## المرحلة الخامسة في أحكام المضاربة

### 1\_المضاربة بمال موجود في يد غيرالمالک

(مسألة1): لو كان له مال موجود في يد غيره أمانة أو غيرها فضاربه عليها صح‌ و إن كان في يده غصبا أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان فالأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك لانقلاب اليد حينئذ فينقلب الحكم و دعوى أن الضمان مغيا بالتأدية و لم تحصل كما ترى و لكن ذكر جماعة بقاء الضمان إلا إذا اشترى به شيئا و دفعه إلى البائع فإنه يرتفع الضمان به لأنه قد قضى دينه بإذنه و ذكروا نحو ذلك في الرهن أيضا و أن العين إذا كانت في يد الغاصب فجعله رهنا عنده أنها تبقى على الضمان و الأقوى ما ذكرنا في المقامين لما ذكرنا‌

البحث في هذه المسألة يقع في جهتين الاولی : انه لولم يکن رأس المال عندالمالک بل کان وديعة عندغيره هل تصح المضاربة عليه او لا؟ والثانية : في انه لوکان رأس المال عندالعامل غصباً اوغيره مما يکون اليد فيه يد ضمان فضاربه عليه فهل يوجب ذلک رفع الضمان او لا؟

اما ***(الجهة الاولی)***: فهناک مسئلتان قدتعرضوا لهما في بعض الکلمات الاولی ان يکون المال وديعة اوعارية عند شخص وقارضه المالک علی ذاک المال، والثانية :ان يکون المال عندشخص وقارض المالک غيرالودعي وغير المستعير علی ذاک المال ففي المبسوط :>إذا كان له في يد غيره ألف وديعة‌ فقال قارضتك على الألف الذي في يدك صح لأن يد المودع كيد المودع، و لو دفع إليه ألفا ابتداء صح كذلك إذا قارضه على ما في يديه‌<.[[1]](#footnote-1) وفي التذكرة >مسألة 206: لو كان له عند رجلٍ وديعة، فقارضه عليها، صحّ القراض‌؛ لأنّه متعيّن، و هو في يد العامل أمانة، فهو بمنزلة كونه في يد ربّ المال، و كذا لو كان عنده عارية. و يجوز أن يعامل غيرَ المستودع و المستعير بالوديعة و العارية<. [[2]](#footnote-2) وفي مفتاح الكرامة >قوله: «و لو كان وديعةً أو غصباً عند فلان صحّ»‌ كما في «التذكرة و جامع المقاصد و زاد في العارية. و صرّح في «مجمع البرهان بالغصب. و معناه أنّه لو كان المال الّذي قارض عليه عند زيد مثلاً وديعة أو غصباً صحّ إذا كان المال نقداً، لأنّ كونه في يد الغير لا يمنع الصحّة، و ثبوت الضمان في الغصب لا ينافي صحّة القراض، لأنّ الضمان قد يجامع القراض كما إذا تعدّى العامل في مال المضاربة، و كونه في الأصل أمانة لا يمنع ثبوت الضمان بسبب آخر. و حكى في «جامع المقاصدعن بعض العامّة الخلاف في ذلك لكنّه لم يحك في التذكرة<.[[3]](#footnote-3) وفيه ايضاً :>قوله: «وکذا يصحّ لو كان في يده وديعة أو غصب لم يتلف عينه فضاربه المالك به»‌ كما في «المبسوط وجامع الشرائع و التحرير وكذا «الإيضاح و جامع المقاصد » و صرّح به في الغصب في «المهذّب و الشرائع والتذكرة والإرشاد وشرحه» لولده و «الروض و المسالك » و مجمع البرهان » و ظاهر «التذكرة » في موضعين الإجماع عليه في صورة الغصب، و بالأولى أن يجوز في صورة الوديعة<.[[4]](#footnote-4)

ولکن الظاهران عبارة المتن ناظرة الی المسألة الاولی لا الثانية وذلک بقرينة ذيل العبارة الناظرة الی مضاربة ذي اليد العدوانية علی ما عنده وبقرينة ان المضاربة علی مال لايدفعه المالک الی العامل بل يبقی عنده اوعندشخص آخرظهر حکمه في ماذکره الماتن ره في الشرط الثامن ، وکيف کان فالشبهة التي تبدو في المقام بالنسبة الی المسألة الاولی وتوجب المنع عن صحة المضاربة هي ان قوام المضاربة بدفع المال الی غيره واعطائه اليه وهذا غيرمتحقق في المقام لان المفروض ان المال کان عندالعامل قبل انشاء المضاربة وبقي عنده بعد المضاربة من غير ان يدفع اليه ولکنه يجاب عن الاشکال بانه لوسلم تقوم المضاربة بدفع رأس المال الی العامل فليس المرادمنه الا المعنی اسم المصدري اي کون المال بيدالعامل وتحت استيلائه لا المعنی المصدري والذي يتضمن النقل من مکان الی آخروبعبارة اخری عنوان الاعطاء والدفع المذکورفي الادلة انما لوحظ بما هو طريق إلى كون المال في يد العامل ولا موضوعية له، فلو كان تحت يده من أوّل الأمر كان مشمولاً أيضاً لإطلاق الاعطاء والدفع المذکورفي الادلة وفي المستمسک >نص في التذكرة على صحة المضاربة في مال الوديعة و العارية و يظهر منه إجماع المسلمين عليه. و يقتضيه الإطلاق المقامي بعد عدم الفرق عرفاً بين كون المال المضارب عليه في يد المالك و في يد غيره، أميناً كان، أو مستعيراً، أو غيرهما. و كان على التذكرة التعرض لغير الوديعة و العارية أيضاً <.[[5]](#footnote-5) والاستدلال بالاطلاق المقامي انما يحتاج الی تعارف المضاربة بالنحوالمذکور عندالعقلاء وهوليس ببعيد ،فما في کتاب المضاربةمن الاشکال علی مافي المستمسک من >انه لاتتمّ مقدمات إطلاق مقامي في شي‏ء من الروايات<.[[6]](#footnote-6) ليس في محله. کما ان مافيه من>التمسک بالاطلاق اللفظي لمثل معتبرة أبي بصير المتقدمة: (ابتاع لك متاعاً والربح بيني وبينك) بناءً على كونها في مقام البيان من هذه الناحية، حيث لم يقيد بأخذ واقباض رأس المال< ايضاً ليس في محله لانه يقتضي عدم اعتبارالدفع والاعطاء رأساً لاعدم اعتبارالمعنی المصدري بعدتسليم اعتبارالدفع والاعطاء .

واما ***(الجهة الثانية)*** \_ لوکان رأس المال عندالعامل غصباً اوغيره مما يکون اليد فيه يد ضمان فضاربه عليه فهل يوجب ذلک رفع الضمان او لا؟ \_ ففيه قولان المشهورکما في الحدائق بقاء الضمان (منهم المحقق والشهيدالثاني رهما وغيرهما) وذهب جماعة منهم السيدالماتن ره واکثرمعلقي العروة الی ارتفاع الضمان ففي الشرائع :>ولوكان له في يد غاصب مال فقارضه عليه صحّ ولم يبطل الضمان، فإذا اشترى به و دفع المال إلى البائع برئ، لأنّه قضى دينه بإذنه<. وفي المسالک ذيل قول المحقق ره :> قد تقدّم البحث في نظيرهذه المسألة في باب الرهن،وأنّ وجه بقاء الضمان أنّه كان حاصلا قبل و لم يحصل ما يزيله، لأنّ عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان، فإنّه قد يجامعه بأن يتعدّى، فلا ينافيه، و لقوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».،و «حتى» لانتهاء الغاية، فيبقى الضمان إلى الأداء، إمّا على المالك أو على من أذن له، و الدفع إلى البائع مأذون فيه، فيكون من جملة الغاية.و استقرب العلّامة زوال الضمان هنا، و تبعه ولده في الشرح ، لأنّ القراض أمانة، فصحّة عقده يوجب كون المال أمانة، لأنّ معنى الصحّة ترتّب الأثر، و لانتفاء علّة الضمان، لزوال الغصب، و لأنّه أذن في بقائه في يده. و فيه نظر، لأنّ معنى كون القراض أمانة من حيث إنّه قراض، و ذلك لا ينافي الضمان من حيثيّة أخرى، كما لو كان غصبا، فإنّ الضمان قد يجامعه، كما إذا تعدّى العامل، و لا يلزم من انتفاء علّة الثبوت ثبوت علّة الزوال. و أمّا اقتضاء العقد الإذن في القبض فضعفه ظاهر، لأنّ مجرّد العقد لا يقتضي ذلك، و إنّما يحصل الإذن بأمر آخر، و لو حصل سلّمنا زوال الضمان، كيف و العلّامة قد صرّح في التذكرة بأنّ كون المال في يد العامل ليس شرطا في صحّة القراض، فلو قال المالك: أنا أبقى المال في يدي و أدفع الثمن كلّما اشتريت متاعا، صحّ. و ربّما قيل بعدم زوال الضمان و إن أذن له في قبضه بعد ذلك، لما تقدّم من الأدلّة. و يضعّف بأنّه حينئذ وكيل محض و إن كان له في القبض مصلحة، لأنّه حينئذ كالوكيل بجعل. و لو أسقط عنه الضمان، أو قبضه ثمَّ ردّه، فلا إشكال في الزوال، كما أنّه لو دفعه ثمنا إلى البائع زال إجماعا<. [[7]](#footnote-7) واستدلّ علی بقاءالضمان \_کما في المسالک والجواهرو غيرهما\_ باستصحاب الضمان وبعموم علی اليدباعتبارعدم خروج يده عن العدوانية الی الامانية بمجردانشاء عقد المضاربةاو باعتبارانه لايکفي في ارتفاع الضمان الاذن في الابقاء ما لم يتحقق الاداء الذي هي غاية للضمان ومنه يظهر ان القول برفع الضمان يتوقف علی امرين الاول: کون تصدي المالک للمضاربة مع الغاصب کاشفاً عن اذن المالک في بقاء المال في يده وکونه اميناً له في المال، والثاني کون الاذن في الابقاء رافعاً للضمان الثابت من قبل ،والا فبالتشکيک في احدالامرين يبقی الضمان وعليه فالبحث في هذه الجهة يقع في امرين(الاول): أنه هل يحصل‌ الاذن في القبض وبقاء المال في يد العامل من مجرد العقد وتصدي المالک لانشاء المضاربة معه أو لا؟ و(الثاني): أنه على تقدير حصول الاذن في القبض هل يکفي في رفع الضمان او لا بل لابد من ان يحصل الأداء الذي جعل غاية للضمان في حديث: «على اليد ..»؟ اما ***(الامرالاول)***: فقد ذکرالعلامة ره في توجيهه انّ القراض أمانة، فصحّة عقده يوجب كون المال أمانة، لأنّ معنى الصحّة ترتّب الأثر، و لانتفاء علّة الضمان، لزوال الغصب لأنّه أذن في بقائه في يده. ونوقش فيه في المسالک بأنّ معنى كون القراض أمانة کونه کذلک من حيث إنّه قراض، و ذلك لا ينافي الضمان من حيثيّة أخرى، كما لو كان غصبا، فإنّ الضمان قد يجامعه، كما إذا تعدّى العامل، و لا يلزم من انتفاء علّة الثبوت ثبوت علّة الزوال، ولکنه يلاحظ عليه بان معنی کونه امانة انه يقتضي الاذن في بقاء المال في يدالعامل فلوسلم ذلک فلامعنی لکونه مضموناً من حيثية اخری لان الضمان من حيثية اخری يتوقف علی عدم وجودالاذن في بقاء المال في يدالعامل ولامعنی لاجتماع الاذن وعدم الاذن بالنسبة الی مال واحد ، ونوقش فيه في المسالک بوجه آخروهوماذکره بقوله :>أمّا اقتضاء العقد الإذن في القبض فضعفه ظاهر، لأنّ مجرّد العقد لا يقتضي ذلك، و إنّما يحصل الإذن بأمر آخر وتوضيحه انّه حيث لايعتبر في صحة المضاربة دفع المال من قبل المالك وکونه بيد العامل وعليه فالتصدي للمضاربة مع الغاصب لا يستلزم الإذن بابقاء رأس المال في يده وإنّما يستلزم الإذن في البيع والشراء بماله سواء كان المال عنده أو عند مالكه وعليه فبمجرد انشاءالمضاربة لايتحقق الاذن في ابقاء المال عند الغاصب ليرتفع ضمان الغصب،نعم، لو اشترى له ودفع مال المالك للبائع أو بنفس الشراء وخروج المال عن ملك المغصوب منه يرتفع الضمان؛ لأنّه بأمر المالك أو اذنه بحسب الفرض، وأمّا الابقاء قبل ذلك فلا وجه لارتفاع الضمان فيه .ولکنه يجاب عنه اولاً بان هذا مبني علی عدم اعتباردفع المال الی العامل في صحة المضاربة ، ولکنه تقدم في الشرط الثامن تمامية هذا الشرط ، وثانياً بانه لوسلم عدم اعتباردفع المال الی العامل في صحة المضاربة فهذاالكلام وإن كان صحيحاً ثبوتاً ، الا انّه غير تام اثباتاً ، وذلک لأنّ دفع المال الی العامل وان لم يکن معتبراً في صحة المضاربة الا انه لااشکال في وجودالتعارف علی دفع المال الی العامل للاتجار وعليه فنفس اجراء المالك لعقد المضاربة مع الغاصب مع عدم مطالبته بارجاع المال اليه (وملاحظة حصول التعارف علی دفع المال الی العامل للاتجار)قرينة عرفية على رضاه ببقاء ذلك المال في يده و تصرفه فيه فينتفي الضمان ، إلّاإذا كان هناك قرينة على الخلاف مانعة لهذا الظهور العرفي، كما إذا كان الفاصل بين زمان المضاربة وزمان الاتّجار طويلاً مثلًا اوکان التعارف علی عدم دفع المال الی العامل.

