



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمر
عليه السلام

www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.ir

دليل
تحرير الوسيلة

المضاربة

نوسند ۵:

علی اکبر سیفی مازندرانی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دليل تحرير الوسيله (المضاربه)

نويسنده:

على اكبر سيفى مازندراني

ناشر چاپى:

موسسه تنظيم و نشر آثار الامام الخمينى

ناشر ديجيتالى:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

الفهرس

٥	الفهرس
٢٠	دليل تحرير الوسيلة - المضاربة
٢٠	اشارة
٢٠	[مقدمات التحقيق]
٢٢	كتاب المضاربة
٢٢	اشارة
٢٢	تعريف المضاربة
٢٢	المعنى اللغوى
٢٣	اشارة
٢٣	مقتضى التحقيق
٢٤	إشكال السيد الخوئى
٢٤	نقد كلام السيد الخوئى
٢٤	المعنى الاصطلاحى
٢٤	اشارة
٢٤	نقد كلام صاحب العروة
٢٧	الفرق بينها و بين البضاعة و القرض
٢٧	اشارة
٢٧	نقل كلام شيخ الطائفة قدس سره
٢٧	مقتضى التحقيق
٢٨	إزاحة شبهة
٢٩	تعريف البضاعة
٣٠	هل يستحق العامل الاجرة فى المضاربة الفاسدة؟
٣٠	اشارة

- ٣٠ ترجيح رأى المشهور و الاستدلال عليه
- ٣١ [شرائط المضاربة]
- ٣١ شرائط عقد المضاربة
- ٣١ اشارة
- ٣١ حكم المضاربة المعاطاتية
- ٣٢ مقتضى التحقيق
- ٣٣ نقد كلام صاحب الحدائق
- ٣٣ (مسألة ١): يشترط فى المتعاقدين البلوغ و العقل و الاختيار
- ٣٣ اشارة
- ٣٣ شرائط المتعاقدين و رأس المال
- ٣٣ اشارة
- ٣٤ وجه اعتبار عدم الإفلاس فى ربّ المال
- ٣٤ اشتراط عدم السفه
- ٣٤ اعتبار قدرة العامل على التجارة برأس المال
- ٣٥ اشارة
- ٣٥ هل يضمن العامل العاجز مال القراض؟
- ٣٦ وجه بطلان المضاربة لعجز العامل
- ٣٦ هل يضمن العامل العاجز مع علم المالك بحاله؟
- ٣٧ لا فرق بين علم العامل و بين جهله
- ٣٧ هل يستحقّ العامل للأجرة فى المضاربة الفاسدة؟
- ٣٧ لا تصلح قاعدة ما يضمن، للدليلية على الضمان فى المقام
- ٣٧ وجه بطلان المضاربة مطلقاً مع العجز عن بعضه
- ٣٨ مقتضى التحقيق فى توجيه فساد المضاربة
- ٣٨ فيما طرأ العجز فى الأثناء

- ٣٩ اشتراط كون رأس المال عيناً
- ٣٩ اشارة
- ٤٠ مخالفة المضاربة للأصل
- ٤٠ انتلام الأصل المزبور بعموم تجارة عن تراضٍ
- ٤١ النصّ الدالّ على منع المضاربة بالدين
- ٤٢ اعتبار كون رأس المال من النقود الراجعة
- ٤٢ اشارة
- ٤٢ تحقيق في كلام أول من نسب إليه الإجماع
- ٤٣ كلام صاحب الحدائق حول الإجماع
- ٤٤ استظهار ذلك من كلمات الفقهاء
- ٤٥ اعتبار كون رأس المال معيّناً
- ٤٥ اشارة
- ٤٥ عمدة ما وجّه به اشتراط التعيين و الإشكال عليه
- ٤٦ هل يعتبر كون التعيين بيد العامل؟
- ٤٧ اعتبار كون رأس المال معلوماً قدرأً و وصفاً
- ٤٧ اشارة
- ٤٧ إشكال صاحب الجواهر
- ٤٧ جواب السيد الحكيم و نقده
- ٤٨ الاستدلال بقصور الإطلاقات و نقده
- ٤٩ مقتضى التحقيق في المقام
- ٤٩ شرائط الربح
- ٥٠ منها: كونه معيّناً معلوماً
- ٥٠ اشارة
- ٥٠ عمدة وجه تعيين الربح

- ٥٠ نقد كلام السيد الخوئي قدس سره
- ٥١ الملاك الأصلي لاعتبار هذا الشرط
- ٥١ ومنها: أن يكون مشاعاً مقدراً
- ٥١ اشارة
- ٥٢ نقد كلام الشهيد
- ٥٢ مقتضى التحقيق
- ٥٣ وجه عدم نظر النصوص إلى الإشاعة
- ٥٣ الاستشهاد بالنصوص
- ٥٤ حاصل الكلام
- ٥٥ الاستشهاد بالنص الخاص
- ٥٦ نقد كلام صاحب الجواهر
- ٥٦ ومنها: اشتراط عدم مشاركة الأجنبي في الربح
- ٥٧ (مسألة ٢): يشترط أن يكون الاسترباح بالتجارة
- ٥٧ اشارة
- ٥٨ قاعدة تبعية الربح للمال
- ٥٨ اشارة
- ٥٩ لا شهرة و لا رواية دالة على هذه القاعدة
- ٦٠ السيرة العقلية تخالف هذه القاعدة
- ٦٠ تحقيق في أصالة الفساد في المضاربة
- ٦١ حل العويصة
- ٦١ عمدة الوجه في أخذ التجارة في المضاربة
- ٦٢ السر في عدم جواز المضاربة بغير التجارة
- ٦٢ صدق التجارة إذا لم يباشر العامل غيرها
- ٦٣ إثبات المطلوب بأصالة عدم النقل

- ٦٣ [أحكام المضاربة]
- ٦٣ (مسألة ٣): الدراهم المغشوشة إن كانت رائجة مع كونها كذلك تجوز المضاربة بها، و لا يعتبر الخلوص فيها
- ٦٣ اشارة
- ٦٣ عدم اعتبار خلوص الدراهم الرائجة من الغش
- ٦٣ (مسألة ٤): لو كان له دين على شخص يجوز أن يوكل أحداً في استيفائه
- ٦٤ (مسألة ٥): لو دفع إليه عروضاً و قال: بعها و يكون ثمنها مضاربة، لم تصح
- ٦٤ اشارة
- ٦٥ الفرق بين هذا الفرع و الفرع السابق
- ٦٥ دفع إشكاليين
- ٦٥ (مسألة ٦): لو دفع إليه شبكة على أن يكون ما وقع فيها من السمك بينهما بالتنصيف- مثلاً- لم يكن مضاربة
- ٦٥ اشارة
- ٦٦ الضابطة في كون الصيد للصاد أو لهما
- ٦٧ إشكال صاحب الجواهر على الشهيد
- ٦٧ نقد تعليل صاحب الجواهر
- ٦٨ الفرق بين الربح الحاصل من المضاربة و الحيازة
- ٦٨ إشكال على السيد الماتن قدس سره
- ٦٩ نقد توجيه بقاء حصّة صاحب الشبكة على إباحته الأصلية
- ٦٩ وجه ضمان اجرة مثل الشبكة على العامل
- ٧٠ (مسألة ٧): لو دفع إليه مالاً؛ ليشتري نخيلاً أو أغناماً على أن تكون الثمرة و النتاج بينهما، لم يكن مضاربة، فهي معاملة فاسدة
- ٧٠ اشارة
- ٧١ وجه فساد المضاربة و العقد
- ٧٢ مقتضى التحقيق في المقام
- ٧٢ (مسألة ٨): تصح المضاربة بالمشاع كالمفروز
- ٧٢ اشارة

- ٧٣ عمدة الكلام فى المال المشاع
- ٧٣ (مسألة ٩): لا فرق بين أن يقول: «خذ هذا المال قراضاً و لكلّ منّا نصف الربح»
- ٧٣ اشارة
- ٧٣ التعابير الظاهرة فى التنصيف
- ٧٤ (مسألة ١٠): يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل
- ٧٤ اشارة
- ٧٥ بطلان المضاربة مع تفاضل الشريكين المتساويين فى المال
- ٧٦ نقد ما نقله السيد الحكيم فى المقام
- ٧٧ توضيح كلام صاحب العروة و نقده
- ٧٧ مقتضى التحقيق
- ٧٨ (مسألة ١١): المضاربة جائزة من الطرفين
- ٧٨ اشارة
- ٧٩ مقتضى القاعدة فى العقود
- ٧٩ دعوى الإجماع فى المقام
- ٧٩ الاستدلال بأن المضاربة وكالة قبل ظهور الربح و شركة بعده
- ٨٠ المناقشة فى الوجه المزبور
- ٨١ بيان قصور دليل لزوم الوفاء بتقريبين
- ٨٢ مقتضى جواز المضاربة من الطرفين
- ٨٢ توجيه استحقاق العامل للآجرة بفسخ المالك و نقده
- ٨٣ اشتراط الأجل فى المضاربة
- ٨٣ صور اشتراط الأجل
- ٨٤ نقد كلام السيد الخوئى
- ٨٤ ما ذا فهم الفقهاء من اشتراط التأجيل؟
- ٨٥ اشتراط عدم الفسخ فى المضاربة

- ٨٦ الملاك فى بطلان المضاربة باشتراط عدم الفسخ
- ٨٦ عدم فساد العقد بفساد الشرط
- ٨٧ عمدة ما استدلّ به لسراية الشرط
- ٩١ نقد كلام السيد الخوئى
- ٩١ لما ذا يجوز شرط الفعل دون شرط النتيجة؟
- ٩٢ لو وقع الشرط فى ضمن عقد آخر غير المضاربة
- ٩٢ (مسألة ١٢): الظاهر جريان المعاطاة و الفضولية فى المضاربة
- ٩٢ اشارة
- ٩٤ تنقيح كلام صاحب الجواهر
- ٩٥ مقتضى التحقيق فى المقام
- ٩٥ صدق المضاربة على المعاطاتية
- ٩٦ جريان الفضولية فى المضاربة
- ٩٧ تصوير الفضولى من جانب المالك
- ٩٧ (مسألة ١٣): تبطل المضاربة بموت كلّ من المالك و العامل
- ٩٧ اشارة
- ٩٨ هل يجوز لورثة المالك اجازة عقد المضاربة؟
- ٩٨ نقد كلام صاحب العروة
- ٩٩ بيان الوجوه المستدلّ بها لعدم نفوذ إذن الورثة
- ١٠٠ مقتضى التحقيق
- ١٠٠ (مسألة ١٤): العامل أمين
- ١٠٠ اشارة
- ١٠٠ الفرق بين التعدى و التفريط و الخيانة
- ١٠١ و أما جهات البحث
- ١٠٣ هل يضمن العامل للخسارة؟

- ١٠٤ لو شرط المالك على العامل تحمّل الخسارة
- ١٠٥ تحرير الأقوال
- ١٠٧ إطلاق العقد في كلمات الفقهاء
- ١٠٨ المعنى المقصود في المقام
- ١٠٨ الاستشهاد بكلمات الفقهاء
- ١٠٩ الأحكام الاقتضائية و غير الاقتضائية
- ١٠٩ أنحاء السبب المقتضى للحكم و موارد
- ١١٠ الملاك الفارق بين عدم ضمان الأمين و بين عدم ضمان غيره
- ١١٠ نقد كلام السيد الحكيم
- ١١١ نقد كلام العلامة و المحقق الكركي
- ١١١ مقتضى التحقيق
- ١١٢ الاستشهاد بالنصوص
- ١١٤ نظرة إلى النصوص المعارضة
- ١١٥ دفع احتمال إرادة الاقتراض من هذه الصحيحة
- ١١٥ صحّة شرط النتيجة بالمعنى الثانى
- ١١٦ الفرق بين شرط الفعل و شرط النتيجة
- ١١٦ (مسألة ١٥): يجب على العامل - بعد عقد المضاربة - القيام بوظيفته
- ١١٧ اشارة
- ١١٧ استحقاق الاجرة لو باشر ما تعارف فيه الاستيجار
- ١١٨ (مسألة ١٦): مع إطلاق عقد المضاربة يجوز للعامل الاتجار بالمال على ما يراه من المصلحة
- ١١٨ اشارة
- ١١٨ عدم استحقاق الاجرة لو استأجر ما تعارف فيه المباشرة
- ١١٨ جواز الاتجار للعامل كيف شاء عند إطلاق العقد
- ١١٨ عدم جواز البيع بالسّلح لو انصرف إطلاق العقد إلى البيع بالنقد

- ١١٨ غلبة الوجود متى توجب الانصراف؟
- ١١٩ نظرة ثانية إلى ما دلّ على ضمان العامل بمخالفة شرط المالك
- ١٢٠ (مسألة ١٧): لا يجوز للعامل خلط رأس المال بمال آخر لنفسه أو لغيره،
- ١٢١ اشارة
- ١٢١ كلام صاحب الشرائع و تعليله في الجواهر
- ١٢١ يستقرّ الضمان بمجرد المزج المعدم للتمييز
- ١٢٢ لا مصداق لهذا الفرع في نقود اليوم
- ١٢٣ (مسألة ١٨): لا يجوز مع الإطلاق أن يبيع نسيئة
- ١٢٣ اشارة
- ١٢٣ دعوى ظهور أمر المالك فيما هو أكثر ربحاً
- ١٢٣ التعليل لخروج النسيئة عن إطلاق الأمر و نقده
- ١٢٤ إعطاء الضابطة في المقام
- ١٢٥ (مسألة ١٩): ليس للعامل أن يسافر بالمال - بزاً و بحراً- و الاتجار به في بلاد اخر غير بلد المال، إلّا مع إذن المالك
- ١٢٥ (مسألة ٢٠): ليس للعامل أن ينفق في الحضر
- ١٢٥ اشارة
- ١٢٥ نفقة العامل في الحضر
- ١٢٦ نفقة العامل في السفر
- ١٢٦ اشارة
- ١٢٦ تنقيح الآراء
- ١٢٧ كلام المحقق الكركي
- ١٢٨ كلام صاحب الحدائق
- ١٢٩ كلام صاحب الجواهر
- ١٢٩ فيما استدللّ به لرأى المشهور
- ١٣٣ مدلول النصّ من منظر القاعدة

- ١٣٤ صُور أخذ النفقة و الفرق بينها -
- ١٣٥ ما هو المراد من قوله عليه السلام: «ما أنفق» في الصحيحة؟
- ١٣٥ استشهاد القدماء بالنص الوارد في المقام
- ١٣٧ حصيلة التحقيق من جميع ما تقدم
- ١٣٨ المراد من النفقة
- ١٣٩ نتيجة التحقيق في حكم النفقة
- ١٣٩ (مسألة ٢١): المراد بالسفر المجوز للإنفاق من المال هو العرفي لا الشرعي
- ١٣٩ اشارة
- ١٤١ مقتضى التحقيق
- ١٤٢ وجه توزيع النفقة و مورده
- ١٤٢ حكم نفقة الرجوع
- ١٤٣ اعطاء الضابطة في المقام
- ١٤٣ (مسألة ٢٢): لو كان عاملاً لاتنين أو أزيد، أو عاملاً لنفسه و غيره، توزع النفقة
- ١٤٣ اشارة
- ١٤٤ تحرير محل النزاع
- ١٤٤ كيفية التوزيع بحسب المال و العمل
- ١٤٥ آراء الفقهاء و نقد استدلالهم
- ١٤٥ مقتضى التحقيق
- ١٤٥ (مسألة ٢٣): لا يعتبر ظهور الربح في استحقاق النفقة
- ١٤٦ اشارة
- ١٤٦ مقتضى التحقيق
- ١٤٩ تحرير كلام صاحب الجواهر
- ١٤٩ (مسألة ٢٤): الظاهر أنه يجوز للعامل الشراء بعين مال المضاربة
- ١٤٩ اشارة

- ١٥٠ تحرير كلمات الأصحاب
- ١٥١ أدلة بطلان الشراء في الذمة
- ١٥٢ بيان المناقشة في الأدلة المزبورة
- ١٥٢ دليل صحة الشراء في الذمة و رد صلوحه
- ١٥٣ مقتضى التحقيق
- ١٥٣ صور الشراء في الذمة و حكمها
- ١٥٥ حكم الشراء بالكلية في المعين
- ١٥٥ مقتضى التحقيق
- ١٥٦ حكم تلف مال القراض قبل أداء الثمن
- ١٥٧ (مسألة ٢٥): لا يجوز للعامل أن يوكل غيره في الاتجار
- ١٥٧ اشارة
- ١٥٨ حكم ما إذا ضارب العامل أو شارك غيره بإذن المالك
- ١٦١ (مسألة ٢٦): الظاهر أنه يصح أن يشترط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملاً
- ١٦١ اشارة
- ١٦١ تحرير كلام شيخ الطائفة قدس سره
- ١٦٢ نقد كلام شيخ الطائفة قدس سره
- ١٦٣ مقتضى التحقيق في المقام
- ١٦٤ (مسألة ٢٧): الظاهر أنه يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره
- ١٦٤ اشارة
- ١٦٦ مقتضى التحقيق في المقام
- ١٦٧ (مسألة ٢٨): لا إشكال في أن الخسارة- الواردة على مال المضاربة- تجبر بالربح
- ١٦٧ اشارة
- ١٦٧ جبران الخسارة بالربح
- ١٦٨ بما ذا تستقر ملكية الربح للعامل؟

- ١٦٨ هل تستقر ملكية الربح بمجرد الفسخ؟
- (مسألة ٢٩): كما يجبر الخسران في التجارة بالربح، كذلك يجبر به التلف
- ١٦٩ اشارة
- ١٦٩ كلام صاحب الجواهر
- ١٧٠ تبطل المضاربة بتلف رأس المال، إلا في صورتين
- ١٧١ القوة و الضعف في كلام السيد الماتن قدس سره
- (مسألة ٣٠): لو حصل فسخ أو انفساخ في المضاربة، فإن كان قبل الشروع في العمل و مقدماته فلا إشكال
- ١٧١ اشارة
- ١٧١ ما يترتب على الفسخ المضاربة
- ١٧١ اشارة
- ١٧٢ المناقشة في كلام العلامة في التذكرة
- ١٧٢ توجيه المحقق الكركي لتنظر العلامة و المناقشة فيه
- ١٧٣ إشكال صاحب الجواهر على المحقق و العلامة
- ١٧٤ حكم ما لو كان الفسخ بعد حصول الربح
- (مسألة ٣١): لو كان في المال ديون على الناس، فهل يجب على العامل أخذها و جمعها بعد الفسخ أو الانفاسخ أم لا؟
- ١٧٥ اشارة
- ١٧٦ مقتضى التحقيق في المقام
- ١٧٧ تأييد السيد الماتن بكلمات الفقهاء الفحول
- (مسألة ٣٢): لا يجب على العامل- بعد حصول الفسخ أو الانفاسخ- أزيد من التخليه بين المالك و ماله
- ١٧٨ اشارة
- ١٧٨ مقتضى التحقيق
- (مسألة ٣٣): لو كانت المضاربة فاسدة كان الربح بتمامه للمالك
- ١٧٩ اشارة
- ١٧٩ حكم المضاربة الفاسدة

- ١٧٩ اشارة
- ١٨٠ وجه استحقاق العامل لأجرة المثل عند فساد المضاربة
- ١٨٠ مقتضى التحقيق التفصيل فى جريان قاعدة الإقدام
- ١٨١ توجيه تفصيل السيد الماتن و المناقشة فيه
- ١٨١ وجه عدم ضمان العامل لتلف مال القراض و نقصانه
- ١٨٢ ضمان العامل لما أنفق على نفسه فى السفر حينما فسد المضاربة
- ١٨٢ مقتضى التحقيق فى المقام
- ١٨٢ (مسألة ٣٤): لو ضارب بمال الغير من دون وكالة و لا ولاية وقع فضولياً، فإن أجازته المالك وقع له،
- ١٨٢ اشارة
- ١٨٣ حكم المضاربة الفضولية
- ١٨٣ اشارة
- ١٨٤ لو تلف المال قبل الشراء به
- ١٨٤ لو ردّ المضاربة بعد الاتجار بالمال
- ١٨٥ (مسألة ٣٥): لو أخذ العامل رأس المال، ليس له ترك الاتجار به
- ١٨٥ اشارة
- ١٨٥ ليس للعامل ترك الاتجار بعد أخذ المال
- ١٨٥ (مسألة ٣٦): لو اشترى نسيئة بإذن المالك كان الدين فى ذمة المالك
- ١٨٦ (مسألة ٣٧): لو ضاربه بخمسائة - مثلاً - فدفعها إليه و عامل بها، و فى أثناء التجارة دفع إليه خمسمائة اخرى للمضاربة
- ١٨٦ اشارة
- ١٨٦ حكم ما لو دفع فى أثناء التجارة مالاً آخر
- ١٨٦ اشارة
- ١٨٧ لا يتعدّد المضاربة بدفع مال القراض عدّة دفعات
- ١٨٧ (مسألة ٣٨): لو كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا شخصاً، ثمّ فسخ أحد الشريكين تنفسخ بالنسبة إلى حصّته
- ١٨٧ اشارة

- ١٨٧ حكم فسح المضاربة من أحد الشريكين
- ١٨٧ اشارة
- ١٨٨ تنازع العامل و المالك
- ١٨٨ (مسألة ٣٩): لو تنازع المالك مع العامل في مقدار رأس المال و لم تكن بينة، قدّم قول العامل
- ١٨٨ اشارة
- ١٨٩ التفصيل بحسب رجوع النزاع إلى مقدار نصيب العامل و عدمه
- ١٩٠ حصيلة البحث
- ١٩٠ (مسألة ٤٠): لو ادّعى العامل التلف أو الخسارة أو عدم حصول المطالبات
- ١٩٠ اشارة
- ١٩١ المناقشة في تقديم قول العامل مطلقاً
- ١٩١ تحرير آراء الفقهاء
- ١٩٢ تحقيق في مدلول النصوص
- ١٩٦ حاصل الكلام و مقتضى التحقيق
- ١٩٦ (مسألة ٤١): لو اختلفا في الربح و لم تكن بينة قدّم قول العامل
- ١٩٧ (مسألة ٤٢): لو اختلفا في نصيب العامل من الربح؛ و أنه النصف- مثلاً
- ١٩٧ (مسألة ٤٣): لو تلف المال أو وقع خسران، فادّعى المالك على العامل الخيانة أو التفريط في الحفظ، و لم تكن له بينة، قدّم قول العامل
- ١٩٨ اشارة
- ١٩٨ وجه تقديم قول المالك فيما لا يجوز للعامل
- ١٩٩ (مسألة ٤٤): لو ادّعى ردّ المال إلى المالك و أنكره قدّم قول المنكر
- ١٩٩ (مسألة ٤٥): لو اشترى العامل سلعة فظهر فيها ربح، فقال: اشتريتها لنفسى، و قال المالك: اشتريتها للقراض
- ١٩٩ اشارة
- ١٩٩ لو تنازعا في من له الشراء
- ٢٠٠ (مسألة ٤٦): لو حصل تلف أو خسارة فادّعى المالك أنه أقرضه، و ادّعى العامل أنه قارضه، يحتمل التحالف
- ٢٠٠ اشارة

- ٢٠٠ مرجع دعوى كل من المالك و العامل
- ٢٠٢ مرجع الدعوى و مقتضى القاعدة في صورة حصول الربح
- ٢٠٢ حصيلة البحث
- ٢٠٣ (مسألة ٤٧): لو ادعى المالك أنه أعطاه المال بعنوان البضاعة؛ فلا يستحق العامل شيئاً من الربح
- ٢٠٣ اشارة
- ٢٠٤ تبصرة نافعة
- ٢٠٤ (مسألة ٤٨): يجوز إيقاع الجعالة على الأتجار بمال؛ و جعل الجعل حصّة من الربح؛
- ٢٠٤ اشارة
- ٢٠٥ إشكال السيد الحكيم و نقده
- ٢٠٥ (مسألة ٤٩): يجوز للأب و الجد المضاربة بمال الصغير مع عدم المفسدة
- ٢٠٥ اشارة
- ٢٠٦ ابتناء ولاية الكل على مصلحة المولى عليه
- ٢٠٧ (مسألة ٥٠): لو مات العامل و كان عنده مال المضاربة، فإن علم بوجوده فيما تركه بعينه فلا إشكال
- ٢٠٧ اشارة
- ٢٠٧ تحرير محل النزاع بتصوير صوره
- ٢٠٨ مقتضى التحقيق في المقام
- ٢٠٨ لو تردد مال القراض بين المالك و بين سائر ديان المالك
- ٢١٠ متى ينفي الضمان عن الميت؟
- ٢١٠ حكم ما لو لم يعلم بقاء مال القراض في تركه العامل
- ٢١١ دربارہ مرکز تحقیقات رایانہ ای قائمہ اصفهان

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة

إشارة

نام كتاب: دليل تحرير الوسيلة - المضاربة

موضوع: فقه استدلالی

نویسنده: مازندرانی، علی اکبر سیفی

تاریخ وفات مؤلف: ه ق

زبان: عربی

قطع: وزیری

تعداد جلد: ١

ناشر: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره

تاریخ نشر: ١٤٢٧ ه ق

نوبت چاپ: اول

مکان چاپ: تهران - ایران

شابک: ٩٦٤ - ٣٣٥ - ٨٢١ - ٦

[مقدمات التحقيق]

مقدمه الناشر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إنَّ «تحرير الوسيلة» هو خير وسيلة يتغيها المكلف في سيره و سلوكه، و هو أوثقها عُرَى، و أصلحها منهاجاً؛ لِمَا امتاز به من سداد في تحديد الموقف العملي، و إصابة في تشخيص الوظائف المُلقاة على عاتق المكلفين، و ذلك على ضوء الدليلين: الاجتهادي و الفقاهتي، النابعين من الكتاب و السنّة. ناهيك عن جمعه للمسائل العمليّة، و نأيه عن المسائل ذات الصبغة النظرية التي لا تمسّ إلى واقعنا المُعاش بصلّة.

و لئن كتب الشهيد الأول قدس الله نفسه الزكية كتاب «اللمعة الدمشقية» و هو سجين، فإنَّ إمامنا العظيم نور الله ضريحه قد ألف هذا الكتاب حينما كان منفيّاً في مدينة بورسا التركية من قبل الطاغوت الغاشم، و لم يكن بحوزته إلّا «وسيلة النجاة» و «العروة الوثقى» و «وسائل الشيعة».

نعم، لم تكن بيده المباركة إلّا هذه الكتب الثلاثة، و لكنّ نفسه العلوية لو لم تكن خزانه للعلوم الحقّة، و فؤاده مهبطاً للإلهام و التحديث، لامتنع وجود هذا السفر الخالد في تلك الظروف العصيبة.

و نظراً إلى أهمية هذا الكتاب، و ضرورة نشره على مختلف المستويات

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٦

و الأصدقاء؛ لذا فقد أخذت مؤسسه تنظيم و نشر آثار الإمام الخميني قدس سره على عاتقها نشر شروح و تعاليق العلماء المحققين على «تحرير الوسيلة» و من نفقتها الخاصّة.

و يعدّ الكتاب الذي بين يديك، واحداً من هذه السلسلة الضخمة التي تروم مؤسستنا طبعها، و هو شرح لمباحث المضاربة من

«التحريم»، تأليف الشيخ على أكبر السيفي المازندراني دام بقاءه.

نسأل الله تعالى أن يوفقه وإيانا وأن يختم لنا جميعاً بالحسنى إنه سميع الدعاء.

مؤسسة تنظيم و نشر آثار الإمام الخميني قدس سره

فرع قم المقدسة

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٧

مقدمة المؤلف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين أحمدته استتماماً لنعمته، واستسلاماً لعزته واستعصاماً من معصيته، وأستعينه فاقه إلى كفايته.

والصلاة على محمد عبده ورسوله المصطفى، أرسله بالهدى ودين الحق، وجعله بلاغاً لرسالته، وكرامه لأمته، وأنزل عليه القرآن نوراً لا تطفأ مصابيحها، وبحراً لا يدرك قعره، ومنهاجاً لا يضل نهجه، وفرقناً لا يخمد برهانه.

والسلام على آله المعصومين المكرمين الذين هم معادن الإيمان وبحبوحاته، وينايع العلم، وأساس الدين، وعماد اليقين.

ونسأل الله سبحانه أن يوفقنا لمعرفتهم وطاعتهم، ونشر علومهم ومعارفهم، ويرزقنا شفاعتهم يوم تأتيه فرداً.

وأما بعد: فقد دوت هذا الكتاب على أساس متن «تحرير الوسيلة» للإمام الخميني الراحل قدس سره، بعد التحقيق والدراسة وإلقاء

مباحثه إلى عدة من الفضلاء وحلّ المعضلات وغوامض الإشكالات التي اوردت في حلقات البحوث.

والذي ينبغي أن نشير إليه هاهنا، هو أن منهجنا في تحقيق مسائل هذا الكتاب يبتني على أساس المراحل التالية.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٨

١- ابتدأنا في تحقيق الفروع المهمة بالتبع في آراء الفقهاء وتحرير أقوالهم، ولا سيما القدماء وفحول المتأخرين والمعاصرين و

تعيين القول المشهور أو الأشهر. وترتيب أقوالهم على أساس ما به الاختلاف بينهم.

٢- ثم تعرّضنا للوجوه المستدل بها لكل قول من الأقوال المذكورة، وأشرنا إلى موافقة السيد الماتن لواحد منها. وبالطبع يتضح وجه

مخالفته لسائر الأقوال.

٣- ثم تعرّضنا في كلّ مسألة إلى ما ادعى أو نقل من الإجماعات المحصّلة والمنقولة، وأشرنا إلى عدم صلاحية غالب هذه

الإجماعات للدليلية؛ نظراً إلى وجود ما يصلح للدليلية من آيات الكتاب ونصوص السنّة والقواعد العامّة، وإلى أن استناد الأصحاب

إليها في مقام الاستدلال، أو كونها في مظانّ استدلالهم بها، ينفي حجّية الإجماع؛ لعدم كشفه تعبداً عن رأى المعصوم حينئذ، وفقدان

ملاك حجّيته.

٤- حيث إننا بنينا على انجبار ضعف سند الخبر بعمل المشهور، كما أثبتنا ذلك في كتابنا «مقياس الرواية». فمن هنا نوافق رأى السيد

الماتن في أمثال هذا المورد. ولكنّه فيما إذا لم تتعارض الأخبار، وإلا فإنما الشهرة الروائية هي التي ترجّح بها إحدى الطائفتين

المتعارضتين بعد استقرار تعارضهما، ولا تصلح الشهرة الفتوائية للدليلية على ترجّح إحدى الطائفتين حينئذ.

وأما إعراض المشهور، فليس عندنا موجباً لو هن الخبر الصحيح، وقد أثبتنا ذلك أيضاً في كتابنا المشار إليه. ولكن ذلك فيما إذا

كان المخالف للمشهور جماعة معتنى بهم مع تعرّضهم للمسألة ومخالفتهم، وإلا فلو انحصر المخالف في واحد أو اثنين من القدماء

أو المتأخرين، أو لم يتعرّض سائر القدماء لعنوان المسألة أو تعارضت النصوص وكانت الموافقة منها لرأى المشهور مشتهراً من حيث

الرواية، فلا إشكال في رفع اليد عن تلك الرواية المخالفة للمشهور، وإن كانت صحيحة.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٩

وذلك إما لتسالم الأصحاب على خلافها أو لأجل شهرتها الروائية.

٥- قد يتفق في خلال الاستدلال ببعض النصوص تصحيح سنده بقاعدة تبادل السند، مشيراً إلى مفاد القاعدة، كما في طريق الشيخ إلى على بن الحسن بن الفضال. وقد فصلنا البحث عن هذه القاعدة في كتابنا «مقياس الرواة»، فراجع.

٦- وقد أشرنا إلى وجه تصحيح بعض الاصول الروائية، مثل كتاب على بن جعفر بطريق صاحب الوسائل، لا طريق العلامة المجلسي في البحار. و أيضاً أشرنا إلى ضعف بعضها الآخر في هذا الكتاب، ولكن بحثنا عن تفصيل ذلك كله في كتابنا المشار إليه، فراجع.

٧- وقد فحصنا عن حال آحاد الرواة الواقعيين في أسناد الروايات التي يدور مدارها رحي الاستدلال والاستنباط في المسألة. ونشير إلى قواعد رجالية لإثبات أو نفى وثاقة الراوى أو اعتبار روايته. وإنّما ذلك في الرواة الذين وقع الخلاف في اعتبار رواياتهم. و بنينا في أمثال هذه الموارد على اعتبار روايات من كان صاحب أصل و كثير الرواية و واقعاً في ضمن توثيق عام، مع نقل أجلاء الأصحاب عنه، و عدم ورود قرح في حقه. و قلنا: إنّ هذه القرائن - إذا توفرت في حق أحد - تورث الوثوق النوعى بحسن حاله، بل تكشف عادةً عن اعتبار روايته، بل عن وثاقته، و إلّا لو كان في مثله قدح لبان. و أيضاً أشرنا إلى قواعد عامة اصولية خلال المباحث و الاستدلال. هذه الخصوصيات هي أهم ما يبتنى عليه منهجنا في تحقيق المسائل المهمة و بها يمتاز هذا الكتاب.

و لا يخفى أنّ لمسائل المضاربة أهمية كثيرة؛ نظراً إلى ابتلاء العموم بمسائل مرتبطة بمعاملات البنوك.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٠

و ذلك لأنّ الودائع المصرفية تأخذها البنوك بعنوان عامل المضاربة و يعلن مسؤولوها بأنهم يعملون على أساس قوانين المضاربة و يربحون على أساس أحكامها.

و قد أثار هذا الأمر تشكيك بعض فقهاءنا و مقلديهم و كثير من المؤمنين؛ نظراً إلى أنّهم لا يرون أحكام المضاربة و حدودها حاصلة بتمامها و كمالها في هذه البنوك.

و هذه العويصة من أهم الوجوه الباعثة لتأليف هذا الكتاب.

و في الختام أرجو من الفضلاء الكرام و العلماء الأبرار أن يسامحوا موارد زلّاتي و يذكروني في مواضع الخطأ، فإنّ أحبّ إخواني من أهدى إلى عيوبى. غفر الله لى و لكم و تقبل منى آمين.

على أكبر السيفى

المازندرانى

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١١

كتاب المضاربة

إشارة

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٣

و تسمى قراضاً، و هي عقد (١) واقع بين شخصين على أن يكون رأس المال فى التجارة من أحدهما و العمل من الآخر، و لو حصل ربح يكون بينهما. تحرير الوسيلة ١: ٥٧٧

تعريف المضاربة

المعنى اللغوى

إشارة

(١) ١- اشتهر التعبير عن هذا العقد بالمضاربة، وقد يعبر عنه بالقراض. و الأول لغة أهل العراق، و الثاني لغة أهل الحجاز، كما قال شيخ الطائفة في المبسوط «١» و كذا في الجواهر «٢»، و نسب في مفتاح الكرامة «٣» إلى الأكثر التصريح بأن القراض لغة أهل الحجاز و المضاربة لغة أهل العراق.

و قد وجه التعبير بالمضاربة في الجواهر «٤» بوجهين:

الأول: كون الضرب مسبباً عن المالك و العامل كليهما؛ نظراً إلى ضرب

(١)- المبسوط ٣: ١٤٧.

(٢)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٦.

(٣)- مفتاح الكرامة ٧: ٤٢٣.

(٤)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٤

...

العامل في الأرض للتجارة، و إلى طلب المالك منه ذلك.

الثاني: ضرب كل منهما فيما هو للآخر من المال و العمل. و جعل هذا الوجه أولى من الوجه الأول.

ثم قال: «و يقال للعامل مضارب بكسر الراء؛ لأنه الذي يضرب في الأرض». و يظهر من السيد في العروة اختيار التوجيه الأول؛ حيث وجه ذلك بأن المالك سبب لضرب العامل في الأرض بتسليم ماله إليه، و أن العامل مباشرٌ لذلك. و بناءً على ذلك أيضاً فالعامل مضارب- بكسر الراء- لأنه الضارب في الأرض بعمله مباشراً.

مقتضى التحقيق

و التحقيق: أن لفظ المضاربة بمعنى التجارة بمال الغير، كما قال الزمخشري في أساس البلاغة: «يقال ضاربه بالمال و في المال، و ضارب فلان لفلان في ماله:

تجر له فيه» «١». و إطلاق صيغة المضاربة بلحاظ استناد الضرب في التجارة إلى كل من المالك و العامل عرفاً.

و أما المالك فلاّنه ضرب في التجارة بماله. و أما العامل فلضربه في التجارة بعمله. و معنى الضرب في التجارة، الاشتغال بالكسب و الاسترباح، كما في لسان العرب و غيره. فإنّ التجارة كما تتوقف على صرف المال، كذلك تتوقف على صرف القدرة و السعي و العمل.

و لا يخفى أن التجارة و إن تشمل جميع عناوين المعاملات- حتى الإجارة و المزارعة و المساقاة و نحو ذلك- في اصطلاح القرآن. و من هنا ترى الفقهاء

(١)- أساس البلاغة ١: ٥٧٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٥

...

يتمشكون في جميع المعاملات بإطلاق قوله تعالى: «تِجَارَةٌ عَنْ تِجَارٍ» عند الشك في اعتبار قيد فيها، إلا أنها في باب المضاربة بمعنى خصوص البيع والشراء، مقابل النجارة والبنائنة والصباغة والزراعة والصناعة وغيرها من المشاغل. و سيأتي بيان وجه ذلك في مسألة اعتبار كون الاسترباح في المضاربة بالتجارة.

و أما الضرب في الأرض فمعناه المسافرة والذهاب في الأرض. وهذا المعنى ليس بمقصود في المقام، بل المقصود هو الضرب في التجارة، وإن كان للمعنى السابق أصل في هذا المعنى.

إشكال السيد الخوئي

ولكن استشكل بعض الأعلام «١» على ذلك بأنه لا أساس صحيح لما اشتهر من وضع هيئة المفاعلة للدلالة على صدور الفعل من اثنين، بل إنما وضعت لقيام الفاعل وتصديده لإيجاد الفعل - ولو وحده - سواء تحقق الفعل أم لم يتحقق.

و استدلل لذلك أولاً: ببعض موارد استعمال صيغة المفاعلة، كقول القائل:

طلعت الكتاب، و تابعت زيدا، و باركت له و سافرت، و نحو ذلك مما لا مشاركة فيه، و ليس بين اثنين.

و ثانياً: بقوله تعالى: «يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ» «٢»؛ حيث دل على كون المخادعة بمعنى التصدي للخدعة من دون تحقق مادة الخدعة، و أن معنى «خادع» غير «خدع» الموضوع لتحقيق مادة

(١) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٣٤ - ٢٣٥؛ المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٣.

(٢) - البقرة (٢): ٩.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٦

...

الخدعة. و ذلك لظهور الاستثناء في عدم تجاوز الخدعة و لا تحققه في حق من خادعوه.

و بناءً على هذا الأساس لا حاجة إلى التجشم لإثبات صدق المفاعلة على المضاربة بما ذكر من التوجيهات.

نقد كلام السيد الخوئي

و يمكن الجواب عن هذا الإشكال باتفاق علماء الصرف على وضع صيغة المفاعلة للمشاركة في الفعل و وقوعه بين اثنين، مع إذعانهم بمجيئها لغير هذا المعنى أيضاً. و عليه فمجيئها لغير هذا المعنى لا يصلح للدليلية على عدم وضعها له، كما يظهر من بعض الأعلام. و نحن لا ندعى اختصاص صيغة المفاعلة بذلك، بل نمنع إنكار وضعها لها على نحو الموجبة الكلية، كما يظهر من هذا العلم «١».

و عليه فما اشتهر من وضع هيئة المفاعلة لصدور المادة من اثنين هو مقتضى التحقيق و لا غبار عليه. و أما حديث تحقق المادة واقعاً و عدمه فهو أمر آخر لا ربط له بذلك؛ حيث يكفي في صدق ذلك تصدى كل من الطرفين لفعل ما ارتكبه الآخر.

و أما الآية فهي تدل على عكس ما ادّاعاه. و ذلك لظهورها في تحقق الخدعة من ناحية الله و رسوله في الحقيقة؛ حيث إن المنافقين قد أوجدوا باختيارهم و بأعمالهم السيئة و نفاقهم سبب انقطاع فيض الله و فضله من أنفسهم، فتركهم الله في طغيانهم يعمهون و ختم

على قلوبهم و على سمعهم و زادهم مرضاً، و إنّ قطع الفيض عنهم و تركهم فى ظلمات الجهل و الطغيان و الختم على قلوبهم و على سمعهم الموجب لازدياد مرض قلوبهم، لَمَا كان من جانب الله تعالى عقيب ما صدر

(١)- المباني فى شرح العروة الوثقى ٣١: ٣.

دليل تحرير الوسيطة - المضاربة، ص: ١٧

...

باختيارهم من الكفر و الفساد و النفاق و المكر و الكيد، يصدق أنه تعالى خدعهم بعد إصرارهم على الخدعة و المكر و النفاق. و إنهم بذلك لم يخدعوا فى الحقيقة، إلا أنفسهم؛ لرجوع آثار خدعتهم عليهم، كما جاء فى الآية؛ لأنهم هم الذين أوجدوا سبب ذلك بفعالهم و اختيارهم.

و يشهد لذلك قوله تعالى: «و مَكَّرُوا و مَكَرَ اللَّهُ، و اللَّهُ خَيْرُ الْمَاكِرِينَ» (١) و قوله تعالى: «إِنَّهُمْ يَكِيدُونَ كَيْدًا، و أَكِيدُ كَيْدًا* فَمَهْلِ الْكَافِرِينَ أَمْهَلُهُمْ رُؤُودًا» (٢) و قوله تعالى: «و مَكَّرُوا مَكْرًا، و مَكَّرْنَا مَكْرًا، و هُمْ لَا يَشْعُرُونَ» (٣).

و أما مكر الله فهو إما عذاب الاستدرج بامهالهم و ازدياد مرضهم و تركهم فى ظلمات الجهل و المعاصى لتشديد عذابهم فى الآخرة. و إما بإفشاء أسرارهم بالوحى و إلهام النبى صلى الله عليه و آله و إعلان مكائدهم و كشف الواقع برفع الستار عن إفكهم و كذبهم و فضحهم بذلك فى الدنيا.

و أما من ناحية المنافقين فلا ريب فى صدور الأفعال الخادعة الكائنة منهم.

و لأجل ما كان يصدر منهم من الدسائس و المكائد، عبّر القرآن عنهم بالمنافقين.

و عليه ففى مورد الآية تحقّق الخدعة من ناحية الله و المنافقين كليهما كما عرفت.

أما التعبير الثانى أى القراض فيحتمل فيه وجهان:

أحدهما: كون القراض من القرض - الذى منه المقراض - أى القطع؛ نظراً إلى قطع المالك حصّة من ماله و دفعه إلى العامل ليّجرب به. و قطعه منه حصّة من الربح له، كما قال فى المبسوط: «و معناه هاهنا أنّ ربّ المال قطع قطعه من ماله يسلمها إلى

(١)- آل عمران (٣): ٥٤.

(٢)- الطارق (٨٦): ١٥-١٧.

(٣)- النمل (٢٧): ٥٠.

دليل تحرير الوسيطة - المضاربة، ص: ١٨

...

العامل و قطع له منه قطعه من الربح» (١). و بناءً على ذلك يكون المالك مقارض - بكسر الراء - و العامل مقارض - بفتح الراء -. ثانيهما: من المقارضة بمعنى الموازنة و المساواة كما يقال: «تقارض الشاعران»؛ إذ وازن كل منهما الآخر بشعره، كما قال فى المبسوط (٢). و إنّ الموازنة فى باب المضاربة بين مال المالك و بين عمل العامل - مثل كفتى الميزان - فى المالىة و استحقاق الربح، كما أشار إلى ذلك فى الجواهر (٣).

و الوجه الثانى هو الأصح؛ لأنّ القراض بكسر القاف مصدر ثان للمقارضة، و من باب المفاعلة، كما ذكره أهل اللغة. و القطع من

جانب العامل غير متصوّر؛ لأنّ الربح ملك للمالك، و هو الذى خصّ بعض الربح بالعامل بقوله: «و الربح بيننا» كما قطع ماله و أعطاه العامل للتجار. فالقطع إنّما هو من طرف المالك، لا العامل، كما هو ظاهر المبسوط و الجواهر «٤». فلا يناسب التعبير بالقراض معنى القطع. بل إنّما يناسب معنى الموازنة و المبادلة بين المال و العمل. و على أىّ حال يقال للمالك المقارض - بالكسر - و للعامل المقارض - بالفتح -.

المعنى الاصطلاحى

إشارة

هذا كلّه بحسب اللغة، و أمّا فى اصطلاح الفقهاء فالمضاربة و القراض لفظان مترادفان بمعنى واحد، و هو عقدٌ بين شخصين على أن يكون رأس المال فى

(١) - المبسوط ٣: ١٦٧.

(٢) - نفس المصدر.

(٣) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٦.

(٤) - نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٩

...

التجارة من أحدهما و العمل من الآخر و كون الربح بينهما، كما قال السيد الماتن قدس سره. و كما حكاها فى مفتاح الكرامة «١» عن المبسوط وفقه القرآن و الغنية و السرائر و شرح الفخر و المهذب البارع، و غير ذلك من الجوامع الفقهية.

نقد كلام صاحب العروة

ثمّ إنّّه قد عرّف السيد فى العروة المضاربة بدفع الإنسان مالاً إلى غيره ليّتجر به على أن يكون الربح بينهما، لا أن يكون تمام الربح للمالك، و لا تمامه للعامل.

و أشكل عليه السيد الحكيم بأنّ المضاربة كالبيع و الشراء من الإنشائيات و الدفع فعل خارجى، و ليس هو حقيقة المضاربة. و هذا الإشكال منه واردٌ جداً؛ لأنّ قوام عناوين المعاملات و إن ليس بمجرد التلفّظ بالصيغة و لقلقه اللسان، كما هو واضح، إلّا أنّ حقيقتها هى الالتزام النفسانى بنقل الملك و إنشائه المبرز بلفظ الصيغة، لا مجرد أخذ و إعطاءٍ خارجى. و أمّا دفع المال المضارب به، فهو من قبيل تسليم المبيع بعد تحقّق حقيقة البيع بالإنشاء.

و يشهد لذلك أنّ حقيقة المضاربة عقدٌ و دفع المال و تسليمه فى الخارج ليس بعقد قطعاً. فإنّ العقد التزام نفسانى بين المتعاملين بالتملك و النقل.

و لا يخفى أنّ هذا الإشكال لا يرد على السيد الماتن قدس سره.

(١) - مفتاح الكرامة ٧: ٤٢٢.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٠

و لو جعل تمام الربح للمالك يقال له: البضاعة (١).

الفرق بينها وبين البضاعة والقرض**إشارة**

(١) ١- وقع الكلام هاهنا في صور دفع المالك ماله إلى الغير للتجارة. و أول من تعرّض إلى هذه الصور هو شيخ الطائفة في المبسوط، لا المحقق في الشرائع كما قال في المستمسك «١».

نقل كلام شيخ الطائفة قدس سره

و ينبغي نقل كلام الشيخ هاهنا بطوله؛ لما له من الجامعية و النكات النافعة. قال قدس سره: «إن هاهنا ثلاثة عقود: عقد يقتضى أن الربح كله لمن أخذ المال، و هو القرض. و عقد يقتضى أن الربح كله لرب المال، و هو البضاعة. يقول له: «خذ المال فأتجر به، و الربح كله لي». فإنه يصح؛ لأنها استعانة منه على ذلك. و عقد يقتضى أن الربح بينهما، و هو القراض. فإذا قال: «خذه و أتجر به» صلح هذا لثلاثة عقود: قرض و قراض و بضاعة. فإذا قرن به قرينه أخلصته إلى ما تدل القرينه عليه. فإن قال: «خذه فأتجر به و الربح لك» كان قرضاً؛ لأنها قرينه تدل عليه. و إن قال: «خذه فأتجر به على أن الربح لي» كان بضاعةً و إن قال: «خذه و أتجر به على أن الربح بيننا» كان قراضاً لأن القرينه تدل عليه. و إن كانت اللفظة خالصة للعقد الواحد، فقرن به قرينه، نظرت، فإن

(١) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٣٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢١

...

لم يخالف مقتضاه لم يقدح فيه، و إن خالفت مقتضاه فسد العقد. بيانه: إذا قال خذه قراضاً، هذا خالص للقراض، و مقتضاه أن الربح بينهما، فإن قال: «على أن الربح بيننا» صح، لأنها قرينه تدل على مقتضاه. و إن قال: «على أن الربح لك» كان قراضاً فاسداً؛ لأنها قرينه تخالف مقتضاه.

فإن قال: «على أن الربح كله لي» فهو قراض فاسد أيضاً، و لا يكون بضاعةً.

و في الناس من يقول: يكون بضاعةً و لا يكون قراضاً فاسداً. و هذا غلط؛ لأن لفظ القراض يقتضى الاشتراك في الربح. فإذا شرط لأحدهما كان قراضاً فاسداً كما لو شرط كله للعامل «١».

مقتضى التحقيق

و مقتضى التحقيق في المقام: أن دفع المالك ماله إلى الغير للتجارة.

تارة: يكون مبتئاً على كون الربح بينهما، نصفاً أو أثلاثاً أو أرباعاً و نحو ذلك من النسبة المشاعة، و هذا هو المضاربة. و على ذلك يحمل ما لو لم يتعرض للربح بأن يقول للعامل: «خذ هذا المال و اتجر به» و إن يحتمل إرادة الإجارة و استحقاق العامل اجرة المثل مع كون تمام الربح للمالك، كما هو مقتضى القاعدة. فالمعيار في ذلك ظهور الكلام، و إلا يحمل على مقتضى القاعدة. و اخرى: على كون تمام الربح للعامل.

ففي هذه الصورة لو قصد المالك عنوان القرض بتملك المال للغير على وجه التضمن، يقع قرضاً. و ملكية تمام الربح للعامل المقترض تكون مقتضى القاعدة حينئذ؛ نظراً إلى قاعدة تبعية الربح للمال؛ حيث تقتضى كون الربح ملكاً لمن هو مالك

(١)- المبسوط ٣: ١٨٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٢

...

المال، و لما كان المقترض مالك المال بتمامه فيكون الربح الحاصل منه بتمامه له. و لا ينافي ذلك حقيقة القرض، التي هي تملك المال للمقترض على وجه التضمن. و أما لو لم يقصد المالك عنوان القرض، بأن قصد إبقاء المال على ملكه- من دون قصد تملكه للغير على وجه التضمن- يمكن أن يقال «١»: إن المعاملة حينئذ مضاربة فاسدة، و تجرى أحكامها. و ذلك لأن كون تمام الربح للعامل مع كون المال للمالك خلاف مقتضى قاعدة تبعية الربح للمال، و غير داخل في القرض، و لا في المضاربة، و لا سائر عناوين المعاملات. فلا دليل على إضائه.

إزاحة شبهة

و قد يشكل على ذلك بأن المالك إذا دفع ماله إلى الغير ليُتجر به و يكون الربح بتمامه له و كان كل ذلك من طيبة نفسه، يكون ما أنشأه العامل من المعاملات و التجارات بإذنه. و لا ريب في صحة المعاملة بمال الغير؛ إذا كان بإذنه بمقتضى إطلاق «تجارة عن تراض». فأى مانع من كون الربح بتمامه للعامل حينئذ؟

يمكن الجواب عنه: بأن الربح ما لم يتحقق في الخارج لا قابلية له للتملك و التملك، فلا يمكن تملكه الفعلي للغير في متن عقد المضاربة. و أما اشتراط ملكيته للغير بعد حصوله بنحو شرط النتيجة، و إن ليس شرطاً مخالفاً للكتاب و السنة؛ لأن ذلك من حقوق المالك، فله أن يعمل بحقه كيف شاء، إلا أنه ليس في ضمن عقد ليجب الوفاء به؛ نظراً إلى عدم كون ذلك مضاربة و لا قرضاً، و لا داخلاً في سائر عناوين المعاملات.

(١)- المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٣

...

و أما احتمال كونه بنفسه عقداً داخلاً في إطلاق التجارة عن تراض، مدفوع بأنه لا تملك إلا في ملك و الربح لم يدخل في ملكه بعد

حتى يملكه للعامل و تملكه معلقاً على حصوله باطل؛ بناءً على بطلان التعليق في العقود كما هو المشهور. و عليه فمرجع ذلك إلى الإذن في التصرف. و إنَّ الشرط الابتدائي لَمَا لا يجب الوفاء به، و لا يصلح أن يكون سبباً للملك، فلا يتحقق بذلك سبب شرعي لملكية الربح للعامل. نعم، لو ملكه بعد الحصول للعامل مجاناً أو بعوض، لا بأس به. هذا إذا أحرزنا قصد المالك بإخبار نفسه أو بقرينة أخرى. و إلا فالظاهر حمله على القرض بقرينة قوله: «و الربح لك» كما قال في المبسوط. و ذلك ما دام لم يجعل قرينة تدلّ على إرادة المضاربة، كقوله: مضاربة أو قراضاً، و إلا لا إشكال في حمله على المضاربة الفاسدة.

تعريف البضاعة

و ثالثه: على أن يكون تمام الربح للمالك، فيقال له البضاعة. و البضاعة و الإبضاع أن يدفع الإنسان مالاً إلى غيره لبيّنته به متاعاً و لا حصّة له في ربحه، كما صرّح به في مجمع البحرين. و حينئذٍ تارة: يقول المالك: «خذ هذا المال قراضاً، و الربح لي». و أخرى: يقول: «خذه فاتّجر به و الربح لي»، و لا إشكال في ظهور التعبير الثاني في البضاعة. و أمّا على الأوّل فيحتمل وجهان:

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٤

...

أحدهما: الحمل على ظاهر لفظ القراض و إرادة معناه الحقيقي الذي هو أعمُّ من الصحيح و الفاسد في ألفاظ المعاملات. و حينئذٍ يحكم بفساد المضاربة؛ لأنَّ مقتضاها اشتراك المالك و العامل في الربح، و هو ينافي تصريح المالك باختصاص الربح لنفسه، فلا مناص حينئذٍ من حمله على المضاربة الفاسدة.

ثانيهما: الحمل على البضاعة. و هي دفع المال إلى الغير ليّتجر به من دون أن تكون له حصّة من الربح، كما صرّح به في مجمع البحرين و زاد في المسالك (١) في تفسير البضاعة بقوله: «بمعنى أن العامل لا يستحقّ على عمله اجرة».

و نظيره في الجواهر؛ حيث قال: «إنَّها المال المدفوع ليعمل به، على أن الربح لمالكه بلا اجرة للعامل، فهي حينئذٍ توكيل في التجارة تبرّعاً» (٢). و وجه هذا الحمل قرينية قول المالك: «الربح لي» بدعوى أنّها تعطى الظهور لكلامه في اقتراح البضاعة.

فاختلف الأصحاب في ذلك، و تردّد في الشرائع بعد ما مال إلى الحمل على المضاربة الفاسدة. و الذي استقرّ عليه رأى مشهور الفقهاء هو الحمل على المضاربة الفاسدة، كما صرّح به في المسالك و الجواهر و غيرهما (٣).

و هذا هو الأصحّ لغلبة قوله: «مضاربة» في إعطاء الظهور لكلام المالك في المضاربة. و يحتمل قوله: «و الربح لي» على جهله بحكم المضاربة و طمعه في الربح.

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٦٤.

(٢) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٥.

(٣) - نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٥

...

هل يستحق العامل الاجرة في المضاربة الفاسدة؟

إشارة

ثم إنه بناءً على رأى المشهور- وهو الحمل على المضاربة الفاسدة- يضمن المالك اجرة المثل للعامل. وقد يعلل ذلك بقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» بلحاظ ضمان سهمه من الربح فى الصحيح فيضمن ما يزاؤه من العوض. وهذه القاعدة وإن لا اعتبار لها بعنوانها- كما حققناه فى مسألة ضمان الربا المأخوذ، فى فقه الربا من كتابنا دليل تحرير الوسيلة- إلا أن قاعدة الإلتلاف كافية لإثبات ضمان اجرة المثل؛ لأن العامل إنما عمل بأمر المالك، فهو الذى صار سبباً لإلتلاف عمل العامل، ولما كانت لعمل الحرّ مائتة عند العقلاء، يثبت ضمان الإلتلاف بالتسبب. و أما بناءً على الحمل على البضاعة بلحاظ قرينته قوله: «و الربح لى»، فلا يستحق العامل الاجرة بمقتضى ماهية البضاعة، كما عرفت فى تعريفها.

ترجيح رأى المشهور والاستدلال عليه

والذى يقتضيه التحقيق ما ذهب إليه المشهور، كما قلنا آنفاً. و ذلك أولاً:
للأخذ بظاهر لفظ القراض المفروض تصريح المالك به. و ثانياً: لاقتضاء قاعدتى الإلتلاف بالتسبب و احترام مال المؤمن و عمله. و بما ذكرناه ظهر الحال فى الصورة الثانية. و هى ما لو قال المالك: «خذ و اتجر به و الربح لى» من دون قيد «قراضاً». و ذلك لأنه الذى دعا العامل إلى العمل و سبب ذلك، باقتراح التجارة إليه. و عليه فمقتضى قاعدتى الاحترام و الإلتلاف بالتسبب ضمان قيمة عمل العامل عليه بما له من المائتة العرفية، و هى اجرة المثل. دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٦

...

هذا مضافاً إلى عدم كون التصريح بلفظ القراض أو المضاربة شرطاً فى صحه عقد المضاربة، كما قال فى المسالك «١». فتحصل ممّا ذكرناه أن الحق مع المشهور مطلقاً.

و بما ذكرناه أتضح بطلان توجيه المجانية، و عدم استحقاق العامل للأجرة مستدلاً بظهور حال المالك فيه، كما عن بعض الأعلام «٢» - على ما فى تقريراته- من أن قول المالك: «و الربح لى» تصريح منه بأن العامل لا حظ له فى الربح. و ذلك قرينه عرفيةً ينعقد بها ظهور حال للمالك فى كون عمل العامل تبرئياً، فإذا قبله العامل و لم يصدر منهما لفظ يدل على الاجرة لا يستحق العامل اجرة المثل؛ نظراً إلى كون ظاهر حال المالك فى كون عمل المالك مجانياً.

وجه بطلانه: إن اقتراح عمل التجارة يكون من جانب المالك؛ لأنه الذى دعا العامل إلى ذلك بدفع ماله إليه و أمره بالتجارة. و الذى نفاه المالك و قبله العامل هو استحقاق الربح، و أما استحقاق الاجرة فلم ينفها، و لا ظهور لتخصيص الربح بنفسه فى نفى أجره العامل. و مجرد اقتراحه و دعوته العامل إلى العمل يكفى لحدوث سبب الضمان بمقتضى قاعدة ضمان الإلتلاف بالتسبب.

و هذا، مضافاً إلى اقتضاء قاعدة الاحترام لاستحقاق اجرة المثل ما لم يصدر من العامل ما يسقط احترام عمله، كما فى المقام. و قد بحثنا عن مفاد هذه القاعدة و أدلتها بالتفصيل فى كتابنا «الفقه الفعّال»، و قد أثبتنا هناك أن قاعدة الاحترام تقتضى ضمان اجرة عمل الحرّ، فراجع.

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٦٥.

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

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٧

و حيث إنها عقد، تحتاج إلى الإيجاب من المالك و القبول من العامل (١)، و يكفي في الإيجاب كل لفظ يفيد هذا المعنى بالظهور العرفي، كقوله: «ضاربتك» أو «قارضتك» أو «عاملتك» على كذا، و في القبول: «قبلت» و شبهه.

[شروط المضاربة]

شروط عقد المضاربة

إشارة

(١) ١- لا خلاف و لا إشكال في كون المضاربة من العقود، و أنها تحتاج إلى إيجاب و قبول. و ذلك لأن حقيقة العقد هي الربط بين التعهدين و الالتزامين، بخلاف الإيقاع الذي هو التزام من طرف واحد.

و لا بدّ لتحقيق هذا المعنى من إيجاب و قبول متعلق بنفس ذلك الإيجاب؛ بمعنى أن يلتزم العامل في قبوله نفس ما التزم به المالك في إيجابه، من تملك ماله للعامل لغرض اتجار العامل به مبيئاً على كون مقدار من الربح الحاصل بعمله له، و هو حقيقة المضاربة، و إنما فلو التزم المالك بشيء في إيجابه و العامل بشيء آخر في إيجاب آخر أو بقبول شيء آخر غير ما أوجبه المالك، لا تتحقق به حقيقة العقد.

و أمّا اعتبار التراضي في العقود، فالوجه فيه أن لكل من المتعاقدين سلطةً و ولايةً على ماله و عمله، و لا يجوز للآخر التجاوز إلى ما تحت سلطته و ولايته، إلّا بإذنه و رضاه. و عليه فلكل واحدٍ منهما أن لا يرتضى و لا يلتزم بالعقد.

و الفرق بين العقد و الإيقاع أن العقد بحاجة إلى أعمال الولاية من الطرفين و لما اخذ من الربط بين تعهدين و التزامين في ماهية العقد. و لكن الإيقاع يتقوم

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٨

...

بإعمال الولاية من طرف واحد؛ نظراً إلى أن حقيقته مجرّد إيجاد أمر اعتباري و إنشائه من طرف واحد. فهو في الحقيقة التزام شخص بشيء في نفسه بلا حاجة إلى ارتباطه بالتزام شخص آخر و من هنا لا يعتبر التراضي في الإيقاعات.

و حيث إنّ في المضاربة يبذل المالك ماله، كما أنّ العامل يبذل عمله الذي له المالية عند العقلاء. فكما أنّ للمالك الولاية على ماله، كذلك للعامل الولاية على عمله، فيعتبر التراضي بينهما.

حكم المضاربة المعاطية

هذا لا كلام فيه. و إنّما الكلام في جواز كل من الإيجاب و القبول بالفعل. فقد وقع الخلاف في اعتبار اللفظ في كل منهما.

و يقع الكلام تارة: في جواز إنشاء عقد المضاربة بالفعل في طرف الإيجاب، و أخرى: في جواز قبوله بالفعل. يظهر من بعض الأصحاب المفروغية عن اعتبار اللفظ في إيجاب المضاربة و عدم جوازه بالفعل، كما يظهر من الرياض، بل صرح في الجواهر «١» بنفي الخلاف في ذلك.

و خالف ذلك جماعة كما نقل في المفتاح «٢» عن مجمع البرهان و الكفاية كفاية كل ما دلّ على الرضا. و لو كان فعلاً. و قد مال إليه السيد الحكيم، و اختاره صاحب العروة، و السيد الخوئي و السيد الماتن؛ حيث صرح بجريان المعاطاة في المضاربة في المسألة الثانية عشر، كما سيأتي، إن شاء الله. و يشهد لذلك تعريفهم المضاربة

(١)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٩.

(٢)- مفتاح الكرامة ٧: ٤٢٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٩

...

بدفع الإنسان مالاً إلى غيره (إلى آخره)، كما استشهد بذلك في المفتاح «١» لجواز إيجابه بالفعل.

مقتضى التحقيق

و مقتضى التحقيق عدم اعتبار اللفظ فيه و جواز إنشائه بالفعل في طرف الإيجاب. و أمّا دعوى عدم الخلاف فهو كما ترى، مع ما فيه من المخالف و الوجوه المانعة من كشف قول المعصوم عليه السلام بالتعبّد.

هذا في الإيجاب، أمّا في القبول فلم يدع أحد الاتفاق على اعتبار اللفظ فيه، بل وقع الخلاف بينهم في ذلك. و التحقيق عدم اعتبار اللفظ فيه أيضاً بالأولوية، بعد ما لم يكن معتبراً في الإيجاب.

و أمّا إبراز الرضا منهما فيتحقّق بأيّ مبرز، كما أنّ مقتضى عمومات حلية البيع و التجارة عن تراض، كفاية أيّ لفظ دالّ على الرضا في صحّة العقد. و لا دليل على تخصيصها بلفظ خاصّ، بل إنّما المعتبر دلالة اللفظ على مقصود اللفظ؛ لكي يفهمه صاحبه و يتطابق قصدهما، و إلّا لا يتحقّق مفهوم العقد؛ حيث لا يتحقّق مفهومه، إلّا إذا تعلّق قصد المتعاملين بشيء واحد. فإنّ مفهوم العقد و ماهيته لا يتحقّق، إلّا بالربط بين الالتزامين. و هذا المعنى لا يمكن تحقّقه بشيئين منفكين لا ربط بينهما.

كما أنّ قصد كلّ منهما خلاف ظاهر اللفظ من هذا القبيل؛ لأنّ متعلق القصد ليس شيئاً واحداً حينئذٍ ليتحقّق الربط بينهما. و عليه فالمعتبر في عقد المضاربة إبراز القصد المعاملي الخاصّ و الاعتبار النفساني بأيّ مبرز ظاهر في المعنى المقصود، و حاكٍ عنه حسب الفهم العرفي.

(١)- نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٠

...

و قد اتّضح بهذا البيان أنّه لا فرق في ذلك بين كون المبرز من الألفاظ أو من الأفعال. و هذا هو الذي يظهر من كلمات جماعة من الأصحاب، كما أشرنا إليه آنفاً.

نقد كلام صاحب الحدائق

وقد استظهر في الحدائق من كلام العلماء وغيره اختصاص ذلك بالقبول؛ حيث قال: «قد عرفت في غير موضع ممّا تقدّم سهولة الأمر في العقد، و أنّه ليس إلّا ما دلّ على التراضي بتلك المعاملة، و ظاهر كلامه هنا و كذا كلام غيره، الاكتفاء بما دلّ على الرضا و إن كان فعلاً في جانب القبول» (١).

و لكن لا وجه له. و ذلك لما قلناه آنفاً، و لما استدلّ به في مشروعية المعاوضة التي هي عقدٌ فعليٌّ. و لذلك اعترض السيد الحكيم (٢) على الشهيد، الظاهر كلامه في الروضة في المفروغية عن عدم جواز الإيجاب بالفعل.

و عليه يكفي في صحّة عقد المضاربة؛ إبراز معناها من جانب الموجب بأيّ مبرزٍ ظاهرٍ في قصد إنشائه عرفاً و من القابل في قبوله، و لو كان ذلك المبرز فعلاً، فضلاً عن اللفظ الظاهر فيه عرفاً؛ بمثل قوله: «خذ هذا المال و اتّجر به و الربح بيننا» أو قوله: «اتّجر بمالي هذا و الربح بيننا»، و نحو ذلك من ألفاظ الإيجاب، من دون تصريح بالقراض أو المضاربة. و بقوله «قبلت» و شبهه في القبول، كما جاء في كلام السيد الماتن قدس سره. ثمّ إنّ لا يخفى عليك أنّ المضاربة من العقود الجائزة من الطرفين.

فيجوز لكلّ واحدٍ منهما الفسخ مطلقاً. قبل العمل و بعده و قبل ظهور الربح و بعده. و سيأتي البحث عن ذلك في بعض الفروع الآتية، إن شاء الله.

(١) - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٠٣.

(٢) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٤١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣١

(مسألة ١): يشترط في المتعاقدين البلوغ و العقل و الاختيار

إشارة

(١)، و في ربّ المال عدم الحجر لفلس (٢).

شروط المتعاقدين و رأس المال

إشارة

(١) ١- إنّ البلوغ و العقل و الاختيار من الشرائط العامّة المعتمدة في جميع الأحكام التكليفية و الوضعية، من العبادات و المعاملات. فكما لا- تكليف على الصبي و المجنون و العاجز المسلوب عنهم الاختيار، فكذلك لا يترتب أيّ أثر شرعي على أفعالهم في أبواب المعاملات. و ليس هاهنا موضع البحث عن اعتبار هذه الشروط و الاستدلال عليها. و قد تعرّض الفقهاء لذلك في كتاب البيع و الحجر.

و على أيّ حال لا خلاف في اعتبارها في المضاربة كاعتبارها في سائر المعاملات.

وجه اعتبار عدم الإفلاس في رب المال

(٢) ٢- و ذلك لأن الإفلاس لمّا كان موجبا للحجر، يكون المفلس محجورا عن التصرف في أمواله، فليس له أن ينشئ عقداً من العقود، و لو أنشأ لا اعتبار بإنشائه شرعاً.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٢

...

هذا في المالك، و أمّا العامل، فلا وجه لاعتبار عدم الفلاس فيه، كما يوهمه كلام صاحب العروة؛ حيث شرط ذلك في صحّة أصل عقد المضاربة، و لكن ينبغي أن يكون مقصوده اشتراط ذلك في المالك، لا العامل؛ لعدم اشتراط عدم الفلاس في مالكية العامل لعمل نفسه، و من هنا يجبر المفلس على العمل و اكتساب المال بعمله حتّى يؤدى به دينه.

اشتراط عدم السفه

و لا- يخفى أن سبب الحجر لا يختص بالفلاس، بل السفه أيضاً من أسبابه، كما لا يختص اعتبار عدم السفه بالمالك؛ حيث لا اعتبار بعمل السفه مطلقاً، سواء كان بتصرفه في مال نفسه أو بتعهده مال الغير أو عملاً في ذمته، كما صرح بذلك السيد الماتن - في المسألة الثانية من مسائل محجورية السفه في كتاب الحجر - بقوله:

« كما أن السفه محجور عليه في أمواله كذلك في ذمته، بأن يتعهد مالاً أو عملاً، فلا يصح اقتراضه و ضمانه، و لا بيعه و شراؤه بالذمة و لا- إجارة نفسه، و لا جعل نفسه عاملاً للمضاربة و نحوها » (١). و لا- يفهم اشتراطه من اعتبار العقل و عدم الجنون، كما يوهمه عبارة صاحب العروة.

فكان الأنسب أن يضيف السيد الماتن اعتبار عدم السفه في المالك و العامل كليهما؛ لأن السفه محجور في مطلق التصرفات، سواء كان في مال نفسه، أو في مال غيره.

نعم، بناءً على اختصاص محجورية السفه بالتصرف في أمواله و عدم كونه محجوراً في التصرف في مال الغير، يختص اعتبار عدم السفه في المقام بالمالك.

(١) - تحرير الوسيلة ٢: ١٣-١٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٣

و في العامل القدرة على التجارة برأس المال، فلو كان عاجزاً مطلقاً بطلت (١)،

و قد نسب بعض الأعلام «١» اختصاص حجر السفه بتصرفه في أمواله إلى المشهور. و تفصيل البحث عن ذلك موكول إلى محله.

اعتبار قدرة العامل على التجارة برأس المال

إشارة

(١) ١- إن اعتبار قدرة العامل على التجارة برأس المال لم يذكره في الشرائع والقواعد والمسالك، ولا في غيرها من الجوامع الفقهية لقدماء الأصحاب وتأخيرهم، بل إنما الموجود في كلامهم، ضمان العامل لمال القراض إذا كان عاجزاً عن التجارة به، كما في الشرائع والقواعد وغيرهم، بل في المسالك صرح بصحة العقد حينئذٍ معللاً بعدم المنافاة بين الضمان وبين صحة العقد؛ حيث قال قدس سره:

«و حيث يثبت الضمان لا يبطل العقد؛ إذ لا منافاة بين الضمان و صحة العقد» (٢).

و في الحدائق بعد ما حكى عن الأصحاب عدم المنافاة بين الضمان و بين صحة العقد، قال: «قالوا: حيث يثبت الضمان لا يبطل العقد؛ إذ لا منافاة بين الضمان و صحة العقد. أقول: و يدل عليه ما تقدم في تلك الأخبار، و عليه اتفاق الأصحاب، من أنه مع المخالفة لما شرطه المالك فإنه يضمن و الربح بينهما» (٣).

و في الجواهر بعد نقل كلام الشهيد، قال: «لعل المتجه في مفروض المسألة الفساد، من غير فرق بين حالى العلم و الجهل. و ذلك لمعلومية اعتبار قدرة

(١)- منهاج الصالحين ٢: ١٧٩.

(٢)- مسالك الأفهام ٤: ٣٥٨.

(٣)- الحدائق الناضرة ٢١: ٢٢٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٤

...

العامل على العمل فى الصحة، نحو ما ذكره فى الإجارة؛ ضرورة لغوية التعاقد مع العاجز عن العمل و الاسترباح الذى هو روح هذه المعاملة» (١). و تبعه فى ذلك السيد الماتن.

و لتنتيخ البحث فى المقام ينبغى الكلام فى ثلاث جهات، و هى:

١- وجه ضمان العامل العاجز عن التجارة.

٢- الكلام حول فساد عقد المضاربة حينئذٍ، و الاستدلال عليه.

٣- الفرق بين علم كل من المالك و العامل بالفساد و بين جهلها.

هل يضمن العامل العاجز مال القراض؟

أمّا الجهة الأولى: لا إشكال فى ضمان العامل العاجز عن التجارة لما أخذه من مال القراض، إذا كان المالك جاهلاً بعجزه عن ذلك. و الوجه فيه- كما فى المسالك (٢) و الجواهر (٣) أن العامل إذا كان عاجزاً ليس بمأذون فى وضع يده على مال الغير و يكون بغير إذنه؛ حيث إن تسليم المالك ماله إلى العامل إنما كان ليعمل فيه.

فيكون تسليمه المال إليه بشرط قدرته على التجارة، و إلا لا يرضى بذلك. و إن وضع اليد على مال الغير بدون إذنه و رضاه يوجب ضمان اليد.

نعم، لو كان حين إنشاء العقد و تسلّم المال عاجزاً، و لكن كان راجياً لحصول القدرة له فى المستقبل ثم حصلت القدرة له بعد مدّة، لا يبعد القول بصحة المضاربة و عدم الضمان من حين حصول القدرة و اشتغاله بالتجارة؛ نظراً إلى صحة المضاربة

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٠.

(٢) - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٨.

(٣) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٥

...

حينئذ، بل يمكن القول بصحته من حين إنشاء العقد و تسلم المال. و ذلك لما بنينا عليه من صحة العقد حينئذ؛ نظراً إلى عدم لغويته؛ لحصول الغرض المعاملي الذي هو روح المعاملة مع رجاء حصول القدرة للعامل.

وجه بطلان المضاربة لعجز العامل

و أمّا الجهة الثانية: فالتحقيق بطلان المعاملة؛ لأنّ قوام المضاربة بعمل العامل، فإذا كان عاجزاً عن التجارة و نحوها من العمليات الربحية، ينتفي الغرض العقلائي من هذه المعاملة الذي هو الاسترباح و اكتساب المنفعة باستعمال المال. فلا تتحقّق حينئذ حقيقة المضاربة و روحها، كما عبّر في الجواهر «١»، و لنعم ما عبّر به. و أمّا دعوى اتّفاق الأصحاب على الصحة كما عرفت من صاحب الحقائق، فلا ينبغي الاعتناء به، بعد عدم اعتناء مثل صاحب الجواهر، مع عدم اعتبار دعوى مثل هذا الاتّفاق في نفسه، بعد أن لم يكن في البين إجماع تعبدى كاشف عن رأى المعصوم عليه السلام. نعم، لا يعتبر حصول القدرة حين إنشاء العقد. فلو كان العامل عاجزاً حين إنشاء العقد و تسلم المال، و لكن كان راجياً لحصولها في المستقبل، فحصلت له القدرة بعد مدّة، لا يبعد القول بصحة المضاربة و عدم الضمان من لدن حصول القدرة و اشتغاله بالتجارة، بل يصحّ من حين إنشاء عقدها، كما قلنا. و ذلك لترتب الغرض العقلائي المعاملي حينئذ على العقد، فيرتفع إشكال اللغوية. بل ذلك متعارف بين العقلاء، حتّى في الإجراءات.

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٦

...

هل يضمن العامل العاجز مع علم المالك بحاله؟

و أمّا الجهة الثالثة: إنّ ما سبق من الحكم بالضمان كان فيما إذا كان المالك جاهلاً بحال العامل أو معتقداً بقدرته. و أمّا إذا كان عالماً بحاله و أنّه عاجزٌ عن التجارة من دون رجاء لحصول القدرة له في المستقبل القريب، فيمكن أن يقال بعدم ضمان العامل؛ لأنّ المالك أقدم حينئذ على إسقاط احترام ماله و إهداره، فلا ضمان على العامل. اللهم إلّا أن يقال: إنّ إعطاء المالك ماله للعامل على أيّ حال كان لطمع الاسترباح، لا على وجه المجانية، فلا يكون مصداقاً للإهدار و إسقاط الاحترام.

و لكن الذي يقتضيه التحقيق أنّ المالك إذا كان عالماً بحال العامل و أنّه عاجزٌ عن العمل من دون رجاء حصول القدرة له في

المستقبل القريب، ومع ذلك سلم إليه ماله، يشكل القول بضمان العامل؛ لأنه في الحقيقة أقدم على إسقاط احترام ماله، وذهب بذلك استحقاقه لتدارك ماله وجرانه فلا ضمان على العامل حينئذٍ، إلّا إذا كان راجياً لحصول القدرة له.

لا فرق بين علم العامل و بين جهله

و أما العامل فلا فرق بين علمه و جهله بالصحة أو بقدرة نفسه؛ لأنه على أيّ حال أخذ مال الغير من غير سبب شرعى و من دون رضى المالك، كما هو المفروض فى صورة عجزه و فساد المضاربة، و على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه، فهو ضامن لقاعدة ضمان اليد، و إن لم يُتلفه، بل أحدث فيه عيباً، كأن امتزجه بمال آخر على وجه غير قابل للتمييز، كما سيأتى فى بعض الفروع اللاحقة.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٧

...

هل يستحقّ العامل للأجرة فى المضاربة الفاسدة؟

و أما استحقاق العامل للأجرة عند انكشاف فساد المضاربة بعد العمل أو فى أثناءه، فالتحقيق أنّه يستحقّ أجره المثل مطلقاً، من غير فرق بين علمه بفساد هذه المعاملة و بين جهله بذلك، و كذا لا فرق بين علم المالك بحال العامل و فساد المضاربة و بين جهله بذلك. و ذلك لأنّ المالك هو الذى اقترح إلى العامل التجارة بماله و دعاه إلى ذلك، فهو سبب عمل العامل على أيّ حال من غير فرق بين هذه الصور. فيستقرّ عليه ضمان الإلتلاف، إلّا إذا كان اقتراح المضاربة من ناحية العامل مع علمه بفساد العقد من حين إنشائه، و هذا فرض نادر.

لا تصلح قاعدة ما يضمن، للدليلية على الضمان فى المقام

و ليس دليل هذا الضمان قاعدة ما يضمن؛ لكى يقال: إنّ الأجرة غير مضمونة فى صحيح المضاربة حتى تضمن فى فاسدها، إنّما بل دليته قاعدة ضمان الإلتلاف بالتسبيب و قاعدة احترام عمل المؤمن.

نعم، قد يتمسك بعكس قاعدة ما يضمن - و هو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده - لنفى الضمان عن العامل بمقدار ما لم يكن ضامناً فى المضاربة الصحيحة، فكذلك لا يضمنه فى الفاسدة.

و لكنه غير وجيه، لما قلنا من عدم دليل على أصل هذه القاعدة فضلاً عن عكسها. فلا تصلح لمعارضة قاعدة اليد و الإلتلاف المقتضيتين لضمان جميع مال القراض على العامل فى المضاربة الفاسدة. و إنّما خرجنا عن مقتضاهما فى المضاربة الصحيحة بالدليل الخاص.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٨

و مع العجز فى بعضه لا تبعد الصحة بالنسبة على إشكال (١).

(١) ١- وجه الصحة أنّ المضاربة كغيرها من العقود تنحلّ إلى عقود متعدّدة حسب أجزاء رأس المال و إن كانت بحسب الإنشاء صيغة واحدة. فإذا كان العامل قادراً على الاتّجار ببعض مال القراض، لا وجه لبطلان أصل عقد المضاربة رأساً، بل إنّما يبطل بالنسبة إلى ما يعجز عن الاتّجار به.

وجه بطلان المضاربة مطلقاً مع العجز عن بعضه

و أما وجه الإشكال و بطلان العقد بالنسبة إلى المقذور، فهو:

أولاً: عدم معلوميته مقدار ما يقدر العامل على الاتجار به، و سيأتي بيان اشتراط ذلك في رأس المال.

