



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

الفقه

آية الله العظمى
الشيخ محمد باقر المجلسي
رحمه الله

كتاب الشركة والمشاركة

٥٣

دار العلوم
بمكة المكرمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الفقه: موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى

كاتب:

آيت الله سيد محمد حسينى شيرازى

نشرت فى الطباعة:

موسسه الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٨	موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى المجلد ٥٣
٨	اشاره
٨	اشاره
١٢	كتاب الشركه
١٢	اشاره
١٤	مفهوم ومصداق الشركه
٣٦	مسأله ١ الشركه فى العين والدين
٤٦	مسأله ٢ لو استأجر اثنين لعمل واحد
٥٠	مسأله ٣ لو اشتركا فى حيازه مباح
٥٤	مسأله ٤ شرائط الشركه العفويه
٥٩	مسأله ٥ الربح والخسران بالنسبه
٧١	مسأله ٦ لو كان الشرط تجاره خاصه
٧٥	مسأله ٧ العامل أمين
٧٦	مسأله ٨ عقد الشركه جائز
٨٢	مسأله ٩ لو ذكر أجلا لم يلزم
٨٤	مسأله ١٠ لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانه
٨٥	مسأله ١١ لو ادعى العامل التلف
٨٦	مسأله ١٢ ميطلات عقد الشركه
٩١	مسأله ١٣ لو ادعى أنه اشتراه بالشركه
٩٣	مسائل
٩٣	مسأله ١ لو باعا بثمن واحد
٩٧	مسأله ٢ لا يطالب الشريك بإقامه رأس المال
١٠٣	مسأله ٣ القسمه

- مسألة ٤ لو كانت القسمة توجب الضرر ١٠٩
- مسألة ٥ تقسيم الوقف ١١٤
- مسألة ٦ لو كان من أحدهم دابه ومن الآخر راويه ١٢١
- مسألة ٧ لو حاز مباحا اعتبر القصد ١٢٥
- مسألة ٨ المال الممتزج ١٢٩
- كتاب المضاربه ١٣٢
- اشاره ١٣٢
- معنى المضاربه ١٣٤
- شروط المضاربه ١٥١
- مسألة ١ المضاربه بمال الأمانة ١٨٥
- مسألة ٢ جواز المضاربه بالأدله الأربعة ١٨٩
- مسألة ٣ إذا قال: اشتر بالمال بستانا ٢٠٤
- مسألة ٤ اشتراط كون الخساره عليهما ٢١٠
- مسألة ٥ شروط أحدهما على الآخر ٢١٤
- مسألة ٦ خلط العامل رأس المال ٢٢٨
- مسألة ٧ تصرف العامل حسب المصلحه ٢٣٠
- مسألة ٨ يجوز بيع العامل نقدا أو نسيئه ٢٣٢
- مسألة ٩ لا يجوز أن يشتري بأزيد من قيمه المثل ٢٣٨
- مسألة ١٠ البيع بالجنس لا بالنقد ٢٤٠
- مسألة ١١ لا يجوز شراء المعيب ٢٤١
- مسألة ١٢ لا يجب أن يشتري بعين المال ٢٤٢
- مسألة ١٣ عمل العامل حسب المتعارف ٢٥٥
- مسألة ١٤ نفقه السفر من رأس المال ٢٤٢
- مسألة ١٥ المراد بالنفقه ٢٤٤
- مسألة ١٦ يقتصر في السفر على النفقه المتعارفه ٢٤٨
- مسألة ١٧ نفقه السفر ذهابا ورجوبا ٢٧٠

- مسأله ١٨ لو سافر من غير إذن ----- ٢٧٤
- مسأله ١٩ نفقه السفر على المالكين ----- ٢٧٥
- مسأله ٢٠ لا يشترط في النفقه ظهور الربح ----- ٢٧٨
- مسأله ٢١ المراد بالمرض ----- ٢٨٠
- مسأله ٢٢ لو فسخ فنفقه الرجوع؟ ----- ٢٨٣
- مسأله ٢٣ لو تناقض في كلامه ----- ٢٨٦
- مسأله ٢٤ اختلاف المالك والعامل ----- ٢٩٣
- مسأله ٢٥ لو قال المالك: الربح بيننا ----- ٣٠١
- مسأله ٢٦ لو قال: خذه قراضا ----- ٣٠٥
- مسأله ٢٧ اتحاد المالك والعامل وتعددهما ----- ٣٠٧
- مسأله ٢٨ القراض في المال المشترك ----- ٣١٢
- مسأله ٢٩ تبطل المضاربه بموت أيهما ----- ٣١٩
- مسأله ٣٠ التوكيل في مقدمات المضاربه ----- ٣٢٧
- مسأله ٣١ لو ضارب العامل مع عامل آخر ----- ٣٢٩
- مسأله ٣٢ لو ضارب العامل غيره من غير إذن ----- ٣٣٥
- المحتويات ----- ٣٤٨
- تعريف مركز ----- ٣٥٤

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدید آور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی / المؤلف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم] : موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ ریال (هر جلد)

یادداشت : افست از روی چاپ : لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵ ح ۵ ف ۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص: ۱

الفقه

موسوعه استدلاليه فى الفقه الإسلامى

آيه الله العظمى

السيد محمد الحسينى الشيرازى

دام ظله

كتاب الشركه والمضاربه

دار العلوم

بيروت لبنان

ص: ٣

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ _ ١٩٨٨ م

مُنقَّحه ومصَّحَّحه مع تخريج المصادر

دار العلوم _ طباعه. نشر. توزيع.

العنوان: حاره حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسي

ص: ٤

كتاب الشركه

اشاره

كتاب الشركه

ص: ٥

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص: ٦

كتاب الشركه

فى أحكام الشركه

وهى عبارته عن كون شىء واحد لاثنين أو أزيد، ملكاً أو حقاً

كتاب الشركه

فى أحكام الشركه

قال فى الجواهر: بكسر الشين مع إسكان الراء، وبفتحها مع كسرهما، بل وإسكانها.

{وهى عبارته عن كون شىء واحد لاثنين أو أزيد، ملكاً أو حقاً} على ما عرّفها المصنف، لكن الشرائع عرفها باجتماع حقوق الملاك فى الشىء الواحد على سبيل الشيع، وفى مفتاح الكرامه عند قول القواعد بمثل هذا التعريف: أنه تعريف النافع والتذكره والإيضاح وشرح الإرشاد لولد المصنف والمهذب البارع والروض وهو المشهور، كما فى مجمع البرهان، ونقل عن الخلاف والمبسوط والكافى والوسيله وجماعه آخرين أنها عقد.

ولا يخفى أن من لم يذكر لفظ: العقد، أراد حقيقتها الخارجيه التى قد تتحقق بالعقد، وقد تحقق بأسباب آخر، ومن أضاف لفظ العقد أراد القسم العقدى منها

والمصنف لم يأت بلفظ العقد، لأنه أراد حقيقتها التي قد تتحقق بدون العقد وقد تتحقق بالعقد، وهذا أنسب حيث إن الفقيه لا بد له من التعريف الجامع لهما حتى يرتب على كل قسم أحكامه.

أما إنكار الحدائق عقد الشركة رأساً، ففي الجواهر أنه واضح الفساد، بل يمكن دعوى إجماع الخاصة والعامه على خلافه، وإنما أعرض عن تعريف المشهور لميله إلى أن الشركة تلاحظ أولاً وبالذات بالنسبه إلى الشيء المشترك فيه، بينما تعريفهم لاحظ أولاً- وبالذات المشتركين، فإن الشركة قد تضاف إلى المفعول، وقد تضاف إلى الفاعل، وإن كانا وجهين لشيء واحد، إذ لا يعقل أحدهما بدون الآخر.

ولا ينتقض على المصنف بما قاله المسالك وجامع المقاصد: من أن قيد (الشياع) في تعريفهم لإخراج اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد المركب من أجزاء متعدده كالبيت مثلاً إذا كان خشبه لو احد وحائطه لآخر وأرضه لثالث، فإنه لا شركة لعدم الشياع، وإن صدق اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد، انتهى.

إذ في المثال ليس شيء واحد لاثنين، بل الشيء الواحد بعضه لهذا وبعضه لذاك.

ولا- يخفى أنه يشمل تعريف المصنف الكسر المشاع والكل في المعين، بينما لا يشمل تعريفهم ذلك، والأقرب أنه داخل في الشركة فيقال: لمن اشترى طناً من قصب عشره أطنان أنه شريك معه.

نعم الانصراف البدوي لا يشمل إلا الكسر المشاع، وقد يؤخذ على المصنف أنه

لا- يشمل إذا لم يكن هناك اثنان مع أنه قد تتحقق الشركه، كما إذا وقف أحد الشريكين نصف أرضه المشاعه مسجداً، فإنه يصح ذلك ويلزم الإفراز، كما ذكروا في كتاب الوقف، وإلا لم يجوز تنجيس أى جزء منه ولا مكث الجنب والحائض فيه، إلى غير ذلك، مع أنه لا مالك للمسجد.

ولا يخفى أن هذا الإيراد أقرب إلى كلامهم، حيث قالوا: (الملاك) من كلامه، إلى غير ذلك من المباحث الطويله التي ذكروها هنا، نقضاً وطرذاً، وحمل التعاريف على اللفظيه وشرح الاسم _ كما قاله الآخوند: (رحمه الله) _ أولى، فتأمل.

ثم لا- بأس هنا للإشاره إلى معنى ذكرناه فى حاشيه المكاسب يناسب المقام، لبعض الفائده هنا وفى غيره، وهو أنه لا يخفى أن الأحكام الشرعيه الوارده على المواضيع العرفيه يجب أن يتبع فى تلك المواضيع العرف، فإذا قال الشارع الماء طاهر مطهر، يلزم أن يرجع إلى العرف فى تحقيق ما هو الماء، إلا إذا كان للشارع اصطلاح خاص فى ذلك كالصلاه مثلاً التي يريد بها الشارع حقيقه جديده غير المفهوم عرفاً الذي هو مطلق الدعاء.

وهناك خلاف فى أن الرجوع إلى العرف فى المفهوم فقط دون المصداق، كما يقوله الشيخ المرتضى وكثير من المتأخرين، ولذا لا- تصح المسامحات العرفيه فى المصداق، أم المرجع هو العرف حتى فى المصداق، ولذا إذا قال: (فاغسلوا وجوهكم) مثلاً، لوحظ مفهوم الغسل للوجه ومصداقه، فإذا سامح العرف فى عدم غسل مقدار رأس أبره بأن سماه غسلًا للوجه، جاز اتباعه،

اللهم إلا- ما خرج بالدليل، وهذا هو الذى أميل إليه، لأن الكلام ملقى إلى العرف بمقتضى (وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوْمِهِ) (١)، ولسان القوم أعم من المفهوم والمصداق.

وكيف كان، فهذا له مورد آخر فصلنا الكلام حوله تفصيلاً.

إذا عرفت أن العرف هو المرجع فى المفاهيم، قلنا: إن اللغوى ليس إلا أحد العرف الذين يخرجون المعانى من العرف بالتبادر، أو من العرف بواسطة لغوى قبله الذى هو استقى المعانى أيضاً، فإذا كان الأمر كذلك وعرفنا تبادراً لمعنى لدى العرف، لم يكن قول اللغوى بخلاف ذلك حجه، ولذا نرى الفقهاء فى مثال (الوطن) و(الآنيه) و(الغناء) وما أشبه ذلك يشككون فى كلمات اللغويين، ويرجحون ما يتبادر فى أذهانهم، بالإشكال على اللغوى طرداً أو عكساً أو ما أشبه ذلك.

وعلى هذا، فاللازم فى صدق (البيع) مثلاً العرف، سواء كان قول المصباح (مبادله مال بمال) صادقاً عليه أم لا، فكلما رأينا صدق البيع عليه فى العرف شمله قوله سبحانه: (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) (٢).

إذا تحققت هاتان القاعدتان أعنى لزوم اتباع العرف فى موضوعات الأحكام وعدم لزوم التقييد بما قاله اللغوى إذا كان هناك تبادر، نقول: الأشياء القابله

ص: ١٠

١- سورة إبراهيم: الآية ٤

٢- سورة البقره: الآية ٢٧٥

للتبادل أربعه: (العين) كعين الدار، و(المنفعه) كمنفعه الدار، و(عمل الحر)، و(الحق) كحق التحجير مثلاً، وكل واحد من هذه الأربعه قد تكون معوضاً كما لو اشترى أحد الأربعه بدينار، وقد يكون عوضاً، فالأقسام ستة عشر حاصله من ضرب أقسام المعوض الأربعه فى أقسام العوض الأربعه، ومقتضى القاعدتين السابقتين صحه جميع الأقسام، إذ لا نرى وجهاً لعدم تسميه بعضها بيعاً بعد أن البيع فى العرف إعطاء شىء وأخذ شىء بهذا العنوان، أى بعنوان البيعه، وتوفر سائر الشرائط فيه، فلا يستشكل بأن بعض الحقوق ليست قابله للنقل والانتقال كحق المضاجعه، إذ فى مثل ذلك لا يكون الحق قابلاً للانتقال حتى يصح عليه البيع، لا أنه بعد تمام الشرائط لا يصح البيع، لعدم صدق تعريف المصباح عليه.

أما الإجماع الذى ذكره الجواهر فى المقام، فمن الواضح الإشكال عليه صغرى بعدم تحقق الإجماع، وكبرى بأنه من محتمل الاستناد، بل مقطوعه وليس مثله حجه، كما حقق فى الأصول.

وبما تقدم تعرف أنه ليس وجه فى القول بأن الأخبار الداله على بيع خدمه المدبر وبيع سكنى الدار، وبيع الأرض الخراجيه وما أشبهه، قد أطلق البيع فيها مجازاً، بل هو حقيقه ولا مانع منها.

ثم لا يخفى أن البيع له إطلاقان:

الأول: إطلاقه على المعامله القائمه بالطرفين، وهذا هو المفسر فى كلام المصباح وغيره بأنه مبادله مال بمال.

الثانى: إطلاقه على أحد الطرفين، كقولهم: (بيع وشراء).

ثم إنه لما كانت الأمور الاعتبارية لا حقيقه لها فى الخارج، كانت بيد المعتبر، وكثيراً ما يكون شىء واحد قابلاً لانطباق مختلف العناوين عليه، وبانطباق كل عنوان يكون له أثر خاص، مثلاً يصح كل من (الرهن) و(بيع الشرط) فيما إذا أراد إعطاء داره فى مقابل ألف دينار، فإنه إن أعطاها رهناً كان كل من الطرفين ممنوعاً من التصرف ولم يؤثر الملك، وإن أعطاه بيع شرط صح تصرف المشتري وامتنع تصرف البائع وأثر الملك، إلا أن للبائع الفسخ عند حلول وقت الخيار، وهكذا فى غير المثال المذكور.

مثلاً لا يصح بيع شىء مجهول، بينما يصح الصلح عليه، كما أنه يصح بيع الأمه وتحليلها وتزويجها دواماً ومتعةً وإعارتها وإجارتها وما أشبه ذلك.

ولا- يستشكل بأن بعض هذه الأمور كالحيله الشرعيه، مثل بيع الشرط فى باب الرهن، ومثل الصلح فى باب بيع المجهول، لأن ضرب القواعد الكليه يستلزم إجازة كل قسم، فإن اعتبر المعتبر هذا القسم تبعه حكمه، وإن اعتبر قسماً آخر تبعه حكمه، وضرب القواعد الكليه وإن استلزم مثل هذا الجواز أهم فى نظر العقل والعرف والشرع من ملاحظه الفوائد بكل دقه، مثلاً ضرب قاعده كليه فى نفوذ كل شرط أهم من ملاحظه كل مصداق مصداق من مصاديق الشرط، والحكم ببطان الشرط إذ ألزم شيئاً باطلا كان يحكم ببطان بيع الشرط لأنه ملازم للرهن الذى يتصرف فيه أحد الطرفين، وهو خلاف أن كلا الطرفين ممنوعان من التصرف.

هذا بالإضافة إلى ما عرفت من اختلاف الأثر، فإن لكل معاملة أثراً خاصاً لا يوجد في غيره.

إذا عرفت هذه المقدمه قلنا: لا مانع من تحقق كل واحد من البيع والإجاره في مورد واحد، فيستأجر العبد لخدمته أو يشتري خدمه العبد، كما يصح الصلح والهبه المعوضه والإعاره بشرط وما أشبه ذلك، فالإشكال في الإجاره إذا أثمرت نقل الثمره أو ما أشبه ذلك، مما لا وجه له.

ثم لا يخفى أن (الحق) بمعنى الثبوت، وهو بهذا المعنى يطلق تاره على الله سبحانه فيقال: الله حق، وتاره على الملك نحو: هذا حق زيد، وتاره على الحق المصطلح في كلام الفقهاء نحو: حق التحجير، وتاره على التكليف الشرعيه نحو: الصلاه حق الله، وهكذا، فإن المعنى في الكل واحد، وهو الثبوت، منتهى الأمر أن الثبوت قد يكون بالنسبه إلى الذات نحو: الله الحق، وقد يكون بالنسبه إلى الإضافة، كما في الموارد الثلاثه الأخر، فإن إضافه الملك إلى زيد، وإضافه جواز التصرف في حق التحجير، وإضافه الصلاه إلى الله سبحانه ثابتة في مقابل عدم إضافه الملك لعمره وهكذا.

وعلى هذا فجعل بعضهم الحق مشتركاً لفظياً بين هذه الأمور مما لا وجه له، والدليل على ما ذكرناه هو وحده المعنى المتبادر إلى الذهن من الحق حين يطلق.

ثم إنه ذهب المشهور إلى أن الحق مرتبه ضعيفه من الملك، وأشكل عليهم بعض من قارب عصرنا بأن الملك غير قابل للشده والضعف، والذي يمكن أن

يقال: إن الإنسان له أن يتصرف في بعض الأشياء، منتهى الأمر يفرق الأشياء في ذلك، فأحياناً يجوز التصرف الواحد أو تصرفان أو ثلاثة أو أربعة وهكذا، مثلاً قد يكون شيء ملكاً مطلقاً للإنسان، فيجوز أن يتصرف فيه بيعاً ورهنًا وإجارةً وهبةً وصلاحاً وإعارةً وما أشبه ذلك، كما أنه ينتقل منه إلى ورثته، وقد يكون ملكاً لا يجوز له أى التصرف فعلاً كملك القاصر، وقد يكون ملكاً يجوز له التصرف فيه ببعض أقسام التصرف دون بعض، كملك السفينة والمحجور والملك المشترك على المالك بعض أنحاء التصرف، كما لو باعه داراً بشرط أن لا يخرجها عن ملكه إطلاقاً، أو لا يخرجها بقيمه أقل من قيمه السوقية أو ما أشبه ذلك.

وهذه التصرفات هي لوازم الملكية، سواء كانت كثيرة أو قليلة، والحق أيضاً من الملك فهناك حق بيع ويشترى ويتنقل كحق التحجير مثلاً وهناك حق غير قابل للانتقال كحق المضاجعة، إلى غيرها من أقسام الحقوق المختلفة مما يورث أو لا يورث، أو سائر المزايا المختلفة في الحقوق.

ومما ذكرنا تعرف أن الملك والحق مترادفان واقعاً ولغاً، ولذا يطلق أحدهما في مقام الآخر فيقال: الزوجه تملك القسم، كما يقال: هذه الدار حق لزيد، كما تعرف أن الحق ليس مرتبه ضعيفه من الملك، وكأن مراد المشهور أن الملك بمعناه الاصطلاحي يتبادر منه الفرد الكامل الذى هو إباحه كل التصرفات أو جلهما، كما أن الحق بمعناه الاصطلاحي يتبادر منه ما فيه إباحه بعض التصرفات، فالتصرفات التى يطلق عليها الحق أقل من التصرفات التى يطلق عليها الملك، ولا مانع أن يقال بقبول الملك للشده والضعف بالمعنى الذى ذكرنا، لا بمعنى

بقى فى المقام شىء، وهو أنه قد اشتهر بينهم أن الحق غير الحكم، فالحق من أقسام الملك، والحكم إنشاء تابع لمصلحه ملزمه فى الفعل أو الترك فى الوجوب والتحریم، أو لمصلحه غير ملزمه فى الاستحباب والكراهه، أو إنشاء إرخاء العنان فى الإباحه فىما لا مصلحه ملزمه أو مرجحه فى أحد الطرفين، وكثيراً ما يتردد الفقيه بين أن الشىء الفلانى حق أو حكم.

لكن لا يخفى أن هذا تطويل بلا طائل، إذ لو أريد بهذا التقسيم كشف الآثار فذلك غير مجد، إذ اللازم معرفه كل أثر أثر من الدال على ذلك الحق أو الحكم، مثلاً فى حق التوليه والنظاره يلزم أن نراجع دليل هذا الحق، وهل أنه قابل للإرث أو النقل أو لا، ولو أريد بهذا التقسيم بيان الفرق بين الحق والحكم واقعاً وأنهما شيئا لكل واحد آثار خاصه، ففيه إنا لا نتعقل أمرين أحدهما دون الآخر، وإنما المعقول أن الشارع قد يجوز أشياء وقد يجوز شيئاً واحداً وقد لا يجوز، كما أنه قد يمنع أو يوجب شيئاً أو شيئاً، ومن هذه لإنشاءات يتولد اصطلاح الحق أحياناً.

مثلاً من إيجاب القسم يتولد اصطلاح: حق الزوجه فى المضاجعه، ومن إباحه التصرف فى الأراضى يتولد اصطلاح: حق تحجير الأراضى التى لا مالك لها، وهكذا.

وبالجمله فليس هناك حق فى مقابل حكم، وإنما هذا من أقسام العبارة والاصطلاح فقط، وقد اعتنى به المتأخرون، بينما لا نجد منه أثراً فى كلام القدماء.

وهي إما واقعيه قهريه كما في

لا- يقال: ما ذكرتم مبنى على انتزاع الأحكام الوضعيه من الأحكام التكليفيه، فلازم قولكم إن الملك أمر منتزع من جواز التصرف، وهذا غير تام، إذ كثيراً ما نرى وجود الملك بدون جواز التصرف كما في المحجور بصغر أو جنون أو سفه أو فلس أو ما أشبهه.

لأننا نقول: إنا لا ندعى أن الملك هو عبارته من جواز التصرف مطلقاً، بل هو عبارته عن جواز التصرف بنفسه أو وليه، مع أن جواز التصرف إما في الحال أو في الاستقبال حيث يرتفع الحجر.

وإن أردت أن يتضح ذلك فارجع إلى الوجدان، فهل ترى أمرين: الملك وجواز التصرف، والنجاسه ووجوب الاجتناب، والزوجيه وجواز المباشرة وما أشبه ذلك، وبالجملة فهناك جملة من الأحكام التكليفيه ينتزع منها الحكم الوضعي، أو يقال لها الحكم الوضعي.

{و} حيث قد عرفت أن الشركه عقديه وغيرها أمور عرفيه أمضاها الشارع بدليل: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) في العقديه، و«لا يتوى حق امرئ مسلم» (٢) و«لا تبطل حقوق المسلمين» (٣)، و«لا تأكلوا أموالكم» (٤) إلى غيرها في غير العقديه، لم يحتج ما يذكره المصنف من أقسام الشركه إلى دليل خاص.

ف- {هي إما واقعيه قهريه} أي في الواقع اشتراك مقابل الظاهر {كما في

ص: ١٦

١- سورة المائده: الآية ١

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات ح ٥

٣- الوسائل: ج ٢٤ ص ٢١٠ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح ح ٩

٤- سورة النساء: ٢٩

المال أو الحق الموروث { حيث إن كل جزء جزء من المال مشترك بين الورثة، لأنه ظاهر العرف والشرع، وكذا فيما إذا كان وارثاً حقاً كحق الخيار، وكأن المصنف لم يذكر المنفعة لإدخاله إياها في المال، مثل منفعة البستان والدار وشبههما، فإن المبسوط والسراير وتبعهما غيرهما كالعلامه في القواعد قسموا الشركه إلى ثلاثة أقسام: الشركه في الأعيان أو المنافع أو الحقوق، وجعلوا الأول على ثلاثة أوجه: الميراث والعقد والحيازه، ومثلوا للاشتراك في المنافع بمنفعه الوقف ومنفعه العين المستأجره، ومثلوا للاشتراك في الحقوق بمثل الاشتراك في حق القصاص، وحد القذف، وحق خيار الرد بالعيب ونحو العيب، وحق المرافق كالمشى في الطرقات.

قال في مفتاح الكرامه: وحرره المتأخرون كالمحقق والعلامه والشهيدين وأبى العباس والمحقق الثانى وغيرهم ، فقيدوا الحيازه بما إذا كانت دفعه فإنها حينئذ تتحقق الشركه فى الجملة، لكن يكون لكل واحد من المحاز بنسبه عمله، ويختلف ذلك بالقوه والضعف، ولو اشته مقدار كل واحد فالصلح أو تمليك كل واحد ما بقى له عند الآخر، إلى آخر كلامه.

لكن اللازم القول بالقرعه فى المشتبه، أو قاعده العدل، كما رجحناها فى جملة من كتب الفقه.

نعم إذا لم يمكن القاعده فالقرعه، وإذا لم يمكن القرعه فالصلح القهرى بإجبار الحاكم، لأنه موضوع لفصل الخصومات، وهذه خصومه، فيشملها «الصلح خير».

وإما واقعيه اختياريه من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيا شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك «أو حفراً بئراً أو اغترفا ماءً أو اقتلعا شجراً، وإما ظاهريه قهريه

لا يقال: إنه خير من شيء آخر مشروع، وإذا لم يكن شيء آخر مشروع لم تكن نوبه الصلح.

لأنه يقال: يفهم من الآية كالرواية «الصلح سيد الأحكام»، وصول النوبه إليه أخيراً إن كان شيء قبله فعلى سبيل الندب، وإن لم يكن فعلى سبيل الوجوب.

{وإما واقعيه اختياريه من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيا شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك} فإنها تصبح لهما.

وإنما قال بالاشتراك، لأنه إن أحيا كل أحد منهما بعضها اختص ذلك البعض به فلا اشتراك.

ثم قد يكون كلاهما متساويين في الاشتراك فلكل نصفها، وإلا فبالنسبه، كما إذا عمل أحدهما فيها أسبوعاً، والآخر أسبوعين بكيفيه متساويه من العمل.

أما إذا كان عمل الأسبوعى يساوى عمل الأسبوعينى كان الاعتبار بالعمل لا بالزمان.

{أو حفراً بئراً أو اغترفا ماءً أو اقتلعا شجراً} أو صاداً صيداً، أو أخذاً معدناً، أو ما أشبه ذلك.

{وإما ظاهريه قهريه} يريد بذلك أنه لا شركه في الواقع، وإنما يشتركان في الظاهر، لعدم تميز حصه أحدهما من الآخر، مع أنه في الواقع تميز إحدى الحصتين عن الأخرى.

كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما ولو بفعل أجنبي، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطه بحنطه، أو جنسين كمزج دقيق الحنطه بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس.

{كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما} كمزج الهواء مثلاً {ولو بفعل أجنبي، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطه بحنطه} فإن أفراد الحنطه فى الواقع كل واحد خاصه بصاحبها، وإنما العرف لا يقدر على التمييز.

{أو جنسين كمزج دقيق الحنطه بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس} فإن كل ذره ذره من مال أحدهما تبقى مستقلة، لكن حيث لا يمكن تمييزها عن ذرات مال الآخر تكون الشركه فى الظاهر.

لكن فى تعليقه السيد الجمال، وتبعه غيره: الظاهر أن يكون الامتزاج الموجب لعدم تمييز المالين، اختيارياً كان أو قهرياً، موجباً لخروج كل منهما فى نفس الأمر عن صلاحية الاختصاص بمالكه، وكون الشركه حينئذ واقعیه لا ظاهريه.

أقول: وجه الظهور المذكور ما تقدم من أن الشركه أمر عرفى أمضاها الشارع، والعرف يرى الشركه حقيقه لا ظاهراً، وهذا أقرب، وإن سكت عليه أمثال السيدين ابن العم والبروجردى دلالة على موافقتهما للماتن.

ومما تقدم يظهر أن قول الشرائع: وقد يكون (سبب الشركه) حيازه والأشبه فى الحيازه اختصاص كل واحد بما حازه، وعمله الجواهر بأصالة عدم دخوله

وإما ظاهريه اختياريه، كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركه، فإن مال كل منهما فى الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله

فى ملك الغير حتى مع النيه، لعدم ثبوت قبول مثله النياه، فضلاً عما إذا لم ينو، كأنه لا وجه له، انتهى.

فيه نظر، لأن المفروض أنهما معاً حازا فكيف يختص كل واحد بما حازه، هذا بالإضافة إلى ظهور النظر فى قول الجواهر من عدم ثبوت النياه مع أن الأصل فيما ليس دليل على عدم ثبوت النياه ثبوتها بعد رؤيه العرف ثبوتها، وعدم ردع الشرع لها، وقد ذكرنا فى (الفقه: الاقتصاد) وغيره ثبوت النياه فى الحيازه كأغلب المعاملات والعبادات، وهذا هو الظاهر من المشهور.

ولذا قال فى المسالك: ينبغى أن يستثنى من قول المصنف ما لو كان عمل كل بنيه الوكاله لصاحبه فى تملك نصف ما يجوز، فإنه حينئذ يتوجه الاشتراك، لأن ذلك ما يقبل النياه.

{وإما ظاهريه اختياريه، كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركه، فإن مال كل منهما فى الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله}، وفيه: إن الأمور الواقعيه لا يتدخل فيها القصد، فإذا سوّد الورق اسوّد، سواء قصد اسوداده أم لا، والشركه كما تقدم أمر عرفى فلا مدخله للقصد وعدمه فيها وجوداً ولا عدماً، فإذا مزجا ماليهما صار مشتركاً، وإن لم يقصدا الشركه، كما إذا لم يمزجا لم تحصل الشركه وإن قصداها.

ثم إن السيد الجمال قال: والظاهر أن يكون خلط الدرهم ونحوه بمثله موجباً

لشركه ولا يكون من مجرد الاشتباه مع بقاء كل من الممتزجين من الاختصاص النفس الأمري بمالكه.

أقول: وعلى هذا إذا أودعه أحدهما درهمين والآخر درهماً، يكون الثلثان للأول والثلث للثاني، فإذا ضاع أحد الثلاثة فقد فقد الأول ثلثي الدرهم فله درهم وثلث، وفقد الثاني ثلث الدرهم فله ثلثا الدرهم، لكنه خلاف إطلاق الروايه، حيث جعل للأول درهماً ونصفاً، وللثاني نصف درهم، باعتبار أن الثاني يعترف بأن أحد الدرهمين الباقيين لصاحب الدرهمين فيبقى درهم يحتمل أنه له أو لصديقه، فقاعده العدل تقسمه بينهما نصفين.

فبالإزم أحد شيئين _ بناءً على كون مقتضى القاعده درهماً وثلث وثلثي درهم _ إما تقييد إطلاق الروايه بما إذا لم يكن خلط بين الدراهم بأن جعل درهماً في مكان، ودرهمين في مكان، ثم وجد في كل مكان درهماً، لا يعلم مع أيهما كان الدرهم الثاني، إذ حينئذ لم يكن خلط حتى يكون اشتراك، ويقتضى الاشتراك الدرهم والثلث وثلثي الدرهم، ووجه التقييد أن الروايه حيث كانت على خلاف القاعده، كان لا بد من الاقتصار فيها على القدر المتيقن، وهي صوره عدم الخلط.

وإما إخراج مورد الروايه حتى صوره الخلط، عن القاعده.

أما القول كما ذكره المصنف بعدم الشركه فقد عرفت أنه خلاف العرف، والشارع لم يردع عنه.

{وإما الاختلاط مع التميز} كخلط الحنطه بالشعير، وإن صعب التفريق

فلا يوجب الشركه ولو ظاهراً، إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهري أو القرعه

أو السكر بالتراب {فلا- يوجب الشركه ولو ظاهراً} إذ لا- دليل عقلاً أو شرعاً على الشركه فى مثل المقام، ولو شك فالأصل عدمها، وحتى لو فرض الاشتباه كما إذا لم يعلم لأيهما كانت الحنطه ولأيهما كان الشعير.

{إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهري أو القرعه} وقد تقدم دليل الصلح القهري أو قاعده العدل.

ولا- يخفى أنه على أى من الثلاث-ته يلاحظ النسبه فى المالىه، فإذا كانت قيمه الشعير نصف قيمه الحنطه مع تساوى وزنهما، كان الصلح بإعطاء الثلث لمن له الشعير.

وكذا إذا أجرينا قاعده العدل، وإذا أقرعنا جعلنا فى مكان ثلثنا وأقرعنا أنه لأيهما، فإذا خرجت لصاحب الشعير فهو، وإذا خرجت لصاحب الحنطه قسمنا البقيه نصفين، وأعطينا كل واحد نصفاً، ولا حاجه إلى قرعه جديده.

ويؤيد ما ذكرناه من أن المزج يوجب الشركه حقيقه لا- ظاهراً كما قاله المصنف، إن الشرائع قال: وكل مالين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميزان تحققت فيهما الشركه اختياراً كان المزج أو اتفاقاً.

وقال فى الجواهر فى شرحه مقصوداً به الشركه أولاً، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه.

أقول: ويؤيده ما فى دعائم الإسلام، بناءً على أن التتمه من الخبر، لا من

وإما واقعيه مستنده إلى عقد غير عقد الشركه، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبه أو نحوها،

كلام المؤلف، وإلا كان مؤيداً من جهه فهم القاضى كما ذكرناه، وهو دليل عرفى لما ذكرناه أيضاً.

فقد روى عن الصادق، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أجاز الشركه فى الرقاع والأرضين، وأشرك رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) علياً (عليه السلام) فى هديه، وإذا أراد رجلان أن يشتركا فى الأموال فأخرج كل واحد منهما مالاً مثل مال صاحبه دنانير أو دراهم، ثم خلطاً ذلك حتى يصير مالاً واحداً لا يتميز بعضها عن بعض على أن يبيعا ويشتريا ما رأياه من أنواع التجارات، فما كان فى ذلك من فضل كان بينهما، وما كان من وضعه كان عليهما بالسواء، فهذه شركه صحيحه لا- اختلاف علمناه فيها، وليس لأحدهما أن يبيع ويشترى إلا- مع صاحبه، إلا- أن يجعل له ذلك»^(١)، انتهى عبارته الدعائم.

وهل قوله: (وإذا) من تنمى الروايه، أو فتوى القاضى، احتمالان.

{وإما واقعيه مستنده إلى عقد غير عقد الشركه، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبه ونحوها} كالمضاربه والمزارعه والمساقاه حيث تعددت العامل، فإنهما شريكان، والشركه حصلت بالعقود المذكوره، كما

ص: ٢٣

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٠ الباب ٦ من أبواب الشركه ح ١. الدعائم: ج ٢ ص ١٥ باب الشركه

وإما واقعيه منشأه بتشريك أحدهما الآخر في ماله، كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشرکه فيه، ويسمى عندهم بالتشريك، وهو صحيح لجمله من الأخبار

ذكرناه في كتاب المضاربه.

{وإما واقعيه منشأه بتشريك أحدهما الآخر في ماله، كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشرکه فيه} وبذلك يصبح شريكاً له.

{ويسمى عندهم بالتشريك، وهو صحيح لجمله من الأخبار}:

مثل ما رواه رفاعه في الصحيح، قال: سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) عن رجل شارك رجلاً في جاريه له وقال: إن ربنا فلك نصف الربح، وإن كان وضعه فليس عليك شيء، فقال: «لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجاريه» (١).

وفي صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يأتي الرجل فيقول: أنقد عني في سلعه فتموت أو يصيبها شيء، قال: «له الربح، وعليه الوضيعه» (٢).

وعن أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يشاركه الرجل في السلعه، يولى عليها، قال: «إن ربح فله، وإن وضع فعليه» (٣).

وعن وهيب بن حفص، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل

ص: ٢٤

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٥ الباب ١ من أبواب الشركه ح ٨

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٥ الباب ١ من أبواب الشركه ح ٧

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٥ الباب ١ من أبواب الشركه ح ٦

وإما واقعيه منشأه بتشريك كل منهما الآخر في ماله، ويسمى هذا بالشركه العقديه، ومعدود من العقود

يشارك الرجل على السلعه ويوليه عليها، قال: «إن ربح فله، وإن وضع فعليه» (١).

إلى غيرها.

{وإما واقعيه منشأه بتشريك كل منهما الآخر في ماله، ويسمى هذا بالشركه العقديه، ومعدود من العقود} حيث يعقدان على أن يكون نصف أو ثلث أو ما أشبهه من ماله لشريكه، في قبال نصف أو ثلث أو ما أشبهه من مال شريكه له، سواء مع اتحاد النسبه كالنصف في قبال النصف، أو مع الاختلاف كالنصف في قبال الثلث، وذلك لإطلاق أدله العقود بعد كون مثل هذه الشركه أمراً عقلياً.

قال في الشرائع: ولو أرادا الشركه فيما لا مثل له، باع كل واحد منهما مما في يده بحصته مما في يد الآخر، وشرحه الجواهر قائلاً: أو وهب كل منهما كذلك أو باعها بثمان اشترى به الأخرى به منه أو غير ذلك، انتهى.

والظاهر أنه يحصل بلفظ التشريك وما أفاد مفاده، إذ لا لفظ خاص في المقام، كما لا خصوصيه لإجراء العقد أو الهبه، والظاهر أن الجواهر ذكرهما من باب المثال.

نعم، لا يبعد اشتراط عدم الغرر لإطلاق نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن الغرر (٢)، فإذا لم يكن غرر

ص: ٢٥

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٥ الباب ١ من أبواب الشركه ص ٥

٢- الوسائل: ج ١٢ ص ٢٣٠ الباب ٤٠ من أبواب التجاره ص ٣

ثم إن الشركه قد تكون فى عين، وقد تكون فى منفعه، وقد تكون فى حق وبحسب الكيفيه إما بنحو الإشاعه، وإما بنحو الكلى فى المعين

عرفى لم يحتج إلى العلم بما عند كل منهما، بل ولا- علم المالك بما عنده، فإذا كان لهما دكانان يعلم فى الجملة قيمه كل البضائع الموجوده فيهما جاز التشريك المذكور.

وإن لم يعلم ذات كل جنس جنس وقيمته، وقدر كل جنس جنس، كأن لم يعلم هل فيهما الحناء أو السكر أو الشاى، وهل قدر كل جنس حقه أو أكثر، وهل قيمه كل جنس دينار أو أقل، وإنما يعلم فى الجملة أن دكان زيد يسوى مائه ودكان عمرو يسوى خمسين، فيجعل ربع دكان الأول فى قبال نصف دكان الثانى، فيشترك الثانى مع الأول فى الربع، والأول مع الثانى فى النصف.

{ثم إن الشركه قد تكون فى عين، وقد تكون فى منفعه، وقد تكون فى حق} كما تقدم {وبحسب الكيفيه إما بنحو الإشاعه} كالنصف والثلث، {وإما بنحو الكلى فى المعين}، فحقه فى ضمن عشر حقه لهذا، والتسع الأخر فى ضمن المجموع لذاك.

وإشكال بعضهم فى الكلى فى المعين غير ظاهر الوجه، إذ غايه ما يقال: إنها غير مألوفه، وفيه: بعد تسليم ذلك لا يستلزم إطلاق أدله الشركه المألوفيه، فالعرفيه بعد عدم تقييد الشارع يكفى فى الصحه.

وقد تكون على وجه يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلاً في التصرف، كما في شركة الفقراء في الزكاه، والساده في الخمس، والموقوف عليهم في الأوقات العامه ونحوها.

{وقد تكون} الشركه {على وجه يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلاً في التصرف، كما في شركة الفقراء في الزكاه، والساده في الخمس، والموقوف عليهم في الأوقاف العامه ونحوها} كالذريه ونحوهم في الوقف الخاص.

ولا يخفى أن مراد المصنف هو ما ذكره الجواهر، قال: لا-ريب في ملك الفقراء للزكاه والساده الخمس والمسلمين للأرض المفتوحه عنوه، إلا أنه ملك جنس لا تعدد فيه، كي يصدق معه اجتماع حقوق الملاك والأفراد من حيث لا ملك لأحد منها، كما أن الأشياء المباحه من معدن ونحوه هي بين الناس على حد سواء، بمعنى أن لكل واحد حيازتها، والسابق منهم أحق من غيره، ومع تعدد السابق يقرع، وكذا المسجد والوقف العام، انتهى.

أقول: إنما سمي الزكاه والخمس شركه، لما ورد من أن الله شرّك بين الأغنياء والفقراء في روايات متعدده تقدمت في كتاب الزكاه، وفي القرآن الحكيم: (وَاعْلَمُوا إِنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ) (١) الآية، ومراد المصنف أن كل واحد إذا حصل حقه استقل في التصرف، فليس كل جزء جزء لكل شخص شخص، فإذا أخذ الفقير ديناراً من صاحب المال لا يحتاج إلى رضايه سائر الشركاء.

ص: ٢٧

وكذا بالنسبة إلى غرف المدرسه، ومقدار الحصه من الوقف العام والخاص، ومراد الجواهر من كل واحد حيازتها، أى بقدر حقه كما ذكرناه فى كتاب (الفقه: الاقتصاد) وأحقيه السابق للدليل الخاص، كما ذكرناه هناك من قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد»^(١).

أما القرعه، فلعل الأقرب القسمه لأنها قاعده العدل، وقد ذكرنا فى بعض المباحث أن القاعده مقدمه على القرعه، لأنها ترفع الإشكال الذى هو موضوع القرعه.

ص: ٢٨

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٠٠ الباب ١٧ من أبواب آداب التجاره ح ٢٠١

مسألة ١ الشركة في العين والدين

(مسألة ١): لا تصح الشركة العقديه إلا في الأموال بل الأعيان، فلا تصح في الديون، فلو كان لكل منهما دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح

(مسألة ١): {لا تصح الشركة العقديه إلا في الأموال} أما صحتها في الأموال فلا إشكال فيها ولا خلاف، بل الإجماعات عليه بشرط ما ذكره بقوله: {بل الأعيان}.

قال الشرائع: وإنما تصح بالأموال، وقال في الجواهر: بلا- خلاف فيه، بل الإجماع بقسيمه أيضاً على الصحة فيها، كما ادعى الإجماع غيره، ويشملها إطلاق الكتاب والسنة ودليل العقل.

أما ما ذكره بقوله: {فلا- تصح في الديون، فلو كان لكل منهما دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح}، فقد استدلل له ببعض ما ذكر من مستند المنع في غيرها، مثل استلزام اشتراك منفعه دين أحدهما بينهما مع أن عقد الشركة في التجاره غير مؤثر في تملك مال من أحد إلى غيره، وليس بمعاوضه مال بمال لا عيناً ولا منفعه، ومثل أصاله عدم الانعقاد، ومثل عدم إطلاق للشركه يشمل الدين، لأن المنصرف العين، ومثل أن العين القدر المتيقن من الأدله.

وفي الكل ما لا يخفى.

إذ يرد على الأول، بالإضافة إلى أن الدين لا منفعه له، أنه لا بأس بذلك بعد العقد، فإن إطلاق (أوفوا بالعقود) يشمل (١).

ص: ٢٩

وكذا لا تصح في المنافع، بأن كان لكل منهما دار مثلاً وأوقعا العقد على أن يكون منفعه كل منهما بينهما بالنصف مثلاً

وعلى الثاني: إن الأصل لا محل له بعد أنه عرفي، فيشملة إطلاق الأدله.

وعلى الثالث: إنه لا وجه لعدم الإطلاق، والانصراف لو كان فهو بدوي، وبه يعرف وجه النظر في التمسك بالقدر المتيقن، ولذا فالذين ذكروا هذا الشرط هم قله.

نعم ذكره المصنف، وقرره غالب المعلقين عليه بالسكوت.

وعليه فلا فرق في صحة الشركه بين كونها في الدين، أو في العين، أو فيهما معاً.

ومن الكلام في الدين يظهر الكلام في قوله: {وكذا لا- تصح في المنافع، بأن كان لكل منهما دار مثلاً وأوقعا العقد على أن يكون منفعه كل منهما بينهما بالنصف مثلاً} فإنه لا دليل على المنع عن ذلك، إلاّ توهم أنه أكل للمال بالباطل (١)، فإن الربح منهما بأى وجه يعطى نصف ربحه للآخر مع أن الآخر لم يعمل في قبال ذلك عملاً مع أن الربح في قبال العمل.

وفيه: إن الباطل إما شرعاً ولا دليل على أنها باطل، وإما عرفاً والعرف لا يرى ذلك باطلاً، بل يشمله (أوفوا بالعقود) وهو نوع من الأخوه والمواسات والمساوات.

أما أنه لم يعمل فلا حق له، ففيه:

أولاً: إن العقد عمل، ولذا إذا اشترى بمائه وباعه بمائه وعشره، لا يقال إن العشره الزائده ليست حقه لأنه لم يعمل.

ص: ٣٠

ولو أراد ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعه داره بنصف منفعه دار الآخر، أو صالح نصف منفعه داره بدينار مثلاً، وصالحه الآخر نصف منفعه داره بذلك الدينار

وثانياً: إذا أراد الطرف الآخر كان من حقه ذلك، فـ (أَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى) (١١) يشمل سعى المورث والمضيف والواقف والمهدى ونحوهم، فإن لهؤلاء أن يجعلوا سعيهم تحت اختيار غيرهم، وقد فصلنا الكلام حول ذلك في (فقه الاقتصاد) فراجع، فإن المال في قبال خمسه أشياء: العمل الجسدى، والفكرى، والمواد، وشروط الزمان والمكان، والعلاقات الاجتماعيه.

ويؤيد الصحه ما ذكره بقوله: {ولو أراد ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعه داره بنصف منفعه دار الآخر} وإن لم تكن المنفعه فعليه الآن، إذ لا حاجه إلى الفعلية فى الصلح، لإطلاق أدلته الشامله للشأنيه أيضاً.

{أو صالح نصف منفعه داره بدينار مثلاً، وصالحه الآخر نصف منفعه داره بذلك الدينار} وإنما قلنا إنه مؤيد لظهور أنه عقلائي، وإذا كان عقلائياً شمله دليل الشركه، وليس معنى ما ذكرناه التلازم بين صحه الصلح للتوسعه فيه، ولا يصح غيره، وقد ذكرناه فى أول الكتاب السر فى جعل الشارع والعقلاء معامله صحيحه ومعامله غير صحيحه مع أن النتيجة واحده.

ص: ٣١

وكذا لا تصح شركة الأعمال، وتسمى شركة الأبدان أيضاً، وهي أن يوقعا العقد على أن يكون أجره عمل كل منهما مشتركاً بينهما

{وكذا لا تصح شركة الأعمال، وتسمى شركة الأبدان أيضاً، وهي أن يوقعا العقد على أن يكون أجره عمل كل منهما مشتركاً بينهما}، قال في الجواهر: بلا خلاف معتد به أجد فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، والمحكى منهما مستفيض أو متواتر، انتهى.

ثم حكى عن أبي علي جوازها، كما حكى عن مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح من أنه لا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع، فإن كان والا فلا مانع.

أقول: لولا-الإجماعات المذكورة والتي لا تضرها ما ذكر، ولا خلو المذهب وفقه الراوندي، لكان القول بالجواز متعيناً، إلا أن الإجماعات تمنع من القول بالجواز.

قال في الجواهر: وما يحكى من شركة سعد بن أبي وقاص وعبد الله بن مسعود وعمار بن ياسر فيما يغنمونه، فأتى سعد بأسيرين ولم يأتيا بشيء، فأقرهم النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) وشركهم جميعاً (1)، غير ثابت مع إمكان

ص: ٣٢

سواء اتفق عملهما كالخياطة مثلاً، أو كان على أحدهما الخياطة والآخر النساجه، وسواء كان ذلك في عمل معين أو في كل ما يعمل كل منهما

أن يكون ذلك يوم بدر الذي غائمه _ على ما صرح في التذكرة _ للنبي (صلى الله عليه وآله وسلم)، فيمكن أن يكون ذلك منه هبه لهم، بل يمكن غير ذلك أيضاً، انتهى.

أقول: لعل إقرار النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) كان من باب رضاهم حتى بعد الأسر، والخبر المذكور في سنن البيهقي كما نقل، ولم أفحص حتى أرى هل يوجد في كتبنا الفقهية أم لا.

وكيف كان، ففي المسالك: (وأما العامه فمنهم من وافقنا على بطلانها، ومنهم من أجازها مطلقاً ومنهم من أجازها مع اتفاق الصنعتين لا مع اختلافهما، ومنهم من أجازها في غير اكتساب المباح)، انتهى.

ولذا قال المصنف تبعاً لغيره: {سواء اتفق عملهما كالخياطة مثلاً، أو كان على أحدهما الخياطة والآخر النساجه} وكذلك سواء تساويا في زمان العمل وكميته أم لا.

{وسواء كان ذلك في عمل معين} كخياطة هذا ونساجه هذا {أو في كل ما يعمل كل منهما} بناءً أو نجاره أو صنعه أخرى، كل ذلك لإطلاق معاهد الإجماعات.

أما الاستدلال بأنه أكل للمال بالباطل، وأنه غرر، وأنه خلاف (أن ليس للإنسان إلا ما سعى)، إلى غير ذلك، فقد عرفت الجواب عنها.

ولو أرادا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعتة المعينه أو منافعه إلى مده كذا بنصف منفعه أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعتة بعوض معين وصالحه الآخر أيضاً نصف منفعتة بذلك العوض

{ولو أرادا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعتة المعينه أو منافعه إلى مده كذا بنصف منفعه} أو نسبه أخرى {أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعتة بعوض معين وصالحه الآخر أيضاً نصف منفعتة بذلك العوض} كالدينار في المثال السابق.

ولو كان بعد العمل صحت الهبة أيضاً، أما الهبة قبل العمل فهل تصح لأن كلاً منهما يملك عمله الآن قبل العمل، ولذا يصح إيجار نفسه، ويصح للمرأة هبة قسمها للشريكه، أو هبة نفقتها الآتية للزوج، أو لا- تصح، لأن أدله الهبة منصرفه إلى ما كان خارجياً، ولو شك فالأصل عدم، احتمالان.

وإن كان الأقرب الأول، لأنه عقلائي ولم يثبت ردع الشرع عنه، فيهب أحدهما للآخر هبة مطلقه، ويهبه الآخر كذلك، أو يجعلان الهبة مشروطه حتى لا تكون قابله للفسخ.

ثم إنه لو جعلاه هذه النتيجة شرطاً في ضمن عقد لازم لزم أيضاً، لإطلاق دليل الشرط.

نعم لو جعلاه شرطاً في ضمن عقد جائز لم يلزم، لما ذكرناه في كتاب المضاربه، من أن الشرط في ضمن العقد الجائز جائز أيضاً، على ما هو مسلك المشهور، وتقتضيه القاعده أيضاً.

ولا- تصح أيضاً شركة الوجوه، وهى أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يبتاع كل منهما فى ذمته إلى أجل ويكون ما يبتاعه بينهما، فيبيعانه ويؤديان الثمن ويكون ما حصل من الربح بينهما

{ولا تصح أيضاً شركة الوجوه} وقد فسرت بتفاسير أشهرها ما ذكره بقوله: {وهى أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما}، أو لهما مال لكن لا يجعلان المال طرفاً للأخذ والعطاء، {بعقد الشركة على أن يبتاع كل منهما فى ذمته إلى أجل ويكون ما يبتاعه بينهما فيبيعانه} والبيع من باب المثل وإلا فالإجاره ونحوها أيضاً كذلك.

{ويؤديان الثمن، ويكون ما حصل من الربح بينهما}، قال فى الجواهر: وقيل (فى تفسير الشركة بالوجوه): أن يبتاع وجيه فى الذمه ويفوض بيعه إلى خامل ويشترط أن يكون الربح بينهما، وقيل: أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال فى يده لا يسلمه إلى الوجيه والربح بينهما، وقيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له، انتهى.

قال فى مفتاح الكرامه عند قول القواعد: (وشركة الوجوه) باطله عندنا، كما فى التنقيح وإيضاح النافع والمسالك والروضه، وإجماعاً كما فى السرائر والمختلف وشرح الإرشاد للفخر والمهذب البارع والتنقيح أيضاً، وجامع المقاصد.

ثم نقل عن المفاتيح القول ببطلانه عن الخلاف والمبسوط والوسيله،

وإذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح، وكل كل منهما الآخر في الشراء فاشترى لهما وفي ذمتهما

وسائر ما تأخر عنها إلى الرياض، ونقل أن أبا علي قال بالصحة، وأن جماعه لم يتعرضوا له.

أقول: والعمده في المسأله الإجماع، لا ما استدل به بعضهم من الأصل، والأكل بالباطل (١)، والضرر (٢)، وأنه خلاف (ليس للإنسان إلا ما سعى) (٣)، والغرر (٤)، وذلك لما عرفت من الإشكال في هذه الأدله، ولا يخفى أن الإجماع وإن كان محتمل الاستناد إلى هذه الأدله، ومثله ليس بحجه كما قرر في محله، إلا أن قوه اتفاقهم بحيث لم يعرف مخالف إلا واحد، بل قال الرياض كما حكى عنه: إن هذه الثلاثه باطله بإجماعنا، كما في الغنيه والانتصار والمختلف والتذكره، إلى آخر كلامه، يوجب اتباعهم، فإن مثل ذلك من أقوى الإجماعات، ولو لم يكن حجه في مثل هذه المسأله لم يكن مورد لحجته كما لا يخفى.

{وإذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح، وكل كل منهما الآخر في الشراء فاشترى لهما وفي ذمتهما} أو أوقعا ذلك على نحو الصلح أو الهبه أو ما أشبهه، كما تقدم في غير مثل هذه الشركه.

ص: ٣٦

١- سورة البقره: الآيه ١٨٨

٢- الكافي: ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٨

٣- سورة النجم: الآيه ٤

٤- الوسائل: ج ١٢ ص ٢٣ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره ح ٣

وشركه المفوضه أيضاً باطله، وهى أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجاره أو زراعه أو كسب آخر أو إرث أو وصيه أو نحو ذلك مشتركاً بينهما، وكذا كل غرامه ترد على أحدهما تكون عليهما

{وشركه المفوضه أيضاً باطله، وهى أن يشترك اثنان أو أزيد} ولا- يخفى أن الأزيد أيضاً يأتى فى كل الأقسام المتقدمه صحيحها وباطلها، فذكره هنا دون السابق لا يخرج عن كونه ضعفاً فى العبارة {على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجاره أو زراعه أو كسب آخر} كالحيازه والتحجير وغيرهما {أو إرث أو وصيه أو نحو ذلك} كالفقه وبدل القسم فى المرأه التى تأخذ من ضررتها بدلاً لإعطائها قسمها، إلى غير ذلك {مشتركاً بينهما} بنسبه خاصه من نصف أو غيره.

{وكذا كل غرامه ترد على أحدهما تكون عليهما}، قال فى الجواهر مازجاً مع الشرائع: ولا شركه عندنا فى المفوضه التى هى اشتراك شخصين فيما يغتنامان به من ربح وإرث ولقطه ودكان وغير ذلك، ويغرمان من أرش جنايه وضمان غصب وقيمه متلف وغير ذلك مطلقاً، لعدم الدليل عليه عندنا، بل الإجماع بقسميه على فسادها، انتهى.

وقال فى مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (شركه المفوضه باطله إجماعاً): كما فى السرائر والإيضاح وشرح الإرشاد لولد المصنف والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد وعندنا، كما فى التذكرة والروضه وإيضاح النافع و

فانحصرت الشركه العقديه الصحيحه بالشركه فى الأعيان المملوكه فعلاً وتسمى بشركه العنان.

فى المبسوط أنه الذى يقتضيه مذهبنا، وفى المسالك أنها باطله إلا عند أبى حنيفه إلى آخر كلامه (رحمه الله).

والإجماع المذكور هو العمده لا بعض الوجوه الآخر التى تقدمت كالغرر والضرر ونحوهما.

{فانحصرت الشركه العقديه الصحيحه بالشركه فى الأعيان المملوكه فعلاً} لا ديناً، ولا التى تملك فى المستقبل، وقد عرفت الإشكال فى الدين، وأما الذى يملك فى المستقبل فلأنه ليس بمملوك فىكون من باب السالبه بانتفاء الموضوع، لكن فيه: إنه إذا كان عقلياً لم يكن وجه للمنع عنه، فىكون حاله حال الدين.

{وتسمى بشركه العنان} من عنان الدابه أو من (عن) إذا ظهر أو من (المعاونه) بمعنى المعاوضه، كما فى الجواهر.

فالأول: كأن كل واحد منهما أخذ عنان الآخر، فلا يتركه يسدر كيف يشاء.

والثانى: كأن كل واحد ظهر ما عنده من مال وعمل، بينما المنفرد فى عمله لا يظهر للناس ذلك منه.

والثالث: كأن كل واحد أعطى بعض ماله وبعض عمله للآخر فى قبال أخذهما من الآخر.

ثم إنه كان على المصنف أن يذكر صورته صحه المفروضه بالشرط فى ضمن العقد ونحوه، كما ذكر وجه صحه غير المفروضه.

مسألة ٢ لو استأجر اثنين لعمل واحد

(مسألة ٢): لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجره معلومه صح، وكانت الأجره مقسمه عليهما بنسبه عملهما

(مسألة ٢): {لو استأجر} إنسان {اثنين لعمل واحد} سواء صنعه كالخياطه والنجاره، أو عملاً جسدياً كإفراغ البئر من التراب، أو فكراً جسدياً كوضع الخريطه لبناء الدار، أو كلامياً كالتكلم مع زيد لرجوعه إلى زوجته بعد عزم طلاقها مثلاً، {بأجره معلومه صح} الاستيجار المذكور، لإطلاق أدله الإجاره مما يشمل الصور الأربع: وحده المؤجر أو المستأجر وتعددتهما.

وكذا يصح الأمر بالنسبه إلى الجعالة، مع فرق كون الإجاره عقد والجعالة إيقاع كما قالوا، إلى غيره من الفوارق بينهما.

{وكانت الأجره مقسمه عليهما بنسبه عملهما} إذا أطلقت الإجاره، وذلك لأن النسبه هي المنصرفه عن الإطلاق، فهي كما إذا صرحت النسبه لفظاً، فإن العقود تتبع القصود.

ومنه يعلم صحه عدم نسبه عملهما إذا لم يكن اضطرار ونحوه مما يبطل الإجاره، لأنه خلاف الرضى، كأن يجعل لأحدهما الثلث وللآخر الثلثين مع كون عملهما على حد سواء.

ثم إن العمل الواحد قد يكون متشابه الأجزاء كبناء دار من بناءين، وقد يكون غير متشابه الأجزاء مثل أن يستأجرهما لبناء الدار حيث أحدهما يعمل عمله الفكري بوضع الخريطه والآخر عمله الجسدى بالبناء، وذلك لإطلاق الدليل.

ولا يضر الجهل بمقدار حصه كل منهما حين العقد، لكفايه معلوميه المجموع، ولا يكون من شركه الأعمال التي تكون باطله، بل من شركه الأموال، فهو كما لو استأجر كلاً منهما لعمل وأعطاهما شيئاً واحداً بإزاء أجرتهما

كما تقدم {ولا يضر الجهل بمقدار حصه كل منهما حين العقد، لكفايه معلوميه المجموع} مما يخرج عن الغرر، وقد ذكرنا غير مره أن الغرر عرفي لا شرعي، والعرف لا يرى الغرر في مثل ذلك، كما في بيع أجناس متعدده بقيمه واحده في صفقه واحده مع الجهل بأن لكل جنس منها كم يقع من الثمن، ومن جعل الغرر الشرعي أوسع من الغرر العرفي، كما ألمع إليه الشيخ (رحمه الله) في المكاسب، غير ظاهر وجه كلامه، بعد أن الموضوعات العرفيه تؤخذ من العرف إلا إذا قام الدليل الشرعي على التصرف، وليس المقام من المستثنى.

{ولا- يكون من شركه الأعمال} شركه الأبدان المتقدمه في المسأله السابقه {التي تكون باطله، بل من شركه الأموال} لأنهما يعمل كل منهما عملاً في قبال أجره، وحيث يعطيها الأجره الواحده وهما مشتركان فيها، يقسمانها بينهما.

{فهو كما لو استأجر} المستأجر {كلاً منهما} بانفراده {لعمل} خاص به {وأعطاهما} بعد العمل {شيئاً واحداً} كدينار {بإزاء أجرتهما} أى أعطاهما الدينار مثلاً أجره لهما، فإنه يقسم بينهما حسب حق كل واحد، فكما أن هذا ليس من شركه الأعمال كذلك الذي عنوانه في المسأله.

ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما، فإن احتمل التساوى حمل عليه، لأصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر، وإن علم زيادة أحدهما على الآخر

{ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما} هل هما على التساوى أو الاختلاف، أو علم بالاختلاف بأن عمل أحدهما ضعف عمل الآخر لكن لم يعلم هل عامل الضعف زيد أو عمرو، سواء كان الاشتباه ظناً أو شكاً، لأن الظن لا يثبت شيئاً.

{فإن احتمل التساوى حمل عليه}، وذلك {لأصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر} وكذلك في كل مورد هذا الشك، مثل أن كان عنده مال وديعه أو أجره لنفرين، أو وقفاً لإنسانين أو خيرين كالمسجد أو ما أشبهه، ولم يعلم بتساوى حقهما أو اختلافه، فإن قاعده العدل أيضاً تقتضى ذلك، وهى مقدمه على الأصل، بل ربما يقال: إن أصل عدم الزيادة معارضة بأصل عدم التساوى، إلا أن يقال: إن مراده الأصل العقلانى الجارى فى المقام، لا الأصل العلمى.

وحيث قد رأى غير واحد من المعلقين عدم صحه الأصل لمعارضته كما عرفت، جعلوا الحكم شيئاً آخر، فقال ابن العم: والأحوط التصالح فى هذه الصورة، وفى صوره العلم بزيادة أحدهما على الآخر إن أمكن وإلا فالقرعه، وكذلك جعل السيد البروجردى وغيره الأحوال التصالح.

{وإن علم زيادة أحدهما على الآخر}، فإن علم أن زيداً مثلاً أزيد ولم يعلم مقداره أخذ بالقدر المتيقن، فإنه مثل ما لو علم أن زيداً يطلبه، لكنه لا يعلم هل

فيحتمل القرعه في المقدار الزائد ويحتمل الصلح القهري.

يطلبه ديناراً أو دينارين.

وإن لم يعلم أن أيهما أزيد، مع العلم بالمقدار الزائد كدينار مثلاً أو بدونه، {فيحتمل القرعه} لأنها لكل أمر مشكل (١)، {في المقدار الزائد} المقطوع به لا المشكوك فيه، لما تقدم من أنه مجرى الأصل، {ويحتمل الصلح القهري} لما تقدم من وجهه.

ص: ٤٢

١- الوسائل: ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ٣ ح ١١

مسألة ٣ لو اشتركا في حيازه مباح

(مسألة ٣): لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماءً بآنيه واحده، أو نصبا معاً شبكه للصيد، أو أحيا أرضاً معاً، فإن ملك كل منهما نصف منفعتيه بنصف منفعه الآخر اشتركا فيه بالتساوى

(مسألة ٣): {لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماءً بآنيه واحده، أو نصبا معاً شبكه للصيد، أو أحيا أرضاً معاً} أو أجريا معاً نهراً، أو حفرا بئراً فاجتمع فيها الماء، أو أخرجوا معاً معدناً ولؤلؤاً بالغوص من البحر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

{فإن ملك كل منهما نصف منفعتيه بنصف منفعه الآخر، اشتركا فيه بالتساوى} ولا يضر جهاله كل منهما قدر نصف منفعتيه، وقدر نصف منفعه الآخر، إذ مثل هذه الجهاله لا تسبب الغرر عرفاً، وقد تقدم أن الغرر عرفي، وهو الذي حكم عليه الشارع بالنفي الذي معناه النهي حكماً والبطلان وضعاً.

وعليه لا فرق بين أن يكون التمليك بالصلح، أو الهبه المعوضه، أو البيع، أو الشرط في ضمن عقد، كما يصح أن يملك كل واحد نصف ماله للآخر بدون المقابله، فيكون هبتان اشتركا فيه بالتساوى.

أما إذا لم يكن التقابل بالتصنيف، بل قال: وهبت لك ثلث مالى فى قبال نصف مالك، لم ينفع ذلك فى العلم بقدر مال كل واحد منهما، مثلاً- لو كان لأحدهما دينار، وللآخر ديناران فى الواقع، كان لواهب الثلث دينار وثلثان، وللآخر دينار وثلث، ولو كان لكل منهما دينار ونصف كان للأول ديناران، وللآخر دينار، إلى غير ذلك، فحيث يجهل نصيب كل واحد لم يعرف بمصالحه غير النصف ما آل إليه التعويض.

وإلا فلكل منهما بنسبه عمله

{وإلا- فلكل منهما بنسبه عمله}، قال فى الشرائع: لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماءً دفعه تحققت الشركه. وقال فى المسالك: ولكن يكون لكل واحد من المحاز بنسبه عمله، ويختلف ذلك بالقوه والضعف، ولو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص بالصلح أو تمليك كل واحد ما بقى له عند الآخر، بناءً على جواز هبه المجهول، انتهى.

وإنما كان لكل بنسبه عمله لأنه إنتاجه، فالفائده تعود إليه عقلاً وشرعاً، أما قيمه أصل الشجره ونحوها فقد أباحها الله سبحانه لمن سبق إليها.

ومنه يعلم الإشكال فيما ذكره الجواهر، قال: أو يحكم بالنصف، لأصالة عدم زياده أحدهما على الآخر، بل قد يحتمل كونه كذلك مع اختلافهما فى القوه والضعف، لصدق اتحاد فعلهما فى السببيه واندراجهما فى قوله: «من حاز ملك»، ولعدم الدليل على اقتصار ذلك التفاوت فى المحاز، وإن كان هو منافياً للاعتبار العقلى الذى لا يرجع إلى دليل معتبر شرعاً، انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إن الأصل المذكور إن كان شرعياً فقد عرفت معارضته بأصالة عدم التساوى، وإن كان عقلائياً كما تقدم فلا مجال له مع رؤيه العقلاء أن لكل يقدر حقه، وقد أيده الشارع بقوله: (وأن ليس للإنسان ما سعى).

وثانياً: إن دليل مالكيه الإنسان لما حازه يجب أن ينضم إلى القاعده الشرعيه والعقليه المقتضيه لأن لكل يقدر حقه، سواء ورد فى الشرع «من حاز ملك»، كما هو ظاهر الجواهر وغيره أم لا، فإننا لم نجد هذه العبارة فى ما فحصناه من الكتب، أو ورد ما هو بمعناه، وقياس المقام بباب الديات والقصاص، حيث حقق هناك

ولو بحسب القوه والضعف، ولو اشتبه الحال فكالمسأله السابقه، وربما يحتمل التساوى مطلقاً لصدق اتحاد فعلهما

أن العبره بعدد الجناه لا الجنایات لا وجه له، إذ ثبت هناك بدليل خاص مما هو مفقود فى المقام.

وثالثاً: قوله (لا- يرجع إلى دليل معتبر شرعاً) غير ظاهر، إذ الدليل «لا يتوى» و«إلا ما سعى» و«حقوق المسلمين لا تبطل» و«من سبق»، حيث إن العرف يرى أن أحدهما سبق إلى الثلث والآخر إلى الثلثين، فلو ربط أحدهما دابتين والآخر دابه حتى حملت الشجره إلى البلد، أو كان لأحدهما ثلثا الدلو وللآخر ثلثه حتى متحا الماء، أو نشر أحدهما ثلثى الشجره حجماً والآخر الثلث، أو كان لأحدهما قوه سحب ثلثى السمكه من الماء وللآخر قوه سحب ثلثها، لا يشك العرف فى أن للأكثر عملاً ضعف الأقل، سواء كان ذلك وليد تفاوت القوه والضعف، أو وليد تفاوت العمل.