واما***(الامرالثاني****)*:فقد استدلّ على بقاءالضمان وعدم ارتفاعه بأنّ مقتضى النبوي |: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» بقاء الضمان الی حال التأدية الی المالك لان حتى لانتهاء الغاية، فيبقى الضمان إلى الأداء وهذا لا يتحقق بمجرد الإذن في الابقاء والاستيمان الحاصل بعقد القراض.

واجيب عنه بوجوه :

(الاول):ان الغاية تحصل بالاذن في البقاء والاستيمان لان المرادمن الاداء التي هي غاية لبقاء الضمان ليس هو خصوص الاداء الی المالک بل اعم من الاداء الی المالک والاداء الی وکيله ومن يکون مأذوناً من قبله فاذا فرضنا في المرحلة السابقة ان انشاء عقدالمضاربة قرينة عرفية علی الاذن في بقاء المال في يدالعامل فهذا معناه ان العامل صارمأذوناً ووکيلاً عن المالک في أخذ المال فيکون وقوع المال في يده مصداقاً للاداءالی المالک ففي المسالک بعد الاشکال في کون انشاءالعقد مقتضياً للاذن في القبض :>وإنّما يحصل الإذن بأمر آخر، و لو حصل سلّمنا زوال الضمان،كيف و العلّامة قد صرّح في التذكرة بأنّ كون المال في يد العامل ليس شرطا في صحّة القراض فلو قال المالك: أنا أبقى المال في يدي و أدفع الثمن كلّما اشتريت متاعا صحّ. و ربّما قيل بعدم زوال الضمان و إن أذن له في قبضه بعد ذلك، لما تقدّم من الأدلّة. و يضعّف بأنّه حينئذ وكيل محض و إن كان له في القبض مصلحة، لأنّه حينئذ كالوكيل بجعل<. [[8]](#footnote-8) وناقش السيدالحکيم ره في ذلک بالفرق بين الاذن بالبقاء والاذن بالدفع الی الغير لأن الإذن بالدفع إلى غيره يجعل غيره كوكيل عنه في القبض، فيكون الدفع إلى الغير دفعاً إلى نفسه، أما الاذن في الإبقاء فليس فيه شي‌ء من الغاية، فكيف يكون غاية للضمان؟! (الی ان قال:) >وقد عرفت أن الاذن في بقاء المال عند آخذه لا يكون موجباً لحصول غاية الضمان، و لا يكون المأذون كالوكيل في القبض، إذ لا دفع هنا و لا أداء بخلاف الوكيل<.[[9]](#footnote-9) ولکنه يلاحظ عليه بانه بعدماصارالعامل اميناً من قبل المالک والمفروض ان المال موجودعنده فلاقصورفي تحقق الاداء والدفع الی الوکيل الذي هوبمنزلة الدفع الی المالک لان المرادمن الاداء والدفع الی المالک ليس هومعناه المصدري بل المراد معناه اسم المصدري وکون المال في يدالمالک اوالمأذون من قبله.

و(الثاني):مافي المباني من >أنّ هذه الرواية نبوية ليس لها سند معتبر ،والعبرة في الضمان إنما هي ببناء العقلاء أو المتشرعة عليه،ولا شي‌ء منهما متحقق في المقام<.[[10]](#footnote-10)

ونوقش فيه في کتاب المضاربة بامرين : الاول: انّ هذا معناه عدم الدليل الاجتهادي على الضمان، فيكفي استصحاب بقاء الضمان عندئذ لاثبات الضمان الذي ثبوته في ابتداء الغصب متيقن على كل حال.والثاني: أنّ وجوب ردّ المال المغصوب بنفسه أو ببدله ونحوه إلى مالكه لا ينحصر مدركه في النبوي المذكور، بل يستفاد من بعض الروايات الخاصة- في أبواب متفرقة- الدالّة على أنّ الغصب كلّه مردود كما في صحيحة أبي ولّاد المعروفة وغيرها نعم لو اريد دعوى قيام السيرة الممضاة شرعاً على عدم ضمان اليد المأذونة حتى إذا كانت غاصبة حدوثاً فيكون بنفسه دليلًا قطعياً على‏ عدم الضمان في المقام، تمّ هذا الوجه، إلّاأنّه لا يحتاج عندئذٍ إلى اسقاط النبوي عن الحجّية، بل يتم حتى إذا كان حجة حيث يقيد اطلاقه بالسيرة العقلائية والدليل القطعي بعد عدم صلاحية مثل هذه الإطلاقات للرادعية.[[11]](#footnote-11)

اقول : اما الامر الاول فيلاحظ عليه بانه مبني علی جريان الاستصحاب في الشبهات الحکمية وهوخلاف مبنی القائل بهذا الوجه بل المرجع عنده في مواردالشک في الضمان هي البرائة، واما الامرالثاني فيلاحظ عليه بأنّ اصل وجوب ردّ المال المغصوب بنفسه أو ببدله ونحوه إلى مالكه وان لم ينحصر مدركه في النبوي المذكور، بل يستفاد من بعض الروايات الخاصة- في أبواب متفرقة- الا ان لم يردفيها کلمة>حتی< التي تکون للغاية واستنداليها لبقاء الضمان الی تحقق الاداء.

و(الثالث) :مافي المباني من أن موضوع هذا النص هو الاستيلاء على مال الغير على نحو يوجب الضمان كالغصب و العارية المضمونة، و المفروض عدم بقاءه لأنه تبدل إلى الأمانة و معه فلا مجال لبقاء الحكم الأول نظير ما لو تبدل عنوان الغصب أو العارية المضمونة بالإجارة و نحوها، فان معه أ فيحتمل الحكم ببقاء الضمان من دون موضوع؟.[[12]](#footnote-12)

ونوقش فيه في کتاب المضاربة بامرين: الاوّل : إنّ عنواني اليد العادية واليد الأمينة ليسا موضوعين للضمان وعدمه، بل عنوانان منتزعان في طول الضمان وعدمه، فكل يد ضامنة تسمّى عادية وكل يد غير ضامنة تسمّى أمينة، فهما عنوانان منتزعان عن الحكم بالضمان وعدمه، وليسا موضوعين للضمان وعدمه، فلابد من ملاحظة ما هو موضوع كون اليد عادية أو أمينة، والمفروض أنّ قاعدة: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) تدلّ على أنّ كل ما وقع تحت يد الغير يكون مضموناً ما لم يؤدّ، أي لا يرتفع الضمان والعدوان إلّابالأداء لا غير.

والثاني: انه لو سلّمنا وافترضنا أنّ موضوع على اليد هو اليد العادية أي الغاصبة أو غير المأذونة باستظهار ذلك من عنوان الأخذ مع ذلك يقال إنّه حيث جعل في الحديث الغاية الرافعة للضمان في اليد العادية حدوثاً الأداء بقاءً، فما لم يؤدّ لا يرتفع الضمان ولو بتحقق الاستيمان والإذن ما لم نرجع إلى جواب آخر.[[13]](#footnote-13)

اقول ولکنه يمکن الجواب عن کلا الامرين اما الامرالاول فيلاحظ عليه بان موضوع الضمان في الحديث وان کان مطلق ما وقع تحت اليد(بحيث يشمل موارداليدالامانية) واستظهارالاختصاص باليدالعادية من عنوان الاخذ ليس في محله الا انه بدليل منفصل(وهومادل علی عدم الضمان في مواردالامانة والاذن)صارمقيداً بعدم الامانة .

واما الامرالثاني فقد يبدوفي الذهن تماميته باعتباران المدعی عندالمستدل هوان حدوث اليدالعادية يوجب الضمان ولايرتفع الا بالاداء بحيث لايحتاج بقاء الضمان الی بقاء اليدالعادية ولذلک لوتلفت العين في يدالغاصب يبقی الضمان مع انه لم تبق اليدالعادية ولکنه يمکن الجواب عنه بان الظاهرالاولي لتعليق الحکم علی الوصف والشرط کونه دائراً مداره حدوثاً وبقاء واما کون حدوث الوصف اوالشرط موجباً لحدوث الحکم وبقائه فهذا يحتاج الی قيام قرينة خاصة وهذا يعني ان مفادحديث الضمان ان اليدالعادية مادامت باقية فهي موجبة للضمان بمعنی ان حدوثه موجب لحدوث الضمان وبقائه موجب لبقاء الضمان وهذا لاينافي بقاءالضمان في مواردتلف المال لان الاستيلاء والغصب والحيلولة بين المال ومالکه باقية عرفاً الی حال دفع البدل .