و ثانياً: الغرر الناشئ من الجهل بمقدار ما يقدر على الاتجار به، فيما إذا لم يكن مقداره معلوماً معيناً. فبناءً على لزوم هذا الغرر تكون المضاربة حينئذٍ غرريةً فاسدةً.

و قد يجاب عن الإشكال الأول بأن مقدار ما يقدر على الاتجار به يصير معلوماً بالمآل بعد التجارة. بل ربما يصير معلوماً قبل الاتجار.

مثل ما لو كان العامل عالماً بالمقدار المقذور و تبين ذلك للمالك قبل العمل؛ نظراً إلى علمه بحال نفسه بسبب التجربة في ذلك.

و فيه: أن غررية العقد تتحقق بالجهل حين إنشائه، و لا دخل لارتفاع الجهل بعد العقد في انتفاء غرريته.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٩

...

مقتضى التحقيق في توجيه فساد المضاربة

و الذى يقتضيه التأمل فى المقام أن فساد العقد فى مفروض الكلام يكون لوجهين:

أحدهما: كون المضاربة فى هذا الفرض غررية. و ذلك يبتنى على تضرر المالك بعجز العامل عن الاتجار ببعض المال. و إن تضرره بذلك إما لصدق الضرر على ركود ما لم يتجر به العامل من مال القراض بحبسه فى يد العامل بلا منفعة و ربح - فيما لو تبين مقدار المعجوز عن الاتجار به بعد العمل أو فى الأثناء - كما قيل بضمان المنافع غير المستوفاه فى غضب الدابة و العبد الكسوب؛ لصدق إتلاف المال بتفويت منافعه غير المستوفاه، و لا سيما إذا كثر مقدار ما يعجز عن الاتجار به و طال زمان ركوده فيتضرر المالك حينئذٍ بتفويت منافعه غير المستوفاه. و لكنّه مشكل فى النقود، و إنّما أفتى الفقهاء بذلك فى الدوابّ و العبد و نحو ذلك من الآلات و المعامل و الجهيزات ممّا له اجرة و كراء عادةً، هذا مع احتمال اختصاص النهى بالبيع الغررى؛ نظراً إلى ورود النصّ فى خصوصه، و لم يرد فى غيره من أنحاء المعاطاة. و سيأتى البحث عن هذا النصّ سنداً و دلاله، فانتظر.

ثانيهما: عدم تعلق الإذن من المالك بمثل هذه المضاربة؛ حيث إنه رضى بها لجهله بحال العامل، و إلّا فلو كان قد أطلع على عجزه عن التجارة حين الإنشاء، لما كان يرضى بتسليم ماله إليه. و عليه فلا تكون المضاربة حينئذٍ تجارةً عن تراضٍ، فيشكل الحكم بصحتها. و حاصل الكلام: أنه يشكل الحكم بصحة عقد المضاربة لو كان العامل عاجزاً عن التجارة ببعض المال من أوّل الأمر، و لا سيما إذا كان مقداره كثيراً.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٤٠

نعم لو طرأ فى أثناء التجارة تبطل من حين طرّوه بالنسبة إلى الجميع لو عجز مطلقاً، و إلى البعض لو عجز عنه على الأقوى (١).

و ذلك لعدم كون مثل هذه المضاربة مأذوناً من جانب المالك؛ حيث إن الإذن للمالك إنّما تعلق بمجموع مال القراض الذى أعطاه للعامل، من حيث هو المجموع بمقتضى غرضه المعاملية، فلم تكن المضاربة ببعض المال و ركود بعض آخر منه متعلق غرضه. فينكشف بذلك أن ما وقع لم يكن مقصوده، و إنّما العقود تابعة للقصد. و لا سيما أن العقود الإذنية - مثل المضاربة و الوكالة و العارية - بحاجة إلى صدور الإذن من المالك، و المفروض فى المقام انتفاؤه، كما عرفت.

فيما طرأ العجز فى الأثناء

(١) ١- أما بطلان عقد المضاربة من حين طرّو عجز العامل عن التجارة بجميع المال في الأثناء، فالوجه فيه ما سبق بيانه آنفاً، من انتفاء الغرض المعاملي حينئذٍ و خروجها عن التجارة عن تراضٍ؛ لعدم رضائية المالك باستمرار هذه المعاملة حينئذٍ، بل لانتفاء حقيقة المضاربة و روحها الذي هو عمل العامل.

و أما بطلانها بالنسبة إلى البعض إذا عجز عنه خاصية فقد سبق آنفاً بيان وجهه، فلا نعيد. و لا فرق في ذلك بين عدم القدرة من أول الأمر و بين طرّو العجز في الأثناء.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٤١

و في رأس المال أن يكون عيناً (١)، فلا تصح بالمنفعة و لا بالدين؛ سواء كان على العامل أو غيره إلا بعد قبضه.

اشتراط كون رأس المال عيناً

إشارة

(١) ١- استدل لذلك بامور:

الأول: تسالم الفقهاء و اتفقهم على اشتراط كون مال المضاربة عيناً.

قال في المسالك: «اشتراط ذلك موضع وفاق، نقله في التذكرة، و هو العمدة» (١). و نظيره ما قال في الروضة (٢). و قد نفى الخلاف عن ذلك أيضاً في الحدائق (٣).

و في الجواهر: «بلا خلاف أجده في شيء منه، بل الإجماع بقسميه» (٤). و في الرياض بعد نقل الإجماع قال: «و هو الحجّة».

و في المسالك - بعد نقل بعض الوجوه المستدل بها في المقام - قال: «و لا يخفى أنّ إثبات الحكم بمثل هذه التعليلات بعيد، و العمدة على نقل الإجماع» (٥).

و لا إشكال في عدم كون الإجماع المدعى تعديداً كاشفاً عن رأى المعصوم في مثل المقام؛ نظراً إلى ما استدلل به الأصحاب، من الأصل، و بعض ما ورد من النصوص الخاصة كمعتبرة السكوني. و لكن لا يمكن غض النظر عن تسالم الفقهاء

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٥.

(٢) - الروضة البهية ٤: ٢١٩.

(٣) - الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٧.

(٤) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٦.

(٥) - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٤٢

...

بعد عدم وجود مخالف في البين، فإنّ مثل هذا التسالم رصيدٌ وثيق في المسألة و يشكل مخالفته، إلاّ بدليل قطعي، و لا دليل في المقام على الخلاف، بل ورد على الوفاق.

مخالفة المضاربة للأصل

الثاني: ما استدلّ به في الرياض «١» و الجواهر «٢»، من مخالفة المضاربة لأصالة تبعية الربح للمال و استحقاق العامل للأجرة، و أنّه لا إطلاق في البين يعارض هذا الأصل سوى عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» «٣» و «المؤمنون عند شروطهم» «٤»

و هي لا تصلح لمعارضة الأصل المزبور؛ نظراً إلى انصرافها عن العقود الجائزة، كالمضاربة. و أمّا الإطلاقات الواردة في خصوص باب المضاربة، فهي ناظرة إلى أحكام خاصّة، لا إلى شرائط صحّة المضاربة و جوازها؛ لكي يتمسك بإطلاقها من هذه الجهة.

و أمّا الأصل المستدلّ به في المقام، فتقريب الاستدلال به على المطلوب أنّ في مثل المضاربة و المزارعة و المساقاة- ممّا يكون فيه المقابلة بين العمل و الربح الحاصل في المستقبل- مقتضى القاعدة بطلان العقد؛ إذ حين إنشاء العقد لم يحصل شيء من العوضين- و هما الربح و العمل- و إنّما يحصل الربح بعد العمل، و هو تابع للمال؛ حيث إنّ الربح لمن له المال، و لا يستحقّ العامل إلّا الأجرة بإزاء عمله.

(١)- رياض المسائل ٩: ٨٤-٨٥.

(٢)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٦.

(٣)- المائدة (٥): ١.

(٤)- وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٤٣

...

و ذلك لأنّ المال باقٍ على ملك مالكة بعد، و لم يخرج عن ملك المالك بالمضاربة، كما هو المفروض. و إنّما يكون توكيله العامل في التجارة بالإذن و إباحة التصرف مبيّناً على خصوصيات المضاربة. و لا يقاس ذلك بالإجارة؛ لأنّ العين مستبطنّة و محتويةً للانتفاع بها و واجدةً لها، بخلاف الربح في المقام؛ حيث إنّ لم يوجد شيء منه ليكون قابلاً للانتفاع.

و عليه فيكون تمليك حصّة من الربح للعامل حين إنشاء العقد خلاف مقتضى القاعدة. و مقتضى الأصل فساد مثل هذه المعاملة، و لا بدّ للخروج عنه من دليل شرعي. فالذي لا بدّ لإثباته من دليل، هو مشروعية المضاربة و صحّتها، لا فسادها؛ لأنّه ثابت بمقتضى الأصل.

انتزاع الأصل المزبور بعموم تجارة عن تراض

و قد تأمّل في الجواهر «١» في هذا الوجه- بعد نقله- بدعوى ضرورة كفاية إطلاق مثل قوله تعالى: «تِجَارَةٌ عَن تَرَاضٍ». في انتزاع هذا الأصل.

و هذا الكلام منه متين جداً؛ حيث لا ريب في كون المضاربة في مفروض الكلام من مصاديق التجارة عن تراض، فلا إشكال في أصل مشروعيتها و صحّتها.

و عليه فصحّتها ثابتة بمقتضى الأصل. و لا يخفى أنّ صحّة العقد غير لزومه و لا- يستلزم وجوب الوفاء الذي غير ثابت في العقود الجائزة. و عليه، فالذي لا بدّ من إثباته بدليل هو الفساد؛ لأنّ الصحّة و المشروعية ثابتة بمقتضى إطلاق هذه الآية، كما قال في الجواهر

«٢».

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٦.

(٢) - نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٤٤

...

النص الدال على منع المضاربة بالدين

و لكن لا- يخفى عليك تخصيص عموم «تِجَارَةٌ عَنْ تِزَاوٍ» بما دلّ من النصوص - الواردة في المقام - على عدم صحّة المضاربة بالدين، كمعتبرة السكونى الآتية. نعم، مع قطع النظر عن النصوص الخاصّة، يكفي عموم «تِجَارَةٌ عَنْ تِزَاوٍ» في انتلام الأصل المزبور، لفرض رضا المالك بذلك و صدق عنوان التجارة حينئذ عرفاً بلا ريب.

الثالث: معتبرة السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل له على رجل مال فيتقاضاه و لا يكون عنده، فيقول: هو عندك مضاربة، قال عليه السلام: «لا يصلح حتى تقبضه منه» «١».

لا إشكال في دلالتها على عدم جواز كون رأس المال ديناً، بل هي صريحة في المطلوب، كما قال في الحدائق «٢». و أمّا المنفعة فهي أولى بالعدم؛ لعدم تحقّق و حصول لها حين إنشاء العقد بأى وجه؛ بخلاف الدين.

و أمّا سنداً فقد رواها المشايخ الثلاثة بطرقهم عن السكونى. و لا كلام في أحد من رجال سندها، إلّا النوفلى. و الأقوى اعتبار رواياته. و ذلك لوقوعه في أسناد روايات كثيرة متجاوزة عن ثمان مائة و ستّة و ستين بعناوين النوفلى و الحسين بن يزيد و الحسين بن يزيد النوفلى، و لما له من الاصول و الكتب الروائية، كما ذكره النجاشى و الشيخ. و عليه فالرجل لما كان له من الاشتهار بهذه الدرجة، و لم يتعرّض أحد

(١) - وسائل الشيعة ١٩: ٢٣، كتاب المضاربة، الباب ٥، الحديث ١.

(٢) - الحدائق الناضرة ١: ٢١٨.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٤٥

و أن يكون درهماً و ديناراً (١)، فلا تصحّ بالذهب و الفضة غير المسكوكين و السبائك و العروض. نعم جوازها بمثل الأوراق النقدية و نحوها من الأثمان - غير الذهب و الفضة - لا يخلو من قوّة، و كذا في الفلوس السود.

لقدحه، يستكشف منه وثاقته، و لا أقلّ من اعتبار رواياته؛ حيث إنّه بهذه المعروفة و الاشتهار لو كان فيه قدح - من فسق أو ضعف - لظهر و بان، كما تعرّض قوم من القميين لغلوه في آخر عمره، و أنكره النجاشى.

هذا مضافاً إلى وقوعه في طريق كامل الزيارات و تفسير القمى، فيدخل بذلك في التوثيق العامّ الصادر من جعفر بن قولويه و على بن إبراهيم لرجال كتابهما.

و إنّ التوثيق العامّ منهما، و إن لا يصلح لإثبات وثاقه آحاد رجال روايات كتابهما، إلّا أنّه يصلح لتأييد الوجه المزبور، و لمزيد الوثوق النوعى بوثاقه الرجل و اعتبار رواياته.

اعتبار كون رأس المال من النقود الرائجة

إشارة

(١) ١- عمدة الوجه في كون مال القراض درهماً وديناراً هو الإجماع، كما قال في المسالك «١». وقد ادعى الإجماع في المقام جماعة من الفقهاء، منهم العلامة في التذكرة «٢»، والمحقق الكركي في جامع المقاصد «٣»، والشهيد في الروضة، والكاشاني في المفاتيح.

(١)- مسالك الأفهام ٤: ٣٥٥.

(٢)- تذكرة الفقهاء ٢: ٢٣٠.

(٣)- جامع المقاصد ٨: ٦٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٤٦

...

و نسب الخلاف إلى الأردبيلي والكاشاني؛ مؤيداً بخلو المقنعة والمراسم والنهاية والكافي عن ذكر هذا الشرط، كما قال في مفتاح الكرامة «١». و من هنا يشكل إحراز الإجماع في المقام.

هذا، مع عدم التعبير بلفظ الإجماع في التذكرة، بل الموجود فيه نسبة ذلك إلى علمائنا، مع جريان عاداته على التعبير بلفظ الإجماع و نفى الخلاف والاتفاق في غالب الفروع الإجماعية. وإنما استظهر منه الإجماع في المسالك. و عليه فلم تثبت نسبة دعوى الإجماع إلى التذكرة.

تحقيق في كلام أول من نسب إليه الإجماع

هذا، مضافاً إلى أن أول من نسب إليه دعوى الإجماع في المقام هو القاضي ابن البراج في جواهر الفقه «٢»، و هو لم يدع الإجماع على بطلان المضاربة بغير الدراهم والدنانير، وإنما ادعاه على صحتها بهما، و لا ملازمة بين الدعويين كما هو واضح؛ حيث يظهر منه اختصاص عدم الخلاف بصحة المضاربة بالدراهم والدنانير.

فإنه قال: «المضاربة لا تكون إلّا بالأثمان التي هي الدنانير و الدراهم» ثم قال: «و إنما قلنا هذا؛ لأنه لا خلاف في أن ما ذكرناه مضاربة صحيحة، و ليس كذلك ما يخالفه» «٣».

مقصوده من قوله «ما ذكرناه» هو المضاربة بالدراهم والدنانير. و ظاهره أن الإجماع إنما قام على صحة المضاربة بالدراهم والدنانير، و لا إجماع في البين على صحتها بغيرهما. و لما كانت المضاربة على خلاف الأصل و بحاجة إلى الدليل، و لا

(١)- مفتاح الكرامة ٧: ٤٣٩.

(٢)- جواهر الفقه: ١٢٤.

(٣)- نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٤٧

...

دليل في المقام غير الإجماع المتحقق في خصوص المضاربة بالدرهم والدينار، و لم يتحقق في المضاربة بغيرهما، فمن هنا يحكم بطلان المضاربة بغيرهما.

و يرد عليه أنه مبنى على عدم وجود إطلاق لفظي في المقام. وهذا المبنى غير صحيح؛ نظراً إلى كفاية إطلاقات نصوص المضاربة لإثبات مشروعيتها وصحتها بمطلق الأثمان، بل هي ظاهرة في ذلك حسب الفهم العرفي، كما يأتي بيانه.

و على أي حال فالذي يفهم من كلام ابن البراج عدم حصول الإجماع على صحة المضاربة بغير الدرهم والدينار، لا الإجماع على بطلانها بغيرهما. و الفرق بين المعقدين واضح.

هذا مضافاً إلى ظهور قوله: «إلا بالأثمان» في ذكر الدراهم والدينار بعنوان أنهما من مصاديق الأثمان، من دون موضوعية لخصوصهما. و كذا في الروضة و المفاتيح، فإنهما ادعى الإجماع على صحة المضاربة بالدراهم والدينار، لا على بطلانها بغيرهما. و على أي حال فمن تحقق له الإجماع التعديدي الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام بمثل هذه التعابير، مع ما في المقام من المخالفة، فعليه الإفتاء باسئراط ذلك. و دون إثبات ذلك خوط القتاد.

كلام صاحب الحدائق حول الإجماع

و من هنا مال صاحب الحدائق إلى عدم اعتبار هذا الشرط، مع ما له من الاحتياط و شدة العناية بالأخبار و الإجماعات. فإنه قال: «و أما اشتراط كونه دراهم أو دينار فقد اعترف جملة من الأصحاب بأنهم لم يقفوا له على دليل غير الإجماع المدعى في المقام، و الظاهر أنه كذلك، حيث إننا لم نقف بعد

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٤٨

...

الفحص و التتبع على دليل من النصوص على ذلك» (١).

ثم قال: «و لا يخفى أن من لا يلتفت إلى دعوى مثل هذه الإجماعات؛ لعدم ثبوت كونها دليلاً شرعياً، فإنه لا مانع عنده من الحكم بالجواز في غير النقدين؛ نظراً إلى عموم الأدلة الدالة على جوازه، و تخصيصها يحتاج إلى دليل شرعي، و ليس فليس» (٢).

فتحصّل أن مقتضى التحقيق عدم اعتبار هذا الشرط. نعم، لا إشكال في اعتبار كون رأس المال من النقود و الأثمان المتمخضة في المالية. و ذلك لانصراف أخبار المقام (٣) إلى المضاربة بالنقود و ظهورها في ذلك؛ حيث ذكر فيها الربح و الخسران، و هذا لا معنى له بالنسبة إلى غير النقود، و لا سيما بلحاظ ما فرض في هذه النصوص من الإنفاق بمال القراض للتجارة و شراء المتاع به؛ لظهور ذلك في كونه من النقود و الأثمان؛ نظراً إلى رواج إنفاقها للتجارات و المكاسب و شراء الأمتعة و السلع به، و عدم رواج التجارة و البيع و الشراء بالأمتعة و العروض من لدن عصر المعصومين عليهم السلام إلى عصرنا هذا، بل لا قابلية لها للتجارة و شراء الأمتعة و السلع بها. و من هنا يكون إعطاء الموضوعية و المدخلية لخصوص الدراهم و الدينار في مشروعية المضاربة خلاف ما هو المتعارف و ما عليه الارتكاز بين العقلاء في باب المضاربة. و أما ذكر الدراهم و الدينار في بعض هذه النصوص، فإنما هو لأجل كونها نقداً رائجاً في تلك العصور.

(٢) - نفس المصدر: ٢١٩.

(٣) - وسائل الشيعة ١٩: ١٦ و ١٨ و ٢٠ و ٢٢، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٢ و ٩ و الباب ٢، الحديث ٤ و الباب ٣، الحديث ٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٤٩

...

استظهار ذلك من كلمات الفقهاء

هذا، مضافاً إلى ما يظهر من كلمات الفقهاء - من القدماء و المتأخرين - من أنّ الذي له الموضوعية في هذا الشرط إنّما هو كون المال المضارب به من النقود و الأثمان. و لما كان مصداقها منحصراً في الدرهم و الدينار في تلك الأزمنة، اكتفوا بذكرهما، من دون أن يكون لهما خصوصية و موضوعية. و من هنا ذكروا الأثمان و النقود أولاً من الشروط، ثمّ فسّروها بالدرهم و الدينار. كما عرفته من كلام القاضى فى جواهر الفقه. و نظيره ما جاء فى فقه الراوندى و النافع و التبصرة و اللمعة و الروضة و الكفاية. و قد فهم صاحب مفتاح الكرامة من كلامهم صحّة المضاربة بمطلق الأثمان كما تصحّ بالدرهم و الدينار؛ حيث قال: «و أطلق فى فقه الراوندى و النافع و اللمعة و التبصرة و الروضة و الكفاية اشتراط كون رأس المال دراهم أو دنانير أو أثماناً» (١). فإنّ ظاهر العطف بأو فى قوله: «أو أثماناً» صحّة المضاربة بمطلق الأثمان أيضاً، كما تصحّ بالدراهم و الدنانير.

و قد قسم ابن حمزة فى الوسيلة، المضاربة إلى صحيح و فاسد، ثمّ قال:

«الصحيح: ما اجتمع فيه شروط ثلاثة: العقد على الأثمان من الدنانير و الدراهم» (٢)، بل جعل موضوع هذا الاشتراط فى القواعد النقود بقوله: «أن يكون - رأس المال - نقداً فلا يصحّ بالعروض».

و من هنا صرّح فى جامع المقاصد فى شرحه بصحّة المضاربة بالدراهم المغشوشة إذا كانت رائجة، رغماً لما صرّح به العلامة من عدم صحّة المضاربة بها؛ حيث قال: «فإنّ علم صرفها و جرت فى المعاملة، جازت المضاربة عليها؛ سواءً

(١) - مفتاح الكرامة ٧: ٤٤٠.

(٢) - الوسيلة: ٢٦٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٥٠

و أن يكون معيناً (١)، فلا تصحّ بالمبهم، كأن يقول: قارضتُك بأحد هذين أو بأيّهما شئت.

كان الغشّ أقلّ أو أكثر» (١). و كذا غيره من الجوامع و المتون الفقهية، كما هو واضح لمن تتبع فيها.

و أضف إلى ذلك كلّ أنّه لو لم تكن المضاربة بغير الدراهم و الدنانير مشروعاً، للزم من ذلك اختصاص مشروعية المضاربة بالعصور السابقة، التى هى عهد الدراهم و الدنانير، و عدم مشروعيتها فى زماننا هذا و ما بعده؛ نظراً إلى عدم وجود خارجى للدراهم و الدنانير - المعهودة فى النصوص و الفتاوى - فى هذه الأعصار.

و هذا محذور غير قابل للالتزام، و لا أظنّ أحداً من الفقهاء الفحول أن يلتزم بذلك.

و بهذا البيان اتّضح وجه قوّة صحّة المضاربة بمطلق النقود الرائجة، من الأوراق النقدية و غيرها، حتّى الفلوس السود، كما قال السيد الماتن قدس سره.

اعتبار كون رأس المال معيناً

إشارة

(١) ١- قد صرح السيد الحكيم بقيام الإجماع على ذلك. ولكن لم أر أحداً يدعى الإجماع على ذلك غيره، بل لم يتعرض أكثر القدماء والمتأخرين لهذا الفرع.
نعم، في الجواهر أنه لم يُحك خلاف ذلك، لكنه علل ذلك بالوجه الآتي، وبأنّ المضاربة على خلاف الأصل. قال بعد التعليل الآتي:
«لكونه خلاف الأصل، و من هنا لم يُحك خلاف في البطلان» (٢). و ظاهره أن عدم حكاية الخلاف في هذا الفرع

(١)- جامع المقاصد ٨: ٦٦.

(٢)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٩.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٥١

...

ليس من قبيل الإجماعات المدعاة في سائر الفروع.

نعم، نقل في مفتاح الكرامة (١) الإجماع على كون رأس المال معيناً؛ لكن لا بهذا المعنى، بل نقل ذلك في ذيل كلام العلامة في القواعد، قال في القواعد: «الثاني أن يكون معيناً فلا يصح على دين في الذمة» (٢). و مقصوده من كونه معيناً عدم كونه ديناً، و هو بمعنى اشتراط كونه عيناً، كما سبق آنفاً و جاء في كلمات سائر الأصحاب. فلم يعن به نفى الإبهام و التردد عن مال القراض و كونه مشاهداً بالإحضار عند العامل و معلوم المقدار و الوصف، مع ارتفاع معظم الغرر بذلك، كما قال في الحدائق (٣).
هذا مع أن مثل هذه الإجماعات التي استدلت الفقهاء في موارد بالاصول و القواعد و العمومات و الإطلاقات - كما عرفت في كلام صاحب الجواهر و غيره - يشكل الالتزام بكونه كاشفاً تعدياً عن رأى المعصوم عليه السلام؛ حيث لا يلائم ذلك مباني حجية الإجماع و كاشفيته عن رأى المعصوم عليه السلام بعد استدلال أهله بالوجوه المختلفة.

عمدة ما وجه به اشتراط التعيين و الإشكال عليه

و على أي حال، عمدة ما قيل في توجيه اشتراط ذلك هي: أن المبهم المراد لا وجود له في الخارج حتى ينعقد عليه العقد، كما في الجواهر (٤).

و رد ذلك بأن الفرد المراد بعنوانه، و إن لا وجود له في الخارج؛ ضرورة

(١)- مفتاح الكرامة ٧: ٤٤١.

(٢)- نفس المصدر.

(٣)- الحدائق الناضرة ٢١: ٢٢٠.

(٤)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٩.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٥٢

...

عدم وجودٍ للواحد لا- بعينه في الخارج، إلا أن للطبيعي الجامع- الذي هو عنوان أحدهما- وجود في الخارج منطبقاً على كل واحدٍ منهما. و من هنا يقال: يعلم بنجاسة أحد الإثنتين في الخارج. مع أن غير الموجود لا معنى للعلم بنجاسته. وهذا الإشكال متين لا غبار عليه. و من هنا لا مانع من تحقق مفهوم المضاربة في مفروض الكلام. ولا- فرق في ذلك بينه و بين أن يقول المالك: قارضتك بحصتي من هذا المال، من ثلث أو ربع أو نصف. فإن الثلث المشاع أيضاً مردّد في مجموع المال، فكما أنه لا يضرّ بصدق مفهوم المضاربة، كذلك المال المرّدّد. هذا مضافاً إلى أن التردّد بينهما لا يمنع عن صدق المال و لا يضرّ بقابليته للاتّجار؛ لكي يخلّ بصدق مفهوم المضاربة، كما لا يضرّ ذلك بسائر أركانها من العمل و تقسيم الربح بالنسبة المشاعة؛ نظراً إلى فرض قابليته للاتّجار به؛ لعدم توقّفها على كون المال معيناً.

هل يعتبر كون التعيين بيد العامل؟

نعم، قد يتوهم اعتبار كون التعيين بيد العامل، بأن يكون مخيراً في أخذ أيهما؛ لزعم عدم تحقق رأس المال حينئذٍ؛ حيث لا سلطة للعامل عليه فلم يتحقق إعطاء المال من المالك؛ حيث إن عنوان رأس المال إنما يصدق على ما كان للعامل سلطةً عليه. و سلطة العامل إنما تتحقق بدفع المالك و إعطائه مال القراض إليه. و لكن لا وجه لهذا التوهم؛ حيث لا دليل على اعتبار دفع مال القراض دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٥٣

...

و إعطائه إلى العامل؛ لعدم دخل له في قوام المضاربة. فإن القابلية للاتّجار لا تتوقّف على كونه بيد العامل، بل ربما يكون في يد المالك أقرب إلى الحفظ، و أبعد عن الضياع و الإهدار و غير ذلك من الجهات النافعة للمال و الاسترباح. و أما صدق رأس المال فإنما يتوقّف على وقوع العقد و التزام المالك و العامل بالمضاربة. فإذا التفت أهل العرف إلى التزامهما بها و جعل مال معين معلوم في البين للمضاربة و الاتّجار، يطلقون على ذلك المال عنوان رأس المال مطلقاً، سواءً كان تعيينه بيد المالك أو بيد العامل.

و أما روايات المقام فلا يدلّ شيءٌ منها على اعتبار الدفع و الإعطاء في مال القراض أو في المضاربة كما قد يُتوهم؛ لأنّ التعبير بمثل: «يدفع» و «يعطى» إنما جاء في كلام الرواة السائلين، و لم يرد هذا التعبير في شيءٍ من هذه النصوص في كلام الإمام عليه السلام، إلا في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال في حديث:

«فإنّ العباس كان كثير المال، و كان يعطى الرجال يعملون به مضاربة» (١)

، إلا أن نظر الإمام عليه السلام في نقل ذلك إلى الاستشهاد به من جهة ضمان ما خالف فيه العامل، شرط صاحب المال، لا من جهة اعتبار الدفع و الإعطاء، كما هو معلوم لمن لاحظ صدر هذه الصحيحة.

(١)- وسائل الشيعة ١٩: ١٧، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٥٤

و أن يكون معلوماً قدرأ و وصفاً (١).

اعتبار كون رأس المال معلوماً قدرأ و وصفاً

إشارة

(١) ١- هذا هو المشهور، كما قال في الحدائق «١»، و الجواهر؛ حيث إنه رجح ذلك، بعد فرض تعارض النصوص بفتوى المشهور «٢». و خالفهم في المبسوط و جامع الشرائع و المختلف و اللعة و مجمع البرهان. و أهمل عن ذكر هذا الشرط في المهذب و الغنية و السرائر و غيرها، كما في المفتاح «٣».

إشكال صاحب الجواهر

و على أي حال عمدة ما استدلل به لذلك هي الجهالة الموجبة للغرر المنهى عنه في المعاملات. و أشكل عليه في الجواهر أولاً: بأن النهى عن الغرر إنما هو ورد في البيع. و ثانياً: بأنه على فرض ورود نهى عنه شامل للمقام، لا يشمل المجهول الذى يؤول إلى العلم، و لو بعد وقوع العقد بالعد و نحوه؛ لعدم دليل على البطلان بمثل هذه الجهالة. و ثالثاً: بأنه على فرض شمول النهى عن الغرر لمطلق المجهول فى باب المضاربة، يقع التعارض بينه و بين إطلاقات صححة المضاربة؛ لكون النسبة بينهما من وجه، و يكون الترجيح حينئذٍ لما دل على البطلان. و المرجح فتوى المشهور.

(١)- الحدائق الناضرة ٢١: ٢٢١.

(٢)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٩.

(٣)- مفتاح الكرامة ٧: ٤٤٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٥٥

...

جواب السيد الحكيم و نقده

و أجاب عنه فى المستمسك أولاً: بعدم ثبوت نص معتمد فى النهى عن الغرر. و ثانياً: بأنه على فرض وروده لا يمكن الأخذ بإطلاقه لكثرة التخصيص. و ثالثاً: بأنه على فرض ثبوته و شموله للمقام و وقوع المعارضة المزبورة، لا تصلح فتوى المشهور للترجيح بها عند المعارضة. و إنما المرجح عند تعارض النصوص هو الشهرة الروائية، لا الفتوائية. و الحق أن إشكالي الأول و الثالث واردان. أما الإشكالي الأول فوجه وروده أن هذه الرواية إنما وردت بطريقتين. أحدهما:

□
ما رواه فى دعائم الإسلام مرسلًا بقوله رويانا عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام: «إن رسول الله صلى الله عليه و آله نهى عن بيع الغرر» «١».

ثانيهما:

ما رواه الصدوق في العيون بإسناده عن الرضا عن آبائه عن علي عليه السلام قال: «نهى رسول الله عن بيع المضطرّ و عن بيع الغرر»[□]
 (٢)».

وسنده ضعيف؛ لوقوع سهل بن زياد و عدّة ممّن لم تثبت وثاقتهم في طريقه.
 ولكن يمكن الالتزام بانجبار ضعف سنده بعمل قدماء المشهور. فإنّ الظاهر منهم الحكم ببطلان أيّة معاملته غريبة، بلا فرق بين أنواع المعاملات. و أمّا عدم حكمهم أحياناً بإخلال بعض ما قيل بكونه موجبا للغرر، فإنّما لأجل التشكيك في تحقّق موضوع الغرر. هذا من جهة السند، و أمّا دلالة، فقد جاء لفظ الغرر في اللغة بمعنيين:

(١) - دعائم الإسلام ٢: ٢١.

(٢) - وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٧، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٤٠، الحديث ٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٥٦

...

أحدهما: الخدعة، و منه الغرور و قاعدة «المغرور يرجع إلى من غره»، ثانيهما:

الخطر و التعريض إلى الهلكة.

و لكن في اصطلاح الفقهاء، على ما يستفاد من كلماتهم و تعابيرهم الواردة في تفسير هذا الحديث، يراد به الجهالة الموجبة للضرر في المعاملة في حدّ تجعل الإقدام بالمعاملة غريباً سفهياً، و هو معرض عنها عند العقلاء، لا مطلق الجهالة، كما هو واضح.
 و من هنا لا يشمل المجهول الذي يؤول إلى العلم عن قريب، كما في المضاربة؛ حيث يرتفع الجهل و التردّد للعامل عادةً قبل اشتغاله بالتجارة؛ نظراً إلى أنّ العقلاء لا يعتنون بجهالة الثمن أو المثلث قبل الاشتغال بالمعاملة عملاً، كما هو واضح.
 و عليه فعمدة المانع من التمسك بحديث الغرر في المقام عدم تحقّق مصداق الغرر المنهى عنه في المقام، كما أشار إليه في الجواهر.
 هذا مع ما في تحقّق الشهرة القدامية في خصوص المقام من الإشكال، بعد مخالفة بعضهم و إهمال آخرين منهم عن هذا الشرط، كما أشرنا إليه.

أمّا المعارضة بين الطائفتين، فيشكل تصويرها؛ نظراً إلى أخصيّة نصوص المضاربة، و عدم تحقّق الغرر المنهى عنه في مفروض الكلام.
 و أمّا الإشكال الثاني فليس بوارد. و ذلك لأنّ لزوم كثرة التخصيص غير معلوم؛ نظراً إلى قلّة وقوع الجهالة الموجبة للغرر و الضرر و السفاهة في المعاملات؛ لأنّ ذلك خلاف الغرض المعاملي المبني عليه إقدام العقلاء على المبادلات و المعاملات، بل الأمر بالعكس، كما هو مقتضى الغرض المعاملي. مع أنّ كلّ من التزم ببطلان البيع الغرري من الفقهاء، لم يُعلم عدم التزامه بذلك في سائر دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٥٧

...

المعاوضات المبيّنة على أساس الغرض المعاملي، و هو الاسترباح؛ نظراً إلى منافاة الغرر و السفاهة لهذا الغرض.

الاستدلال بقصور الإطلاقات و نقده

و قد استدلل السيد الحكيم بقصور الإطلاقات عن إثبات صحّة العقد في مطلق الجهالة الموجبة للغرر، و أنّ المرجع هو الأصل

المقتضى للبطان؛ حيث إنه بعد ردّ استدلال صاحب الجواهر قال: «و لو أنه استدلّ على بطلان المضاربة بقصور الإطلاق عن إثبات الصحّة، فالمرجع الأصل المقتضى للبطان، كان متيناً» (١).

وفيه: أنّ إطلاقات الصحّة لو كان المراد منها إطلاقات حليّة البيع و التجارة عن تراض، لا نسلم قصورها عن الشمول لفرض المقام؛ لأنّها في مقام تشريع حليّة مطلق البيوع و المعاملات، و لا سيّما «التجارة عن تراض» كيف و هي المرجع في سائر موارد الشكّ في صحّة العقود و المعاملات لاحتمال الإخلال بقيد معتبر فيه شرعاً، و المقام مثل تلك الموارد بلا ريب.

و لو كان المراد إطلاقات نصوص المضاربة، فالأمر كما ذكرنا؛ حيث لا وجه لدعوى انصرافها عن مفروض الكلام بعد ما لم تكن المعاملة سفهيّة، كما هو كذلك.

و ذلك لأنّ المال من أيّ جنس و بأيّ مقدار كان، يوزّع الربح الحاصل من عمل العامل بالمآل على المالك و العامل بالنسبة.

مقتضى التحقيق في المقام

فالتحقيق عدم اعتبار معلوميّة قدر المال المضارب به و لا جنسه و وصفه، كما عليه جماعة من الفقهاء الفحول، و ذلك:

(١) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٤٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٥٨

...

أولاً: لعدم دليل على اعتبار تعيين مال القراض، و لا على عدم صحّة المضاربة بالمال المرّد؛ نظراً إلى ضعف الاستدلال بعدم وجود للمبهم المرّد، و إلى صدق المال عليه عرفاً. فلا وجه لدعوى انصراف نصوص المقام عن المضاربة بالمال المرّد أو بالحصة المرّدة منه. و إلى ضعف حديث النهي عن الغرر سنداً و دلالة.

و ثانياً: لإطلاق نصوص المقام، بعد منع انصرافها عن المال المرّد.

و ثالثاً: لإطلاق «تجارة عن تراض» و عدم قصوره. و بهذا الإطلاق المقتضى لصحّة المضاربة، منعنا التمسك بأصل تبعيّة الربح للمال لتأسيس أصل الفساد في المضاربة، كما سبق من صاحب الرياض. و قد سبق من صاحب الجواهر، كفاية هذا الإطلاق لمنع الأصل المزبور و تأسيس أصل المشروعيّة و الجواز في المضاربة.

و إن كان في ترتّب أحكامها الخاصّة بذلك نظر.

نعم، يعتبر كون المال قابلاً للمضاربة به، بأن كان بحيث يتمكّن العامل من التجارة به، و أن يكون من النقود المتمخّضة في الماليّة، كما قلنا، و أمّا اعتبار التعيين و معلوميّة الجنس و الوصف و المقدار، فلا دليل على شيء منه ظاهراً. و إن كان هو الأحوط استحباباً؛ رعاية لما عليه المشهور. و ليست هذه الشهرة في حدّ من الكثرة توجب الاحتياط الوجوبي؛ نظراً إلى كثرة المخالف من فحول الفقهاء من بين القدماء و المتأخرين.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٥٩

و في الربح أن يكون معلوماً (١)، فلو قال: «إنّ لك مثل ما شرط فلان لعامله» و لم يعلمه بطلت.

منها: كونه معيناً معلوماً**إشارة**

(١) ١- لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط معلومية الربح و تعيينه في صحه المضاربه في الجملة؛ و لو بما هو مقرّر عند العرف إجمالاً. بل بين المسلمين، كما هو ظاهر التذكرة. و قد أرسله فقهاؤنا إرسال المسلمات، و لم يخالف فيه أحدٌ. فلا يجوز مخالفة مثل هذا الاتفاق و الإجماع قطعاً. و أيضاً وجه ذلك بأنّ المبهم لا قابلية له للتملك و التملك؛ حيث لا وجود له. و هذا الوجه قد عرفت ما فيه من الإشكال آنفاً.

عمدة وجه تعيين الربح

و على أيّ حال لا-ريب في انصراف نصوص المقام إلى الربح المعين المعلوم عند العامل و المالك. و أظنّ كون هذا عمدة وجه اشتراط معلومية مقدار الربح. و ذلك دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٦٠

...

لأنّ الغرض الأصلي الذي هو روح المضاربة و داعي المالك إلى رفع اليد عن ماله و العامل إلى صرف قدرته و وقته في ضرب المال للتجارة، هو الاسترباح. و العقلاء لا يقدمون على مثل هذه المعاملة، إلّا بعد معلومية ما يعود إليهم من المنفعة و الربح، و إلّا يرون إقدامهم بذلك سفهياً و في معرض الغرر و الضرر و موجباً لإهدار المال و العمل. و هذا هو الوجه الأساسي في الانصراف، هذا مع أنّ جواز الإقدام بما يوجب هذه المحاذير غير معلوم شرعاً، لو لم يكن عدمه معلوماً.

نقد كلام السيد الخوئي قدس سره

فتحصّل أنّ الربح لا بدّ أن يكون معيناً معلوماً للمالك و العامل بما لكلّ واحد منهما. و لا يكفي معلوميته في نفسه، من غير أن يعلماه، كما يظهر من بعض الأعلام «١»؛ نظراً إلى عدم ارتفاع المحاذير المذكورة بذلك. اللهم إلّا أن يكون سهم كلّ من العامل و المالك معلوماً بين أهل العرف، فيقول المالك: «و إنّ لك من الربح مثل ما للعامل عند أهل العرف». فيمكن الحكم حينئذ بصحة مثل هذه المضاربة، و لو لم يعلم العامل ذلك المقدار المعين عند أهل العرف. و ذلك لخروج المضاربة بذلك عن كونها سفهيةً. فلو كان مراد هذا العلم هذه الصورة لا إشكال عليه، و لكنّه خلاف ظاهر ما جاء في كلامه، من كفاية كون الربح معيناً في الواقع، و لو لم يعلماه المالك و العامل بأيّ وجه. هذا مع الإشكال في تصوير الجمع بين كونه معيناً واقعاً و بين كونه مجهولاً عندهما.

(١)- المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٦١

و أن يكون مشاعاً مقدراً بأحد الكسور (١) كالنصف أو الثلث، فلو قال: عليّ أن لك من الربح مائة و الباقي لي، أو بالعكس، أو لك

نصف الربح و عشرة دراهم مثلاً، لم تصحّ.

الملاك الأصلي لاعتبار هذا الشرط

و على أى حال ملاك اشتراط العلم بمقدار الربح خروج المضاربة به، عن كونها غررية سفهية، فيكفى العلم به فى الجملة على نحو يتحقق هذا الملاك، كما فى النحو المزبور.
و أما مجرد تعيين مقدار الربح فى علم المالك لا يدفع احتمال الغرر و السفه، بل لا بدّ من علم العامل بذلك.

و منها: أن يكون مشاعاً مقدراً

إشارة

(١) ١- و وجه ذلك أولاً: بعدم الخلاف و الإجماع، كما عن الحدائق و غيره.
و لكنّه ليس إجماعاً تعديداً؛ حيث علّله فى الشرائع بعدم الوثوق من زيادة الربح عن القدر المعين بغير الإشاعة، و فى الحدائق «١» بظهور الأخبار، كما سيأتى بيان ذلك فى الوجهين اللاحقين، فليس إجماعاً كاشفاً عن رأى المعصوم تعديداً.
و ثانياً: بظهور ما ورد فى نصوص المقام- من كون الربح بينهما- فى النصف أو الإشاعة بأحد الكسور، بل استظهر فى الحدائق من هذه النصوص، كون ذلك مقتضى عقد المضاربة؛ حيث قال: «يشترط فى الربح الشيع، بمعنى أن يكون كلّ

(١)- الحدائق الناضرة ٢١: ٢٣٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٦٢

...

جزءٍ جزءٍ منه مشتركاً؛ لأنه مقتضى المضاربة، كما تنادى به الأخبار المتقدمة من حكمها، بأنّ الربح بينهما، يعنى كلّ جزءٍ جزءٍ منه، و ما لم يكن مشتركاً فإنه خارج عن مقتضاها، فهذا الشرط داخل فى مفهوم المضاربة «١».
و اشكل على ذلك باحتمال إرادة أصل اشتراكهما فى الربح، و هو أعمّ من الإشاعة؛ حيث يصدق عرفاً فى غير صورة الإشاعة أيضاً أنّ الربح بينهما.
و هذا الاحتمال يكافئ احتمال إرادة خصوص الإشاعة و يمنع ظهور نصوص المقام فيها. و أما كون ذلك مقتضى المضاربة و داخلاً فى مفهومها، فرع استظهار هذا المعنى من نصوص المقام، و قد عرفت ما فيه من المناقشة، و إلّا فمع قطع النظر عن هذه النصوص لا وجه لدعوى ذلك.

و ثالثاً: بما عن المحقق، من تعليل اشتراط شيع الربح فى المضاربة بعدم الوثوق بزيادة الربح عن المقدار المعين منه لأحدهما. فلو لم يربح أكثر من ذلك، لا يصل إلى الآخر شيئاً من الربح، فيختصّ الربح بأحدهما حينئذٍ. قال فى الشرائع:
«و لو شرط أحدهما شيئاً معيناً و الباقي بينهما، فسد؛ لعدم الوثوق بحصول الزيادة، فلا تتحقّق الشركة» «٢».
و أشكل عليه فى المسالك بقوله: «عدم الوثوق بالزيادة لا يصلح دليلاً على الفساد بانفراده، كما فى عدم الوثوق بأصل الربح، و إنّما وجه الفساد اقتضاء عقد المضاربة الاشتراك فى جميع الربح، كما تقدّم، و لقول الصادق عليه السلام فى صحبته أبى بصير:

«الربح بينهما»

، و مثله رواية إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام، و هنا الربح ليس بينهما و إن وثق بالزيادة، بل بعضه على تقدير الزيادة و جميعه على تقدير

(١)- الحدائق الناضرة ٢١: ٢٣٠.

(٢)- شرائع الإسلام ٢: ١١٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٦٣

...

عدمها لمن شرط له. فعلى هذا يفسد العقد، و إن وثق بالزيادة» (١).

و لا يخفى أن إشكاله على صاحب الشرائع وارد. و ذلك لأنّ مجرد احتمال حدوث ما تنتفى به الشركة من العوائق و الموانع الخارجة عن اختيارهما، لا يوجب الإخلال بركن عقد المضاربة حين إنشائه، بعد بناء الطرفين على الشركة في الربح المبتنية على الزيادة عن المقدار المعين، و إلّا لم يقدم على صرف المال و العمل لذلك. كما يأتي عين هذا الكلام في احتمال عدم حصول الربح رأساً. و السرّ في عدم الإخلال أنّ قوام عقد المضاربة و ملاك صحته هو التزام المالك و العامل بأصل الشركة في الربح، سواء كان على نحو الإشاعة أو غيرها، و لا دخل للعلم بحصول الربح و لا بوقوع الشركة في الخارج في ذلك.

نقد كلام الشهيد

و أمّا التوجيه الذي ذكره صاحب المسالك نفسه، فهو مبنيّ على اعتبار الشركة الإشاعية، بأن يشترك المالك و العامل في جميع أجزاء الربح. و هذا يشكل استفادته من النصوص المقام، كما سيأتي في بيان مقتضى التحقيق.

مقتضى التحقيق

مقتضى التحقيق في المقام جواز الاشتراك في الربح على وجه غير الإشاعة، كأن يقول المالك: «على أن يكون خمسمائة من الربح لى و الباقي لك» أو يقول عكس ذلك. و الوجه في ذلك أولاً: عدم ظهور نصوص المقام في خصوص الإشاعة.

(١)- مسالك الأفهام ٤: ٣٦٥-٣٦٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٦٤

...

و ذلك لأنّ قوله عليه السلام

: «الربح بينهما» (١)

يصدق عرفاً على اشتراك الربح بينهما مطلقاً، سواء كان بنحو الحصّة المشاعة أو بتعيين المقدار. و دعوى ظهوره في خصوص الإشاعة، لا شاهد لها عرفاً و لا شرعاً. و أنّ استظهار الإشاعة من النصوص متوقّف على الفهم العرفي. و قد عرفت أنّ التعبير المزبور، لا

يفهم منه ذلك عرفاً.

وجه عدم نظر النصوص إلى الإشاعة

و مما يشهد لذلك قوله عليه السلام:

«و الوضيعة على المال»

بعد قوله:

«الريح بينهما»

في مَوْثِقِ إِسْحَاقِ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتَهُ عَنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ؟ قَالَ:

«الريح بينهما، و الوضيعة على المال» (٢)

. و قوله عليه السلام

: «ليس عليه من الوضيعة شيء»

بعد حكمه بأنَّ للعامل الربح في نصوص اخرى (٣). و ذلك لأنَّ تضمين المالك الوضيعة و الغرم، يوهم كون الربح له أيضاً؛ لقاعدة

«من عليه الغرم فله الغنم»، هذا مضافاً إلى قاعدة تعيئة الربح للمال. فقوله عليه السلام

: «و الربح بينهما»

إنَّما هو لدفع هذا الوهم و بصدد نفى توهم اختصاص الربح كلّه بالمالك؛ رغماً لما تقتضيه هاتان القاعدتان.

و قد يتوهم أنَّ الاشتراك في الربح على نحو غير الإشاعة راجع إلى الإجارة أو الجعالة؛ لزعم أنَّ تعيين سهم العامل بالعدد مساوق

لتعيين الاجرة أو الجعل.

و فيه أولاً: أنَّ العامل لا يستحقَّ ذلك المقدار المعين من الربح لو فسخ المالك قبل ظهور الربح، بل إنَّما يستحقَّ اجرة المثل حينئذٍ. و

الحال أنَّه لو كان راجعاً إلى

(١) - وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ١ و ٢ و ٥ و ١٠ و ١١.

(٢) - وسائل الشيعة ١٩: ٢٢، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٥.

(٣) - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣ و ٤ و ٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٦٥

...

الإجارة يستحقَّ ذلك المقدار المعين كلّه حينئذٍ؛ لفرض كونه اجرة. و لم يقل به أحدٌ. فيستلزم ذلك ما لم يلتزم به أحدٌ، و هذا

كاشف عن عدم كونه إجارة.

و أمَّا الجعالة فأجنبية عن المقام؛ لعدم تعيين الشخص المجعول له فيها بخلاف المضاربة.

و ثانياً: إنَّ رجوع الاشتراك بغير الإشاعة إلى الإجارة أو الجعالة خلاف ما هو متفاهم أهل العرف. فإنَّ قول المالك «على أن يكون

خمسائة درهم من الربح لى و الباقي منه لك» منصرف عرفاً عن الإجارة و الجعالة، فإنَّ لكل واحد منهما صيغة تخصّه، و المتفاهم

العرفي من صيغة كل واحد منها غير ما هو المتفاهم عرفاً من الآخر.

و يشهد لذلك أيضاً

ما ورد في صحيح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام: فى الرجل يعمل بالمال مضارباً، قال عليه السلام: «له الربح» (١) .
وقوله عليه السلام

: «المال الذى يعمل به مضارباً، له من الربح»

فى صحيح الحلبي (٢). فإنّ قوله عليه السلام

«له من الربح»

يصدق بوضوح على مطلق الاشتراك فى الربح ولو بغير نحو الإشاعة؛ حيث إنّه بإعطاء مقدار معيّن من الربح إلى العامل لا يشكّ أهل العرف فى صدق هذا التعبير، فيقولون حينئذٍ: إنّ له من الربح، بلا تأمل وريب. و أمّا كون حظّه من الربح معادلاً لعمله و بمقتضى العدل و الإنصاف و عدم كونه سفهياً، فهو مطلب آخر لا ربط له بالإشاعة و التعيين، كما لا يخفى.

(١)- وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣.

(٢)- وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٤ و ٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٦٦

...

حاصل الكلام

و حاصل الكلام: أنّ الإمام عليه السلام فى نصوص المقام بصدد بيان ما له دخل فى مشروعية المضاربة، و فى هذا المقام اكتفى بتعبير مطلق شامل للشركة الإشاعية و غيرها، و لا سيّما قوله عليه السلام:

«له من الربح»

و

«له الربح»

. فلو كان للإشاعة دخل فى صحّة المضاربة لكان عليه البيان، و إلّا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة.

و دعوى ظهور قوله عليه السلام:

«الربح بينهما»

فى خصوص الإشاعة خلاف ما هو المتفاهم منه عرفاً. و أمّا دعوى عدم كونه عليه السلام فى قوله:

«له من الربح»

بصدد تحديد كيفية الشركة، غير وجيهة؛ لما قلنا من أنّه عليه السلام بصدد بيان ما له دخل فى صحّة المضاربة من الشرائط و الخصوصيات.

و قد يقال: إنّ الذى يقتضيه العدل و الإنصاف و عليه الارتكاز فى المضاربة أن يكون الربح العائد إلى كلّ واحدٍ من المالك و العامل بقدر ما يكون له من المال أو العمل. و عليه فالذى يقتضيه روح المضاربة كون الشركة فى الربح على حسب ما يكون للمالك و العامل من المال و العمل. و هذا يقتضى الإشاعة بالتنصيف.

وفيه: أن فعل كل من المال والعمل في توليد الربح يتفاوت بحسب اختلاف مقدار الأموال وقوة الأشخاص في التدبير الاقتصادي و فنون التجارة. وعليه فلا يقتضى الإنصاف، التنصيف في جميع الموارد. هذا مع أن قول المالك «على أن يكون خمسمائة درهم لى و الباقي لك» في قوة الاشتراط المحكم على الارتكاز والإنصاف.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٦٧

...

الاستشهاد بالنص الخاص

و مما يشهد لمشروعية التعيين بالاشتراط، صحيح الكاهلى عن أبى الحسن موسى عليه السلام: فى رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة فجعل له شيئاً من الربح مسمى فابتاع المضارب متاعاً، فوضع فيه، قال: «على المضارب من الوضعية بقدر ما جعل له من الربح» (١) . فإنه يدل على المطلوب بالخصوص.

و ذلك لأن قوله:

«شيئاً من الربح مسمى»

أعم من الإشاعة والتعيين، لو لم يكن ظاهراً فى التعيين. فإن تعرض الإمام عليه السلام فى الجواب لبيان مقدار ما على العامل المضارب من الوضعية، ظاهر فى المفروغية عن صحة المضاربة من جهة ما جاء فى كلام السائل من جعل شىء مسمى من الربح للعامل. و أما عدم التزام أحد بمفاد ما جاء فى ذيل هذه الرواية فلا يضرب بالاستدلال بصدرها؛ نظراً إلى ما ثبت فى محله، من عدم مانعية تبعض فقرات حديث واحد من الحجية، كما هو الحق.

هذا مع إمكان حمله على كون العامل شريكاً مع المالك فى رأس المال أو على التفريط، كما نقل فى الوسائل (٢) عن شيخ الطائفة. و على أى حال لا إشكال فى تمامية دلالة صدر هذه الصحيحة على المطلوب، و لو بالإطلاق.

و عليه فاعتبار خصوص الإشاعة بحاجة إلى دليل و لم يرد؛ لعدم دلالة

(١) - وسائل الشيعة ١٩: ٢٢، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٦.

(٢) - وسائل الشيعة ١٩: ٢٢، كتاب المضاربة، الباب ٣، ذيل الحديث ٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٦٨

...

نصوص المقام على اعتبارها. فالأقوى جواز الشركة على نحو غير الإشاعة و إن كان الاحتياط فى الشركة الإشاعية؛ رعاية لما تسالم عليه الفقهاء.

و لكن لا يخفى: أن الجواز ثابت فيما إذا جرت العادة على حصول الربح زائداً عن المقدار المعين. بأن كان حصوله موثقاً به نوعاً. و إلاً يشكل القول بالجواز؛ نظراً إلى كون إنشاء عقد المضاربة حينئذٍ مبيئاً على خلاف مقتضى المضاربة من الشركة فى الربح. و أما لو اتفق عدم حصول الربح زائداً عن المقدار المعين، ينكشف بذلك فساد العقد؛ نظراً إلى الاختلال فى ركن المضاربة فيستحق العامل

حينئذٍ اجرة المثل.

نقد كلام صاحب الجواهر

وقد أتضح بهذا البيان وجه المناقشة فيما قال في الجواهر بقوله: «لا لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا تتحقق الشركة، بل لعدم ثبوت ما يدل على الصحة في الفرض؛ ضرورة اقتصار النصّ و الفتوى على صحّة المشتمل على اشتراك جميع الربح بينهما على جهة الإشاعة بنحو النصف و الثلث و الربع و ما يؤدي مؤداها، و منهما ينقدح الشكّ في تناول الإطلاقات له، هذا مع قطع النظر عن ظهور النصوص في البطالين، و لو لظهورها في اعتبار الشركة الإشاعية في جميع الربح، فضلاً عن صريح الفتاوى، فحينئذٍ يبطل القراض و إن وثق بالزيادة؛ لعدم اشتراك جميع الربح بينهما حينئذٍ، بعد اختصاص أحدهما بشيءٍ معيّن منه، كما هو واضح» (١).
و ذلك أولاً: لما سبق منه قدس سره «٢» من كفاية إطلاق «تجارة عن تراض» لانتلام

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٧.

(٢) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٦٩

و أن يكون بين المالك و العامل لا يشاركهما الغير (١)، فلو جعل جزءاً منه لأجنبيّ بطلت إلّا أن يكون له عمل متعلق بالتجارة.

أصل الفساد في المقام، فلا تأتي قاعدة و جوب الاقتصار فيما خالف القاعدة على موضع النصّ، كما يظهر من كلامه هذا.
و ثانياً: لمنع ظهور نصوص المضاربة في اعتبار الشركة الإشاعية في جميع الربح، بل هي ظاهرة في أصل الشركة الشامل للإشاعة و غيرها، كما قلنا.

و منها: اشتراط عدم مشاركة الأجنبي في الربح

(١) ١- و الوجه في ذلك أولاً: مقتضى القاعدة. و ذلك لأنّ الربح تابع لرأس المال. فمن كان له المال يثبت له الربح على القاعدة. و إنّما خرجنا عنها في عقد المضاربة بالنصوص الخاصّة الدالّة على استحقاق العامل للربح. و أمّا الأجنبي، فحيث لا مال له و لا عمل، لا حظّ له من الربح بمقتضى القاعدة الأولى.
و حاصل هذا الوجه: عدم خروج غير العامل عن مقتضى قاعدة تبعيّة الربح للمال و كون اشتراط مشاركة الغير في الربح خلاف القاعدة و خلاف مقتضى عقد المضاربة.
و ذلك لأنّ مقتضاه كون استحقاق الربح إمّا بملاك قاعدة تبعيّة الربح للمال كما في المالك، أو بملاك العمل كما في العامل بدلالة نصوص المضاربة. و ليس في الأجنبي شيء من الملاكين.
و عليه فإنشاء عقد المضاربة مبنيّاً على خلاف مقتضاه باطل؛ نظراً إلى عدم دليل على مشروعيته.
دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٧٠

...

إن قلت: إذا رضى المالك و العامل كلاهما بإعطاء حظّ من الربح إلى الأجنبي، فأى دليل على عدم مشروعيته، بعد ما كان الإعطاء

عن طيب نفسهما؟

مع شمول إطلاق تجارة عن تراض للمقام. غاية الأمر يدخل في عقد الوكالة المشترط فيه تنصيف الربح أو سهم منه للعامل. وذلك لأن حقيقة المضاربة هي الوكالة، كما قالوا: «إن المضاربة وكالة حدوثاً و شركة بقاء».

قلت: لا مانع لهما من إعطاء مقدار من الربح إلى الأجنبي بعد حصوله هبةً أو سائر وجوه المجانية. و أما بعنوان المضاربة فغير مشروع؛ لعدم دليل على مشروعية المضاربة بهذا المعنى، فليس سبباً شرعياً ناقلاً للملك، ولا سيما قبل تحقق الربح حين إنشاء العقد. و أما عقد الوكالة المشترط فيها الربح، و إن كان مشروعاً نافذاً كسائر العقود المشترط فيها ما لا يخالف مقتضى العقد و لا مقتضى الكتاب و السنة كما نحن فيه، إلا أنها غير مقصودة للمالك؛ لفرض كون مقصوده المضاربة، فلا تقع وكالة مشروطة؛ لأن ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع.

و ثانياً: دلالة نصوص المقام على كون الربح بين المالك و العامل، و لما كانت في مقام تحديد من يستحق الربح تدل على عدم استحقاق الأجنبي للربح بمفهوم التحديد، كما أن ذلك هو المتفاهم العرفي من التعبير المزبور الوارد في هذه النصوص. هذا مضافاً إلى عدم خلاف في ذلك بين الفقهاء.

نعم، لو كان للغير عمل متعلق بالتجارة، لا إشكال في استحقاقه للربح؛ لأنه أحد العاملين حينئذٍ. و لا يعتبر في المضاربة وحدة العامل، كما لا يخفى. و ما ورد من التعبير بأن الربح بينهما إنما هو ناظرٌ إلى جنس العامل، من دون نظر له إلى اعتبار وحدة العامل، كما هو واضح حسب المتفاهم العرفي.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٧١

(مسألة ٢): يشترط أن يكون الاسترباح بالتجارة

إشارة

، فلو دفع إلى الزارع مالاً ليصرفه في الزراعة و يكون الحاصل بينهما، أو إلى الصانع ليصرفه في حرفته و يكون الفائدة بينهما، لم يصح و لم يقع مضاربة (١).

اشتراط كون الاسترباح بالتجارة

(١) ١- قد وجه اشتراط كون الاسترباح بالتجارة، بأنه المتيقن من مدلول نصوص المقام؛ لما جاء في نصوص المضاربة من التعبير

بالتجارة و نحوها، كقول أمير المؤمنين عليه السلام

: «من اتجر مالاً و اشترط نصف الربح، فليس عليه الضمان»

في صحيحه محمد بن قيس (١).

و في صحيح أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول للرجل:

أبتاع لك متاعاً و الربح بيني و بينك، قال: «لا بأس» (٢)

. و غير ذلك من نصوص المقام.

و لما كان مقتضى القاعدة - كما سبق - عدم استحقاق العامل للربح و فساد عقد المضاربة، و لا بد في مخالفة القاعدة من الاقتصار

على المتيقن من مدلول

(١) - وسائل الشيعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٢.

(٢) - وسائل الشيعة ١٩: ٢٠، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٧٢

...

النص - وهو الاسترباح بالتجارة؛ لأنه المتيقن من نصوص المضاربة - ويبقى غير المتيقن تحت مقتضى القاعدة. ويثبت بذلك عدم مشروعية المضاربة بغير التجارة.

وقد عرفت أن عمدة ما يتنى عليها هذا الوجه، هي قاعدة تبعية الربح للمال المقتضية لأصالة فساد المضاربة، فينبغي هاهنا تحرير هذه القاعدة.

قاعدة تبعية الربح للمال

إشارة

مفاد هذه القاعدة أنه إذا حصل ربح في أية معاملة من المعاملات، يكون تابعاً لمال التجارة في الملكية؛ بمعنى أنه كما كان مال التجارة ملكاً لمالكه، فكذلك يكون الربح الحاصل في التجارة بذلك المال ملكاً لمالك المال بمقتضى هذه القاعدة. و أول من استدل بهذه القاعدة من فقهاءنا الإمامية هو العلامة الحلّي و قبله الشافعي من العامة. قال العلامة «لو اختلفا في أصل القراض مثل أن يدفع إلى رجل مال يتجر به فربح فقال المالك: إن المال الذي في يدك كان قراضاً و الربح بيننا، و قال: التاجر بل كان قراضاً عليّ، ربحه كلّ لي، فالقول قول المالك مع يمينه؛ لأنه ملكه و الأصل تبعية الربح له. فمدعى خلافه يفتقر إلى البيّنة» (١).

قال المحقق الكركي في شرح قول العلامة: «و لو ادعى المالك القراض و العامل القرض فالقول قول المالك». ... يجب أن تُفرض المسألة فيما إذا عمل من بيده المال و حصل ربح؛ إذ لو كان الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك يمينه قطعاً؛ لأن الأصل بقاء الملك له و لا معارض هنا. و أمّا مع الربح،

(١) - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٦ / السطر ١٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٧٣

...

ففيه قولان: أحدهما: أن القول قول المالك - اختاره المصنّف هنا و في التذكرة - لأنّ المال ملكه و الأصل تبعية الربح له، فمدعى خلافه يحتاج إلى البيّنة.

و الثاني «...» (١).

وقد علّل أيضاً بهذه القاعدة الشهيد الثاني قدس سره في المسالك فيما إذا اختلفا في نصيب المالك، فقدّم قول المالك مع يمينه، و علّل ذلك بقوله: «و لأنّ الأصل، تبعية الربح للمال» (٢).

و أيضاً نسب في الحدائق دعوى هذه القاعدة و الاستدلال بها إلى الشافعي في مخالفته لتساوي المالين أو تفاضلها حسب الاشتراط بقوله: «و نقل عن الشافعي المنع من التفاضل مع تساوي المالين و التساوي مع تفاضلها؛ لأنّ الربح يكون تابعاً للمال» (٣).

لا شهرة و لا رواية دالة على هذه القاعدة

و لكن لم يستند إليها قدماء الأصحاب؛ لكي تتحقق فيها الشهرة الفتوائية، و لا ممّا تسالم عليه الفقهاء؛ لعدم تعرّض القدماء لها. و لم تدلّ رواية- و لو ضعيفة- على هذه القاعدة، مع إمكان دعوى أنّ الذي يساعده الاعتبار خلاف ذلك؛ حيث إنّ لكلّ من المال و العمل دخلاً في توليد الربح واقعاً. و من هنا جرت السيرة العقلانية على استحقاق كلّ من العامل و المالك للربح في المضاربة. و لا ينافي ذلك ما يكون لكلّ من المال و العمل، من القيمة الذاتية. فكما أنّ

(١)- جامع المقاصد ٨: ١٧١.

(٢)- مسالك الأفهام ٤: ٣٦٩.

(٣)- الحدائق الناضرة ٢١: ٢٦٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٧٤

...

دخل المال في حصول الربح سبباً لاستحقاق صاحب المال للربح الحاصل منه في نظر أهل العرف، كذلك دخل العمل في توليد الربح موجب لاستحقاق العامل الربح الحاصل منه، بل يمكن دعوى أنّ العمل أكثر دخلاً في توليد الربح. و عليه فليس استحقاق العامل في الربح أمراً تعديلاً ثابتاً بدلالة النصوص فقط، بل هو أمر عقلائي رائج بينهم و ملائم لأغراضهم المعاملية. إن قلت: بناءً على ذلك لا بدّ عند فساد المعاملة من استحقاق العامل لسهمه من الربح أيضاً؛ لعدم كون فساد العقد مضراً بدخل عمله في توليد الربح بشيءٍ.

و الحال أنّه يستحقّ اجرة المثل.

قلت: عدم استحقاق العامل للربح عند كشف فساد المضاربة قبل حصول الربح، إنّما هو لأجل خروجه بذلك عن الالتزام بأخذ الربح مكان القيمة الذاتية لعمله. و من هنا يرجع حينئذٍ إلى أصله؛ أي القيمة الذاتية. هذا، مع أنّه ينكشف بفساد العقد انتفاء التزامها بلوازم العقد و آثاره من أوّل الأمر.

اللهم إلّا أن يقال ببقاء التزام المالك و إذنه عند انكشاف فساد المضاربة بصورة الوكالة المشترط فيها الربح. و لكن أجبنا عن ذلك بأنّ المالك لم يقصد التوكيل، بل إنّما قصد عنوان المضاربة، فلو ترتّب أحكام الوكالة للزم وقوع ما لم يقصد، فحيث لم يقصد الوكالة فلم يصدر إذن بالوكالة و إنّما صدر منه الإذن بالمضاربة فقط.

هذا ما خطر ببالي و وصلت إليه في هذه القاعدة. و حاصل الكلام أنّه لا دليل عليها من إجماع أو نصّ.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٧٥

...

السيرة العقلانية تخالف هذه القاعدة

و أما بناءً العقلاء- وهو العمدة في مثل المقام- فلا يمكن دعوى استقرارها على هذه القاعدة، بل استقرت سيرتهم على دخل كل من المال والعمل في توليد الربح واستحقاق كل من المالك والعمل لما حصل من الربح على وزان واحد، بل ربما يرون للعمل دخلاً أكثر في توليد الربح واستحقاقه.

و عليه ففي صورة انكشاف فساد العقد بعد حصول الربح ليس عدم استحقاق العامل للربح لأجل هذه القاعدة، بل لأجل خروجه حينئذٍ عن الالتزام المعاملي، وإلا فما دام لم يخرج عن التزامه المعاملي، لا نسلّم جريان القاعدة المزبورة.

بل الذي استقرت عليه سيرة العقلاء حينئذٍ تبعية الربح لكل من المال والعمل، و كونهما على حدّ سواء و وزان واحد في سببته استحقاق المالك والعمل للربح، لو لم يكن العمل عندهم أكثر دخلاً في استحقاق الربح، كما أشرنا إليه آنفاً.

و حاصل الكلام: أن السيرة العقلانية قد جرت على استحقاق العامل لسهمه من ربح التجارة بإذن المالك وجعله حصّةً منه له بإزاء عمله. و لم يرد من الشارع ردع لهذه السيرة، بل أمضاها بما ورد منه من نصوص المضاربة.

نعم، لا يبعد دعوى استقرار سيرة العقلاء على لحوق الربح كله بأصل المال عند انكشاف فساد العقد؛ نظراً إلى خروج العامل بذلك عن التزامه المعاملي- مع احتمال استحقاقه لربح المثل حينئذٍ في سيرتهم- و حينئذٍ يضمن المالك القيمة الذاتية لعمل العامل- أي أجره المثل- لقاءته الاحترام و ضمان الإلتلاف بالتسبب.

و عليه فالذي ننكره هو عموم هذه القاعدة و كليتها ما دام عقد المضاربة باقياً صحيحاً.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٧٦

...

و تظهر ثمره ذلك في تأسيس أصالة فساد المضاربة. فبناءً على ما أسسناه و بنينا عليه، لا أساس لهذا الأصل؛ نظراً إلى عدم كلية القاعدة المزبورة ما لم يحرز فساد العقد و لم يثبت خروج العامل عن التزامه المعاملي.

تحقيق في أصالة الفساد في المضاربة

و أما جريان أصالة الفساد في المضاربة فيمكن الإشكال عليه بوجهين:

أحدهما: أنه لا إطلاق لفظي يدل على أصالة فساد المضاربة؛ لكي يجب الاقتصار في مخالفته على المتيقن من مدلول النصّ المقيّد. و لا سيّما بعد إنكار قاعدة التبعية المعهودة ما لم يثبت فساد عقد المضاربة.

هذا مضافاً إلى أن إطلاق «تجارة عن تراض» محكم في مثل المقام؛ نظراً إلى انثلام الأصل المزبور بإطلاق هذه الآية- كما قلنا سابقاً- إلا أن يثبت الفساد بظهور نصوص المقام. و ليس أصل الاسترباح و لو بغير المضاربة ممّا يخالف روح المضاربة، كما هو واضح. نعم، لا بدّ من تعلق القصد بعنوان المضاربة؛ لكي يترتب أحكامها الخاصية، و إلا لم يقع؛ نظراً إلى إشكال ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع.

ثانيهما: بأنّ الوارد في طائفة من نصوص المقام هو التعبير بالعمل، كما في صحيح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يعمل بالمال مضاربة» (١).

و في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المال الذي يعمل به مضاربةً، له من الربح، و ليس عليه من الوضعية شيءٌ، إلا أن يخالف أمر صاحب المال» (٢).

و إنّ العمل بالمال شامل للتجارة و غيرها من وجوه المكاسب من المزارعة

(١)- وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣.

(٢)- وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٧٧

...

و المساواة و غير ذلك. و هذه الطائفة من النصوص تصلح للخروج بها عن مقتضى القاعدة المزبورة في المقام. نعم، لو أمر صاحب المال بالتجارة أو كان كلامه ظاهراً في الاشتراط بالتجارة، لا تصح المضاربة بغير التجارة، كما صرح به في ذيل الصحيح المزبور، و غيره من نصوص المقام. و أما ما ورد في بعض هذه النصوص من لفظ التجارة، لا يصلح لتقييد هذه المطلقات؛ لعدم مفهوم له بشيء من أقسام المفاهيم. و لا إجماع تعبدى في البين، لما عرفت في نظائره في الفروع السابقة آنفاً. و عليه قد يشكل الالتزام باشتراط كون الاسترباح بالتجارة. بمعناها الأخص؛ يعني خصوص البيع و الشراء.

حل العويصة

يمكن دفع الإشكال المزبور بأنّ الاستفادة من مجموع نصوص المقام، أنّ أخذ الاسترباح بالتجارة- أى بالبيع و الشراء- في مفهوم المضاربة كان في عهد المعصومين عليهم السلام من المسلّمات و المرتكزات بين أهل العرف، بحيث لم يكن غيرها داخلاً في حقيقة المضاربة و عنوانها. و ذلك لما نرى في نصوص المقام من إطلاق عمل العامل على البيع و الشراء بعين مال القراض، و من التعبير ب «الوضيعة» الظاهر في الخسران الحاصل من البيع و الشراء. و لم يرد في شيء من هذه النصوص أيّة إشارة إلى سائر المكاسب من الحرف و المهن و الصناعات و الإجازات و نحوها. و هذا ممّا يوجب الاطمئنان بأنّ خروج الاسترباح بغير البيع و الشراء عن دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٧٨

...

حقيقته المضاربة كان أمراً مرتكزاً في أذهان أهل عرف ذلك الزمان، بحيث لم يحتج إلى بيان و اشتراط؛ لكونه أمراً مفروغاً عنه. هذا مضافاً إلى اتفاق الفقهاء على ذلك.

عمدة الوجه في أخذ التجارة في المضاربة

و عمدة الوجه في اشتراط كون الاسترباح بالتجارة خروج الاسترباح بغير التجارة- أى البيع و الشراء- عن حقيقة المضاربة عرفاً و شرعاً، فلا تشمله نصوص المضاربة، و لا دليل آخر على مشروعيتها، فلا يصح بعنوان المضاربة بمعنى عدم ترتب أحكامها. و أما صحته العقد بغير عنوان المضاربة، من سائر وجوه المعاملات، فلا- تبعد إذا كان مقصود المالك و العامل؛ لأنّه مقتضى عموم «تجارة عن

تراضٍ» كما أشار إليه في العروة بقوله: «و لو فرض صحته غيرها للعمومات كما لا يبعد، لا يكون داخلاً في عنوان المضاربة» (١).
وعليه يستحق العامل سهمه من الربح بمقتضى صحته العقد الثابتة بإطلاق «تجارة عن تراضٍ»، و بمقتضى عموم الوفاء بالشروط و
العهود الواقعة في ضمن العقود الصحيحة، لكنه ليس بعنوان المضاربة؛ لفرض خروجه عن حقيقته.

السّر في عدم جواز المضاربة بغير التجارة

و لعلّ السّر في اختصاص مشروعية المضاربة بالتجارة عدم اجرة مضبوطة في عمل التجارة، بخلاف سائر المكاسب من الحرف و
الصناعات مما فيه اجرة معينة عند أهل العرف، كما أشار إليه في التذكرة بقوله: «شرطه- يعنى العمل- أن

(١)- العروة الوثقى ٥: ١٥١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٧٩

...

يكون تجارة، فلا يصح على الأعمال، كالطبخ و الخبز و غيرهما من الصنائع؛ لأنّ هذه أعمال مضبوطة يمكن الاستيجار عليها، فاستغنى
بها عن القراض فيها، و إنّما يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستيجار عليه، و هو التجارة التي لا يمكن ضبطها و لا معرفة قدر العمل فيها،
و لا قدر العوض، و الحاجة داعية إليها، و لا يمكن الاستيجار عليها. فللضرورة، مع جهالة العوضين، شرع عقد المضاربة» (١).
و أمّا قوله: «يعمل بالمال مضاربة» و نحوه من التعابير الواردة في النصوص، فالمقصود من العمل بقرينة لفظ المضاربة هو خصوص
التجارة.

صدق التجارة إذا لم يباشر العامل غيرها

هذا كله لو لم نقل بصدق عنوان التجارة بمعناها الأخص عرفاً على الاسترباح بغيرها، فيما إذا لم يباشر العامل غير البيع و الشراء، و إلّا
يدخل في إطلاقات نصوص المضاربة و تترتب آثارها، و لو لأصالة عدم النقل لو شككنا في صدق عنوانها في عصر صدور الرواية،
بعد صدقه يقيناً في زماننا هذا.

و ذلك لما نرى الآن من إطلاق عنوان التاجر بمعناه المقابل لسائر الحرف و المهن على من يكون شغله شراء الأراضي و المعامل بمال
الغير و الاسترباح بطريق استخدام العمال و الأسباب و الآلات، من دون مباشرة للصناعة و الزراعة و غيرها من الحرف و المهن.
و عليه فيدخل الاسترباح بهذا الطريق في مفهوم التجارة بمعناها الأخص و يكون من مصاديق المضاربة، اللهم إلّا أن يدعى القطع
بخروج ذلك عن مفهوم المضاربة في ذلك الزمان، و لو بقرينة نصوص المقام المقتصرة على الاسترباح بالبيع

(١)- تذكرة الفقهاء ٢: ٢٣٣/السطر ١٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٨٠

...

و شراء عين مال القراض، لكنه مشكل، و لا سيما بعد احتمال كونه من باب ذكر ما هو الفرد الغالب الشائع- أعنى البيع و الشراء- في

هذه النصوص.

إثبات المطلوب بأصالة عدم النقل

ولكن بعد فرض صدق عنوان التجارة عرفاً أيضاً على الاسترباح بطريق شراء الأراضى و المعامل و الأسباب و الآلات و استخدام العمّال من غير مباشرة للزراعة و التجارة و البنائة و الصنعة و نحو ذلك في زماننا هذا، فإذا شككنا في دخول ذلك في حقيقة المضاربة في ذلك الزمان نشبهه بأصالة عدم النقل كما حررنا ذلك في محلّه من علم الاصول. فلا وجه لعدم شمول نصوص المضاربة لمثل ذلك، مع فرض أنّ العامل لا حرفه و لا مهنة له غير البيع و الشراء في نظر أهل العرف.

و حاصل الكلام: أنّ الأقوى صحّة المضاربة في الفرض المزبور؛ لصدق التجارة عن تراض و المضاربة عرفاً و شمول إطلاقات نصوص المقام له فتترتب آثارها شرعاً.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٨١

[أحكام المضاربة]

(مسألة ٣): الدرهم المغشوش إن كانت رائجة مع كونها كذلك تجوز المضاربة بها، و لا يعتبر الخلوص فيها

إشارة

(١). نعم لو كانت قلباً يجب كسرها و لم تجز المعاملة بها، لم تصحّ.

أحكام المضاربة

عدم اعتبار خلوص الدرهم الرائجة من الغش

(١) ١- و قد سبق الكلام آنفاً في بيان اعتبار كون رأس المال من الدرهم و الدينار و قلنا هناك: إنّ عمدة الوجه في ذلك هو الإجماع، و لكن نسب الخلاف إلى بعضهم كالأردبيلي و الكاشاني، مع خلوّ عبارات كثير من القدماء و المتأخرين عن هذا الشرط، مضافاً إلى كون معقد الإجماع في كلام الآخرين مجرد صحّة المضاربة بالدرهم و الدينار المسكوكين، لا عدم صحّة المضاربة بغيرهما، كما في الروضة و المفاتيح، بل في كلام القاضى في الجواهر، و هو أول من ادّعى الإجماع في المقام.

و مع ملاحظة هذه النقاط يشكل دعوى أصل الإجماع في المقام، فضلاً عن دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٨٢

(مسألة ٤): لو كان له دين على شخص يجوز أن يوكل أحداً في استيفائه

، ثمّ إيقاع المضاربة عليه موجباً و قابلاً من الطرفين. و كذا لو كان المديون هو العامل، يجوز توكيله في تعيين ما في ذمته في نقد معين للدائن، ثمّ إيقاعها عليه موجباً و قابلاً (١).

الإجماع التعبدى الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام. و لا دليل آخر في المقام غير الإجماع المدعى.

وقلنا هناك عدم اعتبار كون المال المضارب بها من الدرهم والدينار، بل إنّما المعتبر كونه من النقود والأثمان الرائجة. وأما بناءً على اعتبار كونه من الدرهم والدينار، فالوجه في عدم اعتبار خلوصهما من الغش - وهو الاختلاط بغير الذهب والفضة - صدق عنوان الدرهم والدينار على المغشوش ورواجه في السوق وتعارف التجارة، لفرض كونه من النقود الرائجة، نعم، لو كان الغش على نحو القلب؛ بأن لم يكن من النقود الرائجة بل بشكلها وهيئتها، لا إشكال في عدم صحة المضاربة بمثل ذلك؛ لعدم كونه من النقود الرائجة حينئذ.

جواز التوكيل في استيفاء الدين والمضاربة به بعد الاستيفاء

(١) ١- والوجه فيه صيرورة الدين بعد الاستيفاء عيناً، ولا إشكال في جواز المضاربة بالعين. وفي الحقيقة يكون حينئذٍ توكيلان. أحدهما: التوكيل في استيفاء الدين. والآخر: التوكيل في المضاربة بالمستوفى منه المتبدّل إلى العين، وإنّما يعقد الوكيل المضاربة على العين. فلا إشكال فيه بمقتضى القاعدة. دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٨٣

(مسألة ٥): لو دفع إليه عروضاً وقال: بعها ويكون ثمنها مضاربة، لم تصح

إشارة

إلا إذا وقع عقدها بعد ذلك على ثمنها (١).