ومنه يظهر ضعف تعليق جملة من المعلقين منهم السيد البروجردى بالاحتياط بالتصالح عند قول الماتن (بنسبه عمله).

{ولو بحسب القوه والضعف} ومنه يعلم سائر أشباه ذلك، كما إذا كان المحاز يسوى فى الغابه عشره، وبعد عشره فراسخ عشرين، وبعد عشرين فرسخاً ثلاثين، فسحبه أحدهما إلى خمس فرسخ والآخر إلى رأس عشرين، فإن نصيب الأول خمس فقط لأنه حقه، أما الزائد فالثانى، لأنه حسب رؤيه العرف ترقى بالتفاوت بين خمس و ثلاثين بحسب عمل الثانى.

{ولو اشتبه الحال} الاشتباهات السابقه {فكالمسأله السابقه} فى الحكم {وربما يحتمل التساوى مطلقاً} كما تقدم عن الجواهر {لصدق اتحاد فعلهما}

فى السبببه وانءراجهما فى قوله: «من حاز ملك»، وهو كما ترى.

فى السبببه وانءراجهما فى قوله { أى إءلاق: {«من حاز ملك»} حىء ىءل على ءساوى ملكهما {وهو كما ترى}.

ولءا سكت على الماىن غالب المعلقين، كالسببببن ابن العم والجمال وغبهما.

ص: ٤٤

(مسأله ۴): يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم، في الشركه العقديه مضافاً إلى الإيجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار

(مسأله ۴): {يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم، في الشركه العقديه} التي يوجب العقد الشركه لا الامتزاج والإرث ونحوهما.

وإنما جعله ظاهر كلماتهم مع أن العلامه وغيره صرحوا بالإجماع بعدم صحه الشركه إلا بالمزج، لاحتماله إرادتهم الشركه غير العقديه، فتأمل.

{مضافاً إلى الإيجاب والقبول} ولو بالمعاطاه لإطلاق أدلتها.

ثم حيث إن الشركه من قسم الإضافه المتكافئه الأطراف فنسبه هذا إلى ذاك كالعكس، فاعتبار الإيجاب والقبول، إنما هو باعتبار السابق واللاحق في الإنشاء، وإلا- فلا- تقدم وتأخر في الحقيقه بينهما، ولذا يصح أن يقول كل واحد منهما في عرض الآخر (اشتركتنا)، وبذا تتحقق الشركه لأنه إذا تحققت الشركه العقلانيه تحققت الشركه الشرعيه، فإن إطلاق الأدله يشملها.

{والبلوغ} لأنه لا يجوز أمر الغلام، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب المضاربه، وناقشنا في عدم صحه عمل غير البالغ إذا كان مميزاً فطناً.

{والعقل} بلا إشكال ولا خلاف، إلا في الأدوارى حيث يصح منه في حال العقل.

{والاختيار} حيث لا- تصح من المكره، أما المضطر فتصح منه لأنه يعلمه باختياره، وإن كان اضطراره دفعه إلى الاختيار، وقد ذكرنا في كتاب الاقتصاد من الفقه تفصيلاً في المضطر.

وعدم الحجر لفسل أو سفه، امتزاج المالين سابقاً على العقد أو لاحقاً، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض، بل اشترط جماعه اتحادهما فى الجنس والوصف

{وعدم الحجر لفسل أو سفه} وقد تقدم دليل ذلك فى المضاربه، فلا حاجه إلى تكراره.

{امتزاج المالين سابقاً على العقد أو لاحقاً}، وعلله فى الجواهر وغيره بأن المزج رافع للامتياز الذى يسبب الشركه، فلو تخلف تحقق الامتياز المنافى للشركه.

وقال فى موضع آخر: وبدون المزج الأصل بقاء كل على ملك مالكة، الذى يقتضى فى الخروج عنها على المتيقن الذى هو المزج فى المثليات دون غيرها.

ثم إن كان المزج سابقاً فقد حصلت الشركه، وفائده العقد حيثئذ جواز التصرف.

{بحيث لا- يتميز أحدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض} مقابل النقود كالثياب والأخشاب والحيوانات وأمثالها مما ليس ذهباً ولا فضه.

{بل اشترط جماعه اتحادهما فى الجنس والوصف} كالحنطه بالحنطه، والحنطه البيضاء بالحنطه البيضاء، فلا تصح الشركه فى مزج العسل بالخل، والعسل الأحمر بالعسل الأبيض، وهو المحكى عن المبسوط والوسيله و

والأظهر عدم اعتباره، بل يكفى الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج دقيق الحنطه بدقيق الشعير ونحوه، أو امتزج نوع من الحنطه بنوع آخر، بل لا يبعد كفايه امتزاج الحنطه بالشعير، وذلك للعمومات العامه كقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، وقوله (عليه السلام):

السرائر والشرائع والتذكرة والمسالك وغيرهم، بل عن الكفايه الإجماع عليه.

{والأظهر عدم اعتباره} لإطلاق الأدله بعد رؤيه العرف تحقق الشركه فى مختلف الجنس والوصف، فلا مجال للأصل.

{بل يكفى الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج السكر بالخل أو العسل بالماء، و{دقيق الحنطه بدقيق الشعير ونحوه} غيره من سائر أقسام المزج.

{أو امتزج نوع من الحنطه بنوع آخر} بحيث لم يكن امتياز، إذ مع الامتياز لا يحصل المزج الذى اعتبروه.

{بل لا يبعد كفايه امتزاج الحنطه بالشعير} وبالأرز وغيره، وإن بقيا متميزين، إذ ليس الدليل على لزوم عدم الامتياز إلا الإجماع المدعى، وهو محتمل الاستناد إن لم يكن مقطوعه.

{وذلك للعمومات العامه، كقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) وقوله (عليه السلام):

ص: ٤٩

«المؤمنون عند شروطهم»، وغيرهما، بل لو لا- ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً، عملاً بالعمومات، ودعوى عدم كفايتها لإثبات ذلك كما ترى،

«المؤمنون عند شروطهم» { (1) }، إذا قلنا بأن الشرط شامل للعقد، أو جعلت الشركه كذلك في ضمن شرط عقد { وغيرهما } مثل: (تجاره عن تراض)، بل وكونه شركه عند العقلاء فيشملة ما دل على إمضاء الشارع للشركه العقلانيه بدون تقييد.

{ بل لو لا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً } وأنه يمكن الشركه في مالين وإن لم يمتزجا، وإنما كان الممكن المنع { عملاً بالعمومات } المذكوره، فيكون لهذا دراهم ولذاك دنانير فيقولان: نحن شركاء فيهما، بذلك يكون لهما، وهذا هو الظاهر من جمله من المعلقين منهم السيدان ابن العم والجمال، حيث لم يعلقوا على المتن، وإن قال السيد البروجردى عند قول الماتن (لا يبعد): بل هي بعيدة، وعند قوله (الأحوط): لا يترك، ومنه يظهر أن له عنده نوع تردد أيضاً.

{ ودعوى عدم كفايتها } أى العمومات { لإثبات ذلك } لأنها لا عموميه لها من هذه الجبهه، نعم هذا ظاهر من الشيخ والعلامه والمحقق والشهيد الثانيين فى بعض عباراتهم { كما ترى } إذ لا مانع من الشركه بالنحو المذكور عند العقلاء، و

ص: ٥٠

لكن الأحوط مع ذلك أن يبيع كل منهما حصه مما هو له بحصه مما للآخر، أو يهبها كل منهما للآخر أو نحو ذلك، في غير صورته الامتزاج الذي هو المتيقن.

هذا ويكفي في الإيجاب والقبول كل ما دل على الشركة من قول أو فعل.

لا دليل من الشارع في منعها، فلا وجه للالتزام به.

{لكن الأحوط مع ذلك} الذي قلنا بصحتها شركة عقديه {أن يبيع كل منهما حصته مما هو له بحصه مما للآخر، أو يهبها كل منهما للآخر، أو نحو ذلك} بأن يجعل ذلك شرطاً في ضمن عقد {في غير صورته الامتزاج الذي هو المتيقن، هذا} ما يظهر من الأدله.

{و} كيف كان، فـ {يكفي في الإيجاب والقبول كل ما دل على الشركة من قول أو فعل}، قال في القواعد: ويكفي قولهما اشتركتنا، وهذا يؤيد ما سبق من عدم لزوم الإيجاب والقبول، وأن صح الإيجاب من أيهما والقبول من الآخر أيضاً.

ولذا قال في مفتاح الكرامه: بأن يقول كل منهما اشتركتنا، قال: وقد قربه في التذكرة، وقواه في جامع المقاصد، وقد يظهر من التحرير.

أقول: ويكفي أن يقول أحدهما: اشتركتنا، فيقول الآخر: نعم، أو قبلت، واحتمله مفتاح الكرامه خلافاً لجامع المقاصد حيث أشكل في قبلت، ولا وجه ظاهر له.

(مسألة ٥): يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوى المالين، ومع زياده فبنسبه الزيادة ربحاً وخسراناً

(مسألة ٥): {يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوى المالين} فيما إذا عملا كلاهما بقدر متساو، كما لو اتخذ عاملاً عمل لهما، وذلك لأن الربح نتيجة المال والعمل كما تقدم، وفصلناه في كتاب الاقتصاد والمضاربه، فلا وجه لزياده أحدهما على الآخر، وكذلك الخساره تذهب منهما إذ لا أولويه بعد كون ذلك مقتضى العقد المبني على الطريقه العقلانيه وهى التى أمضاها الشارع، حيث لم يزد ولم ينقص، بل صرحت بذلك جمله من الروايات:

مثل ما رواه هشام بن سالم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يشارك في السلعه، قال: «إن ربح فله، وإن وضع فعليه»^(١).

وفى روايه محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام)، فنفت الدابه، قال: «ثمنها عليهما، لأنه لو كان ربح فيها لكان بينهما»^(٢).

ونحوها روايه الحلبي^(٣).

وفى روايه الأزراري، عن أبى عبد الله (عليه السلام): «إن كان ربح فهو بينهما، وإن كان نقصان فعليهما»^(٤).

إلى غيرها من الروايات.

{ومع زياده} من أحدهما {فـ} لصاحب الزيادة {بنسبه الزيادة ربحاً وخسراناً} فإذا كان لأحدهما الثلث كان له ثلث الربح والخسران، بينما للآخر الثلثان منهما

ص: ٥٢

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٤ الباب ١ من أبواب الشركه ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٤ الباب ١ من أبواب أحكام الشركه ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٤ الباب ١ من أبواب أحكام الشركه ح ٢

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٤ الباب ١ من أبواب أحكام الشركه ح ٣

سواء كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التساوى فيه أو الاختلاف، أو من متبرع أو أجير، هذا مع الإطلاق، ولو شرطاً في العقد زياده لأحدهما فإن كان للعامل منهما أو لمن عمله أزيد فلا إشكال ولا خلاف على الظاهر عندهم في صحته

وذلك لما عرفت من أنه مقتضى العقل والشرع.

ومما تقدم تعرف وجه النظر في قوله: {سواء كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التساوى فيه} في العمل إذا كان منهما {أو الاختلاف، أو من متبرع أو أجير} وذلك لأن العمل له مدخلية في الربح فلا وجه لعدم اعتباره في الربح، فإذا كان العمل من أحدهما كان له بقدر ماله وعمله، وللآخر بقدر ماله، وإذا كان منهما مع الاختلاف كان لكل بقدر حصته عند العقلاء، فإذا كانا في المال متساويين وعمل أحدهما ضعف الآخر، وفرض أن الربح ينصف نصفه للمال ونصفه للعمل كان نصف الربح بينهما سواء، ونصفه الآخر لصاحب ضعف العمل ثلثاه، وللآخر ثلثه، فكان من الاثنى عشر لصاحب الضعف سبعة وللآخر خمسة، وهكذا.

{هذا} سواء في ما ذكره المصنف أو ما ذكرناه {مع الإطلاق} لأنه الأسلوب العقلائي الذي بنى عليه العقد حيث إنه يتبع القصد.

{ولو شرطاً في العقد زياده لأحدهما، فإن كان} قدر الزيادة المشروطة {للعامل منهما} في قبال العاقل {أو لمن عمله أزيد، فلا إشكال ولا خلاف على الظاهر عندهم} وقد صرح بعدم الخلاف فيه جماعه منهم الجواهر {في صحته} وذلك

أما لو شرطاً لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد، ففي صحة الشرط والعقد، وبطلانهما، وصحة العقد وبطلان الشرط فيكون كصوره الإطلاق، أقوال، أقواها الأول

لإطلاق كون المؤمنين عند شروطهم (١)، وليس الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، ولا لمقتضى العقد، وتوهم أنه مناف للروايات (بينهما) كما تقدم بعضها، مردود بأن المنصرف من الروايات صورته الإطلاق.

{أما لو شرط لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففي صحة الشرط والعقد} حكاه مفتاح الكرامه وغيره عن الانتصار والتذكرة والتحرير والمختلف والتبصره، كما حكاه العلامة عن والده، وحكى عن مجمع البرهان والكفايه واختاره الجواهر.

{وبطلانهما} كما في الشرائع، وعن الخلاف والمبسوط والسرائر وشرح الإرشاد للفخر واللمعه والمفاتيح واختاره جامع المقاصد. {وصحة العقد وبطلان الشرط} كما عن ظاهر الكافي والغنيه والنافع وجامع الشرائع وأبى الصلاح وغيرهم.

{فيكون كصوره الإطلاق} حيث لا شرط، والتفصيل الذي ذكره القواعد قائلاً: ولو شرطاً التفاوت مع تساوى المالين أو التساوى مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملاً أو أحدهما، سواء شرطت الزيادة له أو للآخر، وقيل تبطل إلا أن يشترط الزيادة للعامل، انتهى.

{أقوال} أربعة {أقواها الأول} كما اختاره غالب المعلقين، منهم السيدان

ص: ٥٤

وكذا لو شرطاً كون الخساره على أحدهما أزيد، وذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ودعوى أنه مخالف لمقتضى العقد كما ترى،

ابن العم والجمال، خلافاً لآخرين ومنهم السيد البروجردى قال: محل تأمل وإشكال.

{وكذا} الأقوى صحة العقد والشرط {لو شرطاً كون الخساره على أحدهما أزيد} من الآخر وإن تساوى المالان، أو كان من خسارته أقل حسب الشرط أقل مالاً، هذا أيضاً مختار غالب المعلقين، منهم السيدان المذكوران، وإن خالف السيد البروجردى فقال: الأقوى فيه البطلان.

{وذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم»}، وهذا الشرط ليس مخالفاً لمقتضى العقد ولا للكتاب والسنة.

{ودعوى أنه مخالف لمقتضى العقد} لأن مقتضاها كون نسبة الربح والخساره بنسبه المال والعمل _ عندنا _ أو بنسبه المال، عندهم حيث انهم يرون الربح وليد المال فقط {كما ترى} إذ ذلك مقتضى إطلاق العقد لا مقتضى ذات العقد.

وبذلك يظهر أنه لا وجه لقول المستمسك: إن مقتضى الشركه الاشتراك فى الربح على حسب الشركه فى الأصل، لكن هذا الاقتضاء ليس على نحو العليه بل على نحو الاقتضاء، وهذا المقدار كاف فى بطلان الشرط على خلافه، لكونه حينئذ مخالفاً للكتاب المراد أنه مخالف للحكم الاقتضائى، هذا بالنسبه إلى النماء الخارجى، وأما بالنسبه إلى النماء الاعتبارى أعنى الربح فالإشكال فيه أظهر، انتهى.

نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه، والقول بأن جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون في مقابقتها ليس تجاره بل هو أكل بالباطل، كما ترى باطل

إذ الإطلاق والافتضاء شيء واحد، ومن الواضح أن كل شرط _ إذا لم يكن تكراراً لمقتضى العقد _ مخالف لإطلاق العقد، فإذا كان الافتضاء معياراً لم يبق مكان للشرط، ثم أي فرق بين الخارجى والاعتبارى، وعلى القائل أن يأتي بدليل الفرق.

{نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه} والمخالف لمقتضى الإطلاق لا إشكال فيه {والقول} الذى ذكره جامع المقاصد وجهاً للبطان، لا من جهة أن الشرط مخالف للعقد {بأن جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل} زائد {يكون في مقابقتها ليس تجاره} إذ الشركه ليست من تجاره في شيء إذ هي مقابله مال بمال، نعم لو شرط ذلك للعامل تحققت تجاره حينئذ، لأن العمل مال فهو في معنى القراض.

{بل هو أكل بالباطل} ولذا بطل الشرط والعقد، فيشملة (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) (١).

{كما ترى باطل} إذ أكل مال الغير بإذنه أو تملكه بالشرط أو بدون الشرط

ص: ٥٦

ليس من الأكل بالباطل، هذا بالإضافة إلى أنه لو سلم بطلان الشرط لم يكن وجه لبطلان العقد، إذ قد حقق في محله أن الشرط الفاسد ليس مفسداً.

إن قلت: لا رضى بالعقد إلا بالشرط، فإن فسد الشرط لم يكون رضى، وبذلك يكون العقد بدون رضى وهو فاسد.

قلت: إن كان الشرط مصب العقد أو قيداً كان الأمر كذلك، ولكن إذا كان من باب تعدد المطلوب لم يكن وجه للبطلان، والغالب في الشرط ذلك، وقد ذكرنا بعض تفصيل الكلام في القيد والشرط والمصعب في كتاب المضاربه، ولذا كان المشهور بين المتأخرين عدم سرايه بطلان الشرط إلى العقد.

نعم لا يكون لمن فات شرطه الخيار، كما تحقق في بحث الخيارات.

ومما تقدم يظهر الجواب عن جعل بعض المعلقين الشرط مخالفاً للسنة، لأن تملك شخص ربح مال غيره بلا سبب شرعى مخالف لها، والشرط لا يكون مشرعاً لحكم غير مشروع، انتهى.

فإن الشارع أمضى المعاملات والشروط العقلانيه، إذا لم يصرح بخلافها، وحيث لا تصريح في المقام والأمر عقلاني لم يكن وجه للبطلان، فتملك شخص ربح مال غيره بجعل ذلك الغير ذلك برضاه في ضمن العقد لا يكون مخالفاً للسنة، وحيث كان الحكم مشروعاً لم يكن الشرط مشرعاً حتى يقال: الشرط لا يكون مشرعاً لحكم غير مشروع.

كما ظهر مما تقدم وجه النظر في تعليق من يقول بأن الشرط مخالف لمقتضى العقد، لأنه يرجع إلى تفكيك لوازم الشركه عنها،

ودعوى أن العمل بالشرط غير لازم لأنه في عقد جائز مدفوعه،

أولاً: بأنه مشترك الوجود، إذ لازمه عدم وجوب الوفاء به في صورته العمل أو زيادته.

وثانياً: بأن غايه الأمر جواز فسخ العقد، فيسقط وجوب الوفاء بالشرط، والمفروض في

إذ فيه: إن تلك اللوازم عند العقلاء من لوازم الإطلاق لا من لوازم الذات، حتى لا يمكن الانفكاك، والشرط يرفع مقتضى الإطلاق، كما في كل شرط.

{ودعوى} أن العقد والشرط وإن كانا صحيحين إلا {أن العمل بالشرط غير لازم، لأنه في عقد جائز} وقد تقدم أن الشرط إنما يلزم إذا كان في عقد لازم لا في عقد جائز، كما هو المشهور، وتقدم تفصيله في كتاب المضاربه.

{مدفوعه أولاً: بأنه مشترك الوجود} على كل شرط كان في ضمن الشركه، سواء الشرط الذي هو محل الكلام من جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل في مقابلتها مثلاً، أو الشرط الذي يسلمه الطرف، مما بينه بقوله: {إذ لازمه} لازم الإشكال: {دعوى} {عدم وجوب الوفاء به في صورته العمل} لمن جعلت الزيادة له {أو زيادته} أي جعلت الزيادة لمن له عمل زائد، وقد تقدم أنه لا خلاف في صحة الشرط في هذين الحالين.

{وثانياً: بأن غايه الأمر جواز فسخ العقد} فإن جواز العقد يعطى للطرفين جواز فسخه {فـ} إذا فسخ {سقط وجوب الوفاء بالشرط} لأنه إذا ذهب العقد ذهب الشرط.

{والمفروض} من محل كلامنا {في} شرط الزيادة لمن لا عمل له هو

صوره عدم الفسخ فما لم يفسخ يجب الوفاء به وليس معنى

{صوره عدم الفسخ} فيكون الشرط نافذاً ما دام لم يفسخ، {فما لم يفسخ يجب الوفاء به}.

أقول: قوله (غايه الأمر) ليس تسليمًا لكلام (ودعوى)، إذ المدعى ادعى أن الشرط فى العقد الجائز جائز، بل قوله (غايه الأمر) مبنى على ما اختاره من أن الشرط لازم ولو كان فى ضمن عقد جائز، فالحاصل فى جواب (ودعوى):

أولاً: إن الإشكال مشترك الورود.

وثانياً: لا- نسلم أن الشرط فى العقد الجائز غير لازم الوفاء، بل هو لازم ما دام العقد باقياً، نعم للمشروط عليه أن يفسخ العقد فيسقط الشرط.

أما ما ذكره السيد الجمال من أن تضمن العقود الإذنيه للشروط يوجب تقييد الإذن بها، وتكون لازمه من ذلك، فيرد عليه: إنه إن أراد جواز العقد فالشرط غير لازم، إذ بعد العقد لا حاجة إلى إذن الطرف، فإن العقد غايه حقق الإذن الذى لا ينتفى إلا بإبطال العقد، وإن أراد لزوم العقد غايه الأمر أنه يكون لكل منهما مطالبه القسمة الموجه لانتفاء موضوعها _ كما بينه معلق آخر _ فهو رجوع إلى كلام المصنف بقوله (ثانياً) وليس شيئاً جديداً.

{و} إن قلت: إنكم إذا سلمتم حق الفسخ للشارط تمت (دعوى أن العمل بالشرط غير لازم) كما ادعاه المدعى، ولم يكن لكم جواب عليه.

قلت: كلا، إنا نسلم حق الفسخ للشارط ولا تتم الدعوى، إذ {ليس معنى

الفسخ حل العقد من الأول بل من حينه

الفسخ حل العقد من الأول} حتى يكون العقد كأن لم يكن ولا- يكون حينئذ أثر للشرط، كما ادعاه (ودعوى)، حيث إن (ودعوى) أراد إثبات أنه لا فائده لهذا الشرط، وإنما لا تتم الدعوى لأنه لو فرض أنه وقع الفسخ بعد العقد لا يكون ذلك الفسخ موجباً لبطلان الشرط من أصله.

{بل من حينه} أى حين وقوع الفسخ، وحينئذ يترتب أثر الشرط بين العقد وبين الفسخ، مع أن (ودعوى) أراد أن يقول: لا أثر للشرط أصلاً.

ومما تقدم يظهر الإشكال فى كلام المستمسك حيث قال: المعاوضه على مال الغير تقتضى دخول العوض فى ملك مالك المعوض عنه، فالربح يجب أن يدخل فى ملك مالك المال، فلا- يصح اشتراط خلاف ذلك، لأنه إن صح الشرط بطلت المعاوضه، وإن صحت المعاوضه بطل الشرط، انتهى.

إذ فيه: إن عقد الشريك المشروط له الزيادة ولا- عمل له أو ليس عمله أزيد، هو نوع عمل تكون الزيادة فى قبال عمله هذا، فالربح الذى كان اللازم أن يدخل فى ملك مالك المال أولاً وبالذات، دخل برضاه فى ملك الذى لم يعمل، وإنما دخل لأنه عقد، وهذا عمل عقلائى فى كثير من الأحيان، فإذا كان لكليهما مائه وكان الاشتراك يوجب حفظ مال من شرط له الأقل _ لأن من شرط له الأزيد إذا كان شريكاً خاف الحاكم الجائر من مصادره المال مثلاً _ أقدم العقلاء على إعطاء الشريك ثلاثه أرباع الربح عوض أن يكون له نصفه، والربع الزائد إنما كان له لأن الشريك القوى أوجب حفظ المال، ومثله له حق، إلى غير ذلك من أسباب إقدام العقلاء على إعطاء أحدهما أزيد.

ص: ٦٠

فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين، هذا ولو شرطاً تمام الربح لأحدهما بطل العقد لأنه خلاف مقتضاه

ومنه يعلم أن قول المستمسك: المراد من الشرط في المقام ليس ما يكون إنشاءً في ضمن إنشاء، بل القيد المأخوذ في المعاملة، غير ظاهر الوجه، فإن ظاهر كلامهم إثباتاً ونفيًا هو الإنشاء في ضمن الإنشاء.

كما أن قوله: إن وجه البطلان أنها معاملة على خلاف مقتضى المعاملة الواقعة على أصل المال فلا يمكن تصحيحهما معاً، لم يعرف وجهه، وذلك لما ذكرناه في جواب قوله السابق (إن صح الشرط بطلت المعاوضة) إلخ.

وكذلك قوله أخيراً: إن المعيار في الصحة والفساد كون اشتراط الزيادة لأحدهما بعد دخولها في ملك الشريك وقبله، فعلى الأول تصح، وعلى الثاني تبطل، محل منع، إذ ليس المعيار ذلك، بل المعيار الشرط الموجب لدخوله في ملك المشروط له ابتداءً، إلى غير ذلك من موارد النظر في كلامه، فراجع.

وكيف كان {فـ} إذا شرط الشرط المذكور {يجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين} أي حين وقوع الفسخ.

{هذا ولو شرطاً تمام الربح لأحدهما بطل العقد لأنه} أي الشرط {خلاف مقتضاه} إذ الشركة تقتضى التشريك في الربح والخساره متساوياً أو متفاوتاً، فعدم التشريك خلاف مقتضى العقد، وهذا هو الذي سكت عليه غالب المعلقين منهم السيدان البروجردى والجمال مما يستفاد منه بقوله.

لكن يرد عليه أن الشرط الفاسد لا يوجب بطلان العقد كما قرر في محله، فغايه الأمر بطلان الشرط، إلا أن يكون الشرط على نحو المصعب أو القيد، كما ذكرناه في كتاب المضاربه تفصيلاً، وهنا إجمالاً.

نعم لو شرطاً كون تمام الخساره على أحدهما، فالظاهر صحته لعدم كونه منافياً.

وفى تعليقه ابن العم: الظاهر الصحة، ولم يعلم هل أراد العقد فقط، أو مع الشرط.

ومقتضى القاعده صحتها، إذ مثل هذا الشرط عقلائي، والشركه لها أحكام منها الاشتراك فى الربح والخساره، وليس الاشتراك فى الربح إلاّ الأهم من الأحكام لا المقوم، فهو مثل الجماع فى النكاح إذا شرطت أو هو عدمه لم يبطل العقد، فإذا قيل للعرف: إن زیداً اشترك مع عمرو بشرط أن يكون كل الربح لزيد لم ير التنافى بين الأمرين، والمخالف للمقتضى ما يرى فى العرف التنافى.

ومن ذلك تعرف وجه النظر فى كلام المستمسك حيث قال: لم يتضح وجه الفرق بين تمام الربح وبعضه، فى كون شرط الأول مخالفاً لمقتضى العقد دون الثانى.

وقد عرفت أنه ليس هناك عقد وشرط، بل ليس إلاّ عقد فقط، غايته أنه مقيد بقيد ينافى صحه المعامله الموجه للربح، انتهى.

إذ فيه أولاً: الفرق واضح على مبناهم، إذ بعض الربح ليس مثل كل الربح عرفاً، لو سلم الإشكال فى كل الربح.

وثانياً: لما ذا لا يكون عقد وشرط، وهل هذا العقد والشرط منفرد بين سائر العقود والشروط.

{نعم لو شرطاً كون تمام الخساره على أحدهما، فالظاهر صحته لعدم كونه منافياً} إنا وإن نوافق المصنف فى عدم منافاه هذا الشرط لمقتضى العقد

لكنك قد عرفت عدم منافاه شرط تمام الربح أيضاً.

ومنه يعلم وجه سكوت ابن العم على الماتن كآخرين، خلافاً للسيدين البروجردى والجمال، حيث قال الأول: الظاهر بطلانه، وأشكل الثانى فى الصحه.

أما قول المستمسك: إن مقتضى المعاملات الواقعه على المال رجوع النقص على المالك عملاً بالعوضيه، كرجوع الزيادة إليه عملاً بالعوضيه، فرجوع الخسران إلى غير المالك خلاف مقتضى المعاوضه الذى لا يمكن أن يختلف.

ففيه: إن ذلك خلاف إطلاق المعاوضه لا خلاف ذاتها، كما تقدم مثله فى الربح، فلا حاجه إلى جعل اشتراط لزوم تدارك الخساره من أحدهما جعل الشرط السابق إعطاء الربح له لمن شرط له كل الربح.

ص: ٦٣

مسألة ٦ لو كان الشرط تجاره خاصه

(مسألة ٦): إذا اشترط في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما، فهو المتبع ولا يجوز التعدي، وإن أطلق لم يجز لواحد منهما التصرف إلا بإذن الآخر، ومع الإذن بعد العقد

(مسألة ٦): {إذا اشترط في ضمن العقد كون العمل من أحدهما} فقط {أو منهما مع استقلال كل منهما} بحيث يعمل وحده {أو مع انضمامها} فكلاهما يعملان، لا أن يعمل كل واحد على انفراده، {فهو المتبع} لأنه مقتضى «المؤمنون عند شروطهم»، {ولا يجوز التعدي}.

ولم يذكر بقيه الأقسام لوضوحها، كاشتراط عمل الأجنبي فقط، أو مع أحدهما أو معهما، وإذا كان الشرط عملهما فقد يكون الشرط حق استقلال أحدهما دون الآخر، إلى غير ذلك من الوجوه.

ثم إن الشرط المذكور إن كان في العقد كان لازماً فيما إذا كان عقد الشركة لازماً، أما إذا كان في عقد الشركة غير اللازم أو في التشريك بالمزج ونحوه لم يكن لازماً.

أما الأول: فلما تقدم في بعض المسائل السابقة.

وأما الثاني: فلأنه لا عقد فيكون الشرط كالابتدائي غير لازم الوفاء به.

{وإن أطلق} فإن كان انصراف أراده عمل به، وإلا {لم يجز لواحد منهما التصرف إلا بإذن الآخر} كما هو مقتضى كون المال مشتركاً، إذ لا يحق لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه.

{ومع الإذن بعد العقد} لا يلزم على الآذن أن يبقى على إذنه فيحق له أن

أو الاشتراط فيه فإن كان مقيداً بنوع خاص من التجاره لم يجز التعدى عنه، وكذا مع تعيين كيفية خاصه، وإن كان مطلقاً فاللازم الاقتصار على المتعارف من حيث النوع والكيفيه، ويكون حال المأذون حال العامل فى المضاربه فلا يجوز البيع بالنسيئه بل ولا الشراء

يرجع عنه إلا إذا جعل الإذن شرطاً فى ضمن عقد لازم، فإن رجوعه لا ينفع، لأن الشرط يوجب الوضع كما ذكرناه فى بابه.

{أو الاشتراط فيه فإن كان مقيداً بنوع خاص من التجاره} زماناً أو مكاناً أو بضاعه أو سائر المزاي {لم يجز التعدى عنه} لما تقدم من أنه تصرف فى ملك الغير بدون الإذن.

{وكذا مع تعيين كيفية خاصه} مثل النقد والنسيئه وبيع الثمار والصرف وغير ذلك.

{وإن كان مطلقاً} له إنصراف إلى المتعارف مع إرادته ذلك {فاللازم الاقتصار على المتعارف} لأن العقود تتبع القصود، أما إذا كان مطلقاً ولم يكن إنصراف جاز الإطلاق {من حيث النوع والكيفيه} وغير ذلك كالزمان والمكان وغيرهما.

{ويكون حال المأذون} فى المقام {حال العامل فى المضاربه} والمزارعه والمساقاه ونحوها، لأن الكل من باب واحد.

أما قوله: {فلا يجوز البيع بالنسيئه، بل ولا الشراء بها} فقد تقدم فى باب

بها، ولا يجوز السفر بالمال، وإن تعدى عما عين له أو عن المتعارف ضمن الخساره والتلف، ولكن يبقى الإذن بعد التعدى أيضاً، إذ لا ينافى الضمان بقاءه، والأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظه المصلحه.

المضاربه أن المتعارف عدم الانصراف عنها، بل المتعارف معامله النسيئه والسلف في حدود خاصه.

ومنه يظهر الإشكال في قوله: {ولا يجوز السفر بالمال} كما تقدم الكلام في ذلك أيضاً في المضاربه.

{وإن تعدى عما عين له} فيما كان هناك تعيين {أو عن المتعارف} الذي كان منصرفاً وأراداه {ضمن الخساره والتلف} لإطلاق أدله الضمان شامل للمقام.

{ولكن يبقى الإذن بعد التعدى أيضاً} إذا لم يكن مقيداً بعدم التخلف، وإلا لم يبق الإذن أيضاً.

هذا ثم إنه ينبغي التفصيل في مسأله ضمان الخساره والتلف، لأنه إن أجاز الشريك معامله لم يكن وجه لضمان الخساره، بل يكون حالها حال ما إذا كان الإذن من الأول حيث لا ضمان، وإن لم يجز بطلت معامله بالنسبه إلى حصه الشريك، وعليه رجع إلى الشريك بعض ماله أو بدله، فعلى أى التقديرين لا رجوع بالخساره إلى العامل، نعم في مسأله التلف يكون الشريك ضامناً، وما ذكرناه هو ما ذكره جمله من المعلقين.

وإنما قلنا بقاء الإذن {إذ لا ينافى الضمان بقاءه} كما يمكن أن لا يكون ضمان مع سحب الإذن، فإن بينهما عموماً من وجه.

{والأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظه المصلحه} الظاهر أنه لا مجال للاحتياط

وإن كان لا يبعد كفايه عدم المفسده.

لأن الأمر متوقف على قصد الشريك، حيث العقود تتبع القصد، فإن كان قصده المصلحه لزم اتباعها، وإن كان قصده عدم المفسده كفى ذلك، ولو شك لم يجر أصل الإطلاق، إذ الشك في إجازة الغير مجرى أصل العدم.

ومنه يعلم الإشكال في قوله: {وإن كان لا- يبعد كفايه عدم المفسده} كما أن تقوية الجواهر كفايه عدم المفسده _ وكأنه للأصل _ غير ظاهر الوجه.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المستمسك: الإذن بالتجاره يقتضى الاختصاص بما فيه الفائدة، فلا إطلاق له يشمل رفع المفسده، بل قد ذكرنا في كتاب المضاربه أن اللازم ملاحظه المتعارف المنصرف إليه الإطلاق المقصود للطرف، وقد يكون في تقبل الخساره حيث اللازم حفظ العملاء وما أشبه.

ولعل المصنف أراد بالمصلحه الأعم من ذلك، لا ما يتبادر إليه اللفظ من الربح.

ثم إنه إن كان المنصرف المصلحه لزم ملاحظه المصلحه الأهم إذا كانت هناك مصلحتان، إذ الانصراف جار هنا أيضاً، فإذا كان هناك ربحان أحدهما أكثر لزم تطلب ذلك.

ومنه يعرف، إذا كان فسادان أحدهما أقل وكان مأذوناً في التجاره معه لتحرى الصلاح المستقبلي أو ما أشبه، كما تقدم من مثال حفظ العملاء ولو بالخساره، تحرى أقلهما مفسده.

مسأله ٧ العامل أمين

(مسأله ٧): العامل أمين، فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدى.

(مسأله ٧): {العامل} سواء كان أحدهما أو كلاهما أو أجنبياً {أمين} بلا- إشكال ولا- خلاف، ذكر ذلك المحقق والعلامة وشراحهما.

{فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدى} لا إشكال ولا خلاف في ذلك أيضاً.

وفي المستمسك: الحكم عندهم من المسلّمات الواضحات.

وهو كذلك لما دل من النصوص على عدم ضمان الأمين وهي كثيرة، وقد تقدم الكلام في ذلك في كتاب المضاربه، وستأتى بعض فروع المسأله.

ص: ٦٨

(مسأله ٨): عقد الشركه من العقود الجائزه، فيجوز لكل من الشريكين فسخه

(مسأله ٨): {عقد الشركه من العقود الجائزه}، قال فى القواعد: ويجوز الرجوع فى الإذن، والمطالبه بالقسمه.

قال فى مفتاح الكرامه: كما فى الشرائع والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان، وهو معنى ما فى المقنعه والكافى والمبسوط والنافع وجامع الشرائع والتذكيره واللمعه والروضه، وقد طفحت عباراتهم أنها عقد جائز لأنها فى المعنى توكيل وتوكل فيصح العزل والرجوع. وحكى عن الغنيه والتذكيره الإجماع عليه.

أقول: الشركه إذا كانت قهريه كالإيرث، أو اختياريه مثل المزج، فأجاز أحدهما للآخر التصرف فى المال المشترك لم يكن إشكال وخلاف، بل الإجماع القطعى على أنه يتمكن من نقض إذنه وذلك مقتضى تسلط الناس على أموالهم.

أما إذا كانت الشركه عقديه فمقتضى (أوفوا بالعقود) لزومها، إلا أن الإجماع قام على أن لكل واحد منهما حق الفسخ، وكفى به دليلاً بعد أن لم يخالف أحد، ويمكن أن يؤيده السيره المستمره القطعيه فى فسخ الشركاء الشركه العقديه متى شأؤوا.

اللهم إلا أن يقال: السيره فيما إذا لم تكن الشركه محدده، أما إذا كانت محدده بسنه مثلاً فالسيره بعكس ذلك، حيث لا يرون حق الفسخ لأحدهما.

{فيجوز لكل من الشريكين فسخه} أى فسخ العقد بخلاف ما إذا سحب

لا بمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الأول أو من حينه بحيث تبطل الشركة، إذ هي باقية ما لم تحصل القسمة

الأذن إذنه في التصرف في الشركة الإرثية والامتزاجية ونحوهما، فإن ذلك ليس فسخاً، كما هو واضح، إذ ليس هناك عقد، بل حاله حال ما إذا أذن له في التصرف في ملكه ثم رجع عن إذنه، فلا يسمى ذلك فسخاً، إلا بالمعنى اللغوي.

وبما ذكرناه ظهر وجه النظر في قول المصنف: {لا بمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الأول} حين العقد حتى يكون العقد كأن لم يكن {أو من حينه} وقت الفسخ {بحيث تبطل الشركة}.

وجه النظر: إن الفسخ وإن لم يكن من الأول إلا أنه من حين الفسخ، فإنه إذا عقد الشركة كان حال العقد حال سائر العقود يفسخ بالفسخ.

أما ما يبقى من الشركة وهو المال الممتزج _ لفرض أنهما مزجا مالهما قبل العقد أو بعد العقد _ فهو غير مربوط بالعقد، وإنما العقد الذي هو محل الكلام فقد زال بالفسخ، وزواله من حين الفسخ لا من حين العقد، وإذا انفسخ العقد وبقي ما له يرتبط بالعقد أي المال الممتزج، يرجع كل حق إلى صاحبه ويكون التخلص بالقسمة على نحو ما يتخلص من الإرث المشترك والمال الذي امتزج قهراً، ولا ربط لذلك بالعقد.

ومنه يعلم الإشكال في قوله: {إذ هي باقية ما لم تحصل القسمة}، إذ العقد قد ارتفع بالفسخ، قُسم المال الممتزج أو لم يقسم، فلا معنى لبقاء عقد الشركة.

بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الإذن في التصرف الذى بمنزله عزل الوكيل عن الوكالة، أو بمعنى مطالبه القسمة

ومنه يظهر وجه النظر فى قوله: {بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الإذن فى التصرف الذى بمنزله عزل الوكيل عن الوكالة، أو بمعنى مطالبه القسمة}.

وتصحيح السيد الجمال لكلام المصنف، حيث قال: لما كان موجب الشركه فى المالىن هو امتزاجهما دون عقد الشركه، فكل منهما أجنبى عن الآخر، وليس لجواز العقد أثر فيها، ولا لعدم ارتفاعهما بغير القسمة أثر فى لزومه، وحيث إنه لا ينشأ بعقدها سوى الإذن فى التصرف وما يتبعه فلا يؤثر فسخه سوى ارتفاع هذا الإذن دون نفس الشركه، انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ كلام المصنف فى الشركه التى هى من العقود الجائزه، كما فى أول المسأله، فإى معنى لقول المطلق (دون عقد الشركه).

ولذا قال فى المستمسك: (إذا كان المراد الشركه التجاريه، فإن كانت من العقود فلا مانع من أن تكون جائزه ويجوز فسخها وإن بقيت الشركه فى المال بحالها)، انتهى.

أما تشبيه المصنف الفسخ بعزل الوكيل أو مطالبه القسمة، فيرد عليه أن عزل الوكيل ليس فسخاً للوكالة، وإن كان ملازماً للفسخ، فهو من قبيل نفى الموضوع، بخلاف الفسخ الذى هو من قبيل نفى المحمول، كما أن طلاق المرأه وعتق العبد وهبه الشريك ماله لشريكه فى الشركه العقديه، ليس فسخاً لنكاحها، وفسخاً لشراء العبد، وفسخاً للشركه، ومطالبه القسمة ليست فسخاً للشركه، لا- لما ذكره المستمسك من استدلاله لعدم كونه فسخاً ب- (لذا تصح القسمة فى الموارد التى لا- يكون التشريك إنشائياً كالإرث).

وإذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر فيما لو كان كل منهما مأذوناً لم يجر التصرف للآخر، ويبقى الجواز بالنسبة إلى الأول

إذ يرد عليه أنه أى مانع من كون المطالبة لازم أعم، حسب اختلاف الموضوع عقداً أو أرثاً مثلاً بل لما يراه العرف من أن للفسخ مفهوماً غير مفهوم مطالبه القسمه، والظاهر أن مطالبه الفسخ لا توجب الفسخ، بل يتحقق الفسخ من حينه لا من حين مطالبته.

وكيف كان، فقد تكون شركة غير عقديه ويأذن أحدهما الآخر فى التصرف وقد لا يأذن، وقد تكون شركة عقديه ثم يأذن أحدهما الآخر أو لا يأذن. وإذا أذن فى الشركة العقديه فقد يحسب أحدهما إذنه مع بقاء الشركة، وقد يبطل الشركة مع بقاء إذنه فى التصرف، فبين الإذن والشركة عموم من وجه.

{وإذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر} فيما أذن كل منهما للآخر، سواء كان الإذن مطلقاً أو مقيداً، وسواء كان الرجوع فى المطلق كلياً أو فى الجملة {فيما لو كان كل منهما مأذوناً} لا يخفى أن هذا القيد توضيحي، {لم يجر التصرف للآخر} لأن العقد إذا كانت شركة عقديه لا توجب التصرف كما تقدم.

{ويبقى الجواز بالنسبة إلى الأول} حيث لم يرجع الآخر عن إذنه له، وكذلك الحال فى الشركة غير العقديه إذا أذنا ثم رجع أحدهما عن إذنه.

نعم إذا كان الإذن من طرف فى قبال إذن الآخر بنحو المعاوضه فى الإذن

وإذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما، وبمطالبه القسمة يجب القبول على الآخر

سواء في عقد الشركة أو غير العقد، فإذا سحب أحدهما إذنه سقط إذن الآخر تلقائياً.

ومنه يظهر أنه لا وجه لتخصيص المستمسك بالإذن المتقابل بالشركة العقديه.

ومنه يعلم أن الإذن منهما لو كان تابعاً للعقد، كان فسخ العقد رافعاً للإذن من الطرفين، أما إذا كان مستقلاً لم يكن سحب أحدهما الإذن موجباً لسحب الآخر، ولعل التذكرة أراد ذلك حيث فرق بين قول أحدهما: فسخت العقد، وبين قوله: عزلتك، لأن وقوع العزل عن أحدهما لا يقتضى العزل من الآخر، كما فى الجواهر، فأشكال المستمسك على التذكرة غير ظاهر.

{وإذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما} التصرف، لأن العقد والشركة غير العقديه لا يقتضى جواز التصرف.

{وبمطالبه} أحدهما {القسمة يجب القبول على الآخر} لأن امتياز ماله قسم من السلطه فيثبته «الناس مسطون»، وإن لم يكن تصرفه فى غير المقسوم أقل من تصرفه فى المقسوم، مثلاً اشترى بمالهما عبيدين وفرا، مما لم يمكن التصرف فى العبيدين إلا بالعتق ونحوه مما ليس للقسمة وعدمها أى أثر فى الممكن من التصرف، فاحتمال أن وجه وجوب القبول على الآخر أن الشركة مانعه عن التصرف وذلك ينافى دليل السلطنه غير ظاهر.

وإذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زياده في الربح أو نقصان في الخساره، يمكن الفسخ بمعنى إبطال هذا القرار، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبه المالين على ما هو مقتضى إطلاق الشركة.

نعم يبقى الكلام فيما لو كانت القسمة ضرراً على الآخر بدون أن يكون عدم القسمة ضرراً على طالب القسمة، فهل يجب تحمل المطلوب الضرر أم لا، الظاهر العدم، لإطلاق دليل «لا ضرر» الحاكم على دليل السلطنة.

{وإذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زياده في الربح} حيث تقدم جواز ذلك {أو نقصان في الخساره} كما إذا كان الشرط تحمل أحدهما ثلث الخساره والآخر ثلثيه {يمكن الفسخ بمعنى إبطال هذا القرار} ويبقى أصل العقد إذا كان على نحو الشرط، لا ما إذا كان على نحو المصعب (الجزء) أو القيد، وقد سبق الفرق بين الثلاثه، وإلا لم يبق العقد، بل كان اللازم عقداً جديداً.

وإذا بطل الشرط فقط كان {بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبه المالين} والعمليين في الربح، لما تقدم من أن الربح تابع للمال والعمل {على ما هو مقتضى إطلاق الشركة}، وكذا الحال إذا بطل العقد وعملاً كان لكل منهما من الربح حسب ماله وعمله، وليس المقام كالمضاربه، حيث قالوا هناك بأن الأجره للعامل بعد بطلان المضاربه.

مسألة ٩ لو ذكر أجلا لم يلزم

(مسألة ٩): لو ذكر في عقد الشركة أجلاً لا يلزم، فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه

(مسألة ٩): {لو ذكر في عقد الشركة أجلاً لا يلزم} كما ذكره المحقق والعلامة وغالب من ذكر المسألة بعدهما.

{فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه} لأن الشركة من العقود الجائزة فالشرط فيها غير لازم الوفاء، وإذا رجع أحدهما سقط الشرط، لأنه قائم بهما، فإذا فقد أحد الطرفين سقط.

وإشكال المستمسك فيه: بأنه لم يثبت أن الشركة التجارية من العقود فضلاً عن أن يكون جائزها، ولو سلم فلا مانع من صحه شرط اللزوم وعدم الفسخ إلى أجل في العقود الجائزة، غير ظاهر، إذ قد تقدم أن الشركة عقد، كما قد تكون بالامتزاج ونحوه، وتقدم في كتاب المضاربه أن الشرط في العقد الجائز جائز، نعم يرد على المصنف أنه لم يلتزم بذلك خلافاً للمشهور.

ثم إن احتمال أن يكون جواز عقد الشركة من ذاتها، فالشرط فيها خلاف مقتضاها، أو أن الشرط مخالف للكتاب والسنة، في غاية البعد، لأن عدم اللزوم مقتضى الإطلاق ولا شيء في الكتاب والسنة يجعل ذات الشركة لازمه.

ثم إذا رجع أحدهما فقد يكون إبطالاً للعقد، وقد يكون إبطالاً للشرط، فإن كان الأول لم يصح أن يرجع عن رجوعه، لأن العقد إذا بطل لا ينعقد إلا بعقد جديد، وإن كان إبطالاً للشرط ولم يبطل العقد صح لهما البقاء إلى

إلا أن يكون مشروطاً في ضمن عقد لازم فيكون لازماً.

الأجل المذكور، وكانت آثار الشركة باقية إلى ذلك الوقت المضروب أجلاً.

{إلا أن يكون مشروطاً في ضمن عقد لازم فيكون لازماً} لأدله الوفاء بالشرط، وحيث تقدم ذلك في المضاربه لم يكن داع إلى تكرار الكلام فيه.

ومنه يظهر وجه النظر في إشكال السيدين ابن العم والبرجودي في لزوم الشرط حينئذ.

ثم إن معنى اللزوم الوضع، كما ذكروا في باب الشرط، فإذا خالف ورجع لم يؤثر أثره، خلافاً لبعض المعلقين حيث قال: يؤثر أثره.

ومن الواضح أنه لو كان وضعياً بحيث لا يؤثر الرجوع كان ترتيب أثر الرجوع خلاف الشرع، فيكون تكليفاً يتبع الوضع.

هذا مع الغض عما ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله) من أنه ليس هناك تكليف ووضع، إنما تكليف صرف، إذ ليس للشارع حكمان، وسوق الكلام في المقام على رأيه أيضاً واضح.

مسألة ١٠ لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة

(مسألة ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط في الحفظ فأنكر، عليه الحلف مع عدم بينه.

(مسألة ١٠): {لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط في الحفظ} بعد أن كان مجازاً في العقد أو بعده في التصرف {فأنكر} فإن كان للمدعى بينه فهو، وإلا- {عليه الحلف مع عدم بينه} لأنه أمين، وليس عليه إلا اليمين (١١)، كما تطابقت بذلك النص والفتوى.

ولو ظهر تعديه أو تفريطه، إلا أنهما اختلفا في الزيادة والنقصيه، كان عليه الحلف في عدم الزيادة التي يدعيها الشريك الآخر.

ولو اختلفا في قدر الإذن، كان القول قول المنكر للزيادة، لأصالة العدم.

ولو تجاوز المحدود ضمن بلا- إشكال ولا- خلاف، كما عن النهايه والمبسوط والكافي والغنيه والوسيله والسرائر والفاضلين والشهيدین وغيرهم، وعن ابن زهره دعوى الإجماع عليه.

ولو تناقضا بأن قال المسافر: أذنت لى فى السفر إلى الشمال، وقال الشريك الآخر: بل إلى الجنوب، لزم على المدعى البينه، لأنه لم يثبت أنه أمين فى هذه الجهه، نعم لو كان أميناً لم يبعد قبول قوله.

ص: ٧٧

مسألة ١١ لو ادعى العامل التلف

(مسألة ١١): إذا ادعى العامل التلف قبل قوله مع اليمين لأنه أمين.

(مسألة ١١): {إذا ادعى العامل التلف قبل قوله مع اليمين لأنه أمين}، وليس على الأيمن إلا اليمين، ولا فرق بين أن يدعى أنه تلف بسبب ظاهر كالحرق، أو غير ظاهر كالسرقة، كما نص عليه المحقق والعلامة وغيرهما.

نعم لو ادعى أنه كان في داره واحترق باحترق الدار مثلاً، وشهدت الشهود أنه لم تحترق داره كان الضمان عليه، لأن شهود النفي بمنزلة العلم، ويمين الأيمن إنما هو في صورة عدم العلم والعلمى كما هو واضح، ولذا لا يمين له في صورة بينه الطرف.

أما إذا ظهر بطلان قوله إنه ظن لو صدق بأنه سرق منه لم يقبل، فهل يقبل قوله الثاني لإطلاق دليل ليس عليه إلا اليمين، أو لا، لانصراف الدليل إلى ما لم يظهر كذبه، احتمالاً، لا- يبعد الانصراف، وإن كان صدقه في كلامه الثاني محتملاً واقعاً، إذ الاحتمال لا يوجب رفع اليد عن أدله البينه على المدعى.

وفروع المسألة كثيرة، نكلها إلى موضعها.

(مسأله ١٢): تبطل الشركه بالموت والجنون والإغماء والحجر بالفلس أو السفه

(مسأله ١٢): {تبطل الشركه بالموت}، نقله مفتاح الكرامه عن المقنعه والنهائيه والمبسوط والمراسم والكافى والغنيه والنافع وجمله من الكتب الآتيه، وعن الغنيه الإجماع عليه.

واستدلوا له بانتقال المال إلى الوارث فلا يجوز التصرف بغير إذنه.

أقول: لولا-الإجماع الذى لم يظهر من أحد خلافه لكان الإشكال فى الدليل المذكور واضحاً، إذ انتقال المال إلى الوارث لا يلازم الإبطال، ولذا لا تبطل الإجاره بالموت، والفرق بأن الشركه عقد جائز دون الإجاره غير فارق، إذ البطلان فى العقد الجائز يحتاج إلى الدليل، ولو شك فالأصل بقاء الشركه.

{والجنون والإغماء والحجر بالفلس أو السفه}، قال فى مفتاح الكرامه: قد صرح بانفساخها بالموت وبالجنون الشرائع والتذكره والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفايه، وزيد فى التذكره انفساخها بالإغماء والحجر والسفه، وزيد فى التحرير وجامع المقاصد والمسالك على الثلاثه المذكوره انفساخها بالفلس.

أقول: مجرد هذه الفتاوى لا توجب الحكم، وإنما المهم ما استدلووا به لذلك، وهو أن الشركه توكيل والوكاله يجب أن تكون من الأهل، وهؤلاء ليسوا أهلاً.

وأضافوا فى الفلس بأن الأموال تحت سلطان الحاكم الشرعى فلا يجوز التصرف بغير إذنه.

وفى كلا الدليلين نظر، إذ العقد ليس توكيلاً،

بمعنى أنه لا يجوز للآخر التصرف، وأما أصل الشركه فهى باقيه

والأموال غير الجارى عليها العقد تحت ولايه الحاكم الشرعى، والأصل بقاء العقد لو شك فى بقاءه عند عروض هذه الأمور.

وقد أشكل فى المستمسك فى ما عدا الموت والجنون لو لا ظهور الإجماع، وقال: وكما أن الإذن لا تبطل بالنوم لا تبطل عرفاً بالإغماء والجنون والسفه، وإذا شك فلاستصحاب كاف فى ترتيب الأحكام.

أقول: والمراد به عرفاً أنه حقيقه عرفيه أمضاها الشارع، بل قد عرفت أنها عقد لا مجرد إذن، فهو مثل عقد الإجاره ونحوها، وقد تقدم إشكالنا على بطلان المضاربه.

ومنه تعلم أن قوله: {بمعنى أنه لا يجوز للآخر التصرف، وأما أصل الشركه فهى باقيه} منظور فيه، إذ الشركه العقديه باقيه كما ذكرنا، والإذن باق عرفاً، بالإضافة إلى أنه من توابع العقد كالإذن فى التصرف فى العين المستأجره.

ومنه يعلم أن قول المستمسك تبعاً لغيره بأن حدوث هذه الطوارئ لا يوجب إفراز الحقوق ولا تعيين الحصه المشاعه، فالشركه المحكومه بطلانها بالأمور المذكوره هى الشركه فى الاتجار بالمال والعمل به بمعنى عدم جواز التصرف فيه محل نظر، إذ ليس الكلام فى هذا، بل فى بطلان العقد، وإلا فلا ينبغى احتمال أن بالمذكورات يحدث الإفراز وتعيين الحصه المشاعه.

ومنه يعلم أن قول مفتاح الكرامه وغيره إن المراد بالانفساخ ارتفاع ما اقتضاه عقدها من جواز التصرف أيضاً محل نظر.

نعم يبطل أيضاً ما قرراه من زياده أحدهما فى النماء بالنسبه إلى ماله، أو نقصان الخساره كذلك إذا تبين بطلان الشركه فالمعاملات الواقعه قبله محكوماه بالصحه

{نعم يبطل أيضاً ما قرراه من زياده أحدهما فى النماء بالنسبه إلى ماله} بل يرجع حق كل إلى القدر الطبيعى من نسبه الربح إلى المال، ولم نذكر (العمل) لأنه لا عمل عندهم هنا.

{أو نقصان الخساره كذلك} لأنه قد سبق فى بعض المسائل السابقه أن الخساره تابعه للمال، فإذا بطل الشرط رجع أمر الخساره إلى حالتها العاديه، لكن ربما يقال: إنه إذا دخل أحد الشريكين على أن لا يكون عليه خساره فهو مغرور من قبل الشريك الآخر، و«المغرور يرجع إلى من غر»^(١٧)، وإن صار الغار مجنوناً أو ما أشبهه، كما إذا قدم طعام غيره إليه باعتبار أنه من نفسه، وبعد ذلك جن الغار، كان غرره فى ماله، ويؤيده قاعده (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده).

{وإذا تبين بطلان الشركه فالمعاملات الواقعه قبله} قبل تبين البطلان {محكوماه بالصحه} فيما إذا كان للشريك حق الإذن، إذ الصحه مبينه على الإذن فإذا لم يصح الإذن لم تكن صحه.

ص: ٨١

ويكون الربح على نسبة المالين لكفايه الإذن المفروض حصوله، نعم لو كان مقيداً بالصحة تكون كلها فضولياً بالنسبة إلى من يكون إذنه مقيداً، ولكل منهما أجره مثل عمله بالنسبة إلى حصه الآخر إذا كان العمل منهما

{ويكون الربح على نسبة المالين} والعملين إذا عمل كل منهما، لما ذكرناه مكرراً من أن الربح تابع لكليهما لا للمال فقط {لكفايه الإذن المفروض حصوله}.

أما قول المستمسك: إن الشركة العقديه نفس الإذن بالتصرف، فقد تقدم سابقاً الإشكال فيه.

ولا يخفى نوع تدافع في كلام المصنف، إذ لو أن ضمير (قبله) كان عائداً إلى (التبين) كما فسرناه مما لازمه البطلان قبل التبين، لم يكن إذن فإنه إذا مات أو جن _ كما هو موضوع كلام المصنف (رحمه الله) _ لم يكن إذن، فقلوه: (لكفايه الإذن) لا يناسب (قبله)، وإن كان ضمير (قبله) عائداً إلى (البطلان) لم يكن وجه لقلوه: (لكفايه)، إذ قبل البطلان العقد باق، فالمعاملات صحيحة للعقد لا للإذن المجرد عن العقد.

{نعم لو كان} الإذن {مقيداً بالصحة} فلا إذن من الشريك لو لم يكن العقد صحيحاً {تكون} تلك المعاملات الواقعة بعد بطلان العقد {كلها فضولياً بالنسبة إلى من يكون إذنه مقيداً}، الظاهر عدم الحاجه إلى هذا القيد، لأن الشريك الذي أجرى المعامله لا يكون الأمر بالنسبة إليه فضولياً، وإنما تكون بالنسبة إلى الطرف الآخر، وكأنه قيد توضيحي.

{و} حيث ارتفع العقد وكان العمل بالإذن، أو فضولياً بإجازه متأخره كان {لكل منهما أجره مثل عمله بالنسبة إلى حصه الآخر إذا كان العمل منهما} فيما

وإن كان من أحدهما فله أجره مثل عمله.

إذا كان للآخر ربح بقدر الأجره أو أكثر منها، أما إذا لم يكن ربح أصلاً، أو كان أقل من أجره العمل ففي صورته الإذن لا شيء للعامل إذ لا ربح، لأنه دخل على ذلك، فالعامل هو الذي أهدر عمله، لقاعده ما لا يضمن، وإذا كان ربح أقل من الأجره كان له ذلك الأقل، لأنه دخل على ذلك، فمن أين يكون للعامل أكثر من الربح، وفي صورته الإجازة يرجع استحقاق العامل للأجره إلى قصد المجيز، بعد لزوم عدم قصد العامل التبرع، إذ لو قصد العامل التبرع بعمله لم يكن له شيء.

أما إذا لم يقصد، فإذا أجاز المالك المعامله بقصد إعطاء الأجره كان عليه الإعطاء، وإلا فإن عد ذلك حقاً عرفاً كان له بمقتضى: «لا يتوى حق امرئ مسلم» ونحوه، كما هو كذلك في كل فضولى، فإذا باع زيد دار عمرو فضوله فأجاز المالك إن عد ذلك حقاً له، لأنه عمل استوفاه المجيز، سواء ربح في الدار أم لا، كانت عليه الأجره، وإلا لم يكن عليه شيء، لأن البيع لم يكن بإجازته، ولا دليل على أن الإجازة بعد ذلك توجب عليه حقاً.

ومنه يعلم الكلام في قوله: {وإن كان} العمل {من أحدهما فله أجره مثل عمله} لا طراد الكلام في عملهما إلى عمله أيضاً.

مسألة ١٣ لو ادعى أنه اشتراه بالشركة

(مسألة ١٣): إذا اشترى أحدهما متاعاً وادعى أنه اشتراه لنفسه، وادعى الآخر أنه اشتراه بالشركة، فمع عدم البينة القول قوله مع اليمين، لأنه أعرف بنيته، كما أنه كذلك لو ادعى أنه اشتراه بالشركة وقال الآخر إنه اشتراه لنفسه، فإنه يقدم قوله أيضاً لأنه أعرف، ولأنه أمين.

(مسألة ١٣): {إذا اشترى أحدهما} أحد الشريكين في الشركة العقديه، أو كان كل منهما مأذوناً من الآخر في التصرف في المال المشترك بالمزج أو الإرث أو ما أشبه {متاعاً، وادعى أنه اشتراه لنفسه، وادعى الآخر أنه اشتراه بالشركة} بأن كان الاختلاف في أنه قصد أى الأمرين {فمع عدم البينة} للآخر {القول قوله} قول المشتري {مع اليمين} لأنه منكر، وكان مقتضى القاعده أن يعطف قوله: {لأنه أعرف بنيته} بالواو لأنه دليل آخر، ولا حاجة لأحد الدليلين إلى الآخر.

وكيف كان، فقد ذكرنا في كتاب المضاربه وجه الاستدلال بقاعده (أعرف بنيته) وأنها قاعده عقلائية أمضاها الشارع حتى فيما إذا كان مقتضى القاعده الأوليه، لأن يكون عليه البينه لكونه مدعياً، فإذا جرت القاعده يكون القول قوله بدون البينه.

{كما أنه كذلك لو ادعى أنه اشتراه بالشركة، وقال الآخر: إنه اشتراه لنفسه}، وكذلك إذا قال: إنه اشتراه لموكله، وقال الآخر: بل اشتريته للشركة، أو عكس ذلك، فإن القول قوله لا قول الطرف الآخر.

{فإنه يقدم قوله أيضاً لأنه أعرف} إشاره إلى قاعده (ما لا يعرف إلا من قبله).

{ولأنه أمين} و«ليس على الأمين إلا اليمين»^(١)، كما جاء به الفتوى المستفاده

ص: ٨٤

من النصوص، وإشكال المستمسك في كليه سماع قول الأمين غير ظاهر الوجه، ولذا لم أجد حتى معلقاً واحداً من الذين ظفرت بتعليقاتهم على أكثرتهم أشكال على المصنف.

ثم إن المصنف (رحمه الله) لم يذكر جملة من المسائل المذكورة في كتب الفاضلين والشهيديين وشروحها، ونحن نذكر بعضها، والله المستعان.

ص: ٨٥

مسألة ١ لو باعا بثمان واحد

(مسألة ١): لو باعا بثمان واحد، أو عملاً بأجره واحده، أو ظفراً بما جعل له معاً أو ما أشبه ذلك، فأعطى الطرف لكل منهما قدر حقه فلا شركة، إذ له ذلك، فإذا أعطى أحدهما قدر حقه ولم يعط الآخر لم يكن الآخر مشتركاً مع الأول فيما أعطى، وإن أعطى أحدهما قدر حقه وأكثر للآخر بدون تمييز صاراً فيه مشتركاً حسب الحصة.

مثلاً كانت أجرتهما عشرة، فأعطاه ستة، فخمسه له وواحداً لشريكه، صار شريكاً له بالسدس على نحو الكسر المشاع، لا الكلى فى المعين، لأن الشركة تقتضى الكسر المشاع، إذ لا أولويه لأن يكون التلف من أحدهما من آثار الفرق بين الكسر والكلى.

وهل للمالك أن يقول: واحد لشريكك على نحو الكلى فى المعين، احتمالان، لا يبعد ذلك، لما عرفت من أن التعيين بيده، فإذا قبل الآخر تم، إذ الحق لا يعدوهما.

نعم يحتاج الأمر إما إلى قبول الشريك الآخر إذا لم يكن الآخذ وكياً أو مأذوناً عنه فى التصرفات التى منها ذلك، فإذا قبل الثلاثه بذلك فتلف لم يذهب من كيس الشريك، إلا إذا تلف أكثر من الخمسه، حيث الزائد من كيس الشريك.

أما إذا أعطى كل المال لهما أو لأحدهما فيما كان مأذوناً من الطرف فهذا المال يصبح مشتركاً بينهما.

قال فى القواعد: لو باعا بثمان واحد أو عملاً باجره واحده ثبتت الشركة، سواء تساوت القيمتان، أو اختلفتا، ولكل منهما بقدر النسبه من القيمه.

أقول: قد صرح بثبوتها فيما إذا عملاً بأجره واحده الشرائع والمسالك.

ولا يخفى أن وجه الشركه ما تقدم من تعلق حقهما بهذا المال ولا امتياز، فلا يمكن غير الشركه فإنها أمر عقلائي قرره الشارع، إذ لم يردع عنه، كما أن وجه النسبه ما ذكره مفتاح الكرامه من لزوم إعطاء كل ذي حق حقه، وكان الأولى أن يعلله بأن حق كل منهما في هذا المال لا يزيد من حقه، إذ الإعطاء فرع الثبوت، فالتعليل بالعطاء مما لا ينبغي.

وطريقه النسبه واضحه، بأن ينسب قيمه مال أحدهما أو عمله إلى مجموع القيمتين وتؤخذ بتلك النسبه من الثمن والأجره، ويضاف على ذلك ما زاد لأجل الجمع إذا كان الجمع يوجب الزيادة، سواء تساوت الزيادة أو اختلفت.

مثلاً- صنع كل واحد من النجارين مصرع باب وبعاهما بعشره، بينما قيمه ما صنعه ثلاثة فقط، فإنه يعطى خمسه لزيادة الاثنين بسبب الاجتماع.

ومثال عدم التساوى ما إذا صنع أحدهما القفل، والآخر المفتاح، فأضاف الاجتماع على ثلاثة القفل واحداً، وعلى واحد المفتاح اثنين مثلاً، حيث يعطى الأول أربعة والثاني ثلاثة فيما إذا اشتراهما المشتري سبعة، إلى غير ذلك من الأمثله.

وكذلك في الأجره، فإذا كان بناء نصف الدار الأسفل بمائه ونصفها الأعلى بخمسين، وإذا بناها كامله بمائتين وعشره، بحيث ثلثا الستون الزائد للاول، وثلثه للثاني، فأخذها بمائتين وعشره، وعمل الأول ثم الثاني، كان للأول مائه وأربعون، وللثاني سبعون، بينما إذا استأجر الأول أعطاه مائه وبعده استأجر الثاني يعطيه خمسين.

قال في التذكرة: إذا اشترك الصانعان فيما لا مثل له كالثياب، وحصل المزج الرافع للامتياز تحققت الشركه، وكان المال بينهما، فإن علمت قيمه كل واحد منهما

كان الرجوع إلى نسبة تلك القيمة، وإلا تساويا عملاً بأصالة التساوى.

أقول: إذا قلنا بحصول الشركه بمثل هذا الاشتباه كان له ثلاث صور: تساوى القيمه، واختلافهما مع وضوح أن لأيهما الأقل، أو مع اشتباهه، وعدم العلم بالتساوى أو الاختلاف ففي الأول والأخير يقسم المال بينهما بالتساوى، وفي الشق الأول من الوسط يكون لكل حقه، وفي شقه الثانى كان مقتضى قاعده العدل تنصيف المجهول.

مثلاً علم أن الثوب الأحمر قيمته مائه والأبيض قيمته ثلاثون، ولم يعلم أيهما لزيد وأيهما لعمر، أعطى كل واحد ثلاثين، لأن له هذا قطعاً، أما السبعون الباقي فهو بينهما فاللزام تنصيفه بينهما، لأنه لا ترجيح وتكون النتيجة التنصيف.

ومثله إذا علم أن الأحمر لزيد والأبيض لعمر، لكن لم يعلم هل يبيع الأحمر بمائه أو الأبيض، وبيع الآخر بثلاثين.