و(الرابع): مافي المستمسک من ان وقوع اليد علی مال غيره وان کان موجباً للضمان ويبقی الضمان الی الاداء بمعنی ان حدوث اليد يوجب حدوث الضمان وبقائه الی تحقق الاداء والدفع خارجاً ولکنه يحکم بارتفاع الضمان بمقتضی الادلة الخاصة الدالة علی ان المأذون في القبض امين ولايضمن الامين فبطلان الضمان للادلة الخاصة المقيدة لحديث علی اليد لا لحصول الغاية،[[14]](#footnote-14) وفي المباني >ان اطلاق حديث علی اليد معارض بإطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين، حيث ان المال و بعد اجازة المالك أمانة بيد العامل و مقتضى إطلاق أن الأمين لا يضمن عدم ضمانه بلا فرق فيه بين ما إذا كان مضمونا قبل ذلك و عدمه، و حينئذ فيتعارض الإطلاقان و من ثم يتساقطان فيرجع الی البرائة وتکون النتيجة هو الحكم بعدم الضمان<. [[15]](#footnote-15) ولکنه لايمکننا المساعدة علی شيء من الوجهين المذکورين بلحاظ جميع التقاديربل لابد من التفصيل في المسألة فعلی بعض التقاديريتمّ ماذکره السيدالحکيم ره من تقييد حديث الضمان بادلة عدم ضمان الامين وعلی بعض التقادير يقدم حديث علی اليد ويحکم بالضمان توضيح ذلک انه تارة نفترض ان موضوع الضمان في الحديث خصوص اليدالعادية کما استظهره السيدالخوئي ره من عنوان الاخذ واخری نفترض ان موضوع الضمان في الحديث مطلق اليد الشامل لليدالمأذونة فلوافترضنا ان موضوع الضمان في الحديث خصوص اليدالعادية فالصحيح (بناء علی کون مفادحديث علی اليد بقاء الضمان الی حالة تحقق الاداء خارجاً وان حدوث اليدموجب لحدوث الضمان وبقائه)هوتقديم حديث علی اليد وتقييد ادلة ضمان الامين لاتقييدحديث الضمان بادلة عدم ضمان الامين ولاايقاع المعارضة بينهما والحکم بتساقطهما اما عدم صحة تقييدحديث الضمان بادلة عدم ضمان الامين \_الذي ذکرفي المستمسک\_ فلان مادل علی عدم ضمان الامين والمأذون ليس باخص مطلقاً من حديث علی اليد حتی يکون مقيداً له فانه بعد ما فرضنا ان مفادحديث علی اليد >ان حدوث اليدالعادية موجب لحدوث الضمان ولبقائه< فاذا لاحظنا هذا المفادمع مادل>علی ان الامين لايضمن< نری ان النسبة بينهما هي العموم من وجه لافتراق الثاني عن الاول فيما اذا لم تکن اليدالامانية مسبوقة بالعدوانية ،وافتراق الاول عن الثاني باثبات الضمان في حدوث اليد العادية، واجتماعهما في اليدالامانية المسبوقة بالعادية،فيقع التنافي بينهما لاقتضاءاحدهماثبوت الضمان والآخرنفيه ، واما عدم صحة ايقاع التعارض بينهما والحکم بتساقطهما فلان النسبة بينهما وان کانت هي العموم من وجه ولکنه لابدمن تقديم حديث الضمان في مادة الاجتماع لوجهين الاول انه باعتبارالموضوع خاص وان کان بملاحظة موارداثبات الحکم عام وبعبارة اخری شمول حديث الضمان لموردالاجتماع انما کان بالاطلاق في ناحية الحکم ، وهذا بخلاف شمول دليل نفي ضمان الامين فانه يکون باطلاق الموضوع کما هوالحال في دليل ملکية الاراضي المفتوحة عنوة للمسلمين بالنسبة الی آية الخمس الدال علی ثبوت الخمس في الغنائم وکما هوالحال في دليل عدم وجوب سترالامة لشعررأسها بالنسبة الی دليل وجوب سترالمرأة لشعررأسها حال الصلاة .والثاني ان الحکم الثابت فيه اقتضائي ،والحکم الثابت بادلة عدم ضمان الامين من باب عدم الاقتضاء بمعنی ان اليدالامانية لاتکون مقتضية للضمان لا انها تقتضي عدم الضمان ومن المعلوم ان اللاقتضاء لايزاحم المقتضي کما هوالحال فيما لوطلق زوجته بائناً بعدالدخول ثم عقدعليها في اثناء العدة ثم طلقها قبل الدخول فان الطلاق الثاني وان لم يکن مقتضياً للعدة الا انه لايزاحم اقتضاء الطلاق الاول للعدة فيجب عليها اکمال عدتها من الطلاق الاول وکذا الحکم في المنقطعة اذا تزوجها فدخل بها ثم وهبها المدة ثم تزوجها ثانياً ووهبها المدة قبل الدخول وبه تبطل الحيلة\_ التي اقترحت لکون المرأة الواحدة بين اکثرمن زوج واحد مع فرض الدخول من دون الاحتياج الی العدة\_ واما مافي کتاب المضاربة من >کون أدلّة نفي الضمان عن الأمين حاكمة على حديث الضمان، لأنّها ناظرة إلى نفي ضمان اليد ومقيدة ذلك بغير فرض الاستيمان فلا تلاحظ النسبة بينها وبين دليل القاعدة<.[[16]](#footnote-16) فيلاحظ عليه بانه انما يتم لوکان مفادحديث الضمان کون الضمان دائراً مدار وجود اليد حدوثاً وبقاء واما لوکان مفادالحديث ان حدوث اليد يکفي لحدوث الضمان وبقائه ما لم يتحقق الاداء التي هي غاية للضمان فلامجال لهذه الدعوی .هذاکله لوقلنا بان موضوع الضمان في الحديث هي خصوص اليدالعادية باستظهار ذلک من عنوان الاخذ، واما لوقلنا بشمول الحديث لليدالامانية وان اختصاص الضمان باليد العادية انما هو بتقييده بدليل منفصل فبناء عليه لوکان الحکم المستفاد من ادلة نفي الضمان حکماً اقتضائياً فعندئذ يقرب في الذهن ان يخصص حديث الضمان بادلة نفي ضمان الامين لان النسبة بينهما هي العموم المطلق باعتباران الاول يدل علی الضمان في مطلق اليد وان حدوث اليدکاف في ثبوت الضمان وبقائه الی ان يتحقق الاداء سواء کانت اليد امانية اوعادية فالحديث يدل علی ثبوت الضمان في موارداربعة 1-موردوقوع اليدالعادية بلحاظ حال وجودالعدوان،2-موردوقوع اليدالعدوانية بلحاظ حال ارتفاع العدوان،3-موردوقوع اليدالامانية بلحاظ حال وجودالاستيلاء ،4-موردوقوع اليدالامانية بلحاظ حال ارتفاع الاستيلاء، والثاني يدل علی ان الامانية يمنع عن الضمان ولايجتمع معه سواءکان موجب الضمان ثابتاً من قبل اولم يکن، فهوينفي الضمان في المواردالثلاثة الاخيرة فيخصص الاول بالثاني وتکون النتيجة اختصاص الضمان بالموردالاول،فما ذکره السيدالحکيم ره يتمّ في هذا التقدير،واما لوکان الحکم المستفاد منها عدم الضمان من جهة عدم وجودالمقتضي بان کان مفادادلة نفي الضمان ان الامانية لاتوجب الضمان وليس لها دلالة علی عدم الضمان فيما کان هناک مقتضٍ للضمان فعندئذ تخصص هذه الادلة حديث الضمان بالنسبة الی مااذا کانت اليد من اول تحققها امانية لانها تنفي اقتضاء اليدالامانية للضمان بينما يدل حديث اليد علی ان مطلق اليد حتی الامانية مقتضية للضمان،واما اذا کانت اليد عدوانية حدوثاً وامانية بقاء فهووان کان مشمولا لحديث الضمان و لادلة نفي الضمان عن الامين ولکنه حيث لاتنافي بينهما يؤخذبهما وتکون النتيجة ثبوت الضمان وذلک لان مفادالحديث عندئذ ان وقوع اليدالعادية علی مال الغير موجب للضمان وهذا الضمان يبقی حتی بعدانتهاء اليد (اي حدوث اليدموجب لحدوث الضمان ولبقائه )،ومن المعلوم ان ادلة نفي الضمان عن الامين لايکون مزاحماً لهذا المفاد لانها تدل علی ان وقوع اليدالامانية ليس مقتضياً للضمان ولاتنافي ثبوت الضمان من ناحية اخری وهي وقوع اليدالعادية علی المال سابقاً .

بقي في المقام شيء وهوانه لوقلنا بان مجردتصدي المالک لانشاء عقدالمضاربة مع الغاصب لايوجب ارتفاع الضمان يقع الکلام في انه بما يرتفع الضمان ؟فالذي صرح به في الشرائع وحکاه الماتن ره في المتن :>انه اذا اشترى به و دفع المال إلى البائع يرتفع الضمان، لأنّه قضى دينه بإذنه< ولکنه ناقش فيه المحقق العراقي والسيد الگلپايگاني رهما بان الضمان يرتفع بنفس الشراء ولايحتاج الی الدفع ففي تعليقة المحقق العراقي ره : >مع ظهور كلامه في كون الشراء بالعين كيف يكون من باب قضاء دينه بل الأولى في الوجه أن يقال: إنّه من باب تمليكه الغير الّذي هو بمنزلة إتلاف المالك إيّاه الرافع لضمانه قهراً بمناط كون قرار الضمان على من ينسب إليه الإتلاف<. وفي تعليقة السيدالگلپايگاني ره :> بل يرتفع الضمان له بمجرّد الشراء به من دون احتياج إلى الدفع نعم يحتاج إلى إذن البائع<. ولکن الظاهرعدم تمامية هذه المناقشة فان کلمات هؤلاء الاعلام ناظرة الی الفرض المتعارف من الشراء وهوالشراء بثمن کلي ودفع مال المالک الی البائع بعنوان الوفاء بالعقد وقضاء دينه لا الشراء بعين رأس المال \_وان کان المقصود اداء شخص المال قضاء لدين المالک\_ وحيث ان في مواردالشراء بثمن کلي لايخرج المال من ملک صاحب رأس المال فلايکون نفس الشراء اتلافاً لمال المالک مستنداً الی اذنه حتی يکون مصداقاً للاداء وهذا بخلاف الشراء بالعين الذي حقيقته تمليك الثمن للبائع الّذي هو بمنزلة إتلاف المالك لان به يخرج الثمن من ملک المالک والمفروض انه کان باذنه وامره نعم بناء علی مبنی من يقول بعدم جواز الشراء بالذمة وانه يجب ان يشتری بعين المال \_کما في الشرائع وغيره\_ فالاشکال تامّ ومافي کتاب المضاربة من >انّ الظاهر بقاء الضمان ما لم يدفع الغاصب المبيع للمشتري؛ لأنّه لو تلف قبل الإقباض كان من مال البائع وهو المالك الأوّل وانفسخ البيع، والمفروض أنّه لم يكن راضياً ببقائه تحت يد الغاصب لكي يتلف قبل القبض عنده، فهذا التلف أيضاً مضمون على الغاصب<.‏[[17]](#footnote-17) ليس في محله وذلک لان المفروض ان بالشراء يخرج رأس المال من ملک المالک وبهذا المقدار يتحقق الاتلاف الموجب للخروج من الضمان باعتباران الاتلاف استيفاء للمال وامکان الرجوع الی المالک بالتلف و انفساخ البيع شرعاً لايضرّ بتحقق الاتلاف کما ان امکان الرجوع الی المالک من جهة الخيار لايضرّ بتحقق الاتلاف وعليه فلابد من التفصيل بين ما اذا کان الشراء بعين المال فالضمان يرتفع بمجرد الشراء وما اذا کان الشراء بالذمة فالضمان يرتفع بدفع المال الی البائع.