هذا مضافاً إلى ظهور قول الصادق عليه السلام: «حتى تقبضه»

في معتبرة السكوني «١»؛ حيث لا خصوصية لكون القبض بيد المالك قطعاً، بل المقصود استحصال الدين وصيرورته عيناً بالقبض، سواءً كان بيد المالك أو الوكيل. فإنّه بعد إلقاء الخصوصية عن قبض المالك وجعل الغاية مطلق القبض - المتبدّل به الدين إلى العين - يتسع نطاق مفهوم الغاية في قوله عليه السلام: «حتى تقبضه» ويشمل مطلق القبض، سواءً كان بيد المالك أو وكيله أو المأذون من قبله. ويعبر عن هذا النوع من التسرية بإلقاء الخصوصية وتنقيح الملاك. وبذلك اتّضح أنّه لا فرق في ذلك بين كون المديون هو العامل أو غيره، وإنّما المهمّ تعيين ما في الذمّة وتبديله إلى العين بنقد معيّن رائج.

عدم جواز المضاربة بثمن المتاع قبل بيعه

(١) ١- والوجه في ذلك عدم دخول الثمن بذلك في ملك المالك ما لم يتحقّق البيع، وإنّما المحقّق حينئذٍ هو الإنشاء المعلق عليه، كما أشار إليه في الشرائع بقوله:

«لو قال بع هذه السلعة فإذا نصّ ثمنها، فهو قراض لم يصح؛ لأنّ المال ليس بمملوك عند العقد» (٢).
قوله: «نصّ ثمنها» أي تحوّل عيناً، كما في الصحاح وغيره.

(١) - وسائل الشريعة ١٩: ٢٣، كتاب المضاربة، الباب ٥، الحديث ١.

(٢) - شرائع الإسلام ٢: ١١٢.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٨٤

...

و قال في الجواهر في بيان وجه ذلك: «ضرورة عدم دخوله في الملك قبل وقوع البيع، على أنه مجهول، بل التعليق محقق، فلا إشكال في الفساد، خلافاً للمحكي عن بعض العامة من الجواز، فلا ريب في فساده» (١).

الفرق بين هذا الفرع و الفرع السابق

و الفرق بين هذا الفرع و بين التوكيل في استيفاء الدين و المضاربة بالمستوفى منه، أن عقد المضاربة هناك إنما ينشئه العامل الوكيل على العين المملوكة لموكله حين إنشاء العقد، بخلاف المقام. و ذلك لفرض عدم كون الثمن ملكاً للعاقده حين إنشاء عقد المضاربة؛ نظراً إلى عدم وقوع البيع بعد، حتى يملك صاحب المتاع ثمنه، كما قال في الجواهر.

دفع إشكاليين

و أما الجهل بمقدار الثمن فلا يضرّ بشيء بعد العلم بقابليته للتجارة به. و ذلك لما قلنا سابقاً من عدم اعتبار كون مال القراض معيناً و لا كونه معلوماً بالقدر أو الوصف.

أما إشكال التعليق فمبني على كونه مبطلاً للعقد. و تصويره في المقام أن إنشاء عقد المضاربة حينئذٍ من جانب مالك العروض معلق على حصول مال القراض و دخوله في ملكه بعد البيع.

أمّا وجه اعتبار دخول الثمن في ملك العاقده حين إنشاء عقد المضاربة أن المفروض كون الثمن مال القراض. و أن مال القراض من أحد الأركان الأساسية التي

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٢.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٨٥

(مسألة ٦): لو دفع إليه شبكة على أن يكون ما وقع فيها من السمك بينهما بالتصنيف - مثلاً - لم يكن مضاربة

إشارة

، بل هي معاملة فاسدة (١)،

بها قوام المضاربة. و مال القراض لا بد أن يكون ملكاً للعاقده أو يكون العاقده مأذوناً من قبل مالكة حتى تكون له سلطة شرعية على تمليك ربحه للغير؛ لأنّ الربح تابع للمال قبل انعقاد عقد المضاربة، فمن كان مالك المال يجوز له تمليك ربحه للغير.

حكم ما لو دفع آله الصيد بالحصة

(١) ١- قال في الشرائع: «و لو دفع إليه آله الصيد - كالشبكة - بحصه، فاصطاد، كان للصائد و عليه اجرة الآله» (١).

و علل ذلك في المسالك بقوله: «و ذلك لفساد المضاربة بمخالفة مقتضاها، فإن مقتضاها تصرف العامل في رقبه المال، و هنا ليس كذلك، و ليس بشركة، لأنه مركب من شركة الأبدان و غيرها، و لتمييز مال صاحب الشبكة، و لا بإجارة، و هو ظاهر. و حينئذٍ فالحكم

يكون الصيد للصائد مبنياً على عدم تصوّر التوكيل في تملك المباح، وإلا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد «٢». توضيح كلامه: أن وجه كون الصيد كله للعامل - رغم دفع الآلة إليه بالحصّة - فساد المضاربة المقصودة من دفع الآلة. وذلك لكون الدفع مبنياً على ما هو خلاف مقتضى المضاربة؛ لأن مقتضى المضاربة تصرف العامل في رقبه مال القراض بالبيع والشراء والتجارة. و لم يقع في مفروض المسألة شيء غير الاصطياد ولا

(١) - شرائع الإسلام ٢: ١١٢.

(٢) - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٧ - ٣٥٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٨٦

...

سبب لكون الصيد ملكاً لهما، إلا عقد الشركة. وإن عقد الشركة منتفٍ في المقام؛ حيث يعتبر في عقد الشركة اشتراك الطرفين في رأس المال على نحو الإشاعة أو حصول الامتزاج والاختلاط في مالهما. وفي المقام لا شركة بينهما في رأس المال، بل إنما هو لأحدهما. وإنما الشركة بحسب العمل من أحدهما والمال من الآخر، وهذا خارج عن حقيقة عقد الشركة. هذا مع تميز مال صاحب الشبكة وعدم امتزاجه بمال العامل، كما لا يكون من قبيل الإجارة؛ لفرض عدم تعيين اجرة الصائد. ومقصوده من الشركة في الأبدان هو الشركة في الأعمال، وهي أن يوقعا العقد على أن تكون اجرة عمل كل منهما مشتركة بينهما، أو يكون منفعة عمل كل منهما مشتركة بينهما، كما عرّفها بذلك صاحب العروة في المسألة الأولى من كتاب الشركة.

الضابطة في كون الصيد للصائد أو لهما

وأما قوله قدس سره: «و حينئذ»؛ أي بعد انتفاء المضاربة والشركة والإجارة. وعليه فما حكم به في الشرائع من كون الصيد بتمامه للصائد وعليه اجرة الآلة، مبنياً على عدم مشروعية التوكيل في حيازة المباحات؛ حيث وقع الخلاف في جواز التوكيل في حيازة المباحات، كما أشار إليه في الجواهر «١»، وقد أفتى السيد الماتن بجوازه «٢». وذلك لأن الصائد حينئذ قصد تملك الصيد لنفسه بالحيازة فهو له وعليه اجرة الآلة.

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣١٨ - ٣٢٢.

(٢) - تحرير الوسيلة ٢: ٤٠، المسألة ١٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٨٧

...

وأما بناءً على مشروعية التوكيل في حيازة المباحات وظهور كلام صاحب الشبكة في التوكيل أو حمله عليه، يكون الصيد لهما حسب ما نواه الصائد. وذلك لفرض كون اصطياده لهما حسب اقتراح صاحب الشبكة وقبول الصائد، فلا ينو الاصطياد لنفسه، وإلا لم يرض صاحب الشبكة بوكالته. ولأجل ذلك استبعد في ذيل كلامه المزبور، البناء على أن العامل لم ينو الحيازة ولا تملك الصيد إلا لنفسه؛ معللاً بأنه خلاف ظاهر

الحال. قال قدس سره: «و يبعد بناؤه على أن العامل لم ينو بالتمليك إلا نفسه، لأن ظاهر الحال دخوله على الشركة» (١).
 و عليه فعلى فرض عدم جواز التوكيل في حيازة المباحات، يكون الحكم بملكية الصيد كله للصائد مبيتاً على عدم تأثير التية في تملك المحوز و أن الحيازة سبب قهري للملك، و إن كانت بحاجة إلى تية أصل الملك؛ بأن لا يكون الحيازة لغرض آخر غير أصل الملك، كما وجه بذلك في الجواهر (٢) كلام صاحب الشرائع؛ حيث جمع بين كون المحوز كله للحائز - لو حاز لنفسه و لغيره - و بين التردد في افتقار المحيز في تملك المباح إلى تية التملك (٣)؛ بأن جزمه بكون ما نواه الحائز لغيره ملكاً لنفسه ظاهر في عدم تأثير التية في سببية الحيازة للملك، و لكن تردده في افتقار الحائز إلى تية التملك في تملك المباح لنفسه بالحيازة.
 ثم وجه ذلك في الجواهر (٤) بأن مقصود صاحب الشرائع في الفقرة الثانية من

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٧.

(٢) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٢١.

(٣) - نفس المصدر: ٣٢٠ - ٣٢١.

(٤) - نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٨٨

...

كلامه تية أصل التملك، و في الفقرة الاولى تية التملك لنفسه أو لغيره، فالتأثير لتية أصل التملك، لا لنفسه أو لغيره. هذا كله في توضيح كلام صاحب المسالك.

إشكال صاحب الجواهر على الشهيد

و قد أشكل عليه في الجواهر بإمكان القول بكون الصيد كله للعامل حتى على القول بمشروعية التوكيل في حيازة المباحات؛ لأن في المقام قد وقع إذن صاحب الشبكة في العقد الفاسد، فلا أثر له. و لا تجدى تية الشركة مع عدم إذن من يحوز له الحائز. فيكون المحوز كله له؛ لكفاية قصد الحيازة في دخول المحوز في ملك الحائز. و المفروض تحقق هذا القصد في العامل الصائد في المقام.

نقد تعليل صاحب الجواهر

و قد علل في الجواهر (١) عدم كون ذلك مضاربة بانتفاء شرطها.

و يرد عليه أن مقصوده من الشرط لو كان ما عبر عنه في المسالك (٢) بمقتضى المضاربة - و هو تصرف العامل في رقبه المال - كما هو الظاهر، أن التصرف في رقبه الشبكة و عينها يتحقق بنصبها في الماء و إخراجها منه حينما وقع فيها السمك، و المفروض صدور ذلك من العامل، فكيف لم يتصرف في رقبتهما؟!
 بل الشرط المنتفى في مفروض المسألة أمران:

أحدهما: كون المال المضارب به من النقود و الأثمان، كما سبق وجه اشتراطه آنفاً؛ نظراً إلى أنه ليست الشبكة من ذلك قطعاً.

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٨.

(٢) - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٨٩

...

ثانيهما: كون الاسترباح بطريق التجارة و ليس كذلك في المقام، لوضوح عدم كون الاصطياد تجارة. و الظاهر أن مقصود صاحب المسالك من التصرف في رقبه المال بيعه و شراؤه؛ لأنّ بهما يتحقق الاتجار، لا بغيرهما.

الفرق بين الربح الحاصل من المضاربة و الحيازة

ثم إنه قد يتوهم أن الصيد كله يكون للمالك بعد فساد عقد المضاربة؛ نظراً إلى تحكيم قاعده تبعية الربح للمال حينئذ. و فيه: أن قاعده تبعية الربح للمال و إن تقتضى كون الربح كله للمالك بعد فساد المضاربة، إلا أنها غير جارية في مثل المقام. و ذلك لاختصاصها بما إذا كان الربح حاصلًا بالتصرف في رقبه المال، بأن يقلبها و ينقلها و يتجر بها، لا أن يجعلها وسيلة و آله للحيازة، و كان الربح حاصلًا بالحيازة التي هي سبب مستقل قهري للملك.

الصيد من قبيل الربح الحاصل بالتجارة و بنقل رقبه المال، حتى يتبع المال في الملكية. بل هو من المحوز الحاصل من العمل. و ذلك لأنّ فعل الحيازة هو عمل العامل، و المحوز هو مولود عمله و أثره التابع له في الملكية و من هنا قالوا: إن الحيازة سبب قهري للملك. و عليه فالربح الحاصل من الحيازة تابع لعمل الحائز. و أمّا القاعده المزبوره فهي تختص بالربح الحاصل للمال ببيعه و شراؤه و الاتجار به.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٩٠

فما وقع فيها من الصيد للصائد بمقدار حصته التي قصدها لنفسه، و ما قصده لغيره فمالكيته له محل إشكال (١)،

(١) ١- أمّا ما قصده الصائد لنفسه من حصه الصيد فوجه ملكيته له، أن الصائد حازه لنفسه، و لا إشكال في كون الحيازة سبباً لملكية المحوز للحائز إذا حازه لنفسه. و أمّا ما قصده لغيره، فيتوقف ملكيته للغير على تأثير التية في سببية الحيازة للملك و على مشروعية التوكيل في حيازة المباحات. و لما كان في ذلك إشكال و خلاف قُرر في محله «١»، كان مالكية غير الصائد - و هو صاحب الشبكة - في المقام محل إشكال.

إشكال على السيد الماتن قدس سره

و لكن يرد على السيد الماتن أنه لما أفتى بجواز التوكيل في حيازة المباحات، ينبغي له أن يفتى هاهنا بكون الصيد لهما حسب ما نواه الصائد، كما قال في المسالك. اللهم إلا أن يقال: إن مفروض الكلام في هذه المسألة ما إذا لم يُحرز قصد التوكيل من صاحب الشبكة و ظهور كلامه المزبور في التوكيل أول الكلام.

لكن لا يبعد القول بظهور كلامه في التوكيل، فيكون ملكية الصيد لهما حسب نية الصائد مبتنياً على المبني.

نعم، هاهنا توجيه آخر لكلام السيد الماتن و هو عدم تأثير إذن صاحب الشبكة في جواز الاصطياد له. و ذلك لوقوعه في العقد الفاسد. و لا تجدى نية الشركة من جانب الحائز مع عدم إذن من يحوز له. كما سبق آنفاً إشكال صاحب

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٨ - ٣٢٢.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٩١

...

الجواهر بذلك على صاحب المسالك. ولكن هذا التوجيه وجيه فيما إذا لم نستظهر التوكيل من كلام صاحب الشبكة. نعم، لو فرضنا عدم كونه بصدد التوكيل يصح هذا التوجيه، كما هو ظاهر كلام الإمام قدس سره، ولذا لا يرد عليه الإشكال في المقام. هذا كله لو قلنا برجوع ضمير - الهاء - في «فمالكته» في كلام السيد الماتن إلى الغير، وهو صاحب الشبكة. وأما لو قلنا برجوعه إلى الصائد العامل - كما لا يبعد - فقد يوجه الإشكال في مالكية الصائد للحصة التي قصدها لصاحب الشبكة أنه لم يقصدها لنفسه، وحينئذ لو قلنا بأن الحيازة سبب قهري للملك بلا حاجة إلى تية التملك، تدخل تلك الحصة أيضاً في ملكه، وإلا فلا. فقد يوجه إشكال السيد الإمام في المقام بهذا الوجه.

وفيه: أن تية أصل الملك في مثل المقام موجودة عادة؛ لوضوح عدم غرض غير الملك للصائد الذي بصدد الكسب و تحصيل الربح والمال، ولو لم يقصدها لنفسه، ومن هنا لو سألته: لا أثر لتيتك للغير، فماذا تصنع بالحصة الأخرى؟ يجيبك من دون تأمل: هي لي؛ لعدم غرض آخر لي غير التملك والاكْتساب، فإني كاسب.

وذلك لأن عدم قصد التملك من الحيازة معناه كون الحيازة لغرض آخر كالتلذذ من نفس الصيد والسياسة والتفرج واللعب واللهو، كما قال في الجواهر «١» في توجيه كلام صاحب الشرائع. ولا ريب في عدم كون شيء من ذلك داخلاً في غرض الصائد في المقام. وحينئذ لا إشكال في كون الصيد كله للصائد بعد أن لم تكن الحصة الأخرى ملكاً لصاحب الشبكة.

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٢١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٩٢

و يحتمل بقاءه على إباحته، وعليه اجرة مثل الشبكة (١).

نقد توجيه بقاء حصّة صاحب الشبكة على إباحته الأصلية

(١) ١ - وجه احتمال بقاء حصّة صاحب الشبكة على إباحته الأصلية أن الصائد الحائز لم يقصدها لنفسه بلا حيازة حتى تدخل في ملكه، ودخولها في ملك صاحب الشبكة مبني على تأثير التية في سببية الحيازة للملك، وهو محل كلام وإشكال، كما سبق آنفاً. فإذا لم يتحقق سبب الملك يبقى الصيد على إباحته الأصلية.

وقد سبق عدم تمامية هذا التوجيه؛ نظراً إلى تحقق تية أصل الملك وإن لم ينو لنفسه؛ لعدم كون حيازته واصطياده لغرض آخر غير التملك. فلا إشكال حينئذ - أي بعد أن لم تكن الحصة الأخرى لصاحب الشبكة - في كون الصيد كله للصائد، كما قال في المسالك والجواهر وغيرهما.

وجه ضمان اجرة مثل الشبكة على العامل

أمّا ضمان اجرة مثل الشبكة على العامل فوجهه قاعدة الإلتلاف. وذلك لما ثبت في محله من دخول اجرة مال الغير في مصب هذه

القاعدة بلحاظ ما لها من القيمة و المالىة. و من هنا قلنا فى تحرير هذه القاعدة بضمان المنافع المستوفاه، بل و غير المستوفاه فى مجرى هذه القاعدة. و قد بحثنا عن ذلك مفصلاً فى كتابنا «مبانى الفقه الفعّال، قسم القواعد المعاملية»، فراجع.

و أما الإشكال بأنّ المالك أسقط احترام ماله باقتراحه الاصطيد بالشبكة إلى العامل، فلا ضمان على العامل، مدفوع بأنّ اقتراحه هذا لم يكن مجانياً، بل

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٩٣

...

إنّما كان بقصد الاسترباح، فإذا لم يحصل له ربح يثبت ضمان اجرة الشبكة على العامل.

و لكن فى المقام نكتتان لا ينبغى الغفلة عنهما:

إحدهما: أنّه بناءً على كون الصيد لهما لا وجه لاختصاص ضمان الاجرة بالعامل، بل على كلّ من المالك و العامل ضمان اجرة ما لآخر من العمل و المال. فكما أنّ العامل يضمن اجرة الشبكة للمالك، فكذلك المالك يضمن اجرة العامل، كما أشار إلى ذلك فى المسالك بقوله: «و حيث يكون الصيد لهما، فعلى كلّ منهما اجرة مثل الصائد و الشبكة بحسب ما أصابه» (١).

ثانيهما: أنّه فى الفرض المزبور لا وجه لدعوى انصراف إطلاق دليل قاعدة الإلتلاف إلى الاجرة الواقعة بإزاء ما استوفاه الصائد من منافع الشبكة لنفسه و عدم ضمانه للواقعة منها بإزاء نصيب صاحب الشبكة، كما قد يتوهم. و ذلك لعدم دفع المالك الشبكة إلى الصائد على وجه المجانية، غاية الأمر دفعها إليه مكتفياً على سهمه من الصيد فى عقد المضاربة أو الشركة أو التوكيل. فإذا لم يتحقّق شىء من هذه العقود تعود الشبكة إلى مالكة و على الصائد اجرة استعمالها.

و لا ينافى ذلك ملكية صاحب الشبكة لسهمه بناءً على تأثير تبيّه الحائز فى ملكية المحوز لغيره. و هذا الكلام يأتى بعينه فى ضمان صاحب الشبكة لأجرة مثل عمل الصائد.

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٩٤

(مسألة ٧): لو دفع إليه مالاً؛ ليشتري نخيلاً أو أغناماً على أن تكون الثمرة و النتاج بينهما، لم يكن مضاربة، فهي معاملة فاسدة

إشارة

(١) تكون الثمرة و النتاج لربّ المال، و عليه اجرة مثل عمل العامل.

فيما دفع مالاً بحصّة نماء ما يشتري به

(١) ١- و جّه الفساد فى الشرائع بأنّ مقتضى المضاربة الاشتراك فى الربح الحاصل من تصرّف العامل فى رأس المال. و فى مفروض الكلام لم يحصل الربح من عمل العامل، بل إنّما حصل من نماء ما اشتراه العامل بالمال المدفوع. و هكذا و جّه الفساد فى المسالك (١) و الجواهر (٢).

و حينئذٍ إذا فسد المضاربة لا بدّ من تحكيم قاعدة تبعية الربح للمال، فيدخل النتاج و الثمرة فى ملك صاحب المال. و عليه اجرة مثل عمل العامل؛ لأنّه السبب فى إلتلاف عمله. فيضمن اجرة مثله بمقتضى قاعدة ضمان الإلتلاف بالتسبب و قاعدة احترام عمل المؤمن.

و لكن تردّد صاحب الشرائع فى الفساد. و وجه ذلك فى الجواهر (٣) بوجهين:
أحدهما: وجه المنع و الفساد.

ثانيهما: وجه الجواز و الصّحة، ثم قوّى فى الختام وجه الفساد.

أمّا وجه الفساد، فهو تحكيم أصل الفساد بعد الشكّ فى تناول إطلاقات

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٤٦.

(٢) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٤.

(٣) - نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٩٥

...

الصّحة للمقام. و مراده من أصل الفساد أصل تبعية الربح للمال المقتضى لعدم استحقاق العامل شيئاً من الربح. و قد سبق بيان الإشكال فى هذه القاعدة، و انثلام هذا الأصل بإطلاق «تِجَارَةٌ عَنْ تِجَارٍ»؛ نظراً إلى تحقّق التجارة هاهنا عرفاً و حصول التراضى بالوجدان. و أمّا وجه الجواز و الصّحة، فحاصله: إمكان منع اعتبار تصرّف العامل فى مال القراض؛ بمعنى اشتراط حصول الربح بمحض عمل العامل. و ذلك لأنّ حقيقة القراض هو دفع المالك ماله و عمل العامل فيه، بحيث كان كلّ منهما سبب حصول الربح، من غير فرق فى الربح بين حصوله بالنماء الحاصل ممّا اشتراه العامل - كما فى مفروض المسألة - و بين حصوله بمجرد فعل العامل؛ إذ الربح فى مفروض الكلام مسبّب من فعل العامل الذى هو شراء ذى النماء.

و هذا الوجه وجيه، و إن كان بحاجة إلى تقريب يأتى فى بيان مقتضى التحقيق.

هذا حاصل ما يستفاد من كلام صاحب الشرائع و الجواهر فى توجيه فساد المضاربة و صحتها.

وجه فساد المضاربة و العقد

و الكلام فى المقام يقع تارة: فى صّحة المضاربة، و اخرى: فى صّحة أصل المعاملة فى نفسها، لا بعنوان المضاربة.

و الذى اختاره السيد الماتن قدس سره عدم تحقّق المضاربة و فسادها فى مفروض المسألة، بل فساد أصل المعاملة.

أمّا وجه فساد المضاربة فقد عرفت آنفاً من كلام صاحب الجواهر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٩٦

...

و أمّا فساد أصل العقد، فالوجه فيه عدم كون ما وقع مقصود المالك و عدم وقوع ما قصده؛ حيث إنّه قصد المضاربة؛ لأنّها ظاهر كلامه حسب الفرض فى المسألة المبحوث عنها فى المقام. و هى لم تقع؛ لفرض فسادها. و أمّا مطلق العقد أو التوكيل فى الشراء أو إجارة العامل و نحو ذلك، فلم يكن مقصوده، فما قصده المالك لم يقع و ما وقع لم يقصده، و إنّ العقود تابعة للقصود. و يمكن المناقشة فى كليهما.

أمّا فساد المضاربة فقد عرفت فى توضيح كلام صاحب الجواهر وجه المناقشة فيه، و سيأتى مزيد توضيح فى ذلك.

و أمّا فساد أصل العقد فممنوع بالأولوية بعد تصحيح عقد المضاربة. و من ذلك يعلم أنّ ما قصده المالك وقع فى الخارج. و أصالة

تبعية الربح للمال فقد سبق بيان اثلاثها بإطلاق «تِجَارَةٌ عَنْ تِرَاضٍ»، فلا تشمل ما إذا انتقل الربح إلى ملك الغير بسبب شرعى ثابت بالإطلاق المزبور؛ لفرض حصول التجارة عرفاً و التراضى بالوجدان.

مقتضى التحقيق في المقام

و مقتضى التحقيق في المقام: صحّة المضاربة في محلّ الكلام؛ نظراً إلى استناد حصول الربح إلى فعل العامل و حسن تدبيره الاقتصادي التجاري، و إلما قرب شراء يوجب الخسران على مالك المال، فإنّ انتخاب ماله قابلية النماء يحتاج إلى دقّة نظر و فكرة اقتصادية و تجربة تجارية حاصله لأهل الخبرة باكتساب الخبرة و الاطلاع، و بالممارسة في هذا الفنّ، و إنّ لذلك دوراً كبيراً في الاسترباح أكثر من دور العمل و الفعل الجوارحي الإنتاجي.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٩٧

...

فيمتّ بذلك هذان الركنان الأساسيان للمضاربة، و هما الربح و العمل. كما أنّه لا عمل في البين غير التجارة؛ نظراً إلى صدق التجارة على الشراء، فيصدق عرفاً حينئذٍ أنّ العامل استريح بالتجارة. و لا إجماع تعبدى في المقام كظائره.

فالأقوى صحّة المضاربة فيما إذا صدق على شراء النخيل و الأغنام و ما حصل من الثمرة و النتاج عنوان التجارة و الاسترباح بها في نظر أهل العرف كما لا يبعد. فإذا صدق ذلك عرفاً لا ريب في ترتب أحكام المضاربة، و أمّا لو لم يصدق عنوان التجارة و الاسترباح بها عرفاً يفسد المعاملة؛ لأنّ العقود تابعة للقصد، و ما قصده المالك لم يقع. كأن يصدق عرفاً عنوان الرعاية و الفلاحة و الصرافة و الزراعة و نحو ذلك من العناوين المغايرة للتجارة بمعناها الخاصّ المقصود في باب المضاربة. فتخرج المعاملة حينئذٍ عن عنوان المضاربة التي قصدها المالك.

و عليه لا- معنى لضمان اجرة مثل عمل العامل على المالك، كما لا يخفى على من لاحظ مقتضى المضاربة. و بعد تامة أركان المضاربة و صحّتها لا وجه لدعوى فساد أصل المعاملة، كما هو واضح، مضافاً إلى ما عرفت آنفاً من المناقشة في توجيه أصل هذه الدعوى.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٩٨

(مسألة ٨): صحّ المضاربة بالمشاع كالمفروز

إشارة

(١)، فلو كانت دراهم معلومة مشتركة بين اثنين، فقال أحدهما للعامل: «قارضتُك بحصّتي من هذه الدراهم»، صحّ مع العلم بمقدار حصّته، و كذا لو كان عنده ألف دينار- مثلاً- و قال: «قارضتُك بنصف هذه الدنانير».

صحّة المضاربة بالمال المشاع

(١) ١- و الوجه في ذلك أوّلاً: صدق المال- المفروض إعطاؤه في نصوص المقام- على المشاع عرفاً، كصدقه على المفروز عرفاً بلا فرق بينهما.

و ثانياً: عدم لزوم الغرر من ذلك؛ لارتفاع الجهالة الموجبة للضرر و الخسران بتعيين الحصّة و العلم بمقدارها. هذا مع ارتفاع الجهل

الناشى من الإشاعة قبل آن ورود العامل فى التجارة بإفراز سهمه المشاع، فيؤول إلى العلم التفصيلى بالمفروز. فلا يلزم من المضاربة بالمشاع؛ لأنه نوع من التعيين عرفاً، بعد ما كان مقدار المجموع معلوماً. و من هنا لا يتصور الغرر فى المقام، كما قال فى المسالك «١» و الجواهر «٢». هذا مضافاً إلى عدم خلاف فى ذلك كما قال فى الجواهر «٣». ثم إن الإشاعة تارةً: يكون بين المالك و بين العامل فلا بحث؛ لفرض رضا العامل بالتصرف فى سهمه، لأنه المتصرف بنفسه.

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٦.

(٢) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٨.

(٣) - نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٩٩

...

عمدة الكلام فى المال المشاع

و اخرى: تكون الإشاعة فى المال المشترك بين المالك و غير العامل، فحينئذٍ إذا كانت التجارة بالتصرف فى رقبه المال و عينه؛ بأن يشتري العامل المتاع بعينه أو بالكلى و لكن يؤدى الثمن بعين المال المشترك، فلا إشكال فى عدم جواز المضاربة بالمشاع بغير إذن الشريك؛ لفرض استلزام المضاربة حينئذٍ للتصرف فى مال الغير بدون إذنه. فالتجارة به تكون باطله فلا تصح المضاربة أيضاً. نعم، لو أنشأ المضاربة بالمشاع، و لكن لم يتصرف فى عينه؛ بأن يشتري العامل بالثمن الكلى و يؤدى بغير مال القراض بمقدار ما يعادل حصيه ذلك الغير الشريك من المشاع، يمكن تصحيح المعامله، و لكنه فرض نادر الوقوع، هذا مع الإشكال فى صدق عنوان المضاربة؛ نظراً إلى تقومه بالعمل فى مال القراض الذى هو ملك للمالك، هذا. و لكن لما كان مال القراض من النقود الرائجه، فالأمر سهل؛ لأنّ بإفراز النقد لا يتوجه أى ضرر و نقص على سهم الشريك. و حينئذٍ لا يشترط فى جواز الإفراز و مشروعيته إذن الشريك، و لا سيما فى النقود الرائجه فى هذه الأعصار؛ حيث لا فرق بين أوراق النقد و مسكوكاته إذا كانت من نوع و صنف واحد و كانت فى درجه واحده من حيث القيمة. دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٠٠

(مسألة ٩): لا فرق بين أن يقول: «خذ هذا المال قراضاً و لكلّ منّا نصف الربح»

إشارة

، و أن يقول ... «و الربح بيننا»، أو يقول ... «و لك نصف الربح»، أو ... «لى نصف الربح» فى أن الظاهر أنه جعل لكلّ منهما نصف الربح. و كذلك لا فرق بين أن يقول: «خذه قراضاً و لك نصف ربحه»، أو يقول ... «لك ربح نصفه»، فإن مفاد الجميع واحد عرفاً (١).

(١) ١- و الوجه في ذلك كله هو الظهور العرفي. فإنّ قوله: «الربح بيننا» و إن كان قابلاً لتقييد بالتثليث و التربيع و التخمس، إلّا أنّه ما لم يقَيِّده المالك ببيع، يكون ظاهراً في التنصيف عرفاً، كما في موارد الوصية و نحوها. فإنّ تملك شيء أو الوصية به لشخصين، ظاهرٌ في التنصيف بينهما، كما أنّ قوله: «نصف الربح لك» و «ربح نصفه لك» ظاهر في كون النصف الآخر للمالك، و كذا العكس فيما لو قال:

«نصف الربح أو ربح نصفه لي» و بهذا الظهور العرفي تخرج المضاربة عن الإبهام و التردد، و تصحّ.

نعم، يخطر بالبال مناقشة فيما لو قال المالك ...: « لك ربح نصفه». و ذلك لأنّ العامل لو ضرب نصف مال القراض بتجارة و نصفه الآخر بتجارة أخرى. و ربح في أحد النصفين بأضعاف الآخر يجوز له أخذ الربح الأوفر؛ استناداً إلى كلام المالك؛ حيث يصدق عليه أنّه ربح نصف مال القراض، و إن لا يصدق نصف ربح المال.

و الجواب: أنّ قول المالك: «.. لك ربح نصفه» لما كان ظاهراً في التنصيف على الإشاعة، فكلّ جزءٍ من المال يكون ربح نصفه له، لا ربح نصف خاصّ معيّن

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٠١

(مسألة ١٠): يجوز اتحاد المالك و تعدّد العامل

إشارة

(١) في مال واحد؛ مع اشتراط تساويهما فيما يستحقّان من الربح و فضل أحدهما على الآخر؛ و إن تساويا في العمل. و لو قال: «قارضتكما و لكما نصف الربح» كانا فيه سواء.

و كذا يجوز تعدّد المالك و اتحاد العامل؛ بأن كان المال مشتركاً بين اثنين، فقارضا واحداً بالنصف - مثلاً - متساوياً بينهما؛ بأن يكون النصف للعامل و النصف بينهما بالسوية و بالاختلاف؛ بأن يكون في حصّة أحدهما بالنصف و في حصّة الآخر بالثلث مثلاً، فإذا كان الربح اثني عشر، استحقّ العامل خمسة و أحد الشريكين ثلاثة و الآخر أربعة.

من مجموع المال. فإنّ القرينة الحالية الكاشفة عن ظاهر حال المالك و القرينة المقامية المبيّنة لكون المالك في مقام تنصيف مجموع الربح الحاصل من المضاربة، تعطى ظهوراً لكلام المالك و توجب انصراف إطلاق كلامه - الشامل لربح النصف المعين - إلى ربح النصف المشاع.

و أمّا إذا اكتفى المالك بقوله: «ولي نصف الربح» يظهر من صاحب الشرائع بطلان المضاربة. و وجه ذلك بكون النصف الباقي له بمقتضى قاعدة تبعية الربح للمال، من دون حاجة إلى التصريح بخلاف سهم العامل. و لكنّه مردودٌ بقرينة الحال و المقام و السياق، كما ردّه في الجواهر «١» بذلك.

جواز تعدّد المالك و العامل و لو مع التفاضل في الربح

(١) ١- قد صرح بجواز تعدّد كلّ واحد من المالك و العامل و اتحاد الآخر كثيرٌ

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٠٢

من فقهائنا، كما في التذكرة و التحرير و القواعد و جامع المقاصد «١» و مفتاح الكرامة «٢»، و لم يخالف فيه أحد. و الوجه فيه أولًا: انحلال عقد المضاربة بتعدد المالك إلى عقدين. فكما لو عقد كل واحد منهما عقداً مستقلاً مع عامل واحد، لا إشكال في صحّة العقد، فكذلك يصحّ فيما إذا عقد كلاهما عقداً واحداً مع عامل واحد بمال مشترك بينهما، كما علّل بذلك في مفتاح الكرامة بقوله: «و الوجه في ذلك ظاهر؛ لأنه يجوز للمالكين أن يضاربا عاملاً واحداً في عقدين، و بالعكس. فيجوز ذلك كله في عقد واحد؛ لأنّ عقد الواحد مع اثنين كعقدين» «٣».

و ثانياً: إطلاق نصوص المضاربة؛ حيث يشمل صورة تعدد كل من العامل و المالك، كما وجه بذلك في كلمات بعض الفحول. فإنّ هذا الإطلاق لا-ريب في ثبوته لنصوص المقام بحسب المتفاهم العرفي لمن له أدنى تأمل في مفادها؛ حيث إنّ المقصود فيها جنس المالك و العامل و لم يقيد بكونهما واحداً و الانصراف إلى الواحد لا صارف له عرفاً. و أمّا مقدار ما يستحقّه العاملان من الربح فهو تابع للاشتراط. و لو لم تتعين حصّة من الربح بالاشتراط، لا بدّ من تنصيف الربح بينهما و بين المالك أولًا، ثمّ التنصيف بينهما. و الوجه في ذلك إطلاق قوله عليه السلام:

«و الربح بينهما»

و ظهوره في التنصيف؛ كما سبق آنفًا.

و يمكن الاستدلال لتنصيف الربح بين العاملين، مع تساوى العمل بقاعدة

(١)- جامع المقاصد ٨: ٥٧.

(٢)- مفتاح الكرامة ٧: ٤٣٠.

(٣)- مفتاح الكرامة ٧: ٤٣٠ / السطر ٢٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٠٣

نعم إذا لم يكن اختلاف في استحقاق العامل بالنسبة إلى حصّة الشريكين، و كان التفاضل في حصّة الشريكين فقط، كما إذا اشترط أن يكون للعامل النصف و النصف الآخر بينهما بالتفاضل، مع تساويهما في رأس المال؛ بأن يكون للعامل السّنة من اثني عشر، و لأحد الشريكين اثنين و للآخر أربعة، ففي صحّته وجهان بل قولان، أقواهما البطلان (١).

العدل و الإنصاف؛ نظراً إلى سعة نطاق هذه القاعدة بحكم العقل. و من هنا قلنا: إنّ ما ورد من النصوص الخاصّة في الدرهم الودعي و نحوه إرشاد إلى حكم العقل أو إمضاء لسيرة العقلاء. و قد بحثنا عن مفاد هذه القاعدة و مدرّكها في كتابنا «مباني الفقه الفعّال»، فراجع.

بطلان المضاربة مع تفاضل الشريكين المتساويين في المال

(١) ١- و الوجه في البطلان أمران:

أحدهما: قاعدة تبعية المنفعة للمال، كما يظهر من بعض الأعلام «١». و عليها فمع فرض تساوى مال الشريكين، لا بدّ من تساوى الربح العائد إليهما، و إلّا تنقض القاعدة المزبورة. و إلى هذا الوجه يرجع تعليل صاحب العروة لذلك بقوله:

«لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوى المالكين أو تساويهما مع التفاوت في المالكين، بلا عمل من صاحب الزيادة» «٢».

و قد يشكل عليه بأنّ هذه القاعدة لا إشكال في نقضها و انكسارها في

(١) - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٦٦.

(٢) - العروة الوثقى ٥: ١٨٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٠٤

...

خصوص المضاربة؛ حيث دلت نصوصها على استحقاق العامل للربح، مع عدم كون المال له. والجواب: أن في مخالفة القاعدة لا بد من الاقتصار على المتيقن من مدلول النص الخاص. ولم يُحرز كون صورة تفاوت المالكين في استحقاق الربح مع تساوى المال داخلاً في نطاق نصوص المضاربة، فلا مناص من تحكيم مقتضى القاعدة الأولى في مفروض الكلام.

ثانيهما: ظاهر قوله عليه السلام:

«و الربح بينهما»

؛ حيث دل بظاهره على اعتبار تنصيف الربح بين العامل و المالك ما لم يشترط خلافه. و ما يختص بالمالك الآخر من الربح الزائد ينافي ذلك؛ لأنه بمنزلة الأجنبي بالنسبة إليه. وهذا الوجه جوابه واضح، كما قال السيد الحكيم «١». و ذلك لأن المفروض تنصيف الربح بين العامل و بين المالكين. و أما التفاضل في سهم المالكين فلا يضرب بذلك شيئاً، و ليس أحدهما أجنياً، كما هو واضح. فليس خارجاً عن مقتضى عقد المضاربة.

نقد ما نقله السيد الحكيم في المقام

نعم، نقل في المستمسك «٢» عن بعض الحواشى توقف صحة المضاربة في مفروض الكلام على كون عقد الشركة بين المالكين الشريكين مبيئاً على التفاضل في ما يستحقان من الربح بزيادة سهم أحدهما على الآخر. و ذلك لأن موضوع الاشرط المذكور في المقام إنما هو المالكان الشريكان؛ حيث إن أحدهما

(١) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣١٦.

(٢) - نفس المصدر: ٣١٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٠٥

...

مشروط له و الآخر مشروط عليه.

و لا يرتبط ذلك بالعامل حتى يكون الشرط المزبور واقعاً بين العامل و المالك في عقد المضاربة، فلا مساس له بأحكام المضاربة. و لكن هذا الكلام إنما يصح إذا كان اقتراح الشرط المذكور من جانب أحد المالكين إلى الآخر، و أمّا إذا كان من جانب العامل، كما لو لم يرض أحد المالكين بالمضاربة، إلما مع اشتراط زيادة سهمه من الربح، و لَمَا رأى العامل توقف انعقاد عقد المضاربة و الاسترباح على رضائه و حضوره، يقترح اشتراط ذلك إلى المالك الآخر في متن عقد المضاربة، و يقبله لاحتياجه إلى ذلك. فلا إشكال في كون الشرط حينئذ بين العامل و بين المالكين.

توضيح كلام صاحب العروة و نقده

و قد وجه الصحّة في العروة بقوله: «الأقوى الصحّة؛ لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه، فإنّ الأقوى جواز ذلك بالشرط، و نمنع كونه خلاف مقتضى الشركة، بل هو خلاف مقتضى إطلاقها» (١).

مقصوده أنّ اشتراط التفاضل في سهم المالين من الربح لا ينافي مقتضى عقد المضاربة؛ لأنّ مقتضاه أصل اشتراك المالك و العامل في الربح، و أمّا كون الاشتراك بالتنصيف بين المالين مع تساوى المال، فإنّما هو ثابت بمقتضى إطلاق عقد الشركة فيما إذا كان بينهما قبل المضاربة؛ حيث يقتضى الإشاعة في الشركة و سريانها في جميع أجزاء المال. و تقييد هذا الإطلاق بغير التنصيف لأجل اشتراطه، لا ينافي أصل عقد الشركة، بل إنّما ينافي إطلاقه، كما لا ينافي مقتضى عقد

(١)- العروة الوثقى ٥: ١٨٥-١٨٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٠٦

...

المضاربة، حتّى يقال إنّ شرط مخالف لمقتضى العقد.

و ردّه بعض الأعلام بأنّ الشروط في العقود إنّما هي نافذة إذا كانت مشروعّة في نفسها. و أمّا إذا كانت غير مشروعّة في نفسها- كما في المقام- لا نفوذ لها.

و علل لذلك بأنّ أدلّة نفوذ الشرط في العقود- كقوله:

«المؤمنون عند شروطهم»

- غير مشرّعة. و من هنا قيّد نفوذه بما إذا لم يخالف الكتاب و السنّة. و في المقام و إن لم يكن الاشتراط المزبور مخالفاً للكتاب، إلّا أنّه مخالف للسنّة الدالّة على تبعية المنفعة و النماء للمال.

مقتضى التحقيق

و لكن مقتضى التحقيق في المقام الصحّة، كما اختاره صاحب العروة. و ذلك لانصراف قاعدة التبعية إلى ما إذا لم يشترط صاحب المال أو لم يرتض بالاشتراط على خلاف مقتضاها، كما في المقام.

و ذلك لأنّ المتفاهم العرفي من أدلّة هذه القاعدة هو هذا المعنى؛ نظراً إلى أنّ المتفاهم عرفاً من دليل تبعية الربح للمال توسعه نطاق مالكية المالك، و أنّه مالك للربح التابع أيضاً، كما يملك المال المتبوع. و لازم ذلك توسعه سلطة المالك و شمولها للربح، فيدخل الربح في نطاق قاعدة

«الناس مسلّطون على أموالهم»

؛ لأنّ من له السلطة على شيء مسلّط على توابع ذلك الشيء، فكما أنّ لصاحب المال حقّ نقله و تملكه للغير بعقد أو شرط في ضمنه، فكذلك في توابعه من النماءات و الأرباح.

و بناءً على ذلك فاشتراط أحد المالين في ضمن عقد المضاربة كون حصّة من ربح ماله لشريكه؛ يكون على وفق ما هو المتفاهم عرفاً من قاعدة: «تبعية»

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٠٧

...

الربح للمال» و

«الناس مسلطون على أموالهم»

و لا يكون اشتراط ذلك مخالفاً للسنة و لا لمقتضى العقد.

هذا مضافاً إلى عدم دلالة رواية و لو ضعيفة على قاعدة التبعية المزبورة بإطلاقها نصاً أو مضموناً و لا صريحاً أو ظاهراً، بل إنما نسبتها في الحدائق إلى الشافعي. و إن كانت من المسلمات في الجملة، لكن لا على إطلاقها بنطاقها الواسع، بل السيرة العقلانية جارية على خلافها في المضاربة كما سبق.

و غاية ما يقتضيه هي تساوى بين المالك و العامل. و أما بين المالكين أو العاملين أنفسهما، فلا اقتضاء لعقد المضاربة له و لا دلالة لقوله عليه السلام:

«الربح بينهما»

على ذلك، حتى بالإطلاق.

و عليه فلا مانع من شمول إطلاق نصوص المضاربة لصورة التفاضل في حصية المالكين من الربح، مع تساويهما في المال و عدم عمل لمن له الزيادة.

هذا مضافاً إلى عموم قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»؛ حيث إن المفروض حصول التراضي بعقد المضاربة بهذا النحو، مع فرض تصنيف مجموع الربح بين العامل و بين المالكين، و لم يُنقض بذلك ظاهر قوله عليه السلام:

«و الربح بينهما».

فالحق في المقام مع صاحب العروة من صحه المضاربة حينئذ؛ وفاقاً لظاهر الأصحاب؛ حيث صرح به في الحدائق بقوله: «و إذا اتحد العامل و تعدد المالك، فلو بينا نصيب العامل من الربح؛ بأن جعل له نصف الربح، و لهما الباقي يكون بينهما على ما يشترطانه من التفاضل و التساوى، سواء كان على نسبة المالكين أم لا، و به أفتى في التذكرة» (١). و قد نسب خلاف ذلك إلى الشافعي؛ معللاً بقاعدة تبعية الربح للمال.

(١) - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٦٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٠٨

(مسألة ١١): المضاربة جائزة من الطرفين

إشارة

(١) يجوز لكل منهما فسخها؛ قبل الشروع في العمل و بعده، قبل حصول الربح و بعده، صار المال كله نقداً أو كان فيه أجناس لم تنض بعد،

قال قدس سره: «و نقل عن الشافعي المنع من التفاضل مع تساوى المالكين، و التساوى مع تفاضلها؛ لأن الربح يكون تابعاً للمال، فإذا

شرطاً له النصف كان النصف الآخر بينهما بالسوية، فشرط التفاوت فيه يكون شرطاً لاستحقاق ربح بغير عمل ولا مال» (١).
المضاربة عقد جائز

(١) ١- لا خلاف في كون المضاربة عقداً جائزاً، كما صرح به كل من تعرض لذلك من الفقهاء الفحول، فلا كلام في ذلك. و إنما الكلام في دليل ذلك، فاستدل لذلك تارةً بالإجماع، و أخرى: بأنه وكالة في الابتداء، ثم يصير شركةً و هما جائزان، و ثالثاً: بقصور أدلة اللزوم عن شمول العقود الإذنية. و لتفقيح الاستدلال نقول:

مقتضى القاعدة في العقود

مقتضى القاعدة في جميع العقود وجوب الوفاء؛ نظراً إلى عموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢)؛ حيث يدل على وجوب الوفاء بكل عقد؛ لأن لفظ «العقود»

(١)- الحدائق الناضرة ٢١: ٢٦٧.

(٢)- المائدة (٥): ١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٠٩

...

جمع محلي بالألف و اللام، و هو يفيد العموم. و من هنا تكون هذه الآية من أحد أدلة قاعدة أصالة اللزوم. و عليه فلا بد في الحكم بجواز عقد المضاربة من الخروج عن هذه القاعدة. و ذلك إما تخصيصاً بدليل، من إجماع، كما أشار إليه في الجواهر، أو تخصصاً بقريته صارفة لعموم الآية عن العقود الإذنية، فثبت قصورها عن الشمول لها، كما يفيد ذلك الوجهان الآخرا، و سيأتي بيانها.

دعوى الإجماع في المقام

أما الإجماع: فاستدل به في الجواهر؛ حيث قال- بعد دعواه-: «و هو الحجّة في الخروج عن قاعدة اللزوم» (١). و تبعه في ذلك السيد الحكيم؛ حيث قال- بعد رد الاستدلال بالأصل-: «و الدليل منحصر بالإجماع» (٢). و هذا الإجماع و إن لا إشكال في تحصيله؛ لعدم مخالف في البين، إلا أنه يشكل الالتزام بكونه إجماعاً كاشفاً عن رأى المعصوم عليه السلام من حيث الإجماع. و ذلك لأنّ الأصحاب بعد نفي الخلاف استدّلوا لذلك ببعض الوجوه الآتية. فلا يكون هذا الإجماع كاشفاً تعديداً عن رأى المعصوم عليه السلام، و دليلاً مستقلاً صالحاً للاستدلال به في المقام. و إن يشكل مخالفة مثل هذا الاتفاق الذي لم ينقل الخلاف فيه من أحد.

الاستدلال بأنّ المضاربة وكالة قبل ظهور الربح و شركة بعده

أما الوجه الثاني: فحاصله: أنّ عقد المضاربة وكالة في الابتداء و شركة

- (١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٠.
 (٢) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٦١.
 دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١١٠
 ...

بعد ظهور الربح. ولما كانت الوكالة والشركة كلتاهما من العقود الجائزة، فلا مناص من الالتزام بكون المضاربة أيضاً عقداً جائزاً. وهذا الوجه قد استدلل به العلامة في التذكرة؛ حيث قال: «قد بينّا أنّ القراض من العقود الجائزة من الطرفين كالوكالة والشركة، بل هو عينهما. فإنه وكالة في الابتداء، ثم يصير شركة في الأثناء. فلكل واحد من المالك والعامل فسخه، والخروج منه متى شاء. ولا يحتاج فيه إلى حضور الآخر ورضاه؛ لأنّ العامل يشتري وبيع لرب المال بإذنه، فكان له فسخه كالوكالة» (١).
 وممن استدلل بهذا الوجه هو الشهيد في المسالك؛ حيث قال - بعد نفي الخلاف في ذلك -: «ولأنّ وكالة في الابتداء، ثم يصير شركة، وهما جائزان أيضاً» (٢).

وقد تمسك بهذا الوجه جماعة من فحول الفقهاء - استدلالاً أو تأييداً - كصاحب الحدائق (٣) و صاحب الرياض (٤) وغيرهما. والنكتة الأصلية في هذا الوجه أنّ المضاربة من العقود الإذنية؛ لما لها من الأصل في الوكالة والشركة، وإنهما من العقود الإذنية. والعقود الإذنية كلها من العقود الجائزة. و مرجع هذا الوجه في الحقيقة هو الوجه الآتي. وسيأتي بيان السرّ في جواز العقود الإذنية.

المنافسة في الوجه المزبور

ولكن هذا الوجه بهذا التقريب قابل للمناقشة؛ نظراً إلى عدم كون المضاربة توكيلاً ولا شركة. وأما عدم كونها توكيلاً؛ فلأنّ الوكيل لا يستحقّ غير الاجرة،

- (١) - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٦ / السطر ٢٣.
 (٢) - مسالك الأفهام ٤: ٣٤٤.
 (٣) - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٠٤.
 (٤) - رياض المسائل ٩: ٧٢.
 دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١١١
 ...

بخلاف العامل؛ لاستحقاقه الربح كالمالك.

وأما عدم كونها شركة؛ فلأنّ الشركة إنّما هي في الأموال، لا في الأبدان ولا بينها وبين الأموال، كما قرّر في محلّه، بل المضاربة عقد مستقلّ مغاير لهما، ولها أحكام خاصة ثابتة بنصوصها الخاصة. نعم، هي كالوكالة والشركة من حيث إنّها من العقود الإذنية، فتكون مثلهما، لا أنّها عينهما.

وأما كونها من العقود الإذنية، وخروج العقود الإذنية من قاعدة أصالة اللزوم - الاستفادة من عموم «أوفوا بالعقود» - كلاهما دعويان لا بدّ من إثباتهما. وسيأتي في تقريب الوجه الثالث.

بيان قصور دليل لزوم الوفاء بتقريبين

أما الوجه الثالث: و هو قصور دليل لزوم الوفاء عن شموله للعقود الإذنية التي منها عقد المضاربة، فقد استدلل به بعض الأعلام «١». و لكن في بيانه خلل تعرفها من خلال البيان الآتي.

و يمكن بيان هذا الوجه بتقريبين:

أحدهما: أن من بين العقود عقوداً تسمى بالعقود الإذنية. و هي العقود التي ليست إلّا مجرد إذن من أحد المتعاملين و قبول من الآخر كالوكالة و العارية و الشركة و نحو ذلك. و في هذه العقود متى رجع الآذن من إذنه - بمقتضى سلطنته على ماله و التصرف فيه كيف شاء - ارتفع موضوع العقد و يتبعه ينتفى حكمه و ما يترتب عليه من الآثار لا محالة. و في هذه العقود، و إن لا يمكن إنكار التزام المتعاقدين بشيء، كما يظهر من

(١) - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٢٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١١٢

...

هذا العلم «١»، إلّا أن الملتزم به لما كان بذاته أمراً إذنياً جائزاً يفيد التزام المالك و العامل بآثار الجواز. و إن الوفاء أعم من اللزوم؛ لأنّ وفاء كل شيء بحسبه فإذا كان الملتزم به أمراً إذنياً بذاته، يكون معنى الوفاء بالالتزام عدم ثبوت حق الاعتراض للمالك على العامل في تصرفاته و نفوذ كل عمل يصدر من العامل في سبيل الاتجار و الاسترباح ما لم يرجع أحدهما عن التزامه بالفسخ، كما أن معنى التزام العامل بقبوله إذن المالك و اقتراحه و جوب القيام بالاتجار على النحو المتعارف؛ لأنه عهد في ضمن العقد لا ابتدائي، و لكنّه ما دام لم يرجع عن التزامه بالفسخ.

ثانيهما: أن وجوب الوفاء يتوقف على الالتزام بنحوٍ يوجب. و في المضاربة لم يلتزم أحدٌ من المالك و العامل بما يوجب لزوم العقد و دوام المضى عليه و عدم الرجوع عنه، بل مقتضى تقوّم عقد المضاربة بإذن المالك في التصرف في ماله و بإرادة العامل و عزمه على العمل، جواز الرجوع لكل منهما. و من هنا تكون المضاربة جائزةً من الطرفين.

و بعبارة أخرى: إن حقيقة الوفاء إنّما هي متصورة عرفاً فيما إذا تحقّق التزام يجعل به الملتزم شيئاً في عهده و يتعهد به، كالتزام البائع بكون المبيع ملكاً للمشتري، أو التزام الأجير بكون منفعة العين - المملوكة له - ملكاً للمستأجر. و في العقود الإذنية لم يلتزم العاقد الآذن بشيء يجعله في عهده و على عاتقه؛ لكي يوجب الوفاء به. و طبيعة الإذن و ماهيته تأبى عن جعله في العهدة و على عهده؛ لأنّ ذلك مزيل لسلطته على ماله. و الحال أن الإذن هو إعمال السلطة، لا إزالته. و هذا هو السرّ في انصراف عموم «أوفوا بالعقود» عن العقود الإذنية.

(١) - نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١١٣

...

و هذا الوجه بهذا البيان وجيه تام، لا غبار عليه، و إليه يرجع روح الوجه الثاني.

مقتضى جواز المضاربة من الطرفين

و مقتضى جواز عقد المضاربة من الطرفين جواز الفسخ لكل واحد منهما مطلقاً، قبل الشروع في العمل و بعده، قبل حصول الربح و بعده، إلا أنه فرق بين الفسخ قبل ظهور الربح أو حينه و بين الفسخ بعد ظهوره. و ذلك لأنّ الفسخ على الأوّل يوجب اختصاص الربح الحاصل بعده كلّه للمالك، و عدم استحقاق العامل إلاّ الأجره. و أمّا على الثاني يكون ما حصل من الربح قبل الفسخ بينهما بمقتضى المضاربة. و ما حصل من الربح بعده يكون كلّه للمالك و لا يستحقّ العامل بعد الفسخ إلاّ الأجره. نعم، في الصورة الثانية إنّما يؤثر الفسخ بالنسبة إلى العقود اللاحقة. و حاصل الكلام: أنّ فسخ عقد المضاربة بعد ظهور الربح ليس في حكم فسخه قبل ظهور الربح أو حينه؛ لكي يختصّ الربح كلّه بالمالك لأجل فسخ العقد و يستحقّ العامل الاجره، بل إنّما يؤثر بالنسبة إلى المعاملات المتأخّرة. و الوجه في ذلك واضح؛ ضرورة أنّ مقتضى صحّة عقد المضاربة و مشروعيتها، إمضاؤه من جانب الشارع. و معنى إمضاء الشارع لزوم ترتيب الأثر على مقتضاه. و مقتضى عقد المضاربة اشتراك المالك و العامل في الربح بمجرد ظهوره. فليس للمالك أن ينزع سهم العامل من يده بالفسخ، و إلاّ يكون إمضاء الشارع و حكمه بصحّة عقد المضاربة لغواً بلا أثر. و أمّا جواز الفسخ فمعناه ترتيب أثره من حين وقوعه. و لمّا وقع في مفروض دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١١٤

...

الكلام بعد ظهور الربح، يظهر أثره بالنسبة إلى التجارات المتأخّرة عنه. و من هنا لو كان الفسخ واقعاً قبل ظهور الربح لاختصّ الربح الظاهر بعد الفسخ كلّه للمالك و لم يكن العامل مستحقاً لشيء، إلاّ أجره المثل. و اتّضح بهذا البيان وجه عدم الفرق بين صيرورة مال القراض كلّه نقداً بعد التجارة، و بين أن يبقى عروضاً من غير نض؛ نظراً إلى صدق الربح على العروض عرفاً أيضاً كالنقد.

توجيه استحقاق العامل للأجره بفسخ المالك و نقده

أمّا استحقاق العامل مثل أجره العمل إذا فسخ المالك قبل ظهور الربح، فالوجه فيه قاعدة احترام عمل المسلم و قاعدة الإلتلاف بالتسيب. و ذلك لأنّ المالك هو السبب لإلتلاف عمل العامل بفسخه. و يردّه أنّ العامل مع علمه و اختياره أقدم على معاملة إذنية جائزة. و مقتضاه جواز الفسخ لكلّ من الطرفين مهما شاء. و أيضاً التزم العامل بمعاملة مبيّته على استحقاق الربح لو كان ربح و عدم استحقاقه شيئاً في صورة عدمه، فليست المضاربة مبيّته على الاجره كما في الإجارة و نحوها. و لا يستلزم عدم استحقاقه الاجره أن يكون إقدامه على المضاربة مجاناً تبرّعياً؛ لأنّه أقدم على معاملة تستتبع الربح غالباً، فلا يكون إقدامه تبرّعياً، بل يكون لطمع الربح لو حصل. و قد يدعى جريان سيرة العقلاء حينئذٍ على تضمين المالك لما أهدره من عمل العامل بالفسخ؛ حيث يرون عمله محترماً و يرون المالك سبباً لإلتلاف عمله.

فيجری قاعدتا الاحترام و الإلتلاف إذا كان مجراهما متحقّقاً في نظر العرف، و لا

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١١٥

بل لو اشترطا فيها الأجل جاز لكلّ منهما فسخها قبل انقضائه (١).

يرون العامل حينئذٍ مقدماً على إسقاط احترام عمله حتى تجرى قاعدة الإقدام في حقه. و لكنّه مجرد دعوى، و إثباتها على مدّعيها. و الذي نجده في وجداننا العرفي يقضى بخلاف ذلك. ثمّ إنّ لو توجه بفسخ كل من العامل و المالك ضرراً إلى الآخر، لا إشكال في كون الفاسخ ضامناً لذلك؛ لأنّه المسبب لإيراد الضرر على الغير بفسخه، بلا فرق بين العامل و المالك. و أمّا لو توجه ضرر إلى الفاسخ نفسه بفسخه، فليس على الآخر ضمان الضرر المتوجه إليه؛ لأنّه أقدم على نفسه بالفسخ، فقاعدة الإقدام تنفي الضمان عن الآخر حينئذٍ، كما هو واضح.

اشتراط الأجل في المضاربة

(١) ١- و الوجه في جواز الفسخ لكل منهما قبل انقضاء الأجل نفس الدليل على جواز عقد المضاربة. فإن مقتضى كونه من العقود الجائزة جواز الفسخ لكل من المالك و العامل في أيّ زمان.

صور اشتراط الأجل

و أما اشتراط الأجل و التوقيت فتارةً: يكون مع الإطلاق من غير تقييد بمنع التجارة بعد مضيّ الأجل، و اخرى: مع التقييد بذلك. كما قال في المفتاح: «توقيت المضاربة يقع مع الإطلاق و التقييد. فالإطلاق أن يقول: قارضتك على هذا المال دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١١٦

...

سنه، و التقييد أن يقول: قارضتك سنه، فإذا انقضت فلا تبع و لا تشتري، أو فبع و لا تشتري أو بالعكس» (١). و يظهر من جماعة من الفقهاء بطلان اشتراط الأجل، كما صرح به في «المفتاح»؛ حيث إنه بعد نقل كلماتهم، قال: «فقد تحصل من ظاهر كلامهم أنّ بعضاً يقول ببطلان الشرط في صورة التقييد و الإطلاق. و بعضاً يقول به في بعض صور التقييد. و بعضاً يقول به في صورة الإطلاق فقط. و بعضاً يقول ببطلان العقد و الشرط في بعض التقييدات و صحتهما في بعض التقييدات» (٢). و ظاهر كلماتهم أنّ اشتراط الأجل لَمَّا كان عرفاً بمعنى الالتزام بعدم الفسخ، يكون في قوة اشتراط لزوم عقد المضاربة. و من هنا وقع الكلام في أنه باطل بلحاظ مخالفته لمقتضى عقد المضاربة أم لا؟ كما سيأتي الإشارة إلى ذلك في كلام صاحب الشرائع و الجواهر و السيد الحكيم.

و يشهد لهذا التلقّي و التفسير لاشتراط الأجل ما جاء في المفتاح؛ حيث قال: «قد فسروا قولهم: لا يلزم التأجيل فيها؛ لا يصحّ اشتراط التأجيل فيها، و أنه لو شرط توقيتها لم يلزم الشرط، بأنه لا يترتب أثره عليه، و هو لزومها إلى أجل.

و هذا يقضى بأنّ ذلك يفيد اشتراط لزومها، فيكون كاشتراط لزومها إلى الأجل. و لو كان مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاص، ما صحّ لهم أن يقولوا فسد

(٢) - نفس المصدر/ السطر ٣٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١١٧

...

الشرط، و لا أن يقولوا لا يصح اشتراط الأجل، بل الواجب أن يقولوا- كما في المسالك-: صحّ العقد و الشرط. أمّا الشرط، ففائدته المنع من التصرف. و أمّا العقد، فلأنّ الشرط المذكور لا ينافيه «١». و قد استظهر المحقق المزبور من كلماتهم أنّهم فهموا و تلقّوا من اشتراط الأجل اشتراط عدم الفسخ و منعه.

نقد كلام السيد الخوئي

و يظهر من بعض الأعلام «٢» أنّه ليس بمعنى اشتراط عدم الفسخ، حتّى يكون الفسخ قبل انقضاء الأجل مخالفاً للشرط الواقع ضمن العقد فلم يجز، بل إنّما التأجيل بمعنى تحديد إذن المالك بالأجل و تقييد جواز التصرف به. و مقتضى ذلك إنّما هو ثبوت جواز عمل العامل و تصرفه في مال القراض إلى انتهاء زمان الأجل، و عدم جوازه بعد انتهائه؛ لانتفاء الإذن عندئذ.

و عليه فالثابت قبل انقضاء الأجل إنّما هو أصل جواز تصرف العامل في مال القراض، لا عدم جواز الفسخ؛ إذ لا ملازمة بينهما. و من هنا لا وجه لتوهم عدم صحّة التأجيل لأجل عدم صحّة اشتراط عدم الفسخ، كما قد يتوهم. هذا توضيح كلام بعض الأعلام. و فيه: أنّ اشتراط الأجل لو كان في كلمات الفقهاء بهذا المعنى، لم يكن وجهاً لدفع توهم عدم جواز الفسخ قبل انقضائه. فليس المقصود منه هذا المعنى، كما لم يفسره بذلك أحد.

(١) - مفتاح الكرامة ٧: ٤٢٧/ السطر ٤.

(٢) - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٢٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١١٨

...

ما ذا فهم الفقهاء من اشتراط التأجيل؟

بل إنّهم فهموا و تلقّوا من اشتراط الأجل للمضاربة و توقيتها إلى زمان معين؛ إمّا اشتراط لزومها و عدم ملكية فسخها قبل انقضاء الأجل، كما سبقت الإشارة إلى ذلك في كلام صاحب المفتاح. و سيأتي في كلام السيد الحكيم. و أمّا اشتراط عدم الإتيان بفعل الفسخ. فالمشترط حينئذٍ عدم فعل الفسخ، لا عدم جوازه المترتب على لزوم العقد، كما استظهره السيد الحكيم من عبارة الشرائع و القواعد؛ حيث قال: «و من ذلك تعرف أنّ الشرط المنافي لمقتضى العقد عندهم هو شرط لزوم المضاربة و عدم ملك الفسخ، لا مجرد شرط عدم الفسخ، الراجع إلى شرط الأجل في عبارة الشرائع و التوقيت في عبارة القواعد. فإنّه عندهم لا يلزم و لا يجب الوفاء به، لا أنّه مناف لمقتضى العقد، و لا أنّه مبطل للعقد» «١».

و على أيّ حال فاشتراط الأجل في المضاربة من جانب المالك أو العامل لا يفيد عرفاً أكثر من تحديد زمان المضاربة و توقيتها إلى

انتهاء زمان الأجل. و ليس معناه إلّا تحديد إذن المالك و توقيت جواز تصرف العامل في ماله إلى زمان الأجل و لا يقتضى ذلك، إلّا انتفاء الإذن و عدم جواز تصرف العامل في مال القراض بعد انتهاء الأجل.
و الظاهر أنّ مراد بعض الأعلام «٢» كون هذا المعنى ظاهراً من اشتراط الأجل عرفاً، رغماً لما تلقاه بعض الأصحاب منه.
كما يشعره كلام صاحب الجواهر؛ حيث إنّه- في ذيل كلام صاحب الشرائع- قال: «لو اشترط فيه الأجل لم يلزم العقد مدته على أحد منهما، فيصحّ

(١)- مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٦٢.

(٢)- المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٢٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١١٩

و لو اشترط فيها عدم الفسخ، فإن كان المقصود لزومها بحيث لا تنفسخ بفسخ أحدهما- بأن جعل ذلك كناية عن لزومها، مع ذكر قرينة دالة عليه- بطل الشرط دون أصل المضاربة على الأقوى (١)،

لكلّ منهما فسخه قبله» (١). فإن نفى لزوم العقد باشتراط الأجل و تجويز الفسخ معه- كما لاحظت في الشرائع و الجواهر- إنّما يصحّ إذا كان هناك قائل بتفسير اشتراط الأجل بنحو شرط النتيجة؛ أى عدم جواز الفسخ و كونه لغواً بلا أثر.
و هذا المعنى ظاهر من كلام صاحب الشرائع بقرينة المقابلة في قوله: «إن مرّت بك سنة- مثلاً- فلا تشتري بعدها و بع، صحّ عندنا؛ لأنّ ذلك من مقتضى العقد» (٢). فيعلم من كلامه هذا أنّ شرط الأجل ظاهرٌ في اللزوم و مخالفٌ لمقتضى العقد و باطلٌ. و لأجل ذلك حكم ببطلانه و أنّه لا يستتبع اللزوم.

اشتراط عدم الفسخ في المضاربة

(١) ١- إنّ اشتراط عدم الفسخ- كما قلنا آنفاً- تارةً: يكون على نحو شرط النتيجة. و المقصود منه حينئذٍ لزوم العقد و عدم انفساخه بفسخ أحد المتعاقدين. و إنّ اشتراط عدم الفسخ و إن لا يدلّ بظاهر لفظه على هذا المعنى، إلّا أنّه يجعل كنايةً على ذلك بنصب قرينة تدلّ عليه.

و اخرى: يكون المقصود منه اشتراط عدم فعل الفسخ، من غير أن يجعل ذلك كنايةً عن لزوم العقد و عدم انفساخه بالفسخ.

(١)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٤١.

(٢)- نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٢٠

...

فلو كان المقصود من اشتراط عدم الفسخ في عقد المضاربة المعنى الأوّل، لا- إشكال في فساد هذا الشرط. و ذلك لأنّه خلاف مقتضى عقد المضاربة؛ إذ المضاربة- كما قلنا- من العقود الإذنية المقتضية بذاتها جواز الفسخ لكلّ من الطرفين.
و أمّا بطلان العقد به فهو المشهور، كما قال السيد الحكيم «١» و قد تقدّم نصّ كلامه آنفاً.

الملاك في بطلان المضاربة باشتراط عدم الفسخ

و هل الملاك في بطلان عقد المضاربة بهذا الشرط هو البناء على فساد العقد بالشرط الفاسد، أو الملاك في ذلك وجه آخر مختص باب المضاربة؟

يظهر من السيد الماتن قدس سره الأول؛ حيث إنه لما بنى على عدم فساد العقد بالشرط الفاسد في محله «٢» - كما سيأتي كلامه - اختار هاهنا عدم فساد عقد المضاربة بفساد الشرط المزبور بقوله: «بطل الشرط دون أصل المضاربة على الأقوى». و لكن يظهر من السيد الخوئي خلاف ذلك؛ حيث إنه مع بناءه على عدم فساد العقد بالشرط الفاسد، أفتى هاهنا بفساد المضاربة. فإنه قد صرح بذلك في المنهاج بقوله: «الظاهر أن فساد الشرط لا يسرى إلى العقد المشروط فيه فيصح العقد و يلغو الشرط» «٣». و مع ذلك اختار هاهنا بطلان عقد المضاربة بهذا الشرط.

(١) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٦٢.

(٢) - البيع، الإمام الخميني قدس سره ٥: ٣٦٠.

(٣) - منهاج الصالحين ٢: ٤٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٢١

...

عدم فساد العقد بفساد الشرط

و يقع الكلام هاهنا في أمرين: الأمر الأول: في سراية الفساد من الشرط الفاسد إلى العقد. و هذه المسألة و إن كان محلّ البحث عنها كتاب البيع في أحكام الشرط، إلّا أنّه ينبغي الإشارة إلى ذلك بالمناسبة. و حاصل الكلام: أنّه وقع الخلاف بين الأصحاب في فساد العقد بالشرط الفاسد. و قد تعرّض في المفتاح «١» لذكر جماعة من الفقهاء - المؤلف و المخالف - في المسألة.

فمنهم من قال بعدم سراية الفساد إلى العقد و حكم بصحّته و اختصاص الفساد بالشرط، كما عن الشيخ في المبسوط و يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع و الآبي في كشف الرموز و أبي عليّ و القاضي و ابن زهرة و ابن المتوجّج، بل احتجّ في الغنية لصحّة العقد حينئذٍ بالإجماع.

و منهم من اختار سراية الفساد إلى العقد و حكم ببطلانه كالشرط، كما عن العلّامة و عن المهذب البارع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية، كما نقل عنهم في المفتاح «٢» و العجب من بعض الأعلام - على ما في تقريراته «٣» - أنّه جعل العلّامة و الشهيدين في عداد القائلين بصحّة العقد و عدم سراية الفساد إليه.

(١) - مفتاح الكرامة ٤: ٧٣٢.

(٢) - نفس المصدر.

(٣) - مصباح الفقاهة ٧: ٣٥١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٢٢

...

عمدة ما استدل به لسراية الشرط

و على أي حال فعمدة ما استدل به لسراية الفساد من الشرط الفاسد إلى العقد ثلاثه وجوه، كما يستفاد من تقارير بعض الأعلام «١». ١- أنّ للشرط قسطاً من الثمن في نظر المتعاقدين؛ لاهتمامهما بذلك، وهو الداعي إلى اشتراطه، وكذا في نظر أهل العرف. فإنّ الغرض المعاملي الباعث لاشتراط الشرط إنّما يتعلّق بما له دخل في ازدياد المالىة والاسترباح. و عليه فإذا صحّ الشرط لا إشكال في وقوع مجموع الثمن بإزاء مجموع المثلثين المقيد بالشرط.

و أمّا إذا فسد الشرط و لم يمض شرعاً لا ينتقل ما بإزاء الشرط من المالىة و القيمة إلى البائع قهراً. و حيث إنّ ما بإزائه من القيمة مجهول، يلزم من ذلك الجهل بمقدار الثمن الواقع في مقابل المبيع، فيبطل المعاملة لأجل الغرر. و اجيب عنه أولاً: بأنّ الشرط شيء خارج عن العوضين عرفاً، و لا يقع بإزائه - صحيحاً أو فاسداً - شيء من الثمن، بل إنّما يقع بإزاء ذات المبيع.

نعم، لا-ريب في كون الشروط موجبة لزيادة القيم و الرغبات في المعاملات، و لكنّه لا يعتبر مالاً عند أهل العرف. و من هنا لا يقع بإزائها المال عرفاً.

و أمّا إشكال الغرر فإنّما يأتي عند الجهل بمقدار العوض، دون ما هو خارج عن العوضين. و هذا الجواب يمكن المناقشة فيه بأنّه بعد قبول دخل الشرط المالى في الغرض المعاملي و رغبات الناس و ازدياد القيمة، لا إشكال في صدق عنوان الغرر

(١)- مصباح الفقاهة ٧: ٣٥٤؛ البيع، الإمام الخميني قدس سره ٥: ٣٦٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٢٣

...

عرفاً في صورة انكشاف فساد الشرط، و لا مناص من شمول أدلّة نفى الغرر لمصداق الغرر العرفي.

و لكن في سند نصوص نفى الغرر و عموميتها لغير البيع، كلامٌ مضى في أوائل هذا الكتاب.

و ثانياً: بأنّه على فرض اعتباره مالاً عند العرف- و لا أقلّ فيما تعلّق من الشروط بالمال- لا نسلم كون ما يقع بإزاء الشرط من الثمن مجهولاً، بل له قيمة المثل عند العرف. فإنّ حال الشرط حال الوصف، فكما أنّ للموصوف بالوصف قيمة و لفاقده قيمة اخرى نازلة عرفاً، فكذلك الواجد للشرط و فاقدته. فلا جهالة و لا غرر في البين، بناءً على كون شيء من الثمن بإزاء الشرط، و إن كان المبني باطلاً.

و ثالثاً: إنّ غاية ما يلزم من فساد الشرط- بناءً على أنّ له قسطاً من الثمن- تبعض الصفقة. فيصحّ العقد بالنسبة إلى ذات المشروط. كما لو باع خمراً و خللاً، أو شاهاً و خنزيراً بقيمة- يصحّ العقد في الشاه و الخلّ بما يخصّيهما من ثمن المثل و يفسد في الباقي، مع عدم معرفة ما يخصّهما من الثمن حين إنشاء العقد.

٢- أنّ التراضي المعتبر في المعاملات المشترطة معلق على تحقّق الشرط؛ حيث إنّ الشارط لا يرضى بالمعاملة المجزّدة عن الشرط. و

من الواضح أن المقيّد ينتفى بانتفاء قيده. فيكون العقد المجرد عن الشرط من قبيل التجارة لا عن تراض، وهو باطل؛ بدليل قوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١).
و اورد على هذا الوجه: أن الرضا المعاملى غير معلق عند الإنشاء على وجود

(١) - النساء (٤): ٢٩.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٢٤

...

الشرط فى الخارج، وإلا لكانت المعاملة باطلة، حتى على القول بصحة التعليق أيضاً. وذلك لفرض عدم حصول الشرط المعلق عليه التراضى حين الإنشاء دائماً، فيلزم انتفاء الرضا المعلق على الشرط؛ ضرورة انتفاء المعلق بانتفاء المعلق عليه. ولازم ذلك بطلان جميع العقود والإيقاعات بمطلق الاشتراط، بلا فرق بين الشروط الصحيحة والفاصلة، ولا بين القول بصحة التعليق وبين القول ببطلانه. ولما نشاهد بالواجدان عدم بطلان العقود والإيقاعات بالاشتراط، حتى مع عدم حصول الشرط بعد إنشاء العقد، نستكشف من ذلك عدم تعليق الرضا المعاملى على وجود الشرط فى الخارج، بل إنما علق على الالتزام بإيجاد الشرط. ولما كان الالتزام بذلك حاصلًا عند المعاملة و يتمكّن الملتزم من إيجاده حين الإنشاء، لا يكون من التعليق المبطل. وأما عدم إمضاء الشرط من جانب الشارع وفساده، فهو أمر آخر لا ينافى حصول الالتزام المعلق عليه الرضا، فلا يكون عدم إمضاء الشرط وفساده من أجل التعليق المبطل.

نعم، ربما يكون البائع بحيث لو علم بفساد الشرط لم يقدم على المعاملة المشروطة به، وإنما يقدم عليها لعلمه بصحة الشرط أو براءة إمضاء الشارع. ولكن كشف الخلاف حينئذ من قبيل تخلف الدواعى، وهو لا يستلزم بطلان المعاملة. مع أنه لم يلتزم أحد ببطلانها فى موارد تخلف الشرط. ولو كان البائع بحيث لو علم حين إنشاء العقد بأنّ البائع لم يعمل بشرطه، بل ولو احتمل ذلك، لم يقدم على المعاملة. والسرّ فى ذلك أنّ تخلف الدواعى خارجاً، لا ربط له بالرضا المعاملى المعلق على الالتزام بالشرط؛ نظراً إلى حصول المعلق عليه - وهو الالتزام - دائماً،

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٢٥

...

فكذلك المعلق، وهو الرضا المعاملى.

٣- أخبار بيع العينة (١)؛ حيث دلّت على بطلان بيع النسيئة مشروطاً ببيع المشتري المتاع - الذى اشتراه - للبائع ثانياً نقداً؛ حيث دلّت على بطلان البيع الأوّل لأجل اشتراطه بالبيع الثانى. وهذه الأخبار والبحث عن مفادها قد سبق مفصّلاً فى ذيل البحث عن حيل الربا فى كتابنا «دليل تحرير الوسيلة».

ولا بأس بذكر بعض هذه النصوص هاهنا.

فمنها:

خبر الحسين بن المنذر قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: يجيئنى الرجل فيطلب العينة فأشترى له المتاع مرابحة ثم أبيعها إياه ثم أشتريه منه مكانى قال عليه السلام:

«إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار، إن شئت اشترت وإن شئت لم تشتت فلا بأس». فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسدٌ

(١)- وقال في مجمع البحرين: «و العينُ بالكسر، السلعةُ. وقد جاء ذكرها في الحديث و اختلف في تفسيرها. وقال ابن إدريس في السرائر: العينُ معناها في الشريعة هو أن يشتري سلعةً بثمن مؤجل ثم يبيعها بدون ذلك الثمن نقداً ليقضى ديناً عليه، لمن قد حل له عليه ويكون الدين الثاني - وهو العينُ - من صاحب الدين الأول، مأخوذ ذلك من العين وهو النقد الحاضر. وقال في التحرير: العينُ جائزة. فقال في الصحاح: هي السلف. وقال بعض الفقهاء: هي أن يشتري السلعة ثم إذا جاء الأجل باعها على بائعها بثمن المثل أو أزيد. وفي الحديث عن أبي عبد الله عليه السلام: وقد سأله رجل زميل لعمر بن حنظلة عن الرجل يعين عينه إلى أجل فإذا جاء الأجل تقاضاه، فيقول: لا - والله، ما عندي، ولكن عيني أيضاً حتى أقضيك. قال عليه السلام: «لا - بأس ببيعه» ومنه تفهم المغايرة للمعنيين الأولين. مجمع البحرين ٦: ٢٨٨.

قال في المصباح المنير: «عينُ التاجر تعييناً، والاسم: العينُ - بالكسر - وفسرها الفقهاء بأن يبيع الرجل متاعه إلى أجل ثم يشتريه في المجلس بثمن حال ليسلم به من الربا. وقيل لهذا البيع عينه؛ لأنَّ مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً أو نقداً حاضراً». دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٢٦

...

و يقولون إن جاء به بعد أشهر صلح. قال عليه السلام: «إنما هذا تقديم و تأخيرٌ فلا بأس» (١).

ومنها:

خير خالد بن الحجاج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب، و أربحك كذا و كذا، قال عليه السلام: «أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ؟» قلت: بلى، قال عليه السلام: «لا بأس به إنَّما يحل الكلام، و يحرم الكلام» (٢).

ومنها:

صحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العين، فقلت: يأتيني الرجل فيقول: اشتر المتاع و أربح فيه كذا و كذا فأراوضه على الشيء من الربح فتراضى به، ثم انطلق فأشترى المتاع من أجله، لو لا مكانه لم أرد، ثم آتته به فأبيعه، فقال: «ما أرى بهذا بأساً، لو هلك منه المتاع قبل أن تبيعه إياه كان من مالك، و هذا عليك بالخيار إن شاء اشتراه منك بعد ما تأتته، و إن شاء رده فليست أرى به بأساً» (٣).

ومنها:

صحيح منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يتعين من الرجل عينه فيقول له الرجل: أنا أبصر بحاجتي منك فأعطني حتى أشتري، فيأخذ الدراهم فيشتري حاجته، ثم يجيء بها إلى الرجل الذي له المال فيدفعه إليه. فقال عليه السلام: «أليس إن شاء أشتري، و إن شاء ترك، و إن شاء البائع باعه، و إن شاء لم يبع؟» قلت: نعم، قال: «لا بأس» (٤) / قوله:

«ثم يجيء بها إلى آخره» ...

