالث.

وهكذا يتّضح أنّ النحو الرابع من الشرطية - أي ما إذا كانت المضاربة والإذن في البيع والاتّجار مشروطاً ومقيداً بقيد خاص - لا يمكن تخريج كون الربح بينهما وصحة المضاربة فيه على القاعدة، بل مقتضى القاعدة فيه البطلان والضمان من دون إجازة المالك، ومع إجازته يكون الربح كلّ له، وعمل العامل هدراً عليه.

إلا أنّ إطلاق بعض الروايات المتقدمة يشمل هذا النحو من مخالفة العامل لشرط المالك أو أمره، فإنّ الأمر أو الشرط في العقود الإذنية قد يكون من باب التقييد لأصل الإذن في الاتّجار والمضاربة، فهذا المقدار من مفاد الروايات لا يمكن تخريجه على القاعدة، فتدبر جيداً.

مسألة ٦: لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره إلا مع إذن المالك عموماً، كأن يقول: اعمل به على حسب ما تراه مصلحة إن كان هناك مصلحة، أو خصوصاً، فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف، إلا أن المضاربة باقية والربح بين المالين على النسبة [١].

[١] لا إشكال في أن خلط مال الغير بمال نفسه تصرف فيه وتغيير له عن الإفراز إلى الإشاعة بحاجة إلى إذن المالك، فيحرم من دون إذنه ورضاه، فلو خلطه بلا إذنه فلا إشكال في أنه يضمن ما يحصل من الخسارة ونقصان القيمة في المال نتيجة الخلط، بل ويضمن مؤنة الإفراز والقسمة، وكذلك يضمن التلف الحاصل من الخلط.

وأما إذا كان التلف من غير ناحية الخلط، كما إذا سرقت جميع الأموال التي معه بحيث سواء كان قد خلط مال الغير مع مال نفسه أم لا كانت تسرق، فالظاهر أنه لا موجب لضمانه عليه بعد أن كان أميناً على المال، وكان التلف حاصلًا من غير ناحية تصرفه في مال الغير بالخلط، فإطلاق كلام المصنف من أنه يضمن التلف محل منع.

والتمسك بالنصوص المتقدمة لإثبات الضمان فيه ما لا يخفى، فإنّ الوارد فيها عنوان مخالفة شرط المالك ونهيه المستوجب للتلف، وليس المقام منه حتى إذا فرضنا إلحاق فرض عدم الإذن بمخالفة الشرط. هذا في التلف على تقدير الخلط.

وأما الاتجار بالمال المختلط فظاهر الماتن رحمته أنه صحيح، والمضاربة شاملة له والربح بينهما، وقد فسره جملة من المحققين على أساس إطلاق الروايات المتقدمة، ولكن ظاهر أفراد الماتن رحمته هذه المسألة عمّا سبق أنّ

الحكم فيها ليس متوقفاً على تمامية تلك الروايات، بل هو ثابت على القاعدة، وإن كان لا يبعد تمامية دلالة تلك الروايات على صحة المضاربة وشمولها للمقام أيضاً ولو بالفحوى، فإنه إذا كان فرض مخالفة نهي المالك المضاربة صحيحة على تقدير الريح، ففي فرض عدم شمول إذنه يكون بطريق أولى.

وأياً ما كان فيمكن تخريج القول بصحة المضاربة رغم عدم الإذن في الخلط على أساس ما تقدّم من أنّ النهي أو عدم الإذن من بعض أنحاء التصرف في العين لا ينافي إطلاق العقد بلحاظ متعلقه الذي هو فعل آخر، كما في خياطة الثوب مع النهي عن إخراجة من المحل، فخاطه خارج المحل فإنه بذلك يرتفع الاستيمان ولا تكون يده عليه أمينة رغم تحقق الإجارة واستحقاقه للمسمى، فكذلك الحال في المقام، فإنّ المضاربة بحسب الفرض مطلقة، ولم تكن مقيدة بعدم بيعه وشرائه مع شيء آخر، أو يكون ما يشتريه بمالك مفروزاً وغير مشاع.

ومنه يظهر أنه لا يضمن العامل الخسارة بمعنى الوضعية لو فرض؛ لأنه مشمول لإطلاق المضاربة بحسب الفرض.

وعبارة الماتن أيضاً مقيدة لضمان التلف، وهذه قرينة أخرى على أنّ نظره ليس إلى الروايات؛ لأنّ فيها ضمان التلف والوضعية معاً، وهو إنّما يصح مع فرض تقيّد التجارة.

نعم، لو كان هنا ما يدلّ على اشتراط الاستقلالية في الاتّجار ولو من جهة الانصراف كان ذلك كالشرط الصريح مشمولاً للروايات المتقدمة، فيجري فيه ما تقدّم في المسألة السابقة.

مسألة ٧: مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه من حيث البائع والمشتري ونوع الجنس المشتري، لكن لا يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك إلا إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق، وإن خالف فسافر فعلى ما مرّ في المسألة المتقدمة [١].

[١] أي من حيث إنّ الربح لو كان فهو بينهما، إلا أنّ التلف يكون مضموناً عليه بنفس النكته المتقدمة في المسألة السابقة .
ومنه يظهر أنّ الضمان هنا للتلف فقط لا للخسارة، إلا إذا استظهرنا تقييد الاتجار بذلك أيضاً .

كما ظهر أنّ هذه المسألة ليست مشمولة للروايات لفظاً، فضلاً من أن تكون منصوصاً عليها؛ لأنّ ما ورد في بعضها إنّما هو صورة النهي عن السفر بالمال وأنه ضامن لو سافر، أو صورة الاشتراط لا صورة عدم الإذن في السفر. نعم، يمكن أن يستفاد ذلك ممّا تقدّم من الروايات بالفحوى؛ لأنّ النهي أو الاشتراط الوارد في الروايات أولى بالبطلان من عدم الإذن الناشئ من انصراف العقد أو عدم شموله فالمالك في الجميع واحد، وهو عدم إذن المالك فيكون الحكم المذكور عاماً يرجع إلى تمام صور المخالفة، سواء كان من جهة مخالفة شرط المالك وأمره أو كان من جهة عدم الإذن له بالسفر أو غيره ممّا لا يقتضيه العقد ولا يجوز بدون إذن المالك .

إلا أنّ هذا الإطلاق في الروايات لا يشمل ما إذا كان استرباح العامل بالمال أجنبياً عن متعلّق المضاربة كليّةً ومغايرةً معه نوعاًً وسنخاً، كما إذا استريح به في غير التجارة، فإنّ هذا خارج عن مفاد الروايات المتقدمة جزماً، فيكون تصرفاً فضولياً في مال الغير ويكون العامل ضامناً، كما أنّه على تقدير إجازة المالك

مسألة ٨: مع إطلاق العقد وعدم الإذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك [١] إلا أن يكون متعارفاً ينصرف إليه الإطلاق.

يكون الربح كله له؛ لأنه مقتضى القاعدة كما أشرنا سابقاً.

ثم إنَّ عدم جواز السفر بالمال ليس من جهة التغيرير به وجعله في معرض الخطر لكي يستشكل فيه بأنه قد لا يكون كذلك، بل قد يكون ابقائه فيه تغرير وخطر، وإتّما من جهة أن الإذن بالاتّجار والمضاربة لا يستلزم الإذن بالسفر بالمال إلى بلد آخر ما لم يكن متعارفاً ذلك، فيكون بحاجة إلى إذن خاص، وظاهر الحال عدمه ما لم ينصب قرينة عليه. نعم، إذا فرض أن المصلحة كانت تقتضي السفر، وكان هناك قرينة على انصراف الإذن لكل ما تقتضيه المصلحة في الاتّجار - كما لا يبعد - صحّ تصرّفه وكان مشمولاً للمضاربة.

[١] قد عرفت أن وجهه ليس هو التغيرير والمخاطرة ليستشكل في إطلاقه، بل كون الدين وتحويل رأس المال العيني إلى ذمي تصرف زائد في مال المالك لا يقتضيه الإذن في الاتّجار والبيع، فيحتاج إلى إذن زائد، فما لم تكن قرينة أو انصراف فالأصل العدم.

لا يقال: أن مقتضى الإطلاق جواز البيع نسيئةً أيضاً فيكفي عدم

الانصراف عن البيع نسيئةً في استظهار إطلاق الإذن بالبيع نسيئةً.

فإنه يقال: المضاربة إذن في الاسترباح التجاري مع رأس المال، وهو مسبب ومستحصل من البيع والشراء نقداً أو نسيئةً، والإذن بالمسبب لا يقتضي إطلاق الإذن بكل الطرق المؤدّية إليه، فالإطلاق المذكور أشبه بإطلاق مقامي، وهو لا يتم إلا مع التعارف كما ذكر السيّد الماتن رحمته. نعم، لا يبعد تمامية الإطلاق المقامي في كثير من الموارد.

ولو خالف في غير مورد الانصراف فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو، وإن أطلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو، وإلا فالبيع باطل [١].

[١] تعرّض السيّد الماتن إلى حكم ما إذا خالف العامل فباع المال نسيئة فحكم بالتفصيل بين صورتين :

أولاهما: أن يكون قد استوفى الثمن قبل اطلاع المالك .

ثانيهما: أن يطلع المالك قبل الاستيفاء .

ففي الصورة الأولى حكم بالصحة ، وفي الثانية حكم بالصحة إذا أمضى المالك ، وبالبطلان إذا لم يمض ؛ لكون البيع فضولياً ، ثمّ تعرّض لحكم الفضولي الذي يكون من باب تعاقب الأيادي .

وقد وقع هذا التفصيل موقع الاشكال من قبل جملة من المحشين ، فإنّه إذا فرض عدم الإذن في البيع نسيئة فلا فرق بين فرضي استيفاء الثمن قبل اطلاع المالك أو بعده ، فإنّه في الصورتين أمّا أن يقال بصحة المضاربة على القاعدة أو بالروايات المتقدمة بعد فرض أنّ المراد من مخالفة أمر المالك فيها مخالفة إذنه ورضاه الصادق مع فرض عدم الإذن بالتصرف ، فالصحة مع الضمان في الصورتين ، وإلا فالفضولية والتوقف على الإجازة والامضاء من قبل المالك في الصورتين أيضاً ؛ لأنّ الملاك فيه عدم الإذن بالبيع نسيئة وهو مشترك فيهما .

وربما يجاب على هذا الإشكال بأنّه في الصورة الأولى يحرز عادة رضا المالك وموافقته على النسيئة التي يستوفى الثمن فيها بسرعة وفي وقت قصير ، فإنّه كالبيع النقدي .

إلا أنّ هذا التفسير لو سلّم فهو لا يناسب مع فرض الماتن بشأن المخالفة في مقسم الشقين الظاهر في المخالفة الجدية لا الصورية، ممّا يعني أنّ النسيئة حتى بهذا المقدار لم يكن مأذوناً فيه، فيحتاج إلى إجازة وإمضاء.

وذكر بعض أساتذتنا العظام بشأن مطلباً آخر لتخريج هذا التفصيل، وحاصله: أنّ الروايات المتقدمة الدالّة على صحة المضاربة مع مخالفة العامل لا تشمل ما إذا لم يستوف الثمن؛ لأنّ ظاهرها الحكم بالصحة، وأنّ الربح بينهما إذا كان رأس المال موجوداً خارجاً بحيث يمكنه أن يأخذه المالك من العامل إذا شاء، فلا يشمل صورة ما إذا كان ديناً في ذمة الغير، فلا إطلاق للروايات بالنسبة إلى فرض عدم استيفاء الثمن، بخلاف فرض الاستيفاء.

فالتفصيل بلحاظ الروايات ومدى شمولها فيرجع في الصورة الثانية إلى مقتضى القاعدة، وهو كون المعاملة فضولية بحاجة إلى إجازة المالك.

وفيه: أولاً - إنّ الروايات المتقدمة تشمل بإطلاقها ما إذا باع العامل نسيئة أيضاً؛ إذ لا موجب لدعوى اختصاصها بما إذا كان رأس المال خارجياً بيد العامل؛ إذ لو أريد استفادته من التعبير بأنّ الربح بينهما فهذا أعم من خارجية الربح أو كونه مالاً ذمياً في ذمة الغير، فإنّه أيضاً مال مملوك فيكون ربحاً.

والتعبير بقوله بينهما ناظر إلى الملكية والاستحقاق لا الأخذ الخارجي، وإن استفيد ذلك من التعبير بالضمان فأيضاً من الواضح إطلاقه للمال الذي أُعطي ديناً أو نسيئة، فالإطلاق تام.

وثانياً - قد ورد في بعض الطوائف المتقدمة - الطائفة الرابعة - التنصيص

على شرط المالك أن لا يعطي رأس المال ديناً - وهو صحيح رفاعة - وهو شامل بالإطلاق أو بالفحوى صورة البيع نسيئة جزماً.

وثالثاً - عدم صلاحية هذا التوجيه للتفصيل المذكور في المتن؛ إذ لازمه أن يحكم الماتن في صورة عدم الاستيفاء ببطلان المضاربة حتى إذا أذن المالك، غاية الأمر يصحّ البيع ويكون الربح تمامه له، مع أنّ ظاهر قوله: (وإن أطلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو) أنه كصورة الاستيفاء قبل الاطلاع تكون المضاربة صحيحة والربح بينهما.

فالحاصل: لو كان نظر الماتن إلى هذا التوجيه كان ينبغي الحكم بصحة البيع والمضاربة في صورة الاستيفاء، وبصحة البيع دون المضاربة في صورة عدم الاستيفاء إذا أمضى المالك.

وقد يوجّه تفصيل الماتن بأنّ الماتن يرى بطلان المضاربة في الصورتين معاً؛ لعدم الإذن في البيع نسيئةً، وتقيّد المضاربة بالبيع النقدي، وعدم شمول الروايات للصورتين لورودها في مورد المخالفة لشرط المالك، فلا يشمل مورد تقيّد عقد المضاربة والإذن في نفسه. ورواية رفاعة لا تدلّ عنده على صحة المضاربة، بل على أصل الضمان فقط. فيكون تمام نظر الماتن عليه السلام إلى صحة البيع للمالك وعدمه.

وعندئذٍ يقال في فرض استيفاء الثمن لا إشكال في رضا المالك؛ لأنّه لا غرض له في شخص ماله، فمع فرض الاستيفاء ورجوع تمام الثمن يكون المالك راضياً لا محالة، فلا يحتاج إلى إجازة.

وأما في فرض عدم الاستيفاء واطلاع المالك فيحتاج إلى امضائه وله

ردّه، ويكون مقصود الماتن من قوله (فهو) مجرد صحة البيع في الصورتين، وأما الربح فيكون تاممه له على القاعدة التي أسسها قبل التعرّض للروايات. وهذا التفسير لكلام الماتن بني غير وجيه أيضاً؛ إذ كيف يحرز رضا المالك بالبيع نسبيّة لمجرد استيفاء الثمن قبل اطلاع المالك - خصوصاً إذا كان فيه وضیعة - بل لو فرض ظهور حال المالك في ذلك كان معناه أنّ هذه الصورة داخلية في المتعارف المنصرف إليه إطلاق عقد المضاربة، فتكون المضاربة صحيحة أيضاً والربح بينهما، فقول الماتن بني في الصورة الأولى: (فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو) ظاهر في صحة المضاربة، ولا يمكن حمله على إرادة صحة البيع دون المضاربة، وهذا واضح.

والتحقيق: أنّ مقصود الماتن - ولعلّه المشهور أيضاً - صحة المضاربة في صورتين وعدم صحة المضاربة ولا البيع في صورة ثالثة، فالصور ثلاثة كما في المتن:

الأولى: أن يستوفى العامل الثمن قبل اطلاع المالك.

الثانية: أن يمضي المالك بعد اطلاعه على البيع نسبيّة وقبل الاستيفاء.

الثالثة: أن لا يمضي المالك بعد اطلاعه على البيع قبل الاستيفاء.

والحكم بالصحة في الصورة الأولى والثانية هو مقتضى الإطلاق في الروايات المتقدّمة أو فحواها؛ لما تقدّم من اطلاقها لما إذا كان شرط المالك أو أمره قيداً في المضاربة والإذن بالتّجار، فيكون شمولها لموارد انصراف العقد وعدم شموله للبيع نسبيّة بطريق أولى.

والمراد من قول الماتن بني: (فهو) في هاتين الصورتين ذلك أيضاً،

غاية الأمر لابد من أن نضيف عليه بأنه إذا كانت هناك وضعية عن رأس المال من ناحية البيع نسيئةً التي خالف فيها العامل لا من ناحية أخرى كان ضامناً لها بمقتضى تلك الروايات، وإن كان هذا الفرض لعلّه خارج عن منظور الماتن بنيوي.

وأما الصورة الثالثة فالحكم فيها هو بطلان المضاربة والبيع معاً؛ لأنّ المضاربة إذا كانت مقيدة بالبيع تقدماً ولم يكن إذن من قبل المالك بالبيع نسيئةً أصلاً، فلا معنى لأن يستفاد من الروايات الزام المالك بالانتظار إلى حين وفاء المشتري بالثمن في زمان الأجل حتى إذا كانت المضاربة مربحة، فضلاً عما إذا كانت خاسرة، فإنّ هذا التحميل على المالك لا يستفاد من تلك الروايات، وإنّما غاية ما يستفاد منها أنّه لو كان ربح بالفعل بيد العامل نتيجة عمله التجاري غير المأذون فيه فهو بينهما مع بقاء حق المالك في صورة المخالفة وعدم وجود رأس المال بيد العامل خارجاً بل في ذمة المشتري إلى أجل أن لا يمضي المعاملة ويطلب بالعين مع وجودها أو بديلها مثلاً أو قيمته مع عدم وجودها، فلا إطلاق ولا دلالة في الروايات على إلزام المالك، بخلاف حقّه.

ولعلّ هذا روح مقصود السيّد الأستاذ بنيوي من كلامه المتقدّم في شرح تفصيل الماتن بنيوي.

هذا، ولكن الصحيح أنّنا إذا استفدنا الإطلاق من الروايات المتقدّمة وشمولها للشروط المقيدة للإذن والمضاربة وأنّها تكون صحيحة أيضاً والربح بينهما مع ضمان العامل للوضعية والتلف فلا يصح للمالك ابطال البيع نسيئةً، وإنّما غايته أنّ للمالك إذا أراد رأس ماله فعلاً تضمين العامل بالمثل أو القيمة

لا الرجوع على المشتري حتى إذا كانت العين موجودة بيد المشتري؛ لأن ذلك يوجب فقدان الربح الحاصل للعامل، وهذا خلاف مفاد تلك الروايات من أن الربح الحاصل يكون بينهما، فإن الظاهر منه استحقاق العامل لحصته من الربح التجاري الحاصل بعمله حتى في صورة المخالفة مع شرط المالك وإذنه، وأن عمله لا ينبغي أن يذهب عليه هدراً.

اللهم إلا أن يقال: بأن مفاد تلك الروايات ليس بأكثر من استحقاق العامل لحصته من الربح في الفرض الذي يكون لرأس المال ربح وبيد المالك، لا ما إذا لم يكن ربح للمال ولو من جهة استرجاع المالك لعين رأس ماله.

وهذا الاستظهار وإن كان صحيحاً إلا أنه يختص بصورة بقاء العين وإمكان استرجاعه من قبل المالك، وأما في صورة عدم إمكان ذلك ولزوم انتقاله إلى البدل وموافقة العامل على دفعه فلا وجه للحكم ببطلان البيع وهدر عمل العامل في هذا الفرض، فإن الاستحقاق المستفاد من الروايات شامل لهذه الصورة، فلا يحق للمالك الرجوع في المثل أو القيمة على المشتري حينئذٍ ليلزم خسارة العامل لعمله، وإنما له أن يرجع على العامل فقط وأخذ البدل منه إذا لم يرض بالمعاملة، ويكون العامل ضامناً له، فإذا دفعه إليه كان الربح كله له حينئذٍ.

هذا كله إذا استفدنا تقييد الإذن بالتجارة والمضاربة بالبيع النقدي، وأما إذا استظهرنا أنه شرط وقيد للاستيمان والضمان فقط لا للبيع، فقد تقدم صحة المضاربة حينئذٍ على القاعدة أيضاً، فلا يستحق المالك إلا تضمين العامل بالبدل وأخذه منه، وإذا دفعه له يكون الربح والزيادة في الثمن كله للعامل عند تحقق الأجل.

والظاهر أنّ مشهور المتأخرين ومنهم السيّد الماتن رحمته لم يقبلوا هذا التفصيل وحكموا ببطلان المضاربة والبيع على القاعدة وعدم إطلاق في الروايات المتقدمة لفرض مخالفة العامل والبيع نسيئة وعدم امضاء المالك لذلك، فيكون له حق الرجوع على كل من العامل أو المشتري باسترجاع عين رأس ماله مع وجوده أو بدله مثلاً أو قيمة، غاية الأمر لو رجع إلى المتأخر فلا يرجع المتأخر إلى المتقدم ولكن يرجع المتقدم إذا دفع البدل على المتأخر - كما هو الميزان في باب الضمانات وتعاقب الأيدي - فلو أخذ المالك البدل من المشتري لم يرجع هو على العامل إلا أن يكون مغروراً من قبله وكانت القيمة أزيد من الثمن فإنه يرجع بالزيادة على العامل بقاعدة الغرور، ولو أخذه المالك من العامل يرجع هو على المشتري بما غرم، إلا أن يكون المشتري مغروراً منه وكان الثمن أقل فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن على العامل، كل ذلك لقاعدة الغرور؛ وذلك إذا كان العامل مع علمه بأن الثمن أقل من القيمة السوقية أقدم على البيع مع جهل المشتري بذلك، فإنه يصدق الغرور عندئذ - كما هو محقق في محلّه - .

وهل يجوز للمشتري إذا كان مغروراً وكانت القيمة مساوية مع الثمن المؤجل أن يرجع على العامل بالتفاوت بين قيمة المبيع نقداً وقيمته نسيئة؟ لا يبعد ذلك؛ لأنه اشتراه من العامل بقيمة المثل نسيئة، والتي هي أقل منها إذا كانت نقداً والذي دفعها المالك، فهو مغرور بهذا المقدار من قبل العامل، فله أن يرجع عليه فيه .

وله الرجوع على كل من العامل والمشتري مع عدم وجود المال عنده أو عند مشتر آخر منه [١]، فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل إلا أن يكون مغروراً من قبله وكانت القيمة أزيد من الثمن فإنه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه، وإن رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم، إلا أن يكون مغروراً منه وكان الثمن أقل فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن.

مسألة ٩: في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل، كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمة المثل وإلا بطل. نعم، إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين لا بأس به [٢].

[١] باعتباره من مصاديق تعاقب الأيدي. وما ذكره الماتن ثابت على القاعدة على ما هو مقرر في محله.

وقيد (مع عدم وجود المال...) ليس راجعاً إلى رجوع المالك إلى كل منهما؛ لوضوح جوازه حتى إذا كانت العين موجودة، بل لتحقيق ضمان البدل من المثل أو القيمة والمراد منه تعذر استرجاعه.

[٢] قد عرفت أن استثناء صورة وجود المصلحة يمكن إيرادها في المسألتين المتقدمتين أيضاً. كما عرفت أن الحكم بالبطلان مبني على استظهار تقييد أصل الإذن بالبيع والشراء والمضاربة بالشرط لا الاستيمان، وعلى عدم شمول الروايات لذلك، وكلاهما محل تأمل، بل منع. فإن الظاهر من مثل هذه الشروط أو القيود مع اقدام المالك على الاتجار برأس ماله إنما هو تقييد الاستيمان وحفظ مالية رأس ماله لا عينه، كما أنه لو فرض رجوع الشرط قيدياً للاذن بالاتجار والمضاربة فهو أيضاً مشمول لإطلاق الروايات المتقدمة،

مسألة ١٠: لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر، وقيل بعدم جواز البيع إلا بالنقد المتعارف، ولا وجه له إلا إذا كان جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً [١].

مسألة ١١: لا يجوز شراء المعيب إلا إذا اقتضت المصلحة، ولو اتفق فله الرد أو الأرش على ما تقتضيه المصلحة [٢].

ولا فرق بين أن يشترط عليه بأن يقيّد المضاربة والاتّجار بأن لا يبيع بأقل أو لا يشتري بأكثر فتشمله الروايات، وبين أن ينصرف إطلاق المضاربة عن ذلك، بل الصحة في الثاني أولى.

وعنوان المخالفة يشمل كل تصرف على خلاف إذن المالك، ولا خصوصية لهيه أو شرطه؛ إذ ليست الحرمة إلا بلحاظ كشفه عن عدم الإذن المالكى.

[١] بحيث ينصرف عنه الإطلاق، ولكن قد عرفت أنّ مثل هذا الإطلاق مقامي لا لفظي، فلا بد من أن يكون متعارفاً وإلا لم يشمله اللفظ كما تقدّم في البيع نسيئة، فإنّه لا فرق بين المسألتين.

[٢] لشمول الإطلاق في فرض المصلحة بل واحتمالها أيضاً، كما أنّه في فرض عدمها يجري البحث المتقدم من الضمان على تقدير الخسارة، كما أنّ الربح بينهما إذا كان.

فالحاصل: بناءً على استفادة التعميم من الروايات المتقدمة أو كون مضمونها على القاعدة وإلغاء خصوصية نهي المالك أو أمره تكون هذه الفروع كلّها من باب واحد من حيث صحة المضاربة مع ضمان العامل.

مسألة ١٢: المشهور على ما قيل إن في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال، فلا يجوز الشراء في الذمة. وبعبارة أخرى يجب أن يكون الثمن شخصياً من مال المالك لا كلياً في الذمة. والظاهر أنه يلحق به الكلي في المعين أيضاً، وعلل ذلك بأنه القدر المتيقن، وأيضاً الشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء، ولعل المالك غير راض بذلك، وأيضاً إذا اشترى بكلي في الذمة لا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربة. ولا يخفى ما في هذه العلة، والأقوى كما هو المتعارف جواز الشراء في الذمة والدفع من رأس المال.

ثم إنهم لم يتعرضوا لبيعه، ومقتضى ما ذكره وجوب كون المبيع أيضاً شخصياً لا كلياً ثم الدفع من الأجناس التي عنده، والأقوى فيه أيضاً جواز كونه كلياً وإن لم يكن في المتعارف مثل الشراء [١].

[١] المنع عن جواز الشراء بالذمة ثم الدفع من مال المضاربة الذي

نسب إلى المشهور يمكن أن يكون لوجهين تختلف حيثية المسألة وجهة البحث فيها بناءً على كل منهما:

الأول: أن الإذن في الاتجار والشراء بالمال لا يستلزم الإذن في الشراء

على ذمة المالك، فإن هذه حيثية زائدة لا دال على الإذن بها، ومجرد إطلاق عقد المضاربة لا يقتضي أكثر من الإذن في التصرف في رأس المال لا غير.

ونتيجة هذا الوجه كون الشراء على ذمة المالك فضولياً بحاجة إلى إجازته

لكونه خارجاً عن دائرة المضاربة، ولا تشملها الأخبار المتقدمة لاثبات الصحة، ولا مقتضى القاعدة التي ذكرناها في تخريج صحة المضاربة وضمن العامل

لرأس المال على تقدير المخالفة؛ لأنّ شراء لا ربط له بالمضاربة ولا برأس مال المضاربة وضمّانه أو ربحه، بل هو أمر مستقلّ وعقد آخر فضولي محكوم بالبطلان من دون الإجازة ومع إجازة المالك يكون المبيع له سواء كان فيه ربح أو خسارة، وهذا واضح.

وهذا الوجه هو المناسب مع دعوى إطلاق عقد المضاربة المأخوذ في فرض المسألة، أو تعليل البطلان بأنّ المالك لعلّه غير راضٍ بذلك.

ويكون الجواب عليه أنّ المتعارف أنّ المالك عندما يأذن في التصرف في رأس المال والشراء به يأذن بالشراء بشخص رأس المال أو بالكلّي في المعين منه أو بالكلّي في الذمة ثمّ الوفاء منه، فهذا كلّ عمل بذلك المال للمالك واتّجار به عرفاً، فينعتد إطلاق ولو مقامي حاصل من التعارف على الإذن والجواز، فلا يكون تصرفه بهذا النحو غير مأذون فيه.

الثاني: أنّ هذا النحو من المضاربة والعمل برأس المال أعني الشراء على الذمة والدفع من مال المضاربة حتى إذا كان مأذوناً فيه من قبل المالك، كما إذا صرّح بذلك لا تشمله أدلّة صحة المضاربة، حيث لا إطلاق فيها من هذه الناحية؛ لعدم كونها في مقام البيان، بل ولظهور عنوان الاتّجار أو العمل بالمال المدفوع مضاربة الوارد في الروايات في الشراء والبيع به لا بذمة المالك. وقد تقدّم الاستدلال برواية السكوني أنّه لا تصح المضاربة بالدين حتى يقتضيه. وعليه فلا يجوز ذلك بعنوان المضاربة، وهذا الوجه يناسب التعليلات الأخرى المذكورة في المتن.

وهذا الإشكال لا تنفع في حلّه ودفعه دعوى التعارف المذكور في كلام

الماتن إلا إذا قصد بالتعارف تمامية الإطلاق في روايات المضاربة من جهة ملازمة المضاربة بالمال الخارجي عادة لذلك، أو صدق المضاربة والاتجار بالمال الخارجي إذا كان الوفاء به، فيشملة الإطلاق في روايات المضاربة. والظاهر أن نظر الماتن رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا إلى كلتا الجهتين، وحكمه بالجواز مبني على شمول إطلاق العقد لهذا النحو من الشراء وكونه متعارفاً في باب المضاربة، كما أن روايات صحة المضاربة شاملة لذلك لصدق الاسترباح بمال المضاربة، فيجوز الشراء في الذمة والدفع من رأس المال، فالكبرى والصغرى معاً تامتان. ثم تعرّض الماتن إلى صور الشراء بالذمة وحكم كل صورة منها، وسيأتي التعليق عليها.

وقد اعترض على الماتن بأن هذا لازمه أنه إذا تلف المال المدفوع للمضاربة قبل دفعه للبائع لزم على المالك دفعه من سائر أمواله كما ذكره في المتن، وأن يكون ضمانه من ماله، وهذا ما لم يأذن به المالك ولا يرضى به، فإنه إنما أذن في المضاربة بشخص ذلك المال أو بالمال الذمي بشرط أن يدفع من ذلك المال ومقيداً به.

وأجيب عليه: بأنه حيث كان إذن المالك مقيداً بالدفع من مال المضاربة ولم يأذن في الشراء بمال في ذمته بأكثر من ذلك فعلى تقدير عدم التلف ودفع الثمن منه تصح المضاربة، ويكون الشراء بذمة المالك مأذوناً فيه، وأما على تقدير التلف فيحكم ببطلان الشراء؛ لأن المال الخارجي يكون قيداً في الثمن الكلّي الذمي، فمع تلفه يفسخ البيع؛ لأنه من مصاديق تلف الثمن قبل قبضه، وهو كتلف المبيع قبل قبضه يوجب انفساخ العقد، أو بطلانه من أول الأمر.

وهذا البيان غير تام؛ لأنّ المال الخارجي لا يعقل أن يكون مقيداً ومحصّصاً للمال الذمّي، وإنّما يعقل تقييد الكلّي الخارجي بالمال المعيّن وهو المعيّر عنه بالكلّي في المعيّن، وأمّا المال الذمّي فهو مال اعتباري قوامه بكونه في الذمة لا في الخارج، فتقييده بالمال الخارجي لا معنى له إلاّ اشتراط دفع المصداق منه من دون أن يكون هو الثمن، فلا يكون تلفه موجباً للانفساخ أو بطلان البيع، بل يكون موجباً لتخلّف الشرط وتعذّره الموجب للخيار.

ونسب إلى بعض القول بصحة الشراء ووقوعه للعامل، إلاّ أنّه لا وجه له إذا كان الشراء على ذمة المالك كما هو واضح.

ويمكن الاستدلال على البطلان في صورة تلف مال المضاربة بأنّ إذن المالك بالشراء في ذمته كان مشروطاً ولو بنحو الشرط المتأخّر ببقاء المال وعدم تلفه وإلاّ ينكشف عدم الإذن من أوّل الأمر. نعم، يصح باجازه لاحقة من المالك ولكن يكون الربح حينئذٍ كلّهُ للمالك لأنّه معاملة خارجة عن مال المضاربة.

هذا إلاّ أنّ أصل هذا الاعتراض والإشكال صغروي لا كبروي، فإنّه يمكن فرض تصريح المالك وإذنه بالشراء على ذمته، ولو تلف مال المضاربة الخارجي فلا بد من أن يبحث عن أنّه حينئذٍ هل تصح المضاربة أيضاً أو لا تصح، وهذا هو البحث الكبروي، والظاهر من كلمات المشهور عدم صحة المضاربة حينئذٍ.

والتحقيق: أنّنا إذا اشترطنا أن تكون المضاربة بالمال الخارجي وعدم صحة المضاربة بمال في ذمة المالك - كما لعلّه ظاهر من حكم ببطلان المضاربة بالدين - فلا بد من الحكم ببطلان المضاربة مع تلف المال الخارجي ووقوع الشراء صحيحاً واشتغال ذمة المالك بالثمن ويكون أجنبياً عن

.....

المضاربة ، والربح كله له ، كما أنّ الخسارة عليه .

وإذا قلنا بصحة المضاربة بالمال الذمي أيضاً - كما هو الصحيح - فإذا استظهرنا من دفع المالك للمال وتعيينه للمضاربة الإذن بالمضاربة بذلك المال فقط لا بمال آخر ولو في ذمته ، فالنتيجة أيضاً بطلان المضاربة إذا تلف ذلك المال قبل دفعه إلى البائع ووقوع الشراء - إذا كان مأذوناً سابقاً أو أجازاه المالك لاحقاً - للمالك ، ولا ربط له بالمضاربة ، أي يكون الربح له والوضعية عليه ؛ لما تقدّم من أن مثل هذا الشراء أجنبي عن موضوع المضاربة وخارج عن رأس المال .

وأما إذا لم نستظهر ذلك ، بمعنى أنّ المالك يضارب بمقدار ألف دينار مثلاً ، الأعم من المال الخارجي الذي دفعه أو بمقداره على ذمته ويكون دفع المال الخارجي من أجل شروع الاتّجار ، فإن كان تلفه بيد المالك وقبل شروع العامل بالاتّجار فالضمان على المالك والمضاربة صحيحة ويجب على المالك دفع الثمن ، وإذا كان ربح للثمن الذمي فهو بينهما ؛ لأنّه رأس مال المضاربة بحسب الحقيقة والمال التالف خارج عنه ، وإن كان التلف بيد العامل وبعد شروعه بالاتّجار كانت المضاربة صحيحة أيضاً ، إلا أنّ تلف المال حينئذٍ كالوضعية لا بد من إخراجه قبل الربح إذا كان ربح ، والباقي يكون ربحاً بينهما ، وإذا لم يكن الربح زائداً على المقدار التالف فلا شيء للعامل ، أي يحسب التالف من شؤون ونفقات الاتّجار ؛ لأنّ المضاربة وإن كانت بألف دينار مثلاً وقد تحقّق الشراء والاتّجار به ، إلا أنّ دفع المال الخارجي التالف حيث كان من أجل ذلك فيعدّ من خسارات الاتّجار وشؤونه ، فهو كتلف بعض رأس المال لا يوجب بطلان المضاربة ، بل

يُجبر من الربح إن كان، ويكون الربح بعد جبران الخسارة، سواء من ناحية الوضعية أو التلف.

وسياتي تصريح المصنف في المسألة (٣٨) بأن تلف تمام رأس المال بعد الشروع في التجارة كما إذا اشترى بالذمة وتلف المال قبل دفعه إلى البائع فأداه المالك جبر بالربح، ووافق على ذلك أكثر المحققين.

وإن شئت قلت: إنه لا وجه لعدم استحقاق العامل سهمه من الربح إذا كان زائداً على مجموع الثمن الكلي والمال التالف كما إذا كان ما اشتراه بألف على ذمة المالك يسوى ثلاثة آلاف فإن ألفاً منها يكون ربح التجارة المأذونة بعنوان المضاربة، فحرمات العامل منه لا وجه له بعد أن كانت المضاربة - سواء كانت عقدية أو إذنيّة - غير متعلّقة بالمال الخارجي بالخصوص، بل بكلي الألف على المالك.

لا يقال: إذا كان مال المضاربة كلي ألف دينار مثلاً فلا بد من اعتبار ما زاد عليه ربحاً، وتكون الألف التالفة خارجة عن رأس مال المضاربة، لا أن يكون رأس المال مجموع الألفين الخارجي والذمي الذي يدفعه المالك بعنوان الثمن، فإنه بحاجة إلى مضاربة أخرى.

فإنه يقال: رأس مال المضاربة ليس أكثر من ألف دينار في المثال، ولكن الألف التالفة خارجاً حيث كانت في سبيل الاتجار برأس المال الكلي المقدّر بألف فتكون خسارته من شؤون المضاربة ومجبورة من الربح، نظير تلف بعض رأس المال الخارجي الذي يكون زائداً على المقدار الواقع ثمناً، أي رأس المال المستخدم في التجارة، ونظير ما إذا أمره بالاتجار من بلد آخر برأس

المال الخارجي فصادف أن كانت نفقة السفر زائداً على رأس مال التجارة وثنم الشراء، فإنها تخرج من الربح أيضاً؛ لكونها من شؤون التجارة والمضاربة وخساراتها فتجبر جميعاً من حاصل التجارة ونمائها. نعم، إذا كان تلف الألف مستقلاً وغير مربوط بالتجارة كما إذا كانت بعد عند المالك وقبل الشروع في التجارة كان غير مربوط برأس مال المضاربة كما أشرنا.

وهكذا يتضح أنه لا نحتاج في تصحيح هذه المضاربة إلى افتراض أن رأس مال المضاربة مجموع المالين الخارجي والذمي على المالك ليقال بأن هذه مضاربة زائدة بحاجة إلى عقد جديد.

ولعل هذا سبب حكم بعض المحشّين على المتن بطلان مثل هذه المضاربة؛ لأنه لو قيل بأن تلف المال الخارجي كلّه من كيس المالك ويكون ضامناً للثمن الكلي للبائع أيضاً ومع ذلك تصح المضاربة في مقدار الثمن الكلي الذمي فقط، ويكون الربح بينهما، فإن هذا فيه اجحاف على المالك ولا يرضى به، بل لعلّه لا يستفاد صحته من روايات المضاربة أيضاً.

ولو قيل بأن المضاربة بمجموع المالين الخارجي والتالف والمال الكلي في ذمة المالك فهذه زيادة في المضاربة ورأس مالها فتحتاج إلى عقد جديد، كما أنه مبني على صحة المضاربة بالمال الذمي.

وقد عرفت عدم لزوم شيء من المحذورين، بل المضاربة بالألف الكلي الأعم من الخارجي أو الذمي ودفع المال الخارجي ليس بمعنى تعيين رأس مال المضاربة فيه وعدم جواز الشراء بالذمة، بل بمعنى تمكين العامل على الاتجار والشراء إذا لزمه دفع الثمن نقداً، وحيث إنه في طريق الاتجار ومن شؤونه

ثم إنَّ الشراء في الذمة يتصور على وجوه:

أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك وفي ذمته من حيث المضاربة [١].

الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمته من حيث أنه عامل ووكيل عن المالك [٢].

تكون خسارته وتلفه مجبوراً من الربح حتى إذا كان الشراء بالذمة ومن دون لزوم زيادة رأس مال المضاربة عمّا اتفق عليه ابتداءً كالألف في المثال.

كما أنَّ مثل هذه المعاملة والمضاربة يمكن أن يكون مرضي المالك إذا قصده ومشمولة لإطلاق روايات المضاربة، فإنَّها كالشراء في الذمة والدفع من المال الخارجي، والتفكيك بينهما بلا موجب، فإنَّ الروايات إذا كانت شاملة للشراء بالذمة وكان ذلك متعارفاً كانت كذلك بالنسبة إليهما معاً، على أنه قد تقدّم منّا صحة المضاربة بالمال الذمي وعدم اشتراط كونه خارجياً.

[١] أي بمقدار ما يقتضيه عقد المضاربة من الأذونية في الشراء على ذمة المالك.

[٢] ذمة الوكيل لا تكون مشغولة للبائع، فلا بد وأن يرجع هذا إلى الأوّل، ولعلّه مقصوده من الحكم برجوعه إلى الأوّل، وليست الوكالة بمعنى أن ذمته بما هو وكيل يكون بمنزلة ذمة المالك.

نعم، قد يخرج ذلك على أساس أن الشراء للموكل يكون بمال على ذمة المالك ولكن يضمنه الوكيل للبائع بحكم وكالته عنه مع إذنه في الوفاء بمال المضاربة وضمّانه له، فتكون ذمة العامل مشغولة بالثمن ما دام لم يوفّه ويرجع على المالك بعد الوفاء، إلا أن هذا خارج عن نظر الماتن رحمته جزماً.

ويرجع إلى الأوّل وحكمها الصحة وكون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرنا، وإذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان في ذمة المالك يؤدّي من ماله الآخر [١].

الثالث: أن يقصد ذمة نفسه وكان قصده الشراء لنفسه ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة، ثمّ دفع منه، وعلى هذا الشراء صحيح، ويكون غاصباً في دفع مال المضاربة من غير إذن المالك، إلا إذا كان مأذوناً في الاستقراض وقصد القرض [٢].

[١] تقدّم أنّه استشكل فيه تارة كبروياً بأنّ هذا خارج عن حقيقة المضاربة، فلا تشمله أدلّة المضاربة، فلا تكون مضاربة، بل لو كان هناك إذن به فالربح كلّهُ للمالك.

وأخرى صغروياً بأنّ إذن المالك في الاتّجار برأس المال لا يستلزم الإذن في الشراء على ذمته زائداً على رأس المال، وإنّما غايته الإذن في الشراء على ذمته مقيداً بالدفع من رأس المال لا زائداً عليه، فيحكم إمّا ببطلان المعاملة لأنّ الثمن كان كلياً مقيداً بالدفع من المال الخارجي المعين، فإذا تلف تعذّر التسليم فيدخل في تلف أحد العوضين قبل قبضه المحكوم عليه بالانفساخ، أو يحكم بكونه فضولياً بحاجة إلى إجازة المالك، فيكون الربح كلّهُ له والوضيعة عليه. وقد تقدّم البحث عن كلا الإشكالين وحلّهما.

[٢] فيكون الربح كلّهُ للعامل، ويمكنه أن يبيعه من قبل نفسه للمالك بمال المضاربة فيملكه ويكون دفعه للبائع صحيحاً وجائزاً، ويكون الربح بينهما حينئذٍ، وهذا مبني على أن لا يبيعه للمالك بأكثر، أو يكون ذلك بإذن المالك ورضاه كما هو واضح.

الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء حتى يكون الربح له، فقصد نفسه حيلة منه، وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء [١]، وإن كان عاصياً في التصرف في مال المضاربة من غير إذن المالك وضامناً له، بل ضامناً للبائع أيضاً، حيث إن الوفاء بمال الغير غير صحيح، ويحتمل القول ببطلان الشراء [٢]؛ لأن رضا البائع مقيد بدفع الثمن، والمفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح، فهو بمنزلة السرقة كما ورد في بعض الأخبار أن من استقرض ولم يكن قاصداً للأداء فهو سارق. ويحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً بعد أن كان بناؤه الدفع من مال المضاربة، فإن البيع وإن كان بقصد نفسه وكلياً في ذمته، إلا أنه ينصب على هذا الذي يدفعه، فكأن البيع وقع عليه، والأوفق بالقواعد الوجه الأول، وبالإحتياط الثاني، وأضعف الوجه الثالث، وإن لم يستبعده الآقا البهبهاني رحمته الله [٣].

[١] كما أن الوفاء من مال الغير وإن كان باطلاً ولكنه لا يوجب بطلان الشراء بالذمة كما هو واضح.

[٢] لا وجه له؛ لأن دفع الثمن ليس قيداً في المبيع أو الثمن وإنما هو من آثار البيع وأحكامه، كما أنه شرط ضمني في الالتزام بالمبيع بحيث يوجب تخلفه الخيار - كما هو محقق في محله - كيف، ولو فرض أن التخلف عنه يوجب بطلان البيع لزم القول بالبطلان في الصورة السابقة أيضاً، بل وفي جميع موارد تخلف أحد المتبايعين عن دفع العوض أو المعوض، وهو كما ترى.

[٣] بالامكان توجيهه وتقريب هذا الوجه بأحد نحوين:

١ - أن يقال: كما يصح بيع الغاصب لنفسه ووقوعه للمالك إذا أجاز،

أو شراء الوكيل بمال الموكل لنفسه فيقع للمالك ويكون قصده لغواً، فكذلك الحال في المقام، فإنَّ الشراء بثلثين كلياً في ذمته مع تقييده بالدفع من مال المضاربة يوجب لغوية قصده لذمة نفسه بعد أن كان قيد الثلثين الذمّي متعيّناً خارجاً في مال المالك، فإنّه يوجب تعيّن الثلثين الكليّ الذمّي المقيّد بالمعيّن، فتكون المبادلة بين الثلثين الكليّ المقيّد بالمال الخارجي وبين المبيع لا محالة، وهذا الثلثين الكليّ الذمّي المقيّد بالمال الخارجي يكون للمالك واقعاً لا للعامل.

وهذا البيان تام إذا تعقلنا تقيّد المال الذمّي بالمال الخارجي، وعدم رجوعه إلى الكليّ في المعيّن الخارجي - كما تعقله بعض أساتذتنا رحمهم الله وحكموا على أساسه ببطلان الشراء في الصورة الأولى إذا تلف المال الخارجي - .
وأما إذا لم نتعقل ذلك وقلنا أنّ الثلثين الكليّ في الذمة لا يتقيّد بالمال الخارجي، وأنّ قوامه بكونه كلياً في الذمة وليس الخارج إلّا وفاءً له، فلا تكون المبادلة بين المال الخارجي وبين المبيع لكي يقاس بموارد بيع الغاصب أو شراء الوكيل لنفسه.

وإن شئت قلت: إنّ قوام المال الذمّي بكونه كلياً معتبراً في ذمة من عليه المال، فيكون مباتناً مع المال الخارجي، فإذا أريد تقييد الثلثين الكليّ بمال خارجي معيّن صار كلياً في المعيّن لا محالة وخرج عن كونه في الذمة، وإذا بقي الثلثين الكليّ الذمّي على كليّته ولم يتحصّص بالمال الخارجي وإنّما كان الدفع منه شرطاً لم يكن المال الخارجي ثمناً، ولم يكن فيه غير خيار تخلف الشرط، كما ذكرنا سابقاً.

٢ - أن يكون الثمن كلياً، وهو ما سيعينه فيه المشتري، فإذا عينه في مال الغير كان هو الثمن وطرف المبادلة حقيقة، نظير تعيين الكلي في المعين في الخارج إذا لم يبق سوى مقداره، فالثمن مثلاً كلياً عشرة دنانير الذي سيعينه المشتري، فما لم يعين يبقى كلياً على المشتري، وإذا ما عينه في مال خارجي تعيين فيه وكان هو الثمن حقيقة وترتب عليه أحكامه؛ لأنه حين العقد جعل الثمن الكلي بهذا القيد - أي ما يتعين بتعيين المشتري - وهذا إنما يكون في فرض قصد ذلك حين الشراء - كما في هذه الصورة - لا ما إذا قصد الكلي في ذمة المشتري بالخصوص - كما في الصورة السابقة - ونتيجة ذلك صحة الشراء والمضاربة معاً، ويكون الربح بينهما؛ لأن المفروض اذن المالك بذلك أيضاً.

نعم، لو عينه في ماله كان صحيحاً أيضاً والربح كله له لا للمالك. وهذا البيان لا يبعد صحته، إلا أنه لعله خارج عن مقصود الماتن بني؛ لأنه افترض كون الثمن كلياً ذمياً.

وهذا البيان على تقدير صحته يجعل الثمن هو الكلي الخارجي أو الأعم منه ومن الذمي لكي يعقل تحقق المبادلة حتى فيما إذا لم يكن يملك المشتري مالا خارجياً حين البيع، فتدبر جيداً.

الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه وغيره، وعليه أيضاً يكون المبيع له [١]، وإذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياً، ولو اختلف البائع والعامل في أن الشراء كان لنفسه أو لغيره - وهو المالك المضارب - يقدم قول البائع؛ لظاهر الحال، فيلزم بالثمن من ماله، وليس له ارجاع البائع إلى المالك المضارب.

[١] لا إشكال في أن المال الذمي متقوم بمن عليه الذمة، فلا يتصور إلا بفرض من عليه المال الذمي، وعندئذ إذا فرض قصد العامل ذمة نفسه كما هو الفرض كان الشراء لنفسه، ودخل الخامس في الثالث أو الرابع ولم يكن قسماً في قبالتها؛ لما تقدم من أن كونه وكياً عن المالك لا يصحح جعل الثمن مالاً في ذمته بما هو وكيل؛ بل هو وكيل على اشغال ذمة المالك لا على اشغال ذمته للمالك.

وما قيل من تنزيل الوكيل منزلة الموكل ليس معناه ذلك أصلاً، فالثمن الكلّي المضاف إلى ذمة الوكيل نفسه لا يكون إلا من مال الوكيل، فيكون المبيع له لا محالة، فلا يحتاج إلى الالتفات وقصد نفسه.

نعم، لو قلنا بالتنزيل المذكور وأن ذمة الوكيل تشتغل بالمال الكلّي بدلاً عن الموكل أتجه دعوى لزوم قصد الغير أو النفس، وعندئذ قد يقال بأن مقتضى عدم نية الغير وقوعه لنفسه، إلا أن هذا لا موجب له؛ لأن البحث ثبوتي لا إثباتي، فإذا فرض تعدد ذمة الوكيل اتجه القول بلزوم تعيين الثمن الذمي بملاحظة أحدهما، فلو لم يكن ملتفتاً بطل البيع، كما في البيع بمال ذمي مردد بين ذمته وذمة الغير.

نعم، يصح هذا الكلام بلحاظ البحث الاثباتي، كما إذا علم بأنه لاحظ

المسألة ١٣: يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه وإلى تلك التجارة في مثل ذلك المكان والزمان من العمل وتولّى ما يتولاه التاجر لنفسه [١] من عرض القماش والنشر والطي، وقبض الثمن وإيداعه في الصندوق ونحو ذلك ممّا هو اللائق والمتعارف، ويجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره مثل الدلال والحمال والوزان والكيال وغير ذلك، ويعطي الأجرة من الوسط.

ذمة نفسه أو ذمة المالك أو ذمة نفسه بما هو وكيل، فيقال بأنّ عدم نصب القرينة على نية الغير يكفي لنفيه، وكأنّ نية النفس لا تحتاج إلى مؤنة زائدة، وإن كان فيها خصوصية أيضاً، إلا أنّها عرفاً كأنّها مقتضى انتساب الانشاء إليه، وأنّه المسؤول عنه، وهذا هو الذي ذكره بقوله: (ولو اختلف... يقدم قول البائع لظاهر الحال الخ) أي ظاهر حال المشتري أنّه يشتري لنفسه. إلا أنّ في إطلاق ذلك للعامل عن الغير خصوصاً إذا كان محترفاً لذلك اشكالاً.

نعم، لا يبعد أن يقال بأنّ من يشتري مالاً بالذمة ظاهره أنّه ضامن للثمن الكلي سواء لكونه قد اشترى لنفسه وعلى ذمته أو على ذمة الغير مع ضمانه له، وهذا الظهور حجة ما لم يثبت خلافه.

[١] لأنّ هذا هو مقتضى إطلاق عقد المضاربة، وحمله على المتعارف فلو خالفه كان ضامناً على فرض التلف على القاعدة، وبمقتضى الروايات الخاصة المتقدمة بعد الغاء خصوصية ذكر الشرط أو عدم الإذن والنهي صريحاً والتعدي إلى كل ما لا يكون مأذوناً فيه ولو ضمناً ممّا هو تصرف في رأس المال.

ولو استأجر فيما يتعارف مباشرة بنفسه فالأجرة من ماله [١]، ولو تولّى بنفسه ما يعتاد الاستيجار له فالظاهر جواز أخذ الأجرة إن لم يقصد التبرع. وربما يقال بعدم الجواز. وفيه: أنه مناف لقاعدة احترام عمل المسلم [٢] المفروض عدم وجوبه عليه.

[١] لعدم الإذن بحسب الفرض بالصرف عليه من رأس المال، وقد أضاف البعض بأنه يضمن أيضاً لو تلف بيد الأجير، وهو مشكل؛ لأنّ المفروض أنّ المتعارف هو تولّى العامل له بنفسه أو ما يكون كذلك في قبال حصته من الربح، كما إذا كلف ابنه أو عبده أو متبرع به أو صرف عليه من كيسه، وأما نفس العمل من حيث كونه تصرفاً في رأس المال فمأذون فيه.

نعم، لو كان هناك خصوصية تقتضي عدم اعطائه للغير وعدم الإذن بذلك صحّ الحكم بالضمان، فليس مجرد المجانية مساوفاً مع الضمان وانتفاء الاستيمان كما هو واضح.

[٢] الذي يقتضي الضمان إذا كان العمل بأمر المالك واذنه كما هو كذلك في المقام؛ إذ لا خصوصية في كونه العامل أو غيره من الناس كما هو واضح.

نعم، لو اعتبر ذلك من قبيل التقتير عرفاً من قبل العامل في نفقات العمل وكيفية فلا يجوز أخذ الأجرة واحتسابها من رأس المال.

المسألة ١٤: قد مرَّ أنه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك، ومعه فنفته في السفر من رأس المال [١]، إلا إذا اشترط المالك كونها على نفسه، وعن بعضهم كونها على نفسه مطلقاً، والظاهر أن مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل، وربما يقال: له تفاوت ما بين السفر والحضر، والأقوى ما ذكرنا من جواز أخذها من أصل المال بتمامها من مأكَل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك مما يصدق عليه النفقة، ففي صحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام «في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه» هذا.

[١] إذا كان العمل والاتجار متوقفاً عليه بحيث يكون الإذن فيه مستلزماً للإذن في لوازمه؛ لأنه مقتضى المضاربة والإذن بالاتجار، فإن الإذن أو الأمر بشيء إذن وأمر بلوازمه، كما أنه مقتضى الصحيحة المذكورة في المتن، بل ولعله مشمول للسيرة القطعية.

وأما مع عدم لزوم السفر وإنما اختاره العامل على الحضر فإذن المالك به لا يقتضي الإذن في الانفاق من رأس المال فيكون على نفسه بلا حاجة إلى الاشتراط.

نعم، ينفع الاشتراط في الصورة الأولى، فلا يجوز حينئذٍ للعامل أن يصرف عليه من رأس المال؛ لعدم رضا المالك بصرف ماله في ذلك، فيكون ضامناً لو صرف منه، فالصحيح التفصيل بين الصورتين. ولعل صاحب القول الثاني كان ينظر إلى صورة عدم توقف الاتجار على السفر.

وأما القول الثالث فهو خلاف المتعارف وإطلاق الصحيحة المذكورة في المتن، ولا إطلاق للصحة بلحاظ ما إذا لم يكن الاتجار مستلزماً للسفر؛

وأما في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً [١] إلا إذا اشترط على المالك ذلك .

مسألة ١٥: المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج إليها في سفره وأجرة المسكن ونحو ذلك . وأما جوائزه وعطاياه وضيافته ومصانعاته فعلى نفسه، إلا إذا كانت التجارة موقوفة عليه .

مسألة ١٦: اللازم الاقتصار على القدر اللائق، فلو أسرف حسب عليه . نعم، لو قتر على نفسه أو صار ضيفاً عند شخص لا يحسب له [٢] .

لأنها ليست في مقام البيان من ناحية أصل السفر ولزومه، وإنما فرض ذلك . وقد تمسك بعض في المقام في فرض الاشتراط بعموم (المؤمنون عند شروطهم) لاثبات عدم الجواز، وهو ممنوع صغرى وكبرى؛ إذ ليس هذا من الالتزام على العامل، بل من تقييد الإذن في الصرف من رأس المال، وهو غير الشرط المصطلح . ولو فرض فلا لزوم فيه لو كانت المضاربة إذنية؛ لعدم شمول أدلة اللزوم للشروط ضمن العقود الجائزة على ما تقدم .

[١] لأن هذا هو المتعارف، فيكون مقتضى القاعدة، كما أن الصحيحة أيضاً صريحة في أن ما ينفقه العامل على نفسه في الحضر لا يخرج من رأس المال .

نعم، إذا اشترط ذلك على المالك جاز الأخذ من رأس المال، لا لنفوذ الشرط بل لشمول الإذن له .

[٢] لأن المتعارف احتساب المؤنة والنفقات المعروفة من رأس المال لا قيمتها وماليتها ولو لم تصرف .

مسألة ١٧: المراد من السفر العرفي لا الشرعي [١]، فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة، كما أنه إذا أقام في بلد عشرة أيام أو أزيد كان نفقته من رأس المال؛ لأنه في السفر عرفاً.

نعم، إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر - مثل التفرج أو لتحصيل مال له أو لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة - فنفقته في تلك المدة على نفسه.

وإن كان مقامه لما يتعلّق بالتجارة ولأمر آخر بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لولا الآخر، فإن كان الأمر الآخر عارضاً في البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة، وإن كان في عرض واحد ففيه وجوه ثالثها التوزيع، وهو الأحوط في الجملة [٢].

وأحوط منه كون التمام على نفسه، وإن كانت العلة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزء من الداعي فالظاهر التوزيع.

[١] بل ولا العرفي؛ إذ لا خصوصية لعنوان السفر، بل كل خروج للمضارب عن وضعه وبيته يقتضيه العمل التجاري تكون نفقاته من رأس المال، كما في البلاد الكبيرة إذا اقتضى التجارة أن يذهب إلى نقطة أخرى منها بعيدة عن بيته ومسكنه بحيث لا بد وأن يسكن في فندق ونحوه، ولو لم يسمّ مسافراً كما هو الصحيح.

[٢] قد يقال: ليس الميزان بذلك، بل إذا كان العمل التجاري مستوقفاً على السفر بنحو يكون الإذن في التجارة أدناً فيه عرفاً جاز الاتفاق على نفسه من رأس المال، ولو كان له غرض آخر لنفسه أو كان داعيه الأمر الآخر بحيث لولاه لما كان يسافر أصلاً، وإذا كان ممّالاً يتوقّف على السفر أو المقام

فيه عرفاً فلا يجوز حتى إذا كان داعيه ذلك، فإنّ هذا هو المطابق مع القاعدة وإطلاق الصحيحة المتقدمة، فلا موضوع للتوزيع في شيء من الصور.

والجواب: أنه لا يبعد عرفية التوزيع فيما إذا كان للعامل عمل آخر يقتضي منه السفر أيضاً من أوّل الأمر لا لعارض في الأثناء بحسب الارتكاز العرفي في المضاربة وأنه لا ينبغي له في مثل ذلك أن يأخذ جميع نفقات سفره من رأس المال، مع أنّ عمله لنفسه في السفر قد يكون أكثر، فإنّ هذا خلاف قاعدة العدل والانصاف المركوزة.

وهذا يعني أنّه في مثل هذه الموارد يكون الإذن في الصرف من رأس المال من أوّل الأمر بنحو التوزيع لا أكثر عرفاً، وهذه الدعوى ليست بالبعيدة، وإن وقعت موقع الإشكال من قبل بعض المعلقين على المتن.

وصحيحة علي بن جعفر ليس فيها نظر إلى هذه الناحية ليتمكن التمسك باطلاقها، بل مفاد الصحيحة بيان نفقات السفر ونفقات الحظر والتفصيل بينهما لا أكثر، فتدبر جيداً.

مسألة ١٨ : استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه ، فلو سافر من غير إذن أو في غير الجهة المأذون فيه ، أو مع التعدي عمّا أذن فيه ليس له أن يأخذ من مال التجارة [١].

[١] لأنه مقتضى القاعدة مع فرض عدم الإذن من المالك ، ولا يشملها صحيح ابن جعفر ؛ لعدم كونها في مقام البيان من هذه الناحية ، كما أشرنا .
مضافاً إلى أن المأخوذ فيها عنوان سفر المضارب بما هو مضارب ، ومع عدم الإذن في السفر من المالك لا يكون سفر العامل كذلك كما لا يخفى .

وقد يقال : بأنه مع فرض صحة المضاربة وكون الربح بينهما لابد وأن يحكم بكون النفقة من رأس المال لا من أجل التمسك بصحيح علي بن جعفر ليقال بأنها ليست في مقام البيان من هذه الناحية ، بل للتمسك بالروايات المتقدمة من أن الربح بينهما ، وهو ضامن لمخالفة المالك لو تلف ، فإنها تدل على صحة المضاربة ، فحالها حال كل مضاربة صحيحة من حيث كون النفقة من رأس المال .

والصحيح هو التفصيل بين فرض الخسران أو عدم الربح وفرض الربح ، ففي الأوّل لا إشكال في كون النفقة عليه لا من رأس المال على القاعدة ، وبالروايات المتقدمة ؛ لأنّ هذا مشمول لإطلاق ما ورد فيها من أنه ضامن لرأس المال ، كما أنه لم يكن مأذوناً فيه ، فيكون ضامناً على القاعدة أيضاً .

وأما في فرض الربح فإذا كان أصل السفر مأذوناً فيه وإنّما خالف في

السفر إلى جهة غير الجهة المأذونة، فالأقوى جواز الانفاق من رأس المال؛ لأنه مأذون فيه كسائر النفقات في الحدود التي يقتضيه أصل السفر، وأن الشرط أو عدم الإذن بلحاظ ما كان يخاف عليه المالك من الوضيعة أو التلف، والمفروض عدمهما.

هذا على القاعدة، والروايات أيضاً لا تقتضي ضمان ذلك، بل لعل ظهورها في العكس، حيث يقال بأن ظاهر كون الربح بينهما صحة المضاربة، كما إذا لم يخالف.

وأما إذا كان أصل السفر غير مأذون فيه بحيث كان يمكن التجارة في نفس البلد بلا تحمل نفقة السفر، فإن كان فيه ربح زائد على ربح التجارة في البلد فأيضاً لا يبعد استظهار الإذن المذكور على القاعدة ومن الروايات، ولو لأن الربح الزائد المذكور متوقف على السفر، فتكون نفقاته مأذوناً فيها ضمناً.

وأما إذا كان ربحه مساوياً مع المقدار الذي يربح في البلد عادة فالانفاق على نفسه من رأس المال مشكل؛ لعدم الإذن فيه حتى على تقدير الربح، وعدم دلالة الروايات على ذلك؛ إذ لا ملازمة بين الحكم بصحة المضاربة وبين عدم ضمان اتلاف رأس المال المصروف على نفسه أو ضمان المالك لما صرفه على نفسه لو كان الصرف من كيسه كما ذكرنا في التعليق على المسألة الرابعة عشر، فالصحيح التفصيل.

مسألة ١٩: لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملاً لإثنين أو أزيد، أو عاملاً لنفسه وغيره توزع النفقة [١]، وهل هو على نسبة المالين أو على نسبة العملين؟ قولان [٢].

[١] استشكل بعضهم في التوزيع إذا كان عاملاً لنفسه وغيره بأن مقتضى إطلاق صحيح علي بن جعفر أنه يجوز الانفاق على نفسه من رأس المال كلما كانت المضاربة والتجارة تستلزم السفر.

نعم إذا كان عاملاً لإثنين فحيث أنه مضارب معهما معاً فيصدق عنوان مال المضاربة على جميع المال، فيحكم بالتوزيع عليهما لا محالة .

وفيه: ما تقدم من أن الارتكاز العرفي يقتضي في أمثال المقام التوزيع؛ لأن السفر ليس من أجل المضاربة فقط، خصوصاً إذا كان مال المضاربة مشتركاً مع ماله، فإنه أي فرق عرفاً بين أن يكون النصف الآخر من رأس المال المتجر به راجعاً لشخص ثالث أو للعامل .

وأما الصحيحة فقد تقدم أنها محمولة على مقتضى القاعدة، وأنه لا إطلاق لها من هذه النواحي، فالصحيح الحكم بالتوزيع على مقتضى القاعدة في الشقين .

[٢] أشهرهما الأول، بل هو المشهور. والثاني لم يعرف قائله. نعم نسب إلى التذكرة ذلك في الشق الأول بالخصوص دون ما إذا كان المال الثاني لنفس العامل .

وأياً ما كان فقد استدل على القول الأول بأن موضوع النفقة مال المضاربة، فهو موضوع التوزيع .

وفيه: أن كون المال موضوع النفقة بمعنى خروج النفقة منها، وهذا

لا يستلزم تقسيطها على المالكين بنحو التوزيع بنسبة مقدارهما بعد أن كانت النفقة بازاء العمل ومن أجله .

وقد يستدلّ على ذلك باطلاق صحيح علي بن جعفر حيث جاء فيه أنّ نفقة السفر يكون من جميع المال ، فيقال انّ ظاهره التقسيط بنسبة المال .

وفيه : ما تقدم من عدم كونه في مقام البيان من هذه الناحية ، بل عنوان جميع المال إشارة إلى رأس المال .

ولعلّه للدلالة على أنّه حتى إذا لم يكن ربح مع ذلك تخرج النفقة منه أو إلى نكته أخرى سيجيء ذكرها ، وليس النظر في ذلك إلى خصوص فرض اشتراك مالكين في المضاربة ، ليتوهم التقسيط بنسبة المالكين في المال المشترك .

ومن هنا قد يقال أنّ الصحيح هو التقسيط بنسبة العاملين ، وهو القول الثاني - كما ذهب إليه بعض الأعلام وذهب بعض آخر إلى الاحتياط برعاية أقلّ الأمرين إذا كان عاملاً لنفسه وغيره وبالتصالح إذا كان عاملاً لآخرين - واستدلّ عليه بأنّ النفقة بازاء العمل ؛ ولهذا لو أرسل كل من التاجر رسواً إلى بلد لقيامه بعمل معيّن وكان رأس مال أحدهما أضعاف الآخر فإنّ كلاهما سيخسر من نفقات السفر بمقدار ما يخسره الآخر - إذا كانت النفقتان متساويتين - والحال أنّ رأس مال أحدهما أضعاف رأس مال صاحبه ، فإذا كان في حالة تعدد العامل كذلك ففي حال اتحادهما أيضاً يكون كذلك ، فلا ربط لكثرة المال وقلّته بنفقة السفر ، فإنّها في قبالة العمل ، فلا بد وأن يلاحظ ذلك عند التوزيع أيضاً ، فيكون المدار بنسبة العاملين .

والصحيح التفصيل بين ما إذا كان أجيراً أو مضارباً في العمل بكل من المالين مستقلاً عن الآخر فيكون الميزان بالعمل، وبين ما إذا كان مضارباً بمال مشترك، فتكون النفقة بنسبة المالين، بمعنى أنها تخرج من أصل الربح الحاصل لهما، أو من أصل المال لو لم يكن ربح، ثم يوزع الربح على المالين بنسبتهما، أو يوزع المالان بالنسبة كما هو الحال في نفقات الأجير في الاتجار بالمال المشترك.

والوجه في الشق الأول ما ذكر من أنّ النفقة بازاء العمل والعمل في كل من المالين يرجع إلى أحد الشخصين مستقلاً عن الآخر، فيكون كالأجيرين .
وأما الوجه في الشق الثاني فلأنّ نفقة السفر وإن كانت بازاء العمل هنا أيضاً، إلاّ أنّه مع ذلك يكون المرتكز في الأذهان والمتعارف في موارد الأجير أو المضارب في المال المشترك ملاحظة نفقات السفر جزءاً من نفقات مجموع المال المشترك، فتخرج من أصله ثم يوزّع الباقي بين المالين، فيكون التوزيع بنسبة المالين .

ولعلّ وجه هذا الارتكاز هو أنّ عمل الاتجار حيث إنه يتوسّع عرفاً باتساع رأس المال ومقداره فالاتجار بألف دينار عمل أكثر من الاتجار بمئة دينار مثلاً، فتلحظ مقدمات العمل أيضاً كذلك، فالسفر إلى بلد الاتجار وإن كان واحداً لا يتوسّع بسعة رأس المال وضيقة إلاّ أنّه لا يلحظ مستقلاً بحسب المرتكز العرفي، بل تلحظ نفقاته ضمن نفقات مجموع العمل على رأس المال .

وإن شئت قلت : إنّ المضاربة بالمال المشترك معناه الإذن من قبل المالين بأن يصرف من المال المشترك على ما يتوقف عليه الاتجار، كما

مسألة ٢٠: لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح ، بل ينفق من أصل المال وإن لم يحصل ربح أصلاً [١].
 نعم ، لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح ويعطى المالك رأس ماله ثم يقسم بينهما [٢].