ومن ذلك تعرف وجه النظر فى كلام القواعد، قال: وإذا تميز عمل الصانع عن صاحبه اختص بأجرته، ومع الاشتباه يحتمل التساوى والصلح، وقد تقدم عن التذكرة التساوى بدون ذكر الصلح.

ومنه يعلم عدم الوجه للقرعه كما عن مجمع البرهان، إذ لا مشكل بعد قاعده العدل.

ويأتى الكلام الذى ذكرناه فى الشركه، فى الوصيه والوقف والهبة والإجاره والجعله وغيرها، فإذا أوصى لهما بهذه الصبره أو وهبها لهما أو جعلها أجره أو جعله عملهما، أو وقف هذه الأرض لهما تساويًا، وإن شك فى أنه جعل تفاوتاً أو لا، كان الأصل العقلانى التساوى.

ولو علم بالتفاوت لأحدهما الثلث

ولآخر الثلثين ولم يعلم أن أيهما جعله لأيهما، كانت القاعده تقسيمه بينهما بالسويه لعدم المرجح، والقرعه وإن كانت ممكنه إلا أن الشارع أسقطها في الدرهمين وإرث الخنثى وغيرهما من الموارد المتعدده مما يفهم منها ضرب القاعده، وأقله أنها عقلائيّه لم يردع عنها الشارع.

ص: ٨٩

(مسألة ٢): ليس لأحد الشريكين بعد أن فسخ العقد مطالبه الشريك الآخر بإقامه رأس المال، كما عن المبسوط والوسيلة وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان والكفاية، وذكره الشرائع والقواعد وشراجهما.

واستدل له في مفتاح الكرامة وغيره بالأصل السالم عن المعارض، وبأنه تكليف فيحتاج إلى الدليل، وفيه: إن دليبه الثاني هو الدليل الأول وليساً بدليلين.

ومن ذلك يعرف أنه لو كان عند الفسخ نقداً لم يكن لأحدهما مطالبه الآخر بتبديله إلى المال الأولى لو كان عند الشركة مالا، كما إذا عقدا عقد الشركة في مال ممزوج ثم تصرفا فيه بأن جعلاه نقداً.

ولو شرط أحدهما عند العقد أو الامتراج إرجاع رأس المال بعد الفسخ، أو جعله نقداً فيما كان مالا، أو مالا في ما كان نقداً، لم يلزم الشرط، لأنه في ضمن عقد جائز، وقد سبق أنه لا يلزم.

نعم لو جعل الشرط في ضمن عقد لازم لزم، فإذا لم يفعله المشروط عليه ألزم، وإن لم يمكن إلزامه جاز أخذ الحاكم من ماله لأجل التحويل المذكور إذا احتاج إلى المال.

وهل يجوز جعله ملكاً لمن لم يعمل بالشرط، والأخذ من ماله حسب الشرط، مثلاً اشتركا في مائة دينار مشروطاً، وعند الفسخ كان قد تحولت الدينانير إلى دهن، ولما لم يبدله إلى دنانير يأخذ الحاكم من دنانير المشروط عليه ويعطيه للمشروط له ويجعل بدله للمشروط عليه الدهن

الذى بينه وبين المشروط له، احتمالان، من الأصل، ومن أنه حقه فله إنقاذه منه بكل وجه، والثانى أقرب.

ولو اختلفا فى أنه هل كان شرطاً فى ضمن عقد لازم، فالقول قول المنكر مع يمينه إذا لم يكن للمدعى بينه، كما هى قاعده كل نزاع.

ولو باع أحد الشريكين المال، ثم ادعى أنه لم يقبض الثمن، أو قبض حصه نفسه فقط، كان القول قوله مع حلفه، لأنه أمين.

وإن قال الشترى: بل أعطاه كل الثمن، أو أعطاه بعضه لهما لا له فقط، كان الأصل مع الشريك فى الأول لأصالة عدم إعطائه أزيد مما يدعيه الشريك. أما فى الثانى فهل المرجع التحالف، أو القول قول المعطى لقاعده (ما لا يعرف إلا من قبله). احتمالان.

ولو باع الشريكان سلعه صفقه، ثم استوفى أحدهما شيئاً، شاركه الآخر فيه، كما ذكره العلامة فى القواعد والتذكرة، ونقل عن الشيخ والمحقق والشهيدى وغيرهم، وذلك لأنه المنصرف من إعطاء المشتري إذا لم يكن دليل على خلافه، وهذا هو المشهور، بل ادعى عليه الإجماع، وحيث إن المسأله مرتبطه بكتاب الدين نتركها لذلك الكتاب.

نعم يبقى الكلام فى ما ذكره القواعد من أنه لو تعددت الصفقه فلا مشاركته، إذ لم يعرف فرق بين وحده الصفقه وتعددتها بعد كون المال المبيع مشتركاً، فإذا كان مال ممزوج لزيد وعمرو فباع أحدهما نصفه لبكر، ثم باع الآخر لبكر، فدفع بكر لأحدهما كل ثمن ما اشتراه منه أو بعضه، لم يكن وجه لعدم كون نصفه الآخر للشركه، فإن المال لما كان مشتركاً كان ما يعطى بإزائه مشتركاً

أيضاً، كما أن الحكم كذلك لو كان المشتري من أحد الشريكين أو من كليهما متعدداً، لوحده العله التي ذكرناها في الجميع.
ومن المستبعد جداً أن يريد القواعد بيع كل شريك الشيء الخاص به، فراجع كلامه.

ولو باع زيد مال نفسه لعمره وباعه خالد كذلك، فأعطى المشتري نقداً بعنوان أنه لهما اشتراكا فيه إذا قبلا، وإن لم يقبلا كان عليه إعطاء ثمن كل واحد لنفسه مجزئاً، إذ مقتضى تسلط الناس على أموالهم (١) أن لهم الحق في أن لا- يشتركا، فإرادته المشتري تشريكهما في ما يدفع غير نافذه.

أما إذا باعاه مالاً- مشتركاً فأراد أن يعطى حصه أحدهما، لم يكن لهما أن يقولان: لا- نقبل إلا إعطاء الثمن مشتركاً، إذ تسلط المشتري على ماله يجعله مخيراً في أن يعطى بعنوان الشركه أو بعنوان الفرديه.

ومنه يعلم أنه لو كان المال المشترك متساوياً وثمانه مائه، فأعطى المشتري ستين منه، فله أن يجعله لهما بالسويه أو باتفاوت، إذ لا يجبر المشتري بأحد القسمين من الإعطاء، حيث إنه خلاف سلطنته على ماله.

كما أن له أن يعطيها بقصد المساواه فيما أعطى وإن كان حقهما في المال المشترك مختلفاً، كما لو كان لأحدهما ستون في المائة، وللآخر أربعون، فأعطى خمسين بقصد أن يكون لكل منهما نصف الخمسين.

ولو أعطى المشتري الذي اشترى المال المشترك صفقه أو صفقتين من أحدهما أو من كليهما بعض الثمن، كانا شريكين فيه، إلا إذا نوى المشتري إعطاء حصه أحدهما.

ولم تنفع نيه المستوفى أن الذي يأخذه له فقط

ص: ٩٢

أو لشريكه فقط أو لهما، وذلك لأن كل جزء جزء مشاع عند الإعطاء، ولا دليل على تأثير نيه الآخذ في عدم الإشاعه، ولذا قال الشرائع: إذا باع الشريكان سلعه صفقه ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الآخر فيه.

قال الجواهر: ولو كان الاستيفاء بنيه أنه له.

أقول: ولا خصوصيه لبيعهما صفقه، ولذا لم نقيده المسأله بذلك، وكأن المحقق ذكر ذلك من باب المثال.

وكيف كان، فيدل على ما ذكرناه بالإضافه إلى أنه وفق القاعده، جمله من الروايات.

مثل مرسل أبي حمزه، قال: سئل أبو جعفر (عليه السلام) عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما ومنه غائب عنهما، فاقتهما الذي بأيديهما وأحال كل منهما نصيبه من الغائب فاقتهما ولم يقتضى أحدهما ولم يقتضى الآخر، قال: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله» (١).

ومثله خبر غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام)، إلا أنه قال: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، وما يذهب بينهما» (٢).

وكذا خبر محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) (٣).

وخير معاويه بن عمار (٤).

ص: ٩٣

-
- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٩ الباب ٦ من ابواب أحكام الشركه ح ١
 - ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٩ الباب ٦ من ابواب أحكام الشركه ذيل الحديث ١
 - ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٩ الباب ٦ من ابواب أحكام الشركه ح ١
 - ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٩ الباب ٦ من ابواب أحكام الشركه ذيل الحديث ١

وفى خبر عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، سألته عن رجلين بينهما مال، منه دين ومنه عين، فاقتهما العين والدين، فتوى الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذى للآخر أيرده على صاحبه، قال: «نعم ما يذهب بماله»^(١).

وفى الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال فى الشريكين إذا افترقا واقتسما ما فى أيديهما، وبقي الدين الغائب فتراضيا أن صار لكل واحد منهما حصته فى شىء منه، فهلك بعضه قبل أن يصل، قال (عليه السلام): «ما هلك فهو عليهما معاً، ولا يجوز قسمه الدين»^(٢).

ولا يخفى أنه لا يمكن الاستدلال بهذه الأخبار، لعدم إمكان تقسيم الدين، إذ الأربعة الأولى منها لا دلالة فيها لقوله فيها: «ومنه غائب»، والغائب غير الدين، والخامسة محتملة، إذ تقسيم الدين إنما يكون مقيداً بتحصيله كله، فإذا نوى بعضه لم يكن التقسيم جارياً، ويكون مالا يتوى بينهما.

أما خبر الدعائم فهو ضعيف، لا يمكن إثبات الحكم به، بعد كون الحكم مطابقاً لقاعده السلطنة.

وبذلك ظهر أنا لا نرد الأخبار المتقدمة بالضعف والإرسال كما فعله صاحب المسالك ومجمع البرهان، كيف وهى حجه خصوصاً خبر سليمان بن خالد الصحيح.

كما ظهر أن ما ذكره مفتاح الكرامه: بموافقه ذلك للقواعد وأصول المذهب، لأن المال فى ذمم الغرماء مشترك، كما هو

ص: ٩٤

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٠ الباب ٦ من أبواب أحكام الشركه ح ٢

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٠ الباب ٥ من أبواب أحكام الشركه ح ١

التقدير، غير مقسوم، لأن ما فى الذمم غير مقبوض ولا متعين حتى تصح قسمته، ولا دليل على لزوم قسمته كذلك، مع أن الأصل عدمه، مضافاً إلى الأصل بمعنى الاستصحاب، انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ القاعده تقتضى تسلط الناس على أموالهم (١) عيناً أو ديناً، فإذا كان لزيد فى ذمه عمرو وبكر مائه دينار، فى ذمه كل نصفه، ومات وورثه ابنه، فجعل كل منهما ماله فى ذمه أحد الغريمين، رأى العقلاء ذلك حقاً لهما، لا فرق بين تقسيمهما المائه إذا كانت خارجيه، وبين ذلك إذا كانت ديناً، ولا دليل على أن الشارع رفض ذلك، فلا أصل ولا استصحاب ولا قاعده ولا حاجه إلى القبض والتعين أكثر من ذلك.

نعم إن كان إجماع فى المسأله غير محتمل الاستناد، كان اللازم العمل به.

ولا يخفى أن ما ذكرناه غير المحكى عن ابن إدريس، من اختصاص كل من الشريكين بما يستوفيه من حقه، ولا يلحقه الآخر فيه، إذ ذلك خلاف الشركه، فإن الشريك لا يحق له التصرف فى المال المشترك ديناً أو عيناً إلا بموافقه الشريك، وإن استدل له فى الجواهر بأدله تسعه، وقواه جامع المقاصد لقوه ومثانه بعض تلك الوجوه، ونقله عن المختلف، وحيث إن الكلام فى ذلك راجع إلى باب الدين نكله إلى محله، ومن شاء التفصيل فليرجع إلى الجواهر ومفتاح الكرامه.

ص: ٩٥

(مسألة ٣): قد ذكرنا بعض المسائل القسمه فى كتاب القضاء، ونذكر هنا بعضها تبعاً للأصحاب، فنقول:

القسمه هى تميز الحق لكل شريك من غيره، وهى أمر عقلائى أمضاه الشارع، وليست بيعاً ولا صلحاً ولا غيرهما، سواء كان فيها رد أو لم يكن، فلا- يترتب عليها أحكام تلك العناوين، وهذا هو المحكى عن الشيخ والفاضلين والشهيدى وغيرهم، بل فى الجواهر: لا خلاف أجده فيه ولا إشكال.

فليس فيها خيار الحيوان والمجلس والشفعه، ولا- تبطل بالتفرق قبل القبض، ولا- يلزم العلم بالمقدار، فلو كانت صبره لا يعلم قدرها صح تقسيمها بين الورثه، وإن لم يعلم كل كم صار نصيبه منها، ولا يلزم التقسيم الكامل بين نفرين، ولا أصل التقسيم بالنسبه إلى بعض الشركاء إذا كانوا جماعه، أى يصح تقسيم بعض المشترك، كما يصح تميز حق بعض المشتركين، فلو كان اثنان بينهما شركه فى صبره يصح أن يقسما بعضها ويبقى بعضها الآخر مشتركاً بينهما، وإذا كان أربعة شركاء صح تقسيم المال إلى قسمين كل قسم لاثنتين منهم، كل ذلك لإطلاق الأدله، بل لا يظهر الخلاف فى كل ذلك.

ثم القسمه إذا كانت قسمه إجبار لم تحتج إلى رضايه الشركاء، أما إذ لم تكن قسمه إجبار فلا تكون إلا باتفاق الشركاء، كما ذكره غير واحد، بل فى الجواهر بلا خلاف أيضاً، ولا إشكال للأصل، بل الأصول، وهى أصاله عدم

جواز التصرف في مال الناس إلا بإجازتهم لدليل السلطنة (١) وغيرها، واستصحاب عدم حصول القسمة بدون رضاهم، وأصالة «لا يتوى حق امرئ مسلم» (٢)، حيث إن الشركة حق، إلى غير ذلك.

أما قسمة الإيجاب فهي ما إذا طلب بعض الشركاء ولم يكن ضرر على الشريك الآخر، أو كان ضرران متقابلان فإنهما يتساقتان، ويقدم حق سلطنة الإنسان في ماله، حيث إن دليل السلطنة حاكم بأن للمالك حق الشركة وحق الإفراز.

قال في الشرائع: ويجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة.

وقال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، بل الظاهر الاتفاق عليه، ولعله العمدة بعد قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر والضرار.

أقول: جعل العمدة الإجماع محل نظر، بل العمدة ما ذكرناه، كما أن إطلاق استثناء الضرر محل نظر، إذ قد تقدم أن ذلك إذا لم يكن معارضاً بضرر غير مرید القسمة، بل ينبغي أن يستثنى ما إذا كان دليل السلطنة بالنسبة إلى المورد أقوى من دليل الضرر بالنسبة إلى مورد الضرر، فيقدم الأول لقاعده الأهم والمهم.

كما إذا كان يتضرر عدم مرید القسمة ديناراً، فيما كان مرید القسمة يريد إنقاذ ماله الذي يسوى عشرة آلاف دينار، غايه الأمر أن يقال بتحملة نصف ضرر

ص: ٩٧

١- بحار الأنوار: ج ٢ ص ٢٧٢

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب نواذر الشهادات ح ٥

الطرف إذا وجه لتضرر كل الدينار.

ثم الاقتسام يكون بتعديل السهام بالأجزاء في متساوى الأجزاء، كيلاً أو وزناً أو ذرعاً أو عدداً، فيوزع الشيء بعدد الانصباء، ويقرع بين الشركاء إن تشاحوا فقال كل واحد يريد هذا، لأنها لكل أمر مشكل، وأطلق غير واحد القرعه، لكن ربما يقال: إنه لا حاجة إليها، بل الحاكم الشرعى يفصل، إذ ليس ذلك مشكلاً بعد تساوى الأقسام، فإذا كان وسقان من حنطه فوزع نصفين فلا حق لأى منهما أن يصر على أنه يريد هذا القسم دون ذاك، بعد عدم فارق بينهما إطلاقاً.

وإن اختلفت الأجزاء كالأرض والدور والحيوان، لوحظت قيمه قى التقسيم.

والظاهر أنه لا فرق بين كتابه أسماء الشركاء أو السهام، مثلاً كانت للمورث داران متساويتان قيمه، فقد يكتب على ورقه اسم زيد، وعلى أخرى اسم عمرو، ويشار إلى دار ويقال: إن من خرج اسمه فهذه الدار له، وقد يكتب على ورقتين اسم الدارين ويشار إلى زيد ويقال: إن ما يخرج أولاً من اسم إحداهما فهى لزيد.

وإذا اختلفت الأقسام فكانت صبره، لأحدهم نصفها وللتانى ثلثها وللثالث سدسها، وزعت ستة أقسام على ستة أوراق، فما يخرج أولاً مثلاً لصاحب النصف، أو لصاحب الثلث، أو لصاحب السدس.

فإذا قيل: إنه لصاحب النصف أخذه وكان له سدسان أخران، وإن قيل:

إنه لصاحب الثلث أخذه وكان له سدس آخر، وإن قيل لصاحب السدس أخذ ولا حق له، وإنما يبقى خمسة أسداس لشريكه.

ويمكن العكس بأن تكتب أسامى الشركاء، ويقرر أن من خرج اسمه أولاً فله هذا السدس، فإن خرج اسم صاحب السدس انتهى أمره، وإلا ألقى الثلاثة في الكيس مره ثانيه، ويقرر أن من خرج اسمه فله السدس الثاني، إلى أن تتم القسمة.

وهل هناك حاجة إلى رضی الشركاء بعد القسمة، احتمالات:

عدم الاحتياج مطلقاً، والحاجة مطلقاً، والتفصيل بالحاجة في ما إذا كان القاسم أحدهما أو المنصوب من قبلهما، وعدم الحاجة إذا كان من قبل الحاكم.

استدل للأول: بأنه إذا كانت القسمة برضاها لا دليل على بقاء الاشتراك، فلماذا يحتاج الأمر إلى رضی آخر بعد القسمة، وإذا لم تكن القسمة برضاها لم تكن قسمة وبقى الاشتراك.

هذا بالإضافة إلى أنه لو ضربت القرعة لتشخيص حق كل واحد، كان ظاهر «القرعة لكل أمر مشكل» أن بعد القرعة لا إشكال، مما يفهم عرفاً منه تميز حق كل أحد عن حق الآخر فلا شركة.

وإلى ما رووه في كتاب الصلح، من قوله (عليه السلام) في رجلين لم يعرف كل منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد: منهما لك ما عندك ولي ما عندي، قال: «لا بأس إذا تراضيا وطابت أنفسهما»، فإن فحواه يشمل المقام.

بل وإلى عموم (سلطنة الناس على أموالهم) (١)، حيث إن

ص: ٩٩

الرضى بالقسمه يعطى السلطنه لكل شريك على المال الذى رضى به، فلا يبقى مجال لتصرفها فى كل الأموال، إذ قد خرج سهم كل عن سلطنه الآخر، إلى غير ذلك من المؤيدات.

واستدل للثانى: بأصالة بقاء الإشاعه إن لم يحصل رضى بعد القسمه، ولذا حكى الجواهر عن المشهور _ على ما قيل _ الاحتياج إلى الرضا بعد القرعه، خصوصاً فى قسمه الرد، لاشتمالها على المعاوضه المتوقفه على ما يدل على الرضا بذلك، وبأنه خلاف سلطنه الناس على أموالهم، فإنه إن لم يرض بالقسمه سواء قبل القرعه أو بعدها لم يصح التصرف فى ماله المشترك بالنسبه إلى الطرف الآخر، وبأن القسمه كالمعاوضه ولا تصح المعاوضه إلا بالرضا.

وفى الكل ما لا يخفى:

فإن أدله القول الأول لا تدع مجالاً للاصل والشهره فيه، ولذا نسبها الجواهر إلى النقل.

وقد تقدم أن الرضا السابق بالقسمه إذا لم يتوافقا بعد القسمه على الاشتراك يكون الاشتراك خلاف قاعده السلطه، فهى مع القول الأول، لا مع القول الثانى، والقسمه بدون الرد ليست معاوضه، بل إفراز الحق وقد فرض رضاها به.

أما القسمه مع الرد، فالرد وإن كان معاوضه بالنسبه إلى مقدار الرد، إلا

أن الرضا الأول كاف، فإنه يشمل (عن تراض منكم) (١)، وقوله (عليه السلام): «إلا بطيئه نفسه» (٢)، إلى غير ذلك.

ووجه التفصيل: بأن القاسم إذا كان منصوباً من قبل الحاكم لم يصح عدم اتباع عمله، لأن الحاكم وضع للفصل بين الناس، فعدم اتباعه نقض الغرض، بخلاف غير منصوب الحاكم، فإن الأدلة المذكورة في القول الثاني تقتضى الاحتياج إلى رضی بعد القسمه.

وفيه ما تقدم من الإشكال في أدله الثاني.

ص: ١٠١

١- سورة النساء: الآية ٢٩

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦

(مسأله ٤): قد تقدم الكلام فيما إذا كانت القسمة توجب الضرر فى الجملة، فنقول: إن الضرر على قسمين:

الأول: ما كان الضرر من جهة التفريق، كما إذا كان مصراعاً باب، فأراد أحدهما أخذ مصراعه مما يوجب نقص القيمة على كل منهما.

الثانى: ما كان الضرر من جهة الإسراف، كما إذا كان المشترك جوهراً تنقص قيمته بالقسمة.

أما الكلام فى الأول: فقد تقدم مقتضى القاعده فيه.

وأما الكلام فى الثانى: فالظاهر أن حرمة السرف تقف دون تنفيذ إرادته الشريك الطالب للقسمة، لأن «الناس مسلطون على أموالهم» (١)، لا على أحكامهم.

وظاهر الشرائع المنع فى الضرر مطلقاً، حيث قال: وكل ما فيه ضرر عليهما كالجوهر والسيف والعضائد الضيقه لا يجوز قسمته، ولو اتفق الشركاء على القسمة، انتهى.

واستدل الجواهر له: بنفى الضرر والسرف والنهى عن تلف المال فى غير الغرض الصحيح.

أقول: قد يكون الكلام فى الحكم التكليفى أى الجواز وعدمه، وقد يكون الكلام فى الحكم الوضعى أى صحه القسمة وعدمها.

أما الثانى: فلا وجه لاحتمال عدم الصحه حتى فى صورته السرف، كما

ص: ١٠٢

إذا كان الجوهر يسوى ألفاً، وبعد تقسيمه نصفين يسوى عشرة، فإنه لا وجه للإشكال في اختصاص كل نصف منه بأحدهما بعد أن رضياً بذلك.

ولعل قول المحقق (لا- يجوز) إشاره إلى ذلك، أى إلى الحكم التكليفي فقط أى يحرم، لا الحكم الوضعي، أى لا يصح، وإذا تبين الكلام في الحكم الوضعي نقول: الضرر على قسمين:

ضرر منهي عنه للشارع كان يتلف الإنسان ماله بدون وجه عقلائي، وهو المسمى بالسرف والتبذير، وهذا القسم محرم.

وضرر غير منهي عنه للشارع، وإنما حرم إضرار إنسان بآخر فيما إذا لم يرض ذلك الإنسان بإضراره به، مما لا يعد سرفاً وتبذيراً، وذلك مثل عدم بيع الإنسان ماله حتى تنزل قيمته، فإنه ضرر لكنه غير محرم، وما نحن فيه من قسمه مصراعي الباب ونحوه من هذا القبيل.

ولذا قال في محكي الدروس: ولو تضرر أحد الشريكين دون الآخر أجبر غير المتضرر بطلب الآخر دون العكس.

وقال في الجواهر عند قول المحقق المتقدم (ولو اتفق...): فيه إنه مناف لقاعده (تسلط الناس على أموالهم) (١)، والسفه قد يرتفع بالغرض الصحيح، انتهى.

ثم إنه لا شك في صحة قسمه المهايا، أى قسمه المنفعة بالأجزاء أو بالزمان

ص: ١٠٣

كأن يسكن هذا الدار سنه والآخر سنه، أو يسكن هذا في حجره منها وذاك في حجره أخرى، أو يؤجر هذا هذه الغرفه وذاك الغرفه الأخرى، إلى غيرها من الأمثله، إذا رضى الشركاء بذلك، لأن الحق لا يعدوهم، ولأنه مقتضى سلطنتهم على أموالهم (١).

أما إذا لم يرض بعض الشركاء بذلك، لم يجبر الآخر للأصل، وإنما لمريد المهاياه حق الجبر بالقسمه كما تقدم.

ولو رضيا بالمهاياه، فإن جعلاه ضمن عقد لازم لزمتم، وإن رجع أحدهما عن كلامه، لما ذكرناه في باب الشرط من أنه يقتضى الوضع، وإن لم يجعلها ضمن عقد لازم وفسخ أحدهما قبل الاستيفاء انفسخت، إذ لا دليل على لزومها، والأصل عدم اللزوم، وليس ذلك عقداً حتى يقال: الأصل فيه اللزوم، أما إذا فسخ أحدهما بعد استيفاء أحدهما حصته، فهل يلزم عليه أجره حصه الشريك، كما في الجواهر، أو يجبر باستيفاء الآخر حصته أيضاً، لأنه استيفاء في قبال ذلك الاستيفاء، احتمالان، وإن كان الثانى أقرب.

ولو اختلفت الأجره في الزمانين، مثلاً كان وقت استيفاء زيد في السنه الأولى أجره الدار مائه، وفي السنه الثانيه مائتين للتضخم، أو خمسين للتنزل، فهل حق الثانى الاستيفاء، أو نصف الاستيفاء في الأول وضعفه في الثانى، أو يستوفى سنه مع إعطاء مائه للأول في الأول، وأخذ خمسين من

ص: ١٠٤

الأول فى الثانى، احتمالات، القاعده الاقتصاديه تقتضى الثانى، لأن الأشياء بقيمها لا بحجمها، والأصل يقتضى الأول، لأن المبادله وقعت ولا تتغير.

كما إذا استأجر الدار سنه كل شهر عشره، ثم صعدت إلى كل شهر عشرين حسب التضخم، أو بالعكس نزلت إلى كل شهر خمسه حسب التنزل.

والأقرب فى النظر اتباع القاعده الاقتصاديه، والأصل لا مجال له بعد الدليل، وقد ذكرنا فى كتاب (الفقه: الاقتصاد) ما يؤيد ذلك فى مسأله الربا والإجاره والوصيه والوقف والنذر وما أشبه.

وإذا كانت قسمه العين توجب الضرر المحرم وطلبها التخلص، أو طلب أحدهما، أو كان البقاء مبعث نزاع ونحوه، حق للحاكم التدخل للفصل بالأقرب فالأقرب إلى مقتضى سلطنه الناس على أموالهم، مثل إجارته أو بيعه أو جعل المهايه الإجاره أو ما أشبه، وذلك لإيصال الحق إلى صاحبه مهما أمكن، فإنه «لا يتوى حق امرئ مسلم»، والقطع دواء النزاع.

فعن المدروس: إنه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجره عليهما إن كان له أجره، جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف وجبراً للضرر.

قال فى الجواهر: ولعل ذلك من السياسات، بناءً على أن للحاكم ذلك ونحوه، فله حينئذ يبيعه عليهم مع كونه مقتضاها.

أقول: ولو أراد أحدهما شراءه أو استيجاره دون الآخر، قدم على الأجنبى

لأن بعض المال له، أما إذا أراد كلاهما ذلك لم يبعد القرعه، إن لم نقل بأن للحاكم تقديم أيهما شاء بدون القرعه، للشك في اندراج مثله في المشكل الذي هو موضوع القرعه.

ص: ١٠٦

(مسألة ٥): لا يقسم الوقف ذرياً وخيرياً، لأن التقسيم خلاف مقتضى «الوقوف حسب ما وقفها أهلها» (١)، إلا إذا شرط الواقف ذلك في بعض الحالات، حيث إن مثل هذا الشرط صحيح، كما يفهم من النص والفتوى.

وقد علل عدم التقسيم في الشرائع بعله أخرى، قال: لا يقسم الوقف، لأن الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين.

وتبعه في هذا التعليل القواعد، قال: ولا- يصح قسمه الوقف لعدم انحصار المستحق في القاسم، وإن تغير الواقف مع تغير الموقوف عليه أو بدونه، كان يقف أحد الشريكين في هذه البستان حصته على زيد وأولاده، والآخر حصته عليهم أو على عمرو وأولاده.

أقول: إذا كان كل من الواقف والموقوف عليه متعدداً لم يكن وجه للمنع عن القسمه، كما إذا كان شريكاً في دار، فوقف أحدهما نصفه على أولاده، والآخر وقف نصفه على أولاده، إذ لا دليل على المنع لا بالنسبة إلى ما استدللنا به، حيث إن التقسيم لا ينافي النص المقدم، ولا بالنسبة إلى ما استدلا، إذ عدم انحصار الحق في الطائفتين من الأولاد الحاضرين لا يلازم عدم جواز التقسيم، فإن الملازمة لا دليل عليها إلا مع اتحاد الواقف، فإنه يجعل حق البطون في كل جزء جزء، بينما مع تعدد الواقف يجعل هذا حق بطنه في كل جزء جزء من نصفه فقط، وكذلك يجعل الشريك الآخر.

ومنه يعلم صحة التقسيم إذا قسم نفس الواقف الواحد، كما إذا كانت

ص: ١٠٧

الدار لزيد فوقف نصفها على زيد وذريته، ونصفها الآخر على عمرو وذريته، إذا لم يقصد النصف المشاع، حيث إنه إذا قصد ذلك كان التقسيم خلاف إرادته الواقف التي أجرى على طبقها الوقف.

ومنه يعلم النظر في إطلاق الجواهر، حيث قال: إن الوقف متى كانت قسمته منافية لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البتون قلّه وكثرةً ونحو ذلك لم يجز قسمته، أما إذا لم يكن كذلك كما في المثال، بل فيما لو اتحد الواقف وتعدد المصروف مثل ما لو وقف نصف داره على زيد مثلاً وذريته، والآخر على عمرو وذريته لم يكن بأس في قسمته، انتهى.

فإن الواقف لو وقف النصف المشاع لهذا والنصف المشاع لذاك، كان التقسيم خلاف الوقف، بل التقسيم هنا مثل المزج في الاستفادة فيما لو وقف وقفين مستقلين، فكما لا يجوز هذا لا يجوز ذلك أيضاً.

ومما تقدم ظهر لزوم تقييد ما ذكرنا من صحة التقسيم في صورته تعدد كليهما، أى الوقف والموقوف عليه، بما إذا لم يوقفاً مشاعاً، كما إذا كانت بينهما دار مشاعه فوقف كل نصيبه المشاع لأولاده، فإن الإفراز خلاف الإشاعه وقد فرض أن الوقف تعلق بالإشاعه، والإشاعه حاله فى الشىء الموقوف كانت للشريكين إبقاؤها، وقد أبقياها عند الوقف، فالإفراز خلاف الوقف.

ويظهر من ذلك العكس، كما إذا كان لزيد ولعمرو قطعتى أرض فوقف كل قطعه لأولاده، فإنه لا يصح للطائفتين من الأولاد جعلهما مشاعه، لأن الإفراز حاله فى الشىء الموقوف كان للمالك إبقاؤه، وقد أبقى كل واقف الإفراز عند الوقف، فالإشاعه خلاف الوقف.

ومنه يعلم أن نفس الواقفين لا- يقدران بعد الوقف من تغيير المشاع مفرزاً أو بالعكس، ولعل مراد العلامة في محكى التجريد حيث أطلق قوله: ولو تعدد الواقف والموقوف عليه، فالأقرب جواز القسمة، انتهى. أراد ما ذكرنا أولاً، لا الصورة التي ذكرناها بقولنا: (ومما تقدم) إلخ.

ومن الكلام في الوقف على الذرية يظهر الكلام في الوقف على المصالح، كما إذا وقف نصف داره على انتفاع الفقراء، ونصفها على انتفاع الزائرين، فإنه لا يصح الإفراز، إذ ذلك خلاف «الوقف...».

أما إذا وقف أحدهما نصف داره المشاعه _ لا- ب قيد الإشاعه _ على الفقراء، ووقف الشريك الآخر نصف داره كذلك على الزوار، جاز الإفراز، إذ لا محذور في الإفراز حينئذ من جهة الواقف ولا الموقوف عليه.

ثم لو جاز بيع الوقف، فالظاهر جواز القسمة تفادياً عن البيع، كما لو اختلفت الورثة إلى حد مجوز للبيع، فيقتسمان الوقف لكل أخ نصفه، وذلك لأنه أقرب إلى إرادته الواقف وبقاء الوقف، ومن المعلوم أن الضرورات بقدر بقدرها، ولذا كان المحكى عن العلامة في تحريره أنه قال: ولو أشرف على الهلاك واقتضت المصلحه قسمته فالوجه الجواز كما أجزنا البيع.

أقول: ومنه يعلم صحه إجارته ورهنه وما أشبه ذلك إذا كان أمثال هذه أقرب إلى الوقف من البيع.

هذا بعض فروع قسمة الوقف به، فلو كان أحد الشريكين وقف والآخر لم يوقف، فقد قال الشرائع: ولو كان الملك الواحد وقفاً وطلقاً صح قسمته، لأنه تميز للوقف عن غيره، انتهى.

وذلك لأن المالكين لهما حق إفرز مالهما، حيث الملك لأحدهما والوقف للآخر، وكذا المتولى والموقوف عليه _ فيما لا متولى _ والحاكم، كما إذا وقف نصف داره للفقراء وجعل المتولى زيداً، أو لم يجعل المتولى حيث يتولى الحاكم شؤونه، أو وقف نصف الدار للذرية والنصف الثانى لشريكه، فإنه بنفسه له حق الإفرز لقاعده السلطنة، ولقاعده «لا يتولى» وما أشبه، وإذا لم يفرز هو كان للثلاثة الإفرز، لأنهم قائمون بشؤون الوقف، وحال الوقف الذى هو تحرير كذلك.

كما إذا وقف نصفه مسجداً وقبل الإفرز لا يحق لصنع منافيات المسجد فى المشترك، مثل التنجيس وكمكث الجنب وما أشبه، لأن كل جزء جزء مشترك كما ذكرناه سابقاً، وإذا فرز اختصاص الأحكام بالنصف والوقف.

ولا يصح فى ما إذا كان النصف وقفاً ذرياً أو خيرياً عاماً أو خاصاً، كالمدرسة التى للطلاب، بعد الإفرز الاشتراك ولو مع الشريك السابق، وإن صح ذلك بالنسبة إلى الملك، كما إذا كانت أرض لهما ثم أفرزا فإنه يصح لهما الرجوع إلى الاشتراك، لأنه أمر عقلاى لم يردع عنه الشارع، بل دليل السلطنة يؤيده، أما فى ما إذا وقف وأفرز فلا يصح، إذ لا دليل على حق المتولى أو الذرية فى ذلك، واستصحاب حال ما قبل الوقف غير تام بعد تبدل الموضوع.

ويؤيد العدم فى الوقف أنه لا يصح ذلك ابتداءً، وإن صح فى الملك ابتداءً، فإذا كانت لهما قطعاً أرض مجاوره جاز لهما الاشتراك فيهما فتكون

الأرض كلها مشتركة بينهما، بينما إذا كان مسجد وأرض لزيد لا يصح للمتولى ولزيد الاشتراك فيهما.

ثم لا فرق بين أن يكون هناك شريكان في أرض مشتركة يوقف أحدهما أرضه ثم يفرزها، أو كان لإنسان واحد أرض فيوقف نصفها، ثم يفرزه هو أو المتولى خاصاً أو حاكماً أو الموقوف عليه.

والظاهر صحة الوقف في المشترك، سواء كان اشتراك إشاعه، أو اشتراك الكلى في المعين، والفرق يظهر في التلف، فإذا اشترى من زيد نصف أرضه فغمر الماء نصفها ذهب النصف من كليهما. أما إذا اشترى منه النصف على نحو الكلى في المعين لم يكن ذهاب النصف إلا من البائع، كما ذكروا في أطنان القصب.

ثم إن القواعد قال: ولو كان بعض الملك طلقاً صحت قسمته مع الوقف وإن اتحد المالك، ولو تضمنت رداً جاز من صاحب الوقف خاصة، فإن كان في مقابله الوصف فالجميع وقف.

أقول: لأن الرد معناه إعطاء شيء في قبال أخذ الزائد، ومن الواضح أنه لا يصح لصاحب الوقف أن يعطى الزائد للشريك فيأخذ منه رداً، لأن معنى إعطائه الزائد إعطاؤه من الوقف وذلك ما لا يجوز.

ثم لو أعطى صاحب الوقف رداً لزياده عين أخذها فالظاهر أن الزيادة

لا تكون وقفاً، بل يشترك هو مع الوقف، إذ لا وجه لكون الزائد المقابل للرد وقفاً.

قال في الجواهر: إن الظاهر مشروعيه قسمه الوقف من الطلق، وإن استلزمت رداً من الموقوف عليه، لكن هل تكون الأجزاء المقابلة للرد وقفاً أو ملكاً، وجهان، أفواهما الثاني، انتهى.

ثم إنه يصح أن يعطى الرد إنسان ثالث برضى الأطراف، ويكون ما في الوقف من الزائد له، وحينئذ يكون هو المشترك مع الوقف.

ولو كانت دار وقف نصفها أحد الشريكين مسجداً، ووقف الشريك الثاني نصفه مسجداً أيضاً، فهل لهما الإفراز لاستصحاب حقهما في ذلك، أم لا، لأن المسجد حقيقه واحده فلا معنى لإفراز بعضه من بعضه، احتمالان، مقتضى القاعده الأول، وإن كان الأحوط الثاني.

ولو وقفاً لأمرين، مثل أن وقف أحدهما مسجداً والآخر مدرسه، جاز الإفراز بلا إشكال، ولو لم يمكن الإفراز في الوقفين، فالظاهر أن أخصهما أحكاماً هو المحكم، فإذا كان مسجد ووقف للفقراء لم يصح بقاءه جنباً فيه، وإن صح له النوم باعتبار أن نصفه له، وإنما يحكم الأخص لما تقدم من أن كل جزء مسجد ووقف فقير، فالمسجديه تمنع عن بقاء الجنب.

ومنه يعلم أنه لو كان المشتركان مسلماً وكافراً، وقف أحدهما مسجداً والآخر كنيسه، وجب الإفراز، إذ لا يصح إقامة شعائر الكنيسه في المسجد، وإن جاز العكس، وإن لم يمكن الإفراز لا يصح فيه شعائر الكنيسه، وإن جاز

ما لا ينافى المسجد، وذلك لأن «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»، وكذلك لا يصح في المسجد والملك الطلق للكافر عمل ما ينافى المسجد، مثل بيع الخمر فيه، وإن جاز بيعها لهم في غير العن، لأنهم يقرون على دينهم.

ومما تقدم يعلم أنه لو تزاحم المسجد والكنيسة ولم يمكن الإفراز اشترى حصه الكنيسة بأن جعلت طلقاً أو وقفاً، لا لمجرد قاعده: «ألزمهم»^(١١)، وهم يرون جواز بيع الكنيسة، بل وإن لم يجوزوا ذلك في دينهم، لقاعده: «الإسلام يعلو»^(١٢)، أو لقاعده: «الأهم والمهم» في باب التزاحم.

ثم لو كان الوقف والطلق متزاحمين، والطلق لصغار ليس من مصلحتهم بيعه، أو القيم يصير على عدم بيعه، فالظاهر حق الحاكم الشرعي في البيع عليهم فيما كان الوقف مسجداً، لقاعده الأهم والمهم وقاعده تقديم حق الله كما في بعض الروايات.

أما في مثل الحسينيه والمدرسه وما أشبهه، ففيه احتمالان.

ص: ١١٣

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من أبواب ميراث الأخوة ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٧٤ الباب ١ من أبواب ميراث الإرث ح ١١

مسألة ٦ لو كان من أحدهم دابه ومن الآخر راويه

(مسألة ٦): إذا دفع إنسان دابه وآخر راويه إلى ثالث لاستقاء الماء وبيعه والربح بينهم، فقد يكون قصدهم المضاربه، وقد يكون قصدهم الشركه، وقد يكون قصدهم الإجاره.

والظاهر صحه الكل، وعلى قصد أى من الثلاث يترتب أثره، وذلك لما تقدم فى كتاب المضاربه، من أن الموضوع العرفى هو الذى قرره الشارع، ولا دليل على لزوم أن يكون ديناراً ودرهماً كما ذكره المشهور، ولا شك عند العقلاء بأنه نوع من المضاربه، ويعتادونه.

كما أنه يصح بقصد الشركه، ولا دليل على بطلان مثله بعد كونه عقلياً لم يثبت ردع الشارع عنه.

نعم فى الشرائع: لو دفع إنسان دابه وآخر راويه إلى سقاء على الاشتراك فى الحاصل لم تنعقد الشركه، وكان ما يحصل للسقاء عليه أجره مثل الدابه والراويه.

استدل له الجواهر بقوله: قطعاً لأنها مركبه من شركه الأبدان والأموال مع عدم المزج، والكل باطل، ثم قال وقيل: إنهم يقتسمون أثلاثاً يكون لكل واحد منهم على صاحبيه ثلثا أجره ماله ونفسه ويسقط الثلث لأن ثلث النفع حصل له، انتهى.

وقال فى القواعد: لو دفع إلى آخر دابه ليحمل عليها والحاصل لهما فالشركه باطله.

ونقل مثله مفتاح الكرامه عن التذكره والتحرير وجامع المقاصد، ونقل عن الأول أنه قال: عند علمائنا أجمع.

وأنت خبير بأن ما علله الجواهر الحكم من القطع، أو أنه من الشركات المحظوره، كما أن إجماع التذكره

لا- يمكن أن يكون مستنداً، إذ القطع ينفع القاطع، وأدله الشركات المحظوره لا تشمل المقام، كما لا يخفى عل من راجع أول كتاب الشركه عند ذكر الماتن اياها.

والإجماع بعد الإشكال في صغراه، حيث إن المسأله غير مذكوره في كثير من الكتب، محتمل الاستناد، ومثله ليس بحجه.

وعليه فالأقرب الصحه شركه، فإذا أطلقوا الاشتراك في الحاصل، كان لكل حسب ما يراه العرف، لأنه مقتضى الإطلاق الذي لم يريدوا إلا إياه، وإن ذكروا قدر حق كل، مثل أن يكون لكل ثلث الربح أو بالاختلاف كان كما ذكروا.

أما إشكال بعض الاقتصاديين من غير فقهاءنا بأن الربح نتيجة العمل فلا حق لمعطي الدابه والراويه في الربح، فقد اجبنا عنه في فقه الاقتصاد، بالإضافة إلى أن الدابه والراويه عمل مجسم أيضاً، فالربح يكون نتيجة عملهم.

وكذلك يصح بقصد الإجاره، بأن يؤجر السقاء نفسه لهما أو يؤجرهما الدابه والراويه له إذا تحققت شرائط الإجاره، وذلك لإطلاق أدلتها.

هذا، وإن كان الأحوط عدم جعله مضاربه أو شركه، بل إجاره بشرائطها، أو صلحاً أو ما أشبه مما يصح قطعاً.

وعلى ما ذكرناه فإن كان ضرر كان على الجميع بالنسبه، وإن كان ربح كان للجميع كذلك، فإذا حصل السقاء ستين قيمه الماء، وكانت أجرته خمس عشره والدابه اثنتى عشره والقربه ثلاثه كان ثلاثين زائده، فيعطى كل واحد ضعف حقه، وإذا حصل عشرين كانت عشره ناقصه، وأعطى كل واحد ثلثى حقه، فللسقاء عشره وللدابه ثمانيه وللقربه اثنان، وهكذا.

وبما تقدم يظهر أنه لو كان من واحد دكان ومن الآخر رحى ومن ثالث بغل ومن رابع عمل، على أن يكون الحاصل بينهم، صحت المعاملة مضاربه أو شركة أو إجارة أو مصالحه، بل أو معاملة مستقلة داخله في (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١).

فقول الجواهر: لا ريب في بطلان الشركة، محل الإشكال.

فإن أطلقوا كان لكل بقدر حقه إن كان الحاصل كذلك، وإن زاد أو نقص كان لكل بالنسبة زياده أو نقيصه، لأن الربح للمجموع، فاللازم ملاحظه النسبه في الزيادة، كما أن النقص على المجموع فاللازم ورود النسبه عليهم أيضاً.

وإن لم يطلقوا، بل جعلوا نسبه خاصه لكل منهم كالنصف للعامل، والسدس للدكان، والرابع للبغل، ونصف السدس للرحى، كان كما قرروا.

ولو استأجر صاحب الطعام الدكان والبغل والرحى والعامل بكذا، بدون ذكر قدر حق كل، فالأجر بينهم على قدر حقهم لكل واحد من المسمى بقدر حقه، نحو ما لو باع المالكين مثلاً لرجلين بثمان واحد، فإن كانت الأجره بقدر حقهم فهو، وإلا زيد أو نقص من كل بقدر النسبه.

ولو استأجر الأرض والماكنه التي تمتح الماء والعامل بكذا، كان كذلك، ولو كان الماء لرابع كانت الأجره بينهم حقاً أو نسبه في الزيادة والنقيصه.

ولو كانت السياره من واحد والسائق عاملاً واستأجرهما بثمان كان لكل بقدر حقه أو نسبه.

ص: ١١٦

ومما تقدم يظهر الإشكال في قول الجواهر: ولو استأجر الجميع على طحن هذا الطعام بكذا، فإن الأجره بينهم أرباعاً، لأن كل واحد منهم لزمه طحن ربهه ربع الأجره.

إذ اللانزم ملاحظه الحق، إلا أن يريد مع الربع ذلك لا الربع المتساوى، نعم فيما إذا كان حق كل واحد ربعاً متساوياً، كان كما ذكره.

وإذا عمل الأربعة أقل من العمل أو أكثر بعد أن قال المالك لهم، ولكل زياده عمل زياده أجره بنسبه الأجره المجهوله، أخرج الحق بالأربعة المتناسبه البسيطه أو المركبه، مثلاً لو كان كل العمل بدينار، كان ثلثه ناقصاً أو زائداً منسوباً إلى الأصل.

نعم إذا كانت النقيصه توجب النقص من النسبه، كان اللانزم النسبه مع نقص مقدار الناقص، مثلاً استأجر الحطاب والنجار والحداد بأربعة لأجل صنع مصراعى الباب فصنعوا مصراعاً، فإن حقهم ليس اثنين، إذ ليس ثمن المصراع نصف ثمن المصراعين، بل أعطاهم درهماً حيث تلاحظ النسبه إذا كانت قيمه المصراع ربع قيمه المصراعين كما هو واضح.

والكلام فى هذه المسأله طويل نكتفى منه بهذا القدر.

(مسألة ٧): لو حاش صيداً، أو احتطب، أو احتش، أو أخرج معدناً، أو متح ماءً، أو سبق إلى سائر المباحات، فإن نوى أنه لنفسه كان لنفسه، لإطلاق ما دل على «من سبق إلى ما لا يسبق» كما ذكر في كتاب إحياء الموات، لكن يشترط في ذلك أن يكون بقدر حقه مما لا ينافي (لكم) (١١) الوارد في الآية الكريمة كما ذكرنا تفصيله في كتاب الاقتصاد من الفقه.

ولو نوى أنه لنفسه ولغيره أو لغيره صح ما نواه، كما تصح الوكالة والإجاره والصلح والجعله والشرط على ذلك، فيوكله في أن يستخرج له المعدن أو يستأجره لذلك أو يصالح معه أو يجعل له جعلاً أو يشترط عليه ذلك في ضمن عقد لازم، بل أو غير لازم فيمن يقول بلزوم مثل هذا الشرط كصاحب العروه، خلافاً للمشهور الذين لا يقولون بلزوم الشرط إذا كان في ضمن غير عقد لازم.

كل ذلك لإطلاق أدله تلك المعاملات، بعد أن العقلاء يرون صحه جميعها، ولم يدل دليل على أن الشارع منع عن ذلك، بل السيره المستمره في الإجاره ونحوها.

وأى فرق بين أن يستأجر غيره لخياطه ثوبه، أو لمتح الماء له من البئر المباحه، أو استخراج الملح له من المعدن، إلى غير ذلك.

والقول بأن النيه لا- تجعل المستخرج _ بالفتح _ لغير من استخرجه، فيه: إن قاعده «الأعمال بالنيات» الشرعيه العقلانيه تحكم بذلك.

وبذلك ظهر أن قول الشرائع: لو حاش صيداً أو احتطب أو احتش بنيه أنه له ولغيره لم تؤثر تلك النيه، وكان ما جمعه له خاصه، غير ظاهر الوجه.

وقول بعض الاقتصاديين الجدد: إنه استثمار للإنسان، وذلك لا يجوز، مردود

ص: ١١٨

بالنقض بالخياط والبناء والنجار وغيرهم، وجوابهم بالفرق حيث إن صاحب الثوب والدار يعطى المال الذى هو عمله المجسم فى مقابل عمل الخياط والبناء، غير تام بالنقض، إذ مستأجر غيره للصيد، أو الاستخراج أيضاً يعطى المال الذى هو عمله المجسم، وبالحل بأنهما حران فى ما شاء، فالمستأجر حر فى الاستيجار والأجير حر فى إجاره نفسه، فبأى دليل تمنع حريه الإنسان.

وكيف كان، فإذا نوى أن المستخرج _ بالفتح _ لهما أو لغيره صار كما نوى، فيشترك فى الأول كما يختص به فى الثانى، فالنيه توجب ملك الطرف كلاً أو بعضاً، ولا يحق له الرجوع، لأنه لا يخرج مال إنسان عن ملكه إلا بطيبه نفسه، كما أنه لو أبرأ ذمه إنسان عما يطلبه سقط الدين عن ذمته، ولا يحق له الرجوع، إذ لا دليل على أنه يرجع إلى ذمته بعد إبرائه.

ثم الظاهر أن ملكيه الإنسان للمباح باستيلائه عليه يحتاج إلى النيه، فبدونها لا يملك، كما لو أخذ تراباً ليحوله عن طريق الماره أو جذع شجره أو حجراً كذلك، فإنه ليس يملكه بالاستيلاء والأخذ ثم يفقد ملكيته له بالإعراض، بل لا يملك من الأول، وكذلك إذا أخذ غزلاً أو طيراً أو سمكه أو ما أشبه ذلك.

وذلك لأنه المنصرف من مثل «من أحيا أرضاً ميتة فهى له»، ومثل «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد»، و(من حاز ملك) سواء كان هذا كلام الفقهاء أو الروايه.

حيث إن من أحى الأرض بدون قصد الملك، وإنما أراد شق الطريق للماره، أو تسهيل السير فيها بطم حفرها وإفراغها من الماء العفن، إلى غير ذلك، لا يراه العرف مشمولاً لمن أحيا أو سبق أو أحاز، خلافاً لمن

لم يشترط النيه، أخذاً بالإطلاقات المذكوره.

وفى الشرائع: هل يفتقر المحيز فى تملك المباح إلى نيه التملك، قيل لا، وفيه تردد.

وقد ذكر الجواهر وغيره وجه تردد المحقق.

وقال الشيخ فى محكى المبسوط: إذا نزل القوم موضعاً من الموات فحفروا فيه بئراً ليشربوا منها ويسقوا غنمهم ومواشيهم منها مده مقامهم ولم يقصدوا الملك بالإحياء فإنهم لا يملكونها بالإحياء، لأن المحيى إنما يملك بالإحياء إذا قصد تملكه.

أقول: نعم لا- شبهه فى أنه يختص بهم فلا- يحق لأحد مزاحمتهم ما داموا هم يريدونها، كما إذا نزلوا فى مكان من الصحراء، وذلك لدليل «من سبق» بالإضافة إلى أن العقلاء يرون ذلك، والشارع حيث لم يغيره فقد أمضاه.

أما ما قد يقال: من أن المباحات ملك لكافه الناس، لقوله تعالى: (خَلَقَ لَكُمْ مَا فِى الْأَرْضِ) (١)، ففيه: إنه خلاف ظاهر الآيه، لأن ظاهرها أنها خلقت لنفعهم، أما كيف يدخل فى ملكهم فاللازم التماس دليل آخر.

قال فى مفتاح الكرامه عند قول القواعد (هل يفتقر المحيز فى تملك المباح إلى نيه التملك إشكال): أقربه أنه يفتقر إليها، كما بيناه فى باب اللقطه.

ص: ١٢٠

واستدلنا عليه بالآخبار المستفيضه الوارده فيما يوجد فى جوف السمكه مما يكون فى البحر، والإجماعين الظاهرين من التذكره والمختلف، وعضدناهما بالشهرات والأصل، إلى آخره.

ص: ١٢١

(مسألة ٨): لو كان لنفرين مال ممتزج، فقد يكون بالسوية، بأن كان لكل منهما نصفه، وقد يكون بالاختلاف، كما إذا كان لأحدهما ثلثه وللآخر الثلثان.

ففى الأول: إذا أذن أحدهما خاصه لصاحبه فى التصرف فى المال المشترك، فقد يجعل تمام الربح لنفسه، وقد يجعل للعامل، وقد يجعله نصفين، وقد يجعله بالاختلاف إما الزائد لنفسه أو للعامل، فإن كان تمام الربح للعامل كان قرضاً، وإن كان لنفسه كان بضاعة، وإن كان بينهما كان مضاربه من غير فرق بين أقسامه الثلاثة، أى التناصف والاختلاف بصورتيه.

ومنه يعلم صور الثانى: وهو ما كان المال المشترك لهما بالاختلاف، قال فى الشرائع: لو كان لهما مال بالسوية فأذن أحدهما لصاحبه فى التصرف على أن يكون الربح بينهما نصفين لم يكن قرضاً، لأنه لا شركة للعامل فى مكسب مال الأمر، ولا شركة وإن حصل الامتزاج، بل يكون بضاعة.

أقول: أما عدم كونه قرضاً، فإنه لا شىء للعامل، وإنما ربح مال نفسه لنفسه.

وأما عدم كونه شركة، فلأن لازمها عنده كون العمل منهما ولا عمل منهما.

وأما كونه بضاعة، فلأن حصه الشريك يستريحها الشريك للمالك بدون عوض، وقد سبق نحو هذه المسألة فى كتاب المضاربه.

قال فى الجواهر: وبنحو ذلك صرح فى القواعد، لكن لا يخفى عليك بناؤه على اعتبار العمل منهما فى الشركة، وقد عرفت البحث فيه سابقاً، انتهى.

وقد نقل عن المبسوط والسرائر والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك مثل ما ذكره الفاضلان.

وفى هذا الباب مسائل أخر يجدها الطالب فى الشرائع والقواعد وشروحهما، والله المستعان.

ص: ١٢٣

كتاب المضاربه

اشاره

كتاب المضاربه

ص: ١٢٥

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص: ١٢٦

وتسمى قراضاً عند أهل الحجاز، والأول من الضرب، لضرب العامل في الأرض لتحصيل الربح، والمفاعله باعتبار كون المالك سبباً له والعامل مباشراً.

تسمى بذلك عند أهل العراق، {وتسمى قِراضاً عند أهل الحجاز} في الزمان السابق، وإلا فالآن تسمى بهما في كلا البلدين وفي غيرهما.

{والأول من الضرب، لضرب العامل في الأرض لتحصيل الربح}، كما قال سبحانه: (وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ) (١١)، إذ الذاهب يضرب الأرض برجله.

{والمفاعله} الظاهره في كون العمل من الطرفين، مع أن المالك لرأس المال لا يضرب في الأرض، وإنما يعطى النقد ونحوه فقط {باعتبار كون المالك سبباً والعامل مباشراً}، صرح بذلك التذكرة والمسالك والجواهر وغيرهم.

وإشكال المستمسك عليهم بأنه لا أصل له، قال: كما يظهر

من ملاحظه موارد الاستعمال فتقول: طالعت الكتاب، وتابعت زيدا، وباركت له، وناولته الكتاب، وسافرت، وآذيته، وجازفت، إلى غير ذلك ما لا يحصى، كل ذلك لا مشاركه فيه.

إلى أن قال: وأما المفاعله فإنها تقتضى السعى إلى الفعل، فإذا قلت: قتلت، فقد أخبرت عن وقوع القتل، وإذا قلت: قاتلت، كنت قد أخبرت بالسعى إلى القتل، فربما يقع وربما لا يقع، إلى آخر كلامه.

يرد عليه: إن أصله التبادر، وكفى به أصلا، ولذا إذا قال: قتل، كان معناه طرفاً، وإذا قال: قاتل، كان معناه طرفين، أما (قاتلهم الله) فباعتبار أن كلاً من الله وهم يريدون إفناء الطرف الآخر، مثل (يخادعون الله وهو خادعهم) و(مكروا ومكر الله)، إلى غير ذلك.

ولذا كان المقاتله والمغابنه والمناصره والمساهمه والمشاكسه والمداهنه والمجامله والمعامله وغيرها تشمل الطرفين، والأمثله التى ذكرها إن تم كونها لطرف الواحد لم يضر بعد كون التبادر يعطى معنى الطرفين، إذ المذكور فى معنى أبواب المزيد فيه من المعانى المتبادره غالبى لا دائمى، فإن المجاز يصار إليه فى الألفاظ كثيراً.

وقولنا: (إن تم) لأن بعضها له طرفان أيضاً، مثل المتابعه والمناوله وغيرهما، إذ طرفان التابع والمتابع، والمعطى والآخذ، والذى يؤذى ويؤذى، والمطالعه والمباركه والمجازفه باعتبار إعطاء النظر وإعطاء البركه مره فمره، والدخول فى الأمر اعتباراً مره فمره، فهو مثل ما إذا كان له الطرفان، إذ كما يكرر الفعل فى الطرفين، كذلك كرر هنا.

والسعى إلى الفعل لم يظهر له وجه، فهل يفهم من

طالع الكتاب أنه سعى إلى النظر، ومن آوى أنه سعى إلى الإيواء، إلى غير ذلك.

ثم إن المعنيين الآخرين الذين ذكرهما غير واحد من الفقهاء، بأن كلا منهما يضرب الربح بسهمه، أو أنه من الضرب في المال وتقلبه، فكلاهما محتمل أيضاً، فإن تحصيل الربح نوع من ضربه، وكل منهما يقلب المال.

واحتتمل الجواهر معنى رابعاً، وهو أن المالك يضرب في ربح العامل ويأخذه، والعامل يضرب في مال المالك ويأخذه للاسترباح.

وهنا احتمال خامس، هو أنهما يضافقان فيضرب كل منهما بيد الآخر عند التعامل.

والسادس هو أنهما يتشاكسان _ كالتضارب _ عند تقسيم الربح، من قبيل قولهم: تضارب الأعداء، ثم الظاهر أن كلا منهما مضارب بالكسر.

نعم ذكر غير واحد أنه لم يشتق أهل اللغة لرب المال من المضاربه اسماً، لكن ذلك لا يكفي في العدم، بالإضافة إلى أنه ينتهي أخيراً إلى عدم سماع العرب يستعملون، وذلك أخص من الأمر، حيث إن اشتقاقات الألفاظ لم تسمع كلها من العرب، فهل يكفي ذلك في عدم استعمالنا لتلك الاشتقاقات الواردة على القاعده.

نعم في السماعات الأمر توقيفي، كما أن الاستعمالات بالنسبه إلى الله تعالى تحتاج إلى الورود، فلا يقال لله: معلّم وزارع ورام، مع أنه استعمل له سبحانه: (علم)، و(زارعون)، و(رمى).

معنى المضاربه

ومنه يعلم وجه النظر في قول المستمسك: الأولى أن يكون معنى المضاربه

والثانى من القرض بمعنى القطع، لقطع المالك حصه من ماله ودفعه إلى العامل ليتجر به، وعليه العامل مقارَض بالبناء للمفعول، وعلى الأول مضارِب بالبناء للفاعل.

مغالبه الناس على أموالهم بالطرق الشرعيه، والعامل هو الذى يقوم بهذه المضاربه دون المالك فتخص المضاربه به.

{والثانى من القرض بمعنى القطع} كما صرح به التذكرة والمسالك والجواهر وغيرهم، وهما لفظان مترادفان على معنى واحد، كما نقله مفتاح الكرامه عن المبسوط وفقه القرآن والغنيه والسرائر وغيرهم.

{لقطع المالك حصه من ماله ودفعه إلى العامل ليتجر به} وحيث إنه من باب المفاعله، فاللازم أن يكون الأمر من الطرفين، والطرف الثانى يقطع شيئاً من أرباح المال، أو العامل يقطع ما يأخذه من رأس المال من المالك، والمالك يقطع بعض الربح، إلى غير ذلك.

{وعليه العامل مقارَض بالبناء للمفعول} ومقارَض بالبناء للفاعل، وكذلك المالك لما عرفت من اشتراكهما.

{وعلى الأول مضارِب بالبناء للفاعل} ومضارِب بالبناء للمفعول، ومنه يظهر وجه النظر فى كلام الماتن وغيره.

أما ما ذكره الجواهر من احتمال أن يكون القراض من المقارضه بمعنى المساواه والموازنه، يقال تقارض الشاعران إذا وازن كل منهما الآخر بشعره، ومنه (قارض الناس ما قارضوك فإن تركتهم لم يتركوك) بمعنى ساوهم فيما

وكيف كان عبارته عن دفع الإنسان مالاً إلى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما

يقولون ويعلمون. ولما كان العمل من العامل، والمال من المالك، فقد تساوى وتوازنا، انتهى.

فغير ظاهر الوجه، فإن القراض ليس بمعنى المساواة، وتقارض الشاعرين أخذ كل منهما من الآخر قرضاً، ومعنى (قارض الناس) عاملهم، أى أخذ منهم كما يأخذون منك، ويدل عليه (لم يتركوك)، أى هم يأخذون منك على أى حال، إذاً فخذ منهم أيضاً.

{وكيف كان} فالمضاربه {عبارته عن دفع الإنسان مالاً إلى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما} بالنسبه، تفسير المضاربه بالدفع كما عن النافع والتذكرة وفي المسالك وغيره فيه نوع مسامحة، كما نبه عليه المستمسك، لأن المضاربه من الإنشاءات والدفع أمر خارجي، ولعل المجاز بعلاقه السبب والمسبب، اللهم إلا أن يقال: إن الدفع للاتجار حقيقه المضاربه، إذ للاتجار مشتمل على معنى القصد فهو من قبيل المعاملات.

نعم يبقى عليه أنه لم يذكر في التعريف عقد المضاربه، مع أنها كسائر المعاملات قد تنعقد بالمعاطاه، وقد تنعقد بالعقد، أما في تعليقه السيد البرجردى (رحمه الله) حيث قال: (وحقيقتها في اعتبار الناس اشتراك شخصين في التجاره على أن يكون من أحدهما المال ومن الآخر العمل، ويكون سهم الربح للمال وسهم منه للعمل، فليس فيها تعويض، ولا جعل حق للمالك على رقبه العامل، ولا للعامل على مال المالك).

لا- أن يكون تمام الربح للمالك، ولا- أن يكون تمامه للعامل، وتوضيح ذلك أن من دفع مالاً إلى غيره للتجاره تارةً على أن يكون الربح بينهما وهى مضاربه، وتاره على أن يكون تمامه للعامل، وهذا داخل فى عنوان القرض إن كان بقصده

ففيه: موارد للمسامحه، حيث لا حاجه إلى (اعتبار الناس)، كما ليست المضاربه الشرط، والسهمان للمتضارين لا للمال والعمل.

ثم ما يأتى من المصنف فى الشرط الثانى من اختيار صحه المضاربه مع كون المال بيد المالك فيتصدى العامل للمعامله فقط، لا ينافى ما ذكره هنا من الدفع، إذ ليس المراد الدفع شخصاً، بل اعتبار إعطاء الاختيار بيد العامل، وإلا فليس كل عامل يتصرف فى المال.

{لا أن يكون تمام الربح للمالك، ولا أن يكون تمامه للعامل، وتوضيح ذلك} كما ذكره الشرائع والتذكره والمسالك والجواهر وغيرهم: {أن من دفع مالاً إلى غيره للتجاره} يكون الدفع {تارةً على أن يكون الربح بينهما وهى مضاربه، وتاره على أن يكون تمامه للعامل، وهذا داخل فى عنوان القرض إن كان بقصده}، هذا القيد لم يتعرض له الشرائع والتذكره والمسالك، وأشكل عليه الجواهر بمنع تحقق القرض مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربه، إذ أقصاه كونها من القسم الفاسد، لا أنها من القرض المحتاج إلى إنشاء تملك المال بعوض فى الذمه، وقصد كون الربح للعامل أعم من ذلك، وإنما هو من اللوازم الشرعيه لملك المال، ودعوى الاكتفاء بقصد ذلك فى تحققه لفحوى

الصحيح، عن أبي جعفر (عليه السلام)، عن أمير المؤمنين (عليه السلام): «من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله وليس من الربح شيء» (١).

والموثق، عن أبي جعفر (عليه السلام): «من ضمن مضاربه فليس له إلا رأس المال، وليس له من الربح شيء فيها» (٢).

لزوم الاقتصار على ذلك في ما خالف الضوابط الشرعية، ونمنع تحقق القرض شرعاً وعرفاً بذلك، وأصالة الصحة لا تكون في المعلوم خلوه عن هذا القصد، ويمكن إرادته الفاضل والشهيد بيان حال كل من القراض والقرض، والبضاعة في حد ذاته، وحينئذ يخرج عما نحن فيه، انتهى ملخصاً.

أقول: الظاهر أن القرض عبارته عن دفع المال بدون توقع أن يكون الربح للمالك وعدم تحمل الضرر، إذ ليس القرض غير ذلك، ولا دليل على أن يشترط في القرض القصد الخاص، فكلامهم لا يخلو من وجه.

أما التهاوت بين قصد المضاربه وكون الشيء قرضاً، فهو من باب التنافي بين الإشاره والوصف، فإن أراد حقيقته أن يكون المال عنده يتصرف فيه والربح له، كان قرضاً ولم يضر قصده كونه مضاربه، إذ لم يكن هذا القصد إلا من باب الاشتباه في التطبيق، وإن أراد حقيقته كونه مضاربه، كان مضاربه فاسده

ص: ١٣٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٨ الباب ٤ من أبواب أحكام المضاربه ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٨ الباب ٤ من أبواب أحكام المضاربه ح ١

وتاره على أن يكون تمامه للمالك، ويسمى عندهم باسم البضاعه، وتاره لا يشترطان شيئاً،

إذ هو كما لو قصد نكاحاً لا يوجب المحرميه، حيث إن عدم شيء للمالك ينافى مقتضى العقد.

{وتاره على أن يكون تمامه للمالك، ويسمى عندهم باسم البضاعه} وسيأتي الكلام فيه.

{وتاره لا يشترطان شيئاً} من الأقسام الثلاثه السابقه، ولو في النيه، إذ لو كان بناؤهما المبني عليه الإعطاء أحد الثلاثه، كان داخلاً في الشيء المبني عليه.

ولم يذكر المنصف قسماً آخر، وهو ما لو ذكرا كون الربح لشخص ثالث، أو أمر آخر كالمسجد، أو بعضه لأحدهما وبعضه للثالث، أو جعل الربح لهما أو لأحدهما والثالث بالتقدير لا النسبه، كما لو علما أن الربح يزيد على عشرين في المائة، فقال: للمالك عشره، والباقي للعامل، أو للشخص الثالث.

والظاهر في الكل أنه إن كان هناك نص أو إجماع على البطلان فهو باطل، ويرجع في الربح على مقتضى الأصول الأوليه، وإلا كان مقتضى القاعده الصحه، حيث ذكرنا في بعض المجلدات الفقه أن الأصل في كل معامله لم يذكر الشارع بطلانها الصحه، لإطلاق (أوفوا بالعقود) (١) ونحوه.

ص: ١٣٤

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

{وعلى هذا} الذى لم يشترط شيئاً {أيضاً يكون تمام الربح للمالك، فهو داخل في عنوان البضاعه} فإن المالك أعطاه بضاعه {وعليهما يستحق العامل أجره المثل لعمله}.