### 2\_جوازعقدالمضاربة ولزومه

(مسألة2): المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده قبل حصول الربح أو بعده نض المال أو كان به عروض مطلقا كانت أو مع اشتراط الأجل و إن كان قبل انقضائه نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله بل هو الأقوى لوجوب الوفاء بالشرط ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور بل العقد أيضا لأنه مناف لمقتضى العقد و فيه منع بل هو مناف لإطلاقه و دعوى أن الشرط في العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء ممنوعة نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط و إلا فما دام العقد باقيا يجب الوفاء بالشرط فيه و هذا إنما يتم في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ مثل المقام فإنه يوجب لزوم ذلك العقد هذا و لو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر فلا إشكال في صحة الشرط و لزومه و هذا يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافيا لمقتضى العقد إذ لو كان منافيا لزم عدم صحته في ضمن‌ عقد آخر أيضا و لو شرط في عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة أخرى سابقة صح و وجب الوفاء به إلا أن يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب كما أنه لو اشترط في مضاربة مضاربة أخرى في مال آخر أو أخذ بضاعة منه أو قرض أو خدمة أو نحو ذلك وجب الوفاء به ما دامت المضاربة باقية و إن فسخها سقط الوجوب و لا بد أن يحمل ما اشتهر من أن الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى و إلا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله كما اختاره صاحب الجواهر بدعوى أنها تابعة للعقد لزوما و جوازا بل مع جوازه هي أولى بالجواز و أنها معه شبه الوعد و المراد من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ اللازمة منها لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق‌ و المراد من قوله ع: المؤمنون عند شروطهم‌بيان صحة أصل الشرط لا اللزوم و الجواز إذ لا يخفى ما فيه‌

والبحث في هذه المسألة يقع في جهتين (الاولی):في ان عقدالمضاربة جائزة من الطرفين يجوزلكل منهما فسخها ، و(الثانية): في حکم اشتراط عدم کون احدهما مالكاً للفسخ او عدم الفسخ خارجاً

اما ***(الجهة الاولی)***: فيبحث فيه عن مطلبين (الاول) في اصل جوازعقدالمضاربة وعدم لزومها في الجملة ، و(الثاني) في امدالجواز وانها جائزة يمکن لکل منهمافسخها مطلقاً اوفيما اذا لم يعمل علی طبقها.

اما***(المطلب الاول)*** فالذي يظهر من کلمات الاصحاب انه لاخلاف في کون المضاربة من العقودالجائزة واستدل علی ذلک بوجوه (الاول) الاجماع و(الثاني) الاصل و(الثالث) انها مرکبة من الوکالة والشرکة وحيث انهما جائزتان فلتکن هي کذلک و(الرابع)کونه من العقودالاذنية ومقتضی کونها اذنية ان تکون جائزة ، و(الخامس) بعض النصوص الواردة في المضاربة ففي الرياض: >ويجوزلكلّ منهما الرجوع و فسخ العقد سواء كان المال ناضّاً منقوداً دراهم و دنانير أو مشتغلًا بالعروض غير منضوض، بناءً علىٰ جوازها من الجانبين، بلا خلاف يظهر، و به صرّح في المسالك‌و غيره و هو الحجة. مضافاً إلىٰ التأيّد بالأصل، و أنها وكالة في الابتداء ثم قد تصير شركة، و كلتاهما جائزتان، فلتكن هي كذلك<.[[18]](#footnote-18)وفي المستمسک :>بلا خلاف، كما في المسالك، و في الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه وهوالحجة في الخروج عن قاعدة اللزوم».[[19]](#footnote-19) وفي المباني :>وليس الوجه فيه هو الإجماع كي يناقش بأنه غير معلوم.و إنما هو قصور أدلة اللزوم عن شمول العقود الإذنية التي لا يكون فيها أي التزام من أحدهما بشي‌ء كي يشمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و ان من التزم بشي‌ء فعليه ان ينهاه، و إنما هي مجرد إباحة و إذن في التصرف من أحدهما و قبول من الآخر كالعارية، و عليه فمتى ما رجع الآذن في إذنه لكونه مسلطا على ماله يتصرف فيه كيف يشاء، ارتفع الموضوع و معه ينتفي الحكم لا محالة<.[[20]](#footnote-20)

اما (الاجماع) فقدنوقش فيه بانه لوتحقق صغراه فهو في مثل هذه المسائل مدركي وليس تعبدياً کما يظهر من مراجعة استدلالاتهم‏ ولا اقل من احتمال المدرکية فلايمکن الاستناد اليه کدليل مستقل .

واما(الاصل)فقد نوقش فيه کما في المستمسک بانه لو اريد منه الأصل العملي ورد عليه ان مقتضى الأصل اللزوم وعدم ترتب الأثر على الفسخ لا الجواز ونفوذ الفسخ، ولو اريد منه الأصل اللفظي والعمومات فهي تقتضي اللزوم أيضاً، وهي عمومات: «أوفوا بالعقود»، ولا عموم على الجواز لكي يرجع إليه.[[21]](#footnote-21)

ولکنه يمکن الجواب عنه بان المرادمن الاصل عمومات السلطنة وأنّه لا يحلّ مال امرى‏ء مسلم إلّا باذنه أو طيب نفسه فانه بناء علی کون المضاربة عقداً اذنياً وکون العقودالاذنية خارجة عن عموم اوفوا بالعقود اوفرض الشک في اندراج العقودالاذنية في عمومه کان المرجع عموم مادلّ علی سلطنة المالک علی ماله له ان يتصرف فيه بماشاء وأنّه لا يحلّ مال امرى‏ء مسلم إلّا باذنه أو طيب نفسه.

واما(کون المضاربة مرکبة من الوکالة والشرکة)وحيث انهما جائزتان فلتکن هي کذلک فاصل هذا الوجه قد وردفي کلام العلّامة ره في التذكرة؛ حيث قال:«مسألة 285: قد بيّنّا أنّ القراض من العقود الجائزة من الطرفين كالوكالة و الشركة، بل هو عينهما. فإنّه وكالة في الابتداء، ثمّ يصير شركة في الأثناء. فلكلّ واحد من المالك و العامل فسخه، و الخروج منه متى شاء. و لا يحتاج فيه إلى حضور الآخر و رضاه؛ لأنّ العامل يشتري و يبيع لربِّ المال بإذنه، فكان له فسخه كالوكالة» .[[22]](#footnote-22)

و ممّن استدلّ بهذا الوجه الشهيدره في المسالك حيث قال :>قوله: «و هو جائز من الطرفين، سواء نضّ المال أو كان به عروض». لا خلاف في كون القراض من العقود الجائزة من الطرفين، و لأنّه وكالة في الابتداء، ثمّ يصير شركة، و هما جائزان أيضاً». [[23]](#footnote-23) وذکرهذا الوجه في الحدائق والرياض کمؤيدلاکدليل ففي الحدائق : >و لا خلاف بينهم في أن القراض من العقود الجائزة من الطرفين، و يؤيده أنه وكالة في الابتداء، ثم قد يصير شركة بعد العمل، و كل من الوكالة و الشركة من العقود الجائزة<. [[24]](#footnote-24)

و لكنه يردعلی هذا الوجه ماتقدم في المباحث السابقة من ان المضاربة بالصيغة التي يمکن اثبات مشروعيتها بالادلة الخاصة هي عبارة عن الاذن في الاتجاراوالامربه مع تعيين حصة من الربح للعامل وهي مغايرة للوکالة والجعالة وان کانت مثلهما في التضمن للاذن کما انها لاتکون شرکة لاشرکة اذنية ولاشرکة عهدية لان الشرکة التي يمکن اثبات مشروعيتها انّما هي في الأموال، لا في الابدان و لا بينها و بين الاموال، كما قرّر في محلّه، فالمضاربة عقد مستقلّ مغاير للوکالة والشرکة،ولها احكام خاصّة ثابتة بنصوصها الخاصّة. نعم، هي كالوكالة و الشركة من حيث انها من العقود الاذنية، فتكون مثلهمالا انّها عينهما. وعليه فلواريدالاستشهاد بجواز الوکالة و الشرکة علی جوازالمضاربة فلابد ان يقال ان نکتة جواز الوکالة والشرکة وهي کونهما عقداً اذنياً موجودفي المضاربة فهي ايضاً تکون جائزة مثلهما ولکنه يرجع الی الوجه الرابع .

اما(کون المضاربة من العقودالاذنية ومقتضی کونها اذنية ان تکون جائزة) فتقريبها مافي المباني ان دليل لزوم العقد (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) قاصر عن شمول العقود الإذنية التي لا يكون فيها أي التزام من أحدهما بشي‌ء لان مفاده ان من التزم بشي‌ء فعليه ان ينهيه، والعقودالاذنية هي مجرد إباحة و إذن في التصرف من أحدهما و قبول من الآخر كالعارية، و عليه فمتى ما رجع الآذن في إذنه لكونه مسلطا على ماله يتصرف فيه كيف يشاء، ارتفع الموضوع و معه ينتفي الحكم لا محالة وهذا الوجه کماتری مؤلف من مقدمات ثلاث الاولی ان المضاربة من العقودالاذنية لا من العقودالعهدية،والثانية:ان العقودالاذنية خارجة عن عموم(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)،والثالثة:ان مقتضی عموم سلطنة المالک علی ماله وان له يتصرف فيه کيف يشاء ان له الرجوع في اذنه وبعدالرجوع لايجوزللعامل التصرف في رأس المال والظاهرانه لااشکال في المقدمتين الاخيرتين، واما المقدمة الاولی فتماميتهاموقوفة علی ماتقدم في المباحث السابقة من النحو الذي يمکن اثبات مشروعيته انما هوالمضاربة الاذنية دون المضاربة العهدية،نعم مقتضی ماورد في کلمات عدة من الفقهاء من ان العمومات تقتضي لزوم العقد وانما خرجنا عنها بالاجماع \_کما تقدم في عبارة الجواهروالمستمسک \_هوالاشکال في احدی المقدمتين الاولتين، هذا وقدنوقش في هذا الوجه في الغاية القصوی

بما نصه :>ويردعليه أولا أنه كيف نلتزم بأن المضاربة عقد و مع ذلك لا يشمله دليل وجوب الوفاء أو ليس هذا جمعا بين المتنافيين و ثانيا أنه أيّ منافاة بين كونها اذنا‌ من ناحية و لزومه من ناحية اخرى مثلا اذا فرضنا أن الزوج وكّل زوجته في الطلاق و كان توكيله في ضمن عقد بنحو الاشتراط هل يجوز للزوج رفع اليد عن توكيله أو نقول بأن الوكالة مع أنها جائزة تصير لازمة بالشرط و هذا هو المتعارف سيما في زماننا.