أنّ نفقات الاتّجار تخرج من الربح إذا كان قبل تقسيمه ، وهذا يعني التوزيع بالنسبة ما لم يصرّح بخلافه في العقد .

وهكذا يتضح أنّ الأوفق بالمتعارف والمرتكز في الأذهان هو التفصيل بين الاتّجار بالمال المشترك وفي مضاربة مشتركة والاتّجار بمالين في مضاربتين مستقلتين أو الاتّجار للمضارب ولنفسه مستقلاً عن المضاربة .

[١] لأنّ هذا هو مقتضى المتعارف والارتكاز العرفي ، حيث لا يكون إذن المالك في النفقات مخصوصاً بصورة الربح ، بل ولا بعدم الخسارة أو تلف رأس المال .

نعم ، يمكنه أن لا يأذن ويشترط أن تكون النفقات عليه مطلقاً ، أو إذا لم يكن ربح وليس هذا من تضمين العامل الخسارة أو التلف لتشمله معتبرة محمّد بن قيس فيمن ضمن تاجراً ، كما لا يخفى وجهه .

[٢] لأنّ هذا هو مقتضى الاسترباح من قبل المالكين برؤوس أموالهم وأنّ كل النفقات والخسارات تخرج من الربح .

وقد يستدلّ عليه بما ورد في صحيح علي بن جعفر من أنّ النفقة تكون من جميع المال ، أي الأعم من رأس المال وربحه ، بأن تخرج النفقات منه ثمّ يستثنى رأس المال والباقي يكون بينهما .

مسألة ٢١: لو مرض في أثناء السفر فإن كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النفقة [١]، وإن منعه ليس له، وعلى الأول لا يكون منها ما يحتاج إليه للبرء من المرض [٢].

إلا أن هذا غير ظاهر؛ إذ لو سلم أن ذكر جميع يكون المنظور فيه الربح ورأس المال أي مجموعهما فهو لا يدل على كيفية تقسيم الباقي وأنه هل يستثنى تمام رأس المال أولاً ثم يقسم الباقي أم بالعكس ما لم نضم الارتكاز والتعارف الذي هو مقتضى القاعدة.

نعم، يكون ذكر جميع المال شاهداً على أن النفقة لا يتوقف إخراجها على وجود ربح، وهذا هو المطلب الأول.

[١] أي نفقة سفره، وينبغي أن يستثنى صورة كون نفقة السفر وهو مريض أكثر من المتعارف، فإنه عندئذ لا يمكن انكشاف الإذن في الصرف بمقداره.

[٢] لأن الإذن في الانفاق على سفره لا يقتضي ذلك؛ لعدم الاستلزام ما لم ينص عليه، وصحيح ابن جعفر ظاهر في نفقة السفر بما هو سفر لا أكثر. نعم، لا يبعد أن يكون نفقات بعض الأمراض الاعتيادية الخفيفة بحكم النفقات اليومية العادية مشمولة لإطلاق الإذن عند العرف، ومن هنا قيده البعض بذلك.

ثم إن قياس النفقة في المقام على النفقة الواجبة للزوجة وغيرها في غير محلّه كما لا يخفى وجهه.

مسألة ٢٢: لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر، فنفقة الرجوع على نفسه [١]، بخلاف ما إذا بقيت ولم تنفسخ فإنها من مال المضاربة.

[١] لأنه مع انفساخ المضاربة يرتفع موضوع الإذن في الصرف من رأس المال.

وقد يناقش ذلك في خصوص ما إذا كان الفسخ من قبل المالك، بأن بناء المضاربة على عدم تضرر العامل من كيسه من أجل المضاربة غير عمله إلا إذا كان الفسخ من قبله (١).

وهذا المطلب لو تمّ لجرى في صورة الانفساخ بموت أو جنون أو غير ذلك ولا يختص بصورة الفسخ من قبل المالك - كما قيده بذلك بعض الأعلام - . ويمكن تقريره بأن إطلاق المضاربة يقتضي الإذن في نفقات السفر ذهاباً وإياباً، بحيث لا يتضرر العامل.

بل يمكن دعوى إطلاق صحيح ابن جعفر أيضاً وشموله لنفقة الرجوع حتى بعد الانفساخ؛ لصدق نفقة سفر المضارب بما هو مضارب عليه من أول الأمر، فتكون من جميع المال.

والانصاف أن هذا المقدار من البيان غير كاف، أما التمسك بالصحيحة فلما تقدم من أنها ليست في مقام البيان من هذه الناحية، خصوصاً مع ما في ذيلها من أنه إذا قدم أهله فما أنفق فمن نصيبه ممّا يعني النظر إلى فرض بقاء المضاربة. بل قد يقال أنّ عنوان المضارب لا يصدق بعد الانفساخ، فلا يصدق على نفقة الرجوع عندئذٍ أنه نفقة المضارب، ولا أقل من الاحتمال الموجب للإجمال.

وأما التمسك بمقتضى القاعدة من ناحية عموم الإذن المستكشف بالإطلاق والارتكاز فهو لا يجدي؛ إذ غايته ثبوت الإذن حدوثاً وقبل الانفساخ، وهو غير ملزم للمالك بعد الفسخ، كما أنه لا أثر له بالموت والجنون كما هو الحال في العقود الإذنية.

وقد يتمسك لاثبات لزومه بالشرط في ضمن عقد المضاربة ولو ضمناً بأن لا يخسر العامل نفقة إلا إذا كان الفسخ من قبله.

وفيه: لو سلمنا وجود شرط ضمني كذلك مع ذلك قلنا بأن هذا الاشتراط مرجعه إلى تقييد الإذن في الصرف أو توسعته لا الالتزام ضمن الالتزام؛ إذ ليست المضاربة الإذنية بلحاظ التصرف في رأس المال إلا عقداً أذنياً، فلا يعقل الالتزام ضمن الالتزام بلحاظ هذه الحيثية من المضاربة، بل مرجعه إلى التقييد للإذن، ولو سلم فهو ليس بملزم على ما تقدّم في محله من عدم لزوم الشروط ضمن العقود الإذنية. نعم، هذا قد يصح في المضاربة العقدية اللازمة إذا فرض أنه كان شرطاً ضمناً من أول الأمر، بحيث يضمنه المالك بمجرد حدوث العقد.

وقد يتمسك بقاعدة لا ضرر لاثبات ضمان المالك لنفقة رجوع العامل. وفيه: مضافاً إلى الإشكال في أصل إمكان اثبات الضمان بلا ضرر أن الضرر المذكور حصل من جهة اقدام العامل نفسه على المضاربة والتي يفترض أنها عقد جائز يفسخ بالموت والجنون أو يمكن فسخه في أي وقت، فيكون من الضرر المقدم عليه لا الحاصل من حكم الشارع.

وقد يتمسك بقاعدة الغرور وأن العامل مغرور حينئذٍ من قبل المالك، فيرجع عليه في كل خسارة.

مسألة ٢٣: قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة، وأن في الأول الربح مشترك، وفي الثاني للعامل، وفي الثالث للمالك، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لي كان مضاربة فاسدة، إلا إذا علم أنه قصد الابضاع فيصير بضاعة [١].

وفيه: مضافاً إلى الاشكال في كبرى قاعدة الغرور في غير ما ورد في مورده نص أن صدق الغرور فرع عدم علم العامل بجواز المضاربة وحق الفسخ للمالك أو الانفساخ القهري بالموت والجنون، وإلا فصدق الغرور ممنوع، بل مع جهله بجواز المضاربة أيضاً لا يكون هناك غرور؛ لأنه ناشئ من جهله بالمسألة كما إذا كان البائع جاهلاً مثلاً بخيار الحيوان للمشتري، فالأقرب ما عليه المشهور.

[١] الظاهر أن المسألة تختلف باختلاف المبنى في تفسير حقيقة المضاربة، فإن فسّرناها على أساس أنه من عقود المعاوضة كالمعاوضة بين عمل العامل وحصّة من الربح فاشتراط عدم ربح له مرجعه إلى المبادلة مع اشتراط عدم العوض، كالبيع بشرط عدم ملك العوض، وهو شرط منافي لمقتضى العقد يوجب فسادَه للزوم التهافت بين الانشائين الكاشف عن عدم تحقق قصد المعاوضة جداً.

وهذا هو الفرق بين مثل هذه الشروط والشروط الفاسدة؛ لكونها خلاف الشرع مثلاً، فإنّ فسادها لا يوجب فساد العقد على الأصح. وكذلك الحال إذا قلنا بمسلك المشاركة بين نماء العمل ورأس المال، فإنّ قوام المشاركة في ذلك بأن يكون النماء بينهما فاشتراط كونه لأحدهما فقط خلف.

وإن قلنا بأنّ المضاربة هو الإذن من الطرفين من المالك في الاتجار

بماله ومن العامل باستيفاء المالك لعمله مشروطاً بحصة من الربح، أو أنّها أمر من المالك بعمل العامل في قبال جعل هو حصة من الربح، فمرجع اشتراط عدم شيء من الربح له إلى الإذن أو الأمر بلا شرط أن يكون له شيء من الربح، فيقع بضاعة صحيحة لا مضاربة فاسدة؛ لأن أصل الإذن مفروض على كل حال، واشتراط عدم شيء من الربح له أيضاً كذلك، فلا مضاربة ثبوتاً ولا إثباتاً، بل بضاعة.

فالحاصل: المضاربة على المسلكين الأولين يختلف عن البضاعة بنحو التباين كالفرق بين الإجارة والبيع، ففسادها لا يوجب تحقق الآخر، إلا إذا قصد الآخر وجاء بما يدلّ عليه وينشئه، وعلى المسلك الأخير الفرق بينهما بين الأقل والأكثر، فعلى اشتراط أن لا يكون له شيء من الربح تقع بضاعة، ولا موضوع للمضاربة لكي يقال تقع مضاربة فاسدة، غاية الأمر جاء بلفظها غلطاً أو جهلاً بمعناه، وليس بابه باب الشرط المنافي لمقتضى العقد.

لا يقال: المضاربة إذا كانت اسماً للإذن المشروط بالجعل والحصة من الربح في قبالة فقصدته جداً مع قصد كون تمام الربح للمالك أيضاً من الشرط المنافي لمقتضى العقد والتهافت معه.

فإنه يقال: هذا لا يمكن أن يكون حتى على مستوى الانشاء، بخلاف الشراء بشرط عدم العوض، فمن يشترط أن يكون تمام الربح له لا يوجد له قصد الجعل في قبال العمل حتى انشاءً، فليس بابه باب التهافت بين انشائين أو مضمونين لا يجتمعان - كما قيل -، فتدبر جيداً.

ولا يستحق العامل أجره إلا مع الشرط أو القرائن الدالة على عدم التبرع، ومع الشك فيه وفي ارادة الأجرة يستحق الأجرة أيضاً؛ لقاعدة احترام عمل المسلم [١].

[١] تارة يفرض أن ظاهر اشتراط كون تمام الربح للمالك مجانية عمل العامل وعدم ضمان شيء في قبالة، والمفروض قبول العامل به، وقد جعل بعضهم البضاعة هي ذلك، وإلا كانت إجارة فلا إشكال حينئذ في عدم استحقاقه أجره؛ لأنه أمره على نحو المجانية والعامل أقدم على المجانية، ولو بحسب ظاهر حاله وقبوله، فلا وجه للضمان، ولو فرض عدم قصد التبرع واقعاً فإنه يكون من قبيل اتلافه لماله بتقديمه للغير مجاناً.

وأخرى يفرض عدم دلالة الاشتراط المذكور إلا على عدم استحقاق الحصة في الربح لا عدم الأجرة والمجانية، فلا يكون ظهور في الأخذ المجاني، كما لا يوجد ما يدل على قصد العامل التبرع والمجانية، وعندئذ يحكم بالضمان؛ لقاعدة الاحترام.

وقد ذكرنا سابقاً أن هذه القاعدة ليست قاعدة تعبدية، بل ترجع إلى حرمة أخذ مال الغير، والذي يتحقق في باب الأعمال بالاستيفاء عن طريق الأمر به إلا باذنه ورضاه بالهدر والمجانية كما في باب الأعيان أيضاً، وهي مغيبة برضا المالك وقصده بالتبرع والمجانية، ومع الشك فيه الأصل العملي بل العقلاني أيضاً عدمه، وهذا هو المقصود بقاعدة الاحترام، فلا يرد ما ذكره بعض الأعلام من أسادتتنا العظام رضي الله عنهم في المقام فراجع كلامه وتأمل (١).

وإذا قال خذه قراضاً وتماز الربح لك ، فكذلك مضاربة فاسدة [١].
إلا إذا علم أنه أراد القرض [٢].

[١] هذا قد يصح على المسلكين الأولين ، وأما على الثالث فلو قلنا بأن للمالك أن يجعل نماء ماله لغيره كجعل على عمل ولو كان هو الاتجار بماله ، فلا وجه للبطلان إذا فرض تعلق غرض له بأن يتجر بماله وكان العامل أيضاً ناوياً ذلك لا الاستقراض وتضمين المال .

وما ورد في روايات المضاربة من أن الربح بينهما ناظر إلى عدم استحقاق المالك لتماز الربح لا عدم إمكان جعل تمامه للعامل بشرط المالك ، فيكون هذا نظير البضاعة التي هي عقد اذني من طرف العامل بأن يستوفي المالك نتيجة عمله ، إلا أنه هنا يأذن المالك أن يستوفي العامل ربح ماله إذا كانت صحة مثل هذه العقود على القاعدة ، فتكون عكس البضاعة .

[٢] إلا أن يقال باشتراط انشاء العقود بما يكون دالاً على مضمونها عرفاً ، فلا يكفي مجرد القصد الجدي من دون ما يصلح للدلالة عليه عرفاً .
فالحاصل : العقود مركبة من ارادة باطنية و ارادة ظاهرة ، أو قل مبرز اثباتي مناسب عرفاً ؛ لأن ينشأ أو يبرز به ذلك المعنى الانشائي ، وكلا الأمرين ركن في العقود والايقاعات ، فلا يكفي أحدهما .

وفي المقام لفظ المضاربة أو القراض لا يصلح لأن ينشأ به القرض ؛ لأنه مفهوم انشائي مباين مع المضاربة كالبيع والإجارة ، وكون الربح بتمامه للعامل ليس هو المنشأ والمقوم لعقد القرض ، بل هو أثر شرعي تبعاً لتمليك رأس المال له .

ولو لم يذكر لفظ المضاربة، بأن قال: خذه واتّجر به والربح بتمامه لي كان بضاعة، إلا مع العلم بارادة المضاربة، فتكون فاسدة، ولو قال: خذه واتّجر به والربح لك بتمامه فهو قرض، إلا مع العلم بارادة المضاربة ففاسد [١].

وأما المنشأ في القرض فهو تمليك العين على وجه الضمان أو المعاوضة، وهو مبين مع المنشأ في المضاربة. فكما لا يصح انشاء البيع بلفظ الإجارة فكذلك الحال في المقام.

ولا يقاس بالبضاعة فإنها على الصحيح كالمضاربة من حيث الإذن، ولكن على نحو المجانية ومن دون اشتراط شيء في قبالة، فالنسبة بينهما كالأقل والأكثر لا المتباينين مفهوماً وانشاءً.

[١] الفرق أنه مع عدم وجود لفظ المضاربة أو القراض تكون الجملة الأولى ظاهرة في البضاعة المجانية، والثانية في القرض، وهذا لئن تمّ في الأول ففي الثاني لا يخلو عن إشكال؛ لأنّ البضاعة يكفي فيها مجرد الإذن مع الظهور في المجانية الذي يستفاد من نفي الربح وعدم ذكر شيء آخر كأجرة، وهذا بخلاف القرض فإنه مفهوم انشائي مبين هو التمليك بعوض في الذمة أو التمليك على وجه الضمان.

وهذا لا يقتضيه مجرد التصريح بأنّ تمام الربح لك، فإنه قد تقدّم أنّه قد يتعلّق غرض المالك في أن يتّجر بماله ولا يبقى راكداً، ولو بأن يكون نماؤه كلّه للغير إذا حرّكه واتّجر به.

وفرقة عن القرض أنّه لا يكون العامل ضامناً لرأس المال، كما أنّ المالك

ومع الفساد في الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك، وللعامل
أجرة عمله، إلا مع علمه بالفساد [١].

له الرجوع برأس ماله متى ما شاء، بخلاف القرض الذي هو عقد لازم، ويخرج
فيه عين رأس المال عن ملك صاحبه كما هو واضح.
فهذا إذا لم يكن صحيحاً شرعاً فهو لا يوجب تعيين إرادة المالك
للتمليك على وجه الضمان، الذي هو حقيقة القرض؛ لأنه لازم أعم، وإن
كان عدم ذكر المضاربة قد يوجب صلاحيته عرفاً لافادة القرض لو فرض عدم
صحة ما هو عكس البضاعة عقلياً وهو الاتجار بمال الغير، ويكون الربح
كله للعامل.

[١] تقدّم في بحث المقبوض بالعقد الفاسد أنّ العلم بفساد المعاملة
لا يساوق قصد المجانية وارتفاع الضمان، فالعلم والجهل بالفساد سيان من هذه
الناحية.

نعم، لا بد من تفصيل آخر بين ما إذا كان هناك ظهور في المجانية كما في
صورة جعل تمام الربح للمالك فلا يستحق العامل في فرض الفساد أجرة لإقدامه
على التبرع والمجانية ولو ظاهراً.

إلا أنّ هذا خارج عن كلام الماتن هنا؛ لأنه أخرجه بما تقدم في صدر
المسألة وذكر تمام شقوقه، فنظره إلى الصور التي لا قرينة ولا ظهور فيها على
المجانية.

ثم إنّ بعض الأعلام استشكل على الماتن بأنّ دليل الضمان في المقام
حيث إنّ السيرة العقلية فقدرة المتيقن ضمان عمل العامل لأجرة عمله

بالمقدار الذي جعل له وأقدم عليه لا أكثر، فلو كان تمام الربح الذي جعل له مئة دينار مثلاً وقلنا بفساد المضاربة وكانت أجرة العمل أكثر من ذلك لم يستحق الزيادة (١).

وهذا الكلام غريب، فإنه يرد عليه:

أولاً - النقص بالإجارة الفاسدة، فإنه لا إشكال فيه حتى عنده أنه يستحق فيه الأجير أجرة مثل عمله ولو كانت أكثر من المسمى.

وثانياً - بالحل، وحاصله: أنه لا فرق عند العقلاء بين ضمان العين المقبوضة بالعقد الفاسد أو ضمان العمل، بل تقدم أن هناك قاعدة واحدة في البابين لا قاعدتين.

وقد التزم هذا العلم تبعاً لغيره بأن الضمان في باب الأعيان المقبوضة بالعقد الفاسد هو ضمان الغرامة والقيمة السوقية، ولو زادت على المسمى.

ودعوى: أن العامل مقدم على المجانية بالنسبة للمقدار الزائد لأنه أقدم على قبول النسبة من الربح.

مدفوعة: بأن هذا ليس إقداماً على مجانية الزيادة لأن تقدير الربح ومقداره غير معلوم من أول الأمر.

مسألة ٢٤: لو اختلف العامل والمالك في أنّها مضاربة فاسدة أو قرض أو مضاربة فاسدة أو بضاعة، ولم يكن هناك ظهور لفظي ولا قرينة معينة، فمقتضى القاعدة التحالف.

وقد يقال بتقديم قول من يدعي الصحة، وهو مشكل؛ إذ مورد الحمل على الصحة ما إذا علم أنّهما أوقعا معاملة معينة واختلفا في صحتها وفسادها، لا مثل المقام الذي يكون الأمر دائراً بين معاملتين على احدهما صحيح وعلى الأخرى باطل، نظير ما إذا اختلفا في أنّهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجارة الفاسدة مثلاً، وفي مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف، وأصالة الصحة لا تثبت كونه بيعاً مثلاً لا إجارة أو بضاعة صحيحة مثلاً لا مضاربة فاسدة [١].

[١] تعرّض السيّد الماتن رحمته في هذه المسألة إلى فرع من نتائج وفروع المسألة السابقة، حيث ذكر فيها أنّه إذا قال: (خذ المال مضاربة والربح كلّ لك، أو لي) كانت مضاربة فاسدة، إلا إذا كانت قرينة على أنّه أراد في الأوّل القرض، وفي الثاني البضاعة.

فتعرّض في هذه المسألة إلى أنّه إذا لم يكن في البين ظهور لفظي ولا قرينة معينة لأحد المطلبين ترددت المعاملة الواقعة بين عقد صحيح كالقرض والبضاعة أو عقد باطل وهو المضاربة الفاسدة، وأفاد أنّ حكم هذا التردد لو حصل الاختلاف بين المالك والعامل فيه ليس هو جريان أصالة الصحة وإثبات العقد الصحيح - وهو القرض أو البضاعة في المثاليين - ليكون القول قول مدّعيه وعلى مدّعي المضاربة الفاسدة الاثبات، بل هو من التداعي والتحالف؛ لأنّ أصالة الصحة إنّما تجري فيما إذا أحرز في مورد قصد عقد معيّن وشك في

.....

ايقاعه بشروطه وصحيحاً أم فاسداً لا ما إذا كان الشك فيما قصده المتعاملان فادعى أحدهما معاملة لو كانت مقصودة فهي فاسدة وادعى الآخر معاملة أخرى لو كانت مقصودة كانت صحيحة، فإنه بأصالة الصحة لا يمكن إثبات قصد المعاملة الصحيحة واحرازها، كما إذا تردّد العقد بين أن يكون بيعاً صحيحاً أو إجارة فاسدة أو بالعكس، بل يكون من التحالف وادعاء كل منهما عقداً على خلاف الأصل.

وكبرى هذا المطلب صحيحة، إلا أنه لا بد من الإشارة إلى أمور:

الأول: أن ما ذكر من عدم جريان أصالة الصحة لاثبات عنوان العقد الواقع إذا كان التردد فيه هو الصحيح ويمكن الاستدلال عليه تارة: بأن اثبات قصد العنوان والعقد الصحيح من لوازم صحة المعاملة المجهولة عقلاً وليس من آثارها الشرعية واللوازم العقلية للأصول العملية ليست بحجة.

وأخرى: بأن أصالة الصحة إنما تثبت بالسيرة العقلانية الممضاة شرعاً أو السيرة المتشرعية ولم تثبت بدليل لفظي ليمسك باطلاقه، والقدر المتيقن منها ما ذكر من الشك في ايقاع المعاملة صحيحاً أم لا، وبنكته أن القاصد لمعاملة لا يوقعها على خلاف شروط صحتها خطأً أو عمدًا.

وهذه النكته لا تجري في محلّ الكلام؛ إذ ليس الشك في ايقاع معاملة صحيحة أم فاسدة بل فيما أوقع، وأنه هذه المعاملة أو غيرها وإن كانت فاسدة على أحد التقديرين وصحيحة على التقدير الآخر، فإن أصالة عدم الخطأ أو الغفلة عن شروط الصحة إنما تكون في طول قصد تلك المعاملة ليقال بأنه لا يوقعها بلا شروطها لا ما إذا كان المقصود والمنشأ مردداً بين نوعين من

المعاملة على تقدير أحدهما يكون باطلاً وعلى الآخر يكون صحيحاً، فإنّ هذا معناه أنّ المكلف لا يرتكب أنواع المعاملات الباطلة فإذا كان بيع شيء باطلاً ولكن اجارته أو الصلح عليه كان صحيحاً نستكشف أنّه قد صالحه أو أجره ولم يبيعه.

وهذه نكتة أخرى لا دليل على حجيته شرعاً ولا عقلياً، وإنّما الحجية للنكتة الأولى التي أشرنا إليها، وهي أنّ من يقصد ايقاع معاملة لها شروط لا يخطأ في ايقاعها إذا كان قاصداً لها.

الثاني: ما ذكر من عدم جريان أصالة الصحة في المقام يختص بالصورة الأولى، أي دوران المعاملة بين أن يكون قرضاً أو مضاربة فاسدة، وأمّا الدوران بين كونها بضاعة أو مضاربة فاسدة فليس مصداقاً لهذا البحث؛ لما تقدّم في المسألة السابقة أنّ النسبة بين المضاربة الإذنية والبضاعة نسبة الأقل والأكثر، لا المتباينين؛ لأنّهما معاً يحتويان على الإذن أو الأمر بالتّجار، غاية الأمر في المضاربة يكون مع جعل حصة من الربح له كما في الجعالة، وفي البضاعة بلا جعل ذلك فيكون الدوران والشك في الصورة الثانية والتي يقول فيها المالك للعامل اتّجر بالمال ويكون الربح كلّه لي مرجعه إلى احراز الإذن أو طلب الاتّجار من العامل بلا جعل حصة له من الربح في قبال ذلك، وهي بضاعة على كل حال، وإنّما يشك في كونه على وجه الضمان لأجرة عمله أو على وجه المجانية، وهذا ليس من الدوران بين معاملتين صحيحة وفسادة، كما لا ربط له بأصالة الصحة أصلاً؛ لأنّ الإذن في الاتّجار والبضاعة صحيح على كل حال، وإنّما الشك في ضمان الأجرة وعدمه، وسيأتي بيان حكمه.

الثالث: أنّ ما ذكره السيّد الماتن رحمته من التحالف مبني على أن يكون الميزان في تشخيص المدعي والمنكر بحسب الدعوى، فإذا كان بلحاظه توجد دعويان مخالفان للأصل والقاعدة في مال أو عقد كان من التحالف لا محالة. وإن كان أحدهما يدعي والآخر ينفي ذلك، وليست له دعوى إلاّ نفي ما يدعيه الأول الذي هو على القاعدة أيضاً فهو المنكر والأول مدع، وأمّا إذا جعل الميزان في تشخيص المدعي والمنكر المقصود والأثر الشرعي المراد ترتيبه أي الحقوق المالية أو غيرها المدعاة من قبل أحد الطرفين على الآخر بحسب النتيجة فلا بد من ملاحظة تلك الآثار في المقام، وهي تختلف بحسب الحالات.

فتارة يدعي المالك القرض ليضمن رأس ماله على العامل ويدعي العامل المضاربة الفاسدة لنفي الضمان والمطالبة بالأجرة - بناءً على ما تقدّم من الماتن من ضمان المالك أجره عمل العامل في المضاربة الفاسدة - . وأخرى بالعكس يدعي المالك المضاربة الفاسدة والعامل القرض. وقد ذكروا في الفرض الأول بأنّه يكون من التداعي لأنّ كلّاً منهما يدعي على الآخر حقاً على خلاف الأصل فيكون من التحالف؛ لأنّ الأصل يقتضي عدم تحقّق القرض وعدم ضمان العامل كما يقتضي عدم المضاربة الفاسدة وعدم ضمان أجره العامل، فقول كل منهما مخالف مع الأصل بلحاظ الأثر والحق المطلوب منه.

والتحقيق في هذا الفرض أن يقال: تارة لا يكون رأس المال تالفاً ولا فيه وضيعة، وأخرى يكون تالفاً كلياً أو بعضاً، أي فيه وضيعة.

.....

ففي الأوّل لا معنى لدعوى المالك القرض ؛ لأنّ ماله محفوظ بحسب
القرض ، فلا يترتب على دعواه الاقراض حقاً على العامل بعد فرض وجود
رأس ماله وضمنان العامل له على كل حال ، وإنّما يترتب على دعوى العامل
المضاربة الفاسدة استحقاق أجره العمل على مبنى الماتن ، وهي دعوى من
طرف واحد ، وحكمها أنّه إذا لم تقبل مبنى الماتن من استحقاق العامل للأجرة
في المضاربة الفاسدة - إذا لم يكن ربح كما هو الصحيح - فلا أثر لشيء من
الدعويين .

وإن قلنا بمبناه فالأصل يقتضي عدم ضمان المالك ؛ إذ لم يحرز أمره أو
إذنه في أن يعمل العامل في ماله ، وإنّما هذا أمر يدعيه العامل ، والأصل
عدمه .

وفي الثاني - أي إذا كان في رأس المال وضيفة أو كان تالفاً - فإذا لم
تقبل استحقاق العامل للأجرة في المضاربة الفاسدة إذا لم يكن ربح - كما هو
الصحيح - كان حكم هذا الفرض حكم ما سيأتي في المسألة (٦٠) من اختلاف
المالك والعامل بعد التلف أو الوضيفة فادّعى المالك أنّه كان قرضاً فيكون العامل
ضامناً لرأس المال وادّعى العامل أنّها مضاربة صحيحة فلا ضمان عليه ولا شيء
له ، وقد حكم فيه الماتن وجملة ممّن حكم بالتحالف هنا بعدمه هناك وأنّه من
المدّعي والمنكر ، والمدّعي هو العامل ، والمنكر هو المالك .

وهذا هو الصحيح ؛ لما سيأتي هناك من أنّ مقتضى القاعدة ورواية خاصة
معتبرة - واردة فيمن دفع للغير مالاً فتلف وادّعى الدافع أنّه كان قرضاً
وادّعى القابض أنّه كان ودیعة - هو الضمان ، وأنّ قول المالك هو المطابق

مع أصالة حرمة المال المحترم وضمانه إذا وقع تحت يد الغير ما لم يثبت الإذن فيه من قبله .

ودعوى : العلم باذن المالك للعامل في المقام إما بعنوان القرض أو بعنوان المضاربة .

أجبنا عليه هناك بأن هذا ليس إذناً بالمجانبة وهدر حرمة المال ليرتفع ضمانه ، وتفصيله هناك .

وإذا قبلنا بمبنى الماتن بني من استحقاق العامل للأجرة في المضاربة الفاسدة حتى إذا لم يكن ربح أيضاً لم يكن من التحالف ؛ لأنّ ضمان رأس المال هو مقتضى الأصل ، فدعوى المالك لذلك موافق للأصل ، كما أنّ دعواه نفي استحقاق العامل للأجرة مطابق مع أصل العدم أيضاً ، وإّما دعوى العامل وقوله هو المخالف للأصل والذي بحاجة إلى إثبات ، فإذا حلف المالك على نفي المضاربة الفاسدة وعدم إذنه بالتصرف في ماله حكم بعدم استحقاق العامل للأجرة مع ضمانه لرأس المال الواقع تحت يده .

وقد يقال : كما يكون مقتضى حرمة مال المالك أن لا يذهب عليه هدرأً كذلك يكون مقتضى حرمة عمل العامل أن لا يذهب عليه هدرأً ، فتكون دعواه للأجرة مرجعها إلى دعوى ضمان عمله على المالك وعدم ذهابه هدرأً ، فيكون بلحاظه منكراً والمالك مدعياً ، فيكون من التداعي والتحالف .

فإنه يقال : المفروض عدم إحراز أمر المالك أو إذنه في اتّجار العامل بماله وما لم يحرز ذلك لا موضوع فيه لقاعدة حرمة المال ، فلا يقاس برأس المال الواقع تحت يد العامل .

نعم، هذا يرد في الصورة الثانية من المتن الدائر أمرها بين المضاربة والبضاعة كما سيأتي .

وهكذا يتضح أنه ليس مقتضى القاعدة التحالف في الفرض الأول - وهو دعوى المالك القرض والعامل المضاربة - بكلا شقيه، بل هو من المدعي والمنكر، ويكون المالك هو المنكر والمطابق قوله لمقتضى الأصل بلحاظ آثار الدعوى من غير فرق بين مبنى الماتن والمبنى المختار في استحقاق العامل للأجرة في المضاربة الفاسدة وعدمه .

والغريب ما صدر عن بعض أساتذتنا العظام^(١) من قبول التحالف في المقام - مع قوله بعدم استحقاق العامل للأجرة في المضاربة الفاسدة مع عدم الربح - وانكاره للتحالف وقبول أن القول قول المالك في المسألة (٦٠) فراجع . وأما الفرض الثاني - وهو ما إذا ادعى المالك المضاربة وادّعى العامل القرض ليأخذ كلّ الربح، وهذا إنما يكون فيما إذا كانت التجارة مربحة - فعدم كونه من التحالف واضح؛ لأن مقتضى الأصل عدم الاقراض، أو قل بقاء المال على ملك المالك وتبعية نمائه له، فيكون العامل مدعياً على خلاف الأصل، والمالك منكرأً .

وأما دعوى المالك المضاربة الفاسدة فهي لا تستوجب حقاً على العامل بل بالعكس يكون اقراراً باستحقاق العامل للأجرة، فالاختلاف والمطالبة بينهما يكون بلحاظ رأس المال الخارجي وربحه، وأنه هل يكون للمالك أو للعامل،

١ - شرح العروة ٣١: ٦١ و ١٤٠ .

وحيث إن مقتضى الأصل بقاءه على ملك مالكة وعدم انتقاله بالقرض إلى الغير يكون المالك منكرًا والعامل مدعيًا.

نعم، بناءً على مبنى الماتن رحمتهما من أن الميزان في التحالف أن يدعي كل منهما أمراً ينكره الآخر ولا يمكن اجتماعهما معاً وكان يترتب على كل منهما أثر شرعي، فالمقام يكون من التحالف، ويكون من قبيل ما سيأتي في المسألة (٥٩) من دعوى العامل القرض ودعوى المالك المضاربة الصحيحة، وقد حكم فيه الماتن رحمتهما بالتحالف أيضاً.

ولكن سيأتي عدم صحة ذلك، وأنّ المعيار في التحالف أن يكون الاختلاف والتداعي في مطالبة كل منهما حقاً والزاماً على الآخر، وأما إذا لم يكن في احدي الدعويين الزاماً على الآخر بشيء وإنما الآخر يدعي عليه حقاً والزاماً وهو ينكره، سواء ثبت ما يدعيه أو لا فهذا ليس من التداعي، بل من المدعي والمنكر في ذلك الحق والالتزام.

ويكون الحكم في هذا الفرض ضمان المالك لأجرة مثل عمل العامل، ورأس المال مع ربحه يكون للمالك.

لا يقال: كيف يثبت ضمان المالك للأجرة ولا حجة عليه إذ لم يحرز أنه كان بأمر المالك وطلبه.

فإنه يقال: مضافاً إلى اقرار المالك بذلك، مقتضى احترام عمل العامل وعدم استيفائه من قبل المالك مجاناً ذلك، فإن استيفاء العمل يكون كالأمر بالعمل أو وضع اليد على العين موجباً للضمان ما لم يثبت اقدم العامل على المجانية والتبرع، وتفصيل ذلك يأتي في المسألة (٥٩).

الرابع: أن ما فرضه الماتن رحمته من الاختلاف والتنازع بينهما في كونها مضاربة فاسدة أو بضاعة لا يرجع إلى محصل؛ إذ لو فرض ظهور أو اتفاق بينهما على مجانية العمل فلا أثر لكونها مضاربة فاسدة أو بضاعة، حيث يكون الربح على كلا التقديرين بتمامه للمالك، وليس للعامل شيء، وإن لم يكن ظهور للمعاملة في المجانية فعلى كلا التقديرين يستحق العامل أجره مثل عمله، سواء كانت المعاملة بضاعة غير مجانية أو مضاربة فاسدة.

نعم، بناء على مبنانا من عدم استحقاق العامل للأجرة إذا كانت مضاربة فاسدة ولم يكن ربح في البين يعقل النزاع؛ لأن المالك إذا ادّعى المضاربة الفاسدة لم يستحق العامل الأجرة حينئذٍ، ولكنه ليس من التداعي والتحالف أيضاً بل من المدعي والمنكر والعامل هو المنكر، فإنه يكون العامل مستحقاً أجره مثل عمله على المالك حتى إذا لم يكن ربح؛ لأن عمل العامل كان باذن المالك وطلبه، ومقتضى حرمة عمل العامل ضمانه على الأمر ما لم يثبت التبرع أو الاقدام على المجانية.

ولا فرق في ذلك بين أن يدعي المالك البضاعة المجانية ويدعي العامل المضاربة الفاسدة ليكون له أجره مثل عمله مطلقاً - بناءً على مبنى الماتن - وفي صورة وجود الربح - بناءً على مبنانا - أو العكس بأن يدعي المالك المضاربة الفاسدة - إذا لم يكن ربح بناءً على مبنانا - ويدعي العامل البضاعة بأجرة، فإنه في كلا الفرضين يكون مقتضى احترام عمل العامل وعدم هدره عليه بعد أن كان بأمر المالك واستيفائه لعمله ضمانه على المالك، فيكون العامل منكرًا والمالك مدعيًا للمجانية، فتدبر جيداً.

مسألة ٢٥: إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا صحّ، ولكل منهما النصف [١].

وإذا قال: ونصف الربح لك فكذا، بل وكذا لو قال: ونصف الربح لي، فإنّ الظاهر أنّ النصف الآخر للعامل.

ولكن فرّق بعضهم بين العبارتين، وحكم بالصحة في الأولى؛ لأنّه صرح فيها بكون النصف للعامل والنصف الآخر يبقى له على قاعدة التبعية، بخلاف العبارة الثانية، فإنّ كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له أيضاً على قاعدة التبعية، فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل، وأنت خير بأنّ المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الآخر للعامل [٢].

[١] لأنّه مقتضى إطلاق قوله: الربح بيننا، فإنّه يقتضي الاشاعة، وأنّ كل جزء جزء خارجي أو مقداري يكون بينهما، فيكون ظاهراً في التنصيف لا محالة.

[٢] وجه الظهور مقام التحديد، وأنّ ما يحدده لأي منهما من الربح فهو تمام حصته منه، فلا محالة يكون الباقي للآخر.

وأما مسألة التبعية فهي حكم شرعي لا دخل له في تشكيل الظهورات الاثباتية، كيف وقد لا يعلم بها المتعاملان، فتدبر جيداً.

مسألة ٢٦: لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه، أو قال: خذه قراضاً ولك ربح نصفه في الصحة والاشتراك في الربح بالمناصفة، وربما يقال بالبطلان في الثاني بدعوى أن مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك، وقد يربح النصف فيختص به أحدهما، أو يربح أكثر من النصف فلا يكون الحصة معلومة، وأيضاً قد لا يعامل إلا في النصف، وفيه أن المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا إشكال [١].

[١] فرض البحث في إرادة النصف المشاع لا المعين، وقد تُذكر هنا اشكالات:

أحدها - أن نصف المال قد يكون ربحه أقل أو أكثر من نصفه الآخر فلا تكون الحصة من الربح متعينة .

والجواب: أن ربح النصف إن كان المراد به ربح النصف المشاع فلا محالة يكون شاملاً للنصفين معاً - أي مشاعاً في النصفين - .

وإن شئت قلت: له نصف ربح كل جزء جزء، فتكون النتيجة التناصف في الربح .

الثاني - في المضاربة لا بد وأن يكون ربح كل جزء من رأس المال بينهما لا أن يكون ربح أحد النصفين لأحدهما وربح النصف الآخر للآخر، وإلا كان بضاعة في النصف وقرضاً في النصف الآخر لا مضاربة .

وفيه: أن هذا إنما يرد لو أريد بالنصف المعين لا المشاع، وإلا كان ربح رأس المال بينهما لا محالة .

الثالث - قد يفرض أن نصف رأس المال لا يعمل به أصلاً، وعندئذٍ لو أُريد ربح النصف الذي ربح لم يكن للآخر شيء والعكس بالعكس، وإن أُريد ربح المشاع فالمشاع لم يكن له ربح، وإنما الربح للمعين الذي عمل به.

وأجاب الماتن رحمته بأن إضافة نصف الربح إلى رأس المال في مقام المضاربة والمعاملة يوجب إضافة قيد في مرجع الضمير بنحو الاستخدام فيراد بنصفه أي نصف رأس المال المعمول به والذي ربح لا نصف تمام المال.

وهذا الجواب صحيح، وقد تفضّى عن الإشكال في المستمسك ببيان آخر حاصله: إن ربح نصف رأس المال منسوب إلى تمامه أيضاً، فيقال أنه ربح لرأس المال فيكون نصفه أيضاً ربحاً لنصف تمام رأس المال بنحو الاشاعة والكلية، كما إذا عمل بتمامه وحصل على نفس المقدار من الربح.

وهذا الجواب متوقف على قبول هذا الاعتبار واللحاظ المجموعي لرأس المال عرفاً، وإلا بالدقة فالربح والنماء حصل لنصفه لا لتمامه.

مسألة ٢٧: يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل مع اتحاد المال [١] أو تميّز مال كل من العاملين، فلو قال: ضاربتكما ولكما نصف الربح صحّ، وكانا فيه سواء، ولو فضل أحدهما على الآخر صحّ أيضاً، وإن كانا في العمل سواء، فإنّ غايته اشتراط حصّة قليلة لصاحب العمل الكثير، وهذا لا بأس به ويكون العقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين، ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف، وقارض الآخر في النصف الآخر بربع الربح ولا مانع منه، وكذا يجوز تعدّد المالك واتّحاد العامل بأن كان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلاً متساوياً بينهما، أو بالاختلاف بأن يكون في حصّة أحدهما بالنصف، وفي حصّة الآخر بالثلث أو الربع مثلاً، وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال بأن يكون مال كلّ منهما ممتازاً وقارضا واحداً مع الإذن في الخلط مع التساوي في حصّة العامل بينهما، أو الاختلاف بأن يكون في مال أحدهما بالنصف، وفي مال الآخر بالثلث أو الربع.

[١] في هذه المسألة يتعرّض الماتن إلى أنّ حيثية تعدد العامل أو المالك لا يضرّ بصحة المضاربة حتى مع اختلاف حصة كل من العاملين أو المالكين؛ لانحلال المضاربة إلى مضاربتين بتعدد الملك أو العمل.

إلا أنّ الصحيح أن يقال: إنّه تارة يفترض أنّ المَجْعول لكل من العاملين نسبة من الربح الذي يحصل عليه بعمله هو، وأخرى يفرض أنّه يجعل لهما معاً نسبة من مجموع الربح الحاصل بعملهما، أي كسر مضاف إلى مجموع الربح فيكون للعاملين نصف مجموع الربح الحاصل بعملهما يقسمانه بينهما بالتساوي أو بالتفاضل.

ففي الفرض الأوّل لا إشكال في الصحة تمسكاً بالعمومات الأوّلية، بل وبإطلاق روايات المضاربة أيضاً؛ لانحلالها بحسب الحقيقة إلى مضاربتين، سواء كان المالان متميزين أم مالاً واحداً، إلاّ أنّه أخذ كل منهما قسماً منه، أو استثمر مرتين، وهذا لا غبار عليه؛ إذ الميزان في المضاربة ليس بوحدة الانشاء، بل بوحدة المال والعمل والربح وتعددها كما في المقام، إلاّ أنّ هذا الفرض لعلّه خارج عن كلام المتن.

وأما الفرض الثاني فتارة يفترض فيه أنّ العمل التجاري لا يقوم إلاّ بهما معاً، وأخرى يفرض أنّه يقوم بكل منهما مستقلاً أيضاً، فهنا شقان:

أما الشق الأوّل: فصحته مبنية على أن تكون المضاربة صحيحة على القاعدة، أو يستفاد إطلاق من رواياتها من هذه الناحية أيضاً، وقد مضى البحث عن ذلك في محلّه، ولا يبعد تماميتهما معاً.

وأما الشق الثاني: فيمكن أن يناقش فيه بأنّ هذا يلزم منه الشركة في الأبدان؛ إذ لعل أحدهما عمل أقل من الآخر أو مساوياً معه، ولكن كان ربحه أقل بخلاف الآخر، مع أنّه يشترك معه في الربح الحاصل بعمله. ومنه يظهر أنّ المحذور لا يختصّ بفرض التفاضل بينهما في الحصة من الربح، بل مع فرض المساواة في العمل والنسبة من الربح بينهما أيضاً يرد إشكال لزوم الشركة في الأبدان، ولا فرق في بطلان الشركة في الأبدان بين الاشتراك في ما يربحه كل منهما بعمله من خلال عقد الإجارة أو المضاربة، أي بشكل مقطوع أو بنسبة من الربح.

لا يقال: ما يأخذه العامل الأقل عملاً لا يأخذه من العامل الآخر، بل من المالك، فيكون كما ذكر الماتن رحمته من باب الاختلاف فيما يجعل لكل منهما من

.....

قبل المالك وليس هذا شركة في الأبدان فإنّها تكون بين العاملين .

فإنّه يقال : الإشكال من ناحيتين :

إحدهما - أنّ ما يأخذه نسبة من الربح ، حيث أنّه نسبة من مجموع الربحين لا ربح عمله بالخصوص ، فقد يكون أكثر من أصل ربحه ، كما إذا كان قد ربح عشرين ديناراً ، والآخر ربح مئة دينار ، وكان لهما النصف بالتساوي ، فتكون حصته ثلاثين ديناراً الذي هو أكثر من مجموع ربحه ، وهذا ليس مضاربة مع المالك ليكون الانحلال مجدياً فيه ؛ لاشتراط أن يكون الربح بينهما .

وهذا الإشكال يمكن للماتن أن يجيب عليه على ما سيأتي منه من إمكان جعل شيء للأجنبي من قبل المالك من الربح في عقد المضاربة ، فيقال في المقام بأنّ المالك يجعل مقداراً من ربح ماله الذي حصل عليه العامل الآخر للعامل الثاني ، فليس الثلاثون ديناراً كلها من ربح عمل العامل الثاني ، بل ربحه بينهما ، فيكون حصة العامل منه عشرة ، والعشرون من أرباح المالك التي حصل عليها من خلال عمل الآخر ، ويجوز عند الماتن اشتراط شيء من الربح للأجنبي فضلاً عن العامل الثاني .

الثانية - أنّ الشرط في المضاربة أن تكون حصة العامل نسبة معينة من ربح عمله في رأس المال ، لا عمل انسان آخر ، وإلا كان غريباً ، بل باطلاً ، كما إذا قال : (اتّجر به ولك مقدار من الربح) ، وفي المقام يلزم أن لا تكون نسبة ما يستحقه كل منهما من ربح عمله متعيناً ، وإن كان متعيناً بلحاظ المجموع ، ففي المثال المتقدم لا تعيّن لنسبة ما استحقه كل منهما بالمضاربة بلحاظ ربح عمله ، وإنّما التعيّن بلحاظ مجموع الربحين ، أي نسبة معينة من المجموع ،

والذي يختلف باختلاف مقدار الربح لكل منهما بالنسبة للآخر، فلا يتطابق هذا الكسر والنسبة معه، فما ربحه العامل الذي ربح أكثر إذا كان مئة والآخري عشرين كما في ذلك المثال كانت حصته بنسبة $\frac{3}{10}$ من ربحه، وإذا كان ثمانين والآخري لا ربح له أصلاً كانت حصته $\frac{1}{10}$ من ربحه، وإن كان سبعين والآخري عشرة فحصته $\frac{2}{7}$ وهكذا يختلف الكسر الذي هو حصة العامل بالنسبة إلى ما هو ربحه الحقيقي، وإن كانت النسبة بلحاظ مجموع الأرباح في تمام الصور الربع، بل قد يؤدي إلى أن لا يكون له شيء من ربح عمله، كما إذا خسر أحد العاملين مئة دينار وربح الآخر مئة فكانت النتيجة أن لا ربح على رأس المال، فلا يكون للعامل الذي ربح في التجارة برأس المال شيء من الربح.

وهذه خصوصية توجب عدم تمامية إطلاق روايات المضاربة؛ لأنه لا يصدق على كل عامل حتى مع فرض الانحلال أن ربح عمله بينه وبين المالك بنسبة معينة، ولا تشمل العمومات أيضاً، أي لا يمكن تصحيحه بعمومات صحة العقود إذا فرضنا صحة التمسك بها لعقد المضاربة؛ لأن هذا روجاً مرجعه إلى المخاطرة والشركة في الأبدان، والغرر فيما يستحقه العامل من نتيجة عمله. إلا أن هذا لعله خارج عن منظور الماتن.

وهذا الإشكال يختص بفرض وحدة المالك وتعدد العامل، ولا يجري في العكس؛ لأن المال واحد قبل التجارة بالاشتراك، فيكون ربح كل منهما محددًا بالنسبة، فما يجعله للعامل منه محدد أيضاً، فإذا تفاضلا فيما جعلاه لأنفسهما كان ذلك موضوعاً للمسألة القادمة، وهو أخذ أحد الشريكين أكثر من سهمه من الربح ولو بالشرط ضمن المضاربة، وسيأتي حكمه.

مسألة ٢٨: إذا كان مال مشتركاً بين اثنين، فقارضا واحداً واشترط له نصف الربح وتفاضلا في النصف الآخر بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال أو تساويا فيه مع تفاوتهما فيه [١] فإن كان من قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة بأن يكون كأنه اشترط على العامل في العمل بماله أقل من ما شرطه الآخر له، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصّته، وشرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصّته مثلاً مع تساويهما في المال فهو صحيح؛ لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل.

[١] ما ذكره من الصحة فيما إذا قصد كون ذلك النقص على العامل مشروط بشرطين:

١- أن يكون الاتفاق على ذلك لا مجرد القصد من المالك، أي القصد المعاملي. ولعلّه مقصوده من القصد.

٢- أن لا تكون نسبة حصة المالك من مجموع الربح مساوية أو أكثر من نسبة رأس ماله إليه، كما إذا كان له خمس رأس المال، وجعل لنفسه ربع تمام الربح؛ لأنّه حينئذٍ لا يكون تمام ربحه بنسبة رأس ماله صالحاً لأن يكون بينه وبين العامل، فلا بد وأن يكون حصته من الربح أقل من نسبة رأس المال إلى المال المشترك؛ ليكون ما يأخذه أقل من مجموع ربح ماله، وإلا كان بالنسبة إليه بضاعة لا مضاربة، وحيث إنّ المقصود هو المضاربة فتكون فاسدة بناءً على مبنى الماتن بني من المباينة بين البضاعة والمضاربة.

ثمّ إنّ البحث هنا من هذه الجهة بينما في المسألة السابقة أيضاً بحث عن صورة تعدد المالك ووحدة العامل، ولكن من جهة أنّ تعدد المالك وإشاعة المال المشترك لا يضرّ بالصحة، فلا تكرار.

وإن لم يكن النقص راجعاً إلى العامل بل على الشريك الآخر بأن يكون المجمعول للعامل بالنسبة إليهما سواء، لكن اختلفا في حصّتهما بأن لا يكون على حسب شركتهما فقد يقال فيه بالبطلان؛ لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين، أو تساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة؛ لأنّ المفروض كون العامل غيرهما، ولا يجوز ذلك في الشركة، والأقوى الصحة [١]؛ لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه، فإنّ الأقوى جواز ذلك بالشرط، ومنع كونه خلاف مقتضى الشركة، بل هو خلاف مقتضى إطلاقها، مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركة والمضاربة وإن كانت متضمّنة للشركة.

[١] الإشكال في الصحة من وجوه، ولا بد وأن يعلم بأنّ السيّد الماتن ذكر وجهين للصحة فيما إذا كان النقص راجعاً للشريك:

الأول: أن يكون شرط التفاضل بين الشريكين في الربح على نسبة حصة كل منهما من رأس المال ضمن عقد الشركة الواقع بين المالكين قبل المضاربة والاتّجار، ويكون نافذاً بمقتضى نفوذ الشرط المذكور في عقود الشركة ولو لم يكن أحد الشريكين عاملاً في المال المشترك.

الثاني: أن يكون شرط التفاضل ضمن عقد المضاربة بين المالكين مع العامل، بأن يشترط العامل مثلاً على المالك ذو السهم الأكثر أو المساوي أن تكون حصة من ربحه للمالك الآخر فيتفاضلا في نسبة الربح ويكون هذا مرجعه إلى شرط مقدار من الربح لأجنبي، بل المالك الآخر هنا أولى من الأجنبي.

والتقريب الأوّل صحّته وفساده مربوط بكتاب الشركة، وإن تعرّض له

الماتن عرضاً وضمناً من أنه صحيح؛ لعدم كون مثل هذا الشرط منافياً مع مقتضى الشركة، وهو مبتنٍ على وقوع عقد شركة بينهما، فلا يتم فيما إذا كان المال مشتركاً بغير ذلك كالمال الموروث قبل القسمة، وإنما المهم التقريب الثاني في المقام.

وقد اعترض عليه بوجوه:

١ - أنه خلاف مقتضى روايات المضاربة ومقتضاها من أن الربح لا بد وأن يكون بين العامل والمالك. ويمكن المنع عن ذلك وأن المراد بكون الربح بينهما في تلك الروايات عدم رجوع الربح كله إلى المالك أو إلى العامل.

وإن شئت قلت: إن المراد به أن الربح بينهما حسبما اتفقا عليه، فإذا كان اتفاقهما على أن يكون بينهما وثالث لم يكن منافياً مع كون الربح بينهما، كما أن حقيقة المضاربة لا تقتضي أكثر من ذلك، ولو سلم فغايبته عدم الصحة بعنوان المضاربة لا كمعاملة مستقلة تثبت صحتها بالعمومات.

٢ - أن الأصل في مثل هذه العقود حيث كان الفساد فمع الشك في الصحة يكون المرجع أصالة الفساد.

وفيه: أولاً - ما تقدم من الإشكال في هذا المبنى.

وثانياً - ليست هذه المعاملة إلا مضاربة بين المالك والعامل مع شرط على المالك أن يكون شيء من الربح للأجنبي أيضاً، والأول مشمول لدليل صحة المضاربة، والثاني لدليل الشرط، نظير المضاربة مع أي شرط آخر من أحدهما على الآخر، فلا نحتاج إلى إطلاق في أدلة صحة المضاربة لهذه المضاربة بخصوصها، وإلا لاحتج إليه في كل شرط حتى شرط الفعل.

٣ - أن الشرط المذكور باطل؛ لأنه اشتراط أن يكون للأجنبي شيئاً من النماء الذي هو تابع للأصل في الملكية، فيكون مخالفاً للشرع. نعم، إذا لم يكن بنحو شرط النتيجة بل بنحو شرط الفعل بأن يدفع للأجنبي شيئاً صح.

وفيه: أولاً - ما تقدم في أول الكتاب أن قاعدة التبعية لا تنافي تصرف المالك في نماء ماله بنحو شرط النتيجة؛ لأنه تمليك تعليلي لحقه، كتمليك نفس الأصل للغير، ولا محذور شرعي فيه أصلاً؛ لأن هذا من حق المالك.

وثانياً - لو سلمنا ذلك فهذا غاية فساد الشرط لا عقد المضاربة؛ إذ الصحيح أن فساد الشرط لا يسري إلى العقد، فيبقى ما جعل للأجنبي للمالك، غايته للعامل حق الفسخ والأخذ بأجرة مثل عمله إذا كان جاهلاً بفساد الشرط واطلع عليه بعد الاسترباح.

نعم، لو رجع هذا الاشتراط إلى تعليق الإذن في العقود الاذنية على المشروط أو جب تخلفه البطلان واستحقاق العامل أجره عمله.

٤ - أن الشرط المذكور باعتباره يوِّلد التزاماً وحقاً مربوطاً بشخص ثالث أجنبي عن العقد فلا معنى لأن يكون مشمولاً لأدلة نفوذ العقد والشرط، فحاله حال الشرط والالتزام الابتدائي بأن مقداراً من الربح يكون للأجنبي، ومجرد وجود غرض للعامل بذلك لا يجدي من هذه الناحية، بل لا بد وأن يكون الملتزم به أمّا عملاً يقوم به أحد الطرفين فيملكه الآخر - كما في شرط الفعل ولا إشكال فيه - أو نتيجة قانونية ترتبط بهما لا بغيرهما، لكي يكون الاتفاق عليها عقداً أو شرطاً بينهما، فينفذ بأدلة نفوذهما.

ويمكن الجواب بأن الالتزام والشرط إنما يصدق عليه بلحاظ العامل،

فإنه لا يقبل إلا بالتزام المالك أن يكون حصة من الربح للثالث أيضاً، فهذا يكفي لصدق الالتزام والشرط عليه.

نعم، يبقى مسألة الالتزام على الثالث بأن يملك مالاً بلا قبول وانشاء منه رغباً عليه، وهذا لا دليل على مشروعيته، بل خلاف أدلة سلطنة الإنسان على نفسه وشؤونه. إلا أن هذا لا يوجب بطلان الشرط المذكور، بل صحته منوطاً بقبوله.

٥ - إن الشرط المذكور حيث إنه ضمن عقد المضاربة، وهو من العقود الجائزة فلا يجب الوفاء به إذا كان بنحو شرط الفعل، كما لا تصح إذا كان بنحو شرط النتيجة وانتقال نسبة من الربح إلى المشروط له؛ لأن الشروط الضمنية في العقود الجائزة لا ترجع إلى التزام في ضمن التزام، ولا تكون مشمولة لأدلة نفوذ العقود أو الشروط، فتكون كالشروط الابتدائية.

والجواب: أولاً - اختصاص ذلك بالمضاربة الإذنية وعدم جريانه في المضاربة العقدية اللازمة التي صورناها عند البحث عن حقيقة المضاربة وقلنا بصحتها أيضاً إذا قصدتها المتعاملان.

وثانياً - تقدّم أن المضاربة الإذنية أيضاً فيها التزام من قبل المالك بأن تكون حصة من الربح للعامل في قبال عمله إذا كان هناك ربح والعامل يقبل بهذا الالتزام على تقدير العمل أيضاً فيمكنه أن يشترط ضمن هذا الالتزام أن تكون حصة من الربح لشخص ثالث وهو الشريك، وهو من الالتزام في ضمن التزام، فيكون مشمولاً لعمومات اللزوم. نعم، لو قلنا بأن هذا ليس التزمًا من قبل العامل في قبال الالتزام لم يتم هذا الجواب.

مسألة ٢٩: تبطل المضاربة بموت كل من العامل والمالك [١]، أمّا الأول فلاختصاص الإذن به، وأمّا الثاني فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه، فإن كان المال نقداً صحّ، وإن كان عروضاً فلا؛ لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين، وهل يجوز لوارث المالك إجازة العقد بعد موته؟

قد يقال بعدم الجواز؛ لعدم علقه له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعاً على ماله أو متعلّق حقه، وهذا بخلاف إجازة البطن السابق في الوقف أزيد من مدّة حياته، فإنّ البطن اللاحق يجوز له الإجازة؛ لأنّ له حقّاً بحسب جعل الواقف، وأمّا في المقام فليس للوارث حقّ حال حياة المورث أصلاً، وإنّما ينتقل إليه المال حال موته، وبخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصيّة، وفي المنجّز حال المرض على القول بالثلث فيه، فإنّ له حقّاً فيما زاد، فلذا يصحّ إجازته. ونظير المقام إجازة الشخص ماله مدّة مات في أثنائها على القول بالبطلان بموته، فإنّه لا يجوز للوارث إجازتها، لكن يمكن أن يقال: يكفي في صحّة الإجازة كون المال في معرض الانتقال إليه، وإن لم يكن له علقه به حال العقد، فكونه سيصير له كاف، ومرجع إجازته حينئذٍ إلى إبقاء ما فعله المورث لا قبوله ولا تنفيذه فإنّ الإجازة أقسام قد تكون قبولاً لما فعله الغير، كما في إجازة بيع ماله فضولاً، وقد تكون راجعاً إلى إسقاط حقّ، كما في إجازة المرتهن لبيع الراهن، وإجازة الوارث لما زاد عن الثلث، وقد تكون إبقاءً لما فعله المالك كما في المقام.

[١] في هذه المسألة بحثان:

الأول: بطلان المضاربة بموت العامل أو المالك. وهذا يتم في المضاربة الإذنية لا العهدية؛ إذ المضاربة العهدية يحصل فيها حق أو ملك لكل من العامل والمالك بالنسبة لما يملكه الآخر، وهذا الحق أو الملك لا يتوقف بقاءه على بقاء رضا المالك وإذنه، كما في سائر عقود المعاوضة أو العقود العهدية، إلا إذا كان العمل المباشري للعامل متعلقاً للمضاربة العهدية لا العمل على ذمته، فتبطل المضاربة العهدية أيضاً بموت العامل، كما في إجارته بنحو المباشرة، أمّا في المضاربة الإذنية فتبطل بموت أحدهما؛ لأنّ العقود الإذنية حقيقتها إذن المالك بتصرف الآخر، وهو يرتفع بالموت بارتفاع موضوعه وهو المالك، فيكون من قبيل ما إذا رجع المالك عن إذنه فينتهي العقد الإذني بذلك.

الثاني: البحث عن إمكان تصحيح المضاربة الإذنية واستمرارها بعد موته أيضاً باجازه الوارث وعدمه.

أمّا البحث الأول فهو واضح لا خلاف فيه، فإنه بموت العامل يرتفع الموضوع وهو المأذون له ووارثه لم يكن مأذوناً وليست المأذونية حقاً للمأذون له حتى ينتقل بالإرث إلى وارثه، وبموت المالك أيضاً كذلك.

وقد علّله الماتن رحمته بقوله: (وأما الثاني فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فابقائها بحاجة إلى عقد جديد بشرائطه) أي ينتفي موضوع العقد الإذني؛ لأنه ملك المالك وقد زال.

ويمكن تعليل ذلك أيضاً بأنه حتى إذا كان الملك باقياً - كما في عروض الجنون - مع ذلك يبطل العقد الإذني؛ لزوال الإذن والرضا بقاءً بزوال أهلية الآذن للإذن فيبطل.

وأما البحث الثاني فقد ذكر الماتن بأنه يمكن أن يقال بصحة إجازة الوارث للمضاربة الواقعة من المورث فتستمر، كما لو كان المالك باقياً.

وهذا مبني على قبول كبرى إمكان الفضولية في العقود الإذنية وتصحيحها بالإجازة اللاحقة، وهذا ما يأتي البحث عنه في مسألة قادمة. ثم أشكل على ذلك بأن الوارث لا حق له ولا ارتباط بالمال ولا بمنافعه حين العقد، فهو أجنبي عنه، ومعه أي معنى يكون لإجازته ذلك؛ فإن الإجازة تكون نافذة ممن له الحق أو الولاية على الموضوع والمال الواقع عليه العقد وليس كذلك في المقام.

وهذا نظير ما إذا قلنا بأن الإجازة بالنسبة للمدة الباقية تبطل بموت المالك فإنه لا تصح بإجازة الوارث؛ لأنه غير مالك لا للعين ولا للمنفعة في المدة الباقية حين العقد، وإنما يملك ذلك بعد موت المورث كما هو في المقام.

وبهذا يظهر الفرق بين هذين الفرعين وبين إجازة البطن اللاحق في الوقف على البطون لإجازة البطن السابق لمدة أكثر من حياته، فإن منفعة العين الموقوفة في المدة المربوطة بالبطن اللاحق ملك للبطن اللاحق من حين العقد ومن أول الأمر بمقتضى الوقف على البطون، فيصح للبطن اللاحق إجازة العقد الواقع عليها.

وهكذا الوصية بأكثر من الثلث أو منجزات المريض في أكثر من الثلث بناءً على عدم نفوذها في أكثر من الثلث، فإن الوارث له الحق بالنسبة لما زاد على الثلث من حين العقد بجعل الشارع وحكمه.

ثم أجاب على هذا الإشكال بأنه يكفي في صحة الإجازة أن المال في معرض الانتقال إلى الوارث بعد الموت، ويكون معنى الإجازة وأثره إبقاء ما فعله المورث، فإن الإجازة قد تكون بمعنى قبول التصرف والعقد كما في إجازة بيع الفضولي، وقد يكون بمعنى إسقاط الحق كما في إجازة المرتهن لبيع الراهن، وكذلك إجازة ما زاد على الثلث، وقد يكون بمعنى إبقاء العقد كما في المقام.

وهذا الجواب بهذا المقدار واضح الضعف، فإنه يرد النقص بما إذا باع المالك رأس المال وكان في معرض البيع قبل المضاربة فليس هذا مخصوصاً بالوارث، والظاهر أنهم لا يقولون بإمكان إبقاء المضاربة باجازة المشتري، بل يحتاج ذلك إلى مضاربة جديدة بشرائطه.

كما أن مجرد كون الشيء في معرض الانتقال لا يوجب حقاً في موضوع العقد حينه يمكن تصحيحه بالإجازة.

ومن هنا ذهب أكثر المعلقين على المتن إلى عدم صحة ما ذكره الماتن في المقام.

وفيما يلي نستعرض أهم الإشكالات المتصورة على تصحيح إبقاء المضاربة بإذن الوارث:

الأول: أن الموت يوجب بطلان المضاربة، ومعه كيف يمكن الحكم ببقائها؟

والجواب: أن الموت لا يوجب بطلان المضاربة بمعنى فقدان شرط أو وجود مانع يؤدي إلى حكم الشارع ببطلان الحكم، بل من جهة انتهاء أمد الإذن

وولاية الولي على العقد بموته مع بقاء العقد المنشأ على صلاحيته وأهليته للصحة في نفسه إذا استند إلى الولي، فإذا أمكن ذلك بإجازة الوارث الذي هو ولي المال بقاءً بقي العقد نافذاً، فهذا البطلان ليس من قبيل بطلان العقد الفرعي أو الربوي لكي لا يمكن تصحيحه بالإجازة، بل من قبيل بطلان الفضولي، فكما يكون عقد الفضولي باطلاً قبل الإجازة ولكنه يصحّ بها، كذلك في المقام إذا أمكن استناد المضاربة بقاءً إلى الوارث بإجازته بقيت صحيحة، ويكون كما إذا أنشأها على مال الغير ابتداءً فضولة فأجازته المالك.

الثاني: أن الإجازة لا تصحّ إلا بشرطين: أن يكون العقد المجاز صادراً من الفضولي الذي ليس له ولاية على العقد الذي أنشأه، والثاني أن يكون للمجيز ولاية على العقد، وكلاهما متوفران في الأمثلة المذكورة في المتن، بخلاف المقام؛ إذ المضاربة الواقعة صادرة من المالك الولي على المال حين المضاربة، والإجازة الصادرة من الوارث صادرة ممن لم تكن ولاية له على العقد، ولا علة له به حين الإنشاء.

والجواب: أنه لا يشترط ولاية المجيز على العقد حينه، بل حين الإجازة، بدليل صحة إجازة من باع ثم ملك، وهذا محفوظ في المقام بالنسبة للزمان الثاني.

كما أن الشرط الأوّل لا أساس له؛ إذ لا يشترط أن يكون انشاء العقد من الفضولي، كما في بيع الراهن أو العبد لماله بناءً على ملكه وإجازة المرتهن والسيد بعد ذلك، وإنما اللازم الشرط الأوّل فقط، وهو أن يكون للمجيز الولاية على العقد في زمان الإجازة، وفي المقام إذا كان انشاء المضاربة الإذنية لمدة

أكثر من حياة المالك فانتقل رأس المال بقاءً للوارث كان الوارث مالكاً لرأس المال في هذا الزمان ، فيمكنه امضائه وإجازة بقاء العقد الإذني بلحاظ هذا الزمان .

وكذلك يقال بالنسبة لإجازة الوارث لمدة الإجازة الباقية بعد موت المورث بناءً على القول ببطلان الإجازة بموت المالك ؛ لعدم ملكه لمنفعة ما بعد حياته وملكه للرقبة وإن كان الصحيح خلافه فإنّ المالك فعلاً للرقبة يملك منافعها المستقبلية أيضاً فعلاً ، فيمكنه تمليكها إلى الغير بالإجازة بالفعل ، ومعه تنتقل الرقبة مسلووبة المنفعة في تلك المدة للوارث كما هو محقق في كتاب الإجازة .

الثالث : أنّ المالك ركن في المضاربة كالعامل ، فإذا مات أحدهما بطل العقد ضرورة ، كما في موت أحد الزوجين .

وفيه : أنّ الركن في عقد المضاربة المال والعمل ، لا ملكية المال أو العمل ، ومن هنا يعقل إيقاعها فضولة على مال الغير وتصح باجازه .

ومنه يظهر بطلان قياس موت المالك بموت العامل ؛ لأنّ الثاني رافع لنفس العمل المملوك - إذا كان بنحو المباشرة - لا ملكيته ، بخلاف الأوّل فإنّه لا يوجب ارتفاع المال ، بل تبدّل الملكية فيقال بأنّه لا ضير في تبدّلها إذا كان إذن من يشترط إذنه ورضاه محفوظاً بقاءً .

الرابع : أنّ الإبقاء ليس مجعولاً ولا مما يقبل الجعل ؛ لأنّ بقاء العقد بنفسه لا يجعل جاعل .

والجواب : أنّ المقصود بإبقاء العقد ليس إبقاء الانشاء ، فإنّه غير قابل

.....

للبقاء أصلاً، ولا الأثر الشرعي له فإنه تابع لموضوعه، بل المقصود تنفيذ العقد بلحاظ المنفعة أو الحصة البقائية للمال في عمود الزمان تبعاً لبقاء المال الواقع موضوعاً لذلك الانشاء، وهذا لا يكون إلا بجعل من له الولاية على هذا الامتداد في المنشأ المعاملي فإنه لا فرق من حيث الانحلال بين الاجزاء العرضية للمال أو الطولية في عمود الزمان إذا كانت هي متعلق العقد.