أقول: أما الأول، بأن كان الشرط أن يكون تمام الربح للمالك، فظاهر جملة من الفقهاء كالتذكرة والمسالك عدم شيء للعامل، بل فى الرياض نسبه إلى ظاهر الأصحاب، ثم قال: (وهو حسن إن لم يكن هناك قرينه من عرف أو عاده بلزومه، وإلا فالمتجه لزومه) انتهى.

وما ذكروا هو الذى تقتضيه القاعده، إذا كان المقصود للعامل إسقاط حرمه عمله، لأن العامل أسقط احترام عمله، فلا وجه لاستحقاقه شيئاً.

وما ذكره الجواهر من أن التصريح منهما بكون الربح بأجمعه للمالك أعم من التبرع بالعمل، وعدم إرادته الأجر عليه، فالتحقيق أن العامل يستحق الأجر، غير ظاهر الوجه، إذ لولا العرف والعاده حتى يجعل العمل غير مجانى، لا وجه لأجره المثل فى صورته كون معنى إسقاط الربح للعامل إسقاط كل حق له.

وإن شئت قلت: إن المال والعمل معاً جاء بالربح، فهو مشترك بينهما، إلا- إذا أعطى المالك ربحه للعامل، أو العامل ربحه للمالك، والعرف والعاده إنما يفيدان فى عالم الإثبات لا عالم الثبوت، فإذا كان بناء أحدهما على العرف والعاده، كان العرف والعاده محكماً بالنسبه إليه، وإلا فالمعتبر القصد، فإذا أسقط العامل حقه لا وجه لحق له، كما أن المال كذلك فى المالك.

ومنه يعلم أن جعل تمام الربح للمالك له ثلاث صور:

إلا أن يشترط عدمه، أو يكون العامل قاصداً للتبرع، ومع عدم الشرط وعدم قصد التبرع أيضاً له أن يطالب الأجره، إلا أن يكون الظاهر منهما في مثله عدم أخذ الأجره،

الأولى: إن له أجره المثل.

الثانية: أن لا حق له.

الثالثة: عدم قصد شيء، وفي هذا الصورة مقتضى القاعده أن يكون للعامل أجره المثل، لأنه لم يسقط احترام عمله، ولعله إلى هذا يشير المستمسك، حيث قال: (استيفاء عمل الغير موجب للضمان كاستيفاء ماله حتى مع احتمال التبرع مالم يثبت التبرع، وعلى ذلك استقرت طريقه العرف والعقلاء بلا رادع عنها) انتهى.

ومنه يعلم أن جعل الرياض الأصل عدم ضمان عمل العامل على المالك مع احتمال التبرع، وقد سبقه إلى ذلك المحقق الأردبيلي على ما حكى عنه، محل إشكال.

ومما تقدم يعلم وجه قول المصنف: {إلا أن يشترط عدمه، أو يكون العامل قاصداً للتبرع، و} عليه فـ {مع عدم الشرط} لعدم الأجره {وعدم قصد التبرع} من العامل {أيضاً له أن يطلب الأجره} أى له الأجره فيطلبها، لوضوح أن حق الأجره يوجب الضمان، طلبها أو لم يطلبها.

{إلا أن يكون الظاهر منهما}، الظاهر الذى بنا عليه، لما تقدم من أن الظهور فى عالم الإثبات والكلام فى عالم الشبوت {فى مثله عدم أخذ الأجره}.

ومنه يعلم أن الاعتبار بقصد العامل، سواء قصد المالك ذلك أم لا، فإذا قصد

وإلا فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع

التبرع كفى فى العدم وإن قصد المالك الأجره، وإذا قصد الأجره لم ينفع قصد المالك عدمها، فقول المصنف: {الظاهر منهما} فيه نوع مسامحه.

{وإلا- فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع} استدل بذلك الجواهر، ويدل على احترام عمل المسلم قوله (عليه السلام): «لا يتوى حق امرئ مسلم»^(١)

وقوله (عليه السلام): «فإن حقوق المسلمين لا تبطل».

ويعلم أن حق كل أحد محترم ولو لم يكن مسلماً إذا كان فى ذمه الإسلام أو محايداً، بالإضافة إلى أنه المركز فى أذهان المتشرعه والسيره: أنه مقتضى احترام أنفسهم وأموالهم وأعراضهم الذى أجمع عليه النص والفتوى، كما ذكرناه فى كتاب الجهاد وغيره.

لكن لا يخفى أن عمله محترم إذا كان بسبب طلب الذى عمل له، أو كان له أثر مالى فى الخارج، مثلاً طلب منه أن يبنى داره، أو بنى داره بغير طلب مما صارت للبناء قيمه جديده غير قيمه الأرض وآلات البناء.

أما إذا لم يكن أحد الأمرين، لم يكن وجه لضمان المالك، كما إذا عمل شيئاً بدون إذنه، ولم تكن له القيمه خارجاً، كما إذا صبغ ثوبه بما لم يزد التصبيغ قيمته، ذلك لأن «لا يتوى» ونحوه لا يأتى فى المقام، ولا دليل آخر على أن مثل هذا العمل محترم، فالأصل البراءة.

نعم إن قال له: اصبغ، كان له أجر عمله، أو كان التصبيغ يوجب مزيد القيمه.

ص: ١٣٧

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ من أبواب نواذر الشهادات ح ١

ويشترط في المضاربه الإيجاب والقبول

{ما لم يقصد التبرع}، ثم لا يخفى أن قصد التبرع إنما يسقط أجره إذا كان له ذلك، أما إذا كان دون البلوغ لم يكن وجه لسقوط الأجره بقصده، إذ لا حق للطفل في التصرف في أمواله، فدليل الحجر يشمل المقام.

{ويشترط في المضاربه الإيجاب والقبول} وذلك لأنه عقد، والعقد بحاجه إليهما، بخلاف الإيقاع الذي لا يحتاج إلا إلى طرف واحد.

ومن الواضح أن العقد إنما يكون إذا كانت هناك ولايتان كالنكاح والبيع والهبة، لأن لكل من الطرفين ولاية التصرف في نفسه في النكاح، وولاية التصرف في ماله بأن يدخل في ملكه أو يخرج من ملكه في البيع والهبة، فإن دخول شيء في ملك الإنسان بدون إجازته كخروجه بدون إجازته خلاف قاعده: «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم» (١).

أما الإبراء فليس دخول الشيء في ملكك من كان في ذمته، بل نوع إعراض من المالك، يتبعه سقوط قهري، فلا ينافي ذلك قاعده التسلط.

ومنه يعلم أن احتياج المضاربه إلى الإيجاب والقبول ليس مستنداً إلى الإجماع، وإن ادعى الإجماع عليه، بل مستند إلى القاعده.

أما هل أنه يصح أن يوجب كل منهما في قبال قبول الآخر، أو اللزم إيجاب المالك، وقبول العامل، ظاهرهم المتسالم عليه، كما يستفاد من كلماتهم الثاني، وإن كان لا يبعد الأول أيضاً، لأن الأمر إعطاء أحدهما المال والآخر العمل ويكون لهما الربح، وأي دليل على أن

ص: ١٣٨

ويكفي فيهما كل دال قولاً أو فعلاً

يكون الإيجاب من المالك، بل نقول مثل ذلك في كثير من المعاملات وحتى النكاح _ إن لم يكن إجماع أو دليل قطعي _ يصح إيجابه من أى منهما، لأن كلاً منهما يعطى نفسه في قبال الآخر.

ويؤيد صحه هبه المسلمه نفسها للنبي (صلى الله عليه وآله وسلم)، فإنه إيجاب منها، وقبول منه (صلى الله عليه وآله وسلم) (١).

نعم يمكن فرض الإيقاع في نكاح صغيرين من ولى واحد لهما، أو بيع مال صغيرين أو مضاربه مال وعمل سفيهين من ولى واحد لهما، حيث إن الولى يجعل هذه زوجه هذا، أو يجعل مال هذا فى قبال مال هذا، أو يجعل شيئاً من ربح مال أحدهما فى قبال عمل الآخر، إلى غير ذلك، كما نبه عليه المستمسك، ثم قال: (بل الوكيل على التزويج من الطرفين كذلك، نعم إذا كان وكيلاً عن أحدهما على الإيجاب، ومن الآخر على القبول تعين الإيجاب والقبول معا).

وفيه تأمل، حيث إن الوكيل منهما ينحل أمره إلى أن يوجب من طرف ويقبل من الآخر، اللهم إلا أن يقال: يصح إيقاع واحد يجعلهما زوجين، وهذا وإن أمكن باعتبار العقلاء إلا أنه مشكل فى باب الزواج المبني على الاحتياط.

{ويكفي فيهما كل دال قولاً أو فعلاً} وذلك لعدم دليل على لزوم اللفظ، فالأصل عدمه، كما هو كذلك فى كل عقد أو إيقاع لم يدل على لزوم اللفظ فيه دليل، كما ذكره فى باب المعاطاه، وإنما كان الأصل صحه الفعل أيضاً، لأن كلاً من

ص: ١٣٩

١- انظر القمى: ج ٢ ص ١٥٩ ذيل الآيه ٥٠ من سوره الأحزاب

اللفظ والفعل إشاره إلى ما فى الباطن، فلا فرق بينهما.

لكن ظاهر الرياض لزوم أن يكون الإيجاب باللفظ، لأنه قال: (ومن لوازم جوازها وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه، وفى اشتراط وقوع قبوله لفظياً، أو جوازه بالفعل أيضاً قولان) انتهى.

لكن هذا غير تام، فقد قال فى مفتاح الكرامه: (ومعنى ما فى المبسوط وفقه الراوندى والوسيله والغنيه والنافع والتبصره واللمعه والروض والروضه والمفاتيح، وكذا النهايه من قولهم إن القراض والمضاربه أن يدفع مالاً إلى غيره، إلى آخره، فإن فيه تنبيهاً على أنه لا يختص لفظاً، بل قد يقضى ذلك بأنه لا يحتاج إلى اللفظ، ويكفى فيها المعاطاه، ولا ريب عندنا فى جريانها فيها) انتهى كلامه.

وصاحب الجواهر مال إلى جريان المعاطاه فيها، لإطلاق ما دل على صحه المعاطاه فى البيع، لكنه بعد ذلك قال: (وعلى كل حال، فلا خلاف فى اعتبار اللفظ فى إيجاب عقدها، ولذا قال فى المستمسك: إن العمومات كافيه فى رفع الأصل والمنع عن جريانه).

أقول: ومما ذكر فى الإيجاب يظهر الكلام فى القبول، ولذا نجد أن غير واحد من معلقى المتن لم يعلقوا على قول المصنف: {قولاً أو فعلاً}، بل لم أجد فيهم على كثرتهم حتى واحداً استشكل فى كفايه القول، بل الظاهر أن من الفعل استمراره، كما إذا جلس العامل لتقبل المضاربات فجاءت جماعه كل منهم يعطيه

والإيجاب القولى كأن يقول: ضاربتك على كذا، وما يفيد هذا المعنى، فيقول: قبلت.

ويشترط فيها أيضاً بعد البلوغ والعقل والاختيار

ديناراً للمضاربه يوضعه فى صندوقه الذى أمامه، فإنه فعل أيضاً، سواء قلنا بتجدد الأكوان أم لا.

{والإيجاب القولى كأن يقول: ضاربتك على كذا، وما يفيد هذا المعنى} وفى القواعد: قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك.

أقول: وليس مراده هذه الألفاظ فقط، لأنه قال فى التذكرة بعد أن ذكرها: ولا يختص الإيجاب لفظاً كما حكى كذلك عن المهذب البارع والتحرير والتنقيح وغيرهم.

{فيقول: قبلت} وحيث قد تقدم أن المضاربه من الطرفين، كان مقتضى القاعده صحه أن يقول هذه الألفاظ العامل أيضاً، ويقبل المالك، وإذ قلنا فى البيع بصحه التبادل بدون أن يكون أحدهما موجباً والآخر قابلاً، أتى ذلك الكلام فى المقام أيضاً، فكلاهما موجبان.

{ويشترط فيها أيضاً بعد البلوغ} المقطوع به فى كلماتهم، الدال عليه ما ذكروه فى كتاب الحجر وغيره من أنه لا يجوز أمر الغلام، لكن ربما يورد على ذلك صحه تصرفات الغلام فى الجملة، وقد ذكرنا وجهه فى بعض المجلدات الفقه.

وعليه فلا- يبعد صحه جعله عاملاً، بل ومالكاً بإجازة المولى فى الجملة، فيما كان يعمل العمل ونحوه، ولذا ذهب بعض إلى كراهه معامله الصبيان.

{والعقل} المشترط فى كل المعاملات نصاً أو إجماعاً.

{والاختيار} فإن معامله المكروه باطله، كما ذكروا فى كتاب الحجر والبيع

وعدم الحجر لفسل أو جنون، أمور:

الأول: أن يكون رأس المال عيناً، فلا تصح بالمنفعة ولا بالدين

وغيرهما، نعم الاضطرار _ الذى يقابل بالاختيار أيضاً _ لا يبطل العمل، وقد ذكرنا فى كتاب (الفقه: الاقتصاد) بحثاً حول الاضطرار الأجوائى.

{وعدم الحجر لفسل} فى المالك، أما العامل فلا مانع فى حجره.

{أو جنون} كأنه من سهو القلم بدل أو (سفه) لأنه محجور عليه، لوضوح أن الجنون ذكر قبل ذلك، وهل يشترط عدم السفه فى العامل، كما قال به المستمسك، وعلله بعدم الفرق فى حجر السفه بين أن يكون المال عيناً أو عملاً، أو لا يشترط، كما قال به بعض المعلقين، لأن ظاهر أدله السفه منعه عن ماله، لا عن عمله، كما قال سبحانه: (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) (١)، والعمل لا يسمى مالا، احتمالان، الإطلاق يقتضى الثانى، والمناط الأول.

{أمور، الأول: أن يكون رأس المال عيناً، فلا تصح بالمنفعة ولا بالدين} ذكر ذلك غير واحد، بل عن التذكرة وجامع المقاصد وغيرهما، كما فى المسالك والرياض والجواهر وغيرهم، دعوى الإجماع، أو الاتفاق، أو لا خلاف عليه.

لكن فى مفتاح الكرامه عند قول العلامة (أن يكون نقداً): (أى دراهم أو دنانير، كما صرحت به عباراتهم من غير نقل خلاف ولا إشكال إلا- من مولانا الأردبيلى، وقد ظهر ذلك من الكاشانى، نعم خلت منه المقنعه والمراسم والنهايه والكافى، ولعلمهم ليسوا مخالفين، كما خلى المقنع والانتصار عن

ص: ١٤٢

الباب بالكليه) انتهى.

ومن ذلك يظهر أن اكتفاء الجواهر بالإجماع في اعتبار كون المال عيناً وكونه دراهم ودنانير، بعد إشكاله في سائر الأدله المذكوره لذلك، غير ظاهر.

إذ قد عرفت عدم الإجماع، نعم لا شبهه أنه مشهور، وعليه فالأدله على الصحه بالنسبه إلى المنفعه والدين بله غيرهم الدرهم والدينار من النقد وغيره إطلاقات الأدله، مثل: (أوفوا بالعقود)، و(تجاره عن تراض)، وإطلاقات أدله المضاربه، بعد تحقق موضوع العقد والتجاره والمضاربه عرفاً في كل ذلك.

أما الأدله التي استدلت بها القائل بالمنع من أصاله الفساد وأصاله عدم الأثر والقدر والمتيقن، وأن الآيتين تدلان على الصحه، لا على كونها مضاربه، والإطلاقات غير الوارده في مقام البيان من هذه الجهه، كما في الرياض وغيره، فلا يخفى ما في الجميع.

لأن الأصل والقدر المتيقن لا- مجال لهما مع الأدله، وإذا صدق موضوع المضاربه عرفاً لا وجه لمنع دلالة الآيتين، والإطلاق إطلاق فمن أين عدم شموله لمثل المقام، وإلا لتمكن كل مانع عن أى إطلاق أن يقول ليس الإطلاق من هذه الجهه.

نعم في المقام روايه يمكن أن يستدل بها المانع عن جعل الدين رأس المال، وهي: ما رواه السكوني _ حسب ما رواه المشايخ الثالثه _ عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل له على رجل مال

ص: ١٤٣

إلا- بعد قبضه، ولو أذن للعامل فى قبضه ما لم يجدد العقد بعد القبض، نعم لو وكله على القبض والإيجاب من طرف المالك والقبول منه

فيتقاضاه ولا يكون عنده، فيقول هو عندك مضاربه، قال: «لا يصلح حتى تقبضه منه»^(١).

حيث دل على عدم صحه جعل الدين رأس المال فى المضاربه، لكن هذه الروايه، وإن كان سندها حجه، إلا أن فى دلالتها ضعف، حيث إن ظاهر (لا يكون عنده) أنه لا رأس المال، ومن المعلوم لا تصح المضاربه بدون رأس المال، فيكون معنى (حتى تقبضه منه) أن يجعل المال خارجياً، وهذا لا ربط له بعدم صحه جعل الدين رأس مال، كما إذا طلب زيد من عمرو ديناراً فقال له: اجعله رأس المال ولى نصف الربح.

لا يقال: وإذا كان المديون لم يملك كيف يطلب منه الدائن المضاربه.

لأنه يقال: لا بد من إرادته إعطاء شيء ربحاً للدين، فيكون شبيهاً بالربا، فعدم جعل الدين مضاربه {إلا بعد قبضه} محل إشكال.

أما قوله المصنف: {ولو أذن للعامل فى قبضه ما لم يجدد العقد بعد القبض} فوجهه أنه لا يصح العقد قبل القبض، على مبناهم.

{نعم لو وكله على القبض والإيجاب من طرف المالك والقبول منه} أى

ص: ١٤٤

بأن يكون موجباً قابلاً صحح، وكذا لو كان له على العامل دين لم يصح جعله قراضاً، إلا أن يوكله في تعيينه، ثم إيقاع العقد عليه بالإيجاب والقبول بتولى الطرفين.

وقبل بعد إيجابه الوكالي، فإنه لا يصح عطف (والقبول) على (الإيجاب)، لأن القبول ليس من متعلقات (وكله).

{بأن يكون موجباً قابلاً صحح} لأن رأس المال صار عيناً حينئذ، فإن إطلاقات أدله الوكاله تشملته.

{وكذا لو كان له على العامل دين}، من أى أنواع الدين كان من جهة الغضب أو الإتلاف أو غير ذلك، {لم يصح جعله قراضاً} عند المشهور، {إلا- أن يوكله في تعيينه، ثم إيقاع العقد عليه بالإيجاب والقبول بتولى} العامل {الطرفين} أو بنحو التوكيل عن مالك رأس المال، أو عن نفسه، فيكون العامل متولياً لأحد الطرفين، أو يوكل إنساناً ثالثاً عنهما، أو إنسانين.

ثم إن المالك لو قال له: اجعل الدين عيناً أول الشهر واجعله مضاربه على النصف، فلم يجعله أول الشهر، فيما لو جعله كذلك لكان ربح ديناراً، فقد فوت المديون نصف ديناراً على المالك، حيث إنه لو أعطاه ماله أعطاه المالك إلى عامل آخر وحصل نصف الدينار، فهل يضمن العامل ذلك؟

بناؤهم على عدم الضمان للأصل، لكن يمكن احتمال الضمان في أمثال هذه الموارد، لأنه فوت حقه

الثانى: أن يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكه المعامله، بأن يكون درهماً أو ديناراً، فلا تصح بالفلوس ولا بالعروض، بلا خلاف بينهم، وإن لم يكن عليه دليل سوى الإجماع

عرفاً، وقد ورد «لا يتوى حق امرئ مسلم»^(١)، والمستفاد منه الضمان لا- مجرد التكليف، وأى فرق بين المقام وبين استيلاء الغاصب على داره، حيث فوّت عليه منافعها، وقد ذكر بعضهم فى كتاب الغصب الضمان بالنسبه إلى ما لو استولى على إنسان حر ففوّت منفعه.

{الثانى} من شروط القراض {أن يكون} رأس المال {من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكه المعامله، بأن يكون درهماً أو ديناراً} وإن كان ظاهرهم كل سكه فضه أو ذهب وإن لم يكونا بعنوان الدرهم والدينار، {فلا تصح بالفلوس ولا بالعروض بلا خلاف بينهم، وإن لم يكن عليه دليل سوى الإجماع}.

ادعى لا- خلاف أو الاتفاق أو الإجماع عليه التذكرة والروضه والمسالك والمفاتيح وجامع المقاصد، وفى الجواهر الإجماع بقسميه عليه، إلى غيرهم.

وربما استدل له أيضاً بما فى بعض الروايات من ذكر الدرهم، مثل روايه عبد الملك: «أعط الرجل ألف درهم أقرضها إياه، وأعطه عشرين درهماً يعمل بالمال كله»^(٢).

وروايته الأخرى: «إذا دفعت المال وهو خمسون ألفاً، عليك من هذا المال عشره آلاف درهم قرض، والباقي معك تشتري لى بها»^(٣).

ص: ١٤٦

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب من أبواب نواذر الشهادات ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٤ ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٤ ح ٤

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

{نعم تأمل فيه بعضهم}، فقد تقدم في الشرط الأول إشكال جمع وسكوت آخرين، وقال في الحدائق: (إن من لا يلتفت إلى دعوى مثل هذه الإجماعات لعدم ثبوت كونها دليلاً شرعياً، فإنه لا منع عنده من الحكم بالجواز في غير النقدين نظراً إلى عموم الأدلة على جوازه، وتخصيصها يحتاج إلى دليل شرعي وليس فليس).

والدليلان المتقدمان لا يخفى ما فيهما، إذ لا إجماع صغر، ولا حجيه فيه _ لو كان _ كبرى، لاحتماله الاستناد، حيث قد عرفت عدم تعرض جملة من الفقهاء لهذا الشرط، بل لعل ظاهر الخلاف وغيره أن المسألة ليست إجماعية، لأنهم تمسكوا بعدم الدليل على الصحة دون الإجماع، وإنما ادعوا الإجماع وعدم الخلاف في صحة مضاربه الدرهم والدينار.

أما الروايات فلا دليل فيها، لأنها من مفهوم اللقب، بل ربما يؤيد صحة غير الدرهم والدينار: أن البضاعة كانت الرائج في زمن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم)، وعباس عمه (صلى الله عليه وآله وسلم) كان يضارب (11)، كما في الروايات وصححها رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) مما يستأنس له بكون مضاربه أعم من النقد، وإن كان في الاستيناس ما فيه.

وكيف كان، فمنه يعلم وجه قول المصنف: {وهو في محله، لشمول العمومات} والإشكال فيها قد تقدم دفعه {إلا أن يتحقق الإجماع، وليس ببعيد فلا يترك الاحتياط}

ص: ١٤٧

ولا بأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به،

لكنك قد عرفت عدم الإجماع، ولذا ذهب غير واحد من المعاصرين إلى جوازه، وما في المستمسك من (أن مراد الأصحاب إن كان عدم صحه المضاربه بغير الدينار والدرهم، فهو في محله، للأصل بعد عدم كون المعامله حينئذ مضاربه عند العرف، ولا حاجه إلى دعوى الإجماع في ذلك، وإن كان مرادهم عدم الصحه أصلاً، ولو بعنوان المضاربه فهو غير ظاهر، ولم يثبت إجماعهم عليه كما عرفت ذلك في اشتراط السابق) انتهى.

يرد عليه أن المعامله مضاربه عرفاً، وإن صح كلامه بأنه تثبت المعامله إن لم تصح المضاربه، لما ألمعنا إليه غير مره من أنه لا دليل على حصر المعاملات في المذكورات في الروايات وكتب الفقه، لإطلاق الأدله.

{و} كيف كان فـ {لا- بأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به} كما عن إطلاق فقه الراوندى والنافع واللمعه والتبصره والروضه والكفايه وغيرهم، حيث أطلقوا الدرهم والدينار، ولم يقيدها بالصحه ونحوها. خلافاً لمن قال بعدم صحه المضاربه بالمغشوشه، كما حكى عن الخلاف والمبسوط والوسيله والغنيه والسرائر وجامع الشرائع، وجمله من كتب العلامه، والروض والمسالك.

وفصل التذكره وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان _ على ما حكى _ بين ما لا يتعامل به من المغشوش فلا يصح، وبين ما يتعامل به فيصح.

وفى مفتاح الكرامه: إن كلام القدماء خال عن هذا القيد، وحيث قد عرفت أن مبنى مشرط أن يكون درهماً أو ديناراً صدق الاسم، فهو المعيار وإن كان مغشوشاً، ولذا تجب فيهما الزكاه، كما ذكر ذلك في الجواهر.

مثل الشاميات والقمرى ونحوها.

نعم، لو كان مغشوشاً يجب كسره بأن كان قلباً لم يصح وإن كان له قيمه فهو مثل الفلوس.

نعم إذا كان الغش بحيث يسلب صدق الذهب والفضه لغلبته الخليط لم تصح المضاربه، لعدم الصدق، كما صرح بذلك المستمسك، ولعل المصنف إنما قال (يعامل به) لأجل بيان ما ذكرناه.

أما قوله: {مثل الشاميات والقمرى ونحوها} فلا يهم التكلم حولها بعد انتفاء الموضوع فى الحال الحاضر.

{نعم لو كان مغشوشاً يجب كسره إن كان قلباً} بأن لم يكن حقيقه الذهب والفضه، بل كان مشبهاً بهما، مما يوجب خداع الناس، ولذا وجب كسره، {لم يصح} إذ ليس ذهباً ولا فضه {وإن كان له قيمه} باعتبار صورته، إذ لا عبره بالقيمه وإلا فالعروض أيضاً له قيمته.

{فهو مثل الفلوس} المصنوع من الحديد أو النيكل، حيث لا تصح مضاربتها وإن كانت له قيمه، وقد صرح بعدم صحه المضاربه بالفلوس، الخلاف والمبسوط والغنيه والسرائر والشرائع والتحرير والمسالك وغيرهم، بل عن التذكره عند علمائنا، كما نقل عنهم مفتاح الكرامه وغيره.

ثم إن وجوب الكسر ذكر فى بعض الروايات، مثل: خبر المفضل بن عمر الجعفى، المرؤى عن الشيخ، قال: كنت عند أبى عبد الله (عليه السلام) فألقى بين يديه دراهم، فألقى إلى درهماً منها فقال: «أى شىء هذا»، فقلت: ستوق، فقال: «وما الستوق»، فقلت: طبقتين فضه وطبقه من نحاس وطبقه

من فضه، فقال (عليه السلام): «اكسرها فإنه لا يحل بيع هذا ولا إنفاقه»^(١).

قال فى الوسائل: (هذا محمول على كونه غير معلوم الصرف ولا جائزاً بين الناس فلا يجوز إنفاقه، إلا أن يبين حاله، ذكره الشيخ وغيره، ويحتمل الحمل على الكراهه)^(٢).

أقول: وكأنه لذا قال الجواهر: الظاهر عدم وجوب الكسر وإن نص عليه فى الخبر السابق، إلا أنى لم أجد من أفتى به بل والفتوى وباقى النصوص على خلافه.

ثم الظاهر إن الكسر كناية عن عدم جواز الانتفاع به، فيما كان غشاً للطرف الآخر، أو كان غبناً، أما إذا لم يكن أحدهما جاز الانتفاع لعدم دليل على العدم، بل يشمله إطلاقات أدله التعامل، وهذه الرواية لا بد من حملها على الكراهه، أو على صوره عدم الجواز، لبعض الروايات الآخر الداله على الجواز.

مثل صحيح محمد بن مسلم، قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ثم يبيعهها، قال (عليه السلام): «إذا بين للناس ذلك فلا بأس»^(٣).

وعن محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: جاءه رجل من أهل

ص: ١٥٠

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٤٧٣ الباب ١٠ من أبواب الصرف ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٢ ص ٤٧٣ الباب ١٠ من أبواب الصرف ح ٥

٣- الوسائل: ج ١٢ ص ٤٧٣ الباب ١٠ من أبواب الصرف ح ٢

ولو قال للعامل: بع هذه السلعه وخذ ثمنها قراضاً، لم يصح إلا أن يوكله في تجديد العقد عليه بعد أن نض ثمنه.

الثالث: أن يكون معلوماً قدرأً ووصفاً

سجستان، فقال له: إن عندنا دراهم يقال لها الشاهيه يحمل على الدرهم دانقين، فقال: «لا بأس إذا كانت تجوز»^(١).

إلى غيرهما مما ذكروه في باب الصرف، وعليه يشكل الكسر إذا كان إسرافاً، فالحمل على الكراهه في الروايه السابقه محل نظر.

{ولو قال للعامل: بع هذه السلعه} بالدينار أو الدرهم {وخذ ثمنها قراضاً، لم يصح} لفقد الشرط الأول كما في المستمسك، {إلا أن يوكله في تجديد العقل عليه بعد أن نض ثمنه} إلا أن يقال: لا يحتاج إلى تجديد العقد فإن مثل الكلام السابق وكاله في إجراء المعاطاه، وعلى هذا فالأقوى كفايه مثل الكلام المتقدم.

{الثالث} من شروط رأس المال {أن يكون معلوماً قدرأً ووصفاً} على المشهور، قال في المفتاح الكرامه عند قول العلامه: {فلا تصح عل المجهول قدره}: بلا خلاف إلا من المبسوط وجامع الشرائع والمختلف واللمعه، وكذا مجمع البرهان، وقد يظهر ذلك مما ترك فيه اشتراط ذلك، كالمهذب والغنيه والسرائر وغيرها.

ثم إن المشهور الذين قالوا بالاشتراط استدل لهم بالأصل، وبعدم صدق

ص: ١٥١

ولا تكفى المشاهده وإن زال به معظم الغرر.

المضاربه، وبما ورد من أن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) نهى عن الغرر(١).

{و} عليه {لا تكفى المشاهده وإن زال بها معظم الغرر}، فقد حكى عن المبسوط الاكتفاء فى جواز المضاربه بالمشاهده لزوال معظم الغرر، وأشكل عليه بأن بقاء بعض الغرر غرر، فيشملة النهى، وردّ بأن مراد الشيخ أن ما يبقى لا يسمى غرراً عرفاً حتى يشمله النهى المتقدم.

وكيف كان، فالظاهر عدم هذا الشرط، لإطلاق أدله المضاربه بعد صدق المضاربه، والاستدلالات المذكوره غير تامه، إذ لو أريد بالأصل أصاله عدم كونه مضاربه فلا مجال للأصل بعد صدقها عرفاً، ولو أريد أصاله الفساد وعدم ترتب الأثر، ففيه: إن الإطلاق مانع عن الأصل، وبذلك يعرف عدم تماميه كونها ليست مضاربه.

وأما الحديث، ففيه بعد تسليم السند ولو بمعونه الشهره الجابره، أنه لا- نسلم صدق الغرر فى كل مورد، فالدليل أخص من المدعى، ولذا قال فى الجواهر: (والتحقيق إن لم يكن ثم إجماع عدم قدح الجهاله التى تؤول إلى علم، نحو أن يقع العقد على ما فى الكيس مثلاً ثم يعدّانه بعد ذلك، لإطلاق الأدله أو عمومها. أما الجهاله التى لا تؤول إلى علم، فالظاهر عدم جوازها، لعدم إمكان تحقق الربح معها وهو روح هذه المعامله) انتهى.

وإن كان يرد على شقه الثانى أولاً: بإمكان تحقق الربح، فإنه إذا لم يعلم كم

ص: ١٥٢

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٦٦ الباب ١ من أبواب لا يجوز بيع ما يضره الصياد ح ١٣

الرابع: أن يكون معيناً

فى الكيس، واشترى بكل دينار منه كتاباً ثم باع كل كتاب بدينار وربع ظهر الربح، وأنه خمس المجموع.

وثانياً: بأن الجهالة فى مثل ذلك مثلها مثل الجهالة فى الشركه ونحوها، فهل يستشكل فيما إذا خلط أحدهما لبنه بلبن الآخر، ولا يعلم كم لبن كل منهما، ومن البعيد جداً أن يمنع ذلك الجواهر أو غيره، ويكون المحتمل عند الاختلاف موازين القضاء من قاعده العدل والقرعه وغيرهما.

ومنه يعلم أن قول المستمسك إنه لو استدل على بطلان المضاربه بقصور الإطلاق عن إثبات الصحه، فالمرجع الأصل المقتضى للبطلان كان متيناً، غير ظاهر الوجه، لما تقدم من أنه لا وجه لمنع الإطلاق.

{الرابع} من شروط رأس المال: {أن يكون معيناً} وقد استدل له بالأصل، وبالغرر، وبالإجماع، وبأن المبهم المردد لا وجود له فى الخارج.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ قد عرفت فى الشرط الثالث عدم تماميه الأولين.

أما الإجماع فالظاهر أنه غير موجود، قال فى محكى مجمع البرهان: كان دليل اشتراط التعيين بالمعنى المذكور إجماع، وقال فى موضع آخر منه: إن عدم كون التعيين بالمعنى المذكور مضراً غير ظاهر.

أقول: كيف يتعد الإجماع، وقد قال فى مفتاح الكرامه: إنه لم يذكر هذا الشرط إلا عشره كتب فقط، فراجع كلامه، ولذا أشكل غير واحد من المعلقين على هذا الشرط.

ومنه يعلم وجه النظر فى ادعاء المستمسك الإجماع عليه، كما ظهر

فلو أحضر مالين وقال: قارضتك بأحدهما أو بأيهما شئت، لم ينعقد إلا أن يعين ثم يوقعان العقد عليه. نعم لا فرق بين أن يكون مشاعاً أو مفروزاً بعد العلم بمقداره ووصفه،

الإشكال في قول المصنف.

{فلو أحضر مالين، وقال: قارضتك بأحدهما، أو بأيهما شئت، لم ينعقد، إلا أن يعين ثم يوقعان العقد عليه}.

أما الاستلال على البطلان بأنه مردد، ففيه: إنه يعين بتعيين العامل، فهو مثل أن يقول: خذ أى المالين شئت هبه، نعم هو خلاف الاحتياط.

قال فى القواعد: لو دفع إليه كيسين فقال: قارضتك على أحدهما والآخر وديعه، لم يعين، أو قال: قارضتك على أيهما شئت، لم يصح، ومثله قال غيره.

{نعم لا- فرق بين أن يكون مشاعاً} على نحو الكسر المشاع، أو الكلى فى المعين {أو مفروزاً} لإطلاق أدله الصحه، بل فى مفتاح الكرامه: وقد جوز القراض بالمال المشاع، وفى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال.

ولا شك فى الصدق، فقول المستمسك: (لو فرض الشك فى الصدق، لاحتمال اعتبار الإفراز فى صدق المفهوم عرفاً، فالإطلاق لا مجال للتمسك به، بل المرجع أصاله عدم الأثر) غير ظاهر الوجه.

وقول المصنف: {بعد العلم بمقداره ووصفه} بناءً على ما تقدم من اشتراط العلم بالمقدار الذى قد عرفت الإشكال فيه.

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

ومما تقدم ظهر عدم الإشكال فيما ذكره المصنف بقوله: {فلو كان المال مشتركاً بين شخصين، فقال أحدهما للعامل: قارضتك بحصتي في هذا المال، صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع} وإن كان مقتضى ما ذكره المصنف الإشكال في نفس هذا المثال إذا لم يعرف العامل أو المالك قدر الثلث والربع، كما لو مات الأب وخلف ولداً وبناتاً وكان له مال في صندوق لم يعلم هل أنه ثلاثمائة أو أكثر، فإن مجرد العلم بأن للولد ثلثين لم ينفذ في جعله مضارباً بعد عدم علمه بالقدر، ولعل المصنف أراد عرفان المقدار.

{وإذا} مقتضى القاعده الصحه كما عرفت {لو كان للمالك مائة دينار مثلاً، فقال: قارضتك بنصف هذا المال، صح} لما تقدم من إطلاق الأدله الشامل للمشاع.

والحاصل أن كلاً من الجهاله في المالك والعامل والمال لا يضر بصحه المضاربه، فلو كان صاحب المال مجهولاً للعامل، لكنه وضعه للمضاربه، صح أخذه من العامل بالمعاطاه، كما أنه كذلك إذا كان العامل مجهولاً للمالك، وهكذا إذا كان المال مجهولاً، ولذا قال في مفتاح الكرامه: إنها تحمل من الجهاله ما لا تحمله العقود اللازمه.

ومنه تعلم صحه المضاربه إذا لم يعرف أحدهما الآخر، ولا عرف أى

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

منهما مقدار المال وكانت معاطاه في البين، وإن كان الاحتياط مراعاة ما ذكره، والله العالم.

{الخامس} من شروط المضاربه: {أن يكون الربح مشاعاً بينهما، فلو جعل لأحدهما مقداراً معيناً والبقية للآخر، أو البقية مشتركة بينهما، لم يصح} واستدل لذلك بأمور.

الأول: ما قاله الجواهر من أنه لو كان لأحدهما شيء معين والباقي للآخر بطل إجماعاً، وقال في الحدائق: الظاهر أنه لا خلاف بينهم في أنه يشترط في الربح الشيع.

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

الثاني: ما ذكره الشرائع من أنه لا يوثق بحصول الزيادة فلا تحقق الشركه.

الثالث: ما ذكره مفتاح الكرامه، قال: لأنه خلاف وضع القراض وهو خلاف مقتضى العقد.

الرابع: إنه خلاف ظاهر الروايات الداله على الشيع، مثل قول السائل في خبر عبد الملك: فما أصبت منها جميعاً فهو بينى وبينك، فسألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن ذلك، فقال: «لا بأس به» (١).

ص: ١٥٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٤ الباب ٢ من أبواب أحكام المضاربه ح ١

وفى الروايه المرادى: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يقول للرجل: أبتاع لك متاعاً والربح بينى وبينك، قال (عليه السلام): «لا بأس» (١١).

وفى روايه الحلبي: «وإن ربح فهو بينهما» (١٢).

إلى غير ذلك.

الخامس: ما رواه الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه قال فى الرجل يعطى الرجل مالاً يعمل به على أن يعطيه الربح مقطوعاً، قال: «هذا الربا محضاً» (١٣).

لكن كل هذه الوجوه لا تفى بإطلاق ما ذكروا:

فالإجماع غير موجود فى المسأله، مع أنه لو كان محتمل الاستناد بل مظنون.

والثانى أخص من المدعى.

والثالث غير ظاهر، إذ لا وجه لجعله خلاف مقتضى العقد، والحال أنه يتعارف مثل ذلك فيقول صاحب المال للعامل: اعمل وخذ كل يوم مقدار دينار لمصرفك والربح بعد ذلك بيننا.

والرابع لا دلالة فيه إلا من باب مفهوم اللقب، بالإضافة إلى أن (بينهما) ونحوه أعم، والإنصراف لو كان فيقرب أن يكون بدوياً.

والخامس أولاً: لا دلالة فيه بالنسبه إلى جعل شيء مقطوع للعامل.

وثانياً: إن الروايه إنما تعرضت بصوره ما كان الأمر ريباً، أما إذا لم يكن، كما لو علم أن ألف رأس المال يربح ما لا يقل من خمسمائه، فقال المالك: أعطنى مائه والبقية أثلاثاً مثلاً، لم يكن ذلك من الربا الذى هو محتمل أن لا يربح أو يربح بقدر الربا أو أقل منه أو أكثر، ولذا ذهب جمع من المعاصرين إلى الإشكال فى هذا الشرط، وليس

ص: ١٥٧

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٥ الباب ٣ من أبواب أحكام المضاربه ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨١ الباب ١ من أبواب أحكام المضاربه ح ٢
- ٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠١ الباب ٢ من أبواب أحكام المضاربه ح ٢

السادس: تعيين حصه كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك

المراد إسقاط هذا الشرط رأساً، بل إسقاط اشتراطه مطلقاً، ومع ذلك فالأحوط مراعاته.

نعم فيما يستلزم الربا لم يصح، لا لخبر الدعائم (1)، حتى يقال إنه ضعيف السند، بل لأدله حرمة الربا.

{السادس} من شروط المضاربه: {تعيين حصه كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك}، أقول التعيين على أقسام:

الأول: ما ذكره، وصحته إجماعى، كما يدل عليها النصوص أيضاً.

الثانى: أن يقول لك جزء أو حظ أو نصيب، وهذا لا يصح، لأنه خلاف أدله المضاربه عرفاً وشرعاً، ويشمله دليل نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، وقد صرح بعدم صحه مثل ذلك مفتاح الكرامه وغيره، ولعله المراد من عباره القواعد، حيث قال: أن يكون الربح مقدراً بالجزئيه لا بالتقدير كالنصف أو الثلث.

الثالث: أن يقول: لك ثلث أو ربع مثلاً، بأن جعل له الشىء المردد، وهذا لا يصح لأنه غرر، وخلاف مقتضى المضاربه، وفى المستمسك استدلال له بأن المردد لا يقبل الملك، كما لا يقبل غيره من الأحكام، وإن كان فيه نظر، فإن كثيراً من الأحكام تترتب على المردد، كما إذا قال فى الوصيه: أعط زيداً

ص: ١٥٨

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠١ الباب ٢ من أبواب أحكام المضاربه ح ٢

أو عمرواً ديناراً، أو أعط ديناراً أو دينارين لزيد، أو أباح له أن يجلس في داره شهراً أو شهرين، أو أباح أن يجلس في داره زيد أو عمرو، أو أباح لزيد أن يجلس في داره الشرقيه أو الغريبه، إلى غير ذلك من الأمثله.

الرابع: أن يقول: لك بالنسبه العادله، حيث لا يعلمانها هل هي الثلث أو الربع، أو أقل أو أكثر، في ما إذا كان في الواقع مقداراً خاصاً، فإن العقلاء يجعلون لكل من رأس المال وللعمل نسبه خاصه من الربح، ومقتضى القاعده الصحه، لإطلاق أدله مضاربه وأدله العقود، وعدم محذور في ذلك من غرر أو نحوه، وإن كان ظاهر بعضهم المنع في أمثال ذلك.

الخامس: أن يقول: لك مثل ما أعطى التاجر الفلاني لعامله، وظاهر كلامهم الإشكال في ذلك، إما لأنه غرر وإما لأنه خلاف مقتضى المضاربه وإما لانصراف أدله المضاربه عن مثله، لكن الظاهر الصحه لبطلان الوجوه المذكوره، ولذا قال في المستمسك: (لو قال: لك مثل ما شرط فلان، فدليل بطلانه غير ظاهر).

السادس: أن يردد في الأمر، بأن يقول: إن ربحت فوق الألف فللك الثلث، وإن ربحت دون الألف فللك النصف، سواء كان ذلك شرط المالك على العامل أو بالعكس، ومقتضى القاعده الصحه، لأنه شرط عقلائي، فالعامل مثلاً حيث تكون أجرته في الشهر خمسمائه لا يستعد أن يأخذ أقل بالمضاربه، ولذا يجعل الشرط بحيث لا يكون له أقل.

كذلك المالك إنه إن اشترى بالمال البضاعه الفلانيه حصل على ألف

إلا أن يكون هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق.

السابع: أن يكون الربح بين المالك والعامل، فلو شرطاً جزءاً منه لأجنبي عنهما لم يصح، إلا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجاره قطعاً، فلا- يريد أن ينقص حظه في المضاربه، ويأتي هنا احتمال الانصراف والغرر، وأنه خلاف مقتضى العقد، وقد عرفت الإشكال في المذكورات.

ويمكن تصورات آخر لجعل الربح بينهما نضرب عنها خوف التطويل.

{إلا أن يكون هناك انصراف ينصرف إليه الإطلاق} وقد أراداه، فيكون الانصراف موجباً للعلم بالمقدار، ولولا الإراده لم ينفع الانصراف، إذ العقود تتبع القصود، وكان المصنف لم يذكر الإراده اعتماداً على وضوح هذا الشرط.

{السابع} من الشروط: {أن يكون الربح بين المالك والعامل، فلو شرطاً جزءاً منه لأجنبي عنهما لم يصح، إلا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجاره}، قال في القواعد: {فإن شرط جزءاً منه لأجنبي فإن كان عاملاً صح، وإلا بطل}.

وقال في مفتاح الكرامه: {في شرح ذلك قولاً واحداً في الحكمين معاً كما في المبسوط، وبهما صرح في المهذب والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والتنقيح وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان، والمراد بالأجنبي من كان غير المتعاقدين} انتهى.

واستدل له هؤلاء بأمرين:

الأول: إنه خلاف مقتضى المضاربه.

ص: ١٦٠

نعم ذكروا أنه لو اشترط كون جزءاً من الربح لغلام أحدهما صح

الثانى: ظهور النصوص كون الربح بينهما، فهو خلاف الأدله.

ولا يخفى ما فى كليهما، إذ لا نسلم أنه خلاف مقتضى المضاربه، بل هو خلاف إطلاقها، ولذا لا يشك العرف فى صدق القراض عليه مع هذا الشرط، وليس ذلك مثل أن يبيعه بشرط أن لا يملك المتاع، كما أن النصوص ليست حاصره، بل ذكرت ما هو مقتضى الإطلاق، فالاستدلال بها لما نحن فيه من قبيل الاستدلال بمفهوم اللقب.

هذا بالإضافه إلى أنه لو كان شرطاً لا مقوماً كان من الشرط الفاسد، وبتأؤهم على أنه ليس بمفسد.

ثم لو قيل بعدم مثل هذا الشرط، فإن قال للعامل: لك الثلثان على أن تعطى امرأتك مثلاً نصفه، فهل يصح الشرط، لإطلاق أدله الوفاء بالشرط، أو لا، لأنه شرط للأجنبى، احتمالان، وإن كان الأقرب الأول.

وفى محكى التحرير النظر فى لزوم هذا الشرط، وعن التذكرة لم يلزم الشرط، فإن أوجهه فالأقوى البطلان، وعن التنقيح وفيه وجه آخر بالصحة لا عمل عليه، واحتمل الأمرين مجمع البرهان فيما حكى عنه.

أما إذا شرط على الثالث عمل متعلق بالتجاره فلا يضر، إذ يرجع الأمر فى الحقيقه إلى تعدد العامل، وذلك جائز بلا خلاف ولا إشكال.

{نعم ذكروا أنه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام أحدهما صح} كما عن المبسوط والمهذب والتحرير والشرائع والتذكرة والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرهم، بل عن الأول الإجماع عليه.

ولا- بأس به خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك، لأنه يرجع إلى مولاه، وعلى القول الآخر يشكّل، إلا أنه لما كان مقتضى القاعده صحه الشرط حتى للأجنبي والقدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما فالأقوى صحه مطلقاً، بل لا يبعد القول به في الأجنبي أيضاً وإن لم يكن عاملاً، لعموم الأدله.

{ولا- بأس به} للإجماع المذكور، ولأنه في الحقيقه راجع إلى كيس الشرط، {خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك، لأنه يرجع إلى مولاه}، لكن لا- يخفى أنه إن لم يملك لم يكن هذا شرطاً واقعاً، وإن كان يملك كان الدليلان السابقان بناءً على صحتها آتيين في المقام أيضاً.

ولعله أشار إلى ذلك بقوله: {وعلى القول الآخر} بملك العبد {يشكّل} إذ لا فرق بينه وبين الأجنبي {إلا أنه لما كان مقتضى القاعده صحه الشرط حتى للأجنبي} لإطلاق أدله الوفاء بالشرط، وعدم كون هذا الشرط خلاف مقتضى المضاربه، بل خلاف إطلاقه، {والقدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما} لأنهم قد ذكروا صحه شرط إعطاء الغلام، {فالأقوى الصحه مطلقاً} بالنسبه إلى الغلام، سواء قلنا بملكه أم لا.

لكن يرد عليه: إنه لا مجال للتمسك بالقدر المتيقن بعد أن لم يكن إجمال في المقام، إلا أن يقال: إن المستند في عدم الجواز الإجماع، وهو لا إطلاق له، لأن المجمعين في المنع عن الأجنبي أجازوا الشرط بالنسبه إلى الغلام، فتأمل.

{بل لا يبعد القول به في الأجنبي أيضاً وإن لم يكن عاملاً، لعموم الأدله} كما

الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل، فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم يصح، لكن لا دليل عليه عرف، فأشكال المستمسك عليه بأن العموم مخصص بما دل على اختصاص الربح لأمر خيري كالوقف أو طائفه خاصه كالفقراء، أو جعل بعض الربح بالمالك والعامل، غير وارد بعد أن عرفت عدم وجه للتخصيص المذكور.

ومما تقدم يعرف وجه الصحة في ما إذا اشترط بعض الربح منضمّاً إلى رأس المال وبعضه لهما أو لأحدهما أو لآخر.

{الثامن} من شروط المضاربه: {ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل} قال في القواعد: (أن يكون مسلماً في يد العامل، فلو شرط المالك أن تكون يده عليه لم يصح).

وقال في مفتاح الكرامه: (هذا شرط المصنف في التحرير أيضاً، وقد يلوح من الإيضاح اختياره، وفي جامع المقاصد أنه أولى وأبعد من الريب، وقرب في التذكرة عدم اشتراطه، وقد خلت عنه كتب الأصحاب قاطبه من المقنعه والمقنع إلى الرياض، بل ظاهر أكثرها عدمه) انتهى.

{فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم يبطل، و{يصح} مضاربه، لإطلاق أدله المضاربه.

ولذا قال المصنف: {لكن لا دليل عليه}، وما استدلل له بأنه خلاف مقتضى المضاربه، ولأن العامل لا يتمكن من العمل إذا لم يكن المال بيده، ولأصالة عدم الأثر، غير تام، إذ لا نسلم الأول، ولذا رده جامع المقاصد بأنه موضع تأمل، والتمكن

فلا مانع أن يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك، كما عن التذكرة.

التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجاره، وأما إذا كان غيرها كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعه مثلاً ويكون الربح بينهما، يشكل صحته

موجود بأن يحول العامل على المالك أو ما أشبهه، والأصل لا يقاوم الدليل.

وأما ما في أخبار الباب من أن المالك يدفع المال إلى العامل، ففيه: إنه سيق حسب التعارف، لا أنه شرط، وبذلك ظهر الجواب عن الاستدلال لذلك بالسيرة منذ زمانه (صلى الله عليه وآله وسلم)، إذ لا يسلم السيره أولاً، ولا دلالة فيها على الاختصاص ثانياً.

وعليه {فلا مانع أن يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك، كما عن التذكرة}، بل قد عرفت أنه المشهور، وعليه فما في المستمسك أن الشك في اعتباره عرفاً في مفهوم المضاربه كاف في اعتباره، محل منع، ولذا قرر ما وجدته من التعليقات فتوى الماتن.

{التاسع} من شروط المضاربه: {أن يكون الاسترباح بالتجاره، وأما إذا كان غيرها كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعه مثلاً، ويكون الربح بينهما يشكل صحته}.

قال في القواعد: (وشرطه أن يكون تجاره، فلا يصح على الطبخ والخبز والحرف، أما النقل والكيل والوزن ولو احق التجاره، فإنها تبع للتجاره

والتجاره هي الاسترباح بالبيع والشراء لا بالحرف والصنائع) انتهى.

وقال في مفتاح الكرامه: (كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد، وهو صريح المبسوط في الأخير).

أقول: علل هذا الشرط في التذكرة بأن (هذه أعمال مضبوطة يمكن الاستيجار عليها، فاستغنى بها عن القراض فيها، وإنما يجوز القراض فيما لا- يجوز الاستيجار عليه، وهو التجاره التي لا يمكن ضبطها، ولا معرفه قدر العمل فيها ولا قدر العوض، والحاجه داعيه إليها ولا يمكن الاستيجار عليها، فللضروره مع جهاله العوضين شرع عقد المضاربه) انتهى.

أما من أين أن شرط القراض عدم صحه الاستيجار، فقد ذكر وجهه أن المتيقن من القراض ذلك، فالأصل في ما عدا المتيقن عدم الأثر، فإن الأعمال المذكوره كالطبخ والخبز أعمال مضبوطة، فلا ضروره فيها إلى ارتكاب مخالفه الأصول وتجويز القراض فيها، إذ معنى القراض على هذه الأشياء أن يقارضه على أن يشتري الحنطه ويطبخها ويخبزها، والطعام ليطبخه، والغزل لينسجه، والثوب ليصبغه، ونحو ذلك من الحرف، هذا غايه ما يقال في وجه الشرط المذكور.

ولعل العلامه رأى عدم إطلاق الأدله، فعلمه في قبال استحسنات العامه بالاستحسان، لأن هذا الشرط أحد قولي الشافعيه، وإلا فمن المعلوم أن مثل هذه الأمور لا توجب الاشتراط.

إذ القدر المعلوم من الأدله هو التجاره، ولو فرض صحه غيرها للعمومات _ كما لا يبعد _ لا يكون داخلاً فى عنوان المضاربه.

العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجاره به، مع اشتراط المباشره من دون الاستعانه بالغير

ولذا قال المصنف فى تعليل هذا الشرط: {إذ القدر المعلوم من الأدله هو التجاره}، لكن الظاهر صحه المضاربه، لإطلاق الأدله بعد شمول المضاربه لها عرفاً، ولذا لم يكن مجال لقوله: {ولو فرض صحه غيرها للعمومات} مثل (أوفو بالعقود)(١)، و(تجاره عن تراض)(٢).

{كما لا يبعد، لا يكون داخلاً فى عنوان المضاربه}، كما لا مجال لقول المستمسك من الشك فى تحقق المضاربه عرفاً فى مثل ذلك الموجب للرجوع إلى أصاله عدم ترتب الأثر، انتهى.

فيصح كل تلك الأقسام مضاربه، بل وأن يعطيه مالاً ليدرس، فإذا صار طبيباً أو مهندساً مثلاً كان شريكه فى الربح، لكن اللازم ملاحظه عدم الإجحاف ونحوه مما ثبت بالأدله الثانويه.

{العاشر} من الشروط: {أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجاره به} سواء كان العجز ذاتياً، أو لظرف زمانى أو مكانى طارئ، {مع اشتراط المباشره من دون الاستنابه بالغير} أو لشرط خاص كاشتراط أن يتاجر بالبضاعه

ص: ١٦٦

١- سورة المائده: الآيه ١

٢- سورة النساء: الآيه ٢٩

أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانه بالغير

الفلانيه، أو بشرط آخر ولم يكن كان قادراً على التجاره، وإنما العجز ناش عن الشرط.

{أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانه بالغير} وبدون الشرط الخاص، ويدل على هذا الشرط عدم شمول أدله المضاربه إلا للمقدور، ولذا قال فى الجواهر: لعل المتجه الفساد، لمعالميه اعتبار قدره العامل على العمل فى الصحه، نحو ما ذكره فى الإجاره، ضروره لغويه التعاقد مع العاجز.

ومثله ما لو كان المضارب عاجزاً عن المال، فكما لا تنعقد المضاربه لانتفاء ركن من ركنيها، كذلك إذا انتفى الركن الثانى وهو العمل.

ومنه يعلم أن ما ذكره الشرائع والمسالك وغيرهما من الضمان بدون البطلان فى مفروض المسأله غير ظاهر الوجه، قال المحقق: (وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن)، وقال المسالك فى شرحه: (هذا ما جهل المالك بعجزه لأنه مع عجزه يكون واضعاً يده على المال على غير الوجه المأذون فيه، لأن تسليمه إليه إنما كان ليعمل فيه فكان ضامناً).

قال الجواهر: ونحوه فى جامع المقاصد، وقال فى المستمسك: ونحو عباره الشرائع ذكر فى القواعد، ثم قال المستمسك: إن ما ذكره العروه فى محله.

أقول: لعل المحقق وبعض آخر أرادوا بطلان العقد، وإنما عمروا بالضمان باعتبار التلازم العرفى.

ذكر المسالك: وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به، إذ لامنافاه بين الضمان وصحه العقد، وعمله فى الحدائق بما تقدّم من الأخبار وعليه اتفاق الأصحاب

وإلا فلا يصح، لاشتراط كون العامل قادراً على العمل، كما أن الأمر كذلك في الإجاره للعمل، فإنه إذا كان عاجزاً تكون باطله، من أنه مع المخالفه لما شرطه المالك فإنه يضمن والربح بينهما.

أقول: لا ظهور في كلام الشرائع ونحوه في عدم البطلان، إذ عدم التلازم حقيقه لا ينافي التلازم العرفي.

وكيف كان، فما ذكره الماتن هو الذى تقتضيه القاعده، أما احتمال أن البطلان ليس من جهه العجز بل من جهه أن الإذن والعقد كانا على المقدور، فلا يخفى ما فيه، إذ العقد على غير المقدور باطل لأنه ليس بشرعى ولا عقلائى، فإن قدر العامل صح (أوإلا فلا يصح، لاشتراط كون العامل قادراً على العمل، كما أن الأمر كذلك في الإجاره للعمل) بل ينبغى أن يكون الأمر كذلك في المزارعه والمساقاه، فإنه إذا كان عاجزاً تكون باطله (لما سبق من عدم الدليل على الصحه عقلاً أو شرعاً

ثم هل البطلان يكون للكل أو للمقدار العاجز عنه، إذا كان مقدار عاجزاً وعنه ومقدار غير عاجز عنه، كما إذا ضاربه بألف لأجل تجاره الحنطه والأرز، وقد كان الأرز عاجزاً عنه، فيكون البطلان فى النصف المرتبط بالأرز دون النصف المرتبط بالحنطه، أو على سبيل البدل إذا كان العجز كذلك، كما إذا كان عاجزاً عن الجمع بين تجاره الحنطه وتجاره الأرز، ولا يعجز عن تجاره إحداهما على سبيل البدل.

وهذا على ثلاثه أقسام، فإنه إما أن يعجز عن أحدهما، وإما أن يعجز عن نصف الاتجار سواء عن أحدهما أو عن نصفى كليهما، مثلاً كانت قدرته تجاره خمسمائه

فيكون تمام الربح للمالك، وللعامل أجره عمله مع جهله بالبطلان،

إما الأرز كلاً أو الحنطة كلاً أو بعض هذا وبعض هذا، وإنما العجز عن صرف الألف في التجاره.

وإما أن يعجز عن بعض الجنس الواحد، كما إذا كانت المضاربه بألف في الحنطة ولا يقدر إلا على خمسمائه منه فقط.

احتمالان، ظاهر المصنف بطلان الكل، لكن المستمسك قال: إذا كان الموجب للبطلان العجز فالعجز كان عن المجموع فيوجب بطلان المجموع لا- بطلان كل جزء لعدم العجز عن ذلك، وحينئذ تصح في المقدور وتبطل في الزائد ويكون من قبيل تبعض الصفقه.

وذهب إلى ذلك غير واحد من المعلقين، وإن كان يظهر من سكوت معظمهم على الماتن اختيارهم البطلان، والظاهر الصحة هنا وفي الإجاره والمزارعه والمساقاه بالنسبه إلى القدر المقدور كما في البيع، كما أنه كذلك بالنسبه إلى رأس المال إذا ظهر بعضه ناقصاً في المعين، أو لم يقدر على بعضه المالك في الكلى، أو ما أشبه ذلك.

وعليه فإذا كان المالك جاهلاً بعدم قدره العامل، كان له خيار تبعض الصفقه، وإذا كان عالماً لم يكن له خيار لأنه أقدم على ذلك، كما لا خيار له في البيع إذا أقدم على اشتراء المعيب.

وكيف كان، فإذا أبطله لجهله بالعجز {فيكون تمام الربح للمالك وللعامل أجره عمله مع جهله بالبطلان}، وأما إذا كان عالماً بالعجز وأقدم على معامله، أو كان جاهلاً ولم يبطل كان الربح بين المالك والعامل بالنسبه.

أما المقدار العاجز عنه فلا عمل ولا ربح، وإذا كان جاهلاً وأبطله كان للعامل

ويكون ضامناً لتلف المال إلا مع علم المالك بالحال

أجره المثل ويتحمل أقل الأمرين من المثل والمسمى، لأنه أقدم على المسمى فلا حق له في الأزيد، على الخلاف الذي ذكره في تلك المسألة.

ثم إن ما ذكرناه من الربح للعامل بالنسبة إنما يراد به ما يستحق، لا بنسبه العمل، إذ قد يكون حجم الجزء بنسبه خاصه بينما قدر المال له بنسبه أخرى، مثلاً إذا استأجره في صنع مصراعى باب لداره، فصنع مصراعاً واحداً لم يكن يستحق نصف المبلغ بل أقل من ذلك غالباً.

وبما تقدم ظهر أحكام كل الفروع من كون العامل جاهلاً أو عالماً في صورته عدم قدره المالك على إعطاء كل المال، ومن كون المالك جاهلاً أو عالماً في صورته عدم قدره العامل على كل العمل، وعند جهلهما إما أن يفسخ إذا ما علم، وإما أن لا يفسخ، {ويكون} العامل {ضامناً لتلف المال إلا مع علم المالك بالحال}.

والوجه في الضمان ما ذكره المسالك قائلاً عند قول المحقق: (وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن): (هذا مع جهل المالك بعجزه، لأنه مع عجزه يكون واضعاً يده على غير الوجه المأذون فيه، لأن تسليمه إليه إنما كان ليعمل فيه فكان ضامناً).

أقول: قد نقول ببطلان المضاربه، وقد نقول بصحتها بالنسبه إلى القدر المقذور، وبطلانها بالنسبه إلى القدر غير المقذور، وعلى أى حال فالبطلان بالنسبه إلى الجميع أو البعض إن تلف ذلك القدر الذى تبطل فيه المضاربه، هل يوجب الضمان، كما تقدم عن المسالك وجهه، أو لا يوجب لما ذكره المستمسك بقوله: (إن

الضمان في المقام مخالف لقاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»^(١)، فإن مال المضاربه غير مضمون على العامل في المضاربه الصحيحه فلا يكون مضموناً عليه في الباطله) إلى آخره، احتمالان.

ويمكن أن يقال: إن صور المسأله أربع، لأنهما إما عالمان بالبطلان، أو جاهلان، أو المالك عالم والعامل جاهل، أو بالعكس.

فإن كانا عالمين بالبطلان فقد جعل المالك المال وديعه في يد العامل والوديعة غير مضمونه، ففي صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»^(٢).

وقال (عليه السلام): «ليس على مستعير عاريه ضمان، وصاحب العاريه والوديعة مؤتمن»^(٣)، ونحوه غيره.

وإن كانا جاهلين فقد أودع المالك بيد العامل، وإن كان سبب الوديعة جهله حتى أنه لو كان عالماً لم يعطه إياه، لكن عدم إعطائه إياه لا يخرج عن كونه وديعه، والوديعة لا ضمان فيه.

وإن كان المالك جاهلاً والعامل عالماً لم يبعد الضمان، لأن علم العامل بأنه لا حق له يوجب دخوله في قاعده «على اليد ما أخذت» فهو كما إذا زعم المالك أن هذا زيد فأودعه المال، وقد كان عمرواً وعلم عمرو باشتباه المودع، وأدله الوديعة منصرفه من مثل هذا الصورة.

ولو كان العكس فقد اذهب المالك احترام ماله بعد أن أعطاه لمن يعلم أنه لا يستحق الإعطاء، لأن المالك عالم ببطلان المضاربه.

ص: ١٧١

١- انظر الجواهر: ج ٢٢ ص ٢٥٨

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب العاريه ح ٦

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب العاريه ح ٦

وهل يضمن حينئذ جميعه، لعدم التميز مع عدم الإذن فى أخذه على هذا الوجه، أو القدر الزائد، لأن العجز إنما يكون بسببه فيختص به، أو الأول إذا أخذ الجميع دفعه، والثانى إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما أخذه أولاً،

{وهل يضمن حينئذ جميعه، لعدم التميز} لأن وضع اليد فى حال الانضمام لا فى حال الانفراد، والمنضم غير مقدور العمل به، فلا يكون مأذوناً فى قبضه فيكون مضموناً لاقتضاء اليد الضمان، ولذا قال: {مع عدم الإذن فى أخذه على هذا الوجه} حتى يكون أمانه.

{أو القدر الزائد، لأن العجز إنما يكون بسببه} أى بسبب الزائد {فيختص} الضمان {به} إذ غير الزائد مأذون فى قبضه.

{أو} الضمان يكون للجميع الذى ذكرناه فى {الأول إذا أخذ الجميع دفعه} لأن الدليل المتقدم بقولنا (لأن وضع اليد...) آت فيما لو أخذ الجميع دفعه.

{والثانى} أى عدم ضمان القدر المقدور {إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره} كالنصف أو الثلث أو ما أشبه.

{ثم أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما أخذه أولاً} لأنه إذا مزجه كان التصرف غير مأذون فيه، من حيث الشركه، فيكون التصرف موجباً للضمان.

لكن فيه: إن عدم الإذن فى التصرف من جهه الشركه لا- يوجب ضمان المجموع، إذ القدر المأذون وإن كان ممتزجاً سبب الامتراج عدم جواز التصرف فيه من حيث الشركه إلا أنه لا يوجب الضمان، فهو كما إذا تصرف فى الملك المشترك بينه وبين غيره، فإن تصرفه وإن كان ممنوعاً

لكنه إذا تلف لا يوجب تلفه ضمان الجميع، وإنما ضمان مال الشريك فقط.

{أقواها} عند المصنف {الأخير} إذ يرد على ضمان الجميع أن البعض الذى صحت المضاربه بالنسبه إليه لا وجه لضمانه، كما يرد على ضمان القدر الزائد فقط أنه إذا أخذ الجميع دفعه أو تدريجاً لكن مزج المقدور بغير المقدور كان ممنوع التصرف فى المجموع، والمنع عن التصرف يوجب الضمان.

لكن قد عرفت مما ذكرنا أن اللازم القول بضمنان الزائد فقط، فإذا تلف الجميع كان قدر الضمان واضحاً، مثلاً كان النصف مقدوراً والنصف الآخر غير مقدور، وإذا تلف النصف مثلاً فى الممتزج كان مقتضى القاعد ضمان الربع، لأن ذلك مقتضى قاعده العدل، حيث إن جعل النصف على المالك فقط لا على العامل فقط لا وجه له، لأنه ترجيح بلا مرجح، ولا مجال للقرعه حيث إن مرتبتها بعد مرتبه قاعده العدل كما يستفاد من روايه الودعى وغيرها، فلا وجه إلا لقاعده العدل.

وكذا فى كل مورد مشابه، كما إذا كان قفيز من الحنطه لنفرين أذن أحدهما لزيد فى التصرف فيه، ولم يأذن الآخر، فتصرف فى الجميع وتلف نصفه بدون تفريط أو تعد، فإن مقتضى القاعده تقسيم النصف الذاهب منهما، إذ لا ترجيح لجعله من الآذن أو من الذى لم يأذن، ولا مجال للقرعه أيضاً.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم أن مقتضى القاعده الاحتمال الثانى، وهو ضمان القدر الزائد مطلقاً.

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

ثم إن المسالك أشكال على التفصيل بقوله: (يشكل بأنه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو المجموع ولا- ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأول وأخذ الزيادة لم يعجز) وأشار المصنف إلى دفعه بما حاصله: أن لا عجز عن المجموع فى صورته تدرج الأخذ، فإن العجز فى الثانى الذى عجز عنه لا فى الأول الذى هو مقدوره.

{و} وذلك لأن {دعوى أنه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ولا ترجيح الآن} بعد أن أخذ الثانى الذى هو عاجز عنه {لأحد أجزائه} حتى يقال الأول غير عاجز عنه والثانى عاجز عنه، وإنما لا ترجيح {إذ لو ترك الأول} المقدور {وأخذ الزيادة} أى الثانى {لا- يكون عاجزاً} فالآن وبعد أخذ المجموع نسبه العجز إلى كلا الجزئين على حد سواء، ولا ترجيح لأن يقال الأول عاجز عنه أو الثانى عنه {كما ترى} غير تامه بل العجز عن الثانى بذاته {إذ الأول وقع صحيحاً} حيث إنه كان مقدوراً.

{والبطلان منسوب إلى الثانى وبسببه، و} الأول والثانى فى الخارج متميزان، لأن {المفروض عدم المزج} فلماذا يقال بسرمان العجز إلى المجموع.