و صفوة القول أن الآذن في حد نفسه يجوز له أن يرفع يده عن اذنه و لكن اذا فرضنا تحقق عنوان العقد كما هو المفروض يشمله الدليل و لا يمكنه الرجوع أي لا أثر لرجوعه و عليه نلتزم بأنه لو أعار شيئا و وقعت العارية بالشرط في ضمن العقد تصير العارية لازمة و لا يبعد أن يعد كلامه من غرائب ما صدر عنه قدّس سرّه فالنتيجة أن القاعدة تقتضي لزومها إن لم يتم الحكم بالجواز بالإجماع التعبدي و اللّه العالم<. [[25]](#footnote-25) ولکنه يلاحظ عليه بالنسبة الی الايرادالاول بماتقدم في اول الکتاب من انه ذکر المحقق النائيني ره>ان العقد علي قسمين عهدي و اذني و العهدي ما يشتمل علي العهد و الالتزام و هذا القسم هو العقد حقيقتا لان العقد لغة و عرفا هو العهد المؤکد. و الاذني ما لا يکون فيه تعهد و التزام و انما قوامه بالاذن و رضا ولي الامر بحيث يبقي العقد ببقائه و ينتفي بانتفائه، وهذا القسم ليس عقدا الا مسامحة و مجازا لا حقيقة لعدم وجود عهد و التزام فيه، و هذه کالوديعة و العارية بناء علي ان يکون مفادها الاباحة المجانية<، مع انه لوسلّم ان العقد هوالقرار المرتبط بقرارآخر ولم نأخذ في العقدحيثية التعهد و الالتزام فيمکن ان يقال باختصاص (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بالعقودالعهدية دون الاذنية وذلک باعتباران تعلق الوفاء به يقتضي الاختصاص بالعهدية لان الوفاء بالشيء انهائه والعمل علی طبقه وعدم رفع اليد عنه وهذا انما يتعلق بالعهدوالالتزام لا بمطلق القرارالمعاملي فباختصاص الفعل الذي تعلق بامرمطلق يرفع اليد عن اطلاق المتعلق کما في قوله >لاتضرب احداً< حيث يرفع اليدعن اطلاق >احد< للحي والميت بظهورالضرب في کونه مولماً الموجب للاختصاص بالاحياء. ويلاحظ عليه بالنسبة الی الايرادالثاني بانه وان لم يکن هناک منافاة بين كونها اذنا‌ من ناحية و لزومها من ناحية اخرى بل اجتماعهما واقع کما في الوکالة المشروطة في عقدالنکاح علی نحوشرط النتيجة ولکن صيرورتها لازمة تحتاج الی سبب يقتضيها وهذا السبب متحقق في الوکالة المشروطة في عقدالنکاح بخلاف المقام وسائرالعقودالاذنية فان سبب اللزوم في الوکالة اشتراطها في العقد علی نحوشرط النتيجة وشمول المومنون عندشروطهم له اوشمول دليل صحة الوکالة لهذه الوکالة الموجب لبقاء الوکالة حتی بعدالعزل \_لاختصاص انتهاء الوکالة بالعزل بالوکالة المنشأة مستقلاً ولايشمل الوکالة المشروطة ضمن العقدبنحوشرط النتيجة\_،واما في المضاربة الاذنية والوديعة والعارية فحيث ان مضمونها الاذن والاباحة ودليل الامضاء انما يدل علی صحتها بما لها من المضمون فلايستفادمن اکثر من نفوذالاذن واما انه ليس للمالک الرجوع في اذنه فلادلالة عليه والمفروض ان عموم(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لايشملها.

واما دلالة النصوص علی جواز عقدالمضاربةفقد استدل علی ذلک بمعتبرة عبدالرحمن ابن ابي عبدالله ففي الوسائل :>مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبَانٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ مَعَهُ الْمَالُ مُضَارَبَةً- فَيَقِلُّ رِبْحُهُ فَيَتَخَوَّفُ أَنْ يُؤْخَذَ- فَيَزِيدُ صَاحِبَهُ عَلَى شَرْطِهِ الَّذِي كَانَ بَيْنَهُمَا- وَ إِنَّمَا يَفْعَلُ ذَلِكَ مَخَافَةَ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ.

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبَانِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع وَ ذَكَرَ مِثْلَهُ <.[[26]](#footnote-26) والرواية معتبرة بکلاطريقيها اماطريق الشيخ فلانه وان کان مشتملاً علی القاسم ابن محمّد، وهو مردد بين القمي والجوهري، الاانه بقرينة نقل الحسين بن سعيد عنه ونقله عن أبان يكون هو الجوهري \_لما وردفي مواردمتعددة في التهذيب والاستبصار من نقل الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمدالجوهري عن ابان بن عثمان\_ وهو ممن يمكن توثيقه بقاعدة وثاقة مشائخ الثلاثة حيث نقل عنه ابن أبي عمير وصفوان بن يحيى وباعتبارانه من المعاريف الذين لم يردفي حقهم طعن وقدح،واما طريق الکليني فهو ان کان مشتملاً علی الارسال لنقل الحسن بن محمدبن سماعة عن غيرواحد الاان مثل هذا الارسال لايضرّ باعتبار السند للاطمئنان بکون بعضهم من الثقات.تقريب الدلالة انها ظاهرة في أنّ للمالك أن يأخذ المال الذي دفعه إلى العامل إذ لاحظ قلة الربح وهذا معناه عدم لزوم المضاربة عليه، وإلّا لم يكن يمكنه أن يأخذه منه، وحيث لا يحتمل فقهياً ولا عقلائياً اللزوم من طرف العامل دون المالك فيثبت الجواز من كلا الطرفين.[[27]](#footnote-27)

وقديناقش في دلالتها علی الجواز بان غاية ماتدل عليه الرواية هوان مال المضاربة معرض لاخذه من ناحية المالک فيزيدالعامل علی الشرط مخافة ان يؤخذ منه المال وهذا لايدلّ علی وجود حق للمالک في الاخذ المذکورفلعله يأخذه قهراً وعدواناً لابحق وقدوردنظيرذلک في الهداياالتي يعطيها المقترض مقرضه مخافة ان يطالب ماله کما في معتبرتي اسحاق بن عمارففي الوسائل في نقل الاولی:> وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى \_اي الکليني عن محمدبن يحيی \_عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُوسَى بْنِ سَعْدَانَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ أَبِي الْعَلَاءِ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ× قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ مَعَ رَجُلٍ مَالٌ قَرْضاً- فَيُعْطِيهِ الشَّيْ‌ءَ مِنْ رِبْحِهِ مَخَافَةَ أَنْ يَقْطَعَ ذَلِكَ عَنْهُ- فَيَأْخُذَ مَالَهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ شَرَطَ عَلَيْهِ- قَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ مَا لَمْ يَكُنْ شَرْطاً.

وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ نَحْوَهُ<.[[28]](#footnote-28)

وفي نقل الثانية :>وَ بِإِسْنَادِهِ\_اي الشيخ باسناده\_ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي إِبْرَاهِيمَ × الرَّجُلُ يَكُونُ لَهُ عَلَى الرَّجُلِ- الْمَالُ قَرْضاً فَيَطُولُ مَكْثُهُ عِنْدَ الرَّجُلِ- لَا يَدْخُلُ عَلَى صَاحِبِهِ مِنْهُ مَنْفَعَةٌ- فَيُنِيلُهُ الرَّجُلُ الشَّيْ‌ءَ بَعْدَ الشَّيْ‌ءِ- كَرَاهِيَةَ أَنْ يَأْخُذَ مَالَهُ حَيْثُ لَا يُصِيبُ مِنْهُ مَنْفَعَةً- أَ يَحِلُّ ذَلِكَ لَهُ قَالَ‌ لَا بَأْسَ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِشَرْطٍ.

وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ مِثْلَهُ ‌ وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: لَا بَأْسَ إِذَا لَمْ يَكُونَا شَرَطَاهُ ‌. فانهما لاتدلان علی جواز مطالبة الدائن دينه شرعاً في موردهما.

کما يناقش في دلالتها علی المدعی بوجه آخروهوان الرواية لاتدل على الجواز لاحتمال أن يكون مراد العامل ابقاء المال عنده لمضاربة اخرى حيث فرض حصول الربح القليل مما يعني انتهاء المضاربة الاولى، فلا دلالة فيها على جواز الرجوع في مضاربة كان قد أنشأ عقدها أوّلا.

واجيب عن المناقشة \_بالوجه الثاني \_في کتاب المضاربة بانّ هذا الاستظهار خلاف ظاهر قوله: (مخافة أن يؤخذ منه)، وكذلك خلاف قوله: (فيزيد صاحبه على شرطه الذي كان بينهما)، فإنّ هذا ظاهر في الرجوع وأنّ المضاربة من أوّل الأمر كانت مطلقة ومستمرة، وإلّا كان الأنسب أن يقال مخافة أن لا يضارب معه مرة اخرى، كما أنّ المضاربة الجديدة لها شرط جديد لا ربط له بالشرط في المضاربة الاولى، فظاهرها جواز رجوع المالك عن المضاربة بالنسبة للمعاملات والتجارة التي لم تحصل بعد في المضاربة الاولى.[[29]](#footnote-29) ،واما المناقشة بالوجه الاول فالظاهرانها تامة فلايمکن الاستدلال بالنص في المقام.

ثم انه لوقلنا بدلالة الرواية علی جوازالمضاربة فلايمکن الاستدلال باطلاقها لجميع الصوروذلک لانها لم تکن واردة في بيان هذا الحکم وانما استفدنامنها الجوازباعتبارانه لولم تکن جائزة لم يکن هناک موجب لخوف الاخذ وغاية مايستفادمنه ان الجوازکان مرتکزاً عندالسائل والامام× لم يردعه عن ذلک فالرواية انما تدل علی الجواز في الجملة فلااطلاق لها لما إذا اشترط اللزوم أو التأجيل، أو كانت مضاربة عقدية، حتی يمكن نفي اللزوم فيهما بها.

واما ***(المطلب الثاني)***\_ امدالجواز وانها جائزة يمکن لکل منهمافسخها مطلقاً اوفيما اذا لم يعمل علی طبقها اوبقيدآخر ؟\_ فقدذکرالسيدالماتن ره انه:>يجوز لكل منهما فسخها سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده قبل حصول الربح أو بعده نض المال أو كان به عروض مطلقا كانت أو مع اشتراط الأجل و إن كان قبل انقضائه< ولابدمن بيان مراده اولاً ثم بيان وجهه اما مراده من العبارة فهوکما في تعليقة عدة من الاعلام قدهم انه يجوزلهما فسخ المضاربة بان يرجع المالک عن اذنه في التصرف في ماله ويمتنع العامل عن العمل في اي وقت کان بالنسبة إلى المعاملات المتأخرة عن المعاملة الواقعة التي ظهر فيها الربح لابالنسبة إلی المعاملات السابقة فانه بالنسبة اليها تکون المضاربة لازمة و الربح الحاصل يكون مشتركا بينهما و ليس المالك ان يفسخ العقد ليأخذ تمام الربح و يدفع للعامل اجرة المثل الاان يثبت له ذلك من جهة أخرى كتخلف العامل عن شرط اشترط عليه.