الخامس: ما ذكره بعض أساتذتنا العظام رحمهم الله من أن لازم بقاء المضاربة الإذنية بإجازة الوارث تدارك الخسران الواقع في زمن المالك الأوّل من الربح الحاصل في زمان المالك الجديد وبالعكس، وهو يعني حرمان العامل في احدى المضاربتين عن بعض الربح وتحميله لبعض الخسارة، وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به؛ لمنافاته مع ما دلّ على عدم تحمّل العامل لشيء من الخسران.

وهذا الإشكال لا يرد إذا كان الموت قبل حصول تلفٍ أو ضيعةٍ في

المال.

إلا أن هذا الفرض لا بحث فيه وخارج عن محلّ الكلام، فإن إجازة مثل هذه المضاربة بحكم انشاء جديد لها، وإنّما البحث فيما إذا كان العامل قد اتّجر ببعض المال وحصل ربح أو خسارة ولكن بعد لم تنته مدة المضاربة والاتّجار بالمال، فيراد ابقائها واستمرارها بإجازة الوارث، وعندئذٍ يرد ما ذكر في الإشكال.

ويمكن الجواب: بأنّ هذا إنّما يلزم إذا فرضنا وجود مضاربتين وبمالين مستقلّين أحدهما مع المورث بالمال الأوّل والآخر مع الوارث بالمال المتبقّي بعد الموت، فيلزم عندئذٍ ما ذكر.

إلا أنّ هذا خلف المقصود؛ إذ المفروض إجازة الوارث لنفس المضاربة الواقعة على رأس المال الأوّل، وباعتبار أنّ الربح التجاري لذلك الماء نماء وتابع له في الملكية فتكون ولايته بيد من يكون مالكا للأصل ولتلك الأرباح على تقدير حصولها بالتبع وهو المورث عند المضاربة - أي حدوثاً والوارث بقاءً - فله امضاء وإجازة ما التزم به المورث واتفق مع العامل بأن يكون له حصة من الربح بعد جبر رأس المال الموجود حين العقد منه، ولا يشترط بقاء رأس المال في تمام مدة الاتجار، فإنّ هذا لا يلزم حتى بالنسبة إلى المالك الأوّل، كما إذا خسر أولاً ثمّ ربح، وإنّما الميزان والشرط أن يكون نماء المال على تقدير حصوله ملكاً لمن يجعل حصة منه للعامل، فإنّ من له هذا الربح هو الذي له الولاية على جعل حصة منه للعامل، وهو حدوثاً المورث وبقاءً الوارث، فتنتسب نفس المضاربة الأولى للوارث بقاءً بإجازته وهو معنى ما ذكره الماتن ص ١٠٠ من أنّ أثر هذه الإجازة ابقاء العقد، أي انتسابه بقاءً للوارث فتشمله أدلّة النفوذ والصحة.

وإن شئت قلت: إنّ المال المنتقل إلى الوارث وإن فرض أقل من رأس مال المضاربة إلا أنّ جبر المقدار الناقص منه بالتلف أو الوضيعة من الربح الذي يحصل بعد ذلك بعمل العامل حق للمورث ثابت له بمقتضى عقد المضاربة على العامل فيكون منتقلاً إلى الوارث، فبامضاءه للمضاربة وحصول الربح كأنّه ينتقل هذا المقدار من الربح إلى المورث ومنه إلى الوارث، فلا يلزم تحميل العامل خسارة زائدة على رأس مال المضاربة المصححة والباقية بالإجازة.

السادس: أن حقيقة العقد الإذني ليست إلا إبراز الرضا وإذن المالك بتصرف الغير في المال، فترتفع حرمة الوضعية، أي الضمان والتكليفية لا أكثر، وهذا مقيّد ذاتاً وموضوعاً بالملك، فإذا تبدّلت الملكية انتهى العقد حقيقة وواقعاً؛ لأنّ الحرمة الوضعية والتكليفية من ناحية ملكية المالك، فإذا ارتفعت ارتفع العقد حقيقة وكان إجازة المالك الجديد رضى مالك آخر فيكون مصداقاً جديداً للعقد الإذني لا محالة، فلا يعقل ابقاء نفس العقد موضوعاً وحكماً.

نعم، قد يصحّ هذا في موارد عروض قصور في الأهلية مع بقاء الملك، كما إذا عرض الجنون أو السفه على المالك فأجاز الولي بقاء المضاربة والعقد الإذني؛ لأنّه قد اعتبر رضاه وإذنه بمنزلة إذن المولى عليه، وأمّا مع تبدّل الملكية وتجديدها فلا موضوع لبقاء إذن المالك الأوّل، بل يكون إذن المالك الجديد عقداً إذنياً جديداً من زمان ملكه، سواء أبرز بعنوان المضاربة أو بلسان الإجازة، وهذا بخلاف العقود العهدية التي تتضمن حصول حق أو التزام في المال ثابت للطرف الآخر في المال، وإن كان حدوثة منوطاً برضا المالك إلا أنّ بقاءه غير منوط برضاه ومستقل عنه.

لا يقال: هذا الوجه يتم بالنسبة إلى الحيثية الإذنية في المضاربة - أعني الإذن في تجارة العامل برأس المال - إلا أنّ المضاربة الإذنية مركبة من ذلك ومن الالتزام بأن تكون حصة من الربح إذا حصل للعامل، وهذا حق للعامل متعلّق بذلك المال، فيمكن ابقائه بإجازة الوارث.

فإنّه يقال: ليس للعامل حق في المال في المضاربة الإذنية؛ ولهذا يجوز للطرفين الرجوع حتى في أثناء الاتّجار، وإنّما هو إذن فيه مع تنفيذ

الشارع للأثر التعليقي، وهو أن يكون بينهما الربح بالنسبة إذا بقي الملك والإذن وربحت التجارة.

فهذه الحيثية حتى إذا أرجعناها إلى التزام من قبل المالك للعامل فهو مقيد أيضاً ذاتاً ببقاء الإذن ومن شؤونه والتي تنتهي بانتهائه.

فالتحقيق أن يقال: المضاربة إذا كانت عهدية لازمة كانت كالإجارة على الاتجار بالمال أو الشركة العقدية اللازمة، فيكون المالك مسلطاً أو مالكاً لعمل الأجير، والأجير مالكاً لحصة من نماء المال وربحه التجاري، وهذا كأبي عقد عهدي أو معاوضة يكون ناجزاً وتاماً، ولا يبطل بالموت حتى موت العامل، إلا إذا كانت المضاربة على عمله الخارجي مباشرة لا كلي عمل الاتجار في ذمته - كما في الإجارة - لأن المالك يملك على ذمة العامل العمل الكلي فيجب على الورثة القيام بذلك، كما أن العامل يملك نماء المال وربحه التجاري، فعلى وارث المالك أداء ذلك ببقاء المال تحت يده للاتجار، وهذا واضح.

وإذا كانت المضاربة إذنية فحيث إن الإذن للعامل ولا يتحقق به حق عليه فموته يرتفع موضوع الإذن وهو المأذون، وإذن الوارث مضاربة أخرى بحاجة إلى انشاء آخر، فتبطل المضاربة الواقعة لا محالة.

وأما إذا مات المالك فأيضاً بموته يرتفع موضوع المضاربة الإذنية؛ لأن إذن المالك يكون بمقدار زمان ملكه وفي ملكه لا أكثر، فالمضاربة الإذنية الواقعة تنتهي بموت المالك أيضاً، ومعه لا معنى لإجازة الورثة إلا بأن ترجع إلى مضاربة إذنية جديدة على المقدار الباقي من رأس المال وحصة المالك من

ربحه - إذا كان ربح - فإن الإذن يكفي إبرازه بأية صيغة تدلّ على الرضا والإذن ومنها الإجازة، وهذا نظير ما إذا مات المعير فأجاز الوارث بقاء العارية عند المستعير.

كما أنه إذا كانت المضاربة الأولى من المالك مطلقة يمكن للوارث إجازة استمرار المضاربة فيما بقي من رأس المال على أن يكون المقدار الباقي والمنقل منه بالإرث إلى الوارث هو رأس المال لما يقع بعده من الاتجار فيحسب ما زاد عليه من الربح بين الوارث والعامل.

إلا أن هذا لعله بحكم مضاربة إذنية جديدة بلسان الإجازة، وهذا خارج عن المنظور في هذه المسألة، فإن المقصود هو البحث عن إمكان إجازة نفس المضاربة السابقة وانفاذها بقاءً، ويكون رأس المال الأوّل هو المعيار فيها، وما يزداد عليه من الربح محاسباً بين العامل والوارث كما إذا كان المالك حياً، وهذا لا يصحّ لأنّ الوارث لا يملك رأس المال الأوّل لا سابقاً ولا لاحقاً - إذا فرض نقصانه بالتلف أو الوضعية - وما يملكه بالإرث لو أريد جعله رأس المال ومعياراً فبحاجة إلى مضاربة جديدة.

إلا أن هذا الإشكال يختصّ بما إذا كان هناك وضعية أو تلف في رأس المال الأوّل، وأما إذا لم يكن كذلك كما إذا كان الموت قبل الاتجار أو لم يكن خسارة ولا تلف فيما وقع من الاتجار كان من قبيل من باع ثمّ ملك نفس رأس المال مملوكاً للوارث، فيمكن امضاء المضاربة الإذنية الواقعة عليه بلحاظ البقاء واستمرار المضاربة إلى آخر مدتها.

مسألة ٣٠: لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلاً في عمله، أو يستأجر اجيراً إلا بإذن المالك. نعم، لا بأس بالتوكيل أو الاستئجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف، وأمّا الإيكال إلى الغير وكالة أو استئجاراً في أصل التجارة فلا يجوز من دون إذن المالك، ومعه لا مانع منه، كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلا بإذن المالك [١].

مسألة ٣١: إذا أذن في مضاربة الغير فإمّا أن يكون بجعل العامل الثاني عاملاً للمالك، أو بجعله شريكاً معه في العمل والحصة، وإمّا بجعله عاملاً لنفسه، أمّا الأوّل فلا مانع منه، وتنفسخ مضاربة نفسه على الأقوى، واحتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافاة كما ترى ويكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل الثاني، وليس للأوّل شيء إلا إذا كان بعد أن عمل عملاً وحصل ربح فيستحقّ حصّته من ذلك، وليس له أن يشترط على العامل الثاني شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية، بل لو جعل الحصة للعامل في المضاربة الثانية أقلّ ممّا اشترط له في الأولى، كأن يكون في الأولى بالنصف وجعله ثلثاً في الثانية لا يستحقّ تلك الزيادة، بل ترجع إلى المالك، وربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح، أو كون الزيادة له بدعوى أنّ هذا المقدار وهو إيقاع عقد المضاربة ثم جعلها للغير نوع من العمل يكفي في جواز جعل حصّة من الربح له.

وفيه : أنه وكالة لا مضاربة ، والثاني أيضاً لا مانع منه ، وتكون الحصّة المبعولة له في المضاربة الأولى مشتركة بينه وبين العامل الثاني على حسب قرارهما ، وأمّا الثالث فلا يصحّ من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني ، ومعه يرجع إلى التشريك [١] .

[١] الظاهر أنّ هذه المسألة راجعة إلى أنه هل يعقل في باب المضاربة ما يعقل في باب الإجارة من استئجار الأجير لأجير آخر على الخياطة مثلاً أم لا يعقل ، حيث ظاهر بعض الفقهاء كما في المسالك أنه بأخذ عامل آخر تنفسخ المضاربة الأولى ، إلا إذا رجعت إلى اشتراك عاملين في التجارة لمالك واحد .

وظاهر الجواهر جواز تعدد المضاربة وعدم انفساخها ؛ لأنّها كالوكالة عقد إذني يمكن لأكثر من واحد أن يكون مأذوناً من قبل المالك في الاتّجار ، غاية الأمر يكون لكل منهما تلك الحصّة من قبل المالك فيما يحصل عليه من الربح ، ويكون اتّجار أحدهما بأيّ مقدار من رأس المال رافعاً لموضوع اتّجار الآخر لا موجباً للانفساخ كما هو واضح . والماتن وافق القول الأوّل .

ولتحقيق البحث لابد من التكلّم في مقامين :

الأوّل : في تصوير إمكان وقوع مضاربة أخرى من قبل العامل المضارب باذن المالك مع عامل آخر .

الثاني : في إمكان استحقاق المضارب الأوّل لشيء من الربح الذي يحصل في المضاربة الثانية .

أمّا البحث الأوّل : فقد ذكر الماتن رحمته أنّ المضارب الأوّل المأذون من قبل المالك اّمّا أن يأذن للعامل الثاني من قبل المالك ليكون مأذوناً منه في العمل

.....

مستقلاً في المال، أو يأذن له أن يكون شريكاً معه، أو يأذن له ليكون عاملاً من قبل نفسه.

والأول صحيح، ولكنه يجعل العامل الثاني طرفاً للمالك وعاملاً من قبله في التجارة بماله وتفسخ المضاربة الأولى مع المضارب الأول؛ إذ لا يبقى موضوع له؛ إذ المال الواحد لا يتحمل إلا عملاً واحداً، والمفروض أنه عمل العامل الثاني.

وأما ما ذكر في الجواهر - ووافقه بعض الأعلام أيضاً - من كون كل منهما مأذوناً في العمل بأي مقدار من المال يقع تحت يده كالوكالة وعندما يعمل أحدهما في بعض المال أو كله يرتفع موضوع الوكالة أو المضاربة من دون لزوم انفساخ؛ لأنّ المضاربة عقد إذني فهو كالجعالة، فيمكن أن يأذن لاثنتين بأن من يتجر بهذا المال فله كذا مقدار من ربحه، فمن يعمل قبل الآخر يرتفع موضوع العقد الإذني بالنسبة للآخر من دون انفساخ.

فهذا وإن كان صحيحاً إلا أنه لعله خارج عن البحث، فإنه يرجع إلى مضاربتين انحلاليتين في عرض واحد، بينما البحث هنا في مضاربة واحدة على عمل واحد.

والثاني: صحيح أيضاً بناءً على صحة اشتراك عاملين في المضاربة، أي تعدد العامل ووحدة المالك، وقد تقدّم الكلام عنه في مسألة سابقة.

والثالث: ليس صحيحاً؛ لأنّ العامل الأول أجنبي عن المال وإنما منه العمل، فلا معنى لأن يكون العامل الثاني عاملاً له إلا إذا رجع إلى التشريك في العمل، فيرجع إلى الشق السابق.

وبهذا يظهر الفرق بين المضاربة وبين الإجارة التي يعقل فيها أن يملك المستأجر العمل على الأجير الأوّل، ويملك الأجير الأوّل العمل على الأجير الثاني. هذا حاصل ما أفاده المصنّف رحمته.

والتحقيق أن يقال: تعقل الطولية في المضاربة أيضاً - وهو النحو الثالث ممّا في المتن - أمّا إذا كانت المضاربة عهدية يستحق فيها المالك والعامل بنفس العقد العمل في ذلك المال فامكان الطولية واضح؛ لأنّ المضاربة عندئذٍ تكون كالإجارة، فإذا كان لم يؤخذ فيها المباشرة قيدياً أمكن للعامل أن يتخذ أجيراً أو مضارباً كذلك شريطة أن لا تكون حصته من الربح أكثر من المضارب الأوّل؛ لأنّه لا يملكه، بل ولا مساوياً من غير عمل منه على ما سيأتي وجهه.

وأما إذا كانت المضاربة إذنية فأيضاً يمكن تصوير الطولية، وذلك بأن يكون المالك قد أذن للعامل الأوّل أن يتجر بماله، سواءً بنفسه أو بتوسيط أجير على ذمة العامل أو بتوسيط عامل آخر يجعل له حصة من الربح الذي يرجع إليه لا إلى المالك، فإنّ هذا معقول ثبوتاً.

ونتيجه أنّ العامل الأوّل حيث أنّه يستحق حصة من الربح معلقاً على حصوله فله أن يعطي حصته منه إلى من يأمره بالعمل في ذلك المال إذا لم تكن المباشرة قيدياً في المضاربة في قبال عمله فيكون عمل العامل الثاني مصداقاً محققاً للعمل الذي لا بدّ للعامل الأوّل أن يصبه على مال المالك، فإذا كان فيه ربح كان له حصته منه بحكم المضاربة الأولى، كما أنّ للعامل الثاني حصته من حصة العامل الأوّل بحكم المضاربة الثانية، وكون عمله بأمره نظير الجعالة بأن يجعل المالك لزيد جعلاً على تحصيل ضالته ولو بالتسبيب، ويجعل المجعول له جعلاً

أقل منه لمن يجده له فيجده الثاني للأول، فإنه يكون مستحقاً عليه الجعل الأقل، كما أن الأول يستحق على المالك الجعل الأول الأكثر.

والحاصل: كما يتعلل الإجارة على العمل الكلي الأعم من المباشرة من قبل الأجير كذلك يتعلل ذلك في المضاربة وفي الجعالة.

لا يقال: العامل الثاني إما أن يكون مأذوناً من قبل المالك في الاتجار بماله أو لا، والثاني خلف وموجب لعدم استحقاقه شيئاً من الربح، والأول موجب لكونه عاملاً من قبل المالك، وهو الصورة الأولى.

فإنه يقال: يكون العامل الثاني مأذوناً من قبل المالك في التصرف في رأس المال بحكم اذنه العام للعامل الأول، إلا أنه ليس طرفاً له في عقد المضاربة؛ لأن المضاربة ليست مجرد الإذن في الاتجار، بل فيها التزام بأن يكون له حصته من الربح في قبال ما يصبه من العمل على ذلك المال، وهذا الالتزام في المضاربة طرفها مع المالك العامل الأول لا الثاني، وإنما الثاني طرف لالتزام كذلك مع العامل الأول على تقدير الربح؛ لكونه قد استحق تلك الحصة من الربح على تقدير وجوده، وهو كاف لصحة ايقاع الالتزام المذكور بعد كونه مأذوناً من قبل المالك إن لم تكن المباشرة قيداً بل كانت المضاربة على الأعم من عمله أو عمل غيره.

ولا يشترط في صحة المضاربة أكثر من أن يكون العامل مأذوناً له التصرف في رأس المال وأن يكون له حصة من الربح على تقدير حصوله، ممن يملكه، سواء كان مالكا لرأس المال أم لا.

فما عن بعض المحققين من اشتراط أن يكون طرف العامل في المضاربة

مالكاً لا وجه له، وإنما اللازم أن يكون ولياً يجوز له الإذن في الاتجار للغير وهو محفوظ في المقام.

وقد يقال: بأن صحة مثل هذه المضاربة لا يمكن استفادتها من روايات المضاربة الخاصة، فلو لم نقل بصحتها على القاعدة كان اثبات الصحة مشكلاً. ولكن تقدّم صحتها على القاعدة، مضافاً إلى إمكان استفادة ذلك من رواية خاصة ستأتي الإشارة إليها. ومما يؤيد ذلك صحة ومعقولية الطولية في المزارعة كما دلّت عليه الروايات، مع كونها والمضاربة من باب واحد من حيث المضمون المعاملي.

وأما البحث الثاني: فلو قلنا في البحث السابق بمعقولية المضاربة الطولية وصحتها كان مقتضى ذلك أن يكون التفاوت بين المضاربتين للعامل الأوّل، إلا أن هذا على مقتضى القاعدة، وإلا فنحن نستفيد من روايات عدم جواز أخذ الأجير أجيراً آخر بأجرة أقل - إلا أن يعمل فيه عملاً - الإطلاق وشمولها للمضاربة أيضاً، إما بالغاء الخصوصية أو باستفادة الإطلاق من بعضها، حيث ورد في بعضها التعبير بقوله عَلَيْهِ: - كما في صحيح محمد بن مسلم - عن أحدهما عَلَيْهِمَا أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر فيربح فيه، قال: «لا، إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً»^(١)، حيث إنّ التقبّل أعم من الإجارة.

وإما بالتمسك بما ينقله أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن أبيه

١ - وسائل الشيعة ١٩: ١٣٢، ب ٢٣ من المضاربة، ح ١.

قال: «سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل أخذ مالاً مضاربة أيحل أن يعينه (١) غيره بأقل ممّا أخذ؟ قال: لا» (٢).

وهذه الرواية واضحة الدلالة على عدم صحة أخذ الزيادة؛ لأنها حيثية السؤال عند السائل بعد الفراغ عن أصل الطولية في المضاربة، كما انها قد تدلّ على الصحة لولا التفاوت في النسبة وكونها بأقل؛ لأنّ الاستفادة من فرض السائل أنّ جهة الاشكال عنده ذلك، والإمام عليه السلام لم يقل له أنّه لا يجوز ذلك حتى بالمساوي، وإنّما منع عن جوازه بأقل مع السكوت عن ما كان يفترضه هذا السؤال من الصحة بالمساوي، وهذا يدلّ على امضائه ذلك، وإلا كان عليه البيان.

ومنه يظهر أنّه لا يمكن حمل الرواية على البطلان من جهة بطلان أصل المضاربة الثانية، فتكون النتيجة صحة المضاربة الطولية إذا كان هناك عمل من العامل الأوّل ولو في الجملة كما في الإجارة والمزارعة، فتكون الرواية دليلاً خاصاً على صحة المضاربتين الطوليتين إذا كان العامل الأوّل مأذوناً في ذلك، كما هو صحيح على مقتضى القاعدة.

ولعلّ من عبّر بعدم الصحة في الفرض الثالث في المتن معللاً بأنّ العامل الأوّل لا عمل له يقصد هذا المعنى، أي البطلان من جهة ما دلّ على أنّه مع عدم العمل لا يستحق شيئاً لا ما فهمه الماتن، فتدبر في كلماتهم جيداً.

١ - في نسخة فقه الرضا: «أن يعطيه».

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٨، ب ١٤ من المضاربة، ح ١.

وإذا قلنا بعدم الصحة فلا إشكال في عدم استحقاق العامل الأوّل حصة من الربح إلا إذا كان شرطاً بين المالك والعامل الثاني بناءً على جواز اشتراط شيء لشخص ثالث، ومجرد اشتراط العامل الأوّل الذي هو أجنبي عن المضاربة الثانية لا أثر له؛ ولهذا لم يحكم السيد الماتن بنفوذ ذلك في المقام رغم ذهابه إلى نفوذ شرط الربح للأجنبي في المضاربة.

وقد يقال: - كما في المتن - بأنّ نفس ايقاع عقد المضاربة عن المالك مع العامل الثاني عمل من العامل الأوّل يكفي في جواز أخذ حصة من الربح في قبالة.

وقد أجاب عليه في المتن بأنّ هذا وكالة وليس مضاربة، أي أنّ هذا العمل لا ربط له بالتجارة في رأس المال من قبل العامل الأوّل ليستحق حصة من الربح، بل المفروض انفساؤها، ولا بالعامل الثاني؛ لأنّه ليس من مقدمات اتّجار العامل الثاني، وإنّما هو وكالة في ايقاع المضاربة مع الثاني وانتهاء المضاربة الأولى.

إلا أنّ الصحيح اعتبار ذلك عملاً وادارة للتجارة والمضاربة وله مالية عرفاً عادة، وبناءً عليه يصحّ للعامل الأوّل أن يضارب بأقل مع العامل الثاني بناءً على ما ذكرناه واخترناه من معقولية المضاربتين الطوليتين، كما أنّه لو قلنا بعدم صحة ذلك يمكن أن يكون من المضاربة مع عاملين في عرض واحد مع جعل حصة من الربح لكلّ منهما، كما يمكن أن يكون أمراً بعمل الوساطة بنحو الجعالة على تقدير حصول الربح أو بنحو الأمر على وجه الضمان على تقدير الربح بنسبة من الربح.

مسألة ٣٢: إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك فإن أجاز المالك ذلك كان الحكم كما في الإذن السابق في الصور المتقدمة، فيلحق كلاً حكمه، وإن لم يجز بطلت المضاربة الثانية، وحينئذٍ فإن كان العامل الثاني عمل وحصل الربح فما قرّر للمالك في المضاربة الأولى فله، وأما ما قرّر للعامل فهل هو أيضاً له، أو للعامل الأول، أو مشترك بين العاملين؟ وجوه وأقوال، أقواها الأول؛ لأنّ المفروض بطلان المضاربة الثانية فلا يستحقّ العامل الثاني شيئاً، وأنّ العامل الأول لم يعمل حتى يستحقّ، فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز تلك المعاملات الواقعة على ماله، ويستحقّ العامل الثاني أجره عمله مع جهله بالبطلان على العامل الأول؛ لأنه مغرور من قبله، وقيل: يستحقّ على المالك، ولا وجه له مع فرض عدم الإذن منه له في العمل.

هذا إذا ضاربه على أن يكون عاملاً للمالك، وأما إذا ضاربه على أن يكون عاملاً له وقصد العامل في عمله العامل الأول فيمكن أن يقال: إنّ الربح للعامل الأول، بل هو مختار المحقق في الشرائع؛ وذلك بدعوى أنّ المضاربة الأولى باقية بعد فرض بطلان الثانية، والمفروض أنّ العامل قصد العمل للعامل الأول فيكون كأنه هو العامل فيستحقّ الربح، وعليه أجره عمل العامل إذا كان جاهلاً بالبطلان، وبطلان المعاملة لا يضرّ بالإذن الحاصل منه للعمل له، لكن هذا إنّما يتمّ إذا لم يكن المباشرة معتبرة في المضاربة الأولى، وأما مع اعتبارها فلا يتمّ ويتعيّن كون تمام الربح للمالك إذا أجاز المعاملات وإن لم تجز المضاربة الثانية [١].

الجهة الأولى : في أصل صحة المضاربة الفضولية وترتب الآثار عليها بالإجازة اللاحقة من قبل المالك، فإنه قد نوقش فيه - كما عن بعض أجلة المحشيين - بأن (إجازة المضاربة الفضولية قبل صدور المعاملة صحيح، وأما المعاملات الصادرة من العامل قبل الامضاء ففي الاكتفاء بإمضاء المضاربة لصحتها إشكال.

نعم، لا إشكال إذا أمضى المالك نفس المعاملات وإن لم يمض المضاربة لكن الربح حينئذٍ تمامه للمالك) (١).

ويمكن أن يكون وجه الإشكال أن المضاربة من العقود الإذنية، فليس حقيقتها غير الإذن والرضا من المالك في الاتجار بالمال، وهذا يتحقق بالإجازة من حينها لا قبل ذلك، ولا يوجد أمر انشائي كالتمليك والتملك لكي يترتب من أول الأمر ولو حكماً بالإجازة اللاحقة، فتترتب عليه قهراً صحة العقود الطولية والحكم التكليفي بجواز التصرف.

وكذلك الحكم الوضعي بالضمان لو تلف لا يرتفعان بالإجازة اللاحقة كما هو واضح، وعليه فلا تحصل بالإجازة المتأخرة إلا الرضا من حينها، فتكون المضاربة الفضولية صحيحة من الآن، والمفروض وقوع المعاملات التجارية من دون رضا المالك ولا إذنه حينها.

ولو فرض أن إجازة المضاربة تستبطن إجازة تلك المعاملات فهي توجب استنادها إلى المالك قبل المضاربة الثانية التي حصلت برضا المالك

وإذنه الآن ، فيكون ربحها كله للمالك ، كما إذا باع واشترى فضولة ثم ضارب مع المالك لما يأتي .

ويلاحظ على ذلك :

أولاً - أن العقود الإذنية إذا كانت متعلقة بتصرفات انشائية كالبيع والشراء والاتجار فهي كالعهدية يعقل فيها الفضولية وترتب الصحة عليها من أول الأمر بالإجازة اللاحقة ولو بنحو الكشف الحكمي ، ويكون مرجعه في المقام إلى الإجازة في أن يكون العامل وكيلاً وله الولاية على التصرف بالبيع والشراء برأس المال ، فإن هذا بنفسه مضمون انشائي وضعي لا تكليفي محض يعقل تعلق الرضا والإجازة المتأخرة به من أول الأمر كالتملك في العقود العهدية ، وترتب على ذلك صيرورة البيع والشراء الواقع سابقاً بيعاً ممن كان له الولاية أو الوكالة والمأذونية ، لا بيعاً من المالك ابتداءً ، وقد تترتب عليه آثار كجواز رجوع المشتري إليه .

والحاصل كون العقد إذنياً لا يمنع عن صحة ومعقولية الفضولية والإجازة فيها .

وثانياً - المضاربة إذا كانت عهدية وموجبة لاستحقاق الطرفين الاتجار بالمال من حين العقد كالإجازة فصحة الفضولية فيها واضحة ، وإذا كانت إذنية فهي ، وإن كانت بلحاظ جواز التصرف إذناً بالتصرف ولكنها تتضمن أثراً لزومياً وهو أن تكون حصة من الربح في قبال عمل العامل إذا تحقق ربح فيكون إمضاء المضاربة الفضولية إجازة لترتب هذا الأثر الوضعي اللزومي ، وهي أن تكون

الأرباح الحاصلة بينهما، وهذه الجنبه يعقل فيها الإجازة اللاحقة، ويترتب عليها الأثر من أوّل الأمر ولو بنحو الكشف الحكمي، نظير ما إذا أجر شخص بستان الآخر وما سيحصل فيه من النماء فضولة ثمّ بعد حصول النماء أجاز المالك ذلك، أو أجر داره كذلك فجلس فيه المستأجر ثمّ أجاز المالك فإنّه يملك الأجرة المسماة حتى بالنسبة لما وقع من الاستيفاء.

فالصحيح أنّه لا إشكال في صحة المضاربة الفضولية بالإجازة اللاحقة، وصحة العقود الطولية المترتبة قهراً، بلا حاجة إلى إجازة مستقلة لها من قبل المالك، وكون الريح الحاصل بها بين المالك والعامل.

الجهة الثانية: إذا لم يجز المالك المضاربة الثانية، وكان العامل الأوّل قد أنشأ المضاربة مع العامل الثاني عن المالك فضولة لا عن نفسه، وهنا لا ينبغي الإشكال في بطلان المضاربة الثانية؛ لعدم إجازة المالك التي أوقعت المضاربة الثانية معه فضولة عن المالك، ويمكن للمالك إجازة التجارة الواقعة على أمواله، فيكون ربحها له.

ولا مجال لتوهم وجود شيء من الريح للعامل الأوّل؛ لأنّه إن كان على أساس كونه عاملاً للمالك فالمفروض أنّه لم يعمل، ولو فرض بقاء مآذونيته وإن كان على أساس كونه مستحقاً من الريح الحاصل من عمل العامل الثاني لكونه في طول مضاربه مع المالك فالمفروض أنّه أنشأ المضاربة الثانية للمالك ابتداءً لا لنفسه فلا طولية في البين، فيكون من قبيل ما إذا فسخ مضاربه مع المالك أو ارتفع موضوعها فضارب مع الآخر فضولة عن المالك.

ومنه يظهر عدم صحة التمسك في المقام بروايات من خالف شرط المالك كان ضامناً، ولكن لو ربح كان بينهما، فإن ذلك في فرض وقوع المضاربة بين المالك والعامل مع تخلف العامل عن شرط المالك، وفي المقام لا مضاربة بينه مع المالك للانفساخ أو زوال الموضوع، وإنما هناك مضاربة فضولية فاسدة مع العامل الثاني، كما إذا لم يكن العامل الأوّل قد ضارب المالك أصلاً. والعامل الثاني أيضاً لا يستحق شيئاً من الربح؛ لعدم أمر المالك له وعدم تحقق المضاربة معه، فيكون الربح كلّهُ للمالك إذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله.

وهل يضمن المالك أو العامل الأوّل أجره مثل عمل العامل الثاني مطلقاً أو في صورة جهله بالفضولية.

حكى الأوّل في التذكرة معللاً بأنّ نفع عمله عاد إليه. وقد تقدم في كتاب الإجارة أنّ هذا لا يكون سبباً للضمان، خصوصاً في صورة العلم.

نعم، في صورة الجهل ربما يتمسك بقاعدة الاثراء بلا سبب التي يدّعيها الفقه الوضعي، أو أنّ نفع العمل إذا كان له نحو وجود ونتيجة خارجية ملموسة في مال الغير فهو متعلق حق العامل ويوجب نحو اشتراك بينه وبين مالك الرقبة لكي لا تذهب نتيجة عمله هدرًا، أو أنّ الاستيفاء في مثل هذه الحالة يوجب الضمان عقلاً.

وهذا بحث قد تقدم في محله بشقوقه، إلا أنه خلاف ظاهر كلمات الفقهاء، حيث حكموا بهدر العمل وذهابه على العامل حتى مع جهله ما لم يكن بأمر

المستوفي للعمل، وإن كان الأحوط في صورة جهل العامل التصالح معه، فالفتان الذي يأخذ خشبة الغير بتصوّر أنّها لنفسه فيصنع منها لوحة فنيّة باهضة القيمة خلاف العدل والانصاف أن يقال بأنّ ذلك كلّه لمالك الخشبة التي قيمتها ضئيلة جداً وأنّ العامل الفتي لا يستحق شيئاً.

وأما العامل الأوّل فقد يقال بضمانه مطلقاً، وقد يقال بضمانه في صورة جهل العامل الثاني، وقد يقال بعدم ضمانه مطلقاً.

أما الأوّل فمبني على أنّه مقتضى مضمونية عمل العامل الثاني واحترامه، وأنّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وحيث إنّ العامل الأوّل الفضولي هو الذي أجرى العقد معه ولو عن المالك، فيكون ضامناً لأجرة عمله على تقدير فساد المضاربة، كما إذا أجره لخياطة ثوب المالك عنه فضولة ولم يجز المالك. وقد تقدّم في محلّه أنّ الضمان في العقود الفاسدة التي يضمن بصحيحها لا يختص بفرض الجهل بالطلان، بل يعم صورة العلم أيضاً.

وأما القول الثاني فمنشأه إمّا صدق الاقدام على المجانية في صورة العلم كما اختاره المصنف رحمته حتى في الإجارة، وقد تقدم عدم صحته.

أو ما ذكره بعض الأعلام من أساتذتنا العظام رحمهم من أنّه هنا لا يكون ضمان في فرض علم العامل الثاني؛ لأنّ العامل الأوّل لم يلتزم للعامل الثاني بشيء ولم يأمره بالعمل على كل حال، وإنّما أخبره بضمان المالك لعمله بحصة من الربح، والمفروض أنّه عالم به، وأنّه ليس بوكيل عنه.

وإن شئت قلت: أنّه يأمره من قبل المالك وأنّ المالك يضمن له قيمة

عمله، فإنه في مثل ذلك إذا كان الطرف عالماً بكذبه لا موضوع للضمان لا بقاعدة الغرور لفرض العلم ولا من جهة ما يضمن بصحيحه؛ لأن هذه القاعدة تثبت الضمان على من كان ضامناً على تقدير صحة العقد وهو من جعل عليه الضمان وهو هنا المالك لا العامل الأوّل.

وأما الثالث فلأنّ الضمان إن كان بقاعدة الغرور فلا دليل عليها بعرضها العريض بحيث يشمل المقام، وإن كان من جهة الأمر فالمفروض أنّ العامل الأوّل أنشأ المضاربة عن المالك فلم يلتزم بشيء من كيسه في قبال عمل العامل الثاني.

إلا أنّ الصحيح من هذه الوجوه هو الأوّل؛ لما تقدّم في مدرك قاعدة ما يضمن من أنّها ليست قاعدة شرعية بنفسها، وإنّما مدركها قاعدة ضمان اليد لما يؤخذ من مال الغير عيناً كان أو منفعة بالأمر والاستيفاء ما لم يقدم المالك على المجانية، ومن الواضح أنّ الأمر قد صدر بمقتضى صدور المضاربة من العامل الأوّل لا المالك من العامل الأوّل، فهو الأخذ لعمل العامل الثاني ولم يقدم الثاني عليه مجاناً بل للعامل الأوّل بما هو وكيل أو مأذون عن المالك، فيكون مضموناً عليه عيناً، كما إذا اشترى منه ماله للغير أو أجره للمالك فضولة فإنه لا إشكال في ضمانه للعين والعمل حتى مع علم الآخر.

فيكفي الأمر بعمل لا على وجه المجانيّة سواء كان لنفسه أو لغيره، فإنه في جميع ذلك يكون أخذه للعمل بالاستيفاء أو بالأمر على وجه الضمان الذي جعله له سواءً في ذمته ومن كيسه أو من كيس غيره مع ادعاء الإذن أو الوكالة من قبله، فالتفصيل في غير محلّه.

نعم، لو لم يكن انشاء وعقد جدّي وكان العامل الثاني عالماً بكذب العامل الأول لم يكن وجه للضمان، إلا أنّ هذا خارج عن البحث.

هذا، ولكنّ الصحيح أنّ المضاربة الأولى تبقى صحيحة والعامل يضمن أجره عمل المضارب الثاني؛ لأنّ انشاء المضاربة الفضولية عن المالك بعد أن لم تكن صحيحة ولم يجرها المالك فالموضوع للمضاربة الأولى يكون محفوظاً وغير مرتفع، كما أنّ مجرد ايقاع مضاربة ثانية فضولية لا يوجب انفساخ الأولى، بل لا انفساخ أساساً - على ما تقدّم - ومعه يكون المورد من موارد تخلف الشرط أو قيد المباشرة في العمل.

وسياتي في الجهة القادمة أنّ الروايات الخاصة إطلاقها يشمل ذلك، فيكون الربح بينهما والضمان على تقدير الخسارة.

الجهة الثالثة: لو لم يجر المالك وكان العامل الأول قد أنشأ المضاربة عن نفسه لا عن المالك، فإذا اخترنا في البحث السابق صحة المضاربة الطولية، فإذا كانت المضاربة مع العامل الأول مطلقة وغير مقيدة بالمباشرة كانت المضاربة الثانية صحيحة ولا تحتاج إلى الإجازة من المالك أصلاً، كالإجازة الطولية.

وإذا كانت المضاربة مع العامل الأول مقيدة بالمباشرة أو شرط عليه المالك أن يعمل بنفسه ولا يعطيه للغير فأيضاً يكون الربح بينهما، غاية الأمر عليه الضمان لو تلف شيء من رأس المال بيد الغير؛ وذلك تمسكاً بالروايات المتقدمة فإنّها تشمل المقام.

.....

ولا وجه لما ذكره السيّد الأستاذ رحمته بأنّ النصوص إنّما وردت في عمل العامل على خلاف شرط المالك، كما لو اشترط التجارة في البلد فتاجر في غيره، وأين هذا ممّا إذا صدر العمل من أجنبي عن المضاربة بالكلّية ^(١)؛ إذ في تلك الروايات ما كان مطلقاً غير مقيد بفرض صدور العمل من العامل مباشرة، أي شاملاً لمخالفة شرط المباشرة.

نعم، لا بد من صدور العمل من العامل ولو بالتسبيب، بأن يكون هو طرف المضاربة مع المالك وهو السبب لعمل العامل الثاني، وبهذا يختلف عن الأجنبي إذا عمل بمال المالك ابتداءً، وهذا مفروض في المضاربة الطولية.

ولا فرق بين أن تكون المباشرة شرطاً أو قيداً كما تقدّم شرح ذلك عند التعرّض لتلك الروايات، بل تقدم أنّ هذا يمكن تخريجه على مقتضى القاعدة في الجملة.

نعم، لا يمكن أن يستفاد من تلك الروايات ولا مقتضى القاعدة صحة المضاربة الثانية حينئذٍ، فلا يستحق العامل الثاني حصة من الربح، ولكنه يستحق على العامل الأوّل أجره مثل عمله إذا كان هناك ربح كما في سائر موارد المضاربة الفاسدة.

وبهذا يتضح صحة ما أفنى به المحقق رحمته - في فرض عدم إذن المالك

١ - شرح العروة الوثقى ٣١: ٧٤.

.....

بالمضاربة الثانية ، سواء أوقعها المضارب الأوّل عن نفسه أو عن المالك - من أنّه يكون نصف الربح للعامل الأوّل - أي تصح المضاربة الأولى - وعليه أُجرة عمل العامل الثاني .

وما قيل من عدم شمول الروايات لفرض عدم عمل العامل المضارب وأنّه كعمل الأجنبي قد عرفت جوابه .

وهكذا يتلخص أنّه مقتضى القاعدة صحة المضاربتين معاً بلا حاجة إلى إجازة المالك فيما إذا كان مرجع عدم إذن المالك لاعطاء المال للغير عدم الاستيمان من ناحية الضمان لا عدم الإذن بتجارة الغير ، أي عدم تحمله للخسارة في هذه الصورة ، والذي يعني الإذن في التصرفات ، ولكن على وجه الضمان ، كما لو شرط الضمان على هذا التقدير .

كما أنّه على تقدير أخذ قيد المباشرة أو اشتراطها من قبل المالك على المضارب أيضاً تصحّ المضاربة الأولى بمقتضى الروايات المتقدّمة ، ولكن تبطل الثانية ؛ لعدم مآذونية العامل الثاني ، ويكون العامل الأوّل ضامناً للأجرة للعامل الثاني في فرض وجود الربح ، وفي فرض الخسران يضمن ذلك للمالك ولكنه ليس ضامناً للأجرة للعامل الثاني كما لا يخفى وجهه .

مسألة ٣٣: إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالاً أو عملاً كأن اشترط المالك على العامل أن يخيّط له ثوباً أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك أو بالعكس فالظاهر صحته، وكذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعة أو نحو ذلك.

ودعوى: أنّ القدر المتيقّن ما إذا لم يكن من المالك إلا رأس المال، ومن العامل إلا التجارة. مدفوعة: بأنّ ذلك من حيث متعلّق العقد، لا ينافي اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه، ويكفي في صحته عموم أدلّة الشروط، وعن الشيخ الطوسي فيما إذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليّه، وبطلانهما في قوله الآخر، قال: لأنّ العامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح، وإذا بطل الشرط بطل القراض؛ لأنّ قسط العامل يكون مجهولاً، ثمّ قال: وإن قلنا: إنّ القراض صحيح والشرط جائز لكنّه لا يلزم الوفاء به؛ لأنّ البضاعة لا يلزم القيام بها، كان قوياً.

وحاصل كلامه في وجه بطلانهما أنّ الشرط المفروض مناف لمقتضى العقد فيكون باطلاً، وبطلانه يبطل العقد؛ لاستلزامه جهالة حصّة العامل من حيث أنّ للشرط قسطاً من الربح، وبطلانه يسقط ذلك القسط، وهو غير معلوم المقدار، وفيه منع كونه منافياً لمقتضى العقد، فإنّ مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح، والعمل الخارجي ليس عملاً في مال القراض. هذا مع أنّ ما ذكره من لزوم جهالة حصّة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع؛ إذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض في شيء من الموارد، وإنّما يوجب زيادة العوض فلا ينقص من بطلانه شيء من الحصّة حتى تصير مجهولة، وأمّا ما ذكره في قوله: وإن قلنا...

(الخ) فلعلّ غرضه أنّه إذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه، فكأنّه لم يشترط، فلا يلزم الجهالة في الحصّة.

وفيه: أنّه على فرض إيجابه للجهالة لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعدمه، حيث أنّه على التقديرين زيد بعض العوض لأجله. هذا، وقد يقرّر في وجه بطلان الشرط المذكور أنّ هذا الشرط لا أثر له أصلاً؛ لأنّه ليس بلازم الوفاء، حيث أنّه في العقد الجائز ولا يلزم من تخلفه أثر التسلّط على الفسخ، حيث أنّه يجوز فسخه، ولو مع عدم التخلف.

وفيه: أولاً - ما عرفت سابقاً من لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة ما دامت باقية ولم تفسخ، وإن كان له أن يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به.

وثانياً - لا نسلم أنّ تخلفه لا يؤثر في التسلّط على الفسخ؛ إذ الفسخ الذي يأتي من قبل كون العقد جائزاً إنّما يكون بالنسبة إلى الاستمرار، بخلاف الفسخ الآتي من تخلف الشرط فإنّه يوجب فسخ المعاملة من الأصل، فإذا فرضنا أنّ الفسخ بعد حصول الربح فإن كان من القسم الأوّل اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحقّ ذلك الربح بمقدار حصّته، وإن كان من القسم الثاني يكون تمام الربح للمالك، ويستحقّ العامل أجره المثل لعمله، وهي قد تكون أزيد من الربح، وقد تكون أقلّ فيتفاوت الحال بالفسخ وعدمه إذا كان لأجل تخلف الشرط [١].

[١] تارة يبحث عن دليل صحة الشرط المذكور في ضمن عقد المضاربة

ولزومه على فرض صحة المضاربة في نفسها، وأخرى في صحة عقد المضاربة وبطلانه.

أما البحث في الجهة الأولى فقد يناقش في صحة الشرط المذكور بوجوه :

الأول: ما يظهر من صدر كلام الماتن رحمته في هذه المسألة من أن روايات المضاربة لا تقتضي أكثر من تصحيح ما إذا لم يكن من المالك إلا رأس المال ومن العامل إلا التجارة، فلا تعمّ اثبات صحة أمور أخرى ولزومها على أحد الطرفين زائد على ذلك؛ لأنها خارجة عن عنوان المضاربة، وبالتالي عن مفاد تلك الروايات.

والجواب: بما ذكره السيّد الماتن رحمته بأن هذا غايته عدم إمكان إثبات صحة هذه الشروط ضمن المضاربة بروايات المضاربة، ويكفي في إثبات المشروعية والصحة عموم أدلّة الشروط.

الثاني: ما نقله منسوباً إلى الشيخ الطوسي رحمته - وإن كان في النسبة نظر - بأن الشرط المذكور فاسد؛ لكونه منافياً مع مقتضى العقد؛ لأن العامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح. والشرط المنافي لمقتضى العقد فاسد.

وفيه: ما اجاب عليه بأن مقتضى المضاربة أن يكون العمل في مال المضاربة بجزء من الربح لا مجاناً، والعمل المشروط هنا عمل خارجي آخر وليس عملاً في مال المضاربة لكي يجب أن يجعل له حصة من الربح وإلا يكون منافياً مع مقتضى عقد المضاربة.

الثالث: ما ذكره السيّد الماتن في آخر المسألة بعنوان (وقد يقرر في وجه بطلان الشرط المذكور...) والمقرر صاحب الجواهر رحمته، وحاصله: أن الشرط

.....

يترتب عليه أثران: تكليفي وهو وجوب الوفاء، ووضعي وهو جواز الفسخ مع التخلف، وكلاهما لا يترتبان في العقود الجائزة؛ لما تقدم من عدم وجوب الوفاء بالشروط ضمنها، فلا أثر تكليفي، وكون العقد جائزاً بنفسه فلا أثر وضعي؛ لأن جواز الفسخ حاصل في نفسه فيستحيل أن يحصل بتخلف الشرط، ومع عدم الأثر لا معنى لصحة الشرط.

وأجاب عنه الماتن رحمته: بمنع كلا الأمرين وترتب كلا الأثرين:

أما التكليفي فلأن الشرط في ضمن العقد الجائز أيضاً واجب الوفاء ما دام لم يفسخ العقد، وإن كان يجوز له فسخ العقد، ومعه يرتفع موضوع وجوب الوفاء بالشروط.

وأما الوضعي، فلأن الفسخ الحاصل من ناحية جواز العقد يكون من حينه وبلحاظ ما يأتي، بخلاف الفسخ الحاصل من تخلف الشرط، فإنه يكون من أصله.

وأضاف بعض الأعلام أن الجواز الناشئ من التخلف جواز حقي، أي حق الخيار بخلاف الثابت للعقد الجائز فإنه حكمي، والأول يقبل الاسقاط بخلاف الثاني.

فالحاصل هما حكمان متباينان، فلا يلزم تحصيل الحاصل.

وقد نقل في الجواهر الجواب المذكور في المتن عن جامع المقاصد وعلق عليه (أنه لا يمكن التزام فقيه به) وفي آخر كتاب المضاربة ذكر (أنه كما ترى لا ينطبق على القواعد وعلى ما اشتهر بينهم من عدم لزوم الوفاء بالشروط في العقود الجائزة وأن حالها كحال الوعد وليس فائدة الشرط فيها فائدته في العقد

.....

اللازم من التسلُّط على الفسخ مع عدم الوفاء به) (١). وهذا هو الصحيح، وقد تقدّم توضيحه وتحليله في بعض البحوث السابقة.

ويمكن أن يعلّق أيضاً أنّه كيف أصبح الفسخ في خصوص هذا العقد من أصل العقد لا من حينه، مع أنّه في العقود اللازمة المشهور أنّ الفسخ يكون من حينه لا من أصله.

ومن هنا علّق بعض الأعلام في حاشيته بأنّ كونه من أصله محل منع. وتحقيق الحال في هذه النقطة: أنّ المضاربة إذا كانت عهدية ولازمة بحيث يملك من حين العقد المالك العمل على العامل والعامل حصة من الربح على تقدير حصوله مع لزوم تسليمه المال للاتّجار به فالشرط المذكور لا شك في صحته ولزوم الوفاء به كالشروط في سائر العقود اللازمة.

وأما إذا كانت إذنية - كما هو مبني كلام الماتن والمشهور - فإذا افترضنا أنّ ذلك من باب الشركة بين العمل ورأس المال في التماء فسوف يكون الشرط المذكور شرطاً ضمن عقد جائز لا أثر له لا تكليفي ولا وضعي بناءً على ما هو الصحيح من عدم شمول «المؤمنون عند شروطهم» للشروط ضمن العقود الجائزة؛ لكونها كالشروط الابتدائية غير واقعة ضمن التزام معاملي، فلا يجب الوفاء به.

كما لا يترتب أثر وضعي على تخلّفه؛ إذ لا يوجد التزام لكبي يفسخه أحدهما، بل حاله حال الشركة بين مالين خارجيين من حيث أنّ الرجوع فيها

بعد الربح يؤدي إلى رجوع كل منهما بمقدار رأس ماله، والربح الحاصل بينهما بنسبة المالين، غاية الأمر في المقام يكون بنسبة مقررة متفق عليها بينهما.

وكذلك إذا قلنا بأنه إذن من كل منهما في الاستفادة ممّا للآخر في الاسترباح التجاري وحكمه الشرعي الاشتراك في الربح بالنسبة المتفق عليها. وأما إذا قلنا بأنّ المضاربة مركبة من جهتين: جهة اذنية هي مجرد إذن المالك في الاتجار برأس ماله، وجهة عهدية هي التزامه التعليقي بأن يكون حصة من الربح التابع للأصل وهو رأس المال للعامل إذا ربح به.

فإذا رجع الشرط المذكور إلى الجهة الإذنية فلا يترتب عليه أثر أصلاً بنفس النكته المتقدمة، وإذا رجع إلى الجهة العهدية كان الشرط التزاماً في ضمن التزام - كما هو المتفاهم في باب الشروط الضمنية - فيكون مقتضى عمومات «المؤمنون عند شروطهم»، بل وعمومات صحة الالتزامات العهدية صحة الشرط، بمعنى لزومه تكليفاً وترتب حق الفسخ على تخلفه وضعاً.

إلا أنّ تعيّن هذا التحليل في المضاربة الإذنية - أعني كونها مركبة من جهة إذنية وأخرى عهدية بالنحو المذكور - غير واضح، بل قد يستفاد من إطلاق الروايات المتقدمة الدالة على أنّه مع مخالفة العامل لشرط المالك إذا حصل ربح كان بينهما أيضاً وإن كان ضامناً على تقدير الخسارة عدم حق الفسخ للمالك بلحاظ هذا الأثر اللزومي.

كما أنّ تطبيق قاعدة خيار تخلف الشرط في المقام لازمه رجوع حصة العامل من الربح بالفسخ إلى المالك من حينه لا من أصله، فإذا كان هنا نماء

منفصل لذلك وتاجر بحصّته العامل بعد انتهاء مدة المضاربة لنفسه يكون النماء والربح له لا للمالك، وهذا كلّ من البعيد الالتزام به فقهيّاً.

وأما البحث في الجهة الثانية فقد يستدلّ على بطلان أصل المضاربة المذكورة بأحد وجهين:

أحدهما - ما ذكره السيد الماتن رحمته الله بعنوان مستند لأحد قولي الشيخ الطوسي رحمته الله ببطلان العقد والشرط معاً.

وحاصله: أنّه إذا بطل الشرط باعتباره منافياً لمقتضى العقد مثلاً، أو لأيّ سبب آخر لزم من ذلك جهالة العقد، فيبطل أيضاً؛ لأنّ للشرط قسطاً من الثمن والزيادة في حصة من عليه الشرط، فإذا بطل ولم يجب الوفاء به لم يكن يستحق تلك الزيادة، وحيث أنّه غير معلوم المقدار، فيكون ما يستحقه العامل بتجارته أيضاً كذلك، فتكون حصة العامل مجهولة، وهي الجهالة الموجبة للغرر وبطلان المضاربة.

وقد أجاب عليه السيد الماتن رحمته الله بالمنع عن بطلان الشرط أولاً؛ لعدم كونه منافياً مع مقتضى عقد المضاربة، وعلى تقدير البطلان لا وجه لبطلان العقد ثانياً؛ لأنّ المراد بكون الشرط له قسط من الثمن ليس هو المقابلة لمقدار من الثمن بازاء الشرط، بل بمعنى أنّ الشرط حثيثة تعليلية لازدياد الثمن المقابل بالثمن، وفي المقام أيضاً كذلك تكون الحصة بتمامها في قبال عمل التجارة وزيادتها تكون بسبب الشرط لا في قبال العمل المشروط وهو الخياطة؛ ولهذا لا يلزم من تخلف الشرط إلّا حق الفسخ للمشروط له لاحق استرداد جزء من العوض.

ثم أشكل الماتن رحمته على ذيل كلام الشيخ من الحكم بصحة العقد وجواز الشرط بعد تفسيره بما ذكره في المتن بأن جواز الشرط أو لزومه لا أثر له في هذه النكته ، وهي لزوم الجهالة ، بأنه إذا كان قسط من الربح في قبالة الشرط فهو يوجب الجهالة على كل حال ، أي سواء كان الشرط واجب الوفاء أو جائزاً ، وعلى تقدير عدم كون الشرط إلاً حيشية تعليلية لازدياد الحصة المقابلة للتجارة فلا جهالة على كلا التقديرين .

وأضاف في المستمسك بأن مبني بطلان العقد بالجهالة مع بطلان الشرط متناقض ؛ لأنّ القول ببطلان الشرط كان مبنيّاً على أنه مناف مع مقتضى المضاربة في أن لا يكون عمل العامل مجاناً وبلا جعل أو قسط من الربح ، فاشتراط الخياطة مثلاً مجاناً مخالف لذلك ، بينما القول ببطلان العقد بجهالة حصة المالك مبني على أن يكون العمل المشروط في قبالة قسط من الربح لا مجاناً ، وهذا تناقض .

ويمكن الإجابة على كلا الاشكاليين :

أمّا الأخير فلأنّ المراد بفساد شرط العمل وهو البضاعة في مال آخر من جهة مخالفته لمقتضى عقد المضاربة أنّه بالشرط المذكور ضمن عقد المضاربة يراد الزامه بالتّجار بضاعة في مال آخر بلا أن يكون له قسط من ربحه ولا أجره في قبالة ، وهذا خلاف مقتضى المضاربة ؛ لأنّه يقتضي أن يكون للعامل في رأس المال قسطاً من ربحه .

وأما ازدياد حصّته بذلك من تجارته في الألف الأخرى التي هي مورد

المضاربة فهذا لا يصح الشرط؛ لأنّ اللازم أن يكون بازاء عمل العامل، أما الأجرة أو قسط من ربح عمله في ذلك المال لا من مال آخر، فالشرط فاسد بهذا الاعتبار، والمضاربة على الألف الأخرى تبطل أيضاً؛ لأنّ ما زيد في حصة العامل فيها غير معلوم، فعندما يستثنى إذا تخلف تكون حصته من ناحية عمله فيه أيضاً مجهولة، فيلزم الغرر والبطلان.

وأما الأوّل فلأنّ الشرط إذا لم يكن واجب الوفاء وملزماً فليس العامل ملزماً من ناحية عقد المضاربة بالبضاعة في الألف الأولى، وإنّما حاله حال الشرط الخارج عن عقد المضاربة أو حال الوعد، فلا يبطل ولا تكون حصة العامل في المضاربة في الألف الأخرى بالنصف مثلاً من أجل ذلك الشرط ليلزم الجهالة.

والشاهد على ارادته هذا المعنى ما عطفه عليه في المبسوط بقوله: (إذا أعطاه ألفاً قراضاً بالنصف وقال: أحب أن تأخذ ألفاً بضاعة تعاونني فيه، صحّ؛ لأنّ البضاعة ما اخذت بالشرط، وإنّما تطوع بالعمل له فيها من غير شرط؛ فلهذا لم يفسد القراض، ويفارق الأولى؛ لأنّه شرط أخذ البضاعة، وفرق بين الارتفاق بالشرط وبين الشرط، ألا ترى أنّه لو باع داراً بشرط أن يعطيه المشتري عبداً يخدمه شهراً بطل البيع، ولو قال له: ادفع إليّ عبدك أيّها المشتري يخدمني شهراً من غير شرط صحّ البيع، والفرق بينهما ما مضى) (١).

الثاني - أنّ المضاربة تفسد بشرط عمل آخر خارج عن الاتجار برأس

.....

المال؛ لعدم الدليل على صحتها مع مثل هذا الشرط، إذ الدليل لو كان عمومات الصحة فهذا خلف كون الأصل في مثل المضاربة من العقود الفساد، وإن كان روايات صحة المضاربة فهي لا تدل على أكثر من صحة المضاربة بين رأس المال وعمل العامل بحصة من الربح، بحيث يكون العامل على تقدير الربح يأخذ في قبال ما عمله في رأس المال والذي أدى إلى ربحه حصة منه حسب ما اتفقا عليه، وعلى تقدير الخسران أو عدم الربح يخسر العامل عمله في رأس المال، وأما عمل آخر له مالية يكون ملزماً به بعقد المضاربة - كما هو عند الماتن تتبع من لزوم الشروط ضمن العقود الجائزة - بحيث يخسره العامل أيضاً على تقدير الربح، ويكون بازائه حصة من الربح على تقدير الربح ولو بنحو الحيشية التعليلية لا التقييدية، مع أنه ليس عملاً مربوطاً باستثمار المال، فهذا ممّا يحتمل جداً دخله في صحة أصل عقد المضاربة وعدم صحته، فلا يمكن التعدي من روايات المضاربة إلى مثل هذا الفرض.

وهذا البيان لا غبار عليه بناءً على المسلك القائل بأن صحة المضاربة على خلاف الأصل والقواعد، مع فرض لزوم الوفاء بالشرط ضمن المضاربة. وأما إذا قلنا بعدم لزوم الوفاء بهذا الشرط وأنه كالوعد الخارج عن مقتضى المضاربة فلا محذور لشمول إطلاق روايات المضاربة لمثل هذه المضاربة أيضاً؛ إذ لا فرق بينها وبين مضاربة بلا شرط، فإن مجرد انشاء الشرط لا يحتمل دخله في الصحة والبطلان كما لا يخفى، وهذا الذي استفدناه من عبارة الشيخ في المبسوط.

كما أنه إذا قلنا بصحة المضاربة على القاعدة صحت المضاربة

بالشرط المذكور وإن كان واجب الوفاء، وهذا الذي ينسجم مع مسلك السيد الماتن رحمته.

ثم إن بعض الأعلام من أساتذتنا العظام رحمته أشكل على ما أفاده السيد الماتن رحمته من رجوع العامل على المالك بأجرة مثل عمله إذا تخلف عن الشرط وفسخ المالك بعد حصول الربح، وهذا قد يكون أكثر من حصته التي كانت له من الربح، وقد يكون أقل، وهذا فرق عملي وأثر وضعي يترتب على صحة الشرط المذكور، بأن هذا غير تام إذا كان حصة من الربح أقل من أجرة المثل؛ لأن العامل يقبوله بالحصة قد أقدم على المجانية بلحاظ الزيادة.

وفيه ما تقدّم سابقاً: أولاً - بالنقض بالاجارة الفاسدة أو المنفسخة مع كون أجرة المسماة أقل من أجرة المثل، وكذلك بالبيع مع كون ثمن المسمى أقل من قيمة المثل، مع أنه قبل هناك الرجوع بالقيمة السوقية، بل هنا أولى منه؛ لأن الحصة من الربح لا يعلم من أول الأمر كونها أقل من أجرة المثل بخلاف المسمى.

وثانياً - بالحل المذكور في محله من أن المراد بالاقدام على المجانية هدر المالية كلاً أو بعضاً ورفع اليد عنها وجعلها مجاناً للغير لا الاتفاق على حصة ونسبة قد تكون مساوية لقيمة العمل وقد تكون أقل، فإنه ليس إقداماً على المجانية.

نعم، لو لم يكن ربح أصلاً كان من الاقدام على المجانية؛ لأن العامل في المضاربة مقدم على المجانية في هذا التقدير.

مسألة ٣٤: يملك العامل حصّته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقّف على الإنضاض أو القسمة، لا نقلاً ولا كشافاً على المشهور، بل الظاهر الإجماع عليه؛ لأنّه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما، ولأنّه مملوك، وليس للمالك، فيكون للعامل، وللصحيح: «رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشتري أباه وهو لا يعلم، قال: يقوم فإن زاد درهماً واحداً نعتق واستسعى في مال الرجل». إذ لو لم يكن مالاً لكانت حصّته لم ينعتق أبوه.

نعم، عن الفخر عن والده أنّ في المسألة أربعة أقوال، ولكن لم يذكر القائل ولعلّها من العامّة:

أحدها: ما ذكرنا.

الثاني: أنّه يملك بالانضاض؛ لأنّه قبله ليس موجوداً خارجياً، بل هو مقدّر موهوم.

الثالث: أنّه يملك بالقسمة؛ لأنّه لو ملك قبله لاخصّ بربحه، ولم يكن وقاية لرأس المال.

الرابع: أنّ القسمة كاشفة عن الملك سابقاً؛ لأنّها توجب استقراره، والأقوى ما ذكرنا لما ذكرنا. ودعوى أنّه ليس موجوداً كما ترى، وكون القيمة أمراً وهمياً ممنوع، مع أنّنا نقول: إنّه يصير شريكاً في العين الموجودة بالنسبة؛ ولذا يصحّ له مطالبة القسمة، مع أنّ المملوك لا يلزم أن يكون موجوداً خارجياً، فإنّ الدين مملوك مع أنّه ليس في الخارج.

ومن الغريب إصرار صاحب الجواهر على الإشكال في ملكيته بدعوى أنّه حقيقة ما زاد على عين الأصل، وقيمة الشيء أمر وهمي لا وجود له لا ذمّة ولا خارجاً، فلا يصدق عليه الربح. نعم، لا بأس أن

يقال: إنه بالظهور ملك أن يملك، بمعنى أن له الانضاض فيملك، وأغرب منه أنه قال: بل لعل الوجه في خبر عتق الأب ذلك أيضاً، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السراية، إذ لا يخفى ما فيه، مع أن لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتى مقدار الربح، مع أنه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصّة العامل من الربح للمالك، فلا ينبغي التأمل في أن الأقوى ما هو المشهور.

نعم إن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل لأن يكون كاشفاً عن عدم ملكيته من الأول، وعلى ما ذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكية من جواز المطالبة بالقسمة وإن كانت موقوفة على رضى المالك ومن صحّة تصرفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما، ومن الإرث وتعلق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة للحجّ وتعلق حقّ الغرماء به، ووجوب صرفه في الدين مع المطالبة إلى غير ذلك [١].

[١] البحث في هذه المسألة عن زمان تملك العامل لخصته، وأنه هل يكون بمجرد ارتفاع قيمة ما اشتراه برأس المال - المعبر عنه بظهور الربح - ولو لم ينض بعد تبديله إلى الدراهم ورأس المال بأزيد ممّا كان، أو يكون ملكه من حين الانضاض أو من حين القسمة بنحو النقل أو الكشف عن الملك من زمان الانضاض؟ وجوه، بل أقوال أربعة كما ذكره الماتن رحمته.

ولا ينبغي الشك أن مقتضى الأصل العملي استصحاب عدم حصول انملك للعامل إلى زمان الانضاض لو فرض الشك، بل وإلى زمان القسمة، فلا بد للقاتل بتعلق ملك العامل بخصته من حين ارتفاع القيمة من إثبات ذلك بدليل اجتهادي حاكم على هذا الأصل العملي.

وقد استدلل السيد الماتن رحمته على القول الأوّل بوجوه:

١ - الإجماع. وإحراز تعبديته مشكل.

٢ - إنه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما، وهذا لا بد من تميمه بضمّ دليل امضاء المضاربة وصحتها وأنّ الربح بينهما. إلا أنّ هذا الاستدلال فرع أن يصدق الربح وأن يثبت إمكان تعلق الملك بذلك، وإلا لم يفد شيئاً، فما لم يحل إشكال صاحب الجواهر لا يتم هذا الإشكال.

٣ - أنّ الربح مملوك أيضاً جزماً وليس للمالك بمقدار حصة العامل بالاتفاق، فيكون للعامل لا محالة، وهذا أيضاً موقوف على إمكان تعلق الملك بالربح بمعنى ارتفاع القيمة مستقلاً.

٤ - التمسك بصحيح محمد بن قيس المذكور في المتن، وقد يقال بأنّ هذا لعلّه حكم خاص في مورد العتق، كما عن صاحب الجواهر حيث حمّله على كفاية ملك أن يملك بالانضاض في العتق ولو على خلاف القاعدة للرواية.

إلا أنّه خلاف الظاهر - كما عن الماتن رحمته - لارتكازية توقف العتق على ملك العامل لشيء من أحد عموديه، وللتعبير بأنّه يستسعى في مال الرجل الظاهر في أنّه لم يكن مالكاً لتنام العبد، وهذا لعلّه أجود أدلّة السيّد الماتن رحمته.

وقد ناقش في ذلك صاحب الجواهر، وعمدة مناقشته: أنّ ارتفاع القيمة أمر وهمي اعتباري، أي معنوي لا حقيقي، وليس صالحاً لتعلق الملكية بها مستقلاً، فإنّها لا بد وأن تتعلّق بالأمر الخارجي أو الذمي، والمالية ليس منهما.

وقد ناقش في ذلك الماتن بمناقشات كلها قابلة للجواب:

منها - منع كون القيمة أمراً وهمياً، أو أنه ليس موجوداً، بل موجود ويصدق عليه الزيادة والربح على رأس المال، خصوصاً في مال التجارة، كما ذكرنا في بحث الزكاة والخمس وتعلقهما بالمال بنحو الشركة في المالية، واختاره الشهيد أيضاً.

ويمكن الجواب: بأن صدق الربح لا يكفي وحده ما لم يكن ما به الربح صالحاً لتعلق ملك العامل به، وإلا كان مجرد حق أن يملك بالانضاض كما هو مرام صاحب الجواهر.

ومنها - أنه يصير شريكاً في العين الموجودة بالنسبة؛ ولذا يصح له مطالبته بالقسمة.

والجواب: أنه لا دليل عليه في المقام، فإنه لو فرض قيام الدليل عليه في الزكاة والخمس فمن جهة أن ظاهر الأدلة تعلقهما بالعين.

إلا أن مثل هذا الدليل غير موجود في المقام كما لا يخفى، ومجرد الحق في المطالبة بالقسمة لا يكون دليلاً على الشركة؛ إذ يناسب مع الحق في أن يملك بالانضاض أيضاً.

ومنها - أن المملوك لا يلزم أن يكون موجوداً خارجياً؛ فإن الدين مملوك مع أنه ليس بخارجي.

والجواب واضح، فإن المملوك لا بد وأن يكون أمراً مستقلاً سواء كان ذاتاً أو منفعة أو عملاً خارجاً أو في الذمة، ولا يعقل أن يكون وصفاً وحيثية في الشيء، ومن هنا لا يعقل أن يملك الخياط صفة مخيطية الثوب، وكذلك يقال في القيمة حتى إذا كان وصفاً حقيقياً فضلاً عما إذا كان اعتبارياً.

والصحيح في الجواب على إشكال صاحب الجواهر: أنّ المالية المتمثلة في رأس المال خصوصاً في مال التجارة وفي الدرهم والدينار أي النقود ملحوظة مستقلاً وبما هي هي، وبلحاظها يصدق الزيادة والربح فيتعلق الملك بها بأن تكون العين الزائدة في المالية مملوكة لهما معاً إما بنحو الاشاعة والشركة في العين بنسبة حصة العامل من الربح أو بنحو الشركة في المالية التي صورناها في بحث الزكاة والخمس، وليس من قبيل تعلق الملك بوصف المخيطية، فلا يقاس على ذلك.

وهذا هو ظاهر كون الربح بينهما الثابت بمقتضى عقد المضاربة والروايات الخاصة، فالعامل بمجرد ظهور الربح يكون مشاركاً مع المالك إما في العين أو في المالية الخارجية المرتفعة لماله بالنسبة المقررة، وتعيّن ذلك يكون بحسب قصد المتعاملين وأثر الشركة في المالية أنّه إذا أراد المالك أن يعطي العامل حصته لا من عين المال، بل قيمته من النقد كان له ذلك وليس للعامل مطالبته بعين المال، فإنّ هذا أثر الشركة في المالية، رغم تعلق ملك العامل بالمالية الخارجية للعين؛ لأنّ مالية العين وإن كانت خارجية إلا أنّها ترى عرفاً كأنّها هي النقد على ما ذكرناه في بحث الزكاة والخمس.