أى يجيء بها الرجل الذي اشتراها لصاحب الدراهم، فيأخذ صاحب الدراهم المال الذي اشتراه، ثم يدفعه إليه؛ أى يبيعه من طالب العين بأزيد من قيمة الشراء.

- (١)- وسائل الشيعة ١٨: ٤١، كتاب التجارة، أبواب العقود، الباب ٥، الحديث ٤.
 (٢)- وسائل الشيعة ١٨: ٥٠، كتاب التجارة، أبواب العقود، الباب ٨، الحديث ٤.
 (٣)- وسائل الشيعة ١٨: ٥١، كتاب التجارة، أبواب العقود، الباب ٨، الحديث ٩.
 (٤)- وسائل الشيعة ١٨: ٥٢، كتاب التجارة، أبواب العقود، الباب ٨، الحديث ١١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٢٧

...

و منها: صحيحه الآخر

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوباً بعينه، قال: ليس عندي هذه دراهم فخذها فاشتر بها، فأخذها فاشترى بها ثوباً كما يريد، ثم جاء به، أ يشتريه منه، فقال: «أ ليس إن ذهب الثوب فمن مال الذي أعطاه الدراهم؟» قلت: بلى، قال: «إن شاء اشترى، وإن شاء لم يشتري؟» قلت: نعم، قال: «لا بأس به» (١).

حاصل مفاد هذه النصوص أن من يحتاج إلى متاع و لم يكن عنده مبلغ يشتري به ذلك المتاع، يرجع إلى شخص و يقول له: اشتر لي ذلك المتاع و أنا اربحك. فيشتري الشخص ذلك المتاع بقيمة ثم يبيعه من طالب العينة نسيئاً بأكثر من تلك القيمة التي اشتراه. و بالمآل يأخذ طالب العينة المتاع و يصير مديوناً بأكثر من قيمته، و يستفيد ذلك الشخص الوسيط.

أو يريد الشخص الاقتراض، فيقول له المقرض: أبيعك هذا المتاع بألف درهم، فيبيعه المتاع بهذا المبلغ نسيئاً، ثم يشتريه منه بسبعمئة درهم. فيأخذ منه مريد الاقتراض سبعمئة درهم، و يعطيها القرض نقداً و لكن يبقى له في ذمة المقرض ألف درهم، فيربح بثلاثمئة درهم.

هذه النصوص تدلّ على صحّة البيع الأول ما لم يشترط بيع المتاع للبائع ثانياً. و قد دلّت بمفهوم الشرط على بطلان البيع الأول إذا كان مشروطاً بالبيع الثاني.

و فيه: أن الكلام في الشرط الفاسد. و شرط البيع الثاني - نقداً أو نسيئاً - في متن البيع الأول ليس بفساد قطعاً، كما هو واضح؛ لعدم كونه خلاف مقتضى العقد

- (١)- وسائل الشيعة ١٨: ٥٢، كتاب التجارة، أبواب العقود، الباب ٨، الحديث ١٢.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٢٨

...

الأول و لا- مخالفاً للكتاب و السنّة في نفسه. فلا بدّ من الاقتصار على مورد هذه النصوص في مخالفة القاعدة و عدم التعدّي عن موردها، لكون مفادها خلاف مقتضى القاعدة فيتعبّد بها في موردها. و الحكمة في مفادها أن في ذلك روح الربا و حقيقته. و هاهنا روايات اخر استدللّ بها لسراية فساد الشرط إلى العقد. و اجيب عنها في محلّه، و ليس هاهنا محل البحث عن ذلك. و في هذا المقدار كفاية.

و بهذا البيان اتّضح أن القول ببطلان عقد المضاربة باشتراط عدم الفسخ لا وجه له غير سراية الفساد من الشرط إلى العقد. و لما بنى السيد الإمام على عدم سراية الفساد إلى العقد «١»، اختار هاهنا عدم بطلان عقد المضاربة باشتراط عدم الفسخ مع قوله بفساد الشرط

نفسه.

الأمر الثاني: بطلان عقد المضاربة باشتراط عدم الفسخ في خصوص المقام لوجه مختص بالمقام. والظاهر أن المقام لا يختص بوجه خاص يصلح للاستدلال به على بطلان عقد المضاربة، غير ما سبق في الأمر الأول.

نقد كلام السيد الخوئي

و أمّا ما يظهر من السيد الخوئي «٢» في المقام من بطلان المضاربة لأجل عدم حصول المعلق عليه؛ وهو عدم الفسخ في الخارج لفرض جواز عقد المضاربة وعدم انقلابه لازماً بالاشتراط المزبور، وأن المالك إنما أذن بالمضاربة على تقدير

(١) - البيع، الإمام الخميني قدس سره ٥: ٣٦٠.

(٢) - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٧-١٨.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٢٩

...

عدم ثبوت ملك الفسخ؛ و حيث إنه ثابت بمقتضى ذات العقود الإذنية الجائزة، يستلزم ذلك عدم إذن المالك بالمضاربة. فهو راجع في الحقيقة إلى الأمر الأول من وجه الاستدلال على فساد العقد بفساد الشرط. ولكنه خلاف ما بنى عليه هذا العلم في محله «١»، من أن المعلق عليه في جميع موارد الاشتراط إنما هو الالتزام بإيجاد الشرط، لا حصوله خارجاً. و حيث إن المعلق عليه حاصل دائماً فالمعلق - وهو الرضا المعاملي - حاصل في مطلق موارد الاشتراط، و أن كشف الخلاف في موارد عدم تحقق الشرط من باب تخلف الدواعي، و لا ربط لذلك بعدم حصول المعلق عليه، حتى يستلزم بطلان العقد؛ لأن الذي لم يحصل في الخارج هو سلب الملكية و لزوم العقد. و أمّا الالتزام بكونه ممنوعاً عن الفسخ أمرٌ نفساني حاصل حين الاشتراط.

هذا مع أن عدم تحقق الفسخ في الخارج - الذي هو الغرض الأصلي من اشتراط سلب الملكية و القدرة على الفسخ - لا ينافي مقتضى ذات العقد الجائر، بعد ما كان اشتراط ذلك راجعاً إلى إعمال اختيار الفسخ؛ لأن معنى القدرة عليه أنه إن شاء منع نفسه من الفسخ و يلتزم بسقوط حق الفسخ عن نفسه. و عليه فاختيار المالك أو العامل سقوط حق الفسخ عن نفسه لا منافاة بينه و بين جواز عقد المضاربة، بل اشتراط سقوط حق الفسخ و حصول المعلق عليه بترك الفسخ مترتب على جواز عقد المضاربة؛ لأنه إعمال لاختياره على الفسخ، كما قلنا.

(١) - مصباح الفقاهة ٧: ٣٥٥-٣٥٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٣٠

و إن كان المقصود التزامهما بأن لا يفسخاها فلا بأس به، و لا يبعد لزوم العمل عليهما (١)،

لما إذا يجوز شرط الفعل دون شرط النتيجة؟

(١) ١- إن اشتراط عدم الفسخ في ضمن عقد المضاربة، كاشتراطه في ضمن أي عقد آخر تارةً: يكون على نحو شرط النتيجة؛ بأن

كان الشرط فيه عدم مالكيته للفسخ، فقد تقدّم الكلام فيه آنفاً، وعرفت ما هو مقتضى التحقيق فيه. و اخرى: يكون على نحو شرط الفعل بأن كان الشرط ترك الفسخ، فيلتزم المتعاقدان أن لا يفسخا العقد. و حينئذٍ لا إشكال في جواز هذا الشرط؛ حيث إنّه لا يسلب به مالكيّة العاقد للفسخ حتّى ينافى مقتضى المضاربة فيفسد لأجل ذلك. بل إنّما هو يوجب الالتزام بترك الفسخ خارجاً. و لا إشكال في جوازه؛ حيث إنّ مقتضى اختياره و قدرته على فعل الفسخ، فله إعمال قدرته على ذلك و هو على نحوين. أحدهما: إعمالها بعد إنشاء عقد المضاربة في أثناء عمل العامل. ثانيهما: إعمالها حين إنشاء العقد على نحو التزامه بترك الفسخ.

اللهم إلّا أن يقال: إنّ ذلك أيضاً يستلزم سلب قدرته على الفسخ، فلا فرق بينه و بين النحو الأوّل من الشرط بالمآل. و الجواب: أنّ هذا العارض، إنّما نشأ من إعمال قدرته و اختياره ترك الفسخ، و لكن ذلك كان موجّباً لسلب قدرته و زوال اختياره و مالكيته للفسخ من بدء انعقاد العقد. و من هنا ينافى مقتضى المضاربة.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٣١

و كذلك لو شرطه في ضمن عقد جائز (١) ما لم يفسخ،

لو وقع الشرط في ضمن عقد آخر غير المضاربة

(١) ١- ينبغي أن يكون مقصود السيد الماتن قدس سره من قوله «شرطه» شرط ترك فعل الفسخ، لا على نحو شرط النتيجة السالب لملك الفسخ، المفيد للزوم العقد.

فلا إشكال في جواز هذا الشرط في ضمن عقد جائز آخر غير المضاربة؛ لما عرفت آنفاً، و لعدم فرق بين كون الشرط في ضمن عقد المضاربة أو عقد آخر، كما لا فرق بين كون العقد الآخر عقداً جائزاً أو لازماً؛ لأنّ مقتضى التحقيق على ما ثبت في محله و جوب الوفاء بالشرط الواقع في ضمن مطلق العقود، لازمة كانت أو جائزة، ما دام لم يكن الشرط مخالفاً لمقتضى العقد، كاشتراط عدم الفسخ في العقود اللازمة؛ لأنّ عدم الفسخ موافق لمقتضى الزوم. نعم، لا يجوز اشتراط اختيار الفسخ في العقد اللازم؛ لأنه خلاف مقتضى لزوم العقد.

و من هنا يجب عدم الفسخ لأجل شرطه مطلقاً، سواء كان اشتراطه في ضمن عقد المضاربة أو عقد آخر، جائزاً أو لازماً. فالشرط نافذ و الوفاء لازم ما دام لم يفسخ العقد المشروط بترك فسخه؛ لأنه بفسخه أو انفساخه ينتفى المشروط. و لا معنى لبقاء الشرط عند انتفاء مشروطه.

و لكن لا يخفى عليك أنّ التفصيل السابق يأتي هاهنا أيضاً، فلا يصح شرط عدم الفسخ على نحو شرط النتيجة مطلقاً، سواء كان في ضمن عقد المضاربة نفسه أو عقد آخر جائز؛ لعمومية ملاك الفساد.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٣٢

و أمّا لو جعلنا هذا الشرط في ضمن عقد خارج لازم - كالبيع و الصلح و نحوهما - فلا إشكال في لزوم العمل به (١).

(مسألة ١٢): الظاهر جريان المعاطاة و الفضوليّة في المضاربة

إشارة

(٢)، فتصح بالمعاطاة، و لو وقعت فضولاً من طرف المالك أو العامل تصح بإجازتهما.

(١) ١- لزوم العمل بشرط عدم فسخ المضاربة في ضمن عقد آخر لازم ممّا لا إشكال فيه؛ نظراً إلى عدم تطرّق شبهة قصور أدلة الوفاء بالشرط عن شمولها للشرط الواقع في ضمن العقد الجائر.

و لكنّ التفصيل بين النحويين من الشرط ثابت هاهنا أيضاً؛ لما عرفت أنّاً من عدم الفرق في ذلك بين كون الشرط في ضمن عقد المضاربة نفسه أو في ضمن عقد آخر جائز أو لازم.

فإذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة يكون مخالفاً لمقتضى المضاربة مطلقاً.

و هذه المخالفة لا تنتفى بوقوع الشرط في ضمن عقد آخر جائز أو لازم.

(٢) ٢- يقع الكلام في مقامين.

أحدهما: جريان المعاطاة في عقد المضاربة.

ثانيهما: جريان الفضولية فيه.

جريان المعاطاة في المضاربة

أمّا جريان المعاطاة فقد تقدّم بعض الكلام فيه في أوّل الكتاب.

وقبل الورود في البحث عن ذلك ينبغي التنبيه على نكتة. و هي أنّ المعاطاة دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٣٣

...

في إيجاب المضاربة إنّما يتصوّر في الخارج بعد اقتراح العامل المضاربة إلى المالك و ذكر خصوصياتها و كيفية تقسيم الربح. فإذا تباينا على ذلك يعطى المالك المقدار المعين من المال إلى العامل، من دون التلّفظ بالصيغة. و كذلك القبول المعاطاتي من جانب العامل. و ما دام لم يتحقّق اقتراح من جانب العامل و لم يكن تباين بينهما على المضاربة، يشكل تصوير الإيجاب و القبول معاطاةً، كما أنّ الأمر كذلك في سائر العقود، و إن كان ذلك معلوماً بقربنة الحال و المقام في البيع و الشراء المعاطاتيين، من دون حاجة إلى تباين على حدة.

ثمّ إنّ الكلام يقع تارةً: في جواز الإيجاب بالفعل.

و اخرى: في جواز القبول به.

أمّا الإيجاب فيظهر من بعض الأصحاب المفروغية عن اعتبار اللفظ في إيجاب المضاربة و عدم جوازه بالفعل، كما يظهر من صاحب الجواهر و صاحب الحدائق؛ حيث يستفاد منهما اختصاص الخلاف في ذلك بالقبول. بل صرح في الجواهر بنفي الخلاف في ذلك؛ حيث قال: «و على كلّ حال فلا خلاف في اعتبار اللفظ في إيجاب عقدها» (١)، و إن استدللّ بوجوه لمشروعية المعاطاة في المضاربة.

و ممّن يظهر منه المفروغية عن عدم جواز الإيجاب بالفعل و اختصاص الجواز بالقبول، هو العلامة في التذكرة، و المحقّق الكركي في جامع المقاصد، و الشهيد في الروضة، على ما نقل عنهم في الجواهر و الحدائق (٢).

و خالف في ذلك جماعةً فجوّزوا إيجاب المضاربة بالفعل، كما نقل في

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٩.

(٢) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٩؛ الحدائق الناضرة ٢١: ٢٠٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٣٤

...

المفتاح «١» عن الكفاية و مجمع الفائدة كفاية كل ما دلّ على الرضا، من قول أو فعل. وقد مال إليه صاحب الجواهر و السيد الحكيم «٢» و اختاره صاحب العروة و السيد الخوئي «٣»، و السيد الماتن، كما عرفت منه في متن هذه المسألة.

تنقيح كلام صاحب الجواهر

فإنّ صاحب الجواهر بعد ما نقل عن الأصحاب اعتبار اللفظ في المضاربة و عدم مشروعية المعاطاة منها، أشكل عليهم بقوله: «و هو و إن كان موافقاً لأصالة عدم ملك العامل الحصية من الربح، إلّا أنّه مخالف لما دلّ على جوازها في البيع ممّا هو مشترك بينه و بين المقام و غيره من السيرة المستمرة، و صدق الاسم عرفاً و تجارة عن تراض، و نحو ذلك ممّا هو كاف في المشروعية، و في تخصيص نحو قوله عليه السلام:

«إنّما يحلّل الكلام، و يحزّم الكلام» «٤».

ثمّ استنتج من ذلك مشروعية المضاربة المعاطائية الفعلية، و إن لا تكون من قبيل عقد المضاربة، إلّا أنّه لا فرق بينهما من جهة ترتب الثمرة؛ و هي جواز الفسخ في كلّ من المضاربة المعاطائية و العقدية. فإنّه قال: «فالمتّجه بناءً على ذلك مشروعيتها كذلك، و إن لم يكن المركّب من الإيجاب و القبول الفعليين من عقدها، و عدم الثمرة المترتبة بين معاطاتها و عقدها لجواز الفسخ فيهما، لا ينافي الحكم بمشروعيتها على الوجه المزبور» «٥».

(١) - مفتاح الكرامة ٧: ٤٢٣ / السطر ٢٢.

(٢) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٤١.

(٣) - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٦.

(٤) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٨.

(٥) - نفس المصدر: ٣٣٩.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٣٥

...

ثمّ جعل معقد الاتفاق المدعى، اعتبار اللفظ في إيجاب عقد المضاربة و صرفه عن المضاربة المعاطائية. ثمّ جعل مقتضى التحقيق في ختام كلامه تحقّق المضاربة بالإيجاب و القبول الفعليين، أقصاه أنّه لا يكون عقد المضاربة. و ردّ دعوى إجماع الأصحاب على عدم مشروعية المضاربة المعاطائية بقوله: «لكن قد عرفت التحقيق إن لم يكن ثمّ إجماع بخلافه، و دونه خرط القتاد» «١».

و حاصل الكلام: إنّ الذى ادّعى صاحب الجواهر اتّفاق الأصحاب عليه، هو عدم صحّة المضاربة المعاطائية و أنّ الصحيح عندهم إنّما هو المضاربة العقدية المعبر فيها اللفظ، فلا تصحّ الفعلية منها عندهم.

و لكنّ الذى اختاره صاحب الجواهر نفسه، هو صحّة المضاربة المعاطائية الفعلية المتحقّقة بالإيجاب و القبول الفعليين، و إنّما يعتبر اللفظ في خصوص عقد المضاربة - المعبر عنه بالمضاربة العقدية اللفظية - دون المعاطائية منها.

مقتضى التحقيق في المقام

و مقتضى التحقيق جريان المعاطاء في المضاربة مطلقاً، إيجاباً أو قبولاً.

و الوجه فيه ما قرّر في محله من أدلة جريان المعاطاء في البيع. و هي ثلاثة:

أحدها: السيرة العقلانية المستمرة.

ثانيها: إطلاق آية «تِجَارَةٌ عَنْ تِجَارٍضٍ»؛ لصدق عنوان التجارة و المعاملة عرفاً على المضاربة المعاطية.

ثالثها: العمومات الدالة على مشروعية المضاربة؛ نظراً إلى صدق عنوان المضاربة على المعاطية منها عرفاً، بناءً على رأى المشهور في تعريف المضاربة،

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٣٦

...

من كونها دفع المال إلى الغير ليّجر به على أن يكون الربح بينهما.

و الفرق بين هذه الوجوه يظهر في ترتب آثار المضاربة و أحكامها بناءً على الوجه الأوّل و الثالث، و عدم ترتبها بناءً على الوجه الثاني، بل يصحّ أصل العقد بإطلاق تجارة عن تراض و يترتب الآثار بالشرط الضمني المبني عليه المعاطاء.

و الإشكال بأنّ عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» إنّما يشمل العقود الدارئة المعهودة في زمن المعصومين عليهم السلام؛ لأنّ اللام في «العقود» للعهد، فلا بدّ من إثبات كون المضاربة دارئة في تلك الأزمنة، و إلّا فيشكل الحكم بشمول إطلاق الآية لها.

مدفوع: بأنّ المستمسك في المقام هو إطلاق «تِجَارَةٌ عَنْ تِجَارٍضٍ» لا «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، لانصرافها عن العقود الإذنية، كما سبق. أمّا دعوى عهديه اللام فممنوعة؛ لعدم دليل على ذلك؛ لأنّ العهد الذكرى و الحضورى لا معنى له في الآية؛ لفرض عدم ذكر عقد قبلها و لا بعدها، كما لا معنى للحضور. و أمّا الذهني فمرجه إلى صلاحية غلبه الوجود لانصراف عموم الخطاب إلى الفرد الغالب، و ذلك ممنوع. و قد حرّرتنا ذلك مفصلاً في الجزء الثاني من كتابنا «بدائع البحوث» فراجع.

أمّا السيرة فلا ريب في جريانها و استقرارها مستمرةً على المعاطاء في البيع و الشراء و المضاربة و كثير من المعاملات، فيقصدون من المعاطاء عنواناً خاصاً من المعاملات و يرتّبون آثارها، و لم يرد من الشارع ما يردع هذه السيرة.

و هذه السيرة عقلانية، من دون خصوصية للمتشرعة، لكون المعاملة المعاطية ممّا جرت عليه سيرة العرف العام. و يكفي في حجيتها عدم ردعها من جانب الشارع، كما هو كذلك؛ حيث لم يرد من الشارع ما يدلّ على ردعها.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٣٧

...

صدق المضاربة على المعاطية

و أمّا صدق عنوان المعاملة، بل المضاربة على المعاطية منهما عند أهل العرف ممّا لا ريب فيه، و يشهد له الوجدان؛ حيث نراهم لا يشكّون في صدق عنوان المضاربة و البيع على المعاطية منهما.

و أمّا إطلاق «تِجَارَةٌ عَنْ تِجَارَةٍ»، فلا إشكال في شموله للمعاطاة بعد صدق عنوان التجارة عرفاً و حصول التراضى بين المتعاقدين بالوجدان؛ ضرورة أن المعيار في شمول إطلاقات الخطابات و عموماتها يدور مدار صدق موضوع الحكم و ما أخذ فيه من المتعلقات و القيود عرفاً.

و ذلك لأدّ موضوع الحكم و ما اعتبر فيه من المتعلقات و الخصوصيات لو كان من العناوين العرفية المحضّة و الوجدانيات يكون المعيار في صدقه نظر أهل العرف و شهادة الوجدان. و قد بينا أقسام الموضوعات و المتعلقات و ما يترتب عليها من الأحكام في الجزء الأوّل من كتابنا «بدائع البحوث».

و أمّا صدق التعريف، فلأنّ المشهور عرفوا المضاربة بدفع المال إلى الغير للتجارة، على أن يكون الربح بينهما. و هذا يصدق على المضاربة المعاطاتية بلا ريب؛ نظراً إلى أخذ الفعل في هذا التعريف، لا اللفظ و الصيغة. و أمّا أصالة الفساد في المضاربة؛ نظراً إلى قاعدته تبعية الربح للمال، فيكفي في معارضتها و انثلامها الوجوه المذكورة. و أمّا عدم الخلاف المدعى في الجواهر - مضافاً إلى ما عرفت من مخالفة جماعة من الفقهاء - فلا يكون حجّة تعبدية كاشفة عن رأى المعصوم عليه السلام، بعد تمسك الفقهاء بالوجوه المزبورة و نحوها. و من هنا لم يعتن به فحول المعاصرين.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٣٨

...

جريان الفضولية في المضاربة

إنّ الفضولية إمّا تكون من جانب العامل أو من جانب المالك.

أمّا الفضولية من جانب العامل، تارة: تقع في أصل عقد المضاربة. و ذلك بأن أنشأ الودعي أو الأمين أو الوكيل - غير المأذون في المضاربة - عقد المضاربة بمال صاحب الوديعة أو الأمانة أو الموكل فصولاً ثمّ أذنه المالك. و هذه الصورة هي مراد السيد الماتن قدس سره.

و اخرى: تقع من جانب العامل في التجارة و البيع و الشراء بمال القراض بعد تحقّق المضاربة و إنشائه من جانب المالك. و ذلك بأن شرط المالك شيئاً فتخلّف عنه العامل؛ كأن شرط المالك أن لا يُخرج مال القراض عن بلده، فأخرجه العامل و اتّجر به فصولاً في خارج البلد. أو وقت المالك وقتاً و اشترط أجلاً لعقد المضاربة و خالفه العامل فاتّجر بمال القراض بعد مضيّ الأجل فصولاً، و نحو ذلك من أنحاء صور مخالفة العامل للمالك بالعمل و التجارة بغير إذنه.

و إنّ ما يلي من رأى المشهور و الاستدلال في توجيه صحّة الفضولي لا يختصّ بصورة، بل يأتي في كلتا صورتين، و إن كان مقصود الفقهاء من جريان الفضولية في المضاربة، الفضولية في أصل المضاربة.

و على أيّ حال فالمشهور جريان الفضولية في أصل المضاربة، كما هو المشهور في البيع، كما صرح به في الحدائق «١». و لا إشكال في ذلك؛ لأنّ العقد الصادر فضولاً ينتسب عرفاً إلى المجيز بعد لحوق الإجازة منه. فيكون العقد عقد

(١) - الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٣٩

...

المجيز في نظر أهل العرف بالإجازة. فيترتب عليه آثار العقد، من غير فرق في ذلك بين الإجازة اللاحقة و بين الإذن السابق. فكما يصح إنشاء العقد بالإذن الصادر من المالك سابقاً و يترتب عليه الآثار، فكذلك العقد الواقع بإذنه اللاحق. و السرّ فيه أنّ ملاك صحّة العقد استناده و انتسابه إلى المالك في نظر أهل العرف، بأن يقال: وقع العقد بإذنه و إجازته، أو يستند عنوان البيع إليه و يقال: باع فلان ماله. و هذا الاستناد حاصل في كلتا صورتين - أي صورتى سبق الإجازة و لحوقها. و ذلك لاستناد العقد إلى المالك فيهما حقيقةً بلا عناية و مجاز.

تصوير الفضولي من جانب المالك

هذا كله في الفضولية من جانب العامل، و قد عرفت صورته. و أمّا من جانب المالك، بأن ينشئ المضاربة بماله لعامل ثم يقبلها نفسه من جانب العامل من دون اطلاعه و إذنه، ثم يخبره بذلك و يستأذن منه. فلو رضى العامل بما أنشأه المالك فضولاً و قبل الإيجاب الصادر منه، صحّ، و إلّا فلا. و أمّا إذا أنشأ المالك المضاربة لعامل آخر على عين مال القراض الذى أنشأ المضاربة عليه للعامل الأوّل، فهو في حكم فسخ المضاربة الاولى، و ليس من الفضولى، كما هو واضح. و الحاصل: أنّ أى وجه استدللّ به في مشروعية البيع الفضولى يأتي في المضاربة من غير فرق، و تفصيل هذا البحث موكول إلى محلّه. دليل تحرير الوسيطة - المضاربة، ص: ١٤٠

(مسألة ١٣): تبطل المضاربة بموت كل من المالك و العامل

إشارة

(١).

بطلان المضاربة بموت المالك و العامل

(١) ١- لا خلاف في بطلان المضاربة بموت كل من المالك و العامل، كما قال في الرياض «١»، بل ذلك من المسلّمات بين الفقهاء، كما قال في المستمسك «٢».

و الوجه في ذلك أنّ المضاربة من العقود الإذنية، و هى فى الحقيقة نوع من الوكالة. و مقتضى القاعدة فيها ارتفاع الإذن بموت المالك الموكّل و انتفاء الوكالة، فلا محالة تبطل المضاربة.

و بعبارة أخرى: تنتفى أهليته بالموت للإذن. و ذلك لانعدام الحياة و الشعور و لانتفاء مالكيته للمال بمجرد الموت.

و ينتقل مال القراض إلى ورثته. و مقتضى القاعدة حينئذٍ عدم ترتب آثار المضاربة من حين الموت ما لم يمضها الورثة و لم يجددوا العقد.

و أمّا العامل فبموته يرتفع موضوع إذن المالك و الوكالة؛ لاختصاص إذن المالك به، و ليست المأذونية فى التجارة حقّاً ثابتاً للعامل حتّى ينتقل بعد موته إلى ورثته، كما لا تنتقل الوكالة بموت الوكيل إلى ورثته.

(١)- رياض المسائل ٩: ٨٣.

(٢)- مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣١٨.

دليل تحرير الوسيطة - المضاربة، ص: ١٤١

و هل يجوز لورثة المالك إجازة العقد فتبقى بحالها بإجازتهم أم لا؟ الأقوى عدم الجواز (١).

هل يجوز لورثة المالك إجازة عقد المضاربة؟

(١) ١- قال في الشرائع: «و لو مات ربُّ المال و بالمال متاع فأقره الوارث، لم يصحَّ؛ لأنَّ الأوَّل بطل، و لا يصحَّ ابتداءً القراض بالعروض» (١).

تحرير ذلك على ما في الجواهر (٢) أنه لو مات المالك المضارب و اختلط مال القراض بالأمته و السَّلَع فأبقاه الوارث؛ بأن أجاز عقد المضاربة- الذي أنشأه المالك الميت حال حياته- لم يصحَّ هذا الإبقاء و لا أثر لإجازة الوارث. و علَّل ذلك بأنَّ الإجازة إنما تصحَّ و تنفذ إذا كان متعلقاً بالإجازة تحت سلطته المجيز. و في مفروض الكلام لم يكن مال القراض حال إنشاء عقد المضاربة ملكاً للوارث و لا تحت ولايته. فلا يتطرق الفضولي بالنسبة إلى الوارث الذي لا علقه له بالمال حال العقد بأي وجه من الوجوه، كما أشار إليه في الجواهر بقوله: «و ليس هو فضولياً بالنسبة إلى الوارث الذي لم يكن له علقه بالمال حال العقد بوجه من الوجوه... و حينئذٍ فالمدار في الفضولية كون المعقود عليه حال العقد للغير، و لكنَّ الفضولي أجرى العقد عليه، بخلاف نحو المقام الذي هو للمالك، و لكن بالموت ينتقل عنه إلى وارثه. فليس هو في

(١)- شرائع الإسلام ٢: ١١٢.

(٢)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٢.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٤٢

...

عقده على ماله فضولاً عن الغير الذي لا مدخليه له حال العقد» (١).

و أما إنشاء عقد القراض من الوارث ابتداءً و استينافاً، فلا يصحَّ في مفروض الكلام؛ لفرض امتزاج مال القراض بالعروض و المتاع، بل لا يصحَّ حينئذٍ حتى بالنسبة إلى النقد الممتزج في مال القراض؛ لعدم العلم بمقداره في فرض عدم تمييزه بسبب الخلط بالعروض.

نقد كلام صاحب العروة

لو كان مال القراض ناصباً؛ بأن كان بتمامه نقداً يصحَّ استيناف عقد المضاربة و تجديده من جانب الوارث.

هذا تحرير كلام المحقق و صاحب الجواهر في المقام.

و قد عرفت أنَّ محلَّ الكلام في المقام إنما هو في إجازة الوارث بعد الموت لا في حال حياته. و عليه فلا يصحَّ ما قال في العروة في توجيه تأثير إجازة الوارث:

«لكن يمكن أن يقال: يكفي في صحَّة الإجازة كون المال في معرض الانتقال إليه و إن لم يكن له علقه به حال العقد، فكونه سيصير له كاف» (٢)؛ ضرورة أنَّ الكلام في إجازة الوارث بعد موت المالك، لا في حال حياته. فكون مال القراض في معرض الانتقال إليه و كونه سيصير له، إنما هو متصوّر حال حياة المورث و أجنبي عن موضوع الكلام و مفروض المسألة بالمرّة.

و إن يمكن تصحيح المضاربة السابقة حينئذٍ بإذن الوارث و إجازته حال حياة المورث بعد موته؛ بأن كان متعلق الإذن بإبقاء العقد

السابق بمجرّد موت المورث.

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٢ و ٣٦٣.

(٢) - العروة الوثقى ٥: ١٨٧.

دليل تحرير الوسيطة - المضاربة، ص: ١٤٣

...

و ذلك لأنّ الوارث مالك للمال بجعل الشارع في أوّل آن حدوث الموت. و المفروض صدور الإجازة منه سابقاً، فيمكن تصحيح الإجازة و إنفاذها حينئذٍ؛ لعدم كون العقد خالياً عن إذن مالك المال في آن. و على أيّ حال فقد استدلّ في المقام لعدم تأثير إجازة الوارث بوجوده:

بيان الوجوه المستدلّ بها لعدم نفوذ إذن الورثة

أحدها: ما يستفاد من كلام صاحب الشرائع من عدم قابلية العقد للإبقاء بعد بطلانه بمجرّد موت المالك؛ إذ المالك أحد أركان العقد كالعامل، فإذا مات بطل العقد. و لا يمكن إبقاء العقد صحيحاً بعد بطلانه، و لا تأثير لإجازة الوارث في تصحيح العقد الباطل. و هذا الوجه متين لا غبار عليه.

ثانيها: ما يفهم من كلام صاحب الجواهر، من عدم تطرّق الفضولية و لا صحّة الإجازة اللاحقة في العقود، إلّا إذا تعلّقت بما كان تحت سلطة المجيز و ولايته. و لا ولاية في المقام للوارث في مفروض الكلام على ما تعلّقت به إجازته - و هو التصرف في مال المالك حال حياته، حين إنشاء عقد المضاربة - كما هو واضح. و هذا الوجه أيضاً متين جداً لا غبار عليه.

ثالثها: ما يستفاد من كلام السيد الحكيم «١». و حاصله: أنّ الإجازة لا يصحّ إلّا بشرطين، أحدهما: إنشاء العقد من غير الولي. ثانيهما: صدور الإجازة اللاحقة ممّن له الولاية على العقد. فإذا أنشأ العقد من لا ولاية له على العقد فضولاً، ثمّ أجازته الولي يصحّ بذلك العقد الفضولي. و ليس مفروض الكلام من هذا القبيل، بل عكس ذلك؛ لأنّ عقد المضاربة إنّما أنشأه المالك الذي له الولاية على العقد. و المجيز هو

(١) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣١٩ - ٣٢٠.

دليل تحرير الوسيطة - المضاربة، ص: ١٤٤

...

الوارث الذي لم يكن له ولاية على العقد حين الإنشاء و لم تحدث له ولاية بعد الموت على العقد الواقع حال حياة المالك. هذه الوجوه الثلاثة في غاية المتانة لا غبار عليها.

رابعها: ما يستفاد أيضاً من كلام السيد الحكيم «١». و حاصله: أنّه إن أريد إجازة العقد بلحاظ الحدوث كما في العقد الفضولي، فالعقد لا - قصور فيه من هذه الجهة حتّى يحتاج إلى الإجازة اللاحقة. و إن أريد إجازته بقاءً، فالبقاء ليس مقصوداً للمجيز و لا ممّا يقبل الجعل؛ لعدم ولاية للوارث على ذلك، كما أشار إليه في الجواهر.

وفيه: أن مقصود المجيز لا إشكال في كونه تصحيح المضاربة الصادرة من المالك الميِّت بقاءً؛ لعلمه بعدم سلطه ولا ولاية له على أموال المالك المورث حال حياته، بل لما يرى انقطاع العقد بموته، يقوم بصدد إبقائه واستمراره بالإجازة، فكيف لا يكون الإبقاء مقصوداً للمجيز؟! نعم، عدم قبول الإبقاء للجعل لعدم ولاية الوارث على ذلك وجه آخر اشير إليه في الوجه الأول. ولا ينافي ذلك ما تقدم آنفاً من كون متعلق الإجازة العقد المنشأ حدوثاً؛ لأنه مقتضى القاعدة في إجازة الفضولي، إلا أن الوارث إنما يكون بصدد إبقاء العقد بعد موت المالك، ويريد أن يسد بالإجازة عن عروض الانقطاع و بطلان العقد بموت المالك حتى يستمر أثر عقد المضاربة بعد موته.

مقتضى التحقيق

فتحصّل أن مقتضى التحقيق في المقام أنه لا يجوز لورثه المالك إجازة عقد المضاربة بعد موته. ولو أجازوا لا أثر لإجازتهم في تصحيحه.

(١) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٢١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٤٥

(مسألة ١٤): العامل أمين

إشارة

، فلا ضمان عليه لو تلف المال أو تعيب تحت يده، إلا مع التعدّي أو التفريط (١).

نعم، يجوز لهم إنشاء عقد المضاربة للعامل السابق استينافاً إذا كان مال القراض نقداً بتمامه من غير امتزاج بالعروض. وأما في صورة الامتزاج فلو أنشأ الوارث عقد المضاربة، لا تبعد الصحّة بالنسبة إلى النقود؛ نظراً إلى انحلال العقد بالنسبة إلى أجزاء مال القراض كما في بيع الشاة والخنزير، وأما الجهل بمقدار النقد الممتزج، فلا يضرّ بصحّة المضاربة بعد إحراز قابليته للتجارة به، كما قلنا سابقاً.

لا ضمان على العامل إلا مع التفريط والتعدّي

(١) ١- يقع الكلام هاهنا تارةً: في كون العامل أميناً.

و اخرى: في عدم ضمان الأمين على نحو الكبرى الكليّة.

و ثالثة: فيما دلّ بالخصوص على عدم ضمان العامل في المضاربة من غير تفريط أو تعدّد و خيانه.

و رابعة: في ضمانه بالتعدّي أو التفريط.

وقبل الشروع في البحث ينبغي التنبيه على نكتة في عنوان هذا البحث.

الفرق بين التعدّي و التفريط و الخيانه

وهي أن ظاهر الشرائع أن الخيانه هي التعدّي؛ حيث قابل بين التفريط و الخيانه بقوله: «إلا عن تفريط أو خيانه». بل صرح في المسالك باتّحاد لفظي الخيانه و التعدّي في المفهوم؛ حيث قال: «المراد بالخيانه ما يعبر عنه في نظائره بالتعدّي، فإن استعمال شيء من أموال

القراض و أكله على غير وجهه و إنفاقه كذلك

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٤٦

...

يقال له خيانه للمالك و تعدد للحد الذي قرره الشارع. و الفرق بينهما و بين التفريط أن التفريط عدمي، و هو ترك ما يجب فعله، و هما وجوديان، لا اشتراكهما في فعل ما يجب تركه» (١).

و لكن قابل في العروة بين الثلاثة «٢» بعطفها بأو. و قد استظهر السيد الحكيم من الاستعمالات العرفية أن الخيانه أعم من التعدى و التفريط؛ نظراً إلى صدقها عرفاً على كل منهما. و هو الأصح؛ لفرض كون كل من التعدى و التفريط عن عمد و تقصير، بل يصدق الإتلاف عن عمد على كل منهما. و لا ريب في صدق عنوان الخيانه على إتلاف المؤمن مال الغير و تضييعه عن عمد و تقصير. و إن في صدق عنوان الخيانه على التفريط و إن كان خفاءً في بعض مصاديق التفريط، إلا أن صدقه على كثير من مصاديقه واضح عرفاً، لا خفاء فيه. كمن جعل الوديعة في مكان غير مسقف فجاء المطر و هو لم يخرجها عن تحت المطر فصاعت بالرطوبة و كان المكان حين ما جعل الوديعة فيه جافاً و كانت السماء صحواً ثم جاء المطر بعد ساعات. فحينئذ يكون تضييع الوديعة مستنداً إلى عدم إخراجه الوديعة عن تحت المطر مع شهوده المطر، بل يراه أهل العرف مقصراً و يقولون، إنه خان بالأمانة؛ حيث رآها تحت المطر و مع ذلك لم يستنقدها بإخراجها عن تحته.

فالحق في المقام مع السيد الحكيم قدس سره. و عليه فما صنعه السيد الماتن قدس سره، من الاكتفاء بذكر التعدى و التفريط و المقابلة بينهما هو الأصح؛ حيث ليست الخيانه شيئاً غيرهما لكي تحتاج إلى الذكر. و أما الفرق بين التعدى و التفريط فقد عرفت في كلام الشهيد.

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٧٤.

(٢) - العروة الوثقى ٥: ٢٠٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٤٧

...

و أما جهات البحث

الجهة الاولى: فلا خلاف في كون العامل أميناً و عليه الإجماع، كما في الجواهر «١» و المفتاح «٢» و غيره و يدل عليه ما ورد في المقام من النصوص الدالة على عدم ضمان المال ما لم يخالف شرط المالك بالمفهوم و بدلالة الاقتضاء. فإن دلالتها على نفى الضمان عنه بالمفهوم و دلالتها على كونه أميناً بالاقتضاء؛ نظراً إلى توقف نفى الضمان عنه على كونه أميناً شرعاً، و هذه النصوص كثيرة «٣». فلا إشكال في ذلك.

و أما الجهة الثانية: و هي عدم ضمان الأمين فهذا أيضاً مما لا خلاف فيه، بل من المسلّمات التي لم يخالف فيها أحد. و قد دلت على ذلك نصوص متواترة واردة في كتاب الوديعة و العارية و الإجارة «٤».

و هاتان المقدمتان تتجان عدم ضمان العامل في المضاربة.

إحداهما - صغرى - : أن العامل أمين.

ثانيتها - كبرى - : عدم ضمان الأمين .
 و النتيجة : نفى الضمان عن العامل .
 و أما الجهة الثالثة : و هي عدم ضمان العامل في المضاربة - مضافاً إلى إثباتها بالمقدمتين المزبورتين - فقد دلت على عدم ضمانه بالخصوص عدّة نصوص واردة في باب المضاربة ، كقول الصادق عليه السلام :
 «ليس عليه من الوضیعة شیءٌ ، إلّا أن

(١) - جواهر الكلام ٢٦ : ٣٧٨ .

(٢) - مفتاح الكرامة ٧ : ٥١٣ / السطر ١٩ .

(٣) - راجع وسائل الشیعة ١٩ : ١٦ ، كتاب المضاربة ، الباب ١ .

(٤) - راجع وسائل الشیعة ١٩ : ٧٩ ، كتاب الودیعة ، الباب ٤ ، الحديث ١ ، ٢ ، ٥ ، الباب ٥ ، الحديث ١ و ١٩ : ٩١ ، كتاب العارية ، الباب ١ ، الحديث ١ ، ٣ ، ٦ ، ٧ ، ١٠ .

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة ، ص : ١٤٨

...

يخالف أمر صاحب المال»

، كما في صحيح الحلبي و صحيح الكناني و غيرهما «١» .

و قول أمير المؤمنين عليه السلام :

«من اتّجر مالاً و اشترط نصف الربح ، فليس عليه ضمان»

في صحيح محمد بن قيس «٢» و نظيره صحيحه الآخر عن أبي جعفر «٣» . «٤»

و في صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق ، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال : «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً»

. قوله :

«الرجل يستبضع المال»

؛ أي يجعله بضاعةً عند غيره . و قد سبق معنى البضاعة في أوّل الكتاب .

و من هذه النصوص ما دلّ بالمفهوم على نفى ضمان العامل ما لم يخالف شرط المالك .

مثل صحيح

الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : إنّه قال : في الرجل يعطى المال فيقول له : ائت أرض كذا و كذا ، و لا تجاوزها و اشتر منها ، قال : «فإن تجاوزها و هلك المال فهو ضامن ، و إن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه» «٥» .

و صحيحه الآخر

عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المال الذي يعمل به مضارباً ، له من الربح ، و ليس عليه من الوضیعة شیءٌ ، إلّا أن يخالف أمر صاحب المال» «٦» .

و مثله صحيح أبي الصباح الكناني «٧»

و موثّق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام : في

- (١) - وسائل الشيعة ١٩: ١٧، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣ و ٤ و ٧.
- (٢) - وسائل الشيعة ١٩: ٢٠، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٢.
- (٣) - وسائل الشيعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٣.
- (٤) - وسائل الشيعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٤.
- (٥) - وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٢.
- (٦) - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٤.
- (٧) - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٤٩

كما أنه لا ضمان عليه من جهة الخسارة (١) في التجارة، بل هي واردة على صاحب المال.

الرجل يعطى الرجل مالاً مضاربةً و ينهأه أن يخرج إلى أرض اخرى، فعصاه، فقال عليه السلام: «هو له ضامن، و الربح بينهما إذا خالف شرطه و عصاه» (١).

و غير ذلك من النصوص المتظافرة الواردة في المقام. فإنها دلت بمفهوم الشرط على عدم ضمان العامل ما لم يخالف شرط صاحب المال.

فلا إشكال في عدم الضمان على العامل في المضاربة، إلا مع التعدي أو التفريط.

أما الجهة الرابعة: و هي ضمان العامل بالتعدي أو التفريط، فلا خلاف فيه أيضاً ولا إشكال، كما هو ثابت في كل أمين. و قد دلت على ذلك نصوص متواترة عموماً و خصوصاً بالصرحة، و سبق ذكرها و ذكر مصادرها آنفاً، و هي وردت في المضاربة و غيرها. و عمدة النصوص الخاصة ووردت في المضاربة، و ذكرها في الوسائل في الباب الأول من كتاب المضاربة، فراجع.

هل يضمن العامل للخسارة؟

(١) ١- إن الخسارة تارة: تحصل في التجارة بسبب مخالفة العامل لما شرطه صاحب المال عليه و أمر به من خصوصيات التجارة، كأن يشترط أن لا يشتري إلا من زيد و لا يبيع إلا من عمرو، أو لا يشتري إلا المتاع الفلاني، أو لا يسافر إلا إلى البلد الفلاني، أو لا يسافر أصلاً، فخالفه العامل فخرس في التجارة لأجل ذلك.

- (١) - وسائل الشيعة ١٩: ١٨، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ١٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٥٠

...

و اخرى: تحدث بسبب عوامل اخرى، غير مخالفة ما شرط عليه المالك.

و حينئذ تارة: تحصل الخسارة و الوضيعة في التجارة بسبب تعدي العامل و تقصيره بإفراط أو تفريط، و إن لم يتحقق به مخالفة شرط المالك، كأن لم يشترط شيئاً و مع ذلك كان حدوث الخسارة بسبب إفراط العامل أو تفريطه. و لا إشكال في ضمان العامل للخسارة الواردة حينئذ لقاعدة ضمان الإلتلاف و خروجه بذلك عن كونه أميناً و صيرورته خائناً و انصراف نصوص المضاربة عنه حينئذ.

و اخرى: تحصل الوضيعة في التجارة بغير تعدد ولا إفراط ولا مخالفة شرط. وذلك كالخسارة الحاصلة بأفة أو نزول سعر أو غير ذلك من الأسباب الطبيعية و العادية الخارجة عن اختيار العامل. و كلام السيد الماتن قدس سره في هذه الصورة الأخيرة. و قد عرفت آنفاً ما دلّ عليه من النصوص الواردة في المقام، كقول أمير المؤمنين عليه السلام:

«من اتجر مألًا و اشترط نصف الربح فليس عليه ضمان»

في صحيحه محمد بن قيس «١» و قول الصادق عليه السلام:

«و ليس عليه من الوضيعة شيءٌ إلا أن يخالف أمر صاحب المال»

في صحيحه الحلبي و صحيحه الكناني «٢» و غيرهما من النصوص المستفيضة «٣».

فإن هذه النصوص الصحاح المستفيضة تدلّ بوضوح على نفى ضمان درك الخسارة في تجارة المضاربة على العامل، إلا في صورة مخالفتها لما اشترطه المالك عليه و أمره به في كيفية التجارة و خصوصياتها. و سيتعرض السيد الماتن في المسألة السادسة عشر إلى ذلك فانتظر.

(١)- وسائل الشيعه ١٩: ٢٠، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٢.

(٢)- وسائل الشيعه ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣ و ٤ و ٧.

(٣)- وسائل الشيعه ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٥١

و لو اشترط المالك على العامل أن يكون شريكاً معه في الخسارة- كما هو شريك في الربح- ففي صحته وجهان، أقواهما العدم (١). نعم لو كان مرجعه إلى اشتراط: أنه على تقدير وقوع الخسارة على المالك خسر العامل نصفه- مثلاً- من كيسه لا بأس به، و لزم العمل به لو وقع في ضمن عقد لازم، بل لا يبعد لزوم الوفاء به و لو كان في ضمن عقد جائز ما دام باقياً. نعم له فسخه و رفع موضوعه، كما أنه لا بأس بالشرط- على وجه غير بعيد- لو كان مرجعه إلى انتقال الخسارة إلى عهده بعد حصولها في ملكه؛ بنحو شرط النتيجة.

لو شرط المالك على العامل تحمّل الخسارة

(١) ١- ينبغي تحرير كلام السيد الإمام قدس سره في المقام؛ و هو أن اشتراط كون الوضيعة على العامل يتصور بصور ثلاث: إحداها: أن يشترط المالك على العامل كونه شريكاً في الخسارة الحاصلة في خلال التجارة في المضاربة، كما يكون شريكاً له في الربح. و مقصوده اشتراط ذلك على نحو شرط النتيجة؛ بمعنى أن تشتغل ذمّة العامل بضمان نصف الوضيعة من أول آن حدوثها، كما كان يدخل نصف الربح في ملكه من أول آن حدوثه.

فحكم قدس سره بفساد هذا الشرط؛ لوضوح كونه مخالفاً للسنة الثابتة بدلالة ما ورد في المقام من النصوص المستفيضة- كما سيأتي ذكرها و بيان دلالتها- لا لكونه مخالفاً لمقتضى عقد المضاربة. و ذلك لما سيأتي من كون ضمان الخسارة و عدمه من قبيل أحكام عقد المضاربة و عدم دخوله في مقتضى ماهية نفس العقد.

و لكن لا يلزم من فساد الشرط بطلان أصل العقد، بل عقد المضاربة باق على

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٥٢

صحته، وإنما يصبح الشرط فاسداً لغواً فاقداً لأى أثر. كما سبق ذلك من السيد الماتن فى اشتراط عدم الفسخ، فليس قوله: «أقواهما العدم» بمعنى عدم صحة العقد، بل بمعنى عدم صحة الشرط و نفي الآثار عنه.

ثانيتها: أن يشترط المالك تدارك العامل و تحمله الخسارة و جبرانها- بعضاً أو كلاً- بعد ما وردت على المالك. و هذا النحو من الاشتراط- مضافاً إلى كونه من قبيل شرط العمل، لا النتيجة- مؤكّد لمقتضى المضاربة و مؤيد لمفاد النصوص النافية لضمان العامل بالحكم الأولى، فليس شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد و لا لإطلاقه و لا مخالفاً للسنة.

ثالثتها: أن يكون مرجع الاشتراط و ظاهره انتقال الخسارة و الوضعية- بعضاً أو كلاً- إلى ذمّة العامل؛ بعد استقراره فى ذمّة المالك، كأن يقول المالك للعامل- عقيب إنشاء عقد المضاربة-: «بشرط أن ينتقل نصف الوضعية إلى ذمتك»؛ نظراً إلى ظهور تعبير الانتقال إلى ذمّة العامل فى استقرار الخسارة فى ذمّة المالك فى الرتبة السابقة؛ أى تنتقل الخسارة من ذمّتي إلى ذمتك. و أنت ترى أن هذا التعبير مؤكّد لمقتضى المضاربة و مدلول نصوص المقام.

و حاصل كلام السيد الماتن صحة اشتراط كون الوضعية على العامل إذا كان بنحو شرط العمل. و أما إذا كان على نحو شرط النتيجة، ففصل قدس سره بين ما إذا كان مرجعه إلى انتقال الخسارة إلى ذمّة العامل بعد دخولها و استقرارها فى ذمّة المالك فيصح الشرط حينئذٍ، و بين ما إذا لم يكن مرجعه إلى ذلك، بل كان المتفاهم من كلام المالك اشتراط دخول الوضعية فى أول آن حدوثها فى ذمّة العامل، من دون أن تكون مسبوقه باشتغال ذمّة المالك بها، و لو آنأماً.

إذا عرفت ذلك فنقول: لو شرط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٥٣

...

كالربح أو شرط ضمانه لرأس المال فى صحته وجوه، بل أقوال.

ثالثها: التفصيل بين اشتراط ذلك على نحو شرط النتيجة فيبطل و بين كونه على نحو شرط الفعل فيصح.

و رابعها: التفصيل الذى عرفت من السيد الإمام الراحل. و هو الذى يقتضيه التحقيق.

تحرير الأقوال

قد اختار العلامة فى القواعد عدم صحة اشتراط ما ينافى مقتضى عقد المضاربة و أن العقد يبطل بفساد هذا الشرط؛ حيث قال: «و لو شرط ما ينافيه، فالوجه بطلان العقد، مثل أن يشترط ضمان المال أو سهماً من الخسران» «... ١».

و وجه البطلان فى جامع المقاصد بقوله: «وجه البطلان: أن هذه شروط باطلة؛ لمنافاتها مقتضى العقد شرعاً، فيبطل العقد بها، و لأنّ التراضى المعتبر فيه حينئذٍ لم يقع إلّا على وجه فاسد، فيكون باطلاً.

و يحتمل ضعيفاً صحة العقد و بطلان الشرط، لأنّ بطلان أحد المتقارنين لا يقتضى بطلان الآخر.

و جوابه: أن التراضى فى العقد شرط، و لم يحصل إلّا على الوجه الفاسد، فيكون غير معتبر فيفوت شرط الصحة» «٢».

قوله: «أحد المتقارنين» «... أى واحد من الالتزام بالشرط و الالتزام بالعقد.

فإنّ العقد المشترط فيه شىء يكون فى الحقيقة التزاماً فى التزام. مقصوده أن فساد

(٢) - جامع المقاصد ٨: ٥٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٥٤

...

أحد هذين المتقارنين لا يستلزم فساد الآخر.

ولكن ناقش في الجواهر كون اشتراط ذلك منافياً لمقتضى العقد؛ حيث قال:

«فإن جميع هذه الأمور من الأحكام، أو مما هو مقتضى إطلاق العقد، لا أنها من منافيات مقتضاه التي تعود عليه بالنقض. فتأمل جيداً» (١).

و ذهب السيد في العروة إلى صحه هذا الشرط. و علل ذلك بقوله: «لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد، كما قد يتخيل، بل إنما هو منافٍ لإطلاقه» (٢).

ولا يخفى أن مقصودهم من إطلاق العقد في المقام، هو إطلاق ما دلّ من النصوص على نفي كون الوضعية على العامل؛ حيث إنها تشمل محلّ الكلام - وهو ما لو شرط المالك على العامل تحمّل الخسارة - بالإطلاق. و عليه فاشتراط ذلك من المالك مخالف لإطلاق هذه النصوص المتضمنة لمقتضى عقد المضاربة.

و وافقه السيد الحكيم (٣) معلماً بأن اشتراط ذلك ليس ممّا يخالف مضمون العقد، و لا مخالفاً للوازمه العرفية، و لا مخالفاً لأحكامه الشرعية الاقتضائية التي هي مقتضى العقد، بل إنما هو مخالف لأحكامه الشرعية غير الاقتضائية التي هي خارج عن مقتضى العقد. ففي المثال عدم ضمان الأمين مطلقاً و عدم ضمان العامل في المضاربة إنما هو لعدم المقتضى؛ حيث لم يتحقق في حقه أحد أسباب الضمان - كما هو متحقق في حق المالك - لا لأجل وجود المقتضى لعدم الضمان، فهو يكون من قبيل لا بشرط الذي يجتمع مع ألف شرط.

و ليس منافياً لما دلّ من النصوص عموماً على عدم ضمان الأمين، و لا لما

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٢.

(٢) - العروة الوثقى ٥: ١٦٣.

(٣) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٧٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٥٥

...

دلّ بالخصوص على عدم ضمان العامل في المضاربة؛ نظراً إلى ظهوره في نفي الضمان على العامل من جانب الشارع. و هذا لا ينافي ثبوت الضمان من جانب المتعاقدين أنفسهما، بجعل المالك العاقد و قبول العامل. و حينئذ لا مناص من تحكيم إطلاق ما دلّ على صحه الشروط، بل لزوم العمل بها.

فإنه قدس سره بعد نقل كلام صاحب الجواهر قال: «فكأنه يريد بالأحكام غير الاقتضائية، و إلّا فالأحكام الاقتضائية لا يصح اشتراط خلافها، لأن الشرط المخالف للكتاب باطل. و بالجملة: قد أشرنا في المسألة السابقة إلى أن الشرط المخالف لمقتضى العقد تارة: يكون مخالفاً لمضمونه، و أخرى: يكون مخالفاً للوازمه العرفية، و ثالثة: يكون مخالفاً لأحكامه الشرعية الاقتضائية. و كون شرط الضمان أو شرط تحمّل الخسارة من أحد الأقسام المذكورة، غير ظاهر، بل من الواضح أنهما غير مخالفين لمضمون المضاربة و لا

للوأزمها العرفية. نعم، قد يتوهم مخالفتها لما دلّ على عدم ضمان الأمين. لكنّه ممنوع لاحتمال أنّ عدم ضمان الأمين لعدم المقتضى، لا لمقتضى العدم، ومع الاحتمال يبني على صحّة الشرط المخالف له، لعدم ثبوت كونه مخالفاً للكتاب، والأصل العدم. بل الظاهر المفهوم عرفاً أنّ عدم ضمانه لعدم المقتضى، وحينئذ لا تضرّ مخالفته للشرط «(١)». ثمّ إنّه - بعد ذكر بعض ما دلّ من نصوص المقام على نفي ضمان الوضعية عن العامل - قال: «و ظاهر الروايات المذكورة أنّ عدم ضمان العامل للخسارة من أحكام المضاربة فيكون الشرط مخالفاً للكتاب، ومخالفاً لمقتضى العقد شرعاً. اللهم إلا أن يقال أيضاً: إنّ الحكم المذكور لعدم المقتضى، فلا ينافيه الشرط. اللهم

(١) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٧٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٥٦

...

إلّا أن يقال: الاستثناء في روايتي الحلبي و الكناني يقتضى عدم الضمان حتّى بملاحظة العناوين الثانويّة، فيدلّ على عدم تحمّل الخسارة مطلقاً في غير المستثنى حتّى مع الشرط، فيدلّ على عدم صحّة شرط الضمان و تدارك الخسارة تعديداً، لا من جهة كونه مخالفاً لمقتضى العقد شرعاً، اللهم إلا أن يكون منصرف النصوص الجعل الشرعي، لا جعل المالك، كما هو مورد الكلام، و هو غير بعيد جمعاً بين النصوص المذكورة و عموم نفوذ الشروط و حينئذ لا مانع من اشتراط تدارك الخسارة كلّاً أو بعضاً «(١)». قوله: «اللهم إلا أن يقال: الاستثناء... يريد بذلك أنّ الاستثناء، لَمّا كان ظاهراً في المتّصل؛ و هو إخراج ما كان داخلًا في عقد المستثنى منه، و كان المستثنى هو الضمان الثابت على العامل بالعنوان الثانوي الطارى بمخالفة أمر صاحب المال، فيكشف ذلك كون عقد المستثنى منه شاملاً للضمان الثابت بالعنوان الثانوي. و لازم ذلك دلالة على نفي الضمان عن العامل حتّى بالعنوان الثانوي الثابت عليه باشتراط المالك.

و لكنّه رجع عن ذلك بقوله: «اللهم إلا أن يكون... انصرف هذه النصوص إلى نفي الضمان عن العامل بالجعل الشرعي لا باشتراط المالك، و أيّده بأنّه مقتضى الجمع بين هذه النصوص و بين عمومات نفوذ الشروط. هذا كلّه تحرير كلام السيد الحكيم في المقام، مع نقل نصّ كلامه.

و ينبغي قبل التعرّض للمناقشة التنبيه على أمرين: أحدهما: ما هو المراد من إطلاق العقد في كلمات الفقهاء؟ و ثانيهما: المراد من الحكم الاقتضائي و غير الاقتضائي.

(١) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٧٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٥٧

...

إطلاق العقد في كلمات الفقهاء

إنّ لفظ الإطلاق جاء في كلمات الفقهاء بمعنيين:

أحدهما: دلالة اللفظ على الشمول بمعونة مقدّمات الحكمة. و هو فيما إذا تعلّق الحكم بطبيعي شيء مرفوضاً عن أيّ قيد، فيشمل ذلك

الخطاب لجميع أفراد طبيعي متعلقه و يستوعب الحكم لها باقتضاء مقدمات الحكمة. و هذا هو الإطلاق الاصولي المصطلح عليه في علم الاصول.

ثانيهما: تجريد إنشاء العقد عن اشتراط شيء خارج عن مقتضى العقد، فيعتبر عنه في اصطلاح الفقه، بإطلاق العقد. و هو ظاهر في عدم اشتراط ما يصاد الشيء الذي انشئ العقد مجرداً عن اشتراطه؛ نظراً إلى دخوله في مقتضى العقد و خروج ما يصاده عنه، فيراد من إطلاق العقد ذلك المعنى.

و ذلك كتجريد إنشاء العقد عن قيد التأخير في تسليم العوض، أو عن قيد تسليمه في بلد المعاملة، أو عن قيد العيب و نحو ذلك من الخصوصيات الخارجة أو المخالفة لمقتضى العقد.

المعنى المقصود في المقام

و إن إطلاق العقد بهذا المعنى اصطلاح بين الفقهاء منذ عصر القدماء.

و الحاصل: أن مقصود الفقهاء من إطلاق العقد تجريده عن الاشتراط، كما سيأتي في كلام صاحب الجواهر. فإذا قالوا- مثلاً: إطلاق العقد يقتضى التعجيل في تسليم المبيع و الثمن، مقصودهم أن تجريد العقد من اشتراط التأخير في تسليمهما ظاهر في تعجيله، و ليس مقصودهم هو الشمول للإطلاقى الثابت لإطلاق الكلام على ما هو المحرر في علم الاصول. و الضابطة في ذلك ظهور الإنشاء

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٥٨

...

المجرد عن شرط شيء خارج عن مقتضى العقد في إرادته ما يصاده الذي هو داخل في مقتضى العقد.

الاستشهاد بكلمات الفقهاء

و ينبغي لإثبات إرادة هذا المعنى من إطلاق العقد في كلمات الفقهاء قدس سرهم الاستشهاد ببعض ما يفيد ذلك من كلماتهم. قال في الشرائع: «إطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع و الثمن» «١». مقصوده عدم اشتراط التأخير في أداء الثمن أو المثلن يقتضى التعجيل في تسليم الثمن. و كذا في المختصر النافع «٢».

و يشهد لإرادة هذا المعنى من الإطلاق ما قال صاحب الجواهر في ذيل كلام صاحب الشرائع بقوله: «لا خلاف في أن إطلاق العقد و تجريده عن اشتراط التأخير يقتضى وجوب تسليم المبيع و الثمن عرفاً فيتبعه الوجوب شرعاً» «٣».

و مما يشهد لما قلنا في بيان المقصود من إطلاق العقد كلام العلامة؛ حيث قال في القواعد: «إطلاق العقد و اشتراط التعجيل يقتضيان تعجيل الثمن» «٤».

و قال في القواعد: «إطلاق العقد يقتضى نقد البلد» «٥» أى عدم اشتراط نقد غير البلد في العقد؛ بأن انشئ العقد مطلقاً، من غير اشتراط بنقد غير البلد، يكون ظاهراً في نقد البلد.

(١)- شرائع الإسلام ٢: ٢٨٣.

(٢)- المختصر النافع: ١٢٤.

(٣)- جواهر الكلام ٢٣: ١٤٤.

(٤) - قواعد الأحكام ٢: ٤٣.

(٥) - نفس المصدر: ٩٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٥٩

...

و قال في المختلف: «فإن إطلاق العقد يقتضى التسليم في البلد» (١). أى إنشاء العقد مطلقاً من غير اشتراط تسليم العوض في غير البلد يقتضى التسليم في البلد.

و مما يشهد لذلك ما قاله في التذكرة: «إطلاق العقد و اشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مرّ من أنّ القضاء العرفي يقتضى أنّ المشتري إنّما بذل ماله بناءً على أصالة السلامة فكأنها مشترطة في نفس العقد. فإذا اشترى عبداً مطلقاً اقتضى سلامته من الخصاص و الجبّ» (٢).

و حاصل الكلام: أنّ الأحكام الثابتة للعقود عرفاً أو شرعاً التي تعدّ من اللوازم العرفية أو الشرعية للعقد، يقتضيها تجريد إنشاء العقد عن اشتراط عدمها مطلقاً، سواءً اشترط المتعاقدان عدمها أم لا. و عليه يكون اشتراط عدمها من جانب العاقد خلاف مقتضى إطلاق العقد.

الأحكام الاقتضائية و غير الاقتضائية

فُسّر الحكم الاقتضائي بما كان ثبوته بسبب وجود المقتضى له؛ بأن يثبت الحكم بسبب مجعول من جانب الشارع أو العقلاء، كالضمان العقدي المقتضى لبراءة ذمّة المضمون له. و ذلك لأنّ الدليل الدالّ على براءة ذمّة المضمون له بالضمان، ظاهرٌ في كون الضمان مقتضياً لذلك حسب الفهم العرفي و الارتكاز العقلائي. و لما كانت براءة ذمّة المضمون له لوجود المقتضى - و هو الضمان - لا لعدم المقتضى للاشتغال، فمن هنا يكون اشتراط اشتغال ذمته عند إنشاء عقد

(١) - مختلف الشيعة ٥: ١٧٨ - ١٧٩.

(٢) - تذكرة الفقهاء ١: ٥٣٨ / السطر ٣٢.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٦٠

...

الضمان شرطاً مخالفاً للحكم الاقتضائي، كما أشار إليه السيد الحكيم (١).

أنحاء السبب المقتضى للحكم و موارده

و أنّ السبب المقتضى لثبوت الحكم الشرعي تارةً: يكون أمراً ارتكازياً عقلائياً، كاليد المقتضية لثبوت الملك، و اخرى: سبباً شرعياً بما له من القيود المعترضة شرعاً، كافتضاء الزواج لجواز الاستمتاع، و عقد البيع للملك، و الضمان العقدي لبراءة ذمّة المضمون له. و من هذا القبيل اشتراط عدم دخول المبيع في ملك المشتري عند إنشاء عقد البيع، و اشتراط منع الجماع و الاستمتاع حين إنشاء عقد النكاح؛ نظراً إلى كون عقد البيع سبباً للملك و الزواج سبباً مقتضياً لجواز الاستمتاع.

و أمّا الحكم غير الاقتضائي فقد اتّضح تعريفه بتّضح معنى الحكم الاقتضائي، فهو ما كان ثبوته لأجل عدم وجود المقتضى لما يضافه

و يخالفه من الأحكام، كالجواز بالمعنى الأعم، فإنه ثابت لعدم وجود مقتضى الوجوب و الحرمة و غيرهما من الأحكام الخمسة. فقد جعل الجواز بالمعنى الأعم على نحو اللابشرط بالقياس إلى ما يطرأ عليه من الأحكام الثانوية بالاشتراط أو غيره.

الملاك الفارق بين عدم ضمان الأمين و بين عدم ضمان غيره

ثم إنه قد مثل السيد الحكيم في المقام للحكم غير الاقتضائي بعدم ضمان الأمين؛ بدعوى أن عدم ضمانه إنما هو لأجل عدم وجود المقتضى - وهو أحد أسباب الضمان - و جعل من هذا القبيل عدم ضمان العامل. وفيه: أن عدم ضمان الأمين ليس لمجرد عدم المقتضى كغيره ممن لم يصدر

(١) - مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٢٧٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٦١

...

منه أحد أسباب الضمان، بل إنما ثبت عدم ضمانه بسبب ائتمان من ائتمنه من صاحب الأمانة و الوديعة و مالك مال القراض في المضاربة. فالائتمان على الأمين و الاعتماد على العامل هو السبب المقتضى لعدم ضمانه لدرك مال القراض و للوضعية الحادثة في خلال التجارة. و هذا هو الفارق بينه و بين ما لا ربط له بالمضاربة من سائر الناس. فإن عدم ضمانهم للوضعية إنما هو لأجل عدم المقتضى، و هذا بخلاف الأمين و العامل. و من هنا لو تلف مال الغير في يد غير الأمين بغير تفريط أو إفراط و خيانة يكون ضامناً، لتحقق سبب الضمان، و إذا لم يتحقق التلف لا ضمان عليه، لعدم تحقق سببه. بخلاف الأمين فإنه لا يضمن حتى مع فرض التلف بغير عمد و اختيار. و ليس الفارق بينهما حينئذ، إلا تحقق السبب المقتضى لعدم الضمان في الأمين - و هو ائتمان صاحب المال عليه - دون غيره.

هذا مختصر القول في بيان المراد من الحكم الاقتضائي و غير الاقتضائي و الفرق بينهما.

إذا عرفت ذلك فأتضح لك من ضوء هذا البيان أن ما دلّ عليه نصوص المقام من عدم ضمان العامل ليس من الحكم غير الاقتضائي، حتى لا يكون اشتراط ضمانه من المالك مخالفاً للسنة. بل هو من الأحكام الاقتضائية و اشتراط خلافه يكون من قبيل الشرط المخالف للسنة.

نقد كلام السيد الحكيم

و يظهر من كلام السيد الحكيم في الختام انصراف نصوص المقام إلى عدم ضمان العامل بالحكم الأولى المجعول من جانب الشارع، و خروج ضمانه الثابت باشتراط المالك و جعله عن نطاق هذه النصوص؛ حيث قال: «اللهم إلا أن يكون دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٦٢

...

منصرف النصوص الجعل الشرعي، لا جعل المالك، كما هو مورد الكلام» (١).

و مقصوده ظاهراً أن عموم العقد المستثنى منه في نصوص المقام منصرف إلى نفي الضمان عن العامل بالجعل الشرعي الأولى، لا نفى

الضمان الثابت باشتراط المالك وجعله، كما هو محلّ الكلام. و عليه فلا يكون اشتراط المالك الضمان على العامل مخالفاً لنصوص المقام؛ لعدم دخول نفى هذا الضمان في مدلولها.

فإنّ سياق كلام السيد الحكيم عند التأمل في كلامه السابق يعطى هذا المعنى، و إلّا فمن الواضح أنّ في كلّ شرط مخالف للكتاب و السنّة، يكون التقابل بين الحكم الأوّلي المجعول بجعل الشارع- المستفاد من الكتاب أو السنّة- و بين الحكم الثانوي المجعول باشتراط الشارط. فكلّ شرط مخالف للكتاب و السنّة إنّما يخالف الحكم الأوّلي المجعول من جانب الشارع في الكتاب و السنّة. و ذلك لأنّ الضابطه في الشرط المخالف للكتاب و السنّة إنّما هي مخالفة الشرط لما هو ثابت بدلالة الكتاب و السنّة المتواترة أو المستفيضة، من الحكم الأوّلي المجعول من جانب الشارع.

و فيه: أنّ دعوى انصراف نصوص المقام إلى نفى الضمان المجعول بالجعل الأوّلي من الشارع، لا شاهد له، بل عموم النكرة في سياق النفي في عقد المستثنى منه و نفس الاستثناء، ظاهرٌ في كون المراد في المستثنى منه نفي مطلق الضمان عن العامل، سواء كان بالجعل الشرعي أو باشتراط المالك.

نقد كلام العلامة و المحقّق الكرّكي

و أما كون اشتراط ذلك مخالفاً لمقتضى العقد، كما يظهر من القواعد و جامع المقاصد- فغير وجيه.

(١)- مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٧٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٦٣

...

و الوجه في ذلك أنّ الضمان من الأحكام الوضعية المترتبة على العقد، و هي خارجه عن مقتضى العقد؛ لأنّ مقتضى عقد المضاربة ليس إلّا عمل العامل و تجارته بالمال و تصرّفه فيه لأجل هذا الغرض، و هو كون الربح بينهما حسب ما اتّفقا و تباينا عليه، و تحقّق هذا الغرض يتوقّف على قابلية المال للتجارة و قدرة العمل عليها، كما قلنا سابقاً.

و أمّا ضمان تلف مال القراض أو إتلافه، أو درك الوضعية و خسارة التجارة، فهو من الأحكام الخارجة عن مقتضى المضاربة بل أصل العقد، كما أنّ الجواز و اللزوم خارجان عن مقتضى العقد. بل إنّما هو مخالف لمقتضى إطلاق العقد؛ بمعنى أنّ مقتضى تجريد إنشاء عقد المضاربة عن قيد ضمان العامل باشتراط المالك، لمّا كان ظاهراً عرفاً في عدم ضمان العامل مطلقاً، حتّى باشتراط المالك، فمن هنا يكون اشتراط المالك ضمان العامل مخالفاً لمقتضى إطلاق العقد، لا لمقتضى العقد نفسه؛ نظراً إلى أنّ عدم ضمان العامل من أحكام المضاربة، لا من مقوماتها المأخوذة في حقيقتها و تعريفها.

و عليه فاشتراط كون الوضعية على العامل ليس مخالفاً لمقتضى العقد، بل إنّما هو مخالف للسنّة المستفيضة. فهو شرط فاسد، إلّا أنّه لا يفسد العقد بفساده على الأقوى؛ لما سبق من عدم فساد العقد بالشرط الفاسد.

مقتضى التحقيق

مقتضى التحقيق في المقام هو التفصيل بين اشتراط ذلك على نحو شرط الفعل و العمل فيصحّ و ينفذ و يجب الوفاء به، و بين كونه على نحو شرط النتيجة فيبطل بالتفصيل الذي ذكره السيد الماتن قدس سره.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٦٤

...

بيان ذلك: أن اشتراط ضمان درك الخسارة على العامل إذا كان على نحو شرط النتيجة، بالمعنى الأول - وهو كون الخسارة و الوضيعة الحادثة في التجارة على العامل مع عدم مخالفته لأمر المالك - يكون معناه اشتغال ذمة العامل بها في أول آن حدوثها قبل أن تشتغل ذمة المالك بها؛ بأن لم يحدث ضمان في عهده أصلاً. وهذا المعنى ينافي الحكم الأولي المجعول من جانب الشارع، من كون ضمان ذلك على المالك دون العامل.

الاستشهاد بالنصوص

وقد دلت على ذلك نصوص مستفيضة فيكون هذا الشرط مخالفاً للسنة.

و إليك بعض هذه النصوص:

منها:

موثقة إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألت عن مال المضاربة؟ قال: «الربح بينهما، و الوضيعة على المال» (١).

و منها:

صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح و ليس عليه من الوضيعة شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال» (٢).

و منها: صحيح

الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يعمل بالمال مضاربة، قال عليه السلام: «له الربح و ليس عليه من الوضيعة شيء، إلا أن يخالف عن شيء مما أمر صاحب المال» (٣).

و منها: صحيح آخر □

للحلي عن أبي عبد الله عليه السلام: إنه قال في الرجل يعطى

(١) - وسائل الشريعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٥.

(٢) - وسائل الشريعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٤ و ٧.

(٣) - وسائل الشريعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٦٥

...

المال فيقول له: ائت أرض كذا و كذا، و لا تجاوزها و اشتر منها، قال عليه السلام: «فإن جاوزها و هلك المال فهو ضامن، و إن اشترى

متاعاً فوضع فيه فهو عليه، و إن ربح فهو بينهما» (١).

. و قد دلت على ذلك نصوص اخرى (٢).

و مفاد هذه النصوص عدم ضمان العامل للخسارة الحاصلة في المضاربة مطلقاً، إلا في صورة واحدة و هي مخالفة أمر صاحب المال. و

هذا الاستثناء ظاهر في دخول صورة اشتراط المالك في عقد المستثنى منه.

و ذلك أولاً: لأن الاستثناء إخراج ما كان داخلياً في عقد المستثنى منه، فلو لم يكن الضمان الثابت بالاشتراط و مخالفته فيه لم يصح استثناء ما ثبت بمخالفة أمر صاحب المال. و هذا معنى قول السيد الحكيم: «اللهم إلاً أن يقال: الاستثناء في روايتي الحلبي و الكناني يقتضى عدم الضمان حتى بملاحظة العناوين الثانوية» (٣).

و أما قوله بعد ذلك: «اللهم إلاً أن يكون منصرف النصوص الجعل الشرعي، لا جعل المالك» فقد عرفت جوابه آنفاً. و ثانياً: لأن المتفاهم العرفي من الاستثناء الوارد في نصوص المقام بقوله عليه السلام: «إلاً أن يخالف أمر صاحب المال»

، أن العامل بمخالفته لأمر صاحب المال لما خرج عن كونه أميناً، يرتفع السبب المقتضى لنفي الضمان و هو الائتمان، و أنه ما دام أميناً يكون السبب المقتضى لنفي الضمان عنه باقياً على حاله، و يدخل اشتراط المالك في نطاق عقد المستثنى منه. و بالنتيجة: أن هذا الارتكاز و المتفاهم العرفي من الاستثناء المزبور قرينته

(١)- وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٢.

(٢)- وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١ و ٣.

(٣)- مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٧٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٦٦

...

على دخول محلّ الكلام- و هو اشتراط المالك الضمان على العامل- في عقد المستثنى منه. و يتحقق بذلك مخالفة اشتراطه للحكم الاقتضائي المستفاد من نصوص المقام، فيكون شرطاً مخالفاً للسنة.

و حاصل الكلام: أن عدم ضمان العامل و براءة ذمته من درك الخسارة، من الأحكام الاقتضائية الآبية عن اشتراط خلافها؛ لما سبق آنفاً من أن السبب المقتضى لعدم ضمانه هو اعتماد المالك و ائتمانه على العامل، كما قلنا في توجيه عدم ضمان الأمين، فليس عدم ضمانه من قبيل عدم ضمان غيره، ممن لم يؤتمن عليه.

فيكون اشتراط خلافها من المالك شرطاً مخالفاً للكتاب و السنة، كما أشار إليه السيد الحكيم «١».

فلا يصح ما يظهر من هذا العلم «٢»؛ من أن عدم ضمان العامل في المضاربة من الأحكام غير الاقتضائية الملائمة مع اشتراط خلافها من جانب المالك.

و قد تحصل من جميع ما ذكرناه في مفاد هذه النصوص أنها تفيد نفي مطلق الضمان عن العامل، سواء كان باشتراط المالك أم لا. و بيان آخر يكون ضمان العامل المجمعول باشتراط المالك منفياً بدلالة هذه النصوص؛ لدخوله في عقد المستثنى منه.

و ذلك أولاً: لعموم النكرة في سياق النفي في قوله عليه السلام:

«ليس عليه شيء من الوضعية».

و ثانياً: لظهور حقيقة الاستثناء و ماهيته في دخول الضمان المجمعول باشتراط المالك في نطاق المستثنى منه.

(١)- مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٧٦.

(٢)- نفس المصدر: ٢٧٨.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٦٧

...

و ثالثاً: لأن المتفاهم العرفي من الاستثناء في قوله عليه السلام
: «إلا أن يخالف أمر صاحب المال»

في أن الملاك في ضمان العامل خيانتته الموجبة لخروجه عن عنوان الأمين. و في مورد الكلام لم يخرج عن كونه أميناً باشتراط
المالك ضمانه للوضيعة.
و هذان الوجهان يمنعان الانصراف المدعى في كلام السيد الحكيم.

نظرة إلى النصوص المعارضة

ثم إنه يظهر من بعض نصوص المقام ما يخالف مفاذ النصوص المذكورة؛ حيث دل على ضمان العامل للوضيعة في صورة اشتراط
المالك و تضمينه. و قد استشهد السيد الحكيم بهذه الطائفة لانصراف النافية إلى نفي الضمان الثابت بجعل الشارع، لا بجعل المالك
و اشتراطه.
و هي روايتان:
إحدهما:

حسنه الكاهلي عن أبي الحسن موسى عليه السلام: في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة، فجعل له شيئاً من الربح مستمى، فابتاع
المضارب متاعاً فوضع فيه، قال عليه السلام: «على المضارب من الوضعية بقدر ما جعل له من الربح» (١)
؛ حيث دلّ ذيلها على نفي ضمان الوضعية عن المالك بقدر حصّة العامل من الربح، و أنّ ضمانه على العامل. إلا أنّ ظاهر هذه الحسنه
غير معمول و مورد إعراض الأصحاب. و من هنا حملها شيخ الطائفة على ما إذا كان العامل المضارب شريكاً في رأس المال، فيثبت
في حقه حكم المالك من تحمّل الخسارة بقدر ما يكون له الربح المعادل لسهمه من مال القراض.
و ثانيتهما: صحيحة
محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث:-

(١) - وسائل الشيعة ١٩: ٢٢، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٦٨

...

«إنّ علياً عليه السلام قال: من ضمّن تاجراً، فليس له إلا رأس ماله، و ليس له من الربح شيء» (١).
وجه مخالفة هذه الصحيحة لمفاد نصوص المقام، أنّها دلّت بالمنطوق على عدم ترتّب آثار عقد المضاربة في صورة تضمين العامل، و
دلّت بمفهوم الشرط على اختصاص المضاربة بصورة عدم تضمين العامل. و ظاهر هذه الشرطية عدم مشروعية تضمين العامل في
المضاربة مطلقاً، حتّى في صورة اشتراط المالك. بل هي صريحة في انتفاء أحكام المضاربة في صورة تضمينه للوضيعة.
نعم، يمكن أن يقال: إنّ لو كانت هذه الصحيحة ناظرة إلى المضاربة - كما يظهر منها ذلك؛ لعدم استعمال لفظ فيها يدلّ على
الاقتراض، بل ظاهرها تضمين التاجر في ضمن إعطائه مال التجارة مضاربة، كما صرح بذلك بلفظ «مضاربة» في الطريق الآخر - دلّت
بدلالة الاقتضاء على صحّة تضمين المالك باشتراط ضمان الوضعية على العامل، إلا أنّ المالك لا يستحقّ شيئاً من الربح حينئذٍ؛ حيث

رتب الإمام عليه السلام عدم استحقاقه للربح على نفس التضمين، فلا بد أن يكون صحيحاً حتى يترتب عليه هذا الأثر، ومن هنا قلنا إنها تدل على صحة التضمين بدلالة الاقتضاء. وقد حررنا في محله من علم الاصول أن المدلول بدلالة الاقتضاء ما لا تتم الدلالة على المطلوب بدون افتراضه و تقديره. راجع لتحقيق ذلك إلى الجزء الأول من كتابنا «بدائع البحوث في مبادئ علم الاصول» في مبحث الدلالات.