واما الوجه في جوازالمضاربة بالنسبة الی المعاملات المتأخرة فهو ان نفس الادلة المقتضية لجوازالمضاربة في الابتداء \_ من الاجماع اوالاصل اوالوجوه الاخری تدل علی بقاء الجوازلکونها باقية علی حالها ولم يتحقق مايزيل الجواز ويبدله باللزوم ،نعم يمکن ان يناقش في جريان الاجماع هنا باعتبارانه دليل لبي والمتيقن منه قبل الشروع في العمل اوقبل حصول الربح الا ان يدعی عموم الاجماع علی الجواز، واما سائرالوجوه فهي باقية علی حالها ويضاف اليهما استصحاب بقاء الجواز \_بناء علی جريان الاستصحاب في الشبهات الحکمية\_، واما وجه عدم جوازالفسخ بالنسبة الی المعاملات السابقة التي حصل الربح منها فهوان العقد لما كان محكوما بالصحة و ممضى من الشارع، كان مقتضاه اشتراك المالك و العامل في الربح الحاصل على النسبة المتفق عليها و بمجرد ظهوره، و ليس للمالك ان يفسخ العقد لينزعه منه من غير رضاه فمقتضى اطلاق مادل علی صحة المضاربة وان الربح بينهما علی ماشرطا لزوم ذلك .نعم قد يثبت له ذلك من جهة أخرى كتخلف العامل عن شرط اشترط عليه الا إنه خارج عن محل كلامهم.

***(الجهة الثانية)***\_ حکم اشتراط عدم کون احدهما مالكاً للفسخ او عدم الفسخ خارجاً\_ والبحث في هذه الجهة في انه بعدالفراغ عن جوازعقدالمضاربة بطبعها وکونها من العقودالجائزة فلواشترط فيه عدم فسخ العقد فهل يصح هذا الشرط ويجب الوفاء به او لا؟ وعلی الثاني فهل يکون فساد الشرط موجباً لفساد العقد اولايوجبه وانما لايترتب عليه الاثر؟ وحيث ان مايشترط في العقد تارة هوعدم کون احدهما مالکاً للفسخ واخری هوعدم الفسخ خارجاً لا عدم ملک الفسخ ،وعلی التقديرين قديکون الشرط في نفس عقدالمضاربة وقديکون في عقدآخر جائز کعقد مضاربة اخریاوعقدالعارية اوغيرهما ،اوعقدآخرلازم فمن اجل تحقيق الحال فيها لابدمن البحث في مواضع اربعة (1\_اشتراط عدم ملک فسخ احدهما في نفس عقدالمضاربة،2\_اشتراط عدم الفسخ خارجاً في نفس عقدالمضاربة،3\_اشتراط عدم الفسخ باحدالنحوين في عقدآخرجائز،4\_اشتراط عدم الفسخ باحدالنحوين في عقدآخر لازم)

***اما(الموضع الاول)*** \_اشتراط عدم ملک فسخ احدهما في نفس عقدالمضاربة\_فالمشهور في كلمات الفقهاء أنّ الشرط المذکور باطل ومبطل للعقد،ففي الشرائع:>و لو اشترط فيه الأجل لم يلزم لكن لو قال إن مرت بك سنة مثلا فلا تشتر بعدها و بع صح لأن ذلك من مقتضى العقد و ليس كذلك لو قال على أني لا أملك فيها منعك لأن ذلك مناف لمقتضى العقد. [[30]](#footnote-30) وفي الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية :>و لا يصح اشتراط اللزوم، أو الأجل فيها بمعنى أنه لا يجب الوفاء بالشرط، و لا تصير لازمة بذلك ، و لا في الأجل بل يجوز فسخها فيه عملا بالأصل ، و لكن اشتراط الأجل يثمر المنع من التصرف بعد الأجل إلا بإذن جديد، لأن التصرف تابع للإذن و لا إذن بعده ، و كذا لو أجل بعض التصرفات‌ كالبيع، أو الشراء خاصة، أو نوعا خاصا. و يفهم من تشريكه بين اشتراط اللزوم و الأجل، تساويهما في الصحة، و عدم لزوم الشرط. و المشهور أن اشتراط اللزوم مبطل، لأنه مناف لمقتضى العقد فإذا فسد الشرط تبعه العقد، بخلاف شرط الأجل، فإن مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاص و هو غير مناف ، و يمكن أن يريد المصنف ذلك و إنما شرك بينهما في عدم صحة الشرط مطلقا وإن افترقا في أمر آخر<.[[31]](#footnote-31)

وفي المسالك :> قوله: «و لو اشترط فيه الأجل لم يلزم- إلى قوله- من مقتضى العقد». أي لم يلزم العقد مدّة الأجل، بل يصحّ فسخها قبله، و لكن العقد و الشرط صحيحان، أمّا الشرط ففائدته المنع من التصرّف بعده، لأنّ التصرّف تابع للإذن، و لا إذن بعده، و أمّا العقد فلأنّ الشرط المذكور لم يناف مقتضاه، إذ ليس مقتضاه‌ الإطلاق. و كذا القول في قوله: «إن مرّت بك سنة فلا تشتر» لأنّ أمر البيع و الشراء منوط بأمر المالك، فله المنع منهما بعد السنة، فمن أحدهما أولى. و مثله ما لو عكس بأن قال: «لا تبع و اشتر» و إنّما لم يذكره لأنّ البيع هو المقصود في هذا الباب لجلب الربح و تحصيل الإنضاض. قوله: «و ليس كذلك لو قال: على أنّي لا أملك فيها منعك، لأنّ ذلك مناف لمقتضى العقد». لأنّ مقتضاه أنّ لكلّ من المتعاقدين فسخه، كما هو شأن العقود الجائزة، فإذا شرط ما ينافيه فسد العقد لفساد الشرط <.[[32]](#footnote-32) وفي القواعد:>و لو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد مثل: أن يشترط ضمان المال، أو سهما من الخسران، أو لزوم المضاربة، أو أن لا يبيع إلّا برأس المال أو أقلّ.و لو شرط توقيت المضاربة لم يلزم الشرط و العقد صحيح، لكن ليس للعامل التصرّف بعده<.[[33]](#footnote-33)

وفي الايضاح:> قال دام ظله: و لو شرط ما ينافيه (الى قوله) برأس المال أو أقل. أقول: لأن بطلان الشرط يستلزم بطلان المشروط قالوا انه عقد مع شرط قلنا التراضي انما وقع على هذا الوجه لا بدونه و هو الأصح كالبيع.

قال دام ظله: و لو شرط توقيت المضاربة (إلى قوله) فالوجه صحة الشروط‌ أقول: لعموم قوله عليه السّلام المؤمنون عند شروطهم ولانه غير مناف للمشروع و لا للعقد و قال الشيخ في المبسوط يبطل في شرط البضاعة لأن العامل في القراض لا يعمل عملا بغير جعل و لا قسط من الربح و إذا بطل الشرط بطل القراض و لان قسط العامل يكون مجهولا لان المالك انما جعل العوض بشرط ان يعمل له عملا مجانا فينقص من حصة العامل قدر ما يزيد فيه لأجل البضاعة و هو مجهول، ثم قال رحمه اللّه و لو قلنا القراض صحيح و الشرط جائز لكنه لا يلزم الوفاء به لأن البضاعة لا تلزم القيام بها كان قويا و قال ابن البراج القراض و الشرط فاسدان و الأصح الأول<.[[34]](#footnote-34)

وفي جامع المقاصد :> وجه البطلان: أنّ هذه شروط باطلة، لمنافاتها مقتضى العقد شرعا، فيبطل العقد بها، لأن التراضي المعتبر فيه حينئذ لم يقع إلّا على وجه فاسد، فيكون باطلا.و يحتمل ضعيفا صحة العقد و بطلان الشرط، لأن بطلان أحد المتقارنين لا يقتضي بطلان الآخر.و جوابه: أنّ التراضي في العقد شرط، و لم يحصل إلّا على الوجه الفاسد، فيكون غير معتبر، فيفوت شرط الصحة. قوله: (و لو شرط توقيت المضاربة لم يلزم الشرط و العقد صحيح، لكن ليس للعامل التصرّف بعده). قد سبق تحقيقه في الشركة و إنّما كان العقد صحيحا مع الشرط المذكور، لأنه لم يناف مقتضاه، إذ ليس مقتضاه الإطلاق، بخلاف عدم الضمان بدون التفريط<.[[35]](#footnote-35)

وکيف کان فقد استدل علی بطلان الشرط المذکوربکونه مخالفاً لمقتضی العقد وجعل ذلک موجباً لبطلان العقد ايضاً ولکنه نوقش فيه بانه ليس مخالفاً لمقتضی العقد وعليه فلوقيل ببطلان الشرط فلابد وان يکون له وجه آخر کما انه لوقيل ببطلان العقد من ناحية الشرط المذکورفلابد من توجيهه بوجه آخرفهيهنا مطالب (المطلب الاول) انه اذا کان الشرط مخالفاً لمقتضی العقد فهويوجب بطلان العقد ، (المطلب الثاني)ان شرط عدم ملک الفسخ لايکون مخالفاً لمقتضی العقد،(المطلب الثالث)ان الشرط المذکورفاسدلوجه آخر،(المطلب الرابع)ان الوجه الذي يقتضي فسادالشرط في المقام لايقتضي بطلان العقد

***اما(المطلب الاول)***فقداستدل علی ذلک بانه حيث ان القصد إلى المتنافيين ممتنع، فاذا اشترط في العقد مايکون منافياً لمقتضی العقد فهذا يوجب ان يكون العقد غير مقصود، فلا يصح اي لايشمله ادلة صحة العقود لعدم تحقق انشاء هوموضوع لدليل صحة العقد.

و علل في جامع المقاصد ذلك:>بأن التراضي المعتبر في العقد لم يقع إلا على وجه فاسدفيکون باطلاً وبعبارة اخری أنّ التراضي في العقد شرط، و لم يحصل إلّا على الوجه الفاسد، فيكون غير معتبر، فيفوت شرط الصحة<. [[36]](#footnote-36) وحيث ان هذا الکلام ظاهره انه لا اشکال في العقدالمذکورمن حيث تحقق القصد الی انشائه واعتباره وانما الاشکال في کونه فاقداً لشرط الصحة کما اوضح هذا التعليل في مفتاح الکرامة بقوله :> و معناه أنّه لا يمكن الاستناد في الصحّة إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لأنّ العموم مقيّد قطعاً بما وقعت عليه و ما حصل به التراضي. و العقد هنا قد وقع على الشرط المقارن و بذلك حصل التراضي، فإذا انتفى انتفى التراضي، و هو شرط في الصحّة‌<.[[37]](#footnote-37) وتعليل البطلان بانتفاء الشرط\_الذي هوتعليل بامرعرضي\_ انما يصح لولم يکن هناک سبب ذاتي للبطلان فلذلک ذکرفي المستمسک انه :>کان الأولى تعليله: بأن القصد إلى المتنافيين متعذر، فيكون العقد غير مقصود، فلايصح<. ولکنه يمکن ان يکون مراده من العبارة المذکورة \_بعدفرض ان التراضي المذکور في العبارة ليس هوالتراضي الباطني بل التراضي الانشائي \_ هوان صحة العقد وشمول دليل«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»له يتوقف علی انشاء مضمونه الخاص وفي مواردالشرط المنافي لمقتضی العقد لايتحقق انشاء المضمون الخاص بل ينشأ مالايمضيه الشارع\_ولعله المرادمن قوله >التراضي علی الوجه الفاسد< فلايشمله دليل صحة العقد الا ان الانصاف ان هذاخلاف ظاهرالعبارة والظاهرانه وجه آخر وهو ايضاً تامّ وتوضيحه ان ادلة صحة العقود انما تدلّ علی صحة ما انشأه المتعاقدان ووقع عليه التراضي ولاتدلّ علی صحة ما لم ينشأه المتعاقدان لانها ادلة امضائية ومفادها امضاء مابنی عليه المتعاقدان ولزوم ترتيب الاثرعليه ومن هنا قيل العقودتابعة للقصودوعليه فلوکان التراضي والانشاء وقع علی الوجه الصحيح فالادلة تشمله وتحکم بصحة العقد ، واما لووقع التراضي علی الوجه الفاسد فالذي وقع \_وهوالتراضي علی الوجه الفاسد\_لايمکنه ان يمضيه الشارع ، وما يمکنه ان يمضيه الشارع\_وهوالتراضي علی الوجه الصحيح لم ينشأ حتی يشمله دليل الامضاء ويحکم بصحته، ومن هنا لايمکن تصحيح الاجارة علی ماهوضدّ للواجب الاهم\_کالاجارة علی الحج النيابي مع فرض استطاعة النائب ووجوب حجة الاسلام عليه\_بالالتزام بالترتب لان ما انشأه المتعاقدان وهوالاستئجارللحج النيابي مطلقاً لايشمله دليل وجوب الوفاء بالعقدلکونه مستلزماً لطلب الضدين وما يمکن ان يشمله دليل الامضاء وهوالاستئجارللحج النيابي معلقاً علی عصيان الامربالاهم لم ينشأه المتعاقدان، نعم حيث ان مرجع هذا الوجه تعليل بطلان العقد لفقدان الشرط فلاتصل النوبة اليه لووجد مايکون تعليلاً للبطلان بامرذاتي \_کما هوالحال في مواردالشرط المخالف لمضمون العقد اولمقتضاه\_حيث يوجد فيهما مايکون کذلک وهوعدم قصد مضمون العقد.