ولا يستفاد من المعتبرة أنّ الشركة بنحو الاشاعة في العين، وإنّما غايته الدلالة على تعلق حق العامل بالعين، سواء كان بنحو الاشاعة أو الشركة في المالية، ومقتضى إطلاق أدلّة الصحة جواز كلا النحويين في المضاربة حسب توافق العامل مع المالك.

.....

ثم إنَّ الماتن بَيِّنُ ذكر في ذيل المسألة أمرين :

أحدهما - إذا حصل خسران بعد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل بقاءً ،
لا أن يكون ذلك كاشفاً عن عدم ملكيته من الأوّل .

وهذا لا دليل يقتضيه بعد أن كان مقتضى المضاربة رجوع تمام رأس المال
وكون الربح وقاية لرأس المال وأنّ ما يحصل بعد ملاحظة مجموع التجارات في
مدّة المضاربة من الزيادة والربح يكون بينهما ، فإنّ هذا يقتضي الكشف المذكور ،
أي الزيادة الثابتة غير المرتفعة بذلك بالخسارة في مدة المضاربة ، والأصل
العملي يقتضيه أيضاً .

ولا يوجد ما يقتضي خلافه إلاّ دعوى إطلاق الصحيحة المتقدمة ، ولكن
لا إطلاق فيها من هذه الناحية ؛ لأنّها تفترض تحقق شرط كون الربح بينهما ؛
ولهذا لا يمكن أن يستفاد منها تحقق الانعقاد ولو كانت خسارة في التجارة قبل
الانضاض ، ولا يظن التزام فقيه به .

نعم ، لو انفسخت المضاربة وتحققت القسمة أو انتهى أمدّها استقرّ الملك ،
ولا يجبر ما وقع بعد ذلك من الخسارة من الربح السابق ، وهذا واضح أيضاً .

الثاني - أنّ ثمرة القول الأوّل ترتب آثار الملكية منذ ارتفاع القيمة من
جواز المطالبة بالقسمة ومن صحة تصرفاته في حصّته بالبيع والصلح ونحوهما ،
ومن الارث وتعلّق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة للحج وتعلّق حق
الغرماء به ووجوب صرفه في الدين مع المطالبة إلى غير ذلك ، إلاّ أنّ جملة من
الآثار المذكورة ، بل أكثرها تترتب على القول الآخر أيضاً ، أي تعلّق حق العامل
بأن يملك بالانضاض أو بالقسمة ؛ لأنّ هذا الحق أيضاً له المالية والقيمة

السوقية ، وهو ربح وفائدة للعامل يمكن أن يطالب بها وتقع موضوعاً لجملة من الآثار المذكورة في المتن .

فما عدا الزكاة الظاهر في تعلّقها بملك الأعيان الزكويّة بحد النصاب - وهو قد لا يصدق إذا كان حق العامل بنحو الشركة في المالية لا العين - سائر الآثار تترتب على القولين ، أمّا تعلّق الخمس فلصدق الربح والفائدة على ملك هذا الحق الذي له مالية ، وكذلك صدق التركة للارث وصدق الاستطاعة على الحج للحج فإنّه صادق من زمان الارتفاع إذا كان ثابتاً واقعاً ، بل يكفي أن يكون قادراً على أخذ المال في قبالة ؛ لأنّه يملك ما يعادل في المالية الزاد والراحلة ، وكذلك تعلّق حق الغرماء به ؛ لأنّه حق له المالية كالسرقفلية ، وهذا يكفي في تعلّق حق الغرماء به ، ولا يشترط فيه تملك عين ، وكذلك وجوب صرفه في الدين مع المطالبة ؛ لصدق كونه ملياً متمكناً من أداء الدين .

وأمّا البيع والصلح ونحوهما من المعاوضات فإن قيل بصحة بيع الحق والمعاوضة عليه - كما هو الصحيح المنقّح في محلّه - فكذاك ، وإلا فلا .

فالحاصل : بناءً على الأقوال الثلاثة الأخرى إذا قلنا بتعلّق حق للعامل بأن يملك حصته من ربح المال بالانضاض بمجرد ارتفاع القيمة وحصول الربح ، فالأحكام المذكورة أكثرها تترتب أيضاً ؛ لأنّ هذا الحق له مالية عرفاً ولو باعتبار انتهائه إلى التملك للعين بعد الانضاض أو القسمة .

كما أنّ ترتب بعض هذه الآثار قد يكون متوقفاً على استقرار الملك حتى على مبنى الماتن رحمته ، فلا يكفي مجرد حصول الملك للعامل بمقدار حصته من الربح ، فراجع وتأمل .

مسألة ٣٥: الربح وقاية لرأس المال فملكية العامل له بالظهور متزلزلة، فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به إلى أن تستقر ملكيته، والاستقرار يحصل بعد الانضاض والفسخ والقسمة فبعدها إذا تلف شيء لا يحسب من الربح، بل تلف كل على صاحبه، ولا يكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ، بل ولا قسمة الكل كذلك، ولا بالفسخ مع عدم القسمة، فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق، فيكون الربح مشتركاً والتلف والخسران عليهما ويتم رأس المال بالربح. نعم، لو حصل الفسخ ولم يحصل الانضاض ولو بالنسبة إلى البعض وحصلت القسمة فهل تستقر الملكية أم لا؟ إن قلنا بوجوب الانضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار، وإن قلنا بعدم وجوبه فيه وجهان: أقواهما الاستقرار.

والحاصل: أن اللازم أولاً دفع مقدار رأس المال للمالك ثم يقسم ما زاد عنه بينهما على حسب حصتهما فكلّ خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح، وتمايمتها بما ذكرنا من الفسخ والقسمة [١].

[١] تعرّض السيّد الماتن رحمته الله في هذه المسألة إلى جهتين:

الأولى - أن ملك العامل لحصته من الربح، سواء كان من حين ظهوره أو بالانضاض أو القسمة ملك غير مستقر، أي متزلزل، بمعنى أنه لو حصل بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به.

وظاهر ذلك ما صرح به في المسألة السابقة من أن الربح من حين ظهوره يدخل في ملك العامل ثم يخرج عنه بالتلف.

وقد تقدّم منّا في المسألة السابقة أنه لا دليل على ذلك، بل مقتضى

الاستصحاب خلافه، وأنه بالتلف ينكشف عدم دخوله في ملك العامل من أوّل الأمر، أي أنه مشروط بعدم التلف والخسران إلى حين انتهاء المضاربة بنحو الشرط المتقدم، بل مقتضى عقد المضاربة ذلك أيضاً؛ لأنّ المالك يملك العامل ما زاد على أصل رأس ماله بالحصّة المقررة، وهذا العنوان يساوق الشرط المتأخر عرفاً، أي يكون المجمعول له في عقد المضاربة الحصّة من ربح مجموع التجارات لكل تجارة تجارة، فما دامت المضاربة مدتها باقية والتجارة مستمرة يكون الخسران بأجمعه وارداً على الربح السابق عليه ومنجبراً بالذي يحصل بعده، وهذا يعني أنّه لا يتحقق ملك العامل من أوّل الأمر إلاّ بمقدار ما يتبقى زائداً على رأس المال بعد مجموع التجارات وما يقع فيها من الوضيعة أو التلف.

وهذا العنوان وإن كان مملوكاً من حين ظهور الربح إلاّ أنّه مقيد بمثل هذا القيد الذي نعبر عنه بالشرط المتأخر ولا ضير فيه، فإنّه عرفي هنا لكونه يرجع إلى العنوان الذي ذكرناه، فالعامل من زمان ظهور الربح يملك ما زاد على ذلك واقعاً لا أنّه يملك شيئاً من الربح الحاصل أوّلاً ثمّ يخرج عن ملكيته بسبب الخسارة اللاحقة كما هو ظاهر المتن.

الثانية - في وقت الاستقرار، بمعنى أن يكون التلف بعده من كيس صاحبه من غير انجبار بالربح.

وقد أفاد بأنّ وقته وقت تمام المضاربة، ولا إشكال في تمامها بالانضاض بالبيع ونحوه، والفسخ - بمعنى الرجوع في المضاربة الإذنية لا فسخ المضاربة العهدية اللازمة، فإنّها توجب رجوع الربح كلّه للمالك واستحقاق العامل أجره مثل عمله - والقسمة، كما لا إشكال عنده في عدم تمامها بالقسمة من دون فسخ

وانتهاء للمضاربة، ولا بالفسخ من دون قسمة، وأمّا لو حصل الفسخ والقسمة دون الانضاض بأن كان بعض المال غير مبيع بعد فإن قيل بوجود الانضاض على العامل فلا استقرار أيضاً؛ لأنّه لو حصل تلف أو خسران بيّعه أيضاً انجبر من الربح فلا استقرار، وإلاّ بأن لم يكن يجب عليه الانضاض ففيه وجهان أقوامهما حصول الاستقرار.

والتحقيق: أنّ مسألة جبران خسران رأس المال من الربح ليست ثابتة بدليل تعدي خاص، بل هو مقتضى عقد المضاربة وغرض المتعاملين فيها، حيث إنّهما يتفقان على استثمار المال في التجارة بنحو بحيث لو بقي ربح وزيادة بعد كسر النفقات والخسارات والجبر والانجبار كان بينهما، فإنّ هذا هو الغرض النوعي من المضاربة بحيث لو لم يكن مؤداها أو من لوازمها العرفية فلا أقل من أنّه مشروط ضمناً لا بمعنى الاشتراط بل بمعنى أنّ المالك لا يلتزم إلاّ بتملك ما يزيد على ذلك بعد تمام هذه الأمور، وعندئذٍ لا بد من ملاحظة هذا الغرض النوعي وتحديد حدوده وما يقتضيه.

وقد جعله الماتن تمام المضاربة وانتهائها، وجعل ذلك بحصول الفسخ والقسمة والانضاض إذا كان واجباً على العامل.

إلاّ أنّ هذا على إطلاقه لا يمكن المساعدة عليه، بل مقتضى التحقيق أن يقال بأنّ كلّ خسارة أو تلف كان نتيجة التجارة ودفع المال إلى العامل المضارب ومن شؤون وتوابع ذلك الدفع والتخصيص لرأس المال للتجارة عرفاً وارتكازاً منجبر بالربح وكلّ تلف أو وضعية لا ربط لها بذلك وليس الربح ملحوظاً بعدها فليس منجبراً به، فإنّ هذا هو مقتضى المضاربة لا أكثر.

وبين هذا المعنى وعنوان تمام المضاربة وانتهائها بالفسخ والقسمة والانضاض عموم من وجه، فإنه قد يفرض انتهاء المضاربة بذلك ولكن بعد لم يستلم المالك رأس المال من يد العامل رغم تحقق القسمة فتلف، فإنه أيضاً يكون منجبراً؛ لأنه من شؤون الدفع إلى العامل للتجارة أيضاً. اللهم إلا أن يراد بالقسمة وصول المال إلى يد المالك. إلا أنه حينئذ يكون فرض قسمة الكل هو فرض انتهاء المضاربة وتحقق الفسخ العملي، فإن الفسخ والرجوع لا يحتاج إلى اللفظ.

نعم، لو كان المالك قد شرط أن يرجع العامل رأس المال بشكل نقود لا عروض أو أن ما سيخسره المالك في تبديل العروض إلى النقد من الوضيعة أيضاً يكون منجبراً من الربح ثبت الانجبار أيضاً. وسيأتي تصريح الماتن بذلك في المسألة (الخامسة) القادمة.

كما أنه قد يفرض وصول قسم من المال أو تمامه إلى المالك قبل انتهاء المضاربة، كما إذا أرجعه إليه العامل ليأخذه في وقت لاحق من جديد، أو قبل القسمة كما إذا أرجعه إليه مع تمام الربح ثم تلف جزء منه تحت يد المالك، فإنه لا وجه للجبران في مثل ذلك، خصوصاً إذا كان قد استعمله المالك في عمل آخر فخسر أو تلف فإنه لا يجبر.

نعم، لو حفظه لتلك التجارة حينما يطلبه العامل كان هذا أيضاً من شؤون تلك التجارة، فلو تلف كان منجبراً من ربح التجارة لا محالة.

إلا أن يستخدمه في عمل آخر فيكون بحكم انتهاء المضاربة في هذا الجزء من رأس المال.

فالأولى أن يجعل الميزان الانتهاء العملي للمضاربة المساوق مع الفسخ العملي ودفح رأس المال إليه بعنوان الانتهاء منه .

ولعلّه مقصود الماتن تذكرة خصوصاً مع عبارته في الذيل (أنّ اللازم أولاً دفع مقدار رأس المال للمالك) فكلما لم يتم الدفع والايصال إليه بعد ولو كانت المضاربة منتهية بحلول أجلها أو بالفسخ والقسمة والانضاض كان منجبراً بالربح ، وكلما كان المال واصلاً إلى المالك ولو لم يقسم بعد بأن جعله عنده أمانة بنحو الشركة لم يكن منجبراً .

ودعوى : أنه لو حصل ربح بارتفاع القيمة في هذا الحال كان للعامل أيضاً حصته فكذلك الخسران .

مدفوعة : بمنع كون الربح الحاصل بعد الانتهاء العملي له بل ليس للعامل إلا حصته ، وما ارتفعت من قيمتها لا أكثر ، كما أنّ القسمة لكل قد يساوق الفسخ العملي ، فلا معنى لاشتراطه أيضاً زائداً عليها كما في المتن . وأيضاً وجوب الانضاض على العامل بعد التراضي والقسمة غير محتمل ؛ لأنه لم يكن وجوباً تعدياً عليه ، بل من أجل ايصال مقدار رأس المال إلى المالك ، فإذا رضي به فلا معنى لوجوبه على العامل ، ولو فرض وجوبه عليه تعدياً لم يكن مربوطاً بالتجارة بعد انتهائها بالقسمة والايصال إلى المالك ، فلا معنى للانجبار فيه من الربح .

نعم ، قد يحتمل وجوب الانضاض على العامل إذا كان شرطاً أو قيداً في إذن المالك في المضاربة ، فيلزم على العامل ارجاع رأس المال ناضجاً كما أخذه أولاً .

مسألة ٣٦: إذا ظهر الربح ونصّ تماماً أو بعض منه فطلب أحدهما قسمته، فإن رضي الآخر فلا مانع منها، وإن لم يرض المالك لم يجبر عليها لاحتمال الخسران بعد ذلك، والحاجة إلى جبره به. قيل: وإن لم يرض العامل فكذلك أيضاً؛ لأنّه لو حصل الخسران وجب عليه ردّ ما أخذه، ولعلّه لا يقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده وهو ضرر عليه، وفيه أنّ هذا لا يعدّ ضرراً، فالأقوى أنّه يجبر إذا طلب المالك [١].

[١] تعرّض في هذه المسألة إلى جهتين :

الأولى - أنّ العامل لا يحق له إجبار المالك على قسمة الربح إذا ظهر ونصّ، بخلاف المالك فإنّه يمكنه ذلك.

الثانية - فيما يرجعه العامل إذا اقتسما الربح ثمّ حصلت خسارة في رأس المال.

أمّا الجهة الأولى - فالمشهور ما ذكره الماتن من عدم إمكان إجبار المالك دون العامل.

وهناك قول بعدم إمكان إجبار أي منهما، فإذا ضمّ إلى ذلك أنّ مقتضى الأصل الأولي في الشركة إمكان إجبار كل منهما على القسمة إذا أراد شريكه ذلك كانت الاحتمالات ثلاثة لا محالة.

ومدرك الثالث قاعدة السلطنة للمالك على ماله وحصته من المال المشترك.

وأمّا مدرك ما ذكره الماتن أولاً من عدم إمكان إجبار أي منهما للآخر - كما عن المحقق في جامع المقاصد - فالتمسك بقاعدة (لا ضرر) حيث

يقال بأن إجبار المالك على القسمة ضرر عليه باعتبار أن له حق جبر ما يحصل بعده من الخسران إلى زمان انتهاء المضاربة من الربح واجبار العامل ضرر عليه أيضاً بلحاظ ما قد يؤدي أخذه لماله بالقسمة إلى فواته من يده، وحيث إنه لا بد من ضمان مقداره لجبران خسارة رأس المال لو تحققت بعد ذلك فقد لا يتمكن العامل من دفع تلك الخسارة من مال آخر وهذا ضرر عليه، وعليه فلا يمكن إجباره على القسمة أيضاً.

وفيه: ما أجاب عليه الماتن رحمته من أن هذا لا يعدّ ضرراً عرفياً؛ إذ لو كان من جهة لزوم الجبر من الربح فهذا ثابت من أول الأمر، سواء أخذ العامل حصته أم لا، فهو لا يستحقه إلاّ متزلزلاً بل على الصحيح لم يدخل في ملكه مع فرض الخسارة من أول الأمر.

وإن كان من جهة لزوم التدارك وضمن ذلك من مال آخر إذا كان قد تصرف في حصته من الربح فهذا أيضاً ليس ضرراً؛ لأنه قد أخذ بدله وتصرف فيه، بل كيف يكون دفع المال إلى شخص ضرراً عليه، وهذا واضح.

بل الصحيح أن سلب حق كل مالك عن المطالبة بماله ضرر حقي عليه؛ لأن من حق كل مالك أن يطالب بماله، وهذا في موارد الشركة يقتضي إمكان اجبار كل من الشريكين للآخر على القسمة. فالعامل أيضاً مقتضى القاعدة أنه مالك لحصته من الربح في مجموع المال، فله حق المطالبة به وإجبار الشريك على القسمة على القاعدة وبقاعدة (لا ضرر)؛ لأنه ضرر حقي عليه.

إلا أن الصحيح عدم إمكان الإجبار للمالك من قبل العامل في المقام

.....

بالخصوص بعد أن كانت المضاربة مقتضية لكون الربح وقاية لرأس المال، فإنّ هذا معناه أنّ من حق المالك أن يطمئن على تمام رأس ماله ثمّ يعطي حصة العامل من الربح إليه، فكانّ هذا شرطاً ضمنياً في المضاربة، فهناك قصور في حق العامل في حصته من الربح من أوّل الأمر، فلا يقاس بالمال المشترك في سائر الموارد.

وأما الجهة الثانية - فالصحيح فيه أنّه يرجع العامل إذا حصل خسارة بعد القسمة وبقاء المضاربة أقلّ الأمرين من مقدار ما يصيبه من الخسارة، أي سهمه منها وحصّته من الربح، فإذا كانت الخسارة أكثر من الربح لم يضمن العامل شيئاً زائداً على ما أخذه من الربح كما ذكره السيد الماتن، وما نقل عن الشهيد ممّا لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه يرد عليه ما أفاده في المتن.

وكيف كان إذا اقتسماه ثم حصل الخسران فإن حصل بعده ربح يجبره فهو وإلا ردّ العامل أقلّ الأمرين من مقدار الخسران [١] وما أخذ من الربح ؛ لأنّ الأقلّ إن كان هو الخسران فليس عليه إلا جبره والزائد له ، وإن كان هو الربح فليس عليه إلا مقدار ما أخذ .

ويظهر من الشهيد أنّ قسمة الربح موجبة لاستقراره ، وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها ، لكن قسمة مقداره ليست قسمة له من حيث إنه مشاع في جميع المال ، فأخذ مقدار منه ليس أخذاً له فقط ، حيث قال على ما نقل عنه : إنّ المردود أقلّ الأمرين ممّا أخذه العامل من رأس المال لا من الربح ، فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين فاقتهما العشرين فالعشرون التي هي الربح مشاعة في الجميع نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس ، فالمأخوذ سدس الجميع ، فيكون خمسة أسداسها من رأس المال وسدسها من الربح ، فإذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح وهو نصف سدس العشرين ؛ وذلك درهم وثلثان يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال ، فإذا خسر المال الباقي ردّ أقلّ الأمرين ممّا خسر ومن ثمانية وثلث . وفيه مضافاً إلى أنّه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق إن لم يلحقه ربح وأنّ عليه غرامة ما أخذه منه أنظار آخر :

منها - أنّ المأخوذ إذا كان من رأس المال فوجوب ردّه لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك .

[١] أي ما يصيبه من الخسران لا تمام الخسران ؛ لأنّ مجموع ما أخذه

هو والمالك من الربح يكون وقاية لا خصوص سهمه كما هو واضح .

ومنها - أنه ليس مأذوناً في أخذ رأس المال، فلا وجه للقسمة المفروضة.

ومنها - أن المفروض أنهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان أنه ربح لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال.

ودعوى: أنه لا يتعيّن لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض اشاعته في تمام المال. مدفوعة: بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك والعامل فمقدار رأس المال مع حصته من الربح للمالك، ومقدار حصة الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعيّن بعد تعيينهما مقدار ما لهما في هذا المال، فقسمة الربح في الحقيقة قسمة لجميع المال ولا مانع منهما [١].

[١] لا يخطر على البال وجه معقول لكلام الشهيد رحمته الله إلا إذا فرضنا أن القسمة للربح من المال فقط يوجب بقاء الاشاعة فيما قبضه العامل حتى تتمّ القسمة ويصل رأس المال إلى مالكة، فإذا حصلت خسارة بعد ذلك جبر من الربح الباقي، غير مقسوم أي مما لم يقبض من قبل العامل من حصته في الربح، وأمّا المقدار المقبوض منه - ولو ضمن قبض المشاع - فقد استقرّ فيه ملك العامل. إلا أن هذا لا وجه له أيضاً، فإن قبض العامل لسهمه من الربح لو كان موجباً لاستقرار الملك فأبي مقدار يأخذه بعنوان سهمه أو حصّة من سهمه يتعيّن في ذلك، فلا بد وأن يقال باستقرار ملكه في تمامه، ولا وجه للقول بانكشاف بطلان القسمة وبقاء ما قبضه العامل على الاشاعة، كما أن مجرد قبض العامل لسهمه من الربح قبل انتهاء المضاربة لا يوجب عدم جبر الخسارة الواقعة قبل انتهاء المضاربة.

مسألة ٣٧: إذا باع العامل حصّته من الربح بعد ظهوره صحّ مع تحقّق الشرائط من معلومية المقدار وغيره، وإذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع بل يكون بمنزلة التلف فيجب عليه جبره بدفع أقلّ الأمرين من مقدار قيمة ما باعه ومقدار الخسران [١].

[١] هذه المسألة تتفرع على تحقيق كيفية تعلق حق العامل بحصته من الربح، وأنّ الخسران الحاصل بعده هل يكون كاشفاً عن عدم ملكه من أوّل الأمر بنحو الشرط المتأخر أم لا؟ فنقول:

إنّ هنا احتمالات عديدة:

الأوّل: أن يكون الخسران كاشفاً عن عدم الملك من أوّل الأمر بنحو الشرط المتأخر - كما قويناه فيما سبق بدعوى أنّه المستظهر من عقد المضاربة - وبناءً عليه من الواضح بطلان البيع من أوّل الأمر إذا حصل خسران؛ لانكشاف عدم الملك وكون البيع من مال الغير إلا إذا كان مأذوناً من قبله في البيع على وجه الضمان للمالك على تقدير الخسران.

الثاني: أن يكون الملك حاصلاً بمجرد ظهور الربح ولكنه متعلق لحق المالك أن يجبر به الخسران أو ينجبر به من نفسه على تقدير حصوله إمّا مطلقاً أو على تقدير حصول الخسران بنحو الشرط المتأخر.

والحكم هنا أيضاً البطلان من أوّل الأمر؛ لانكشاف كون المبيع متعلق حق الغير المانع عن صحة البيع لكونه ليس طلقاً إلا باذن المالك.

الثالث: أن يكون الملك حاصلاً بمجرد ظهور الربح، وليس للمالك حقّ فيه، وبحصول الخسران يحصل له الحق فيه إن كان موجوداً ولم يتلفه العامل المالك له ولو يبيعه، وإلا ففي ذمته.

وإن شئت قلت: يحصل حق تملكه على العامل من حين حصول الخسران كما في خيار الفسخ، وهذا هو المبنى المناسب مع فتوى الماتن في المقام، حيث يقاس التزلزل في ملك العامل كالتزلزل في باب الخيار غير المانع عن صحة بيع المشتري، وإذا فسخ البائع الأوّل بعد بيع المشتري اعتبر تالفاً فيرجع بقيمته، فكذلك في المقام. وتمام النكتة في الفرق بين هذا الاحتمال وسابقه أنّ العين كانت هي متعلّق حق المالك بناء على السابق فلم يكن يصح بيعها، بخلافه هنا حيث يكون حق المالك في الجامع بين عين حصة العامل من الربح أو مال آخر فيصح بيعها، كما في الخيار الذي هو حق في فسخ العقد لا المبيع إلا في خيار المشروط برد الثمن. إلا أنّ هذا المبنى خلاف ما تقدم منه في مسألة عدم صحة اجبار المالك على القسمة، فإنّ لازمه أن يكون للعامل حق الاجبار؛ لأنّ حصته من الربح ملك طلق له بحسب الفرض، وهو أيضاً خلاف المرتكز في باب المضاربة، حيث لا إشكال في تعلّق حق المالك في جبر خسارة رأس ماله من عين الربح، بل يكون هناك انجبار قهري بلا حاجة إلى أخذ ودفع، وهذا لا يناسب إلا مع الاحتمال الأوّل ولو تنزلنا فالثاني.

الرابع: نفس الاحتمال على افتراض شرط ضمني على العامل بعدم التصرف المتلف في الربح قبل الخسران، ويكون هذا الشرط مثلاً هو الموجب لعدم إمكان اجبار العامل للمالك على القسمة قبل انتهاء المضاربة، وبناءً عليه يكون البيع صحيحاً والخسران على تقديره يرجع فيه المالك على العامل؛ لأنّ بيع حصته بحكم التلف، غاية الأمر يكون للمالك حق الفسخ لتخلف العامل عن العمل بشرطه، وقد اختار هذا الاحتمال بعض الأعلام من أساتذتنا رحمهم الله.

وهذا الاحتمال كسابقه أيضاً من حيث عدم مطابقته مع المرتكز العرفي والشرعي في المضاربة؛ لأنّ المرتكز العرفي تعلق حق المالك بنفس الربح في مقام جبر رأس المال كما في حق الرهانة والخيار المشروط بردّ الثمن.

الخامس: أن يقال بتعلّق حق المالك بالعين، ومع ذلك يصح بيعها من قبل العامل، غاية الأمر ينقل البيع إلى المشتري بما هو مترزّل ومتعلق لحق المالك، فإذا حصل الخسران رجع إلى المالك وانفسخ البيع.

إلا أنّ هذا خلاف القاعدة؛ إذ لو كان حق المالك في عين الربح لا بما هو ملك للعامل بل بما هو مال كما في حق الجناية لم يكن وجه لانفساخ المعاملة. نعم، للمشتري حق الفسخ إذا كان جاهلاً بذلك، وهذا وإن كان معقولاً في المقام أيضاً وقد يطابق المرتكز العرفي، حيث يحفظ للمالك حق جبر خسران رأس المال من نفس الربح إذا شاء ذلك، إلا أنّ المرتكز أنّه يجبره من العامل لا من ملك شخص آخر، وإن كان حق المالك في العين بما هي ملك للعامل كما هو كذلك فلا محالة يمنع عن صحّة بيعها؛ لأنّ بيعها تفويت لهذا الحق على ماله.

السادس: أن يقال بأنّ الخسارة تجبر بالربح بنحو الشرط المتأخر - الاحتمال الأوّل - إلا إذا رضي المالك بأن يكون الانجبار بغيره من أموال العامل. وهذا معناه أنّ تملك العامل لحصته من الربح مشروط ولو بنحو الشرط المتأخر بالجامع بين عدم الخسارة أو رضا المالك بانجبار الخسارة من مال آخر من أموال العامل. ولازمه أنّه إذا رضي المالك بذلك صحّ بيع العامل، وإلا كان البيع باطلاً من أوّل الأمر. ولا يبعد أنّ الأقرب للمرتكز العرفي من هذه المحتملات هو الأخير أو سابقه، فتدبر جيداً.

مسألة ٣٨: لا إشكال في أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح [١]، سواء كان سابقاً عليها أو لاحقاً ما دامت المضاربة باقية ولم يتم عملها.

نعم، قد عرفت ما عن الشهيد من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق إذا اقتسماه، وأن مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته، وأما التلف فإما أن يكون بعد الدوران في التجارة، أو بعد الشروع فيها أو قبله، ثم إما أن يكون التلف البعض أو الكل، وأيضاً إما أن يكون بأفة من الله سماوية أو أرضية، أو بإتلاف المالك أو العامل أو الأجنبي على وجه الضمان، فإن كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر جبره بالربح، ولو كان لاحقاً [٢] مطلقاً سواء كان التلف البعض أو الكل كان التلف بأفة أو بإتلاف ضامن من العامل أو الأجنبي.

ودعوى: أن مع الضمان كأنه لم يتلف لأنه في ذمة الضامن، كما ترى [٣].

نعم، لو أخذ العوض يكون من جملة المال، بل الأقوى ذلك إذا كان بعد الشروع في التجارة.

[١] لأنه مقتضى عقد المضاربة من كون الشركة بين المالك والعامل في الربح فقط، أي فيما يحصل من التجارة زائداً على رأس المال.

[٢] أي كان التلف قبل الربح؛ لأن التلف الواقع حين الدوران بالتجارة يعتبر كالوضيعة من شؤون تخصيص ذلك المال للتجارة فيجبر من الربح أيضاً.

[٣] من صدق التلف بلحاظ العين أو من جهة أن مقتضى شرط المالك وغرضه ارجاع رأس ماله عيناً لا ضمن مال ذمي.

وإن كان التالف الكل كما إذا اشترى في الذمة وتلف المال قبل دفعه إلى البائع فأذاه المالك أو باع العامل المبيع وربح فأدى [١] كما أن الأقوى في تلف البعض الجبر، وإن كان قبل الشروع أيضاً، كما إذا سرق في أثناء السفر قبل أن يشرع في التجارة، أو في البلد أيضاً قبل أن يسافر.

وأما تلف الكل قبل الشروع في التجارة فالظاهر أنه موجب لانفساخ العقد؛ إذ لا يبقى معه مال التجارة حتى يجبر، أو لا يجبر. نعم، إذا أتلفه أجنبي وأدى عوضه تكون المضاربة باقية، وكذا إذا أتلفه العامل.

[١] اعترض عليه في المستمسك بأن إذن المالك في الشراء على ذمته مشروط بأن يؤديه من رأس المال، فمع تلفه يكون البيع فضولياً بحاجة إلى إذن جديد، ومعه يكون كله للمالك وخارجاً عن المضاربة، فالتلف هنا موجب لانفساخ المضاربة، سواء أذاه المالك أو العامل من الربح أم لا فلا جبر.

وفيه: ما تقدم في محله من كفاية الإذن حدوثاً في الشراء على ذمته ولو كان مع شرط أن يؤديه من رأس المال في كون الشراء من المضاربة وكون المشتري مال المضاربة فتجبر الخسارة منه، وهذا بخلاف فرض تلف الكل قبل الشروع.

نعم، من ذهب في تلك المسألة إلى بطلان المضاربة كان عليه أن يلتزم بذلك في المقام؛ لأنه مصداقه.

كما أن المضاربة سواء كانت إذنيّة أو عهديّة إذا كانت على المال الكلّي

في ذمة المالك - بناءً على ما تقدّم من صحّتها - لم تنسخ المضاربة بتلف الكل المدفوع خارجاً كمصداق للمال الذمي الكلّي حتى إذا كان قبل الشروع في التجارة كما لا يخفى وجهه .

ثم إنّ ما ذكره الماتن رحمته أخيراً من أنّه إذا أتلّفه أجنبي أو العامل قبل الشروع ثمّ أدّى عوضه فالمضاربة باقية فرع استظهار ذلك من مقتضى المضاربة من حيث أنّ نظر المالك إلى مالية رأس ماله لا عينيته ، كيف وهو يتبدل بالتجارة والبيع والشراء ، فيكون راضياً بجعل بدلّه العيني مال المضاربة أيضاً ، وإلا فالإذن في المضاربة بالأصل لا يقضي فعلاً الإذن بالمضاربة بعوضه كما لا يخفى .

ومن هنا قد يفترض استظهار الإذن بالمضاربة بالبدل الذمي أيضاً ، فإنّه لا مانع منه على ما تقدم فيما سبق من أنّه لا تتوقف صحة المضاربة على أن يكون المال خارجياً ، بل يعقل المضاربة بالمال الذمي ولو فرض دليل على عدم الجواز فإنّما هو في الحدوث لا البقاء ؛ ولهذا يصح التجارة بالبيع والشراء بعد ذلك بالذمة إذا كان يستوفيه فيما بعد أو يرضى المالك ببقائه كذلك ، كما هو في ايداع المال في البنوك اليوم والذي هو اقراض وتحويل للمال الخارجي إلى المال الذمي بحسب الحقيقة فتدبر جيداً .

مسألة ٣٩: العامل أمين فلا يضمن إلا بالخيانة [١]، كما لو أكل بعض مال المضاربة أو اشترى شيئاً لنفسه فأدّى الثمن من ذلك أو وطئ الجارية المشتراة أو نحو ذلك، أو التفريط بترك الحفظ، أو التعدي بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه، كما لو سافر مع نهييه عنه أو عدم إذنه في السفر، أو اشترى ما نهى عن شرائه، أو ترك شراء ما أمره به فإنه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف ولو بأفة سماوية وإن بقيت المضاربة كما مرّ.

والظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضاً [٢]، وإذا رجع عن تعديّه أو خيانتته فهل يبقى الضمان أو لا؟ وجهان، مقتضى الاستصحاب بقاؤه كما ذكروا في باب الوديعة أنه لو أخرجها الودعي عن الحرز بقي الضمان وإن ردّها بعد ذلك إليه.

[١] لقاعدة اليد مع عدم إذن المالك، وللروايات الخاصة في باب المضاربة وفي باب الاستيمان على ما تقدّم كل في محلّه. وتلك الروايات كما تثبت عدم الضمان في فرض عدم الخيانة والتعدي تثبت الضمان في فرض التعدي والخيانة أيضاً كما هو واضح. ثم إنّ ظاهر المتن ارادة السرقة والاتلاف ونحوهما من الخيانة، واردة ترك الحفظ والاهمال من التفريط واردة المخالفة لأمر المالك أو نهييه من التعدي؛ ولعلّ هذا السياق لبيان مداليل هذه العناوين لغة، وإلا فالملاك للضمان فيها جميعاً شيء واحد وهو عدم رضا المالك واذنه.

[٢] لأنّه مسبب عن فعله فهو خارج عن إذن المالك بمقتضى

المضاربة.

ولكن لا يخلو عن إشكال؛ لأنّ المفروض بقاء الإذن وارتفاع سبب الضمان [١].

ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان ولم يبع ضمن الوضعية إن حصلت بعد ذلك [٢].

[١] وجه الإشكال من ناحيتين :

إحدهما - ما ذكره من بقاء الإذن السابق في فرض عدم الخيانة وشمول دليل لا ضمان على الأمين وروايات المضاربة الدالة على عدم الضمان على العامل مع عدم المخالفة لأمر المالك، وهذا الإطلاق حاكم على استصحاب بقاء الضمان.

الثانية - عدم جريان الاستصحاب المذكور في نفسه، لا لعدم جريانه في الشبهة الحكمية كما قيل؛ لأنّ الصحيح جريانه فيها على ما حققناه في محلّه، بل لكونه من تبدل الموضوع؛ لأنّ حيثية عدم الإذن وكون اليد غير أمينة حيثية تقييدية في الحكم بالضمان.

وكلا هذين الوجهين مخصوصان بفرض عدم ظهور المضاربة في عدم صدور الخيانة من العامل أصلاً، وأمّا إذا كان ظاهرها أنّ صرف وجود الخيانة من العامل رافع لإذن المالك في المضاربة الإذنية فلا يتمّ شيء من الوجهين كما لا يخفى وجهه.

[٢] كما إذا نزلت قيمتها عن رأس المال؛ لأنّه خلاف ما هو شرط المالك ولو ضمناً وارتكازاً في باب المضاربة، فيشملة دليل الضمان من قاعدة اليد وإطلاق الروايات الخاصة في المضاربة كما هو واضح.

وهل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها؟ وجهان، من عدم كون مجرد النية خيانة، ومن صيرورة يده حال النية بمنزلة يد الغاصب [١]، ويمكن الفرق بين العزم عليها فعلاً [٢] وبين العزم على أن يخون بعد ذلك.

- [١] لا وجه لكونها كذلك بمجرد النية بعد أن كانت يد أمانة حدوثاً.
- [٢] بأن عزم وتحرك نحو الخيانة بالاتلاف ونحوه، ولكنه قبل أن يفعل تلف من نفسه، وبين العزم على أن يخون فيما بعد من دون تحرك ولا عزم فعلي نحوه، وهو أيضاً غير تام؛ إذ لو أريد اثبات الضمان من باب صدق الاتلاف والخيانة فهو واضح البطلان مع عدم تحقق فعله خارجاً.
- وإن أريد اثباته بملاك قاعدة اليد المقتضية للضمان إلا مع فرض إذن المالك ورضاه. ويدعى أنه لا إذن ولا رضا للمالك في فرض نية الخيانة الفعلية والشروع في التحرك نحوها.
- فالجواب: أن المفروض تحقق الإذن والاستيمان حدوثاً خارجاً ما لم تصدر منه مخالفة، ومجرد النية أو الشروع في المخالفة من دون تحققها لا يكون رافعاً للإذن ما لم تتحقق المخالفة أو الخيانة.
- وإن شئت قلت: هناك فرق بين المضاربة والوديعة، فإن المطلوب في المضاربة هو التصرف والعمل في رأس المال بما لا يخالف أمر المالك وما تقتضيه التجارة، فما لم تتحقق مخالفة خارجاً لا وجه للضمان، وأمّا الوديعة فالمقصود منها حفظ المال وبقائه تحت يد الأمين، فإذا خرج عن الأمانة ولو بحركة على خلافها بقاءً ارتفع الإذن.

مسألة ٤٠: لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة؛ لأنه ماله. نعم، إذا ظهر الربح يجوز له أن يشتري حصّة العامل منه مع معلومية قدرها، ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك، فإنّه بمنزلة التلف، ويجب على العامل ردّ قيمتها لجبر الخسارة، كما لو باعها من غير المالك، وأمّا العامل فيجوز أن يشتري من المالك قبل ظهور الربح بل وبعده، لكن يبطل الشراء بمقدار حصّته من المبيع لأنّه ماله.

نعم، لو اشترى منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلًا بهذا الشراء يمكن الإشكال فيه، حيث إنّ بعض الثمن حينئذٍ يرجع إليه من جهة كونه ربحاً فيلزم من نقله إلى البائع عدم نقله من حيث عوده إلى نفسه.

ويمكن دفعه بأن كونه ربحاً متأخراً عن صيرورته للبائع فيصير أولاً للبائع الذي هو المالك من جهة كونه ثمنًا، وبعد أن تمّت المعاملة وصار ملكاً للبائع وصدق كونه ربحاً يرجع إلى المشتري الذي هو العامل، على حسب قرار المضاربة، فملكية البائع متقدّمة طبعاً، وهذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من أجنبي بأزيد من قيمته، فإنّ المبيع ينتقل من المالك والثمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل، ولا بأس به فإنّه من الأوّل يصير ملكاً للمالك، ثمّ يصير بمقدار حصّة العامل منه له بمقتضى قرار المضاربة.

لكن هذا على ما هو المشهور من أنّ مقتضى المعاوضة دخول المعوّض في ملك من خرج عنه العوض، وأنّه لا يعقل غيره.

وأما على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص
والعوض داخل في ملك غيره، وأنه لا ينافي حقيقة المعاوضة فيمكن أن
يقال: من الأول يدخل الربح في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة،
فلا تكون هذه الصورة مثلاً للمقام ونظيراً له [١].

[١] يتعرّض في هذه المسألة إلى وقوع البيع بين العامل والمالك بمقدار
من مال المضاربة أو تمامه، وحيث أنّ رأس المال ملك للمالك فلا معنى لشراء
المالك لمال المضاربة من العامل إلا إذا كان هناك ربح يشترك فيه العامل مع
المالك، وهذا بخلاف شراء العامل من المالك .
وفيما يلي نتعرّض لذلك ضمن نقاط :

الأولى - أن يشتري المالك من العامل، وهذا لا يجوز، إلا إذا ظهر الربح
فيجوز له أن يشتري حصة العامل منه مع معلومية مقداره لكي لا يلزم الغرر،
ولو حصل بعد ذلك خسارة فعلى مبنى السيد الماتن يعد بمنزلة التلف، كما إذا
باعه العامل لثالث فيرجع عليه المالك بقيمته، وعلى المبنى الآخر ينكشف
بطلان البيع ويرجع المسمى للمالك، وعلى مبنى ثالث تقدّم يكون منوطاً برضا
المالك .

وقد يقال: على مبنى الماتن أيضاً لا يحقّ للمالك أن يرجع على العامل
بأكثر من المسمى؛ لأنّه أقدم بشرائه على عدم جبر الزيادة إن كانت القيمة
أكثر .

إلا أنّ هذا لا وجه له؛ إذ شراء المالك لحصّة العامل بأقل من القيمة ليس
اتلافاً للمال والربح، بل رفع لملكية العامل بشراء حصته، وهو لا يقتضي اقدامه

على عدم الجبر، وإثماً اقدم من قبل العامل على اتلافه، فيكون منجبراً لا محالة.

نعم، هذا قد يصح على المبنى الثالث وهو أن يكون تصحيح البيع موقوفاً على رضا المالك بنحو الشرط المتأخر، حيث يقال بأنّ رضاه مستلزم لاقدامه على تلف المالية الزائدة عن كيس العامل، فلا يستحق إلاّ استرجاع المسمّى كما هو على المبنى الثاني.

الثانية - أن يشتري العامل من مال المضاربة قبل الربح، ولا إشكال في صحته؛ لأنه يبيع لمال المالك.

الثالثة - أن يشتري العامل من مال المضاربة بعد ظهور الربح مقداراً مشاعاً مملوكاً للمالك فيصبح شريكاً معه في رأس المال ولو بالنسبة للارباح القادمة، ولا إشكال في صحته أيضاً.

الرابعة - أن يشتري العامل منه مبيعاً معيناً خارجاً بعد ظهور الربح، وهنا أيضاً يصح البيع في غير مقدار حصته من الربح المشاع بحسب الفرض قبل القسمة، ويبطل في مقدار حصته، إلاّ إذا خسر بعد ذلك، فإنه يصح من أوّل الأمر بناءً على المبنى القائل بكشف عدم الانتقال إلى العامل من أوّل الأمر، ويكون من باب من باع ثمّ ملك بناءً على مبنى الماتن والمبنى الثالث، ويمكن أن يكون نفس بيعه دالاً على التوافق بينهما على تعيين حصة العامل من ربح تلك العين في سائر الأعيان فيكون المبيع كلّ من سهم المالك حين البيع فيصح البيع من أوّل الأمر على جميع المباني.

الخامسة - أن يشتري العامل منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته ، بحيث يكون الربح حاصلاً بهذا الشراء .

وقد استشكل فيه من ناحية أن بعض الثمن حينئذٍ يرجع إليه فيلزم من نقله إلى البائع عدم نقله إليه .

وأجاب عليه : بأنه يملك البائع أولاً ثم ينتقل منه إلى العامل بناءً على طولية ملكه عن ربح المالك فيكون نظير بيع مال المالك للأجنبي بثمن فيه ربح ، فإن المالك يملك الثمن أولاً ثم ينتقل منه إلى العامل بمقدار حصته من الربح .

هذا بناءً على المشهور من لزوم دخول العوض في محل المعوض ، وكذا العكس في صدق البيع والمعاوضة ، وأما على القول بعدم اشتراط ذلك فيمكن أن يدخل الثمن ابتداءً في كيس المالك والعامل معاً ، وقد ذكرنا في بحث حقيقة المضاربة أنه يمكن أن يأذن المالك أن يشتري العامل المبيع الذي فيه ربح للمالك ولنفسه بالنسبة لسهمه من الربح فيقع الربح في ملكه ابتداءً ، فلا طولية في الانتقال ، بخلاف المقام فإنه لا بد فيه من فرض الطولية ليتعقل الشراء من قبل العامل .

ونلاحظ هنا : بأنه لو قلنا بظهور المضاربة في أن ملك العامل إنما يكون في طول ربح المالك وتملكه فلا محالة يكون الأمر كذلك حتى لو قيل بعدم اشتراط دخول العوضين كل منهما محل الآخر في جهة الاضافة والملكية ، فصحة ذلك المبني لا يكفي وحده لخروج المثال عن كونه نظيراً للمقام .

.....

كما أنه لو أنكرنا ذلك وقلنا بأن العامل يملك ابتداءً من الربح لا في طول ملك المالك أمكن الصحة في المقام بلا حاجة إلى الطولية المذكورة، وذلك بأن نقول: إن صحة البيع أو العقد كما لا تتوقف على دخول كل من العوضين محل الآخر، كذلك لا يشترط فيها انتقال الثمن إلى كيس شخص آخر غير المشتري، كما إذا قال المالك لشخص: بع هذا المال ويكون الثمن لك، أي بعه لنفسك، فباعه من نفسه فإنه يبقى ثمنه في كيسه بأمر مالك المبيع وإذنه، فتكون ملكيته له بقاءً من ناحية مالك المبيع لا نفس الملكية الأولى الثابتة قبل البيع.

ولا يشترط في مفهوم البيع أكثر من أن يكون المبيع باختيار المشتري في قبال أن يكون الثمن باختيار البائع، سواء دخلا في ملكيهما أو في ملك من قصده وإن كان هو الآخر فإنه ملكية جديدة بقاءً، وهذه هي نكتة ذاك المبني.

فكذلك هنا بالنسبة إلى مقدار حصته من الربح الموجود في الثمن يبقى على ملكه باذن المالك.

وأما البحث عن كون البيع متقوماً بذلك أم لا، وعلى تقدير تقومه فهل يصح ذلك بعنوان أنه عقد آخر كالمقايضة مشمول لـ ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) أم يوجد محذور ثبوتي فيه؟ فمتروك إلى محلّه من كتاب البيع.

مسألة ٤١: يجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة، ولا يجوز العكس، مثلاً إذا كانت دار مشتركة بين العامل والأجنبي فاشترى العامل حصة الأجنبي بمال المضاربة يجوز له إذا كان قبل ظهور الربح [١] أن يأخذها بالشفعة؛ لأنّ الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك، فللعامل أن يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه.

[١] لم يظهر وجه وجيه لهذه الشرطية، أي أن يكون ذلك قبل ظهور الربح، بل لو كان بعد ظهوره أيضاً كان للعامل الأخذ بالشفعة فيما انتقل من المال المشترك إلى المالك لكونه حصة شريك العامل، فيكون له حق الشفعة في المقدار الذي يكون من حق المالك، بل في جميع الحصة المشتراة من الشريك بناءً على الطولية في انتقال الربح للعامل في المضاربة، فإنّه يحق للعامل الأخذ بالشفعة في جميع حصة الأجنبي بنفس الثمن فيبطل انتقال سهم من ربحه إلى العامل أيضاً.

ولنا في المقام تعليقان :

الأول: بناءً على ما هو الصحيح من عدم ثبوت حق الشفعة إذا كان الشريك راضياً بالبيع من الغير من أوّل الأمر، لا شفعة في المقام إذا كان العامل عالماً بأنّ ما يشتريه من البائع بمال المضاربة مشاع بينهما؛ لأنّ الشراء بعنوان المضاربة متضمن للرضا بذلك لا محالة. نعم، يعقل ذلك في مورد الجهل باشتراك المال بينه وبين البائع.

الثاني: إذا أخذ العامل بالشفعة كان الربح كلّ له، ولم يكن للمالك إلاّ رأس ماله، وهذا ما لا يرضى به المالك في المضاربة عادةً، أي يكون على خلاف غرض الاسترباح والمضاربة، فيكون مثل هذا التصرف غير مأذون فيه

وأما إذا كانت الدار مشتركة بين المالك والأجنبي فاشترى العامل حصة الأجنبي ليس للمالك الأخذ بالشفعة؛ لأنَّ الشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له [١].

مسألة ٤٢: لا إشكال في عدم جواز وطء العامل للجارية التي اشتراها بمال المضاربة بدون إذن المالك، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده؛ لأنها مال الغير أو مشتركة بينه وبين الغير الذي هو المالك، فإن فعل كان زانياً يحدّ مع عدم الشبهة كاملاً إن كان قبل حصول الربح، وبقدر نصيب المالك إن كان بعده، كما لا إشكال في جواز وطئها إذا أذن له المالك بعد الشراء وكان قبل حصول الربح، بل يجوز بعده على الأقوى من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه وطء الجارية المشتركة بينهما.

للعامل، ولازمه ضمان العامل لرأس المال لو حصل فيه خسارة أو تلف طبقاً للقاعدة المتقدمة.

[١] هذا صحيح إذا كان الانتقال إلى العامل طويلاً أو لم يكن ربح، وأما إذا كان هناك ربح فانتقل سهم منه إلى العامل وكان الانتقال عرضياً لا طويلاً تحقق موضوع الشفعة بالنسبة للمالك أيضاً، فله أن يأخذ سهم العامل من ذلك بالشفعة بدفع ما يقابله من الثمن بالنسبة، وهذا يكون أقل من قيمته السوقية؛ لأنَّ الربح حاصل من ازدياد القيمة السوقية على الثمن، وهذا أيضاً على خلاف القصد من المضاربة، فلو كان المالك قد أذن منذ البداية بذلك كان موجبا لعدم ثبوت حقّ الشفعة كما ذكرنا آنفاً.

وهل يجوز له وطؤها بالإذن السابق في حال إيقاع عقد المضاربة أو بعده قبل الشراء أم لا؟ المشهور على عدم الجواز؛ لأن التحليل إما تملك أو عقد، وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء [١].
والأقوى كما عن الشيخ في النهاية الجواز؛ لمنع كونه أحد الأمرين، بل هو إباحة، ولا مانع من إنشائها قبل الشراء إذا لم يرجع عن إذنه بعد ذلك، كما إذا قال: اشتر بمالي طعاماً ثم كُل منه.

[١] للزوم أحد محذورين على سبيل منع الخلو؛ إذ لو أريد التملك أو أي عقد آخر كالتسليط على البضع نظير العارية فعلاً منجزاً فهو فرع الملكية والسلطنة الفعلية والمفروض عدمهما، وإن أنشئ ذلك معلقاً على الشراء لزم التعليق في العقد الموجب للبطلان.
وحاصل جواب السيد الماتن أن الاستفادة من أدلة التملك والمطابق مع الارتكاز والسيرة العرفية أن باب التحليل باب الإباحة والإذن في التصرف والانتفاع بالمال وهو لا يحتاج إلى أكثر من الرضا والإذن ولو على تقدير الملك، حيث لا محذور في التعليق فيه وتحقيق ذلك.
وكذلك تحقيق جواز وطئ الأمة المشتركة في الملك باجازه الشريك وإذنه متروك إلى محلّه.

هذا مضافاً إلى خبر الكاهلي [١] عن أبي الحسن عليه السلام قلت: «رجل سألني أن أسألك أن رجلاً أعطاه مالاً مضاربة يشتري ما يرى من شيء، وقال له: اشتر جارية تكون معك، والجارية إنما هي لصاحب المال إن كان فيها وضیعة فعليه، وإن كان ربح فله، فللمضارب أن يطأها؟ قال عليه السلام: نعم».

ولا يضرّ ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربة من حيث جعل ربحها للمالك؛ لأنّ الظاهر عدم الفرق بين المضاربة وغيرها في تأثير الإذن السابق وعدمه، وأمّا وطء المالك لتلك الجارية فلا بأس به قبل حصول الربح، بل مع الشك فيه لأصالة عدمه، وأمّا بعده فيتوقف على إذن العامل فيجوز معه على الأقوى من جواز إذن أحد الشريكين صاحبه.

[١] والسند صحيح؛ لأنّ للشيخ إلى الحسن بن محمد بن سماعة طرقاً ثلاثة، ذكر اثنين منها في الفهرست وواحداً من الطريقتين مع طريق آخر في مشيخة التهذيب.

والطرق كما يلي: (أخبرني به أحمد بن عبدون (ابن الحاشر) عن أبي طالب الأنباري عن حميد بن زياد عن الحسن).

(أخبرني أحمد بن عبدون عن علي بن محمد بن الزبير عن علي بن الحسن بن فضال عنه)، وهذان الطريقتان مذكوران في الفهرست.

(أخبرني أيضاً الشيخ أبو عبد الله - المفيد - والحسين بن عبيد الله - الغضائري - وأحمد بن عبدون كلّهم عن أبي عبد الله الحسين بن سفيان البزوفري عن حميد بن زياد عن الحسن) وهذا مع الأوّل مذكوران في المشيخة.

مسألة ٤٣: لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشتري العامل زوجها فإن كان بإذنها فلا إشكال في صحته، وبطلان نكاحها ولا ضمان عليه، وإن استلزم ذلك الضرر عليها بسقوط مهرها ونفقتها، وإلا ففي المسألة أقوال: البطلان مطلقاً للاستلزام المذكور، فيكون خلاف مصلحتها، والصحة كذلك؛ لأنه من أعمال المضاربة المأذون فيها في ضمن العقد، كما إذا اشترى غير زوجها، والصحة إذا أجازت بعد ذلك، وهذا هو الأقوى؛ إذ لا فرق بين الإذن السابق والإجازة اللاحقة، فلا وجه للقول الأول [١]، مع أن قائله غير معلوم.

والأخير صحيح، والأول أيضاً صحيح؛ لأن الأنباري وثقه النجاشي، وتضعيف الشيخ في رجاله راجع إلى ما يذكره في فهرسته من أنه قيل فيه إنه كان ناووسياً، وما ذكره في حقه في رجاله من أنه عامي وهو لا ينفي التوثيق، والقريظة على ذلك مضافاً إلى ما ذكره في فهرسته ما ذكره النجاشي من أنه كان واقفياً ثم رجع، فراجع وتأمل. بل بناءً على توثيق ابن الزبير يكون الطريق الثاني أيضاً صحيحاً.

فالإشكال في السند في غير محله، كما أن الدلالة واضحة.

[١] أي لا وجه للبطلان المطلق حتى إذا كان مستلزماً لتضرر المالك، فكما يصح بالإذن السابق حتى إذا كان في الشراء ضرر على المالك يصح بالإجازة اللاحقة بلا إشكال.

وإن شئت قلت: استلزام الضرر قد يوجب استكشاف عدم الإذن ورضا المالك بالشراء، فيكون البطلان من ناحيته وهو يرتفع بالإجازة اللاحقة، فلا يقاس باجازه العقد الباطل في نفسه.

ولعله من يقول بعدم صحّة الفضولي إلا فيما ورد دليل خاصّ، مع أنّ الاستلزام المذكور ممنوع؛ لأنها لا تستحقّ النفقة إلا تدريجاً، فليست هي مالاً لها فوّته عليها [١]، وإلا لزم غرامتها على من قتل الزوج.

وأما المهر فإن كان ذلك بعد الدخول فلا سقوط وإن كان قبله فيمكن أن يدعى عدم سقوطه أيضاً بمطلق المبطل وإنما يسقط بالطلاق [٢] فقط. مع أنّ المهر كان لسيدها لا لها [٣].

[١] عدم كونها مالاً لارتفاع الموضوع وهو الزوجية لا للتدرجية، فلو كانت دفعية ومشروطة ببقاء الزوجية لم يكن تفويت أيضاً، هذا مضافاً إلى أنّ التفويت ليس ملاكاً للضمان، وإنما ملاكه الاتلاف وهو غير صادق كما لا يخفى.

[٢] هذا سهو فإنّ الطلاق يسقط نصف المهر، والصحيح أن يقال بالفسخ أو يراد مطلق سقوط المهر الشامل لسقوط النصف. ثم إنّ القول بعدم سقوط نصف المهر بذلك محلّ منع، وتفصيله في محله.

[٣] هذا سهو آخر؛ إذ المفروض كونها حرة لا أمة، ولو فرض النظر إلى الأعم من الحرية والأمة - وإن كان هذا خلاف ظاهر صدر المسألة - مع ذلك لم يصح؛ لأنّ مال المضاربة حينئذٍ أيضاً يكون لسيدها، واستلزام الضرر لسيدها أيضاً موجب للبطلان لو كان استلزام الضرر موجباً له.

وكذا لا وجه للقول الثاني بعد أن كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها [١]، لا من حيث استلزام الضرر المذكور، بل لأنها تريد زوجها لأغراض أخرى، والإذن الذي تضمنه العقد منصرف عن مثل هذا. ومما ذكرنا ظهر حال ما إذا اشترى العامل زوجة المالك [٢] فإنه صحيح مع الإذن السابق أو الإجازة اللاحقة، ولا يكفي الإذن الضمني في العقد للانصراف.

[١] قد يقال بأن مقتضى الروايات الخاصة بالدالة على أنه مع مخالفة العامل لنظر المالك تصح المضاربة والبيع والشراء مع الضمان على تقدير التلف الصحة في المقام بلا حاجة إلى إجازة، كما لا حاجة إليها في سائر موارد مخالفة إذن المالك.

والجواب: أولاً - ما تقدم من إمكان دعوى اختصاصها بما إذا كان هناك مخالفة لشرط أو أمر أو نهي من المالك ضمن عقد المضاربة، لا ما إذا لم تكن المضاربة شاملة لتصرف معين، فإن هذا خارج عن شمول عقد المضاربة، فحاله حال التصرف الفضولي ابتداءً.

وثانياً - لو سلمنا التعدي والغاء الخصوصية فلا نسلمه إلى مثل هذا التصرف الموجب لفوات غرض مهم للمالك وهو الزوجية بحيث تُلتزم الزوجة المالكة بانفساخ زوجيتها بالشراء الفضولي من قبل عاملها، فإن هذا لا يمكن التعدي إليه.

[٢] أي لانفساخ الزوجية بملك الزوج للزوجة تنصرف عنه المضاربة رغم عدم الضرر عليه لا من حيث النفقة ولا المهر كما لا يخفى.

مسألة ٤٤: إذا اشترى العامل من ينعق على المالك فإمّا أن يكون بإذنه أو لا، فعلى الأول - ولم يكن فيه ربح - صحّ وانعق عليه وبطلت المضاربة بالنسبة إليه؛ لأنّه خلاف وضعها، أو خارج عن عنوانها حيث إنّها مبنية على طلب الربح المفروض عدمه، بل كونه خسارة مجضة، فيكون صحّة الشراء من حيث الإذن من المالك، لا من حيث المضاربة، وحينئذٍ فإن بقي من مالها غيره بقيت بالنسبة إليه وإلا بطلت من الأصل، وللعامل أجره عمله إذا لم يقصد التبرّع وإن كان فيه ربح فلا إشكال في صحّته لكن في كونه قراضاً فيملك العامل بمقدار حصّته من العبد، أو يستحقّ عوضه على المالك للسراية، أو بطلانه مضاربة واستحقاق العامل أجره المثل لعمله، كما إذا لم يكن ربح أقوال، لا يبعد ترجيح الأخير، لا لكونه خلاف وضع المضاربة، للفرق بينه وبين صورة عدم الربح، بل لأنّه فرع ملكية المالك المفروض عدمها.

ودعوى: أنّه لا بدّ أن يقال: إنّ يملكه أنا ما ثمّ ينعق أو بقدر ملكيّته حفظاً لحقيقة البيع على القولين في تلك المسألة، وأيّ منهما كان يكفي في ملكية الربح.

مدفوعة: بمعارضتها بالانعتاق الذي هو أيضاً متفرّع على ملكية المالك، فإنّ لها أثرين في عرض واحد: ملكية العامل للربح والانعتاق، ومقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثاني، وعليه فلم يحصل للعامل ملكية نفس العبد، ولم يفوت المالك عليه أيضاً شيئاً، بل فعل ما يمنع عن ملكيّته، مع أنّه يمكن أن يقال: إنّ التفويت من الشارع لا منه، لكن الإنصاف أنّ المسألة مشكلة بناءً على لزوم تقدّم ملكية المالك وصيرورته للعامل بعده، إذ تقدّم الانعتاق على ملكية العامل عند

المعارضة في محلّ المنع . نعم ، لو قلنا : إنّ العامل يملك الربح أولاً بلا توسط ملكية المالك بالجعل الأولي حين العقد وعدم منافاته لحقيقة المعاوضة لكون العوض من مال المالك والمعوض مشتركاً بينه وبين العامل كما هو الأقوى لا يبقى إشكال ، فيمكن أن يقال بصحّته مضاربة ، وملكية العامل حصّته من نفس العبد على القول بعدم السراية ، وملكيته عوضها إن قلنا بها ، وعلى الثاني - أي إذا كان من غير إذن المالك - فإن أجاز فكما في صورة الإذن ، وإن لم يجز بطل الشراء .

ودعوى : البطلان ولو مع الإجازة لأنّه تصرف منهى عنه كما ترى ؛ إذ النهي ليس عن المعاملة بما هي ، بل لأمر خارج فلا مانع من صحّتها مع الإجازة ، ولا فرق في البطلان مع عدمها بين كون العامل عالماً بأنّه ممن يعتق على المالك حين الشراء أو جاهلاً ، والقول بالصحة مع الجهل لأنّ بناء معاملات العامل على الظاهر فهو كما إذا اشترى المعيب جهلاً بالحال ضعيف ، والفرق بين المقامين واضح .

ثم لا فرق في البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربة أو في الذمّة بقصد الأداء منه وإن لم يذكره لفظاً .

نعم ، لو تنازع هو والبائع في كونه لنفسه أو للمضاربة قدّم قول البائع ويلزم العامل به ظاهراً وإن وجب عليه التخلّص منه ، ولو لم يذكر المالك لفظاً ولا قصداً كان له ظاهراً وواقعاً [١] .

[١] تعرّض في هذه المسألة إلى شراء العامل بمال المضاربة من يعتق

على المالك ، كما إذا اشترى أحد عموديه . وقد شققها إلى ثلاثة شقوق رئيسة :

١ - أن يكون باذن المالك ولم يكن فيه ربح .

٢- أن يكون باذن المالك وكان فيه ربح .

٣- أن يكون بلا إذن المالك .

أما الشق الأول : فقد حكم فيه بصحة الشراء ؛ لكونه باذن المالك وتحقق الانعتاق لكون العبد المشتري بتمامه للمالك ، فينعتق عليه ، وبطلان المضاربة في ذلك المقدار لكونه خلاف وضعها وخارج عن عنوانها ، وهو الاتجار والاسترباح بالمال ، فإنه غير حاصل في هذا الفرض ، بل هو بحكم اتلاف رأس المال على المالك باذنه ، وهذا ليس مضاربة ، كما أنّ العامل ليس ضامناً لذلك ؛ لكونه باذن المالك وأمره واستحقاق العامل أجره مثل عمله إن لم يقصد التبرع .

وهذا مبني على مبناه من ضمان المالك لأجرة العمل على تقدير بطلان المضاربة مطلقاً ، وأما على ما تقدّم منّا من عدم ضمان أجره العمل في المضاربة الفاسدة على تقدير عدم الربح ، فلو فرض أنّه لم يكن ربح في الشراء حتى إذا لم يكن انعتاق فلا ضمان للأجرة على تقدير البطلان .
فهذه أحكام خمسة رتبها في هذا الشق .

وقد ناقش في المستمسك في الحكم الأخير منها بأن استحقاق الأجرة فرع كون الشراء بأمر المالك ، ولا يكفي فيه مجرد الإذن فيه إلا إذا كانت هناك قرينة على كون الاستئذان للعمل بأجرة ، أي قرينة على الضمان ، كاذن الحمامي في الاستحمام ، وإذن صاحب المطعم في الأكل من طعامه ، بخلاف ما أذن مثل صاحب الدار بالدخول إلى داره والأكل من طعامه ، فإنه لا يوجب الضمان ، فباب الإذن غير باب الأمر . وقد نقل القول بعدم الضمان في المقام عن الشيخ في المبسوط .

والصحيح ما ذكره السيد الماتن رحمته من الضمان؛ لأن الإذن إنما يكون بلحاظ مال الإنسان نفسه حينما يريد الغير أن يتصرف فيه، وهو كما ذكر يقتضي عدم الضمان، إلا إذا كانت قرينة على ارادة الإذن على وجه الضمان.

وأما في المقام فإن المالك للعامل بأن يتجر به برأس المال بحكم الأمر وطلب استيفاء عمله، وهو موجب للضمان ما لم يكن قرينة على المجانية؛ لقاعدة احترام عمل المسلم.

وإن شئت قلت: إن إطلاق الإذن يقتضي المجانية، وبالتالي عدم الضمان لما ينتفع به المأذون من المال أو التلف الحاصل بذلك أو بأفة سماوية، وهذا صحيح، إلا أنه لا ربط له بالمقام، فإنه في المقام يوجد مالان بحسب الحقيقة: مال للمالك وهو رأس ماله، ومال آخر للعامل وهو عمله وجهده، وإذن المالك للعامل راجع إلى حيثية ماله؛ ولهذا يكون تلف رأس المال بيده غير مضمون عليه؛ لأنه مأذون، فتكون يده أمينة.

وأما بلحاظ المال الثاني والذي هو عمل العامل للمالك فالإذن فيه على العكس لا بد وأن يكون من قبل العامل للمالك باستيفاء عمله ونتيجته وهو الاسترباح لو كان ربح، ومن الواضح أن هذا الإذن من قبل العامل إذن معاملي قائم على أساس الضمان وليس تبرعاً ومجانياً.

وهذا واضح على تقدير شمول المضاربة لهذا الشراء، كما إذا تصورا صحة المضاربة بذلك فيكون الضمان بحكم العقد الفاسد الموجب صحيقه للضمان، وعلى تقدير عدم شموله فأيضاً كذلك؛ لأن الشراء بمال المضاربة بحسب الفرض وعمل العامل فيه للمالك من أجل الاسترباح أو الاستفادة أو أي

غرض آخر يكون طلباً من المالك لاستيفاء مال الغير وهو عمل العامل، والأصل فيه الضمان ما لم تكن قرينة على المجانية، فلا يقاس بالإذن بدخول بيته وأكل طعامه.

والحاصل: إنَّ العمل الذي يعمله العامل في مال المضاربة يستوفيه المالك وينتفع به، وحينئذٍ إن كان ذلك باذن من العامل مجاناً ولو من ناحية إطلاق الإذن لم يكن ضمان على المالك، وإن لم يكن باذن منه كذلك كان فيه ضمان لا محالة، ولا نحتاج إلى أمر؛ لأنَّ الرضا والإذن باستيفاء عمل الغير بنفسه يكفي مع عدم القرينة على التبرع في الضمان وعدم المجانية من قبل العامل؛ لأنَّه يحكم أخذ العمل ووضع اليد على المال، الأصل فيه الضمان ما لم يكن قصد التبرع والمجانية.

وقد تقدم هذا الكلام في شرح قاعدة احترام عمل المسلم واقتضاءها للضمان.

نعم، لو صرَّح المالك بأنَّه لا يريد من العامل شراء أحد عموديه ولكنه لو اشتراه لكان راضياً به أو كان قرينة على ذلك لم يكن ضمان؛ لأنَّ هذا معناه أنَّ المالك لم يقصد أخذ عمل العامل واستيفاؤه، وإنَّما العامل أهدر عمله وقدمه للمالك، فيكون كالإذن بأكل الطعام أو تقديمه للغير، إلا أنَّ مقامنا ليس من هذا القبيل.

ثمَّ إنَّ الحكم ببطلان المضاربة في المقدار من المال الذي اشترى به أحد العمودين في هذا الشق والقول بالصحة في الشق الثاني - وهو ما إذا كان فيه ربح - لا وجه له، فإنَّ المضاربة ليست مبنية على فعلية الاسترباح بل شأنيته،

وهي محفوظة في موارد وجود الربح وعدمه مع فرض إذن المالك بشراء أحد عموديه .

وإن شئت قلت : إذا فرض انصراف المضاربة عن الاتجار بشراء أحد العمودين فهو في الشقين معاً ، وإن فرض عدمه لفرض الإذن بذلك من المالك فهو في الشقين أيضاً .

وأما الشق الثاني : - وهو ما إذا كان فيه ربح - فقد ذكر الماتن فيه أقولاً ثلاثة بعد الفراغ عن صحة الشراء :

١ - أن يكون صحيحاً بعنوان كونه قراضاً ، فيملك العامل مقدار حصته من العبد ويصبح مبعوضاً ، وهذا بناءً على عدم السراية في العتق .