(١) - وسائل الشيعه ١٩: ٢٢، كتاب المضاربة، الباب ٤، الحديث ١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٦٩

...

دفع احتمال إرادة الاقتراض من هذه الصحيحة

ثم إن هذه الصحيحة قد رواها المشايخ الثلاثة بإسنادهم الصحيحة المنتهية إلى محمد بن قيس بلفظ «من ضمن تاجراً». وبناءً على هذه النسخة احتمال بعض كون المراد الاقتراض؛ لظهوره في التضمين من أول الأمر. فإن القرض تملك العين على وجه التضمين؛ بأن يكون المقصود قلع ضرر الطمع في ربح مال القرض من المقرض، كما قد يدعوه ذلك إلى أخذ الربا في القرض.

ولكن هذا الاحتمال يرده انصراف التعبير بالتضمين عن القرض؛ لعدم كون استعماله معهوداً في القرض، هذا مع أن تعليق نفى استحقاق الربح على التضمين ظاهر في دخله مع عدم استحقاق الربح. ولما ليس استحقاق المقرض لربح مال القرض لأجل تضمين المقرض إيّاه للخسارة في التجارة بمال القرض - بل إنما لأجل حصول الربح في ملكه و كون الربح الحاصل كله للتاجر المقرض؛ لأنه مالك المال، و من كان له المال فله الربح - كما هو المتفق عليه في باب القرض - فمن هنا لا وجه لحمل هذه الصحيحة على صورة القرض.

ولكن رواها الشيخ أيضاً بطريق آخر صحيح عن محمد بن قيس بلفظ «من ضمن مضاربة». وبناءً على ذلك ينتفى احتمال إرادة الاقتراض.

اللهم إله أن يراد أنه يصير قرضاً لا محالة بنفس تضمين العامل، بعد ما كان بصدد المضاربة، أي يخرج العقد بذلك عن عنوان المضاربة و يصير قرضاً.

ولكنه غير وجه لفرض عدم تملك مال القراض للعامل المضارب، و في القرض لا بد من دخول مال القرض في ملك المقرض. هذا مضافاً إلى الإشكال السابق آنفاً.

و على أي حال هاتان الروايتان قد أعرض عنهما فقهاؤنا و إنما التزم بمدلولها

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٧٠

...

العامة كما أشار إليه السيد الحكيم «١». فلا بد إما من الإعراض عنهما أو نلتزم بضرب من التأويل، كما عرفت من شيخ الطائفة و غيره.

صحة شرط النتيجة بالمعنى الثاني

هذا كله في شرط النتيجة بالمعنى الأول من المعنيين اللذين جاء في كلام السيد الماتن قدس سره. و أما بالمعنى الثاني، و هو ما إذا كان مرجعه إلى انتقال الخسارة و الوضعية إلى ذمّة العامل بعد اشتغال ذمّة المالك بها، فهو مؤكّد لمدلول نصوص المقام؛ إذ هي تفيد اشتغال ذمّة المالك بالوضعية أوّلاً ثمّ انتقاله إلى ذمّة العامل بعرض الاشتراط، فلا يكون اشتراط كون الخسارة على العامل بهذا المعنى مخالفاً للسنة، بل هو مؤكّد لها، و إن كان على نحو شرط النتيجة.

و بيان آخر: لا ينافي الاشتراط بهذا المعنى الحكم الأوّلي المجمعول من جانب الشارع، و هو كون ضمان تلف مال القراض و ضمان الوضعية و الخسارة في التجارة على المالك، لا- على العامل؛ حيث إنّ انتقال الضمان إلى ذمّة العامل لا يُتصوّر، إلّا بعد ثبوته و استقراره في ذمّة المالك، كما هو واضح. فيكون الاشتراط بهذا النحو مؤكّداً للحكم الأوّلي المستفاد من نصوص المقام.

الفرق بين شرط الفعل و شرط النتيجة

و أما اشتراط ذلك على نحو شرط الفعل، فمرجعه إلى كون تدارك الضرر الحاصل من تلف مال القراض و جبران الخسارة الواردة بالتجارة على عاتق العامل، بمعنى تعهده و التزامه بفعل التدارك و الجبران، لا بمعنى كون ضمان ذلك عليه، بأن يكون محكوماً شرعاً بالضمان.

(١)- مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٧٨.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٧١

...

و الفرق بينهما واضح؛ لأنّ كون جبران خسارة المالك و تدارك ضرره في عهده العامل فرع ثبوت ضمان الخسارة و الضرر في ذمّة المالك ابتداءً. و لا إشكال في جواز جبران الخسارة الواردة على الغير، بل يستحبّ تدارك الضرر الوارد على الغير لو كان بيّنه قضاءً حاجةً المؤمن.

و من الواضح عدم منافاة ذلك لكون ضمان ذلك على المالك بحكم الشرع، بل إنّه يؤكده؛ لأنّه متفرّع على توجّه الضمان و الضرر أوّلاً إلى المالك، و إلّا لا معنى لجبرانه و تداركه.

فلا إشكال في اشتراط تدارك الضرر على العامل عند تلف مال القراض، و جبرانه الخسارة الحادثة في خلال التجارة، بل يلزم العمل به؛ عملاً بعموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالشرط الواقع في ضمن العقد اللازم، بل في العقد الجائر ما دام لم يُفسخ، كما في المقام. نعم، لو فسخه المالك أو العامل يرتفع موضوع الضمان، كما أشار إليه السيد الماتن قدس سره.

فتحصّل أنّ الأقوى في المقام ما ذهب إليه السيد الماتن قدس سره، من صحّة اشتراط المالك ضمان التلف و الوضعية على العامل، إذا كان بنحو شرط الفعل، و التفصيل في شرط النتيجة بين ما إذا كان راجعاً إلى اشتراط انتقال الوضعية إلى العامل فيصحّ، و بينما إذا لم يكن راجعاً إلى ذلك فيبطل.

و لكنّ الذي يفسد في هذه الصورة الأخيرة هو الشرط نفسه، من دون أن يسرى فساده إلى عقد المضاربة. فالعقد يصحّ على أيّ حال، كما سبق بيان وجه ذلك في اشتراط عدم الفسخ.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٧٢

(مسألة ١٥): يجب على العامل - بعد عقد المضاربة - القيام بوظيفته

إشارة

؛ من تولى ما يتولاه التاجر لنفسه على المعتاد بالنسبة إلى مثل تلك التجارة في مثل ذلك المكان و الزمان، و مثل ذلك العامل؛ من عرض القماش و النشر و الطي مثلاً، و قبض الثمن و إحرازه في حرزه، و استئجار ما جرت العادة باستئجاره، كالدلال و الوزان و الحمال، و يُعطى اجرتهم من أصل المال (١)،

ما يجب على العامل و ما يستحق به الاجرة

(١) ١- لا يخفى أن وجوب القيام بالوظيفة على العامل في المقام ليس حكماً تكليفاً، بأن يحرم عليه مخالفته تكليفاً. بل المراد به الحكم الوضعي؛ بمعنى أن تصرفات العامل و تقلباته في مال القراض إنما تصح و تنفذ و يترتب عليها حكم المضاربة فيما إذا عمل بما يقتضيه عقد المضاربة من الوظيفة المعتادة المتعارفة، دون ما إذا عمل بما هو خارج عن مقتضى عقد المضاربة. فكل عمل و تصرف في مال القراض صدر عن العامل و كان خارجاً عن مقتضى المضاربة يكون العامل ضامناً و لا يجوز له أخذ مخارجه من مال القراض، بل يجب عليه أن يدفعها من مال نفسه.

و إنما فمن الواضح عدم وجوب إبقاء عقد المضاربة و العمل بمقتضاه تكليفاً، بل ذلك منوط بإرادته كل من المالك و العامل و اختيارهما. فكل منهما ترك العمل بمقتضى المضاربة بفسخ العقد و رفع موضوع العمل في أي آن من آتات أثناء التجارة و العمل بالمضاربة.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٧٣

بل لو باشر مثل هذه الامور هو بنفسه لا بقصد التبرع، فالظاهر جواز أخذ الاجرة (١).

استحقاق الاجرة لو باشر ما تعارف فيه الاستيجار

(١) ١- قد يوجه عدم استحقاقه الاجرة حينئذ؛ بأن عمله بالمباشرة لما كان على خلاف المعتاد المبني عليه عقد المضاربة، فكأنه خالف بذلك الشرط الضمني المعلق عليه إذن المالك. فلم يكن عمله مأذوناً من جانب المالك. فهو بالمباشرة أسقط احترام عمله و أهده.

و لكن الأقوى ضمان المالك لأجرة عمله كما يظهر من السيد الماتن قدس سره؛ لقاعدتي الإلتاف بالتسبب و احترام عمل المسلم. و ذلك لأن عمل العامل لم يصدر منه بإقدام نفسه بغير دعوة المالك و خارجاً عن مقتضى المضاربة، و لا عن تبرع، كما هو مفروض الكلام. بل إنما صدر منه العمل بدعوة المالك و باقتضاء المضاربة؛ حيث إن المالك هو الذي دعى العامل إلى المضاربة و أذنه بالتجارة. و مقتضى إذنه و إن كان إذن العامل في الاستيجار و دفع الاجرة بإذنه، إلا أن انصراف أمره إلى ذلك و اقتضائه له إنما هو لأجل جريان العادة على الاستيجار في ذلك العمل الخاص، و إلا فمقصوده الأصلي - الذي تعلق به الإذن حقيقة هو الإتيان بذات العمل و تحقق التجارة بها. و مقتضى إطلاق هذا الإذن عدم الفرق بين كون الأجير هو العامل أو غيره، مع أنه لا فرق بحال المالك على أي حال؛ حيث كان عليه دفع اجرة العمل و لو كان صادراً من الأجير. و بهذا البيان أتضح فساد القول بعدم جواز أخذ الاجرة للعامل حينئذ بدعوى كون عمله خارجاً عن مقتضى عقد المضاربة.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٧٤

نعم لو استأجر لما يتعارف فيه مباشرة العامل بنفسه كانت عليه الاجرة (١).

(مسألة ١٦): مع إطلاق عقد المضاربة يجوز للعامل الاتجار بالمال على ما يراه من المصلحة**إشارة**

(٢)؛

عدم استحقاق الاجرة لو استأجر ما تعارف فيه المباشرة

(١) ١- وذلك لأن العمل حينئذ كان من وظيفة نفسه بالمباشرة حسب اقتضاء المضاربة و تباينه مع المالك؛ حيث إن مقتضى عقد المضاربة تولى العامل بنفسه للتجارة و العمل، إلا ما جرت عادة العرف على الاستيجار عليه. و الذى التزم به المالك و العامل و تباينا عليه، هو ما اقتضاه عقد المضاربة. فما كان مغايراً لمقتضاه خارجاً عما التزم به و تباينا عليه، و تصرف في مال المالك بغير إذنه، فيكون العامل ضامناً للأجرة المدفوعة. و ذلك لأنه لم يكن الاستيجار حينئذ مورد إذن المالك و لا داخلياً في التزامه، فيضمن العامل لما تصرف في ماله بغير إذنه فيجب عليه دفع ما أعطاه من الاجرة من كيسه. و هذا بخلاف ما لو باشر ما جرت العادة على الاستيجار فيه؛ حيث لم يتصرف في مال المالك بغير إذنه حينئذ، بل إنما صدر منه العمل باقتضاء المضاربة التي اقترحها المالك إليه.

جواز الاتجار للعامل كيف شاء عند إطلاق العقد

(٢) ٢- و ذلك لما سبق آنفاً من أنه مقتضى أمر المالك و إطلاق إذنه للعامل بالتجارة. فإن إطلاق إذنه للعامل بالتجارة يقتضى جواز التصرف له في مال القراض بأى نحو جرت عليه عادة أهل العرف؛ نظراً إلى انصراف إذنه إلى ما هو المتعارف في التجارة من التصرفات و التقلبات بالمباشرة أو غيرها، كما أن مقتضى إذنه

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٧٥

من حيث الجنس المشتري و البائع و المشتري و غير ذلك حتى في الثمن، فلا يتعين عليه أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر، إلا أن يكون هناك تعارف ينصرف إليه الإطلاق (١).

إيكال تشخيص مصاديق ذلك إلى نظر العامل. فله العمل حسب ما يراه من المصلحة، من حيث تعيين البائع و المشتري و نوع الجنس، و غير ذلك من مقدمات التجارة و متعلقاتها.

عدم جواز البيع بالسلع لو انصرف إطلاق العقد إلى البيع بالنقد

(١) ١- فلا يجوز فعل ما ينصرف عنه كلام المالك لانصراف إطلاق العقد إلى غيره. و ذلك مثل المسافرة إلى غير البلد؛ لأنه خلاف ظاهر إذن المالك؛ لانصراف الإطلاق إلى بلد العقد. كما لا يجوز له قبول غير النقود بعنوان الثمن فيما إذا كان الإطلاق منصرفاً إلى النقود لشيوع كونها ثمناً و جريان العادة على أخذها ثمناً؛ حيث ينعقد بذلك ظهور كلام المالك في كون الثمن من النقود. و كذلك الأمر في غيره من الخصوصيات. و سيأتى تفصيل الكلام في ذلك في خلال شرح بعض المسائل القادمة إن شاء الله.

غلبة الوجود متى توجب الانصراف؟

و لكن هاهنا إشكال لا ينبغي الغفلة عنه. و هو أنّ غلبة وجود بعض أفراد الطبيعي لا يوجب انصراف الإطلاق إلى الفرد الغالب، فكيف يمكن هاهنا دعوى انصراف إطلاق العقد إلى بعض الأفراد، مع أنّه لا وجه له إلّا غلبة وجوده في الخارج.

و الجواب: أنّ غلبة الوجود لو كانت ممّا جرت عليها عادة أهل العرف، يصير

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٧٦

و لو شرط عليه المالك أن لا يشتري الجنس الفلاني، أو إلّا الجنس الفلاني، أو لا يبيع من الشخص الفلاني، أو الطائفة الفلانية، و غير ذلك من الشروط، لم يجز له المخالفة، و لو خالف ضمن المال و الخسارة (١)، لكن لو حصل الربح، و كانت التجارة رابحة، شارك المالك في الربح على ما قرّراه في عقد المضاربة.

بذلك ذلك الفرد الغالب في الوجود متعارفاً، و إذا كان متعارفاً يصير متفاهماً عرفياً من إطلاق الكلام. و من هنا يكون ظاهر الكلام حسب المتفاهم العرفي. و قد بحثنا عن ذلك في كتابنا «بدائع البحوث». و يتنا هناك وجه التفصيل في صارفيّة غلبة الوجود للإطلاق بين ما إذا كانت ممّا جرت عليه عادة أهل العرف، كغسل الوجه؛ حيث جرت عادة أهل العرف على غسله من أعلى الوجه إلى أسفله، و قلنا إنّّه موجب لانصراف إطلاق الأمر بغسل الوجه إلى هذا الفرد الغالب؛ لكونه المتعارف و المتفاهم العرفي من الكلام، و قد نقلنا عن بعض الفحول اختيار هذا التفصيل و قوّيناه، فراجع. و هذا معنى قول السيد الماتن «إلّا أن يكون هناك تعارف»....

نظرة ثانية إلى ما دلّ على ضمان العامل بمخالفة شرط المالك

(١) ١- و قد سبق دليل ذلك في شرح بعض المسائل السالفة. و هو ما دلّ من النصوص الواردة في المقام على ضمان العامل الوضيعة و الخسارة الحادثة في التجارة فيما إذا خالف شرط المالك و أمره.

و هذه النصوص بالغّة حدّ الاستفاضة، بل لا يبعد دعوى تواترها و هي تدلّ على أمرين:

أحدهما: ضمان العامل عند مخالفة أمر المالك لما تلف من مال القراض، و لما

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٧٧

...

حدث من الوضيعة و الخسران في التجارة.

ثانيهما: كون الربح الحاصل مشتركاً بينهما.

منها: صحيح

محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، قال: سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة، و ينهي أن يخرج به فخرج؟ قال: «يضمن المال، و الربح بينهما» (١).

هذه الصحيحة دلّت على كون ضمان أصل مال القراض على العامل لو خالف نهى صاحب المال.

و منها: صحيح

الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال: في الرجل يعطى المال فيقول له: ائت أرض كذا و كذا، و لا تجاوزها و اشتر منها، قال: «فإن جاوزها و هلك المال فهو ضامن، و إن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، و إن ربح فهو بينهما» (٢).

هذه الصحيحة قد دلّت على ثلاثة أمور:

أحدها: ضمان مال القراض نفسه لو هلك عند ما خالف العامل أمر صاحب المال.

ثانيها: كون ضمان الوضعية والخسارة الحاصلة في التجارة على العامل لو خالف أمر صاحب المال.

ثالثها: أنه لو حصل ربح يكون مشتركاً بين المالك و العامل حسب السهم المقرّر لهما.

و منها: صحيحه الآخر

عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح، وليس عليه من الوضعية شيء إلا أن يخالف أمر صاحب

المال» (٣)

(١) - وسائل الشريعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ١.

(٢) - وسائل الشريعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٢.

(٣) - وسائل الشريعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٤ و ٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٧٨

...

و نظيره صحيحه أبي الصباح الكناني (١).

و هاتان الصحيحتان تدلان على كون ضمان الخسارة في التجارة على العامل إذا خالف أمر المالك.

و منها: ما دلّ على ضمان العامل عند مخالفة أمر المالك مطلقاً، مثل صحيح

الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يعطى الرجل مالاً مضاربة فيخالف ما شرط عليه، قال: «هو ضامن و الربح بينهما» (٢)

. و صحيح

الكناني قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المضاربة يعطى الرجل المال يخرج به إلى الأرض، و ينهى أن يخرج به إلى غيرها،

فعصى فخرج به إلى أرض أخرى فعطب المال؟ فقال: «هو ضامن، فإن سلم فربح فالربح بينهما» (٣).

و نظيرهما صحيح رفاعه و جميل و موقّق أبي بصير و خبر زيد الشحام (٤).

و هذه الطائفة دلّت بإطلاقها على ضمان العامل عند مخالفة أمر المالك لدرك تلف مال القراض و للخسارة الحادثة في التجارة

كليهما.

و أنت ترى ما ورد في ذيل أكثر هذه النصوص، من التصريح بكون الربح مشتركاً بين المالك و العامل، بعد الحكم بضمان العامل لما

ورد من الخسران بالتلف و الوضعية. فهي تدلّ بوضوح على أنّ مخالفة العامل لشرط المالك و عصيانه لأمره لا يوجب حرمانه لشيء

من الربح، بل إنّما يجب ضمانه لما ورد من الخسارة على المالك بمخالفته لشرطه.

(١) - وسائل الشريعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣.

(٢) - وسائل الشريعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٥.

(٣) - وسائل الشريعة ١٩: ١٧، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٦.

(٤) - وسائل الشريعة ١٩: ١٧، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٨ - ١١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٧٩

(مسألة ١٧): لا يجوز للعامل خلط رأس المال بمال آخر لنفسه أو لغيره،

إشارة

إلا بإذن المالك عموماً أو خصوصاً، فلو خلط ضمن المال والخسارة (١)،

عدم جواز خلط رأس المال بمال آخر
(١) - صرح في الشرائع بذلك، لكنّه قيد الخلط بكونه على وجه لا يتميّز.
و الوجه فيه عدم صدق العيب بمجرد الخلط ما دام كان متميّزاً.

كلام صاحب الشرائع وتعليقه في الجواهر

قال قدس سره: «و لو خلط العامل مال القراض بماله بغير إذن المالك خلطاً لا يتميّز ضمن؛ لأنه تصرّف غير مشروع» (١). و علّله في الجواهر بقوله: «ضرورة كونه أمانة في يده، فلا يجوز خلطها كالوديعة، على أنّ الشركة عيب» (٢).
و يستفاد من كلامه و كلام السيد الماتن و غيرهما من الأصحاب أنّ العامل يأثم بذلك و يضمن.
أمّا إثمه بذلك فلاجل عدم جواز التصرّف في مال الغير بغير إذنه. و المفروض عدم صدور الإذن من المالك للعامل بخلط ماله على وجه لا يتميّز.
و ذلك لأنّ ظاهر كلام المالك عند التجرد عن القرينة هو الاتجار بمال شخصه، لا مختلطاً بغيره على وجه غير متميّز، فلم يأذن بذلك.

(١) - شرائع الإسلام ٢: ١١٣.

(٢) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٨٠

...

يستقرّ الضمان بمجرد المزج المعدم للتمييز

و أمّا ضمانه لمال القراض فلقاعدته ضمان اليد. و لا حاجة في الحكم بالضمان إلى التلف، كما يفهم من كلام صاحب العروة؛ حيث قال: «فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف» (١). اللهم إلا أن يرجع العيب إلى نحو من التلف بالدقّة.
و ذلك لأنّ قاعدته اليد تجرى بمجرد تعييب المال المغصوب بالخلط المعدم للتمييز، و لو لم يصدق عنوان التلف عرفاً. و من هنا ترى صاحب الجواهر علّل الضمان بأنّ الشركة عيب. و تظهر الثمرة في صورة فسخ المالك قبل الاتجار بالمال. فيضمن العامل ما حدث من العيب بسبب خلط مال القراض بمال نفسه أو مال غيره على نحو لا يتميّز. اللهم إلا أن يرجع التعييب إلى نوع من التلف بالدقّة؛ لأنّ العيب ينشأ من تلف جزء أو زوال وصف دخيل في القيمة.

و لا يخفى أنّ العامل كما يضمن أصل مال القراض، كذلك يضمن الوضيعة و الخسارة الحادثة في التجارة بسبب الخلط المذكور.
و لا يخفى أنّ خلط رأس المال بماله إذا أوجب تلفه أو الوضيعة، يضمن العامل درك كل من المال و الوضيعة بلا إشكال، و لو كان

الخلط على نحو المتميز؛ لوضوح أنه السبب في الإلتاف و الوضعية بالخلط، مع عدم إذن المالك به. وهذا هو ظاهر كلام السيد الماتن قدس سره و لكن يشكل تصوير سببية الخلط للتلف. و أما ما سبق آنفاً من أن العامل أمين لا ضمان عليه، فإنه فيما إذا لم يخالف

(١)- العروة الوثقى ٥: ١٦٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٨١

...

أمر المالك و شرطه، كما عرفت من النصوص الواردة في المقام. هذا، و لكن في المقام نكتة مهمّة لا ينبغي الغفلة عنها. و هي أن هذا الفرع لا مصداق له في عصرنا هذا بالنسبة إلى مال القراض.

لا مصداق لهذا الفرع في نقود اليوم

و ذلك لأنّ مال المضاربة من النقود الرائجة بلا إشكال. و جرت عادة أهل العرف و عايمّة التجار من جميع البلاد و الأقوام و الملل على خلط العمّال مال القراض بأموالهم و ادخاره في البنك في ضمن أموالهم و الأخذ من الحساب البنكي تدريجاً للتجارة. فجرت سيرة عايمّة أهل العرف و العقلاء في يومنا هذا على ادخار مال القراض بعد أخذه من المالك في البنك و خلطه في ضمن سائر نقوده المدخرة. ثمّ يأخذ العامل مال القراض من حسابه للتجارة و الاسترباح تدريجاً. و عليه فخلط مال القراض بمال نفسه أو بمال غيره - ممّا يكون عنده و في حسابه البنكي - أمر رائج متعارف. و من هنا يكون هو المتفاهم العرفي من كلام المالك. فلا إشكال فيه و لا يوجب ضماناً لو تلف بغير افراط أو تفريط، أو حدثت وضعية في التجارة، فلا يضمن شيئاً من المال و الخسارة.

و إنّما يتصوّر المصداق لهذا الفرع بالنسبة إلى الدراهم و الدينار الرائجة في الأزمنة السابقة بلحاظ ما في أصنافها و أفرادها من التفاوت بحسب الجودة و الرذائفة و مقدار ما فيها من الغشّ و الخلوص. و كذا بالنسبة إلى الأمتعة و السلع المشتراة بالتجارة الواقعة في ضمن المضاربة.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٨٢

لكن لو اتّجر بالمجموع و حصل ربح فهو بين المالين على النسبة (١).

(١) ١- هذا بظاهره غير قابل للالتزام. و ذلك لأنّ تقسيم الربح حينئذٍ بنسبة المالين إنّما هو لأجل الشركة الحاصلة بين صاحبي المالين باقتضاء اشتراكهما في المال و بمقتضى قاعدة تبعية الربح للمال، و لا ربط لذلك بالمضاربة.

فمقتضى القاعدة حينئذٍ تقسيم الربح الحاصل من المجموع أولاً: بينهما بنسبة المالين بمقتضى الشركة، و ثانياً: تقسيم نصف الربح المتعلّق بمال المالك بين العامل و المالك حسب ما قرّراه في عقد المضاربة فكان الأنسب أن يقول السيد الماتن قدس سره:

فهو بينهما على نسبة المالين أولاً، ثمّ تقسيم النصف المتعلّق بمال المالك بينهما حسب ما قرّراه في عقد المضاربة. فإنّ التقسيم الأول إنّما هو بمقتضى الشركة في المالين، و لكن التقسيم الثاني بمقتضى المضاربة.

نعم، قد يتوهم أن هذا التقسيم الثاني إنّما يكون مشروعاً إذا كان الخلط بإذن المالك، و إلّا فلا بدّ من الاكتفاء بالتقسيم الأول؛ نظراً إلى انتفاء أحكام المضاربة بمخالفة العامل لأمر المالك.

و لكنّه غير وجيه و ذلك لأنّ بمخالفة أمر المالك لا تنتفى جميع أحكام المضاربة، بل إنّما ينتفى الضمان عن المالك و يتوجه إلى العامل. و أمّا الربح فهو بينهما حسبما قرّراه.

و أمّا مقتضى المضاربة هو اشتراك العامل و المالك في خصوص الربح الحاصل من مال القراض. و عليه فبعد ما قُسم مجموع الربح بين المالكين، لا بدّ من تقسيم الربح المتعلّق بسهم المالك بينه و بين العامل بمقتضى عقد المضاربة.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٨٣

(مسألة ١٨): لا يجوز مع الإطلاق أن يبيع نسيئته

إشارة

(١)، خصوصاً في بعض الأزمان و على بعض الأشخاص، إلّا أن يكون متعارفاً بين التجار - و لو في ذلك البلد أو الجنس الفلاني - بحيث ينصرف إليه الإطلاق، فلو خالف في غير مورد الانصراف ضمن، لكن لو استوفاه و حصل ربح كان بينهما.

لا يجوز النسيئة للعامل ما لم تتعارف

(١) ١- إنّ المناط في جواز البيع نسيئته للعامل و عدمها ظهور أمر المالك.

و قد علّله في الجواهر «١» بالتغريب في النسيئة. و لعلّه لاحتمال الكساد و الإفلاس في المشتري عند حلول الأجل أو امتناعه من الأداء، أو التأخير في الأداء. و كذا في العروض إذا وقع ثمناً لاحتمال الكساد فيه بأن تقلّ رغبة الناس إلى شرائه و عدم الإقبال إليه في السوق لأجل الانكماش الاقتصادي.

دعوى ظهور أمر المالك فيما هو أكثر ربحاً

و يمكن أن يقال بظهور أمره فيما هو أكثر ربحاً، و لو كان نسيئته. و علّل ذلك بأنّ الغرض المعاملي الداعي إلى إعطاء المال للمضاربة هو الاسترباح. فإذا كان البيع نسيئته أكثر نفعاً للمالك ينبغي أن يكون داخلياً في غرض المالك من المضاربة.

و عليه فأمر المالك و كلامه ظاهر في أيّ تجارة كانت أنفع للمالك، بأن يعود بها إليه ربح أكثر، بلا فرق في ذلك بين النقد و النسيئة. هذا التعليل من صاحب المسالك كما نقل عنه في الجواهر. و كلامه و إن كان في التعليل لجواز البيع بالعروض، إلّا أن الملاك يأتي في النسيئة قطعاً بالفحوى أو بتنقيح الملاك.

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٨٤

...

التعليل لخروج النسيئة عن إطلاق الأمر و نقده

و قد أجاب عنه في الجواهر «١» بأنّ المدار عند إطلاق كلام المالك حصول المنفعة بالمعاملات المتعارفة بين التجار في تحصيل

الأرباح، ولا يدخل فيه الفرد النادر وإن فرضت فيه المصلحة.

و مقصوده قدس سره أن النسيئة غير رائجة و لا شائعة بين التجار؛ لندور إقدامهم عليها. فهي فرد عزيز الوجود و نادر الوقوع. و من هنا ينصرف أمر المالك بالتجارة عنها إلى النقد؛ لكثرة وقوعه و جريان عادة العرف عليه، فهو الفرد الغالب المتعارف من طبعي التجارة و ينصرف إليه الإطلاق لغلبة وجوده و كونه متعارفاً.

و السر في ذلك أن بيع النسيئة ليس رابحاً عادة؛ لأن في تعجيل أداء الثمن و كونه نقداً، حظاً من القيمة يتعلّق الغرض المعاملي بالنقد و الحاجة إليها أكثر.

و ظاهر حال كل من يعطى ماله للمضاربة احتياجه الفعلي إلى الربح. و من هنا يعطى النقد ليستحصل بالمضاربة نقداً أكثر ممّا أعطاه. هذا مع أن في التأخير آفة و ربما يعرض المانع على أصل استحصال الأثمان.

و فيه: أن هذه المحاذير لا تصلح لإثبات المطلوب؛ إذ ربما لا يعتنى العقلاء بهذه المحاذير و يُقدمون مع احتمالها على النسيئة و البيع بالعروض؛ نظراً إلى ما يتوقعونه من الربح الأوفر، كما يغضون لأجل ذلك عمّا في النقد من الفوائد و الأغراض الاقتصادية العاجلة، و ما يمكن تحصيله بتبادل النقد المأخوذ من الفوائد و الأرباح في خلال مدّة الأجل.

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٨٥

...

إعطاء الضابطة في المقام

و إنّما الملاك الصالح للتعليل به في المقام، ظهور كلام المالك في النقد بسبب جريان عادة أهل العرف عليه. و الوجه الأساسي في تكوّن عادتهم على معاملة النقد و اجتنابهم عن النسيئة، هو احتياج العامل إلى الثمن غالباً، كما أن اعتيادهم على أخذ الثمن نقداً - لا عروضاً - إنّما هو لأجل قابلية النقد للصرّف في تهيئته كلّ ما يحتاج إليه الإنسان و لقضاء جميع حوائجه، دون الأمتعة و العروض. و من هنا جرى التعارف و استقرت العادة على التجارة نقداً بنقدي في المضاربة و قلما يرضى المالك بالنسيئة. و لأجل ذلك يكون النقد ظاهر كلام المالك حينما يعطى ماله إلى العامل و يأمره بالتجارة، إلّا أن ينصب قرينه تدلّ على إرادته ما هو أعمّ من النسيئة أو يصرح بذلك. و ما دام لم يصرح بذلك أو لم تكن هناك عادة عرفية أو قرينه حالية إلى ما هو الأعم، مقتضى ظاهر كلام المالك إرادة التجارة نقداً.

و عليه فلو خالفه العامل و باع نسيئةً فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو بينهما و لا يحدث إشكال حينئذ. و أمّا لو حدثت وضيعة و خسارة، فهي على العامل كما سبق آنفاً؛ نظراً إلى مخالفته لأمر صاحب المال، فعليه الوضيعة.

و أمّا لو أطلع المالك على الحال قبل استيفاء الثمن، فإن أمضى النسيئة فهو، و إلّا بطل و له الرجوع على كلّ من البائع و المشتري. و السر في ذلك أن البيع الواقع نسيئة من جانب العامل حينئذ يكون فضولياً و يترتب عليه أحكام الفضولي. و حكم تعاقب الأيدي في صورة عدم الإمضاء. و لا مانع من اعتبار مال واحد في ذمم أشخاص متعدّدين، كما قرّر في محله.

هذا كلّه إذا لم يكن النسيئة متعارفة بين التجار. و أمّا إذا كانت متعارفة بحيث يمنع عن انصراف كلام المالك إلى النقد و يوجب دخولها في إطلاق كلامه، يجوز

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٨٦

(مسألة ١٩): ليس للعامل أن يسافر بالمال - براً وبحراً - والاتجار به في بلاد آخر غير بلد المال، إلا مع إذن المالك

(١) و لو بالانصراف لأجل التعارف، فلو سافر به ضمن التلف و الخسارة، لكن لو حصل ربح يكون بينهما. و كذا لو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها.

للعامل حينئذ البيع نسيئته، و لا ضمان عليه، بلا حاجة إلى إذن المالك لخصوصها. فالضابطة التي عليها مدار الجواز و عدمه في المقام هو تعارف النسيئة في بلد المالك أو في الجنس الخاص؛ بحيث يوجب ظهور إطلاق كلام المالك في الأعم من النسيئة. فلو حصل هذا الملاك، يجوز مع إطلاق كلام المالك أن يبيع العامل نسيئته، و إلا فلا. اعتبار إذن المالك في كون نفقة السفر من رأس المال

(١) ١- و قد علل عدم جواز السفر إلى خارج بلد المالك للعامل، بما تقدم آنفاً من ظهور كلام المالك في إذنه للعامل بالتجارة في داخل البلد؛ لأن المتعارف هو التجارة في داخل البلد، و صرف كلام المالك إلى خلاف ما هو المتعارف بحاجته إلى قرينه خاصة. فما دام لم تكن هناك قرينه صارفة عرفية عامة أو خاصة منصوبة من جانب المالك، يؤخذ بظاهر كلام المالك و يحكم بعدم جواز السفر.

هذا، و لكن الإنصاف أنه يشكل الالتزام بجريان العادة على عدم السفر إلى خارج البلد للتجارة في المضاربة في هذه الأعصار، مع ما فيها من كثرة الوسائل النقلية السريعة بأنواعها، بل يمكن أن يقال: أن الاسترباح يتوقف كثيراً ما على دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٨٧

(مسألة ٢٠): ليس للعامل أن ينفق في الحضر**إشارة**

(١) من مال القراض و إن قلّ حتىّ فلوس السقاء، و كذا في السفر إذا لم يكن بإذن المالك،

ذلك. و هذا ممّا تعارف في التجارات اليومية بين التجار و العمال، و من كان في هذه الأعصار أكثر وسيلة للسير و السفر و أوسع ارتباطاً مع البلاد بل البلدان البعيدة يكون أقدر على تحصيل النفع.

و عليه فظاهر كلام المالك في هذا الزمان ما هو أعم من التجارة في خارج البلد، إلا أن تكون قرينه حالية أو مقالية و غيرها على إرادة التجارة في خصوص البلد كما هو المتعارف في البلاد الصغيرة و في الأموال القليلة الجزئية و لا سيما بحسب حال العامل من قلّة التمكّن و المقدرة التي لا يتوقّع معها من المالك أن يسافر إلى خارج البلد.

و على أيّ حال يفترق الحال بحسب البلاد و الأشخاص و مقدار الأموال.

و لا بدّ في تعيين ظاهر كلام المالك الرجوع إلى القرينة، و يشكل تأسيس الأصل بالمنع، كما سبق في النسيئة آنفاً.

و على أيّ حال فلو كان لكلام المالك ظاهر في عدم السفر و خالفه العامل و سافر ضمن تلف مال القراض و ما حدث من الوضيعة في التجارة، لما دلّ على ذلك من النصوص السابقة ذكرها.

نفقة العامل في الحضر

(١) ١- قوله: فلوس السقاء؛ أى ما يعطى لسقى الماء أو اللبن.

ثم إنه لا- خلاف و لا- إشكال فى عدم جواز الإنفاق للعامل فى الحضر من مال القراض، بل ادعى عليه الإجماع غير واحد من الأصحاب. و الوجه فيه- مضافاً إلى

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٨٨

و أما لو كان ياذنه فله الإنفاق من رأس المال، إلّا إذا اشترط المالك أن تكون النفقة على نفسه (١)،

اتفاق الأصحاب- دلالة النص الصحيح الآتى و عمومات حرمة التصرف فى مال الغير، من دون إذنه.

و أما السفر فإذا لم يكن ياذن المالك؛ بأن اشترط عدم السفر، فلا إشكال فى عدم جواز أخذ نفقته من مال القراض، كما هو واضح؛ لما سبق آنفاً من النصوص الدالة على ضمان العامل لكل تلف و ضرر حدث من تصرفه إذا لم يكن ياذن صاحب المال. و هذا لا كلام فيه بين الأصحاب.

فمحل الكلام هاهنا فيما إذا أذن المالك بالسفر؛ إمّا صريحاً، بأن يقول للعامل مثلاً: لك أن تسافر خارج البلد، أو كان ذلك مقتضى إطلاق كلامه، كما لو كان السفر متعارفاً، كما فى هذه الأعصار. و يشهد لذلك كلام صاحب الحدائق؛ حيث قال: «ما ذكرناه من وجوب النفقة مخصوص بالسفر المأذون فيه. فلو سافر إلى غيره؛ إمّا بتجاوز السفر المأذون فيه إلى مكان غير مأذون فيه أو إلى جهة غير جهة السفر المأذون فيه فلا نفقة له، و إن كانت المضاربة صحيحة و الربح بينهما كما عرفت آنفاً» (١).

نفقة العامل فى السفر

إشارة

(١) ١- إذا سافر العامل للتجارة بإذن المالك، وقع الكلام فى أن ضمان النفقة هل هو على العامل أو على المالك أو يفصل فى ذلك؟ فاختلفوا على أقوال. و ينبغى قبل الخوض فى البحث تنقيح الآراء و بيان ما استدل به لكل منها.

(١)- الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٢.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٨٩

...

تنقيح الآراء

ذهب المشهور إلى أن نفقة السفر- من مأكول و ملبوس و مشروب، بل كل ما هو من لوازم السفر و مصارفه الشخصية- على المالك و أنّها من مال القراض مطلقاً، سواءً زادت نفقته على نفقة الحضر أم لا، كما صرح به فى الحدائق (١) و جامع المقاصد (٢). و إليه ذهب الشيخ فى النهاية (٣) و الخلاف (٤) و ابن إدريس (٥) و المحقق (٦) و ابن سعيد (٧) و العلامة فى المختلف (٨) و التذكرة (٩) و التحرير (١٠) و إيضاح النافع و مجمع البرهان.

و عن المسالك و الكفاية و المفاتيح أنه الأشهر، بل عن الخلاف أن عليه الإجماع. كل ذلك نقله في جامع المقاصد «١١» و المفتاح «١٢» بالتفصيل.

و في المقام قولان آخران:

أحدهما: كون نفقة السفر كلها على العامل كالحضر.

(١)- الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٠.

(٢)- جامع المقاصد ٨: ١١١.

(٣)- النهاية: ٤٣٠.

(٤)- الخلاف ٢: ١١٤.

(٥)- السرائر ٢: ٤٠٨.

(٦)- شرائع الإسلام ٢: ١٣٨.

(٧)- الجامع للشرائع: ٣١٦.

(٨)- مختلف الشيعة ٦: ٢٠٦.

(٩)- تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٢.

(١٠)- تحرير الأحكام ١: ٢٧٦.

(١١)- جامع المقاصد ٨: ١١١.

(١٢)- مفتاح الكرامة ٧: ٤٧٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٩٠

...

ثانيهما: كون خصوص ما زاد منها عن نفقة الحضر على العامل. و هذان القولان يستفادان من كلام الشيخ في المبسوط. و أولهما مختاره قدس سره ظاهراً. و سيأتي بيان وجهها بعد بيان وجه قول المشهور. و ينبغي هاهنا نقل كلمات بعض الفقهاء الفحول ليوضح تحرير آرائهم و وجوه استدلالهم.

كلام المحقق الكركي

قال في جامع المقاصد: «المشهور بين الأصحاب أن العامل يستحق الإنفاق في السفر من أصل مال القراض كمال النفقة. ذهب إلى ذلك الشيخ في النهاية و الخلاف، و أكثر الأصحاب، و اختاره المصنف في كتبه، و هو الأصح؛ لأنه بسفره انقطع إلى العمل في مال القراض، فناسب أن تكون النفقة على المال. و لصحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: «في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، و إذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه» (١)»

. و هو ظاهر في المطلوب؛ لأن «ما» للعموم.

و ذهب في المبسوط إلى عدم الاستحقاق، و إن نفقته من ماله، كالحضر.

ولأنه دخل على أن له سهماً معلوماً من الربح فلا يستحقّ سواه، وقد لا يربح المال أكثر من النفقة. وذهب أيضاً إلى أنه على تقدير القول بالإنفاق إنما يستحقّ ما زاد على نفقة الحضر من مأكول و ملبوس و آلات؛ لأنه الذي اقتضاه السفر، و الحجّة الحديث السابق» (٢).

(١) - الكافي ٥: ٢٤١/٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٤، كتاب المضاربة، الباب ٦، الحديث ١.

(٢) - جامع المقاصد ٨: ١١٢.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٩١

...

قوله: «لأنه بسفره انقطع إلى العمل في مال القراض» تعليل بمقتضى القاعدة لإثبات كون النفقة على المالك. و حاصله: أن سفر العامل لِمَا كان لأجل العمل في مال القراض و تمخّضه في المضاربة و التجارة به و انقطاعه إلى ذلك، يقتضى ذلك كون نفقة السفر من مال القراض، و بالمآل على المالك.

و بعبارة اخرى: لِمَا كان الغرض الغائي من سفره و الدّاعي إليه هو التجارة بمال القراض و العمل فيه للمضاربة التي اقترحها المالك إليه، يكون مقتضاه كون نفقة السفر على المالك.

و أما توضيح سائر فقرات كلامه فسيّضح لك في تحرير كلمات سائر الفقهاء.

كلام صاحب الحدائق

و قال في الحدائق: «المشهور بين الأصحاب أن جميع ما ينفقه في السفر للتجارة من رأس المال، سواءً كانت النفقة زائدة على نفقة الحضر أو ناقصة أو مساوية، و كلّ ما يحتاج إليه للأكل و الشرب لنفسه و دوابّه و خدّامه حتّى القرب و الجواليق و نحوهما، إلّا أنّها بعد انتهاء السفر و الاستغناء عنها يكون كلّ ذلك من أصل المال، سواءً حصل له الربح أم لا.

و قيل: إنّه لا يخرج من أصل المال، إلّا ما زاد على نفقة الحضر؛ للإجماع على أنّ نفقة الحضر على نفسه، فما ساواه في السفر يحتسب أيضاً عليه، و الزائد على ذلك من مال القراض، و أيّد ذلك بعضهم بأنّه إنّما حصل بالسفر الزيادة لا غير، أمّا غيرها فسواء كان مسافراً أم حاضراً لا بدّ منها، فلا يكون من مال القراض.

و قيل: إنّ نفقة السفر كلّها على العامل كنفقة الحضر، و علّل بأنّ الربح مال المالك، و الأصل أن لا يتصرّف فيه، إلّا بما دلّ عليه الإذن، و لم يدلّ إلّا على الحصّة

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٩٢

...

التي عيّنها للعامل، و هو لم يدخل في العمل، إلّا على هذا الوجه، فلا يستحقّ سواه.

و يدلّ على القول الأوّل

ما رواه الكليني في الصحيح عن عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال: في المضارب: «ما أنفق في سفره فهو من جميع

المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه» (١).

و عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: في المضاربة... الحديث.

و رواه في الفقيه «٢» مرسلًا قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: مثله . و به يظهر قوة القول المشهور، و أنه المؤيد المنصور، فلا يلتفت إلى هذه التخريجات الضعيفة، و التعليقات السخيفة، كما عرفت في غير مقام «٣».

و قد عرفت من كلامه أنه استدلل بقول المشهور بالنص و لم يشر إلى مقتضى القاعدة.

كلام صاحب الجواهر

و في الجواهر: «و لا ينفق العامل في الحضر عندنا شيئاً من مال القراض و إن قل، حتى فلس السقاء، لأصالة حرمة التصرف في مال الغير.

نعم، له أن ينفق في حال السفر كمال نفقته من مأكّل و مشرب و ملبس و مسكن و نحو ذلك ممّا هو داخل في النفقة من أصل المال على الأظهر الأشهر، بل المشهور، في التذكرة نسبتة إلى علمائنا، بل في محكي الخلاف الإجماع عليه، و هو الحجّة بعد صحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام ... و نحوه خبر السكوني

(١) - الكافي ٥: ٢٤١/٥.

(٢) - الفقيه ٣: ١٤٤؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٤، كتاب المضاربة، الباب ٦.

(٣) - الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٩٣

...

عن أمير المؤمنين عليه السلام، خلافاً للمحكي عن بعض، من كون جميع نفقته على نفسه، كالحضر، للأصل المقطوع بما عرفت، فالعمل عليه حينئذٍ، كالاتجاه في مقابلة النصّ.

نعم، عن آخر أن له تفاوت ما بين نفقة السفر و الحضر، و هو مخالف لظاهر النصّ أيضاً، المعتضد بما سمعت «١».

و لاحظت من كلامه أنه استدلل لرأى المشهور أولاً بالنصّ، ثم بالإجماع.

و فيه: أن الإجماع يشكل تحصيله؛ نظراً إلى مخالفة الشيخ نفسه له في المبسوط باختيار القول الآخر بعد دعواه الإجماع في الخلاف. هذا مضافاً إلى استدلال المشهور لرأيهم بالنصّ و مقتضى القاعدة، فلا يكون الإجماع المحكي في الخلاف كاشفاً تعبدياً عن رأى المعصوم عليه السلام.

و أحسن ما استدلل به لرأى المشهور في المقام ما علّل به المحقق الكركي، كما عرفت؛ حيث لم يكتف بالنصّ كصاحب الحدائق، و لم يعتن بالإجماع كصاحب الجواهر، بل استدلل بمقتضى القاعدة قبل استدلاله بالنصّ. و ستعرف أن النصّ موافق لمقتضى القاعدة.

فيما استدلل به لرأى المشهور

و استدلل لرأى المشهور أوّلًا: بمقتضى القاعدة. و قد بين لها تقريبان:

أحدهما: ما نقله فى المستمسك «٢» عن التذكرة. و حاصله: أنّ سفر العامل إنّما هو لمصلحة المال، و مقتضى ذلك أخذ نفقته منه.

(١)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٥.

(٢)- مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٩٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٩٤

...

و لكّنه قدس سره ردّه بأنّ مقتضى هذا التعليل جواز أخذ خصوص نفقة السفر؛ من مقدّماته و لوازمه، لا نفقة شخص العامل فى السفر. و فيه أنّ أصل السفر إذا كان لمصلحة المال و بإذن المالك، يصير جميع لوازم السفر - حتّى مصارفه الشخصية حال السفر - فى جهة مصلحة المال و مأذوناً فيه.

و لكن يمكن النقاش فى أصل هذا الوجه بأنّ مصلحة المال و منفعته لا تعود إلى المالك خاصّة لكى يلزم عليه تحمّل جميع نفقات سفر العامل، بل إنّما تعود إليه و إلى العامل كليهما، و لازم ذلك كون النفقة عليهما معاً.

و لا يخفى عليك أنّ هذا الوجه و ما يرد عليه من النقاش إنّما هو بمقتضى القاعدة، و مع قطع النظر عن دلالة صحيحة على بن جعفر الواردة فى خصوص المقام.

ثانيهما: ما نقله فى المستمسك «١» عن التذكرة و جامع المقاصد.

و حاصله: أنّ سفر العامل إنّما هو سبب و مقدّمة للتجارة بمال القراض؛ لأنّه بسفره انقطع إلى العمل فى مال القراض و تمخض فى المضاربة. و لما كان ذلك بأمر المالك و إذنه، يكون ضمان ما تحمّله فى السفر، من المخارج و المصارف على المالك.

و ببيان آخر - كما عن بعض الأعلام «٢» -: إنّ إذن المالك للعامل بالسفر ظاهرٌ عرفاً فى الإذن بلوازمه بالدلالة الالتزامية.

و هذا التقريب - بعنوان أنّه مقتضى القاعدة و مع قطع النظر عن دلالة الصحيحة الآتية - قد يناقش فيه بأنّه لا يثبت بذلك رأى المشهور؛ نظراً إلى كون

(١)- مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٩٦.

(٢)- المبانى فى شرح العروة الوثقى ٣١: ٥١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٩٥

...

نفع العامل أيضاً فى هذا السفر. و من هنا يدخل محلّ الكلام فى قاعدة «من له الغنم فعليه الغرم»، و هى كبرى كلىّة مرتكزة فى أذهان أهل العرف العامّ و منشؤه السيرة المستقرّة بين العقلاء على ضمان جميع الشركاء ذوى النفع فى النفقات المبذولة لجهة الاسترباح فى التجارات الربحية. نعم، إذا لم يحصل ربح لا مناص من أخذ نفقة السفر كلّها من مال المالك؛ لأنّ السفر كان بإذنه و لا ربح لكى يجبر به ما نقص من مال القراض بإنفاقه للسفر.

و ثانياً: بصحيفة على بن جعفر الآتية. و سيأتى البحث عن مفادها مفصّلاً.

و ثالثاً: بالسيرة المستمرة القطعية المستقرّة على تحمّل المالك لجميع ما تحمّله العامل من نفقة السفر فى باب المضاربة، كما عن بعض

المحققين «١».

و فيه: أن إحراز السيرة - متشرعةً كانت أو عقلائية - مشكل في المقام على ضمان المالك، بل لا يبعد دعوى استقرار السيرة العقلانية على ضمان كل من المالك و العامل؛ نظراً إلى عود مصلحة المال و منفعتها إليها معاً. لكنّه مع قطع النظر عن دلالة الصحيحة الآتية. و رابعاً: بالإجماع، و قد استدللّ به في الجواهر؛ حيث قال: «بل في محكي الخلاف الإجماع عليه. و هو الحجة بعد صحيح علي بن جعفر» «٢». و أيضاً نقله في المفتاح عن الخلاف، ثم زاد بقوله: «و في السرائر أيضاً أن الشيخ رجح في النهاية و الخلاف إلى أهل نحلته و إجماع عصابته عن أحد قولى الشافعى» ثم أشكل على السرائر بقوله: «و فيه أن النهاية و الخلاف متقدمتان على المبسوط» «٣».

(١) - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٥١.

(٢) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٥.

(٣) - مفتاح الكرامة ٧: ٤٧٦ / السطر ٢٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٩٦

...

و فيه: أن الإجماع لم يدعيه غير الشيخ في الخلاف، بل هو لم يشر إليه في سائر كتبه، بل خالفه نفسه في المبسوط؛ حيث أفتى فيه بخلاف رأى المشهور، كما سبق نقله، بل الظاهر استقرار رأيه على ذلك؛ نظراً إلى تأخر المبسوط عن الخلاف و النهاية، كما قال في المفتاح «١».

أمّا القولان الآخرا، فحاصل أحدهما: أن نفقة السفر كلّها على العامل كنفقة الحضر. و الوجه فيه - كما عرفت من فحول الفقهاء - أن مال القراض ملك المالك؛ إذ لم يخرج بإعطائه العامل عن ملكه. و عليه فلا يجوز للعامل أن يتصرف فيه، إلّا بعد إحراز إذنه، و هو غير محرز، بل معلوم العدم؛ إذ دخل العامل في المضاربة على أن يكون له سهماً معيّناً معلوماً من الربح، لا أكثر من ذلك. فلا يستحق شيئاً سواه، مع أن الأصل عدم جواز تصرفه في مال الغير، إلّا فيما إذا احرز إذنه. و في المقام لم يُحرز إذنه، إلّا في الحصّة المعلومة من الربح التي عينها للعامل.

هذا القول ذهب إليه الشيخ في المبسوط، كما صرح به في جامع المقاصد «٢».

و هو خيرة الشيخ بناءً على تقدّم النهاية و الخلاف على المبسوط، كما قال في المفتاح «٣».

و أمّا ثانيهما، فحاصله: جواز أخذ نفقة السفر من مال القراض بمقدار ما زاد عن قدر نفقة الحضر، لا أكثر من ذلك.

و علّل ذلك - كما عرفت من كلمات الفقهاء - بأن نفقة الحضر لا خلاف في عدم جواز أخذها من مال القراض. فما كان من نفقة السفر بمقدار نفقة الحضر

(١) - مفتاح الكرامة ٧: ٤٧٦ / السطر ٢٠.

(٢) - جامع المقاصد ٨: ١١٢.

(٣) - مفتاح الكرامة ٧: ٤٧٦ / السطر ٢٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٩٧

...

يترتب عليه حكمها، فلا يجوز أخذه من مال القراض. و أما ما زاد على ذلك فيؤخذ من مال القراض. و بعبارة أخرى: إن الذي اختص به السفر هو المقدار الزائد عن نفقة الحضر، و إلا فالباقي مشترك بين الحضر و السفر، و لا مناص من أخذه و إخراجة من مال القراض، سواء كان العامل حاضراً أو مسافراً، فلا يؤخذ المقدار المشترك بينهما من مال القراض. و إنما يجوز أخذ المقدار الزائد المختص بالسفر.

و هذا القول أيضاً قال به الشيخ في المبسوط، على فرض جواز الإنفاق في السفر من مال القراض. و نقله أيضاً في جامع المقاصد «١». و أول ما يرد على هذين القولين أنهما مخالف لظاهر صحيح علي بن جعفر، بل القول الأول مخالف لصريحه. فهو اجتهاد في مقابل النص، كما قال في الجواهر «٢». هذا مضافاً إلى مخالفتها لمقتضى القاعدة، كما عرفت و ستعرف مفصلاً.

و قد تبين مما بيناه آنفاً أن أحسن ما استدل به لرأى المشهور وجهان:

أحدهما: مقتضى القاعدة.

ثانيهما: دلالة نصوص المقام.

أمّا مقتضى القاعدة: فلأن السفر إذا كان بإذن المالك و كان لأجل التجارة و العمل في مال القراض باقتضاء المضاربة، كما هو مفروض الكلام، فلا وجه لكون النفقة على العامل نفسه.

فإن المالك إذا أذن العامل بالسفر لأجل التجارة و العمل في مال القراض، يدلّ إذنه بالدلالة الالتزامية على إذنه في لوازم السفر و ما يتوقّف عليه التجارة في

(١) - مفتاح الكرامة ٧: ٤٧٦ / السطر ٢٠.

(٢) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٩٨

...

السفر. فكل ذلك غير خارج عن مدلول إذن المالك بالسفر لأجل المضاربة.

و عليه يدخل جواز الإنفاق في السفر في ظاهر إذن المالك بالسفر. فيجوز للعامل الإنفاق في السفر؛ استناداً إلى ظاهر كلام المالك. هذا حاصل ما استدل به لرأى المشهور بمقتضى القاعدة. و قد سبق تفصيله آنفاً بتقريبين. و لكن قد عرفت أن القاعدة لا تصلح لإثبات ضمان نفقة السفر كلها على المالك خاصةً.

و الوجه في ذلك أن الذي استقرت عليه السيرة القطعية من العقلاء أنه إذا أقدم شخصان أو عدّة أشخاص على تجارة رابحة - على سبيل المضاربة أو على نحو الشركة في المال، أو بين المال و العمل - كون ضمان النفقات المبدولة في مقدمات التجارة على جميعهم بإزاء النفع العائد إليهم. فارتكز هذا الأصل في أذهانهم على نحو كبرى كلبية، و هي أن كلّ من يعود إليه النفع و يدخل في كيسه ربح التجارة، يكون عليه ضمان ما أنفقته في سبيل تلك التجارة و الاسترباح و تحصيل ذلك النفع.

و عليه فمقتضى القاعدة أخذ نفقات التجارة - التي هي مقدّمة الاسترباح - من مجموع مال القراض و الربح الحاصل، لا من خصوص مال القراض كما يوهمه عبارات بعض الأصحاب. و سيأتي أن كلمات مشهور القدماء ظاهرة فيما قلنا؛ نظراً إلى قولهم: إن الربح وقاية لرأس المال، و لما أفتوا بجبران نقصان مال القراض بالربح الحاصل في ختام المضاربة. نعم، في صورة عدم حصوله لا خلاف بينهم في كون ضمان النفقة على المالك.

كما يظهر لمن تأمل في كلماتهم أنها ليست ناظرة إلى نفقات التجارة، بل إلى نفقات شخص العامل في السفر و الحضر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ١٩٩

...

و أما نصوص المقام: فقد استدل لرأى المشهور بصحيح

علی بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام: قال في المضارب: «ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، و إذا قدم بلده فما أنفق فهو من نصيبه»

. «١» و مثله قول أمير المؤمنين عليه السلام في معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام.

و لا إشكال في سندهما. و أما من جهة الدلالة فغاية مدلولهما جواز أخذ نفقة السفر من مجموع مال القراض و الربح قبل تفكيك الربح و إفرازه؛ لأنه ظاهر قوله عليه السلام: «فهو من جميع المال».

و يشهد لذلك قوله عليه السلام

: «و إذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه»

؛ لأنه بقرينة المقابلة يعلم أن المقصود من جميع المال مجموع مال القراض و الربح الحاصل.

فالمراد في الحقيقة أخذ نفقة السفر من نصيبهما؛ أي مجموع الربح قبل التقسيم.

و أنت ترى أن مفروض كلام الإمام عليه السلام في الصحيحة صورة حصول الربح، و لم يتعرض إلى فرض عدم حصوله، كما هو واضح.

و عليه فلا مناص في صورة عدم حصول الربح من أخذ نفقة السفر كلها من مال القراض؛ لما بيناه في تقريب القاعدة في شرح كلام المحقق الكركي. و لعله لوضوحه بمقتضى القاعدة لم يتعرض إليه الإمام عليه السلام. و بهذا التقريب يتقوى قول المشهور.

و أما القولان الآخرا فقد اتضح لك بما بيناه في مقتضى القاعدة أنهما خلاف مقتضاها، بل و خلاف صريح النص، فالقول بهما- مضافاً إلى كونه خلاف مقتضى القاعدة- اجتهاداً في مقابل النص، كما قال في الجواهر «٢».

(١)- وسائل الشيعة ١٩: ٢٤، كتاب المضاربة، الباب ٦، الحديث ١.

(٢)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٠٠

...

مدلول النص من منظر القاعدة

مقتضى القاعدة- كما تبين مما سلف- كون نفقة السفر على المالك فيما إذا لم يحصل ربح، و كونها عليهما معاً إذا كانت التجارة رابحة. على المالك؛ لأنه الذي سبب سفره باقتراح المضاربة إلى العامل و إذنه بالسفر. فعليه أن يتحمل جميع لوازمه المترتبة عليه من النفقة. و هذا داخل في قاعدة الضمان بالتسيب. و أما إذا كانت التجارة رابحة فمقتضى القاعدة و السيرة العقلانية كون نفقة السفر عليهما معاً؛ لرجوع نفع السفر و الربح الحاصل منه إليهما. و قد سبق بيان ذلك مفصلاً.

و هذا بخلاف الحضر؛ لأن نفقاته الشخصية التي لا ترتبط بالمضاربة، لا وجه لأخذها من مال القراض. نعم، النفقات المرتبطة بالتجارة و المضاربة من كراء النقل و اجرة الحمال و شراء الآلات و أئيه نفقة أنفقها العامل لأجل العمل في مال القراض و في جهة الاسترباح بالتجارة تؤخذ من مجموع مال القراض و الربح فيما إذا كانت التجارة رابحة. و من أصل مال القراض بمقتضى القاعدة إذا لم تكن التجارة رابحة.

و عليه فالقول بأن نفقة الحضر كلها من نصيبه - حتى ما كان منها مقدّمه للتجارة الرابحة - خلاف مقتضى القاعدة، كما هو خارج عن مدلول النصّ و الفتاوى. بل مقصود الكلّ خصوص النفقات الشخصية التي لا ربط لها بالعمل في مال القراض و أجنبيّه عن المضاربة. و قد أتضح بما بيناه أن قوله عليه السلام : «إذا قدم فما أنفق فمن نصيبه»

يحمل على نفقاته الشخصية، بل هو ظاهر الرواية في حال السفر و الحضر. و ذلك بقرينة القاعدة العقلائية المرتكزة في أذهان أهل العرف. و هي أن من دعا شخصاً إلى عمل عليه ضمان ما تحمّله العامل من النفقة في جهة الإتيان بذلك العمل، بلا فرق بين كون العمل في الحضر و بين كونه في السفر. و هذه القاعدة الارتكازية العقلائية قرينة دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٠١

...

صارفة لإطلاق لفظه «ما» في قوله: «ما أنفق فمن نصيبه» عن النفقات المرتبطة بالمضاربة إلى النفقات الشخصية غير المرتبطة بها؛ حيث لا فرق بين السفر و الحضر في كون ضمان النفقة المبدولة لمقدمات التجارة الرابحة عليهما معاً و في التجارة غير الرابحة على خصوص المالك كما سبق آنفاً.

هذا، مع أنه إذا كان المقصود من قوله: «ما أنفق» في ذيل الصحيحة، النفقات الشخصية يعقد لصدرها أيضاً ظهوراً في ذلك بمقتضى وحدة السياق، كما لا مانع من التحفظ على إطلاق «ما أنفق» في الصدر و رفع اليد عن إطلاقه في الذيل، لأجل القرينة الصارفة المزبورة؛ لعدم ارتباط المصارف الشخصية في الحضر بالمضاربة.

و على فرض ثبوت الإطلاق له لا مناص من رفع اليد عنه. و ذلك لقاعدة وجوب الاقتصار فيما خالف القاعدة على المتيقن من مدلول النصّ.

صُور أخذ النفقة و الفرق بينها

إنّ النفقة تارة: تؤخذ من مال القراض المعبر عنه برأس المال، و اخرى من الربح. و حينئذٍ فإمّا يؤخذ من نصيب المالك أو العامل أو من مجموع الربح، و ثالثةً تؤخذ من مجموع الربح و رأس المال. و الفرق بين هذه الفروض واضح، إلّا أنه لا فرق بين أخذ النفقة من مجموع الربح و بين أخذه من مجموع مال القراض و الربح، كما لا فرق في ذلك بين قبل تفكيك الربح و بين بعده، و لا بين أن ينفق العامل من كيسه و بين أن يأخذ النفقة من مال القراض ثم يجبره بالربح.

بيان ذلك: أنه لو ربحت التجارة مائة ألف تومان و كان مال القراض مائة ألف أيضاً، و كان مقدار النفقة عشرين ألف تومان، فبناءً على أخذ النفقة من مجموع الربح يؤخذ مبلغ عشرين ألف تومان من مائة ألف تومان - و هو مجموع الربح - ثم يقسم

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٠٢

...

ثمانين ألف تومان الباقية بين المالك و العامل. و يُردّ مال القراض بكماله إلى المالك.

و كذلك لو أخذها من مجموع مال القراض و الربح؛ حيث تؤخذ النفقة ابتداءً من مائتين ألف - و هو مجموع المال و الربح - و يجبر به النقص الوارد على رأس المال. ثم ينصف باقى الربح - و هو ثمانين ألف تومان - بينهما. فلم تفرق الكيفيتان من التقسيم. و كذلك الحال لو أنفق العامل من كيسه؛ حيث يأخذ ابتداءً ما أنفقه من كيسه - و هو عشرون ألف - من مجموع الربح. ثم يُقسّم ثمانين ألف الباقية بينهما، و رأس المال على حاله من غير تغيير، كما هو واضح. و على أى حال يتحمل النفقة المالك و العامل كلاهما؛ حيث إنّها تؤخذ من الربح. و الربح مملوكٌ لهما، لا لأحدهما.

و كذلك الكلام فيما إذا كان الربح الحاصل بمقدار النفقة أو أقلّ منها. نعم، إنّما يظهر الفرق في خصوص الصورة الأخيرة من ناحية جبران مال القراض و عدمه. فحينئذٍ لو اخذت النفقة قبل جبران نقص رأس المال، ورد النقص عليه مطلقاً، سواءً أخذها من خصوص الربح أو من مجموعهما.

و أمّا كون نفقة السفر على خصوص مال القراض - ينافى ما يظهر من النصّ، من أخذ نفقة السفر من مجموع مال القراض و الربح. كما هو خلاف ما أفتى به الأصحاب من جبران نقصان رأس المال بالربح.

ما هو المراد من قوله عليه السلام: «ما أنفق» في الصحيحة؟

و ثانيتهما: إنّ المقصود من قوله «ما أنفق» في ذيل الصحيحة هو النفقة الشخصية العائدة إلى شخص العامل، لا الأعم منه و النفقة المبذولة في مقدمات التجارة. و ذلك لوضوح كون نفقات التجارة على مجموع مال القراض و الربح قبل التفكيك، بمقتضى القاعدة التي استخرجناها من السيرة العقلية و ارتكاز أهل

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٠٣

...

العرف. و مقتضى وحدة السياق في الصحيحة أيضاً حمل «ما أنفق» في صدرها على ذلك، فلا نظر لها إلى نفقات التجارة، كما يلوح من كلمات بعض، و إن كان تعابير المشهور موافقة لظاهر النصّ.

استشهاد القدماء بالنصّ الوارد في المقام

كما أنّ التعبير بصيغته الماضي و سياق الكلام يقضيان كون محطّ كلام الإمام عليه السلام ما إذا تحقّق الإنفاق قبل التجارة و في أثنائها. و الظاهر أنّ الاستدلال بالصحيحة المزبورة لرأى المشهور، لا- يختصّ بالمتأخرين، بل يظهر من بعض القدماء أيضاً، كما عن شيخ الطائفة و ابن إدريس.

قال في الخلاف: «المسألة ٦: إذا سافر بإذن ربّ المال كان نفقة السفر من المأكل و المشروب و الملبوس من مال القراض. دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم» (١).

و في السرائر- بعد اختيار هذا القول و نقل قول الشيخ في المبسوط بكونها على العامل حضراً و سفراً و نقل قوله المزبور في الخلاف- قال: «هذا آخر كلامه في مسائل خلافه فهو في مبسوطه محجوج بقوله في مسائل خلافه» (٢).

وفيه إشارة إلى أن كتاب الخلاف ألفه الشيخ بعد المبسوط؛ لأنَّ الشخص يؤخذ بآخر كلام صدر منه. ولكن قد عرفت من صاحب الحدائق المخالفة؛ حيث ردَّ السرائر بأن المبسوط بعد الخلاف و النهاية.

وعليه لا يبعد دعوى استناد مشهور القدماء في رأيهم إلى النصِّ المزبور. فلا يلتفت إلى احتمال عدم استنادهم في رأيهم بالصحيحة أو إعراضهم عنها.

(١) - الخلاف ٣: ٤٦١ - ٤٦٢.

(٢) - السرائر ٢: ٤٠٨.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٠٤

...

هذا مضافاً إلى ما في قوله: «من نصيبه» في النهاية - كما سيأتي - إشعار بما ورد في ذيل الصحيحة، و إلى أن الشيخ نفسه روى صحيحة علي بن جعفر في المقام، فكيف يمكن احتمال كون مراده من الأخبار الدالّة على ما ذهب إليه في الخلاف، غير هذه الصحيحة؟! مع عدم ورود رواية أخرى - غيرها و موثقة السكوني - تدلّ على مذهبه في الخلاف، و هو رأى المشهور.

و ممّا يؤيد ما استظهرناه من الصحيحة أن الذي استظهره الشيخ و الحلّي من نصوص المقام هو النفقة الشخصية؛ حيث لم يتجاوزا عن المأكول و الملبوس و المشروب. فالتفصيل عند القدماء في الحقيقة إنّما هو في النفقات الشخصية بين السفر و الحضر، و هذا هو الذي اخترناه، و استظهرناه من الصحيحة.

و يشهد أيضاً لما قلنا قول الشيخ في النهاية؛ حيث قال: «و كلّ ما يلزم المضارب في سفره من المئونة و النفقة من غير إسراف كان على صاحب المال.

فإذا ورد إلى البلد الذي فيه صاحب المال كان نفقته من نصيبه» (١).

قوله «نفقته» ظاهرٌ في نفقته الشخصية؛ نظراً إلى إضافة لفظ النفقة إليه و هذه الإضافة تفيد الاختصاص مثل قولهم: جُلّ الفرس. و منصرف عن نفقة التجارة التي هي من مقدّمات العمل في مال القراض. و عليه فكلام الشيخ في النهاية ظاهر في النفقات الشخصية، دون آلات التجارة و نفقات العمل.

و يدلّ على ذلك أيضاً كلام صاحب الشرائع؛ حيث قال: «ينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال على الأظهر» وجه الدلالة أن ضمير «الهاء» المضاف إليه في «نفقته» راجع إلى العامل، كما هو الضمير الفاعلي لكلمة «ينفق».

و حاصل الكلام: أن مقتضى التحقيق التفصيل بين ما يرتبط من النفقات

(١) - النهاية: ٤٠٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٠٥

...

بالتجارة و يتوقّف عليه العمل في مال القراض كأسباب التجارة و آلاتها، أو ما يكون من لوازم السفر المأذون، من نفقة شخص العامل حال السفر، من المأكول و الملبس و المسكن، و بين غير ذلك؛ ممّا لا يرتبط بالمضاربة، بلا فرق في ذلك بين السفر و الحضر، فقد ينفق في السفر لأجل مصارف غير مرتبطة بالمضاربة، كشراء الهدايا لأهله و عياله و أقاربه، أو لأجل التفرّج و السياحة. كما ربما ينفق

في الحضر ما يتوقف عليه العمل في مال القراض من اجرة الحمال والوزان و شراء آلات التجارة و تهيئته مقدماتها. فالمالك في كون ضمان ما أنفقه على المالك كون إنفاقه لأجل المضاربة و دخله في العمل و التجارة بمال القراض، أو كونه ياذن المالك و أمره، و إلا فعلى شخص العامل.

نعم، إذا كانت التجارة رابحة، فمقتضى الإنصاف و سيرة العقلاء أخذ نفقة العمل من مجموع مال القراض و الربح قبل تفكيكه و تقسيمه، و هو أيضاً مقتضى قاعدة: «من له الغنم فعليه الغرم» فإنها صارت كالسيرة الارتكازية بين العقلاء. و لما كان للعامل أيضاً - كالمالك - نصف الربح، فعليه نفقة التجارة أيضاً. و من هنا يكون مفاد النص الوارد في المقام بمقتضى القاعدة. و هي قاعدة «من له الغنم فعليه الغرم».

و هذا بخلاف ما لو لم تكن التجارة رابحة، فلا غنم للعامل حينئذ حتى يتحمل ما أنفقه في سبيل تحصيله.

حصيلة التحقيق من جميع ما تقدم

و قد تحصل مما حققناه في المقام:

أولاً: أن ما ذهب إليه المشهور أحسن الأقوال من بين الأقوال الثلاثة المزبورة. و أن الذي يظهر من التأمل في مجموع كلماتهم أن نفقة السفر و التجارة

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٠٦

...

تؤخذ من مجموع ما بيد العامل في ختام المضاربة من مال القراض و الربح فيما إذا كانت التجارة رابحة و إلا فهي على المالك خاصة.

و ذلك لما سبق آنفاً من أن مقتضى القاعدة و النص أخذها من مجموع مال القراض و الربح الحاصل قبل تقسيمه، لا من خصوص مال القراض، كما هو واضح.

و أخذها من مال القراض في صورة عدم حصول الربح.

و أما ما لا يرتبط بالمضاربة مما صرفه العامل في الحضر و السفر فهو على العامل نفسه.

و ثانياً: عدم كون جميع نفقات الحضر على العامل، بل ينبغي التفصيل بين نفقاته الشخصية التي لا ربط لها بالتجارة و المضاربة فهي على نفسه، و بين النفقات المبدولة في مقدمات التجارة، فهي على مجموع مال القراض و الربح في التجارة الرابحة، و على مال القراض خاصة في غير الرابحة.

و ثالثاً: عدم كون نفقة السفر على العامل، و لا يرتبط بالمضاربة من النفقات على خصوص مال القراض، بل هي في كلا الموردين على المجموع من مال القراض و الربح قبل الجبران و التقسيم، فيما لو حصل ربح، لا على خصوص مال القراض؛ لأنه على فرض حصول الربح عاد نفع عمله إليه أيضاً، فلم يكن نفعه مختصاً بالمالك لكي يتحمل جميع مخارجه، نعم، لو لم يربح فعلى المالك بمقتضى القاعدة.

و يشهد لذلك ما اشتهر بينهم، من أن الربح وقاية لرأس المال، و ما أفتوا به من جبران درك رأس المال و نقصانه بالربح الحاصل، بلا فرق في ذلك بين كون ورود النقص بسبب الإنفاق أو غيره.

و رابعاً: أن الرواية ناظرة إلى صورة حصول الربح و كون ضمان نفقة السفر - من المأكل و الملبوس و المشروب، الذي يكون من

لوازم السفر- على مجموع

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٠٧

و المراد بالنفقة (١) ما يحتاج إليه؛ من مأكول و مشروب و ملبوس و مركوب و آلات و أدوات - كالتقريب و الجوالق - و اجرة المسكن و نحو ذلك، مع مراعاة ما يليق بحاله عادةً علي وجه الاقتصاد،

المال و الربح، لا- خصوص مال القراض، كما يظهر من المشهور. و به فسّر العلامة مراد الشيخ في الخلاف بقوله: «و ليس مراده أن النفقة من خاص صاحب المال، بل من مال المضاربة، و به قال ابن الجنيد و ابن البراج و ابن حمزة و ابن إدريس و هو مذهب والدي» (١). قوله من خاص صاحب المال، أي سائر أمواله غير مال القراض.

و قد تبين أيضاً أن الرواية ناظرة إلى النفقات الشخصية للعامل التي ليست من مقدمة التجارة. و لا نظر لها إلى الأعم منها و من النفقة المبذولة في مقدمات التجارة.

و خامساً: إن مقصود القدماء من أخذ نفقة السفر من مال القراض، جواز تصرفه في نفقة السفر، لا كون ضمانها على المالك، كما يعلم ذلك من فتواهم بجبران ما نقص من مال القراض بالإنفاق.

المراد من النفقة

(١) ١- المراد من النفقة ما يحتاج إليه شخص العامل في السفر عادةً، من مأكول و ملبوس و مشروب و مركوب و مسكن. و يراعى في ذلك ما يليق بشأن العامل و يناسب حاله، كما هو المراعى في سائر الموارد، و يراعى الاعتدال و الاقتصاد في ذلك. و عليه فمرادهم من النفقة كل ما ينفقه العامل في السفر، من نفقاته الشخصية

(١)- مختلف الشيعة ٦: ٢٠٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٠٨

...

مما يرتبط بعيشه من مأكله و مشربه و ملبسه و مسكنه. و أمّا نفقة التجارة المبذولة في مقدماتها فهي خارجة عن مقصودهم. و يشهد لذلك:

كلام صاحب الحدائق في بيان المراد من النفقة. و إليك نصّه:

قال قدس سره: «قد عرفت أن المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول و ملبوس و مشروب له، و لمن في صحبته ممن يتوقف عليه سفره و آلات السفر و اجرة المسكن و نحو ذلك، و يراعى فيها ما يليق بحاله شرفاً و ضعاً و وسطاً على وجه الاقتصاد. فلو أسرف حسب عليه. و إن قتر على نفسه لم يحتسب له؛ لأن الذي له ما أنفق على الوجه المتقدم، و بعد العود من السفر. فما بقى من أعيان النفقة، و لو من الزاد يجب رده إلى مال التجارة أو تركه و ديعه عنده إلى أن يسافر إن كان ممن يتكرر سفره، و لم يكن يبعه أعود على التجارة من تركه» (١).

و قد تقدّم آنفاً أن ظاهر كلمات القدماء - كالشيخ في كتبه - الخلاف و المبسوط و النهاية - و ابن إدريس في السرائر و ابن زهرة في الغنية و غيرهم - كون مرادهم من نفقة السفر ما ينفقه العامل في مصارفه الشخصية. و من هنا يتبينها بالمأكول و المشروب و الملبوس.

و لكن يظهر من بعض المتأخرين تعميمها إلى نفقات التجارة و آلات الحمل و الوزن و التقدير و سائر مقدمات العمل في مال القراض.

و لكن التحقيق المساعد للاعتبار و الموافق للارتكاز الذي جرت عليه سيرة العقلاء أخذ جميع النفقات - من نفقة السفر و التجارة - من مجموع مال القراض و الربح.

و أما ما يدل عليه النص الوارد في المقام، فهو النفقة الشخصية. و قد تقدم منا آنفاً وجه ذلك بمقتضى القاعدة و تقريب استظهار من نصوص المقام.

(١) - الحدائق الناضرة ٢١: ٢١١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٠٩

فلو أسرف حسب عليه، و لو قتر على نفسه، أو لم يحتج إليها من جهة صيرورته ضيفاً - مثلاً - لم يُحسب له (١)،

نتيجة التحقيق في حكم النفقة

و لكن قد عرفت منّا آنفاً التفصيل بين النفقات الشخصية التي لا ترتبط بالعمل في مال القراض و بين نفقات المضاربة التي ترتبط بالتجارة و العمل في مال القراض، ففصّلنا في النفقات الشخصية بين السفر و الحضر. ففي الحضر تؤخذ من العامل. و في السفر من مجموع مال القراض و الربح بالتفصيل الذي بيّناه. و في غير الشخصية تؤخذ من مجموع مال القراض و الربح بمقتضى القاعدة. و قلنا أن قوله عليه السلام: «ما أنفق» في الصحيحة محمول على النفقة الشخصية بقريته ذيله، و بمقتضى وحدة السياق، و بقريته كون نفقات التجارة على المالك و العامل كليهما إذا كانت رابحة، كما هو المفروض في الصحيحة، و مرتكز في أذهان أهل العرف؛ لما جرت سيرة العقلاء و المتشرّعة، و من هنا لم يكن مورداً للسؤال و الشبهة في أذهان الرواة السائلين عن حكم النفقة.

(١) ١- و الوجه في ذلك؛ أنه لما كان المتعارف من النفقة ما يليق بحال العامل و يقتضيه شأنه، يكون هو الظاهر المتبادر إلى الذهن من نفقة السفر. و عليه بنى المالك و العامل في المضاربة؛ لعدم خروج قصدهما و لا البناء العملي منهما عما هو المتعارف المرتكز في أذهان العرف العام. و من هنا أفتى السيد الماتن قدس سره بوجوب مراعاة ما يليق بحاله. و عليه فلو أسرف العامل حسب عليه من كيسه. و لو قتر لم يُحتسب له. فلا يجوز له أخذ ما به التفاوت حينئذٍ من مال القراض؛ حيث إنه لم ينفق بإزائه شيئاً فلم يخرج من كيسه مال حتى يأخذه من مال القراض. بل

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢١٠

و لا تكون من النفقة هنا جوائز و عطايا و ضيافته و غير ذلك، فهي على نفسه إلا إذا كانت لمصلحة التجارة (١).

(مسألة ٢١): المراد بالسفر المجوز للإنفاق من المال هو العرفي لا الشرعي

إشارة

(٢)، فيشمل ما دون المسافة،

يجب عليه ردّ ما زاد بعد السفر، من النفقة إلى المالك.

(١) ١- وقد تبين الوجه فيه ممّا بيّناه لك آنفاً. والحاصل أنّ كلّما أنفق في السفر لأجل التجارة و كان إنفاقها لمصلحة التجارة و في سبيل الاسترباح، فيجوز له أخذه من مال القراض، و إلا فلا.

إنّما الاعتبار بالسفر العرفي، لا الشرعي

(٢) ٢- لا- إشكال في أنّ المراد من السفر في المقام هو السفر العرفي، لا الشرعي. و ذلك لأنّ المتفاهم من كلام المالك في إذنه العامل بالسفر، و مراد الإمام عليه السلام من عنوان السفر في قوله:

«ما أنفق في سفره»

في صحيح البزنطي، هو السفر العرفي.