***واما(المطلب الثاني)*** فقدعلل بطلان هذا الشرط وابطاله للعقدفي کثيرمن الکلمات بکونه مخالفاً لمقتضی العقد ولکنه استشکل فيه في الجواهروالمستمسک بمنع کون هذا الشرط من منافيات مقتضی العقد ففي المستمسک: >الشرط الواقع في ضمن العقد (تارة): يكون منافياً لمضمون العقد، كما إذا شرط في البيع أن لا يكون للمبيع ثمن، فان قوام المبادلة الطرفان، فلا تكون مع طرف واحد، (و أخرى): منافياً لمقتضاه عرفاً، كما إذا شرط في البيع أن لا يملك المشتري المبيع أو لا يملك البائع الثمن، فان ذلك خلاف ما تقتضيه المبادلة، فإنها تقتضي أن يكون كل من البدلين قائماً مقام الآخر، فاذا كان الثمن ملكاً للمشتري فالمثمن بدله لا بد أن يكون كذلك، و إذا كان المثمن ملكاً للبائع فالثمن بدله كذلك (و ثالثة): أن يكون مخالفاً للكتاب و ان لم يكن مخالفاً لمضمون العقد و لا لمقتضاه، كما إذا اشترطت الزوجة في عقد نكاحها أن يرث أبوها أو أخوها من زوجها، فان ذلك مخالف لما دل على إرث غيرهما من مراتب الإرث. و هذه الأقسام الثلاثة كلها باطلة. أما الأولان: فلامتناع القصد إلى المتنافيين، و لذلك يكون الشرط مبطلا للعقد أيضاً. و أما الثالث: فللأدلة الخاصة، و التحقيق: أنه ليس بمبطل للعقد إذ لا مقتضي لذلك، فعموم الصحة محكم و قد عرفت أن شرط عدم الفسخ‌ ، ليس من أحد المذكورات، و شرط أن لا يكون له الفسخ من قبيل الشرط المخالف للكتاب، لما دل على جواز عقد المضاربة، فيكون باطلا لذلك لا لمنافاته لمقتضى العقد، إذ ليس في عقد المضاربة ما يقتضي عرفاً ملك الفسخ، حتى يكون شرط عدم ملك الفسخ مخالفاً لمقتضى العقد<.[[38]](#footnote-38) وماذکره قده لابأس به الا في تطبيق القسم الثاني(الشرط المخالف لمقتضی العقد)علی ما إذا شرط في البيع أن لا يملك المشتري المبيع أو لا يملك البائع الثمن،فانه مخالف لمضمون عقدالبيع لالمقتضاه والصحيح تطبيق القسم الثاني علی ما اذاشرط في البيع عدم سلطنة المشتري علی المبيع الذي يملکه بالشراء رأساً لا في تصرف خاص.

***واما (المطلب الثالث)***: فالوجه في بطلان هذا الشرط انّه مخالف للشرع على كل حال؛ لأنّ حكم عقد المضاربة بناء علی ماتقدم في الجهة الاولی هوالجوازومالکية کل منهما لفسخها للوجوه المتقدمة(من الاجماع والاصل و کونه مقتضی القاعدة وغيرها)وحيث ان هذه السلطنة ليست حقاً شرعياً امره بيدالطرفين وانما يکون حکماً شرعياً فلامجال للقول بامكان انتقاله بالشرط أو اسقاطه. بل هو حكم شرعي، ومن هنا لا يمكن اسقاطها من قبل المالك إلّابرفع موضوعها وهو الملكية.

***اما(المطلب الرابع)***:فقدذکرالسيدالخوئي ره ان بطلان الشرط انما هومن جهة کونه مخالفاً للکتاب والسنة ولکن مع ذلک هذاالشرط يوجب بطلان المضاربة لاباعتباران الشرط الفاسدمفسدللعقد\_الذي يعم العقودالعهدية و لايختص بالعقودالاذنية\_ بل لنکتة خاصة بالعقودالاذنية ففي المباني : >إذا كان الشرط هو عدم مالكيته للفسخ أو عدم الفسخ خارجا بعد ظهور الربح فقد ظهر لك مما تقدم عدم منافاته للعقد أو إطلاقه بل كونه تأكيدا محضا لمقتضاه لكونه ثابتا قبل الاشتراط. و اما إن كان الشرط هو عدم مالكيته للفسخ أو عدم الفسخ خارجا في محل الكلام- اعني قبل ظهور الربح- فهو خارج عن مقتضى العقد أصلا و إطلاقا إذ الجواز و اللزوم حكمان شرعيان خارجان عن العقد و ليسا من مقتضياته. إذن: فلا مجال للحكم بفساد العقد من هذه الناحية.

و أما من سائر النواحي فقد ذكرنا في طي ابحاثنا الفقهية غير مرة ان الشرط في العقد ليس مجرد مقارنة التزام بالتزام أو أمر آخر و إنما هو نحو ارتباط بين الشرط و المشروط، و هو يكون على نحوين على سبيل القضية مانعة الخلو إذ قد يجتمعان معا.

فقد يكون الشرط بمعنى تعليق المنشأ و نفس العقد على التزام المشروط عليه بشي‌ء بحيث لو لم يلتزم به لما كان الأول منشإ لذلك العقد‌ كاشتراط الزوجة الاستقلال في السكنى أو عدم إخراجها من بلد أهلها فيصح بقبول الآخر و لا يضر مثله لأنه من التعليق على أمر حاصل حال العقد، و يجب عليه الوفاء به لقوله «ص» (المؤمنون عند شروطهم). الا أنه لا يترتب عليه غير إلزامه به إذ التعليق إنما كان على نفس التزامه و قد حصل و لم يكن على الفعل في الخارج.

و قد يكون الشرط بمعنى تعليق التزامه بالمنشإ و الوفاء به على شي‌ء في الخارج، فيكون العقد فيه مطلقا و غير معلق، و إنما المعلق التزامه ووفائه به يرجع هذا في الحقيقة إلى جعل الخيار لنفسه عند فقدان ذلك الوصف المطلوب كاشتراط الكتابة أو العدالة في قبول بيع العبد و قد يجتمعان معا كما إذا اشترط أحد طرفي العقد على الآخر عملا معينا كخياطة ثوب أو كتابة شي‌ء فإنه يكون من تعليق نفس العقد على التزام الآخر بذلك العمل و تعليق التزامه بذلك العقد و الوفاء به على تحقق ذلك العمل في الخارج.

إذا اتضح ذلك فما نحن فيه لا يمكن ان يكون من قبيل الثاني حيث ان المضاربة- على ما عرفت- من العقود الإذنية حيث ليس فيها أي التزام من الطرفين المالك و العامل كي يكون الاشتراط فيها من تعليق الالتزام بشي‌ء فلا محالة يكون الاشتراط من قبيل الأول بمعنى تعليق نفس إذن المالك في التصرف بالمال أو قبول العامل على ذلك.

و حينئذ فتارة يفرض كون المعلق عليه هو اللزوم و عدم مالكيته للفسخ.

و اخرى يفرض كونه هو التزام الآخر بعدم الفسخ خارجا.

ففي الأول فبما ان المعلق عليه غير حاصل في الخارج، باعتبار ان عقد المضاربة عقد جائز حيث ان كلا من المالك و العامل مالك للفسخ بحكم الشارع و لا ينقلب إلى اللازم بالاشتراط يكون هذا العقد تبعا للشرط محكوما بالبطلان، لأن المالك لم يقدم على التجارة بماله على الإطلاق و إنما أذن فيها على تقدير عدم ثبوت ملك الفسخ للآخر و حيث انه ثابت فالمالك لم يأذن فيها. و في الثاني فحيث ان الفسخ فعل سائغ وجودا و عدما، فليس فيه أي محذور إذ الالتزام بعدمه كالالتزام بسائر الأمور المباحة من الخياطة و الكتابة و غيرهما. فحيث لم يكن يجب على المالك أو العامل الفسخ أو عدمه و كان كل منهما سائغا و جائزا في حقه، لم يكن في الالتزام به محذور بل يصح الشرط و العقد معا. إذن: فالصحيح في المقام هو التفصيل بين اشتراط عدم ملك الفسخ فيحكم فيه بفساد الشرط و العقد و بين اشتراط عدم الفسخ خارجا فيحكم بصحتهما<.[[39]](#footnote-39)

وناقش فيه في کتاب المضاربة بوجهين :

(الأوّل): أنّ ما علّق عليه العقد الإذني أي الإذن بالاتّجار ليس هو تحقق الشرط، بل الالتزام بالشرط وقبوله كالعقد العهدي، فإنّه من هذه الناحية لا فرق بينهما، فإنّ الشرط الضمني في العقد ليس تقييداً للعقد ولا العقد معلّق على تحقق الشرط، بل معلّق على قبول الشرط والذي هو فعلي منجّز والالتزام بالشرط وقبوله ممكن ومتحقق حتى في الشرط المخالف للشرع؛ إذ المراد به المسبب الشخصي لا الشرعي، فما هو مفقود صحة الالتزام الشرطي شرعاً وهو اللزوم الشرعي، وليس العقد معلّقاً عليه، وما هو معلّق عليه نفس الالتزام الشرطي بحسب المسبب الشخصي للمتعاقدين، وهو موجود، فلا تعليق في العقد الإذني على تحقق الشرط، كما لا تعليق عليه في العقود العهدية على حدّ سواء، وعدم وجود التزام وتعهد في العقود الإذنية ليكون الوفاء به معلّقاً على الشرط- كما في العقد العهدي- لا يستلزم تعليق نفس العقد الإذني على الشرط، بل غايته صيرورته شرطاً ابتدائياً.

هذا إذا لم يكن يترتب عليه غرض آخر كما في شرط عدم الفسخ، حيث يمكن رجوع الاشتراط المذكور إذا كان من قبل المالك إلى الاستيمان وأنّ تلف المال أو وضيعته يكون على العامل إذا خالف الشرط- كما دلّت عليه الروايات أيضاً-.وهكذا يتّضح أنّه يمكن اناطة العقد الإذني بالشرط، إلّاأنّه ليس متعيناً ولا هو ظاهر الشرط الضمني، بل ظاهره كظاهره في العقود العهدية.