٢ - أن يكون صحيحاً قراضاً ويعتق العبد ويستحق العامل عوض حصته على المالك للسراية باعتبار كون المالك سبباً في تفويته عليه .

٣ - أن يبطل المضاربة بمعنى اخراج هذا الشراء عنها ويصح الشراء لكونه مأذوناً فيه ويستحق العامل أجره عمله كما في الشق الأول .

وهناك احتمال رابع يمكن الحاقه بالثاني وهو الانعتاق بالسراية ويستسعى العبد المعتق في ضمان حصة العامل ، وسوف يأتي وجهه .

والمشهور اختيار القول الثالث . وقد اختلفت كلماتهم في توجيه ذلك ، فوجدت تقريبات عديدة :

التقريب الأول : ما ذكره السيد الماتن من أن المضاربة تقتضي انتقال حصة من الربح الذي يملكه المالك إلى العامل ، وهذا فرع تحقق ملك المالك مع أن دليل الانعتاق يرفع هذا الموضوع ، فلا يملك المالك العبد المشتري ليكون

ربحاً، وتعقل فيه المضاربة، فيكون هذا الشراء خارجاً عن المضاربة وتكون المضاربة في المال المدفوع فيه منحلة ومنتفية .

وإن شئت قلت: إن دليل الانعتاق وارد على دليل صحة المضاربة؛ لأنّه يرفع ملكية المالك لأحد عموديه بالشراء، كما أنّه لا يكون اتلافاً من المالك لمال العامل لكي يكون ضامناً له، بل فعل ما يمنع عن ملكيته، بل التفويت من الشارع لا منه .

وذكر السيد الماتن اشكالاً على هذا البيان بقوله: ودعوى... الخ وحاصله: أن مقتضى صحة الشراء قبل الانعتاق دخول المبيع وهو العبد المشتري في ملك المالك، وإلا لم يصح الشراء ولم يكن موضوع للانعتاق، وهذا يتوقف - على مسلك المشهور - على حصول الملكية للمشتري وهو المالك في المقام، إمّا فعلاً آنأ ما أو تقديراً، فيكون موضوع الانتقال إلى العامل وهو ملك المالك وربحه متحققاً فتصحّ المضاربة .

وأجاب عنه: بأنّ هذا وإن كان متحققاً، إلاّ أنّه لا يمكن التمسك بدليل نفوذ المضاربة لاثبات صحّتها؛ لأنّه مناف مع مقتضى دليل الانعتاق المقتضي لحصول الانعتاق بعد الملكية الفعلية آنأ ما، أو التقديرية فيقع التعارض بينهما، وحيث إنّ المغلّب دليل الانعتاق فتبطل المضاربة .

ولا يحتاج في دفع هذا الاشكال إلى تغليب دليل الانعتاق، بل يكفي المعارضة بينهما إذ النتيجة هو التساقط، وبالتالي عدم ثبوت الانتقال إلى العامل وبقائه على ملك المالك، كما في بيع الوكيل والموكل لمال واحد في آن واحد . ثمّ اعترض على هذا التقريب باعتراضين: أحدهما مبنائي والآخر بنائي .

أما المبني فباعتبار ما تقدم منه من عدم الطولية بين ملك العامل والمالك بل المشتري برأس المال لو كان فيه ربح يدخل ابتداءً في ملكهما كل بحسب حصته ، فلا موضوع للاعتاق على المالك بمقدار حصة العامل ، إلا على القول بالسراية ، وهي في طول ملك العامل بالشراء ، فتكون المضاربة صحيحة ويتعين القول الثاني على القول بالسراية ، والأول على القول بعدمها .

وأما الاشكال البنائي فحاصله : أنه على القول بالترتب والطولية بين ملك العامل والمالك مع ذلك نمنع تقديم دليل الانعتاق على ملكية العامل ، وكأن مقصوده أنه لا دليل على حصول الانعتاق بالملك آنأماً ، أو التقديري غير المستقر لأحد العمودين ؛ لأن هذا النحو من الملكية يجامع الانعتاق أيضاً ، فلا يكون ممنوعاً عنه بدليل الانعتاق ، وإنما دليل الانعتاق ينفي الملكية المستقرة لأحد العمودين .

وإن شئت قلت : إن دليل الانعتاق يرفع ملكة المالك أكثر من أن ما وهي غير موجودة هنا بالنسبة لحصة العامل من العبد ؛ لأنها تخرج عن ملك المالك وتستقر في ملك العامل ، ودليل الانعتاق لا ينفي ملك العامل كما هو واضح .

وهذا يعني أن دليل الانعتاق ينفي الملكية المستقرة الممتدة للمالك بعد الآن الواحد أو بعد التقدير ، وهي غير موجودة في المقام بمقدار حصة العامل بمقتضى دليل المضاربة ، فيكون دليل صحة المضاربة هو الوارد على دليل الانعتاق والرافع لموضوعه لا العكس .

ولنا في المقام عدة كلمات :

كلمة حول الإشكال البنائي ، وحاصله : أن دليل الانعتاق كما ينفي

ملكية المالك المستقرة بالمعنى المتقدم ينفي كل ملكية متفرعة عليها؛ لأنه يدل على حصول الانعقاد بمجرد تحقق ملك أحد العمودين آناً ما أو تقديراً. وإن شئت قلت: تملك العامل لحصته إنما يكون في طول ثبوت الملكية المستقرة للمالك لولا المضاربة لا الملكية قبل التملك فإنها يستحيل انتقالها كما لا يخفى.

وهذا يعني أن انتقال الملكية بالبيع أو أي عقد تمليكي آخر لا يعني عدم الملكية المستقرة، بل تعني ثبوتها وانتقالها بمقتضى سلطنة المالك عليها للغير، وهذا مناف مع مقتضى دليل الانعقاد النافي لسلطنة الإنسان على أحد عموديه، وهذا واضح. فدليل الانعقاد وارد على دليل صحة المضاربة.

وبهذا ظهر أن الورود تام حتى على القول بتحقيق الملكية آناً ما قبل الانعقاد فضلاً عما إذا قلنا بعدم تحققها؛ لأنها لا تكفي لصحة المضاربة ما لم تكن ملكية مستقرة لولا المضاربة، ودليل الانعقاد ينفي ذلك، وهذا تقريب آخر لورود دليل الانعقاد على دليل صحة المضاربة غير الورود من جهة عدم تحقق الملك أصلاً لأحد العمودين أو القول بتغليب دليل الانعقاد.

وكلمة أخرى: حول ما تقدم منه من إيقاع المعارضة بين دليل الانعقاد ودليل المضاربة فإنه غير وجيه، لا لما تقدم في نكتة ورود الأول على الثاني ورفع موضوعه فحسب، بل لنكتة أخرى أيضاً هي أن الانعقاد حكم شرعي، والمضاربة عقد وشرط ومعاملة بين المالك والعامل، ويشترط في صحة العقود والالتزامات أن لا تكون مخالفة للحكم الشرعي؛ لأن شرط الله قبل شرطكم، ولأن ما حرم حلالاً أو حلل حراماً فهو باطل.

وفي المقام المضاربة المذكورة يكون مفادها مخالفاً لحكم الشارع بالانعتاق، فيكون موضوعها مرتفعاً بذلك، فهذا تقريب ثالث لورود دليل الانعتاق على دليل المضاربة، فلا تصح المضاربة بشراء من ينعق على المالك ولو كان فيه ربح.

وكلمة الثالثة: أن ما ذكر من التقريبات الثلاثة لورود دليل الانعتاق على دليل المضاربة وبالتالي بطلانها واستحقاق العامل لأجرة مثل عمله إنما يتم إذا كان مقتضى المضاربة تمليك العامل حصته من شخص الربح الحاصل من التجارة برأس المال، حيث لا يمكن تملك العامل له في المقام.

وأما إذا فرض أن مقتضاها ولو في أمثال المقام تمليك العامل حصته من شخص الربح الحاصل أو مقداره في ذمة المالك أو من مجموع الأرباح على تقدير اتلاف المالك للمال أو تلفه عليه - كما في المقام - فلا تصادم ولا تنافي عندئذٍ بين صحة المضاربة والانعتاق؛ إذ يكون ذلك بحكم الاتلاف من قبل المالك أو تلفه عليه من دون ضمان العامل حيث كان باذنه، فيستحق العامل حصته على ذمة المالك، أو من مجموع الأرباح إذا كان المال باقياً.

فالحاصل: يكون المقام حينئذٍ من باب الاستيفاء لرأس المال من قبل المالك واتلافه له، فإذا كان بعد حصول الربح يكون ضامناً لبدله؛ لأن حق العامل متعلق بالجامع بين شخص ذلك المال أو غيره وهو محفوظ.

بل لا يبعد القول بصحة هذا البيان مطلقاً؛ لأن المضاربة تقتضي الحق للعامل فيما يملكه المالك من الربح بالنسبة المقررة، وهذا الحق لو فرض اتلاف موضوعه قهراً شرعاً بالانعتاق المأذون فيه من قبل المالك كان مضموناً على

المالك، فلا وجه للحكم ببطلان المضاربة، فإنّ المضاربة حينئذٍ تقتضي الحق للعامل في الربح الحاصل من الاتّجار برأس المال، وقد أتلفه عليه المالك فيضمنه.

نعم، تنتهي المضاربة بشخص ذلك المال بقاءً واستمراراً، وهذا غير بطلان المضاربة بالنسبة للتجارة الحاصلة بذلك الشراء.

وكلمة رابعة: أنّ ما ذكره السيّد الماتن رحمته بناءً على انكار اقتضاء المبادلة دخول العوض في مكان المعوّض وانكار الطولية بين ملك العامل والمالك من أنّه على القول بعدم السراية لا انعقاد في حصة العامل، وعلى القول بالسراية يضمن المالك للعامل قيمة حصته.

قد يقال: إنّ مقتضى قواعد باب العتق تحقق السراية والانعقاد وسعي العبد المعتق في دفع قيمة حصة العامل؛ ولا موجب لضمان المالك له؛ إذ ليس هو الذي أتلف عليه ماله، وإتّما هو بحكم الشارع.

وقد يدعى استفادة ذلك من صحيح محمّد بن قيس المتقدم ^(١) في شراء العامل لمن ينعق عليه حيث ذكر فيه سعي العبد المعتق في تحصيل مال المالك. إلّا أنّ الصحيح ما ذكره الماتن رحمته من ضمان المالك لحصة العامل؛ لأنّ الشراء كان باذنه فهو استيفاء منه لذلك المال فيكون ضامناً له، والحديث وارد في العامل الذي يشتري أحد عموديه جهلاً بذلك فهو نظير التلف القهري لمال المضاربة الذي لا يكون فيه العامل ضامناً، فالقياس مع الفارق.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٥، ب ٨ كتاب المضاربة، ح ١.

التقريب الثاني لبطلان المضاربة: ما ذكره بعض أساتذتنا من عدم صدق الربح عرفاً على الملكية آنأ ما غير المستقرة، فلا موضوع لصحة المضاربة؛ لأن موضوعها الاسترباح التجاري، فإذا لم يكن يمكن الاسترباح في مورد بل كانت المعاملة خاسرة بالنسبة إلى المالك من بادئ الأمر فلا موضوع لصحة المضاربة فيه.

وإن شئت قلت: إن دليل الانعقاد يكون وارداً على دليل المضاربة؛ لأنه يرفع موضوعها العرفي.

ونلاحظ على هذا التقريب:

أولاً - يمنع عدم صدق الربح بالانعقاد على المالك، فإنه يكفي في صدقه أن يكون قد اشتراه بأقل من قيمته السوقية، فإنه يقال إنه شراء مريح، غاية الأمر يكون في طول ذلك قد استوفى المالك الربح وأصل المال بانعقاد أبيه عليه، فالحرية هنا أشبه بالاتلاف بالاستيفاء كالأكل للمال، وهو لا ينافي صدق الربح في شرائه والذي هو موضوع المضاربة.

نعم، هذا يمنع عن إمكان استمرار المضاربة بذلك المال بقاءً، وهو غير بطلان المضاربة، فلو كانت المضاربة بالاتجار متكرراً بذلك المال بطلت المضاربة بالنسبة للمرات القادمة لا التجارة الواقعة باذن المالك، فإنها مضاربة صحيحة وربحها بينهما بالنحو المتقدم شرحه.

وما ذكر من النكتة العرفية توجب انصراف المضاربة عن شراء أحد العمودين فيما إذا لم يكن إذن وتصريح بذلك من قبل المالك، وأمّا مع الإذن

فلا وجه لبطلان المضاربة إذا كان شراء أحد العمودين بعد ظهور الربح أو كان فيه الربح، كما إذا اشتراه بأقل من قيمته السوقية أو ارتفعت قيمته عند الشراء. وثانياً - لو سلّمنا عدم صدق مفهوم الاسترباح عرفاً مع ذلك قلنا أنّ صحة المضاربة لا تتوقف إلاّ على دخول ما زاد على أصل رأس المال في ملك المالك بالتجارة ليعقل تمليك حصة منه للعامل سواء سمي بربح وصدق عليه الاسترباح عرفاً أم لا، طالما توجد مالية زائدة في المبيع على الثمن ولو آناً ما إذا كان مضموناً للعامل ومستوفاً من قبل المالك.

نعم، لو قيل بأنّ الأصل بطلان المضاربة إلاّ ما شملته الروايات، وقيل بأنّ الوارد فيها عنوان الربح بينهما، وهو لا يصدق في المقام، ولو فرض وجود ملك آناً ما للمالك بأن لم نجعل عنوان الربح طريقاً إلى واقع تملك المالك للزيادة على رأس المال والذي هو ملاك الصحة في المضاربة لا صدق عنوان الربحية تمّ ما ذكر، إلاّ أنّ كلا المطالبين غير تام كما لا يخفى وجهه.

التقريب الثالث لبطلان المضاربة: ما ذكره في المستمسك من أنّ منصرف أدلّة المضاربة ما إذا كان المال صالحاً للتقليب والتقلّب بيد العامل، فلا يشمل شراء ما ينعقد على المالك، وحيث إنّ الأصل في أمثال هذه العقود الفساد فيحكم ببطلان المضاربة.

وفيه: **أولاً** - ما تقدم من أنّ الأصل صحة المضاربة على القاعدة.

وثانياً - منع الظهور المذكور، بل ظاهر أدلّة صحة المضاربة امكان الاتّجار والشراء برأس مال المالك لما يكون فيه زيادة مالية على أصل المال، سواء بقي بعد ذلك رأس المال قابلاً للتقليب والتقلّب في معاملة أخرى بيد

العامل أم لا ، فلا يشترط أكثر من إمكان التقلب والتقلب بيد العامل قبل الشراء وبمقداره لا أكثر ، وهذا واضح .

وثالثاً - ما ذكرناه أيضاً من عدم دخل هذه الخصوصيات الواردة في روايات صحة المضاربة في ما هو ملك صحتها ، وإنما تمام الملاك كون المالك لرأس المال مالكاً لنماء ماله الذي يدخل في ملكه بالشراء ، بحيث يمكن أن يتعلّق به حق للعامل ، وهذا حاصل في المقام كما تقدّم .

وأما الشق الثالث : - وهو ما إذا لم يكن المالك قد أذن في شراء من يعتق عليه سواءً كان ذلك من جهة نهييه عن ذلك أو انصراف عقد المضاربة إلى شراء غير من يعتق عليه كما هو كذلك ولو بقربنية مقام الاسترباح والتجارة الموجب للانصراف المذكور ما لم يكن تصريح وإذن بذلك - فقد ذكر فيه الماتن بَيِّنَةٌ فروعاً :

١ - أنه إذا أجاز المالك بعد ذلك كان كما في صورة الإذن ، وإذا لم يجز بطل الشراء .

والظاهر أنّ مقصوده من حيث صحة الشراء والاعتناق ومن حيث بطلان المضاربة بارتفاع موضوعها في صورة الإجازة ؛ ولأنّه معاملة خارجة عنها بحسب الفرض ، فلا يستحق العامل شيئاً على المالك ، وحاله في ذلك حال أيّ عقد فضولي يرتكبه العامل في مال المالك ويجيزه المالك . وهذا خارج عن شمول الروايات الدالّة على صحة المضاربة مع ضمان رأس المال في موارد مخالفة العامل كما شرحنا ذلك سابقاً . نعم ، الضمان ثابت على القاعدة ؛ لكونه غير مأذون فيه ، كما أنه لا يستحق أجره مثل عمله حتى على مبني الماتن بَيِّنَةٌ .

ودعوى: البطلان حتى مع الإجازة؛ لأنه تصرف منهي عنه، والنهي يوجب البطلان.

مدفوعة: بأن النهي ليس عن المعاملة، بل لأمر خارج، وهذا التعبير غريب هنا؛ إذ لا نهى في البين أصلاً عن انشاء الشراء، وإنما النهي والحرمة لو فرضت ففي التصرف في مال المالك، وهذا يكون في تمام موارد الفضولي، فحاله حال أي عقد فضولي، بل لو فرض حرمة الشراء بعنوانه أيضاً لا يكون موجباً للفساد على ما هو مقرر في محله من عدم استلزام الحرمة التكليفية لبطلان المعاملة.

٢- ربما يتوهم لزوم التفصيل بين فرض علم العامل بكون العبد المشتري ينعقد على المالك فلا يصح شراؤه بلا إجازته ويكون باطلاً كما أنه خارج عن المضاربة، فلا يستحق أجره عمل أصلاً، وبين ما إذا كان يتصور أنه لا ينعقد عليه ثم بان خلافه، فإنه يكون عندئذٍ الشراء صحيحاً لشمول الإذن المتضمن للمضاربة له؛ لأنه مبني على ظاهر الحال، ويكون من التلف غير المضمون على العامل إذا لم يكن مقصراً ومتهاوناً في ذلك، كما أنه لا يستحق شيئاً بازاء عمله ببطلان المضاربة وارتفاع موضوعها بذلك المقدار من رأس المال بناءً على ما هو الصحيح عندنا من أن استحقاقه فرع ثبوت الربح، وأما مع فرض عدمه ولو من جهة التلف، فالعامل مقدم على المجانية فيه من أول الأمر.

نعم، على مبنى الماتن بني ينبغي أن يقال باستحقاق أجره عمله. وأما الشراء فهو صحيح كما في موارد شراء المعيب جهلاً، فإنه يقع صحيحاً وداخلاً ضمن المضاربة، غاية الأمر يثبت الخيار والأرض فيه، بخلاف صورة العلم بالعيب، حيث لا يصح شراء العامل لكونه غير مأذون فيه وعلى خلاف منصرف

.....

المضاربة ومصلحتها ، كما هو واضح .

وقد أجاب عن ذلك السيد الماتن بالفرق الواضح بين البابين .

وقد فسّر ذلك في كلماتهم بأنّ شراء المعيب حيث إنّه متعارف ، وحيث إنّ الميزان في تشخيص ذلك إلى العامل ؛ لأنّ هذا أيضاً من شؤون التجارة والمضاربة فلا محالة يكون نظره حجة وتشخيصه كافياً في شمول المضاربة والإذن له ، وإذا انكشف الخلاف لا يكشف عن عدم الإذن ، وهذا بخلاف شراء من ينعق على المالك ، فإنّ هذا ليس أمراً متعارفاً ، فلا إذن فيه حتى مع جهل العامل .

وهذا الفرق غير واضح ؛ إذ كما يكون المعول عليه نظر العامل في تشخيص المصلحة من حيث كون المشتري صحيحاً أو معيباً كذلك الحال من حيث كونه ممن ينعق على المالك أم لا ، فإذا أخطأ كان ذلك داخلاً في عموم الإذن المستفاد من المضاربة ، حيث لم يصدر منه تقصير ، ومجرد تعارف شراء المعيب أو كثرته لا يوجب فرقاً من هذه الناحية ، بل حال هذا حال ما إذا أخطأ المالك نفسه فاشترى من ينعق عليه . نعم ، يمكن أن يفرّق بينهما بأنّ المأذونية في شراء المعيب مع الجهل لعدم كونه على خلاف مصلحة المالك ؛ إذ يثبت الخيار والأرش مع الجهل ، فلا يفوت عليه مال ، بخلاف المقام فإنّ ثبوت الخيار لو فرض لا ينفع في دفع ضرر المالك ؛ لعدم رجوع الحر عبداً ، فيكون عدم الصحة لكونه على خلاف مصلحة المالك وإذنه الواقعي ، فالإذن متعلّق بما ليس فيه تفويت للمال واقعاً ، وهذا غير حاصل في شراء المعيب ، وحاصل في المقام .

وإن شئت قلت : إنّ نكتة الفرق وفذلكة الموقف أنّ عنوان شراء غير

العمود الذي ينعقد على المالك قيد في موضوع المضاربة والإذن؛ لأنّه اتلاف للمال لا استرباح به، فيكون خارجاً عن موضوع المضاربة بخلاف شراء الصحيح، فإنّه ليس قيداً في المضاربة، وإنما القيد أن لا يكون الاتّجار فيه ضرر على المال، ومع شرط الصحة وثبوت الخيار في مورد الجهل يندفع ذلك.

٣ - لا فرق في البطلان بين كون الشراء بعين رأس المال أو بالذمة بقصد الأداء منه، ولا يتوهم الصحة إذا كان قد اشترى بالذمة ويكون على العامل؛ لأنّ المال الذمي المضاف إلى ذمة الغير مباين مع ما في ذمته وقد قصد الأوّل وهو فضولي باطل من دون إجازة المالك، ولم يقصد الثاني، وهذا واضح.

نعم، بطلان المضاربة لا يتحقق بإجازة الشراء من قبل المالك، بل بإذنه في دفع الثمن الذمي من مال المضاربة ودفعه من قبل العامل لذلك، كما أنّه إذا كان مأذوناً في الشراء بالذمة للمالك والدفع من مال المضاربة فبناءً على صحة مثل هذه المضاربة - كما تقدّم في فرع سابق - يحكم ببطلان المضاربة هنا أيضاً بعين المال بناءً على القول به في الشراء.

٤ - لو تنازع العامل والبايع في كونه لنفسه أو للمضاربة قدم قول البايع؛ لكونه مطابقاً مع ظاهر الحال؛ إذ ظاهر حال كل مشتريّ أنّه يشتري لنفسه أو قل ظاهر حاله أنّه مسؤول عن الشراء وولي له إمّا لنفسه أصالة أو لغيره وكالة، فيكون مقتضى ذلك الصحة، فيكون مدعى البايع مطابقاً مع الأصل.

إلا أنّ هذا الظاهر إنّما يصح إذا لم يكن الشراء بشخص المال، وإلا كان الظاهر البطلان، ولا يبعد نظر الماتن إلى فرض احتمال الشراء بالذمة وإن كانت العبارة مطلقة. وقد ذكر الماتن رحمته أنّه يجب عليه عندئذٍ التخلّص منه؛

لأنه ليس له بحسب علمه بل للبائع لأنه اشتراه لغيره فضولة فالمعاملة باطلة والمال باق على ملك مالكة، فيجب التخلص منه بدفعه إليه.

وقد يقال: يمكن أخذه بعنوان المقاصة عن الثمن، إلا أن هذا غير تام؛ لأن أدلتها مختصة بموارد الظلم والمماثلة لا ما إذا أخذ الثمن بحكم الموازين الشرعية. وقد يُصحح أخذه على أساس أنه في مقابل الثمن المدفوع لمالكة، فهو راض لا محالة بأخذ المشتري له في قبال ذلك الثمن، فكأنه بيع معاطاتي أو إذن في التملك بازاء الثمن المدفوع.

إلا أن هذا أيضاً مشكل؛ لأن الرضا والإذن لو فرض فهو لا يوجب إلا الإباحة لا الملك للرقبة، فالتملك بحاجة إلى انشاء وقصد ولو بالفعل والمعاطاة، وهو غير موجود هنا. اللهم إلا إذا أريد انشاء ذلك بنفس المرافعة ودفع الثمن من قبله. نعم، يمكن دعوى العلم برضاه أن يبقى العبد تحت يده في قبال ما أخذ من الثمن إذا كان معتقداً بذلك وأن يأخذه في قبال دفع الثمن، وهذا المقدار كافٍ في تحقق المعاطاة، وإذا كان معتقداً للخلاف وأنه يريد أخذ الثمن غصباً وظلماً تحقق موضوع المقاصة فيصح تملكه من قبل المشتري على كل حال، وأما إذا لم يتحقق كلا الفرضين وجب التخلص عنه، كما أفتى به الماتن.

٥- لو لم يذكر العامل اسم المالك في الشراء لا لفظاً ولا قصداً كان له ظاهراً وواقعاً، أما ظاهراً فلظهور الحال، وأما واقعاً فلأنه مع عدم قصد الغير يكون هو المتعهد والمسؤول عن الشراء لا محالة، فالإضافة إلى النفس لا تحتاج إلى قصد، وإنما يكفي فيه عدم قصد الغير لكفاية كون التعهد والبيع من قبله في كون الثمن عليه.

مسألة ٤٥: إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممّن ينعقد عليه فإن كان قبل ظهور الربح ولا ربح فيه أيضاً صحّ الشراء، وكان من مال القراض، وإن كان بعد ظهوره أو كان فيه ربح فمقتضى القاعدة وإن كان بطلانه لكونه خلاف وضع المضاربة فإنها موضوعة كما مرّ للاسترباح بالتقليب في التجارة والشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك. إلا أنّ المشهور بل ادّعى عليه الإجماع صحّته، وهو الأقوى في صورة الجهل بكونه ممّن ينعقد عليه، فينعقد مقدار حصّته من الربح منه، ويسري في البقية، وعليه عوضها للمالك مع يساره، ويستسعى العبد فيه مع إعساره لصحيحة ابن أبي عمير عن محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام «في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم قال عليه السلام: يقوم فإن زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل» وهي مختصة بصورة الجهل المنزّل عليها إطلاق كلمات العلماء أيضاً، واختصاصها بشراء الأب لا يضرّ بعد كون المناط كونه ممّن ينعقد عليه، كما أنّ اختصاصها بما إذا كان فيه ربح لا يضرّ أيضاً، بعد عدم الفرق بينه وبين الربح السابق، وإطلاقها من حيث اليسار والإعسار في الاستسعاء أيضاً منزّل على الثاني، جمعاً بين الأدلّة.

هذا ولو لم يكن ربح سابق ولا كان فيه أيضاً لكن تجدد بعد ذلك قبل أن يباع فالظاهر أنّ حكمه أيضاً الانعتاق والسراية بمقتضى القاعدة، مع إمكان دعوى شمول إطلاق الصحيحة أيضاً للربح المتجدّد فيه، فيلحق به الربح الحاصل من غيره لعدم الفرق [١].

[١] إذا اشترى العامل من ينعقد عليه بمال المضاربة فإن لم يكن ربح

سابق ولا فيه ربح ولا بعده فلا إشكال في صحة الشراء وكونه من مال المضاربة أي للمالك، وإنما الكلام فيما إذا اشتري بعد ظهور الربح أو كان فيه ربح أو بعده - على ما سيلحقه به أيضاً - فقد وقع البحث في حكمه .

وينبغي إيراد البحث في مقامين :

الأول : ما هو مقتضى القاعدة .

الثاني : ما هو مقتضى الروايات الخاصة .

أما البحث الأول : فقد حكم السيد الماتن أن مقتضى القاعدة هو الحكم ببطان الشراء وخروجه عن المضاربة والمأذونية، معللاً ذلك بعبارة يحتمل فيها احتمالان :

الأول : أن المضاربة مبنية عرفاً على حصول الاسترباح وبقاء المال بالتقليب في التجارة لا تلفه، فشرأ من ينعق عليه خارج عن ذلك، فلا تشملته المضاربة، وبالتالي لا يعمه المأذونية أيضاً، فيكون الشراء فضولياً وباطلاً . وهذا الاحتمال هو الأقرب في كلام الماتن رحمته، بل متعين كما لا يخفى وجهه .

الثاني : حتى إذا فرض عموم الإذن والمضاربة لذلك مع ذلك يحكم ببطان المضاربة ؛ لأن دليل صحتها الروايات الخاصة، وهي لا تشمل موارد عدم إمكان الاسترباح بالانعتاق القهري، فيكون باطلاً على القاعدة، فلا يملك العامل شيئاً من العبد المشتري لينعتق عليه، وإن كان مستحقاً لأجرة مثل عمله إذا كانت المضاربة مطلقة وكان فيها ربح للمالك - كما هو الصحيح - أو مطلقاً - كما هو مبني الماتن رحمته - .

وكلا الوجهين محل إشكال :

أما الثاني فلأنه أولاً - تقدّم أنّ مقتضى الأصل صحة المضاربة بالعمومات إلا ما خرج بالدليل .

وثانياً - بأنّ الربح في المقام حاصل أيضاً حدوثاً، فتشمله الروايات الخاصة ، غاية الأمر في طوله يكون الانعتاق والتلف على العامل أو عليهما معاً، وهو لا ينافيه حتى عرفاً، ككل اتلاف للربح في طول حصوله مع الضمان للمالك . وأما الأوّل فقد يقال فيه بما تقدم الآن من أنّ الاسترباح حاصل في المقام بالشراء للمالك والعامل ، ولا أقل للمالك ، وإنّما الانعتاق اتلاف عليه يوجب الضمان ، وهو لا ينافي الاسترباح كأى اتلاف آخر في طول الملك .

إلا أنّ الانصاف صحة دعوى انصراف المضاربة والإذن بالتجارة فيها عن الشراء المستلزم لاتلاف رأس المال بنفس الشراء - ولو مع الضمان - فالمالك لا يرضى باتلاف ماله حتى من قبل العامل عالماً عامداً ولو على وجه الضمان ، ولا فرق في الاتلاف بين الاتلاف التكويني أو الشرعي الناشئ من فعل العامل . إلا أنّ هذا مخصوص بصورة العلم والشراء المعلوم كونه اتلافاً للمال ، ولا يشمل ما يكون معذوراً فيه وغير ضامن له كما في سائر موارد التلف أو الوضيعة لرأس المال بدون تقصير من العامل ولا مخالفة لشرط المالك ، فلا بد من الحكم بالصحة في صورة الجهل كما في مورد صحيح محمد بن قيس ؛ لعدم كونه من الاتلاف ، وليس العنوان المتعلّق به النهي أو عدم الرضا عنوان شراء من ينعق على العامل لكي يقاس بموارد اشتباه العامل في أصل المضاربة والوكالة ، وإنّما عدم الرضا متعلّق بعنوان الاتلاف والتقصير أو التجارة الموجبة

له عن علم وعمد، فيكون المقام كشراء المعيب بالصحيح مع الجهل دون العلم .
والفرق بين المقام وبين ما تقدم في المسألة السابقة حيث لم نفرق فيه بين العلم والجهل أنّ الشراء هناك كان موجبا لفوات المال على المالك بلا ضمان لا من العامل لأنّه كان مأذونا ولا من العبد المعتقد بالاستسعاء ؛ لأنّه أبو المالك ، فلم يكن الإذن من المالك فيه إلاّ مساوقاً مع اتلافه بنفسه لمال نفسه ، وهذا خارج عن المضاربة موضوعاً على كل حال ما لم يصرّح بخلافه - على ما تقدّم - بخلاف المقام الذي فيه ضمان وحفظ لمال المالك على كل حال ، فيكون مقتضى القاعدة بطلان المضاربة مع العلم من قبل العامل ؛ لأنّه غير مأذون فيه ومنصرف عن متعلّق المضاربة والصحة في صورة الجهل من دون ضمان على العامل بل الضمان على العبد يستسعى في مال المالك ، وكذلك الصحة في صورة إذن المالك بذلك على وجه الضمان فيضمن العامل حصة المالك بناءً على السرية في الانعتاق .

ثمّ إنّ بعض الأعلام من أساتذتنا العظام رحمهم الله منع أيضاً عن البطلان هنا من جهة أخرى هي عدم الدليل على السرية ؛ لأنّ الدليل إن كان أدلّة السرية في باب عتق أحد الشريكين لحصته الموجب للسرية لحصة الشريك الآخر فهذا مخصوص بباب العتق لا الانعتاق القهري ، وإن كان الدليل صحيح محمّد بن قيس الآتي فهو وارد في الجاهل لا العالم ، فيحكم ببقاء العبد في المقام مسبعضاً في صورة العلم ، ويكون الشراء صحيحاً وبقاء حصة المالك على ملكه وكونه من مال المضاربة ؛ لأنّه يكفي فعلية الربح والاسترباح للمالك لشمول أدلّة المضاربة وصحتها .

ويلاحظ عليه: أولاً - أن هذا خلاف ما يستفاد من روايات عتق أحد الشريكين من أن ذلك إفساد على شريكه الآخر ونحو ذلك من التعليقات العامة الدالة على أن انعتاق جزء العبد أو الأمة يوجب زوال رقية بعضه الآخر بالسراية قهراً كحكم شرعي كلي من دون فرق بين العتق الاختياري أو القهري، فراجع وتأمل.

وثانياً - استفادة الإطلاق أو الفحوى من صحيح محمد بن قيس فإنه وارد في الانعتاق القهري فإذا فرض السراية فيه في فرض الجهل فكذلك الحال في فرض العلم؛ إذ لا يحتمل الفرق بينهما من حيث السراية، وليس قيد عدم العلم في الرواية وارداً في كلام الإمام عليه السلام ولا هو مربوط بالسراية ليقال باحتمال الفرق بين صورتَي الجهل والعلم في سراية الانعتاق القهري، بل ذكر السائل لهذا القيد إما من جهة أنه في فرض العلم لم يكن يقدم العامل على شرائه لأنه بصدد الاسترباح، أو لأنه كان يريد فرض معذورية العامل وأنه لا يكون ضامناً لتلف رأس المال، أو لأنه لم يكن يصح شراؤه إذا كان عالماً، لأنه لم يكن مأذوناً في الشراء المتلف لمال المالك عليه عالماً عامداً ولو مع الضمان فيقع فضولياً باطلاً. ثم إن ظاهر عبارة التقريرات^(١) أن القول بالسراية يوجب بطلان المضاربة حتى مع ضمان مال المالك؛ لأنه على خلاف الاسترباح المطلوب من المضاربة، وهذا لازمه القول ببطلان المضاربة في صورة شراء العامل لأحد عموديه جهلاً أيضاً، حيث ثبت فيه السراية بالصحيحة مع أن الصحيحة تدل

على الصحة لا الفساد، كما تمسك به الماتن والمشهور، فهناك تشويش في العبارة فلاحظ.

وثالثاً - ما تقدّم من انصراف الإذن من المالك عن شراء عبد يعلم بانعقائه وتلفه ولو بعضاً على العامل، بل هو يريد شراء مال لا يتلف ولا يتبعّض في طول الشراء؛ لأنّه مضر بماله لما في التبعّض من العيب في باب العبيد.

وهكذا يظهر أنّ مقتضى القاعدة صحة شراء من ينعق على العامل بمال المضاربة أمّا مطلقاً أو في حال الجهل، وشمول إطلاق المضاربة له، غاية الأمر يكون العامل ضامناً لذلك في صورة العلم لو قلنا بشمول المضاربة له.

ولا يقاس بصورة شراء من ينعق على المالك لعدم ربح فيه للمالك أصلاً لو قيل بالبطلان فيه مطلقاً أو في صورة عدم الإذن من المالك كما هو واضح.

المقام الثاني: في مقتضى الرواية الخاصة، وهي موثق محمد بن قيس المتقدمة.

والبحث فيه من جهات :

١ - اختصاص الصحة بفرض الشراء جهلاً لورود الرواية في ذلك، وعليه يحمل كلام الأصحاب.

إلا أنّ الصحيح كما أشرنا ورود القيد المذكور في السؤال لا في كلام الإمام عليه السلام، فلا ظهور له في القيدية. نعم، لا إطلاق للجواب عندئذٍ، فلا بد من الرجوع إلى مقتضى القاعدة، فإذا كان إذن من المالك بشراء العامل لمن ينعق على العامل وفرض إطلاق المضاربة لو قيل بكفاية الربح المضمون للمالك في ذلك صحّ الشراء وحصل الانعقاد بالسراية وضمن العامل حصة المالك.

وإن لم يكن إذن في البين كان الشراء فضولياً باطلاً ما لم يجز المالك بناءً على عدم شمول روايات صحة المضاربة مع ضمان العامل لأمثال المقام، ومع الإجازة أيضاً يكون كلاً له ولا شيء منه للعامل لكي ينعقد عليه .

٢- لا اختصاص للحكم بما إذا كان المشتري أبا للعامل، بل يعم شراء كل من ينعقد عليه، وإن كان الوارد في الرواية شراء الأب لحمل ذلك على المثالية وأن النظر إلى من ينعقد عليه، وهذا صحيح .

٣- لا اختصاص للحكم بما إذا كان ربح العامل بنفس شراء العبد، بل يعم ما إذا كان سابقاً على الشراء في رأس المال؛ لعدم الفرق، بل أوضحية الانعتاق عليه في ذلك .

٤- قيد الماتن الحكم باستسعاء العبد المعتق على السراية بما إذا لم يكن العامل موسراً، وإلا ضمن ذلك للمالك؛ وذلك جمعاً بين الأدلة، وكأن نظره إلى ما دلّ على التفصيل بين الاعسار والايثار في ضمان عتق حصة الشريك بالسراية. إلا أن هذا لو تم في باب عتق أحد الشريكين لحصة نفسه فلا يجري في المقام؛ لصدق الاتلاف والافساد هناك على شريكه، بخلافه هنا، فإن المفروض فيه عدم الضمان على العامل لو أخطأ في التجارة بعد فرض عموم المضاربة على القاعدة، كما أن الرواية مطلقة أيضاً من هذه الناحية .

نعم، لو لم تكن المضاربة صحيحة وشاملة لصورة الجهل وكان الحكم بصحتها تعدياً بحكم هذه الرواية مع صدق الاتلاف ولو غير العمدي على العامل كان وجه للتفصيل المذكور .

إلا أنك قد عرفت عدم صحة ذلك، بل من المستبعد جداً أن يكون الحكم

بصحة المضاربة في مورد الرواية تعدياً مع عدم رضا المالك وإذنه بشراء من ينعق على العامل واقعاً بنحو الحيثية التقيدية كما لا يخفى وجهه .

٥ - لو تجدد الربح في العبد المشتري بعد الشراء وقبل أن يباع أيضاً انعتق ؛ لشمول إطلاق الرواية له ، وهو مقتضى القاعدة أيضاً ؛ لأنه بمجرد يملك العامل نسبة منه فينعق عليه ويسري الانعتاق لحصة المالك على القول بعمومه ، كما هو المستفاد من أدلته .

٦ - لو تجدد الربح في الأعيان الأخرى المشتراة برأس المال ولم تزد قيمة العبد المشتري أيضاً انعتق على القاعدة بنفس النكته ، ويمكن استفادة ذلك من إطلاق الرواية أيضاً إذا اعتبرنا زيادة قيمة العبد معرّفاً وطريقاً لتملك العامل شيئاً من العبد المشتري بسبب ذلك فيحمل على المثالية لا محالة ، وأن كل ما يوجب تملك العامل مقداراً من العبد المشتري وكان ممن ينعق عليه انعتق سواء كان ذلك بارتفاع قيمة العبد المشتري أو غيره فالميزان أن يملك العامل ذلك . وهذا الاستظهار تام أيضاً إذا تم أصله الموضوعي وهو اشتراك العامل بظهور الربح بمقدار حصته مشاعاً في مجموع رأس المال لا خصوص ما حصل فيه ربح منه . وقد ناقش في ذلك بعض أساتذتنا رحمهم الله بمناقشتين :

احدهما - أنه لا دليل على اشتراك العامل مع المالك بمقدار حصته من الربح الحاصل في جميع رأس المال ، بل في خصوص ما ربح فيه .

الثانية - ان إطلاق مفهوم صحيح محمد بن قيس ينفي ذلك ؛ لأنه يدل على أنه لو قوّم العبد ولم يزد درهماً فلا ينعق ، سواء زادت قيمة سائر أموال المضاربة أم لا .

وكلا المطلبين غير تام، أمّا الثاني فواضح؛ إذ كلام الإمام جواب على سؤال افترضه السائل، وهو أنّ رجلاً دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة فاشترى به أباه وهو لا يعلم، ومن الواضح ظهوره في شراء الأب بتمام المال، فلانظر للرواية إلى فرض وجود مال آخر للمضاربة دفع فيه ربح للعامل ليتم إطلاق في المفهوم.

هذا مضافاً إلى أنّ المفروض معرفية هذا العنوان إلى تملك العامل لجزء من العبد المشتري الذي هو أباه، فكأنّ الشرطية أنّه إذا ملك شيئاً من أبيه من باب كونه ربحاً أعتق، فالحكم المعلق هو الانعتاق لا أنّه متى يملك ومتى لا يملك، فإنّه الشرط وليست الشرطية بصدد بيان موضوعها ليتمسك بالاطلاق فيها.

وأما الأوّل فلأنّ مبنى المضاربة عقلياً وعرفاً على ملاحظة الربح مشاعاً في تمام رأس المال لا جزئه الذي اشترى به؛ ولهذا لا يحق للعامل إذا أريد القسمة أن يطالب تمام حصته من الربح من جزء معيّن من المال.

ولعلّ هذا هو ظاهر روايات المضاربة أيضاً، فإنّ قوله عليه السلام: «الربح بينهما» ظاهر في أنّ ربح تمام المال أي الزائد على رأس المال المعطى في المضاربة يكون بينهما، وظاهره الاشاعة.

فالحاصل: لا ينبغي الإشكال في أنّ النظر العرفي يقتضي ملاحظة الربح مضافاً إلى تمام رأس المال، وكذلك الخسارة؛ ولهذا أيضاً لا يقال إنّ المضاربة ربحت إذا كان هنا ربح في جزء من رأس المال وخسارة بمقدارها أو أكثر في جزئه الآخر، وهذا واضح.

فالصحيح ما عليه الماتن عليه السلام.

ثم إن الماتن تَبَيَّنَ لم يتعرّض لما إذا خسر العامل بعد شراء أبيه بمال المضاربة في تجارة أخرى به بمقدار ذلك الربح أو أكثر، فهل يوجب عدم الانعتاق أم لا؟

الصحيح هو التفصيل، فإنه تارة تكون الخسارة قبل شراء الأب أو الربح فيه بارتفاع قيمته أو حينه، وأخرى تكون بعد ذلك.

ففي الأوّل لا إشكال في عدم الانعتاق لعدم الربح، وعدم ملك العامل شيئاً.

وفي الثاني إن قلنا بأن مجرد ظهور الربح لا يكفي في تملك العامل وأن الخسارة اللاحقة تكشف عن عدم التملك من أوّل الأمر؛ لأنّ عدمها شرط بنحو الشرط المتأخر في أصل التملك فأيضاً لا يثبت انعتاق وإن قلنا بأن العامل يملك الربح بمجرد ظهوره وأنّ عدم الخسارة اللاحقة شرط في استقراره لا في أصل التملك، فالظاهر عندئذٍ تحقق الانعتاق وضمن العامل للمالك مع العلم وإذن المالك وضمن العبد ذلك بالاستسعاء مع الجهل.

ولا يتوهم أنّ إطلاق صحيح محمّد بن قيس يقتضي الانعتاق سواء حصلت خسارة بعد ذلك أم لا، فيكون دليلاً على صحة المبني القائل بتحقيق الملك بمجرد ظهوره، فإنه قد تقدم أنّ الصحيحة ليست في مقام البيان من ناحية الشرط، لكي يتم الإطلاق فيه، وإنما بصدد بيان الانعتاق على تقدير الملك مع التصدي لفرض تحققه في مورد السؤال بتحقيق زيادة درهم في قيمة العبد، وهذا واضح.

سألة ٤٦: قد عرفت أنّ المضاربة من العقود الجائزة، وأنه يجوز لكلّ منهما الفسخ إذا لم يشترط لزومها في ضمن عقد لازم [١]، بل أو في ضمن عقدها أيضاً.

ثمّ قد يحصل الفسخ من أحدهما وقد يحصل البطلان والانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها، أو لعدم إمكان التجارة لمانع أو نحو ذلك، فلا بدّ من التكلّم في حكمها من حيث استحقاق العامل للأجرة وعدمه، ومن حيث وجوب الإنضاض عليه وعدمه إذا كان بالمال عروض، ومن حيث وجوب الجباية عليه وعدمه إذا كان به ديون على الناس، ومن حيث وجوب الردّ إلى المالك وعدمه، وكون الأجرة عليه أو لا.

فتقول: إمّا أن يكون الفسخ من المالك أو العامل، وأيضاً إمّا أن يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدّماتها، 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 طيّ مسائل:

[١] تقدّم البحث عن عدم صحة هذا الشرط - بمعنى عدم وجوب الوفاء به إلا إذا كان ضمن عقد لازم وكان الشرط عدم فعل الفسخ لا لزوم المضاربة الإذنية - مفصلاً.

كما تقدّم أنّ الجواز في المضاربة الإذنية الجائزة إنّما يكون بالنسبة لما يأتي من المعاملات لا لما تقدم وحصل فيه ربح، فإنّه لازم إلا مع جعل الخيار أو تخلف الشرط والقول بصحة جعله فيها، وقد تقدّم الإشكال في ذلك.

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 والإنضاض 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 [١] أو يشترط العامل على المالك شيئاً إن لم يحصل ربح [٢].

[١] تقدم عدم صحة هذا الشرط أيضاً على القاعدة وبمقتضى الرواية الخاصة، فإنها وإن كانت واردة فيمن ضمن تاجراً أي العامل المضارب تمام رأس المال لا تنصيف الخسارة، إلا أنه لا فرق من هذه الناحية، فيكون مفاد الرواية أن أي مقدار من رأس المال كان مضموناً على العامل لم يستحق المالك شيئاً من ربحه، وبناءً عليه يصح أن يقال أنه في المقام يكون هذا معناه تضمين العامل نصف رأس المال، فيكون نصف الربح له بتمامه والنصف الآخر على تقدير الربح بينهما أي يكون نصف رأس المال مشاعاً قرضاً ونصفه الآخر مضاربة، فتدبر جيداً.

[٢] قد يقال بأن هذا الشرط أعني اشتراط العامل على المالك أن يضمن أجره عمله على تقدير عدم الربح لا محذور فيه، ولا يقاس بشرط ضمان العامل لخسارة رأس المال؛ وذلك لأن بطلان الثاني إما من جهة أن الشرط المذكور مخالف لحكم الشارع بأن الأمين ليس بضامن والعامل أمين، فهذا لا يتم في طرف شرط العامل على المالك كما هو واضح، أو من جهة الرواية الخاصة الدالة على أن العامل لا يضمن، وأنه من ضمن تاجراً لم يكن له من الربح شيء، وهذا أيضاً مختص بالشرط على العامل لا على المالك.

.....

وإما يكون من جهة ما يظهر من كلمات بعض أساتذتنا الأعلام رضي الله عنهم من أنّ الشرط ليس مشرعاً فلا بد من ثبوت مشروعية المشروط بدليل آخر ليثبت صحته ونفوذه بسبب الشرط ، ولا يمكن التمسك ابتداءً بأدلة الشرط ؛ لأنه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية .

فالجواب : إنّ مشروعية استحقاق الأجرة في مقابل العمل المقدم للغير وعلى ماله ثابت في الشرع ولو بمثل أدلة الإجارة ، فالمشروعية محرزة ، وهكذا يقال بصحة اشتراط الأجرة على المالك من قبل العامل على تقدير عدم الربح .

إلا أنّ الانصاف عدم تمامية الشرط المذكور ؛ لأنه مخالف لمقتضى عقد المضاربة ، بل لحقيقته ؛ لأنّ هذا معناه أنّ العامل يطلب في قبال عمله الأجرة على كل حال ، غاية الأمر يجعلها أجرة المثل على تقدير عدم الربح ، وحصته من الربح على تقديره ، وهذا مناف مع روح المضاربة وحقيقتها التي هي إما اشتراك بين المال والعمل أو عقد اذني كالجعالة يكون الجعل فيها في قبال تحصيل الربح لا في قبال نفس العمل على كل تقدير ، وإلا كان إجارة وتمليكاً للعمل ، وهو خلاف حقيقة المضاربة .

ولعلّ ظاهر الروايات الدالة على أنّ الربح بينهما والوضعية على المالك أيضاً عدم استحقاق العامل لأجرة عمله على تقدير عدم الربح ، فالأظهر بطلان هذا الشرط أيضاً إذا كان بعنوان شرط ضمان أجرة عمل العامل بنحو شرط النتيجة لا دفع مال إليه بنحو شرط الفعل .

وربما يظهر من إطلاق بعضهم ثبوت أجرة المثل مع عدم الربح، ولا وجه له أصلاً؛ لأنّ بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجمالة [١].

الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح فلا أجرة له لما مضى من عمله، واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام لا وجه له أصلاً [٢] وإن كان من المالك أو حصل الانفساخ القهري ففيه قولان:

[١] فيكون من الاقدام على المجانية في هذا التقدير من قبل العامل. وهذا كما يصحّ في صورة الانفساخ يصح في صورة بطلان المضاربة أيضاً إذالم يكن ربح في البين مع أنّ المصنف حكم فيه سابقاً بضمان أجرة المثل؛ ولعلّه لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده المختصّ بمورد البطلان.

ولكن تقدّم رجوعها إلى نفس النكته - أعني الاقدام وعدم الاقدام على المجانية - فمن يرى أنّ اقدام العامل على المجانية في صورة عدم الربح يكون معلقاً على فرض صحة المضاربة وعدم انفساخها لا بدّ وأن يحكم بضمان أجرة المثل في المقامين.

ثمّ إنّ هذا كلّه في المضاربة الإذنية، وأمّا العهدية اللازمة فالفسخ أو الانفساخ أو الفساد فيه يوجب ضمان المالك لما استوفاه من عمل العامل أو كان بأمره كما في باب الإجارة على الأعمال إذا انفسخت الإجارة أو كانت فاسدة.

[٢] لأنّه أقدم على المجانية في فرض عدم الربح لو كان بفسخ نفسه؛ لأنّه المقدم على ذلك والمفوّت على نفسه الربح المحتمل لو كان مستمراً في العمل.

أقواهما العدم أيضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء إلا الربح، ولا ينفعه بعد ذلك كون إقدامه من حيث البناء على الاستمرار [١].

[١] ولا يتوهم الضمان بملاك التفويت للمنع عنه كبرى وصغرى، حيث لا دليل على أن عنوان التفويت موجب للضمان، بل الاتلاف هو الموجب له، وهو فرع وجود المال وفعليته. كما أنه لو سلم فهو في التفويت بلا حق، لا مثل المقام الذي يكون فيه التفويت بحق؛ لأن المضاربة إذنية جائزة للطرفين. نعم، يمكن للعامل أن يشترط ضمان أجره عمله إذا فسخ المالك في الأثناء - بناءً على صحة ونفوذ الشرط ضمن المضاربة الإذنية - وليس فيه محذور ولا منافاة مع حقيقة المضاربة كما لا يخفى وجهه؛ لأنه في طول انفساخها.

ويمكن أن يقال بأن الإقدام على المجانية من قبل العامل مخصوص بفرض انتهاء مدة المضاربة وانكشاف عدم الربح، أو كون الفسخ من قبله لا من قبل المالك، وإلا ضمن المالك مقدار ما صرفه من العمل ولو في مقدمات التجارة، فيثبت هذا المقدار من الضمان على القاعدة؛ لأن طلب المالك لعمل العامل كان بهذا النحو، فيكون موجبا للضمان فيما زاد على مقدار المجانية.

والحاصل: كما أنه إذا كان إذن المالك في التصرف في المال مشروطاً أو مقيداً بشرط فهذا يوجب ضمان العامل على تقدير المخالفة؛ لكونه غير مأذون فيه كذلك إذا كان إذن العامل باستيفاء المالك لعمله مشروطاً أو مقيداً بشرط وخالفه المالك كان ضامناً لأجره عمله؛ لأنه لم يأذن باستيفائه مجاناً على هذا التقدير ولو لم يكن ربح.

الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالك وصرف جملة من رأس المال في نفقته فهل للمالك تضمينه مطلقاً، أو إذا كان لا لعذر منه وجهان، أقواهما العدم؛ لما ذكر من جواز المعاملة وجواز الفسخ في كل وقت، فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه [١].

وهذا ثابت على القاعدة في الطرفين، وهو من تقييد الإذن في الاستيفاء والتصرف لا الشرط ضمن عقد إذني ليقال بعدم لزومه. نعم، هذا مخصوص بموارد احتمال الربح لو استمر لا مورد القطع بعدمه على كل حال.

[١] الصحيح هو التفصيل بين الفسخ من قبل العامل وبين الانفساخ القهري أو من قبل المالك، ففي الأوّل يشترط المالك الضمان على العامل، ولا ينافي ذلك ما تقدّم من عدم ضمان العامل للخسائر؛ لأنّ ذلك على تقدير المضاربة لا فسخها كما هو واضح.

ويمكن تخريجه أيضاً على أساس أنّ الإذن والمضاربة مقيدة بعدم الرجوع لا لعذر، فإذا رجع انكشف أنّه لم يكن مأذوناً فيه ومن ناحية المضاربة من أوّل الأمر فيكون ضامناً للخسائر والنفقات للمالك على القاعدة، بل وبالروايات الخاصة الدالّة على أنّه إذا خالف شرط المالك كان ضامناً لما يتلف من رأس المال، وهذا واضح. وعندئذٍ يقال بوجود مثل هذا الشرط أو القيد ارتكازاً.

وفي الثاني أعني الانفساخ القهري أو من قبل المالك بل والفسخ لعذر كالمرض ونحوه لا يثبت ضمان؛ لعموم المضاربة وعدم صحة الاشتراط، لأنّه يرجع إلى تضمين العامل، وقد تقدّم عدم جوازه.

الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح وبالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك ببيع ونحوه، وإن احتمل تحقق الربح بهذا البيع، بل وإن وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح. نعم، لو كان هناك زبون بان على الشراء بأزيد من قيمته لا يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه؛ لأنه في قوة وجود الربح فعلاً، ولكنه مشكل مع ذلك؛ لأن المناط كون الشيء في حد نفسه زائد القيمة، والمفروض عدمه [١].

[١] الوجه في كل ذلك أن العامل لا يملك إلا ما يكون في العروض من الربح، وهو فرع أن يكون هناك ارتفاع في قيمته السوقية لا مجرد وجود مشترٍ بأكثر من قيمته على كل حال، فإنه من إمكان تحصيل الربح ببيعه، لأنه ربح بالفعل، فلا حق للعامل فيه، ولو باعه كان الربح كله للمالك لانحلال المضاربة. هذا، ولكن يمكن دعوى وجود شرط ضمني ارتكازي على بقاء حق البيع للعامل إذا كان المال بعد غير مسترجع إلى المالك إما لوجوب الإنضاض عليه - على القول به - أو لأنه من مستتبعات المضاربة حتى إذا كان انفساخاً فضلاً عما إذا كان الفسخ من قبل المالك. وإن شئت قلت: إن الانحلال بالفسخ إنما يكون بعد استرداد المال إلى المالك في الزمان المتعارف، فما يقع في الأثناء إلى أن يرد إليه مما هو من لوازم المضاربة عادة أيضاً يكون الربح الحاصل فيه بوجود زبون يشتره بأكثر من قيمته داخلاً في أرباح المضاربة، فكما تكون الخسارة في الأثناء مجبورة من الربح الحاصل مثله ولو كانت بعد الفسخ على ما تقدم منا حماية لمال المالك فكذلك يرى أن هذا من حق العامل، فكأنه ربح محقق على تقدير البيع، فلا يبعد جواز إجبار المالك على بيعه أو إعطاء حصة العامل منه.

وهل يجب عليه البيع والإنضاض إذا طلبه المالك أو لا؟ قولان، أقواهما عدمه .

ودعوى أن مقتضى قوله عليه السلام: « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » وجوب ردّ المال إلى المالك كما كان، كما ترى [١].

[١] إذ مضافاً إلى عدم ثبوت الحديث المذكور سنداً أنه لا يشمل المقام؛ لأنّ موضوعه الأخذ العدواني، فلا يشمل اليد الأمانة، كما أنّ محموله الضمان والرد لا التبديل .

وإن شئت قلت: إنّ البدل هنا هو ملك المالك بعد فرض كون الشراء باذنه، فلا يقتضي الحديث إلّا رده لا بيعه، وهذا واضح .

نعم، هناك نكتة أخرى قد تقتضي وجوب الإنضاض على العامل وهي وجود شرط ضمني بالإنضاض على العامل لو أراد المالك ذلك حتى بعد الفسخ، وهذا الشرط نفوذه يمكن أن يكون على أساس الشرط الضمني لو قلنا بلزومه ولو ضمن العقد الجائز، ولا يقدر فيه انحلاله؛ لأنّ الشرط في طول الانحلال ومعلّق عليه، ممّا يعني أنّه راجع إلى الحصة الحدوثية للعقد وهو غير منحل، وإنّما الانحلال بلحاظ البقاء، فيكون نافذاً بنفوذ الحصة الحدوثية، أو يقال بأنّ هذا مرجعه إلى التقييد، وأنّ المالك من أوّل الأمر يأذن للعالم بالاتّجار مشروطاً بأن يرجعه إليه كما دفعه له إذا أراد، لا على شكل عروض، فيدخل ذلك في عهدة العامل لا لحديث على اليد الذي عرفت عدم صحة سنده، بل من جهة عدم الرضا وعدم الإذن من أوّل الأمر بغير ذلك، وهو كاف في لزوم الانضاض إذا كان الإذن مقيداً به .

الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده وبالمال عروض، فإن رضياً بالقسمة كذلك فلا إشكال، وإن طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته [١] وإن احتمل ربح فيه خصوصاً إذا كان هو الفاسخ وإن طلبه المالك ففي وجوب إجابته وعدمه وجوه ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقداً فلا يجب، وبين عدمه فيجب؛ لأنّ اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملاً بقوله طائلاً: «على اليد».

والأقوى عدم الوجوب مطلقاً وإن كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفاً على الإنضاض، ولعله يحصل الخسارة بالبيع؛ إذ لا منافاة، فنقول: لا يجب عليه الإنضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه، لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة بل أو بعدها يجب جبرها بالربح حتى أنه لو أخذه يستردّ منه [٢].

[١] لأنّه مال المالك وهو مسلّط عليه، غاية الأمر يملك العامل مقدار حصته من الربح منه إمّا بنحو الشركة في المالية أو العين، فله حق المطالبة بالقسمة لا أكثر.

نعم، لو قبلنا الشرط الارتكازي المتقدم فيثبت حق الإيجاب هنا أيضاً فيما إذا كان يحتمل الربح ليحصل العامل على الربح الزائد، ومرجعه إلى أنّ هذا الربح أيضاً داخل ضمن القسمة بمقتضى الشرط الضمني، أو بقاء المضاربة ما لم ينض المال، ولا فرق في ذلك بين كون الفاسخ هو العامل أو المالك.

[٢] أمّا بطلان التمسك بقاعدة اليد فقد عرفت الوجه فيه، وأمّا ما ذكره من عدم الدليل على وجوب البيع على العامل بعد فرض انفساخ المضاربة فهذا

صحيح فيما إذا لم يكن هناك شرط ضمني ارتكازي أو قيد في الإذن وعقد المضاربة يقتضي الإنضاض على العامل وردّ رأس المال كما كان إليه فيما إذا أراد المالك ذلك .

وقد تقدّم وجود مثل هذا الشرط أو القيد في الارتكاز العرفي .
ثمّ إنّه لا وجه لما ذكره السيّد الماتن من أنّه إذا حصلت الخسارة بعد القسمة والفسخ جبرت من الربح بحيث يسترد من العامل، فإنّ هذا لا وجه له بعد أن كانت المضاربة منحلة ومنتهية بالفسخ وحصول القسمة معاً، فإنّه كما إذا كانت الخسارة بيد المالك بعد تمامية المضاربة ولا معنى لبقاء انجبارها بالربح السابق إلا إذا وجب الإنضاض على العامل .

نعم، لو قيل بأنّ الشرط الضمني أو بناء المضاربة الارتكازي ليس على التزام العامل بالإنضاض، وإنّما على أنّه لو لم يبيع واضطر المالك أن يبيعه بنفسه فلو حصلت خسارة نتيجة ذلك ومن أجل استرداد رأس المال نقداً كانت تلك الخسارة أيضاً منجبرة من الربح الحاصل سابقاً تمّ ما ذكره الماتن رحمته من أنّه لا يجب الإنضاض على العامل ولكن لو باعه المالك لاسترداد رأس ماله فخرس إلى ذلك الحين كان الربح السابق وقاية لها، ونحن لو لم نلتزم بشرطية الإنضاض على العامل عرفاً وارتكازاً فلا أقل من هذا الذي ذكره السيّد الماتن، ومعه يكون الانجبار على القاعدة كما لا يخفى وجهه .

ثمّ إنّ ما ذكره هنا خلاف ما اختاره في المسألة (٣٥ المتقدمة) في الفصل السابق، حيث اختار هناك الاستقرار بعد القسمة وقبل الإنضاض بناءً على عدم وجوبه على العامل فراجع .

السادسة: لو كان في المال ديون على الناس فهل يجب على العامل أخذها وجبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا؟ وجهان، أقواهما العدم، من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك [١].

السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيما مرّ من الأحكام [٢].

[١] هذا هو مقتضى القاعدة لولا الشرط الضمني أو القيد الارتكازي المتقدم بيانه من أن العامل يتعهد بارجاع رأس المال كما كان إلى المالك .
نعم ، ربما لا يكون هذا الشرط أو القيد شاملاً صورة فسخ المالك خصوصاً في المضاربة الموقته قبل انتهاء وقتها .

[٢] الصحيح هو التفصيل بين الحقوق والأحكام ، وفي الحقوق بين موت من له الحق وموت من عليه الحق ، وتوضيح ذلك :
إن الأحكام المتقدمة إن كانت من سنخ الأحكام التكليفية فإن كان من باب وجوب رد المال إلى مالكة فهذا يثبت للوارث والمورث على حد واحد ، فكما يجب مثلاً على العامل ردّ مال المالك إليه كذلك على وارثه ، وكما يجب على المالك اعطاء حصة العامل إليه بعد الفسخ لأنّه ماله وللعامل المطالبة به ، كذلك يجب عليه بالنسبة إلى ورثته ولهم حق المطالبة بها لكونها ملكاً لهم بالإرث وإن كان الحكم التكليفي ترخيصاً كالإذن مثلاً من قبل المالك في أن يبقى المال حتى بعد الفسخ عند العامل ، أو أن يبيعه من المشتري لو صادف ، فمثل هذا الحكم التكليفي لا معنى لانتقاله إلى وارث العامل لو مات ، كما لا معنى لبقائه للعامل لو مات المالك لانتقال المال إلى ورثته ، فلا بد من إذنه ، وهذا واضح .

وأما إذا كان الحكم من سنخ الحقوق، كما إذا قلنا بأن حق بيع المتاع بعد الفسخ شرط في ضمن العقد للعامل على المالك أو الإنضاض أو تحصيل الديون شرط من المالك على العامل حتى بعد الانفساخ، والشرط راجع إلى الحصة الحدودية من المضاربة التي لا تنفسخ بالموت، وإنما الانفساخ بمعنى ارتفاع الحصة البقائية، فيكون حقاً مالياً موروثاً كالخيار لا محالة، فإذا كان الميت هو من له الحق انتقل هذا الحق إلى ورثة الميت، سواء كان هو المالك أو العامل.

وأما إذا كان الميت من عليه الحق، كما إذا مات المالك وقلنا بحق البيع بعد الفسخ للعامل إذا كان المال عروضاً وفيه ربح، أو مات العامل وقلنا بوجود الإنضاض أو تحصيل الديون عليه، فلا وجه لبقاء الحق لمن كان له الحق على ورثة الآخر إذ لم يكن هذا الحق له على الورثة، بل على ملك الوارث أو عمله، وقد مات بحسب الفرض، فلا معنى لوجوب ذلك على الورثة.

هذا كله في المضاربة الإذنية، وأما العهدية فقد تقدّم أنه إذا لم تكن مباشرة العامل قيماً في المضاربة بقيت المضاربة نافذة وصحيحة حتى بموت العامل، كما في الإجارة على الاتجار بذلك المال ووجب على ورثته القيام بذلك، كما أنه إذا تخلف أحد الطرفين عن القيام بما يجب عليه ثبت الفسخ للآخر، أو انفسخت المضاربة كما في الإجارة على الأعمال، وكان ضامناً لما خسره الآخر بسبب ذلك نظير ما ذكرناه في الإجارة على الأعمال.

الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك وماله، فلا يجب عليه الإيصال إليه .
نعم، لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد المالك ولو كان بإذنه يمكن دعوى وجوب الردّ إلى بلده لكنّه مع ذلك مشكل [١]، وقوله عليه السلام: « على اليد ما أخذت » أيضاً لا يدلّ على أزيد من التخلية، وإذا احتاج الردّ إليه إلى الأجرة فالأجرة على المالك، كما في سائر الأموال .
نعم، لو سافر به بدون إذن المالك إلى بلد آخر وحصل الفسخ فيه يكون حاله حال الغاصب في وجوب الردّ والأجرة، وإن كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون إذنه [٢] .

[١] بل لا إشكال فيه بعد وجود الشرط الارتكازي المتقدّم، سواء كان ذلك من باب الشرط الضمني أو من باب تقييد الإذن والاستيمان .
وأما الاكتفاء بالتخلية في غير هذه الصورة فلأنّ الردّ يتحقق بذلك، وهذا بحث كبروي .

ولا يبعد فيه التفصيل بين ما إذا كان مأخوذاً من تحت يد المالك فلا بد من ردّه إليه وبين غيره، فيكفي التخلية، أو يفصل بين المنقول فيجب ردّه إليه وغير المنقول فيكفي التخلية، وتفصيله في محلّه .
[٢] كل ذلك على القاعدة؛ لأنّه غير مأذون في ذلك، فتشمله قاعدة اليد والضمان ووجوب ردّ المال إلى محلّه أو صاحبه في المال المنقول، وتفصيله في محلّه .

مسألة ٤٧: قد عرفت أنّ الربح وقاية لرأس المال من غير فرق بين أن يكون سابقاً على التلف أو الخسران أو لاحقاً، فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق وبالعكس، ثم لا يلزم أن يكون الربح حاصلًا من مجموع رأس المال، وكذا لا يلزم أن تكون الخسارة واردة على المجموع، فلو اتّجر بجميع رأس المال فخسر ثمّ اتّجر ببعض الباقي فربح يجبر ذلك الخسران بهذا الربح، وكذا إذا اتّجر ببعض فخسر ثمّ اتّجر ببعض الآخر أو بجميع الباقي فربح، ولا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها، فالربح مطلقاً جابر للخسارة والتلف مطلقاً ما دام لم يتمّ عمل المضاربة، ثمّ إنّ يجوز للمالك أن يستردّ بعض مال المضاربة في الأثناء، ولكن تبطل بالنسبة إليه، وتبقى بالنسبة إلى البقية، وتكون رأس المال، وحينئذٍ فإذا فرضنا أنّه أخذ بعدما حصل الخسران أو التلف بالنسبة إلى رأس المال مقداراً من البقية ثمّ اتّجر العامل بالبقية أو ببعضها فحصل ربح يكون ذلك الربح جابراً للخسران أو التلف السابق بتمامه مثلاً إذا كان رأس المال مائة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقي تسعون، ثمّ أخذ المالك من التسعين عشرة وبقيت ثمانون فرأس المال تسعون، وإذا اتّجر بالثمانين فصار تسعين، فهذه العشرة الحاصلة ربحاً تجبر تلك العشرة، ولا يبقى للعامل شيء، وكذا إذا أخذ المالك بعدما حصل الربح مقداراً من المال، سواء كان بعنوان استرداد بعض رأس المال أو هو مع الربح، أو من غير قصد إلى أحد الوجهين ثمّ اتّجر العامل بالباقي أو ببعضه فحصل خسران أو تلف يجبر بالربح السابق بتمامه، حتى المقدار الشائع منه في الذي أخذه المالك، ولا يختصّ الجبر بما عده حتى يكون مقدار حصّة العامل منه باقياً له، مثلاً إذا كان رأس المال

مائة فربح عشرة ثم أخذ المالك عشرة ثم أتجر العامل بالبقية فخسر عشرة أو تلف منه عشرة يجب جبره بالريح السابق حتى المقدار الشائع منه في العشرة المأخوذة، فلا يبقى للعامل من الريح السابق شيء، وعلى ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره المحقق وتبعه غيره من أن الريح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة لبطلان المضاربة بالنسبة إليها، فمقدار الخسران الشائع فيها لا يجبر بهذا الريح، فرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال المذكور لا يكون تسعين، بل أقل منه بمقدار حصّة خسارة العشرة المأخوذة وهو واحد وتسع، فيكون رأس المال الباقي تسعين إلا واحداً وتسع، وهي تسعة وثمانون إلا تسع، وكذا لا وجه لما ذكره بعضهم في الفرض الثاني أن مقدار الريح الشائع في العشرة التي أخذها المالك لا يجبر الخسران اللاحق، وأن حصّة العامل منه يبقى له ويجب على المالك رده إليه، فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور، بل قد عرفت سابقاً أنه لو حصل ربح واقتسماه في الأثناء وأخذ كل حصّته منه ثم حصل خسران أنه يستردّ من العامل مقدار ما أخذ، بل ولو كان الخسران بعد الفسخ قبل القسمة بل أو بعدها إذا اقتسما العروض وقلنا بوجوب الإنضاظ على العامل وأنه من تتمّات المضاربة [١].