وقد رد المستمسك الماتن بقوله: (هذا يتم لو كان أخذ الأول بعقد يختص

هذا ولكن ذكر بعضهم أن مع العجز المعامله صحيحه، فالربح مشترك، ومع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك، ولا وجه له لما ذكرنا، مع أنه إذا كانت المعامله صحيحه

به والثاني بعقد آخر يحتص به، أما إذا كان الأخذ الثاني بعقد موضوعه مجموع الأول والثاني، فيكون موضوع العقد غير مقدور، فيكون العقد باطلاً فالمأخوذ به أولاً كالمأخوذ به ثانياً كلاهما مأخوذ بعقد باطل، فيكون كل منهما مضموناً ولا فرق بينهما)، لكن الرد محل نظر إذ العقد ليس بباطل، بل يكون جائزاً من قبيل خيار تبعض الصفقه.

وقد عرفت أن قول المصنف باشتراط عدم المزج غير ظاهر الوجه، بل العقد صحيح ولو مزج الأول والثاني، فالضمان للقدر الزائد فقط سواء أخذها مرتين أو مره، وسواء مزج في المرتين أو لم يمزج.

{هذا ولكن ذكر بعضهم} كالحقائق {أن مع العجز المعامله صحيحه، فالربح مشترك، ومع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك} وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد، إذ لا منافاه بين الضمان وصحه العقد.

وقد نسب هذا القول الحقائق إليهم حيث قال: (قالوا...)، وفي بعض تعليقات المتن: بل أسند إلى الكل، قال في الحقائق: (ويدل عليه ما تقدم في تلك الأخبار، وعليه اتفاق الأصحاب، من أنه مع المخالفه لما شرطه المالك فإنه يضمن والربح بينهما).

{ولا- وجه له لما ذكرنا} من لزوم التفصيل في المسأله لا إطلاق صحه المعامله {مع أنه} يرد على كلام الحقائق إشكال آخر وهو أنه {إذا كانت المعامله صحيحه

لم يكن وجه للضمان، ثم إذا تجدد العجز في الأثناء وجب عليه رد الزائد وإلا ضمن.

لم يكن وجه للضمان} لأن العامل أمين والأمين لا يضمن، وقد رد المستمسك دليل الحقائق بقوله: (إن دليله ضعيف لخروج المورد عن عموم النصوص الداله على أن العامل إذا خالف ما شرط عليه فهو ضامن والربح بينهما الآتيه فى المسأله الخامسه) انتهى.

لكن ربما يقال: إن الحقائق لم يرد الاستدلال، وإنما الاستيناس للمقام بتلك الأخبار، فإنها دلت على إمكان الجمع بين اشتراك الربح بمقتضى العقد والضمان بمقتضى أن الإعطاء مبنى على قدره والضمان مرفوع فى هذه الحاله، فإذا لم تكن قدره لم تكن أمانه مالكيه، وحيث لا قدره فلا أمانه مالكيه ترفع الضمان.

أقول بالنسبه إلى غير المقدور ضمان وبالنسبه إلى المقدور الربح مشترك ولا ضمان، إذ العقد صحيح والقدره موجوده فأمانه مالكيه توجب رفع الضمان.

{ثم إذا تجدد العجز فى الأثناء وجب عليه رد الزائد} لأنه لا- يقدر على العمل فيه فلا يحق له إبقاؤه عنده، لأن الأمانه كانت باعتبار عقد المضاربه، فإذا عجز بطل العقد بالنسبه إليه، وبقي العقد بالنسبه إلى القدر الذى يمكنه العمل فيه، حيث قد عرفت عدم بطلان العقد إلا بالنسبه إلى القدر الذى عجز عن العمل فيه {وإلا ضمن} لأن يده عليه ليست يد أمانه، فيشملها دليل «على اليد»(1).

ص: ١٧٦

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعه ح ١٢

ومما تقدم يعرف حكم كل صور المسأله، فإن العجز إما عن البعض أو عن الكل، وعلى كل حال إما ابتداءً فقط أو في الأثناء أو في الأخير أو مختلفاً، كأن عجز عن بعض أولاً وعن بعض وسطاً.

مثلاً كانت المضاربه على دراهم ودنانير، فلم يتمكن من التصرف في الدراهم لأنه يخاف اتهامه بأنه سرقها.

أو عجز عن الكل أولاً- وعن البعض أخيراً، إلى غير ذلك من صور المسأله، فإن الميزان في الكل أن عقد المضاربه كأنها عقود بالنسبه إلى المال وبالنسبه إلى الأزمنه، فكلما حصل عجز عن بعض مالاً أو زماناً بقي العقد بالنسبه إلى المقدور.

نعم يأتي بالنسبه إلى المالك شبه خيار تبعض الصفقه، وذلك لأن بناء العقلاء على انحلال العقد إلى عقود، وقد قرره الشارع حيث إنه لم يمنع عنه، ودليل الخيار ما ذكره في تبعض الصفقه.

ص: ١٧٧

(مسألة ١): لو كان له مال موجود في يد غيره أمانه أو غيرها فضاربه عليها صح، وإن كان في يده غصباً أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان فالأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك

(مسألة ١): لو كان له مال موجود في يد غيره أمانه أو غيرها فضاربه عليها صح { ولا فرق بين أن يكون المال في يده أمانه مالكيه بعاريه أو وديعه أو إجاره أو غيرها لإطلاق الأدله، بل يظهر عن التذكرة فيما لو كان المال وديعه أو عاريه إجماع المسلمين عليه.

وقال المستمسك بعدم الفرق عرفاً بين كون المال المضارب عليه في يد المالك وفي يد غيره أميناً كان أو مستعيراً أو غيرهما، انتهى.

ومنه يعلم أنه لا فرق بين كون المال في يد أم لا، كما إذا كان في مكان لا يد عليه، بل أو كان لا يقدر المالك عليه، واليد لا فرق فيها بين يد المالك أو العامل أو غيرهما.

{وإن كان في يده غصباً أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان} لأنها ليست أمانه مالكيه ولا شرعيه {فالأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك} فإنه لا إشكال في صحه جعله مضاربه، بل في الحدائق: (الظاهر أن الحكم اتفاقى عند الأصحاب) انتهى.

ووجهه إطلاق الأدله حيث لا مخصص لما إذا كان المال غصباً، خلافاً للشرائع فإنه قال: (ولو كان في يد غاصب مال فقارضه عليه صح ولم يبطل الضمان) انتهى.

وعلله في الجواهر بالأصل السالم عن معارضه وقوع عقد القراض الذي لا يلزمه عدم الضمان، بل يجامعه في كثير من المقامات، لظهور قوله (عليه السلام): «حتى يؤدي»

لانقلاب اليد حينئذ فينقلب الحكم، ودعوى أن الضمان مغياً بالتأديه ولم تحصل كما ترى

فى بقاء الضمان إلى حال التأديه التى ليس وقوع عقد القراض منها، وإنما قوينا عدم الضمان {لانقلاب اليد} الضمانيه إلى الأمانيه {فينقلب الحكم} فكما أنه إذا قال للغاصب: المال أمانه عندك من الآن، أو قال: آجرتك الدار المغصوبه مثلاً، انقطع الضمان فكذا فى المقام.

والاستصحاب الذى استدل به لقول الشرائع، لا مجال له بعد تبدل الموضوع، فحال الاستصحاب حال عكس المسأله، كما إذا كانت أمانه فى يده فلما طلبها المالك لم يدفعها إليه فإنها تكون غصباً ويكون عليه تلفها، ولذا اختار الجواهر بنفسه عدم الضمان بعد جعله مضاربه فى يد الغاصب.

ومنه يعلم أن ما عن العلامه فى التذكره، وذكره المسالك من أن مجرد العقد لا يقتضى ذلك، وإنما يحصل الإذن بأمر آخر ولو حصل زال الضمان محل إشكال، إذ إنشاء المضاربه ظاهر فى الإذن.

كما ظهر الإشكال فى قول المستمسك حيث قال: إن الانقلاب لا يجدى فى نفي الضمان إلا أن يثبت أمران الإذن فى القبض وأن المأذون لا- يضمن، إذ قد عرفت الظهور العرفى فى الإذن والمأذون لا يضمن يكون أمانه مالكيه والأمين غير ضامن نصاً وإجمالاً.

{و} أما الاستدلال بالروايه المتقدمه المذكوره فى المستدرك فى كتابى الوديعه والغصب، وفى غيره بـ {دعوى أن الضمان مغياً بالتأديه ولم تحصل} وحيث إن (حتى) انتهاء الغايه فيبقى الضمان إلى الأداء، وهو غير حاصل فرضاً، {كما ترى} إذ

ولكن ذكر جماعه بقاء الضمان إلا إذا اشترى به شيئاً ودفعه إلى البائع فإنه يرتفع الضمان به، لأنه قد قضى دينه بإذنه، وذكروا نحو ذلك في الرهن أيضاً، وأن العين إذا كانت في يد الغاصب

المفهوم من الأداء عرفاً إمضاء المالك لا الأداء الخارجي، ولذا إذا قال له: أده إلى زيد، كان أداءً، وإذا قال له: هو لك، كان أداءً، وإذا قال: وديعه أو عاريه أو في إيجارتك أو رهنك وما أشبهه، كان أداءً.

فالمراد بالأداء الخروج عن الغصب إلى سلطان المغضوب منه أو وليه، كما إذا أخذه وكيله أو الحاكم الشرعى الذى هو ولى مثل المغضوب منه أو الولى للطفل مثلاً.

{ولكن} مع ذلك {ذكر جماعه} كما عرفت عن الشرائع وغيره، بل فى الحدائق أنه المشهور وإن لم نحقق ذلك {ببقاء الضمان} بعد جعله مال المضاربه {إلا إذا اشترى به شيئاً} وإن لم يدفعه إلى البائع، فقوله: {ودفعه إلى البائع} لا بد وأن يراد به ما إذا لم يأذن البائع فى بقاءه عنده لكنه غصب عن البائع حينئذ لا عن المالك {فإنه يرتفع الضمان به}.

وجعله المسالك إجماعياً، لكن فى الجواهر: وأما القول بعدم زوال الضمان معها أيضاً ففيه مضافاً إلى ما سمعته أنه أداء إليه ضروره دخوله بذلك تحت سلطانه الذى هو معنى اليد {لأنه قد قضى دينه بإذنه} فلا مجال للاستصحاب ولا لقاعده اليد.

{وذكروا} أى جماعه منهم {نحو ذلك} وعدم سقوط ضمان الغاصب إذا جعله المالك رهناً عنده {فى الرهن أيضاً، و} قالوا {إن العين إذا كانت فى يد الغاصب

فجعلها رهناً عنده أنها تبقى على الضمان، والأقوى ما ذكرناه في المقامين لما ذكرنا.

فجعلها رهناً به عنده أنها تبقى على الضمان { إلا أن الجواهر وغيره قالوا بأن جعلها رهناً يخرج الغاصب عن الضمان.

{و} قول الجواهر هو {الأقوى} فإن {ما ذكرناه في المقامين} وكذلك سائر المقامات المشابهة كما إذا جعلها عارياً أو وديعه أو إجاره أو مزارعه أو مساقاةً عنده هو مقتضى القاعده {لما ذكرنا} من أنه دخل بذلك تحت سلطان المالك فلا يكون غصباً، فلا مجال للاستصحاب ولا لقاعده اليد، ويكون الحال كذلك إذا مات وورثه من رضى ببقائه في يده.

وكذا إذا جعله الغاصب تقاصاً فيما يصح فيه التقاص، نعم إذا جعله المالك مضاربه لكنه لم يأذن ببقائه في يده لم يخرج عن كونه غصباً، إذ قد عرفت أن مجرد المضاربه لا تكفى في الإذن.

ومثل ما تقدم في الخروج عن الضمان لو غصب صغيره بملابسها فزوجها إياه الولي فإنه يخرج عن كونه غاصباً ولا يكون بعد ذلك ضامناً.

ثم إن في مفروض المتن لو تبين بطلان المضاربه، فإن كان رضى المالك على نحو التقييد بالمضاربه لم يخرج عن كونه غاصباً، أما إذا كان راضياً والمضاربه كانت على نحو الداعي خرج عن الضمان أيضاً.

وللمسألة فروع تظهر مما ذكرناه، والله سبحانه العالم.

مسأله ٢ جواز المضاربه بالأدله الأربه

(مسأله ٢): المضاربه جائزه من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها

(مسأله ٢): {المضاربه جائزه} كتاباً: لأنه نوع من التجاره عن تراض وعقد، فيشملها دليلهما.

وسنّه: للروايات المتواتره المذكوره فى كتب الحديث والفقّه،

وإجماعاً: بلا خلاف نقل عن أحد.

وعقلاً: حيث لا مانع منها.

وتوهم بعض المتجددين أنه نوع من الاستثمار لأن إنساناً يعمل ويأخذ ربحه إنسان آخر، غير تام لأن المال عمل مجسم أيضاً، فمن كلا الطرفين عمل والربح بينهما على نحو لا إجحاف فيه، وقد ذكرنا تفصيل الكلام فى ذلك فى كتاب (الفقه: الاقتصاد) فلا داعى إلى تكراره فى المقام.

ثم إن المشهور أنها جائزه {من الطرفين، يجوز لكل منهما فسخها} بأن يسترجع المالك ماله ويكف العامل عن العمل، وحيث إن ذلك قد يوجب تضرر أحدهما كان لهما أن يجعلوا المضاربه شرطاً فى عقد لازم، والشرط فى العقد اللازم يوجب الوضع.

ثم إذا فسخ أحدهما كان اللازم أن يكون له بقدر حقه المقرر إلى ذلك الحين، لأن كلاً ملك فلا وجه لاحتمال الفسخ عن أصله ويكون للعامل أجره المثل أو أقل الأمرين إلى ذلك الحين.

وكيف كان، فقد ادعى المسالك عدم الخلاف فى أن المضاربه جائزه.

وفى الجواهر الإجماع بقسميه عليه، قال: وهو الحجج فى الخروج عن قاعده اللزوم.

وقال فى مفتاح الكرامه عند قول القواعد: (القراض عقد جائز من الطرفين): إجماعاً كما فى مجمع البرهان، وبلا خلاف كما فيه أيضاً، وفى الكفايه والرياض، وفى

سواء كان قبل الشروع فى العمل أو بعده، قبل حصول الربح أو بعده، نض المال أو كان به عروض، مطلقاً كانت أو مع اشتراط الأجل، وإن كان قبل انقضائه، نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله

الغنيه الإجماع على جوازه وأن لكل منهما فسخه متى شاء، وبذلك صرح فى السرائر والتذكرة والمبسوط والشرائع والنافع والتحرير والإرشاد وشروحه والروضه والوسيله وغيرها.

أقول: لولا هذه الإجماعات ونحوها لكان القول بذلك مشكلاً على خلاف الأدله الأوليه، ولم يظهر لهم التعليل أو روايه توجب احتمال الاستناد حتى يسقط الإجماع عن الحجيه.

نعم نقل مفتاح الكرامه عن جامع الشرائع قوله: إنها عقد لازم من الطرفين، ثم احتمل كونه غلطاً من قلم الناسخ، ولذا لم أجد من المعاصرين أحداً قال بلزومها، فلا بد من القول بجوازها {سواء كان قبل الشروع فى العمل أو بعده، قبل حصول الربح أو بعده، نض المال} بأن صار نقداً {أو كان به عروض، مطلقاً كانت} المضاربه {أو مع اشتراط الأجل، وإن كان} الفسخ فى صورته شرط الأجل {قبل انقضائه} لأن الشرط فى العقد الجائز لا يكون لازماً، والعمده إطلاق الإجماع.

وقد صرح بذلك غير واحد من الفقهاء {نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله} والمراد بعدم الجواز عدم النفوذ، لا الحكم التكليفي، لأنه المستفاد من دليل الشرط، وإنما لا يجوز الفسخ

بل هو الأقوى، لوجوب الوفاء بالشرط

لقاعده كون المؤمنين عند شروطهم(1)، {بل هو الأقوى، لوجوب الوفاء بالشرط} غير المخالف للكتاب والسنة ولمقتضى العقد.

أقول: الفرق بين الشرط فى ضمن العقد اللازم، وفى ضمن العقد الجائز، أنه لو لم يف الشرط فى الأول كان للشارط إجبار المشروط عليه، وكان ترك المشروط عليه للشرط فعلاً حراماً لأنه تارك للواجب، أما فى الثانى فمقتضى القاعده أنه ليس للشارط الإجبار، فهو مثل ما إذا لم يف بالعقد الجائز حيث لا يحق لطرفه إجباره، كما لم يفعل تارك الشرط حراماً، وذلك للتلازم بين عدم وجوب الأصل وعدم وجوب الفرع، فالركوع فى الصلاه المستحبه ليس واجباً، لأنه إذا لم يركع بطلت الصلاه لا أنه فعل فعلاً حراماً أو يلزم عمل الركوع، كذلك ليس الأكل فى الصوم المستحب حراماً، فإنه إذا أكل بطل صومه، فلا يلزم على الصائم ترك الأكل ولا يكون أكله حراماً.

وكأنه إلى هذا أشار المسالك حيث قال: (والقراض من العقود الجائزه لا يلزم الوفاء به فلا يلزم الوفاء بما شرط فى عقده لأن الشرط كالجاء من العقد فلا يزيد عليه).

وقال فى الجواهر: (يحتمل عدم وجوب الوفاء بالشرط وإن لم يفسخ العقد للأصل السالم عن معارضه آيه: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(2))، ثم ذكر أن ذلك مراد الشيخ والفاضل فى كلامهما وهو لا يخلو من قوه انتهى.

ص: ١٨٤

١- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ و ٢٠ من أبواب المهور ح ٤. الاستيصار: ج ٣ ص ٢٣٣ الحديث ٤

٢- سوره المائده: الآيه ١

وكأنه أشار بذلك إلى قول الشيخ، في مسأله أن يدفع إليه ألفاً قراضاً ليدفع إليه ألفاً بضاعه: ولو قلنا إن القراض والشرط جائز لا يلزم الوفاء به، لأن البضاعه لا يلزم القيام بها، كان قوياً.

وكذا قول العلامة بأنه لا يلزم الوفاء به لأن العقد جائز من الطرفين.

وقال في الرياض: إن الأجل المشترط فيها حيث كان غير لازم بل جائز يجوز لكل منهما الرجوع لجواز أصله بلا خلاف كما مضى فيكون الشرط المثبت فيه جائزاً بطريق أولى.

إلى غير ذلك من عبارتهم الظاهره فى أن الشرط غير لازم الوفاء به.

نعم ربما يستدل بلزوم الوفاء بالشرط إذا لم يفسخ بدليلين:

الأول: قوله «المؤمنون عند شروطهم» (١).

الثانى: بعض الروايات الظاهره فى ذلك، مثل ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى فى نوادره، عن أبيه قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «كان للعباس مال مضاربه فكان يشترط أن لا يركبوا بحراً ولا ينزلوا وادياً، فإن فعلتم فأنتم ضامنون، فأبلغ ذلك رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فأجاز شرطه عليهم» (٢).

لكن كلاهما غير تام، إذ الأول مثله مثل «لا صلاه إلا بفاتحه الكتاب» لا شمل إلا الواجب ولو بالانصراف. ووجه الانصراف ما ذكرناه من التلازم العرفى بين جواز العقد وجواز

ص: ١٨٥

١- الاستبصار: ج ٣ ص ٢٣٢ ح ٧

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب أحكام المضاربه ح ٧

الشرط، فكما أن أوفوا بالعقود لا يشمل العقد الجائز، كذلك المؤمنون عند شروطهم لا يشمل الشرط فى الضمن العقد الجائز.

وبهذا ظهر أنما يستفاد من كلام الجواهر من أن الوفاء بالعقد الجائز واجب حال عدم فسخ العقد فيندرج فى أوفوا بالعقود، غير ظاهر الوجه، إذ أى معنى لوجوب الوفاء والحال أنه يبطله قولاً وعملاً. فيأخذ الوديعه ويفعل كل ما وكل فيه ويتناول العاريه ويأخذ عين المال القراض وعين الموهوب، إلى غير ذلك.

والثانى لا دلالة فيه على الوجوب.

وربما يؤيد عدم وجوب الوفاء بالشرط الروايات المتواتره الداله على عدم العمل بالشرط المذكور فى المضاربه حيث لم يقل الإمام (عليه السلام) فى تلك الروايات أنه فعل حراماً وأن للشارط إزامه، فراجع الوسائل كتاب المضاربه بابها الأول.

وبما ذكرنا يظهر أن إيرادات المستمسك على ما ذكرنا من الأدله لجواز الشرط لا يخلو بعضها عن إشكال، قال: (والتي يمكن أن يكون وجهاً لهذه القاعده _ قاعده اقتضاء جواز العقد جواز الشرط _ أمور:

الأول: الأولويه المشار إليها فى عبارتى الرياض والجواهر، وفيها أنها لا تخلو من خفاء فلا تصلح للإثبات.

الثانى: إن دليل الجواز يدل على جواز العقد بتوابعه والشرط من توابعه، وقد يظهر ذلك من عباره المسالك، وفيه: إنه غير ظاهر فإن دليل الجواز هو الإجماع

والمتيقن منه يختص بالعقد ولا يشمل توابعه.

الثالث: إنه لو لزم الالتزام بالشرط مع عدم الالتزام بالعقد لزم الالتزام به ولو مع فسخ العقد، ولا قائل به، وفيه: إن دليل لزوم الشرط يختص بما كان في العقد فإذا فسخ العقد ارتفع الشرط الذي هو موضوع اللزوم.

الرابع: إن جواز الشرط مقتضى الأصل كما أشار إليه الجواهر، وفيه: إن وجوب الوفاء بالعقد أو الشرط لا يراد منه الوجوب التكليفي بل الإرشاد إلى نفوذ العقود والشروط، فالشك في الحقيقة في اللزوم والجواز يرجع إلى الشك في جواز الفسخ وعدمه، والأصل عدم ترتب الأثر على الفسخ) انتهى.

إذ يرد على الأول: إن الأولويه عرفيه.

وعلى الثاني: إن الدلالة بالتلازم، فإذا دل الإجماع على الأول ودل على الثاني لا مجال للأخذ بالقدر المتيقن.

وعلى الثالث: إنه لم أجد من ذكر هذا الدليل، بل لا يمكن منهم أن يقولوه.

وعلى الرابع: أولاً إن الوجوب تكليفي ووضعي، وثانياً إذا لم يعلم اللزوم الوضعي كان الأصل عدمه وهو مقدم على أصل عدم ترتب الأثر على الفسخ.

وسياتى من المصنف اشتهاً أن الشروط في العقود الجائزه غير لازمه الوفاء، وقد سكت عليه غير واحد من المعلقين يبلغون أكثر من عشره، خلافاً لما عرفت من السيد الحكيم فقد أنكر صحه نسبه ذلك إلى الشهره.

ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور

{ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور} قد يشترط أن لا يملك الفسخ، وقد يشترط أن لا يفسخ، وقد يشترط أن بعد السنه يبيع ولا يشتري أو بالعكس، أو لا يبيع ولا يشتري.

قيل: مقتضى القاعده أن الشرط الأول باطل، لأنه خلاف مقتضى العقد الذى يقتضى ملكه الفسخ.

وفيه: إنه كيف يصح فى العقد اللازم مثل البيع أن يشترط ذلك الفسخ، أى الخيار، فالأصح أن يقال إن مثل هذا الشرط غير لازم الوفاء لا لأنه خلاف مقتضى العقد إذ الجواز واللزوم خارج عن مقتضى العقد سواء كان لازماً كالبيع أو جائزاً كالمضاربه، ولو قيل بأن شرط اللزوم خلاف مقتضى العقد نوقض بشرط الخيار فى البيع، بل لأنه لا ملزم لهذا الشرط فى ضمن عقد المضاربه، لما تقدم من التلازم بين جواز العقد وبين عدم لزوم الشرط فى ضمنه، فبشرط أن لا يملك الفسخ الذى معناه اللزوم لا ملزم له فى ضمن عقد جائز.

نعم لو شرط ذلك فى ضمن عقد لازم، كما إذا أجرى المضاربه ثم أجرى بيعاً شرط فى ضمنه أن لا يملك فسخ المضاربه، كان مقتضى القاعده لزوم المضاربه.

وبما تقدم فى شرط أن لا يملك الفسخ ظهر حال القسمين الآخرين من الشرط، كأن يشترط أن لا يفسخ، وأن يشترط أن بعد السنه يبيع ولا يشتري وإلى آخره، فالشرط بأن لا يفسخ غير لازم، والشرط أن لا يبيع وإن كان غير ملزم إلا أن العامل حيث لم يأذن له المالك فى التصرف بيعاً أو شراءً لم يحق له ذلك إذ لا إذن ولا عقد ملزم للمالك حتى يخرج زمام الأمر من يده، فيكون للعامل حق البيع والشراء وإن لم يرض المالك.

بل العقد أيضاً لأنه مناف لمقتضى العقد، وفيه منع، بل هو مناف لإطلاقه

قال فى القواعد: ولو شرط على العامل توقيت المضاربه لم يلزم الشرط والعقد صحيح.

وقال فى مفتاح الكرامه: (توقيت المضاربه يقع مع الإطلاق والتقييد، فالإطلاق أن يقول: قارضتك على هذا المال سنه، والتقييد أن يقول: قارضتك سنه فإذا انقضت فلا تبع ولا تشتت، أو فبع ولا تشتت، أو بالعكس، ومعنى عدم لزوم الشرط عدم صحته، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه، وهو لزومها إلى الأجل فيكون لكل منهما الفسخ متى شاء، وكذلك فى الإرشاد، ومثله ما فى جامع المقاصد والروض ومجمع البرهان، ثم ذكر قريباً من ذلك من النافع واللمعه والرياض) انتهى.

{بل العقد أيضاً} هذا ليس بمشهور، وإنما ذكره بعضهم، أما كون الشرط باطلاً {لأنه مناف لمقتضى العقد} لأن مقتضى العقد جواز الفسخ فاشتراط عدم جواز الفسخ مناف له.

وأما كون العقد باطلاً، فلأن العقد مقيد بالشرط وحيث بطل القيد بطل المقيد، لأن المقصود غير واقع والواقع غير مقصود، وكان جامع المقاصد أشار إلى ذلك بقوله: (القراض المعتبر فى العقد لم يقع إلا على وجه فاسد)، أما ما جعله المستمسك أولى فى التعليل بأن القصد إلى المتنافيين متعذر فيكون العقد غير مقصود فلا يصح، فلم يظهر وجهه، إذ التنافى بين اللزوم والجواز، وهما لا يسريان إلى العقد ليفسدها، ولذا قالوا بأن الشرط الفاسد ليس مفسداً.

{وفيه منع، بل هو مناف لإطلاقه} إذ إطلاق العقد يقتضى الجواز،

ودعوى أن الشرط فى العقود غير اللازمه غير لازم الوفاء ممنوعه، نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط

كما أن إطلاق البيع، يقتضى اللزوم، فلا مانع ممن الشرط الذى هو خلاف الإطلاق.

أقول: مقتضى ما تقدم صحه العقد، وبطلان الشرط بأى قسم من الأقسام الثلاثه فى الشرط، ولقد أجاد السيد الجمال فى تعليقه حيث قال: (الظاهر أن ما أفتى به المشهور ببطلانه، وهو ما إذا اشترط أن لا يملك الفسخ إلى زمان كذا، دون ما إذا شرط أن لا يفسخ، نعم مقتضى ما صرحوا به من عدم لزوم الشرط فى ضمن العقود الجائزه هو تساوى وجود هذا الشرط لعدمه وهو كذلك).

{و} كيف كان، فقد عرفت مما تقدم صحه {دعوى أن الشرط فى العقود غير اللازمه غير لازم الوفاء} للتلازم العرفى بين الأمرين.

إلى غير ذلك من الأدله السابقه.

ومنع المستمسك من شهره هذه الدعوى، غير ظاهر الوجه، ولذا قال الحدائق فى محكى كتاب الدين: المشهور أن القراض من العقود الجائزه التى يجوز الرجوع فيها من الطرفين، بل ادعى عليه الإجماع.

وعلى هذا، فلو شرط التأجيل فيه لم يلزم، وبذلك صرحوا أيضاً، وكذا كل شرط سائغ، فدعوى أن الشرط لازم مع أن العقد جائز {ممنوعه} لما عرفت.

{نعم} على مذاق من يرى لزوم الشرط وإن جاز العقد {يجوز} للمشروط عليه {فسخ العقد فيسقط الشرط} اللازم، لأن الشرط كان لازم الوفاء عند وجود العقد، فإذا سقط العقد سقط الشرط.

وإلا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه، وهذا إنما يتم في غير الشرط الذى مفاده عدم الفسخ مثل المقام، فإنه يوجب لزوم ذلك العقد

{وإلا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه} لقاعده «المؤمنون عند شروطهم»⁽¹⁾ وغيرها مما يلزم الوفاء بالشرط، سواء فى العقد اللازم أو الجائز، عندهم.

{وهذا} الذى ذكرناه من أنه يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط {إنما يتم فى غير الشرط الذى مفاده عدم الفسخ مثل المقام} الذى اشترط فيه عدم الفسخ إلى زمان كذا، كما ذكرناه فى أول المسألة، {فإنه يوجب لزوم ذلك العقد} فلا يصح للمشروط عليه الفسخ حتى يفسخ فيسقط الشرط.

نعم إن أجاز له الشارط أن يفسخ حق له الفسخ، لأنه حق وليس بحكم، كما ذكروا فى باب الإقالة فى العقود اللازمة.

(وغير الشرط) فى كلام المصنف، يراد به مثل شرط أن يبيع كذا، أو لا يبيع، وهكذا مما يجعل عقد المضاربه لازماً.

ثم إنه ربما يستشكل على لزوم عقد المضاربه بشرط عدم الفسخ بأنه مستلزم للدور، إذ لزوم العقد متوقف على لزوم الشرط، ولزوم الشرط متوقف على لزوم العقد.

أما الأول: فالأنه لولا الشرط اللازم لم يكن وجه للزوم العقد، فإن ذات العقد ليست بلازمه، وإنما يسبب لزومه الشرط، والشرط إذا لم يكن لازماً لم

ص: ١٩١

يكن ملزماً، فإن فاقده الشيء لا يعطيه، فإن ما لا يكون في نفسه لازماً كيف يكون ملزماً لغيره.

وأما الثاني: فلأنه لولا العقد اللازم لم يجب الوفاء بالشرط، لما تقدم من أن لزوم الشرط فرع لزوم العقد، على ما يظهر من المشهور.

وحيث إن الدور باطل، فلا يمكن أن يلزم العقد بالشرط.

وفيه: إن الدور معي، فإذا شرط في العقد أن يفسخ لزم كلاهما، لكنك قد عرفت لزوم العقد بالشرط بدليل آخر، فلا يتوقف عدم لزومه على دليل الدور.

وبهذا ظهر وجه الإشكال في كلام المستمسك، حيث قال: (إذا كان وجود العقد شرطاً في لزوم العمل بالشرط امتنع أن يكون لزوم العمل بالشرط مقتضياً لوجود العقد ومانعاً من فسخه).

وعليه فما رتب المستمسك على هذا الكلام بقوله: (ومن ذلك يظهر بطلان شرط التأجيل في جمع العقود الجائزه كالشركه والمضاربه والوكاله وغيرها لأن شرط التأجيل راجع إلى شرط عدم الفسخ إلى الأجل، وقد عرفت بطلانه) انتهى، غير ظاهر.

أقول: قد تقدم في كلام العلامة ذكر التوقيت في المضاربه، وقد فسره مفتاح الكرامه بأن له صورتين، أن يقول: قارضتك على هذا المال سنه، وأن يقول: قارضتك سنه فإن انقضت فلا تبع ولا تشتت مثلاً، وحيث إن الشرط غير لازم على ما عرفت حق لكل منهما الفسخ قبل السنه في الصورتين.

نعم إن لم يفسخا في الثانيه، لم يكن للعامل التعدي عن شرط المالك، لأنه

هذا، ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر فلا إشكال في صحة الشرط ولزومه، وهذا يؤيد ما ذكرنا من عدم

ليس بمأذون في التصرف الذي نهاه عنه المالک، ولذا نفذ رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) شرط العباس (١).

{هذا، ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر} كالبيع ونحوه {فلا إشكال في صحة الشرط} لشمول «المؤمنون عند شروطهم» (٢) له، وذلك ليس بمناف للكتاب والسنة، ولا لمقتضى العقد.

{ولزومه} لأنه شرط في عقد لازم، والشرط في العقد اللازم لازم، ومعنى اللزوم التكليف والوضع، ولذا قال غير واحد: إنه إذا شرطت عليه توكيله إلى خمسين سنة في طلاق نفسها إذا لم يوصل إليها النفقة أو ما أشبه لزوم الشرط، ولا حق له في إبطال الوكاله التي أعطها إياها، ومحل تفصيل الكلام في ذلك في بحث الشرط، على ما ذكره الشيخ في المكاسب، وغيره في غيره.

وبذلك يظهر أن قول من قال: بأن هذا الشرط باطل أيضاً كالسيد البروجردى، أو نفى الإشكال غير ظاهر كالسيد الحكيم، غير ظاهر الوجه.

والظاهر أنه لا فرق بين شرط أن لا يفسخ، أو لا يملك الفسخ، إذ كما كان شرط أن لا يفسخ يوجب الوضع، كان شرط أن لا يملك الفسخ عبارته أخرى عن ذلك.

{وهذا} أي صحة الاشتراط في ضمن عقد آخر {يؤيد ما ذكرنا من عدم

ص: ١٩٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٣ الباب ١ من أبواب المضاربه ح ٧

٢- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح ٤

كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد، إذ لو كان منافياً لزم عدم صحته في ضمن عقد آخر أيضاً، ولو شرط في عقد مضاربه عدم فسخ مضاربه أخرى سابقه صحح ووجب الوفاء به إلا أن يفسخ هذه المضاربه فيسقط الوجوب

كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد { بل مناف لإطلاقه } إذ لو كان منافياً لزم عدم صحته في ضمن عقد آخر أيضاً { كما ذكره الجواهر، وأيده غير واحد من المعلقين، إذ المنافى للعقد لا يمكن شرطه لا في ضمن نفس العقد، كأن يشترط في عقد النكاح أن لا تكون المرأة محرمة له، ولا في ضمن عقد آخر كأن يشترط في عقد البيع أن لا تكون زوجته محرمة له، فإذا صح الشرط في ضمن عقد آخر دل على عدم منافاته لمقتضى العقد، فيصح اشتراطه حتى في نفس العقد إذا لم يكن محذور آخر.

وبذلك ظهر أن الشرط المنافى لمقتضى العقد أو للكتاب والسنة باطل، سواء كان في ضمن العقد أو في عقد آخر، وسواء كان كلا العقدين أو أحدهما لازماً أو جائزاً، فإذا شرط في ضمن النكاح أو المضاربه أن يشرب الخمر بطل الشرط لأنه مناف للكتاب، وإذا شرط أن لا تكون الزوجه محرمة له بطل، سواء كان الشرط في ضمن النكاح أو المضاربه، وقد ذكروا أن الشرط الفاسد لا يكون مفسداً.

{ولو شرط في عقد مضاربه عدم فسخ مضاربه أخرى سابقه { لم يلزم الشرط، لما تقدم من أن الشرط في ضمن العقد الجائز لا يوجب اللزوم، فقول المصنف: {صحح ووجب الوفاء به { محل نظر، ولذا أشكل عليه بعض المعلقين.

{إلا أن يفسخ هذه المضاربه { التي في ضمنها الشرط { فيسقط الوجوب }

كما أنه لو اشترط في مضاربه مضاربه أخرى في مال آخر، أو أخذ بضاعه منه أو قرض أو خدمه أو نحو ذلك وجب الوفاء به عن المضاربه الأولى {كما أنه لو اشترط في مضاربه مضاربه أخرى في مال آخر، أو أخذ بضاعه منه أو قرض أو خدمه أو نحو ذلك وجب الوفاء به} عند المصنف، نعم الشرط صحيح لكن لا يجب الوفاء به عندنا على ما تقدم، وعدم وجوب الوفاء به هو اختيار جمع من الفقهاء.

قال في مفتاح الكرامه: قال في جامع الشرائع: لو أعطاه ألفاً قراضاً على أن يأخذ منه ألفاً بضاعه جاز، ولم يلزم الوفاء به، وهو تحرير المبسوط.

أقول: قال في القواعد: ولو شرط على العامل المضاربه في مال آخر، أو يأخذ منه بضاعه أو قراضاً أو يخدمه في شيء بعينه، فالوجه صحة الشرط، وهل مراده ما ذكره من الصحة بدون لزوم الوفاء، كما حكى عن تحريره التصريح بعدم لزوم الوفاء به، أو مراده لزوم الوفاء، كما يظهر من جامع المقاصد حيث قال جامع المقاصد في شرح عباره القواعد: وجه الصحة عموم قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١)، وقوله (عليه السلام): «المسلمون عند شروطهم» (٢)، وليس الشرط محرماً ولا منافياً لمقتضى العقد، احتمالان، لكنك قد عرفت أن مقتضى القاعده عدم اللزوم.

ص: ١٩٥

١- سورة المائدة: الآية ١

٢- الوسائل: ج ١٥ ص ٤٩ الباب ٤ من أبواب المهور ح ٢. الكافي: ج ٥ ص ٤٠٤

ما دامت المضاربه باقيه، وإن فسخها سقط الوجوب، ولا بد أن يحمل ما اشتهر من أن الشروط فى ضمن العقود الجائزه غير لازمه الوفاء على هذا المعنى، وإلا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله، كما اختاره صاحب الجواهر بدعوى أنها تابعه للعقد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه هى أولى بالجواز، وأنها معه شبه الوعد، والمراد من قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اللزومه منها.

نعم من يقول بوجوب الوفاء كالمصنف يشترط ذلك بـ {ما دامت المضاربه باقيه، وإن فسخها سقط الوجوب} لأن اللزوم جاء من قبل العقد، فإذا سقط العقد سقط الوجوب.

{و} كيف كان، فما ذكره المصنف من أنه {لا بد أن يحمل ما اشتهر من أن الشروط فى ضمن العقود الجائزه غير لازمه الوفاء على هذا المعنى، وإلا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله}، قد عرفت سابقاً ما فيه، وأن مقتضى القاعده هو المشهور، {كما اختاره صاحب الجواهر} وغيره {بدعوى أنها تابعه للعقد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه} أى العقد {هى أولى بالجواز}، الأولويه لأن تابع الشئ أضعف من الشئ.

{وأنها} أى الشروط {معه} أى مع العقد الجائز {شبه الوعد} إذ لا ملزم له.

{و} عليه فـ {المراد من قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١)} {العقود} {اللازمه منها}

ص: ١٩٤

١- سورة المائده: الآية ١

لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق، والمراد من قوله (عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم» بيان صحة أصل الشرط، لا اللزوم والجواز

لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق { فحيث لا لزوم لعقد كان خارجاً عن إطلاق الآيه بالدليل الخارجي، كالإجماع في باب المضاربه على ما تقدم، والمراد من قوله (عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم» { (1)، إما {بيان صحة أصل الشرط، لا اللزوم والجواز}، وإنما يفهم اللزوم والجواز من الضميمة، أو أنه ظاهر في الوجوب واللزوم وخرج منه الشرط في ضمن العقد الجائز، وكذلك الشرط الابتدائي إن قلنا بأن الشرط يطلق على الابتدائي أيضاً، وعليه فلا بد أما التصرف في كلمه (عند) أو كلمه (شروطهم).

أما ما ذكره المستمسك من أن الآيه والروايه لا دلالة فيهما على الحكم التكليفي وإلا لزم ترتب عقابين على البائع إذا امتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري، عقاب الغصب والعدوان على مال الغير، وعقاب مخالفه وجوب الوفاء، ولا يمكن الالتزام بذلك، فيتعين أن يكون المقصود منها الإرشاد إلى صحة العقد والشرط والندر، ومقتضى العموم الأزمانى عموم الصحة بحسب الأزمان فيدل على اللزوم وعدم ترتب أثر على الفسخ لو وقع، وقد خرج من ذلك نفس العقد الجائز، وبقي الشرط الواقع في ضمنه على حاله، إلى آخر كلامه.

فيرد عليه أولاً: إن الوضع والتكليف وجهان لشيء واحد، لما ذكره الشيخ في الرسائل من أن التكليف ينتزع منه الوضع، فلا يكون هناك حكم وضعي

ص: ١٩٧

إذ لا يخفى ما فيه.

فى قبال الحكم التكللفى؁ فالآفه والرولفه تدلان على الحكم التكللفى؁ ووحده الحكم ءوجب وحده العقاب لى المخالفه.

وءانىاً: لو سلمنا تعدد الحكم التكللفى والوضعى؁ لا يلزم من كون الآفه والرولفه فى صدد الحكم التكللفى تعدد العقاب؁ فإن العقاب على مخالفه الوضعى بالإضافه إلى مخالفه التكللفى خلاف الضروره والإجماع.

وءالءاً: إذا سلمنا خروج العقد الجائز عن إطلاق (أوفوا)؁ لزم ذلك خروج الشرط فى ضمنه عن اللزوم؁ لما تقدم من الأدله على أن ما فى ضمن العقد الجائز لفس لازماً؁ وقد عرفء ذهاب المشهور إلى ذلك.

ورابعاً: إن معنى (أوفوا) و(عند) هو الدوام؁ لا أن ذلك مقتضى العموم الأزمانى؁ فإنه لو فسخ لم فكن (وفى) ولم فكن (عند).

وبما تقدم ظهر أن قول المصنف: {إذ لا- فخفى ما فىه} محل نظر؁ كما ظهر أن احتمال أن فكون (أوفوا) و(عند) اسءعمل فى الأعم الشامل للواجب والمسءحب مثل: (اغءسل للجمعه والجنابه) فالوفاء بالعقد اللازم لازم وبالشرط اللازم لازم؁ أما الوفاء بالعقد الجائز والشرط فى ضمنه فمسءحب محل نظر؁ إذ أنه وإن كان ممكناً حسب ءحمل اللفظ لو كانت قرينه؁ إلا أنه خلاف الظاهر؁ إذ ظاهر (أوفوا) الوجوب؁ وظاهر (عند) البقاء عنده؁ وذلك مما فلازم الوجوب أيضاً؁ أو هو عباره أخرى عنه.

مسأله ٣ إذا قال: اشتر بالمال بستانا

(مسأله ٣): إذا دفع إليه مالاً- وقال: اشتر به بستاناً مثلاً- أو قطعاً من الغنم، فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة قيمه صح مضاربه، وإن كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك، ففي صحته مضاربه وجهان:

(مسأله ٣): {إذا دفع إليه مالاً- وقال: اشتر به بستاناً مثلاً- أو قطعاً من الغنم، فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة قيمه صح المضاربه} لإطلاق الأدله الشامله لمثل ذلك، ومنه يظهر صحه المضاربه فى اشتراء الأرض للمضاربه، ثم اللازم أن تكون نتيجه الأمر الاسترباح ولو لم يكن فى هذا الاشتراء ربح قطعاً بل خساره إذا كان ذلك لازم المعامله، مثلاً اللازم فى عالم التجاره دوران المال من جهه تشغيل العمال ونحوه، وذلك يقتضى التعامل بما يتضرر فى بعض الوقت، فإن مثل هذا التعامل لا يضر بالمقصود من المعامله الذى هو الاسترباح فى آخر الأمر، فتعبيره بالاسترباح لا يراد به إلا النتيجه ولو البعيده.

{وإن كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك} بين المالك والعامل {ففى صحته مضاربه وجهان} بل قولان:

الأول: الفساد، قال فى القواعد: (ولو شرط أن يشتري أصلاً يشتركان فى نمائه كالشجر والغنم، فالأقرب الفساد، لأن مقتضى القراض التصرف فى رأس المال).

وقال فى مفتاح الكرامه فى شرحه: (كما هو خيره المبسوط والسرائر وجامع الشرائع والتذكره والتحرير والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك).

من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجاره فلا يصح، ومن أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجاره.

الثانى: الصحه، كما اختاره مفتاح الكرامه، وقال: (إنه مقتضى إطلاق أكثر عبارات القدماء، وبعض المتأخرين).

وجه البطلان ما أشار إليه المصنف بقوله: {من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجاره فلا يصح} لأن القراض عمل تجارى، ولذا قال فى جامع المقاصد: (إن مقتضى القراض الاسترباح بالتجاره وليس موضوع النزاع _ إى اشتراء البستان والغنم _ كذلك فلا يصح القراض عليه وهو الأصح) انتهى.

والظاهر أن الفرق بين دليل القواعد ودليله أن الأول أعم، لأن التصرف قد يكون استرباحاً وقد لا يكون، ففى مثل الغنم والشجر لا- تصرف ولا- استرباح، فقول المستمسك على جامع المقاصد: (لم يتضح الفرق بين التعليلين) محل مناقشه، وأضاف المستمسك قوله: (العمده عدم دليل على صحه المضاربه فى المقام ومفهومها العرفى ياباه).

{ومن أن حصوله} أى الربح {يكون سبب الشراء فيكون بالتجاره} بعد صدق المضاربه والتجاره عرفاً على ذلك، فيشمله عنوانا التجاره والمضاربه الواردان فى النص والفتوى.

ومنه يعلم عدم الاحتياج إلى صدق التصرف الذى ذكره العلامة، كما يعلم وجه النظر فى استدلالى جامع المقاصد والمستمسك، كما أنه لا يبقى مجال للأصل الذى تمسك به الجواهر دليلاً على عدم ترتب الأثر.

والأقوى البطلان مع إرادته عنوان المضاربه، إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة قيمه، لا مثل هذه الفوائد، نعم لا بأس بضمها إلى زيادة قيمه

أما قول الجواهر إنه لم يعرف القول بالصحة لأحد من أصحابنا، فإن أراد الصريح فقد عرفت فتوى مفتاح الكرامه بالصحة، وإن أراد إجمالاً فقد تقدم أن إطلاق غير واحد من القدماء والمتأخرين يشملها، ولذا قوى بعض المعاصرين الصحة {و} هو الأقوى، خلافاً لتردد الشرائع وقول المصنف: {الأقوى البطلان مع إرادته عنوان المضاربه، إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة قيمه} لا مثل هذه الفوائد، وفيه ما عرفت في جواب القائل بالبطلان.

{نعم لا بأس بضمها إلى زيادة قيمه} كما عن المبسوط والسرائر والتذكرة والجامع، وقال في المسالك: (واعلم أن المنع إنما هو في حصر الربح في النماء المذكور، كما تقتضيه هذه المعامله، وإلا فلا يمنع كون النماء بينهما، ويحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه، كما إذا اشترى شيئاً له غله فظهرت غلته قبل أن يبيعه، فإنها تكون بينهما من جملة الربح، إلا أن الربح لم يحصره فيها لإمكان تحصيله من أصل المال) انتهى.

وحيث إن إطلاق أدله المضاربه يشمل النماء أيضاً، لا فرق بين تعرض المتعاقدين للنماء وعدمه، فإنه داخل في الربح على أى حال.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: (إذا حصل النماء من باب الاتفاق، ولم يكن قد تعرض له المتعاقدان، فالقاعده تقتضى كونه للمالك، لأنه نماء ملكه، ولا وجه لمشاركه العامل فيه) محل إشكال، إذ بعد شمول إطلاق عقد المضاربه

وإن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربه فيمكن دعوى صحته للعمومات.

له لا وجه لاختصاص المالك به، وعليه فلا فرق بين اشتراط كون النماء لهما صريحاً أو إطلاقاً.

نعم لو كان النماء خارجاً عن الإطلاق كان اللازم كونه للمالك، لأنه نماء ملكه، فتأمل، كما أنه إذا شرط في عقد المضاربه كون النماء كلاً للعامل صح الشرط، وإن لم يلزم الوفاء به من جهة أن الشرط في العقد الجائز غير لازم الوفاء به.

{و} كيف كان، فـ {إن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربه فيمكن دعوى صحته للعمومات} أي عموم (أوفوا بالعقود) ونحوه، على ما تقدم من أن العمومات تشمل كل عقد، ولو لم يكن في زمن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) والأئمه (عليهم السلام)، إذ احتمال اختصاص العمومات بالمتعارف من جهة الانصراف قد تقدم الإشكال فيه، كما أفتى بذلك المستمسك، وسكت جملة من المعلقين على الماتن مما يظهر رضاهم به، نعم أشكل فيه آخرون، بل جعله بعضهم باطلاً.

ص: ٢٠٢

مسألة ٤ اشتراط كون الخساره عليهما

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

(مسألة ٤): {إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخساره عليهما كالربح، أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففي صحته وجهان} بل قولان {أقواهما الأول} أي الصحه، لإطلاق أدله الشروط (١)، وعدم منافاه هذه الشروط إلا لإطلاق المضاربه، لا لمقتضاها ولا للكتاب والسنة.

{لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد، كما قد يتخيل} ذكره القواعد وهو القول الثاني، قال: ولو اشترط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد، مثل أن يشترط ضمان المال أو سهماً من الخسران، وعمله جامع المقاصد بأنها منافيه لمقتضى العقد شرعاً فيبطل العقد بها، لأن التراضي المعتبر فيه لم يقع إلا على وجه فاسد فيكون باطلاً.

وقال في مفتاح الكرامه: (البطلان فيها صريح التذكرة في آخر الباب، والإيضاح، وقضيه كلام الباقيين).

{بل إنما هو مناف لإطلاقه، إذ مقتضاه} أي مقتضى الإطلاق {كون الخساره على المالك وعدم ضمان العامل إلا مع التعدي أو التفريط} ولذا قال في الجواهر:

ص: ٢٠٣

(إن جميع هذه الأمور من الأحكام، أو ما هو مقتضى إطلاق العقد، لا- أنها من منافياها مقتضاه التي تعود عليه بالنقص، فتأمل جيداً) انتهى.

والفرق بين مقتضى الإطلاق والأحكام أن الأول ما يكون من حقيقه العقد عرفاً الذى قرره الشارع، والثانى ما رتب الشارع عليه من الحكم مما لا يرتبط بالعرف، مثلاً الشارع اشترط الصيغه فى النكاح، بينما العرف لا يرى ذلك، حيث إنهم يرون كفايه الرضا بالزوجيه من الطرفين، فإن اللفظ ليس إلّا مظهراً، فإذا كان المظهر غيره كفى.

لأنه يقال: إن كون الخساره على العامل كلاً أو بعضاً، خلاف الدليل الذى دل على أن «الأمين ليس عليه إلّا اليمين».

لأنه يقال: وإن كان خلاف ذلك، إلّا أن ذلك خلاف إطلاقه، لا ما إذا شرط ضمانه.

وبما تقدم ظهر أن ما فى تعليقه السيد البروجردى وبعض آخر، من أن اشتراط كون الخساره على العامل، كأنه اشتراط لأمر غير معقول، محل منع، فأى غير معقوليه لهذا الشرط، ولنفرض أن المالك عنده مائه يريد ادخاره ليوم حاجته ويأتيه العامل للمضاربه، وحيث إنه لا يتحمل الخساره يشترط عليه هذا الشرط، فهل هذا غير معقول ولو عرفياً، بله كونه معقولاً عقلياً، فإن العامل العاقل يقدم على مثل ذلك إذا كان يرى فيه احتمال الربح العقلانى كإقدام كل أصحاب الأموال على مثل ذلك، ويؤيده صححه مثل هذا الشرط جمله من الروايات:

ص: ٢٠٤

مثل المروى عن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) فى كتب الفريقين «الخراج بالضمنان»^(١)، حيث دل على أن الربح فى قبال الخساره، فإذا كان العامل يربح فهو يخسر عند الخسران.

لا- يقال: الحديث منصرف من هذه الصوره، لأن العامل يعطى عمله وخساره المال ويكون حينئذ أسوأ من دابه الكراب، حيث إنها تشبع فى قبال عملها.

لأنه يقال: بالإضافة إلى أن الاستحسانات لا- مجال لها فى الفقه، وإلى أن النقص وارد على نفس القائل، حيث إنه يصح عدم شىء للعامل عند الخساره فيكون أسوأ أيضاً من دابه الكراب، حيث لم يشبع العامل فى قبال عمله، إن الخساره تكون على المالك والعامل على حد سواء، إذ المال عمل مجسم للمالك، فإذا جعل الخساره بينهما، كان قد خسر كل من المالك والعامل: المالك عمله المجسم والعامل عمله اليدوى، بالإضافة إلى عمله المجسم الذى هو المال الذى يعطيه للمالك خساره، وحيث إن كل واحد يخسر عمله لا- فرق بين الزياده والنقيصه فى العمل، مثلاً- عمل المالك يومين حتى حصل على دينارين وخسرهما العامل إياهما فى يوم، حيث يعطى ديناراً للمالك، حسب شرط تقسيم الخساره بينهما نصفين، فإن المالك خسر عمل يوم والعامل

ص: ٢٠٥

١- انظر الوسائل: ج ١٣ ص ٢٥٧ الباب ١٧ من أبواب الإجاره ح ١, ٢, ٣, ٤. المستدرک: ج ٢ ص ٤٧٣ الباب ٧ من أبواب الخيار ح ٣. انظر السنن لابن ماجه: ج ٢ الباب ٤٣ من أبواب التجارات

خسر عمل يومين، يومه الذى ذهب فى الخساره، ويومه الثانى الذى ربح فيه ديناراً وأعطاه للمالك.

وقد تتساوى الخسارتان، فقد عمل المالك يوماً حتى ربح دينارين وخسرهما العامل فى نصف يوم، وربح فى النصف الثانى دينارين حيث يعطى ديناراً منها للمالك، فيكون الحاصل أن كلاً منها عمل يوماً، وكان ناتجه له ديناراً.

وإذا فرض أن العامل حصل ثلاثه دنائير فى نصف اليوم كانت خساره المالك أكثر، حيث إن المالك حصل ديناراً لعمل يوم، والعامل حصل دينارين.

وفى حسن الكاهلى، عن أبى الحسن موسى (عليه السلام)، فى رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربه، فجعل له شيئاً من الربح مسمى فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه، قال (عليه السلام): «على المضارب من الوضعيه بقدر ما جعل له من الربح»^(١).

وهذه الروايات ناظره إلى المضاربات العرفيه، حيث يجعلون الخساره والربح بالنسبه إلى كليهما، فلا وجه لجعل الحديث متروكاً، كما قال به بعضهم.

أما صحيح محمد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام) فى حديث: إن علياً (عليه السلام) قال: «من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله، وليس له من الربح شيء»^(٢)، وفى بعض طرقه: «من ضمن مضاربه»^(٣) فلا ينافى ما ذكرناه، لاحتماله أن

ص: ٢٠٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٦ الباب ٣ من أبواب المضاربه ح ٦

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٦ الباب ٤ من أبواب المضاربه ح

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٦ الباب ٤ من أبواب المضاربه ح ١

يكون المراد إعطاء المالك مالاً للتاجر ليتجر به لنفسه، لا مضاربه، فليس للمالك ربح، كما ليس له خساره، والنسخه الثانيه غير ثابتة، فلا تكون دليلاً على خلاف ما ذكرناه، ولذا حملة في محكى الوافى وغيره على أن يكون المال قرضاً، ولا يرد عليه ما فى المستمسك قائلًا: (وهو مع أنه خلاف الظاهر منه مخالف للقواعد)، إذ لم يعرف وجه كونه خلاف الظاهر منه، ولا كونه مخالفاً للقواعد.

أما روايات كون الوضعيه على المالك فهى غير منافية، لأنها ذكرت مطلقه، لا أنها كذلك حتى فى حال الشرط، فهى مثل سائر روايات أحكام المعاملات حيث يمكن رفع جملة منها بالشرط.

ففى صحيح إسحاق بن عمار، عن أبى الحسن (عليه السلام) قال: سألته عن مال المضاربه، قال (عليه السلام): «الربح بينهما، والوضيعه على المال»^(١).

وفى صحيح الحلبي، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «المال الذى يعمل به مضاربه له من الربح، وليس عليه من الوضعيه شىء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال»^(٢).

ومثلهما روايه الكنانى، وغيرها^(٣).

ص: ٢٠٧

-
- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٦ الباب ٣ من أبواب المضاربه ح ٥
 - ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٦ الباب ١ من أبواب المضاربه ح ٤
 - ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٦ الباب ١ من أبواب المضاربه ح ٦

واحتمال أن يكون ذلك مقتضى العقد خلاف الظاهر، حيث إن العقد عرفى، والعرف يرى أن ذلك مقتضى إطلاق العقد. وبذلك تبين أن الإشكال على الشرط المذكور بأنه خلاف مقتضى العقد أو خلاف الكتاب والسنة أو خلاف العقل، وعليه فيفسد الشرط فقط، أو يفسد العقد أيضاً، كما ذهب إلى كل بعض، غير ظاهر الوجه.

ص: ٢٠٨

(مسألة ٥): إذ اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً، أو إلى البلد الفلاني، أو إلّا إلى البلد الفلاني، أو لا يشتري الجنس الفلاني، أو إلّا الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد مثلاً، أو إلّا من زيد، أو لا يشتري من شخص، أو إلّا من شخص معين

(مسألة ٥): {إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً} في مده المضاربه، لا لأجل الأعمال التجارية، ولا لأجل نفسه في زياره أو غيرها، السفر الشرعي، أو حتى غير الشرعي، والمتبع عند الشك الفهم العرفي، حيث إنهم يفهمون مطلق السفر لا الشرعي منه، فإذا كان عاصياً في سفره مما لا حكم شرعي له، كان مشمولاً لنهي المالك.

{أو إلى البلد الفلاني، أو إلّا إلى البلد الفلاني}، أو المستغرق لزمان كذا، كالسفر عشره أيام، أو في شهر شوال مثلاً، أو بالوسيله الفلانيه كالدابه، أو مع الرفقه الفلانيه، إلى غير ذلك من مقيدات السفر إيجاباً أو سلباً.

{أو لا يشتري الجنس الفلاني، أو إلّا الجنس الفلاني}، أو بسائر القيود المربوطه بالجنس إيجاباً أو سلباً.

{أو لا يبيع من زيد مثلاً، أو إلّا من زيد}، أو كان نهيه وأمره مقيداً بقيد مثل ألا يبيع من زيد في الصيف، أو لا يبيع له إلّا في الصيف، حيث يرى المالك اختلال تصرف زيد في أحد الوقتين، إلى غير ذلك من الأمثله.

{أو لا يشتري من شخص، أو إلّا من شخص معين}، أو النوع بدل الشخص إيجاباً أو سلباً، أمراً ونهياً، مطلقاً أو مع قيود، زمانيه أو مكانيه، أو غيرهما.

{أو نحو ذلك من الشروط} مما يجمعها الشروط الزمانيه والمكانيه والمعامليه كالنقد والنسيئه، والوسائله مثل السفر ووسيلته، والطرفيه، أي طرف المعامله،

فلا يجوز له المخالفه، وإلا ضمن المال لو تلف

أو شيء خارج عن معامله، مثل أن يتزوج، حيث يرى المالك أن عدم زواج العامل يسبب تهمته، مما لا يناسب المالك أن يكون عامله كذلك، إلى غير ذلك

{فلا يجوز له المخالفه}، كما ذكر بعض الشروط المذكوره وقال بصحتها المبسوط والشرائع والتذكرة والقواعد والمسالك وجامع المقاصد والمفاتيح والغنيه والسرائر وغيرهم، وادعى بعضهم عدم الخلاف، أو الإجماع على الصحة، ونص بعضهم بالصحة، وإن ضاقت بذلك التجاره.

أما أصل جواز الشرط، فيدل عليه إطلاق: «المؤمنون عند شروطهم»، والروايات الخاصه فى المقام مما تقدم بعضها ويأتى بعضها الآخر.

وأما أنه لا يجوز له المخالفه، فالمراد به تارة عدم الجواز تكليفاً، وذلك إذا تصرف فى المال تصرفاً ممنوعاً منه، مثلاً قال له: لا تذهب بالمال إلى بلد آخر، أو لا تعطه إلى زيد، أو ما أشبه ذلك، فإنه تصرف غير مأذون فيه، وذلك حرام كتاباً وسنناً وإجماعاً وعقلاً.

وتارة عدم الجواز وضعاً إلى عدم النفوذ، كما إذا قال له: لا تبع من زيد، فباع منه، فإنه لا يجوز البيع، أى لا ينفذ إذا باع، وإنما يكون فضولياً إن اجازه المالك جاز وإلا بطل.

ومنه يعلم أن قوله: {وإلا- ضمن المال لو تلف} لا بد وأن يراد به ما إذا تصرف فى المال تصرفاً عملياً خلاف إذن المالك، إذ التصرف غير العملى كالبيع ممن منعه عن بيعه بدون التسليم له، لا يوجب تلفه الضمان، لأنه لم يعمل عملاً

فى المال، ومجرد العقد لا يوجب الضمان، تلف أو لا، إذا لم يكن التلف بتعد أو تفريط.

{بعضاً أو كلاً} لإطلاق دليل اليد وغيره، نعم قد يقال: بأنه إذا تصرف تصرفاً عملياً فى المال، إنما يكون ضمان إذا كان التصرف سبباً لذلك، لا- ما إذا كان التلف على أى حال، مثلاً قال المالك: لا تدع الماشيه ليلاً فى المراح خوفاً من السارق، والعامل لم يسمع وجعلها فى المراح، وجاء السارق وسرقها، ولم يكن فرق فى كونه تسرق بين كونها فى المراح أو غيره، فإن دليل اليد وإطلاق دليل الضمان فى المورد منصرف عن مثل ذلك.

ثم لو شرط عليه شرطاً وعلم أنه لو اتبع الشرط عطب، كان عليه عدم اتباع الشرط، فلو اتبعه كان ضامناً، كما إذا قال له: اجعلها فى المراح، وعلم بأن السارق يسرقها من المراح دون الاضطبل مثلاً، فإنه لا يحق له جعلها فى المراح، لأن الشرط منصرف عن هذه الصورة، اللهم إلا- إذا صرح بأنه يجعلها فى المراح وإن علم أنها تسرق، إذ لا حرمه ولا ضمان حينئذ، اللهم إلا إذا كان حرمه كونه تعاوناً على الإثم، حيث إن السرقة حرام، أو كان اتباع شرط المالك حراماً شرعاً، كما إذا علم أن وضعها فى المراح يوجب لدغ الحيه لها فتهلك، فإنه إتلاف للمال، وهو غير جائز شرعاً.

ثم إنه لا خلاف فى الضمان إذا تلف المال، ويدل عليه جملة من النصوص، مثل صحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) قال: سألته عن الرجل

وضمن الخساره مع فرضها، ومقتضى القاعده

يعطى المال مضاربه وينهى أن يخرج به فخرج، قال (عليه السلام): «يضمن المال والربح بينهما»^(١).

وصحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه قال في الرجل يعطى المال فيقول له: ائت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال: «فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن كان الربح فهو بينهما»^(٢).

وفى روايته الأخرى، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يعطى الرجل مالاً مضاربهً فيخالف ما شرط عليه، قال (عليه السلام): «هو ضامن والربح بينهما»^(٣)، إلى غير ذلك من الروايات.

{وضمن الخساره مع فرضها} بأن لم يتلف المال وإنما خسر {ومقتضى القاعده} أن ما يذكر في المضاربه على ثلاثه أقسام:

الأول: ما يكون مصب العقد، مثل عقد المضاربه لا شراء الغنم، فاشترى بقرأ.

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

الثالث: ما يكون شرطاً، أي على نحو الالتزام في الالتزام، حتى إذا لم يعمل

ص: ٢١٢

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨١ الباب ١ من أبواب المضاربه ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨١ الباب ٢ من أبواب المضاربه ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربه ح ٥

وإن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادته القيدية إذا أجاز معامله، وثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام فى الالتزام

العامل بالشرط، كان العقد باقياً، وإنما للمالك خيار تخلف الشرط.

ثم الداعى فى الثانى والثالث قد يكون خوف الخساره فيقيد، أو يشترط معامله بأن لا يكون مواد الإنشاء لخوف الخساره، وقد يكون غير خوف الخساره، بل بداع آخر مثل أنه لا يريد التعامل مع زيد وإن كان ربح.

ففى قسم الأول: إذا خالف كانت معامله فضوليه، لأنها خارجه عن مصب معامله.

وفى القسم الثانى: إذا خالف كانت معامله فضوليه أيضاً، لأن المقيّد يذهب بذهاب قيده، من غير فرق بين أن يكون الداعى خوف الخساره أو غيره، إذ الداعى لا مدخله له فى معامله، فلا فرق فى فضوليه معامله بين عدم الربح والربح.

وفى القسم الثالث: تكون معامله صحيحه، وإنما للمالك خيار تخلف الشرط، من غير فرق بين الداعيين.

وإلى ما ذكرناه أشار المصنف بقوله: ومقتضى القاعده {وإن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادته القيدية} سواء كان المقيّد مصباً كما فى القسم الأول، أو قيّداً كما فى القسم الثانى.

{إذا أجاز معامله} لأنها فضوليه {وثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام فى الالتزام} وكون الربح فى القسمين

وكون تمام الربح له على تقدير الفسخ، إلا أن الأقوى اشتراكهما في الربح

الأولين، قد يكون لكلا-العامل والمالك إذا كان من قبيل زياده قيمه الثوب بالصبغ مما يوجب الشركه، وإن كان فاعل ذلك غاصباً، وقد يكون للمالك فقط إذا لم يكن من قبيل الشركه القهريه.

{وكون تمام الربح له { أى للمالك {على تقدير الفسخ} فى القسم الثالث إذا لم يكن من قبيل الشركه القهريه، وإلا لهما إذا كان من قبيل الشركه القهريه، أو إذا لم يأخذ المالك بخيار الشرط فبقيت المضاربه على حالها.

{إلا- أن الأقوى اشتراكهما فى الربح} على ما قرراه فى المضاربه فى كل الأقسام الثلاثه، وقد نسب إطلاق الاشتراك فى الربح إلى الأصحاب.

وعلى ما ذكرناه فالكلام فى أمرين:

الأول: فى كون مقتضى القاعده ما ذكره المصنف وأيدناه.

الثانى: فى أن كلام الأصحاب تبعاً للروايات، هل يشمل كل الأقسام الثلاثه أم لا.

أما الأول: فقد عرفت أن مقتضى القاعده هو كلام المصنف، مع بعض الملاحظات التى ذكرناها على كلامه.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام المستمسك حيث ذكر قسماً رابعاً بقوله: (أن يأمر المالك به أو ينهى عنه، من دون ملاحظه كونه شرطاً له على العامل ولا قيلاً للعمل، بل لوحظ لنفسه لما فيه من الفائده، مثل أن يقول: احمل النقد

فى هميان، أو اتخذ حارساً يحفظ مال التجاره) إذ فيه: إن ذلك إن كان أمراً خارجاً عن المعامله لم يرتبط بالمضاربه فلا وجه لعهه فى سياق الأقسام الثلاثه، وإن كان أمراً داخلاً كان مصباً أو قيداً أو شرطاً، ولا يتصور قسم رابع.

ثم إنه قسم المقوم والخارج إلى قسمين بقوله:

(الأول: ما يؤخذ قيداً فى مقام الواقع، كما إذا قال: لا تتجر بالأكفان، ولو خالف كان غير مأذون فيه، فصحتها على خلاف قاعده السلطنه، لا تصح إلا بإجازة المالك.

والثانى: ما أخذ قيداً فى مقام الظاهر خوفاً من الخسران، كما إذا قال: لا تشتتر التمر فإنه خطر فاشترى تمراً وربح، فالمعامله وإن كانت غير مأذون فيها ظاهراً، مأذون فيها واقعاً، ولا منافاه بين الأمرين، لعدم التنافى بين الحكم الظاهرى والواقعى، فالمعامله صحيحه ولا تحتاج إلى الإجازة).

وفيه: إن الاختلاف قد يكون بالداعى، وقد يكون بتوجه المعامله وعدمه، فإن كان الاختلاف بالداعى كان عدم اتجاره بالأكفان وبالتمر على نسق واحد فى المنع، ولا يههم اختلاف الداعى فى كون المعامله فضوليه، وإن كان الاختلاف بتوجه المعامله وعدمه، فلا ربط للظاهر والواقع، وكلاهما واقع حينئذ، إلى غيرهما من واقع النظر فى كلامه (رحمه الله).