و أمّا ظهور كلام المالك في ذلك، فلاّ أنّ الذي يتحقّق به غرضه هو السفر العرفي؛ نظراً إلى توقّف المضاربة و التجارة و الاسترباح عليه، لا على السفر الشرعي؛ ضرورة أنّه ربّما تتحقّق التجارة و الاسترباح فيما دون المسافة الشرعية؛ لكثرة سكنتها و رواج أسواقها، مع عدم تحقّقها فيما زاد عنها.

و أمّا ظهور كلام الإمام عليه السلام في السفر العرفي، فالوجه فيه أنّ العناوين المأخوذة في موضوعات الأحكام في الخطابات الشرعية ثلاثة أقسام:

إحداها: العناوين المخترعة التي صارت حقائق شرعية أو مشرعة كالصلاة

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢١١

...

و الصوم و الحجّ و الخمس و الزكاة.

ثانيها: العناوين العرفية المحضة التي لم يعتبر الشارع فيها قيماً شرعياً، كالأكل و الشرب في باب الصوم و ربح الكسب و المعدن و الغوص في باب الخمس.

ثالثها: العناوين العرفية غير المحضة المعبر عنها بالعناوين المستنبطة. و هي العناوين العرفية التي اعتبر الشارع فيها القيد الشرعي، كالغناء و السفر الشرعي للصلاة المقصورة.

و الضابطة في وقوع أحد هذين القسمين موضوعاً للحكم في خطاب الشارع أنّه كلّما ثبت بالدليل اعتبار قيد في موضوع عرفي من جانب الشارع، يكون من القسم الثالث و تشخيصها بيد الفقيه و يدور مدار استنباطه ماهية القيد الشرعي و كيفية أخذها في الموضوع من خطاب الشارع، و ما دام لم يثبت اعتبار قيد فيه من جانب الشارع يكون بماهيته العرفية المحضة موضوعاً للحكم.

و على هذا الأساس يكون عنوان السفر في المقام من قبيل الموضوعات العرفية المحضة، و لكن نفس هذا العنوان في الصلاة المقصورة من قبيل الموضوعات العرفية غير المحضة.

و الحاصل: أنّه لمّا لم يثبت لعنوان السفر قيماً شرعياً في باب المضاربة، بل و سائر عناوين المعاملات، يكون بماهيته العرفية المحضة مأخوذاً في موضوع جواز الإنفاق من مال القراض. فلا تعتبر فيه المسافة الشرعية. و لا فرق في ذلك بين كون صلاته تامّة أو مقصورة.

و قد جاء بيان المراد من السفر و النفقة هاهنا في كلام جملة من فحول الفقهاء منهم الشهيد في المسالك «١» و المحدث البحراني في الحدائق. فإنّه قال: «المراد

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢١٢

كما أنه يشمل أيام إقامته عشرة أيام أو أزيد في بعض البلاد؛ إذا كانت لأجل عوارض السفر، كما إذا كانت للراحة من التعب، أو لانتظار الرفقة، أو خوف الطريق، وغير ذلك، أو لأمور متعلقة بالتجارة، كدفع العشور، وأخذ جواز السفر. وأما لو بقي للتفرج أو لتحصيل مال لنفسه ونحو ذلك، فالظاهر كون نفقته على نفسه إذا كانت الإقامة - لأجل مثل هذه الأغراض - بعد تمام العمل (١).

بالسفر هنا هو السفر العرفي لا الشرعي، وهو ما يجب فيه القصر. فلو كان السفر قصيراً أو أقام في الطريق وأتم الصلاة فنفقة تلك المدة من أصل المال، إلا أنه يجب الاقتصار في ذلك على ما يحتاج إليه التجارة، فلو أقام زيادة على ما يحتاج إليه كان الزائد عليه «(١)».

و عليه فلا عبرة بالحد الشرعي لخروجه عن المتفاهم العرفي من كلام المالك الذي أذن بالسفر لغرض التجارة للعمل في مال القراض، فلا دلالة لكلامه على السفر الشرعي بأي وجه، إلا أن ينصب قرينة خاصة على ذلك. وكذلك في صحيح البنظي؛ لعدم اعتبار قيد فيه من جانب الشارع في باب المضاربة، كما اعتبره في الصلاة المقصورة.

(١) ١- والوجه فيه واضح بعد ما بيناه آنفاً. فإن السفر المأذون من قبل صاحب المال إنما هو ما كان منه لغرض الاسترباح ولمصلحة التجارة. فما لا ربط له بالتجارة والمضاربة ولا بالاسترباح، غير داخل في إذن صاحب المال حتى يكون نفقته عليه. فإن سفر العامل للتفرج أو لتحصيل مال لنفسه لا ربط له بالمالك وليس داخلاً في إذنه حتى يكون نفقته عليه، بل إنما يرتبط بشخص العامل ولقضاء

(١) - الحدائق الناضرة ٢١: ٢١١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢١٣

و أما قبله فإن كان بقاؤه لإتمامه و غرض آخر، فلا يبعد التوزيع بالنسبة إليهما، والأحوط احتسابها على نفسه (١)،

حوادثه. فلا يجوز له إخراج نفقته في السفر حينئذٍ من مال القراض، بل عليه أن يأخذها من مال نفسه. (١) ١- وذلك لأن صحيح علي بن جعفر لا يشمل مثل هذا السفر؛ نظراً إلى ظهوره في السفر الذي أقدم عليه العامل لأجل المضاربة، بأن يكون المضاربة تمام غرضه من السفر، من دون دخل غرض آخر فيه غير المضاربة. فهو منصرف عن السفر الذي يكون لغرض آخر لا ربط له بالعمل في مال القراض.

هذا، ولكن مقتضى القاعدة، جواز الإنفاق من مال القراض في أي سفر كان بإذن المالك، وإن كان له غرض آخر أيضاً غير المضاربة من سفره المأذون. وذلك لأن الملاك المجوز للإنفاق إذن المالك. ولا ريب في شمول إذنه لأي سفر تتوقف عليه التجارة والمضاربة ويحصل به الاسترباح. فلو حصل هذا الغرض في سفر العامل يكون مأذوناً من قبل المالك مطلقاً، سواء كان له غرض آخر أم لا.

مقتضى التحقيق

مقتضى التحقيق التفصيل في المقام؛ حيث إن ذلك الغرض الآخر ربما يضر بالمضاربة ويخل في التجارة؛ بأن يؤثر في نقصان الربح؛ بحيث يشغل ذلك الغرض مقداراً من وقته و صرف قدرته لأجله فيمنع عن ازدياد السعي للتجارة والاسترباح ويوجب قلبه الربح بالمال. فلو أوجب تداخل الغرض هذا المحذور، يتعين عليه الإنفاق من مال نفسه ولا يجوز له الإنفاق من مال القراض

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢١٤

حينئذٍ، وإلا فيجوز له أخذ النفقة بتمامها من مال القراض.

و السّر في هذا التفصيل عدم دخول الصورة الاولى في إذن المالك حسب المتفاهم العرفي، بخلاف الصورة الثانية؛ حيث إنه بعد تأمين تمام غرضه في السفر و حصول الربح في تجارته على الوجه الأوفر، من دون دخل للغرض الآخر في نقصانه و لا الإخلال بأمر التجارة و الاسترباح، لا وجه لعدم إذن المالك لسفره حينئذٍ. و ذلك مثل صلة بعض الأرحام و الأقارب، فيمكن أن يفعل العامل ذلك في أوقات استراحته، و نحو ذلك مما لا يصادم أمر التجارة.

وجه توزيع النفقة و مورده

و أما التوزيع فقد يوجه بقاعدة العدل و الإنصاف و السيرة و ارتكاز أهل العرف. و لكن لا يصلح شيء من ذلك لإثبات التوزيع. أما القاعدة فلا ربط لها بالمقام؛ حيث إنها ناظرة إلى المال المرذد بين شخصين أو عدة أشخاص. و قد بحثنا عن مفاد هذه القاعدة في كتابنا «مباني الفقه الفعّال» فراجع.

و أما السيرة فلم يعلم جريانها و استقرارها على ذلك، بل الظاهر جريانها على ما قلنا، و كذا الارتكاز.

نعم، لو فرض صرف مقدار من الوقت و القدرة في السفر لغرض آخر تجارى أو نحوه، و كان المفروض عدم إخلاله بالمضاربة و التجارة و لا بالاسترباح شيئاً يمكن القول بالتوزيع حسب قدر ما صرفه من الوقت و القدرة. لأنه مقتضى الإنصاف و موافق للسيرة و الارتكاز؛ حيث لا وجه لأخذ ما أنفقه في السفر لأجل منافع نفسه و قضاء حوائجه الشخصية، من مال الغير، كما هو واضح. هذا، و لكن لمنع التوزيع في هذه الصورة أيضاً مجال واسع؛ نظراً إلى إطلاق

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢١٥

و إن لم يتوقف الإتمام على البقاء - و إنما بقى لغرض آخر - فنفقة البقاء على نفسه، و نفقة الرجوع على مال القراض لو سافر للتجارة به (١)؛ و إن عرض في الأثناء غرض آخر، و إن كان الأحوط التوزيع في هذه الصورة، و أحوط منه الاحتساب على نفسه.

إذن المالك و عدم منافاته لغرضه، و دعوى انصراف إذنه إلى تمخضه في التجارة بماله؛ بحيث ينفي أى اشتغال آخر له، و لو لم يكن مضرراً بغرضه بأى وجه، ممنوعه.

(١) ١- أما وجه أخذ نفقة البقاء من مال نفسه حينئذٍ، فواضح لفرض انتهاء عملية التجارة و عدم توقف إتمامها على استمرار السفر، و لا شغل له يرتبط بالمضاربة بعد ذلك، بل إنما كان بقاؤه لغرض آخر راجع إلى نفسه، فلا وجه حينئذٍ لأخذ نفقته من مال القراض.

حكم نفقة الرجوع

و أما وجه أخذ نفقة الرجوع من مال القراض، فلأن الرجوع من سفر التجارة أمر لا بد منه و لا يكون للغرض الآخر أى دخل و تأثير فيه، بل إنما الذى أوجب الرجوع هو المضاربة و التجارة؛ لفرض كون أصل سفره لأجل ذلك.

و مقتضى التحقيق فى ذلك: أن أصل السفر إذا كان لأجل المضاربة و للتجارة بمال القراض فقط، فلا إشكال فى كون نفقة الرجوع على المالك، و إن عرض له فى الأثناء غرض و شغل آخر.

و أمّا إذا كان السفر لها و لغرض آخر أيضاً من البداية، فلو كان ذلك الغرض مضرراً بالتجارة و الاسترباح، يكون نفقة الرجوع على

العامل ولا يجوز له أخذه من

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢١٦

...

مال القراض؛ لما قلنا من عدم دخول سفره حينئذٍ داخلًا في إذن المالك.

و أمّا إذا عرض الغرض الآخر في الأثناء أو بقي في السفر مدّة زائدة عن حدّ حاجة التجارة؛ بأن تمّت التجارة و لا دخل للبقاء فيها، فنفقة الرجوع على المالك أيضاً؛ نظراً إلى كون أصل سفره للمضاربة و العمل في مال القراض.

اعطاء الضابطة في المقام

و الضابطة في ذلك كون السفر للمضاربة و العمل في مال القراض و عدم قصد العامل للاشتغال بأمر آخر يضرب بغرض المالك من أمره بالاسترباح و التجارة.

و السيد الماتن إنّما تعرّض لفرض بقائه لغرض آخر أو عروضه في الأثناء، دون ما إذا كان أصل سفره لغرض آخر.

و بما بيّناه اتضح حكم ما لو عرض له غرض آخر في أثناء السفر. و المعيار في جواز أخذ نفقة السفر من مال القراض عدم مزاحمة الغرض الآخر للتجارة و العمل في مال القراض. فكلّما أخلّ ذلك الغرض الآخر بالمضاربة و الاسترباح فلا يجوز أخذ شيء من نفقة السفر من مال القراض. و إلّا فليُنظر في ذلك الغرض، فلو كان من قبيل ما لا يصرف له وقتاً و لا قدرة؛ بأن يحصل في أوقات استراحته كصلة الأرحام و الأقارب، فلا وجه أيضاً لأخذ شيء من نفقة السفر من مال نفسه، بل يأخذ كلّها من مال القراض. و أمّا إذا كان الغرض ممّا احتاج الإتيان به إلى صرف وقت - غير زمان الاستراحة - و إلى عمل و نفقة و مئونة، لا يبعد القول بالتوزيع حينئذٍ، بلا فرق بين عروضه في الأثناء و بين وجوده من أوّل الشروع في السفر؛ نظراً إلى صرف الوقت و العمل لهما معاً، لا للمضاربة خاصّة. و عدم كون استمرار السفر - حينما عرض في الأثناء غرض آخر - داخلًا في متعلّق إذن المالك. و لكن

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢١٧

(مسألة ٢٢): لو كان عاملاً لاثنين أو أزيد، أو عاملاً لنفسه و غيره، توزع النفقة

إشارة

(١). و هل هو على نسبة المالكين أو نسبة العملين؟ فيه تأمل و إشكال، فلا يترك الاحتياط برعاية أقلّ الأمرين إذا كان عاملاً لنفسه و غيره؛ و التخلّص بالتصالح بينهما، و معها إذا كان عاملاً لاثنين مثلاً.

ذلك فيما إذا لم يكن الاشتغال بفعل ذلك الغرض أو استمرار السفر مضراً بالمضاربة.

و كذلك لو كان له غرض آخر أيضاً من أوّل الأمر و لم يطّلع المالك. و قد احتاط السيد الماتن في هاتين الصورتين باحتسابها على نفسه، و هذا الاحتياط منه استجابي لإفتائه بخلافه.

توزيع النفقة لو عمل العامل لغير المالك

(١) ١- لا إشكال في أصل جواز توزيع النفقة في مفروض هذه المسألة، بل ذلك مورد اتفاق الأصحاب، و لم يخالف فيه أحد. و هو المساعد للارتكاز و السيرة، بل و صحيحه على بن جعفر السابقة؛ نظراً إلى انحلال مدلولها حسب تعدّد مالك المال، كما هو واضح.

تحرير محل النزاع

ولا يخفى أن لتحرير محل النزاع ينبغي توضيح فقرتين من هذه المسألة.

إحداهما: أن المراد من النفقة هل هي نفقة شخص العامل أو يعم نفقات التجارة؟

والذى يظهر من مطاوى كلمات الأصحاب إرادة خصوص النفقة الشخصية؛ نظراً إلى عقد هذه المسألة فى ضمن مسائل باحثه عن حكم نفقة السفر التى لا إشكال

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢١٨

...

فى إرادة النفقة الشخصية منها، و إلى اتفاقهم على أصل توزيع النفقة بين المالكين، مع أنه لا معنى له فى نفقة التجارة فى إحدى صورتى المسألة، كما سيأتى توضيحه.

ثانيتها: أن كون شخص عاملاً لاثنين أو لنفسه و غيره يمكن تصويره على نحوين. أحدهما: أن يُنشئ كل واحد من المالكين عقداً مستقلاً و يعمل العامل و يتجر بكل واحد من المالكين تجارة مستقلة و يحتسب لكل منها دخلاً و خرجاً على حدة.

و ثانيهما: أن ينشئ المالكان للمالكين عقداً واحداً و كذا العامل فى النفقات و الأرباح.

لا- كلام فى خروج الصورة الأولى عن محل الكلام بالنسبة إلى نفقة التجارة؛ حيث لا يعقل توزيع نفقة التجارة بين المالكين حينئذ؛ نظراً إلى وضوح انفكاك كل مضاربه عن الآخر فى مخارج التجارتين و ربحهما.

نعم، لو كان المراد من النفقة ما يعم نفقة التجارة تدخل الصورة الثانية فى محل الكلام من هذه الجهة؛ نظراً إلى اشتراك المالكين فى نفقات التجارة فى عقد واحد، كما يشتركان فى ربحها؛ لقاعدة «من له الغنم فعليه الغرم».

و لكن ظاهر كلمات الأصحاب خروج نفقة التجارة عن مصب الكلام؛ لما قلناه آنفاً، و إن لا مانع من شمول صورة المسألة لها فى نفسه إلا أن القرينة على إرادة النفقة الشخصية تمنع من ذلك.

هذا كله لا كلام فيه و إنما وقع الكلام و الخلاف فى التوزيع المزبور بأنه هل يكون على نسبة المالكين أو على نسبة العاملين؟

كيفية التوزيع بحسب المال و العمل

و كيفية التوزيع بحسب المال؛ أن كان لأحد المالكين مائة ألف تومان و للآخر مائتا ألف، و كان مجموع النفقة ثلاثة آلاف تومان. فيؤخذ حينئذ من المالك الأول ألف تومان و من الثانى ألفان.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢١٩

...

و أما لو قلنا: إن التوزيع بحسب العمل، فينظر إلى مقدار العمل الذى أتى به العامل فى كل واحد من المالكين. و المعيار فى تقديره إما هو مقدار الوقت المصروف لذلك العمل كما هو المتعارف فى تعيين اجرة الأجير، أو نفس العمل بلحاظ ما تحقق به و وجد فى

الخارج من عمليّة التجارة و تعدادها. و لكن لا ضابطه للنحو الثانى، فالمتعين هو النحو الأول لأنه المتعارف المضبوط عرفاً.

و عليه فتوزع النفقة بين المالكين حسب مقدار الوقت المصروف للعمل فى مال القراض. و عليه فالمعيار فى ذلك مقدار العمل، و إنما الوقت هو الميزان فى تعيين مقداره.

آراء الفقهاء و نقد استدلالهم

و الأ-كثر على القول الأول. و في الحدائق «١» أنه الأظهر الأشهر. و قد جزم به في المبسوط، و في جامع المقاصد أنه الأوجه، و في المسالك أنه الأجدد، كما نقل عنهم في المفتاح «٢».

و استدل لذلك بأن المدار في استحقاق النفقة على المال دون العمل، كما في الحدائق و المفتاح.

و الذى يخطر بالبال أن هذا الدليل أشبه بالمدعى. لأن الذى تُصرف لأجله النفقة هو العمل؛ ضرورة صرفها في جهة ما يصدر من التقلبات و التصرفات من جانب العامل. فكل عمل يعمل و كل تصرف يصدر منه بحاجة إلى إنفاق نفقة. و لا فرق في ذلك بين كثرة مال القراض و قلتها، إلا من جهة واحدة، و هى استتباع كثرة

(١)- الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٢.

(٢)- مفتاح الكرامة ٢: ٤٧٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٢٠

...

المال كثرة التصرف و العمل من بداية السفر إلى زمان استحصال الربح، و لا دخل لأصل المال في ذلك، كما هو واضح. و لا دليل خاص على الرأى الأشهر ليتعبد به.

مقتضى التحقيق

و مقتضى التحقيق أن المعيار في توزيع النفقة هو مقدار العمل، و لكن لا- بحسب الوقت المصروف مطلقاً و لا بلحاظ ذات العمل مطلقاً. بل إنما توزع النفقة بينهما بحسب مقدارها المصروف في جهة العمل في كل واحد من المالين. و ذلك يفترق في صرف العمل و الآلات و الأسباب المشترأة. فربّ مال كثير لا يستلزم العمل فيه صرف وقت كثير، و لكن تستتبع التجارة به نفقة كثيرة لشراء ما تحتاج إليه تلك التجارة من الأسباب و الآلات. و ربّ تجارة يكون الأمر فيها بالعكس، و يفترق ذلك في أنحاء التجارات و أنواعها. فالمتعين في الحقيقة ملاحظة نسبة العمل؛ لأنه السبب لإنفاق النفقة و بذل المخارج و تحمّل المئونة. فأى مال استتبع عملاً أكثر يكون سهمه من الإنفاق أكثر.

هذا كله في نفقة التجارة. و أما نفقاته الشخصية في السفر فلا إشكال في أنها تابعة لمدة الإقامة كثرة و قلة. فكلما طال زمان إقامته في السفر يكثر مقدار ما يصرفه من النفقة و المئونة. و الأموال تختلف في مقدار ما تحتاج إليه من العمل للتجارة. و لا بدّ في تعيين مقدار النفقة من ملاحظة مقدار العمل المأتى به للتجارة بكل واحد من المالين؛ لأن العمل الأكثر يستدعى صرف وقت أكثر و بالمآل نفقة أكثر للبقاء. فإن أمكن تعيين مقدار العمل بحسب نوعه و خطورته و سائر الجهات المؤثرة في قيمته فيها و إلا فلا مناص من تقسيم النفقة بحسب مقدار ما يقتضيه المال، من العمل - كمّاً و كيفاً- و صرف الوقت للتجارة به. فإن لكل ذلك دخلاً

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٢١

(مسألة ٢٣): لا يعتبر ظهور الربح في استحقاق النفقة

إشارة

(١)، بل ينفق من أصل المال و إن لم يكن ربح. نعم لو أنفق و حصل الربح فيما بعد، يجبر ما أنفقه من رأس المال بالربح كسائر الغرامات و الخسارات، فيعطى المالك تمام رأس ماله فإن بقي شيء يكون بينهما.

و تأثيراً في مقدار النفقة المصروفة.

و أما كون رعاية أقلّ الأمرين - فيما إذا كان عاملاً لنفسه و لغيره - أقرب إلى الاحتياط، فلا ريب فيه؛ لأنه إيثار منه في جهة نفع المالك و تحصيل رضاه و اليقين ببراءة ذمته من مال الغير. كما أنّ التصالح هو المتعين لو أشكل الأمر؛ حيث لا مناص من تحصيل رضاهما كليهما حينئذ.

عدم اعتبار ظهور الربح في استحقاق النفقة

(١) ١- ينبغي قبل الورود في البحث الإشارة إلى نكتته، و هي أنّ محلّ الكلام في المقام نفقة السفر، لا الحضر. و ذلك لما سبق من اتفاق الأصحاب و دلالة النصّ الصريح على كون نفقة الحضر على العامل نفسه. و قد تقدّم تفصيل هذا البحث في شرح المسألة العشرين، فراجع.

ثمّ إنّ ظاهر الأصحاب في المقام عدم اعتبار ظهور الربح في استحقاق العامل للنفقة و جواز أخذها من مال القراض قبل ظهور الربح. فإذا ظهر الربح يجبر به ما أنفقه من مال القراض قبل تقسيم الربح.

و قد صرح بذلك في المسالك بقوله: «و لا يعتبر في النفقة ثبوت ربح، بل ينفق و لو من أصل المال إن لم يكن ربح، و إن قصر المال. نعم، لو

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٢٢

...

كان ربح فهي منه مقدّمة على حقّ العامل» (١).

و نظيره في الجواهر؛ حيث قال: «ظاهر النصّ و الفتوى عدم اعتبار ثبوت ربح في النفقة، بل ينفق و لو من أصل المال إن لم يكن ربح، لكن لو ربح بعد ذلك أخذت من الربح مقدّمة على حقّ العامل» (٢).

و لكن احتمال في الجواهر من كلام صاحب الرياض (٣) أنّه استظهر من إطلاق النصّ و الفتوى، جواز الإنفاق من الأصل حتّى مع حصول الربح. و من هنا تعجّب منه صاحب الجواهر؛ حيث قال - بعد نقل كلامه: «و هو من غرائب الكلام» (٤). و لكن ذكر جماعة إنفاقها منه دون الأصل. و عليه فليقدّم على حصّة العامل.

مقتضى التحقيق

و على أيّ حال مقتضى التحقيق ما قال في المسالك و الجواهر، و هو المعروف بين الأصحاب، بل هو الذي يظهر من نصوص المقام كما عرفت سابقاً و ستعرف. و هذا الفتوى من الأصحاب في المقام قرينة على كون مرادهم في الحقيقة في المسألة العشرين، أخذ النفقة من مجموع مال القراض و الربح قبل تفكيكه و تقسيمه.

و هو الذي استظهرناه من النصّ و فتاوى القدماء في المسألة العشرين. و عليه فلو لم يبق - بعد جبران النقصان الناشئ من الإنفاق - شيء أكثر من رأس المال، لا يبقى للعامل شيء من الربح، و لو بقي شيء بعد ذلك يُقسّم بينهما.

- (١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٤٩.
 (٢) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٦.
 (٣) - رياض المسائل ٩: ٧٨.
 (٤) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٧.
 دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٢٣

...

و ما قلنا سابقاً في المسألة العشرين من توزيع النفقة على كل من المالك و العامل و عدم كونها على المالك وحده، ينطبق على ما أفتى به الأصحاب في هذه المسألة.

و ذلك لأن جبران النفقة من الربح مرجعه إلى ذلك؛ ضرورة كون الربح ملكاً للمالك و العامل كليهما. كما لا فرق في ذلك بين أخذ النفقة من مجموع ما بيد العامل في ختام التجارة و بين أخذها من الربح خاصّة؛ لأنّ المجموع لا يكون أزيد من رأس المال، إلّا بعد أخذ النفقة منه و جبران رأس المال، فيقسم الباقي بينهما.

كما لا فرق بين ما لو أنفق العامل من كيسه و بين ما لو أخذ النفقة من رأس المال. و ذلك لأنّ رأس المال و إن بقي على حاله من غير نقصان فيما إذا أنفق العامل من كيسه، إلّا أنّه بعد أخذ ما أنفقه من الربح تخرج النفقة في الحقيقة من كيسهما معاً؛ لفرض كون الربح ملكاً لهما.

و قد استدلّ لذلك بامور:

الأول: عدم صدق الربح في نظر أهل العرف، إلّا بعد استثناء النفقة و غيرها من مئونة التجارة، كما أشار إليه السيد الحكيم «١». و السرّ في ذلك أنّ ما ذهب من كيس المالك - من نفقة التجارة و مئونها - في الحقيقة من قبيل الخسارة، كما اومئ إلى ذلك في التذكرة بقوله: «و القدر المأخوذ في النفقة يحسب من الربح. و إن لم يكن هناك ربح فهو خسران لحقّ المال» «٢».

و ما دام لم تجبر الخسارة الواردة على رأس المال، لا يصدق عنوان الربح

- (١) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٠١.

- (٢) - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٢ / السطر ٢٥.

- دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٢٤

...

و لا تكون التجارة رابحة في نظر أهل العرف. و من هنا جرت سيرة التجار في تجارتهم و معاملاتهم على عزل رأس المال و تفكيك ما يعادله ممّا حصل بالتجارة أوّلاً، فلو بقي بعد ذلك شيء - زائداً على ذلك - يرون التجارة رابحة. و لأجل ذلك - فيما إذا لم يبق في ختام التجارة شيء أزيد ممّا يجبر به نقصان رأس المال - لو سألت التاجر: هل ربحت في هذه التجارة شيئاً؟ يجيب: لا، و إنّما حصل فيها مقدار ينحفظ به أصل مالي. و صحّة سلب عنوان الربح حينئذٍ دليل على اعتبار جبران الخسارة في صدق عنوانه حقيقة في نظر أهل العرف. و يفهم هذا التعليل من كلام صاحب الجواهر «١» أيضاً.

الثاني: السيرة القطعية، كما عن بعض الأعلام «٢» بدعوى استقرارها على أداء العامل اجرة ذهابه إلى خارج البلد من مال القراض من

حين شروع التجارة، قبل ظهور شىء من الربح. بل جرت سيرتهم على أخذ نفقات نفسه من المأكل والمشرب والمسكن في السفر مدّة إقامته في تلك البلدة التي سافر إليها، بل وأخذ سائر نفقات التجارة من رأس المال قبل ظهور الربح، ثم جبرانها بالربح الحاصل قبل تقسيمه و لم يرد من الشارع ردع في ذلك. وإنما ورد الردع منه عن ذلك في الحضر- لو جرت السيرة المزبورة فيه، وهو بعيد- بل ورد منه ما يدل على إمضائه لهذه السيرة في السفر كما يدل عليه النصّ الوارد في المقام.

ولكن في جريان هذه السيرة في المصارف الشخصية غير المرتبطة بالتجارة- كأخذ الهدايا والجوائز- نظراً، تقدّم الكلام فيه في المسألة العشرين.

الثالث: بعض ما ورد من النصوص في المقام؛ مثل صحيح

علّي بن جعفر

(١)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٦.

(٢)- المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٥٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٢٥

...

عن أخيه أبي الحسن عليه السلام: قال في المضارب: «ما أنفق في سفره فهو من جميع المال. وإذا قدم بلده، فما أنفق، فهو من نصيبه» (١)

. و مثله معتبرة السكوني.

فإنّ قوله عليه السلام:

«فهو من جميع المال»

ظاهر في عدم جواز أخذ نفقة السفر من خصوص مال القراض، بل معناه أن يأخذها من مجموع أصل المال والربح. فإذا أخذها من مال القراض يستثنى مقداره من المجموع ويردّه إلى صاحبه. ثم يقسم الباقي- وهو الربح الحاصل- بينهما على حسب ما اتفقا عليه. وقد تقدّم الكلام في ذلك مفصلاً في المسألة العشرين.

وقد أتضح بذلك موافقة ما أفتى به السيد الماتن لفتوى الأصحاب، كما هو مدلول النصّ الوارد في المقام.

وأما ما قال به في الرياض- مضافاً إلى مخالفته لفتوى الأصحاب، كما تعجّب منه صاحب الجواهر- مخالف لما استقرّ عليه السيرة القطعية من المتشعبة وغيرهم في باب المضاربة، كما أنه خلاف ما دلّ عليه صحيح علّي بن جعفر و موثّق السكوني.

الرابع: الإجماع كما أشار إليه في الجواهر بقوله: «نعم إن لم يكن ثمّ إجماع، أمكن القول بأنّ النفقة إنّما تكون للعامل، حيث يكون ربح في المال يحتملها، أو بعضها، فتخرج حينئذٍ منه على المالك والمضارب، وإلا فلا نفقة له، كما أنّ نفقته حال الحضر من نصيبه خاصه، ولعله أوفق بالأصل والنصّ، إلّا إنّنا لم نجد قولاً لأحد. وإن أراد ذلك في الرياض بما حكاه عن جماعة كان مطالباً لتعيينهم، كما لا يخفى على من لاحظ وتأمل» (٢).

(١)- وسائل الشيعة ١٩: ٢٤، كتاب المضاربة، الباب ٦، الحديث ١.

(٢)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٢٦

تحرير كلام صاحب الجواهر

قوله: «يحتملها، أو بعضها، فُتخرج»؛ ... أي يتحمل المالك النفقة جميعها، أو يتحمل بعضها، وحينئذٍ - أي حينما تحمّل بعض النفقة - تخرج النفقة من الربح على المالك والمضارب. وإلا - أي إن لم يكن ربح - فلا نفقة للعامل؛ أي يتحمل العامل كلها.

قوله: «و لعله أوفق بالأصل والنص»؛ أما الأصل فالمقصود منه أصالة حرمة التصرف في مال غيره من دون إذنه و ترتب الضمان عليه؛ حيث إن المتيقن من إذن المالك إذنه للعامل في تملك حصته من الربح و أمّا إذنه بالتصرف في سائر أمواله فهو مشكوك.

و عليه فإذا كان ربح تؤخذ النفقة من الربح؛ إمّا من سهمها؛ لقاعدة «من له الغنم فعليه الغرم». فلمّا كان الغنم و هو الربح لهما، يكون الغرم - و هو النفقة - عليهما معاً. و إمّا من سهم المالك خاصّة، كما يظهر من صاحب الرياض؛ نظراً إلى عدم ورود نقص حينئذٍ في أصل ماله. و لما كان بذل النفقة في جهة نفعه، ولأنه الذي أذن العامل و أمره بالسفر.

و أمّا النصّ فلأنّ صحيح عليّ بن جعفر إنّما تعرّض إلى صورة وجود الربح.

فغاية مدلوله جواز أخذ النفقة من مجموع المال و الربح في صورة حصول الربح، و لا دلالة على جواز أخذها من أصل المال عند عدم حصول الربح. فلا مناص حينئذٍ من الرجوع إلى الأصل المزبور.

و قد سبق بيان هذا الأصل في كلام بعض الأصحاب، و يفهم من ذلك أنّ عمدة الوجه لرأى المشهور في نظر صاحب الجواهر هو الإجماع.

و فيه: أنّ أخذ النفقة من مجموع مال القراض و الربح قبل تفكيك الربح

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٢٧

(مسألة ٢٤): الظاهر أنه يجوز للعامل الشراء بعين مال المضاربة

إشارة

؛ بأن يعين دراهم شخصيّه و يشتري بها شيئاً، كما يجوز الشراء بالكلّي في الذمّة و الدفع و الأداء منه (١)؛ بأن يشتري جنساً بألف درهم كلّي عليّ ذمّة المالك، و دفعه بعد ذلك من المال الذي عنده،

و تقسيمه - كما بنينا على ذلك و استظهرناه من النصّ، بل فتاوى الأصحاب - يرجع في الحقيقة إلى تحمّل العامل نصف النفقة. و من هنا لو لم يكن نصيبه من الربح أكثر من مقدار سهمه من النفقة، لا يبقى له بعد كسر النفقة من المجموع شيء من الربح، و لو كان أكثر منه يؤخذ من نصيبهما؛ لأنه مقتضى جبران النفقة من الربح الذي هو ملك لهما على نحو الإشاعة.

و أمّا إذا لم يحصل ربح فلا ريب في أخذ النفقة كلّها من مال القراض و ضمانها على المالك. و لكن يظهر من كلام صاحب الجواهر عكس ذلك، و هو عجيب منه قدس سره.

و أمّا الإجماع فهو غير حاصل بما أنّه كاشف تعبداً عن رأى المعصوم عليه السلام؛ لاستناد الأصحاب إلى القاعدة و النصّ، فالإجماع في المقام مدركي غير صالح للاستناد إليه بما أنّه إجماع.

هل يجوز للعامل الشراء بالذمّة؟

(١) ١- لا كلام في جواز الشراء بعين مال المضاربة على النحو الذي جاء في المتن.

و ذلك لأن عين النقد المدفوع بما أنه مصداق الثمن الكلي - المقصود حين الإنشاء بعنوان العوض - داخل في قصد المشتري حين الإنشاء قطعاً، وإن كان

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٢٨

...

الشراء بعين النقد المدفوع بعنوان الثمن خارج عن قصد أهل العرف في المعاملات المتعارفة؛ نظراً إلى تعلق قصدهم عادةً بالثمن الكلي في مقام إنشاء العقد وعدم قصدهم ما يدفعونه من أعيان النقود بما أنه بعينه الثمن الواقع عوضاً حين الإنشاء، بل بما أنه مصداقه.

و عليه فلا يصح توجيه تعبير السيد الماتن قدس سره بقوله: «الظاهر» في صدر هذه المسألة بما جرت عليه سيرة العرف في المعاملات، كما قيل.

و إنما وقع الكلام هاهنا في جهات:

الاولى: حكم الشراء بالكلي في الذمة، بأن اشترى العامل بالكلي المستقر في ذمة المالك.

الثانية: صور الشراء في الذمة.

الثالثة: حكم الشراء بالكلي في المال المعين الذي هو للمالك.

تحرير كلمات الأصحاب

أما الجهة الاولى: فقد أفتى جماعة من فحول الفقهاء بعدم جواز الشراء في الذمة عند إطلاق كلام المالك إلّا مع إذنه.

قال في الشرائع: «و كذا يجب أن يشتري بعين المال. و لو اشترى في الذمة لم يصح البيع، إلّا مع الإذن» «١».

و قد نسب ذلك في العروة «٢» إلى المشهور بقوله: «المشهور - على ما قيل - أن في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال فلا يجوز الشراء في الذمة».

(١) - شرائع الإسلام ٢: ١١١.

(٢) - العروة الوثقى ٥: ١٦٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٢٩

...

و لكن لم ينسب ذلك في المسالك «١» و لا في الحدائق «٢» و لا في الجواهر «٣» إلى الأصحاب، فضلاً عن المشهور. نعم، يظهر من صاحب الحدائق نسبة ذلك إلى جملة من الأصحاب؛ حيث قال: «قد صرح جملة من الأصحاب بأن مقتضى إطلاق الإذن في المضاربة هو البيع نقداً... و كذا مقتضى الإطلاق هو أن يشتري بعين المال، فلو اشترى في الذمة لم يصح إلّا مع الإجازة» «٤».

و عليه فما في العروة «٥» من نسبة ذلك إلى المشهور غير ثابت.

و قد احتمل في الجواهر كون مراد الأصحاب من منعهم الشراء في الذمة ما إذا كان الشراء في الذمة بقصد الرجوع على المالك بغير مال المضاربة، لا مطلقاً حتى يشمل ما لم يكن بقصد ذلك. و يفهم من كلامه تلويحاً نسبة ما قال في الشرائع إلى الأصحاب، إلّا أنه

أول كلامهم إلى الصورة المزبورة.
و عليه فما يظهر من كلام صاحب الشرائع بإطلاقه لا يصح نسبته إلى الأصحاب في نظر صاحب الجواهر.
و على أي حال فمحل الكلام ما إذا لم يأذن المالك بالشراء في الذمّة، وإلا فلا كلام في صحته، كما لا كلام في بطلانه مع نهى المالك عنه.

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٢.

(٢) - الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٦.

(٣) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥١.

(٤) - الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٣.

(٥) - العروة الوثقى ٥: ١٦٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٣٠

...

أدلة بطلان الشراء في الذمّة

و عمدة ما استدلّ به لبطلان الشراء في الذمّة عند إطلاق كلام المالك وجهان، كما في المسالك «١» و الحدائق «٢»:
أحدهما: أنّ المضاربة إنّما تعلقت بعين مال القراض و أنّ مقصود المالك و العامل من عقد المضاربة كون ربح ذلك المال المعين بينهما. و لا يتحقق ذلك إلّا بالشراء بعين ذلك المال؛ نظراً إلى عدم كون الربح الحاصل بالشراء في الذمّة ربح ذلك المال بعينه. و عليه يكون الشراء بالكلّي في الذمّة خارجاً عن قصد المالك.

ثانيهما: أنّ الشراء في الذمّة لا يخلو من احتمال الضرر. و ذلك لأنّ مال القراض ربما يتلف فيبقى الثمن في عهدة المالك؛ لفرض كون الشراء بمطلق مال المالك، كما هو المقصود من الشراء بالكلّي في الذمّة. فيرد بذلك الضرر على المالك. و ذلك لأنّ المالك قد لا يتمكّن من الخروج عن عهدة الثمن، بل ربما لا يكون له غرض في غير مال القراض، فيقع بذلك في ضيق، بل و ضرر أحياناً.
و قد أشار إلى هذين الوجهين في المسالك بقوله: «لما في شرائه في الذمّة من احتمال الضرر؛ إذ ربما يتلف رأس المال فتبقى عهدة الثمن متعلّقة بالمالك.

و قد لا يقدر عليه، أو لا يكون له غرض في غير ما دفع. و لأنّ المقصود من العقد أن يكون ربح المال بينهما، و لا يكون ذلك إلّا إذا اشترى بالعين، لأنّ الحاصل

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٢.

(٢) - الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٣١

...

بالشراء في الذمّة ليس ربح هذا المال «١».

و زاد السيد الزدى فى العروة بقوله: «و علل ذلك بأنه القدر المتيقن» (٢). و هذا يمكن عدّه وجهاً ثالثاً، و تحريره أن القدر المتيقن من إطلاق كلام المالك هو الشراء بعين مال المضاربة، لو لم يكن ظاهراً فيه للوجهين السابقين.

بيان المناقشة فى الأدلة المزبورة

و قد أشار إلى هذه الوجوه الثلاثة فى العروة، و ردّها بقوله: «و لا يخفى ما فى هذه العلل» (٣). و وجهه فى المستمسك بقوله: «فإن العمل بالقدر المتيقن إنما يكون مع عدم الإطلاق، أمّا مع الإطلاق فالعمل به متعين. و وجوب دفع غيره ليس محذوراً إذا كان مقتضى الإطلاق، و إذا كان الشراء بالمال يشمل الشراء بالذمة فقد صدق أن الربح للمال لتبعية ذلك لما ذكر» (٤).

و قد وجه ذلك بعض الأعلام (٥) بأن الوجوه الثلاثة المذكورة مخالفة لإطلاقات أدلة المضاربة المقتضية للصحة و لا موجب لرفع اليد عنها.

و فيه: أنه أشبه بالمدعى؛ لأنّ دعوى قرينية الوجهين المذكورين لانصراف إطلاقات الأدلة بمكان من الإمكان. فإنّ ظهورها من هذه الجهة تابع لما هو المتفاهم من كلام المالك و إذنه عرفاً.

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٢.

(٢) - العروة الوثقى ٥: ١٦٨.

(٣) - نفس المصدر.

(٤) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٩٠.

(٥) - المباني فى شرح العروة الوثقى ٣١: ٤٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٣٢

...

دليل صحة الشراء فى الذمة و ردّ صلوحه

و لكن يمكن الاستدلال لانصراف إطلاق كلام المالك عن الشراء بعين ما دفعه إلى العامل من مال المضاربة بأن الأغراض لا تتعلق بأعيان النقود فى المعاملات، بل إنّما تتعلق بماليتها. و ذلك لتمحّض النقود فى المالىة، فإنّها بماليتها تقع أثماناً فى المعاملات و لا حظّ لأعيانها فى ذلك.

و عليه فالمالك لم يتعلّق غرضه المعاملى بعين النقد الذى يدفعه إلى العامل للمضاربة؛ حيث إنّ غرضه من دفعه تحقّق التجارة الربحة به و تحصيل الربح بذلك.

و لا يتوقّف ذلك على عين مال القراض، بل لا دخل لعينه فى تحقّق هذا الغرض، و إنّما الدخيل فى ذلك هو ماليتها و قيمته. و لا فرق فى ذلك بين عين مال القراض و بين غيره من أموال المالك. و هذه القاعدة لا تختصّ بباب المضاربة، بل تجرى فى جميع أنواع المعاملات.

هذا، و لكن انصراف كلام المالك عن عين مال القراض، إلى ماليتها، لا يثبت جواز الشراء فى ذمة المالك و أداء الثمن بسائر أمواله.

و ذلك؛ حيث إن في ذلك ثقل و كلفه على المالك، بل و أحياناً ضرراً على المالك فيما إذا كان لسائر أمواله مكسباً أنفع و أرباح، أو يُدفع بها ضرراً. و من الواضح أن نفى خصوصية عين مال القراض لا يستلزم إيراد كلفه و ثقل و ضرر على المالك و لا تحميل ضيق عليه، بل غاية ما يلزم منه، هي جواز أداء العامل ثمن المبيع بما يعادل مال القراض في المالية من سائر أمواله و تملك عينه لنفسه.

مقتضى التحقيق

فتحصّل أنّ مقتضى التحقيق ما سبق من الجواهر من التفصيل بينما إذا كان الشراء في ذمة المالك بقصد أداء الثمن من مال المضاربة فلا إشكال في صحته،

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٣٣

...

و بينما إذا كان بقصد الرجوع إلى المالك و أداء الثمن من سائر أموال المالك فلا- يصح. و لا- يبعد كون هذه الصورة مقصود الأصحاب من منع الشراء في الذمة، كما قال في الجواهر: «نعم، ليس له الشراء في الذمة على إرادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة فإنه ليس في الإطلاق ما يشعر الإذن بذلك، و يمكن إرادة الأصحاب المنع عن هذا بالخصوص» «١» كما أنّ مرادهم من وجوب الشراء بعين مال المضاربة عند الإطلاق، هو نفى جواز الشراء في الذمة بقصد أداء الثمن من سائر أموال المالك، لا الشراء بالثمن الكلي بقصد أداء الثمن من غير عين مال القراض، من سائر أموال نفسه، كما أشرنا إليه.

نعم، لو شرط العامل الشراء في ذمة المالك، أن يدفع الثمن من مال القراض- لا من سائر أموال المالك- الشراء في ذمته بكون دفع الثمن في مقام الأداء من عين مال القراض، لا إشكال في صحته، كما اعترف به في الجواهر «٢».

و اتضح ممّا يتّناه عدم صحّة الشراء بما في ذمة المالك على النحو المطلق الشامل لسائر أمواله، من دون الشرط المزبور.

صور الشراء في الذمة و حكمها

و أمّا الجهة الثانية: فقد ذكر في العروة «٣» صوراً للشراء في الذمة، ينبغي ذكرها و ما يترتب عليه من الحكم بناءً على المختار. و هي:

الصورة الأولى: شراء العامل للمالك و في ذمته من حيث المضاربة بقصد أداء الثمن من مال المضاربة.

(١)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٢.

(٢)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٢.

(٣)- العروة الوثقى ٥: ١٦٨- ١٧٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٣٤

...

و لا إشكال في صحّة الشراء و المضاربة في هذه الصورة؛ نظراً إلى كون قصده الأداء بمال القراض. فلا يستتبع التصرف في سائر أموال المالك حتّى لا يرضى و يبطل الشراء.

الثانية: أن يقصد العامل كون الثمن في ذمته من حيث إنه عامل و وكيل عن المالك. و هذه الصورة ترجع في الحقيقة إلى الأولى، و حكمهما واحد. و سبق آنفاً بيانه. و عليه فلو تلف مال القراض قبل أداء الثمن، لا يكون في ذمته المالك أداؤه من سائر أمواله، كما حكم به في العروة «١». و عليه فتصير صحته المعاملة مراعاة بلحوق رضا المالك. فلو رضى بأداء الثمن من سائر أمواله استقرت صحته العقد. و إلا انفسخ؛ لانتفاء الثمن. و أما الحكم بطلان هذه المعاملة رأساً من البداية، كما يظهر من بعض الأعلام «٢»، فلا وجه له؛ نظراً إلى تعلق رضا المالك بهذه المعاملة من حين إنشاء العقد، و إلى فرض عدم كون العوض عين مال القراض.

الثالثة: أن يقصد العامل ذمته نفسه و يشتري لنفسه، و لم يقصد حين إنشاء عقد الشراء الوفاء من مال المضاربة. و لكن دفع الثمن منه بعداً.

و التحقيق: أن الشراء حينئذٍ صحيحٌ و إن كان العامل غاصباً في دفع مال المضاربة من غير إذن المالك. وجه صحته الشراء أن الأداء الخارجى غير عقد الشراء و خارج عن ماهيته و غير مقوم له؛ لفرض كون الثمن كلياً في الذمة. نعم، يبطل الأداء، بمعنى أن ذمة العامل لا تبرأ بذلك من الثمن الذى فى عهده بالنسبة إلى البائع، و لا يرتفع ضمانه المعاوضى للثمن، كما أنه ضامن لعين مال القراض. فحال دفع الثمن بمال القراض كحال دفع الثمن بمال الغير.

(١)- العروة الوثقى ٥: ١٦٨-١٧٠.

(٢)- المباني فى شرح العروة الوثقى ٣١: ٤٨.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٣٥

...

الرابعة: عين الصورة السابقة مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حيلةً و طمعاً لعود الربح إليه. و هذه الصورة محكومة بحكم سابقتها. الخامسة: قصده الشراء فى الذمة، من غير التفات إلى نفسه أو غيره. و هل يلحقه حكم صورتين السابقتين، أو يحكم بكون شرائه حينئذٍ فى ذمة المالك؟ فيه وجهان:

أما وجه الحكم بكون شرائه فى ذمة المالك، فهو وجود قرينه المقام؛ حيث إنه فى مقام الاتجار لأجل المضاربة بمال المالك. فينعقد بذلك ظهور حال له فى كون إنشائه الشراء للمالك.

و أما وجه لحوقه بالصورتين السابقتين، ظهور حاله فى كونه لنفسه؛ لظهور إنشائه الشراء فى انتسابه إلى نفسه و كونه المسئول عن أداء الثمن.

فيصح الشراء و يقع لنفسه و يكون المبيع له حينئذٍ. و ذلك لأن كون المبيع للغير تابع لقصد المنشئ. و العامل لم يقصد من إنشائه الشراء للغير، بل ظاهره وقوع العقد لنفسه و يكون المبيع مع ربحه له، و الثمن فى عهده، بل لا يبعد الحكم بذلك، و لو لم يكن لإنشائه ظهور فى ذلك؛ نظراً إلى كون المعاملات من العناوين القصدية. و عليه فوقع الشراء للغير بحاجته إلى قصد الشراء له، و هو منتف كما هو المفروض. و عليه فلو دفع الثمن من مال المضاربة يدخل فى حكم دفع الثمن بمال الغير، فلا يترتب على دفعه أثر شرعاً، بل عليه ضمان مال القراض و أداء الثمن من مال نفسه.

و لا يبعد رجحان هذا القول؛ نظراً إلى أن المتفاهم العرفى من إنشائه العقد كون الشراء لنفسه عند الإطلاق و عدم القرينة على كونه للغير.

و يشهد لذلك ما قال فى الجواهر: «نعم، لو وقع الشراء منه بلائيه أنه

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٣٦

...

للمالك، أو لنفسه، تعلق الثمن بذمته ظاهراً وواقعاً، و كان الربح له، كما لو نوى لنفسه؛ لظهور المعاملة في ذلك، حتى لو فرض كونه مأذوناً في الشراء في الذمة للمالك. لكن لا ينصرف الشراء في نفس الأمر عن وقعت المعاملة له، إلا بتبنيته أنه له، كما هو واضح. فما في الرياض، من الوقوع للمالك في هذه الصورة - واضح الضعف «(١)». هذا، ولا يبعد قرينته تمخضه في المضاربة أو غلبه معاملاته في جهة المضاربة لإثبات كون شرائه للمالك. بل الأقوى كفايتها لذلك.

حكم الشراء بالكلّي في المعين

أما الجهة الثالثة: وهو الشراء بالكلّي في المعين؛ فيمكن تصويره بنحوين: أحدهما: ما أراداه صاحب العروة وهو الشراء بثمن كلّي موجود في مال القراض المعين الخارجي. فهذا لا إشكال في جوازه؛ نظراً إلى كونه من قبيل الشراء بعين مال القراض في الحقيقة. كما أشار إليه في العروة «(٢)». ثانيهما: بمعنى كون الثمن مالاً كلياً من بين المال المعين الخارجي المشتمل على مال القراض وغيره، وكله للمالك؛ و حكمه حكم الشراء في الذمة، بلا فرق بينهما. نعم، يمكن أن يقال: إن الشراء بالكلّي في المعين لا يرد عليه بعض الإشكالات المزبورة. و ذلك لصدق كون الشراء بمال القراض؛ نظراً إلى عدم خروج مصداق الكلّي في الخارج عن مال القراض الموجود في مجموع المال المعين

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٢ - ٣٥٣.

(٢) - العروة الوثقى ٥: ١٦٨.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٣٧

...

للمالك. فلا يسرى عنوان الثمن إلى سائر أموال المالك، كما كان يسرى عند الشراء في ذمته. أما ورود الضرر بذلك على المالك، فيمكن دفعه بأداء الثمن من مال القراض.

مقتضى التحقيق

هذا غاية ما استدللّ أو يمكن الاستدلال به لجواز الشراء بالكلّي في المعين، و لكنّ الإنصاف أنّه يشكل الالتزام به؛ نظراً إلى ظهور حال المالك في عدم رضاه و لا إذنه بالتصرف في سائر أمواله. و ذلك بقرينة الوجهين المستدلّ بهما سابقاً لمنع الشراء في الذمة. و لظهور تعيين حصّة من أمواله و جعلها مال القراض و رأس المال للتجار في ذلك، كما يدلّ على ذلك الإشارة إليه بقوله - مثلاً: «خذ هذا المال و اتجر به». و لا أقلّ من عدم إحراز رضائه بالتصرف في سائر أمواله. و أمّا كون الثمن كلياً في المال المعين الخارجي، لا ينافي شمول ذلك المال المعين جميع أموال المالك، بأن يقصد العامل أداء الثمن من بين جميع أموال المالك الموجودة في الخارج، فلا محالة يشمل غير مال القراض و يعود المحذور.

نعم، لو أذن المالك صريحاً أو كان لكلامه ظهوراً في إذنه بالشراء في ذمته مطلقاً، أو في إذنه بدفع الثمن من سائر أمواله غير مال القراض، لجاز الشراء في الذمة مطلقاً، و لو بقصد الرجوع إلى المالك بغير مال المضاربة. وكذا الشراء بالكلّي في المعين. فتحصل أنّ مقتضى التحقيق في المقام عدم جواز الشراء بذمة المالك ولا بالكلّي في المعين على النحو المطلق بقصد الرجوع إلى المالك بغير مال القراض.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٣٨

و لو تلف مال المضاربة قبل الأداء، لم يجب على المالك الأداء من غيره (١)؛ لعدم الإذن على هذا الوجه، و ما هو لازم عقد المضاربة، هو الإذن بالشراء كلياً متقيداً بالأداء من مال المضاربة؛ لأنه من الاتجار بالمال عرفاً.

حكم تلف مال القراض قبل أداء الثمن

(١) ١- يقع الكلام تارة: فيما إذا كان تلف مال القراض لأجل تقصير العامل في حفظه أو تعديده و تفريطه في التصرف.

و اخرى: فيما إذا لم يكن تلفه ناشئاً من تقصير العامل أو تعديده و تفريطه.

أمّا الصورة الاولى: فلا إشكال في ضمان العامل. و قد سبق بيان الوجه في ذلك مفصلاً.

و حاصله: وقوع تلف مال القراض حينئذٍ عن عمد العامل و تعديده؛ حيث إنّه لو كان يدفعه إلى البائع إمّا لم يكن يتلف أو كان يتلف في يد البائع. و لمّا تلف قبل الأداء بفعله و عمده، يضمنه بمقتضى قاعدة الإلتلاف، و كذا يضمنه لو تعيّب بمقتضى قاعدة اليد.

و ذلك لأنّ إلتلاف مال المضاربة يستند عرفاً إلى العامل حينئذٍ؛ حيث نشأ من حبسه مال القراض و التفريط في تأخير الأداء الموجب لتلفه، مع أنّ المالك دفعه إليه و إذنه بالتصرف فيه لأجل غرض التجارة و الشراء. و عليه فلم يكن حبس مال القراض بإذن المالك، فيكون ضمانه عليه؛ لقاعدة ضمان الإلتلاف.

و لا يخفى أنّ هذه الصورة خارجة عن محلّ الكلام. و إنّما الكلام في الصورة الثانية.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٣٩

...

و أمّا الصورة الثانية- و هي مقصود السيد الماتن من هذا الفرع ظاهراً-: فهي أن يتلف مال القراض قبل أن يؤدّي العامل ثمن المتاع الذي اشتراه مضاربةً إلى البائع، من غير تقصير أو تعدّد أو تفريط.

و قد وقع الكلام في أنّه هل يجب على المالك حينئذٍ أداء الثمن من سائر أمواله، أم لا؟

يظهر من صاحب الجواهر أنّه لو تلف مال القراض حينئذٍ قبل الأداء، أدّى المالك من غيره. و علل ذلك بأنّه مقتضى إطلاق كلام المالك، ما لم يكن العامل قاصداً للرجوع إليه بغير مال القراض من حين الشروع في العمل و قبل إنشاء عقد الشراء. قال قدس سره: «نعم، ليس له الشراء في الذمة على إرادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة، فإنّه ليس في الإطلاق ما يشعر بالإذن بذلك، و يمكن إرادة الأصحاب المنع عن هذا بالخصوص، لا ما يشمل الأوّل الذي قد يتسامح في العرف بجعله من الشراء بالعين. فإذا اتفق عروض ذلك من العامل، و فرض تلف مال المضاربة، أدّى المالك من غيرها حينئذٍ، لما عرفته من تناول الإطلاق الإذن على الوجه المزبور، المفروض وقوعه» (١). و تبعه السيد في العروة (٢).

و مقتضى التحقيق عدم وجوب أداء الثمن من غير مال القراض على المالك.

لما سبق آنفاً من أنّ غرضه المعاملي من المضاربة و إن لا يتوقف حصوله على عين مال القراض، إلّا أنّه لم يقصد المضاربة و الاتجار،

إلّا بعين مال القراض، بل قصده

(١)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٣.

(٢)- العروة الوثقى ٥: ١٦٨.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٤٠

نعم للعامل أن يعين دراهم شخصيّه و يشتري بها؛ وإن كان غير متعارف في المعاملات، لكنّه مأذون فيه قطعاً (١) و أحد مصاديق الاتّجار بالمال. هذا مع الإطلاق، و أمّا مع اشتراط نحو خاصّ فيتّبع ما اشترط عليه.

الثلث الكلي، لا- ينافي إرادة الكليّ المقيد بما دفعه من مال القراض. فلا يجوز إجباره على دفع الثمن من غير مال القراض، كما يجوز له أن يفسخ المضاربة حينئذٍ.

نعم، لو لم يفسخ المضاربة و أجاز الشراء في الذمّة، عليه أداء الثمن من غير مال القراض. و لكن العامل لا يضمن ما تلف من مال القراض حينئذٍ، فاتّضح بما ذكرناه عدم جاهه ما قيل «١» من بطلان المعامله حينئذٍ، بدعوى تعدّر الثمن و أنّه من مصاديق تلف الثمن. (١) ١- لأنّه المتيقّن من متعلّق إذن المالك، فلا كلام و لا إشكال في صحته؛ لأنّه الاتّجار بعين مال القراض.

و لا يخفى أن كلّ ما سبق من الكلام كان عند إطلاق كلام المالك، كما قلنا في بداية هذا البحث. و أمّا مع اشتراطه على نحو خاصّ، فلا- إشكال و لا- كلام في وجوب اتّباع الشرط و عدم جواز مخالفته للعامل و ضمانه لدرك تلف مال القراض و خسارة الوضيعة الحادثة في التجارة.

(١)- المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٤٨.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٤١

(مسألة ٢٥): لا يجوز للعامل أن يوكل غيره في الاتّجار

إشارة

(١)- بأن يوكل إليه أصل التجارة- من دون إذن المالك. نعم يجوز له التوكيل و الاستتجار في بعض المقدمات، بل و في إيقاع بعض المعاملات التي تعارف إيكالها إلى الدلال، و كذلك لا يجوز له أن يضارب غيره أو يشاركه فيها إلّا بإذن المالك،

الإيكال إلى الغير بإذن المالك

(١) ١- و الوجه في عدم جواز توكيل العامل غيره في الاتّجار، أنّ متعلّق إذن المالك للعامل اتّجاره بمال القراض مباشرة؛ لأنّه الذي تعلّق به إذن المالك و جرت عليه عادة العرف، فهو متعلّق إذن المالك و منصرف قوله مخاطباً للعامل «خذ هذا المال و اتّجر به». فلو أنّ العامل أو كل أمر الاتّجار إلى الوكيل لم يتّجر بنفسه، كما هو ظاهر كلام المالك. فليس داخلًا في إذنه بالتصرّف في ماله، بل يكون تصرّفًا بغير إذنه، و لا يجوز التصرّف في مال الغير إلّا بإذنه.

و ممّا يؤيد ذلك خروج هذا الفرض عن عنوان المضاربة؛ لأنّ المنصرف عرفاً من المضاربة، استعمال العامل في التجارة مباشرة، و إلّا فلا يكون عاملاً، بل العامل وكيله و لم يصدر إذن من المالك له بالتجارة، إلّا ما قامت قرينه خاصّة على دخوله في متعلّق إذنه، كتهيئة

ما تعارف التوكيل فيه من مقدمات التجارة.

و من هنا يجوز للعامل تهيئة المقدمات بتوكيل غيره.

و ذلك لعدم دخول المقدمات في حقيقة المضاربة عرفاً، حتى يكون لكلام المالك ظهوراً في استعمال العامل فيها بالمباشرة. و من هنا لا يمنع التوكيل في تهيئة المقدمات عن استناد الاتجار إلى العامل عرفاً، بل و في إنشاء بعض المعاملات، إذا

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٤٢

و مع الإذن إذا ضارب غيره، يكون مرجعه إلى فسخ المضاربة الأولى؛ و إيقاع مضاربة جديدة بين المالك و عامل آخر، أو بينه و بين العامل مع غيره بالاشتراك، و أمّا لو كان المقصود إيقاع مضاربة بين العامل و غيره- بأن يكون العامل الثاني عاملاً للعامل الأول- فالأقوى عدم الصحة (١).

كان التوكيل في ذلك متعارفاً. و لذلك ينعقد لكلام المالك إطلاق يقتضى إذن العامل بتوكيل الغير في تهيئة مقدمات التجارة، إلّا إذا كانت قرينة على الخلاف.

و قد اتضح من ضوء هذا البيان أنه لا يجوز للعامل أن يضارب غيره أو يشاركه فيها؛ لعين الوجه المتقدم آنفاً، إلّا إذا أذن له المالك بذلك صريحاً، أو فهم الإذن من ظاهر كلامه، أو أحزره العامل بأية قرينة أخرى.

حكم ما إذا ضارب العامل أو شارك غيره بإذن المالك

(١) ١- إذا ضارب العامل أو شارك غيره بغير إذن المالك، فلا كلام في بطلانه.

و الوجه فيه واضح، كما لا يجوز ذلك مع إطلاق كلام المالك؛ لما تقدّم وجهه آنفاً.

فلا كلام في ذلك و إنّما الكلام فيما إذا كان ذلك بإذنه.

و أمّا إذا كان بإذن المالك، فيقع الكلام تارةً: في حكم العقد الثاني الذي أنشأه العامل. و أخرى: في العقد الأول الذي أنشأه المالك.

فالكلام يقع في المقامين:

أمّا المقام الأول: فالكلام فيه يقع تارةً: فيما إذا كان العامل الثاني عاملاً للمالك أيضاً كالأول؛ بأن تصدّيا كلاهما للعمل بالمباشرة. و

حينئذٍ يقول العامل الأول- مثلاً- للثاني: «خذ هذا المال و اتجر به معي و الربح بيننا و بين المالك». فلا

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٤٣

...

بأس بذلك؛ نظراً إلى ما تقدّم في المسألة العاشرة من جواز تعدّد العامل، إلّا أنّ المنشئ هناك المالك، و هاهنا العامل. و المفروض أنّه بإذن المالك. فهذه الصورة لا كلام فيها.

و أخرى: فيما لو أنشأ العامل الأول المضاربة بين العامل الثاني و بين المالك و انفصل عن الاشتغال بالعمل التجاري؛ من إنشاء صيغة البيع و الشراء و القبض و نحو ذلك. و لكن يفوضه إلى الثاني بحيث يكون هو العامل بالمباشرة دون الأول. و ذلك يتصوّر له ثلاث صور:

الاولى: أن يكون عمل الثاني تحت تدبير الأول و نظارته؛ لعدم فكرة تجارية اقتصادية للثاني، فاستخدمه الأول لإجراء الامور التجارية و إنشاء صيغ البيع و الشراء و القبض و الإقباض و النقل و الانتقال. و لكن لا على نحو الإجارة و تعيين الاجرة، بل يجعل له شيئاً من الربح؛ كأن يقول- مثلاً-: «اتجر بهذا المال بأمرى و تحت تدبيرى و نظارتي و دلالتى، و لك ثلث الربح». أو يقول: «بشرط أن يكون

لك خمس الربح والباقي بينى وبين المالك» أو يقول: «بشرط أن يكون الربح بيننا وبين المالك أثلاثاً». الثانية: أن ينفصل عن العمل رأساً و يفوضه إلى الثانى تفويضاً مطلقاً بإنشاء مضاربة جديدة. و حينئذٍ إما أن يجعل الربح بين العامل الثانى و بين المالك، أو يجعله بينهما و بين نفسه أثلاثاً أو أرباعاً؛ بأن كان النصف للمالك و النصف الباقى لهما. فالأول من هذين الفرضين الصورة الثانية، و الثانى منهما الصورة الثالثة. أمّا الصورة الأولى: فالظاهر أنه لا بأس به إذا كان بإذن المالك و فى الحقيقة تلحق بالفرض السابق المقابل لهذه الصور الثلاث؛ لأن غاية ما يحدث بذلك تعدد العامل مع تعيين سهم من الربح له بالتراضى.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٤٤

...

و أما الصورة الثانية: ففى الفرض الأول منها: تصح المضاربة الثانية مع إذن المالك، و تصير فضوليّه بدونه. و ذلك كأن يقول العامل الأول للثانى: «أتجر بهذا المال و الربح بينك و بين المالك» فلو أذن لها المالك لا إشكال فى صحته، كما قال فى الشرائع. و علله فى الجواهر بقوله: «لأنه يكون حينئذٍ بمنزلة الوكيل عن المالك فى ذلك، و سبق عقد القراض معه لا ينافى ذلك، بل لا يقتضى فساده، لعدم ما يدل على اعتبار خلوّ المال عن وقوع عقد قراض عليه فى صحّة الثانى» (١). فلو عمل العامل الأول أيضاً له اجرة المثل لا الربح؛ لفرض أنه خرج باختياره عن المضاربة، فلا يستحق شيئاً من الربح بمقتضى المضاربة. نعم، له على المالك اجرة مثل العمل الصادر منه بعد إنشاء العقد الجديد إذا كان عمله بإذن المالك، و إلا فلا يستحق شيئاً من الربح و الاجرة.

و من ضوء هذا البيان أتضح الإشكال فيما يظهر من صاحب الجواهر من استحقاقه الربح عند العمل؛ حيث قال: «و إن كان هو لا يستحق شيئاً من الربح، بعدم العمل منه، أما لو فرض عمل كل منهما صحّ و أخذ كل منهما ربح ما عمل به من المال على حسب ما شرط له» (٢).

كيف و هو أقدم على حرمان نفسه من الربح باشرطه كون الربح بين المالك و العامل الثانى؟! و من هنا أتضح خروج صاحب الجواهر فى ذيل كلامه عن فرض المقام.

نعم، يحتمل - كما فى العروة - أن يكون نفس إنشاء المضاربة الجديدة عملاً تجارياً صادراً من العامل الأول. و عليه لا تبطل المضاربة الأولى، بل تنتهى

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٩٢.

(٢) - نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٤٥

...

و تنفسخ بنفس إنشاء الجديدة، و بينهما فرق واضح. و تظهر الثمرة فى استحقاق العامل للربح حينئذٍ نظراً إلى صحّة الأولى قبل انفساخها. و من هنا يمكن القول باستحقاق العامل الأول للربح بنفس عمل إنشاء المضاربة الثانية، فيما إذا كانت رابحة و لعل نظر صاحب الجواهر إلى ذلك، كما لا يبعد.

و لكنّ الإنصاف عدم كون إنشاء المضاربة الجديدة من قبيل العمل المقصود الذى يتوقّعه المالك من العامل فى المضاربة، بل المقصود المتوقّع صدوره من العامل عرفاً هو عمل البيع و الشراء. اللهم إلا أن يقال بصدق التجارة بالمعنى الأعم على المضاربة، لكنّه

غير مقصود في باب المضاربة، بل المقصود هو التجارة بمعناه الأخصّ المقابل للتجارة و الصناعة و البنائهُ و الزراعة و سائر المكاسب. و أما احتمال إرادة الصورة الاولى - قبل الثلاثة الأخيرة - من صيغة الإنشاء في هذه الصورة، بأن كان المقصود بقاء العامل الأول و عدم انفصاله عن العمل، كما لعلّه يظهر من بعض الكلمات، فهو خلاف ظاهر إنشاء المضاربة بين العامل الثاني و بين المالك، كما هو المفروض في ما نحن فيه.

و أمّا الصورة الثالثة: و هو الفرض الثاني من الفرضين المزبورين؛ بأن يجعل لنفسه سهماً من الربح مع انفصاله عن العمل رأساً و تفويضه إلى العامل الثاني، من دون أيّ مداخلة في الاتّجار حتّى بالتدبير و الإشراف على المعاملات و التجارات الصادرة من العامل. فالأقوى حينئذٍ بطلان المضاربة. و ذلك لما سبق في المسألة الاولى من عدم جواز جعل الربح للأجنبي و اعتبار كونه بين المالك و العامل. فإنّ المفروض حينئذٍ عدم كون الأول عاملاً؛ لفرض انفصاله عن العمل بالمرّة. و عدم مداخلة له في الاتّجار حتّى بالتدبير و الإشراف و الدلالة. و ليس بمالك، كما هو المفروض. فإذا لم

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٤٦

...

يكن عاملاً و لا مالكاً يكون أجنبياً. و إشراك الأجنبي في المضاربة مبطل لها.

و ذلك لما سبق في ذيل المسألة الاولى في أوائل هذا الكتاب؛ من تحكيم أصالة الفساد الثابتة بمقتضى قاعدة تبعية الربح للمال، بعد فرض كون مشاركة الأجنبي في الربح خلاف مقتضى ما هو المرتكز من عنوان المضاربة في أذهان أهل العرف، مضافاً إلى دلالة نصوص الباب بمفهوم التحديد على حصر الربح بين المالك و العامل و نفى استحقاق الأجنبي له. و لا يخفى أنّ ما حكّم به صاحب الشرائع و الجواهر و سائر الفقهاء، و منهم السيد الماتن؛ من عدم صحّة المضاربة، إنّما يتمّ في هذه الصورة، و اتّضح وجه حكمهم بذلك من ضوء ما بيّناه.

و هاهنا صورة أخرى تعرّض إليها السيد الماتن في ذيل كلامه و يكون مجموع الصور معها خمس صور.

و هي أن يُنشئ العامل الأول مضاربة جديدة بين نفسه و بين عامل آخر، من دون إشراك المالك بأن يجعل ذلك الغير عاملاً لنفسه. و هذه الصورة لا-ريب في بطلانه لخروجه عن مقصود المالك و إذنه؛ ضرورة تعلق قصده المعاملي بإذنه، فلا يأذن العامل الأول بالمضاربة، إلّا لغرض الاسترباح. فحينئذٍ لا إشكال في بطلان المضاربة الثانية و بقاء الاولى على صحّتها؛ حيث إنّ الثانية تصبح لغواً. و أمّا المقام الثاني: فوقع الكلام في أنّه هل تبقى المضاربة الاولى على حالها من غير انفساح أو تنفسخ؟ يظهر من صاحب الجواهر «١» التردّد في ذلك؛ نظراً إلى

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٩٢.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٤٧

...

كون الثانية إنشاءً جديداً، و هو يفيد فسخ الاولى، و إلى كون تشريك الثاني في سهم الأول يأذن المالك، مضاربة على المضاربة الاولى، بلا فسخ لها و لا مانع من ذلك.

و لكنّه قدس سره ناقش في تعليل صاحب المسالك لصحّة المضاربة الاولى بعدم المانع و هو ترك العامل الأول للعمل، بأنّ انتفاء المانع في العامل الأول لا يقتضى صحّة العقد السابق في مفروض الكلام.

و ممن اختار صحّة المضاربة الاولى فى المقام، هو السيد الخوئى «١» و علّل ذلك بما حاصله:

أنّ المضاربة من العقود الإذنية و مرجع إذن المالك للعقد الجديد إبقاءً الأوّل.

و لا مانع من كون الأتجار بإنشاء مضاربتين، كما لا مانع من تعدّد العامل. فلا مانع من اجتماع المضاربتين على مال واحد.

وفيه: أنّه خلط بين الصورة الاولى و بين الصورة الثانية. و كلامه إنّما يأتى و يصحّ فى الاولى، دون الثانية. بل مرجع الإذن بالمضاربة الثانية حينئذٍ - أى مع انفصال العامل عن العمل رأساً و جعل الربح بين المالك و بين الثانى - إلى فسخ الأوّل و إنشاء مضاربة جديدة مع عامل آخر.

و الحاصل: أنّ إنشاء المضاربة الجديدة فى الصورة الاولى و الثانى من الصور الأربعة المزبورة لا ينافى صحّة المضاربة الاولى، بل فى حكم إشراك عامل آخر.

و أما الصورة الثالثة التى ينشئ العامل الأوّل مضاربة جديدة بين المالك و بين العامل الثانى، فلا إشكال فى كونه بمنزلة فسخ الاولى و لكن لا ينافى ذلك صحّة الاولى و استحقاق الأوّل للربح بناءً على كون نفس إنشاء الجديدة عملاً تجارياً مقصوداً فى باب المضاربة.

(١) - المبانى فى شرح العروة الوثقى ٣١: ٦٩.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٤٨

(مسألة ٢٦): الظاهر أنّه يصحّ أن يشترط أحدهما على الآخر فى ضمن عقد المضاربة مالاً أو عملاً

إشارة

(١)، كما إذا شرط المالك على العامل أن يخيط له ثوباً أو يعطيه درهماً و بالعكس.

حكم اشتراط المال أو العمل ضمن عقد المضاربة

(١) ١- يقع الكلام فى هذه المسألة تارةً: فيما إذا كان ما اشترطه المالك على العامل فى ضمن عقد المضاربة بضاعةً، و اخرى: فيما لو كان مالاً أو عملاً غير بضاعةً.

تحرير كلام شيخ الطائفة قدس سره

أما البضاعة، قال الشيخ الطوسى: «إذا دفع إليه ألفاً قراضاً بالنصف على أن يأخذ منه ألفاً بضاعةً - و البضاعة أن يتجر له فيها بغير جعل و لا قسط من الربح - فلا يصحّ هذا، و الشرط فاسد؛ لأنّ العامل فى القراض لا يعمل عملاً لا يستحقّ فى مقابلته عوضاً فبطل الشرط، و إذا بطل الشرط بطل القراض؛ لأنّ قسط العامل يكون مجهولاً فيه.

و ذلك أن رب المال ما قارض بالنصف حتّى يشترط للعامل عملاً بغير جعل.

و قد بطل الشرط، و إذا بطل ذهب من نصيب العامل - و هو النصف - قدر ما زيد فيه لأجل البضاعة، و ذلك القدر مجهول. و إذا ذهب من المعلوم مجهول، كان الباقي مجهولاً. و لهذا بطل القراض.

و إن قلنا: القراض صحيح و الشرط جائز لكنّه لا يلزمه الوفاء به؛ لأنّ البضاعة لا يلزم القيام بها، كان قوياً.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٤٩

إذا أعطاه ألفاً قراضاً بالنصف، و قال له: «أحبُّ أن تأخذ ألفاً بضاعةً تعاونني فيه»، صحَّ؛ لأنَّ البضاعة ما اخذت بالشرط. و إنما تطوِّع بالعمل له فيها من غير شرط، فلهذا لم يفسد القراض» (١).

قوله: «ما قارض بالنصف، حتَّى يشترط»، لفظه «ما» نافية، و «حتَّى» استثنائية؛ أى: لم يقارض المالك بنصف الربح، إلَّا بشرط أن يعمل له العامل عملاً بغير جُعل. و المقصود أن المالك أدخل بالاشتراط فى الحقيقة حصَّةً من ربح البضاعة فى نصيب العامل، و هو النصف. و عرفت من كلامه أنه اختار أوَّلًا: بطلان الشرط. و ثانياً: حكم ببطلان أصل عقد المضاربة فى مفروض الكلام. و ثالثاً: صار فى ختام كلامه بصدد توجيه صحَّة القراض فى المسألة.

أمَّا الشرط: فحاصل توجيهه لبطلانه: أن شرط البضاعة من المالك على العامل مخالفٌ لمقتضى عقد المضاربة؛ لأنَّ مقتضاها استحقاق العامل بإزاء عمله عوضاً، و هو سهمٌ معيَّن معلومٌ من الربح. و شرط البضاعة فى مفروض المسألة موجبٌ لحرمان العامل عن سهمه من ربح البضاعة. و يرجع ذلك فى الحقيقة إلى القراض بمجموع المال- و هو فى المثال ألفان- و اشتراط عدم استحقاق العامل لربح نصف المال و تخصيص الشركة بربح النصف الآخر. و من هنا يكون اشتراط البضاعة فى ضمن المضاربة مخالفاً لمقتضاها. و أمَّا بطلان عقد المضاربة فحاصل توجيهه: أنه يتفرَّع على فساد الشرط؛ بتقريب أن شرط البضاعة إذا فسد بالبيان المزبور، يصير حصَّة العامل من الربح مجهولة. و ذلك لأنَّ اشتراط جعل نصف الربح للعامل بالبضاعة، فى قوَّة إدخال

(١)- المبسوط ٣: ١٩٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٥٠

...

حصَّة من ربح البضاعة فى سهم العامل، و هو نصف ربح الألف الأوَّل. فهذا النصف متشكِّل من حصَّة من ربح الألف الأوَّل و حصَّة من ربح الألف الثانى الحاصل بالبضاعة.

و عليه فإذا فسد الشرط بالبيان السابق آنفاً، ذهبت تلك الحصَّة الدخيلة من ربح البضاعة فى سهم العامل. و لما كانت تلك الحصَّة الذاهبة مجهولة، يصير المقدار الباقى من سهمه مجهولاً لا محالة. و إنَّ الجهل بسهم العامل مبطل للمضاربة؛ نظراً إلى اشتراط معلومية مقدار نصيب كلِّ من المالك و العامل فى صحَّة المضاربة.

و عليه فليس فساد العقد مبتنياً على مبنى فساد العقد بفساد الشرط، بل إنَّما لأجل كون فساد الشرط فى المقام موجباً لانتفاء شرط صحَّة المضاربة، و هو معلومية مقدار نصيب كلِّ من العامل و المالك.

نقد كلام شيخ الطائفة قدس سره

هذا، و لكن يمكن المناقشة فى هذا التقريب بأنَّ فساد الشرط لا يخلو إمَّا أن يوجب بنفسه فساد العقد أم لا- فعلى الأوَّل تبطل المضاربة رأساً بلا إشكال. و لكنَّه ليس مقصود الشيخ قدس سره؛ حيث إنَّه استدللَّ بلزوم الجهل بنصيب العامل من فساد الشرط، لا بنفس فساد الشرط، فلا نظر له قدس سره إلى الاستدلال بمفسديَّة الشرط الفاسد للعقد.

و على الثانى لا وجه لفساد عقد المضاربة، إلَّا الجهل بمقدار نصيب العامل عند فساد الشرط. و لكن يمكن الجواب عن ذلك بأنَّه كيف ينصرف الاشتراك فى الربح على نحو الإشاعة إلى النصف عند الإطلاق، فكذلك اشتراك العامل فى نصف ربح الألف الأوَّل- مع دخول ربح الألف الثانى فى المضاربة، و لو بالاشتراط-

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٥١

...

بمترلة جعل ربع ربح المضاربة نصيباً للعامل؛ لأنه المنصرف من الاشتراك بالإشاعة عند الإطلاق. و أما اختلاط المالكين فلا يضر بذلك بعد معلومية السهم بالكسر المشاع. و أما توجيهه للصحة، فهو إما أن البضاعة لما كانت من العقود الجائزة و لا يلزم الوفاء بها، يلغو الشرط و تبقى المضاربة على صحتها. و إما عدم وجوب الوفاء بالشرط الواقع في ضمن العقد الجائزة لانصراف قوله: «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» عن العقود الجائزة.

و يرد عليه أنه لو كان مراده الوجه الأول، فالبضاعة و إن كانت جائزة في نفسها، إلا أنها تصير لازمة بعرض الشرط و لا منافاة. نعم، يجوز للمالك فسخ البضاعة؛ لأنها تعتبر حينئذ حقاً له عرفاً، لا للعامل. فإن لكل ذي حق إسقاط حقه، كما يجوز لكل منهما إعدام موضوع وجوب الوفاء بفسخ المضاربة، و إلا فما دامت المضاربة باقية لا يبعد وجوب الوفاء بالشرط. و إن كان مراده الوجه الثاني، فنمنع الانصراف إلى العقود الجائزة. و ذلك لكفاية عموم أدلة وجوب الوفاء بالشرط في ضمن العقد لإثبات لزوم الوفاء بشرط البضاعة في المقام؛ نظراً إلى شموله لما وقع من الشروط في ضمن العقود الجائزة.

مقتضى التحقيق في المقام

و لكن الأقوى في المقام صحة المضاربة، بل عدم فساد أصل الشرط، بل لزوم الوفاء به ما دام لم يفسخ المضاربة. و عليه فلا تصل النوبة إلى التوجيه المزبور. و ذلك لأن البضاعة عمل خارجي و لا يعد شرط العمل من أجزاء الثمن في نظر أهل العرف، بل حتى لو شرط إعطاء مال في ضمن عقد المضاربة لا يبعد القول دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٥٢

...

بالصحة؛ لعدم كون إعطاء المال حينئذ جزءاً من الربح في نظر أهل العرف، بل يروونه نفعاً حاصلًا بالشرط و منفكاً عن الربح الحاصل بالتجارة، و مغايراً مع حقيقة المضاربة و خارجاً عن مقتضاها، كما أن الأمر كذلك في أي شرط مشروط في ضمن أي عقد من العقود، فلا يعد أهل العرف النفع الحاصل من الشرط جزءاً من الثمن، و إن يرون للعقد دخلاً في حصول هذا النفع، و لكن ليس كل نفع حاصل بالاشتراط في ضمن المعاملات جزءاً من الثمن. أما دعوى كون شرط البضاعة مخالفاً لمقتضى عقد المضاربة فغير وجيهة.