[١] في هذه المسألة على طولها جهات ثلاثة :

الجهة الأولى - أن ما تقدّم من كون الريح وقاية لرأس المال لا يفرق فيه بين كون الريح بعد الخسران أو قبله، وكون الاتّجار ببعض المال أو بكلّه، والخسران أو الريح في الاتّجار ببعض أو بالكل.

وهذا كله على القاعدة المبني عليها المضاربة من حيث إن رأس المال المعطى بعنوان المضاربة للعامل لا بد وأن يكون محفوظاً بما يحصل من الربح ما لم تتم المضاربة . وقد تقدّم أنّ تمام المضاربة لا يكون بالفسخ ولا بالقسمة ولا بهما معاً ، بل بوصول رأس المال إلى صاحبه كأوله بنحو بحيث لا يكون التلف بعده من شؤون المضاربة والاتّجار بذلك المال عرفاً لكي ينجبر بالربح فتستقر ملكية العامل من الربح ؛ لأنّه ربح المضاربة وهو الذي يكون بينهما لا ربح كل جزء جزء من رأس المال مستقلاً عن الأجزاء الأخرى ، وهذا كله تقدّم .

الجهة الثانية - أنّه يجوز للمالك أن يسترد بعض مال المضاربة الإذنيّة - لا العهديّة اللازمة لأنّها خارجة عن منظور الماتن والمشهور - في الأثناء ، بأن يكون ذلك فسخاً للمضاربة الإذنيّة بمقدار ما أخذ بالنسبة إلى رأس المال المدفوع أولاً ، فإذا أعطاه مئة فخسر عشرة ثم أخذ المالك عشرة المضاربة الباقية رأس مالها تسعون لا ثمانون ، أي مئة ناقصاً منها عشرة ، فليس هذا فسخاً لأصل المضاربة السابقة وإيقاعاً لمضاربة أخرى على الباقي وهو ثمانون ، بل فسخ للمضاربة السابقة بمقدار عشرة من مجموع رأس مالها ؛ وذلك من أجل الانحلالية الثابتة في باب العقود الإذنيّة بلحاظ المال المأذون فيه من قبل المالك ، فإنّ الإذن في كل جزء من المال مستقل عن الإذن في جزئه الآخر فيمكن رفع الإذن عن البعض مع بقاءه في البعض الباقي على حاله ، وليس الإذن كالالتزام والعقد العهدي الذي لا يتعقل فيه التبعض في الفسخ والانتهاؤ .

وبهذا يختلف معنى الفسخ هنا عن الفسخ في العقود العهديّة بالخيار ،

والذي لا يعقل فيه التبعض ، فالفسخ هنا ليس بمعنى حل الالتزام ليقال بأنه التزام واحد اماً أن ينحل في جميع المال أو يبقى ، بل بمعنى رفع الإذن في الاتجار وهو بلحاظ أي جزء من المال مستقل عنه بلحاظ الجزء الآخر ، وهذا واضح .

ثم إن الاحتمالات ثبوتاً عديدة :

الأول : أن تنفسخ المضاربة في تمام المال كما في فسخ العقود العهدية ، وتحتاج المضاربة في الباقي إلى مضاربة أخرى .

وهذا الاحتمال إنما يصح إذا كانت المضاربة عهدية أو إذنية ، ولكن المأذون فيه وموضوع المضاربة بين العامل والمالك كان مقيداً بالمجموعة فلا يرضى أحدهما أو كلاهما بالمضاربة بالأقل من ذلك . إلا أن كلا هذين الفرضين خارجان عن منظور الماتن والمشهور .

الثاني : أن تبقى المضاربة في المقدار الباقي بعد الخسارة والاسترداد وهو الثمانون المتبقية بيد العامل في المثال ، ومبنى هذا الاحتمال افتراض أن المضاربة تكون بالنسبة للموجود من المال خارجاً بيد العامل بعد استرداد المالك لبعض رأس المال .

إلا أن هذا بلا موجب ؛ لوضوح أن العشرة التالفة قبل الاسترداد يعد من رأس المال المدفوع أولاً ، فيكون منجبراً بالربح لا محالة ، واسترداد المالك لعشرة من رأس المال بعد ذلك لا يوجب زوال حق ذلك الانجبار بوجه أصلاً ، فلا وجه لكسر أزيد مما استرده المالك من رأس المال ، فإذا ربح العامل عشرة كانت جابرة للخسارة الحاصلة قبل الاسترداد من رأس المال لا محالة .

الثالث : أن تبقى المضاربة في مجموع رأس المال المدفوع أولاً ناقصاً

.....

منه ما استرده المالك ، فيكون في المثل تسعون ، ولازم ذلك أنّ الخسارة الواقعة على رأس المال قبل الاسترداد تكون منجبرة بالريح اللاحق ، وأمّا إذا تلف ما استرده المالك في يده بعد الاسترداد فلا يُجبر من الريح اللاحق لخروجه بالاسترداد عن رأس مال المضاربة .

الرابع : أن تبقى المضاربة في مجموع رأس المال المدفوع أولاً حتى بعد الاسترداد ، فيكون رأس المال باقياً على حاله ويكون في المثل مائة ، وهذا يعني أنّ العشرة المستردة تكون من الريح ، وهذا لازمه أن يكون ما يأخذه مشاعاً بينهما وتلفه بلا تعدّد أو تفریط من كيسهما وهو خلف الفرض .

نعم ، يمكن أن يأخذه المالك بعنوان أنّه إذا لم يكن ربح فهو من استرداد بعض رأس المال ، وإذا كان ربح في البين فمن سهمه ويكون تلفه عليه ، إلا أنّ هذا رجوع إلى الاحتمال السابق لبناً وروحاً ، أي لا يجبر تلفه أو اتلافه من الريح اللاحق ، بل يكون من كيس المالك على كل حال ، وهو معنى نقصان رأس المال .

وهكذا يظهر أنّ المتعيّن من الاحتمالات هو الثالث ، أي إذا استردّ المالك بعض مال المضاربة في الأثناء تبطل المضاربة بالنسبة إليه وتبقى بالنسبة إلى البقية كما ذكره في المتن ؛ لأنّ المفروض أنّ المالك يأخذه بعنوان الاسترداد وأنّه يكون من كيسه وماله .

الجهة الثالثة - في أنّ الخسران الواقع على جميع المال بما فيه المقدار المسترد قبل الاسترداد هل يجبر بتمامه من الريح الحاصل فيما بعد أو المقدار المشاع المتعلّق بما استرد لا يجبر ، وكذلك في طرف الريح هل يكون الريح

المشاع الحاصل قبل الاسترداد وقاية لما يقع من الخسارة في الباقي فيما بعد أم لا؟ وجهان.

ففي المثال السابق بعد فرض خسارة عشرة من المائة تكون العشرة التي استردها المالك متحملةً للخسارة بنسبة واحد وتسع؛ لأنّ العشرة التالفة توزّع على التسعين فيلحق كل عشرة منها تسع منها فتكون الوضيعة في كل عشرة منها واحداً وتسع الواحد الذي هو تسع العشرة التالفة، فبناءً على القول بانجبار تمام الخسارة السابقة بالريح اللاحق كانت العشرة اللاحقة من الريح جابراً لتمام تلك النسب حتى التي في العشرة المستردة فتكون منجبرة بالريح، فلو ربح عشرة كانت كلّها للمالك وليس للعامل شيء.

وعلى المبنى الثاني يكون الانجبار بمقدار الخسران المتعلّق بالباقي عند العامل أي التسعين فقط وهو تسعة إلا تسع، والواحد والتسع الباقي ربح بينهما، فتكون العشرة المستردة مقدار الخسارة المتعلّقة بها غير منجبرة بالريح الحاصل فيما بعد؛ لخروج ذلك بالاسترداد عن المضاربة.

هذا في طرف الخسران، وكذلك الحال في طرف الريح، فلو ربحت المائة عشرة وأخذ المالك عشرة ثمّ خسر عشرة فعلى الأوّل تنجبر الخسارة بتمام الريح، فلا شيء للعامل. وعلى الثاني تكون العشرة الريح واحد منها ربح مستقر بينهما، فإذا خسر عشرة كان بمقدار التسعة منجبراً وبمقدار الواحد الباقي خسارة على رأس المال.

والتحقيق: أنّ في المسألة احتمالات، بل أقوالاً أربعة:

١ - ما ذكره الماتن من انجبار تمام الخسران، وكون تمام الريح وقاية في

.....

الصورتين ، وهذا هو الصحيح على ما سيظهر وجهه .

٢- ما ذكره جملة من الفقهاء كالعلامة في القواعد والتذكرة والمحقق الثاني في جامع المقاصد وهو محتمل الشرائع من عدم الانجبار وعدم الوقاية في صورتين .

٣- ما اختاره بعض الأعلام من أساتذتنا العظام رحمهم الله من التفصيل بين صورة الخسران فيجبر بتمامه من الربح الحاصل ، وصورة الربح ببالفسخ أو الاسترداد لا يكون مقداره المشاع وقاية للخسران اللاحق ^(١) .

٤- ما اختاره في المستمسك من التفصيل في الربح والخسران معاً بين فرض الفسخ بالاسترداد وبين ما إذا أخذه لا بعنوان الفسخ ولو صرفه المالك فخرج عن كونه مال المضاربة بانعدامه ^(٢) .

ولابد من ملاحظة مدرك كل من هذه الأقوال :

أمّا التفصيل الأخير فمدركه أنه في فرض ارادة الفسخ بالاسترداد يكون المال المسترد كالأجنبي ، فلا معنى لملاحظة ما تعلق به من الخسارة أو حصل فيه من الربح في الجبر والوقاية لما يتعلق بما في يد العامل ، وهذا بخلاف فرض عدم إرادة الفسخ وإن خرج بصرفه عن قابلية كونه من مال المضاربة ، فإنّ حاله حال ما يتلف من أبعاض رأس المال بيد العامل فيخرج عن قابلية كونه من مال المضاربة ومع ذلك تكون خسارته المتعلقة به منجبرة كنفسه .

١- شرح العروة الوثقى ٣١ : ١١٨ .

٢- مستمسك العروة الوثقى ١٢ : ٣٧٣ .

وفيه: أولاً - أنَّ صيرورة هذا المال كالأجنبي معناه أنَّ تلفه بيد المالك لا يكون مضموناً ولا منجبراً بربح الباقي، كما أنَّ ربحه بيده لو حصل فيه ربح بعد الاسترداد يكون له ولا يكون مربوطاً بالباقي، وأما الخسارة أو الربح الواقع قبل الاسترداد يكون منجبراً أو جابراً بتمامه لا بلحاظ كونه منسوباً إلى المقدار المسترد، بل باعتبار كونه منسوباً إلى رأس المال المدفوع أولاً والذي كان مضموناً بتمامه بالربح الحاصل بأيِّ جزء منه، إلا أن يفترض بطلان تلك المضاربة وتأسيس مضاربة جديدة في الباقي مع العامل، ولازمه عدم انجبار شيء من الخسران حتى المتعلّق بالباقي وهو خلف الفرض وخلاف تمام الأقوال.

وثانياً - أنَّ هذا ليس تفصيلاً في المسألة؛ لأنَّ فرض المسألة هو فرض انفساخ المضاربة فيما يسترده المالك، إمّا لقصده بالاسترداد ذلك أو لصرفه بنحو يخرج عن القابلية لكونه جزءاً من مال المضاربة، فيكون فسخاً عملياً، وأما بقاء المال المسترد جزءاً من مال المضاربة بحيث يمكن للعامل التصرف فيه والمعاملة عليه ما لم يتلفه المالك، فهو خارج عن فرض المسألة، فهذا التفصيل يرجع إلى القول الثاني لبناً وروحاً.

وأما التفصيل الآخر - القول الثالث - فمدركه دعوى انتهاء المضاربة في المقدار المسترد بالفسخ، ومعه يستقر ملك العامل لحصته من الربح في العشرة التي هي الربح فلا يكون جابراً لما يطرأ من الخسران بعد ذلك في رأس المال، سواء كان ما أخذه المالك بعنوان أنه جزء من رأس المال فقط أو من المجموع منه ومن الربح المشاع فيه؛ إذ لا فرق بينهما من حيث حصول الاستقرار في

ملك العامل لحصته من الربح الراجع إلى ذلك المقدار من رأس المال . وهذا إنما يصح في الربح ، وأما في طرف الخسران فحيث ان مقتضى المضاربة رجوع ما يدفعه المالك بعنوان رأس المال من غير نقص حتى إذا فسخ في البعض كما إذا تلف أو لم يتجر العامل إلاّ بالبعض ففسخه للبعض لا يعني عدم كون المضاربة الأصلية مبنية على رجوع رأس المال بتمامه إليه حتى على تقدير استرداده للبعض .

وفيه : إن أريد كفاية الفسخ وحده في استقراء ملك العامل لحصته من الربح فهذا خلاف مختاره وغير صحيح على ما تقدّم ، بل لا بد زائداً على ذلك من رجوع المال إلى المالك ، وإن أريد تحقق ذلك بالنسبة للمقدار المسترد فيكون الربح الموجود فيه مستقراً للعامل بمقدار حصته فهذا خلف ما ذكر في الشق الأول من التفصيل من أنّ الفسخ في البعض لا يعني عدم كون المضاربة الأصلية مبنية على رجوع رأس المال بتمامه إليه حتى على تقدير استرداد البعض ؛ إذ هذا البناء لازمه لا محالة أن أيّ ربح في أي جزء من أجزاء رأس المال لا يستقر للعامل إلاّ بعد ارجاع تمام رأس المال الأصلي للمالك ، فالاستقرار لملك العامل من العشرة التي هي الربح لا يتحقّق إلاّ بعد حفظ رأس المال الأصلي ، والفسخ الحاصل في العشرة المستردة - كما ذكرنا في الشق الأول - لا ينفي ذلك ، وإنما ينفي أن يكون الربح أو الخسران الحاصل في نفس العشرة المستردة بعد الاسترداد مربوطاً بالمضاربة ؛ لأنّها خرجت عنها بقاءً ، وأما حفظ رأس المال الأول للمالك بارجاع ما بقي منه بتمامه إليه فهو من مقتضيات المضاربة الأولى ، سواء حصل الفسخ بلحاظ بعض رأس المال بقاءً أم لم يحصل .

فالحاصل : فذلكة البحث في هذه المسألة مربوطة بالنكته التي ذكرناها في الشق الأول ، وهي أنّ رأس المال الأوّل مضمون بالربح بتمامه ، فلا بد وأن يردّ إلى المالك كلّما حصل ربح فيما يكون منه بيد العامل حتى إذا كان ربحاً للبعض لا لكل رأس المال ، وهذا كما يقتضي أن يكون الخسران الحاصل قبل استرداد بعض رأس المال منجبراً بتمامه من الربح اللاحق كذلك يقتضي أن يكون الربح الحاصل قبل الاسترداد جابراً لأيّ خسران يقع على ما بقي من رأس المال تحت يد العامل حتى يستردّ بتمامه ، وهذا يعني أنّه لا تستقرّ ملكية العامل في شيء من الربح حتى إذا استردّ المالك بعض رأس المال وانفسخت المضاربة فيه وبمقداره إلّا بعد استرداد المالك لتمام رأس ماله الأوّل - أي استرداد باقي رأس المال من العامل - لأنّ الربح الذي وجد قبل الاسترداد وجد جابراً لتمام رأس المال المائة ، فاستقرار حصة العامل منه منوط بعدم خسران شيء من رأس المال المائة ؛ لأنّه من أوّل الأمر ما زاد على المائة كان ربحاً بينهما ، واسترداد المالك لبعض المائة بعد حصول الربح وإنهاء المضاربة فيه لا ينفي ذلك ، وإنّما ينفي جبران الخسارة التي قد تقع في المقدار المستردّ بيد المالك بعد الاسترداد ، فإنّها التي لا تجبر بالربح السابق ، كما أنّه لو حصل فيه زيادة أو ربح يكون كلّه للمالك ، ولا يكون جابراً لما يقع من الخسارة على رأس المال الباقي بيد العامل ، وهذا واضح .

فهذه النكته لو تمت تمّ القول الأوّل بلا تفصيل ، وإلّا لم يتم هذا التفصيل أيضاً .

ولعلّه من هنا لم يفصل أحد بين صورة الربح والخسران .

وهكذا يدور الأمر بين القولين الأوّل والثاني .
 وقد استدلّ على القول الثاني بأنّ الاسترداد وفسخ المضاربة في المقدار المستردّ يجعله كالأجنبيّ ، فلا تكون الخسارة المتعلّقة بها - بناءً على توزيع الخسارة بنحو الاشاعة على جميع رأس المال كالريح - منجبرة بريح الباقي ، كما أنّ الربح الموجود فيه لا يكون جابراً لخسارة الباقي .
 وهذا البيان بهذا المقدار يلاحظ عليه :

أولاً - أنّ الاشاعة في الخسارة لا معنى له إلّا ملاحظة الخسارة الحاصلة ، وكأنّها ناقصة من كل واحدة من العشرات التسع الباقية بنسبة واحد .
 إلّا أنّ هذا مجرد لحاظ رياضيّ حسابي للخسارة ، وليس أمراً واقعياً ، أي ما تلف أو خسر كان متعيناً خارجاً وملكية فلا تعقل الاشاعة فيه ، وهذا بخلاف الاشاعة في الربح والزيادة الحاصلة المختلطة مع الأصل كما هو واضح ، فالتعبير بالخسارة المشاعة واستقرارها قياساً لها على الربح المشاع واستقراره لا محصل له .

وثانياً - ما تقدّم ذكره من أنّ الفسخ للبعض لا يعني فسخ الكل وإيجاد مضاربة جديدة في الباقي مع العامل ، وإلّا لم تكن باقي الخسارة منجبرة أيضاً ولا ربحه جابراً ، فالمضاربة الأولى باقية على حالها بالنسبة للباقي ، والمفروض أنّها مبنية على رجوع رأس المال المدفوع فيها بتمامه إلى المالك ثمّ تقسيم ما يزداد عنه من الأرباح ، سواء كانت حاصلة من جميع المال أو بعضه ، فما لم تنفسخ تلك المضاربة يكون اللازم ما ذكره الماتن من القول الأوّل .

وما ذكر من خروج ما استرد عن المضاربة مسلّم إلا أنه لا يستلزم عدم جبران الخسران عن رأس المال الأصلي، أو عدم جابرية الربح الموجود فيه؛ لما قد يخسر ممّا بقي منه بيد العامل وإنما يستلزم عدم جبران تلف ما استردّه المالك إذا حصل بعد الاسترداد بيده، كما أنّه لو حصل فيه نماء كان له، لا أكثر من ذلك.

وإن شئت قلت: إنّ هذا الخسران أو الربح له اضافتان: إضافة إلى البعض الذي استرد، وهما بهذا اللحاظ لا يدخلان في عملية الجبر والانجبار، وإضافة إلى تمام رأس المال المدفوع ضمن المضاربة الأصلية، وبهذا اللحاظ يدخلان في عملية الجبر لما تقدم من أنّ ربح البعض يجبر الخسران الواقع على الكل كما أنّ الربح المضاف إلى الكل يجبر الخسران الواقع بعد ذلك على البعض.

والتحقيق أن يقال: بأنّ هذا الأمر لو كان مؤدى دليل تعبدي لصح فيه ما ذكره الماتن رحمته تمسكاً بهذا العنوان الثابت بدليله.

إلا أنّ المسألة ليست كذلك، بل مبنى ما يقال من أنّ خسران الكل أو البعض يجبر بربح الكل أو البعض ما ذكر من أنّ بناء المضاربة على حفظ رأس مال المالك له بما يحصل فيه من الأرباح وتقسيم ما يكون زائداً عليه بينه وبين العامل، أي تقسيم الربح الخالص لا ربح كل جزء جزء.

وعندئذٍ لا بد وأن يرى هل أنّ هذا البناء مطلق أو أنّه منوط ومقيّد بأن لا يسترد المالك جزءاً مهماً من رأس المال يكون مؤثراً في الربح والخسارة؟ ولا شك في تعيين الثاني بحسب الارتكاز العرفي، بمعنى أنّ المالك

إذا استرد أكثر رأس المال مثلاً بعد تحقق الخسران أو الربح بعنوان الفسخ في جزء من رأس المال فلا يرضى العامل بأن يكون ما يحصله من الربح بالجزء الباقي جابراً لكل تلك الخسارة، أو ما يحصل من الخسران منجبراً بكل ذلك الربح.

وهذا يتضح إذا لاحظنا المثال التالي وهو ما إذا أعطاه مائة فخرس أربعين واسترد المالك ثلاثين فبقي عنده ثلاثون فربح بها أربعين، فإنه لا معنى لافتراض أن كل ما ربحه يكون للمالك، مع أنه لو كان لم يأخذ منه الثلاثين الأخرى لكان يربح بها أيضاً أربعين فيكون نصفه له.

والحاصل: حيث ان ما يسترد من أبعاض رأس المال يكون مؤثراً في الربح والخسران اللاحقين لرأس المال الباقي عند العامل، من هنا صح أن يقال بأن هناك شرطاً أو قيداً ارتكازياً بأن ما يريده المالك من رجوع تمام رأس المال قبل اقتسام الربح والذي هو مبنى كون الربح وقاية لتمام رأس المال مقيد بأن لا يرجع المالك عن المضاربة ولو في بعض رأس المال، وإلا لم يكن له ذلك إلا بالنسبة لما بقي من رأس المال في المضاربة.

ومثل هذه الدعوى قريبة من الارتكاز العرفي جداً، إلا أنه لا يوجب عدم الجبر والانجبار بنسبة ما يسترده إلا إذا كان الرد من قبل المالك لا العامل، والله العالم بحقائق الأمور.

مسألة ٤٨: إذا كانت المضاربة فاسدة فإمّا أن يكون مع جهلها بالفساد أو مع علمها، أو علم أحدهما دون الآخر، فعلى التقادير الريح بتمامه للمالك لإذنه في التجارات، وإن كانت مضاربه باطلة. نعم، لو كان الإذن مقيداً بالمضاربة توقف ذلك على إجازته، وإلا فالمعاملات الواقعة باطلة، وعلى عدم التقيّد أو الإجازة [١] يستحقّ العامل مع جهلها لأجرة عمله.

[١] قد يقال: لا وجه لضمان أجره العمل إذا كان الإذن مقيداً بالمضاربة؛ إذ لو كان وجهه قاعدة ما يضمن فهو مضافاً إلى عدم كونها قاعدة فقهية - بل عبارة فقهية لا بد من لحاظ مدرّكها من قاعدة اليد أو الاحترام أو الاقدام على ما حققناه في محلّه - أنّه لا موضوع لها في المقام؛ لأنّه فرع كون العمل الواقع متعلّق العقد وهو خلف التقييد المفروض، فهذا من قبيل ما إذا أجره على الخياطة فتوهم أنّه مستأجر على كس الدار فكنس داره، فإنّه لا يكون مستحقاً لشيء، على أنّ هذه القاعدة لو كانت هي المدرك كان اللازم الحكم باستحقاق الأجرة حتى مع عدم الإجازة.

ودعوى أنّ مع عدمها لا ربح، جوابها أنّ الربح من ناحية عمل العامل حاصل، وهو الشرط في استحقاق العامل لإجازة المالك التي هي وظيفته لا وظيفة العامل.

ومنه ظهر عدم إمكان الاستناد إلى قاعدة الاحترام أيضاً، فإنّها فرع أن يكون العمل الصادر بأمر الغير وطلبه لا باشتباه العامل.

نعم، لو قبلنا أنّ مطلق الاستيفاء والاستفادة بعمل الغير موجب للضمان ولو لم يكن بأمره وطلبه استحق العامل أجره مثل عمله، إلا أنّه لا دليل

وهل يضمن عوض ما أنفقه في السفر على نفسه لتبيّن عدم استحقاقه النفقة أو لا، لأنّ المالك سلّطه على الإنفاق مجّاناً وجهان، أقواهما الأوّل [١].

عليه في فقهنّا، وإن كان مقبولاً في الفقه الوضعي تحت عنوان قاعدة الاثراء بلا سبب.

هذا ولكنّ الانصاف أنّ عمل العامل يكون يطلب المالك خارجاً في صورة جهل العامل ببطلان المضاربة، سواء أجاز المالك المعاملات بعد ذلك أم لا، فحتى إذا فرض تقيّد إذنه بصحة المضاربة في صورة جهلها واعتقادها بالصحة يكون استيفاء الربح باقدام المالك وإذنه بالعمل في ماله، فيكون مضموناً عليه، ولا يذهب على العامل هدرأً، ويكون تقيّد الإذن بصحة المضاربة بلحاظ استحقاق حصة من الربح لا بمعنى مجانية العمل.

نعم، مع علم العامل ببطلان المضاربة وعدم إذن المالك بالتّجار في صورة بطلتها يكون قد أهدر حرمة ماله بنفسه.

[١] قد يقال بأنّه لا وجه له أيضاً، خصوصاً بناءً على إطلاق المضاربة وعدم التقيّد، فإنّ الإذن بشيء إذن بلوازمه، فيكون مأذوناً فيه.

إلا أنّ الصحيح أنّه مع فرض بطلان المضاربة واستحقاقه للأجرة لا تكون نفقات السفر إلّا من كيسه كما هو في الأجير، ولكن ذلك قد يوجب ازدياد أجرة مثل العمل كما هو واضح.

والإذن بالإنفاق من رأس المال على نفسه مقيد لبأ بما إذا كانت المضاربة صحيحة وحق العامل في حصة من الربح بعد كسر نفقات السفر لا مطلقاً حتى مع البطلان وأخذ الأجرة.

فالجَمع بين بطلان المضاربة واستحقاق العامل الأجرة وكون نفقات السفر من رأس المال على المالك لا يصحّ وخلاف ارتكازية تقييد الإذن بالانفاق بصحة المضاربة .

نعم ، لو لم يستحق العامل الأجرة كما في صورة عدم الربح فلا يكون عليه ضمان ما أنفق في سفره ؛ لأنّ المضاربة إذا كانت صحيحة فلا ضمان للعامل بالنسبة إلى ما يتلف من رأس المال في سبيل الاسترباح ، أي يكون إذن المالك بصرفه مجاناً على تقدير عدم الربح وعدم الأجرة ، وهذا الإذن فعلي في صورة الجهل أيضاً حتى بناءً على التقييد - كما تقدّم - وإن كان بناءً على وجود الربح يجبر ما أنفقه من النفقات منه ، فإذا بقي ربح كان عمل العامل مضموناً على المالك .

وهكذا يتّضح أنّه لا بد من التفصيل بين فرض وجود الربح واستحقاق العامل لأجرة عمله فلا تكون النفقات على المالك ، ولكن قد تزداد أجرة مثل العمل حينئذٍ ، وفرض عدم وجود الربح وعدم استحقاق العامل للأجرة فلا يضمن نفقة السفر أيضاً .

نعم ، لو قيل باستحقاق الأجرة مطلقاً - أي حتى مع عدم الربح - تمّ ما ذكره الماتن رَبِيٌّ . إلا أنّ نظر الماتن لعلّه إلى صورة وجود الربح كما سينصب قرينة عليه .

ولا يضمن التلف والنقص [١]، وكذا الحال إذا كان المالك عالماً دون العامل، فإنه يستحق الأجرة، ولا يضمن التلف والنقص.

[١] هذا صحيح حتى بناءً على التقييد؛ لأنّ يده أمانة حتى بناءً على التقييد في المضاربة؛ لأنّ دفع المال خارجاً إليه للاتجار ولو مبنياً على اعتقاد صحة المضاربة يقتضي الاستيمان من ناحية التلف على كل حال. وهكذا يتضح إمكان ترتيب الأحكام الثلاثة في المقام بلا ورود ما أورده عليه جملة من الأعلام كما في بعض الحواشي والتقاريرات من الاشكال بالتناقض في الجمع بين ضمانه لنفقات السفر وعدم ضمانه للتلف، وأنه ينبغي التفصيل بين فرضي تقييد الإذن بصحة المضاربة وعدم التقييد، ففي الأوّل يحكم بضمان النفقات وضمان التلف - لعدم الإذن - وفي الثاني يحكم بعدم ضمان النفقات ولا التلف لحصول الإذن بهما معاً من المالك، حيث ظهر عدم التناقض في ذلك بوجه أصلاً؛ لأنّ الإذن بالانفاق من رأس المال على السفر منوط عرفاً وارتكازاً بصحة المضاربة وعدم ضمان أجرة عمل العامل ونفقاته لتكون النفقة منجبرة بالريح.

وأما مع بطلان المضاربة واستحقاق العامل لأجرة عمله فتكون النفقات عليه كالإجارة وليس له إلا أجرة عمله، والتي تكون بملاحظة ما فيه من النفقات أيضاً، كما أنّ الاستيمان على رأس المال يحصل بنفس الدفع خارجاً فلا ضمان للتلف على كل تقدير.

وإن كانا عالمين أو كان العامل عالماً دون المالك فلا أجره له لإقدامه على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة [١]، وربما يحتمل في صورة علمهما أنه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة .
وفيه : أن المفروض عدم قصدتها [٢].

[١] تقدّم مراراً عدم صحة ذلك ، وأنّ الميزان في الضمان عدم الاقدام على المجانية بحسب قراره الشخصي لا القانوني أو الشرعي ، وهو حاصل في المقام .

نعم ، إذا كان الإذن في الاتّجار مقيداً بصحة المضاربة وعلم العامل بعدم الصحة تقدّم أنّه يكون من الاقدام على المجانية وهدر حرمة عمله من قبل نفسه .

[٢] هذا إذا لم نحلل المضاربة بارجاعها إلى نحو جعالة من المالك معلّقة على حصول الربح بأنّ من يستريح بمالي فله نصف ربحه مثلاً مع الإذن في الاتّجار به ، وإلا كانت الجعالة مقصودة .

إلا أنّها جعالة معلّقة على حصول الربح ، فقد يقال بطلانه من جهة التعليق المذكور ، فالفرق بينهما أنّ الجعالة المتعارفة يملك فيه الجاعل الجعل فعلاً ؛ لكونه مالاً خارجياً أو في ذمته ، بينما في المضاربة يملك الجعل - وهو حصة من الربح - على تقدير تحقق الربح ، فيكون فيه نحو تعليق أو فرض وجود نماء أو ربح ، ومثل هذا قد يقال بعدم استفادة صحته من أدلّة صحة الجعالة .

كما أنه ربما يحتمل استحقاقه أجره المثل إذا اعتقد أنه يستحقها مع الفساد وله وجه [١] وإن كان الأقوى خلافه [٢].

هذا كله إذا حصل ربح ولو قليلاً، وأما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الأجرة ولو مع الجهل مشكل [٣]؛ لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح، وعلى هذا ففي صورة حصوله أيضاً يستحق أقلّ الأمرين من مقدار الربح وأجرة المثل [٤].

[١] وهو عدم اقدمه على المجانية مع اعتقاد الاستحقاق .

[٢] لأنّ الميزان في صدق الاقدام وعدمه ما ينشئه بالمعاملة فإذا كان الميزان فيه الصحة شرعاً كان اقدماً على المجانية في فرض علمه بالبطلان وعدم الصحة شرعاً، وإن كان الميزان فيه بالمسبب الشخصي - أي ما أنشأه العاقد - فالمفروض أنه جعل عمله بازاء حصة من الربح فلم يقدم على المجانية بحسب ما أنشأه، فلا أثر لعلمه المذكور في صدق الاقدام أو عدم الاقدام على المجانية كما تقدّم .

[٣] بل لا إشكال في عدم استحقاقه لما ذكره في المتن . نعم، لا يكون ضامناً للوضيعة مع الجهل حتى إذا كان الإذن مقيداً بالصحة كما تقدّم وجهه، بخلاف فرض علمه بالتقييد وعدم الإذن فإنه يضمن ذلك .

[٤] تقدّم مفصلاً عدم صحة هذا الكلام نقضاً وحلاً، والغريب ما نجده في تقارير بعض أساتذتنا العظام رحمهم الله من موافقة الماتن في ذلك مع تصريحه في تعليقه بقوله: (بل يستحق أجره المثل)^(١) وهو الصحيح .

لكن الأقوى خلافه [١]؛ لأنّ رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة،
ومراعاة الاحتياط في هذا وبعض الصور المتقدمة أولى.

[١] لما تقدم من أنّ الميزان في ضمان الغرامة أن لا يقدم على مجانية
العمل، لا التنازل عن مقداره بمقدار المسمّى.

وإن شئت قلت: أنّ رضاه بالأقل كان مقيداً بصحة المعاملة، فعلى
تقدير فسادها لا يرضى بأقل من القيمة السوقية، فالرضى بالمسمّى الأقل
لا يستلزم الرضا بالأقل من الأجرة السوقية إذا كان الضمان ضمان الغرامة
لا المسمّى.

ومنه يظهر أنّه ليس المقصود أنّ أصل اقدام العامل على ضمان المسمّى
مقيد بصحة المضاربة، بل تنازله عن القيمة السوقية وقبوله بالربح حتى إذا كان
أقل مقيد بذلك، فلا يرد على الماتن ما أورده في تقريرات أستاذنا رحمته من أنّ لازم
التقيد المذكور تقيد أصل المضاربة والإذن من قبل المالك بذلك، فلا استحقاق
للربح ولا للأجرة أصلاً، كما لا يخفى.

مسألة ٤٩: إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربة وأنكر ولم يكن للمدعي بينة فالقول قول المنكر مع اليمين [١].

مسألة ٥٠: إذا تنازع المالك العامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل قدام قول العامل بيمينه مع عدم البينة من غير فرق بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل [٢]؛ لأصالة عدم اعطائه أزيد ممّا يقوله، وأصالة براءة ذمته إذا كان تالفاً بالأزيد [٣].

[١] من دون فرق بين كون الميزان بتشخيص المدعي والمنكر مصب الدعوى أو الأثر التحميلي والالزامي المترتب كما هو الصحيح، فإنه على كلا المبنيين يكون الأصل مع العامل؛ لاستصحاب عدم المضاربة أو عدم الضمان والعهدة.

كما أنه لا فرق في هذه المسألة بين التنازع في أصل إيقاع المضاربة وعدمها أو العلم بإيقاعها والتنازع في دفع مال واعطائه خارجاً من المالك للعامل وعدمه، ولعلّه لهذا جعل موضوع المسألة النزاع في الاعطاء لا في المضاربة بالخصوص.

[٢] إذ مع فرض عدم الضمان كما في التلف أو الخسارة من غير تعد وتفریط لا أثر للتنازع كما هو واضح.

[٣] أو قاعدة اليد في الزائد على المتيقن كونه رأس المال للمالك.

هذا إذا لم يرجع نزاعهما إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح [١]، كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم أن الذي بيده هو مال المضاربة؛ إذ حينئذٍ النزاع في قلة رأس المال وكثرته يرجع إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود؛ إذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون نصيب العامل أزيد، وعلى تقدير كثرته بالعكس، ومقتضى الأصل كون جميع هذا المال للمالك إلا بمقدار ما أقر به للعامل.

وعلى هذا أيضاً لا فرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضمنان العامل، إذ بعد الحكم بكونه للمالك إلا كذا مقدار منه فإذا تلف مع ضمانه لا بد أن يغرّم المقدار الذي للمالك.

[١] العبارة لا تخلو من مسامحة، حيث قد توحى بأن التنازع في كون مال من رأس المال أو لا بنفسه إذا رجع إلى النزاع في مقدار ربح العامل بأن كان هناك ربح في البين اختلف حكمه مع أنه ليس كذلك، بل الفرضان والشكّان متباينان لا يجتمعان في مال واحد.

وتوضيحه: أن المال المشكوك تارة يتردد بين كونه من مال المضاربة أو خارجاً عنه بأن يكون من أموال العامل الشخصية، فهذا حكمه ما ذكر أولاً من أن القول قول العامل فيه يبيّنه؛ لقاعدة اليد ولاستصحاب عدم كونه داخلاً في المضاربة كما ذكر في المسألة السابقة تماماً. وهذا يتم حتى إذا كان هناك ربح في البين كما لا يخفى.

وأخرى: يعلم بأنه ضمن مال المضاربة بالمعنى الأعم، غاية الأمر يتردد

بين كونه من رأس المال فيكون للمالك أو من أرباحه فيكون فيه سهم للعامل، وهذا هو الشق الثاني في هذه المسألة، وقد حكم فيه الماتن بأن الأصل مع المالك لا العامل، من غير فرق بين فرض وجود المال أو تلفه بنحو يكون فيه ضمان على العامل كما في موارد التقصير أو الائتلاف العمدي.

وقد ذكر في وجهه أن مقتضى الأصل كون جميع هذا المال للمالك إلا بمقدار ما أقرّ به للعامل.

وهذه العبارة يمكن توضيحها بأحد نحوين:

١ - أن يكون المقصود استصحاب بقاء ملك المالك فيه إلا المقدار الذي يقر المالك، أي يتيقن أنه حصة العامل من الربح فيه؛ وذلك لأن الربح يدخل أولاً في كيس المالك لأنه نماء ماله وتابع له في الملكية والشراء، ثم يخرج بعد صدق الربح عليه بمقدار حصة العامل من كيس المالك إلى كيس العامل، فتكون الحالة السابقة ملكية المالك لتمام المال إلا ما علم أو أقرّ المالك بكونه ربحاً وحصة للعامل.

وهذا الوجه قد أشكل عليه المحققون بأنه على خلاف مبنى الماتن المتقدم منه حيث أنكر طولية ملك العامل لملك المالك.

٢ - أن يكون المقصود استصحاب عدم كون الزائد على المتيقن ربحاً فإن العامل لا يملك من هذا المال إلا ما يصدق عليه أنه ربح وبمقدار حصته فيه لا أكثر، فمع الشك في زيادة الربح على المقدار المقرّ به من قبل المالك يكون مقتضى الأصل وهو استصحاب عدم الربحية ولو بنحو العدم الأزلي أنه ليس بربح فلا يستحقه العامل.

لا يقال: هذا لا يثبت كونه للمالك فإن الأصل عدم كونه من رأس المال أيضاً أو عدم انتقاله إلى ملك المالك بالشراء فيكون المقدار المشكوك خارجاً عن ملكيهما معاً بمقتضى الأصل، ويكون كلا الدعويين على خلاف الأصل، فيكون من موارد التداعي والتحالف حيث يعلم بأنه لأحدهما، ولعلّه لهذا علّق بعض الأعلام بذلك على المتن.

فإنه يقال: مقتضى تبعية النماء للأصل أو البديل للمبدل في الملكية أن كل ما يشتري برأس المال يكون للمالك، إلا ما يخرج عن ملكه بعقد المضاربة وبمقدار ما يجعله العامل، سواء بنحو الاخراج بعد الدخول - أي بنحو طولي - كما هو على الطولية أو بنحو دفعي - كما هو على العرضية - فإنّ هذا هو مقتضى الجمع بين دليل صحة المضاربة وصحة الشراء والمعاوضة برأس المال؛ وليس الشك من ناحية من قصد له الشراء والبيع، وإنما الشك فيمن يمتلك المقدار المشتري بشراء صحيح على كل حال.

فمقتضى صحة المضاربة أن كل ما يشتريه العامل برأس المال يكون للمالك إلا ما يصدق عليه أنه ربح، وبمقدار حصة العامل لا أكثر، فإنّ هذا هو مقتضى صناعة التركيب في الموضوعات لا محالة، سواء كان الانتقال إلى ملك العامل طولياً أو عرضياً.

فيكون موضوع ملكية المالك لكل جزء من ذلك المال مركباً من جزئين: أحدهما: وجودي، وهو كون المال بدلاً عن رأس المال، وهذا محرز وجداناً.

والآخر: أن لا يكون ربحاً زائداً على مقدار رأس المال بالحصة التي

أخرجها المالك بعقد المضاربة عن ملكه رفعاً أو دفعاً، وهذا يحرز بالتعبد وهو استصحاب عدم الربحية أو الزيادة على رأس المال، ولو بنحو العدم الأزلي، ويكون هذا استصحاباً موضوعياً وسببياً فيحكم لا محالة على استصحاب عدم تملك المالك المسببي، كما أنه ينفي تملك العامل .

وأما استصحاب عدم كون رأس المال في ذلك المال أكثر من المقدار المتيقن أو عدم دفع المالك أكثر من ذلك للعامل فهذا لا يثبت أن الباقي منه ربح ليكون بعضه ملكاً للعامل كما هو واضح .

فالاستصحاب الموضوعي نافٍ لمدعى العامل ومثبت لمدعى المالك، فيكون المالك هو المنكر والعامل هو المدعي .

وهذا التقريب هو المتعين في تفسير المتن، ولا يرد عليه الإشكال الذي سجّله بعض المحشيين من أنه على خلاف مبنى الماتن .

نعم، قد يشكل عليه وعلى الوجه الأوّل بأنّ الأصل المذكور حيث أنّه استصحاب فهو محكوم لقاعدة اليد، فإنّ العامل يده حجة على ملكية ما يدعي ملكيته وهي مقدمة على الاستصحاب على ما قرر في محلّه .

وأجاب أكثر المحققين عن هذا الاعتراض بأنّ قاعدة اليد واثباتها لملكية ذي اليد قاعدة عقلانية تثبت بسيرة العقلاء، وما ورد فيها من الأدلة اللفظية لو تمت فهي امضاء لتلك السيرة، فتكون محدودة بحدوها . وعندئذٍ يقال : بأنّ السيرة لا إطلاق لها لمثل المقام مما يعلم فيه جهة الملكية وسببها أي يعترف فيه ذو اليد بأنّ المال كان لمدعيه، ولكنه انتقل إليه بعقد المضاربة وينكر ذلك من كان المال له .

وهذا الجواب تام في نفسه، إلا أنه إنما يسقط اعتبار قول العامل في المقام من باب كونه ذا اليد، وأما اعتباره لا على أساس قاعدة اليد العامة بل على أساس كونه أميناً باعتباره وكيلاً وأميناً على رأس المال من قبل المالك فهذا مورد مال الغير كما لا يخفى .

وعندئذٍ قد يقال بأنه كما يقبل قول العامل في مقدار الربح أو في تلف رأس المال وخسارته من دون تعدٍ وتفريط كذلك يقبل قوله في مقدار رأس المال ومقدار الربح من مجموع ما بيده فإنّ تكذيبه في ذلك معناه الخيانة، وهو خلف الأمانة .

وبعبارة أخرى: كما يقبل قول العامل لو قال بأنّ مجموع رأس المال كان مائة، أو أنّ المالك لم يعطه أكثر من ذلك ولم يحصل ربح، وأنّ الخمسين الأخرى كلّها له لأنها خارجة عن مال المضاربة، كذلك ينبغي أن يقبل قوله لو أقرّ بأنه كان هناك ربح، إلا أنّ رأس المال لم يكن أكثر من خمسين والباقي كلّ ربح، فسهمه ونصيبه منه خمسون؛ للتلازم بينهما عرفاً .

أي أنّ الأمانيّة في أصل الربح والخسارة تستلزم الأمانيّة في تحديد مقدار الربح فيما بيده من مجموع المال، بلا فرق بينهما عرفاً، فيكون قوله هو المطابق مع الأصل، والله العالم .

مسألة ٥١: لو ادّعى المالك على العامل أنّه خان أو فرّط في الحفظ فتلف، أو شرط عليه أن لا يشتري الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك فالقول قول العامل في عدم الخيانة والتفريط، وعدم شرط المالك عليه الشرط الكذائي [١]، والمفروض أنّ مع عدم الشرط يكون مختاراً في الشراء وفي البيع من أيّ شخص أراد.

نعم، لو فعل العامل ما لا يجوز له إلاّ بإذن من المالك كما لو سافر أو باع بالنسيئة وادّعى الإذن من المالك فالقول قول المالك في عدم الإذن.

والحاصل: أنّ العامل لو ادّعى الإذن فيما لا يجوز إلاّ بالإذن قدّم فيه قول المالك المنكر، ولو ادّعى المالك المنع فيما يجوز إلاّ مع المنع قدّم قول العامل المنكر له.

[١] فيه إشكال؛ إذ لو أريد به استصحاب عدم الشرط فهو لا يثبت الإطلاق إلاّ بنحو الأصل المثبت من دون فرق بين كون التقابل بينه وبين التقييد بنحو التضاد أو لعدم الملكية أو التناقض؛ لأنّ الإطلاق على كل المسالك أمر تكويني لا يثبت بالأصول العملية.

وإن أريد به أصالة الإطلاق في العقد فهو فرع احراز اطلاقه، ومع احتمال الاشتراط حين العقد والذي يرجع في العقود الاذنية إلى التقييد في متعلّق الإذن لا يحرز أصل الإطلاق.

نعم، لو أحرز إطلاق العقد حين الانشاء واحتمل الاشتراط والمنع فيما بعد بنحو النسخ أو التقييد المنفصل كان الظهور في العقد تاماً، إلاّ أنّ هذا خارج عن ظاهر المسألة.

نعم، لو كان الشرط راجعاً إلى الالتزام المستقل في الالتزام العقدي كما في الشرط في العقود العهدية أو الاشتراط في المضاربة الذي لا يرجع إلى تقييد الإذن كما إذا اشترط أن يزور عنه مثلاً - وقد تقدّم تصويره فيها - كان مقتضى الأصل عدم هذا الشرط، إلا أنه خارج عن منظور الماتن أيضاً بحكم الأمثلة التي ذكرها، فإنها ترجع إلى الشرط بمعنى التقييد في الإذن.

ثم إنّ هذا البيان في العقود الإذنية وفي الموارد التي يكون جواز التصرف مترتباً على إذن المالك مع الشك في سعة الإذن وضيقة تام.

وقد يعمّم ذلك إلى موارد العقود العهدية أيضاً^(١) أعني موارد انتقال المال من المالك الأوّل مع الشك في سعة الملكية الثانية وضيقتها، كما إذا وقف المالك المال على عنوان مردّد بين عنوانين عام وخاص، بحيث لو كان الموقوف عليه العنوان الخاص فلا يشمل المكلف، وإلا كان شاملاً له - كما إذا شك في وقف ماء الحياض في المدارس على الساكنين فيها أو مطلق الطلاب مثلاً - فلا يجوز مع هذا الشك التوضؤ به، بل لا بد من الاقتصار في التصرف على القدر المتيقن ما لم يعلم أنّ الصادر من المنشأ هو المطلق.

وقد يناقش في ذلك بالفرق بين الشك في إطلاق الإذن وضيقة، وبين الشك في إطلاق الملكية المجعولة وضيقتها، كالوقف على العنوان العام أو الخاص، فإنّ الأصل فيه عدم الوقف على العنوان الخاص، وبه ينفي الحكم بالحرمة، ولا يحتاج إلى إثبات الوقف على العنوان العام؛ لأنّ موضوع الحرمة

.....

مركّب من جزئين : مال الغير وعدم إذنه ، فمتى ما أحرز كونه للغير وشك في
إذنه ، كان مقتضى الأصل الحرمة كما في المقام ، حيث انّ مال المضاربة باق على
ملك مالكة الأوّل ، وكلّما كان الشك في الجزء الأوّل وأنّ هذا المال هل هو للغير
أو لا كالمال المطروح في الصحراء ويشك في كونه للغير أم لا كان مقتضى الأصل
عدم كونه للغير ، ولا يشترط في إثبات الحلية إثبات أنّه ملك للمتصرف كما هو
واضح .

وفي مثال الوقف حيث إنّ الوقف يوجب خروج المال الموقوف عن ملك
مالكه إلى ملك الموقوف عليه فلا محالة يشك في الجزء الأوّل لموضوع الحرمة ،
ولا مثبت فيه لملكية الغير ؛ إذ لو أريد استصحاب بقاء ملك الواقف فهو مقطوع
الانتقاض أو الارتفاع ، ولو أريد استصحاب بقاء جامع ملك الغير فهو من القسم
الثالث من الكلّي ، ولو أريد استصحاب ملك العنوان الخاص الذي هو غير
المتصرف فهو مشكوك الحدوث فالأصل يقتضي عدمه ، وبذلك ينقح موضوع
الحلية بلا حاجة إلى أصالة الإطلاق في الوقف .

وهذا البيان وإن كان فنياً ومقتضى الصناعة ، إلاّ أنّه لا يبعد دعوى أنّ
السيرة العقلانية غير المردوع عنها ، بل السيرة التشريعية قائمة على عدم جواز
التصرف فيما يكون ملكاً للغير ، أي يعلم بعدم كونه مباحاً عاماً بل كان له مالك
محترم ولكن لا يعلم نقله إليه ولو من خلال عنوان عام يشملها ، وتفصيل الكلام
متروك إلى محلّه .

مسألة ٥٢: لو ادّعى العامل التلف وأنكر المالك قدّم قول العامل؛ لأنه أمين، سواء كان بأمر ظاهر أو خفيّ [١]، وكذا لو ادّعى الخسارة أو ادّعى عدم الربح أو ادّعى عدم حصول المطالبات في النسيئة مع فرض كونه مأذوناً في البيع بالدين، ولا فرق في سماع قوله بين أن يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده [٢].

نعم، لو ادّعى بعد الفسخ التلف بعده ففي سماع قوله لبقاء حكم أمانته، وعدمه لخروجه بعده عن كونه أميناً وجهان [٣].

[١] إذالم يكن متّهماً، وقد تقدّم بحثه في كتاب الإجارة مفصلاً فليراجع هناك.

[٢] لأنه بلحاظ المدعى وزمانه يكون أميناً فيقبل قوله.

[٣] تارة يفترض ابقاء المالك للمال بعد الفسخ عنده، فهذا لا إشكال في أنّه استيمان آخر حاله حال ما قبل الفسخ.

وأخرى: يفرض أنّ المالك يطالب والعامل لا يدفع له ماله مع القدرة عليه تقصيراً، وهنا لا موضوع للبحث؛ إذ تكون يد العامل عندئذٍ عادية ويكون التلف مضموناً عليه أيضاً، فلا أثر للنزاع.

وثالثة: لا يكون إذن جديد في الإبقاء ولكنه لا تقصير في الرد أيضاً وإنّما طبيعة الرد تستلزم بقاء المال مدة في يد العامل رغم انفساخ المضاربة وانتهائها.

والظاهر أنّ هذا هو منظور المتن، وقد يحكم فيه ببقاء الاستيمان بالاستصحاب.

وفيه: أنّ الاستيمان أو المأذونية مفهوم عرفي، فالشبهة مفهومية في

ولو أقرّ بحصول الربح ثمّ بعد ذلك ادّعى التلف أو الخسارة وقال: إنّي اشتبهت في حصوله، لم يسمع منه؛ لأنّه رجوع عن إقراره الأوّل [١]، ولكن لو قال: ربحت ثمّ تلف أو ثمّ حصلت الخسارة قبل منه.

المقام، ولا يجري الاستصحاب الموضوعي فيه. نعم، يجري استصحاب عدم الضمان الحكمي بمعنى عدم اشتغال ذمة العامل عند التلف بالبدل، كما أنّ الصحيح بقاء الاستيمان عادة؛ لأنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه، فالاستيمان باقٍ بهذا المقدار.

[١] في المسألة احتمالات ثلاثة:

الأوّل: أن يقبل قوله في الرجوع والاشتباه؛ لكونه أميناً.

الثاني: أن لا يقبل قوله لكونه رجوعاً عن الإقرار ولا أثر له، فيكون إقراره هو الحجة عليه حتى لو أقام البينة.

الثالث: أن لا يقبل قوله مع اليمين، وأما إذا أقام البينة فيقبل؛ لأنّ انكاره غير منصب على ما أقرّ به، وإنّما يدعي اشتباهه في إقراره السابق، وهذا على خلاف ظهور كلامه السابق في عدم الاشتباه الموجب لعدم قبول قوله الثاني ما لم يثبت ذلك بالبينة، فظهور إقراره الأوّل وعدم اشتباهه فيه هو الأصل ما لم يثبت خلافه.

والأقوى التفصيل بين ثلاث موارد يتم في كل واحد منها أحد الاحتمالات المذكورة:

١ - أن يرجع عن إقراره الأوّل مع اعتراف بجديته على أساس الفحص والبحث والحساب، كما إذا ذكر للمالك أوّلاً أنّ هناك ربحاً ثمّ راجع الحسابات فرأى أنّه لا ربح بعد كسر النفقات والحساب الدقيق للمالية وأنّ اعتقاده الأوّل

كان خطأ، وهذا أمر واقع ومحتمل كثيراً، وهنا يكون مقتضى أمانته وقبول قول الأمين سماع قوله مع اليمين؛ لأنه يشهد بما هو متعارف وقوعه، إلا أن هذا الفرض لعلّه خارج عن نظر الماتن.

٢- أن يرجع بعد إقراره الأوّل مع إقراره بجديته مباشرة بلا حساب ومراجعة، بدعوى الاشتباه في اعتقاه، كما إذا رجع عنه أمام الحاكم بعد أن كان قد أقرّ به.

وهنا لا إشكال في كون مثل هذا رجوعاً عن الإقرار الذي لا يؤخذ به، بل يبقى الإقرار على قوته حتى في قبال البينة.

اللهمّ إلا إذا اشترطنا في تقدم الإقرار على البينة كونه بعدها أي يكون الإقرار تكديباً للبينة ولم يرجع عنه صاحبه كما لا يبعد.

ومجرّد دعوى الاشتباه في الإقرار لا يجدي فإنّ كل رجوع عن الإقرار يمكن أن يكون بدعوى الاشتباه فيه.

٣- أن يرجع عن إقراره بمعنى أنّه يدعي أنّه لم يكن قاصداً الربح الخالص، أو لم يكن قاصداً للربح أصلاً، أي يدعي عدم جدية إقراره، وهنا يكون ظاهر كلامه الأوّل حجة عليه ما لم يثبت خلافه بالبينة، بأن يقيم البينة على عدم قصده للربح، أو للربح الخالص، فإنّ هذا نظير من يبيع شيئاً ثمّ يقول لم أكن قاصداً للبيع، فإنّه لا أثر لكلامه ما لم يقم بينة على عدم القصد.

مسألة ٥٣: إذا اختلفا في مقدار حصّة العامل وأنه نصف الربح مثلاً أو ثلثه قدّم قول المالك [١].

[١] لأنّ الأصل يقضي بأنّ تمام الربح يكون للمالك إلا ما جعل حصّة للعامل فيكون الأصل مع المالك .

وقد يجعل المقام من التحالف على أساس ملاحظة مصب الدعوى وأنّ كلّاً منهما يدعي وقوع المضاربة على مقدار ينفيه الآخر ، فيكون من التداعي .
والجواب : ما تقدم مراراً من أنّ الميزان في تشخيص المدعي والمنكر بملاحظة الأثر الشرعي المترتب على النزاع لا مصب الدعوى وهو في المقام تملك المالك أو العامل للسدس - التفاضل بين الثلث والنصف - والأصل فيه يقضي كونه للمالك ، فيكون قوله مطابقاً للأصل فهو المنكر .

وقد يجعل المقام من التداعي حتى على هذا المبني ؛ وذلك بناءً على مبني الماتن تتبع من عدم طولية ملك العامل عن ملك المالك ، بل هما عرضيان ، فيكون مقتضى الأصل عدم دخول السدس في ملك كل منهما .

والجواب : ما تقدّم من أنّ الأصل الموضوعي ينقح ملكية المالك على كلا المبنيين ؛ لأنّ بدل رأس المال كلّهُ للمالك إلا ما ينقل بالمضاربة بنحو طولي أو عرضي للعامل ، فاستصحاب عدم نقل أكثر من الثلث ينقح كونه للمالك .

وقد يقال : بأنّه بناءً على ما ذكرناه في ذيل المسألة (٥٠) من قبول قول العامل في تحديد مقدار رأس المال ومقدار الربح من المال بالملازمة العرفية لأمانته ، قبول ذلك في المقام أيضاً ، فإنّه كان يمكنه هنا أيضاً أن يأخذ مقداراً من الربح لنفسه ويخرجه عن المحاسبة ليصل إلى غرضه ومدعاه .

مسألة ٥٤: إذا ادّعى المالك أنّي ظاربتك على كذا مقدار وأعطيتك فأنكر أصل المضاربة، أو أنكر تسليم المال إليه فأقام المالك بينة على ذلك فادّعى العامل تلفه لم يسمع منه وأخذ بإقراره المستفاد من إنكاره الأصل.

نعم، لو أجاب المالك بأنّي لست مشغول الذمّة لك بشيء، ثمّ بعد الإثبات ادّعى التلف قبل منه؛ لعدم المنافاة بين الإنكار من الأوّل وبين دعوى التلف [١].

الإلّا أنّ الفرق بينهما واضح؛ إذ مرجع النزاع هناك إلى مقدار ما أخذه الأمين من المالك، وهذا مقتضى الأصل ومقتضى أمانته أنّ قول العامل حجة فيه، بخلاف المقام الذي ليس النزاع فيه فيما أخذ أي في المال الخارجي المأخوذ، ليكون مرتبطاً بحيثية الأمانية، وإنّما النزاع بينهما في العقد والاختلاف فيما يتعلّق به وما يستحقه كل منهما بسببه من الربح، وهذا لا ربط له بكون يد العامل أمينة أو غير أمينة.

[١] في هذه المسألة فروع ثلاثة:

١- أن يدعي المالك المضاربة أو تسليم المال وينكر العامل أصلها أو التسليم، والأصل هنا مع العامل على كل المباني، فيكون على المالك إقامة البينة، وهذا واضح.

٢- إذا أقام المالك البينة على التسليم فادّعى العامل التلف، فهنا شقّان:

أ- أن يكون إنكار العامل بعنوان أنّه ليس مشغول الذمة للمالك أو لاحق

له عليه لا عدم تسليم المال له.

وهنا أيضاً لا إشكال في قبول قوله؛ لأنّ دعوى التلف لا ينافي إنكاره

الأول، كما أنّ البينة على التسليم لا تنفي التلف، فيكون مقتضى أمانته قبول قوله مطلقاً أو في فرض عدم الاتهام.

ب - أن يكون العامل منكرأ لأصل تسليم المال، وهنا احتمالات ثلاثة :
الأول : ما لعلّه ظاهر المتن من أخذه باقراره بعدم التلف عنده المستبطن في انكاره، فيكون حجة عليه، فيطالب بالعين حتى إذا أقام البينة على التلف عنده؛ لعدم حجّية البينة في قبال الإقرار، فيحبس مع عدم دفع العين أو يحكم بجواز أخذ بدله منه تقاصاً.

الثاني : ما علّقه بعض الأعلام من أساتذتنا في المقام من أنّه يطالب بالعين، إلّا إذا أقام بينة على التلف عنده، فيطالب بالبدل.

وقد أفاد في وجهه على ما في تقارير بحثه أنّه بقيام البينة على أنّه استلم المال ثبت خيانتة فخرجت يده عن الأمانة، فلا يقبل قوله في التلف، ولكن إذا أقام البينة عليه كانت حجة في نفي حق المطالبة بالعين ولم تكن معارضة مع إقراره الثابت بالدلالة الالتزامية لانكاره الأصل؛ لأنّ المدلول الالتزامي إنّما هو عدم التلف من جهة عدم التسليم، أي السالبة بانتفاء الموضوع، ومفاد البينة السالبة بانتفاء المحمول، فالبينة حجة في اثبات التلف، إلّا أنّه حيث أنّ يده خرجت عن الأمانية فتكون ضامنة للتلف أيضاً، فيطالب بالبدل - والظاهر أنّ هذا منه مبني على مبناه الأصولي من أنّ المدلول الالتزامي دائماً هو الحصّة الخاصة - .

الثالث : أن يقال بعدم قبول دعواه بالتلف؛ لثبوت كذبه وخيانتة في إنكاره الأصل، إلّا أنّه لو أقام بينة عليه قبلت وثبتت براءة ذمّته .

.....

وتحقيق البحث في جهات :

الأولى - أن العامل بعد ثبوت كذبه وخيائته أو قيام البينة على كذبه في انكاره الأصل ، هل يكون مطالباً بدفع العين بالخصوص وإلا فيحبس أو يمكن أن يطالب بدفع البذل؟

والصحيح أنه يمكن أن يطالب بدفع البذل على تقدير عدم دفعه للعين ؛ لأنّ هذا هو مقتضى ضمان العين عقلياً ، وأنّه إذا لم يمكن تحصيل العين منه يؤخذ منه البذل مع رضا المالك به ؛ لأنّ مالیه ماله أيضاً في عهدة الضامن ، فلا يشترط التلف ، بل يكفي امتناعه مع رضا المالك بالبذل في استقرار البذل عليه . وهذا هو ظاهر روايات تضمين العامل إذا ثبتت خيائته أو كان متهماً أيضاً . ثمّ إنّ مجرد قيام البينة على الاستلام لا يستحق المالك المطالبة ، بل لا بد من الحلف منه على عدم التلف إذا ادّعاها العامل ؛ لأنّه محتمل ، وروايات التضمين لا تنفي لزوم الحلف عليه .

الثانية - أنّ البينة لو قامت على تحقق التلف عند العامل من دون تعد وتفريط في زمان المضاربة المأذونة من قبل المالك فضلاً عمّا إذا قامت البينة على التلف عنده قبل إنكار العامل وثبوت كذبه وخيائته ، فهل يحكم عليه بعدم الضمان أم بالضمان ؟ قولان : ظاهر جملة من الأعلام الثاني - أي الحكم بالضمان - بدعوى ثبوت خيائته وخروج يده عن الأمانية ، فتكون ضامنة وبحكم روايات تضمين العامل إذا خان .

إلا أنّ الصحيح خلافه ، فإنّ هناك نحوين من الضمان : ضمان ثبوتي و ضمان اثباتي ، والعامل يحكم عليه بالضمان عند الاتهام أو الخيانة بالضمان

الاثباتي لا الثبوتي ، يعني أنّ قوله بالتلف لا يؤخذ به ، بل يكون ضامناً ما لم يثبت وقوع التلف من نفسه ، ومجرد كونه متهماً أو خائناً في أمانته وصدقه لا يجعل يده يد ضمان ثبوتي ؛ لأنّ المال تحت يده كان بأمر المالك وإذنه بحسب الفرض . ومنه يظهر وجه بطلان القول الثاني ، حيث أنّه لو قلنا بحجية بينة العامل على التلف وكان مفادها التلف في زمن المضاربة والإذن فلا وجه لمطالبته بالبدل ، بل بذلك تثبت براءة ذمته .

الثالثة - في قبول بينة العامل على التلف وعدمه .

قد يقال : بعدمه ؛ لأنّ إنكاره للأصل تكذيب لها ، فيكون إقراراً في قبالها ، فتسقط عن الحجية .

وقد يقال : بأنّ إنكاره للأصل ليس نفيّاً لها ؛ لأنّ المدلول الالتزامي للانكار عدم القبض من باب السالبة بانتفاء الموضوع لا المحمول ، ومفاد البينة السالبة بانتفاء المحمول ، فتكون البينة حجة في إثبات التلف ، فلا يطالب العامل بالعين ولكن يطالب بالبدل ؛ لكون يده خرجت عن الأمانة واتصفت بالخيانة والعدوان ، فيكون التلف أيضاً موجباً لزمانها .

وفيه : أولاً - أنّ صدق السالبة بانتفاء الموضوع ينافي صدق السالبة بانتفاء المحمول ، أو قل الموجبة المعدولة ؛ لأنّ البينة لا تشهد بالتلف إذا كان استلام بنحو القضية الشرطية ليقال بأنّ العامل لا ينكره على هذا التقدير ، بل يشهد بتحقق الشرط أيضاً ، فالبينة تشهد على تحقق التلف المقيد بتحقق الاستلام ، والعامل ينكر تحقق المقيد بانكار تحقق قيده ، فيكون مكذباً لها لا محالة ، أي للتلف الحاصل بعد الاستلام ، وهذا واضح .

وثانياً - ما ذكره من خروج اليد بالانكار عن الأمانة إلى الخيانة فيكون ضامناً، وقد ذكرنا في الجهة السابقة أنه ضمان اثباتي لا ثبوتي، بمعنى أن دعواه لا تسمع وأنه محكوم ظاهراً بالضمان؛ لثبوت كذبه ما لم يقدم حجة على عدم الضمان.

وقد يقال: بأن إنكاره للأصل ليس نفيًا للمقيد إلا بنفي قيده، وهذا لا يكون إقراراً على نفسه، وإنما الإقرار أن ينفي التلف على تقدير استلامه ليكون عليه. نعم، لو ضم هذا الإنكار إلى البيئة القائمة على الاستلام كان لازمه نفي التلف عنده حتى على تقدير الاستلام. إلا أن هذا اللازم إنما يثبت بضم البيئة المكذبة لانكاره الاستلام لا بالإنكار وحده، فلا يكون إقراراً على نفسه.

ويمكن الجواب تارةً: بأن إقراره بالتلف يستلزم إقراره بالاستلام، فيكون بضمه إلى المدلول الالتزامي لانكاره الاستلام المستلزم لانكاره التلف عنده مستلزماً إنكار التلف حتى على تقدير الاستلام، فيضم المدلول الالتزامي لكل من كلاميه إلى الآخر فيكون إقراراً عليه.

وأخرى: بأن إنكاره للاستلام يستلزم نفي براءة ذمته من ناحية التلف عنده والتي هي مفاد البيئة بالنتيجة وبحسب الأثر المقصود منها، فيكون تكذيباً للأثر الذي ترتبه البيئة بصالحه، فيكون إقراراً بهذا اللحاظ وموجباً سقوط بيئته عن الحجية؛ لأنه كان قد أقرّ بخلافها وعدم ترتب أثرها.

إلا أن في سقوط البيئة في قبال دلالات التزامية من هذا القبيل في كلام المنكر، واعتبار مثل هذه الدلالات إقراراً في قبال البيئة خصوصاً بعد رجوعه عن إنكاره بدعوى التلف وإقامة البيئة على دعواه الثانية اشكالاً لا بد من حله في

مسألة ٥٥: إذا اختلفا في صحّة المضاربة الواقعة بينهما وبطلانها قدّم قول مدعى الصحّة [١].

مسألة ٥٦: إذا ادّعى أحدهما الفسخ في الأثناء وأنكر الآخر قدّم قول المنكر [٢]، وكلّ من يقدّم قوله في المسائل المذكورة لا بد له من اليمين.

مسألة ٥٧: إذا ادّعى العامل الردّ وأنكره المالك قدّم قول المالك [٣].

بحث القضاء، فلا يبعد أن يكون مقتضى القاعدة عدم تضمينه إذا أقام بينة على التلف عنده في زمان المضاربة وإلا كان ضامناً. ولعلّ عبارة الماتن أيضاً ناظرة إلى هذا المقدار لا أكثر، حيث لم يتعرّض لمسألة البينة منه على دعواه التلف.

[١] لأصالة الصحة الثابتة عقلاً ومشرعياً في باب العقود والمعاملات ما لم يثبت الفساد.

[٢] لاستصحاب بقاء العقد وعدم الفسخ.

[٣] إمّا لقصور روايات قبول قول الأمين واختصاصها بموارد دعوى

التلف والتصرف في المال لا دعوى الرد إلى المالك، أو لأنّ قاعدة قبول قول الأمين إنّما تقتضي قبول قوله فيما يكون مستأمناً عليه ومكلفاً به بحكم أمانته، وليس منه الرد، فإنّه فعل آخر خارج عمّا جعل أميناً عليه، بل هو فعل بينه وبين المالك لا بد وأن يتحقق باتفاقهما، فلا معنى لأن يقبل قوله فيه ولا ربط له بأمانة يده. نعم، لو جعل وكيلاً في الرد إلى شخص آخر أو صرفه في مكان معين فادّعى أنّه فعل قبل قوله فالميزان ما ذكرناه، وروايات قبول قول الأمين أيضاً ناظرة إلى هذه النكتة عرفاً وعقلاً.

مسألة ٥٨: لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، وادعى المالك أنه اشتراه للمضاربة، قدّم قول العامل، وكذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربة وادعى المالك أنه اشتراه لنفسه؛ لأنه أعرف بنيتّه، ولأنّه أمين فيقبل قوله [١].

والظاهر أنّ الأمر كذلك لو علم أنّه أدّى الثمن من مال المضاربة، بأن ادعى أنه اشتراه في الذمّة لنفسه، ثمّ أدّى الثمن من مال المضاربة ولو كان عاصياً في ذلك.