وأما الثانى: فالظاهر إطلاق النص والفتوى، فإن الأقسام الثلاثه متعارف فى المعاملات، ومع ذلك لم تنبه الروايات على الفرق بينها، واختلاف تعبير الروايات إنما يستفاد منها الاختلاف فى التعبير العرفى لا الدقه، فقد تقدم فى

روايه محمد بن مسلم: وينهى أن يخرج به فخرج، قال (عليه السلام): «يضمن المال والربح بينهما» (١).

وفى روايه الحلبي المتقدمه: وائت أرض كذا وكذا ولا- تجاوزها واشتر منها، قال: «فإن تجاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما» (٢).

وفى روايه الحلبي: فيخالف ما شرط عليه، قال (عليه السلام): «هو ضامن والربح بينهما» (٣).

وفى روايه الكناني، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المضاربه يعطى الرجل المال يخرج به إلى الأرض، وينهى أن يخرج به إلى أرض غيرها، فعصى فخرج به إلى أرض أخرى فعطب المال، فقال: «هو ضامن، فإن سلم فربح فالربح بينهما» (٤).

وفى روايه الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: «فى المال الذى يعمل به مضاربه له من الربح، وليس عليه من الوضعيه شىء، إلا- أن يخالف أمر صاحب المال، فإن العباس كان كثير المال وكان يعطى الرجال يعملون به مضاربه ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد، ولا يشتروا ذا كبد رطبه، فإن خالفت

ص: ٢١٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربه ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربه ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربه ح ٥

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربه ح ٦

لجمله من الأخبار الداله على ذلك

شيئاً مما أمرتك فأنت ضامن للمال(١).

وعن جميل، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربه، فذهب فاشترى غير الذى أمره، قال: «هو ضامن والربح بينهما على ما شرط»(٢).

وعن أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربه وينهاه أن يخرج إلى أرض أخرى فعصاه، فقال: «هو له ضامن والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه»(٣).

إلى غيرها من الروايات.

وبناءً على هذه الروايات، فهما مشتركان في الربح على ما قرأنا، {لجمله من الأخبار} المتقدمه {الداله على ذلك}، أما ما ذكره السيدان البروجردى والجمال، والعبارة للاول: (لا يبعد ورودها على طبق القاعدة، فإن غرض المالك من المضاربه هو استنماء المال وإنما يمنع عن العمل على وجه خاص لجهله بالواقع وكونه عنده معرضاً للخسران مثلاً، فإذا خالفه العامل وربح فيه كان عمله على وفق ما ضاربه لأجله فاستحق نصيبه منه، وإن كان خرج بها عن الأمانه).

فيرد عليه أولاً: إن أصل الربح يختلف عن كميته، فيمكن أن يكون الربح إذا عمل بنظر المالك أضعاف الربح الذى ربحه مع مخالفه المالك.

ص: ٢١٧

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربه ح ٧

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربه ح ٩

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٣ الباب ١ من أبواب المضاربه ح ١٠

ولا داعى إلى حملها على بعض المحامل

وثانياً: هل يقول السيدان بمثل ذلك في سائر المعاملات، كما إذا أعطاه مالاً ليرهن داراً وقصده أن يسكنها فاشتراها، أو بالعكس، حيث إن المال لا يفنى على كلا الحالين، ويمكن نضه عند الاشتراء بيع الدار إذا لم يردّها، إلى غير ذلك من الأمثلة، فإنه لو كان الداعى مؤثراً لزم القول به فى كل مكان، وإن لم يكن مؤثراً كانت هذه الروايات على خلاف القاعده.

نعم يمكن أن يجعل هذه الروايات على وفق القاعده باعتبار أن الربح وليد المال والعمل، فاللازم تقسيمه بينهما، فيكون حاله حال ما إذا صبغ الغاصب الثوب فارتفعت قيمته، حيث يكون الربح بينهما، وإن كان التلوين على خلاف رضايه المالك.

ومثله يقال إذا كان لزيد أرض ومواد بناء فبناهما البناء بدون رضى زيد، حيث إن ارتفاع الدار يكون بينهما، وكذا إذا سمن الغاصب غنم المالك برعيها فى الأعشاب تكون زياده القيمه لهما.

إلى غير ذلك من الأمثلة خصوصاً إذا لم يكن الأمر على وجه الغضب والمخالفة العمديه، بل من جهه النسيان والاضطرار وما أشبه، حيث يشمل «لا يتوى حق امرئ مسلم» (١) ونحوه.

{ولا- داعى إلى حملها على بعض المحامل} كما فى الجواهر قال: (ويمكن تنزيل هذه النصوص على إرادته بقاء الإذن فى المضاربه، وإرادته الضمان من الاشتراط، كما يؤمى إليه ما فى ذيل صحيح الحلبي السابق (٢))، وخصوصاً ذكره (عليه السلام) له بعنوان التعليل للحكم، بل لعل ذلك

ص: ٢١٨

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١ من أبواب نواذر الشهادات ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربه ح ٥

ولا إلى الاقتصار على مواردنا لاستفاده العموم من بعضها الآخر.

هو المعروف فيما بينهم سابقاً من الشرط، كما عساه يومى إليه خبر رفاعه، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، فى مضارب يقول لصاحبه: إن أنت أذهبته أو أكلته فأنت له ضامن، قال: «هو له ضامن إذا خالف شرطه» (انتهى).

وذلك لأن بعض الروايات مطلقه، والقرينتان لا تصلحان لتقييد المطلقات، ولذا ذهب المشهور من المعاصرين إلى ما ذهب إليه المصنف، ولم يرتضوا بحمل الجواهر، ولو جعلنا الروايات على القاعده بناءً على ما ذكرناه كان الحمل خلاف القاعده أيضاً.

{ولا إلى الاقتصار على مواردنا} قال فى الجواهر: (ومن هنا جعل بعض الناس على ما فى النصوص ولعل اقتصار المصنف على هاتين الصورتين لذلك) ومراده قول الشرائع: (ولو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها، أو أمره بابتياح شىء معين فابتاع غيره ضمن، ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط) انتهى.

ثم قال الجواهر: (لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد ما سمعته من النصوص الداله على الأعم من ذلك، وهو كل شرط قد خولف، وهو الذى جزم به غير واحد) إلى آخر كلامه، لكن تخصيصه الأمر بالشرط لا وجه له بعد أن عرفت أن الأمر على ثلاثه أقسام.

{لاستفاده لعموم من بعضها الآخر} وقول المستمسك: (لا يظهر وجود العام الدال على الاشتراك فى الربح مع المخالفه، وإنما الموجود العام الدال على

الضمان مع المخالفه لا غير)، محل إشكال كما لا يخفى.

ثم لو خالف ثم رجع إلى شرط المالك والمال لم يصب بأذى فهل يكون ضامناً أم لا، كما إذا شرط عليه السفر من بغداد إلى كربلاء، فسافر إلى الحلّه، ثم رجع إلى بغداد فسافر إلى كربلاء، أو شرط عليه أن لا يتاجر بالحنطه فتاجر بها ثم باعها من غير ربح ولا خساره ونقد المال فاشترى به القطن مثلاً، احتمالان.

وإن كان مقتضى القاعده التفصيل بين إرادته عدم ذلك إطلاقاً فيكون الضمان، أو عدم ذلك عند تجاره بالمال بقصد المضاربه في الجملة فلا ضمان، فإن العقود تتبع القصود.

ثم الظاهر أن مخالفه المالك توجب الضمان، سواء كان الشرط من شؤون المال كالتجاره بالجنس الفلاني، أو خارجاً عنها كاشتراط أن يقرأ القرآن كل صباح، وذلك لإطلاق أدله الشرط.

وما ذكره المستمسك من الإنصراف عن الخارج مع تسليمه بأن شمول الشرط لكلا القسمين هو مقتضى إطلاق بعض النصوص والكلمات، محل منع.

ص: ٢٢٠

مسألة ٦ خلط العامل رأس المال

(مسألة ٦): لا- يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره، إلا مع إذن المالك عموماً، كأن يقول: اعمل به على حسب ما تراه مصلحه، إن كان هناك مصلحه، أو خصوصاً

(مسألة ٦): لا- {بأس بأن يعمل العامل في المال مختلف التقلبات التي يلزمها التجاره ف- {يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر} وذلك لأنه من أنحاء التجاره التي يعملها التجار، سواء كان ذلك المال {لنفسه أو غيره}، أقل أو أكثر أو مساوياً لرأس المال {إلا مع} نهى المالك، ونهيه يكون على الأقسام الثلاثة، مصباً أو قيداً أو شرطاً، كما تقدم.

وعليه فلا- يحتاج {إذن المالك} بالخلط، خلافاً لمن جعل الأصل عدم الجواز إلا مع الإذن، كالشرائع والمسالك وغيرهما، وتبعهم المصنف، وعلة أولهما بأنه تصرف غير مشروع، وثانيهما بأنه أمانه لا يجوز خلطها كالوديعة، وظاهر المنصف تعليقه بأنه لا إذن، وقربه المستمسك بما دل على حرمه التصرف في مال أحد إلا بإذنه، فإن لم يكن إذن في التصرف عام أو خاص حرم.

وفي الكل ما لا يخفى، إذ المتعارف في التجاره الإطلاق إلا ماخرج، حاله حال سائر الخصوصية، حيث لا يلزم الإذن فيها.

وكيف كان، ف- {إذن المالك عموماً، كأن يقول: اعمل به حسب ما تراه مصلحه، إن كان هناك} في الخلط {مصلحه}، وإلا فليس هذا العموم يشمل الخلط، {أو خصوصاً} كأن يقول: يجوز لك خلطه بغيره.

فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف، إلا أن المضاربه باقيه والربح بين المالين على النسبه.

{فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف} لعموم «على اليد» والروايات الخاصه المتقدمه {إلا أن المضاربه باقيه} كما نص عليه المسالك والجواهر وغيرهما، لما تقدم من الروايات الداله على كون الربح بينهما وإن خالف الشرط.

{والربح بين المالين على النسبه}، ومما تقدم يعلم أنه يجوز جعل البنوك الأموال التي يأخذها بعنوان المضاربه فيتاجر بها ويعطى نسبه الربح المقرره في أخير السنه لكل مالك أعطاه، مثلاً أخذ من أحدهم عشره، ومن الثاني عشرين، ومن الثالث ثلاثين، ومن الرابع أربعين، وجعل هو مائه، فإذا ربح الجميع مائه، كان نصيب كل واحد نصف قدر ماله، والنصف الآخر لصاحب البنك، لكن لا يخفى أنه يلزم أن لا تكون النسبه إجحافاً، لأنه ممنوع شرعاً، كما فصلناه في كتاب (فقه الاقتصاد).

ولا- يهم بعد ذلك أن اشترى بكل المائتين الغنم، أو اشترى بالبعض ذلك وبالبعض الحنطه والكتب وغيرهما، وقد كان ربح البعض يختلف عن ربح البعض الآخر، مثلاً ربح الغنم عشرون في المائه، والحنطه مائه في مائه وهكذا، فإن الأموال بعد الخلط صارت شركه، لكل مالك فيه بالنسبه.

ومنه يعلم أن الحكم كذلك إذا ربح في صفقه، وخسر في أخرى، ولم يخسر ولم يربح في ثالثه.

(مسألة ٧): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه، من حيث البائع والمشتري، ونوع الجنس المشتري، لكن لا يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك، إلا إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه

(مسألة ٧): {مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه} بلا إشكال ولا خلاف، لإطلاق الأدلة بعد إطلاق الإذن، {من حيث البائع والمشتري ونوع الجنس المشتري} والزمان والمكان والخصوصية {لكن} يجب أن يكون كل ذلك حسب الموازين العرفية الذي يشمل العقد ولو بالارتكاز.

فـ {لا} يحق له التصرف الخارج عن المتعارف مما لا يشمل العقد، ولذا الذي ذكرناه من الإطلاق {يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك} لتعارف سفر التجار، أما ما ذكره القواعد وغيره من أنه ليس للعامل أن يسافر إلا بإذن المالك، بل في جامع المقاصد هو مذهب علمائنا، فلا يظهر له وجه معتد به، إلا أنه تغرير بالمال وأنه غير مشمول للعقد، كما علله بهما جامع المقاصد، وكلاهما ليس كلياً وإلا فقد يكون البقاء في البلد كذلك لاضطرابات في البلد ليست في خارجه.

ومن هنا يقوى أن مراد المانع تلك الصورة بالنظر إلى الأسفار البعيدة السابقة، حيث الطريق غير آمن، ولعله لما ذكرناه من عدم كليه التغرير ونحوه أهمل ذكر هذا الشرط الشرائع وغيره، ولذا قال في المستمسك: (لا فرق بين السفر والحضر في الجواز ما لم يكن قرينه موجه للانصراف عنه).

وكيف كان، فالأصل الإطلاق {إلا إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه

الإطلاق وإن خالف فسافر فعلى ما مر في المسألة المتقدمة.

الإطلاق { إذ اللازم اتباع القصد الذى صب العقد لإبدائه، ولذا لو كان المنصرف عدم فعل شىء يجعل التجاره خطراً من جهه اللص أو الحرق أو الغرق أو ما أشبهه، كان اللازم تقييد العامل به، إلا إذا كانت التجاره فى مصب ذلك، مثل أن يضاربه للاتجار بالبحر.

{و} كيف كان، فـ {إن خالف} فيما كان ظاهره عدم السفر {فسافر، فعلى ما مر فى المسألة المتقدمة} يكون الربح بينهما على ما ذكروا، وذلك لإطلاق بعض النصوص المتقدمة، وفى الحال الحاضر حيث التأمين متعارف إذا لم يؤمن فى الأسفار الخطره بل وفى الحاضر فيما كان محظوراً كالمعامل المعرضه للانفجار، فالظاهر الضمان لتعارف التأمين فى البلاد التى يتعارف فيها التأمين، نعم يكون الربح بينهما على ما تقدم.

وإلى ما تقدم أشار ابن العم فى تعليقه بأنه يجوز السفر إلا أن يكون نادراً ينصرف عنه الإطلاق.

ويعلم مما تقدم أن اللازم على العامل اتباع أقل الأمرين خطراً، وإلا- كان ضامناً، كما إذا كان الأمر فوضى داخل المدينه وخارجها، لكن خطر الداخل أكثر، لو حده المعيار فى أصل الخطر وزيادة الخطر، نعم لو كان الخطران متساويين فقدم أحدهما فلا ضمان للأصل.

ص: ٢٢٤

مسألة ٨ يجوز بيع العامل نقداً أو نسيئته

(مسألة ٨): مع إطلاق العقد وعدم الإذن في البيع نسيئته، لا يجوز له ذلك إلا أن يكون متعارفاً ينصرف إليه الإطلاق، ولو خالف في غير مورد الانصراف

(مسألة ٨): {مع إطلاق العقد} يجوز البيع نسيئته لتعارف ذلك في الكسب، وعدم لزوم التغيرير من ذلك إلا في بعض الأحيان، كما أن البيع نقداً أحياناً خلاف المصلحة أيضاً.

{و} من ذلك يعرف أن قول المصنف: مع {عدم الإذن في البيع نسيئته لا- يجوز له ذلك} غير ظاهر الوجه، وإن قال القواعد والتذكرة بعدم جوازها، لما فيه من التغيرير بالمال، وتبعه في ذلك المسالك، بل نقله مفتاح الكرامه عن الشيخ، وجمله كبيره من الأصحاب.

{إلا أن يكون متعارفاً ينصرف إليه الإطلاق} كان الأولى أن يقول: لا ينصرف عنه الإطلاق، إذ الإطلاق شامل إلا أن ينصرف، لا أن الإطلاق لا يشمل إلا أن ينصرف.

ومما تقدم يظهر الكلام في الأقسام الستة، أي البيع والشراء نسيئته وسلفاً ونقداً، فكلما كان خلاف الإطلاق لم يفعله.

كما أن للنسيئته والسلف مراتب، مثلاً يبيعه نقداً بدينار، ونسيئته بدينارين، والثاني أقرب إلى إرادته المالك المركوزه عند عقد المضاربه، مما أوجب إنصراف العقد إليه.

وكذلك بالنسبه إلى مده الزمان ومكان التسليم وغير ذلك، ولما ذكرناه ذهب غير واحد من المتأخرين إلى الجواز إذا لم يكن تغيرير، تبعاً للمحكي عن المختلف وغيره.

{ولو خالف في غير مورد الانصراف} (في) بيان لـ (خالف) إذ مورد الانصراف

فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو، وإن اطّلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو،

لا- مخالفه فيه، فمقتضى القاعده صحه معامله وكون الربح بينهما، وإن كان ضامناً لما تقدم من الروايات الداله على ذلك الشامله للمقام إطلاقاً أو منطاً، ولذا قال فى الجواهر: (إن الصحه فى المقام أولى منها فى صوره المخالفه الصريحه التى هى مورد النصوص، بل يمكن القول بشمول بعض النصوص للجميع)، وقد تبع الجواهر فى ما ذكره جملة من المعاصرين.

ومنه يعلم الإشكال فى ما ذكره ابن العم فى تعليقه بقوله: (البيع باطل إلاّ- إذا أجاز المالك)، كما يعلم الإشكال فى تفصيل المصنف حيث قال: {فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو} وكأنه لأن المركز من شرط النقد أن لا يتلف المال، والحال أنه لم يتلف حينئذ، لكن لا يخفى أن عليه لا فرق بين استيفاء الثمن قبل اطلاع المالك أو بعده.

ولذا قال المستمسك: (على تقدير الفرق - أى بين المقام والسابق - لم يكن وجه لقوله: فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو، وكان اللازم أن يقول: إذا استوفى الثمن قبل اطلاع المالك راجع المالك فإن أجاز فهو، وإلا رده على المشتري لبطلان المعامله، إذ الموجب للبطلان عدم الإذن من دون فرق بين اطلاع المالك قبل الاستيفاء، وبين الاستيفاء قبل اطلاع المالك) انتهى.

ولعل المصنف نظر إلى أن الاستيفاء يوجب رضى المالك طبعاً، فلا حاجه له إلى الفسخ، لكنه كلام خارجي لا يرتبط بالقاعده الشرعيه الجاربه فى المقام.

{وإن اطّلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو} لأنه فضولى قد أمضاه من له

وإلا فالبيع باطل، وله الرجوع على كل من العامل والمشتري مع عدم وجود المال عنده،

الإمضاء والفسخ، وهل يقول المصنف بأن الربح خاص بالمالك لأنه وفق القاعده، أو مشترك للروايات السابقه، أما إذا قال الثانى أشكل عليه بأن شمول تلك الروايات للمقام يوجب عدم فضوليته معامله، وإلا {فالباع باطل} لأنه وقع على مال المالك من دون إذن ولا- إجازة، وكأنه لذا قال: قال الشرائع: ولو خالف لم يمض إلا- مع إجازة المالك، وتبعه العلامة فى التذكرة والقواعد، لكن عن الشيخ فى المبسوط أنه بطل، ولعل مراده بدون الإجازة، إذ لا وجه للبطلان مع الإجازة، مع أنه يقول بصحة الفضولى.

{وله الرجوع} إذا لم يجر البيع {على كل من العامل والمشتري} ممن العين فى يده، لأنه إذا كانت العين موجوده لا- حق للمالك فى غير عينه.

نعم إذا لم يتمكن من الرجوع إلى المشتري الذى العين بيده، لغيبه أو عدم معرفه أو جور أو ما أشبهه، رجع إلى الباع بالمثل أو قيمه من باب بدل الحيلولة، لقاعده اليد، أما إذا كانت العين بيد المشتري وأمكن الرجوع إليه، فالظاهر أن له الرجوع إلى العامل، حيث إن كون يده عليه يجعله ضامناً، فليرجع العامل إلى المشتري، وبعد أخذها منه يرجعها إلى المالك.

فقوله: {مع عدم وجود المال عنده} الذى ذكره المصنف قيماً لقوله: (والمشتري) إنما ذكره لبيان الأمر الطبيعى الذى يكون بأخذ المالك ماله حيث وجدته، وإلا فمقتضى القاعده أن المالك مخير فى الرجوع إلى أيهما شاء إذا أمكنه أخذها من أيهما، وفى الرجوع إلى أحدهما إذا لم يمكنه أخذها إلا من ذاك، أخذ عين أو أخذ بدل.

أو عند مشتر آخر منه، فإن رجوع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل

{أو عند مشتر آخر منه} أى من المشتري الأول، ولما ذكرناه كان المحكى عن المبسوط والتذكرة والقواعد والتحرير وجامع المقاصد وغيرهم أن للمالك الرجوع إلى من شاء.

وإذا كان المالك إن رجع إلى المشتري أعطاه العين، أما إذا رجع إلى العامل لم يتمكن العامل من استرداد العين من المشتري، فهل للمالك الرجوع إلى العامل وأخذ البديل منه، احتمالان، من قاعده تعاقب الأيدي المستفاده من «على اليد ما أخذت»، ومن أن ماله موجود وهو قادر على تحصيله فلا- وجه لرجوعه إلى المثل والقيمة، ولا- يبعد الثانى إن لم يكن للمالك محذور فى الرجوع إلى المشتري.

{فإن رجوع على المشتري بالمثل أو القيمة لا- يرجع هو} أى المشتري {على العامل} وذلك لحكم تعاقب الأيدي، حيث يرجع السابق على اللاحق، ولا- يرجع اللاحق على السابق، إذ اللاحق يعطى مال الغير الذى فى يده لصاحبه، ولا وجه لرجوعه إلى السابق، فإن المشتري لم يسلم إلى العامل الثمن، حسب ما ذكره المصنف: إن اطلاع المالك قبل الاستيفاء.

أما السابق فحيث ليس المال فى يده وإنما فى يد اللاحق كان عليه أن يرجع إلى اللاحق لأخذ العين من يد اللاحق لإعطائها إلى المالك، هذا بالنسبة إلى العين.

أما بالنسبة إلى القيمة بعد الاستيفاء، فالأمر بالعكس، فإذا أخذ المثل أو القيمة من العامل لا يرجع إلى المشتري، حيث إنه أعطى العين للمشتري وأخذ منه قيمتها، فيسلم القيمة إلى المالك، أما إن أخذ المالك المثل أو القيمة من المشتري رجوع المشتري إلى

إلا أن يكون مغروراً من قبله وكانت قيمه أزيد من الثمن، فإنه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه، وإن رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم، إلا أن يكون مغروراً منه وكان الثمن أقل

العامل لاسترداد ما أعطاه له، إذ لا يعطى المشتري قيمتين، قيمة للعامل وقيمة للمالك.

{إلا أن يكون مغروراً من قبله} بأن كان المشتري مغروراً عن العامل، فإنه يرجع إلى العامل لأن «المغرور يرجع إلى من غره».

{وكانت قيمه أزيد من الثمن، فإنه} أى المشتري {حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه} أى على العامل، فإذا اشترى المشتري المتاع من العامل بمائه، فقد يرجع المالك إليه بمائه، وقد يرجع بمائه وعشره، وقد يرجع بتسعين، أما إن رجع بمائه وعشره حق للمشتري أن يرجع إلى العامل بالعشره، لأن العامل خدعه، حيث أعطاه المتاع بمائه، فلم يدخل المشتري إلا بضمان مائه، فإذا أخذ المالك منه عشره أزيد، كان له أن يأخذها من العامل.

{وإن رجع} المالك {على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم} مساوياً أو أقل، فإن المالك إذا أخذ من العامل أقل من مائه {قيمته ما باعه للمشتري} لا يحق للعامل أن يأخذ من المشتري تمام المائه، إذ المتاع انتقل من المالك إلى المشتري وقيمته تسعون مثلاً لا مائه.

{إلا أن يكون} المشتري {مغروراً منه} أى من العامل {وكان الثمن أقل} بأن باعه بتسعين، والحال أنه يسوى مائه، وقد أخذ المالك من العامل مائه.

فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن.

{فإنه} أى العامل {يرجع} على المشتري {بمقدار} المجعول، التسعين فى المثال، الذى هو {الثمن} المجعول، أما العشره الأخرى فلا يرجع العامل إلى المشتري بها، لأن العامل قد غر المشتري بالنسبه إلى العشره، حيث دخل المشتري على أن الثمن تسعون لا مائه.

وبذلك ظهر أن صور المسأله سته:

لأن المالك إما أن يرجع إلى المشتري أو إلى العامل، وعلى كل حال إما أن يرجع بالأقل من الثمن، أو بالأكثر منه، أو بالمساوى.

ثم فى صورتى الزياده والنقيصه إما أن يكون غرور أو لا.

وأحكام الكل تعرف مما ذكرناه فلا حاجه إلى التفصيل.

ص: ٢٣٠

مسألة ٩ لا يجوز أن يشتري بأزيد من قيمه المثل

(مسألة ٩): في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمه المثل، كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمه المثل وإلا بطل

(مسألة ٩): {في صورة إطلاق العقد} المنصرف إلى المتعارف {لا- يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمه المثل} بدون سبب عقلائي، وذلك لأنه غير مأذون له في ذلك، وإن لم يكن تضييعاً للمال لأنه إحسان إلى البائع المستحق للإحسان مثلاً، فقولهم إنه تضييع ناظر إلى الغالب، وقد صرح بالمنع عن الاشتراء كذلك جماعه من الفقهاء.

{كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمه المثل} إلا في مثل الاستثناء المتقدم، ودليل المستثنى منه والمستثنى كما تقدم، وقد يمنع عن البيع بقيمه المثل أيضاً إذا كانت المصلحة في التأخير حتى يبيع بأكثر، أو يبيع بمن يشتري بأكثر في نفس الوقت، كما قد يتفق، وليس ذلك إجحافاً وتغريراً.

{وإلا} بأن اشتري بأزيد، أو باع بأقل {بطل} لأنه بيع واشتراء غير مأذون فيهما.

لكن يرد عليه أولاً: إنه لا- وجه للبطلان، وإنما يكون الأمر فضولياً، اللهم إلا- أن يقال: إن مراد المصنف والساكتين عليه من المعلقين هو ذلك، كما احتمالنا في كلام المبسوط في المسألة السابقة ذلك.

وثانياً: إن الأمر بالبيع والاشتراء بقيمه المثل لا يزيد على كونه كالشرط، لأنه من باب الانصراف، وقد تقدم أن تخلف الشرط لا يوجب البطلان، وإنما الضمان، ويشتركان في الربح.

قال في القواعد: العامل كالوكيل في تنفيذ تصرفه بالغبطه، فليس له التصرف بالغبن، ولا بالنسيئة بيعاً ولا شراءً، إلا مع عموم الإذن، كإفعل ما شئت، أو

نعم إذا اقتضت المصلحه أحد الأمرين لا بأس به.

خصوصه، فإن فعل لا معه وقف على الإجازة، والأقرب أنه يضمن القيمة، لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها، ولا ينحفظ بتركه سواها، وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها.

وقال فى مفتاح الكرامه: (لا- يقع البيع باطلاً عند القائلين بجواز العقد الفضولى، فإن أجازته المالك نفذ وإلا بطل، وحكى عن التذكرة عن بعض علمائنا ... أن البيع صحيح فيما إذا باع بدون ثمن المثل وإن لم يجزه المالك، وأن العامل يضمن النقص، وأن ضرر المالك ينجبر بضمان النقص).

{نعم إذا اقتضت المصلحه أحد الأمرين لا بأس به} كما عن المختلف وجماعه من المتأخرين، لأن الإذن موجود مع المصلحه، إلا- إذا صرح بعدم الإذن، ولكن فى الجواهر تخصيصه بما إذا كان متعارفاً، وكأنه لعدم دخول النادر فى الإطلاق، والارتكاز بدون الإطلاق لا ينفع.

ومنه يعلم عدم ورود إيراد المستمسك عليه، حيث قال: الإنصراف عن النادر ممنوع، والإطلاق محكم، إذ المصلحه وإن كانت داعيه إلى المضاربه، لكن لا تلازم بين الإطلاق والمصلحه.

ص: ٢٣٢

مسألة ١٠ البيع بالجنس لا بالنقد

(مسألة ١٠): لا- يجب في صورته الإطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر، وقيل بعدم جواز البيع إلا بالنقد المتعارف، ولا وجه له إلا إذا كان جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً.

(مسألة ١٠): {لا يجب في صورته الإطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر} قال في القواعد: (والأقرب أن له أن يبيع بالعرض مع الغبطة)، وتبعه في ذلك المسالك وغيره، وذلك للإطلاق والمصلحة.

ومنهما يعرف جواز تبديله بالحق كحق التحجير، أو بالخدمة كأن يعطى الخياط المال ليخيط له الثياب وهكذا، فإن حصر دائره المضاربه في أضيق من المضاربات العرفيه غير ظاهر الوجه.

{وقيل:} والقائل الشرائع وغيره {بعدم جواز البيع إلا بالنقد المتعارف} وكأنه للانصراف، حيث الإطلاق {ولا وجه له إلا إذا كان} الجنس {جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً} حيث إن الإطلاق لا يشمل، لكن لا بد من تقييده بما في المستمسك بأنه إذا كان فيه مصلحة أيضاً فلا بأس عملاً بإطلاق المعامله، وعليه فقولُه: عملاً بإطلاق الإذن محل نظر، إلا أن يريد بالإذن المعامله.

ومما تقدم ظهر أن من أضاف إلى (النقد) كلمه (البلد) فقال: (بنقد البلد) محل إشكال.

وحيث إن المعيار للإطلاق المنصرف إلى المتعارف، فإذا كان البيع بالنقد أو بنقد البلد غير متعارف، للخطر، كما في بعض الأحيان لتبديل النقد من قبل الدوله أو لأمر آخر، كان اللازم البيع بالعرض أو بنقد غير البلد.

(مسألة ١١): لا يجوز شراء المعيب إلا إذا اقتضت المصلحه، ولو اتفق فله الرد أو الأرش على ما تقتضيه المصلحه.

(مسألة ١١): {لا يجوز شراء المعيب إلا إذا اقتضت المصلحه} وذلك لأن الإطلاق لا يشمل المستثنى منه، والمراد بعدم الجواز عدم النفوذ، لأنه حينئذ يقع فضولياً، كما تقدم الكلام في مثله، فإن كان عالماً بأنه معيب واشتراه فالبيع فضولى، ولا خيار له فى الرد ونحوه، لأنه من جانبه مقدم، كما لو كان مالكا بنفسه.

نعم الخيار للمالك، وقد ذكرنا فى كتاب المكاسب أن اشتراء الوكيل المعيب، أو بأكثر من ثمن المثل على أربعة أقسام: لأن المالك والوكيل إما عالمان، أو جاهلان، أو هذا عالم دون ذلك، أو بالعكس.

{ولو} كان جاهلاً و{اتفق} الشراء {فله الرد أو الأرش على ما تقتضيه المصلحه}، وإن كانا متساويين تخير.

ولا يخفى أن فتوى المصنف وغيره بعدم اشتراء المعيب إلا مع المصلحه من باب الغالب بأن المعيب لا يرغب فيه، وإلا فلا وجه لجعل عدم الاشتراء أصلاً والمصلحه استثناءً، لأنهما فى عرض واحد، وما كانا فى عرض واحد لم يجعل أحدهما استثناءً عن الآخر، فلا يقال: جاء القوم إلا نصفهم، بل اللازم أن يقال: جاء نصف القوم فقط مثلاً.

ومن الكلام فى المسألة التاسعه وهذه المسألة ظهر الكلام فى بعض الخيارات الأخر، مثل أن يشتري مالم يره، حيث خيار الرؤية، إلى غير ذلك.

مسأله ١٢ لا يجب أن يشتري بعين المال

(مسأله ١٢): المشهور على ما قيل: إن في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال، فلا يجوز الشراء في الذمه، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الثمن شخصياً من مال المالك لا كلياً في الذمه، والظاهر أنه يلحق به الكلي في المعين أيضاً، وعلل ذلك بأنه القدر المتيقن

(مسأله ١٢): {المشهور على ما قيل} وفي الحدائق أنه صرح بذلك جملة من الأصحاب: {إن في صورة الإطلاق} للمضاربه {يجب أن يشتري بعين المال، فلا يجوز الشراء في الذمه} كما ذكره الشرائع والقواعد والتحرير، وتبعهم غيرهم، بل هو المحكى عن المبسوط أيضاً.

{وبعبارة أخرى يجب أن يكون الثمن شخصياً} لا كلياً {من مال المالك، لا كلياً في الذمه} في قبال ما قاله.

{والظاهر أنه يلحق به} أي بالشراء بعين المال الشراء بـ {الكلي في المعين أيضاً} لأنه نوع من الشراء بعين مال المالك، فإنه لا فرق بين أن يقول: اشتري بهذا الدينار كتابك، أو اشتري بدينار من هذه العشرة، بل وكذا الكسر المشاع.

وتظهر الثمره بين المشاع والكلي في المعين في صورة التلف، فلو اشتري ببعض العشرة كان كل تلف لبعض يخرج من كيسهما بالنسبه، أما إذا اشتري بدينار من العشرة لم يتلف مال الطرف ولو تلف تسعه، كما ذكروا في أطنان القصب حيث يحترق بعضها.

{وعلل ذلك} أي المنع {بأنه} أي الشراء بالعين {القدر المتيقن} من المضاربه

وأيضاً الشراء فى الذمه قد يؤدى إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء، ولعل المالك غير راض بذلك، وأيضاً إذا اشترى بكلى فى الذمه لا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربه، ولا يخفى ما فى هذه العلل فلا يجوز للعامل التخطى منه، وإلا كان فضولياً توقف على إجازة المالك، كما تقدم مثله.

{وأيضاً} علل كما فى المسالك وغيره بأن {الشراء فى الذمه قد يؤدى إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء، ولعل المالك غير راض بذلك}.

وربما يقرر هذا الدليل هكذا: بأنه إذا تلف رأس المال فإن أداه العامل لم يكن مضاربه، لأن العمل فى المضاربه من العامل وأن المال من المالك إن أريد أداء المالك فربما لا يؤده فيبطل البيع، فأمره دائر بين عدم المضاربه وبين بطلان أصل المعامله.

{وأيضاً إذا اشترى بكلى فى الذمه لا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربه} إذ هو ربح ما فى الذمه، فإن الربح وليد العين الخارجى وما فى قبالتها أى ما فى الذمه، فلا ربط له بمال المضاربه، ولذا قد يربح قبل إعطاء العامل المال للطرف، فكيف يكون الربح ربح المال، وإذا لم يكن الربح متعلقاً بمال المضاربه لم يرتب عليه أثر المضاربه.

هذا {و} لكن {لا يخفى ما فى هذه العلل} من الإشكال.

إذ يرد على أولها: إن القدر المتيقن إنما يكون مع الإجمال لا مع الإطلاق، والمفروض أن المضاربه

والأقوى كما هو المتعارف جواز الشراء في الذمه والدفع من رأس المال

مطلقه فلا مورد فيها للأخذ حسب القدر المتيقن.

وعلى ثانيها: إن الدليل أخص من المدعى، فنقول: لعل المالك راضٍ بذلك، أو لعل المال لم يتلف، أو النقض بما إذا كانت المعاملة نقداً وتلف المال قبل إعطائه.

وعلى ثالثها: إنه يصدق أن الربح للمال إذا أدى المال تطبيقاً للكلية في الذمه، كما يصدق فيما إذا اشترى إنسان لنفسه شيئاً في الذمه ثم أداه من ماله الخارجي أن الربح لهذا المال الخارجي.

{و} على هذا {الأقوى كما هو المتعارف} عند العمال في المضاربات {جواز الشراء في الذمه والدفع من رأس المال} وقد قال الرياض: يمكن تنزيل كلام الأصحاب بما إذا لم يكن الغالب والمتعارف الشراء في الذمه، وإن كان ربما يرد عليه أن كلام المسالك الذي ذكر بعض الإشكالات المتقدمة آب عن التنزيل المذكور.

وفي الجواهر احتمال إرادته الأصحاب من المنع صورته الشراء في الذمه مع إرادته الرجوع إليه بغير مال المضاربه، ويرد عليه مثل ما ورد على الرياض.

واستظهر السيد البروجردى أمراً ثالثاً فقال: (الظاهر أن مرادهم بذلك أن شراءه على ذمه المالك لا يصح بنفسه حتى يثبت به شيء في ذمته، ويلزم بتأديته من غير مال المضاربه إن تعذر أدائه منه، لا أن شراءه في الذمه وتأديته من مال المضاربه غير جائز، كما فهمه الماتن وقوى خلافه).

ثم إنهم لم يتعرضوا لبيعه، ومقتضى ما ذكروه وجوب كون المبيع أيضاً شخصياً لا كلياً ثم الدفع من الأجناس التي عنده، والأقوى فيه أيضاً جواز كونه كلياً وإن لم يكن في المتعارف مثل الشراء، ثم إن الشراء

وفيه: إن ذلك خلاف ظاهر كلماتهم، كما لا يخفى على من راجع المسالك ومفتاح الكرامه وغيرهما، ولذا الذي ذكرنا من أجوبه الاستدلالات المذكوره للمنع، تردد غير واحد منهم في المنع.

أما المعاصرون ومن أشبهه فقد ذهبوا إلى الصحه إلا النادر منهم.

{ثم إنهم لم يتعرضوا لبيعه} في قبال المثلن الكلى، ولعل المصنف أراد الغالب منهم، وإلا فإطلاق كلام بعض وتصريح بعض يشمل البيع أيضاً.

{و} كيف كان فـ {مقتضى ما ذكروه} من الاستدلالات للزوم كون الثمن شخصياً {وجوب كون المبيع أيضاً شخصياً لا كلياً} فإن الربح لا يصدق عليه أنه ربحه، إلى غير ذلك، وعليه لا يصح كون المبيع كلياً.

{ثم الدفع من الأجناس التي عنده، و} عليه فـ {الأقوى فيه} أى فى المبيع {أيضاً جواز كونه كلياً} وذلك لإطلاق المضاربه بعد عدم ورود إشكال عليه، ولتعارف ذلك، وإن قال المصنف: {وإن لم يكن فى المتعارف مثل الشراء} فإنه وإن سلم عدم التعارف بتلك المنزله، لكن ليس ذلك يجعله نادراً بحيث لا يشمل الإطلاق.

وكيف كان، فالكلام فى كلى الثمن والمثلن، جار فى كلى سائر

فى الذمه يتصور على وجوه:

أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك وفى ذمته من حيث المضاربه.

الثانى: أن يقصد كون الثمن فى ذمته من حيث إنه عامل ووكيل عن المالك ويرجع إلى الأول

المعاملات التجاريه التى يجريها العامل بعنوان المضاربه، كالإجاره والمزارعه والمساقاه والرهن وغيرها، إذ قد عرفت فى بعض المسائل السابقه صحه كل ذلك مضاربه، بل ذكرنا أنها جاريه فى مثل الحقوق لجريان الحكم بعد تحقق الموضوع.

{ثم إن الشراء فى الذمه يتصور على وجوه:

أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك { فيكون المبيع للمالك } وفى ذمته { أى ثمنه فى ذمه المالك } من حيث المضاربه { فيكون المبيع مورد المضاربه، وتفرغ ذمه المالك من الثمن الكلى بالمال الشخصى المعين للمضاربه، وهذا صحيح إن كان للمضاربه إطلاق يشمل ذلك.

{الثانى: أن يقصد { العامل { كون الثمن فى ذمته } أى ذمه نفس العامل، لكن لا من حيث إنه فرد غير المالك، بل {من حيث إنه عامل ووكيل عن المالك { فيجعل ذمه نفسه ذمه المالك، كالوكيل الذى يجعل يده يد الموكل.

{ويرجع { هذا الثانى { إلى الأول { إذ فى كليهما تشتغل ذمه المالك، لكن

وحكمها الصحه وكون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرنا، وإذا فرض تلف مال المضاربه قبل الوفاء كان في ذمه المالك يؤدي من ماله الآخر.

في الأول تشتغل ذمته بنفسه، وفي الثاني بوكيله، {وحكهما} الأول والثاني {الصحه} لشمول أدله المضاربه لهما.

{وكون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرنا} من صحه المضاربه في الكلى.

{وإذا فرض تلف مال المضاربه قبل الوفاء كان} بدله {في ذمه المالك يؤدي من ماله الآخر} الذى لم يجعله في صدد المضاربه.

أما صحه المضاربه كذلك بأن يجعل الثمن في ذمه المالك، ابتداءً أو بواسطه ذمه العامل، فلأن المالك أذن له في الشراء كذلك، أو أجازة بعد الاطلاع عليه، وإلا كان الشراء باطلاً، لأنه من الفضولى بدون الإجازة كما صرح بذلك السيد البروجردى وبعض آخر من المعلقين، وأما أنه يؤديه المالك من مال آخر فاللازم أن يقال: له صورتان:

الأولى: أن يجعل العامل الثمن في ذمه المالك بدون اشتراط أدائه من مال المضاربه، وحينئذ إن أداه من مال المضاربه _ بفرض عدم التلف _ صار مضاربه، وإن أداه المالك من مال آخر لم يصر مضاربه، سواء تلف مال المضاربه أم لا.

الثانيه: الأولى مع اشتراط أدائه من مال المضاربه، فإذا أداه المالك من مال آخر لم يكن مضاربه، سواء تلف مال المضاربه أم لا، وإن تلف مال المضاربه فإن لم يرفع اليد عن شرطه بطلت المعامله، لأن المشروط عدم عند

الثالث: أن يقصد ذمه نفسه، وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربه، ثم دفع منه، وعلى هذا الشراء صحيح ويكون غاصباً في دفع مال المضاربه من غير إذن المالك

عدم شرطه، وإن رفع اليد وأداه المالك من مال آخر فمقتضى القاعده بطلانه مضاربه، كما أشار إلى ذلك جمله من المعلقين، إذ لا وجه لأن يقوم مال آخر للمالك مقام مال المضاربه الذي فرض تلفه، وإن كان المحكى عن المبسوط، وقال به الجواهر إنه يكون من مال القراض للإطلاق.

إذ فيه ما ذكره المستمسك: من أن الإطلاق من حيث كون الشراء في الذمه أو في العين.

وقال السيد البروجردى: (لا يكون بذلك مال المضاربه مع تلف المال السابق، بل يحتاج إلى عقد جديد مع استجماع شرائطها).

{الثالث: أن يقصد ذمه نفسه، وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربه ثم دفع} حين الوفاء {منه} أى من مال المضاربه.

{وعلى هذا، الشراء صحيح} لتمامه أركان المعامله {ويكون غاصباً في دفع مال المضاربه من غير إذن المالك} فإن المالك أعطاه المال للتجاره، لا لأن يؤدي به قرض نفسه، وإنما كان إذن المالك كافياً لأن الحق لا يعدوهما، فإذا أذن المالك كفى، وعليه فإذا أذن له بدون بدل كان هبه، وبطل عقد القراض كلاً إن كان الإذن في الكل، وبعضاً إن كان الإذن في البعض، فإذا أعطاه مالاً آخر كان قراضاً جديداً، وإذا أذن له ببدل كان البديل الذي يضعه العامل مكان

إلا إذا كان مأذوناً في الاستقراض وقصد القرض.

الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربه حين الشراء حتى يكون الربح له، فقصد نفسه حيله منه، وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء

مال القراض متعلق القراض.

{إلا- إذا كان مأذوناً في الاستقراض وقصد مال القرض} بأن أخذه قرضاً، وكان ينبغي له استثناء ما إذا قصد الشراء من نفسه للمالك بمال المضاربه، فيكون اشتراؤه ان اشتراء العين بنفسه في ذمته، واشتراء العين للمالك من نفسه، كما نبه عليه المستمسك، وعلى الأول يكون الربح له، وعلى الثاني الربح بينهما، لوضوح أن الأول لا يرتبط بالمضاربه بخلاف الثاني.

{الرابع: كذلك} أى مثل الثالث بأن يقصد ذمه نفسه وكان قصده الشراء لنفسه {مع قصده دفع الثمن من مال المضاربه حين الشراء} وإنما قصد كون الشراء لنفسه {حتى يكون الربح له} لكن حيث لم يكن له مال لدفع الثمن قصد دفعه من مال المضاربه مثلاً، {فقصد نفسه حيله منه} بأن يربح بسبب مال الناس، كالعاصب الذى يشتري لنفسه ويقصد دفع الثمن من مال الناس.

{وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء} مطلقاً، ويمكن القول بطلانه لما يأتى من المعلقين، لكن اللازم التفصيل بين ما إذا كان بيع البائع للعامل بشرط وفائه من مال نفسه، فالبيع يكون صحيحاً إذا رفع المالك يده عن شرطه وإلا كان باطلاً، وما إذا كان بيع البائع على نحو التقييد فالبيع باطل، لأن المقيد عدم عند عدم قيده، وما إذا كان بيع البائع بدون شرط ولا قيد، فالبيع صحيح

ص: ٢٤٢

وإن كان عاصياً في التصرف في مال المضاربه من غير إذن المالك وضامناً له بل ضامناً للبائع أيضاً، حيث إن الوفاء بمال الغير غير صحيح.

ويحتمل القول ببطلان الشراء لأن رضا البائع مقيد بدفع الثمن، والمفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح فهو بمنزله السرقة، كما ورد في بعض الأخبار أن «من استقرض ولم يكن قاصداً للأداء فهو سارق».

وإنما يجبر العامل بدفع مال نفسه ثمناً، فإذا لم يمكن جبره كان حكمه حكم سائر من اشترى شيئاً ولم يرد إعطاء الثمن.

وكيف كان {وإن كان عاصياً في التصرف في مال المضاربه من غير إذن المالك وضامناً له} لأن المالك لم يأذن له في مثل هذا التصرف {بل وضامناً للبائع أيضاً، حيث إن الوفاء بمال الغير غير صحيح} فلا وفاء، ويكون ممن منع البائع ثمنه، لكن لا يبعد سقوط حق البائع إن علم بذلك ولم يهتم به حيث إنه ممن يريد وصول المال بيده ولو كان غاصباً، فهو إسقاط من البائع لحقه.

{ويحتمل القول ببطلان الشراء، لأن رضى البائع مقيد بدفع الثمن، والمفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح} وإذا لم يدفع الثمن، لأن مال الغير لا يصلح ثمناً، بطل البيع، لأن القيد عدم عند عدم قيده.

{فهو بمنزله السرقة، كما ورد في بعض الأخبار أن «من استقرض ولم يكن قاصداً للأداء فهو سارق»}.

ومنه يعلم أن إشكالي المستمسك على المصنف غير وارد، فإنه أشكل أولاً بضعف احتمال البطلان، لأن النقص في الشراء إن كان

ويحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً، بعد أن كان بناؤه الدفع من مال المضاربه، فإن البيع وإن كان بقصد نفسه وكلياً في ذمته إلا أنه ينصب على هذا الذي يدفعه، فكأن البيع وقع عليه

لأجل نيه عدم أداء الثمن فأمر لم يقل به أحد ولا دليل عليه، وإن كان لأجل دفع مال الغير الراجع إلى عدم دفع الثمن شرعاً، فهو أيضاً لم يقل به أحد ولا دليل عليه.

وفيه: إنه لم يدفع الثمن، فإن مال الغير لا يكون ثمناً، فإذا فرض أن البيع وقع مقيداً بدفع الثمن لم يكن وجه للصحة، وهذا هو مفروض كلام الماتن.

وثانياً: بأن ما في المقام ليس من باب عدم نيه الدفع، بل من باب نيه دفع ما ليس ملكاً له شرعاً.

وفيه: إن المصنف أراد التنظير لفهم المناط، ولذا قال: (بمنزله) فإن كلاً من القرض بدون إرادته الأداء، والاشتراء بدون إرادته الأداء نوع من السرقة عرفاً، وقد قرره الشارع في القرض فالمقام مثله، ولذا يقال لكليهما: لماذا لم ترد مال الناس.

وقد قرر غالب المعلقين كلام المصنف، حيث سكتوا عليه.

{ويحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً} فيكون من المضاربه والربح لهما {بعد أن كان بناؤه الدفع من مال المضاربه}، وجه الصحة ما ذكره بقوله: {فإن البيع وإن كان بقصد نفسه وكلياً في ذمته إلا أنه} حيث قصد دفع الثمن من مال المضاربه {ينصب على هذا} المال {الذي يدفعه، فكأن البيع وقع عليه}، لكن هذا الاحتمال ضعيف جداً، فإن العقود تتبع القصد، والقصد المعامل الكلي، فلا وجه لانصباب المعامله على الخارج، فهو مثل عقد المعامله

والأوفق بالقواعد الوجه الأول، وبالاحتياط الثاني، وأضعف الوجه الثالث وإن لم يستبعده الآقا البهبهاني.

الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه وغيره، وعليه أيضاً يكون المبيع له

على العين الخارجي مع قصده إعطاء غيره للطرف، فإن ذلك القصد الخارج عن القصد المعاملي لا يجعل المعاملة في الذمه، ولذا أشكل عليه المستمسك، وعدم تعامل العرف مع هذا الإنسان حيث يريد الإعطاء من ما ليس ماله لا يوجب تقييد البيع بمال الناس، وإنما العرف لا يتعامل فراراً عن المحذور.

{والأوفق بالقواعد الوجه الأول} وقد تقدم الأوفق بالقواعد وأنه التفصيل الذي ذكرناه.

{وبالاحتياط الثاني} فالأحوط أن يرفع الأطراف الثلاثة اليد عن المعاملة.

{وأضعف الوجه الثالث} لما عرفت من أنه خلاف القواعد {وإن لم يستبعده الآقا} الوحيد {البهبهاني} (رحمه الله) وقد حاول بعض المعلقين توجيهه بما لا يخلو عن إشكال، فراجع.

{الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه وغيره، وعليه أيضاً يكون المبيع له} لأن كون ذمته نيابيه عن المالك خلاف القاعده لا يكون إلا بالقصد، فإذا لم يكن قصد كانت الذمه لنفسه، فيدخل المبيع في كيسه بعد أن يكون البديل لنفسه.

وإذا دفعه من مال المضاربه يكون عاصياً، ولو اختلف البائع والعامل في أن الشراء كان لنفسه أو لغيره وهو المالك المضارب، يقدم قول البائع، لظاهر الحال

{وإذا دفعه من مال المضاربه يكون عاصياً} حيث إنه دفع مال الغير بدون إذنه، وبذلك يكون ضامناً أيضاً.

{ولو اختلف} المالك والعامل في أنه اشترى لنفسه أو للمالك، كان المقدم قول العامل، لأنه أخبر بنيته، وإن كانت هناك قرائن على كلام المالك، كما إذا كان في دكان المالك ووكيله العام في تجارته وقد تاجر للمالك بمثل تلك التجاره مرات وكان ربح المعامله كثيراً، بحيث يحتمل احتمالاً قريباً أن الربح أغراه فادعى أنه اشترى لنفسه، إذ كل تلك لا توجب العلم ولا تكون حجه وليس للمالك عليه إلا حق الحلف.

ولو اختلف المالك والبائع، فقال البائع: اشتراه العامل لك، وقال المالك: بل اشتراه لنفسه، ولم يكن العامل موجوداً، كان الأصل مع المالك لأنه ادعاء عليه والأصل عدمه، إلا إذا أقام المدعى الدليل، ولو انعكس بأن قال البائع: اشتراه العامل لنفسه، وقال المالك: بل اشتراه لي، كان على المالك إقامه الحجه، لأنه المدعى الذي إذا ترك ترك.

ولو اختلف {البائع والعامل في أن الشراء كان لنفسه} فاللازم أن يدفع العامل البدل {أو لغيره وهو المالك المضارب} فالعامل برىء، بل اللازم إعطاء المالك البدل، {يقدم قول البائع لظاهر الحال} إذ ظاهر كل إنسان أن يكون عامل لنفسه، وإلا لملك كل متعامل أن يقول: اشتريت لغيري ولو فضوله، مما يوجب بطلان البيع إذا لم يقبل ذاك الإنسان بالمعامله، قيل يدل

فيلزم بالثمن من ماله، وليس له إرجاع البائع إلى المالك المضارب.

على حجيه هذا الظاهر أصاله الصحه، لأنه لو اشترى لغيره بطل.

لكن الأولى الاستدلال له بأنه المتعارف الذى لم يظهر من الشارع خلافه، وبالتعليل فى قوله (عليه السلام): «لما قام للمسلمين سوق»^(١)، ولذا قال الشرائع: (ولو اشترى فى الذمه لا معه ولم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهراً) انتهى.

وعلى هذا يقدم قول البائع، سواء كان هناك ظهور حال أم لا.

{فيلزم بالثمن من ماله، وليس له إرجاع البائع إلى المالك المضارب}.

ويعلم مما تقدم حال ما لو اختلف المالكان الشريكان فى المضاربه، فقال أحدهما: إنه اشتراه العامل لهما، وقال الآخر: بل اشتراه لنفسه.

وما لو اختلف العاملان، حيث أجريا صفقه واحده، فقال أحدهما: إن المعامله كانت لأنفسهما، وقال الآخر: إنها كانت للمضاربه.

وما لو اختلف البايعان فى صفقه، فقال أحدهما: باعها للعامل، وقال الآخر: للمضاربه.

أما خصوصيات النزاع فالكلام فيها فى كتاب القضاء.

ص: ٢٤٧

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢١٥ ح ٢ الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى

مسألة ١٣ عمل العامل حسب المتعارف

(مسألة ١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربه ما يعتاد بالنسبه إليه وإلى تلك التجاره في مثل ذلك المكان والزمان، من العمل وتولى ما يتولاه التاجر لنفسه، من عرض القماش والنشر والطي وقبض الثمن وإيداعه في الصندوق ونحو ذلك مما هو اللائق والمتعارف

(مسألة ١٣): {يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربه} أن يعمل حسب {ما يعتاد بالنسبه إليه وإلى تلك التجاره} وإلى المالك، وإنما يجب ذلك لأنه المنصرف من المضاربه، فإن لكل من الملاك والعمال والتجار شؤناً خاصه، فإذا كان المالك رجلاً فقيهاً مثلاً لم يناسب له أن يتعامل عامله في الأشياء المكروهه الخسيسه، فإنه يسبب ذهاب ماء وجهه وانحطاط سمعته، فتعامله المضاربي لا يشمل مثل ذلك، وهكذا بالنسبه إلى العامل، وبالنسبه إلى التجاره.

{في مثل ذلك المكان والزمان، من العمل وتولى ما يتولاه التاجر لنفسه} فإذا كانت التجاره لنفسه كيف كان يعمل، لزم عليه أن يعمل كذلك فيما كانت التجاره للمالك بمال المضاربه، لكن ذلك إذا كان عمل الإنسان لنفسه ولغيره على حد سواء كما هو الغالب، لا ما إذا كان بينهما فرق، إذ اللازم عليه حينئذ أن يعمل كعامل لا كتاجر، لأنه المنصرف {من عرض القماش والنشر والطي وقبض الثمن وإيداعه في الصندوق} والذهاب به إلى البنك في ما كان يتعارف ذلك خوفاً من السرقة، فإذا لم يفعل ذلك وسرق كان ضامناً.

{ونحو ذلك مما هو اللائق والمتعارف} بالنسبه إلى مختلف المعاملات، إذ

ويجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره، مثل الدلال والحمال والوزان والكيال وغير ذلك ويعطى الأجره من الوسط، ولو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالأجره من ماله، ولو تولى بنفسه ما يعتاد الاستيجار له فالظاهر جواز أخذ الأجره إن لم يقصد التبرع

ليس كل مضاربه مرتبطه بالأقمشه، بل قد تكون نجاره أو حداده أو عطاره أو بقاله أو غيرها.

ثم اللازم أن يكون اللائق والمتعارف بحيث يكون العقد منصرفاً عن غيره، وإلا فليس كل لائق ومتعارف لازم العمل به.

{ويجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره، مثل الدلال والحمال والوزان والكيال} والمساح والعداد {وغير ذلك} مثل الصانع والمحاسب والمدير والخبير، بل ومثل المحامى فى الأزمنه الحاضره، حيث لا بد للتجار من ذلك لنجدتهم فى حال الشكايه عليهم.

{ويعطى} لكل أولئك {الأجره من الوسط} أى بالنسبه، فعليه الثلث وعلى المالك الثلثان إذا كانت نسبه الأرباح كذلك، أى إن هذا هو النتيجة، حيث لا فرق بين أن يؤخذ ما ذكر أولاً ثم يقسم الربح، أو بالنسبه بعد التقسيم.

{ولو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالأجره من ماله} لعدم شمول العقد له، ولو اختلفا فى أنه يتعارف العمل بنفسه أم لا، فالمرجع قوانين الدعوى.

{ولو تولى} العامل {بنفسه ما يعتاد الاستيجار له، فالظاهر جواز أخذ الأجره إن لم يقصد التبرع} فإنه إذا قصد التبرع فقد أهدر عمله بتبرعه، فلا حق له فى أخذ

وربما يقال بعدم الجواز، وفيه إنه مناف لقاعده احترام عمل المسلم

الأجره، كما أنه لو أعطى الحمال ونحوه من كيسه بدون قصد الرجوع لم يكن له حق الرجوع.

{وربما يقال بعدم الجواز} كما عن المبسوط، وفي الشرائع وفي المسالك نسبتة إلى إطلاق المصنف والجماعه، وكأن وجهه إنصراف الإطلاق من مثله، ولذا إذا سافر جماعه قسطوا المصارف بينهم فأخذ أحدهم حمالا لنقل الأثاث ونحوه أعطوه من الوسط، أما إذا حملة بنفسه لم يكن له شيء وإن لم يقصد التبرع، إذ قصده وعدم قصده لا يؤثر في ضمانهم.

{وفيه: إنه مناف لقاعده احترام عمل المسلم} (١) كما علله به في الجواهر، وكأنه أراد بضميمه طلب المضارب ذلك، إذ بدون الطلب لا وجه لاستحقاقه على المالك، بل الأصل براءته إذا لم يوجب عمل العامل زياده في الشيء.

فهنا ثلاثه أمور:

الأول: أن يعمل العامل بدون طلب ولا زياده في الشيء، وفيه لا يستحق العامل شيئاً، لأنه قد أهدر عمله بنفسه، وإن كان عمله يوجب رفع كلفه عن المالك، كما إذا حمل الحمال بضاعه المالك ونقلها إلى داره، فإن ذلك لا يوجب أجره على المالك، وإن كان لو لا عمل الحمال لكان المالك دفع أجره للحمال على هذا النقل لأنه مقصد المالك، إلا أن كون الشيء مقصداً للمالك لا يوجب أجره عليه إذا لم يطلب المالك ذلك.

ص: ٢٥٠

١- الوسائل: ج ١٩ ص ٣ الباب ١ من القصاص في النفس ح ٣، والمستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ باب نواذر الشهادات ح ٥

الثانى: أن يطلب المالك بدون تصريح منه أو ما أشبهه التصريح بأنه يريد العمل مجاناً، فإن فى المقام يجب أن يعطى الأجره، لاحترام عمل غير الكافر الحربى الذى يستوفاه المالك.

وقولهم: (المسلم) من باب المثال، كما أن قولهم: (حمل فعل المسلم على الصحه) ذكرهم المسلم من باب المثال، وإلا فيحمل عمل الكافر أيضاً على الصحه فى غير ما خرج بالدليل، فإذا رأينا كافراً يعاشر امرأه أو يبيع شيئاً أو ما أشبه ذلك حملنا فعله على أنه زوجته وأنه ماله.

ولا- فرق فى لزوم الأجره عليه بين أن تزيد البضاعه قيمه أو تنقص، أو لا تزيد ولا تنقص، كما إذا كان نقل البضاعه إلى المحل الفلانى يوجب أحد الثلاثه، وفى باب المضاربه حيث إن المالك يتعامل مع العامل حسب الموازين يكون العامل إذا فعل الفعل اللازم بنفسه مستحقاً للأجره إذا لم يقصد التبرع بعمله.

الثالث: أن بفعل العامل شيئاً يوجب الزيادة وإن لم يأمره المالك، فإنه بقدر الزيادة يكون شريكاً، كما إذا صبغ الثوب بما رفع قيمته عشره، فإن العشره تكون للعامل إذا كانت العشره قيمه الزيادة، أما إذا ارتفع كلاهما بعمل العامل، فالظاهر ملاحظه النسبه، مثلاً- كان المفتاح بدون القفل خمسسه، والقفل بدون المفتاح عشره، وكلاهما معاً ثلاثين، فإذا صنع العامل مفتاحاً للقفل وبيعا بالثلاثين، كان لصاحب القفل عشرون، ولصاحب المفتاح عشره.

لا يقال: يلزم أن يكون الزائد أى كل العشرين لصاحب المفتاح، لأنه لو لا مفتاحه لم يكن لصاحب القفل إلا عشره.

لأنه يقال: ولولا قفل صاحب القفل لم يكن لصاحب المفتاح إلا خمسسه،

فالانضمام المرتبط بكليهما سبب رفع قيمه كل منهما إلى الضعف.

نعم قد يستشكل استحقاق العامل شيئاً وإن زادت قيمه فيما إذا كانت قيمه سوقيه، كما إذا نقل الحمال متاع إنسان إلى محل أو جب زياده قيمته، لأن السوق هناك أعلى، حيث فيه احتمالان:

استحقاق الحمال، لأنه زاد قيمه فيشملة «لا يتوى حق امرئ مسلم» (١).

وعدم استحقاقه، للأصل بعد أن كونه حقاً - وهو الموضوع - محل إشكال، فحاله حال ما إذا كان القارئ يقرأ القرآن جهراً فتعلم منه العبد حيث ذات قيمته، فإن القارى لا يشترك فى قيمه العبد، إذ لا يسمى ذلك حقاً عرفاً، وكذلك إذا أضاء الجار مصباحه مما أوجب زياده أجره غرفه جاره، فإن صاحب المصباح لا يستحق شيئاً على الجار، للأصل بعد عدم ذلك حقاً.

ومما تقدم يظهر أن عمل العامل إن كان مشمولاً للعقد، أو كان سبباً لزياده من القسم المذكور فى الثانى استحق الأجره، وإلا كان الأصل عدم استحقاقه وإن كان من المذكور فى القسم الثالث، وحيث إن الغالب فى الملاك إرادته العمل من غير فرق فى نظرهم بين أن يقوم به المالك أو يستأجر إنساناً آخر، كان اللازم أن العامل إذا عمل عمل الحمال كان له الأجره.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: (وفى المقام ربما لا- يكون إلا- إذن فى الاتجار ولو ألزمه على نحو العموم، ومنها استيجار من جرت العاده باستيجاره لحمل الأثقال، لكن عموم ذلك لنفسه غير ظاهر، إذ من المحتمل أن يكون المراد

ص: ٢٥٢

المفروض عدم وجوبه عليه.

أن لا يتحمل العامل خساره الأجره، فلا يشمل الفرض) انتهى.

غير ظاهر الوجه بعد كون الارتكاز الموجب لشمول العقد لعمل العامل أيضاً يقتضى الإطلاق.

{المفروض عدم وجوبه عليه} وقد يرد عليه حتى أن العمل إذا كان واجباً مما يكون نفعه للغير، ولو بدون طلب من ذلك الغير، يكون أجر العامل على ذلك الغير، فإن الطبيب إذا عالج المشرف على الموت ولو بدون إذنه، بل ونهيه أيضاً، كان له عليه أجرته، مع أن العلاج واجب لأنه يشمل «لا يتوى حق امرئ مسلم» (١).

وكذا إذا صرف المال فى إطفاء حريق داره، مما يعلم عدم جواز إبقائها تحترق، لأنه إسراف منهى عنه، وقد قال سبحانه: (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) (٢)، مما يفهم منه وجوب الرعايه للأموال وإن أراد صاحب المال إتلافه.

وكذا إذا ألقى إنسان نفسه فى البحر بقصد أن يغرق، فإن الواجب على من يقدر إنقاذه، وإذا صرف المال فى ذلك كان له حق استيفائه، لقاعده «لا يتوى»، إلى غير ذلك من الأمثله.

ومنه يظهر وجه النظر فى كلام المصنف، كما يظهر وجه النظر فى كلام المستمسك، حيث خصص ذلك بالطلب، قال: (فإن المريض إذا طلب من الطبيب

ص: ٢٥٣

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ باب نواذر الشهادات ح ٥

٢- سورة النساء: الآيه ٥

المعالجه ضمن الأجره، وإن كانت المعالجه واجبه عليه)، كما يظهر وجه النظر في كلامه المتفرع على ذلك بقوله: (والاستيفاء لعمل العامل في باب المضاربه في مقابل الحصه من الربح لا غير، فإثبات شيء آخر يحتاج إلى دليل) انتهى.

إذ الشيء الآخر في قبال عمل آخر وهو لا يرتبط بالعمل، كما عرفت وجهه.

ص: ٢٥٤

مسأله ١٤ نفقه السفر من رأس المال

(مسأله ١٤): قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك، ومعه نفقته في السفر من رأس المال إلا إذا اشترط المالك كونها على نفسه

(مسأله ١٤): {قد مر أنه} يلزم على العامل أن يعمل في التجاره حسب المتعارف المنصرف إليه إطلاق المعامله من السفر وعدمه، فاحتمال أنه {لا- يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك} خاص بما إذا لم يكن إطلاق {ومعه نفقته في السفر من رأس المال}.

وهذا هو المشهور بينهم، كما صرح بذلك التذكرة وجامع المقاصد ومجمع البرهان، بل عن الخلاف عليه إجماع الفرقه وأخبارهم، ووجه ذلك أنه مشمول لإطلاق المعامله، حيث إن السفر من شؤونها.

والظاهر أنه لا فرق بين السفر اللازم واقعاً أو ظاهراً، للإطلاق المذكور، فلو كان تربح التجاره في كل عام في الحج ربحاً حسناً وسافر في هذه السنه بذلك القصد، لكن اتفق منع الحجاج بما لم يربح لم يضر ذلك بأن نفقه سفره على رأس المال لما تقدم من الإطلاق، ولما دل على أن الضرر ليس على العامل مع أن الغالب كون الضرر ناشئاً عن جهل، بحيث لو كان علم بالواقع لم يجز له الاتجار الضار وكان الضرر حينئذ على العامل مع العلم والعمل.

{إلا إذا اشترط المالك كونها على نفسه} أى نفس العامل لا المالك، أو اشترط العامل كونها على نفس المالك، حيث إن كلا الشرطين ليس مخالفاً

وعن بعضهم كونها على نفسه، والظاهر أن مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل، وربما يقال: له تفاوت ما بين السفر والحضر والأقوى

لمقتضى العقد ولا للكتاب والسنة، فيشملة دليل: «المؤمنون عند شروطهم»⁽¹⁾ كما لا يخفى.

{وعن بعضهم} وهو المبسوط {كونها على نفسه} أى نفس العامل مطلقاً، واستدل له بأن العامل دخل على أن له سهماً معلولاً من الربح فلا يستحق سواه، وقد لا يربح من المال أكثر من النفقه.

{والظاهر} من كلام المبسوط أنه على العامل {أن مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل} إذ لا وجه لكونه على العامل مع هذا الشرط، خصوصاً والإطلاقات تصب على طبيعه من حيث هى بدون النظر إلى العناوين الثانويه.

{وربما يقال} والقائل الشيخ فى محكى المبسوط على تقدير القول بالإنفاق: {له تفاوت ما بين الحضر والسفر} أما قدر نفقه الحضر فهو على العامل.

{والأقوى} صحه كل الأقسام الستة: من كونها من الربح، ومن الأصل، وعلى المالك، وعلى العامل، وتوزيعها بينهما بنسبه كالثلث والثلثين، أو بالتفاوت كأن يقول المالك: مائه على والباقي عليك مثلاً، والفرق من الربح أو من الأصل أن فى الأول يخرج من كيسهما، أما فى الثانى فإنه يخرج من كيس المالك فقط، فإذا فرض أن ربح العشره خمسسه، وربح التسعه أربعه، كما قد

ص: ٢٥٦

١- المستدرک: ج ١ و ٣ ص ٤٣٧ الباب ٤ كتاب التجاره باب الخيارات

جواز أخذها من أصل المال بتمامها من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك مما يصدق عليه النفقه، ففي صحيح علي بن جعفر، عن أخيه أبي الحسن (عليهم السلام): «في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه

يتفق زياده الربح في حال الاجتماع بين الواحد والتسعه، فإذا شرط كون النفقه من الربح، والحال أن رأس المال عشره، بقيت أربعه تقسم بينهما لكل اثنان، إذا كان لكل نصف الربح مثلاً، وإذا شرط كون النفقه من الأصل بقيت ثلاثه، لأن المال يأخذ عشره ثم يقسم الربح بينهما فيكون نصيب العامل واحداً ونصفاً.