و ذلك لعدم تعلق الشرط بما يصاد أحد أركان المضاربة أو ما به قوامها من الخصوصيات حتى ينافي مقتضاها. فلو شرط أحدهما عدم ربح للآخر رأساً، أو عدم تعيين حصته من الربح حين إنشاء العقد، أو شرط إشراك الأجنبي في الربح، أو الاسترباح بغير التجارة، كان ذلك مخالفاً لما هو مقتضى المضاربة.

ثم إن القولين المستفادين من كلام الشيخ قدس سره نقلهما في الشرائع. و لكنه اختار صحة العقد و الشرط كليهما بقوله: «و لو قيل بصحتها كان حسناً». و صرح في المسالك «١» بأن القولين الأولين للشيخ في المبسوط، و قد عرفتهما بوضوح من كلامه، فلا يرد ما

أورد على نسبة القولين إلى الشيخ في المستمسك «٢»؛ نظراً إلى ما في ذيل كلام الشيخ من الإشعار بابتناء إشكال الجهل بنصيب العامل على لزوم عقد البضاعة و أنها لما كانت جائزة غير لازم الوفاء ينتفى الإشكال المزبور من أساسه. و على أي حال مقتضى التحقيق في المقام صحة العقد و الشرط كليهما؛ لما بيّناه أخيراً.

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٩٤ - ٣٩٥.

(٢) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٣١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٥٣

(مسألة ٢٧): الظاهر أنه يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره

إشارة

(١)، و لا يتوقف على الإنضاض - بمعني جعل الجنس نقداً - و لا على القسمة.

فالحق مع السيد الماتن؛ وفاقاً للمشهور و خلافاً للشيخ الطوسي و جماعه.

و عليه فيجب الوفاء بشرط البضاعة على العامل بمقتضى أدلة وجوب الوفاء بالشرط ضمن أي عقد. و ذلك لا يغير ماهية البضاعة، بل هي بما لها من الماهية - التي هي من العقود الجائزة - متعلقة للشرط. نعم، لا يجوز للعامل فسخها و فاء بالشرط. و إن جاز ذلك للمالك؛ لأن شرطها لا يفيد، إلا ثبوت حق له، و لكل ذي حق إسقاط حقه.

و إن لصاحب الجواهر في ذلك بياناً نافعا، فليراجع «١».

أما شرط غير البضاعة من مال أو عمل، فقد اتضح مما بيّناه عدم كونه فاسداً و لا مفسداً؛ نظراً إلى عدم كونه مخالفاً لمقتضى عقد المضاربة و موجباً لجهالة في حصته العامل من الربح، كما عرفت.

يملك العامل الربح بمجرد ظهوره

(١) ١- المشهور المعروف بين الأصحاب أن العامل يملك حصته من الربح بمجرد ظهوره، من غير توقف على الإنضاض و لا القسمة،

كما قال في المسالك:

«هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل لا يكاد يتحقق فيه مخالف، و لا نقل في كتب الخلاف عن أحد من أصحابنا ما يخالفه» «٢».

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٤٠٢.

(٢) - مسالك الأفهام ٤: ٣٧١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٥٤

...

و في الجواهر: «على المشهور بين الأصحاب، بل لا يكاد يتحقق مخالف فيه منّا، كما في المسالك، بل لعله ظاهر التذكرة أيضاً» «١». و أما الإجماع، و إن لم يصرح بدعواه واحد من الأصحاب، إلا أنه يستفاد من كلام صاحب الجواهر تلويحاً؛ حيث قال في ختام البحث عن ذلك: «إلا أن الإنصاف عدم خلق المسألة من إشكال، إن لم يكن إجماعاً» «٢». فإن في كلامه هذا بضميمة كلامه السابق إشعاراً

بتحقق الإجماع في المقام. بل ادّعاءه في العروة «٣» صريحاً.

ولكن نقل الفخر في الإيضاح عن والده «٤» أنّ في المسألة أربعة أقوال، و لم يذكر القائل بالثلاثة الاخرى غير ما هو المشهور، بل إنّما اكتفى بذكر أصل هذه الأقوال.

أحدها: ما ذهب إليه المشهور و ذكره السيد الماتن قدس سره، من أنّ العامل يملك الربح بمجرد ظهوره، من غير توقّف على الإنضاض و لا على القسمة.

ثانيها: إنّهُ يملكه بإنضاض الربح؛ لعدم وجوده قبله، بل هو مقدّر موهوم، و يعتبر في المملوك كونه محقق الوجود. فالظهور إنّما يوجب الاستحقاق بعد التحقق.

ثالثها: الملك بالقسمة. و علّل ذلك أولاً: بأنّه لو ملك العامل سهمه قبل القسمة، لزم كون التقصان الوارد بعد ذلك شائعاً في مجموع الباقي المشتمل على

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٧٣.

(٢) - نفس المصدر.

(٣) - العروة الوثقى ٥: ٣٤.

(٤) - إيضاح الفوائد ٢: ٣٢٢.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٥٥

...

مال القراض، فلا يكون الربح حينئذٍ وقايةً لرأس المال. و ثانياً: بأنّ القراض من العقود الجائزة الإذنية و العمل فيها غير مضبوط، فلا يستقرّ فيها الملك إلّا بعد تمام العمل، كما في الجعالة؛ حيث لا يتمّ ملكية الجعل إلّا بعد تمام العمل. و إنّهُ لا يتمّ إلّا بعد القسمة. رابعها: أنّ القسمة كاشفة عن الملك قبلها؛ لأنّها ليست من أسباب الملك.

و المقتضى للملك هو العمل، و القسمة إنّما تكشف عن تمامية العمل و تحقّق السبب المملّك.

و قال في المسالك: «و في التذكرة لم يذكر في المسألة عن سائر الفقهاء من العامية و الخاصية سوى القولين الأولين، و جعل الثاني للشافعي في أحد قوليه، و لأحمد في إحدى الروايتين، و وافقاً في الباقي على الأوّل، فلا ندري لمن ينسب هذه الأقوال؟» «١».

و قد ردّ الفقهاء الفحول هذه الأقوال الثلاثة، كما أجاب عنها في جامع المقاصد و المسالك و الحدائق و الجواهر و غيرها.

أمّا القول الثاني: فقد ردّه المحقق الكركي في جامع المقاصد «٢» أولاً: بعدم توقّف وجود الربح و تحقّقه على الإنضاض؛ لعدم انحصار المال في النقد. فإذا ارتفعت قيمة العروض و الأمتعة المشتراة بتجارة العامل و زادت عن مقدار رأس المال، يكون رأس المال عند أهل العرف ما يقابل قيمته و الزائد ربح عرفاً، و لا ريب في كونه محقق الوجود عند أهل العرف.

و ثانياً: بأنّه لا- يعتبر في المملوك كونه متحقق الوجود، كما أنّ الدين المستقرّ في ذمّة المديون ملك، و يقال: إنّ للدائن في ذمّة المديون ألف دينار، فيعتبر ملكاً،

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٧٢.

(٢) - جامع المقاصد ٨: ١٢٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٥٦

...

مع عدم كونه متحقق الوجود، بل إنما في الذميمة أمرٌ كلي. وقد تبع المحقق الكركي في المناقشة لهذين الوجهين من تأخر عنه من فحول الفقهاء، كالشهيد في المسالك «١» والمحدث البحراني في الحدائق «٢» و صاحب الجواهر «٣» وغيره.

أما الثالث: فناقش فيه المحقق الكركي أيضاً بمنع الملازمة المستدل بها؛ نظراً إلى عدم المنافاة بين حصول أصل الملك قبل القسمة و بين كون الربح وقايه لرأس المال.

و ذلك أولاً: لإمكان ثبوت أصل الملك مترزلاً. و كون استقراره مشروطاً بالسلامة و عدم عروض النقصان.

و ثانياً: على فرض استقرار الملك يمكن تخصيص النقصان بمجموع الربح بالتوزيع بين السهمين، بدليل دفع محذور استحقاق العامل أكثر من نصيبه المقرّر له.

و أما جواز عقد المضاربة و عدم ضبط العمل و استقرار الملك بعد تمامه؛ قياساً لذلك بباب الجعالة، فقد نوقش فيه بأن القسمة ليست عملاً حتى يتوقف عليه استقرار الملك، فلا يقاس بباب الجعالة؛ فإنّ الجعل هناك إنما يملك بعمل إنشاد الضالة.

و أما القول الرابع فقد اتضح ما فيه من الإشكال من ضوء البيان المزبور.

مقتضى التحقيق في المقام

مقتضى التحقيق ما ذهب إليه المشهور، و ذلك:

أولاً: لصدق عنوان الربح بمجرد ظهوره في نظر أهل العرف. فإنّ من اشترى

(١) - مسالك الأفهام ٤: ٣٧٢.

(٢) - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٣٩.

(٣) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٧٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٥٧

...

أمتعة للتجارة و الاسترباح؛ ثمّ ترقّب قيمتها، يقول أهل العرف حينئذٍ بمجرد ارتفاع قيمتها: إنّه استفاد في شراء تلك الأمتعة، و لا يرى صدق عنوان الفائدة و الاستفادة متوقفاً على بيع الأمتعة المشتراة و إنضاضها، و قد سبق هذا الكلام منّا في خمس ارتفاع القيمة من كتابنا «دليل تحرير الوسيلة» نعم، فيما إذا لم يكن المشتري بصدد التجارة تأمل هناك بعض الأعلام في صدق عنوان الفائدة و الربح بمجرد ارتفاع القيمة، لكنّه خارج عن محل الكلام.

و عليه فإطلاق كلام المالك حين إنشاء العقد - بقوله: و الربح بيننا - يقتضى حصول الملك بمجرد صدق عنوان الربح عرفاً. و لذلك ينعقد لإطلاقات نصوص المقام ظهور في ذلك، مثل قوله عليه السلام:

«و الربح بينهما»

و

«له من الربح»

و

«له الربح»

«١». و ثانياً: لدلالة نصوص المقام على ذلك بالخصوص. مثل صحيح

محمد بن ميسير - و في بعض الطرق عن محمد بن قيس - عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه و هو لا يعلم، فقال: «يقوم فإذا (فإن. يه) زاد درهماً واحداً اعتق و استسعى في مال الرجل» (٢)

. بتقريب أن اعتناق الأب على ولده المشتري بمجرّد زيادة درهم عن رأس المال، ظاهرٌ في دخول الدرهم الزائد في ملكه بقدر سهمه مشاعاً، و إلّا لم ينعق عليه أبوه و لو بقدر نصف الدرهم؛ حيث لا عتق إلّا في الملك. فكان عليه - لو لم يملك - الاستسعاء في جميع مال المالك، و هو العبد المشتري كلّه، و لم يصحّ ترتّب العتق على زيادة درهم واحد حينئذٍ.

(١) - وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١.

(٢) - وسائل الشيعة ١٩: ٢٥، كتاب المضاربة، الباب ٨، الحديث ١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٥٨

كما أن الظاهر صيرورته شريكاً مع المالك في نفس العين الموجودة بالنسبة (١)، فيصحّ له مطالبه القسمة، و له التصرف في حصّته من البيع و الصلح، و يترتّب عليه جميع آثار الملكية؛ من الإرث و تعلق الخمس و الزكاة و حصول الاستطاعة و تعلق حقّ الغرماء و غير ذلك.

(مسألة ٢٨): لا إشكال في أن الخسارة - الواردة على مال المضاربة - تُجبر بالربح

إشارة

(٢) ما دامت المضاربة باقية؛ سواء كانت سابقة عليه أو لاحقة،

تحصل الشركة للمالك و العامل في أعيان الربح

(١) ١- و الوجه في ذلك كلّ قد اتّضح من خلال ما بيّناه آنفاً؛ حيث إنّ حصول الشركة في العين الموجودة بالنسبة، و جواز مطالبه القسمة و جواز التصرف في حصّته من البيع و الصلح و تعلق الخمس و الزكاة و حقّ الغرماء و الإرث و حصول الاستطاعة، كلّها من آثار الملكية من غير فرق بين الإشاعة و غيرها. فإذا ملك العامل الربح بمجرّد ظهوره يترتّب جميع هذه الآثار. هذا، و لكن لا يجوز له شيء من ذلك في عين المال الخارجي بالإفراز، بل إنّما يجوز في سهمه المشترك بالإشاعة في الذمّة.

جبران الخسارة بالربح

(٢) ٢- و قد عرفت في بعض المسائل السابقة أن الربح لا يصدق عرفاً في التجارات، مع قطع النظر عن جبران الخسارات الواردة ممّا حصل بالتجارة. فإنّ أهل العرف لا يرون التجارة رابحةً إلّا بملاحظة جبران الخسارة و استدراك ما ذهب من رأس المال في جهة التجارة و الاسترباح. و لذلك ترى أهل العرف لا يعدّون

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٥٩

فملكيّة العامل له بالظهور متزلزلة؛ تزول كلّها أو بعضها بعروض الخسران (١) إلى أن تستقرّ، و الاستقرار يحصل بعد الإنضاض و فسخ

المضاربة و القسمة قطعاً، فلا جبران بعد ذلك. و في حصوله بدون اجتماع الثلاثة وجوه و أقوال، أقواها تحقّقه بالفسخ مع القسمة و إن لم يحصل الإنضاض، بل لا يبعد تحقّقه بالفسخ و الإنضاض و إن لم يحصل القسمة، بل تحقّقه بالفسخ فقط، أو بتمام أمدها لو كان لها أمد، لا يخلو من وجه.

التجارة رابحة ما دام لم يحرزوا زيادة الربح عن قدر ما يُجبر به الخسارة الواردة. و من هنا صار جبران الخسارة مقتضى القاعدة في مطلق التجارة، مضاربة كانت أو غيرها. و صار ذلك في باب المضاربة كقاعدة مستقلة، و هي: أن الربح وقاية لرأس المال. و لأجل ذلك يكون ملكية الربح للعامل بمقدار سهمه متزلزلة حتى تجبر به جميع الخسارات الواردة في سبيل التجارة و الاسترباح. فإذا جبرت و بقي بعد ذلك شيء من الربح، يقسم بين المالك و العامل حسب ما قرراه.

بما ذا تستقر ملكية الربح للعامل؟

(١) ١- لا إشكال في كون ملكية الربح للعامل بعد الظهور متزلزلة ما دام لم تردّ خسارة. و أنّها تزول بمقدار ما حدث من الخسارة ما دام لم تجبر الخسارات الواردة. و لا خلاف في ذلك، مع كونه مقتضى القاعدة كما بيّناه آنفاً. و سيأتي مزيد توضيح لذلك من صاحب الجواهر أيضاً، و هذا معنى قولهم: إن الربح وقاية لرأس المال. كما لا إشكال في استقرار ملكية الربح بعد تحقّق ثلاثة أسباب، و هي: دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٦٠

...

١- على الإنضاض؛ يعنى تبديل العروض بالنقد الرائج.
٢- على الفسخ؛ لأنّ العقد ما لم يفسخ و كانت التجارة باقية يحتمل عروض أى تلف و خسران، فلا تزال الملكية متزلزلة حتى ينتفى احتمال ذلك بفسخ العقد.
٣- على القسمة؛ لأنّ ملكية الربح قبلها مشاعة بين العامل و المالك، و لا تستقرّ ملكية الشيء المشاع إلّا بعد خروجها عن الإشاعة بالإفراز.
و من هنا لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال المشترك إلّا بإذن صاحبه أو إحراز رضاه.
و لكن لا يحصل الاستقرار بمجرد القسمة أيضاً قبل الفسخ؛ لما قلنا آنفاً من توقّفه على جبران جميع الخسارات، و ذلك غير ممكن ما دام العقد باقياً و الخسران محتملاً.

هل تستقر ملكية الربح بمجرد الفسخ؟

و هل تستقرّ الملكية بمجرد الفسخ، و لو قبل الإنضاض و القسمة؟ نظراً إلى انتفاء ملاك التزلزل- و هو احتمال الخسران- بانتفاء المضاربة بالفسخ؛ لأنّ الخسران موضوع وجوب الجبران، الذي هو من أحكام المضاربة. و الأقوى استقرار ملكية الربح بينهما على نحو الإشاعة بمجرد الفسخ، و لكنّ القسمة بحاجة إلى الإفراز.

و أما الإنضاض فمقتضى القاعدة عدم دخله في الاستقرار؛ لوضوح صدق الربح بدونه. فلو حصل الجبران و تحقق الفسخ، لا يمنع عدم الإنضاض و القسمة من استقرار الملكية المشاعة قبل ذلك. و قد سبق وجه ذلك في شرح المسألة السابقة. هذا، و لكن لا يبعد القول باعتبار الإنضاض؛ نظراً إلى توقف الجبران عليه؛ دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٦١

(مسألة ٢٩): كما يجبر الخسران في التجارة بالربح، كذلك يجبر به التلف

إشارة

؛ سواء كان بعد الدوران في التجارة أو قبله أو قبل الشروع فيها، و سواء تلف بعضه أو كله، فلو اشترى في الذميمة بألف، و كان رأس المال ألفاً فتلف، فباع المبيع بألفين فأدى الألف، بقي الألف الآخر جبراً لرأس المال. نعم لو تلف الكل قبل الشروع في التجارة بطلت المضاربة، إلّا مع التلف بالضمان مع إمكان الوصول (١).

حيث إنه لا تستقر ملكية الربح بدونه، بلا فرق في ذلك بين قبل الفسخ و بعده. و ذلك لأنّ رأس المال في المضاربة من النقود و ما لم ينقد العروض لا- يمكن تعيين مقدار رأس المال و تفكيكه حتى يتحقق الجبران.

نعم، لو حصل الإنضاض بمقدار رأس المال و حصل الجبران، لا ضير في عدم إنضاض الباقي في استقرار ملكية الربح بالفسخ، لكنها مشاعة قبل القسمة و مفروزة بعدها.

فحاصل الكلام: أنّ الإنضاض بعد الفسخ معتبر في ملكية الربح بقدر ما يعادل رأس المال؛ نظراً إلى توقف الجبران على ذلك. جبران التلف بالربح

(١) ١- لا فرق في الجبران بين عروض الخسارة قبل التجارة و عروضها في أثنائها، و لا بين كون الخسارة لأجل الوضعية في التجارة و بين كونها من أجل الإنفاق للسفر التجاري، و لا بين كونها ناشئة من تلف مال القراض من غير تعدد و تفريط، و بين إتلافه بتعدّد و تفريط و خيانه، إلّا أنّ جبرانه حينئذٍ على الممتلف.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٦٢

...

و إن تردّد في الأخير صاحب الشرائع بقوله: «و في هذا تردّد»، لكن مقتضى القاعدة التي أشرنا إليها عدم الفرق، كما في الجواهر.

كلام صاحب الجواهر

فإنّه قدس سره قال: «و لكن في هذا تردّد عند المصنّف ممّا عرفت، و من أنّ التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض، إلّا أنّ الأقوى عدم الفرق؛ لأنّ المقتضى لكونه مال قراض هو العقد، لا دورانه في التجارة، فمتى تصوّر بقاء العقد و ثبوت الربح جبر ما تلف مطلقاً. بل لا يخفى على من أعطى التأمل حقّه، عدم صدق الربح الذي وقع الشرط بين المالك و العامل عليه، إلّا على ما يبقى بعد جبر جميع ما يحدث على المال، من أوّل تسلّمه إلى انتهاء المضاربة، من غير فرق في النقصان بين انخفاض السوق و الغرق و الحرق و أخذ الظالم و السارق و غير ذلك ممّا هو بآفة سماوية و غيرها. فما عساه يقال أو قيل: «من اختصاص الحكم بما لا

يتعلق فيه الضمان بذمة المتلف، لأنه حينئذٍ بمنزلة الموجود، فلا حاجة إلى جبره، ولأنه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل و تجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق و نحوه» لا ينبغي أن يصغى إليه لما عرفت، نعم، لو فرض حصول العوض من التلف كان العوض من جملة المال» (١).

و الوجه في ذلك ما قلناه، من عدم صدق الربح قبل جبران الخسارة. و كل ما ذهب من رأس المال بأي دليل كان؛ فما دام لم يجبر نقصانه و لم يرجع ما نقص منه إلى محله، لا- يتحقق الربح عرفاً. فإن عرف التجار إنما يطلقون عنوان الربح و يرون التجارة رابحة بملاحظة جبران النقص الوارد من أي سبب

(١)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٩٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٦٣

...

و حفظ رأس المال و زيادة شيء عنه بعد الجبر.

و عليه فما دام لم ينحفظ رأس المال و لم يُفكك بتمامه و كماله لا ربح متحقق واقعاً في البين. و أمّا إطلاق الربح بقولهم: «يجبر الخسران بالربح»، فهو بضرب من العناية؛ حيث إن هذا الربح صوري ظاهري بدوي لا يراه العرف ربحاً حقيقياً واقعاً، إلا بعد الكسر و الانكسار بالجبران و تدارك ما نقص من رأس المال.

تبطل المضاربة بتلف رأس المال، إلا في صورتين

نعم، لو تلف رأس المال كله قبل الشروع في المضاربة، أو بقي بمقدار لا يمكن الاتجار به أو لا يرجى منه الاسترباح بربح، يبطل عقد المضاربة؛ لأن من أركان المضاربة وجود مال القراض ليتجر به العامل، إلا في صورتين:

إحدهما: ما إذا أذن المالك- بعد تلف مال القراض أو قبله على فرض التلف- بالشراء في الذمة. فاشترى العامل في ذمة المالك ثم تلف مال المالك بعد الشراء في ذمته، و لكن ربح الشراء فحينئذٍ يمكن الحكم بصحة المضاربة و جبران التالف كله أو بعضه. و ربما يزيد الربح الحاصل حينئذٍ عن رأس المال بأضعاف فيبقى بعد ذلك ربح فيقسم بينهما. كما يظهر ذلك من صاحب الجواهر حيث قال- في شرح كلام صاحب الشرائع: و كذا لو تلف قبل ذلك-: «كما لو أذن له في الشراء في الذمة فاشترى ثم تلف المال، فإن القراض يستمر و يمكن جبره حينئذٍ بالربح المتجدد» (١) فإن صاحب الشرائع تردد في الجبران و صحة المضاربة حينئذٍ و لكن صاحب الجواهر ردّه بقوله: «إلا أن الأقوى عدم الفرق» (٢).

(١)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٩٦.

(٢)- نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٦٤

...

ثانيتهما: ما إذا أتلّفه العامل عن عمد و تمكّن من الأداء صحّت المضاربة حينئذٍ لحصول الجبران بحكم الشارع بأدائه من كيسه و يكون ما أداه مال القراض، فلا مانع من استمرار المضاربة حينئذٍ.

القوة و الضعف في كلام السيد الماتن قدس سره

و قد اتضح لك ممّا بيّناه أنّ الحقّ مع السيد الماتن قدس سره في ذيل كلامه، حيث إنّ استثنى الصورة الثانية فقط من بطلان المضاربة عند تلف مال القراض كلّ قبل الشروع في المضاربة. و إنّ في الصورة الاولى و إنّ فرض تلف المال كلّ إلّا أنّه بعد الشروع في التجارة بالشراء في ذمّة المالك بعد إذنه.

و لا يخفى عليك أنّ الشراء في ذمّة المالك بإذنه شروع في التجارة فلو تلف مال القراض بعده إنّما تلف بعد الشروع فيها- كما يظهر من كلام السيد الماتن قدس سره- لا قبله. نعم، يكون تلفه حينئذٍ قبل دورانه في التجارة و من هنا يدخل في تردّد صاحب الشرائع، إلّا أنّ السيد الإمام الراحل جعل المعيار في عدم بطلان المضاربة بتلف مال القراض، الشروع في التجارة كما يظهر من المتن، لا دوران مال القراض في التجارة كما يظهر من صاحب الشرائع.

و اتضح من خلال ما بيّناه أنّ قول السيد الماتن في صدر المسألة «أو قبل الشروع فيها» يناقض ما جاء ذيلها: «نعم، لو تلف الكلّ قبل الشروع في التجارة، بطلت المضاربة». و الأنسب حذف الفقرة الاولى من صدر المسألة أو تبديلها بقوله: «و بعد الشروع فيها».

و ذلك لأنّ الشراء في الذمّة أيضاً شروع في التجارة. و قد حكم الماتن قدس سره بجبران التلف حينئذٍ، نعم، يصحّ أن يقال، إنّ ذلك قبل دوران مال القراض في التجارة.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٦٥

(مسألة ٣٠): لو حصل فسخ أو انفساخ في المضاربة، فإن كان قبل الشروع في العمل و مقدّماته فلا إشكال**إشارة**

، و لا شيء للعامل و لا عليه. و كذا إن كان بعد تمام العمل و الإنضاض؛ إذ مع حصول الربح يقتسمانه، و مع عدمه يأخذ المالك رأس ماله، و لا شيء للعامل و لا عليه. و إن كان في الأثناء بعد التشاغل بالعمل، فإن كان قبل حصول الربح ليس للعامل شيء؛ و لا اجرة له لما مضى من عمله؛ سواء كان الفسخ منه أو من المالك أو حصل الانفساخ قهراً (١).

ما يترتب على الفسخ المضاربة**إشارة**

(١) ١- فسخ عقد المضاربة أو انفساخه تارةً: يتحقّق قبل الشروع في العمل، و اخرى: بعد تمام العمل، و ثالثةً: في أثناءه. لا إشكال في أنّه لا يستحقّ العامل شيئاً من الربح و الاجرة فيما إذا كان الفسخ أو الانفساخ قبل الشروع في التجارة؛ لفرض انتفاء الربح و خروج استحقاق العامل للأجرة عن مقتضى حقيقة المضاربة. كما لا إشكال في ذلك بعد تمام العمل و الإنضاض، غاية الأمر مع حصول الربح يقتسمانه بينهما، و مع عدمه يأخذ المالك رأس ماله و لا يكون للعامل شيء.

و هذا لا كلام فيه.

و أمّا إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد اشتغال العامل بالعمل و في أثناء التجارة و قبل حصول الربح فلا إشكال حينئذٍ في عدم استحقاق العامل شيئاً من الربح؛ لعدم وجوده. و أمّا استحقاقه للأجرة، فيقع الكلام تارة: في الانفساخ و أخرى: في الفسخ من جانب العامل، و ثالثة: في الفسخ من جانب المالك. فلا كلام
دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٦٦

...

في صورتين الأوليين؛ لعدم استناد شيءٍ من الفسخ و الانفساخ إلى المالك حتى يضمن و لا سيما أنّ الفسخ بإقدام العامل على نفسه. فما يُحكى عن إطلاق التذكرة حينئذٍ - من استحقاق العامل للأجرة - في غير محلّه. و لكن في استحقاقه للأجرة لو كان الفسخ من المالك نظر؛ من جهة كون المالك سبباً لحرمان العامل عن الربح المتوقع و ذهاب عمله هدرًا، و من جهة كون حقّ الفسخ لكلّ منهما مقتضى المضاربة، و العامل مع علمه بذلك أقدم على المضاربة. و قد يقال باستحقاقه لها؛ نظراً إلى استقرار سيرة التجار على ذلك، و لكن فيه نظرٌ. و قد سبق تفصيل البحث عن ذلك في بعض الفروع السابقة.

كما أنّه ليس على العامل حينئذٍ شيءٌ من نفقات السفر أو التجارة، بل تؤخذ من مال القراض و تذهب من كيس المالك من دون جبران؛ لفرض عدم حصول ربح حتى يجبر به نقصان رأس المال، و لكون السفر بإذن المالك. و قد تقدّم البحث عن ذلك في بعض المسائل السابقة.

المناقشة في كلام العلامة في التذكرة

و استظهر في العروة «١» من إطلاق كلمات بعضهم اجرة المثل للعامل مع عدم الربح. و به صرح في التذكرة؛ حيث قال: «فإن فسح العقد أو أحدهما، فإن كان قبل العمل عاد المالك في رأس المال، و لم يكن للعامل أن يشتري بعده. و إن كان قد عمل، فإن كان المال ناضباً و لا ربح فيه أخذه المالك أيضاً، و كان للعامل اجرة عمله إلى ذلك الوقت أيضاً» «٢».

(١) - العروة الوثقى ٥: ٢٢٣.

(٢) - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٦ / السطر ٢٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٦٧

...

و يمكن الإشكال على ذلك بأنّه خلاف مقتضى القاعدة؛ نظراً إلى ابتناء المضاربة على عدم استحقاق العامل للأجرة؛ لإقدامه على المضاربة بانياً على عدم استحقاق للأجرة. و التزم بذلك، فلا تشملها قاعدة احترام عمل المسلم؛ لأنّه الذي فوّت على نفسه اجرة عمله حينئذٍ؛ حيث أقدم على العمل مجاناً عند عدم الربح.

توجيه المحقق الكركي لتنظر العلامة و المناقشة فيه

وقد تنظر العلامة في قواعده في استحقاق العامل للأجرة حينئذ بقوله: «وإذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل اجرة المثل إلى ذلك الوقت نظرًا» (١).

وقد وجه في جامع المقاصد (٢) استحقاق العامل للأجرة حينئذ بما تحريره أن المالك هو الذي قوت على العامل الربح المترقب بالفسخ؛ حيث إنه بالفسخ سدّ طريق وصول العامل إلى الربح، مع أنه الذي أمر العامل بالعمل، وإن عمله محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرع، فيكون ضامنًا.

وإنّ إذنه للعامل بالتجارة لغرض الاسترباح يقتضى عدم سدّ طريق الاسترباح بالعزل، فالمالك في الحقيقة أهدر عمل العامل بالفسخ. ولكنّه خلاف مقتضى التحقيق. وذلك لأنّ المضاربة من العقود الإذنية الجائزة المقتضية بطبعها سلطة المالك على الفسخ شرعاً. و العامل مع علمه بذلك دخل في المضاربة و التزم بأحكامها. و معنى ذلك التزامه بعدم استحقاقه شيئاً سوى حصّته من الربح، مع التزامه بجميع أحكام المضاربة. فهو بنفس هذا الالتزام - أى الالتزام بأحكام المضاربة - أقدم في الحقيقة على العمل مجاناً عند

(١) - قواعد الأحكام ٢: ٣٤٥.

(٢) - جامع المقاصد ٨: ١٥٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٦٨

...

عدم الربح حتّى فيما لو كان الفسخ من جانب المالك.

و أمّا حرمان العامل عن الربح المتوقع بفسخ المالك في الأثناء، فلا يصلح لإثبات استحقاق العامل للأجرة؛ لما قلناه. و عليه فما حكم في الشرائع بثبوت اجرة المثل للعامل حينئذ بقوله: «إذا فسخ المالك صحّ و كان للعامل اجرة المثل إلى ذلك الوقت» قد بان لك وجه ضعفه لو كان مراده الفسخ قبل حصول الربح. و أضعف منه ظاهر إطلاق التذكرة من استحقاق العامل للأجرة حتّى فيما إذا كان الفسخ من جانبه كما لاحظت نصّ كلامه.

إشكال صاحب الجواهر على المحقق و العلامة

وقد أجاد صاحب الجواهر في الإشكال على المحقق و العلامة بقوله:

«و يشكل بأنّه لم يقدم إلّا على الحصّة على تقدير وجودها، و لم توجد و لا شيء له، و المالك مسلط على الفسخ حيث شاء، و احتمال دفعه - بأنّه إنّما جعل له الحصّة خاصّة على تقدير استمراره إلى أن يحصل، و هو يقتضى عدم عزله قبل حصولها، فإذا خالف فقد قوتها عليه، فتجب عليه اجرتة، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل - كما ترى لا ينبغي صدوره من فقيه، ضرورة اقتضائه ضمان المالك الاجرة لو فسخ، و إن قلبه العامل مراراً متعدّدة و لم يحصل ربح، بل و إن خسر، و هو مناف للمعلوم من شرع المضاربة المبيّنة على استحقاق العامل حصّة من الربح إن حصل، و إلّا فلا شيء له و أغرب منه ما يحكى عن إطلاق التذكرة من أنّ له الاجرة في الفرض حتّى لو كان الفسخ من العامل» (١).

(١) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٨٨ - ٣٨٩.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٦٩

كما أنه ليس عليه شيء حتى فيما إذا حصل الفسخ منه في السفر المأذون فيه من المالك، فلا يضمن ما صرفه في نفقته من رأس المال (١)، ولو كان في المال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك، كما أنه ليس للمالك إلزامه بالبيع والإنضاض (٢).

فتحصّل أنّ الأقوى ما ذهب إليه السيد الماتن من عدم الفرق في المقام بين كون الفسخ من جانب المالك أو العامل. (١) ١- وذلك لأنّ اختيار العامل للفسخ و جوازه ثابت له بمقتضى المضاربة، و المالك إنّما أذن له بالسفر مع علمه بذلك و التفاته إلى مقتضى المضاربة.

و عليه فلم يصدر من العامل ما يوجب إهدار ما تحمّله من مخارج السفر و لا- من المالك ما يوجب سقوط الضمان عنه. بل هو محكوم بضمان ما صرفه العامل في السفر بمقتضى القاعدة ضمان الإلتلاف بالتسيب؛ حيث كان السفر و تحمّل مخارجه بأمر المالك. و لا يوجب فسخ العامل بمقتضى المضاربة، سقوط هذا الضمان عن المالك.

(٢) ٢- وجه عدم جواز التصرف للعامل في العروض بغير إذن المالك حينئذٍ- أي إذا تحقّق الفسخ قبل حصول الربح- أنّه بعد الفسخ يصير أجنبياً عن المال و لا- يجوز له التصرف في مال الغير بغير إذنه. و من هنا لا يجوز للمالك إلزامه بالبيع و الإنضاض؛ نظراً إلى خروج العامل عن التزامه المعاملي بالفسخ.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٧٠

و إن كان بعد حصول الربح فإن كان بعد الإنضاض فقد تمّ العمل، فيقتسمان و يأخذ كلّ منهما حقه، و إن كان قبل الإنضاض فعلى ما مرّ؛ من تملك العامل حصّته من الربح بمجرد ظهوره، شارك المالك في العين (١)، فإن رضيا بالقسمة على هذا الحال، أو انتظرا إلى أن تباع العروض و يحصل الإنضاض، كان لهما و لا إشكال. و إن طلب العامل بيعها لم يجب على المالك إجابتها، و كذا إن طلبه المالك لم يجب على العامل إجابتها؛ و إن قلنا بعدم استقرار ملكيته للربح إلّا بعد الإنضاض، غاية الأمر- حينئذٍ- لو حصلت خسارة بعد ذلك قبل القسمة يجب جبرها بالربح، لكن قد مرّ المناط في استقرار ملك العامل.

حكم ما لو كان الفسخ بعد حصول الربح

(١) ١- إذا كان الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح و الإنضاض، فلا إشكال و لا كلام في استحقاق العامل لخصّته من الربح؛ نظراً إلى تمامية العمل و انتهاء المضاربة. و لا يتوقّف استقرار ملكه على القسمة، بل تكون الملكية مشاعاً و إنّما يفرز المملوك بالقسمة و الإفراز. هذا إذا كان الفسخ بعد الإنضاض.

و أمّا إذا كان قبل الإنضاض فلا إشكال في تملك العامل حصّته من الربح بمجرد ظهوره، نعم، لمّا يتوقّف جبران نقصان رأس المال و تفكيكه و عزله على الإنضاض، لا يستقرّ ملكية العامل إلّا بعد الإنضاض و تفكيك رأس المال و يصدق الربح على ما بقي ممّا زاد عن رأس المال.

و أمّا عدم وجوب إجابة المالك للعامل إذا طلب منه بيع العروض و الإنضاض، فالوجه فيه أنّ العروض ماله و هو مسلّط عليه. و مقتضى سلطته على ماله أن يكون التصرف فيه باختياره. غاية الأمر يثبت للعامل مطالبته بخصّته

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٧١

(مسألة ٣١): لو كان في المال ديون على الناس، فهل يجب على العامل أخذها و جمعها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا؟

إشارة

الأشبه عدمه، خصوصاً إذا استند الفسخ إلى غير العامل، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط، خصوصاً مع فسخه و طلب المالك منه (١).

من الربح فيعطيه المالك من أمواله، أو يعطيه حصته من نفس تلك العروض لو طلب العامل منه القسمة. و أما عدم وجوب إجابة العامل للمالك إذا طلب منه المالك بيع العروض و الإنضاض، فالوجه فيه واضح لفرض انتفاء عقد المضاربة و إلغاء أحكامها بالفسخ، و لا دليل على وجوب إجابته غير التزامه بالمضاربة المفروض نقضه بالفسخ. هل يجب على العامل استيفاء الديون بعد الفسخ؟

(١) ١- وقع الخلاف في وجوب استيفاء الديون على العامل و جبايتها بعد فسخ المضاربة من جانب المالك أو العامل. و قد أطلق المحقق في الشرائع وجوب أخذها و جبايتها على العامل. و صرح بذلك قبله الشيخ الطوسي في المبسوط؛ حيث قال: «و إن كان المال ديناً، مثل أن باع العامل نسيئاً بإذن رب المال، فعلى العامل أن يجبيه ممن هو عليه، سواء كان في المال ربح أو لا ربح فيه، فإن كان الفاسخ العامل فالحكم فيه على ما فصلناه إذا كان الفاسخ رب المال حرفاً بحرف» (١). و كذا العلامة في القواعد؛ حيث قال: «و إذا انفسخ و المال دين، وجب على

(١)- المبسوط ٣: ١٧٩.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٧٢

...

العامل تقاضيه، و إن لم يظهر ربح» (١) و قال في التذكرة: «و إن لم يكن المال ناضاً، فإن كان ديناً؛ بأن باع نسيئاً بإذن المالك، فإن كان في المال ربح كان على العامل جبايته، و به قال الشافعي و أبو حنيفة، و إن لم يكن هناك ربح، قال الشيخ قدس سره: يجب على العامل جبايته، و به قال الشافعي» (٢). و لكن استظهر في الحدائق (٣) من كلمات الأصحاب اتفاقهم في الجملة على وجوب الجباية و الإنضاض؛ حيث قال:

«و بالجملة فظاهرهم الاتفاق على وجوب الإنضاض في الجملة، و إنما الخلاف في تخصيص ذلك بصورة وجود الربح، كما هو ظاهر التذكرة أو مطلقاً، كما هو ظاهر الأكثر» (٤). و لا يخفى أن مقصوده من الإنضاض بقرينة المقام ما هو أعم من الجباية و الاستيفاء، و إن كان في التعبير مسامحة.

و ظاهر كلامه هذا أن وجوب استيفاء الديون على العامل بعد فسخ المضاربة مطلقاً قول الأكثر. و نسبه السيد الحكيم (٥) إلى الأشهر، و السيد الخوئي (٦) إلى المشهور.

و قد وجه الوجوب في التذكرة (٧) بأن المضاربة تقتضى رد رأس المال على صفته، و الدين لا يجري مجرى المال، فوجب عليه أن ينضه إذا أمكنه، كما لو كانت عروضاً. فإنه يجب عليه بيعها. و الأصل فيه أن الدين ملك ناقص، و الذي أخذه كان ملكاً تاماً، فليرده كما أخذ.

(١)- جامع المقاصد ٨: ١٥٤.

(٢)- تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٦/السطر ٢٧.

- (٣) - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٥٤.
- (٤) - نفس المصدر: ٢٥٥.
- (٥) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٨١.
- (٦) - المباني فى شرح العروة الوثقى ٣١: ١١٣.
- (٧) - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٦ / السطر ٢٩.
- دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٧٣

...

و تبعه فى هذا الاستدلال المتأخرون. و زاد الشهيد الأول فى الاستدلال - على ما نقل عنه فى جامع المقاصد - «١» ما تحريره: «أن الدين مال الغير الذى هو المالك. و إن العامل هو الذى أخذه، فعليه أن يؤديه»، و استدلل لذلك بالنبوى المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

و تبعه فى هذا الاستدلال الشهيد الثانى فى المسالك «٢» و كل من اختار وجوب الاستيفاء، و منهم السيد الخوئى و لم يزد فى الاستدلال إلا تفنناً فى التعبير. فعلل ذلك بابتداء عقد المضاربة من الأول على تسليم العامل لما أخذه من المالك إليه و أنه أمر مفروغ عنه فى المضاربة، فيكون من قبيل الشرط فى ضمن العقد، مع أنه أخذ من الغير مالاً، فيجب عليه رده و أدائه.

مقتضى التحقيق فى المقام

و مقتضى التحقيق عدم وجوب استيفاء الدين و جبايته على العامل بعد فسخ المضاربة مطلقاً، سواء كان الفسخ من جانب المالك أو كان من العامل أو انفسخ العقد بسبب قهرى، و سواء كان فى الدين ربح أم لا.

و الوجه فى ذلك انتفاء ملاك الوجوب بفسخ العقد أو انفساخه. فإن المضاربة إنما تقتضى رد رأس المال على صفته ما دامت باقية مستمرة، دون ما إذا انتفت و انتقضت بالفسخ. و من هنا لا وجه لوجوب استيفاء الدين و رفع نقصانه المالى بالإنضاض و النقد.

و أما حديث «على اليد» و إن تمّ سنده بانجبار ضعفه بالشهرة الفتوائية العملية من القدماء، كما فصلنا البحث عن ذلك و أثبتناه فى كتابنا «مباني الفقه الفعّال»، إلا

- (١) - جامع المقاصد ٨: ١٥٤ - ١٥٥.
- (٢) - مسالك الأفهام ٤: ٣٨٥.
- دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٧٤

...

أن دلالة إنما تتم فى اليد العادية، لا المأذونة كما فى المقام؛ لفرض إذن المالك.

نعم، إنما يرتفع الإذن بالفسخ، و لكنّ المال المأخوذ ليس حينئذٍ فى يده، بل فى يد المديون و فى ذمته بصورة الدين. فعلى المديون أن يؤديه إلى المالك؛ لأنه ضامن فى الحقيقة بالضمان المعاوضى و لما كان المبيع ملك المالك و انتقل إليه بالبيع فيجب عليه ردّ ثمنه إلى المالك. و لو كان أنقص من مال القراض بالوضيعة و خسران المعاملة فلا ضمان حينئذٍ على العامل كما هو واضح، إلا إذا كان هناك ربح فيجبر بالربح.

و أما قضية الشرط في ضمن العقد فإنما هي ثابتة بمقتضى المضاربة ما دامت باقية، دون ما إذا انتفت و انتقضت بالفسخ. و لما كان ملاك ارتفاع الضمان و وجوب الاستيفاء و أداء الدين و استحصاله عن العامل، انتفاء المضاربة و انقضاؤه بالفسخ لا يفترق في ذلك بين كون الفاسخ مالكاً أو عاملاً، و لا بين وجود ربح في الدين و بين عدمه. فالأقوى في المقام ما ذهب إليه السيد الماتن قدس سره وفاقاً لجماعه من فحول الفقهاء، منهم المحقق الكركي؛ حيث ردّ العلامة بعد نقل قوله عن التذكرة.

تأييد السيد الماتن بكلمات الفقهاء الفحول

و ممن اختار عدم الوجوب هو المحدث البحراني. و لقد أجاد في ردّ استدلال القائلين بالوجوب. و ينبغي نقل نصّ كلامه بطوله لما فيه من المنفعة.

قال قدس سره: «و قولهم: إنّ المضاربة تقتضى ردّ رأس المال على صفته مسلّم مع الاستمرار على العقد، و أما مع فسخه سيّما إن كان الفاسخ هو المالك، فهو ممنوع و الأصل عدم الوجوب، و براءة الدّمة منه، و هو أقوى دليل حتّى يقوم الدليل الواضح على خلافه.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٧٥

...

و أمّا قوله في المسالك في ردّ ذلك: أنّه يضعّف بأنّ إذن المالك فيه إنّما كان على طريق الاستيفاء لا مطلقاً، بدلالة القرائن، و لاقتضاء الخبر ذلك.

ففيه: أنّ ذلك إنّما يتم مع الاستمرار على العقد المذكور، لا مع فسخه، سيّما إذا كان الفاسخ له هو المالك.

و بالجملة فإنّ مقتضى عقد القراض و الإذن فيه هو جميع ما ذكره. و أمّا بعد فسخه، فدعوى كون ذلك الإذن يقتضى ما ذكره. مع الحكم ببطان العقد بالفسخ محل المنع؛ لاختلاف الحالين، و تغاير الحكّمين من جميع الجهات، و من جملتها هذا الموضوع، و المانع مستظهر. و أمّا دعواه اقتضاء الخبر ذلك فهو أضعف؛ لما عرفت، و لو تمّ الاستدلال بهذا الخبر على ما ذكره، للزم منه أيضاً جريان ذلك في الوكيل، إذا اشترى بإذن موكله عروضاً ثمّ عزله الموكل عن الوكالة، فإنّه يجب عليه بيع تلك العروض، و تنقيد الثمن، و الردّ على المالك، كما قبضه منه، و لا قائل بذلك فيما أعلم، و هم قد صرّحوا- كما تقدم- بأنّ عقد القراض يتضمّن الوكالة، بل هو وكالة في الأول كما تقدّم في كلام العلامة و غيره، مع أنّه لم يصرّح أحد منهم في الوكالة بذلك، بل الظاهر أنّه متى عزله الموكل امتنع تصرّفه، سواء كان المال نقداً أو عروضاً» (١).

و ممن قال بعدم الوجوب صاحب الجواهر فإنّه بعد ردّ استدلال القائل بالوجوب قال: «فالمتّجه حينئذٍ أيضاً عدم الوجوب» (٢) و منهم السيد اليزدي في العروة و تبعه في ذلك السيد الحكيم (٣).

(١)- الحدائق الناضرة ٢١: ٢٥٥-٢٥٦.

(٢)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٩١.

(٣)- مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٨١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٧٦

إشارة

(١)، فلا- يجب عليه الإيصال إليه؛ حتّى لو أرسل المال إلى بلد آخر غير بلد المالك و كان ذلك بإذنه، و لو كان بدون إذنه يجب عليه الردّ إليه؛ حتّى أنّه لو احتاج إلى أجره كانت عليه.

لا يجب على العامل بعد الفسخ غير التخليه

(١) ١- و لا- يخفى أنّ مقصوده هاهنا من المال ما كان بيد العامل من أموال المالك نقداً كان أو عروضاً، دون الدين السابق حكمه آنفاً.

و الوجه في ذلك أنّ تخليه سبيل المالك إلى ماله و رفع المانع عنه تسليط له على ماله و لا يجب على من بيده مال الغير أكثر من رفع اليد عنه و جعله في يد المالك، و لما كان التعبير باليد كناية عن السلطة. فكما أنّ أخذ مال الغير بمعنى السلطة عليه، فكذلك رفع اليد عنه بمعنى جعله في سلطة المالك، و ذلك بالتخليه بينه و بين ماله. كما هو المقصود من التأديه في قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه».

و لكن يرد عليه أنّ تخليه اليد قد يكون مصداقاً للردّ و الأداء عرفاً، كما إذا كان المال بمحضر المالك و أرضه أو بستانه أو بيته و نحو ذلك ممّا يصدق الأداء و الردّ بمجرد تخليه السبيل.

و اخرى: لا- تكون مصداقه، كما لو جعل العامل المال إلى مكان مملوك لنفسه و لا يعلمه المالك فحينئذ لا يصدق عنوان الردّ و الأداء و التسليط بمجرد رفع اليد و إعطاء مفتاح البيت أو البستان إلى المالك ما لم يُعلمه موضع ذلك البيت أو البستان، و إن لا يبعد صدق عنوان التخليه عرفاً، و حينئذ لو أعلم المالك عن مكان وجود

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٧٧

...

المال و سلّم إليه مفتاح البيت أو البستان أو الصندوق الذى يكون ماله فيه، يصدق عنوان الأداء و الردّ عرفاً و إلّا فلا، بل و لا يصدق تسليط المالك على ماله أيضاً. أو كان المشتري شخصاً ظالماً قوياً لا يبالى، فلا يصدق التخليه بمجرد التخليه بين المالك و بين ذلك الشخص بذكر اسمه و خصوصياته.

و ثالثه: يحمل العامل المال و ينقله إلى بلد آخر غير بلد المالك. فحينئذ يشكل صدق الأداء و الردّ على مجرد تخليه السبيل و خلع اليد عن المال. بل لا يرى العرف الأداء صادقاً حينئذ، إلّا بعد نقل المال عن ذلك البلد إلى بلد المالك و حمله إليه و جعله في سلطته و اختياره، و لو بالحواله البنكية في النقود.

و أمّا حديث

«على اليد»

لا يرتبط بالمقام لعدم كون اليد عاديه بعد فرض كون سلطة العامل على مال القراض بإذن المالك و رضاه. نعم، بعد الفسخ يصير المال في حكم أمانة طلب صاحبها من الأمين؛ لما قلنا أنّ العامل أمين و المال بيده أمانة للمضاربة.

بل المناسب بالمقام قوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (١).

و عليه فالأقوى وجوب إيصال مال القراض و رده إلى المالك بعد الفسخ فيما إذا نقله العامل إلى بلد آخر، كما اختاره السيد الخوئي بقوله: «و هذا القول هو الصحيح و الإشكال عليه في غير محله» (٢). فإن سفر العامل و نقل مال القراض إلى

(١) - النساء (٤): ٥٨.

(٢) - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١١٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٧٨

(مسألة ٣٣): لو كانت المضاربة فاسدة كان الربح بتمامه للمالك

إشارة

(١)؛ إن لم يكن إذنه في التجارة متقيداً بالمضاربة، و إلا تتوقف على إجازته، و بعد الإجازة يكون الربح له؛ سواء كانا جاهلين بالفساد أو عالمين أو مختلفين.

بلد آخر و الاتجار به فيه و إن كان بإذن المالك، إلا أنه من المعلوم المسلم عدم غرض له من ذلك، إلا الاسترباح، و معناه رد رأس المال و نصيب المالك - من الربح - إليه بعد تمام الاتجار و إنضاض المال و الربح أو فسخ المضاربة مطلقاً. نعم، إذا كان الرد يحتاج إلى اجرة، تكون على المالك فيما إذا كان بإذنه، دون ما إذا لم يكن بإذنه، فتكون اجرة الحمل على العامل نفسه حينئذٍ، لعدم كون سفره بإذن المالك و أمره.

حكم المضاربة الفاسدة

إشارة

(١) ١- و الوجه في كون الربح بتمامه للمالك حينئذٍ دخول سائر التجارات - غير المضاربة - في إطلاق إذن المالك مع عدم تقيده بالمضاربة. و مع إطلاق إذن المالك تدخل سائر التجارات في إذن المالك فيكون بمنزلة الوكيل له. فتصح تلك المعاملة الأخرى؛ نظراً إلى شمول إذنه لها، و هو يكفي في صحتها؛ حيث إنها لا تتوقف على صحة عقد المضاربة. و أما إذا كان إذنه متقيداً بالمضاربة، لا مصحح لتلك المعاملة الأخرى بعد فساد المضاربة، غير الإجازة اللاحقة. فإن أجازها تصح تلك المعاملة بمقتضى القاعدة في العقد الفضولي. فعلى أي حال صحّت تلك المعاملة الأخرى، سواء كانت داخلية في إذن المالك من أول الأمر أو صارت مأذونة بالإجازة اللاحقة. و يكون الربح الحاصل للمالك؛ لقاعدة تبعية الربح للمال.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٧٩

و للعامل اجرة مثل عمله (١) لو كان جاهلاً بالفساد؛ سواء كان المالك عالماً به أو جاهلاً، بل لو كان عالماً بالفساد فاستحقاقه لأجرة المثل - أيضاً - لا يخلو من وجه؛ إذا حصل ربح بمقدار كان سهمه - على فرض الصحة - مساوياً لأجرة المثل أو أزيد. و أما مع عدم الربح أو نقصان سهمه عنها، فمع علمه بالفساد لا يبعد عدم استحقاقه على الأول، و عدم استحقاق الزيادة عن مقدار سهمه على الثاني، و مع جهله به فالأحوط التصالح، بل لا يترك الاحتياط به مطلقاً.

وجه استحقاق العامل لأجرة المثل عند فساد المضاربة

(١) ١- و إنما يستحق العامل اجرة مثل عمله؛ لما سبق بيانه في أول هذا الكتاب، من اقتضاء قاعدتي احترام عمل المؤمن و ضمان الإلتلاف بالتسبب لذلك؛ نظراً إلى كون المالك سبباً لصدور العمل من العامل بدعوته و اقتراحه. و إنما المانع من استحقاقه الاجرة، التزامه المعاملي بالمضاربة المقتضية لعدم استحقاقه سوى الربح على فرض وجوده. و المفروض انتفاء هذا المانع بعد انكشاف فساد المضاربة.

و لا- فرق في ذلك بين علم المالك بالفساد و جهله كما هو واضح. و أمّا العامل ففرق بين علمه و بين جهله؛ لأنه في صورة علمه بفساد المضاربة قد أسقط احترام عمله و أهدر قيمته، و لا تكون إجازة المالك حينئذٍ سبباً لإلتلاف عمله عرفاً. بل يمكن أن يقال: إن قاعدة الإقدام حاكمه على قاعدة ضمان الإلتلاف لدلالاتها على توسعه موضوع ضمان الإلتلاف- و هو سببه- إلى المالك المقدم، كما أن قاعدة الإقدام واردة على قاعدة الاحترام؛ نظراً إلى انتفاء الاحترام بالإقدام الذي هو

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٨٠

...

إسقاط الاحترام. و قد ثبت في محله أن كل قاعدة اعدم بجريانها موضوع قاعدة اخرى، فهي واردة عليها، كالأماره المعدم بقيامها موضوع الأصل، و هو الشك.

مقتضى التحقيق التفصيل في جريان قاعدة الإقدام

هذا، و لكن التأمل يقتضى التفصيل في جريان قاعدة الإقدام بين صورة إطلاق إذن المالك الشامل لغير المضاربة من سائر عناوين المعاملات، و بين تقيده بالمضاربة، فتجرى في الصورة الاولى دون الثانية.

و ذلك لأن إقدامه على العمل لا- يكون إهداراً له بسبب علمه بفساد المضاربة حين إنشائها، مع التفاته إلى إطلاق إذن المالك و شموله لغير المضاربة و كون المعاملات الصادرة منه بإذن المالك عند انكشاف فساد المضاربة؛ نظراً إلى ترتب الغرض المعاملي على عمله باستحقاق اجرة المثل حينئذٍ. و ذلك لأن كل من أمر غيره بالعمل ضامن لقيمة عمله التي هي اجرة مثله.

لا يقال: إن الإذن بالمعاملة ليس إذناً بالعمل.

فإنه يقال: إن جلب المشتري المناسب و شراء الجنس النافع و إنشاء التجارة الربحة عمل ثمين، له ماله عند العقلاء أكثر قيمة من عمل الوزان و الحمال و نحوه. نعم، الإجازة اللاحقة ليست إذناً للعمل، و إنما هو إذن لغرض تصحيح العقد. فلا يستحق بها العامل اجرة.

و الحاصل: أن قاعدة الإقدام إنما تجرى في حق العامل في صورة واحدة؛ و هي ما لو كان إذن المالك متقيداً بالمضاربة و كان العامل عالماً بفسادها حين إنشائها. و من هنا لا تجرى قاعدة ضمان الإلتلاف بالتسبب و لا قاعدة احترام عمل المؤمن. فلا وجه لضمان المالك اجرة مثل عمل العامل حينئذٍ.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٨١

...

و هذا بخلاف صورة جهله بالفساد، فلا إشكال في استحقاقه اجرة مثل عمله؛ لما سبق في أوائل الكتاب و أشرنا إليه آنفاً.

توجيه تفصيل السيد الماتن و المناقشة فيه

و أما تفصيل السيد الماتن قدس سره في استحقاق العامل لأجرة المثل بينما لو كان الربح الحاصل مساوياً لمقدار الاجرة أو أزيد منها و بينما لو لم يحصل أو كان أنقص منها، فوجهه ظاهراً حصول نفع عائد إلى المالك في الصورة الاولى، فعليه أن يدفع ما يزاؤه من الاجرة إلى العامل، بخلاف الصورة الثانية؛ حيث لم يحدث نفع للمالك بسبب عمل العامل حتى يدفع يزاؤه الاجرة. و فيه: أنه لا وجه لهذا القول بعد فرض فساد المضاربة. و ذلك لأن استحقاق اجرة المثل حينئذ إنما هو تابع للعمل الصادر من العامل بأمر المالك خارجاً عن التزامه بالمضاربة، كما هو المفروض عند كشف فسادها. و أما قضية الاسترباح و الاستفادة بحصول الربح، فهي من أحكام المضاربة المفروض انتفاؤها بانكشاف الفساد. فإن للعمل قيمة ذاتية عند العقلاء من حفظه عند فقدان القيمة العارضة بالربح أو تعيين الاجرة. فإذا لم يكن التزام العامل بالاكْتفاء بالربح ممضى عند الشارع؛ لفرض انكشاف فساد المضاربة و لم تُعَيَّن اجرة المسمى كما هو المبني في المضاربة، تصل النوبة إلى قيمته الذاتية، و هي اجرة المثل. و ذلك لأن المالك هو الذى أمر العامل بالعمل. و أى شخص أمر آخر بعمل ذى مالىة و قيمة- عند العقلاء- يضمن اجرته؛ لقاعدتى ضمان الإتلاف بالتسبب و احترام عمل المؤمن. هذا فى الإذن السابق، و أما الإجازة اللأحقه فإنما تصح نفس العقد الفضولى، و لا يجعل العمل الفضولى بأمره. و أما الربح الحاصل فى تلك المعاملة، فلا يستحق العامل

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٨٢

و على كل حال لا يضمن العامل التلف و النقص الواردين على المال (١).

شيئاً منه؛ لأن استحقاقه الربح من أحكام المضاربة، و هى قد انتفت بانكشاف فسادها. و أن الربح تابع للمال بمقتضى قاعدة التبعية. فتحصيل أن الأقوى عدم استحقاق العامل لشيء من الربح و اجرة مثل العمل إذا لم يكن لكلام المالك إطلاق يشمل غير المعاملة الفاسدة من سائر المعاملات، من دون فرق بين كون التجارة رابحة و عدمه.

وجه عدم ضمان العامل لتلف مال القراض و نقصانه

(١) ١- و الوجه فى ذلك قد سبق بيانه فى بعض المسائل الماضية. و حاصله: أن العامل أمين لا- يضمن إلا بالتفريط و الخيانة و التعدى، لكنه إنما يصح فيما إذا وقع التلف و النقص قبل انكشاف فساد المضاربة. و أما لو وقع بعد انكشافه لهما أو للعامل و كان الإذن متقيداً بالمضاربة و تأخر العامل فى أداء المال خارجاً عن حد المتعارف بحيث يصدق التفريط، ضمن العامل ما تلف فى يده قطعاً؛ لأن يده عادية حينئذ؛ نظراً إلى عدم رضى المالك بكون المال فى يده. هذا إذا انكشف فساد للعامل و عليم به. و أما اذا لم ينكشف له الفساد و كان جاهلاً فلا تجرى قاعدة ضمان على اليد حينئذ؛ لاختصاصها باليد العادية، و عدم تصوّر عدوان و لا غضب فى حق الجاهل.

و حاصل الكلام: أن المعيار فى ثبوت الضمان فى المقام إحراز عدم رضى المالك بكون المال فى يد العامل، عند اطلاعه على فساد المضاربة.

هذا كله في ما إذا لم يتلّفه العامل عن عمدٍ، وإلاّ تجرى قاعدة الإلتلاف في جميع صور المسألة.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٨٣

نعم يضمن على الأقوى ما أنفقه في السفر على نفسه و إن كان جاهلاً بالفساد (١).

ضمان العامل لما أنفق على نفسه في السفر حينما فسد المضاربة

(١) ١- وجه ذلك في العروة «١» بتبين عدم استحقاقه النفقة بعد انكشاف فساد المضاربة.

ولكن يرد عليه أنّ الملاك في ضمان المالك لنفقة سفر العامل أمره إياه وإذنه بالسفر، من دون دخل لصحة المضاربة وعدمها ولا حصول الربح و عدمه في ذلك.

فإنّ من أمر شخصاً بفعل - من سفر أو غيره - و تحمّل المأمور في إتيان ذلك الفعل المأمور به أيّ نفقة، فعلى الأمر ضمان ما ذهب من كيس الشخص المأمور لأجل الإتيان بذلك الفعل المأمور به. وإنّ إذن المالك للعامل بالسفر و بصرف ماله لذلك، لمّا كان مطلقاً و لم يكن مقيداً بصحة عقد المضاربة، يقتضى القاعدة عدم ضمان العامل لشيء من النفقات التي صرفها لنفسه في السفر بقدر المعتاد و المتعارف اللائق بشأنه، بل إنّما يضمنه المالك، بمقتضى قاعدة ضمان الإلتلاف بالتسبب، إلاّ إذا كان ما أنفقه غير ما يحتاج إليه في السفر، من الهدايا و الجوائز و سائر المصاريف الخارجة عن حدّ احتياجه، فيضمنه؛ لعدم دخوله في إذن المالك.

مقتضى التحقيق في المقام

و عليه مقتضى التحقيق عدم ضمان العامل لما أنفقه في سفره على نفسه عند كشف فساد المضاربة، إذا كان جاهلاً بفسادها حين إنشاء المضاربة.

(١) - العروة الوثقى ٥: ٢٣٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٨٤

(مسألة ٣٤): لو ضارب بمال الغير من دون وكالة و لا ولاية وقع فضولياً، فإنّ أجازة المالك وقع له،

إشارة

و كان الخسران عليه، و الربح بينه و بين العامل على ما شرطاه (١). و إن رده فإن كان قبل أن يعامل بماله طالبه، و يجب على العامل رده إليه، و إن تلف أو تعيب كان له الرجوع على كلّ من المضارب و العامل، فإن رجع على الأوّل لم يرجع هو على الثاني، و إن رجع على الثاني رجع هو على الأوّل.

ولا يخفى أنّ هذا في صورة جهل العامل بفساد المضاربة، بل و مع علمه بفساد المضاربة لو كان إذن المالك مطلقاً شاملاً لسائر المعاملات.

نعم، لو كان إذنه متقيداً بالمضاربة و لم يكن له غرض آخر من أمر العامل بالسفر غير المضاربة، فحينئذٍ لو علم العامل قبل السفر فسادها يضمن جميع النفقات، لإقدامه على سفر غير مأذون من جانب المالك، فعليه تحمّل ما أنفقه. و لكن لا مطلقاً، بل في صورة جهل المالك بفسادها؛ إذ لا يرضى بالسفر و الإنفاق لو أطلع على فساد المضاربة. و أمّا إذا علم المالك أيضاً بفسادها لا- ضمان على العامل لما أنفقه من مال المالك؛ إذ المالك رضى بالسفر و أذن العامل به مع علمه بفساد المضاربة. فيكون سفره حينئذٍ بإذنه و أمره، بل ذلك كاشف عن إطلاق إذنه و شموله لغير المضاربة.

حكم المضاربة الفضولية

إشارة

(١) ١- لا إشكال في أنّ المضاربة كأية معاملة أخرى تجرى فيها الفضولية، و يترتب أحكامها.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٨٥

...

و عليه فلو ضارب بمال الغير من دون وكالة و لا ولاية و لا إذن منه و لا إحراز رضاه، وقعت المضاربة فضوليةً. فإن أجازها المالك صحّت و وقعت له، دون المضارب الفضولي. و يكون الربح حينئذٍ بينه و بين العامل حسب ما شرطه المالك و قرّره بتعيين مقدار نصيب العامل من الربح في إجازته، من دون حظّ للمضارب الفضولي؛ لأنّ الملاك في استحقاق الربح إمّا هو المال أو العمل، و المفروض عدم شيء منهما له.

نعم، لا يجوز له إجازة المضاربة من دون تعيين ربح للعامل؛ لأنّه مخالف لحقيقة المضاربة و مقتضاها. و أمّا لو أجاز المضاربة على نحو الإطلاق؛ بأن أطلق بكون الربح بينهما، من دون تعرّض لتعيين سهم العامل، يكون الربح بينهما مناصفةً بمقتضى إطلاق كلامه و ما هو الأصل في المضاربة؛ لأنّه المتيقّن ممّا جاء في النصوص من أنّ الربح بينهما، و لقاعدة العدل و الإنصاف بمعناها الواسع الذي بيّناه في كتابنا «مباني الفقه الفعّال». و على أيّ حال لا حظّ للمضارب من الربح؛ لعدم كونه عاملاً، و إنّما الربح للعامل على فرض إجازة المالك.

و أمّا لو لم يُجزه بطلت المضاربة. و حينئذٍ تارة: يكون الردّ قبل أن يُعامل بماله، و أخرى: يصدر منه الردّ بعد ذلك. و هذه الفقرة من كلام السيد الماتن قدس سره متكفّل لبيان حكم الصورة الأولى، فحينئذٍ أفتى الماتن قدس سره بوجوب ردّ مال القراض إلى مالكة على كلّ من المضارب و العامل و جواز رجوعه إلى أيّهما. و الوجه في ذلك أنّ المال حينئذٍ غضب، و الغضب كلّهُ مردود، كما جاء في النصّ. و اتّفقت عليه الفتاوى و ضرورة الشرع. و من هنا لو تلف أو تعيّب المال، فللمالك أن يرجع إلى كلّ واحد من المضارب الغاصب و العامل. و لكن لو رجع إلى المضارب لم يرجع هو إلى العامل مع جهله بالحال لأنّه

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٨٦

هذا إذا لم يعلم العامل بالحال، و إلّا يكون قرار الضمان على من تلف أو تعيّب عنده (١)،

دخل في المضاربة باعتقاد صحّتها فيكون أميناً، بل إنّما يرجع إلى المضارب الذي هو السبب في الإلتلاف. و أمّا لو رجع المالك إلى العامل يرجع هو على المضارب؛ لأنّه الغاصب و هو السبب في تلف المال و تعيّبه؛ حيث إنّهُ لو لم يغصبه و

لم يعطه العامل لم يكن يتلف أو يتعيب، ولأن العامل لم يتلفه عمداً؛ لفرض جهله. ولا يخفى أنه لا يتصور خسران للمضاربة والتجارة حينئذٍ، كما يظهر من إطلاق كلام صاحب العروة؛ حيث إن الخسران كالربح فرع صحّة المعاملة ولا تصحّ مع عدم إجازة المالك. ومن هنا أشكل عليه السيد الحكيم والمحقق الخوئي «١»، اللهم إلما بلحاظ قبل صدور الردّ.

لو تلف المال قبل الشراء به

(١) ١- وذلك لأنّ العامل إذا كان عالمًا برّد المالك المضاربة، يحرم عليه التصرف في ماله ويكون غاصباً، فهو ضامن للمال إذا تلف أو تعيب عنده؛ لاستناد التلف إليه عرفاً ويكون هو الغاصب و يده عادية و على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه، كما أشرنا إليه آنفاً. و حينئذٍ ينعكس الأمر. فلو رجع المالك إليه، لا يرجع هو على المضارب؛ لأنّ المال تلف في يده، و يده عادية، فهو ضامن بخلاف العكس.

(١) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٤٣٨؛ المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٥٨.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٨٧

فينعكس الأمر في المفروض. و إن كان بعد أن عومل به كانت المعاملة فضوليّة (١)، فإن أمضاها وقعت له، و كان تمام الربح له و تمام الخسران عليه، و إن ردّها رجع بماله إلّى كلّ من شاء من المضارب و العامل كما في صورة التلف، و يجوز له أن يجيزها على تقدير حصول الربح، و يردها على تقدير الخسران (٢)؛

لو ردّ المضاربة بعد الاتّجار بالمال

(١) ١- كلّ ما سبق من الكلام كان فيما إذا صدر الردّ من المالك قبل انتقال المال بتجارة. و أمّا لو صدر منه الردّ بعده، كما لو اطّلع على الحال بعد وقوع الاتّجار و الشراء، تكون تلك المعاملة فضوليّة و بحاجة إلى إمضاء المالك في صحّتها. فلو أمضاها صحّت و إلّا بطلت، و على فرض الإمضاء و صحّة المعاملة يكون الربح كلّ له و الخسران عليه، و لا حظّ للعامل؛ لفرض بطلان المضاربة و انتفاء آثارها و أحكامها. و في صورة الردّ يرجع المالك لإنقاذ ماله على كلّ من المضارب و العامل، على النحو المذكور آنفاً، بل للمالك أن يرجع إلى البائع أيضاً. و له الرجوع إلى العامل لاستنقاذ مبيعه؛ لأنّه الذي أخذ المبيع.

(٢) ٢- و ذلك لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم. و هذا مقتضى سلطة المالك على ماله، فله أن يعمل به كيف شاء.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٨٨

بأن يلاحظ مصلحته، فإن رآها رابحة أجازها و إلّا ردّها. هذا حال المالك مع كلّ من المضارب و العامل. و أمّا معاملة العامل مع المضارب، فإن لم يعمل عملاً لم يستحقّ شيئاً (١)، و كذا إذا عمل و كان عالمًا بكون المال لغير المضارب. و أمّا لو عمل و لم يعلم بكونه لغيره استحقّ أجره مثل عمله، و رجع بها على المضارب.

(١) ١- أمّا إذا لم يعمل شيئاً فوجه عدم استحقاقه للأجره على فرض الردّ، و للربح على فرض الإجازة، واضح. و أمّا إذا عمل فلو كان

جاهلاً بالحال فيستحقّ الاجرة على فرض الرد؛ لقاعدة الاحترام. و ضمانه على المضارب؛ لأنه الذي أمره بالعمل، فتشمله قاعدة ضمان الإلتلاف بالتسبب.

و إذا كان عالماً بالحال، فلا يستحقّ شيئاً من الاجرة؛ حيث إنّ عمله في مال الغير و تصرفه فيه بغير إذن مالكة حرام، فلا احترام لعمله شرعاً حتّى يستحقّ الاجرة. و لو فرض عدم حرمة العمل شرعاً لعدم كونه تصرفاً - كمجرد إنشاء صيغة البيع من دون تسليم مال الغير و لا التصرف فيه بنقل أو تقلّب خارجي - لا ريب في كونه إسقاطاً لاحترام عمله و إهدار قيمته؛ حيث أقدم على عمل متعلق بمال الغير بلا إذن منه. فلم يأذن المالك له في عمله حتّى يضمن أجرته.

و أما الإجازة اللاحقة فإنما هو لغرض استرباحه المتوقّف على تصحيح المعاملة، من دون نظر إلى صيرورة العمل الصادر منه مأذوناً؛ لكي يضمن أجرته.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٨٩

(مسألة ٣٥): لو أخذ العامل رأس المال، ليس له ترك الاتجار به

إشارة

(١) و تعطيله عنده بمقدار لم تجر العادة عليه و عدّ متوانياً متسامحاً. فإن عطّله كذلك ضمنه لو تلف، لكن لم يستحقّ المالك غير أصل المال، و ليس له مطالبة الربح الذي كان يحصل على تقدير الاتجار به.

ليس للعامل ترك الاتجار بعد أخذ المال

(١) ١- قد سبق في المسألة الخامسة عشر أنّ وجوب القيام بالاتجار على العامل ليس حكماً تكليفاً بعد فرض كون عقد المضاربة من العقود الجائزة الإذنية المنوط بإقائها بإرادة كلّ من المالك و العامل و اختيارهما. و عليه فللعامل ترك العمل بفسخ المضاربة و رفع موضوع العمل في أيّ آن من الآتات.

بل بمعنى إناطة صحّة تصرفات العامل و تقلّباته في مال القراض بالقيام بوظيفته المتعارفة، بأن يعمل بما يقتضيه عقد المضاربة من الوظيفة المعتادة المتعارفة، دون ما هو خارج عن مقتضى المضاربة، ممّا لم تجر العادة عليه بحيث عدّ متوانياً متسامحاً في القيام بالوظيفة المعاملية المقرّرة بينه و بين المالك. و عليه فلو عطّله أو أحرّ التجارة زائداً عن الحدّ المتعارف بحيث عدّ متوانياً يكون ضامناً لما تلف أو تعيب، كما ليس على المالك حينئذٍ شيئاً من النفقات التي بذلها لذلك.

و لا يستحقّ المالك غير أصل المال حينئذٍ، فليس له مطالبة الربح الذي كان يحصل عادةً عند قيام العامل بوظيفته.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٩٠

(مسألة ٣٦): لو اشترى نسيئاً بإذن المالك كان الدين في ذمّة المالك

(١)، فللدائن الرجوع عليه، و له أن يرجع على العامل، خصوصاً مع جهله بالحال، و إذا رجع عليه رجوع هو على المالك. و لو لم يتبين للدائن أن الشراء للغير يتعيّن له في الظاهر الرجوع على العامل؛ و إن كان له في الواقع الرجوع على المالك.

ضمان الدين على المالك لو اشترى العامل نسيئاً بإذنه

(١) ١- قد سبق في المسألة الثامنة عشر عدم جواز الشراء و البيع نسيئة للعامل مع إطلاق كلام المالك، إلا بقريته صارفة إلى النسيئة أو الأعم منها و النقد. و أنه لو خالف في غير مورد الانصراف و اشترى أو باع نسيئة تكون المعاملة حينئذ فضولية و يترتب حكمها. و لكن كان ذلك فيما إذا لم يأذن المالك بالنسيئة، أو لم ينصرف إليها أو إلى الأعم منها إطلاقاً إذنه، و إلا صححت المعاملة. و حينئذ يكون الدين - الناشئ من النسيئة - في ذمة المالك؛ لأنه الذي اتجر له العامل و أقدم على البيع و الشراء نسيئةً بإذنه و أمره. فيستقر ضمان العوض في ذمته، دون العامل. فللدائن أن يرجع على المالك بمقتضى القاعدة. نعم، للدائن أن يرجع على العامل أيضاً؛ لأنه المباشر في التجارة و قبض المعوض، فله أن يرجع إليه في أخذ العوض و استيفاء الدين، و لكن العامل يرجع على المالك لاستنقاذ دين الدائن منه. و إذا جهل الدائن بكون الشراء للغير يتعين له في الظاهر الرجوع على العامل؛ حيث لا يرى سبيلاً لاستنقاذ ماله إلا ذلك، و إن كان له في الواقع حق الرجوع على المالك، كما قال السيد الماتن قدس سره.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٩١

(مسألة ٣٧): لو ضاربه بخمسائه - مثلاً - فدفعها إليه و عامل بها، و في أثناء التجارة دفع إليه خمسائه اخرى للمضاربة

إشارة

، فالظاهر أنهما مضاربتان (١)، فلا تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى.

حكم ما لو دفع في أثناء التجارة مالاً آخر

إشارة

(١) ١- و الوجه في ذلك أن المبلغ المذكور من مال القراض في عقد المضاربة إذا دفعه المالك بتمامه إلى العامل، يتم العقد بتسليم مال القراض بتمامه إلى العامل. فهي مضاربة مستقلة قد تمت أركانها. و بعبارة اخرى: إن مال القراض من أحد أركان المضاربة كما سبق في أوائل الكتاب. فإذا سلمه المالك بتمامه إلى العامل يتم بذلك جميع أركان المضاربة، مع فرض تمامية سائر أركان المضاربة، فترتب عليه أحكامها. فلو أعطى المالك مبلغاً آخر في الأثناء لأجل المضاربة تتحقق بإعطائه مضاربة اخرى، لها أحكامها الخاصة. و مجرد مزجها و خلطها من جانب العامل و التجارة بالمجموع، لا يجعلها مضاربة واحدة بعد إنشاء المالك بكل واحد من المبلغين مضاربة مستقلة، و لا سيما مع اختلاف سهم العامل من الربح فيهما. فما يظهر من صاحب العروة «١» من صيرورتهما مضاربة واحدة بالمزج و التجارة بالمجموع حينئذ غير وجيه.

(١) - العروة الوثقى ٥: ٢٧٣.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٩٢

و لو ضاربه على ألف - مثلاً - فدفع خمسائه فعامل بها، ثم دفع إليه خمسائه اخرى، فهي مضاربة واحدة (١) تجبر خسارة كل بربح الأخرى.

لا يتعدّد المضاربة بدفع مال القراض عدّة دفعات

(١) ١- وذلك لأنّ المبلغ المبني عليه عقد المضاربة لم يدفعه المالك بتمامه في مجلس العقد، بل إنّما دفع بعضه حين إنشاء العقد و أعطى الباقي في الأثناء. فلم يُنشئ المالك، إلّا مضاربة واحدة. و إنّما دفع مال القراض في المرّتين. فدفع بعضه قبل الشروع في العمل، و دفع بعضه الآخر في الأثناء.

هذا، و قد يُفصل في المقام بين القول بمشروعية المضاربة المعاطئية و بين عدمها. فعلى الأوّل - كما هو التحقيق و لعله المشهور؛ حيث عرّفوا المضاربة بدفع المال للتّجار به على أن يكون الربح بين المالك و العامل - يصحّ كلّ ما قلناه. و أمّا على الثاني - كما يظهر من التذكرة؛ حيث اعتبر اللفظ في إيجاب المضاربة، بل نسب ذلك إلى الأصحاب - فلا يتحقّق بمجرد دفع المال إلى العامل مضاربة ما لم يتلفظ بإيجاب عقدها.

و فيه: أنّه لا يختصّ هذا التفصيل بالمقام، بل يأتي في أصل مشروعية المضاربة، و قد سبق تفصيل البحث عن ذلك في المسألة الثانية عشر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٩٣

(مسألة ٣٨): لو كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا شخصاً، ثمّ فسخ أحد الشريكين تنفسخ بالنسبة إلى حصّته**إشارة**

، و أمّا بالنسبة إلى حصّته الآخر فمحلّ إشكال (١).

حكم فسخ المضاربة من أحد الشريكين**إشارة**

(١) ١- بل لا إشكال في صحّة المضاربة بالنسبة إلى حصّته الآخر. و ذلك لانحلال عقد المضاربة إلى اثنين في مفروض الكلام؛ حيث إنّ مقتضى اشتراك مال القراض بين اثنين كون العامل لكلّ منهما، و لازمه الانحلال و لو كان بإنشاء واحد. كما سبق نظير ذلك فيما إذا تعدّد المالك و اتّحد العامل.

و عليه لا يضرّ فسخ أحد الشريكين بصحّة المضاربة في حصّته الآخر. هذا مع أنّ الفقهاء جوزوا للمالك فسخ المضاربة في حصّته من أمواله، و حكموا بعدم انثلام في بقاء المضاربة بذلك و استمرارها صحيحة في الحصّته الأخرى. و من هنا حكم في العروة «١» بجواز استرداد المالك بعض رأس المال في الأثناء و صحّة المضاربة في الباقي و لم يخالفه السيد الماتن قدس سره هناك. و من هنا يرد النقض على صاحب العروة؛ حيث حكم هناك ببقاء المضاربة على صحّتها في الحصّته الأخرى إذا فسخها المالك في حصّته من مال القراض. و لكن في المقام أشكال في صحّتها بالنسبة إلى الحصّته الأخرى. و لأجل ما قلناه أشكال عليه السيد الحكيم «٢»، و المحقّق الخوئي «٣».

- (١) - العروة الوثقى ٥: ٢٢٩.
- (٢) - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٤٥٤.
- (٣) - المباني فى شرح العروة الوثقى ٣١: ١٦٩.
- دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٩٥
- ...

تنازع العامل و المالك

قبل الورود فى البحث عن المسائل الآتية ينبغى إعطاء الضابطة فى المقام لتتفع فى استنباط الحكم و تنقيح البحث فى هذه المسائل. فنقول:

قد وقع الكلام فى المسائل الآتية فى موارد تنازع العامل و المالك فيما يرتبط ببعض أركان المضاربة و خصوصياتها، كاختلافهما فى مقدار رأس المال و إعطائه بعنوان المضاربة أو غيرها من سائر العناوين المعاملية، و فى حصول الربح و مقداره، و تحقّق الخسارة و مقدارها، و فى أصل اشتراط شيء من جانب المالك، و فى مخالفة العامل للشرط أو خيانتة و تعدّيه و تفريطه، و نحو ذلك ممّا يرتبط إمّا برأس المال أو عنوان العقد أو الربح أو عمل العامل.