[١] إمّا بقاعدة من ملك شيئاً ملك الإقرار به، أو بقاعدة أنّه لا يعرف إلاّ من قبله لو قيل بعمومها لأمثال المقام، أو بقاعدة كونه أميناً يقبل قوله، وهذا تام حتى وإن كان قد دفع الثمن من مال المضاربة ولو عاصياً وادعى أنّه اشتراه لنفسه؛ لأنّ الدفع فعل آخر خارج عن العقد.

ولا يقال بأنّ ظاهر حاله يكذب قوله، فإنّه مضافاً إلى عدم ظهور الدفع في أنّ الشراء كان للمالك لا دليل على حجّية مثل هذا الظهور الحالي في قبال دعواه بأنّ قصده خلاف ذلك.

هذا مضافاً إلى أنّ مقتضى استصحاب عدم الشراء بقصد المضاربة بل وقاعدة اليد عدم كونه للمضاربة، فالأصول الطولية أيضاً مع العامل في دعواه أنّه اشتراه لنفسه لا للمالك، وهذا واضح.

مسألة ٥٩: لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربة وادعى القابض أنه أعطاه قرضاً يتحالفان فإن حلفا أو نكلا للقابض أكثر الأمرين من أجره المثل والحصة من الربح إلا إذا كانت الأجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها؛ لاعترافه بعدم استحقاق أزيد من الربح [١].

[١] اعترض على الماتن :

أولاً - بأن هذا إنما يصح إذا كان الميزان في تشخيص المدعي والمنكر بحسب الدعوى لا بالأثر المترتب، وإلا كانت دعوى المالك هي المطابقة للأصل؛ إذ الأصل عدم تملك رأس المال وبقائه على ملك المالك وتبعية نمائه له إلا ما يقر المالك بأنه ملك للعامل، وهو مقدار حصته، فعلى القابض إقامة البينة على دعواه القرض والتملك لرأس المال وتمام الربح، وإلا كان مقتضى الأصل عدم تملكه لأكثر من الحصة، فيكون المالك منكرًا والعامل مدعيًا؛ لأن دعوى القرض هي التي فيها الزام وأثر زائد، وأما دعوى القراض فلا يلزم العامل بشيء.

وثانياً - لا وجه لادخال الأجرة في الحساب لاتفاقهما على عدم استحقاق القابض لها.

ولنا في المقام تعليقان :

الأول: أن ما ذكر من أن مقتضى الأصل بقاء المال على ملك مالكة وتبعية نمائه له إنما يصح فيما إذا كانت عين رأس المال موجودة خارجاً، وكان فيها نماء حقيقي، وأما في المقام والذي يكون النماء بالمبادلة والتجارة فلا شك في تغيير ما بيد القابض عما أخذه من المالك، وعندئذ إنما يثبت كونه للمالك بالأصل إذا كانت المعاملة الواقعة على الأصل بنحو البيع والشراء الشخصيين لا بنحو

.....

الشراء بثمن كلي على ذمته ، يوفيه من رأس مال المالك ، فكلما ادّعى القابض ذلك لم يمكن إثبات خلافه بالأصل ؛ لأنّ الحالة السابقة لما بيده لم تكن للمالك ، بل لغيره وهو البائع له ، فيكون مقتضى حجّية يده أنّه ملك له ، وإذا لم يكن تحت يده كان من التداعي فيه بالخصوص ، فالأصل المذكور إنّما يكون تاماً إذا فرض أنّ التجارة الواقعة كانت مع شخص المال ، ولعلّ هذا هو مقصودهم في هذا الفرع .

الثاني : أنّ المقام بحسب الدقة من تعدد الدعوى والمرافعة في إحداهما يكون المالك منكرّاً والقابض مدعياً ، وفي الأخرى بالعكس ، فليس المقام من التداعي بل من المدعي والمنكر .

وتوضيح ذلك : أنّ في المقام يوجد مالان : أحدهما المال الخارجي ، والآخر العمل الذي بذله القابض ، فبلحاظ المال الخارجي يكون دعوى القابض انتقاله إليه بالقرض على خلاف الأصل ، ودعوى المالك طبق الأصل ، فيكون القابض مدعياً والمالك منكرّاً ، إلّا في مقدار الحصة التي لا نزاع فيها .

إلّا أنّ هذا لا يكفي وحده ، بل هناك عمل العامل الذي يستفيد منه المالك ، فإنّه أيضاً مال محترم ويعترف المالك بأنّه قد صدر منه بأمره وعلى وجه الضمان ، وضمانه الحصة من الربح والعامل ينكر الضمان بالحصة ، ولكنه لا يدعي بذله للمالك مجاناً ، بل يدعي أنّه يستحق في قبالة تمام الربح ، وهنا يكون المالك مدعياً من حيث خصوصية الضمان بالحصة ، والعامل منكرّاً ، أي تكون دعوى المضاربة ملزمة للعامل بعدم استحقاقه أجره عمله وأنّ ما زاد على

الحصة منها قد تنازل عنه مجاناً، وهذا خلاف الأصل فيحلف لنفي عدم استحقاقه أكثر من الحصة لو كانت أجرة مثله أكثر، ولا يحلف لاثبات أصل ضمان عمله؛ لأنه معترف به من قبل المالك أيضاً، إلا أنه إذا كانت الأجرة أكثر من أصل الربح فلا يستحقه؛ لإقراره بذلك.

لا يقال: استحقاق الأجرة على العمل فرع أن يكون العمل بأمر الغير والعامل يعترف بأنه لم يعمل بأمر المالك بل عمل لنفسه فلا يستحق عليه الأجرة.

فإنه يقال: تقدّم منّا في كتاب الإجارة أنّ موضوع ضمان العمل أوسع من الأمر، بل هو مطلق استيفاء عمل الغير ولو بالإذن بالعمل لا على وجه المجانية، وهو محرز في المقام، بل أمر المالك بالعمل على وجه الضمان أيضاً معترف به، حيث إنّ التصرف كان بأمره على كل حال، ولم يكن العامل ولا المالك قاصداً المجانية، فيكون هذا داخلاً في أصالة احترام عمل الغير.

فالمقام من أخذ عمل الغير لا على وجه المجانية، فإذا لم يثبت ضمان المسمّى المدعى من قبل المالك ثبت للعامل ضمان المثل.

وهذا نظير ما إذا خاط ثوبه فادّعى المالك أنه أجره بأقل من أجرة المثل، وادّعى العامل أنه اشتراه منه وخاطه لنفسه فإنّه من المستبعد أن يدعى فقهاء رجوع الثوب مخيطاً إلى المالك وحرمان العامل من عمله رأساً.

وفذلكة الموقف أنّ كل مال يأخذه الغير من مالكه لا على وجه

المجانية يكون مضموناً عليه، وهذا في الأعيان يكون بوضع اليد عليها، وفي المنافع يكون باستيفائها بالأمر أو الإذن ونحوه لا على وجه المجانية، وهذا حاصل.

ومجرد دعوى العامل أنه عمل لنفسه لاعتقاده أن الثوب أو المال له لا يعني المجانية، وقبوله لهدر عمله عليه في مال الغير؛ لأنّ المجانية إنّما تكون إذا كان قد عمله الغير لا لنفسه، فكون العمل لنفسه بحسب اعتقاده لا يساوق المجانية وهدر حرمة العمل إذا كان بأمر الغير واقعاً أو بحسب اعتراف الغير بذلك، نظير ما إذا كان قد أجره على الخياطة ولكنه نسي أو اشتبه فخاطه بتصور أنه ملك له ثمّ تبين له أنه للغير وأنه كان أجيراً عليه، فإنه مستحق للأجرة جزماً.

وقد يقال: إنّ المقام يصبح من التداعي بنكته أخرى، وهي التعارض بملاك العلم الإجمالي والتساقط للأصول العملية في الأطراف، حيث يعلم إجمالاً إنّما بأنّ العامل لا يستحق الأجرة الزائدة على حصته من الربح، أو أنّ المالك لا يستحق عين رأس المال بل وربحه بمقدار الزائد على حصته، وهذا علم إجمالي منجز يوجب تعارض الأصلين، فيكون المرجع القرعة مثلاً أو قاعدة التنصيف للمال المختلف فيه، وهو الباقي من الربح بينهما، حيث سقط الأصلان عن الحجية فلا وجه للرجوع إليهما على التحالف.

إلا أنّ هذا البيان غير تام؛ لأنّ أجرة المثل إذا أريد خصوصيتها وهي كونها من مال آخر في ذمة المالك فهذا يعلم تفصيلاً بعدم استحقاق العامل لها، فالأصل المنقح له - وهو استصحاب عدم المضاربة - ساقط على كل

.....

حال ، لأنه معارض مع استصحاب عدم الاقراض وبقاء المال على ملك مالكة .

وإن أُريد باستصحاب عدم المضاربة استصحاب عدم اقدم العامل على مجانية المقدار الزائد لأجرة مثل عمله على الحصة إثبات جامع الضمان لعمل العامل الأعم من الربح وأجرة المثل بمقدار المثل - كما لا يبعد صحة ذلك في أمثال المقام - فيثبت له مثل هذا الحق ، ولا علم إجمالي بخلافه ، ويكون تعيينه في الذمة بحكم القاضي لا بالأصل ليسقط عن الحجية .

فلا يكون المقام من التداعي والتحالف بل المدعي والمنكر ، ويحكم برجوع رأس المال إلى المالك واستحقاق العامل لأجرة مثل عمله من الربح أو خارجه بمقتضى أصالة احترام عمله ، إلا إذا كانت أكثر من الربح فلا يستحق الزيادة ؛ لأقراره بعدم استحقاقه ، كما أنه إذا كانت أقل من الربح تكون زيادة الربح عليها للمالك مع يمينه ؛ لكونه منكرًا والعامل مدعيًا فيه ، إلا إذا كانت أقل من الحصة التي يعترف بها المالك للعامل ، فإن مقدار زيادة الحصة أيضاً تكون له في هذه الفرضية .

وهذا هو مبنى ما ذكره الماتن من أن للعامل أكثر الأمرين من الحصة وأجرة المثل .

مسألة ٦٠: إذا حصل تلف أو خسران فادّعى المالك أنه أقرضه، وادّعى العامل أنه ضاربه قدّم قول المالك مع اليمين [١].

[١] المقصود أنه يقدّم قول المالك من حيث أصل ضمان المال؛ لأنّ قوله مطابق مع الأصل، فإنّ الأصل عدم الإذن بالمجانبة وحرمة مال الغير. وقد يستشكل في ذلك باشكالين :

الأول: ما عن بعض الأعلام المحشين من أنّه لا أثر لدعوى المضاربة، وإنّما الأثر يترتب على القرض وهو الضمان، والأصل ينفيه، فيكون قول العامل هو المطابق للأصل.

وفيه: أنّ استصحاب عدم القرض لا ينفى أصل الضمان، وإنّما ينفى ضمان المسمّى أو قل الضمان العقدي، وأمّا ضمان اليد والغرامة فهو ثابت بمجرد وضع اليد على مال الغير مع عدم الإذن من مالكة بالمجانبة، وهذا محرز أحدهما بالوجدان والآخر بالأصل - وهو استصحاب عدم المضاربة - فيكون القول قول المالك.

الثاني: أنّ قاعدة الضمان - ضمان الغرامة - معلومة الانتفاء في المقام؛ لأنّ موضوعه تلف مال الغير في يده بلا إذن منه بذلك، وفي المقام يعلم إمّا بعدم كونه مال الغير - لو كان قرضاً - أو أنّه مأذون منه في التلف - لو كان مضاربة - فيعلم بانتفاء القاعدة المذكورة، ومع العلم بانتفائها لا معنى للتمسك بها في تشخيص المدعي والمنكر.

كما لا مجال للتمسك باستصحاب عدم المضاربة وعدم الإذن في التصرف في مال المالك لا ثبوت الضمان - وإن صدر عن بعض أساتذتنا العظام (١) -

لأنه لو أريد اثبات ضمان الغرامة به فهو مقطوع بعدم إتمام الانتفاء ملك الغير أو لوجود إذن المالك، وإن أريد إثبات الضمان العقدي فهو مترتب على تحقق القرض لا عدم المضاربة، فتكون النتيجة مطابقة قول العامل مع الأصل؛ لأن ضمان اليد معلوم الانتفاء والضمان العقدي بالقرض منفي بالأصل.

والجواب بتوضيح مقدمتين :

أولاهما - أن موضوع الضمان اليدي ليس هو تلف مال الغير في يده، بل موضوعه وضع اليد على مال الغير من دون إذنه، فيثبت الضمان من حين وضع اليد غاية الأمر يكون حكمه برد العين مع وجودها ورد مثلها أو قيمتها على تقدير تلفها - على ما حققناه في محله - .

. الثانية - أن الضمان العقدي خصوصاً في باب القرض ليس الغاء للضمان

اليدي وايجاداً لموضوع جديد لضمان جديد، بل هو تحديد وتعيين للضمان الثابت باحترام مال الغير في المسمى بدل المثل بالتوافق عليه بينهما - في غير القرض، وحفظ ضمان المثل في القرض - فإذا صح ذلك وثبت فهو، وإلا كان ضمان المثل ثابتاً لبقاء موضوعه وهو حرمة مال الغير التي لا يخرج عنها إلا باحراز الهدر والاقدام على المجانية، ومن هنا كانت العقود المضمونة بصحيحها مضمونة بفاسدها أيضاً. وإذا ثبتت المقدمتان يتضح أن مقتضى الأصل في المقام هو الضمان؛ لأن المالك يدعي عدم الإذن في المجانية وهو محتمل بحسب الفرض لاحتمال القرض وأصالة عدم القرض ينفي تحديده في ضمان المسمى أو العقدي ولا ينفي أصل الضمان وعدم المجانية المحتمل والذي يكون محرراً تبعداً بأصالة حرمة مال الغير أو عدم الإذن في تلفه.

نعم ، لو كان فرق بين الضمانين في المقدار كما إذا كان تلف المال بعد ارتفاع قيمته مثلاً وكان قيمياً وقلنا بأنّ ضمانه بقيمة يوم التلف لا يوم الأخذ ، أو حصل نماء للمال قبل التلف لم يثبت أكثر من ضمان الأصل ، أي قيمته يوم الأخذ ؛ لأنّ الزائد عليه معلوم الانتفاء ، بل ويعترف المالك بعدم استحقاقه ، فلا يثبت الضمان إلا بمقدار ما يقتضيه القرض ، وإذا انعكس بأن قلّت قيمته يوم التلف وقلنا بأنّ الضمان لقيمة يوم التلف لم يثبت للمالك أكثر من قيمة يوم التلف ، لا يوم الأخذ ؛ لأنّ الزيادة فرع ثبوت الضمان العقدي ، أعني القرض ، والأصل ينفيه ، فيكون قول العامل مطابقاً مع الأصل في نفي المقدار الزائد من الضمان .
ومنه يظهر أنّ إطلاق المتن في غير محلّه .

ثمّ إنّّه يمكن أن يستدل على هذا الحكم - وهو أنّ القول قول المالك المدعي للقرض - برواية خاصة هي صحيحة اسحاق بن عمار : « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاغت ، فقال الرجل : كانت عندي وديعة ، وقال الآخر : إنّما كانت عليك قرضاً ؟ فقال : المال لازم له إلا أن يقيم البينة أنّها كانت وديعة » (١) .

فإنّ الوديعة كالمضاربة تكون يد الودعي أمينة فيها ، بل لعلّ ثبوت الحكم بالضمان في المقام أولى منه في الوديعة التي تكون لمصلحة المالك فقط ، بخلاف المضاربة التي تكون لمصلحة العامل أيضاً ، فتلغى خصوصية الوديعة ويتعدّى إلى كل عقد لا يكون فيه ضمان على من تلف بيده المال .

١ - وسائل الشيعة ١٩ : ٨٥ ، ب ٧ من أحكام الوديعة ، ح ١ .

مسألة ٦١: لو ادعى المالك الإبضاع والعامل المضاربة يتحالفان، ومع الحلف أو النكول منهما يستحق العامل أقل الأمرين من الأجرة والحصة من الربح، ولو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربة لدفع الأجرة، وادعى العامل الإبضاع استحق العامل بعد التحالف أجرة المثل لعمله [١].

[١] التنازع بينهما في كونه مضاربة أو بضاعة على نحوين :

فتارة يكون ربح، فيكون الإبضاع بصالح المالك عادة فيدعيه، ويدعي العامل المضاربة. وأخرى لا يكون ربح فتكون المضاربة بصالحه ويدعي العامل الإبضاع لأخذ الأجرة. وقد حكم في الصورتين بالتحالف، وبعد النكول أو الحلف منهما يستحق العامل في الصورة الأولى أقل الأمرين من الأجرة والربح؛ لاعترافه بعدم استحقاق أكثر منه، وفي الثانية يستحق أجرة المثل.

وقد تقدم فيما سبق أنّ في المقام يوجد مالان بالدقة: أحدهما رأس المال المأخوذ من المالك، والآخر عمل العامل وانمائه للمال، وكلاهما مالان محترمان. وبالنسبة إلى الأول - أعني رأس المال - الأصل بقاءه أصلاً ونماءً - إذا كان الشراء بعين رأس المال كما هو المفروض هنا - على ملك مالكه، فيكون بتمامه للمالك، وبلحاظ الثاني - أعني العمل - حيث يعترف المالك في الصورتين بالأمر بالعمل وأنه لم يكن على وجه المجانية بل على وجه الضمان إما بالأجرة أو بحصة من الربح على تقديره فيكون مقتضى الأصل ضمانه كما تقدم فيضمن أجرة مثله، هذا إذا كانت البضاعة المدعاة مع أجرة، وأما إذا ادعى المالك الإبضاع مجاناً والعامل المضاربة، وكان ربح فأيضاً كذلك؛ لما تقدم من أنّ أصالة عدم الاقدام على المجانية تثبت الضمان.

نعم، لا يثبت حينئذٍ من الأجرة أكثر من حصة العامل من الربح؛ لأنه يعترف بعدم استحقاقها.

وهذا البيان تام في صورتين، إلا أنه في الصورة الثانية بحاجة إلى اليمين من قبل العامل الذي يدعي الابضاع واستحقاق الأجرة. وأما في الصورة الأولى فاستحقاق العامل الأجرة ثابت باقرار المالك، ولا يحتاج إلى اليمين من قبل العامل، وإنما يحتاج إلى اليمين من قبل المالك على نفي المضاربة، وعدم استحقاق العامل للزائد على الأجرة من حصته من الربح إن كان، فيكون هو المنكر من حيث نفي استحقاق الحصة والضمان المسمّى، والعامل مدعياً من حيث دعوى استحقاقها، ففي كلا الشقين لا يوجد إلا مدّع واحد ومنكر، فلا تحالف في البين.

وبهذا ظهر ما في كلمات بعض الأعلام المعلقين على المتن من أن المقام من التحالف؛ لأنّ المالك يلزم العامل بقبول ما يدعيه من الأجرة من أي مال شاء. فإنّ هذا ليس الزاماً، بل يثبت باستصحاب عدم المضاربة منضمّاً إلى ما هو محرز وجداناً من الأمر بالعمل لا على وجه المجانيّة.

كما أن ما ذكره أيضاً في الصورة الثانية من أن الأصل مع المالك لا العامل لأنه يدعي عليه استحقاق أجرة المثل، وهو خلاف الأصل غير صحيح؛ لأنّ أصالة حرمة عمل المسلم حاكمة على أصالة عدم شغل الذمة كما تقدم شرحه.

كما أن ما ذكره في الصورة الأولى أيضاً من أنّه بناءً على كون الابضاع لا يستحق فيه العامل الأجرة يكون الأصل مع المالك فهو المنكر والعامل هو

.....

المدعي للمضاربة، واستحقاق الحصة هي المدعى غير صحيح؛ لأننا وإن قبلنا ظهور الابضاع في المجانية إلا أن هذا حيث يثبت وإلا فمقتضى الأصل عدم الاقدام على المجانية بعد إحراز أمر المالك أو اذنه بصب العمل على ماله، وهو المقدار المسلم به من أصالة احترام مال الغير، حيث قلنا إن هذا بحكم أخذ العمل وهو كأخذ العين موجب للضمان إلا أن يثبت الإذن في المجانية من مالكة.

ثم إن هذا كله إذا كان المترتب على الابضاع أجرة المثل كما هو ظاهر المتن، وأما إذا كان الدوران بين أجرة معينة في قبال الابضاع أو المضاربة فالأصل ينفى عنها كما ينفى المضاربة واستحقاق الحصة الخاصة، وعندئذ قد يقال بالتساقط وضرورة المقام من التحالف؛ للعلم الإجمالي بكذب أحدهما وعدم استحقاق أجرة المثل، بل يستحق العامل إما حصة من الربح أو الأجرة المعينة، فيكون من التحالف، ويعين مال كل منهما من المالكين بالقرعة أو التنصيف للمالكين بينهما.

وقد يقال: إن القاعدة في أمثال المقام من موارد التحالف وليس هو القرعة ولا التنصيف، بل اعطاء العامل أجرة مثل عمله إلا إذا كانت أجرة المسمى أكثر باعتراف المالك، فيعطى الزيادة، أي يعطى أكثر الأمرين من أجرة المسمى أو المثل إذا لم يكن أكثر من حصة العامل من الربح وكان هو المدعى للمضاربة، وإذا كان المالك مدعياً للمضاربة والعامل للابضاع بأجرة مسمّاة يعطى أكثر الأمرين من أجرة المثل والحصة من الربح كما أشرنا إلى ذلك في المسألة المتقدمة.

مسألة ٦٢: إذا علم مقدار رأس المال ومقدار حصّة العامل واختلفا في مقدار الربح الحاصل فالقول قول العامل، كما أنّهما لو اختلفا في حصوله وعدمه كان القول قوله، ولو علم مقدار المال الموجود فعلاً بيد العامل واختلفا في مقدار نصيب العامل منه فإن كان من جهة الاختلاف في الحصّة أنّها نصف أو ثلث، فالقول قول المالك قطعاً، وإن كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال فالقول قوله أيضاً [١]؛ لأنّ المفروض أنّ تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلاً وربحاً، ومقتضى الأصل كونه بتمامه للمالك إلا ما علم جعله للعامل، وأصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا إلى العامل لا تثبت كون البقية ربحاً، مع أنّها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا، فيبقى كون الربح تابعاً للأصل إلا ما خرج.

مسائل

الأولى: إذا كان عنده مال المضاربة فمات فإن علم بعينه فلا إشكال [٢]،

[١] قد مرّ الإشكال فيه لا من جهة استصحاب عدم اعطائه أو عدم كون رأس المال أكثر ممّا يدّعيه العامل ليقال بأنّه لا يثبت كون الباقي ربحاً إلا بنحو الأصل المثبت، بل لما تقدّم من أنّ تقدّم قول العامل فيه لكونه أميناً في تعيين مقدار الربح سواء من حيث التحقق وعدمه أو من حيث مقدار رأس المال، وأنّ العرف لا يرى فرقاً بينهما من هذه الناحية.

[٢] لتعيّن ردّه حينئذٍ إلى المالك، ولا شبهة في ذلك، هذا إذا علم بأنّه

باق للمالك.

وإلا فإن علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك، ويكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة [١]، ويقدم على الغرماء إن كان الميت مديوناً لوجود عين ماله في التركة.

[١] نسب ذلك إلى ظاهر الأصحاب - كما في الحدائق - بل جميعهم - كما في المستمسك - وأن الاشتباه في المقام يقتضي الاشتراك حتى مع عدم الامتزاج، بل حتى مع عدم التماثل بين الأجناس.

وقد نوقش فيه بأنه لا موجب للاشتراك الذي هو انتقال في ملكية بعض المال إلى الشريك، فإنه لا يكون إلا بالعقد، وهو المسمى بالشركة العقدية أو بالامتزاج الموجب وحدة المال ولو عرفاً، والمسمى بالشركة القهرية على ما سيأتي في محلّه من كتاب الشركة، ويوافق عليه الماتن رحمته أيضاً وشيء منهما لم يتحقق في المقام.

وقد استدلل على ما هو المشهور في الحدائق والرياض وغيرهما بحديث السكوني عن جعفر عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال: «في رجل مات وعنده مال مضاربة إن سمّاه بعينه قبل موته فقال هذا فلان فهو له وإن مات ولم يذكره فهو أسوة الغرماء» (١).

ونوقش في الاستدلال:

أولاً - بضعف سند الخبر بالنوفلي.

وثانياً - بأنه لا يدل على الشركة، بل على أن حق المالك كحق الغريم والذي ليس شريكاً في عين التركة؛ ولهذا لو أعطي من مال آخر لزمه القبول.

نعم ، الحديث يدلّ على ضمان مال المضاربة من التركة وعدم ذهابه على مالكة هدرًا كموارد التلف ، وأمّا كونه شريكاً في التركة بحيث يتقدم حقه على الغرماء فهذا خلاف صريح الحديث بأنّه أسوة الغرماء .

وثالثاً - دلالة الخبر الوارد في الدراهم المودعة عند أحد من شخصين فيضيع واحد منها على خلاف ذلك ؛ إذ لو كان الاشتباه مع عدم التعيّن حتى في المثليات يقتضي الاشتراك كان اللازم أن يكون لصاحب الدرهم ثلث الدرهم لا ربعهما أي كان مشتركاً مع صاحب الدرهمين في الدرهمين الباقيين بنسبة الثلث إلى الثلثين ، فكان يجب أن يعطى نصف الدرهم ونصف ثلثه .

ومن هنا حمل هذا الخبر إمّا على أنّ المقصود كون المالك حاله كحال الغرماء من حيث عدم انتقال التركة إلى الورثة إلّا بعد أداء مالهم ، فكما لا تنتقل اليهم إلّا بعد أداء الديون كذلك لا تنتقل اليهم إلّا بعد أداء مال المضاربة لمالكة ، أو على صورة عدم العلم بوجود عين مال المضاربة ضمن التركة فيكون مفاده ضمان العامل للمال إذا علم بأنّه كان عنده حال الموت ولكن لا يعلم بكونه ضمن التركة فيضمن قيمته أو مثله لصاحبه ولو لأنّه لم يوص به ، فيكون بحكم التلف على مالكة عنده تقصيراً ، فيخرج من أصل التركة كالديون الأخرى ، وأمّا إذا علم بوجوده ضمن التركة فالحكم هو القرعة بناءً على أنّه الأصل في هذه الموارد .

وينبغي التعليق في نقطتين :

أولاهما - أنّ تعبير الفقهاء بالاشتراك مع الورثة لا يظهر منه أنّهم يريدون به الشركة بمعنى الاشاعة ، بل الظاهر أنّهم يريدون به أنّه كالشركة - كما صرح

به جملة منهم - من حيث كون بعض التركة للمالك حتى إذا أنكرنا تحقق الاشتراك والإشاعة بحصول الاشتباه وعدم التمييز في المثليات ولم نعتبره كالاختلاط الموجب للاشتراك القهري - كما لا يبعد في الجملة، وبحته موكول إلى كتاب الشركة - ورواية الودعي لا تنفيه؛ لأنها واردة في التردد بعد التلف، فلا ينفى الاشتراك لو كان حاصلًا قبله.

والحاصل: تعبيرات الفقهاء في المقام لا يستفاد منها ارادة الشركة مع الورثة بمعنى الاشاعة، بل بمعنى أن المالك يملك بعض التركة ولو مجملًا ومرددًا لا مشاعًا، وقد صرح بعضهم بأنه كالشريك أو بمنزلة كما في المسالك وجامع المقاصد، وأما في النهاية والسرائر والشرائع فالعبائر ناظرة إلى مسألة أخرى، وهي أنه إذا كان عند العامل الميت أموال من عدة مضاربة ولم يعين ما يكون منها لهذا أو ذاك كان أسوة الغرماء، أي بينهم بنسبة رؤوس أموالهم، أي لا يختص ربح أو خسران ما قد يكون في بعض تلك الأموال ببعضهم دون بعض.

وهذه مسألة أخرى غير مربوطة بالشركة والاشاعة بين المالكين نتيجة الاشتباه والتردد في الأموال.

نعم، قد يتوهم استلزامه لحصول الشركة والاشاعة بين المالكين، ولكن سيأتي عدم صحة ذلك، وهذا ما فصله في النقطة الثانية، وقبل الورود فيها نذكر عبارة الشيخ في النهاية والمحققين في السرائر والشرائع فنقول:

ذكر الشيخ في النهاية في آخر كتاب الشركة: (ومن كان عنده أموال للناس مضاربة فمات فإن عين ما عنده أنه لبعضهم كان على ما عين في

وصيته وإن لم يعين كان بينهم بالسوية على ما تقتضيه رؤوس الأموال^(١).
 وقال في السرائر: (وقد روي أن من كان عنده أموال للناس مضاربة
 فمات فإن عيّن ما عنده أنه لبعضهم كان على ما عيّن في وصيته، فإن لم يعيّن كان
 بينهم بالسوية على ما تقتضيه رؤوس الأموال).

أورد ذلك شيخنا في نهايته، وهذا إذا حقق وقامت البينة برؤوس الأموال
 أو تصادق أصحاب الأموال والورثة وكان في المال ربح وكانت الأموال مختلطة
 غير متميز مال كل واحد من غيره فإن كان خسران وكان الخلط بغير إذن أرباب
 الأموال فإنّ الخسران على الخالط؛ لأنّه فرّط في الخلط، فهذا تحرير الرواية
 المذكورة^(٢).

وقال في الشرائع: (السادسة عشرة: إذا مات وفي يده أموال مضاربة فإن
 علم مال أحدهم بعينه كان أحق به، وإن جهل كانوا فيه سواء، فإن جهل كونه
 مضاربة قضي به ميراثاً)^(٣).

وواضح من هذه العبائر أنّ نظر الشيخ والمحققين ومن عبر بتعبيرهم إلى
 مسألة كيفية توزيع الأموال المعلوم كونها مضاربة عند الميت على أصحابها من
 حيث احتمال وجود ربح في بعضها وعدمه أو الخسران في الآخر وأنه إذا عيّن
 الميت بعضها لخصوص بعض المالكين كان له، وإلاّ قسّم الأموال على المالكين
 حسب ما تقتضيه رؤوس أموالهم بالسوية.

١ - النهاية: ٤٣٠.

٢ - السرائر ٢: ٤١٢.

٣ - شرائع الإسلام ٢: ٢٩٠.

.....

وليس في كلماتهم إشارة إلى مسألة الاشتراك والاشاعة في الملكية مع الورثة بمجرد الاشتباه والتردد وصریح السرائر وظاهر العباثر الأخرى أنّ هذا هو مفاد خبر السكوني ، وهذا هو الحق كما ذكره في النقطة التالية .

الثانية - في مفاد الرواية المذكورة - والتي قد تكون معتبرة ؛ لأنّ النوفلي يمكن توثيقه ببعض الوجوه - .

والظاهر أنّ هذه الرواية ناظرة إلى المسألة التي أشرنا إليها ، وهي أنّ الميث إذا كان عاملاً مضارباً لأكثر من مالك واحد وكانت عنده أموال عديدة قد يكون في بعضها ربح لو بيع وقد لا يكون ربح في البعض الآخر ، فإن عيّن ما يكون لأحدهم في وصيته كان له ، وإلا كانت الأموال بينهم بالسوية .

وهذا إما على أساس أنّ نفس عدم الايضاء والتعيين يكون قرينة على أنّه كان يضارب بها مشتركاً ، أو لو فرض إطلاق الرواية لما إذا كانت المضاربات مقيدة بالاستقلال وعدم الاختلاط بغيره - كما هو كذلك - فباعتبار قاعدة العدل والانصاف وعدم التعيين فيما يكون لهذا أو يكون لذلك فليس ملاكه الاشتراك والاشاعة ، بل ملاكه قاعدة العدل والانصاف التي ينقلها السكوني في أكثر من رواية :

منها رواية الودعي (١) .

ومنها : ما نقله عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام « في رجل أقرّ عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندي ألف درهم ثمّ مات على تلك الحال ،

١ - وسائل الشيعة ١٣ : ١٧١ ، ب ١٢ من أحكام الصلح ، ح ١ .

فقال علي عليه السلام: أيهما أقام البينة فله المال، وإن لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان» (١).

والمقام من مصاديق ذلك أيضاً، حيث يعلم بأن ما فيه الربح لأحد المالكين من غير تعيين ولا بينة في البين، فتضاف هاتان الروايتان إلى أدلة قاعدة العدل والانصاف.

وهكذا يتضح أن الرواية على هذا غير مربوطة بباب الإشاعة والاشترار، ولا دلالة فيها على أن الاشتباه والتردد يستلزمها؛ لأنها لا تحكم بالتسوية من جهة حصول الاشتراك للإشاعة، بل من جهة قاعدة العدل والانصاف كحكم ثانوي عند التردد والتخاصم.

يبقى الدليل أو القرينة على الاستظهار المذكور.

وملخصه ظهور الرواية في فرض وجود مال المضاربة عند الميت، وأن النظر إلى كيفية ارجاعه إلى مالكة مع فرض ترده بين أكثر من مالك، حيث يستفاد من تشقيق الرواية بين ما إذا عيّن مالكاً معيناً لبعض المال وما إذا لم يعيّنهُ أن هناك غرماً - بمعنى مطالبين - وأن فرض الرواية هو فرض وجود أموال متعددة لمالكين عند الميت مضاربة كما فهمه الشيخ وقدماء الأصحاب، فعبروا - وتعبيرات الشيخ في النهاية هي مفاد الروايات عنده - أنه لو مات وعنده أموال الناس مضاربة فالمراد بمال مضاربة في المصدر الجنس الشامل للكثير والقليل.

١ - وسائل الشيعة ١٣: ٤٠٠، ب ٢٥ من أحكام الوصايا، ح ١.

بل لعلّ التعبير بقوله عَلَيْهِ: « وإن مات ولم يذكره فهو أسوة الغرماء » يناسب وجود مالكين متعددين عبر عنهم بالغرماء بمعنى المطالبين؛ إذ لم يفرض وجود دين على الميت في الصدر، وإنما فرض وجود مال المضاربة عنده، فإذا ذكر بعده وجود المطالب كان المقصود المالكين لا محالة، فحملة على ارادة الدائن للميت من غير هذه الناحية خلاف الظاهر.

فالرواية مجملة لو لم نقل بأنّها ظاهرة الدلالة، والنظر إلى هذه الحيثية، خصوصاً إذا لاحظنا أنّ المطلوب في المضاربة الاسترباح لا أشخاص وأعيان الأموال الخارجية، فتمام النظر إلى كيفية توزيع المال على رؤوس الأموال كما فهمه القدماء.

نعم، هي مطلقة من حيث أنّ عدم التعيين في الوصية تارة يكون منشأ لاحتمال كون الاختلاط باذن المالكين، فتكون هناك اشاعة ومضاربة مشتركة، وأخرى يعلم أنّه لم تكن مضاربة مشتركة مأذونة، وأنّ كل مال لمالكة الخاص ولكنه لم يعين في الوصية لغفلته أو عدم تمكنه منه كما إذا مات فجأة.

وأما ما قيل من حملة على ما إذا احتمل كون المال قد تلف عنده بتفريط ولو ناشئ من الخلط وعدم الوصية به فيكون ضامناً له في ذمته فهذا خلاف ظاهر الرواية، بل تصريحها بوجود المال عنده، فالنظر إمّا إلى أموال كلها للمالكين ولكن لا يعلم مالك كل واحد منها، ويكون المقصود من الغرماء من كان يضارب معهم، أو يكون النظر إلى أنّه كالغريم لا بد من اعطاء ماله أولاً قبل قسمة التركة وإن كان حقّه في عين التركة لا ذمة الميت، وعلى كل المحتملات الرواية لا تدلّ على الشركة أصلاً.

وإن علم بعدم وجوده في تركته ولا في يده ولم يعلم أنه تلف بتفريط أو غيره أو رده على المالك فالظاهر عدم ضمانه، وكون جميع تركته للورثة، وإن كان لا يخلو عن إشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية [١].

وأما إذا علم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت ولم يعلم أنه موجود في تركته الموجودة أو لا بأن كان مدفوناً في مكان غير معلوم، أو عند شخص آخر أمانة أو نحو ذلك، أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده بحيث لو كان حياً أمكنه الإيصال إلى المالك، أو شك في بقاءه في يده وعدمه أيضاً ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث وعدمه خلاف وإشكال على اختلاف مراتبه، وكلمات العلماء في المقام وأمثاله كالرهن والوديعة ونحوهما مختلفة.

[١] في هذه الصورة يعلم بعدم المال عنده قبل الموت وبارتفاع يده عنه إما بالرد إلى مالكة أو بالتلف، وحكم فيه بعدم الضمان؛ لأنه مقتضى الأصل الحكمي والموضوعي، أي أصالة براءة ذمته، وأصالة عدم التعدي والتفريط، ومقتضى أمانته أنه لا يفرط ولا يتعدى، فلو استفيد من روايات الأمين مؤتمن أن نكتة قبول قوله إنما هو أمانته المقتضية لعدم التعدي كانت الأمانة كافية لنفي التعدي بلا حاجة إلى قول منه بعدم التعدي. وأما الإشكال من ناحية ما سيأتي من عموم على اليد، وأدلة رد الأمانة لكل يد حتى الأمانة حيث يراها الماتن بني مثبتة للضمان بقول مطلق إلا في صورتني دعوى التلف مع الحلف فهو فرع وجود المال تحت يده حين الموت، وأما مع العلم بعدم وجوده يكون الشك في اشتغال ذمته للمالك وهو منفي بالأصل. نعم، بعض الوجوه القادمة لو تمت لجري في هذا الشق أيضاً، إلا أنه لا يتم على ما سيأتي.

والأقوى الضمان في صورتين الأوليين لعموم **عَلَيْهِ**: «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي» حيث إنَّ الأظهر شموله للأمانات أيضاً [١].

[١] استدلل المصنّف **بِئْرُهُ** على الضمان في صورتين الأوليين - وهما صورتَي العلم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت والشك في وجوده ضمن التركة أو العلم بعدم وجوده ضمنها مع العلم ببقائه في مكان تحت يده بحيث لو كان لأمكن إيصاله إلى مالكة - بوجوه عديدة:

أولها - التمسك بعموم على اليد، بدعوى شمولها لكل يد وضعت على مال الغير، غاية الأمر خرج منها موارد أشار إليها في المتن .

فالحاصل: قاعدة على اليد تثبت الضمان حتى في اليد الأمانة، غاية الأمر خرج منها الموارد المذكورة وليس المقام منها، حيث يعلم ببقاء المال في يده إلى ما بعد الموت، بحيث لو كان حياً لأمكن إيصاله إلى مالكة، فيثبت بذلك ضمانه له فيخرج من تركته كسائر الديون. وليس موضوع الضمان في اليد الأمانة عنوان التعدي والتفريط بدليل آخر كما قيل .

نعم، لا يمكن إثبات تعلق ملك المالك بعين التركة ليقدم على سائر الغرماء، بخلاف ما تقدم في صدر المسألة .

وقد وجه في كلمات الأعلام على هذا الاستدلال اشكالات ترجع جميعاً إلى إنكار ثبوت ضمان اليد في موارد الأمانة، وإنّما الثابت فيها ضمان الاتلاف والتعدي والتفريط بدليل آخر وهو مشكوك في المقام لا يمكن التمسك بدليله؛ لأنّه شبهة مصداقية له أو مقطوع العدم، وفيما يلي نذكر هذه الإشكالات:

الإشكال الأول: ما ذكره بعض الأعلام من المنع من ثبوت عموم على

اليد؛ لأنّ الرواية الدالة عليه نبوية لم تثبت بطرقنا. ودعوى الانجبار بعمل المشهور ممنوع صغرى وكبرى، وإنّما مهم الدليل على ضمان اليد هو السيرة العقلائية القطعية، وهي غير شاملة لموارد يد الأمين جزماً، وإنّما فيها ضمان التعدي والتفريط وهو غير معلوم^(١).

وهذا الإشكال المبناي وإن كان مسجلاً على استدلال الماتن بِشَيْءٍ، إلا أنّه بالإمكان التمسك بالسيرة في المقام، بتقريب أنّ السيرة العقلائية في باب وضع اليد على مال الغير لا فرق فيها بين يد الأمين وغيره من حيث ضمان الرد إلى المالك إذا أراد المال، وإنّما الفرق بينهما من حيث ضمان التلف بلا تعد وتفريط، حيث تكون اليد المأذونة من قبل المالك غير ضامنة للتلف الفهري بخلاف اليد العادية.

فالحاصل: نكتة ضمان اليد بالتحليل العقلائي ترجع إلى أنّ كل مال يقع تحت يد الغير يكون محترماً لمالكة - وهو يستبطن ضمان العهدة مع وجود العين واشتغال الذمة مع تلفها - إلا بالمقدار الذي يأذن به المالك، وفي باب الأمانات المالك قد أذن بالتلف بلا تعد وتفريط، ولم يأذن بعدم الرد إلى المالك لو طالبه أو انتهت الأمانية بالموت ونحوه، بل احترام المال من هذه الجهة ثابتة من أوّل الأمر بمقتضى اليد حتى عند العقلاء.

وعنوان التعدي ونحوه إنّما ينتزع بلحاظه، بل وضع اليد على مال الغير بلا إذنه بنفسه تعد أيضاً.

١ - شرح العروة الوثقى ٣١: ١٤٦.

وهذا يعني أنّ الأمانة حتى عند العقلاء ليست بمعنى اسقاط الضمان لكي نحتاج في فرض التفريط والتعدي إلى ملاك آخر للضمان عندهم وهو ضمان التعدي والتفريط مثلاً أو ضمان الاتلاف، بل كل ذلك بالتحليل المذكور يرجع إلى نكته وملاك واحد للضمان وهو حرمة مال الغير إلا بالمقدار الذي يرضى ويأذن به مالكه، غاية الأمر في اليد الغير أمانة لا إذن حتى على بقاء المال تحت يد الغير فيكون تلفه القهري تحت يده أيضاً في عهده؛ لأنّه كان مكلفاً برده، بخلاف اليد الأمانة حيث يرضى المالك ببقاء المال تحتها الملازم مع كون تلفه القهري باذن مالكه فهو أهدر مالية ماله بهذا المقدار، بخلاف اتلافه ولو بالتفريط والتساهل في حفظه أو عدم ردّه.

. وقد يأذن حتى في اتلافه فلا يكون ضمان فيه أيضاً، كما إذا أذن له أن يأكل طعامه، كما أنّ اليد الأمانة قد يعقل في بعض أقسامها اشتراط الضمان كالعارية المضمونة، ومرجعها إلى تقييد الإذن كما تقدّم في محلّه.

الإشكال الثاني: ما أفاده هذا العلم أيضاً من أنّنا لو تنزلنا وقلنا بصحة قاعدة اليد من حيث السند فهي غير شاملة للمقام جزماً، فإنّ يد الأمين خارجة عنها قطعاً؛ إذ لا معنى لأن يقال بأنّ أخذه موجب للضمان، غايته أنّه يرتفع بالتلف من غير تعد أو تفريط، فإنّ الضمان غير ثابت من حين أخذه، وإنّما يثبت بتعديه أو تفريطه، وحيث أنّه لم يثبت فلا مجال للقول بضمانه^(١).

وكانّ المقصود أنّ الضمان معناه اشتغال الذمة بالبدل على تقدير التلف،

وهذا مقطوع العدم في مورد الأمانة، بمعنى أنه خلف الأمانة، فتكون اليد الأمانة خارجة عن عموم على اليد تخصصاً أو تخصيصاً؛ إذ لا مجال فيه لضمان التلف. نعم، يعقل فيه ضمان الاتلاف والتعدي، وهو خارج عن عموم على اليد؛ لأنه ضمان آخر ومشكوك في المقام فلا مثبت له.

وهذا الإشكال مبني على تفسير الضمان الثابت بعموم على اليد بضمان التلف وهو ممنوع، بل مفاد قاعدة على اليد سواء ثبتت بالسيرة العقلائية أو بالرواية النبوية إنما هو معنى أعم وأوسع وهو حرمة مال الغير حرمة تقتضي ردّ عينه مع إمكانه أو ردّ بدله مع تعذّره إلى مالكة، وأنّ تلفه أو اتلافه يوجب اشتغال الذمة ببده إلا أن يأذن المالك بخلاف ذلك وفي حدود إذنه؛ ولهذا لم يفرض في لسان الرواية تلف المال المأخوذ أصلاً، وإنما عبّر فيه أنّ على اليد أن تؤدّي نفس ما أخذت.

وإن شئت قلت: إنّ الضمان بمعنى العهدة والمسؤولية لردّ نفس المال مع وجوده وردّ بدله مع تعذّره أو تلفه بمقدار ما لم يأذن به المالك، وهذا المعنى يعقل ثبوته في اليد الأمانة أيضاً، فإنّ الأمانة أيضاً في عهدة الأمين من ناحية الردّ إلى مالكة إذا انتهت مدة الأمانة أو طالب المالك بماله، وحينئذ إذا علم بعدم وجوده في يده وشك في تلفه أو اتلافه أو ردّته إلى المالك فلا يحكم بالضمان؛ لما تقدّم من الشك في تحقق التلف غير المأذون فيه وهو قيد للضمان بل هو نحو ردّ فلا يمكن التمسك بالقاعدة، وأما إذا علم بوجوده والمفروض انتهاء مدة الأمانة بموت العامل وتعذّر ردّ العين صار اشتغال الذمة فعلياً لتحقيق موضوعه بعد تحليل الضمان بالنحو المذكور - مع قطع النظر عن اشكال آخر سيأتي ذكره - .

ويتلخّص من مجموع ما ذكرناه في جواب الإشكالين نكتتان :
 إحداهما : أنّ الضمان ليس بمعنى اشتغال الذمة ليتوقف على تلف العين ،
 بل معناه كون العين في مسؤولية صاحب اليد وعهدته ، وأنه مسؤول عن رده إلى
 مالكة ، وإنما يترتب على تعذر الرد اشتغال الذمة كلازم وأثر عقلائي ممضى
 شرعاً ، ولو من باب أنّ البذل كأنّه هو المبدل أو ماليته .

الثانية : أنّ الضمان بمعنى العهدة ومسؤولية ردّ المال إلى مالكة - بنفسه
 مع الإمكان وببدله مع التعذّر - ثابت من أوّل الأمر في كل يد تقع على مال
 الغير إلّا بمقدار ما يأذن بعدمه المالك ، فإذا أذن في البقاء المستلزم للاذن
 في التلف القهري - كما في الأيادي الأمانة - فهذا لا يسقط مطلق الضمان ،
 وإنّما يسقطه بمقداره لا أكثر - وهو التلف من غير تعدّد أو تفريط - فيكون
 لزوم الرد عند انتهاء أمد الإذن والاستيمان باقياً من أوّل الأمر ، لأنّه يحصل
 ذلك عند المطالبة أو انتهاء أمد الإذن ؛ ولهذا لا يجوز له أن يفوّت ذلك على
 المالك كما إذا كان قد أذن له إلى مدة ساعة مثلاً فهو مسؤول عن ارجاعه بعد
 ساعة من أوّل الأمر ، فلا يجوز أن ينام مثلاً قبله ويفوّت الردّ على المالك ،
 كما أنّ المطالبة ليست شرطاً في الضمان ، وإنّما ما لم يأذن به المالك تحت يد
 الغير يكون مضموناً عليه من أوّل الأمر ولو لم يطالب به ، وما زاد على مدة
 الاستيمان - وهو ما بعد الموت - لم يكن مأذوناً فيه من قبل المالك ، فيكون
 مضموناً على العامل .

كما أنّ الاتلاف والتفريط بعد وضع اليد أيضاً غير مأذون فيه ، فيكون
 مضموناً عليه ، وإن كان الاتلاف بنفسه أيضاً موجباً للضمان ولو لم يكن المال

تحت يد المتلف، إلا أن هذا لا ينفي ضمان اليد في مورد اتلاف ما تحت اليد من دون رضا مالكة بذلك.

الإشكال الثالث: ما ذكره في المستمسك من أن شمول عموم على اليد للأيدي الأمانة يستلزم تخصيص الأكثر؛ لأن أكثر الأيدي تكون أمانة، فالأولى القول باختصاص على اليد باليد العادية غير المأذونة من أول الأمر.

وهذا البيان لا يمكن المساعدة عليه؛ إذ مضافاً إلى ما تقدّم في جواب الوجه السابق فلا تخصيص أصلاً في اليد الأمانة إن تعدد الأيدي الأمانة وتنوع عناوينها كالعارية والوديعه والمضاربة وغيرها لا يضرب بإمكان تخصيص على اليد واخراج اليد الأمانة منها بعنوان واحد، فلا يلزم تكثّر العناوين المخصّصة الذي هو المستهجن كما لا يخفى. كما أن موارد الأيدي غير الأمانة ليست نادرة ليلزم الاختصاص بالفرد النادر لليد على مال الغير.

وهكذا ثبت أن المناقشة الكبرى مع الماتن من قبل المحققين وأن الضمان في اليد الأمانة ضمان الاتلاف والتعدي لا اليد غير تام.

الإشكال الرابع: أتألو سلّمنا شمول ضمان اليد لليد الأمانة بلحاظ وجوب الردّ كالعادية مع ذلك قلنا أن المقام من موارد الشك في تحقق التلف بلا تعدد وتفريط؛ لأن المفروض أن الميت لم يترك التعيين في وصيته عمداً وإنما مات فجأة أو نحو ذلك، وعندئذ حتى إذا فرض وجود المال تحت يده ولكنه مدفون في مكان أو عند شخص آخر، فإن هذا لا يوجب اشتغال ذمة الميت بالبدل كما إذا فرض نسيانه لمكان حفظ المال لمالكة فإن فوات المال على

مالكه وضياعه بذلك يعد نحواً من التلف عرفاً بدون تعد وتفريط من قبل العامل، وهذا يعني أنه في صورة القطع بعدم كونه ضمن التركة - الصورة الأولى - يكون فواته على المالك تلفاً للمال على مالكة بلا تعد وتفريط، فلا موضوع للتمسك بالقاعدة، وفي الصورة الثانية يحتمل كونه في التركة ويحتمل كونه خارجاً عنها وتالفاً على المالك، فلا يمكن التمسك بالقاعدة لأنه شبهة مصداقية لها، بل تكون يد المالك على التركة أمانة على ملكيته لها جميعاً قبل الموت فتنتقل إلى الورثة.

وهذا البيان يمكن الإجابة عليه بنحوين:

١ - ما لعلّه ظاهر المتن من أن الخارج عن عموم القاعدة ليس صورة التلف الواقعي، بل صورة العلم به أو صورة ادعائه من قبل الأمين مع الحلف، فيكون المرجع مع عدمهما عموم العام وليس من التمسك به في الشبهة المصداقية.

وهذا الجواب لو تم لجرى في الشق الأول الذي حكم فيه السيد الماتن عليه السلام بعدم الضمان؛ ولعلّه لهذا قال هناك: (وإن كان لا يخلو عن إشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية)، فإنّ هذا الوجه يتم هناك أيضاً.

إلا أنه غير تام؛ إذ مضافاً إلى عدم صحته في الصورة الأولى التي يعلم فيها بعدم وجود المال ضمن التركة حيث يقال بالعلم بالتلف على المالك في مثل ذلك بنفس الموت، أنّ الحلف لو فرض القول به مطلقاً أو في صورة التهمة إنّما هو في مقام الظاهر والتخاصم، وإلا فالخارج عن عموم على اليد واقع التلف بلا تعد وتفريط، وليس الحلف والنكول مربوطاً بالحكم الواقعي بل الظاهري،

فلا يكون مخصصاً للقاعدة الواقعية، ومن هنا لا يكون لدليله إطلاق لغير صورة التخاصم والترافع وحياة الأمين، فيكون مقتضى الأصل في المقام عدم التعدي والتفريط وعدم اشتغال ذمة الميت.

٢- ما لعله مقصود الماتن بفتح الميم من عبارته في تحرير الصورة الثانية: (بحيث لو كان حياً أمكنه الايصال إلى المالك)، وحاصله: أن التلف لا يصدق في المقام؛ لأن الميت لو كان حياً لأمكنه رده وإيصاله إلى مالكه، فليس التلف صادقاً إلا في مورد يكون القصور في طرف المال لا في طرف الضامن، فالضمان بمعنى اشتغال العهدة باق على حاله.

وإن شئت قلت: إن الميت قبل موته لا إشكال في وجوب رد المال المذكور عليه لو طالبه به صاحبه لا مكانه عليه، وليس هذا الشرط قيدياً للوجوب، لتكون القضية شرطية بل قيدياً للواجب، وكلما ثبت ذلك - وهو المعبر عنه بضمان العهدة - حال الموت ثبت اشتغال ذمة الميت به ولزوم اخراجه من تركته عليه بعد الموت، كما إذا كان غاصباً للمال المذكور لا أميناً، فيثبت الضمان في المقام، وهذا الوجه لا يجري في الشق المتقدم قبل الصور الثلاث.

ويمكن الإجابة عنه: أمّا عن التعبير الأوّل فبمنع اختصاص عدم الضمان بخصوص فرض تلف المال، بل يكفي فيه مطلق تعذر إيصاله إليه ولو من جهة قصور في قدرته، كما إذا نسي الأمين محل حفظ المال، فكل أمر يكون لازماً قهرياً للمقدار المأذون فيه لليد بحيث كان خارجاً عن اختياره يكون الضمان من ناحيته مرفوعاً بنفس الإذن بملزومه.

وأما عن التعبير الثاني فبأنَّ ضمان العهدة غير موجود في حق يد الأمين حال موته لا بلحاظ ارجاع المال قبل الموت؛ لأنَّه كان مأذوناً فيه من قبل المالك ولا بلحاظ ما بعد الموت لأنَّه خارج عن اختياره باعتبار مفاجئة الموت له، وهذا بخلاف موارد اليد المعتدية، فالقياس مع الفارق، فالأظهر عدم الضمان في الصورتين معاً.

نعم، لا بد من استثناء بعض الفروض منهما:

منها - ما سوف يستثنيه الماتن رحمته من فرض إمكان الايصاء بمكان المال ومع ذلك يتركه عمداً فيعد نحواً من التقصير، فيكون مسؤولاً وضامناً ضمان العهدة المستتبع لشغل الذمة، كما ذكرناه، أو ضمان التعدي والتفريط كما ذكروا.

ومنها - ما إذا لم يكن قد أذن له إلا في جعل المال ضمن أمواله التي تحت يده بحيث تكون موجودة كلما أرادها المالك لا تحت يد أخرى كما لا يبعد ذلك في مثل المضاربة، فإنَّه في مثل ذلك يكون حفظ المال خارج أمواله وحساباته التجارية غير مأذون فيه من أول الأمر، فيكون مسؤولاً عنه وضامناً له.

ومنها - ما إذا علم إجمالاً ولو بنحو تدريجي بحصول جميع ما كان تحت يده وله عند الورثة، وهذا علم إجمالي منجز يوجب تساقط الأصول العملية وقاعدة اليد المقتضية لمالكية صاحبها في التركة الموجودة عن الحجية، فيدخل في الشق المتقدم.

ودعوى: خروجها لأنّ المفروض عدم الضمان فيها.
مدفوعة: بأنّ غاية ما يكون خروج بعض الصور منها، كما إذا تلفت
بلا تفريط [١] أو ادّعي تلفها كذلك إذا حلف [٢].
وأما صورة التفريط والإتلاف ودعوى الردّ في غير الوديعة [٣]
ودعوى التلف والنكول عن الحلف فهي باقية تحت العموم [٤].
ودعوى أنّ الضمان في صورة التفريط والتعدّي من جهة الخروج
عن كونها أمانة أو من جهة الدليل الخارجي كما ترى لا داعي
إليها [٥].

[١] ويمكن أن يقال بعدم خروجه تخصيصاً بل تخصّصاً؛ لأنّ الإذن
بذلك في اليد الأمانة بحكم الردّ والأداء.
[٢] هذا ليس خروجاً آخر، بل من باب اثبات الخروج السابق بالحلف
ظاهراً.

[٣] الظاهر في الوديعة عدم سماع دعوى الردّ من دون إثبات.
[٤] قد عرفت أنّ الباقي تحت العام عدم التلف المأذون فيه واقعاً،
وأنّ الحلف من أدلّة الإثبات، فلو شك في التلف المأذون فيه لم يصح التمسك
بالعموم؛ لكونه شبهة مصداقية، وإلّا لزم الحكم بالضمان في الشق الأوّل أيضاً،
وهو ما إذا علم بعدم وجوده عنده حين الموت.

[٥] هذا الكلام صحيح بالتحليل المتقدّم لقاعدة (على اليد).

ويمكن أن يتمسك بعموم ما دلّ على وجوب ردّ الأمانة، بدعوى أنّ الردّ أعمّ من ردّ العين وردّ البديل [١]، واختصاصه بالأول ممنوع، ألا ترى أنّه يفهم من قوله عليه السلام: «المغصوب مردود» وجوب عوضه عند تلفه؟

هذا مضافاً إلى خبر السكوني عن علي عليه السلام: «إنّه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة قال: إن سمّاه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، وإن مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء» [٢].

[١] هذا هو الوجه الثاني له، وهو مبني على ما عرفت من إرادة ضمان العهدة من الأمر بالرد، وأنّ الأمانة أيضاً في عهدة الأمين من حيث وجوب الرد إلى مالكة في ظرف مطالبتة له من أوّل الأمر، وهو يقتضي شغل الذمة بالبديل مع عدم ردّ العين.

ولكنك عرفت أنّه إنّما يقتضي ذلك إذا لم يكن عدم الردّ لما هو خارج عن اختيار الأمين وتقديره في زمن مأذونيته كما في المقام، على أنّ أدلّة وجوب ردّ الأمانة لعلّها ظاهرة في الحكم التكليفي لا الوضعي، فمتعلّقه نفس الأمانة لا بدلها، والقياس على قوله عليه السلام: «الغصب كلّ مردود»^(١)، قياس مع الفارق؛ لثبوت ضمان اليد في الغصب.

[٢] هذا ثالث الوجوه، وهو التمسك باطلاق الحديث لما إذا كان مال المضاربة غير معلوم وجوده ضمن التركة.

إلا أنّ هذا خلاف الظاهر؛ لأنّ ظاهر قوله عنده مال مضاربة العلم بوجوده

١ - راجع: وسائل الشيعة ٩: ٥٢٤، ب ١ من الخمس، ح ٤.

وأما الصورة الثالثة فالضمان فيها أيضاً لا يخلو عن قوّة؛ لأنّ الأصل بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت، واشتغال ذمّته بالردّ عند المطالبة، وإذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته [١].

ضمن التركة ولو إجمالاً أو على ذمته، وإنما الشك في مالكة أو الشك في تعيينه، لا الشك في محل المال وأنّه ضمن التركة أم لا، فإنّ هذه حيثية أخرى ليست الرواية ناظرة إليها ليتّم فيها إطلاق من ناحيتها.

هذا، مضافاً إلى أنّ التشقيق بين فرض التسمية وعدمه بالنحو المذكور في الرواية لعلّه ظاهر في أنّ النظر إلى عدم تعيّن المالك لمال المضاربة وتردده بين أكثر من شخص لا التردد بين المالك والميت.

والتعبير بقوله: (فهو أسوة الغرماء) يقصد به تعدد المطالبين؛ لأنّه كان يضارب أكثر من واحد لا تحقق الدين وصيرورة المالك غريباً ليستدلّ به على الضمان بمعنى اشتغال ذمة الميت ببذل مال المضاربة.

[١] هذا مبني على التفسير المتقدم للضمان بضمان العهدة المترتب عليه شغل الذمة؛ لأنّ احتمال الرد لا يكفي، وقاعدة اليد في الأموال الخارجية لا تنفي ضمانه لما كان تحت يده ويشك في رده إلى مالكة إلاّ بنحو مثبت؛ ولهذا يطالب بالبينة فلا يتوهم حكومة اليد على الأصل.

والحاصل: لا فرق بين موارد الشك في دفع الدين أو العين التي كانت للغير تحت يده من هذه الناحية.

ودعوى أنّ الضمان كان معلقاً على المطالبة، فيكون الاستصحاب تعليقياً قد عرفت جوابه، وأنّ المطالبة بنحو قيد المتعلق لا قيد الحكم.

ودعوى: أنّ وجوب الرد لا يقتضي وجوب دفع البذل عند امتناع ردّ

العين نفسها فلا يثبت الدين وشغل الذمة - كما في بعض التقارير - .
 مدفوعة: بما تقدّم من ترتّب ذلك عليه ترتّب الأثر على موضوعه عند
 تعذر ردّ نفس العين ولو بعد الموت، وإلا لانتقض بموارد اليد المعتدية مع عدم
 العلم بتلف العين في زمن حياته، فإنّه لا إشكال في الحكم عليه بشغل الذمة
 ولزوم الإخراج من التركة، مع أنّه لا يحرز شغل الذمة .

فالحاصل: إذا قبلنا الأصل الموضوعي المتقدم لم يرد على الماتن شيء
 من الاشكالات المذكورة في كلمات المحققين الشراح، فراجع وتأمل .
 ولكنك عرفت الإشكال عليه من ناحية أنّ ضياعه على المالك بسبب
 موته فجأة وبلا تفريط منه حتى من ناحية عدم الايضاء به لا يكون مضموناً عليه
 حتى مع العلم الوجداني بوجوده واقعاً حين الموت لكونه تلفاً قهرياً لا ضمان فيه
 على العامل، فكيف بالعلم التعبدّي والاستصحابي بوجوده ما لم يعلم بوجوده
 ضمن التركة وهو خارج عن محل الكلام .

وإن شئت قلت: إنّ ضياع المال على المالك بعد كون تمام التركة ملكاً
 للميت ظاهراً سواء علم بوجوده واقعاً مع عدم العلم بمكانه - كما في الصورة
 الثانية - أو لم يعلم بوجوده كما في الثالثة من التلف غير المضمون على الميت
 كما تقدم في الصورتين الأولى والثالثة، فبقاء ذلك المال واقعاً ما لم يثبت وجوده
 ضمن التركة لا أثر له لكي يجري فيه الاستصحاب .

ودعوى أنّ الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمّته من العوض والمرجع بعد التعارض اليد المقتضية لملكيته ، مدفوعة بأنّ الأصل الأوّل حاكم على الثاني [١] .

هذا مع أنّه يمكن الخدشة في قاعدة اليد بأنّها مقتضية للملكية إذا كانت مختصة ، وفي المقام كانت مشتركة والأصل بقاؤها على الاشتراك ، بل في بعض الصور يمكن أن يقال : إنّ يده يد المالك من حيث كونه عاملاً له ، كما إذا لم يكن له شيء أصلاً فأخذ رأس المال وسافر للتجارة ولم يكن في يده سوى مال المضاربة فإذا مات يكون ما في يده بمنزلة ما في يد المالك ، وإن احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال وإنه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده ، وفي بعض الصور يده مشتركة بينه وبين المالك ، كما إذا سافر وعنده من مال المضاربة مقدار ، ومن ماله أيضاً مقدار .

[١] لكونه على تقدير جريانه وترتب الأثر عليه أصلاً موضوعياً والثاني أصل حكمي ، وأمّا قاعدة اليد الدالّة على ملكيته فلا يراد من الرجوع إليه أنّه المرجع بعد التساقط لنفي الضمان ؛ لأنّها ليست معارضة فضلاً من أن تكون حاكمة على الأصل المقتضي لضمانه مال المضاربة ، وإنّما المقصود أنّها تكون المرجع لاثبات موضوع التركة في تمام ما يكون تحت يد الميت ، كما كانت قبل المعارضة .

فالحاصل باليد ينفي استحقاق المالك لشيء منها ، وبأصالة براءة ذمّته ينفي الضمان لولا الأصل الحاكم . ولكنك عرفت عدم جريان أصل الحكم لعدم ترتب أثر عليه .

نعم، في بعض الصور لا يعدّ يده مشتركة أيضاً، فالتمسك باليد بقول مطلق مشكل [١].

ثم إن جميع ما ذكر إنما هو إذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطاً، وإلا فلا إشكال في ضمانه.

[١] هذا الإشكال آخر من ناحية أن اثبات ملكية الميت لتمام التركة في المقام مشكل في نفسه، بل يكون المال مشتبهاً بينه وبين المالك حتى لو لم يثبت الضمان عليه باستصحاب بقاء المال تحت يده إلى حين الموت، حيث إن المال المشتبه إن لم يكن فيه أصل مثبت لملك من كان المال تحت يده فلا محالة لا بد من تعيين المالك له بالقرعة أو بقاعدة التنصيف أو بالمصالحة، وفي المقام لا توجد إلا قاعدة اليد، وهي لا تجري في اليد المشتركة التي يعلم بوجود أموال الآخرين ضمنها، بل العامل لو كانت يده فقط على أموال المالك كما إذا لم يكن لنفسه رأس مال أصلاً كانت يده بمنزلة يد المالك فلا تكون أمانة على الملكية أصلاً. نعم، إذا كان مال الغير تحت يده نادراً واتفاقاً وكان ما تحت يده من الأموال له عادة يعمل بها لنفسه ففي مثله لا تعد يده مشتركة، فاليد المشتركة فضلاً عن اليد المنوبة عن المالك لا تكون أمانة الملك.

وبهذا البيان ظهر اندفاع ما قيل من أن كل مال مشتبه تحت اليد يكون موجباً للشك في كون اليد مختصة أو مشتركة، فإن المقصود الاشتراك الذي هو صفة لليد من حيث كونها تتصرف في أموال الغير بحرفة ونحوها لا مجرد كون مال الغير تحت اليد.

وهذا الذي ذكره رحمته في حجية اليد وأماريتها على الملكية ممنوع حتى إذا كان دليلها لياً، فضلاً عن إطلاق بعض الأدلة اللفظية المذكورة في محلها.

الثانية: ذكروا من شروط المضاربة التنجيز، وأنه لو علّقها على أمر متوقّع بطلت، وكذا لو علّقها على أمر حاصل إذا لم يعلم بحصوله [١].

فمجرد وجود أموال للآخرين تحت يد الإنسان كثيراً أو قليلاً لا يوجب سقوط أمارية البد المدّعي صاحبها لملكية ما فيها أو المتصرف فيه تصرفاً كذلك عن الأمارية ما لم يعلم كون المال للغير.

نعم، لو كان المال تحت أكثر من يد كالصندوق المشترك، فإنّه لا يكون وجود شيء فيه علامة ملكه له كما هو منصوص في رواية معتبرة.

إلا أنّ هذا مرجعه إلى كون المال تحت اليدين واليد أمانة الملكية في قبال من لا يد له على المال لا من له يد عليه أيضاً، فهذا خارج تخصّصاً لا تخصيصاً. كما أنّه في موارد العلم بكون اليد سابقاً يداً غير مالكة وإنّما يحتمل تبديلها إلى المالكة بقاءً، قد يقال بعدم إطلاق حجّية اليد لها، وليس المقام من ذلك.

[١] هذا الشرط ذكروه في كتاب البيع، وظاهر كلماتهم أنّه شرط في كافة العقود، وقد بحثنا فيه مفصلاً في بحث البيع، وذكرنا أنّ دليله سواءً كان هو الإجماع أو الارتكاز العقلائي المانع عن إطلاق الأدلّة مخصوص بالعقود العهدية لا الإذنية، بل التعليق في الإذن لا إشكال في صحّته. وتفصيله يراجع في محلّه.

وعلى هذا ينبغي التفصيل في المضاربة بين العهدية منها فلا يصح التعليق فيها وبين الإذنية فيصحّ، كما أنّه في المضاربة العهدية اللازمة يصحّ التعليق على ما يكون العقد معلّقاً عليه في نفسه، كما إذا قال: (إن كان هذا المال لي ضاربتك فيه على كذا) فإنّه في مثل هذه الموارد يصحّ التعليق حتى في العقود العهدية. كما هو مذكور في محلّه.

نعم، لو علّق التصرف على أمر صحّ، وإن كان متوقّع الحصول، ولا دليل لهم على ذلك إلا دعوى الإجماع على أنّ أثر العقد لا بدّ أن يكون حاصلًا من حين صدوره، وهو إن صحّ إنّما يتمّ في التعليق على المتوقع، حيث إنّ الأثر متأخّر، وأمّا التعليق على ما هو حاصل فلا يستلزم التأخير، بل في المتوقع أيضاً إذا أخذ على نحو الكشف [١] بأن يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي لا يكون الأثر متأخراً.

نعم، لو قام الإجماع على اعتبار العلم بتحقيق الأثر حين العقد تمّ في صورة الجهل، لكنّه غير معلوم، ثمّ على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرف ونفوذه من جهة الإذن، لكن يستحقّ حينئذٍ أجره المثل لعمله [٢]، إلا أن يكون الإذن مقيداً بالصحة فلا يجوز التصرف أيضاً.

[١] أي كان بنحو الشرط المتأخر الكاشف حصوله في المستقبل عن فعلية المنشأ والأثر من حين العقد.

[٢] لأنّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، أو قل: الأمر بالعمل لا على وجه المجانية وهو موجب للضمان، هذا إذا كان هناك ربح. وأما مع فرض عدمه فلا يستحق؛ لأنّه مقدم على المجانية في هذا التقدير كما تقدّم سابقاً.