وكيف كان فاللازم القول بـ {جواز أخذها من أصل المال بتمامها} إما بالشرط أو بالانصراف {من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك} من المركب وغيره {مما يصدق عليه النفقه} وحتى الزواج إذا اعتاد ذلك بأن شمله الإطلاق أو شرط نصاً، حيث يتعارف الزواج في الأسفار الطويله متعاً أو دواماً، وكذا استصحاب الزوجه إلى غير ذلك.

{ففي صحيح علي بن جعفر، عن أخيه أبي الحسن (عليهم السلام): «في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق»} أي في البلد {«فمن نصيبه»} (١) والمراد بالبلد ما كان بعد انتهاء السفر عرفاً، إذ ربما تقف السياره

ص: ٢٥٧

وأما فى الحضـر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً إلا إذا اشترط على المالك ذلك.

فى آخر المدينة، مما يضطر إلى اكتراء سياره أخرى لإيصاله إلى داره أو متجره، وكذلك بالنسبه إلى حال خروجه، فإن المؤخره والمقدمه كليهما من شؤون السفر كما لا يخفى.

ولو شك فى شىء أنه من توابع السفر أم لا، كان الأصل عدم أخذه من باب السفر، ونحو هذه الروايه غيرها، مثل روايه السكونى ومرسل الفقيه.

{وأما فى الحضـر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً} بلا إشكال ولا خلاف، بل ادعى عليه الإجماع جماعه.

{إلا إذا اشترط على المالك ذلك} فإنه يجوز له لقاعده الشرط.

وينبغى استثناء ما إذا كان متعارفاً بحيث يشمل إطلاق المعامله كما فى المدن الكبار، حيث الانتقال من المنزل إلى المتجر ونحوه يحتاج إلى إجاره السياره أو ما أشبه.

ولو اختلفا فى التعارف وعدمه فالمرجع العرف، ولو اختلف العرف فهل يتساقطان ويكون الأصل عدم تحمل المالك، لا من الأصل ولا من الربح، أو مقتضى القاعده التصنيف، لقاعده العدل والإنصاف، احتمالان.

(مسأله ١٥): المراد بالنفقه ما يحتاج إليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج إليها في سفره وأجره المسكن ونحو ذلك، وأما جوائزه وعطاياه وضيافته ومصنعاته فعلى نفسه إلا إذا كانت التجاره موقوفه عليها.

(مسأله ١٥): {المراد بالنفقه} التي تؤخذ من الأصل أو الربح ما تقدم في المسأله المتقدمه {ما يحتاج إليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج إليها في سفره} كالأواني والقرب ونحوها، فإذا كان كثير السفر لم يمنع أن يحتفظ بها في الحضر أيضاً، فلا حازه إلى أن يبيع دابته وآلاته إذا وصل إلى البلد، بل احتفظ بها للسفر الآتى وهكذا، أما إذا انتهى سفره كان اللازم بيعها لانتهاه الاحتياج السفرى.

{وأجره المسكن ونحو ذلك} مثل نفقات الجواز في الأزمنه الحاضره، لأن كل ذلك يعد نفقه تشملها المعامله.

{وأما جوائزه وعطاياه وضيافته ومصنعاته فعلى نفسه} لأنها ليست من نفقه السفر المحتاج إليها في سفر التجاره، فلا يشملها إطلاق المعامله.

{إلا- إذا كانت التجاره موقوفه عليها} حيث إن البضاعه لا يتمكن من اشترائها أو بيعها إلا بالمصانعه والضيافه والهديه ونحوها، ولو كان الأمر لأجل تعريف نفسه للتجار حتى يعرفوه، ومن ذلك الإعلان في وسائل الإعلام في الحال الحاضر إذا ورد مدينه أو ما أشبهه.

ومنه يعلم أن ذلك ليس خاصاً بالسفر، بل حال الحضر كذلك، أما إذا كان الربح متوقفاً على السفر المتوقف على المصانعه، مثل أنه إذا ورد البلد الفلانى كان

مضطراً للضيافه لكثيره معارفه مما يكون عدم ضيافته موجباً لخروجه عن الموازين الشرعيه والعرفيه، فهل ذلك من النفقه السفريه أم لا، احتمالان، وإن كان الأقرب الأول.

ولا- فرق فى المصانعه المحلله ذاتاً كالضيافه للتجار، أو المحرمه كذلك كالرشوه للظالم، حيث إنها محرمه وإن جازت للمعطى اضطراراً، وكذلك المكوس الملازم لاستيراد أو إصدار البضاعه.

وكيف كان، فلا- فرق بين نفقته بنفسه، أو نفقته لأجل التجاره، والمراد بالتوقف العرفى، لا الدقى العقلى، لأن المناط ما يشمله إطلاق المعامله وهو الأول لا الثانى، فقوله: (الموقوفه) يراد بها التوقف عرفاً.

ص: ٢٦٠

مسأله ١٦ يقتصر في السفر على النفقه المتعارفه

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

(مسأله ١٦): {اللازم} على العامل في نفقات السفر {الاقتصار على القدر اللائق} المتوسط عرفاً، لأنه المشمول للإطلاق.

{فلو أسرف حسب عليه} كما صرح به غير واحد، إذ الزائد عن القدر اللائق لا يشمل الإطلاق، والإسراف يراد به الخروج عن اللائق وإن لم يكن إسرافاً شرعاً، مثلاً إذا كان المتعارف لمثله أن يأكل اللحم كل أسبوع ثلاث مرات، فأكله أربع مرات لم يعد سرفاً، وإن عدّ خروجاً عن اللائق.

ومنه يعلم لزوم مراعاة اللائق بالنسبه إلى مصارف الحضر التي هي من شؤون التجاره أيضاً، فإن إعطاء الحمال أزيد إحساناً ليس سرفاً، لكنه خلاف المتوسط المشمول للإطلاق العقد فيكون ضامناً.

ثم لو فرض أن مصارف السفر يعادل مصارف الحضر أو كان أقل، كما إذا كان في الحضر غلاء دون السفر، لم يكن بأس بالسفر، ولا يأتي الكلام المتقدم في المسأله الرابعه عشره، وإنما ذكروا السفر فيما يتعارف من أكثره مصارف السفر غالباً.

{والحاصل: إن الميزان هناك وهنا المتوسط، فالخارج عن المتوسط ليس من الوسط، بل من كيس العامل بنفسه.

{نعم لو قتر على نفسه أو صار ضيفاً عند شخص لا يحسب له} المقدار الزائد عن التقدير، كما صرح به الجواهر والمستمسك وغيرهما، لأن المشمول للإطلاق النفقه لا مقدار النفقه، كما ذكروا مثل ذلك في كتاب الخمس، وأنه واجب على الأرباح بعد إخراج النفقه.

نعم ينبغي أن يستثنى من ذلك ما لو أكثر من المتعارف مره وقت مره كان من الوسط، كما لو اكل اللحم فى أسبوع أربع مرات، وفى أسبوع مرتين، فإن العرف يلاحظ المجموع، فلا- يقال إنه لا- حق له فى أكثر من خمس مرات، حيث إن المره الرابعه فى الأسبوع الأول تحسب على نفسه.

ومثله ما لو قتر على نفسه قدر نصف الأكل فأعطاه لضيفه، أو كان شأنه ركوب سياره متوسطه فركب هو وضيفه سياره أقل مما أجرتهما تساوى أجره نفسه فى المتوسطه، والوجه أن الأمر عرفى، والعرف يرى شمول الإطلاق لمثل هذه الموارد.

ص: ٢٦٢

(مسأله ١٧): المراد من السفر العرفي لا الشرعي، فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثه، كما أنه إذا أقام في بلد عشره أيام أو أزيد كان نفقته من رأس المال، لأنه في السفر عرفاً، نعم إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرج أو لتحصيل مال له أو

(مسأله ١٧): {المراد من السفر} الوارد في النص والفتوى {العرفي} لأنه المنصرف عنه في مثل المقام، كانصرافه إليه في مثل «فسافر ففي الأسفار خمس فوائد» ونحوه {الشرعي} لأنه اصطلاح خاص لا يصار إليه إلا في مورد، فليس للسفر حقيقه شرعيه ولا متشرعيه، وإنما دل الدليل عليه في القصر والإفطار.

وكذلك الحال في كل مورد قيد الشارع موضوعاً عرفياً بقيد خاص، فإنه لا يعتدى منه إلى غير مورد، وقد نص على ما ذكرناه الشهيدان والأردبيلي والسبزواري وصاحب الجواهر وغيرهم (قدس الله أسرارهم).

{فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثه} كما يشمل العاصي بسفره وغير القاصد وما أشبه ذلك، مما ليس له حكم السفر في القصر والإفطار، كما أنه إذا فرض حكم الشارع بالسفر شرعاً، لكن لم يصدق عليه السفر عرفاً كان المقام أيضاً تابعاً للعرف {كما} عرفت.

ومنه يعلم {أنه إذا أقام في بلد عشره أيام أو أزيد، كان نفقته من رأس المال لأنه في السفر عرفاً}، وإن كان عليه التمام والصيام.

{نعم إذا قام بعد تمام العمل لغرض آخر، مثل التفرج أو لتحصيل مال له أو

لغيره مما ليس متعلقاً بالتجاره فنفقته فى تلك المده على نفسه، وإن كان مقامه لما يتعلق بالتجاره ولأمر آخر بحيث يكون كل منهما عله مستقلة لو لا الآخر، فإن كان الأمر الآخر عارضاً فى البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقه من مال التجاره

لغيره مما ليس متعلقاً بالتجاره { كزياره الأقرباء والأصدقاء { فنفقته فى تلك المده على نفسه } كما صرح به العلامة والشهيد الثانى وغيرهما.

نعم إذا مرض بسبب السفر فبقى للعلاج كانت النفقه من الوسط، لأنه من شؤون السفر، أما إذا لم يكن المرض من شؤون السفر، كما إذا كانت فيه مره تهيج كل شهر فى أوله فصادف ذلك حال كونه فى السفر، لم يعد من شؤون السفر الذى على الوسط.

ومما تقدم يعلم أنه لا فرق فى البقاء لغرض آخر بين الأول والوسط والأخير، مثلاً سفره التجارى بحاجه إلى أربعة أيام، فإذا بقى خمسه أيام كان اليوم الزائد على نفسه، سواء تفرج فى أول السفر، أو وسطه أو أخيره، بأن لم يشتغل بالتجاره لأجل التفرج.

{ وإن كان مقامه لما يتعلق بالتجاره ولأمر آخر بحيث يكون كل منهما عله مستقلة لو لا الآخر } بأن تكاسرا فصارا عله واحده، لاستحاله توارد علتين مستقلتين على معلول واحد، كما حقق فى محله.

{ فإن كان الأمر الآخر عارضاً فى البين } كما إذا سافر لأجل التجاره أسبوعاً فرأى من طيب الهواء هناك أنه لو لا التجاره بقى الأسبوع أيضاً { فالظاهر جواز أخذ تمام النفقه من مال التجاره } لدخوله فى إطلاق الدليل، كما فى المستمسك،

وإن كانا فى عرض واحد ففيه وجوه، ثالثها: التوزيع وهو الأحوط فى الجملة

فإن الدليل المتقدم فى المسألة الرابعة عشرة، بالإضافة إلى إطلاق المضاربه يشمله.

فلا يقال: كيف أثر إحدى العلتين فقط، مع أنه خلاف العقل.

إذ يقال: إن البقاء لهما، أما النفقه فليست معلوله للبقاء، وإنما للشرع والعرف، وكلاهما على أنها من وسط المال، ولم يذكر المصنف عكس ذلك، أى ما لو سافر لأجل التنزه مثلاً، وإنما كانت التجاره عارضه، لأن مصب كلامه كان فى سفر التجاره، ومقتضى القاعده عدم جواز أخذ النفقه من الوسط على تأمل فى ذلك.

{وإن كانا فى عرض واحد} بأن كان لكل واحده قوه العله التامه للسفر، بحيث لولا الآخر سافر أيضاً {ففيه وجوه}.

الأول: إنها من مال التجاره للصدق.

والثانى: إنها من كيسه، لانصراف الأدله إلى ما كان السفر لمحض التجاره.

{ثالثها: التوزيع} فنصف النفقه على التجاره، والنصف الآخر من كيسه، لأنه مقتضى انكسار العلتين، وتقتضيه قاعده العدل، كما إذا سافر لتجارتين لنفرين، حيث توزع النفقه بينهما، وإن كان كل تجاره مستقلة، بحيث لو لم تكن الآخر كان سافر أيضاً.

{وهو الأحوط فى الجملة} أى من كون كل النفقه على المالك، وجعله

وأحوط منه كون التمام على نفسه، وإن كانت العلة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزءاً من الداعي فالظاهر التوزيع.

المسالكة الأضعف، لأن الأدلة إن عمت اقتضت الأول، وإلا- اقتضت الثاني، غير ظاهر الوجه، فإن المقام حال السفر لأجل المضاربه من نفرين.

ومنه يظهر وجه قوله: {وأحوط منه كون التمام على نفسه} لأنه لا شبهه فيه.

{وإن كانت العلة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزءاً من الداعي فالظاهر التوزيع}، كما في الجواهر، لما تقدم من أنه المفهوم من العرف عند الإطلاق، ومن الروايات السابقة، بالإضافة إلى ما عرفت من قاعده العدل.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في جملة من كلمات الأعلام في المقام.

مسأله ١٨ لو سافر من غير إذن

(مسأله ١٨): استحقاق النفقه مختص بالسفر المأذون فيه، فلو سافر من غير إذن، أو في غير الوجه المأذون فيه، أو مع التعدى عما أذن فيه، ليس له أن يأخذ من مال التجاره.

(مسأله ١٨): {استحقاق النفقه مختص بالسفر المأذون فيه} من قبل المالك إما بإذن خاص، أو بالإطلاق الشامل للسفر والحضر، كما هو الغالب.

{فلو سافر من غير إذن} فليست نفقه السفر من المالك أو الوسط، كما صرح به المسالك والجواهر وغيرهما، وذلك لأن الإذن والنص والإطلاق لا يشمل ذلك.

ومنه يعلم وجه قوله: {أو في غير الوجه المأذون فيه، أو مع التعدى عما أذن فيه} وإن كان السفر في نفس تلك الوجه، كما إذا أذن له بالسفر بالسياره فسافر بالطائره، أو قال: سافر في شهر شوال، فسافر في رمضان، إلى غير ذلك، والجامع عدم الإذن في السفر لفظاً أو إطلاقاً.

فـ {ليس له أن يأخذ من مال التجاره}، ولا فرق بين أن يزعم الشمول فظهر عدم شموله، وبين أن يعلم عدم الشمول فيخالف، كما لا فرق بين أن يربح أكثر مع المخالفه أم لا، وذلك لعدم شمول الدليل.

ومما تقدم يعلم أنه لو زعم عدم الشمول فظهر الشمول، جاز له الأخذ إن لم ينو التبرع، كما إذا كان يزعم أن له الأخذ وإن لم يشمل الإطلاق مثلاً.

(مسأله ١٩): لو تعدد أرباب المال، كأن يكون عاملاً لاثنتين أو أزيد، أو عاملاً لنفسه وغيره، توزع النفقه

(مسأله ١٩): {لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملاً لاثنتين أو أزيد، أو عاملاً لنفسه وغيره} بأن جعل كل منهما مالاً بعنوان رأس المال، فيكون ربح مال نفسه لنفسه، وربح مال المالك لهما بالنسبه، {توزع النفقه} للسفر بينهما، كما ذكره غير واحد.

وقال في المسالك: (وجه التسقيط ظاهر، لأن السفر لأجلهما فنفته عليهما)، وكلامه ظاهر في ما إذا كان المال لنفرين أو أكثر على نحو القراض، وحيث يكون في المقارضة الواحد النفقه على ذلك الواحد يكون على الجميع في القراضات المتعدده، وكذا إذا كان قراض وغيره/ كما إذا سافر لأجل تجارته لزيد قراضاً، ولعمرو قربه إلى الله تعالى، فإطلاق أن نفقه المضارب على مال المضاربه أنها على سبيل التوزيع، فلكل حصته.

أما إذا كان المال لنفسه وغيره، فلأن العرف يفهم من الإطلاق ذلك، لأن التعامل بشيء مستلزم لكون لوازمه أيضاً مرتبطاً بذلك التعامل، فيشملة الإطلاق بالنسبه.

وبذلك يظهر أن كلا احتمالي عدم كون شيء على المالك، لإنصراف السفر إلى ما كان للمضاربه بحتاً، وفي المقام المضاربه جزء، وكون الكل على المالك لصدق كون العامل مضارباً فتكون نفقته على مال المضاربه فلا- وجه للتوزيع، كما مال إليه المستمسك، غير ظاهر الوجه.

ولذا قال الجواهر: (إن السفر لما لم يكن للقراض خاصه اتجه التوزيع المزبور).

لكن لا يخفى أن ما ذكرناه من التوزيع في غير الصورة التي تقدمت في المسأله السابعه عشر من قوله: (فان كان الأمر عارضاً...)
إلخ.

وهل هو على نسبة المالين أو على نسبة العملين، قولان.

{وهل هو} أى التوزيع {على نسبة المالين} فإذا كان لأحدهما عشرة وللآخر عشرون وزعت النفقه أثلاثاً، {أو على نسبة العملين} فإذا عمل لهذا يوماً ولذاك يوماً وزعت نصفين، وإن كانت نسبة المالين بالثلث والثلثين.

وهناك احتمال ثالث هو نسبة الربحين، فإذا ربح أحدهما عشرة والآخر عشرين وزعت ثلاثاً بدون ملاحظه المال والعمل.

احتمالات، وإن كان لهم {قولان} بدون ذكرهم الاحتمال الثالث.

المبسوط ذهب إلى الأول، وتبعه جامع المقاصد والمسالك وغيرهما، قالوا: لأن استحقاق النفقه فى مال المضاربه منوط بالمال، ولا ينظر إلى العمل، فحيث إن النفقه لأجل مال إنماء المضاربه كان اللازم توزيعها حسب المال.

وبعض المعلقين ذهب إلى الثانى، ووجهه أن النفقه إنما يأخذها العامل لعمله، فاللازم التوزيع حسب العمل.

أما الاحتمال الثالث فلأنه الذى يراه العرف، فإذا ربح أحدهما ديناراً، والآخر عشرين ديناراً، فليس من مقتضى العرف أن يؤخذ من كل نصف دينار، وإن كان العمل لهما متساوياً وكان المال متساوياً.

لا يقال: فى علم الاقتصاد يقولون العمل ميزان الاستحقاق.

لأنه يقال: هذا قول بعضهم، وهو غير تام، بل هناك خمسة أشياء فى مقابل المال، كما ذكرناه فى كتاب (الفقه: الاقتصاد) بل هنا أيضاً فى قبال المال، مثلاً نجاران قطعاً من الغابه شجرين أحدهما أعلى من الآخر خشباً، فإن قاطع الأعلى يأخذ أكثر وإن كان عملهما متساوياً.

وكيف كان، فكون النفقه على نسبه العملين أقرب إلى الموازين الاقتصادية، وعلى نسبه الربحين أقرب إلى الموازين الإنصافيه، وكونها على نسبه المالين فيه نوع من الضعف، لكن جمعاً من المعاصرين منهم ابن العم جعلوا الاحتياط برعايه أقل الأمرين من القولين الذين ذكرهما المصنف.

ص: ٢٧٠

مسأله ٢٠ لا يشترط فى النفقه ظهور الربح

(مسأله ٢٠): لا يشترط فى استحقاق النفقه ظهور ربح، بل ينفق من أصل المال وإن لم يحصل ربح أصلاً، نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح، ويعطى المالك رأس ماله ثم

(مسأله ٢٠): {لا يشترط فى استحقاق النفقه ظهور ربح، بل} ولا عدم خساره، ولو صرف من العين، فـ {ينفق من أصل المال وإن لم يحصل ربح أصلاً} أو حصلت الخساره، ويحق للعامل أن يصرف من مال نفسه أو غيره ثم يأخذ ما صرف من المال، وذلك لإطلاق النص والفتوى، وأنه مقتضى الجعل.

وعليه فإذا قال: النفقه من الربح، توقفت على الربح، وإن قال: من الأصل، لم يتوقف على الربح.

ثم إن الشرط قد يكون من الأصل قبل ربح، وقد يكون بعده، وقد يكون من الربح، وقد يكون من كليهما بالتنصيف أو بالنسبه، فإذا كان الأصل عشره والربح خمسه والنفقه ثلاثه، كانت من كل من الأصل والربح واحد ونصف على الأول، ومن الأصل اثنان، ومن الربح واحد على النسبه، والفرق بين كون النفقه من الأصل قبل الربح وبعده واضح، ففي مثال عشره وخمسه إذا أخذ ثلاثه النفقه قبل الاسترباح كان الربح ثلاثه ونصف، نصف السبعه الباقيه من الأصل، فالمجموع أصلاً وربحاً عشره ونصف، بينما إذا كان الشرط أخذها بعد الاسترباح، كان الأصل والربح خمسه عشر، وإذا خرجت الثلاثه بقى اثنى عشر، ومن الواضح اختلاف حصتها حسب اختلاف حصه الربح.

{نعم لو حصل الربح بعد هذا} الذى أنفق على نفسه من الأصل {تحسب} النفقه {من الربح، و} عليه {يعطى المالك تمام رأسه ماله ثم} القدر الباقى بعد رأس المال، الذى هو الربح الصافى للتجاره،

يقسم بينهما.

{ يقسم بينهما } حسب المقرر إن بقي شيء.

أما إذا لم يبق، كما إذا حصل على العشرة ثلاثة وكانت النفقة ثلاثة، فإنه لا يبقى ربح بعد الثلاثة للنفقة كما هو واضح، وبما ذكرناه يظهر ببعض المآخذ على بعض الإطلاقات، فراجع المسالك والرياض والجواهر.

هذا ولكن الغالب في المضاربات المشروطة بكون النفقة للعامل أن يتاجر العامل ويأخذ النفقة تدريجاً، وبعد العام مثلاً يحسب ما عنده، ويخرج رأس المال ويقسم الربح الباقي بينهما حسب النسبة المقرره، وعليه لا يحق له أن يأخذ كل النفقة من رأس المال أولاً، لأن ذلك يؤثر في قله الربح.

نعم له أن يؤخر الأخذ بأن يصرف من نفسه وبعد ذلك يأخذ ما صرفه، وهذا وإن سبب أكثره الربح عن أخذه النفقة تدريجاً، إلا أن الظاهر المنصرف إليه إطلاق شرط أخذ النفقة عرفاً أن مزيد الربح الذي كان في قبل النفقة التي لم يأخذها تدريجاً ليس للعامل، بل يحسب الربح كلاً ويقسم بالنسبه.

مثلاً- كان له أن يأخذ كل يوم ديناراً لأجل النفقة، فإذا لم يأخذه هذا اليوم وتاجر به في ضمن رأس المال وربح نصف دينار فأخذ الدينار ليلاً، ليس له أن يأخذ ليلاً ديناراً ونصفاً بحجه أن النصف ربح دينار ومصرفه الذي لم يأخذه في الصباح.

نعم إذا أخذ الدينار صباحاً بعنوان النفقة، ثم اشترى ما كله نسيئته وبعد ذلك تاجر بالدينار لنفسه كان الربح له، لأن حاله حينئذ حال دينار خارجي.

ص: ٢٧٢

(مسألة ٢١): لو مرض في أثناء السفر، فإن كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النفقه، وإن منعه ليس له

(مسألة ٢١): {لو مرض في أثناء السفر، فإن كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النفقه} حسب الشرط، لأن المرض وعدمه حيثئذ سواء، فقد عمل العمل المقرر، ولذا قال في الجواهر: بلا ريب. وقال في المستمسك: لإطلاق الأدله.

{وإن منعه} منعاً كاملاً وإنما قلنا المنع الكامل، لوضوح أن المنع غير الكامل لا- يوجب إلا- المنع من بعض النفقه حسب المنصرف عن الإطلاق، إن قلنا بأن المرض يمنع النفقه، مثلاً كان اللازم أن يشتغل كل يوم ثمان ساعات وكانت نفقته كل يوم ديناراً، فمرض مرضاً يمنعه كل يوم عن أربع ساعات، فإن مقتضى المنصرف من الإطلاق أن يمنع من نصف النفقه لا كل النفقه.

ثم اللازم تقييد آخر، وهو إن كان الإطلاق ينصرف عن حال المرض، أما إذا لم ينصرف كانت له النفقه، كما إذا كان السفر يلزم المرض غالباً لأنه سفر إلى البلاد التي يتعارف فيها المرض، وقد قرر بين المالك والعاقل السفر إلى هناك مثلاً.

وبما تقدم يعلم أن المراد بالمرض أعم من كل شيء من هذا النوع الذي يمنع العمل، لا خصوص المرض المصطلح عليه، كما إذا كان له ضعف لا يسمى مرضاً، أو شرب المرقد فنام كثيراً أو ما أشبه ذلك، مما منع العمل وإن لم يسم عرفاً بالمرض.

وكيف كان، فإن منعه المرض {ليس له} أخذ النفقه، كما ذكره الجواهر

وعلى الأول لا يكون منها ما يحتاج إليه للبراء من المرض.

وغيره، وعللوه بأن السفر في حال المرض المانع عن العمل ليس للتجاره، وبعبارة أخرى المنصرف من إطلاق أخذه النفقه ما كان في حال العمل، فإذا لم يكن في حال العمل لم تكن له النفقه، لأن الكلام لم يشملها.

هذا ولكن أشكل عليه غير واحد إما مطلقاً أو في الجملة، والأقرب أن الأمراض العاديه المتعارفه لا تمنع النفقه، لأن إطلاق كلامهما يشملها مثل سائر الموانع، كما إذا منعه الحر أو البرد أو المطر أو العواصف أو ما أشبهه، فإن المنع عن النفقه في هذه الأمور العاديه خلاف ظهور الإطلاق في العموم، ولذا فإطلاق المستمسك في قبال إطلاق المصنف لا يخلو عن نظر أيضاً، قال: (ولازمه عدم النفقه مع طرو المانع عن العمل غير المرض إذا كان في مقام الزوال وهو كما ترى) انتهى.

اللهم إلا إذا أراد منع الإطلاق، كما قال بعض المعاصرين: في إطلاقه نظر.

{وعلى الأول} الذى مرض بما لا يمنعه عن الشغل {لا يكون منها} أى من النفقه التى يأخذها {ما يحتاج إليه للبراء من المرض} كما قاله المسالك وغيره، معللاً له بأنه لا- يتعلق بالتجاره، ولكن الظاهر أن نفقه البرء المتعارف مشمول لإطلاق النفقه مثل المسكن والمأكل والمشرب ووسائل الحر والبرد والحفظ وغيرها، إذ كلها تسمى بالنفقه، ولذا قال فى المستمسك: (يشكل بأن المرض وإن لم يكن للتجاره لكن السفر لها، فإذا كانت مؤنه المرض من نفقات السفر كانت على المالك كغيرها من شؤون النفقه).

ثم الظاهر أن من النفقه ما لا بد له أن يعطيه للظالم لأجل جواز السفر ونحوه، كما يتعارف في حال الحاضر، وكذا ما يعطيه للطرف الذي سبب اصطدام سيارته به عطباً لذاك مما يلزم الضمان، إذا لم يكن بقصد وتفريط، وكان الإطلاق غير منصرف عنه.

والحاصل: اللازم ملاحظه سعه الإطلاق عرفاً وضيقة، ولو شك في شمول الإطلاق كان الأصل العدم، لأنه مصرف يخرج من كيس المالك إلى العامل بنفسه أو لشؤونه، فإذا شك في تكليف المالك بذلك كان الأصل العدم. ولو تنازعا كان العامل مدعياً.

وكذلك لو اختلفتا في أن المجمعول له جعل له من الأصل أو من الربح أو منهما بالنسبه، إذ حاصل الدعوى أن المال هل يخرج من كيس المالك أم لا، فالأصل عدم الخروج، ولو سلم الخروج لكن كان الكلام في خروج الأزيد أو الأقل، كان الأصل عدم الأول.

مسألة ٢٢ لو فسخ فنفته الرجوع؟

(مسألة ٢٢): لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر، فنفته الرجوع على نفسه

(مسألة ٢٢): {لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر، فنفته الرجوع على نفسه} على ما ذكره غير واحد، وعن ظاهر المسالك أنه لا خلاف فيه بيننا، واستدلوا له بارتفاع المضاربه فيرتفع حكمها، ولا تشمل الروايات السابقة لظهورها في المضاربه الباقيه.

وفي المقام احتمالات أخرى:

الأول: كون النفته كالسابق لإطلاق النص، وإنصرافه إلى صورته عدم الفسخ غير ظاهر، بالإضافة إلى أنه استحق النفته بالسفر، والسفر بعد باق، فالحكم بالاستحقاق باق أيضاً.

الثاني: الفرق بين نفقه السفر ونفقه العامل، فالأولى على الأصل، والثانية على نفس العامل، احتمله المستمسك قائلاً: (اللهم إلا أن يقال النص لا ينفيه _ أي كون النفته على أصل المال _ والقاعده تقتضيه، فالعمل بها متعين في خصوص نفقه السفر، لا نفقه العامل).

الثالث: الفرق بين ما إذا كان الفسخ بسبب العامل فلا نفقه، لأنه أقدم على ذلك بعد عدم كون دليل النفته شاملاً لهذه الصوره، وبين ما إذا كان الفسخ لا من جهته، فالنفقه على أصل المال، إذ لا وجه لتضرر العامل بما لم يقدم هو عليه.

الرابع: الرجوع إلى قصد الطرفين عند هذا الشرط، لأن العقود تتبع القصود، فإن كان قصدهما النفته كانت لازمه على الأصل، وإلا فلا لأصالة براءه

بخلاف ما إذا بقيت ولم تنفسخ فإنها من مال المضاربه.

المالك (١١) عن وجوب شيء عليه، والمسأله بحاجه إلى مزيد من التأمل.

أما قول المصنف: {بخلاف ما إذا بقيت ولم تنفسخ فإنها من مال المضاربه} فإنه مستدرك، ووجهه ما تقدم.

ثم إنه لو كان حين الفسخ نفقه السفر على العامل، لا ينفع في كون النفقه على المالك اشتراط العامل لذلك في ضمن العقد، إذ بالفسخ يبطل العقد وشروطه أيضاً يبطل، _ وإن قلنا بلزوم الشرط في ضمن العقد الجائر _ فإن الشرط لازم الوفاء إذا كان عقد، فإذا انتفى كان من باب السالبه بانتفاء الموضوع.

لا- يقال: مقتضى القاعده أنه على المالك إذا كان العامل مغروراً بأن زعم أن النفقه عليه وإن حصل الفسخ، لقاعده «المغرور يرجع إلى من غر» (٢٢).

لأنه يقال: عدم معرفه العامل بالمسأله لا يوجب ضمان المالك، فهو كما إذا تصورت المرأه أن المتعه نفقتها على المتمتع، فإن ذلك لا يوجب جريان قاعده المغرور عليها.

نعم إذا أراد العامل كون النفقه على المالك على أى حال تمكن من ذلك

ص: ٢٧٧

١- انظر الوسائل: ج ١ الباب ٥ من أبواب مقدمات العبادات ح ١. المستدرك: ج ١ الباب ٥ من مقدمات العبادات

٢- الوسائل: ج ١٢ ص ٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١٣

يجعل الشرط فى ضمن عقد لازم آ خر، وقد ذكرنا فى باب الشرط أنه يوجب الوضع، فله أن يجبر المالك الممتنع بواسطة الحاكم من إعطاء النفقه، وله أن يتقاص من ماله إذا لم يمكنه الإيجاب، والله العالم.

ص: ٢٧٨

مسأله ٢٣ لو تناقض فى كلامه

(مسأله ٢٣): قد عرفت الفرق بين المضاربه والقرض والبضاعه، وأن فى الأول الربح مشترك، وفى الثانى للعامل، وفى الثالث للمالك، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربه والربح بتمامه لى، كان مضاربه فاسده

(مسأله ٢٣): {قد عرفت الفرق بين المضاربه والقرض والبضاعه، وأن فى الأول الربح مشترك} بين العامل والمالك، {وفى الثانى للعامل، وفى الثالث للمالك، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربه والربح بتمامه لى، كان مضاربه فاسده} لأن قوام المضاربه كون الربح بينهما، فهو مثل أن يقول: زوّجتك على أن تكونى زوجه لى ولأخى، حيث إنه نكاح فاسد إذا كان ذلك مصب العقد لا على نحو الشرط.

فإن المضاربه وكون الربح كله للمالك لما لم يمكن جمعهما، فالأمر لا يخلو من أربعة احوال، لأنه إما قصدهما، أو لم يقصد أياً منهما، أو قصد البضاعه، أو قصد المضاربه، فإن قصد المضاربه كانت مضاربه، وإن قصد البضاعه كانت بضاعه، وإن لم يقصد أياً منهما بطل لأن العقود تتبع القصد، وإن قصدهما فهو على ثلاثه أقسام:

لأنهما إما مصب العقد، أو {الربح بتمامه لى} على نحو القيد، واللازم البطلان فيهما، إذ حقيقه المضاربه الاشتراك فى الربح، وإن كان هناك أمر عقلاى فى إجراء العقد هكذا، مثل أن يزيد على مال العامل الذى يريد التجاره بمال نفسه مما يسبب له إمكان المعامله بماله فيما لا يمكنه تلك بماله وحده، مثلاً كانت صفقه تباع بمائه ألف، وليس للعامل إلا خمسون، فلا يقدر على المعامله المربحه بتلك الصفقه إلا بخمسين آخر.

أو أن بقاء العامل بلا عمل كسر له، ولذا يريد العمل ولو بدون ربح ليخرج نفسه عن البطالة، أو ما أشبه ذلك مثل أن الظالم يخاف من المالك فلا يمد يده إلى مال العامل، حيث يعلم أنه يتاجر بمال المالك، إلى غير ذلك من الأمثلة.

والثالث: أن يكون على نحو الشرط، وحيث إن الشرط فاسد وقد حقق في مبحث الشروط أن الشرط الفاسد ليس مفسداً، فيحتمل القول بصحة العقد وبطلان الشرط.

لكن هنا محذور أنه لا- يمكن أن يكون بضاعه لعدم قصدها، إذ العقود تتبع القصد، ولا- يكون مضاربه، لأن مقوم المضاربه اشتراك الربح وقد فرض أنهما بنيا على عدم الاشتراك، ولا يمكن القول باستحقاق العامل أجره المثل لأن المالك دخل على أن لا- يكون له الأجره وقبل العامل ذلك فلا حق له، وقاعده احترام عمل المسلم لا مجال لها بعد أنه هتك حرمه عمله بنفسه، كما إذا بنى دار زيد مجاناً.

ومنه يعلم أن احتمال صحة العقد وبطلان الشرط لا مجال له، فاللازم القول ببطلان العقد فلا مضاربه لعدم إمكانها، ولا بضاعه لعدم قصدها، فما قصد لم يقع، وما أمكن وقوعه لم يقصد.

وبذلك ظهر موقع الإشكال في كلام المستمسك حيث قال: (والمتحصل أنه مع الالتفات التفصيلي في مقام الثبوت لا مضاربه، لا صحيحه ولا فاسده، وفي مقام الإثبات لا بضاعه، ومع عدم الالتفات التفصيلي فالواقع إما مضاربه صحيحه، أو بضاعه صحيحه لا مضاربه فاسده).

إلا إذا علم أنه قصد الإيضاح فيصير بضاعه، ولا يستحق العامل أجره إلا مع الشرط أو القرائن الداله على عدم التبرع، ومع الشك فيه وفي إرادته الأجره يستحق الأجره أيضاً لقاعده احترام عمل المسلم

{إلا إذا علم أنه قصد الإيضاح فيصير بضاعه، ولا يستحق العامل أجره} وقد (علم) يراد به في مقام الإثبات، وإلا فالحكم مرتبط بمقام الثبوت.

{إلا مع الشرط} أي شرط الأجره {أو القرائن الداله على عدم التبرع} حيث إن المالك استوفى عمله ولم يقصد العامل التبرع، على ما تقدم في بعض المسائل السابقه أن انضمام الأمرين الاستيفاء وعدم قصد التبرع يوجب أجره المثل.

وكيف كان، فإذا لم تكن مضاربه فقد يشترط التبرع وهو البضاعه، وقد يذكر الأجره فهو استيجار، وقد يسكت عن الأمرين، واللازم هنا الأجره أيضاً لاستيفاء العمل غير المتبرع به كما تقدم.

ومنه يظهر وجه قول المصنف: {ومع الشك فيه وفي إرادته الأجره يستحق الأجره أيضاً} وذلك {لقاعده احترام عمل المسلم} ((1)) الذي استوفاه المالك، فإن كلاً من الأمر والاستيفاء يوجب الأجره إذا لم يتبرع العامل، فما ذكرناه من أن الاستيفاء يوجب البدل لا مفهوم له، إذ ربما يكون أمر بدون استيفاء ومع ذلك عليه الأجره، كما إذا قال: اكنس هذا المسجد، فإنه يستحق عليه الأجره، وإن لم يستوف الأمر شيئاً، وقد ذكرنا في بعض مباحث (الفقه)

ص: ٢٨١

وإذا قال: خذه قراضاً وتمام الربح لك، فكذلك مضاربه فاسده إلا إذا علم أنه أراد القرض

عدم لزوم أن يدخل البدل في كيس من خرج المثل من كيسه، وذكرنا أنه إما أن يدخل كيسه كما إذا أعطاه ديناراً ليعطيه خبزاً، أو كيس ثالث كما إذا أعطاه ديناراً ليعطى للفقير خبزاً، أو من كيس ثالث إلى كيس رابع كما إذا أعطاه ديناراً ليصنع ولده دار ولد المعطى، وإما له غرض في ذلك كما إذا أعطاه ديناراً ليكنس المسجد.

{وإذا قال: خذه قراضاً وتمام الربح لك، فكذلك مضاربه فاسده} كما في القواعد والتذكرة وغيرهما، وذلك لأن من شرط القراض اشتراك الربح.

وحيث قد عرفت مقتضى القاعده في عكس هذه المسأله، كان اللازم جريان ذلك التفصيل هنا أيضاً، كما أشار إليه المستمسك قائلاً: (الكلام في المقامين من باب واحد)، وإن عرفت الإشكال في أحكامه التي ذكرها في المتحصل).

ولما ذكرناه قال السيد البروجردى: (ليس هذا من المضاربه أصلاً كما مر، فإن قصد به تمليك العين كان قرضاً، وإلا كان إهداءً للربح إليه قبل وجوده وهو لا يترتب عليه أثر).

أقول: نعم يمكن ترتب الأثر بأنه إذا أراد المالك أخذ الربح كان عليه أن يعطيه الأجره، لأنه استوفى مالم يتبرع به العامل.

{إلا إذا علم أنه أراد القرض} قد تقدم أن الكلام ينبغي أن يكون في مقام الثبوت، لا الإثبات.

ولو لم يذكر لفظ المضاربه بأن قال: خذه واتجر به والربح بتمامه لى، كان بضاعه إلا مع العلم بإرادته المضاربه فتكون فاسده، ولو قال: خذه واتجر به

{ولو لم يذكر لفظ المضاربه بأن قال: خذه واتجر به والرح بتمامه لى، كان بضاعه} كما ذكره غير واحد، كالشرائع والقواعد وغيرهما، إلا أنه لا بد من إرادتهم ما لو قصدوا التبرع بعمل العامل، وإلا كان اللازم إعطاءه الأجره، لأن المالك استوفى عملاً لم يقصد العامل التبرع به، فيشمله دليل الضمان، مثل «لا يتوى حق امرئ مسلم»⁽¹⁾، ولذا اشكل عليهم المستمسك بأن مقتضى استيفاء عمل المسلم ضمانه.

وكيف كان، فالصور أربع: لأنهما إما أن يريدوا المجانيه فلا- أجره، أو الاجره فالأجره، أو إرادته المالك فقط المجانيه مع فهم العامل ذلك، ومع ذلك عمل فلا أجره، إذ العامل بنفسه أهدر أجرته بإقدامه على ما طلب المالك مجانيه عمله، أو إرادته العامل فقط فلا أجره، لأن العامل أهدر حق نفسه فلا حق له فى الأجره وإن إعطاها المالك إياه.

{إلا مع العلم بإرادته المضاربه فتكون فاسده} لأنه خلاف حقيقه المضاربه أن يكون كل الربح للمالك، وحيث قد تقدم الكلام فى مثل ذلك فى أول المسأله لم يكن داع إلى تكراره.

ص: ٢٨٣

والربح لك بتمامه، فهو قرض إلا مع العلم بإرادته المضاربه ففساد

ومنه يعلم الإشكال فى إطلاق كلام المصنف: {ولو قال: خذه واتجر به والربح لك بتمامه، فهو قرض} كما ذكره المحقق والعلامه وغيرهما، والظاهر أن مرادهم أن مثل هذا الكلام يعطى فائده القرض، لا أنه قرض، لوضوح أن القرض تمليك بعوض، وهذا لا يلازم التمليك، وبذا أشكل عليهم مجمع البرهان وتبعه المستمسك.

ولذا نزل الرياض كلامهم على إرادته أن اشتراط تمام الربح للعامل من أحكام القرض، لا أنه قرض فعلاً.

وكيف كان، فمثل هذا الكلام على ثلاثه أقسام:

الأول: أن يريد المالك القرض، ولا إشكال فيه.

الثانى: أن يريد الربح لهما، لكن هو وهب حصته للعامل، وقد تقدم أن مثل ذلك هبه غير لازمه، فهو مثل أن يقول: كلما أثمرت أشجارى فهو لك، فإنه لا يوجب تملك الموهوب له لها، ولا يكون ذلك مضاربه لعدم جعل نسبه الربح لهذا وذاك، مما لا تكون المضاربه إلا به.

الثالث: أن يريد ملكيه المالك للمال وإنما كل الربح للعامل، وهذا كالثانى هبه غير ملزمه.

{إلا مع العلم بإرادته المضاربه ففساد} لما تقدم من أن مقوم المضاربه تقسيم الربح.

ومنه يعلم حال ما إذا قال: اتجر به والربح للفقراء أو للمساجد أو ما أشبه ذلك.

ومع الفساد فى الصور المذكوره يكون تمام الربح للمالك، وللعامل أجره عمله إلا مع علمه بالفساد.

{ومع الفساد فى الصور المذكوره يكون تمام الربح للمالك} قالوا لأن الربح تابع للمال، وفيه عدم تسليم ذلك، بل الربح لكل من المالك والعامل بنسبه خاصه، لأن الربح تابع لهما، فالمال وحده لا يربح والعمل وحده لا يثمر وإنما الثمر نتيجه الأمرين.

{و} بهذا ظهر الإشكال فى قوله: {وللعامل أجره عمله} إذ الأجره لا تلاحظ النسبه، اللهم إلا أن يريد بالأجره النسبه الواقعيه، ولكنه خلاف ظاهر مثل هذا الكلام.

هذا بالإضافة إلى ما تقدم من أنه إذا جعل تمام الربح للمالك فى المضاربه الفاسده، وكان قصد أحدهما المجانيه لم يكن وجه لكون الأجره للعامل.

{إلا مع علمه بالفساد} إذا علم بالفساد ولم يقصد المجانيه لم يكن وجه لعدم الأجره، لأنه لم يدخل على أن يكون عمله مجاناً، والمالك لم يأمره بالعمل مجاناً، فلا فرق بين العلم والجهل فى استحقاقه الأجره، كما ألمع إلى ذلك جماعه من المعلقين.

ثم لو قال: خذ واتجر به والربح لك، وربح أقل من أجره المثل، أو لم يربح، أو خسره، لم يكن المالك ضامناً للتفاوت فى الأول، ولا للأجره فى الآخرين، إذ قد دخل العامل على أن لا يكون له شىء خارج الربح.

(مسأله ٢٤): لو اختلف العامل والمالك في أنها مضاربه فاسده أو قرض، أو مضاربه فاسده أو بضاعه، ولم يكن هناك ظهور لفظي ولا قرينه معينه

(مسأله ٢٤): {لو اختلف العامل والمالك في أنها مضاربه فاسده أو قرض} فيما إذا كان هناك فائده في الاختلاف المذكور، كما إذا ربح وكانت الأجره أقل من الربح، إلى غير ذلك، إذ لولا الفائده لم يكن نزاع، كما قرر في كتاب القضاء.

{أو مضاربه فاسده أو بضاعه} كذلك، {ولم يكن هناك ظهور لفظي ولا قرينه معينه} يتسالم عليه الطرفان، إذ التسالم يوجب رفع الاختلاف، أما إذا كان أحدهما بدون تسالم الطرفين على قبوله، فلا- وجه بارتفاع النزاع بمجرد الظهور أو القرينه، فإن أحدهما إذا سلم بالظهور أو القرينه لكنه ادعى أن الأمر لم يكن حسب هذا الظاهر أو القرينه كان نزاع أيضاً، فإن النزاعات كثيراً ما تكون على خلاف الظهورات اللفظيه أو العقليه كظهور اليد في الملكيه، ومع ذلك الطرف الخارج يدعى عدم تماميه يده، بل قد ذكر جماعه منهم لو كان له بيده ورقه بإمضاء الطرف أنه أبرأه أو وهبه أو باعه أو ما أشبه ذلك، وادعى الطرف أنه صحيح كون ذاك كتابته، إلا أنه كتبه ليهب أو يبيع بعد ذلك، سمع دعواه لكثرة الكتابه قبل العمل، واحتمال كون الواقع كذلك في مورد الدعوى، وكان المصنف تبع في تقييده بـ (هناك) المسالك والجواهر.

وفيه ما تقدم، إلا إذا أراد أن لو كان ظهور لم يكن نزاع بأن كان من باب السالبه

بانتفاء الموضوع، وكان المعلقين الذى سكتوا على قيد المصنف، لما ذكرناه من (كان...).

أما قول المستمسك: (ولعل مراد المصنف أن ذلك فى شرط التحالف، ومع الظهور اللفظى أو القرينه يكون المورد من موارد المدعى والمنكر، لا أنه لا تسمع دعوى الخلاف) انتهى.

ففيه: إن التحالف لا يلزم عدم الظهور، بل الظهور يكون حينئذ مؤيداً، هذا بالإضافة إلى أن الظاهر من كلام المسالك _ الذى تبعه المصنف حسب الظاهر، وإلا كان له ذكر الادعاء والإنكار _ أنه يرفع النزاع مطلقاً مع الظهور، لأنه قال: (ضروره عدم وجه لمن يدعى خلاف الظاهر بلا قرينه، وإلا لزم من ذلك فساد كثير).

{فمقتضى القاعده التحالف} وإنما كان التحالف، لأن كلاً منهما يدعى أمراً خلاف الأصل، فإن المضاربه الفاسده والقرض والبضاعه كلها خلاف الأصل، والملاحظ فى إجراء أحكام الدعوى مصب النزاع الذى يفرغ كل طرف دعواه عليه، وليس الملاحظ الغرض المقصود من الدعوى، وإن جعله المستمسك مقتضى التحقيق.

ولذا إذا قال أحدهما: إنه يطلب الطرف مآلاً، يختلف {فى سير النزاع} جواب الطرف، فإن قال: {إنى برىء} كان منكراً، وكان الأصل معه، وإن قال: {أديت طلبه} كان مدعياً، وكان الأصل مع الطرف، مع أن الغرض المقصود من الدعوى لا يختلف فى المقامين، فإن جوهر النزاع فى أنه هل يؤدى الطرف

مالاً- أو لا- وكذلك إذا قال الرجل: هو زوجتي، وقالت هي: لست زوجته، أو طلقني، فإن في الأول يكون الرجل مدعياً، وفي الثاني منكرًا، مع أن الغرض المقصود من الدعوى جواز مباشرتها مباشرة الأزواج وعدمه، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وقد ذكر الفقهاء في كتاب القضاء أمثله جوهرها واحد، لكنها تختلف من حيث سير القضاء في الذي ينطبق على أطراف النزاع من الصفات، وذكروا هل يجوز للحاكم تعليم بعضهم كيفية تقرير الدعوى بما ينجحه في النزاع.

وبناءً على ما ذكرناه من كون المعيار مصب الدعوى، فللمسألة صور:

الأولى: إذا ادعى المالك القرض وادعى العامل المضاربه الفاسده {وذلك لأن المالك يريد التخلص من الأجره، حيث إن القرض لا- أجره على المالك فيه، بخلاف المضاربه الفاسده، حيث على المالك أجره عمل العامل، أو ليست خساره المال على المالك في القرض، بينما خسارته على المالك في المضاربه} كان من مورد التحالف، لأن كلا الأمرين خلاف الأصل.

الثانية: إذا ادعى المالك المضاربه الفاسده، وادعى العامل القرض {لأن المال ربح ربحاً أكثر من الأجره، فالمالك يريد الربح وإعطاء الأجره، والعامل يريد أن يكون كل الربح له لأنه قرض}.

ففي بعض الحواشي: الظاهر أن الحلف يتوجه إلى المالك، لإنكاره القرض، وليس في دعواه المضاربه إلتزام للعامل بشيء ليتوجه الحلف إليه أيضاً، وفيه:

إن في دعواه المضاربه الفاسده إزام للعامل، حيث إن المضاربه الفاسده تعطى كل الربح للمالك، ويعطى المالك الأجره للعامل، والأجره أقل من الربح حسب الفرض، فقوله: (ليس إزام) محل نظر.

هذا بالإضافه إلى أن صيغه الدعوى التى هى المعيار _ على ما تقدم _ مختلفه، مما لا يجعل أحدهما مدعياً والآخر منكراً، بل كل واحد مدع خلاف الآخر، وهذا هو ميزان التحالف على ما ذكر فى كتاب القضاء.

وبذلك ظهر وجه النظر فى قول السيد البروجردى، حيث قال: (العامل فى كليهما لا يضمن المال، ولا له شىء من الربح، وإنما يكون له الأجره فى الأولى مع جهله بالفساد أو مطلقاً، وفى الثانيه مع عدم تبرعه، فعلى هذا لا إزام فى شىء منهما إلا أن يحرر المالك دعواه على وجه لا يستحق العامل معه الأجره على عمله، فتكون ملزمه ويحلف العامل على نفيها فيحكم له بالأجره ولا تحالف على الأصح) انتهى.

وجه الظهور أن العامل فى صوره القرض _ حيث يدعيه _ يملك كل الربح، فكيف يقال ليس له شىء من الربح، هذا بالإضافه إلى أنه لو ثبت علمه بالمضاربه الفاسده وجهل المالك بها كان ضامناً للمال، حيث يشمله دليل اليد، فإطلاق قوله: (لا يضمن المال) محل منع، إلى ذلك من موارد النظر فى كلامه، كما يظهر بعضها مما سياتى.

أما قول السيد الجمال فى تعليقه: (ويحكم حينئذ فى صورتين بكون الربح للمالك، واستحقاق العامل أجره عمله)، ففيه مواضع نظر،

إذ أولاً: لا

ص: ٢٨٩

إطلاق لما أطلقه، فإنه قد لا يكون ربح، وقد يكون خسران، فليس كل فروض المسألة فيها ربح حتى يطلق أن الربح للمالك.

وثانياً: لا أجره للعامل إذا ثبت علمه بالمضاربه الفاسده، إذ لا يحق له التصرف في مال المالك بعد هذا العلم، والحال أن إذن المالك كان مقيداً بالمضاربه الصحيحه، فإن احترام عمل المسلم إنما هو إذا لم يهدر هو عمله، كما تقدم في المسألة السابقه.

وثالثاً: ما سبق أن ذكرناه من أن الربح وليد رأس المال والعمل، فاللازم أن يقسم بينهما بنسبه عادله غير مجحفه، والأجره غير النسبه، كما هو واضح فيما كان الربح كثيراً، مثلاً عمل شهراً وأجرته مائه، بينما نسبه الربح تقتضى الألف مثلاً، وقد ذكرنا في كتاب (الفقه: الاقتصاد) لزوم عدم الإجحاف كما ذكره على (عليه السلام) في موضعين من نهج البلاغه.

الصوره الثالثه: أن يختلفا في أنها مضاربه فاسده أو بضاعه، فالمالك يقول: إنها بضاعه، حتى يكون كل الربح له بدون أجره للعامل، والعامل يقول: إنها مضاربه فاسده، يكون كل الربح له باستثناء أجره للعامل، ومقتضى القاعده هنا التحالف لما عرفت أن المعيار مصب الدعوى، لا الغرض المقصود منها.

ومنه يعلم وجه الإشكال في تعليق ابن العم، حيث قال: (الصوره الثانيه ليست مورداً للتحالف. لعدم دعوى ملزمه إلا- بالتأويل) انتهى.

كيف والعامل يريد الأجره، والمالك يريد عدم إعطائها له، فإنهما لو صبا النزاع هكذا كان العامل مدعياً والمالك منكراً، ولو صباها بضاعه ومضاربه

كان من موارد التحالف، وقد عرفت أن الاعتبار بالمصعب لا بالمقصود الأئيل إليه النزاع.

ومنه يظهر وجه النظر فى كلام المستمسك حيث قال: (وإذا ادعى المالك البضاعة، وادعى العامل المضاربه الفاسده، فقد اتفقا على كون الربح للمالك، ويكون الخصام بينهما فى أن العامل يستحق على المالك الأجره أو لا، فالمالك يدعى أنها بضاعه مبينه على المجانيه، والعامل يدعى المضاربه الفاسده الموجهه لاستحقاق الأجره، فاستيفاء عمل العامل الموجه للضمان حاصل على كل حال، ويدعى المالك التبرع، وينكر العامل ذلك).

الصوره الرابعه: عكس الصوره الثالثه، بأن ادعى العامل البضاعه والمالك المضاربه الفاسده، وهذا النزاع يكون لأمرين:

الأول: الواقعيه، حيث يعتقد كل صحه ما يقوله.

الثانى: الآثار الخارجيه، كما إذا كان الظالم يأخذ من الأموال التى تجعل فى البضاعه ضريبه، والمالك يريد الفرار من ذلك مثلاً، أو أن العامل لا- يريد أخذ الأجره لأنه يراه نوع منه من المالك عليه، أو أن العامل إذا ثبت أنه عمل مضاربه لم يعط من الأموال المقرره للعاطلين الذين لا حق لهم فى عمل، بينما إذا كان الأمر بضاعه أعطى من تلك الأموال.

وكيف كان، فإذا تحقق هناك نزاع شرعى كان من موارد التحالف أيضاً، وإذا تم التحالف كان اللازم إعطاء العامل الأجره، وإذا لم يقبل كانت من مجهول المالك الذى يقسم بينهما، أو يرجع بها إلى بيت المال، كما إذا قال

وقد يقال: بتقديم قول من يدعى الصحة وهو مشكل، إذ مورد الحمل على الصحة ما إذا علم أنهما أوقعا معامله معينه واختلفا في صحتها وفسادها، لا مثل المقام الذى يكون الأمر دائراً بين معاملتين على إحداهما صحيح وعلى الأخرى باطل، نظير ما إذا اختلفا فى أنهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجاره الفاسده مثلاً

أحدهما: هذا لك، وقال الآخر: بل لك، والله سبحانه العالم.

{وقد يقال: بتقديم قول من يدعى الصحة} كما فى المسالك، وذلك لأن الأصل فى العقود الصحة، وهو أصل ثانوى مقدم على أصل الفساد الذى هو أصل أولى، كما قرره الشيخ فى المكاسب وغيره فى غيره.

{وهو مشكل، إذ مورد الحمل على الصحة ما إذا علم أنهما أوقعا معامله معينه} كالمضاربه {واختلفا فى صحتها وفسادها} فإن دليل الأصل الثانوى المقتضى للصحة يشمله {لا مثل المقام الذى يكون الأمر دائراً بين معاملتين على إحداهما صحيح وعلى الأخرى باطل} فإنه مورد التحالف.

سواء كانا من جنس واحد {نظير} ما إذا اختلف الزوجان أن العقد دائم ليكون باطلاً، حيث للزوج أربع نسوه، أو منقطع ليكون صحيحاً لأن الانقطاع لا ينافى ذلك، ومن الواضح أن الدوام والمتعه من جنس واحد.

أو من جنسين، مثل {ما إذا اختلفا فى أنهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجاره الفاسده مثلاً}، أو اختلفا فى الإجاره الصحيحه والبيع الفاسد مثلاً.

وفى مثل هذا مقتضى القاعده التحالف، وأصالة الصحه لا- تثبت كونه بيعاً مثلاً لا إجاره، أو بضاعه صحيحه مثلاً لا مضاربه فاسده.

{وفى مثل هذا مقتضى القاعده التحالف} وقد ظهر مما تقدم عدم صحه إشكال المستمسك فيه فراجع.

{وأصالة الصحه لا تثبت كونه بيعاً مثلاً لا إجاره} أو بالعكس فى العكس {أو بضاعه صحيحه مثلاً لا مضاربه فاسده} لأن ذلك خارج عن مجرى الأصل.

ومما تقدم ظهر الكلام فى سائر صور الاختلاف، كما إذا قال: أعطيته بدل إيجار داره، أو سلعته التى اشتريتها منه، أو بدل رهن داره أو ما أشبه ذلك، وقال: بل قرضاً أو مضاربه أو بضاعه أو ما أشبه ذلك، فإن أمثال هذه المقامات من التداعى الموجب للتحالف.

ص: ٢٩٣

مسألة ٢٥ لو قال المالك: الربح بيننا

(مسألة ٢٥): إذا قال المالك للعامل خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا صح، ولكل منهما النصف، وإذا قال: ونصف الربح لك، فكذاك

(مسألة ٢٥): {إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا صح} بلا إشكال ولا خلاف، كما يظهر من كلماتهم، بل ظاهر المسالك وغيره الاتفاق عليه.

{و} هل {لكل منهما النصف} كما صرح بذلك غير واحد، لأنه المنصرف من (بيننا) أو بالنسبة المعقولة، الظاهر الثاني، لوضوح أن لكل من رأس المال والعمل نسبة خاصة من الربح إذا لم تكن هناك إرادة منهما لغير تلك النسبة، ولو كان الانصراف سبباً للتصيف، إذ الإرادة قد يصرح بها وقد توكل إلى الانصراف.

ومن المعلوم أن النسبة تختلف من زيادة المال وقلته، ومن زيادة نشاط العامل وقلته، ومن تعدد المالك أو العامل أو كليهما ووحدتهما، فإذا كان هناك عاملان كان نصيب المالك أقل، بينما إذا كان المالك متعدداً كان نصيب العامل أقل وهكذا.

{وإذا قال: ونصف الربح لك، فكذاك} هذا مما لا إشكال فيه ولا خلاف، وتقتضيه القاعدة، لأن العقود تتبع القرار، اللهم إلا إذا كان إجحافاً، حيث إنه منهي عنه، كما في كلام الإمام (عليه السلام) في كتابه إلى الأشر (١) وفي غيره.

والإجحاف إنما يتحقق إذا كانت النسبة أقل من النصف لأحدهما بما لا يتسامح

ص: ٢٩٤

به عرفاً، ولم يكن صاحب النصف مطلعاً على ذلك.

مثلاً- عامل عمل مائه يوم كل يوم بدينار وجمعه، ويكون إذا اشترى به داراً كانت إجاره الدار كل يوم بدينار، ومعنى ذلك أن أجره كل يوم تعطى عشره أفلس ربحاً حيث إن الدينار ألف فلس، فإذا أعطى هذا المالك المائه لعامل فعمل فيها خمسين يوماً وصار مجموع رأس المال والربح عنده مائتين وخمسة وعشرين ديناراً، كان لازم ذلك أن المائه دينار رأس المال ربح كل يوم ديناراً، لفرض أن أجره الدار لخمسين يوماً خمسون ديناراً، وأن أجره العامل لخمسين يوم عمله خمسون ديناراً، وربح خمسينه خمسة وعشرون ديناراً، لفرض أن كل دينار يربح عشره أفلس، فاللزام تقسيم الربح الصافي الذى هو مائه وخمسة وعشرون ديناراً بين المالك والعامل، فللمالك خمسون ديناراً علاوه على مائه، وللعامل خمسون لكل يوم دينار، وخمسة وعشرون أرباح الخمسين، إذ كما لمائه المالك فى كل يوم دينار كذلك لخمسين العامل فى كل يوم نصف دينار.

وهذا هو مقتضى النسبه التى ذكرناها، فإذا وزع الربح، أى مائه وخمسة وعشرون، كما قال المصنف تبعاً للمشهور من التنصيف، كان معناه أن للمالك اثنين وستين ونصف دينار، وللعامل بقدر ذلك، والحال أن المالك أخذ اثني عشر ونصفاً أكثر من حقه، والعامل نقص من حقه اثني عشر ونصف.

ولا- يخفى أن المثال تقريبي، وإلا فاللزام ملاحظه أرباح خمسينه يوماً فيوماً، لأن مائه المالك مجتمعه، أما خمسون العامل فإنه ليس مجتمعاً، بل يحصله ويستربحه يوماً فيوماً.

بل وكذا لو قال: ونصف الربح لى، فإن الظاهر أن النصف الآخر للعامل، ولكن فرّق بعضهم بين العبارتين وحكم بالصحة فى الأولى لأنه صرح فيها بكون النصف للعامل، والنصف الآخر يبقى له على قاعده التبعية

وكيف كان، فإذا أقدم العامل على ذلك لم يكن به بأس، أما إذا لم يعلم بهذا النقص كان إجحافاً بحقه، كما قالوا مثل ذلك فى باب الغبن، حيث للمغبون الخيار إذا كان جاهلاً بالغبن حين المعاملة.

وإن شئت قلت فى المقام: إن العامل غبن، وإن لم يتعمد غبنه المالك، فله حق أخذ مقدار حقه، كما إذا غبن الأجير فى سائر أنحاء الإجاره.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا كان رأس المال أكثر من مائه أو أقل من مائه، وقد فرض أن العامل عمل فيه خمسين يوماً مثلاً، حيث إن لكل من العامل والمالك نسبه خاصه من الربح إذا تعدى أحدهما على الآخر بأخذ الأزيد من تلك النسبه كان إجحافاً إن لم يعلم به الطرف الذى أخذ أقل من حقه النسبى.

{بل وكذا لو قال: ونصف الربح لى، فإن الظاهر أن النصف الآخر للعامل، ولكن فرّق بعضهم} كالشرائع {بين العبارتين وحكم بالصحة فى الأولى لأنه} كما علله المسالك {صرح فيها بكون النصف للعامل، والنصف الآخر يبقى له على قاعده التبعية} حيث إن الربح تابع للمال.

أقول: لكننا ذكرنا سابقاً الإشكال فى هذه القاعده، لأن الربح وليد المال والعمل، فجعله تابعاً للمال خلاف القاعده، وإنا وإن لم نقل بأن الربح تابع

بخلاف العبارة الثانية، فإن كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له أيضاً على قاعده التبعية.

فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل، وأنت خيرير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الآخر للعامل.

للعمل، كما ذهب إليه بعض الاقتصاديين، إلا أنا لا نقول بالتبعية للمال أيضاً، كما هو المشهور بين الفقهاء.

{بخلاف العبارة الثانية، فإن كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له أيضاً} إذ عدم كونه للمالك من باب مفهوم اللقب، وهو ليس بحجه، فعدم ذكر حال النصف الآخر يقتضى كونه للمالك أيضاً {على قاعده التبعية} ولذا تكون المضاربه باطله، كما فى المسالك، حيث قال: الأجود البطلان، وقال فى القواعد: بطل على إشكال، حيث لم يذكر حق العامل، فهو مضاربه فاسده.

{فلا دلالة فيها} أى فى العبارة الثانية {على كون النصف الآخر للعامل}.

هذا {وأنت خيرير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الآخر للعامل} فلذا لا وجه للفرق بين العبارتين، ولا للقول ببطلان الثانية، ولذا جعل الصحه فى الجواهر واضحاً.

نعم، إن قال المالك: إنه لم يرد المفهوم فى الثانية، وإنما أراد المنطوق فقط، حيث سكت عن النصف الثانى، كان مقتضى القاعده البطلان، بل هو كذلك فى العبارة الأولى أيضاً، إذ قد تقدم لزوم أن يكون للعامل حصه وللمالك حصه.

مسأله ٢٦ لو قال: خذه قراضاً

(مسأله ٢٦): لا- فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه، أو قال: خذه قراضاً ولك ربح نصفه، في الصحه والاشتراك في الربح بالمناصفه، وربما يقال بالبطلان في الثاني، بدعوى أن مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك. وقد يربح النصف فيختص به أحدهما

(مسأله ٢٦): {لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه، أو قال: خذه قراضاً ولك ربح نصفه، في الصحه} لوضوح مقدار الربح الذى لكل مهتما في العبارتين.

{والاشتراك في الربح بالمناصفه} حسب العقد المقرر بينهما، وهذا هو الذى اختاره الشرائع والقواعد، بل في المسالك إنه المشهور.

{وربما يقال} والقائل الشيخ في أحد قوليه {البطلان في الثاني بدعوى} أمور:

الأول: {إن مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك} مع أن مقتضى المضاربه الاشتراك في كل جزء من الربح، وفي الفرض لا اشتراك كذلك، لأن ربح أحد النصفين للعامل، وربح النصف الآخر للمالك.

أقول: إذا كانت المعامله مضاربه عقلائيه لم يكن بذلك بأس، ويشمله إطلاق دليل المضاربه، وعدم شمول بعض الأدله له غير ضار، إذ لا دلالة لتلك الأدله على بطلان ما عدا تلك الصوره التى اشتملت عليها تلك الأدله، فتأمل.

الثاني: {وقد يربح النصف فيختص به أحدهما} بلا اشتراك بينهما، مع أن المضاربه يلزم أن تكون ربحها مشتركاً بينهما.

أو يربح أكثر من النصف، فلا تكون الحصه معلومه، وأيضاً قد لا يعامل إلا في النصف، وفيه: إن المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا إشكال.

الثالث: {أو يربح أكثر من النصف فلا تكون الحصه معلومه} فيكون ربح النصف الآخر أقل، فلا تكون النسبه معلومه مع لزوم أن تكون النسبه معلومه، ولم يذكر المصنف أقل من النصف، للتلازم بين أكثره أحد النصفين وأقله النصف الآخر.

الرابع: {وأيضاً قد لا يعامل إلا في النصف} فمقتضى المضاربه أن يكون ربح هذا النصف بينهما، لا أن يكون لأحدهما.

{وفيه} ما أشار إليه المسالك: بأن الإشاره ليست إلى نصف معين، بل إلى مبهم، فإذا ربح أحد النصفين فذلك الذى ربح هو المال والذى لم يربح لا اعتداد به، وتبعه المصنف وغيره بقوله: {إن المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا إشكال}، نعم إذا أريد بـ (لك نصف ربحه) النصف الخاص خارجاً لم يصح، ولعل الشيخ أراد ذلك. ولذا قال السيد ابن العم: (الظاهر بطلان المضاربه بالعباره الثانيه، إلا إذا أريد بها المعنى الأول) انتهى.

وعلى هذا، فصور النصف ثلاثه:

المبهم الذى يسمى بالكلى فى المعين وهذا باطل.

والمعلوم خارجاً، هذا باطل.

وعلى نحو الكسر المشارع وهذا صحيح.

والفرق بين الأول والثالث هو الفرق فى مسأله بيع أطنان القصب فاحترق بعضه، كما ذكره الشيخ (رحمه الله) فى المكاسب، ولذا يشكل على الجواهر وغيره فى تخصيصهم الصوره الباطله بما إذا عين النصف المضاف إليه ربح العامل، إذ قد عرفت بطلان صورتين، لا صوره واحده.

مسأله ٢٧ اتحاد المالك والعامل وتعددتهما

(مسأله ٢٧): يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل مع اتحاد المال أو تميز مال كل من العاملين، فلو قال: ضاربتكما ولكما نصف الربح صح، وكانا فيه سواءً.