و قد استدلّ الفقهاء فى بعض هذه الفروع - من موارد تنازع المالك و العامل - بقاعدة المدعى و المنكر المحكّمة فى باب القضاء. و احتجوا فى بعضها الآخر بقاعدة عدم ضمان الأمين.

فينبغى فى المقام تنقيح ضابطة الرجوع إلى كلّ واحد من هاتين القاعدتين، حتّى لا يقع الخلط فى الاستدلال، و يُستدلّ فى كلّ فرع بما يرتبط به من إحدى القاعدتين.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٩٦

(مسألة ٣٩): لو تنازع المالك مع العامل فى مقدار رأس المال و لم تكن بينه، قدّم قول العامل

إشارة

(١)؛

فنقول: ضابطة الرجوع إلى قاعدة عدم ضمان الأمين أن يكون النزاع فيما يرتبط بعمل العامل و يُستند إلى فعله و تصرّفاته. و ذلك لأنّ المالك إذا فوّض عمل التجارة إلى العامل و ائتمنه و اعتمد عليه، فعليه أن يقبل قوله فيما يرجع إلى ما فوّضه إليه من العمل التجارى و ما يرتبط به، من أصل حصول الربح و مقداره و أصل حصول الخسارة و الوضعية و تلف مال القراض حين العمل و أثناء التجارة و مقدار المال التالف و الخسارة الواردة و نحو ذلك. و لكنّه ما دام لم يكن دعوى العامل متضمّناً لنفحة الموجب لنقصان رأس المال، و ذلك لأنّ قاعدة عدم ضمان الأمين إنّما تدفع ضرر الضمان و التدارك عن العامل و لا تثبت له نفعاً.

و أمّا فى غير ذلك من موارد نزاعهما ممّا لا يرتبط بمصبّ القاعدة المزبورة، يُرجع فيه إلى قانون القضاء؛ و هو فى المقام قاعدة

المدعى و المنكر و النكول و التحالف، و العمل بما يترتب عليها من الأحكام.

حكم تنازع المالك و العامل فى مقدار رأس المال

(١) ١- و ذلك لأن قول العامل مطابق لأصالة عدم إعطاء المالك له أزيد مما يقوله العامل، أو أصالة عدم اشتغال ذمة العامل بما يدعيه المالك، أو أصالة براءة ذمته منه.

و إن شئت فعبر عدم وجوب شىء من رد المال أو ضمانه على العامل. و إذا كان قول العامل مطابقاً للأصل فهو المنكر؛ لأن المنكر من كان قوله مطابقاً للأصل، و يكون المالك هو المدعى. فعليه البيئته و على المنكر- و هو العامل- اليمين. و إن نكل عن

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٩٧

سواء كان المال موجوداً أو تالفاً و مضموناً عليه (١). هذا إذا لم يرجع نزاعهما إلى مقدار نصيب العامل من الربح، و إلا ففيه تفصيل (٢).

اليمين، يردها على المالك. و إن لم يردها عليه مع النكول الزم بدفع المال. و اتضح بذلك أنه ليس وجه تقديم قول العامل حينئذ أنه أمين؛ لعدم كون تنازع المالك و العامل مرتبطاً بعمل العامل، كى تجرى قاعدة عدم ضمان الأمين، كما حررنا ذلك فى طليعة البحث عن هذه المسألة و المسائل الآتية.

(١) ١- و قد يشكل تقديم قول العامل فى هذه الصورة؛ و هى ما إذا كان مال القراض مضموناً على العامل؛ نظراً إلى أصالة عدم اشتغال ذمة المالك بالقدر الزائد.

و لكن يمكن الجواب عنه بأن مرجع النزاع فى المقام فى الحقيقة إلى اختلافهما فى تعيين مقدار الثمن المدفوع إلى المشتري من مال القراض. و إن تعيين مقدار الثمن فعل العامل فيصدق قوله فيه؛ لأنه أمين فى قوله و فعله. و كذلك فيما يرجع إلى دعوى تفریطه و تعديته، أو تهاونه و توانيه فى حفظ رأس المال. إلا أن يكون متهماً فيطالب بالبيئته على دعواه.

التفصيل بحسب رجوع النزاع إلى مقدار نصيب العامل و عدمه

(٢) ٢- مقصوده التفصيل بين ما إذا رجع نزاعهما إلى الاختلاف فى مقدار نصيب العامل من الربح، و بين ما إذا لم يرجع النزاع إلى ذلك، فعلى الثانى قديم قول العامل؛ لما سبق آنفاً فى الفرض المزبور، كما لو كان نزاعهما قبل حصول الربح.

و أما على الأول، كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح فحينئذ يرجع النزاع فى الحقيقة إلى النزاع فى مقدار نصيب العامل من الربح؛ إذ على تقدير قلته رأس

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٩٨

...

المال يصير الربح- و بالمآل نصيب العامل منه- أكثر، و بالعكس. فيدور مقدار نصيب العامل بالمآل- قلته و كثرة- مدار مقدار رأس المال، فكلما زاد مقدار أحدهما نقص عن مقدار الآخر مثل كفتى الميزان.

و حينئذ يقدم قول المالك. و ذلك لأن كل ما بيد العامل ليس ملك العامل قطعاً؛ لفرض اعترافه بأن مال القراض كان للمالك. و إنما الربح حصل منه. ففى الحقيقة يدعى العامل حينئذ لنفسه سهماً من الربح، مع اعترافه بكون مال القراض للمالك. فمقتضى الأصل كون جميع المال للمالك؛ إلا بمقدار يعترف المالك بكونه ربحاً أو أقام العامل الحجة على كونه ربحاً خارجاً عن رأس المال. و أما يد العامل على مجموع المال لا- أثر لها فى فرض إقراره بكون أصل المال للمالك و كون الربح ناشئاً منه. فهو بحاجة إلى الحجة

لإثبات استحقاقه جزءاً من المال الموجود في يده؛ نظراً إلى سقوط يده عن الحجية بهذا الإقرار، كما هو مقتضى السيرة العقلانية في حجية اليد. وقد أثبتنا في كتابنا «مباني الفقه الفعال» أن دليل حجية اليد إنما هو من باب الإمضاء لما عند العقلاء، لا من باب التأسيس.

حصيلة البحث

وقد أتضح من ضوء هذا البيان:

أولاً: أنه لا فرق في تقديم قول العامل في المقام بين كون رأس المال باقياً أو مصروفاً في جهة الاسترباح والإنفاق في سبيل الاتجار أو تالفاً بتفريط أو غيره، أو كونه مضموناً على العامل؛ حيث يأتي الكلام المزبور في جميع هذه الفروض، و هي كلها محكومة بالضابطة المذكورة.

و ثانياً: أنه يظهر من الأصحاب كون النزاع في مقدار ما يستحقه العامل. ولا ريب في تقديم قول المالك؛ لأصالة عدم الربح الزائد و عدم الزيادة عن أصل

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٢٩٩

(مسألة ٤٠): لو ادعى العامل التلف أو الخسارة أو عدم حصول المطالبات

إشارة

؛ مع عدم كون ذلك مضموناً عليه، و ادعى المالك خلافه، و لم تكن بينه، قدم قول العامل (١).

المال. فالأصل يقتضى كون جميع المال للمالك، إلا ما أقربه للعامل، كما جزم في جامع المقاصد «١» و استحسنة في الرياض «٢» و قوّاه في الجواهر «٣».

و قد بان لك ممّا بيناه أنّ كلماتهم إنّما يتمّ فيما إذا كان نزاع المالك و العامل بعد حصول الربح، لا قبلها، بل تكون كلماتهم ناظرة إلى هذه الصورة، فلا يصحّ الاستشهاد بكلماتهم لتقديم قول المالك مطلقاً في المقام، كما صنع في الجواهر «٤».

لو ادعى العامل التلف أو الخسارة

(١) ١- قوله «مع عدم كون ذلك مضموناً عليه» أي مضموناً على العامل. و هذه الفقرة قيدٌ لقوله: «عدم حصول المطالبات». و المقصود أنّ عدم حصول المطالبات إنّما ينفع دعواه من جانب العامل إذا لم يكن الدين مضموناً على نفسه، و إلاّ لخرج عن مصبّ النزاع؛ لرجوعه إلى دعوى العامل براءة ذمته من الدين المستقرّ في ذمته.

(١)- جامع المقاصد ٨: ١٦٥.

(٢)- رياض المسائل ٩: ٨٦.

(٣)- جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٤.

(٤)- نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٠٠

المنافسة في تقديم قول العامل مطلقاً

وقد يشكل القول بتقديم قول العامل في مفروض هذه المسألة مطلقاً، بأنه إنما يقدم قوله إذا كان مأموناً غير متهم، وإلا فهو مطالب بالبيّنة وعليه إثبات دعواه مطلقاً، سواءً ادعى المالك في قبال دعواه إتلافه عمداً و تفريطه، أم لا. والوجه في ذلك: أن مقتضى كون العامل أميناً، وإن كان الاعتماد على قوله و عدم مطالبه ببيّنة و لا يمين منه، إلا أن صور هذه المسألة مختلفة، و بعض صورها خرج بالنصوص الخاصّة؛ رغماً لما سبق من كون العامل أميناً، بل خلافاً لمقتضى ميزان القضاء. و ذلك لأنّ العامل تارة: يكون متهماً غير مأمون، و اخرى: مأموناً غير متهم. و في كلّ صورة تارة: يدعى المالك عليه الخيانة و الإتلاف عمداً، و اخرى: لا يدعى في قبال دعواه شيئاً. فالصور أربعة، كما حرّره بعض الأعلام (١).

الصورة الاولى: ما إذا كان العامل متهماً غير مأمون و ادعى المالك عليه الخيانة و التفريط و الإتلاف عمداً. الثانية: نفس الفرض المزبور مع عدم دعوى المالك الإتلاف العمدي و الخيانة على العامل. الثالثة: ما إذا لم يكن العامل متهماً و ادعى المالك عليه الخيانة و الإتلاف عن عمد. الرابعة: نفس الفرض مع عدم دعوى المالك عليه الخيانة و التفريط.

(١) - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٢٩ - ١٣٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٠١

...

تحرير آراء الفقهاء

و على أيّ حال قبل الخوض في البحث ينبغي تحرير آراء الفقهاء في المقام. فنقول: قد صرح في الرياض بأن قول العامل مقبول في دعوى التلف مطلقاً و نفى الخلاف فيه؛ حيث قال: «و قوله مقبول في دعوى التلف مطلقاً، بأمر ظاهر كان كالحرق، أو خفي كالسرق، أمكنه إقامة البيّنة عليه، أم لا؛ لأنه أمين بلا خلاف فيه» (١). و ظاهر كلامه يشمل جميع صور المسألة. و كذا يظهر من صاحب الجواهر. فإنه بعد ما أطلق في حكمه بقبول قول العامل في دعوى التلف أو الخسارة، قال: «نعم، قيده في التذكرة بما إذا كان دعوى الخسران في موضع يحتمل؛ بأن عرض في السوق كساد، و إلا لم يقبل و لا بأس به» (٢). و لكنّه خالف التذكرة في المسألة الاولى من اللواحق بقوله: «لا- خلاف في أن قوله- أي العامل- مقبول في التلف؛ لأنه أمين و ذو يد على المال بإذن المالك، من غير فرق عندنا بين دعواه التلف بأمر ظاهر يمكن إقامة البيّنة عليه أو خفي» (٣). و مقصوده من الخفي ما تعدّر فيه إقامة البيّنة لخفائه و كان كلّ من التلف و عدمه فيه محتملاً في الواقع. و في المفتاح بعد نقل قول التذكرة، قال: «و قد استحسنته في جامع المقاصد و اعتمده في المسالك. قلت: هو حقّ إذا تحقّق عدم احتمال الخسران بالكلية. و لو

(١) - رياض المسائل ٩: ٨٩.

(٢) - جواهر الكلام ٢٦: ٣٧٣.

(٣) - نفس المصدر: ٣٧٩.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٠٢

...

احتمل و لو بعيداً جداً، فالقول قوله؛ لأنه حينئذٍ كدعوى التلف بالأمر الخفي «١».

و كذا في المسالك «٢».

و الحاصل: ظاهر كلمات أكثر الأصحاب عدم مطالبة العامل بالبيئة في دعواه التلف و الخسران إذا كانا محتملين، بل يمكن دعوى شمول نفى الخلاف في كلماتهم لذلك.

تحقيق في مدلول النصوص

و لكن مقتضى النصوص الواردة في باب الإجارة التفصيل الذي أشرنا إليه في صدر البحث؛ فإنها على ثلاث طوائف:

الاولى: ما دلّ على ضمان العامل الأجير مطلقاً، إلّا أن يقيم البيئة على دعواه، من تلف أو سرق و نحوه.

مثل صحيحة

الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام قال فى الغَسَال و الصَّبَاغ: «ما سُرِقَ منهم (منهما) من شىءٍ، فلم يخرج منه على أمر بين أنه قد سُرِقَ و كلّ قليل له أو كثير فإن فعل فليس عليه شىءٌ، و إن لم يُقَمَّ البيئة و زعم أنه قد ذهب الذى ادّعى عليه، فقد ضمنه إن لم يكن له بيئة على قوله» «٣».

و صحيح

ابن مسكان عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن قَصَارٍ دفعَتْ إليه ثوباً، فزعم أنه سُرِقَ من بين متاعه، قال عليه السلام: «فعله أن يقيم البيئة أنه سرق من بين متاعه، و ليس عليه شىءٌ، فإن سُرِقَ متاعه كلّهُ، فليس عليه شىءٌ» «٤».

(١) - مفتاح الكرامة ٧: ٥١٥ / السطر ٣٢.

(٢) - مسالك الأفهام ٤: ٣٧١.

(٣) - وسائل الشيعة ١٩: ١٤١، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٢.

(٤) - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٢، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٠٣

...

قوله عليه السلام:

«فإن سرق متاعه كلّهُ» ...

فى الذيل تفرّيع على قيام البيئة.

و المقصود أنه إن أقام البيئة على أنه سُرِقَ متاعه كلّهُ ليس عليه شىءٌ. و يُحتمل كونه إشارة إلى كون سرقة جميع ما لدى القصار من المتاع قرينة تخرجه عن موضع الاتهام. و عليه فلا حاجة لنفى الضمان عنه إلى إقامة البيئة حينئذٍ، و من هنا يمكن جعل هذه الصحيحة

في عداد النصوص المفصلة. و لكن الأظهر هو المعنى الأول؛ لأنه أنسب بالسياق.

و صحيح

الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل جمال استكرى منه إبلاً و بعث معه بزيت إلى أرض، فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه، فقال عليه السلام: «إن شاء أخذ الزيت، و قال: إنه انخرق و لكنّه لا يُصدّق، إلّا بينه عادل» (١). قوله: فأهراق: فعل ماضٍ و مضارعه يُهريق. و بمعناه لغتان اخريان، إحداهما: أراق يريق، ثانيتهما: أهرق يُهرق إهراقاً. فهى ثلاث لغات مترادفة المعنى.

و قوله: زقاق الزيت: الزقاق بكسر الزاء، جمع الزق، و هو الجلد المصنوع ظرفاً للزيت. معنى الحديث أنه عليه السلام سئل عن رجل جمال استكرى منه الرجل السائل إبلاً، و بعث السائل مع الجمال بزيت إلى أرض، فزعم الجمال... و معتبره

السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمّن الصبّاغ و القصار و الصائغ احتياطاً على أمتعه الناس» (٢).

(١) - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٨، كتاب الإجارة، الباب ٣٠، الحديث ١.

(٢) - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٣، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٦.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٠٤

...

الثانية: ما دلّ على عدم ضمان العامل مطلقاً لو ادعى التلف، مثل معتبرة

يونس، قال: سألت الرضا عليه السلام عن القصار و الصائغ أ يضمنون؟ قال: «لا يصلح، إلّا أن يضمنوا» (١).

فدلّ على عدم ضمان العامل الأجير عند إطلاق العقد، إلّا أن يشترط عليه الضمان.

و إنّما عبرنا عن هذه الرواية بالمعتبرة لمكان إسماعيل بن مزار، فإنّه و إن لم يُوثقه أحدٌ من أصحاب الجرح و التعديل، إلّا أنّه لم يرد فى حقّه جرحٌ من أحد.

و هو من المعاريف؛ لكثرة رواياته، بل تبلغ رواياته عن يونس بن عبد الرحمن فقط إلى مأتين و زيادة. و ظاهر كلام ابن الوليد أنّ هذه الروايات صحيحة. و إنّ تصحيح القدماء لرواية و إن لا يدلّ على وثاقه راويها، إلّا أنّه موجب للوثوق برواياته مع انضمام عدم ورود قدح فيه و ما له من الروايات الكثيرة، مع وقوعه فى أسناد تفسير على بن إبراهيم. فلو كان فى مثل هذا الرجل قدحٌ لبان و نقل إلينا. و هذا المبني يمكن الاعتماد عليه فى الحكم باعتبار روايات الرجل بل بوثاقته. و قد بينا وجه ذلك مفصّلاً فى كتابنا «مقياس الرواة» و «مقياس الرواية».

و مثلها فى الدلالة صحيح

معاوية بن عمّار عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الصبّاغ و القصار، فقال: «ليس يضمنان» (٢).

و من هذا القبيل صحيح

الكاهلى عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن القصار يسلم إليه الثوب و اشترط عليه يعطينى فى وقت، قال عليه السلام: «إذا خالف وضاع الثوب

(١) - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٤، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٩.

(٢) - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ١٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٠٥

...

بعد الوقت، فهو ضامن» (١)

؛ حيث دلّ بمفهومه على عدم ضمان القصار عند عدم الاشتراط.

الثالثة: ما دلّ على التفصيل بين العامل المتهم وبين غيره. فحكم في هذه الطائفة من النصوص بضمنان العامل المتهم غير المأمون دون غير المتهم.

مثل صحيح

الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يُضمّن القصار و الصائغ احتياطاً للناس، و كان أبى يتطوّل عليه إذا كان مأموناً» (٢)

. قوله:

«يتطوّل عليه»

، أى يجعله فى الطول و السعة و الفصحة، فلا يضمّنه.

و صحيح

أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان علىّ عليه السلام يضمّن القصار و الصائغ يحتاط به على أموال الناس، و كان أبو جعفر عليه السلام يتفضّل عليه إذا كان مأموناً» (٣).

و صحيح

جعفر بن عثمان الرواسى، قال: حمل أبى متاعاً إلى الشام مع جمّال، فذكر أنّ حملاً منه ضاع، فذكرت ذلك لأبى عبد الله عليه السلام، فقال: «أ تتهمه؟» قلت: لا، قال: «فلا تضمّنه» (٤).

و صحيح

أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: فى الجمّال يُكسر الذى يحمل أو يهريقه، قال عليه السلام: «إن كان مأموناً فليس عليه شىء، و إن كان غير مأمون فهو ضامن» (٥).

(١) - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٣، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٧.

(٢) - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٢، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٤.

(٣) - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ١٢.

(٤) - وسائل الشيعة ١٩: ١٥٠، كتاب الإجارة، الباب ٣٠، الحديث ٦.

(٥) - وسائل الشيعة ١٩: ١٥٠، كتاب الإجارة، الباب ٣٠، الحديث ٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٠٦

...

و رواية

خالد بن الحجاج (الحجّال)، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المّالّاح احمّله الطّعام، ثمّ أقبضه منه فينقص، قال: «إن كان مأمونا فلا تضمّنّه» (١).

المّالّاح - بفتح الميم و تشديد اللّام - صاحب السفينة.

و مقتضى الصناعة الجمع بين الطائفتين الاوليين بالثالثة، كما قال بعض الأعلام. و قد استشهد هذا العّلم «٢» بهذه النصوص للتفصيل المزبور فى المقام، إلّا أنّها كلّها وردت فى باب الإجارة و لم يعمل بها المشهور فى باب المضاربة. و لّمّا كان احتمال الخصوصية الفارقة للمضاربة غير قابل الدفع، يشكّل العمل بها فى المقام.

وجه الفرق ائتمان المالك بالعامل بإعطاء ماله إليه و جعله فى اختياره و ما دلّ من النصوص على نفى الضمان عن العامل.

بل المتّبع فى المقام نصوص باب المضاربة الدالّة على عدم ضمان العامل شيئاً من التلف و الخسران و إطلاق هذه النصوص يقتضى قبول قوله و عدم تكليفه بالبيّنة بمعنى عدم ضمانه مطلقاً سواء أقام البيّنة على مدّعاها أم لا، إلّا أن يثبت مخالفته لشرط المالك أو خيانتة أو تفريطه، فعلى المالك إثبات ذلك، و إلّا فلا ضمان عليه.

و أمّا النصوص الواردة فى المقام الدالّة على ذلك، فمنها: صحيح

محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من اتّجر مالاً و اشترط نصف الربح، فليس عليه ضمان» (٣).

و منها: صحيح

ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يستبضع

(١) - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٩، كتاب الإجارة، الباب ٣٠، الحديث ٣.

(٢) - المبانى فى شرح العروة الوثقى ٣١: ١٢٩ - ١٣٤.

(٣) - وسائل الشيعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٢.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٠٧

...

المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً» (١).

قوله:

«بعد أن يكون الرجل أميناً»

أى بعد ما استؤمن من جانب المالك. و هو بمنزلة التعليل لنفى الضمان عن العامل.

و منها: صحيح آخر

لمحمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى على عليه السلام فى تاجر اتّجر بمال و اشترط نصف الربح، فليس على المضاربة ضمان» (٢).

هذه النصوص دلّت بإطلاقها على نفى الضمان عن العامل المضارب مطلقاً.

و قد وردت نصوص اخرى دلّت بالمفهوم على عدم ضمانه ما لم يخالف شرط المالك.

مثل صحيح

محمد بن مسلم عن أحدهما قال: سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة، وينهى أن يخرج به فخرج، قال: «يضمن المال و الريح بينهما» (٣).

و صحيح

الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: فى الرجل يعطى المال فيقول له: ايت أرض كذا و كذا، و لا تجاوزها و اشتر منها، قال: «فإن تجاوزها و هلك المال فهو ضامن» (٤).

. و غيرهما من النصوص الواردة فى الباب الأوّل من المضاربة فى الوسائل.

(١) - وسائل الشيعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٣.

(٢) - وسائل الشيعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٤.

(٣) - وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ١.

(٤) - وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٠٨

...

و هذه النصوص دلّت بإطلاقها منطوقاً و مفهوماً على عدم ضمان العامل مطلقاً فى باب المضاربة، ما دام لم يثبت تعدّيه و عمدته و خيانتته أو مخالفتته للشرط بالدليل.

و أمّا قوله عليه السلام

: «بعد أن يكون الرجل أميناً»

فهو بمنزلة التعليل، لا التفصيل المذكور فى الطائفة الثالثة من نصوص الإجارة السابقة ذكرها آنفاً، كما هو واضح.

حاصل الكلام و مقضى التحقيق

و الحاصل: أن مقتضى التحقيق فى المقام؛ تقديم قول العامل و عدم ضمانه مطلقاً، كما هو المشهور. و السرّ فيه أوّلاً: أن العامل مؤتمن فى باب المضاربة كالودعى فى الوديعة و الأمانة و الوكيل فى الوكالة. و لا يجوز اتّهام الأمين ما لم تثبت خيانتته بالدليل الشرعى، فيجرى فى حقّه عدم ضمان الأمين. كما اشير إلى ذلك فى قوله عليه السلام

: «بعد أن يكون الرجل أميناً»

. و هذا بخلاف الأجير، كالغسّال و القصار و الصبّاغ و الحمال و الجمال و الخياط و نظيرهم، كما أن الطوائف الثلاث من النصوص الواردة فى باب الإجارة ناظرة إلى ذلك. و ثانياً: أن الموجر يعطى ماله إلى الأجير ليصلحه بالخيطة أو الغسل أو الحياكة و نحو ذلك، كما اشير إلى ذلك فى النصوص المزبورة، و هذا بخلاف باب المضاربة. و ثالثاً: أن مال القراض فى معرض النقصان فى باب المضاربة؛ لأنّ الخسارة و الوضيعة من شأن التجارة. و من هنا احتملنا الخصوصية فى هذه النصوص.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٠٩

(مسألة ٢١): لو اختلفا فى الربح و لم تكن بينة قدّم قول العامل

(١)؛ سواء اختلفا فى أصل حصوله أو فى مقداره. بل و كذا الحال لو قال العامل: ربحت كذا، لكن خسرت بعد ذلك بمقداره فذهب

الربح.

حكم اختلاف المالك و العامل في الربح

(١) ١- هذا إذا علم مقدار رأس المال و لم يكن لاختلافهما في أصل الربح أو مقداره تأثير في نقصان رأس المال، و إلا لا إشكال في تقديم قول المالك حفظاً لأصل مال القراض و جبران ما نقص منه بالإففاق أو الخسران أو التلف كما سبق بيان ذلك في ذيل المسألة التاسعة و الثلاثين.

ففي المقام إذا اختلفا في أصل حصول الربح أو في مقداره؛ بأن ادعى المالك حصوله فأنكره العامل، أو ادعى المالك زيادة مقدار الربح، فأنكر العامل المقدار الزائد فحينئذٍ قدم قول العامل بيمينه، ما دام لم يقيم المالك البيئته على دعواه. و ذلك لما سبق من النصوص الواردة في المقام من كون العامل أميناً لا ضمان عليه و أن قوله مقبول في كل ما يرتبط بفعله و عمله في مال القراض لأجل الاتجار و المضاربة، و يقدم دعواه على ما ادعى عليه المالك، ما لم يخالف شرط المالك و لم يثبت منه خيانة أو تفریط. و لا تجرى في مثل ذلك قاعدة المدعى و المنكر.

و من ضوء هذا البيان أتضح وجه قبول قول العامل لو قال: «ربحت كذا لكن خسرت بعد ذلك بمقداره فذهب الربح».

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣١٠

(مسألة ٤٢): لو اختلفا في نصيب العامل من الربح؛ و أنه النصف - مثلاً

- أو الثلث، و لم تكن بيئته، قدم قول المالك (١).

حكم الاختلاف في نصيب العامل

(١) ١- و الوجه فيه أن مال القراض و الربح الحاصل منه بأجمعه للمالك بمقتضى القاعدة، إلا في مقدار من الربح يعترف به المالك؛ لأنه الذي عين حصته العامل من الربح. و هو مالك المال، و مقتضى تبعية الربح للمال كون الربح بأجمعه للمالك، إلا في مقدار يعترف المالك أنه للعامل أو أثبت العامل أنه له. فعلى العامل إثبات ما يدعيه من القدر الزائد من الربح.

و قد يقال بأن المقام من قبيل التداعى «١»؛ لأن في المقدار الزائد عما اتفق عليه المالك و العامل - من المقدار المتيقن من سهمهما الذي اعترف كل واحد منهما لصاحبه - يدعى كل واحد منهما لنفسه فيكون تداعياً.

قال في جامع المقاصد في ذيل فتوى العلامة بتقديم قول المالك في المقام:

«و هذا واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الربح؛ لأن المالك متمكن من منع الربح كله بفسخ العقد. و أما بعد حصوله فإن كلاً منهما مدع و مدعى عليه، فإن المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصّة الدنيا و العامل ينكر ذلك، فيجىء القول بالتحالف، إن كانت اجرة المثل أزيد مما يدعيه المالك. و لا أعلم الآن لأصحابنا قولاً بالتحالف، و إنما القول بالتحالف مع الاختلاف في الربح مطلقاً قول الشافعي» «٢».

(١) - راجع مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٤٠٠.

(٢) - جامع المقاصد ٨: ١٦٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣١١

(مسألة ٤٣): لو تلف المال أو وقع خسران، فادعى المالك على العامل الخيانة أو التفریط في الحفظ، و لم تكن له بيئته، قدم قول العامل

إشارة

(١). وكذا لو ادعى عليه الاشتراط أو مخالفته لما شرط عليه، كما لو ادعى: أنه قد اشترط عليه أن لا يشتري الجنس الفلاني وقد اشتراه فخر، وأنكر العامل أصل هذا الاشتراط، أو أنكر مخالفته لما اشترط عليه.

ولكنه غير وجيه؛ لأن المعيار في صدق المدعى والمنكر هو الصدق العرفي، وأهل العرف يرون من كان قوله موافقاً للأصل منكرًا ومن كان قوله مخالفًا للأصل مدعيًا مطالبًا بالبيئة؛ حيث لم يرد في باب القضاء نص يعطى الضابطة في ذلك. ومن الواضح أن قول العامل في دعوى المقدر الزائد من الربح مخالف للأصل، فهو المدعى المطالب بالبيئة. فلو أثبت ما ادعاه فهو، وإلا يقبل قول المالك بيمينه، هذا بحسب ميزان القضاء. وأما بمقتضى قاعدة تبعية الربح للمال، لا حاجة إلى تحليف المالك ويمينه، بل ما لم يتم العامل البيئة على ما ادعاه من نصيبه فهو للمالك طبعًا.

حكم ما لو ادعى المالك على العامل الخيانة

(١) ١- وذلك لما سبق آنفًا من أن العامل أمين وقوله مقبول، إلا إذا ثبت خلافه بالبيئة. وكذا لو ادعى المالك اشتراط شيء وأن العامل خالفه؛ لأنه بالمآل يرجع إلى دعوى الخيانة والتفريط عليه، مع أن الأصل عدم الاشتراط. ويظهر من بعض المحققين «١» أن الاشتراط والإطلاق وإن كان من قبيل

(١)- المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٢٦-١٢٧.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣١٢

نعم لو كان النزاع في صدور الإذن من المالك فيما لا يجوز للعامل إلا بإذنه، كما لو سافر بالمال أو باع نسيئته فتلف أو خسر، فادعى العامل كونه بإذنه وأنكره، قدم قول المالك (١).

الإطلاق والتقييد والنسبة بينهما هي العدم والملكية، إلا أن الأثر - وهو براءة العامل عن الضمان - مترتب على الإذن المطلق، وهو ضد الإذن المقيّد المشروط بالشرط، فعلى العامل إثبات الإذن المطلق.

وفيه: أنه خلاف ما هو المتفاهم عرفاً من الاشتراط وعدمه. فإن حال المالك لا يخلو عادة إما أن ينشئ عقد المضاربة مطلقاً من غير شرط أو ينشئه مشروطاً.

فإذا لم يُقم حجة على إثبات ما ادعاه من الاشتراط لا محالة يكون إنشائه مطلقاً غير مقيّد بشرط. هذا مع أن الملكية إذا لم تثبت، يثبت عدمها لا محالة، وإذا لم يثبت القيد ثبت الإطلاق، كما حرّر في علم الأصول.

وجه تقديم قول المالك فيما لا يجوز للعامل

(١) ١- والوجه فيه: أن ما يتوقف جواز فعله على صدور الإذن الخاص من المالك - مضافاً إلى إذنه المستفاد من إنشائه العقد - بحاجة إلى الإثبات؛ لأن الأصل عدم صدور إذن منه زائداً عن الإذن المتقوم عليه إنشاء المضاربة. فحينئذ يكون المالك منكرًا لصدور هذا الإذن منه والعامل مدعيًا له. وعلى القاعدة في ميزان القضاء تكون البيئة على المدعى واليمين على من أنكر.

و أما كون العامل أميناً وقوله مقبولاً، فإنما هو فيما كان داخلاً في مقتضى المضاربة و من لوازمها عادةً، دون ما هو خارج عن مقتضاها مما يحتاج إلى إذن

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣١٣

(مسألة ٤٤): لو ادعى رد المال إلى المالك و أنكره قَدَم قول المنكر

(١).

(مسألة ٤٥): لو اشترى العامل سلعة فظهر فيها ربح، فقال: اشتريتها لنفسى، و قال المالك: اشتريتها للقراض

إشارة

، أو ظهر خسران فادعى العامل أنه اشتراها للقراض، و قال صاحب المال: اشتريتها لنفسك، قَدَم قول العامل بيمينه (٢).

خاص من المالك زائداً عن إذنه الثابت بمقتضى عقد المضاربة. و هذا بخلاف الإذن الثابت بمقتضى عقد المضاربة فالعامل أمين و قوله مقبول في كل ما صدر منه فعلاً و قولاً في دائرة هذا الإذن.

(١) ١- لأن المالك منكر و قوله مقدّم مع اليمين ما دام لم يقم العامل البيّنة على دعواه.

لو تنازعا في من له الشراء

(٢) ٢- يمكن توجيه ذلك في كلا الموردين بوجوه:

أحدها: أن المالك مدع و العامل منكر؛ لأن المالك هو الذى يدعى أولاً على العامل شيئاً ثم ينكره العامل، فعلى المالك أن يثبت ما يدعيه بالبيّنة، و إلّا قَدَم قول العامل مع اليمين.

و يرد على هذا الوجه أولاً: أنه يندرج مفروض الكلام في مصبّ قاعدة نفي ضمان الأمين لما يأتى بيانه.

و ثانياً: أنه إنّما يتم هذا الوجه في نفسه لو لم يرجع النزاع إلى التداعى، كما لا يبعد حينئذٍ غالباً.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣١٤

...

ثانيها: ما سبق كراراً، من أن العامل أمين و قوله مقبول و لا ضمان عليه؛ لقاعدة عدم ضمان الأمين. و ذلك أن أمر الشراء و الاتجار بيد العامل؛ لأنه الذى فوض المالك إليه الاتجار و أعطاه السلطة و الاختيار في ذلك. فلا بدّ من سماع قوله و ترتيب الأثر على قوله في ذلك. فالمالك حيث ائتمنه يجب عليه معاملة الأمين معه. و من هنا يتم الاستدلال في هذا الفرع بقاعدة نفي الضمان عن الأمين. و من هنا لا يحتاج إلى ضمّ اليمين كما أفاده السيد الماتن. نعم، لو أقام المالك البيّنة تثبت دعواه بالحجّة الشرعية، و إلّا فقول العامل مسموع مقبول بلا حاجة إلى اليمين.

و ذلك لأنّ نيّة الشراء لنفسه أو للقراض أمر قصدى باطنى لا يعلم إلّا من قبل العامل؛ لأنه أعرف ببيّته.

و يؤيد ذلك سيرة المتشرّعة؛ نظراً إلى استقرارها في المضاربة على قبول قول العامل و معاملة الأمين معه. و هذه السيرة وليدة ما ورد من النصوص الدالّة على عدم ضمان العامل.

ثالثها: قاعدة من ملك شيئاً ملك الإقرار به. بتقريب: أن الملكية المقصودة في نص هذه القاعدة بمعنى السلطة والاختيار على أمر من الامور المعاملية.

والعامل لما أعطاه العامل اختيار العمل في ماله و السلطة على الاتجار و البيع و الشراء، يصير العامل بذلك ذا سلطة شرعية في إقراره و ما يقول في أمر الاتجار بمال القراض. فيكون دعواه و إقراره و قوله فيما يرتبط بعمله هذا مسموع، و يجب على العامل قبول قوله. حاصل الكلام في المقام أن قول العامل إنما يقدم في مفروض هذه المسألة بدليل قاعدة نفى ضمان الأمين و قاعدة «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» و بناء العقلاء، لا بدليل قاعدة المدعى و المنكر و لا لأن المورد ممّا لا يُعلم إلّا من قبل دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣١٥

(مسألة ٤٦): لو حصل تلف أو خسارة فادعى المالك أنه أقرضه، و ادعى العامل أنه قارضه، يحتمل التحالف

إشارة

(١) بلحاظ محطّ الدعوى، و يحتمل تقديم قول العامل بلحاظ مرجعها. و لو حصل ربح فادعى المالك قراضاً و العامل إقراضاً، يحتمل التحالف - أيضاً - بلحاظ محطّها، و تقديم قول المالك بلحاظ مرجعها، و لعلّ الثاني في الصورتين أقرب.

العامل. نعم، لو كان المورد من هذا القبيل يصلح هذا الوجه الأخير لإثبات قول العامل و قبوله و تقديمه على قول المالك بلا حاجة إلى ضمّ اليمين. و يتقوى بذلك ما اخترناه في المقام.

إذا ادعى المالك القرض و العامل القراض

(١) ١- لا إشكال في عدم جريان قاعدة نفى ضمان الأمين في مفروض هذه المسألة؛ لعدم ارتباطه بعمل العامل. و أما وجه التحالف في كلتا الصورتين، أن كلّ واحد منهما يدعى على الآخر شيئاً و الآخر ينكره.

و هذا مبنيٌّ على صدق المدعى و المنكر بلحاظ نفس مصبّ الدعوى؛ نظراً إلى صدق عنوان المدعى على كلّ واحد من المالك و العامل في الصورتين بهذا الاعتبار. و المقصود من مصبّ الدعوى و محطّها متنها المتلفّظ المصرّح به حين الدعوى.

و أما بلحاظ الغرض المقصود من الدعوى و مرجعه بالمآل، فيفترق الأمر، و قد وقع الخلاف في ذلك. و لا إشكال في أن غرض كلّ واحدٍ منهما من طرح الدعوى نفى ضمان التلف و الخسارة عن نفسه في الصورة الاولى

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣١٦

...

و استجلاب الربح لنفسه في الصورة الثانية.

و لكن هذا التشقيق خلاف المتفاهم العرفي من الدعوى؛ لأنّ أهل العرف لا يفهم من دعوى المدعى إلّا مقصوداً واحداً، و هو ما يستظهرونه من كلامه و لفظ دعواه و متنها. و إنّما يكون استظهار مقصود المدعى بحسب غرضه الأصلي الذي هو السبب في طرح دعواه. و هو في المقام دفع ضمان التلف و الخسارة عن نفسه في إحدى الصورتين و استجلاب الربح لنفسه في الصورة الاخرى.

مرجع دعوى كلّ من المالك و العامل

إشكال في أن مرجع دعوى كلّ من المالك و العامل هو الغرض المقصود من طرح الدعوى. و من الواضح أن غرض كلّ منهما في

صورة التلف و الخسارة دفع ضرر التلف و الخسارة عن نفسه؛ لأنَّ إعطاء المال من جانب المالك إلى العامل لو كان بعنوان القرض يكون حصول التلف و الخسارة في ملك العامل و لا- يتوجه ضررُ إلى المالك. و أما إذا كان بعنوان القراض يتوجه ضرر التلف و الخسارة إلى المالك؛ لأنه مقتضى المضاربة. و من هنا يدعى المالك حينئذٍ القرض و العامل القراض.

و حينئذٍ احتمال السيد الماتن تقديم قول العامل. و وجهه ظاهراً أنَّ القرض لما كان تملك العين للغير على وجه التضمين، يستلزم دعوى القرض أوّلاً: انتقال المال إلى ملك العامل المقترض، و ثانياً: ضمان العامل لمال القرض. و لازم ذلك توجه ضرر التلف و الخسران إلى العامل نفسه و وجوب ردّ مال القرض كلّ إلى المالك.

و لكن دعوى القرض مخالف لأصالة بقاء المال في ملك مالكة و عدم انتقاله إلى ملك العامل بالقرض. فدعوى القرض من المالك مخالف للأصل. و أما دعوى العامل موافق للأصل المزبور؛ حيث إنَّ المالك حينئذٍ مدعٍ لانتقال ماله إلى العامل دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣١٧

...

بالقرض و العامل منكر لذلك. فعلى المدعى - و هو المالك - إقامة البينة، و إلّا يقدم قول المنكر - و هو العامل - يمينه. و مقتضى ذلك ثبوت القراض و نفي الضمان عن العامل.

و أما احتمال تقديم قول المالك حينئذٍ بلحاظ قاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» و كون يد العامل أمانياً غير ضامنه بحاجة إلى الإثبات بالدليل. فما دام لم يقيم البينة على ذلك تُحكّم قاعدة ضمان اليد.

فيمكن المناقشة فيه: بأنّ موضوع قاعدة ضمان اليد هو اليد العادية و ليس منها شيء من القرض و القراض.

نعم، القرض هو التملك على وجه التضمين فإذا ثبت يثبت الضمان لأجل ذلك، و لكنك عرفت أنّ دعوى القرض خلاف أصالة بقاء المال على ملك المالك.

و لكن يمكن دفع هذه المناقشة: بأنّ مقتضى دعوى القرض من المالك و المتفاهم منه عدم إذنه للعامل بالتصرف في ماله بعنوان القراض.

و بعبارة أخرى مرجع دعواه القرض إلى عدم صدور غير القرض منه.

و ظاهره إنكار الإذن للمضاربة. و أما عدم ثبوت القرض لعدم البينة من المالك، فلا يستلزم صدور الإذن منه بالمضاربة، بل ظاهر دعواه إنكار صدور الإذن منه بالقراض لو لا القرض. و الملاك في اليد العادية - التي هي موضوع الضمان - كون الاستيلاء على مال الغير و التصرف فيه بغير إذن المالك.

و حينئذٍ نقول: إنّ أصالة عدم صدور الإذن في التصرف من المالك موافق لدعوى المالك، فهو المنكر. و يقدم قوله يمينه و على العامل المدعى لصدور الإذن من المالك إثبات دعواه بالبينة.

و الظاهر أنّ هذا البيان مراد من تمسكك في المقام بقاعدة ضمان اليد، كما يظهر

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣١٨

...

ذلك من الفقهاء الفحول كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المفتاح «١».

و قد أجاد في جامع المقاصد لتقريب الاستدلال في المقام؛ حيث قال:

«و ذلك لأنَّ الأصل في وضع اليد على مال الغير ترتب وجوب الردّ عليه؛ لعموم قوله عليه السلام:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

ولأن العامل يدعى على المالك كون ماله فى يده على وجه لو تلف لم يجب بدله، و المالك ينكره» (٢).

مرجع الدعوى و مقتضى القاعدة فى صورة حصول الربح

و أما لو كانت التجارة رابحة فمرجع دعوى المالك إلى استحقاقه نصف الربح، و هو موافق لأصل تبعية الربح للمال، و من هنا قيل: إن المضاربة على خلاف مقتضى الأصل. كما أن دعواه القراض موافقة لأصالة عدم انتقال ماله إلى الغير.

و لَمَّا كان موضوع الدعوى جلب الربح، لا دفع الضمان، تجرى قاعدة التبعية المزبورة و لا مورد لأصالة عدم صدور الإذن؛ لأن المالك نفسه يعترف بالإذن. و أمّا دعوى العامل القرض مخالف لأصالة بقاء المال على ملك مالكة و عدم انتقاله إلى ملك الغير. فعليه أن يُثبت دعواه بالبينّة، و إلّا احلف المالك.

و مرجع دعوى العامل إلى نفى استحقاق المالك لنصف الربح، و هو خلاف مقتضى قاعدة التبعية و أصالة لحوق الربح إلى رأس المال.

هذا فى النصف الذى يدّعيه المالك. و أما النصف الآخر، فيعطى إلى المالك بمقتضى قاعدة تبعية الربح للمال؛ حيث إن العامل يعترف بعدم المضاربة، و لم يُقم بينة على إثبات القرض و الأصل عدمه؛ لأنّه متضمّن لنقل المال إلى ملك العامل

(١) - مفتاح الكرامة ٧: ٥٢٠ / السطر ٣١.

(٢) - جامع المقاصد ٨: ١٧٤.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣١٩

...

و الأصل عدمه، إلّا أنّه لَمَّا يعترف المالك بوقوع المضاربة و استحقاق العامل سهمه من الربح، فعليه أن يسلم سهم العامل إليه حسب اعتقاده، و إن كان العامل يرى كلّ لنفسه بدعواه القرض، إلّا أنّ ملكية بعض الربح داخله فى دعواه بالفحوى فى الجملة. فهما متفقان على استحقاق العامل بعض الربح إمّا بعنوان القراض أو القرض.

حصيلة البحث

فتحصّل أنّ فى الصورة الاولى - و هى صورة حصول التلف أو الخسارة - يقدّم قول العامل؛ نظراً إلى رجوع دعوى القراض منه إلى عدم انتقال المال من ملك المالك و بقاءه على ملكه. فقوله موافق للأصل، فهو المنكر. و على المالك حينئذ إقامة البينة؛ لأنّ دعوى القرض مستلزمة للانتقال المخالف للأصل.

و أما فى الصورة الثانية - و هى صورة حصول الربح - يقدّم قول المالك لعين الملاك المزبور و لقاعدة تبعية الربح للمال. هذا، و لكنّ المالك لا يستحقّ بذلك أزيد من سهمه، و يُعطى الباقي للعامل.

و بناءً على تقديم قول المالك و إثبات الضمان بقاعدة ضمان اليد تقدّم قول المالك فى الصورتين، إلّا أنّك عرفت ما فيه من الإشكال.

و أمّا ما أشار إليه السيد الماتن فى الذيل بقوله: «و لعلّ الثانى فى الصورتين»، يُحتمل كون مقصوده من الصورتين صورتى محطّ

الدعوى و مرجعها فيما لو حصل ربح فربح تقديم قول المالك فيهما.

و يحتمل إرادة تقديم قول المالك- الذى هو ثانى القولين- فى صورتى حصول التلف و الخسارة و حصول الربح، كما يحتمل إرادة الحكم بلحاظ مرجع

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٢٠

...

الدعوى؛ نظراً إلى إنه الاحتمال الثانى من الصورتين المزبورتين. و أقرب الاحتمالات أوسطها؛ لأنّ تقديم قول المالك هو الاحتمال الثانى من شقى ذيل كلامه و لأنّ التعبير بالأقرب يلائم ترجيح الحكم لا مجرد مصبّ الدعوى و لأنه لو كان مراده الاحتمال الأخير لكان الأنسب أن يقول و لعلّ الاحتمال الثانى من الصورتين.

و بما فسّرناه يصير قول السيد الماتن قدس سره و مختاره فى الختام موافقاً لرأى المشهور، من تقديم قول المالك بيمينه فى صورتى التلف و الخسران و حصول الربح.

و أما الاجرة فلا يستحقها العامل على أى حال؛ لعدم ابتناء واحد من القرض و القراض على استحقاق المقرض و العامل للآجرة.

و يشهد لرأى المشهور، من تقديم قول المالك مطلقاً فى المقام موثقة

اسحاق بن عمّار قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندى وديعة، و قال الآخر: إنما كانت لى عليك قرضاً. فقال عليه السلام:

«المال لازم له، إلّا أن يقيم البيّنة أنّها كانت وديعة» (١).

حيث حكم الإمام عليه السلام بضمان من عنده المال ما لم يقيم البيّنة أنّها كانت وديعة. و احتمال الفرق بين الوديعة و المضاربة لا يعبأ به؛ نظراً إلى كون اليد فى كليهما أمانية و كون من عنده المال أميناً. و لا مجرى لقاعدة نفى ضمان الأمين حينئذ. و ذلك لأنّ جريانها فرع ثبوت موضوعها و هو عقد المضاربة أو الوديعة و نحوهما من العقود الإذنية. و إلّا فالمحكّم عند الاختلاف أصالة عدم صدور الإذن من المالك.

(١)- وسائل الشيعة ١٩: ٨٥، كتاب الوديعة، الباب ٧، الحديث ١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٢١

(مسألة ٤٧): لو ادعى المالك أنه أعطاه المال بعنوان البضاعة؛ فلا يستحق العامل شيئاً من الربح

إشارة

، و ادعى العامل المضاربة؛ فله حصّة منه، فالظاهر أنّه يقدم قول المالك (١) بيمينه، فيحلف على نفى المضاربة، فله تمام الربح لو كان. و احتمال التحالف هنا ضعيف.

لو ادعى المالك البضاعة و العامل المضاربة

(١) - لأنّ مرجع قول المالك و دعواه إلى لحوق الربح بتمامه إلى المال، و هذا موافق لأصل تبعية الربح للمال. و أمّا دعوى العامل المضاربة خلاف مقتضى هذا الأصل فيكون منكراً، فالمرجع حينئذٍ قاعدة المدعى و المنكر، لا قاعدة عدم ضمان الأمين؛ لعدم ارتباط

النزاع في مفروض الكلام بعمل العامل.

و عليه يقدم قول المالك بيمينه و لا يستحق العامل شيئاً من الربح، ما دام لم يثبت دعواه بالبينة. و أمّا استحقاقه الاجرة فمبنى على القول به في البضاعة. و التحقيق أنّ مادّة البضاعة بأنحاء هيئاتها لو كان لها ظهور عرفاً في عدم استحقاق العامل شيئاً من الربح و الاجرة، بحيث يتبادر ذلك إلى الذهن من استعمالها، فلا إشكال في عدم استحقاق العامل الاجرة حينئذٍ؛ لفرض أنّ المضاربة لم تثبت و البضاعة لا توجب استحقاق الاجرة. و أمّا لو لم نقل بأخذ ذلك في مفهوم البضاعة و الإيضاع. فلا إشكال في استحقاق العامل الاجرة بمقتضى ضمان الإلتلاف بالتسيب؛ حيث إنّ المالك هو السبب في صرف العامل عمله في التجارة و الاسترباح، و عمله محترم. فبناءً على ذلك يضمن المالك اجرة دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٢٢

...

عمل العامل؛ بدليل قاعدة ضمان الإلتلاف بالتسيب و قاعدة احترام عمل المسلم. هذا، و يحتمل التحالف بلحاظ كون كل من البضاعة و المضاربة خلاف الأصل، فكل منها مدع و منكر. و هو الأحوط. هذا مضافاً إلى أنّ دعوى المالك مخالفة لأصالة عدم صدور ما يقتضى مجانية عمل العامل. و بهذا الاعتبار يكون دعوى العامل موافقة لهذا الأصل، فهو منكر. و من جانب آخر دعوى المالك أيضاً موافقة لعدم تحقق المضاربة. و من هذه الجهة يكون هذا النزاع من باب التداعى.

و لكن المتفاهم العرفي من النزاع المبني عليه غرض الدعوى في المقام يلائم ما قلناه من التحقيق.

تبصرة نافعة

إنّ ما سبق من المسائل و الفروع المتفرعة حول نزاع المالك و العامل، يُحكّم فيها الضابطة التي بينها في طليعة هذه المسائل. فكلماً إذا كان النزاع راجعاً إلى عمل العامل و دعوى التهمة عليه تجرى قاعدة عدم ضمان الأمين و إلّا فالمحكّم هو قاعدة المدعى و المنكر. و لكن هاهنا نكتة ينبغي الإشارة إليها في الختام. و هي أنّ قاعدة تبعية الربح للمال إنّما هي جارية و محكمة فيما إذا لم يحكم بانعقاد المضاربة صحيحاً. فلو حكم به لتقديم قول مدعى المضاربة بأي دليل لا تجرى هذه القاعدة. و لما لم يمكن الحكم بثبوتها صحيحة في موارد النزاع المزبورة، قلنا بكون دعوى المالك موافقة لهذه القاعدة و جعلناه منكرًا.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٢٣

(مسألة ٤٨): يجوز إيقاع الجعالة على الأتجار بمال؛ و جعل الجعل حصّة من الربح؛

إشارة

بأن يقول: إن أتجرت بهذا المال و حصل ربح فلك نصفه أو ثلثه، فتكون جعالة تفيد فائدة المضاربة، لكن لا يشترط فيها ما يشترط في المضاربة (١)، فلا يعتبر كون رأس المال من النقود، بل يجوز أن يكون عروضاً أو ديناً أو منفعة.

الجعالة المفيدة لفائدة القراض

(١) ١- تفترق الجعالة عن العقود الإذنية و غير الإذنية بأنّها إيقاع قائمة بالجاعل وحده، و لا توجب حكماً و التزاماً لغيره.

و بعبارة اخرى: إنَّ الجعالة الترام من طرف واحد، لا من الطرفين، كما هو شأن كلِّ إيقاع. ولكنَّ العقد سواءً كان جائزاً أو لازماً الترام بين الطرفين، فكأنَّهما يعقدان الترامهما، كيفما كان الالتزام.

فتارة: يكون الترام الطرفين بأمرٍ إذني في ذاته، كالوكالة و الشركة و المضاربة فيفيد فائدة العقد الجائر و آثاره، و اخرى: يكون الترامهما بقرار و تعهد و جعل المتعهد به في العهدة، فيجعل كلُّ منهما الشيء المقرّر له على عاتقه، فيكون عقداً لازماً و ترتّب آثاره، كعدم جواز الفسخ و الرجوع.

و عليه فالجعالة تفترق ماهيةً عن المضاربة؛ لأنَّها إيقاع و الترام من جانب الجاعل وحده، بخلاف المضاربة التي هي الترام المالك و العامل كليهما. و هي من العقود و ترتّب آثارها و أحكامها الخاصّة، كاعتبار كون مال الاتّجار من النقود و غيره.

دليل تحرير الوسيطة - المضاربة، ص: ٣٢٤

...

و إنَّ للجاعل أن يجعل أيّ شيءٍ بإزاء التجارة الربح. و في مفروض هذه المسألة يكون الجعل حصّة من الربح الحاصل بالاتّجار. فلا مضاربة في البين حتّى ترتّب أحكامها الخاصّة، نعم، تفيد الجعالة فائدة المضاربة من حيث استحقاق العامل الفائدة المقرّرة له.

إشكال السيد الحكيم و نقده

و قد أشكل عليه السيد الحكيم بأنّ كون الربح للعامل خلاف قاعدة تبعية الربح للمال و إنّما خرجنا عنها في المضاربة بالنصّ، و لا نصّ خاصّ على هذا النحو من الجعالة، فلا سبب شرعي لنقل حصّة من الربح إلى ملك العامل المتّجر. نعم، لو قال: «من اتّجر بمالي هذا أعطيته نصف الربح أو ثلثه» - مثلاً - صحّ؛ لأنّ الفعل اختياري له و إعمالاً لسلطته على ماله، بخلاف نقل الملك المحتاج إلى سبب شرعي.

و لكن سبق منّا المناقشة في كون المضاربة على خلاف القاعدة. و بيّنا أنّها على وفق السيرة العقلانية، بلحاظ ما للعمل من الدخل في استحقاق الربح كالمال، بل ربما يكون أكثر دخلاً في استحقاقه في ارتكازهم و سيرتهم.

فقد سبق منّا في أوائل هذا الكتاب أنّ سيرة العقلاء جرت على استحقاق العامل لربح التجارة بإذن المالك و جعله حصّة من الربح له بإزاء عمله. و لم يرد من الشارع ردع لهذه السيرة، بل أمضاها بنصوص المضاربة.

و لا نسلم منع صحّة الجعالة على هذا النحو؛ نظراً إلى شمول إطلاقات أدلّة الجعالة لمفروض الكلام.

و الحاصل: إنه لا فرق في الصحّة بين أن يقول الجاعل «لك نصف الربح» كما عليه السيد الماتن، و بين أن يقول «أعطيتك نصف الربح» كما اختاره السيد الحكيم.

دليل تحرير الوسيطة - المضاربة، ص: ٣٢٥

(مسألة ٤٩): يجوز للأب و الجدّ المضاربة بمال الصغير مع عدم المفسدة

إشارة

(١)، لكن لا- ينبغي لهما ترك الاحتياط بمراعاة المصلحة. و كذا يجوز للقيم الشرعي كالوصيّ و الحاكم الشرعي مع الأمن من الهلاك و ملاحظة الغبطة و المصلحة، بل يجوز للوصيّ عليّ ثلث الميّت أن يدفعه مضاربة، و صرف حصّته من الربح في المصارف المعيّنة للثلث إذا أوصي به الميّت، بل و إن لم يوص به، لكن فوّض أمر الثلث إليّ نظر الوصي، فرأى الصلاح في ذلك.

حكم مضاربة الأب و الجد و القيم و الحاكم بمال الصغير

(١) ١- أما جواز اتجار الأب و الجد و مضاربتهما بمال الصغير لا إشكال فيه؛ لما ثبت لهما بالأدلة القطعية من الولاية على مال الصغير المولّى عليه. و هذه الولاية ثابتة لهما بالأصالة، بخلاف القيم و الوصى؛ حيث إنّ ولايتهما عليه بالنصب. و ولاية الحاكم أيضاً بالأصالة؛ حيث إنّها تثبت له بالأدلة الشرعية الأولى، إلّا أنّه في طول ولاية الأب و الجد؛ لأنّه وليّ من لا وليّ له.

ابتناء ولاية الكل على مصلحة المولّى عليه

و مقتضى ولاية الأب و الجدّ على الصبي جواز التصرف لهما في ماله - و منه الاتجار و المضاربة بماله - إلّا أنّ الولاية ثابتة لهما على أساس مصلحة الصغير المولّى عليه، فلا ولاية لهما على ماله فيما لم يُحرز كون أعمالها بمصلحة المولّى عليه، فضلاً عما إذا حرز وجود المفسدة في أعمالها.

و أمّا ما دلّ على جواز تصرف الأب في مال ولده - صغيراً أو كبيراً - بغير إذنه معلماً بأنّ الولد و ماله لأبيه، فتحمل إطلاقاتها على صورة احتياج الأب، بقرينة سائر

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٢٦

...

نصوص الباب، كما قلنا في البحث عن أولياء الصغار (١).

و عليه فلا بدّ للأب و الجدّ رعاية المصلحة في أعمال ولايتهما على مال الصغير، لكنّه مع عدم حاجتهما إلى ماله. فما يظهر من السيد الماتن من الاحتياط الاستجابي في رعاية المصلحة لم يظهر لنا وجهه، و لا سيّما في القيم و الوصى و الحاكم بعد عموم النهي في قوله تعالى: «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ، إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (٢).*

و لا فرق من هذه الجهة بين الأب و الجدّ و بين من نصباه من القيم و الوصى، بل و كذا الحاكم الشرعي. فإنّ ولاية الكل مبيته على أساس مصلحة المولّى عليه و لا ولاية لواحد منهم عند عدم مراعاة المصلحة، فضلاً عن عدم الأمن من الضرر أو المفسدة، و إن كان في ابتناء ولاية الأب و الجدّ على مال الصغير على مراعاة مصلحة ماله محلّ تأمل.

و أمّا جواز إيصال الأب و الجدّ بمضاربة مال الصغير و الاتجار به، فلا تكفي لإثباته أدلته ولايتهما لظهورها في ثبوت الولاية حال الحياة. و يشكل شمولها لما بعد حياتهما، إلّا بضميمة إطلاقات أدلة الوصية، فإنّها تقتضي بإطلاقها نفوذ وصيتهما في مال المولّى عليه بعد إثبات ولايتهما على مال الصبي بأدلتها.

و أمّا جواز دفع الثلث للمضاربة للوصي عليه مشكل، فيما إذا لم يصرح به الموصي؛ نظراً إلى انصراف أخذ الوصي على الثلث عن إذنه بالمضاربة و نحوها، بل إنّما المتفاهم منه ولايته على صرفه فيما ينفع للميت بعد موته، بلا تأخير لأنّه أحوج إلى التسريع في تأدية حقوقه و واجباته من إعطائه للمضاربة، نعم،

(١) - دليل تحرير الوسيلة في ولاية الفقيه و ما يتعلّق بها: ٢١٦.

(٢) - الأنعام (٦): ١٥٢.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٢٧

(مسألة ٥٠): لو مات العامل و كان عنده مال المضاربة، فإن علم بوجوده فيما تركه بعينه فلا إشكال

إشارة

(١)، و إن علم به فيه من غير تعيين؛ بأن كان ما تركه مشتملاً عليه و على مال نفسه، أو كان عنده - أيضاً - ودائع أو بضائع للآخرين و اشتبه بعضها مع بعض، يعامل معه ما هو العلاج في نظائره من اشتباه أموال متعددين. و هل هو بإعمال القرعة، أو إيقاع التصالح، أو التقسيم بينهم على نسبة أموالهم؟ وجوه، أقواها القرعة، و أحوطها التصالح.

لو صرح بذلك لغرض صرف مال أكثر من الثلث في اموره، و لو مع التأخير فلا إشكال في جواز المضاربة به للوصي، و إلا فلا.

حكم ما لو مات العامل و عنده مال القراض

(١) ١- هذه الصورة لا كلام فيها؛ حيث إنه لا إشكال في وجوب ردّ مال المضاربة إلى مالكة بمجرد موت العامل؛ نظراً إلى انتهاء أمد إذن المالك بموت العامل المأذون، و بطلان عقد المضاربة بالاختلال في ركنها، فيجب ردّ مال الغير إلى مالكة. و لا خلاف في ذلك.

و قد سبق نظير هذا الفرع في ما لو علم قدر المال و تردّد صاحبه في مبحث المال المختلط بالحرام. و قد أشبعنا الكلام في ذلك في مبحث الخمس من كتابنا دليل تحرير الوسيطة «١». و لكنّ الكلام كان هناك فيما إذا لم يعلم المالك بأشخاصهم.

(١)- دليل تحرير الوسيطة، كتاب الخمس: ٢٨٧.

دليل تحرير الوسيطة - المضاربة، ص: ٣٢٨

...

تحرير محل النزاع بتصوير صورته

و أما في المقام فالمالك معلومون بأشخاصهم.

و إنّما الاشتباه واقع في الأموال بسبب الخلط و الامتزاج أو عدم الاطلاع عن خصوصيات ما عند الميت من الأموال. و من هنا لا يتطرق احتمال إجراء حكم مجهول المالك في المقام؛ لفرض كون المالك معلوماً.

ثمّ إنه تارةً: يكون مال القراض من النقود الرائجة التي لا ميز بين آحادها لتمخّضها في المالية، كالنقود الرائجة في زماننا هذا، أو من الأمتعة التي لا ميز بينها إلّا بالمقدار و الوزن، كالسكر و نحوه. فحينئذٍ يمتزج مال المالك بغيره من الأموال و يحصل الشركة بذلك، فيجب حينئذٍ ردّ حصّة المالك بمقدارها المعين، و لا اعتبار بعين ماله؛ لعدم دخلّ عينه في المالية.

و اخرى: يكون مال المالك ممّا كان آحاده متميزة بالأوصاف و الخصوصيات الدخيلة في القيمة و المالية، و إن كانت من جنس واحد. فيقع الخلط و الاشتباه بينه و بين سائر ما كان عند العامل الميت من الأموال.

فحينئذٍ يُحتمل في صورة عدم إمكان التصالح ثلاثة وجوه:

١- الاحتياط بإرضاء الجميع، و لو بدفع المال من كيس من عنده المال.

٢- التوزيع بينهم بالسوية استناداً إلى قاعدة العدل و الإنصاف.

٣- الرجوع إلى القرعة؛ نظراً إلى إطلاق أدلتها.

مقتضى التحقيق في المقام

و مقتضى التحقيق - كما قلنا في محله - تعين التصالح عند التراضي به من الطرفين، وإلا يتعين القرعة؛ لأنها جعلت لكل أمر مشكل و لإخراج سهم المحق

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٢٩

...

بها،

كما ورد في النص عن أبي جعفر عليه السلام: «ليس من قوم تقارعوا، ثم فوضوا أمرهم إلى الله، إلا خرج سهم المحق» (١).
في صحيح أبي بصير. وإن موضوع القرعة - المصرح به في أدلتها - كل أمر مشكل. وهو يشمل المقام، بعد فرض عدم تمامية سائر الوجوه المحتملة؛ لما فيها من المحاذير التي ذكرناها في محله.

اللهم إلا أن يقال بجريان قاعدة العدل والإنصاف. فلو جرت هذه القاعدة في مواردنا بعد توفر شرائط جريانها، لا تبقى مشكله، حتى يرجع إلى القرعة. وعليه فالقرعة إنما تجرى في غير موارد جريان قاعدة العدل والإنصاف، وهي قاعدة تامّة أثبتنا اعتبارها في كتابنا «مباني الفقه الفعّال».

و على أي حال لا ريب في تعين الاحتياط بالتصالح عند التراضي، وإلا فالقرعة. ومع إمكان التراضي والتصالح ترتفع المشكله. فلا موضوع للقرعة حينئذٍ حتى تجوز، بل يتعين التصالح، فلا معنى لحسنه واستجابته، كما يظهر من السيد الماتن قدس سره. وإن كان مراده الاحتياط الوجوبي في التصالح؛ ينافي الفتوى بجواز القرعة.

و الظاهر أن مراده الفتوى بجواز القرعة مع إمكان التراضي والتصالح، وإن كان الأحوط استحباباً حينئذٍ التراضي.

و هاهنا قول آخر بالتخير بين القرعة والتصالح مع إمكان التراضي. وهذا القول أيضاً يرد عليه الإشكال المزبور.

و حاصل الكلام: أن المتعين هو التصالح لو أمكن، وإلا فيتعين القرعة في موارد لم تجر قاعدة العدل والإنصاف. فهاتان القاعدتان إنما تجريان في طول التصالح، لا - في عرضها؛ حيث إنه مع التصالح لا - تبقى مشكله، حتى يرجع إلى القرعة أو قاعدة العدل والإنصاف.

(١) - وسائل الشريعة ٢٧: ٢٥٨، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم، الباب ١٣، الحديث ٥.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٣٠

نعم لو كان للميت ديّان و عنده مال مضاربة، و لم يعلم أنه بعينه لفلان، فهو اسوة الغرماء (١).

لو تردّد مال القراض بين المالك و بين سائر ديّان المالك

(١) ١- مقصوده ظاهراً تردّد مال القراض - بعد كونه معلوماً بعينه - بين المالك و بين سائر الديّان، فلم يعلم أنه لمالكة المعلوم أو لغيره من الديّان. و أمّا تردّده بين الأموال الموجودة عنده من سائر الديّان و من المالك؛ بمعنى أنه لمّا تردّد بين الأموال لم يعلم أنه للمالك

أو لسائر الديان، فالظاهر أنه أجنبي عن مراده. و ذلك لأن هذه الصورة هي مفروض الفقرة السابقة و قد قوى الماتن فيها القرعة. و عليه فحاصل مراد السيد الماتن قدس سره أن مال القراض إذا تردّد بين كونه للمالك أو لسائر ديّان الميّت، لا لأجل اشتباهه بين أموالهم، يحكم بشركة ذلك المال بين جميع الغرماء و الديان؛ و هم المالك و سائر ديّان الميّت. و عليه فلو ضارب به الوصي أو القيم يكون من قبيل تعدّد المالك و اتحاد العامل.

و على أيّ حال فقد دلّ على ذلك معتبرة

النوفلى، عن السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن عليّ عليه السلام إنه كان يقول: «من يموت و عنده مال مضاربة قال: إن سمّاه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، و إن مات و لم يذكر فهو اسوة الغرماء» (١). قال في مجمع البحرين: «و المال اسوة بين الغرماء: أي شركة و مساهمة بين غرماء المفلس، لا ينفرد به أحدهم دون الآخر».

(١) - وسائل الشيعة ١٩: ٢٩، كتاب المضاربة، الباب ١٣، الحديث ١.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٣١

...

و دلّته على المطلوب واضحة، و قد عقد في الوسائل عنوان الباب بقوله:

«باب من كان بيده مضاربة فمات؛ فإنّ عينها لواحد بعينه فهي له، و إلّا قسّمت على الغرماء بالحصص» (١).

و أمّا سنداً فالأقوى اعتبار روايات النوفلى، لو لم يعارض بأصح منها. و ذلك لكثرة رواياته، و لوقوعه في طريق كامل الزيارات و لأنّ له أصلاً روئياً، و لعدم ذم أحد من المشايخ له مع ماله من الاشتهار بسبب ما أشرنا إليه. نعم، نقل النجاشي عن قوم من القميين أنه غلا في آخر عمره، و لكنّه لم يقبله؛ حيث قال بعد نقله ذلك:

«و الله أعلم و ما روينا له رواية تدلّ على هذا. له كتاب التقيّة ... و له كتاب السنة» (٢).

و قد اشكل السيد الخوئي (٣) بما حاصله: أنّ الغرماء لا يشتركون مع الوارث جزماً، بل لا حقّ لهم في التركة أيضاً؛ إذ غاية ما دلّ عليه الدليل كون انتقال التركة إلى الورثة بعد أداء الديون بمعنى عدم جواز التصرف لهم فيها إلّا بعد أداء الديون، و من هنا يجوز لهم أداؤها من خارج التركة، فلو كانت شركة لم يجز لهم ذلك.

و فيه: أنّه ينتقض بالخمس، فكيف يجوز أداؤه من غير عين متعلّقه بما يعادله في القيمة مع أنّ لأربابه حقاً، فكذلك في المقام. بل الخمس و الزكاة اعتباراً ملكاً لهم بدلالة «لام الملكية» في قوله «فَلِلَّهِ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِأَيِّ الْقُرْبَىٰ» (٤) و قوله: «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ» (٥) فالمقصود من اسوة الغرماء: أنّ لهم فيه حقاً.

(١) - وسائل الشيعة ١٩: ٢٩، كتاب المضاربة، الباب ١٣.

(٢) - معجم رجال الحديث ٧: ١٢٢.

(٣) - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٤٣ - ١٤٥.

(٤) - الأنفال (٨): ٤١.

(٥) - التوبة (٩): ٦٠.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٣٢

و كذا الحال لو علم المال جنساً و قدرأ، و اشتبه بين أموال من جنسه له أو لغيره من غير امتزاج، فالأقوى فيه القرعة (١) أيضاً، خصوصاً

إذا كانت الأجناس مختلفة في الجودة والرداءة (٢)، ومع الامتراج كان المجموع مشتركاً بين أربابه بالنسبة (٣). ولو علم بعدم وجوده فيها، واحتمل أنه قد رده إلى مالكه، أو تلف بتفريط منه أو بغيره، فالظاهر أنه لم يحكم على الميت بالضمان (٤)،

(١) ١- لعين الملاك الذي ذكرناه آنفاً.

(٢) ٢- وجه الخصوصية حينئذ تفاوت الأجزاء وتشخصها لعدم تساويها في الجودة والرداءة.

(٣) ٣- وقد تقدم وجهه آنفاً في صورة الامتراج وحصول الشركة عند عدم الميز بين الأفراد وأجزاء المالكين.

متى ينفي الضمان عن الميت؟

(٤) ٤- وذلك لأصاله عدم الضمان بعد عدم تحقق أحد أسبابه. ولكن يمكن الإشكال بأن أصل جعل يده على المال قطعي، فتجربى قاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

ويمكن الجواب عنه: بأن هذه القاعدة إنما تجرى على فرض إحراز اليد العادية على المال. والمفروض عدم كون يد العامل حال حياته عادية. وأما بعد موتها يكون المفروض عدم وجود المال تحت أيدي الورثة، فلا تجرى القاعدة المزبورة.

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٣٣

وكان الجميع لورثته. وكذا لو احتمل بقاءه فيها (١). ولو علم بأن مقداراً من مال المضاربة، قد كان قبل موته داخلًا في هذه الأجناس الباقية التي قد تركها، ولم يعلم أنه هل بقي فيها أو رده إلى المالك أو تلف، ففيه إشكال (٢)، وإن كانت مورثية الأموال لا تخلو من قوة، والأحوط الإخراج منها مع عدم قاصر في الورثة.

(١) ١- وذلك إذا لم يعلم بوجوده بين أموال الميت حال حياته، بل كان وجوده فيها محتملاً، ولأجله يُحتمل بقاءه أيضاً، وإلا فمع فرض العلم بوجوده، لا إشكال في ضمانه على الميت لقاعدة الاشتغال؛ حيث لم يحرز فراغ ذمته عن مال الغير بعد ما اشتغلت ذمته به، هذا مضافاً إلى جريان الأصل السببي حينئذ، وهو استصحاب بقاء مال القراض المعلوم وجوده حال حياته. ويأتي الآن بيان ذلك في الفرع الآتي.

حكم ما لو لم يعلم بقاء مال القراض في تركه العامل

(٢) ٢- إذا علم بدخول مقدار من مال المضاربة في أموال العامل وغيره من الديان حال حياته وشك في بقاءه لاحتمال أحد الوجوه المذكورة في المتن، فمقتضى الاستصحاب بقاءه. وهو الأصل السببي في المقام ومحكم على براءة ذمة الميت من ضمان مال الغير. وأما قاعدة على اليد ففي جريانه إشكال؛ نظراً إلى عدم إحراز اليد العادية ولو استمراراً فيختل جريان القاعدة بذلك، للاختلال في موضوعها. والحاصل يقوى الضمان حينئذ بملاك استصحاب وجود مال الغير في أموال الميت؛ لفرض اليقين السابق بوجوده فيها وكون الشك في بقاءه. فالأصل السببي محقق لموضوع

دليل تحرير الوسيلة - المضاربة، ص: ٣٣٤

...

الضمان تعبدًا. هذا مع أن قاعدة على اليد على فرض شمولها مؤكدة للاستصحاب في المقام.

و الحمد لله أولاً و آخراً، و صلواته علی محمد و آل بیته المعصومین سرمداً.

فرغت من تسوید هذا الجزء من دلیل تحریر الوسیلة بعون الله تعالی و لطفه فی عصر الیوم العشرین من شهر صفر المظفر بسنة ۱۴۲۵ هـ. ق.

العبد الخجلان من ساحة ربه الغفار:

علی أكبر السیفی المازندرانی.

درباره مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

بسم الله الرحمن الرحيم

جاهدوا بأموالکم و أنفسکم فی سبیل الله ذلکم خیر لکم إن کنتم تعلمون (سوره توبه آیه ۴۱)

با اموال و جانهای خود، در راه خدا جهاد نمایند؛ این برای شما بهتر است اگر بدانید حضرت رضا (علیه السلام): خدا رحم نماید بنده‌ای که امر ما را زنده (و برپا) دارد ... علوم و دانشهای ما را یاد گیرد و به مردم یاد دهد، زیرا مردم اگر سخنان نیکوی ما را (بی آنکه چیزی از آن کاسته و یا بر آن بیافزایند) بدانند هر آینه از ما پیروی (و طبق آن عمل) می کنند

بنادر البحار-ترجمه و شرح خلاصه دو جلد بحار الانوار ص ۱۵۹

بنیانگذار مجتمع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان شهید آیت الله شمس آبادی (ره) یکی از علمای برجسته شهر اصفهان بودند که در دلدادگی به اهل بیت (علیهم السلام) بخصوص حضرت علی بن موسی الرضا (علیه السلام) و امام عصر (عجل الله تعالی فرجه الشریف) شهره بوده و لذا با نظر و درایت خود در سال ۱۳۴۰ هجری شمسی بنیانگذار مرکز و راهی شد که هیچ وقت چراغ آن خاموش نشد و هر روز قوی تر و بهتر راهش را ادامه می دهند.

مرکز تحقیقات قائمیه اصفهان از سال ۱۳۸۵ هجری شمسی تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن امامی (قدس سره الشریف) و با فعالیت خالصانه و شبانه روزی تیمی مرکب از فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مختلف مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

اهداف: دفاع از حریم شیعه و بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل بیت علیهم السلام) تقویت انگیزه جوانان و عامه مردم نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی، جایگزین کردن مطالب سودمند به جای بلوتوث های بی محتوا در تلفن های همراه و رایانه ها ایجاد بستر جامع مطالعاتی بر اساس معارف قرآن کریم و اهل بیت علیهم السلام با انگیزه نشر معارف، سرویس دهی به محققین و طلاب، گسترش فرهنگ مطالعه و غنی کردن اوقات فراغت علاقمندان به نرم افزار های علوم اسلامی، در دسترس بودن منابع لازم جهت سهولت رفع ابهام و شبهات منتشره در جامعه عدالت اجتماعی: با استفاده از ابزار نو می توان بصورت تصاعدی در نشر و پخش آن همت گمارد و از طرفی عدالت اجتماعی در تزریق امکانات را در سطح کشور و باز از جهتی نشر فرهنگ اسلامی ایرانی را در سطح جهان سرعت بخشید.

از جمله فعالیت های گسترده مرکز:

الف) چاپ و نشر ده ها عنوان کتاب، جزوه و ماهنامه همراه با برگزاری مسابقه کتابخوانی

ب) تولید صدها نرم افزار تحقیقاتی و کتابخانه ای قابل اجرا در رایانه و گوشی تلفن همراه

ج) تولید نمایشگاه های سه بعدی، پانوراما، انیمیشن، بازیهای رایانه ای و ... اماکن مذهبی، گردشگری و ...

د) ایجاد سایت اینترنتی قائمیه www.ghaemiyeh.com جهت دانلود رایگان نرم افزار های تلفن همراه و چندین سایت مذهبی

دیگر

ه) تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و ... جهت نمایش در شبکه های ماهواره ای
 و) راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی (خط ۲۳۵۰۵۲۴)
 ز) طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و ...
 ح) همکاری افتخاری با دهها مرکز حقیقی و حقوقی از جمله بیوت آیات عظام، حوزه های علمیه، دانشگاهها، اماکن مذهبی مانند مسجد جمکران و ...

ط) برگزاری همایش ها، و اجرای طرح مهد، ویژه کودکان و نوجوانان شرکت کننده در جلسه
 ی) برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم و دوره های تربیت مربی (حضور و مجازی) در طول سال
 دفتر مرکزی: اصفهان/خ مسجد سید/ حد فاصل خیابان پنج رمضان و چهارراه وفائی / مجتمع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان
 تاریخ تأسیس: ۱۳۸۵ شماره ثبت: ۲۳۷۳ شناسه ملی: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

وب سایت: www.ghaemiyeh.com ایمیل: Info@ghaemiyeh.com فروشگاه اینترنتی: www.eslamshop.com

تلفن ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۳۱۱) فکس ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱) دفتر تهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱) بازرگانی و فروش ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹ امور
 کاربران ۲۳۳۳۰۴۵ (۰۳۱۱)

نکته قابل توجه اینکه بودجه این مرکز؛ مردمی، غیر دولتی و غیر انتفاعی با همت عده ای خیر اندیش اداره و تامین گردیده ولی
 جوابگوی حجم رو به رشد و وسیع فعالیت مذهبی و علمی حاضر و طرح های توسعه ای فرهنگی نیست، از اینرو این مرکز به فضل
 و کرم صاحب اصلی این خانه (قائمیه) امید داشته و امیدواریم حضرت بقیه الله الاعظم عجل الله تعالی فرجه الشریف توفیق
 روزافزونی را شامل همگان بنماید تا در صورت امکان در این امر مهم ما را یاری نمایند انشاءالله.

شماره حساب ۶۲۱۰۶۰۹۵۳، شماره کارت: ۶۲۷۳-۵۳۳۱-۳۰۴۵-۱۹۷۳ و شماره حساب شبا: -۰۶۲۱-۰۰۰۰-۰۰۰۰-۰۱۸۰-۰۰ IR
 ۵۳-۰۶۰۹ به نام مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان نزد بانک تجارت شعبه اصفهان - خیابان مسجد سید
 ارزش کار فکری و عقیدتی

الاحتجاج - به سندش، از امام حسین علیه السلام: - هر کس عهده دار یتیمی از ما شود که محنت غیبت ما، او را از ما جدا کرده
 است و از علوم ما که به دستش رسیده، به او سهمی دهد تا ارشاد و هدایتش کند، خداوند به او می فرماید: «ای بنده بزرگوار
 شریک کننده برادرش! من در کرم کردن، از تو سزاوارترم. فرشتگان من! برای او در بهشت، به عدد هر حرفی که یاد داده است،
 هزار هزار، کاخ قرار دهید و از دیگر نعمت ها، آنچه را که لایق اوست، به آنها ضمیمه کنید».

التفسیر المنسوب إلى الإمام العسکری علیه السلام: امام حسین علیه السلام به مردی فرمود: «کدام یک را دوست تر می داری: مردی
 اراده کشتن بینوایی ضعیف را دارد و تو او را از دستش می رسانی، یا مردی ناصبی اراده گمراه کردن مؤمنی بینوا و ضعیف از
 پیروان ما را دارد، اما تو دریچه ای [از علم] را بر او می گشایی که آن بینوا، خود را ببدان، نگاه می دارد و با حجّت های خدای متعال،
 خصم خویش را ساکت می سازد و او را می شکند؟».

[سپس] فرمود: «حتماً رهاندن این مؤمن بینوا از دست آن ناصبی. بی گمان، خدای متعال می فرماید: «و هر که او را زنده کند، گویی
 همه مردم را زنده کرده است»؛ یعنی هر که او را زنده کند و از کفر به ایمان، ارشاد کند، گویی همه مردم را زنده کرده است، پیش
 از آن که آنان را با شمشیرهای تیز بکشد».

مسند زید: امام حسین علیه السلام فرمود: «هر کس انسانی را از گمراهی به معرفت حق، فرا بخواند و او اجابت کند، اجری مانند
 آزاد کردن بنده دارد».

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