وأما ما ذكره بعض الأعلام من أنّه لا يستحق زيادة أجره المثل على الحصة لأنّه مقدم على المجانية بلحاظها فقد ناقشنا فيه مفصلاً فيما سبق، ونقضنا عليه بسائر موارد القاعدة المذكورة، كما إذا كان ثمن المسمّى أو أجره المسمّى أقل من المثل في البيع أو الإجارة الفاسدين.

الثالثة: قد مرّ اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك، وأمّا العامل فلا يشترط فيه ذلك لعدم منافاته لحقّ الغرماء [١].
نعم، بعد حصول الربح منع من التصرف إلاّ بالإذن من الغرماء بناءً على تعلق الحجر بالمال الجديد.

وأما ما ذكره من عدم جواز التصرف وعدم استحقاق الأجرة إذا كان الإذن مقيداً بالصحة فقد تقدم أيضاً الإشكال فيه بأنّه مع اعتقاد الصحة يكون نفس الدفع للمال إذناً بالتصرف وموجباً لضمان الأجرة فراجع.

[١] هذا مبني على أن لا يكون عمل العامل مالاً ما لم يتحقق ويتجسد في الخارج في عين أو يكون مملوكاً للغير مسبقاً بإجارة ونحوها، وإلاّ كان منافياً لحقّ الغرماء وداخلاً تحت الحجر.

ويمكن دعوى ذلك في العامل الكسوب بحيث نتصور الحجر عليه بلحاظ عمله للغرماء؛ لأنّه مال بالفعل عرفاً.

وهذا بحث موكول إلى كتاب الحجر.

كما أنّه يمكن تصوير ذلك على الرأي الآخر في العامل المضارب إذا كان عبداً مملوكاً للمحجور عليه، فلا تصحّ مضاربتة بلا إذن الغرماء. إلاّ أن هذا ليس من الحجر على العامل بل على المالك للعامل.

وأياً ما كان فاشتراط عدم الحجر في العامل بلحاظ عمله أيضاً شرط ثبوتاً، إلاّ أن عدم تصويره من جهة عدم الحجر، أي عدم الصغرى لا عدم الشرطية.

الرابعة: تبطل المضاربة بعروض الموت [١] كما مرّ أو الجنون أو الإغماء كما في سائر العقود الجائزة، وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً أو أدوارياً.

وكذا في الإغماء بين قصر مدّته وطولها، فإن كان إجماعاً وإلّا فيمكن أن يقال بعدم البطلان في الأدوارى، والإغماء القصير المدّة، فغاية الأمر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما، وأمّا بعد الإفاقة فيجوز من دون حاجة إلى تجديد العقد سواء كانا في المالك أو العامل [٢].

وكذا تبطل بعروض السفه لأحدهما أو الحجر للفلس في المالك أو العامل أيضاً إذا كان بعد حصول الربح إلّا مع إجازة الغرماء.

[١] هذا يصحّ في المضاربة الإذنية؛ لأنّ العقد الإذني يرتفع موضوعه بالموت، أمّا في موت المالك فلا ارتفاع الآذن، وأمّا في موت العامل فلا انتفاء المأذون، وكلاهما ركن في العقد الإذني.

وأما المضاربة العهدية فأيضاً تبطل بموت العامل إذا كان متعلّق المضاربة عمله المباشر ولا تبطل في غير ذلك كما في الإجارة، فإنّ المالك يملك على العامل عمل التجارة بنفس عقد المضاربة العهدية.

[٢] ليست نكتة الشرطية - سواء كان المدرك عليها الإجماع أو الأدلّة اللفظية الدالّة على الاشتراط - كون العقد لازماً أو جائزاً.

وإنّما النكتة كون العقد عهدياً أو إذنياً، بمعنى أنّ المنشأ بالعقد تارة يكون دفعياً كالتملك والتزويج وغيرهما، وأخرى يكون أمراً استمرارياً

متوقفاً على بقاء إذن الطرفين فيه كما في العقود الجائزة الإذنية .
ففي النوع الأوّل لا يشترط أكثر من عدم الجنون أو الإغماء أو السفه حين
الانشاء ، وأمّا بعد ذلك فلا يضر عروضها ؛ لانقطاع صلة الشخص بالنتيجة
الحاصلة .

وفي النوع الثاني لا بد من بقاء العقل والرشد وعدم الاغماء المذهب
للعقل ؛ إذ بارتفاعه يخرج عن الأهلية ويرتفع الإذن الذي هو حقيقة العقد الإذني
وروحه وهو معنى البطلان ، وإذن الولي لو فرض عقد إذني آخر ، وهذه هي نكتة
تسالم الأصحاب على ذلك .

ومنه يعرف وجه الإشكال على المتن وعلى كلمات الأعلام الشارحين
له (١) ، كما أنّ الإشكال في سفه العامل وتأثيره حدوثاً في البطلان فضلاً عن تأثير
عروضه قد تقدّم في أوّل الكتاب الإشكال عليه فراجع .

نعم ، يمكن دعوى أنّ الإغماء لمدة غير طويلة لا يكون رافعاً للأهلية
أصلاً ؛ وذلك بحث صغروي ينبغي التعرّض له في شروط الأهلية .

وقد يقال : إنّ الإذن كالتمليك يتعلّق بأمر حالي وبأمر استقبالي ، فيمكن
للمالك أن يأذن حين رشده وعقله في التصرف في ماله بلحاظ تمام الأزمنة
القادمة ، ولو عرض عليه فيها الجنون أو السفه أو الاغماء ، فيكون العقد الإذني
نافذاً وصحيحاً بعد عروض العناوين المذكورة بالإذن السابق .

نعم، هذا لا يصحّ في الموت لارتفاع الموضوع به وهو الملك، وهذا بخلاف العناوين الأخرى .

والجواب: أنّ هذا مناف مع حقيقة الإذن والعقد الإذني؛ إذ لازمه عدم تأثير رجوعه عن إذنه في الزمن الثاني أيضاً؛ لوجود إذنه السابق بلحاظ الزمن الثاني، فجواز الرجوع وتحقيق الانفساخ بمجرد في العقود الإذنية منبه على بطلان هذا التحليل، وإنّ الإذن والرضا في كل زمان لا بد من وجوده بالفعل من قبل الآذن، ولا يكفي وجوده السابق بلحاظ الزمان اللاحق، وهذا واضح.

نعم، يعقل ذلك في موارد شرط النتيجة ضمن عقد عهدي لازم على ما سيأتي البحث عنه، وذاك أمر آخر.

ثمّ إنّ شرطية عدم السفه في صحة المضاربة تقدّم البحث عنه في أوّل الكتاب، وذكرنا أنّه ليس شرطاً في العامل، وفي المالك لا يكون عروض السفه بعد تحقق عقد المضاربة موجباً لبطلان المضاربة العهدية كما في سائر العقود العهدية.

الخامسة: إذا ضارب المالك في مرض الموت صحَّ، وملك العامل الحصة وإن كانت أزيد من أجرة المثل على الأقوى من كون منجّزات المريض من الأصل، بل وكذلك على القول بأنّها من الثلث؛ لأنّه ليس مفوّتاً لشيء على الوارث؛ إذ الربح أمر معدوم وليس مالاً موجوداً للمالك، وإنّما حصل بسعي العامل [١].

السادسة: إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب سواء كان غاصباً أو جاهلاً بكونه ليس له، فإن تلف في يد العامل أو حصل خسران [٢] فلمالكه الرجوع على كل منهما.

[١] هذا التعليل غير وجيه؛ لأنّه بعد وجوده ينتقل إلى العامل والمالك، فلو كان عقد المريض فيما زاد على الثلث متوقفاً على إجازة الورثة لزم ذلك في المقام أيضاً، وإلاّ استحقّق العامل أجرة المثل وكان الربح الزائد للورثة. فالحاصل: بلحاظ ظرف تحقق ملكية المالك للربح - وهو ما قبل الموت بحسب الفرض - تكون المضاربة تصرفاً بتملك حصّة منه للعامل، فإذا كان أكثر من الثلث شمله دليل المنع عن تصرف المريض في أكثر من ذلك. نعم، يصح ذلك في طرف العامل كما إذا آجر نفسه بأقل من أجرة المثل، فإنّ دليل المنع لا يشملّه؛ إذ ليس العمل قبل تحقّقه مالاً يشملّه دليل المنع، فتدبر جيداً.

[٢] لو أجاز المالك المضاربة العهدية أو أجاز المعاملات الواقعة على المال في المضاربة الإذنية فالوضعية الحاصلة لا تكون مضمونة ولا يكون له إلاّ ما حصل من المال، وفي صورة عدم الإجازة يرجع بتمام ماله إن كانت بعينها موجودة، وإلاّ يأخذ قيمتها زائداً مقدار الخسران، ولعلّه مقصوده من الخسران.

فإن رجع على المضارب لم يرجع على العامل، وإن رجع على العامل رجح إذا كان جاهلاً على المضارب وإن كان جاهلاً أيضاً؛ لأنه مغرور من قبله [١]، وإن حصل ربح كان للمالك إذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله وللعامل أجرة المثل على المضارب مع جهله.

[١] حكم السيّد الماتن رحمته بأنّ المضارب لا يرجع على العامل في مقدار الخسارة مطلقاً، وأمّا العامل فيرجع عليه إذا كان جاهلاً، سواء كان المضارب عالماً بالغصب أو جاهلاً، ومفهومه: أنّه إذا كان العامل عالماً بالغصب لم يرجع إلى المضارب.

وصريح المتن الاستدلال عليه بقاعدة الغرور، ومن الواضح أنّه لو كان المدرك قاعدة الغرور فهذا معناه أنّه لولا الغرر لم يجز للعامل الرجوع على المضارب كما هو في سائر موارد تعاقب الأيادي، فإنّ اللاحق لا يرجع فيه على السابق.

وهذا يلزم منه إشكالان على الماتن كما أورد ذلك جملة من المحشّين:
 الأوّل: جواز رجوع المضارب على العامل إذا كان العامل عالماً بالغصب، فلا وجه لما ذكره أوّلاً من أنّه لا يرجع المضارب على العامل مطلقاً، بل لابد من تخصيص ذلك بما إذا كان العامل جاهلاً ومغروراً، وأمّا إذا كان عالماً رجح إليه المضارب كما في سائر موارد تعاقب الأيادي من رجوع السابق على اللاحق.
 الثاني: عدم صدق الغرور فيما إذا كان المضارب جاهلاً بالغصب حتى إذا كان العامل جاهلاً.

ومن هنا أفاد بعض أساتذتنا العظام رحمته وجهاً آخر لتخريج فتوى الماتن، وحاصله: أنّ الرجوع على القاعدة في باب تعاقب الأيادي؛ لأنّ العامل بأداء

العوض إلى المالك يعتبر مالكا للمعوض التالف بقاءً، فله الرجوع على كل من وقع المال تحت يده حتى السابق، إلا أنه في موارد التعاقب في الأيدي غير الأمانة ومن دون استيمان للاحق يكون رجوع اللاحق إلى السابق لغواً؛ لأن السابق بدفعه البديل سوف يملك المبدل بقاءً فيحقق له الرجوع إلى اللاحق الذي تلف المال عنده، وهذا بخلاف ما إذا كان اللاحق مستأمناً من قبل السابق، فإنه في ذلك يرجع اللاحق على السابق بعكس فرض التعاقب.

فالحاصل: باستيمان السابق للاحق يستقرّ الضمان عليه؛ لأنه بدفعه للبديل يملك المبدل بقاءً، وحيث أنه كان قد أهدر ماليته على نفسه باستيمانه للاحق فلا يمكنه أن يرجع إليه؛ ولهذا لو غصب طعام شخص فأعطاه لثالث ليأكله مجاناً فرجع المالك على الآكل رجع على المعطي السابق.

وهذا الوجه لو تمّ لزم عدم الفرق بين علم اللاحق بالغصب وعدمه، فلا بد من رفع القيد المذكور في الفرضين، مع أنه لا يمكن الالتزام بذلك في فرض علم العامل بالغصب جزماً. هذا، مضافاً إلى أن الاستيمان معناه الإذن بالتلف عنده مجاناً وبلا ضمان، وهذا مقيّد بأن يكون المال له لا للغير، ومجرّد ملك المال التالف بقاءً بدفع بدله لا يحقق الاستيمان حين التلف، والأقوى رجوع المضارب إلى العامل مع علم العامل بالغصب، كما في سائر موارد تعاقب الأيدي، فإطلاق قول الماتن بعدم الرجوع في غير محلّه.

وأما الإشكال في رجوع العامل إلى المضارب إذا كانا جاهلين بدعوى عدم صدق الغرور فغير مقبول؛ لأن الغرور يكفي فيه هذا المقدار عرفاً، فالإشكال الثاني من الإشكاليين غير وارد على الماتن، والله الهادي للصواب.

والظاهر عدم استحقاقه الأجرة عليه مع عدم حصول الربح؛ لأنه أقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله. كما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالمًا بأنه ليس له، لكونه متبرعاً بعمله حينئذٍ [١].

السابعة: يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم، فيجب على المشروط عليه إيقاع عقدها مع الشارط، ولكن لكل منهما فسخه بعده، والظاهر أنه يجوز اشتراط عمل المضاربة على العامل، بأن يشترط عليه أن يتجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما، نظير شرط كونه وكيلًا في كذا في عقد لازم، وحينئذٍ لا يجوز للمشروط عليه فسخها كما في الوكالة [٢].

[١] تقدّم عدم صحة ذلك، بل يكون عمله بأمر المضارب مضموناً عليه حتى لو علم ببطلان المضارب، كما في الإجارة الفاسدة مع علم الأجير بالبطلان، ولا ملازمة بين العلم بالبطلان وبين التبرع بعمله. نعم، لو كانا معاً عالمين فقد لا يكون هناك أمر بالعمل عرفاً فلا ضمان له.

[٢] يتعرّض الماتن بَيِّنَاتُ في هذه المسألة إلى جعل المضاربة شرطاً في ضمن عقد لازم على نحو شرط الفعل تارة وشرط النتيجة أخرى، كما في اشتراط الوكالة ضمن عقد لازم، فيقع البحث في لزومها عندئذٍ وعدمه، فأفاد صورتين:

أولاهما - أن يشترط إيقاع عقد المضاربة - أو أي عقد جائز آخر - ضمن عقد لازم، وفي ذلك يجب عليهما إيقاعه، وإلا كان للآخر حق الفسخ لذلك

.....

العقد اللازم. وإذا أوقعا المضاربة الإذنية فهذا لا يجعلها لازماً بل جائزاً؛ إذ لا وجه للزومه، فيجوز لكل منهما فسخه بعد ايقاعه.

نعم، قد لا يجوز الفسخ تكليفاً قبل الشروع في الاتجار إذا استظهر أن الشرط ليس مجرد انشاء المضاربة، بل أن يجري عليها أيضاً خارجاً - كما هو كذلك - .

الثانية - أن يشترط عليه حق الاتجار بماله وأن يكون له كذا من الربح لو حصل، فيكون الربح بينهما ويكون هذا كشرط الوكالة بنحو شرط النتيجة، أي أن يكون وكيلاً عنه ويكون هذا لازماً إذا وقع ضمن عقد لازم.

والتحقيق: أن المضاربة العهدية التي ترجع إلى نحو تمليك أو تسليط على عمل العامل للمالك وكذلك حق في الاتجار بالمال من قبل العامل يمكن تحقيقه بالشرط بنحو شرط النتيجة ويكون لازماً إذا وقع ضمن عقد لازم.

وأما المضاربة الإذنية التي هي مجرد عقد اذني من الطرفين، فاشتراطها

بنحو شرط النتيجة ضمن عقد لازم يرجع إلى اشتراطين وشقين:

١ - أن يشترط عليه فعل الاتجار على أن يكون له حصة من الربح، وهذا

إنما يكون فيما إذا أريد لزوم المضاربة على العامل، فيشترط عليه المالك الاتجار، فلا يجوز له فسخه، بمعنى أنه يجب عليه الاتجار تكليفاً.

٢ - أن يشترط عليه الوكالة والمأذونية في الاتجار بماله وأن يكون له

الحصة من الربح، وهذا يكون فيما إذا أريد لزوم المضاربة على المالك، فلا يؤثر فسخه كما في شرط الوكالة ضمن عقد لازم بنحو شرط النتيجة بناءً

على أنه يجب تحقق الوكالة اللازمة، أي من دون سقوطها برجوع الموكل بعد ذلك.

وفي كلا الشقين يثبت استحقاقه للحصة من الربح على تقدير الاتجار وحصول الربح.

ولا شك في صحة الاشتراط بالنحو الأول - أعني شرط فعل المضاربة - ولكنه خارج عن الصورة الثانية وداخل في الصورة الأولى، وإنما المقصود الاشتراط بالنحو الثاني.

ويمكن أن يورد عليه بايرادين أحدهما مختصّ بباب المضاربة، والآخر يأتي في الوكالة وغيرها من العقود الإذنية أيضاً.

أما الأيراد المختص بالمقام: فبأن اشتراط كون حصة من الربح لغير المالك شرط خلاف الشرع؛ لأنّ النماء تابع للأصل في الملكية، فيكون باطلاً، وإنما صحت المضاربة على خلاف القاعدة بدليل خاص، وهي الروايات، ولا إطلاق لها للمقام كما لا يخفى. وهذا الاعتراض غير تام، لما تقدّم في أوائل الكتاب عدم قبول مبناه.

هذا، مضافاً إلى إمكان أن يقال أنّ مشروعية المضاربة الإذنية بنفسها كافية لاثبات صحة شرطها بنحو شرط النتيجة ضمن العقد اللازم؛ إذ لا يكون حينئذ مخالفاً للشرع.

وأما الأيراد الآخر: فبأنّ المأذونية ومنها الوكالة إذا كانت جائزة بذاتها فلا يعقل لزومها بالشرط ولو بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد لازم، بل شرطها

بنحو لا يرتفع بالفسخ والرجوع خلاف الشرع، فيكون باطلاً. ومن هنا علّق جملة من الأعلام على المقام ونحوه بأنّ الشرط صحيح ولكنه لا يكون لازماً، فلو رجع عن الوكالة أو الإذن لم يجز التصرف.

وهذا إشكال عام لا يختص بباب المضاربة، بل يجري في تمام العقود الإذنية، وليس الإشكال من ناحية عدم تعقل شرط النتيجة أو الشك في صحتها، فإنّه لا شك في صحته ولو من باب أنّ انشاء العقد المشروط بالعقد الإذني انشاء للشرط أيضاً، فلو كان أمراً سائغاً وتحت اختيار العاقد صحّ ونفذ بحكم عمومات نفوذ الشرط، بل والعقد، حيث يكون الشرط عندئذٍ بنفسه جزءاً من العقد على ما هو محقق في محلّه.

وإنّما الإشكال من ناحية أنّ العقود الإذنية حيث إنّ ماهيتها وقوامها بالإذن والرضا حدوثاً وبقاءً فكيف يعقل اللزوم فيها؟! فإنّه تناقض، بل يكون إطلاق مثل هذا الشرط لحال رجوع المالك عن إذنه خلاف حكم الشارع بجواز رجوع المالك عن إذنه وحرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه.

ويمكن الجواب على هذا الإشكال أيضاً بأنّ المأذونية وحق التصرف لو كان منشأً بالعقد الإذني - أعني الإذن والرضا - فهو كما ذكر جائر ذاتاً، ولا يعقل فيه اللزوم، كما أنّ حكمه الشرعي ذلك.

إلا أنّ هذا لا يمنع عن إمكان انشاء الالتزام بمأذونية الغير وثبوت حق التصرف له ضمن عقد عهدي لازم، فيترتب اللزوم باعتباره صار جزءاً من عقد عهدي لازم.

وإن شئت قلت: إنَّ انشاء العقد الإذني حقيقته الإذن وابرار الرضا، وهذا يتوقف على بقاء الرضا ليبقى العقد، فلو رجع عن اذنه انفسخ قهراً؛ لأنَّ حقيقته ذلك، وأمَّا الشرط في ضمن عقد لازم فحيث أنَّه عهدي فمرجعه إلى التعهد والالتزام بثبوت المأذونية كحقٍ للمشروط له ضمن ذلك الالتزام العهدي اللازم، فيكون لازماً.

لا يقال: فلماذا لا يعقل انشاء المأذونية الزومية ابتداءً بأن يلتزم بحق التصرف للغير بنحو لا رجعة له فيه؛ ولعلَّ هذا صحيح في القانون الوضعي اليوم في مثل الوكالة المعبر عنه بـ(الوكالة بلا عزل).

فإنَّه يقال: الإذن ليس التزاماً وتعهداً؛ ولهذا لا يوجب حقاً للمأذون على الآذن بحيث يسلبه سلطنته على الرجوع، كما أنَّ السلطنة لا يمكن اسقاطها للمأذون. وهذا بخلاف ما إذا وقع طرفاً لعقد لازم، فإنَّه يصبح صالحاً لتعلّق حق الغير به من جهة الالتزام العقدي لا من جهة الإذن.

وهكذا يثبت صحة ما ذهب إليه الماتن تتوي من إمكان انشاء المضاربة الإذنية بنحو شرط النتيجة ضمن عقد لازم - كالوكالة - فتكون حينئذٍ لازمة. نعم، تكون المضاربة المذكورة مقيدة بوجود رأس المال وبقائه، فلو باعه المالك قبل اتّجار العامل به ارتفع موضوع الشرط وحينئذٍ لو فرض استظهار لزوم ابقائه من الشرط كان ذلك تخلفاً وموجباً لحق الخيار والفسخ لذلك للعقد اللازم.

الثامنة: يجوز إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة، كأن يقول: إذا اتّجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه، فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة [١]، ولا يلزم أن يكون جامعاً لشروط المضاربة فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين، أو ديناً، أو مجهولاً جهالة لا توجب الغرر، وكذا في المضاربة المشروطة في ضمن عقد بنحو شرط النتيجة فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين.

[١] تقدّم في أول الكتاب أنّ عنوان المضاربة ليس اسماً لمضمون معاملي وعلاقة انشائية خاصة، وإنّما المحتوى والمنشأ بها في المضاربة العهدية هو التسليط من قبل كل من العامل والمالك على ماله في قبال حصة من الربح بالنحو الذي تقدّم شرحه في أول الكتاب وفي المضاربة الإذنية هو الإذن في التصرف بالاتّجار من قبل العامل في مال المالك على أن يكون له حصة من الربح.

وكذلك من طرف العامل إذن باستيفاء عمله لا مجاناً، بل في قبال أن يكون له حصة من الربح، وهذا المضمون المعاملي عقد وتوافق قائم بين طرفين، فيختلف عن الجعالة خصوصاً بناءً على كونها إيقاعاً قائماً بطرف واحد لا طرفين.

نعم، الإذن من طرف المالك بالاتّجار بماله وأنّ من يتّجر به ويكون فيه ربح كان له حصّة منه يشبه الجعالة، إلا أنّها جعالة معلقة على حصول الربح، ومن هنا قد يقال بعدم شمول أدلّة الجعالة له لاشتراط التنجيز فيها.

ولكنك عرفت عدم الدليل على اشتراط التنجيز في العقود الإذنية وفي الإيقاعات، بل التعليق في الجعالة لا محذور فيه؛ لكونها بنفسها معلقة على

حصول العمل ، فيكون الفعل المَجْعُول عليه الجعل الاتّجار بالمال وأن يكون فيه ربح .

فالأظهر صحة ما ذهب إليه الماتن رحمهُمُ اللهُ من إمكان ايقاع نتيجة المضاربة على نحو الجعالة ، فلا يشترط فيها شروط المضاربة .

ومنه يظهر عدم صحة الايراد عليه بأنّ المضاربة صحتها على خلاف الأصل ، فيكون انشائها بنحو الجعالة باطلاً أيضاً ^(١) .

فإنّه يلاحظ عليه :

أولاً - ما تقدّم من عدم صحة المبنى .

وثانياً - ما استند إليه في كون المضاربة خلاف الأصل إنّما هو تمليك حصة من الربح للعامل قبل وجودها ، وهو من تمليك ما لا يملكه المالك بالفعل .

ومن الواضح أنّ هذا مبني على أن يكون التمليك فعلياً ، وأمّا إذا كان بنحو معلق على حصول الربح فلا يكون باطلاً ولا مخالفاً للشرع ، فإذا جاز التعليق في الجعالة - بلحاظ العمل - لم يكن موضوع للإشكال المذكور ؛ لأنّه على تقدير حصول الربح بالاتّجار الذي هو المعلق عليه استحقاق العامل للجعل يكون الجاعل مالكا للربح ، فله أن يجعل حصة منه للعامل بلا إشكال .

ونفس الشيء يقال في اشتراط المضاربة وأن يكون للعامل حصة من

١ - شرح العروة الوثقى ٣١ : ١٦٢ .

التاسعة: يجوز للأب والجدّ الاتّجار بمال المولّى عليه [١] بنحو المضاربة بإيقاع عقدها [٢]، بل مع عدمه أيضاً بأن يكون بمجرد الإذن منهما [٣]، وكذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير على أن يكون الربح مشتركاً بينه وبين العامل، وكذا يجوز ذلك للوصيّ في مال الصغير [٤].

الربح على تقدير حصوله بنحو شرط النتيجة؛ لأنّ التعليق في الشروط لا مانع منه، فحتى إذا كانت المضاربة على خلاف القاعدة وباطلة لولا الدليل الخاص من تلك الجهة، تكون صحيحة بنحو شرط النتيجة ضمن عقد لازم.

ومنه يظهر أنّ فقدان شروط صحة المضاربة لا يضرّ بصحتها من باب الجعالة أو شرط النتيجة ضمن العقد اللازم كما ذكره الماتن.

نعم، ما دلّ من الروايات على أنّ تضمين العامل والتاجر للوضيعة لا يجوز، وأنّ من ضمّنه لم يكن له شيء من الربح يشمل المضاربة بنحو الجعالة أو الشرط ضمن عقد لازم أيضاً كما هو واضح. وقد تقدّمت الإشارة إلى ذلك.

[١] فإنّه مقتضى دليل ولايتهما عموماً، كما أنّه يستفاد من بعض الروايات الخاصة الواردة في المضاربة بمال الصغير خصوصاً.

[٢] ولا مانع من اتحاد الموجب والقابل.

[٣] بمعنى الرضا بذلك في المضاربة الإذنية لا العهدية فإنّها بحاجة إلى انشاء العقد ولو بالمعاطاة.

[٤] على القاعدة المستفادة من أدلّة جعل القيمّ والوصي، فإنّ ظاهرها أنّ ما كان للولي من حق التصرف لأجل الصغير ثابت للوصي والقيمّ أيضاً، ومنها المضاربة بماله إذا كان فيه غبطة ومصلحة وأمن من التلف.

مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والأمن من هلاك المال [١] .

وبالروايات الخاصة ومن أفضلها دلالة رواية أبي الربيع الشامي - وهو معتبر لنقل البنظي عنه بسند صحيح - قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتيم وهو وصيّه أ يصلح له أن يعمل به ؟ قال : نعم ، كما يعمل بمال غيره ، والربح بينهما ، قال : قلت : فهل عليه ضمان ؟ قال : لا إذا كان ناظرًا له » (١) .

وبه يقيد إطلاق ما دلّ على أن الاتّجار بمال اليتيم يكون الربح فيه لليتيم والتاجر ضامن للمال لو فرض اطلاقه للوصي والولي ، فإنّه في مورد الاتّجار بمال اليتيم من دون إذن الولي أو على خلاف مصلحته . وتفصيله في محلّه .

[١] فإنه مقتضى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ (٢) ، بل هو المستفاد بحسب مناسبات الحكم والموضوع من عموم أدلّة الولاية على الصغير والمحجور عليه ، فعمل شرط الغبطة والمصلحة أو على الأقل عدم المفسدة عام يشمل الولي أيضاً فضلاً عن الوصي ، وإن كانت الآية غير شاملة للولي الأب .

١ - وسائل الشيعة ٩ : ٨٩ ، ب ٢ ممن تجب عليه الزكاة ، ح ٦ .

٢ - سورة الأنعام ، الآية : ١٥٢ .

العاشرة: يجوز للأب والجدّ الإيضاء بالمضاربة بمال المولّى عليه بإيقاع الوصي عقدها لنفسه أو لغيره مع تعيين الحصّة من الربح أو إيكاله إليه ، وكذا يجوز لهما الإيضاء بالمضاربة في حصّة القصير من تركتهما بأحد الوجهين [١] .

[١] يبحث في هذا الفرع عن صحة إيضاء الأب أو الجد بإيقاع الوصي المضاربة في المال الذي يكون ملكاً للمولى عليه حين الوصية - كما في الشقّ الأوّل في المتن - أو بعد الموت بالإرث - كما في الشقّ الثاني في المتن - فيريد أن يوصي بالمضاربة في أموال من يكون تحت ولايته فعلاً ، أو ما سيكون ملكاً للوارث الصغير من تركتهما .

والمقصود هنا الوصية بإيقاع الوصي عقد المضاربة بعد الموت على مال الصبي مع تعيين الحصّة أو إيكاله إليه ، بل والاتجار بالمال أيضاً ، لا مجرد انشاء العقد فيصبح ذلك واجباً على الوصي بمقتضى أدلّة نفوذ الوصية كما إذا أوصى بذلك في ثلث ماله .

وقد يناقش في صحة ونفوذ هذه الوصية بأحد وجهين :

١ - أنّ ولاية الأب والجد تنتهي بموتهما ، ولا يكون المال راجعاً إليهما ليصح وصيتهما بالمضاربة به ، كما في الوصية بالمضاربة بثلث المال بعد الموت ، فلا تشمل أدلّة نفوذ الوصية مثل هذه الوصية .

وفيه : أنّ موت الولي وإن كان يوجب ارتفاع الولاية بعد الموت ، إلا أنّ الثابت له في زمن الحياة الولاية على المولّى عليه مطلقاً وبلحاظ تمام زمان محجورية المولّى عليه ؛ ولهذا تصحّ وتنفّذ الوصية بجعل الوصي على الأولاد الصغار بعد الموت .

وإن شئت قلت : انّ كل ما يكون الميّت ولياً عليه ومن حقّه التصرف فيه زمان حياته يمكنه أن يوصي بذلك بعد حياته أيضاً في حدود ما كان له من الولاية وبشروطها ، فإذا أوصى بذلك شملته أدلّة نفوذ الوصية بلا إشكال .

٢ - بالنسبة للشق الثاني القاصر إنّما يملك المال بعد موت الموصي ، فلا يكون للموصي الولاية على التصرف فيه بالولاية ؛ لعدم الملك للمولّى عليه حين فعلية الولاية وهو زمن الحياة .

وفيه : أن ولاية الولي على الصبي مطلقة حتى لما يملكه المولّى عليه بعد ذلك ؛ إذ لا يعتبر في فعلية الولاية وجود الملك فعلاً للمولّى عليه ، فيكفي وجوده بعد ذلك في صحة الايضاء بتصريف فيه من قبل الولي .

وإن شئت قلت : بأن شرط نفوذ الوصية صدق القضية الشرطية ، وهي أنّه لو كان ملكاً للمولّى عليه كان تصرّف الولي نافذاً فيه ، وهذا صادق في الشق الثاني أيضاً .

هذا كلّه مضافاً إلى أنّ فحوى أدلّة نفوذ وصية الأب والجد بجعل الوصاية - أي الوصي على أموال المولّى عليه - نفوذ الوصية بالتصرف في أمواله بما يكون بصالحه ؛ إذ لا يحتمل عرفاً وعقلاً نفوذ الوصية بجعل الوصي فيقوم الوصي من قبل نفسه بالمضاربة بمال الطفل كالأب والجد ، وعدم نفوذ الوصية بأن يقوم الوصي بالمضاربة كذلك .

ويمكن أن يستدلّ على نفوذ الوصية في المقام بما سيأتي من الخبرين في المتن أيضاً ؛ لأنّ الظاهر منهما إطلاق ولاية الأب على أموال القصر بلحاظ ما بعد الموت أيضاً ، بل يدلّ الخبران على صحة ونفوذ الايضاء بالتّجار بحيث

كما أنه يجوز ذلك لكلّ منهما بالنسبة إلى الثلث المعزول لنفسه بأن يتجر الوصي به أو يدفعه إلى غيره مضاربة ويصرف حصّة الميّت في المصارف المعيّنة للثلث [١]، بل وكذا يجوز الإيضاء منهما بالنسبة إلى حصّة الكبار أيضاً، ولا يضرّ كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم إلى مدّة؛ لأنّه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة وإجازتها، كما أنّ الحال كذلك بالنسبة إلى ما بعد البلوغ في القصير، فإنّ له أن يفسخ أو يجيز [٢].

يكون انشاءً للمضاربة بلحاظ ما بعد الموت، وهذا يدلّ بالفحوى عرفاً على جواز الإيضاء بفعل المضاربة من قبل الوصي أيضاً، فالتشكيك في نفوذ الوصية بايقاع المضاربة بعد الموت في غير محلّه.

[١] بلا خلاف فيه، ويدل عليه عمومات نفوذ الوصية في الثلث، وأنّه أن يوصي في ماله ما شاء، وأنّ وصيته نافذة لا يجوز تغييرها أو إبطالها، إلى غير ذلك من الألسنة.

[٢] ليس المدرك لذلك ما سيذكره من الروايتين القادمتين ليقال بأنّه لا إطلاق لهما للكبار وورودهما في الوصية بمال الصغار. وإنّما المدرك دعوى أنّ المستفاد من مجموع أدلّة وأحكام الوصية أنّ وصية الميت في تمام التركة نافذة بعد مماته إلّا فيما يكون اضراً بحق الورثة، فإنّه لا يصح؛ لأنّه ظلم وجنّف ومنكر كما في معتبرة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل توفّي وأوصى بماله كلّه أو أكثره فقال له: الوصية تردّ إلى المعروف غير المنكر فمن ظلم نفسه وأتى في وصيته المنكر والجنف فإنّها

تردّ إلى المعروف ويترك لأهل الميراث ميراثهم» (١)، وقد طبق في الروايات الآية المباركة: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ (٢)، على ذلك - والجنف الميل إلى بعض الورثة دون بعض، والإثم ما يكون حراماً - . وعلى أساس هذا الاستظهار يقال بعدم الإضرار في المقام طالما المضاربة عقد جائز يجوز للمالك، وهو الوارث فسخه متى ما شاء، بل قد يكون فيه ربح له فلا موضوع للضرر لأنه منجبر بالخيار، بل لو كان فيه ضرر فالخيار لا يرفع الضرر.

إلا أن الانصاف أن الوصية بالمضاربة بجميع التركة تصرف في حصص الورثة ولا يكون مشمولاً لإطلاق نفوذ الوصية؛ لأن هذا تصرف في حصة الورثة وسهامهم، وهو لا يجوز إلا بإذنتهم، فإن أدلة عدم جواز الوصية بأكثر من الثلث تدل على أن ما زاد عليه من حق الورثة وخارج عن حق المالك فيكون كل تصرف فيه تجاوزاً على حقهم كالتصرف في أي مال يرجع إلى الآخرين حتى إذا لم يكن ضرراً عليهم.

وإن شئت قلت: إن عدم سلطنته المطلقة على ماله في أن لا يعطي ماله مضاربة تجاوز وضرر حقي وإن لم يكن ضرراً مالياً فلا يشمل إطلاق نفوذ الوصية؛ لأنه على تقدير ثبوته معيّناً بما إذا لم يكن تجاوزاً وضراراً بالورثة، ولو بالضرر الحقي وهذا حاصل.

١ - وسائل الشريعة ١٩: ٢٦٧، ب ٨ من كتاب الوصايا، ح ١.

٢ - سورة البقرة، الآية: ١٨٢.

وكذا يجوز لهما الإيضاء بالتجار بمال القصير على نحو المضاربة بأن يكون هو الموصى به لا إيقاع عقد المضاربة لكن إلى زمان البلوغ أو أقل. وأما إذا جعل المدّة أزيد فيحتاج إلى الإجازة بالنسبة إلى الزائد.

ودعوى عدم صحة هذا النحو من الإيضاء - لأنّ الصغير لا مال له حينه وإنما ينتقل إليه بعد الموت ولا دليل على صحة الوصية العقديّة في غير التمليك فلا يصحّ أن يكون إيجاب المضاربة على نحو إيجاب التمليك بعد الموت - مدفوعة بالمنع، مع أنّه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل في قضية ابن أبي ليلى وموثّق محمّد بن مسلم المذكورين في باب الوصية [١].

[١] استدللّ على صحة الإيضاء بالمضاربة بمال القاصر بحيث يكون انشاءً للمضاربة بعد الموت بأن يكون العامل مأذوناً من قبل الولي في الاتّجار بماله وله حصّة من الربح بدليلين :

١ - التمسك بعموم أدلّة نفوذ الوصية .

وقد يناقش في ذلك بوجوه :

الأوّل : ما تقدّم من أنّه في الشق الثاني لا مال للصغير قبل الموت ،

ويشترط في صحة المضاربة وجود المال حين انشائها .

وفيه : أنّ اللازم وجود المال في زمان المضاربة المنشأة ، والمفروض أنّ

الإيضاء بالمضاربة انشاءً للمضاربة بلحاظ زمان ما بعد الموت ، والذي يكون

المال موجوداً فيه والولي له الولاية عليه من زمان حياته ، فلا محذور من هذه

الناحية .

الثاني : أنّ هذه المضاربة تكون معلّقة على الموت ؛ لأنّها بلحاظ ما بعد الموت والتعليق في العقود يوجب بطلانها .

وفيه : أنّ هذا ليس من التعليق ، بل من العقد بلحاظ المال الاستقبالي كالإجارة بلحاظ المستقبل ؛ ولهذا تصحّ مثل هذه المضاربة من قبل الولي حتى إذا كانت عهدية فضلاً عما إذا كانت إذنية حيث يجوز التعليق في الإذن .
وإن شئت قلت : أنّه من التعليق على وجود الموضوع وما يكون العقد معلّقاً عليه في نفسه وهو ملك المولّى عليه لهذا المال بعد الموت ، ومثل هذا التعليق لا يكون مبطلاً للعقود العهدية فضلاً عن الإذنية .

الثالث : ما ذكره في المتن من أنّه لا دليل على صحة الوصية العقدية في غير التمليك بلحاظ ما بعد الموت ، فلا يصحّ أن يوصي بالوقف أو البيع بعد الموت ، وإنّما يصحّ الوصية بالتمليك للغير بعد الموت المسمّى بالوصية التمليكية بمقدار الثلث .

وفيه : أنّ وجه عدم صحة ذلك إنّما هو لزوم التعليق في العقود إذا كانت الوصية بها معلّقاً على الموت ، وهو يوجب البطلان وقد عرفت جوابه .

الرابع : أنّ المضاربة الإذنية قوامها بالإذن وهو ينتفي بالموت ويبطل على ما تقدّم في مسألة سابقة ، ويكون إذن المالك الجديد أو وليّه عقداً اذنياً مستقلاً .
وفيه : هذا يتم في الكبير لا الصغير الذي تكون ولاية الأب والجد عليه ثابتة بلحاظ ما بعد موتهما أيضاً لكونه صغيراً ، فيكون إذنه في زمن حياته بلحاظ زمان ما بعد الموت إذن الولي ، ويكون نافذاً بمقتضى أدلّة الوصية كما تقدّم .

وهكذا يتضح صحة ما أفاده الماتن رحمته من عدم المانع في التمسك بعمومات الوصية لاثبات صحة ايضاء الأب والجدّ بالمضاربة بمال القاصر بعد موته .

٢- التمسك بالخبرين المذكورين في المتن ^(١)، وسند الأوّل منهما فيه خالد بن بكير الطويل، وهو لم يوثّق في كتب الرجال، إلّا أنّ الثاني صحيح، وهو موثق محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم فقال عليه السلام: لا بأس به من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك وهو حي».

وفيه إشارة إلى قاعدة عامة وأنّ الأب في زمن حياته له الولاية على أولاده الصغار حتى بلحاظ زمان ما بعد الموت، وهذا دليل على عموم ولاية الأب على الصغار لما بعد الموت بلحاظ مقدار الولاية ومتعلقها. نعم، هاتان الروايتان لا تشملان الكبير كما هو واضح.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٤٢٧، ب ٩٢ من كتاب الرصايا، ح ١ و ٢.

وأما بالنسبة إلى الكبار من الورثة فلا يجوز بهذا النحو، لوجوب [١] العمل بالوصية وهو الاتجار فيكون ضرراً عليهم من حيث تعطيل حقهم من الإرث وإن كان لهم حصتهم من الربح خصوصاً إذا جعل حصتهم أقل من المتعارف.

الحادية عشر: إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه، وكذا إذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر [٢].

الثانية عشر: إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا واحداً ثم فسح أحد الشريكين هل تبقى بالنسبة إلى حصّة الآخر أو تنفسخ من الأصل؟ وجهان، أقربهما الانفساخ.

[١] في التعبير مسامحة؛ لأنّ الايضاء بالمضاربة بنحو شرط النتيجة لا يستلزم ايجاب الاتجار على الوصي، بل مأذونيته في الاتجار، إلا إذا أوصى بالاتجار أيضاً، كما أنّ الروايتين لا تدلان على أكثر من المأذونية في الاتجار وصحة المضاربة لا لزوم الاتجار على الوصي.

نعم، المأذونية لو كانت نافذة بنحو شرط النتيجة لم يكن للوارث المالك لسهمه حق الرجوع، ومن هنا ينشأ الضرر عليه، وخصوصاً إذا خسرت التجارة، بل قد عرفت ثبوت الضرر الحقيقي على الوارث الكبير حتى إذا كان في التجارة ربح، بل حتى إذا كان الايضاء بايقاع عقد المضاربة وكان يجب عليه أن يضارب بماله، فالتفرقة بين النحويين من الوصية في الكبير في غير محلّه.

[٢] على القاعدة لكونه أميناً ما لم يتسامح في الرد.

نعم ، لو كان مال كل منهما متميزاً وكان العقد واحداً لا يبعد بقاء العقد بالنسبة إلى الآخر [١] .

[١] لا وجه للتفصيل المذكور إلا أحد أمرين لا يتم شيء منهما :
أ - أن يقال بأن ظاهر المضاربة في الشق الأوّل وقوعها على المجموع من حيث المجموع ، فمع الانساخت في البعض لا يصح في الباقي ؛ لعدم وقوع العقد إلا على المشاع بما هو مشاع .

وقد نوقش فيه : بأن هذا خلاف الانحلال الذي وافق عليه السيد الماتن نفسه رحمته في المسألة السابعة والأربعين إذا رجع المالك في بعض رأس المال ، حيث حكم ببقاء المضاربة في الباقي على أساس الانحلال ، فإذا صحّ ذلك من المالك الواحد ففي المالكين بطريق أولى .

ويمكن ابداء الفرق لا من ناحية الانحلال ، بل من ناحية أنه مع فسخ أحد الشريكين إذا أريد بقاء المضاربة في حصة شريكه الآخر لزم تقسيم المال المشترك وافرّاز سهم أحدهما عن الآخر ، وهذا يجعل مال الشريك الباقي مالاً آخر ، فيكون نظير تبديل المالك لرأس ماله بآخر قبل الاتّجار به ، فإنّه ابطال للمضاربة الأولى وانشاء لمضاربة أخرى بناءً على ما تقدّم من اشتراط أن يكون رأس مال المضاربة عيناً خارجية ، وهذا المحذور لم يكن في رجوع المالك الواحد عن بعض رأس المال .

إلا أن هذا أيضاً غير تام ؛ وذلك :

أولاً - لبطلان المبنى المذكور كما تقدّم في محله .

وثانياً - لو فرض قبول ذلك المبنى فأيضاً لا يضّرّ هذا المقدار من تبدّل

الثالثة عشر: إذا أخذ العامل مال المضاربة وترك التجارة به إلى سنة مثلاً فإن تلف ضمن [١].

رأس المال وخروجه عن الاشاعة والاشترك إلى الافراز بصحة المضاربة؛ لأن المقصود أن لا يكون مال المضاربة ديناً في الذمة، بل يكون مالاً في الخارج، وهذا محفوظ في المقام، والمال المفروز عرفاً يرى نفس المال الخارجي السابق لا مالاً آخر، ولو فرض فمع اجازة المالك للعامل بتبديله وافرازه من أول الأمر تكون المضاربة الأولى باقية، وهذا واضح.

ب - دعوى قصور المقتضي للصحة، فإنه الروايات الخاصة الواردة في المضاربة، وإلا فالأصل فسادها، فيقال بأن الروايات لا تشمل ما نحن فيه، وهو المضاربة في الباقي.

وفيه: بطلان المبنى المذكور على ما تقدم مراراً، مضافاً إلى أنه لا يبعد تمامية الإطلاق في الروايات الخاصة أيضاً لشمول عنوان من دفع مالاً للآخر مضاربة للمالك الثاني بلحاظ حصته، فلا وجه لهذا التفصيل، على أنه لو سلم عدم الإطلاق فيها جرى استصحاب بقاء الصحة وعدم انفساخ المضاربة بلحاظ الشريك بناءً على جريانه في الشبهات الحكمية.

[١] لحصول التعدي بالاهمال وعدم الاتجار. اللهم إلا إذا كان مأذوناً في ابقاء المال عنده حتى على تقدير عدم الاتجار، وهو عناية زائدة لا يمكن استفادتها من مجرد المضاربة.

ولا يستحق المالك عليه غير أصل المال وإن كان آثماً في تعطيل مال الغير [١].

[١] لعدم الموجب لضمان أكثر من ذلك ، حيث لا وجود لربح مملوك له بالفعل حتى يتوهم اتلافه عليه .

وقد يقال بالضمان بملاك التفويت إذا كان المال بحيث لو لم يأخذه كان يعمل به غيره وكان فيه ربح قطعاً فقد يتوهم الضمان هنا أيضاً .

إلا أنه توهّم باطل ؛ لعدم صحة المبنى ولا البناء ؛ لعدم كفاية التفويت للضمان ، كما أن الربح لا يكون إلا بعمل العامل في المال لا بالمال وحده ، فلا يصدق التفويت أيضاً .

وكذلك قد يقال بالضمان بملاك صدق الاضرار بالمالك ، خصوصاً إذا كان قد عمل بماله وأهمّل مال المالك مع وجود من يعمل به .

وفيه : منع الصغرى ؛ لأن الاضرار عبارة عن النقص للمال أو الحق ، وليس عدم النفع ضرراً إلا مسامحة .

ومنع الكبرى حيث يستشكل في امكان اثبات الضمان بقاعدة لا ضرر أو غيرها على بحث ذكرناه في محله مفصلاً .

نعم ، في في المضاربة العهدية إذا أرجعناها إلى تمليك العامل عمله للمالك في قبال أن يعطيه المال ليتجر به ويأخذ حصته من ربحه إذا كان له ربح ، وقلنا بصحة مثل هذه المعاملة ، استحق المالك بدفع المال إلى العامل في تمام مدة المضاربة أجرة مثل عمله الذي فوّته عليه بناءً على أن ترك الأجير للعمل يوجب ضمان أجرته للمستأجر لا انفساخ العقد ، وكلا المطلبين محل تأمل .

الرابعة عشر: إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً فكلّ ربح حصل يكون بينهما. وإن حصل خسران بعده أو قبله أو اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس فالظاهر الصحة، وربما يستشكل بأنّه خلاف وضع المضاربة وهو كما ترى [١].

[١] لو كانت صحة المضاربة من باب الروايات الخاصة فهي لا تقتضي إلا ما ذكر من أنّ الربح الزائد على أصل المال بينهما لا كل ربح ربح إمّا لظهور المضاربة في ذلك أو للانصراف، فيكون مقتضى القاعدة بطلان. إلاّ أنّه بناءً على المختار من صحة المضاربة على القاعدة لا بأس بصحة مثل هذه المضاربة.

ومنه ظهر وجه الإشكال على القائلين بالصحة في المقام مع بنائهم على مبنى كون صحة المضاربة على خلاف الأصل.

ثمّ إنّ المراد بالاشتراط ليس هو الشرط ضمن عقد المضاربة، بل هذا تنويع للمضاربة؛ لأنّه يرجع بحسب الحقيقة إلى المحتوى المنشأ في العقد وأنّه تمليك العامل حصة ممّا زاد على أصل رأس المال أو ممّا زاد على المال المبذول في كل بيع ومبادلة تجارية، وهذا راجع إلى أصل المضاربة لا أنّه شرط في ضمنها.

فلا يتوهم امكان اثبات صحته بأدلة الشروط على المبنى الآخر، وإن كان ذلك أيضاً غير صحيح على ذلك المبنى إذا احتملنا تأثير ذلك الشرط على بطلان أصل المضاربة.

الخامسة عشر: لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلاً أو نسياناً أو اشتباهاً كما قال: لا تشتري الجنس الفلاني أو من الشخص الفلاني - مثلاً - فاشتره جهلاً فالشراء فضولي موقوف على إجازة المالك [١]، وكذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه إلى غيره، فإنه بمنزلة النهي عنه [٢].

[١] نوقش في ذلك بأنه وإن كان على مقتضى القاعدة، إلا أن إطلاق الروايات المتقدمة فيمن خالف أمر المالك وشرطه ضامن، والربح بينهما مطلق يشمل غير العائد أيضاً، وظاهرها الصحة بلا حاجة إلى إجازة مع الضمان.

وقد تقدّم منّا إمكان تخريجها على القاعدة وأن الشرط والنهي قيد راجع إلى الاستيمان لا المضاربة، ومعه يمكن تنزيل تلك الروايات على ما هو الغالب في باب المضاربة برؤوس الأموال.

[٢] بمعنى أن الميزان بالإذن، فمع عدمه يثبت الضمان أيضاً بلا حاجة إلى النهي، إلا أنه هنا قد لا تشمله الروايات الخاصة المتقدمة بناءً على استفادة حكم تعدي منها؛ لأنّ الوارد في موردها وألستها نهى المالك وشرطه.

نعم، مثل صحيح جميل^(١) قد يقال بإطلاقه لذلك، وقد تقدّمت المسألة سابقاً مفصلاً فراجع.

١ - وسائل الشريعة ١٨: ١٨، ب ١ من المضاربة، ح ٦.

ولعلّ منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعق على المالك مع جهله بكونه كذلك [١]، وكذا الحال إذا كان مخطئاً في طريقة التجارة بأن اشترى ما لا مصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطائه.

السادسة عشر: إذا تعدّد العامل كأن ضارب اثنين بمائة مثلاً بنصف الربح بينهما متساوياً أو متفاضلاً، فإمّا أن يميّز حصّة كلّ منهما من رأس المال كأن يقول على أن يكون لكلّ منكما منه نصفه، وإمّا لا يميّز. فعلى الأوّل الظاهر عدم اشتراكهما في الربح والخسران والجبر [٢] إلا مع الشرط [٣]؛ لأنه بمنزلة تعدّد العقد.

[١] تقدّم البحث عنه مفصلاً، وأنّ فيه ملاكاً آخر للبطلان غير انصراف الإذن عنه وهو منافاته مع الاسترباح.

[٢] لأنّه ظاهر في كونهما مضاربتين مستقلتين مع شخصين جمعا في انشاء واحد كما أشار إليه في المتن.

[٣] هذا الشرط باطل، لا من جهة كونه جعلاً لحصّة من الربح للأجنبي بالشرط ليقال بأنّ الماتن من القائلين بجوازه على ما تقدم في الشرط السابع من شروط المضاربة.

بل لما تقدمت في المسألة (٢٧) من لزوم الغرر وعدم تعيين ربح كل عامل مضارب بعد فرض الانحلال إلى مضاربتين، فهو نظير أن يقول: (لك شيء من الربح)، كما أنّ فيه شبهة الشركة في الأبدان.

وعلى الثاني يشتركان فيها وإن اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقداراً منه، إلا أن يشترط عدم الاشتراك فيها [١]، فلو عمل أحدهما وربح وعمل الآخر ولم يربح أو خسر يشتركان في ذلك الربح ويجبر به خسران الآخر، بل لو عمل أحدهما وربح ولم يشرع الآخر بعد في العمل فانفسخت المضاربة يكون الآخر شريكاً وإن لم يصدر منه عمل [٢]؛ لأنه مقتضى الاشتراك في المعاملة. ولا يعدّ هذا من شركة الأعمال كما قد يقال. فهو نظير ما إذا أجزا نفسيهما لعمل بالشركة فهو داخل في عنوان المضاربة لا الشركة، كما أنّ النظير داخل في عنوان الإجارة.

[١] ليس هذا بمعنى الشرط في ضمن العقد، بل مرجعه إلى مضاربتين مستقلتين مع كل منهما فيما سيأخذه من المال ويعمل به؛ لأنه يرجع إلى مدلول العقد ومحتواه، ومنه يظهر الإشكال فيما أفاده بعض الأعلام من بطلان هذا الشرط كشرط الحصة للأجنبي؛ لأنّ الشرط ليس بمشرع، فإنّ الفرق بينهما كبير، على أنّك عرفت أنّ الشرط في الشقّ الأوّل أيضاً يرجع إلى تغيير مضمون المضاربة وما يجعل للعامل فيها من الربح.

[٢] جواز مثل هذه المضاربة على المبنى القائل بأنّ الأصل فيها البطلان مشكل، بل ممنوع؛ إذ لا تشمله الروايات جزماً، لورودها في المضاربة بين المالك والعامل الواحد، واحتمال الفرق موجود، خصوصاً في مثل هذا الفرض الذي يشبه الأكل بالباطل.

والتمسك بالسيرة العقلانية غير المردوع عنها شرعاً كما قيل أيضاً مشكل؛ لأنه لو سلّم فالقدر المتيقن منها صورة اشتراكهما في العمل، لا عدم

.....

العمل من أحدهما بل يمكن اعتبار ذلك من أكل المال بالباطل ، فيكون دليل حرمة رادعاً .

ونفس الشيء يقال في الإجارة لو فرض عدم العمل من أحدهما أصلاً . بل لعلّ ما دلّ من الروايات المعتبرة والمفتى بها بأنّ الأجير لا يمكنه أن يعطي العمل إلى أجير آخر بأقل من دون أن يعمل عملاً أصلاً يدلّ بالفحوى أو بالإطلاق عرفاً على بطلان جعل لمجموعهما من دون أن يكون من أحدهما عمل أصلاً . وبهذا يظهر أنّه لا يصحّ ذلك أيضاً على المسلك المختار من صحة المضاربة على القاعدة بالعمومات ؛ لأنّها مقيدة بعدم الأكل بالباطل ، وبفحوى روايات الأجير .

ولعلّ بعضها يعمّ المزارعة أيضاً بأن يتقبل الأرض بأكثر ثمّ يعطيها للغير بأقل من دون عمل فيها .

بل وفحوى معتبرة أحمد بن محمّد بن عيسى (في نوادره) عن أبيه قال : «سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل أخذ مالاّ مضاربة أيحل له أن يعينه غيره بأقل ممّا أخذ؟ قال: لا» (١) .

وقد ورد بنفس المضمون روايات في الإجارة والمزارعة مما يقتنص منها قاعدة كلية أنّه لا يمكن أن يكون هناك دخل بالعقود التي يكون الدخل والكسب فيها على أساس العمل بلا عمل أصلاً .

ودعوى : الفرق بين مورد الروايات وبين المقام من حيث إنّ العقد هنا

١ - وسائل الشيعة ١٩ : ٢٩ ، ب ١٤ من كتاب المضاربة ، ح ١ .

عقد واحد واقع على عملهما معاً أي على جعلهما معاً طرفاً واحداً فيكون من قبيل التبرّع وتنازل الآخر له من ربحه .

مدفوعة: بأنه غير عرفي، بل وخلاف ظاهر العقد من حيث قصد اشتراكهما في العمل .

نعم، إذا كان العمل منهما معاً ولو مع التفاوت صح ما ذكره الماتن بناءً على كفاية العمومات لاثبات الصحة أو شمول السيرة العقلائية لمثل ذلك .

ولا يرد هنا اشكال الفرر وجهل العامل بحصته من الربح الذي أوجده - كما في الشق الأول - لأنّ المفروض هنا عدم الانحلال إلى مضاربتين، بل مضاربة واحدة بالعمل القائم بمجموعهما، فيكونان معاً طرفاً واحداً كالعامل الواحد، نظير الإجارة لهما كذلك .

وهذا هو مقصوده تتبع من أنه ليس من الشركة في الأبدان .

وهكذا يتضح أنّ الصحيح في فرض الانحلال إلى مضاربتين سواء ابتداءً للتمايز بين حصة كل منهما من رأس المال أو بعد ذلك بلحاظ ما يقتسمان بطلان شرط الانجبار والاشتراك في الربح بينهما لا من جهة أنه من شرط شيء من الربح للأجنبي من قبل المالك، بل من جهة رجوعه إلى الإبهام في محتوى المضاربة، وما يكون للعامل من ربح عمله، ولكونه من الشركة في الأبدان - بناءً على قيام الدليل على بطلانه - .

وفي فرض عدم الانحلال كما إذا جعل العمل الصادر منهما بمثابة عمل واحد وكلاهما بمثابة العامل الواحد كما في إجارة شخصين لعمل يقوم بمجموعهما يصح الانجبار في الخسران والاشتراك في الربح .

السابعة عشر: إذا أذن المالك للعامل في البيع والشراء نسيئة فاشترى نسيئة وباع كذلك فهلك المال فالدين في ذمة المالك [١]، وللدَيان إذا علم بالحال أو تبين له بعد ذلك الرجوع على كلٍّ منهما [٢]، فإن رجع على العامل وأخذ منه رجع هو على المالك.

ودعوى: أنه مع العلم من الأوّل ليس له الرجوع على العامل؛ لعلمه بعدم اشتغال ذمّته.

مدفوعة: بأن مقتضى المعاملة ذلك، خصوصاً في المضاربة [٣]، وسيما إذا علم أنه عامل يشتري للغير ولكن لم يعرف ذلك الغير أنه من هو ومن أي بلد، ولو لم يتبين للدَيان أن الشراء للغير يتعيّن له الرجوع على العامل في الظاهر [٤]، ويرجع هو على المالك.

[١] لأنّ الشراء عليه بذمته بحسب اذنه، فيكون مطالباً بعوضه.

[٢] أمّا المالك فلما عرفت، وأمّا العامل فلأنّه مسؤول كالوكيل المفوض، بل هو هو؛ لكونه مقدماً على الشراء على وجه الضمان للبائع، وهو كاف للضمان بمقتضى السيرة العقلية.

بل وبمقتضى أدلّة وجوب الوفاء بعد أن كان ولياً مفوضاً على المال الذمي الذي أذن له المالك في الشراء به، فيكون طرفاً للالتزام حقيقةً.

[٣] لأنّ له حصة من المال المشتري لو كان فيه ربح فهو شريك المالك أيضاً في الربح وليس مجرد وكيل أو مأذون من قبله.

[٤] لظهور الحال في كونه له، فيكون ملزماً به أمام البائع.

الثامنة عشر: يكره المضاربة مع الذمي خصوصاً إذا كان هو العامل [١] لقوله عليه السلام: لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة ولا يودعه وديعة ولا يصفيه المودة. وقوله عليه السلام: إن أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي إلا أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم، ويمكن أن يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

[١] ثبوت الكراهة في المضاربة مع الذمي لو كان هو المالك، أي الاتجار بمال الذمي مضاربة مشكل؛ لأن الروايات المذكورة لا تشمل ذلك، إذ الابضاع ظاهر في إعطائه المال للاتجار لا أخذه منه، كما أن ذيل الرواية الثانية يدل على أن ملاك الحكم المذكور هو اتجار الذمي وعدم احترازه من الحرام، فيختص بفرض كون العامل ذمياً لا المالك كما لا يخفى.

ودعوى: استفادته من فقرة «لا يصفيه المودة».

مدفوعة: بأنه عنوان آخر غير المضاربة بما هو عقد، بل بينهما عموم من

وجه.

ثم إن استفادة كراهة المضاربة من الخبرين المذكورين في المتن إما من فقرة النهي عن البضاعة باعتبار عدم احتمال دخل المجانية وعدمها في هذا الحكم أو من فقرة المشاركة بناءً على اعتبار المضاربة من عقودها عدم احتمال الفرق بين عمل الذمي في المال المشاع كما في الشركة أو في تمام المال، أو من عموم التعليل في ذيل الثانية، والروايتان إحداهما معتبرة سنداً^(١).

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٨، كتاب الشركة، ح ١ و ٢.

وهي رواية محمد بن يعقوب عن العدة عن أحمد بن محمد بن ابن محبوب عن ابن رثاب .

والأخرى رواها عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني ، والنوفلي قد يمكن توثيقه ، أما لما ذكرناه في كتاب الخمس من استفادة ذلك بالفحوى من نفي النجاشي ما ادعي فيه من الغلو ، أو من استظهار وثاقته بالملازمة من شهادة الشيخ بأن الطائفة قد عملت بروايات السكوني حيث ان كتابه ورواياته إنما تنقل غالباً عن طريق النوفلي ، بحيث يقل رواية غيره عنه ، بحيث لا يحتمل عدم شمول عملهم روايات النوفلي عنه .

اللهم إلا أن يناقش في دلالة عمل الطائفة على الوثاقة ، وأما استفادة وثاقة السكوني من شهادة الشيخ فبلحاظ أنه قد ذكر اسمه مع أسماء غيره من العامة بعنوان الثقات من العامة الذين عملت الطائفة برواياتهم ، لأنه استفاد أو استفاد وثاقته من عملهم برواياته ، فتدبر جيداً .

ثم إن عنوان (لا ينبغي ، أو كره) خصوصاً في هذا السياق لا يمكن أن يستفاد منه أكثر من الحزاة والكراهة ومن باب الاحتياط ، وأن النهي ارشاد إلى عدم وثاقة الذمي ، كما يشهد له استثناء التجارة الحاضرة ؛ ولهذا يمكن التعدي في الحكم بالكراهة إلى كل من لا يكون محلاً للوثوق .

التاسعة عشر: الظاهر صحة المضاربة على مائة دينار - مثلاً - كلياً، فلا يشترط كون مال المضاربة عيناً شخصية، فيجوز إيقاعهما العقد على كلي ثم تعيينه في فرد.

والقول بالمنع - لأنّ القدر المتيقن العين الخارجي من النقيدين - ضعيف [١]، وأضعف منه احتمال المنع حتى في الكلّي في المعين [٢]؛ إذ يكفي في الصحة العمومات.

تمّم العشرين: لو ضاربه على ألف - مثلاً - فدفع إليه نصفه فعامل به ثمّ دفع إليه النصف الآخر فالظاهر جبران خسارة أحدهما بريح الآخر [٣]؛ لأنّه مضاربة واحدة.

[١] قد يقال به بناءً على المسلك الآخر القائل بأنّ الأصل في مثل المضاربة الفساد. وقد تقدّم بحثه مفصلاً في بداية الكتاب.

اللهمّ إلا أن يدعى شمول السيرة الممضاة له كما لا يبعد، بل لو كان الملاك في حجّية السيرة استكشاف امضاء نكته العقلانية فلا فرق فيها بين المضاربة بالمال الخارجي أو الذمي أيضاً، وقد تقدّم بحث ذلك مفصلاً.

[٢] وجه أضعفته شمول إطلاق الروايات الخاصة له؛ لأنّ عنوان دفع مالا مضاربة شامل له بإطلاقه.

[٣] بناءً على المسلك الآخر ينبغي الإشكال في ذلك؛ لعدم الإطلاق في روايات المضاربة، إلا لما وقع خارجاً من المال، فيكون ربحه جابراً لخسرانه لا أكثر، لولا السيرة المتقدمة في الفرع السابق.

وأما لو ضاربه على خمسمائة فدفعها إليه وعامل بها وفي أثناء التجارة زاده ودفع خمسمائة أخرى فالظاهر عدم جبر خسارة إحداهما بربح الأخرى؛ لأنهما في قوّة مضاربتين [١]. نعم، بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة.

[١] هذا يختلف باختلاف الموارد، وما يقصد من قبلهما عند الدفع، فقد يكون الدفع بعد تمامية الاتّجار بالأوّل وحصول الربح أو الخسران فيه، وأخرى يكون في الأثناء وقبل حصول الربح، ففي الأوّل يكون مضاربة مستقلة، فلا يمكن فيه الجبران، خصوصاً إذا كان قد حصل ربح في البين، فإنّه يقع حصّة منه للعامل لا محالة، فلا يمكن أن يخرج من ملكه ويجبر به خسران المضاربة بالثاني بعد ذلك حتى إذا كان من قصدهما توسعة المضاربة الواحدة.

نعم، هو معقول بالنسبة لما يأتي من الاتّجار والربح. وفي الثاني يمكن أن يكونا مضاربة واحدة بحسب قصدهما بناءً على صحة المضاربة على القاعدة، فإنّ هذا مرجعه إلى توسعة العقد الواقع على المال الأوّل بنحو تكون المضاربة بهما معاً، ولا محذور فيه خصوصاً في العقود الإذنية؛ إذ لا ينافي ما وقع أوّلاً بالعقد. وأما على المسلك الآخر فصحة جعلهما مضاربة واحدة مشكل؛ لعدم الإطلاق في روايات المضاربة. اللهمّ إلا إذا فرض تمامية السيرة. وعلى كلّ حال الامتزاج وعدمه ليس دخيلاً في هذا الحكم. وبهذا ينتهي البحث عن كتاب المضاربة على نهج العروة الوثقى.

والحمد لله أولاً وآخراً وصلّى الله على سيدنا محمد وآله الأطهار

يوم السبت ٢٥ جمادى الأولى ١٤١٦ هـ . ق

بقم المقدّسة عشّ آل محمد ﷺ

المحتويات

المقدمة	٧
تعريف المضاربة	٩
مشروعية المضاربة	٢٠
تعريف البضاعة	٣٧
شروط المضاربة	٤١
الأول- أن يكون رأس المال عيناً	٤٤
الثاني- أن يكون درهماً وديناراً	٥١
الثالث- أن يكون معلوماً قدرأً ووصفاً	٥٦
الرابع- أن يكون معيناً	٥٧
الخامس- أن يكون الربح مشاعاً بينهما	٦٠
السادس- تعيين الحصة لكل منهما بالنسبة	٦٣
السابع- أن لا يكون شيء من الربح لغيرهما	٦٦
الثامن- أن يكون المال بيد العامل	٧٠
التاسع- أن يكون الاسترباح بالتجارة	٧١
العاشر- أن يكون العامل قادراً على الاتجار بالمال	٨٠
إذن المالك للغاصب بالمضاربة	١١٣

- جواز المضاربة ١٢٠
- المضاربة بالاسترباح بنماء الماء ١٤٥
- اشتراط الخسارة على العامل ١٥٠
- قاعدة (بطلان ربح ما لم يضمن) ١٦٧
- مخالفة العامل لشروط المالك ٢٢٤
- خلط رأس المال مع غيره ٢٤١
- عدم جواز نقل المال إلا بأذن المالك ٢٤٣
- بيع العامل نسيئة ٢٤٤
- شراء العامل بأكثر من القيمة ٢٥٢
- شراء العامل للمعيب عند المصلحة ٢٥٣
- شراء العامل بالذمة ٢٥٤
- نفقات الاتجار في المضاربة من رأس المال ٢٦٧
- تعدد أرباب المال في المضاربة ٢٧٥
- لا يشترط ظهور الربح في النفقة ٢٧٨
- نفقات مرض العامل في المضاربة ٢٧٩
- حكم انفساخ المضاربة أثناء سفر العامل ٢٨٠
- الدوران بين المضاربة الفاسدة والبضاعة ٢٨٢
- الدوران بين المضاربة الفاسدة والقرض ٢٨٥
- يجوز تعدد المالك أو العامل في المضاربة ٣٠١
- بطلان المضاربة بموت كل من العامل والمالك ٣١٠
- مضاربة العامل مع الغير ٣٢١
- اشتراط عمل أو مال في المضاربة على الغير ٣٣٩

٣٥٠ زمان تملك العامل لحصته من الربح
٣٥٧ الربح وقاية لرأس المال
٣٦٢ طلب قسمة الربح من قبل المالك أو العامل
٣٦٧ بيع العامل لحصته بعد ظهوره
٣٧٠ جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق
٣٧٣ العامل أمين
٣٧٦ شراء المالك شيئاً من مال المضاربة
٣٨١ أخذ العامل بالشفعة في مال المضاربة
٣٨٢ وطى الأمة المشتراة من مال المضاربة
٣٨٥ شراء زوج المالك بمال المضاربة
٣٨٨ شراء من ينعق على المالك بمال المضاربة
٤٠٦ شراء العامل من ينعق عليه
٤١٦ أحكام فسخ المضاربة أو انفساخها
٤٢٨ استرجاع المالك لبعض المال في الأثناء
٤٤٢ ضمان نفقات العامل في المضاربة الفاسدة
٤٤٩ مسائل التنازع بين المالك والعامل