(مسأله ٢٧): {يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل مع اتحاد المال أو تميز مال كل من العاملين} وذلك لإطلاق الأدله، وقد صرح غير واحد بالوحده والتعدد في كل من المالك والعامل، وعليه فالصور ثمان:

لأن المالك إما واحد أو متعدد، وعلى كل فالعامل إما واحد أو متعدد، وعلى كل فالمال إما مع التميز أو بلا تميز.

ومنه يعلم صحه أن يأخذ البنك المال من جماعه ويجعلها في التجاره ويعطى الربح لهم بالنسبه حسب الحصص، لكن لا يخفى أنا ذكرنا في كتاب (الفقه: الاقتصاد) أن البنك لا حق له في أخذ أكثر من جهده الفكرى والعملى، بل اللازم تقسيم الأرباح بدون أن يكون هناك إجحاف.

{فلو قال: ضاربتكما ولكما نصف الربح صح، وكانا فيه سواءً} لكل نصف النصف، إذا كان العرف يرى ذلك، بأن كان كم العمل وكيفه متساوياً، أما إذا لم ير العرف ذلك تبعاً لاختلاف كم العمل وكيفه، كان اللازم التقسيم بالعدل لا بالاستواء.

وبما ذكرناه يظهر أن المراد بالشركه في عمل المضاربه عمل كل منهما في جميع المال منضمماً أو مستقلاً، لكن كلما عمل أحدهما يكون الآخر في ربحه شريكاً، فلا يقال: لا وجه لاشتراك غير العامل في ربح العامل، فإن المتعارف

ولو فضل أحدهما على الآخر صح أيضاً، وإن كانا في العمل سواءً، فإن غايته اشتراط حصه قليله لصاحب العمل الكثير، وهذا لا بأس به

أن المالك يعطى مقداراً من النقد لاثنين ليفتحا دكاناً، ويشتركا في البيع والشراء وما أشبهه، وأخير السنه يحسب المال، فكلما كان ربح يكون بين الثلاثه حسب نسبه مجعوله، ويكفى في صحه ذاك الصدق والسيره، فيشملة إطلاق أدله المضاربه، وكذلك العكس، حيث يعطى نفران رأس المال لإنسان واحد سواء جمعهما واشترى بها البضائع، أو اشترى بهذا المال شيئاً وبالمال الآخر شيئاً آخر.

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

{ولو فضل أحدهما على الآخر صح أيضاً} وفي المسالك إنه صحيح عندنا، لكن يجب أن يقيد ذلك بما قدم من عدم الإجحاف، لما عرفت من وجهه.

{وإن كانا في العمل سواءً} لأجل تفاوتهما في الذكاء أو ما أشبه مما يوجب التفاوت في المعامله.

{فإن غايته اشتراط حصه قليله لصاحب العمل الكثير، وهذا لا بأس به} إذا لم يكن إجحافاً، وإلا كان به بأس، حيث إن الشارع منع عنه، إلا إذا أقدم نفس العامل بدون كره شخصي أو كره أجوائى، فإن له الحق في ذلك

ويكون العقد الواحد بمنزله عقدين مع اثنين.

حيث يدل عليه تسلط الناس على أنفسهم وأموالهم (١).

ولا يخفى أنه ربما لا يكون إجحافاً، وإن كان العمل متساوياً من جميع الجهات، إذا كانت الزيادة للطرف الآخر العامل معه تفضلاً، كما إذا كانت أجره العامل ديناراً في كل يوم، وكان ربحه من المضاربه ديناراً ونصفاً حسب المقرر، بينما ربح العامل الآخر دينارين، حسب المقرر من التفاوت بينهما، فإنه لا إجحاف في حقه، وإنما تفضل على الآخر.

{ويكون العقد الواحد} بين المالك والعاملين {بمنزله عقدين مع اثنين} فكما يجوز جعل الربح متفاوتاً في عقدين يجوز جعله متفاوتاً في عقد، لكن لا يخفى أن العقدين أيضاً كذلك، أي لا يجوز الإجحاف في أحدهما، لإطلاق دليل المنع عن الإجحاف، والله العالم.

هذا ولكن قد يكون هناك عقد واحد، وقد يكون عقدان في صورته عقد واحد، أي قد يلفظ الإنسان لفظ عقد ويقصد عقدين، مثله ما لو تزوج زوجتين بلفظ زوجتكما، أو طلقهما بلفظ طلقتكما، حيث إنهما نكاحان وطلاقان وإن جيء بلفظ واحد، وقد يقصد عقداً واحداً، كما إذا باع داره وبستانه صفقه واحده، وتظهر الثمره في مثل خيار تبعض الصفقه وخيار العيب وما أشبه، فإن الدار إذا كانت معيبه أو كان بعضهما للغير، فإن المشتري له حق رد إذا كان عقداً واحداً، وليس له رد البستان إذا كان عقدين في صورته عقد واحد.

ص: ٣٠٢

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

أما كيف يكون عقدين أو عقداً، فهو بدليل كون العقود تتبع القصود، بالإضافة إلى أنه أمر عقلائي والشارع لم يردع عنه، بل إطلاقات الأدلة تشمل كلا الأمرين.

ومنه يعلم أن صورته ليست خاصه بما ذكره المصنف بقوله: {ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف وقارض الآخر في النصف الآخر بربع الربح، ولا مانع منه}، وفي المسالك: إن ذلك جائز اتفاقاً.

والفرق بين كونه قراضاً واحداً أو قراضين أن أحدهما لو كان مغبوناً حق له الفسخ في قراضه فقط، ولا يحق للآخر الفسخ لأنهما قراضان، بخلاف ما إذا كان قراض واحد فإنه إذا فسخ انفسخ الكل، فيما لو كان القراض بنفسه لازماً من جهة شرط لزمه في ضمن عقد آخر.

وكذلك في حق فسخ المالك إذا ظهر غبنه في أحدهما، وكذلك إذا شرط أحدهما على الآخر شرطاً، ولم يف الطرف بالشرط، إلى غير ذلك.

{وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل، بأن كان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلاً متساوياً بينهما، أو بالاختلاف بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف، وفي حصة الآخر بالثلث أو الربع مثلاً}

وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال، بأن يكون مال كل منهما ممتازاً وقارضاً واحداً مع الإذن في الخلط مع التساوى في حصه العامل بينهما، أو الاختلاف بأن يكون في مال أحدهما بالنصف، وفي مال الآخر بالثلث أو الربع.

والكلام في عدم الإجحاف وفي كونه عقداً واحداً أو عقدين في لفظ عقد واحد، كما سبق في عكسه.

{وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال، بأن يكون مال كل منهما ممتازاً وقارضاً واحداً مع الإذن في الخلط} بل وبدونه أيضاً، كما إذا كان لكل ألف وجعلا في دكانين وأخذ يعمل هذا في هذا الدكان مره وفي الدكان الثاني مره، وهكذا العامل الثاني، والحاصل يجعلانه في البنك، إذ لا دليل على لزوم الخلط.

{مع التساوى في حصه العامل بينهما، أو الاختلاف بأن يكون في مال أحدهما بالنصف، وفي مال الآخر بالثلث أو الربع} إلى غير ذلك من الصور المتصوره.

مسأله ٢٨ القراض فى المال المشترك

(مسأله ٢٨): إذا كان مال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً واشترطاً له نصف الربح وتفاضلاً فى النصف الآخر بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما فى ذلك المال أو تساويهما فيه مع تفاوتهما فيه

(مسأله ٢٨): {إذا كان مال مشتركاً بين اثنين فقارضا} عاملاً {واحداً، أو اشترطاً له نصف الربح وتفاضلاً فى النصف الآخر بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما فى ذلك المال} كما إذا كان المال المشترك بينهما ألفاً لكل خمسمائه وأعطياه لزيد ليستريح، والربح يقسم نصفه للعامل ولأحدهما ثلث النصف، وللآخر ثلثاه، فمن الربح ثلاثه للعامل ولأحدهما واحد وللثانى اثنان.

{أو تساويهما فيه} فى الربح {مع تفاوتهما فيه} فى المال المشترك، بأن كان الألف رأس المال، لأحدهما منه سبعمائه وخمسون، وللآخر مائتان وخمسون، فجعل للعامل نصف الربح، ولكل منهما نصف الباقي، أى واحد ونصف من الثلاثه.

وعليه تكون صور المسأله خمس:

لأن رأس المال إما متساو بينهما أو مختلف.

والأول له صورتان: لأنه إما يجعل الاختلاف فى الربح، أو التساوى.

والثانى له ثلاث صور: لأنهما إما يتساويان فى الربح، أو يختلفان، والاختلاف إما أن يكون يكون الزائد من الربح لمن زاد رأس ماله والناقص للناقص، وإما عكسه بأن يكون الزائد للناقص والناقص للزائد.

فإن كان من قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة، بأن يكون كأنه اشترط على العامل في العمل بماله أقل من ما شرطه الآخر له، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته، وشرط له صاحب النقيصه ثلثي ربح حصته مثلاً مع تساويهما في المال فهو صحيح

{فإن كان قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة} والمراد بالقصد القصد الذي صب عليه المعامله، وإلا فالقصد الخارج عن ذلك لا اعتبار به، إذ العقود تتبع القصود.

{بأن يكون كأنه اشترط هو العامل في العمل بماله أقل مما شرطه الآخر له} وذلك {كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته، وشرط له صاحب النقيصه ثلثي ربح حصته مثلاً مع تساويهما في المال، فهو صحيح} لإطلاق الأدله، كما إذا كان لهما ألف لكل واحد خمسمائه وربح ستمائه وشرط أحدهما له ثلث ربح حصته، أي مائه من ستمائه، وشرط الآخر له ثلثي ربحه أي مائتين، فإن شارط الثلث أخذ أكثر الربح، وشارط الثلثين أخذ أقل الربح.

وبذلك يعلم أن اللازم بقاء شيء للمالك، وإلا بطلت المضاربه بالنسبه إليه، كما إذا كان الألف لمحمد وعلى، بأن كان لمحمد ثلاثه أرباعه، ولعلى ربعه، وشرط له نصف الربح على كل نصف ما يأخذه العامل، وفرض أن الربح كان ستمائه، فإن المضاربه باطله بالنسبه إلى على، حيث إن ربح ربعه مائه

لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل، وإن لم يكن النقص راجعاً إلى العامل، بل على الشريك الآخر، بأن يكون المجمعول للعامل بالنسبة إليهما سواء، لكن اختلفا في حصتهما بأن لا يكون على حسب شركتهما

وخمسون وقد فرض أن العامل جعل له على كل منهما ربحاً مساوياً، فعلى على تمام ربحه، بينما على محمد ثلث ربحه، إذ محمد ربح أربعمائه وخمسون وعلى ربح مائه وخمسون.

ثم إن المصنف علل الصحة بقوله: {لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل} والظاهر أنه أراد دخول المضاربه المذكوره في إطلاق الأدله، لا- أنه أراد تعليل الصحة بذلك حتى يرد عليه إشكال المستمسك بأن التعليل أشبه بالمصادره.

{وإن لم يكن النقص راجعاً إلى العامل بل على الشريك الآخر، بأن يكون المجمعول للعامل بالنسبة إليهما سواء، لكن اختلفا في حصتهما بأن لا يكون حسب شركتهما} كما إذا كان من ألف رأس المال لمحمد ثلاثه أرباعه ولعلى ربعه، وريح ألفاً، وقررا أن يكون للعامل ربع الربح أى مائتان وخمسون، على التساوى نصفه على محمد، ونصفه على على، مع العلم أن النسبه تقتضى أن يكون على محمد مائتان، وعلى على خمسون، فإن معنى التساوى أن محمداً صاحب الربح الأكبر أخذ من على خمسه وسبعين، حيث كان المقرر أن يعطى مائتين فأعطى مائه وخمسه وعشرين.

فقد يقال فيه بالبطلان لاستلزامه زياده لأحدهما على الآخر مع تساوى المالين، أو تساويهما مع التفاوت فى المالين، بلا عمل من صاحب الزيادة، لأن المفروض كون العامل غيرهما، ولا يجوز ذلك فى الشركه،

{فقد يقال فيه بالبطلان} القائل المبسوط وجامع الشرائع، وتوقف فيه فى التحرير على ما حكى عنهم {لاستلزامه زياده لأحدهما على الآخر مع تساوى المالين} أى إنه أخذ أكثر من ربحه.

{أو تساويهما} فى الربح {مع التفاوت فى المالين} وهذا الثانى (أو تساويهما) هو الذى ذكرنا مثاله فى ربح الألف للألف، ومثال الأول (أى زياده لأحدهما) واضح أيضاً.

{بلا عمل من صاحب الزيادة} أى الذى أخذ الأزيد {لأن المفروض كون العامل غيرهما} وهو الشخص الثالث العامل.

{ولا يجوز ذلك} أخذ الزيادة الخارجه من ربح الشريك الآخر {فى الشركه} لا يخفى أن التعليل غير تام، بل اللازم أن يعلل بأنه لا يجوز جعل حصته من ربح المضاربه للأجنبى، حيث إن النقص على الشريك الآخر فى المضاربه حسب الفرض، والربح يلزم أن يكون بين المالك والعامل، فإذا أخذ محمد شيئاً من ربح على كما فى المثال المتقدم، فقد جعل ربح مال على ثلاثه أقسام: قسم لعلى، وقسم لمعامله، وقسم للأجنبى.

ثم هل جعل حصه من الربح للأجنبى فى المضاربه صحيح، قولان:

والأقوى الصحة لمنع عدم جواز الزيادة لأحد

الأول: عدم الصحة لقول (عليه السلام): «والربح بينهما» (١).

والثاني: الصحة، لأن كون الربح بينهما مقتضى إطلاق العقد، لا مقتضى العقد بنفسه، وليس مخالفاً للكتاب والسنة.

وعليه فالظاهر أنه لا بأس بهذا الشرط، ولذا قال في المستمسك: (بل له أن يشترط على أحد الشريكين شروطاً تعود فائدتها إلى الشريك الثاني لا غير إذا كان لا يقبل المضاربه إلاً بذلك، فإذا قال: لا أضارب بمالي إلاً إذا زوجني الشريك جاريته، فحينئذ يصح للعامل الذي يريد المضاربه أن يشترط على أحد الشريكين أن يزوج جاريته شريكه الآخر كي يتمكن من المضاربه بالمال، ولا يجوز أن نقول: إن هذا الشرط قائم بين الشريكين، ولا دخل للعامل فيه) انتهى.

ومنه يعلم صحة اشتراط تعود فائدته إلى غير الأطراف الثلاثة، كما إذا قال العامل: أضاربك على أن يعطى أخوك بنته لزيد الأجنبي.

وقد ذكرنا في باب المعاملة صحة أقسام أربعة، ثالثها: أن يعطى المال للخباز ليعطى الخبز للفقير، ورابعها: أن يعطى المال للخباز ليصنع ولد الخباز دار ولد المعطى مثلاً، فإن كل ذلك معاملات عقلائية، إن لم تصح بيعاً صحت معاملةً يشملها (أوفوا بالعقود) ونحوه.

{و} على هذا فقد ظهر أن {الأقوى الصحة لمنع عدم جواز الزيادة لأحد

ص: ٣٠٩

الشريكين بلا- مقابلتها لعمل منه، فإن الأقوى جواز ذلك بالشرط، ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة، بل هو خلاف مقتضى إطلاقها، مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركة والمضاربه وإن كانت متضمنه للشركة.

الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه { وكما يكون كذلك في الشركة يكون كذلك في المضاربه.

{فإن الأقوى جواز ذلك بالشرط} في كلا البابين، لإطلاق أدله الوفاء بالشرط(1) بعد أن لم يكن مثل هذا الشرط منافياً للكتاب والسنة، ولا لمقتضى العقد، وإن كان منافياً لإطلاقه، كما هو شأن كل شرط.

{ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة} أو مقتضى المضاربه {بل هو خلاف مقتضى إطلاقها} وذلك مما لا بأس به.

أما قوله: {مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركة والمضاربه} بجواز مثل هذا الشرط في المضاربه وإن لم يجز ذلك في الشركة، إذ لا- تلازم بين أحكام الشركة وأحكام المضاربه، إذ في الشركة يتبع الربح للمال وليس هنا كذلك، إذ الربح تابع للمال وللعمل.

{وإن كانت متضمنه للشركة} فيرد عليه أنه لا وجه للفرق بعد أنه بدون

ص: ٣١٠

١- الوسائل: ج ١٥ ص ٤٩ الباب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢، والكافي: ج ٥ ص ٤٠٤

الشرط لا- حق في ذلك، ومع الشرط لا بأس في كليهما، حيث إن الشرط خلاف الإطلاق لا خلاف مقتضى العقد أو الكتاب والسنة.

ومما ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام جملة من المعلقين، حيث أشكلوا على الشرط في كلا العقدين، أو قالوا بالفرق بين الشركه والمضاربه.

ص: ٣١١

مسأله ٢٩ تبطل المضاربه بموت أيهما

(مسأله ٢٩): تبطل المضاربه بموت كل من العامل والمالك، أما الأول فلاختصاص الإذن به، وأما الثاني فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد

(مسأله ٢٩): {تبطل المضاربه بموت كل من العامل والمالك} كما هو المشهور بينهم، المنقول عن المبسوط والجامع والشرائع والنافع وشروحه والإرشاد وشروحه والتبصره وغيرها، فإن ذلك عندهم حكم العقود الجائزه والتي منها المضاربه بالإجماع المتقدم نقله، بل لم أجد أحداً خالف ذلك في المقام.

وقال في مفتاح الكرامه: معللين بأنها وكاله في المعنى، ولولا ما يظهر منهم من عدم الخلاف لأمكن المناقشه، إذ لا تلازم بين جواز العقد وبين بطلانه بالموت.

{أما الأول: فلاختصاص الإذن به} فيكون الوارث كسائر الناس لا يجوز أن يتصرف بغير إذن المالك وليس ذلك من الحقوق حتى يكون موروثاً للوارث، كذا في المستمسك.

لكن لا يخفى أن هذا الدليل غير تام، لأنه إن لم يثبت بطلان المضاربه العقديه لا يكفي هذا دليلاً على بطلانها، فهو من قبيل أن يقال ببطلان البيع بموت المشتري لاختصاص كونه طرف البائع، إذ المفروض أن المضاربه عقد لا مجرد إذن، والإذن ليس مضاربه ولا جزءاً منها ولا ملازماً لها بحيث إذا فقد الإذن فقد لازمه، هذا بالإضافة إلى أن فقد الإذن أول الكلام، حيث يمكن أن يقول المالك: أنت وأولادك مأذونون في المعامله المضاربيه، فتأمل.

{وأما الثاني: فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد

بشرائطه فإن كان المال نقداً صح، وإن كان عروضاً فلا، وهل يجوز لوارث المالك إجازة العقد بعد موته، قد يقال بعدم الجواز.

بشرائطه { بأن يعقد الوارث مع العامل عقداً جديداً، سواء بشرائط المورث أو غيرها.

ومما تقدم يعلم ضعف هذا الوجه أيضاً، إذ المضاربه عقد، وانتقال المال إلى الوارث لا يكفي دليلاً على إبطال العقد، والعمده ما تقدم من عدم الخلاف في بطلان المضاربه بموت أحدهما.

ثم لو كان المالك اثنين فمات أحدهما بطل في حصته، وإن كان العامل متعدداً فمات أحدهما فمقتضى القاعده أنه إذا كان العامل مجعولاً على نحو المشاركة بطلب بقدر الميت نصفاً أو ثلثاً أو غيرها.

وإن كان مجعولاً بنحو البديله، على أسلوب الواجب الكفائي، أى إن الجامع بينهما عامل، لم تبطل إذ العامل الكلى بينهما الذى هو طرف المالك لم يفقد بفقد أحدهما.

{فإن كان المال نقداً} حين موت أحدهما {صح} العقد الجديد بين الوارث وطرف المضاربه الذى لم يمت {وإن كان عروضاً فلا} على المشهور، حيث إن العروض لا يصح جعله مال المضاربه عندهم، لما عرفت من عدم جواز المضاربه على غير النقدين.

لكنك عرفت صحته فلا بأس بالعقد الجديد معه.

{وهل يجوز لوارث المالك إجازة العقد} السابق {بعد موته} فلا يكون عقداً جديداً محتاجاً إلى كون المال نقداً {قد يقال بعدم الجواز} واستظهره

لعدم علقه له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعاً على ماله أو متعلق حقه، وهذا بخلاف إجاره البطن السابق في الوقف أزيد من مده حياته، فإن البطن اللاحق يجوز له الإجازة،

المستمسك من الشرائع حيث قال: (ولو مات رب المال والمال متاع فأقره الوارث لم يصح، لأن الأول بطل، ولا يصح ابتداءً القراض بالعروض) انتهى.

لكن الظاهر أن المراد بعباره الشرائع هو الذى ذكره القواعد أيضاً، حيث قال: (ولو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد). وقال فى مفتاح الكرامه: (المراد من تقريره إنشاؤه وتجديده) إلى آخر كلامه.

{لعدم علقه له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه} الآتيه، وإذا لم تكن علقه لم يكن مجال للإجازة، إذ الإجازة محلها أن يكون للمجيز ولاية على العقد، وإلا فأى ربط بين المجيز وبين العقد، فيكون حال الإجازة حال إجازة زيد بيع عمرو لبكر بدون ارتباط بينه وبين المالىن أصلاً.

{ليكون} الإيذن الإجازة {واقعاً على ماله أو متعلق حقه} فعمل وارث المالك مضاربه جديده لا إجازة لمضاربه المالك الميت حتى تكون المضاربه استمراراً لا ابتداءً.

{وهذا بخلاف إجاره البطن السابق فى الوقت أزيد من مده حياته، فإن البطن اللاحق يجوز له الإجازة} للعقد السابق، إذ البطن السابق لا حق له بالنسبه إلى

لأن له حقاً بحسب جعل الواقف، وأما في المقام فليس للوارث حق حال حياه المورث أصلاً، وإنما ينتقل إليه المال حال موته، وبخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصيه

زمن البطن اللاحق، فإجارته بالنسبه إلى هذا الزمن فضولي، فلبطن اللاحق الإجاره أو الرفض.

{لأن له حقاً} أي كل الحق {بحسب جعل الواقف} فلا يشبه وارث المالك البطن اللاحق.

{وأما في المقام فليس للوارث حق حال الحياه المورث أصلاً، وإنما ينتقل المال إليه حال موته}، بل وكذلك الأمر إذا كان للوارث حق في المال، كما إذا وهب الابن والده دنانير وشرط في الهبه أن يكون للولد حق الإشراف على المال عيناً وبدلاً، فضارب الوالد في المال ومات، بحيث انتقل المال إلى نفس الوارث الواهب، فإن الحق لما انقطع بموت الوالد لم يكن للولد الإجازة للمضاربه، إذ الاجازة بالنسبه إلى المضاربه حال حياه الوالد لا كلام فيها، لفرض أنه أجازها لتلك الحال، والإجازة بعد موت المالك لا مورد لها، لأن الحق سقط، وتبدل الأمر إلى مالكيه الوارث.

ومثل الشرط في الهبه الشرط في كل مال انتقل من الوارث إلى المورث، أو كان للمورث وجعل حق للشارط فيه.

{وبخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصيه} لما حقق في كتاب الوصيه من أن المورث لا حق له في الوصيه أكثر من الثلث(1)، فإذا أوصى

ص: ٣١٥

١- انظر الوسائل: ج ١٣ ص ٣٦٤ الباب ١٩ من أبواب أحكام الوصايا ح ١, ٢, ٣, ٤

وبالمنجز حال المرض على القول بالثلث فيه، فإن له حقاً فيما زاد، فلذا يصح إجازته، ونظير المقام إجاره الشخص ماله مدة مات في أثنائها على القول بالبطلان بموته، فإنه لا يجوز للوارث إجازتها، لكن يمكن أن يقال:

بالأكثر كان ذلك متوقفاً على إجازته الوارث.

{وبالمنجز حال المرض على القول بالثلث فيه} فإن جمعاً من الفقهاء أفتوا بتوقف ما زاد من الثلث في منجزات المريض على إجازته الورثة.

{فإن له} أي للوارث {حقاً فيما زاد} حيث إن الشارع قال بتوقف ما زاد، على إجازته الورثة على هذا القول، {فلذا يصح إجازته} لأن الإجازة تصح في التصرف في ملك الغير، أو في متعلق حقه، والأمثله المذكوره كلها متعلق الحق فيصح للغير صاحب الحق الإجازة.

{و} أما المقام فليس كذلك، إذ {نظير المقام إجاره الشخص ماله مدة} أطول من حياته بحيث {مات في أثنائها} كما لو آجر داره سنه، وقد مات بعد ستة أشهر من الإجاره {على القول بالبطلان} للإجاره {بموته}، لأن حقه فيه ما دام حياً، فإذا مات فقد انتقل الحق إلى الوارث.

{فإنه لا- يجوز للوارث إجازتها} أي إجازته الإجاره، وإنما لا يجوز لأنه قبل الموت لا حق للوارث، وبعد الموت لا إجاره لأنها تبطل، فأى شيء يجيزه الوارث، كما ذكرنا نحو ذلك في المضاربه.

{لكن يمكن أن يقال} لتوجيه صحه إجازته الوارث للمضاربه: إنه ليس موضع

يكفى فى صحه الإجازة كون المال فى معرض الانتقال إليه، وإن لم يكن له علقه به حال العقد، فكونه سيصير له كاف، ومرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورث، لا قبوله ولا تنفيذه، فإن الإجازة أقسام: قد تكون قبولاً لما فعله الغير، كما فى إجازة بيع ماله فضولاً، وقد تكون راجعاً إلى إسقاط حق

الإجازة هو ملك الغير أو حقه الفعلى، بل هناك شىء ثالث هو موضع الإجازة فـ {يكفى فى صحه الإجازة كون المال فى معرض الانتقال إليه، وإن لم يكن له} أى للمال {علقه به حال العقد، فكونه} أى المال {سيصير له} بعد موت المالك {كاف} فى صحه إجازة الوارث لما عقده المورث من المضاربه، وذلك لأن الإجازة أمر عقلاى، وكلما كان العقلاء يرونها لابد وأن نقول بصحتها حيث لم يمنع الشارع عنها، فإن (أوفوا بالعقود) ونحوه يشملها، فإنها تجعل العقد عقد الوارث، وهكذا بالنسبه إلى سائر الإطلاقات.

{ومرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورث} فهو إبقاء لا ابتداء حتى يقال المضاربه لا تصح إلا بالنقدين ولا نقدان فى المقام.

{لا قبوله} كما فى إجازة المالك لعقد الفضولى.

{ولا تنفيذه} كما فى إجازة ذى الحق العقد الذى أجرى على حقه، بل الإجازة هنا قسم ثالث.

{فإن الإجازة أقسام} فـ {قد تكون قبولاً لما فعله الغير، كما فى إجازة بيع ماله فضولاً} وفى إجازة عقدها الغير فضولاً، إلى غير ذلك من الامثله.

{وقد تكون راجعاً إلى إسقاط حق} هذا المجيز فى الشىء الذى وقع عليه

كما فى إجازة المرتهن لبيع الراهن، وإجازة الوارث لما زاد عن الثلث، وقد تكون إبقاءً لما فعله المالك كما فى المقام.

العقد {كما فى إجازة المرتهن لبيع الراهن، وإجازة الوارث لما زاد عن الثلث} مع فرق بينهما، حيث إن المرتهن تعلق حقه فعلاً بالعين، بخلاف ما زاد عن الثلث، حيث إن المال للمورث حال حياته، لقاعده السلطنة وغيرها، وإنما جعل الشارع صرف ما زاد متوقفاً على إجازة الوارث حال حياة المورث أو بعد مماته.

{وقد تكون} الإجازة {إبقاءً لما فعله المالك كما فى المقام} وبما تقدم فى وجه صحه مثل هذه الإجازة ظهر الإشكال فيما ذكره المستمسك بقوله: (إن أريد إجازة العقد بلحاظ الحدوث، كما فى إجازة الفضولى، فالعقد لا قصور فيه من هذه الجهة كى يحتاج إلى الإجازة، والإجازة صادرة ممن لا تعلق له بالعقد، وإن أريد إجازته بلحاظ البقاء، فالبقاء ليس مقصوداً للمجيز، ولا مما يقبل الجعل، وفى المقام متعذر لفرض البطلان، كما ذكر فى الشرائع، وإن أريد من الإبقاء التجديد اختص ذلك بما إذا كان المال نقداً، ولا يصح إذا كان عروضاً، كما ذكر أيضاً فى الشرائع)

إلى أن قال: (والتحقيق أن المالك ركن فى عقد المضاربه كالعامل، فإذا مات أحدهما بطل العقد ضروره، كما فى موت أحد الزوجين، فلا يمكن جعل إبقائه أبداً، كما ذكر المحقق (رحمه الله) فلا يمكن إبقاء العقد، لا بالإجازة ولا بالإبقاء) انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إنا نريد الإجازة بلحاظ البقاء، وقوله: (والبقاء ليس مقصوداً للمجيز ولا- مما يقبل الجعل) يرد عليه أن البقاء مقصود للمجيز فما

فعله المورث قابل للبقاء عرفاً، فإذا أجازته الوارث بقى، وإلا لم يبق، أما أنه قابل للبقاء فللعرف الذى هو المعيار فى المعاملات، ولم يرد الشارع العرف فى ذلك، بل إطلاقاً (أوفوا) (١) ونحوه يجعله عنده إذا أجازته.

كما يرد عليه أن قوله: (ولا مما يقبل الجعل) محل إشكال، إذ ذلك من الأمور العرفية لا العقلية حتى تأتي فيه الاستحالة، وفرض البطلان مع فرض إجازة المالك مصادره، فإن البطلان إنما هو عند من لا يرى الإجازة لا عند من يراها، فكيف يستدل بالبطلان عند من لا يرى البطلان، إلا إذا لم يجزه الوارث.

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

وثالثاً: كون المالك كالزوج غير تام، فمن أين هذا التشبيه، بل العرف الذى هو المعيار فى المعاملات يرى أن الركنين فى المضاربه المال والعمل، مثل رؤيته ذلك فى البيع وغيره، حيث إن الركنين البدل والمبدل، وذلك بخلاف الزوجين، فهما المقصود بالقضايا الجنسية، وعليه فقول المصنف أقرب.

ومنه يظهر وجه النظر فى كلام جملة من المعلقين الذين لم يرتضوا كلام المصنف، وأن مقتضى القاعده مع الذين سكتوا عليه.

ص: ٣١٩

(مسأله ٣٠): لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلاً في عمله، أو يستأجر أجييراً إلا بإذن المالك، نعم لا بأس بالتوكيل أو الاستيجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف، وأما الإيكال إلى الغير وكاله أو استيجاراً في أصل التجاره

(المسأله ٣٠): اللانزم في المضاربه اتباع المنصرف منها، فإنه المقصود لهما، والعقود تتبع القصود، لأنه إذا لم يكن قصد لم يصدق (عقودكم)، وعليه فإذا كان المنصرف الإطلاق بالنسبه إلى أخذ العامل الوكيل في العمل أو المقدمات جاز له ذلك، وإذا كان المنصرف عدم أخذ الوكيل لم يجز له ذلك.

ومنه يعلم أن قول المصنف {لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلاً في عمله، أو يستأجر أجييراً إلا بإذن المالك} لا بد وأن يراد به ما إذا كان المنصرف مباشره العامل بنفسه، وإلا فلا وجه له، وادعاء أنه المنصرف إلا ما خرج خلاف العرف، كما لا يخفى لمن راجعه.

كما أن قول المصنف: {نعم لا بأس بالتوكيل أو الاستيجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف} لا بد وأن يريد به ما كان متعارفاً، فليس كل المقدمات كذلك، ولذا قال المستمسك (والحكم في الجميع وجوب أن يكون العمل بإذن المالك المستفاد من الإطلاق، أو من صريح الخطاب أو من العاده أو غير ذلك من القرائن فإذا لم تعلم لم تجز التصرف) انتهى.

ومنه يعلم حال ما إذا كان المتعارف عمل أي من العامل أو وكيله وأجييره، حيث يجوز عمله بنفسه وإيكاله إلى غيره.

{وأما الإيكال إلى الغير وكاله أو استيجاراً في أصل التجاره} أو جعله أو ما

فلا يجوز من دون إذن المالك، ومعه لا مانع منه، كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلا بإذن المالك.

أشبهه {ف} قد عرفت اتباعه للانصراف ونحوه، و{لا يجوز من دون إذن المالك} وإذا لم يكن إنصراف إلى الإجازة ثم أجاز كفى، لأن الحق لا يعدوهما ولا دليل على المنع.

وإذا كان انصراف ثم قال: سحبت إجازتي لم ينفع السحب، إلا أن يبطل المضاربه وينشأها من جديد، لأصالة عدم حق له في ذلك.

{ومعه لا مانع منه} كما عرفت.

ولو اختلفا في أن العقد شامل أم لا، فالمرجع الظهور العرفي في العقد.

ولو قال المالك: لم أقصد الإجازة، وإن كان الظاهر عند العرف ذلك، ففيه احتمالان، من أنه أعرف بقصده، ومن أنه مدع فعليه الإثبات، والأقرب الثاني.

ولو اختلف العرف في استفادته الظهور من العقد تساقط، والمرجع الأصل.

وقد ظهر مما تقدم الإشكال في إطلاق قوله: {كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلا بإذن المالك} بل اللازم إيكال الأمر إلى المتعارف الذي ينصب عليه إطلاق العقد، وقد عرفت حال الإذن بعد العقد.

مسألة ٣١ لو ضارب العامل مع عامل آخر

(مسألة ٣١): إذا أذن في مضاربه الغير، فإما أن يكون بجعل العامل الثاني عاملاً للمالك، أو بجعله شريكاً معه في العمل والحصة، وإما بجعله عاملاً لنفسه، أما الأول فلا مانع منه وتفسخ مضاربه نفسه على الأقوى، واحتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافاه كما ترى

(مسألة ٣١): {إذا أذن} المالك {في مضاربه الغير، فإما أن يكون بجعل العامل الثاني عاملاً للمالك} كلاً {أو بجعله شريكاً معه في العمل والحصة} سواء العمل والحصة مطلقين، أو مقيدتين، أو بالاختلاف، كأن يكون الثاني شريكاً في نصف العمل أو ثلثه مثلاً بقدر نسبه ما للعامل الأول أو أكثر أو أقل.

{وإما بجعله عاملاً لنفسه} من غير ربط للعامل الثاني بالمالك.

{أما الأول فلا مانع عنه} لإطلاق الأدله الخاصه والعامه، {وتنفسخ مضاربه نفسه على الأقوى} كما هو ظاهر المسالك، وقرره على ذلك عامه المعلقين الذين وجدنا تعليقاتهم، وذلك للتنافى بين كون كل منهما عاملاً مستقلاً، وحيث تمنع ذلك عقلاً لا يشمل الدليل الشرعى.

{واحتمال بقائها مع ذلك} كما اختاره الجواهر {لعدم المنافاه} حيث إن مثل العامل مثل الوكيل، فكما يمكن أن يكون للإنسان في ماله وكيان مستقلان إذا عمل أحدهما لم يبق موضوع للعمل الثاني، كذلك يمكن ذلك في المقام، {كما ترى} إذ المضاربه عقد لا يمكن أن يرتبط بهذا بشخصه وبذاك بشخصه.

نعم إذا لم يلاحظ الشخص، أى كانا من قبيل أفراد الكلى، حيث إن الجامع

ويكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل الثاني وليس للأول شيء إلا إذا كان بعد أن عمل عملاً وحصل ربح فيستحق حصته ذلك الربح

هو الطرف كما تقدم هنا تصوير ذلك، فلا مانع، وحيث إنه عقلائي يشمل له العقود، وأدله المضاربه معاً، لكن هذا التصوير خلاف ظاهر كلام الجواهر، حيث استدل على الصحة بعدم ما يدل على اعتبار خلو عن وقوع عقد قراض عليه في صحة الثاني، انتهى.

وفيه: أولاً: إن الاستدلال بعدم، لا يفيد إلا إذا انضم إليه الإطلاق.

وثانياً: النقض بسائر العقود، فهل يصح أن يقال مثل ذلك في سائر العقود.

ثم إن المستمسك ذكر أن ذلك يمنع من تعدد العامل بالنسبة إلى العمل الواحد لا بالنسبة إلى عمليين، فإذا عمل الأول وربح كان له سهم من الربح، وإذا عمل الثاني أيضاً فربح كان له سهم، كما صرح بذلك الجواهر.

أقول: هذا مع الإطلاق، أما مع قيد كون الربح كله للثاني إذا جعله عاملاً للمالك فالربح كله للثاني، وإنما يقدم عليه العامل لأنه يريد التخلص من العمل الذي قبله هكذا ببعض الملاحظات، لكن كلامهما إنما هو في الإطلاق، كما أن كلام المصنف إنما هو في فسخ المضاربه إطلاقاً بالمضاربه الثانيه فلا ينافيه كلامهما.

{و} حيث انفسخت المضاربه الأولى إطلاقاً {يكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل الثاني} كما هو مقتضى أدله المضاربه، إذ لا شأن للعامل الأول بعد أن فسخت مضاربه {وليس للأول شيء إلا بعد أن عمل عملاً وحصل ربح فيستحق حصته من ذلك الربح} لأن مقتضى المضاربه معه أن يستحق حصه ربحه

وظاهره أن المراد به الربح الفعلى، لكن يمكن أن يقال: إن الربح الذى يحصل فى المستقبل إذا كان مبنياً على عمل هذا العامل وكان إطلاق المضاربه يشمل مثل ذلك _ كما ليس ببعيد عرفاً _ كان اللازم أن تكون له حصته من الربح.

نعم، إذا لم يكن الإطلاق يشمل به حيث كان استيفاء المالك لربح بعد ذلك، المبنى على عمل هذا العمل، مع اشتراط هدر حق العمل ولو شرطاً ضمناً، لم يكن للعامل شىء، وإلا- فلو لم يشترط هدر حق العامل لم يكن وجه لعدم شىء له بعد استيفاء المالك للربح الذى عمل فيه العامل.

أما قوله: { بعد أن عمل عملاً } فاللازم أن يكون المراد به الأعم من كونه تحت سلطه العامل، إذ قد يكون ربح بدون عمل خارجي، كما إذا أخذ العامل المال من المالك وارتفع السعر عنده، فإنه ربح لا وجه لأن يقال: ليس للعامل شىء منه، وأى فرق بين أن يشتري السكر بالنقدين بعشره فيربح عنده خمسه، حيث يكون ارتفاع سعر السكر لهما، وبين يأخذ النقدين فيرتفع سعرهما عنده.

لا يقال: الفرق أنه باشرائه السكر عمل بخلاف النقدين، فإنه لم يعمل فيهما فارتفاع سعرهما فى كيس المالك.

لأنه يقال: إن الإشراف عمل، نعم إذا كان عقد المضاربه لا يشمل مثل الإشراف لم يكن وجه لاشتراك العامل، لكن الإطلاق غالباً يشمل كل هذه الأرباح، خصوصاً فى مثل ما إذا كانت المضاربه على العروض، كما إذا أعطاه

وليس له أن يشترط على العامل الثانى شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربه الثانیه، بل لو جعل الحصه للعامل فى المضاربه الثانیه أقل مما اشترط له فى الأولى كأن يكون فى الأولى بالنصف وجعله ثلثاً فى الثانیه لا يستحق تلك الزیاده بل ترجع إلى المالك، وربما یحتمل جواز اشتراط شیء من الربح أو كون الزیاده له

دوراً أو أجناساً للاسترباح وارتفع السعر، فقد قلنا سابقاً إن المضاربه جاریه فى كل ذلك، وأن اشتراط المشهور لزوم النقدين، غیر ظاهر الوجه.

{ولیس له أن يشترط على العامل الثانى شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل} ولو عمل الإشراف {بعد المضاربه الثانیه} لكن قد تقدم صحه اشتراط أن يكون للأجنبى شیء من الربح، وعليه فیصح هذا الشرط إذا كان المالك موافقاً علیه.

{بل لو جعل الحصه للعامل فى المضاربه الثانیه أقل مما اشترط له فى} المضاربه {الأولى، كأن يكون} نصيب العامل {فى الأولى بالنصف وجعله ثلثاً فى الثانیه لا يستحق تلك الزیاده} لأن الربح فى المضاربه الثانیه المبطله للمضاربه الأولى بین المالك والعامل الثانى، فلا حق للعامل فى الأول فى شیء.

{بل ترجع إلى المالك، وربما یحتمل} كما فى الجواهر {جواز اشتراط شیء من الربح أو كون الزیاده له} أى للعامل الأول.

بدعوى أن هذا المقدار وهو إيقاع عقد المضاربه ثم جعلها للغير نوع من العمل، يكفى فى جواز جعل حصه من الربح له، وفيه إنه وكاله لا- مضاربه، والثانى أيضاً لا مانع منه وتكون الحصه المجمعوله له فى المضاربه الأولى مشتركه بينه وبين العامل الثانى على حسب قرارهما

{بدعوى أن هذا المقدار وهو إيقاع عقد المضاربه ثم جعلها للغير نوع من العمل يكفى فى جواز جعل حصه من الربح له} حيث إن المضاربه الثانى فى طول المضاربه الأولى ومن شؤونها، فأرباح الثانى بعد إخراج حصه العامل تكون من أرباح الأولى فتكون حصه منها للعامل والباقى للمالك.

وهذا هو الظاهر من الجواهر، فقول المصنف: {وفيه إنه وكاله لا مضاربه} محل نظر، نعم المعقول فى القسم الأول أنه قد يكون وكاله أيضاً، ولذا قسمه المستمسك إلى ما تكون المضاربه الثانى أجنبيه عن الأولى، وإلى ما تكون فى طول الأولى، فالحق مع الجواهر إذا كانت فى طولها لا ما إذا كانت كالوكاله.

{والثانى} أى ما جعله شريكاً معه فى العمل والحصه {لا مانع منه} لإطلاق أدله المضاربه، وأدله العقود(1).

{وتكون الحصه المجمعوله له فى المضاربه الأولى مشتركه بينه وبين العامل الثانى على حسب قرارهما} فيصح أن تكون نسبه العمل والربح متساويه، كأن يكون من كل من العاملين نصف العمل، وله نصف الربح المجمعول للعامل، كما تصح أن تكون النسبه مختلفه بأن كان من أحدهما نصف العمل وثلث الربح

ص: ٣٢٤

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

أو ثلث العمل وربيع الربح أو ثلث الربح، لكن بشرط أن لا يكون إجحاف كما تقدم الكلام فيه.

وعدم الإجحاف ممكن بأن يكون العمل الأقل حجماً أكثر قيمه، لأنه عملي جسدي فكري مثلاً، أو فكري قيمته أكثر أو ما أشبه ذلك، كما إذا كان عملاً ذا وساخه، حيث إن أجره أكثر، وإن كان حجمه مساوياً أو أقل، إلى غيرها من الأمثلة.

{وأما الثالث فلا يصح من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني}، وإشكال المستمسك بأن العامل في المضاربه من يكون عاملاً للمالك، والعامل لغير المالك خارج عنه، سواء كان له عمل أم لم يكن، غير ظاهر فإن العامل للمالك يتصور بأن يكون عاملاً لعامله في جهه المضاربه.

ومنه يظهر أن قول المصنف {ومعه يرجع إلى التشريك} محل نظر، إذ لو أراد التشريك طولاً فلا حاجة إلى الذكر لوضوحه، وإن أراد التشريك عرضاً _ كما هو ظاهر كلام المصنف بإرجاع هذا القسم الثالث إلى القسم الثاني _ ففيه إنه ليس من التشريك في شيء، إذ التشريك كونهما في عرض واحد بالنسبه إلى المالك، بينما هذا القسم الثالث العامل الثاني في طول العامل الأول.

مسأله ٣٢ لو ضارب العامل غيره من غير إذن

(مسأله ٣٢): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك، فإن أجاز المالك ذلك كان الحكم كما فى الإذن السابق فى الصور المتقدمه، فىلحق كلاً حكمه

(مسأله ٣٢): {إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك} بأن لم يشمل العقد ذلك، ولا أذن له خارج العقد {فإن أجاز المالك ذلك كما فى الإذن السابق فى الصور المتقدمه} لأن الإجازة اللاحقه حالها حال الإذن السابق، لما دل على صحه المعامله الفضوليه المستتبعه للإذن.

{فىلحق كلاً حكمه} حسب ما تقدم فى المسأله السابقه من الأحكام للأقسام الثلاثه أو الأربعة.

نعم لابد من التنبه إلى أن الإذن قد يكون قبل الشروع فى العمل، وقد يكون بعده، وإذا كان بعده فإن كان إذناً للمضاربه الثانيه من حين المضاربه، كان العامل فى المضاربه الثانيه عاملاً من حين عقد المضاربه معه، أما إذا أذن من وقت متأخر، كما إذا ضارب العامل العامل الثانى من يوم الجمعه فأجازة المالك من يوم السبت، كان حال يوم الجمعه حال ما سيأتى من عدم الإجازة.

وعليه فالإذن قد يكون، وقد لا يكون، وإذا كان فقد يكون من الأول، وقد يكون مما بعد الأول.

لا يقال: إما أن يأذن فى المضاربه الثانيه أو لا يأذن، ولا يمكن التبعض، لأن العقد الواحد لا يتبعض.

لأنه يقال: لا مانع من تبعض العقد، ولذا يصح العقد مع تبعض الصفقه ونحوه.

وإن لم يجز بطلت المضاربه الثانيه، وحينئذ فإن كان العامل الثاني

ومنه يعلم أنه يصح إذن المالك مع كل زياده ونقيصه، من غير جهة تبعيض الزمان أيضاً، كما إذا ضارب العامل العامل الثاني مطلقاً، فشرط المالك عليه في إذنه له بأن لا يسافر، أو أن يشتري بضاعه كذا أيضاً في ضمن معاملاتته، فشرط المالك عليه أن لا يشتري أو ما أشبه ذلك.

{وإن لم يجز بطلت المضاربه الثانيه} لأنه لا يصح التصرف في مال المالك بدون إذنه سابقاً، ولا إجازته لاحقاً، فالمضاربه الثانيه فضوليّه لم تؤيدها الإجازة.

{فإن كان العامل الثاني} لم يعمل ولم يحصل الربح فلا شيء إلا إذا كان مغروراً وقد فوتته المضاربه شيئاً، كما إذا لم يكن يعرف أن مضاربه العامل للمالك، ولما ضاربه ترك عملاً آخر لأجل مضاربه العامل مما عاد تركه عملاً آخر بالضرر عليه، فإن حال المقام حال ما إذا حبس الحر عن عمله، حيث رجحنا هناك _ تبعاً لجماعه من الفقهاء _ الضمان، إذ لا فرق بين حبسه خارجاً وإيهامه الحبس مما يجعله مغروراً يشملته دليل «المغرور يرجع إلى من غر».

وإن كان العامل الثاني عمل ولم يحصل الربح المالى وجعل الربح المستقبلى، كما صورناه فى المسأله السابقه، كان حاله حال الفرع الذى يذكره المصنف، أى عمل وحصل الربح، إذ لا فرق فى الاستحقاق بين الربح الحالى والربح المستقبلى، حيث إن كلا الربحين ربح عمل العامل.

وإن كان العامل الثاني عمل ولم يحصل الربح إطلاقاً، لا حالاً ولا مستقبلاً، لم يكن للعامل شيء، لأنه دخل على هدر عمله إذا لم يربح، فيشمله دليل «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن

عمل وحصل الربح فما قرر للمالك فى المضاربه الأولى فله، وأما ما قرر للعامل فهل هو أيضاً له، أو للعامل الأول، أو مشترك بين العاملين، وجوه

بفاسده».

وإن كان العامل الثانى {عمل وحصل الربح} وقد أجاز شراء العامل الثانى _ الذى وقع فضولياً _ وإن لم يجز مضاربه العامل الأول للعامل الثانى، لوضوح أنه لا تلازم بين الإجازتين، بل مع إجازته المضاربه لا مجال لإجازته ورفض المعامله.

{فما قرر للمالك فى المضاربه الأولى فله} لأن الربح تابع للمال وللعمل، كما عرفت سابقاً، فلا وجه لأن لا يكون بعض الربح للمالك.

نعم إذا كان جعل القدر الخاص له إجحافاً كان اللازم أن يقال: إن مقدار حقه له، لا الزائد عليه الذى أجحف فيه، ويكون حال الزائد حال ما قرر للعامل من الحصة مما يأتى حاله.

{وأما ما قرر للعامل فهل هو أيضاً له، أو للعامل الأول، أو مشترك بين العاملين، وجوه}:

وجه الأول: إن الربح تابع للمال، وحيث بطلت المضاربه لم يكن شىء من الربح لغير المالك، كما يأتى تفصيله فى كلام المصنف.

ووجه الثانى: إن المقرر كون بعض الربح له وقد ربح، فاللازم إعطاء ما قرر له.

ووجه الثالث: إن العامل الأول يستحق بعضه بقدر عمله، حيث قد تقدم أن إعطاءه المضاربه للثانى نوع من العمل، وأن العامل الثانى يستحق بعضه لأنه عمل، والربح تابع للعمل.

ص: ٣٣٠

أقواها الأول، لأن المفروض بطلان المضاربه الثانيه، فلا يستحق العامل الثاني شيئاً، وأن العامل الأول لم يعمل حتى يستحق، فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز تلك المعاملات الواقعه على

{أقواها} عند المصنف {الأول}.

قال فى الشرائع فى مسأله ما إذا قارض العامل غيره: (فإن كان ياذنه وشرط الربح بين العامل الثانى والمالك صح، ولو شرط لنفسه لم يصح، لأنه لا عمل له، وإن كان بغير إذنه لم يصح القراض، فإن ربح كان نصف الربح للمالك والنصف الآخر للعامل الأول، وعليه أجره الثانى، وقيل للمالك أيضاً، لأن الأول لم يعمل، وقيل للعاملين ويرجع الثانى على الأول بنصف الأجره، والأول حسن) انتهى.

وهل هذه الأقوال لأصحابنا كما هو ظاهر المحقق، أو للعامة كما نص عليه المسالك بأنها وجوه للشافعيه، احتمالان، وإن لم يكن بهم تنقيح ذلك.

وكيف كان، فقد استدل المصنف لما اختاره بقوله: {لأن المفروض بطلان المضاربه الثانيه فلا يستحق العامل الثانى شيئاً} لأن الاستحقاق كان بسبب المضاربه، فإذا لم تكن مضاربه لم يكن استحقاق.

{وأن العامل الأول لم يعمل حتى يستحق، فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز} المالك {تلك المعاملات الواقعه على ماله}.

لكن ربما يرد على ذلك أن العامل سبب إنماء المال، فيكون شريكاً قهرياً مع المالك، وتكون حصته حسب جهده الفكرى والجسدى، فيكون حاله حال ما إذا صنع ثوب زيد بدون رضاه إذا صار ذلك سبباً لزياده قيمه، فإن المشهور وإن ذهبوا إلى عدم

شئ للغاصب إذا لم تزد العين، لكن دليلهم غير تام، فقد استدل له في المسالك في كتاب الغصب بأنه متعدد، وذلك عند قول المحقق: (إذا زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب، فإن كانت أثراً كتعليم الصنعه وخطاطه الثوب ونسج الغزل وطحن الطعام رده ولا شئ له)، قال المسالك: (لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً لتعديده).

وقال في الجواهر مستدلاً لكلام المحقق الآنف: (لعدم احترام العمل بغير إذن من المالك، بل كانت تلك الصفات من توابع مال المالك).

ولا يخفى ما في التعليلين المذكورين، إذ لا دلالة على إسقاط التعدي لحق الغاصب، كما لا دلالة على سقوط الاحترام بعد شمول «لا يتوى حق امرئ مسلم» ونحوه له، وجعل تلك الصفات من توابع مال المالك مصادره.

ويؤيد ما ذكرناه كون الزرع للزارع الغاصب، كما ورد بذلك النص والفتوى، مع أن الزرع ليس عين مال الغاصب بل نماءه، وأى فرق بين نماء ماله ونماء عمله، والإشكال في شمول «لا يتوى» للمقام لأن كونه حقه أول الكلام، غير وارد، إذ الحق أمر عرفي، والعرف يرى أنه حقه، فلو زعم غير المالك أن الأرض وأدوات البناء له، فجعلها داراً ضاعفت قيمتها، يرى العرف أن الزيادة حق الباني.

ولعله لما ذكرناه علل التذكرة استحقاق العامل الثاني أجره عمله على المالك، بأن نفع عمله عاد إلى المالك، لكن مقتضى ذلك أن يكون له كل نفع العمل، لا الأجره فقط، ورد المستمسك للعلامه بأن ذلك ليس من أسباب الضمان غير تام، إذ لما كان حاصل عمل العامل يعد

ويستحق العامل الثاني أجره عمله مع جهله بالبطلان على العامل الأول، لأنه مغرور من قبله

حقاً له كان استيلاء المالك عليه موجباً للضمان، لدليل «لا يتوى» وغيره.

وكيف كان، فمقتضى القاعده كون كل الزيادة للعامل في ما إذا كانت كل الزيادة مستنده إليه، أما إذا كانت مستنده إليهما كما في مصراعى الباب فالزيادة لهما.

{ويستحق العامل الثاني أجره عمله مع جهله بالبطلان على العامل الأول، لأنه مغرور من قبله} والمغرور يرجع إلى من غر، لكن اللازم القول بأنه يستحق أقل الأمرين من الحصة والأجره، لأنه على تقدير أقلية الربح فقد دخل على أن له ذلك، وبذلك قد أهدر قدر زياده الأجره على الصحه، اللهم إلا أن يقال: إن اهداره كان مقيداً بصحه المعامله، فإذا انتفت الصحه رجع إلى القاعده الأوليه.

ومن ذلك يظهر حال ما إذا لم يربح شيئاً، فإنه إن قلنا إن البطلان يوجب أجره المثل كان له أجره المثل، إذ لما بطلت المضاربه كان المرجع القاعده الأوليه، وإن قلنا إن البطلان يوجب أقل الأمرين، {حيث إنه أهدر قدر زياده الأجره} كان اللازم عدم استحقاقه شيئاً، لأنه دخل على أنه إذا لم يربح فلا شيء له.

ثم إن المصنف قيد أجرته بقوله: {مع جهله بالبطلان}.

وقال جامع المقاصد: لا شك أنه إذا كان عالماً لا يستحق أجره، وأشكل

وقيل: على المالك، ولا وجه له مع فرض عدم الإذن منه له في العمل، وأما إذا ضاربه على أن يكون عاملاً له وقصد العامل في عمله العامل الأول فيمكن أن يقال: إن

عليه المستمسك بأن الاختصاص بصوره الجهل يتوقف على كون الضمان بالغرور.

أما إذا كان الضمان بالاستيفاء، وأن من استوفى عمل غيره كان ضامناً له وإن كان عالمًا بالبطلان، فالرجوع إلى العامل بأجره المثل يكون في صورتى الجهل والعلم.

ويرد عليه أولاً: إن المستوفى المالك، لأن الربح دخل في كيسه لا كيس العامل الأول.

وثانياً: إن الاستيفاء كان بقدر الحصة العادلة لا بقدر الأجره، فاللازم إعطاؤه الحصة العادلة، إذ الربح تابع للمال وللعمل، ولكل منهما قدر خاص من الربح، فلا وجه للأجره، سواء زادت عن الحصة أو نقصت أو ساوت.

{و} منه يعلم صحه ما {قيل} من أن العامل يستحق {على المالك} لأنه المستوفى.

{و} قول المصنف {لا وجه له مع فرض عدم الإذن منه له في العمل} قد عرفت الإشكال فيه، وأن في الربح حق العامل حتى مع علمه وعمده، فعدم كون حقه له خلاف القاعده.

{و}أما إذا ضاربه {ضارب العامل الأول العامل الثانى} على أن يكون عاملاً له {لا للمالك} وقصد العامل {الثانى} فى عمله العامل الأول، فيمكن أن يقال: إن

الربح للعامل الأول، بل هو مختار المحقق في الشرائع، وذلك بدعوى أن المضاربه الأولى باقيه بعد فرض بطلان الثانية، والمفروض أن العامل قصد العمل للعامل الأول فيكون كأنه هو العامل فيستحق الربح

الربح للعامل الأول، بل هو مختار المحقق في الشرائع { لكن فيه ما ذكره السيد البروجردى: (من أن ظاهر المحقق عدم التفرقة بين أن يضاربه للمالك أو لنفسه، نعم دليله لا يتم إلا في الثاني) انتهى.

{وذلك بدعوى أن المضاربه الأولى باقيه بعد فرض بطلان الثانية، والمفروض أن العامل { الثاني { قصد العمل للعامل الأول فيكون { العامل الأول { كأنه هو العامل فيستحق الربح}.

وإنما قيده بقوله: (إن العامل قصد العمل للعامل الأول) لأن استرباح العامل الثاني على ثلاثة أقسام: لأنه إما أن يقصد ذلك، أو يقصد التبرع بالعمل، أو لا يقصد شيئاً.

فإن قصد التبرع بالعمل لا حق له بعد أن أهدر عمل نفسه، فهو كالإبراء في الدين والإعراض في المال.

وإن لم يقصد لا الأجره ولا التبرع، فالظاهر أنه كقصد الأجره، لأنه لم يهدر احترام علمه، فيشمله «لا يتوى حق امرئ مسلم» (١)، إذ عمل الإنسان لنفسه إلا إذا أهدره، فإذا لم يهدره لم يكن وجه لهدره.

ومنه يعلم أن الأولى أن يقول: لأن العامل لم يقصد التبرع بالعمل.

ص: ٣٣٥

وعليه أجره عمل العامل إذا كان جاهلاً بالبطلان

ومما تقدم علم حال ما إذا قصد العامل في باب المضاربه التبرع أو لم يقصد شيئاً، حيث إنه بقصد التبرع يسقط حق نفسه فلا شيء له على المالك، أما إذا لم يقصد تبرعاً ولا حصه كانت له حصته، لأنه لم يهدر عمله.

{و} كيف كان فـ {عليه} أي العامل الأول {أجره عمل العامل} الثاني، أو أقل الأمرين من أجره المثل والحصه المسماه، وقد تقدم وجه احتمال أقل الأمرين، وإنما عليه الأجره لأن عمله محترم وقد استوفاه العامل الأول، فيشملة دليل: «لا يتوى حق امرئ مسلم» وغيره.

ولكن له الأجره {إذا كان جاهلاً بالبطلان} لما تقدم من أنه إذا كان عالماً فقد أهدر عمله، كما تقدم أنه إذا لم يكن ربح لم يكن له حق، لأنه دخل على أنه إذا لم يكن ربح فلا شيء له.

هذا ولكن سبق أن قلنا: بأن له الأجره بنسبه عمله، وإن كان عالماً بالبطلان، لأن الربح وليد رأس المال والعمل معاً، فلا وجه لاختصاص أحدهما _ أي رأس المال _ بكل الربح.

وكذلك في كل ربح حصل ولو بدون إذن المالك، بل نصه بعدم رضاه كما إذا كان كل من الخل والعسل قيمته درهم وكان الخل لزيد، فخلطه بعسل عمرو مع نص مالك الخل بعدم رضاه، فزادت قيمتها الامتراجيه إلى ثلاثه دراهم، فإن الدرهم الثالث لهما، ولا وجه لاختصاصه بأحدهما إلا توهم

وبطلان المعامله لا يضر بالإذن الحاصل منه للعمل له

أنه تابع لرأس المال فهو لصاحب الخل، مما قد عرفت رده، وإلا توهم أنه حصل من عمل صاحب العسل فهو له.

وفيه: إنه ربحهما لا ربح العمل، إذ العمل ليس له هذا القدر من الربح، وكما إذا صنع مصراع باب لمصراع زيد وباعهما فضولى بثلاثه، بينما كانت قيمه كل مصراع درهماً، أو صبغ ثوبه بما بقيت عينه عندهم، فصارت قيمه ثلاثه بينما قيمه كل من الثوب والصبغ واحد ولا قيمه للتصبغ فرضاً، وإنما قلنا (عندهم) لأننا نرى عدم الفرق بين بقاء عين الصبغ وعدمه، كما تقدم.

{وبطلان المعامله لا يضر بالإذن الحاصل منه للعمل له} إشاره إلى ما ذكره الجواهر فى وجه كلام الشرائع المتقدم قال: (ولا ينافيه فرض عدم إجازة المالك إذ هي للقراض، أما ما وقع منه للشراء والبيع فهو بإذن العامل الأول الذى لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه).

وأشكل عليه المستمسك بقوله: (لا يخفى أن إذن العامل لا تكفى فى صحه الشراء والبيع إلا إذا كان العامل مأذوناً من المالك فى الإذن، وإذا لم يكن مأذوناً فيه من المالك فلا- وجه لصحته، وقد عرفت أنه إذا كان مأذوناً فيه من المالك كان مأذوناً فى المضاربه الثانيه، إذ مضمونها الشراء والبيع الذى لم يشترط عليه المباشرة فيها).

وفيه: إن الإذن فى تصرف غير العامل بإجازة العامل غير المضاربه التى عقدها العامل الأول مع العامل الثانى، بل لو فرض أن لا إذن من المالك كان

لكن هذا إنما يتم إذا لم يكن المباشرة معتبره في المضاربه الأولى، وأما مع اعتبارها فلا يتم، ويتعين كون تمام الربح للمالك إذا أجاز المعاملات وإن لم تجز المضاربه الثانيه.

اللازم مثل اللازم في صوره الإذن، حيث قد سبق في بعض المسائل المتقدمه أن تخلف الشرط ونحوه في باب المضاربه لا يوجب الحرمان من الربح، وإنما هو موجب للضمان، فالربح للعامل وإن لم يكن إذن من المالك، وعليه فأجره العامل الثاني على العامل الأول، إما مطلقاً كما اخترناه، أو مع جهل العامل الثاني بالبطلان.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المصنف: {لكن هذا إنما يتم إذا لم تكن المباشرة معتبره في المضاربه الأولى، وأما مع اعتباره فلا يتم}، وجه النظر:

أولاً: إن ذلك إذا لم يجز المالك المعامله.

وثانياً: إن تخلف الشرط ونحوه من باب المضاربه لا يوجب الحرمان من الربح.

وثالثاً: قد تقدم أن الربح تابع للمال والعمل، فلا وجه لاختصاصه بأحدهما.

فقوله: {ويتعين كون تمام الربح للمالك إذا أجاز المعاملات وإن لم تجز المضاربه الثانيه} ممنوع، حتى على مذاقهم.

وعليه فقول المستمسك: (إن كان المفهوم من المضاربه الأولى خصوص المباشرة فالحكم كما ذكر المصنف من بطلان المضاربه، وكون الربح

جميعه للمالك إذا أجاز معاملة العامل الثاني، ويستحق على العامل أجره المثل) انتهى، محل منع.

ثم إنه لو اختلفا في أنه هل أجاز له التوكيل أو لا، فإن كان إطلاق أو تقييد عرفي من ظاهر اللفظ ولو بالانصراف كان هو المتبع، والبينه على مدعى خلافه، وإلا كان الأصل مع المالك حيث إن التصرف في ماله يحتاج إلى إجازته المعاملية أو الإذنيه.

ص: ٣٣٩

- ٦ مفهوم ومصداق الشركه.....
- ٢٧ مسأله ١ _ الشركه فى العين والدين.....
- ٣٧ مسأله ٢ _ لو استأجر اثنين لعمل واحد.....
- ٤١ مسأله ٣ _ لو اشتركا فى حيازه مباح.....
- ٤٥ مسأله ٤ _ شرائط الشركه العفويه.....
- ٥٠ مسأله ٥ _ الربح والخسران بالنسبه.....
- ٦٢ مسأله ٦ _ لو كان الشرط تجاره خاصه.....
- ٦٦ مسأله ٧ _ العامل أمين.....
- ٦٧ مسأله ٨ _ عقد الشركه جائز.....
- ٧٣ مسأله ٩ _ لو ذكر أجلا لم يلزم.....
- ٧٥ مسأله ١٠ _ لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانه.....
- ٧٦ مسأله ١١ _ لو ادعى العامل التلف.....
- ٧٧ مسأله ١٢ _ مبطلات عقد الشركه.....

مسألة ١٣ _ لو ادعى أنه اشتراه بالشركة..... ٨٢

مسائل

٨٤ _ ١٢٣

مسألة ١ _ لو باعا بثمن واحد..... ٨٤

مسألة ٢ _ لا يطالب الشريك بإقامه رأس المال..... ٨٨

مسألة ٣ _ القسمة..... ٩٤

مسألة ٤ _ لو كانت القسمة توجب الضرر..... ١٠٠

مسألة ٥ _ تقسيم الوقف..... ١٠٥

مسألة ٦ _ لو كان من أحدهم دابه ومن الآخر راويه..... ١١٢

مسألة ٧ _ لو حاز مباحا اعتبر القصد..... ١١٨

مسألة ٨ _ المال الممتزج..... ١٢٢

المضاربه

١٢٥ _ ٣٤١

معنى المضاربه..... ١٢٨

شروط المضاربه..... ١٤٢

مسألة ١ _ المضاربه بمال الأمانه..... ١٨٠

مسألة ٢ _ جواز المضاربه بالأدله الأربعة..... ١٨٤

مسألة ٣ _ إذا قال: اشتر بالمال بستانا..... ٢٠١

مسألة ٤ _ اشتراط كون الخساره عليهما..... ٢٠٥

مسألة ٥ _ شروط أحدهما على الآخر..... ٢١١

- مسألة ٦ _ خلط العامل رأس المال..... ٢٢٣
- مسألة ٧ _ تصرف العامل حسب المصلحة..... ٢٢٥
- مسألة ٨ _ يجوز بيع العامل نقداً أو نسيئته..... ٢٢٧
- مسألة ٩ _ لا يجوز أن يشتري بأزيد من قيمه المثل..... ٢٣٣
- مسألة ١٠ _ البيع بالجنس لا بالنقد..... ٢٣٥
- مسألة ١١ _ لا يجوز شراء المعيب..... ٢٣٦
- مسألة ١٢ _ لا يجب أن يشتري بعين المال..... ٢٣٧
- مسألة ١٣ _ عمل العامل حسب المتعارف..... ٢٥٠
- مسألة ١٤ _ نفقه السفر من رأس المال..... ٢٥٧
- مسألة ١٥ _ المراد بالنفقة..... ٢٦١
- مسألة ١٦ _ يقتصر في السفر على النفقه المتعارفه..... ٢٦٣
- مسألة ١٧ _ نفقه السفر ذهاباً وإياباً..... ٢٦٥
- مسألة ١٨ _ لو سافر من غير إذن..... ٢٦٩
- مسألة ١٩ _ نفقه السفر على المالكين..... ٢٧٠
- مسألة ٢٠ _ لا يشترط في النفقه ظهور الربح..... ٢٧٣
- مسألة ٢١ _ المراد بالمرض..... ٢٧٥
- مسألة ٢٢ _ لو فسخ فنفته الرجوع؟..... ٢٧٨
- مسألة ٢٣ _ لو تناقض في كلامه..... ٢٨١
- مسألة ٢٤ _ اختلاف المالك والعامل..... ٢٨٨
- مسألة ٢٥ _ لو قال المالك: الربح بيننا..... ٢٩٦

مسأله ٢٦ _ لو قال: خذه قراضا..... ٣٠٠

مسأله ٢٧ _ اتحاد المالك والعامل وتعددتهما..... ٣٠٢

ص: ٣٤٣

مسأله ٢٨ _ القراض فى المال المشترك..... ٣٠٧

مسأله ٢٩ _ تبطل المضاربه بموت أيهما..... ٣١٤

مسأله ٣٠ _ التوكيل فى مقدمات المضاربه..... ٣٢٢

مسأله ٣١ _ لو ضارب العامل مع عامل آخر..... ٣٢٤

مسأله ٣٢ _ لو ضارب العامل غيره من غير إذن..... ٣٣٠

المحتويات..... ٣٤٥

ص: ٣٤٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان

الغمامة



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