والثاني: ان لازم ذلك الحكم ببطلان المضاربة إذا كان فيه شرط فعل أو ترك ولم يعمله المشروط عليه أو لم يتمكن منه كما إذا اشترط عليه أن يقرأ سورة من القرآن، أو أن يترك التدخين فلم يفعل، فإنّ هذا المبنى لازمه بطلان المضاربة لانكشاف عدم الإذن في فرض تخلّف الآخر، وهذا ما لم يلتزم به هذا العلم ولا غيره.

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

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

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

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

ولكنك عرفت بطلان المبنى، إلّاأنّ من يقبله كالعلم المذكور لابد وأن يلتزم به، بل بناءً عليه يثبت البطلان حتى في شرط عدم الفسخ إذا احتملنا البطلان معه.[[40]](#footnote-40)

ولنا تعليق علی کل من تقريب ابطال هذا الشرط للعقد والمناقشة في التقريب اما التعليق علی المناقشة فبالنسبة الی الوجه الاول منها يقال ان افتراض کون ماعلق عليه الاذن بالاتجارهوالالتزام بالشرط وقبوله لايفيد في تصحيح العقد ودفع شبهة البطلان وذلک لان تعليق الاذن بالاتجارعلی الالتزام بالشرط وقبوله يعني ان التراضي وقع علی الوجه الفاسدفانه بعدماکان الشرط فاسداً کان الالتزام به وقبوله ايضاً فاسداً غيرصحيح عندالشارع ،وقدتقدم في تقريب المحقق الثاني لبطلان العقدبالشرط المنافي لمقتضی العقد انه اذا وقع التراضي علی الوجه الفاسد فلايمکن الحکم بصحة العقد لان الذي قصده المتعاقدان\_ وهوالمضمون المقيد\_لايمکنه ان يمضيه الشارع،ومايمکن ان يمضيه الشارع \_وهوالتراضي بدون القيد\_لم يقصده المتعاقدان فکيف يشمله دليل امضاء العقودومن هنا يقع الاشکال في صحة العقد مع فسادالشرط فيما اذا کان مرجع الاشتراط الی تعليق المضمون العقدي علی الالتزام بامرغيرمشروع، مضافاً الی انه لايمکن ان يکون المعلق عليه التزام المشروط عليه لان عدم ملکية الفسخ ليس فعلاً للمشروط عليه وباختياره حتی يلتزم به .واماالوجه الثاني من المناقشة وهوالايرادالنقضي \_ علی افتراض کون المعلق الاذن في الاتجارالذي هونفس مضمون العقد، والمعلق عليه تحقق الشرط خارجاً\_ فهوتامّ ،واما التعليق علی التقريب الذي ذکره السيد الخوئي ره فهوانه يمکن ان يجعل المعلق علی تحقق الشرط الالتزام بالعقدوالوفاء به بحيث يکون مضمون العقد مطلقاً ولکن الالتزام به معلق علی تحقق الشرط ، فبما ان مضمون العقدوالذي وقع عليه التراضي مطلق فهوقابل للامضاء فيشمله دليل الصحة ، واما انه کيف يمکن جعل الالتزام بالعقدمعلقاً علی تحقق الشرط مع ان المفروض ان المضاربة عقداذني وليس مضمونه مشتملاً علی الالتزام فجوابه ان المضاربة بلحاظ المعاملات الآتية وان کانت جائزة يجوزلکل منهما فسخه الا انه بلحاظ المعاملات السابقة لازم لايجوز فسخه وعليه فمعنی شرط احدهما عدم ملکية الآخرلفسخ العقد هوانه لايلتزم بالوفاء بعقدالمضاربة بالنسبة الی المعاملات السابقة لوکان الآخرمالکاً لفسخ العقد بالنسبة الی المعاملات الآتية، وعليه فلاموجب لبطلان العقد لان مضمونه مقصود للمتعاقدين والتراضي عليه ليس من التراضي علی الوجه الفاسدحتی لايشمله دليل الصحة، واما الشرط فهووان کان فاسداً الاانه لايوجب بطلان العقد واما انه هل يترتب علی هذا الشرط ثبوت الخيارللمشروط له او لا؟فهذا بحث راجع الی مبحث الشروط وقدذکرالشيخ الاعظم ره فيه احتمالين فقال ره : «ثم على تقدير صحة العقد، ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجه، من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فان المانع الشرعي كالعقلي، فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط. و لا فرق في الجهل المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع أو بالحكم الشرعي، و لذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو بفوريته. و لكن يشكل بأن العمدة في خيار تخلف الشرط هو الإجماع و أدلة نفي الضرر، و قد تقدم غير مرة انها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعي إذا لم يعتضد بعمل جماعة، لأن المعلوم إجمالا انه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد، خصوصا إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعي عذرا، فربّ ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها خصوصا الصحة و الفساد، فإن ضرورة الشرع قاضية في أغلب الموارد بان الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك. مع ان مقتضى تلك الأدلة نفي الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر في دفعه، سواء كان الجهل متعلقا بالموضوع أم بالحكم، و إن قام الدليل في بعض المقامات على التسوية بين القاصر و المقصر. فالأقوى في المقام عدم الخيار و ان كان يسبق خلافه في بادئ الأنظار» [[41]](#footnote-41).

الاان الأعلام ممن تأخر عنه حکموابثبوته مطلقا.

قال السيد الماتن قده في حاشية المکاسب: «قد عرفت ان خيار تخلف الشرط على طبق القاعدة، و هي جارية في الشرط الفاسد أيضا> أيضا نعم لازم ما ذكرنا عدم الفرق بين العالم و الجاهل فيجري في العالم أيضا و أيضا لازمه عدم الخيار لو فرض إتيان المشروط عليه بما اشترط عليه إذا كان من الأفعال كأن يشترط عليه شرب الخمر فشرب أو أن يعمل العنب خمرا ففعل و لا بأس بالتزامه فثبوت الخيار إنّما يكون في شروط النتيجة الفاسدة و نحوها و في شروط الأفعال إذا لم يأت بها فتدبّر<. [[42]](#footnote-42)‌

و قال المحقق النائيني قده : «ان مقتضى القواعد في الشرط الفاسد هو الخيار مع صحة العقد». [[43]](#footnote-43)

و قال المحقق الأصفهاني قده في تقريب الاحتمال الاول:>توضيحه: أنّ امتناع الوصول إلى غرضه المعاملي بالاشتراط تارة واقعي قهري كتعذر الشرط، و اخرى اختياري لتخلف المشروط عليه عن العمل بالشرط، و ثالثة امتناع شرعي لفساد الشرط الموجب لنقض غرضه المعاملي، فالملاك و هو الضرر‌ من نقض غرضه المعاملي مشترك بين الجميع».[[44]](#footnote-44)

وفي مصباح الفقاهة : >و التحقيق أن يقال أن دليل الخيار في تخلف الشرط ليس هو الإجماع و لا دليل نفى الضرر و لا شي‌ء آخر، بل الدليل على ذلك انما هو الشرط الضمني أو الصريح و قد عرفت ذلك في خيار الغبن و غيره و توضيح ذلك إجمالا أن كلا من البائع و المشتري إذا اشترط على الأخر شرطا اما صريحا أو في ضمن العقد ثبت للشارط الخيار مع التخلف فان مرجع الاشتراط الى جعل الخيار بداهة أن الشارط إذا اشترط إيجاد فعل على البائع، أو وصفا في المبيع معناه أن التزامي على العقد مشروط بالتزامك على إيجاد الفعل الفلاني أو بظهور المبيع على الوصف الفلاني و إذا تخلف ذلك لا يكون المشروط له ملزما بالالتزام بالعقد و معنى أنه لا يكون ملزما بالالتزام على العقد أن له الخيار في فسخ العقد و إبقائه و عليه ففي المقام أن المشروط له قد اشترط على المشروط عليه إيجاد فعل فاسد و شرط فاسد بحيث لو لم يفعله المشروط عليه ثبت له الخيار و لا شبهة ح في ثبوت هذا الخيار و توهم أن الشرط مخالف للكتاب توهم فاسد، فان الشرط و هو جعل الخيار للشارط ليس مخالفا للكتاب، بل متعلقه مخالف للكتاب كما إذا باع شيئا و الشرط في ضمنه أن يعصر الخمر و الّا فله الخيار فان جعل الخيار ليس مخالفا للكتاب، بل متعلقه كك و قد تقدم صحة جعل الخيار على تقدير ترك فعل الحرام بان اشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يفعل محرما كما هو واضح<.[[45]](#footnote-45)

والذي يحصل من مجموع الکلمات انه لوقلنا بان ثبوت الخيارفي مواردتخلف الشرط علی طبق القاعدة بمقضی الشرط الارتکازي فهوثابت حتی في مواردالشرط الفاسد، ولوقلنا بانه بالاجماع اوبحديث نفي الضررفيمکن القول بالاختصاص بالشرط الصحيح ،وان امکن القول حتی بناء علی الاستناد الی حديث نفي الضررايضاً بالشمول لموارد الشرط الفاسد ايضاً کما اشيراليه في کلام المحقق الاصفهاني ره .

***اما(الموضع الثاني)***\_اشتراط عدم الفسخ خارجاً في نفس عقدالمضاربة\_فالاقوال فيه خمسة (الاول):ان وجودهذا الشرط وعدمه سيان وهذا مقتضى ما صرّحوا به من عدم لزوم الشرط في ضمن العقود الجائزة،و(الثاني):انه شرط صحيح وبه تصيرالمضاربة لازمة وهذا هوالذي اختاره السيدالماتن ره،و(الثالث)القول بصحة العقد والشرط معاً، إلّاأنّ نتيجته وجوب الوفاء به تكليفاًولكن لو فسخ المضاربة صحّ فسخه، وهذا هو الذي اختاره أكثر المحشّين على المتن، و(الرابع):ان هذا الشرط فاسد ولکن العقد صحيح ، و(الخامس): القول ببطلان الشرط وکونه مبطلاً للعقد ايضاً ، وتحقيق الکلام في المسألة يقتضي البحث عن صحة الشرط المذکوراولاً وانه ماهونتيجة الصحة هل هو مجردالحکم التکليفي ،اولزوم المضاربة وضعاً ، ثم يلاحظ ماذکر في وجه فسادالشرط وانه هل يتم او لا؟ وعلی تقديرالتمامية هل يقتضي بطلان العقد او لايقتضيه .

اما ان هذا الشرط صحيح او لا؟فالوجه في صحته انه لايکون مخالفاً لمضمون عقدالمضاربة ولالمقتضاه ، کما لايکون مخالفاً لحکم الشارع لانه بعدما کان الفسخ فعلاً جائزاً غيرواجب لم يکن اشتراطه مخالفاً للحکم الشرعي فيشمله>المومنون عندشروطهم< ويدلّ علی لزوم العمل به اوعلی لزوم عقدالمضاربة وفي قبال ذلک نواجه عدة اشکالات نتيجة کل واحدمنها احدالوجوه والاحتمالات الاخری في المسألة

***(الاشکال الاول****)* : أن>الشرط في العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء< وفي المستمسک :>هذه الدعوى مذكورة في كلام بعض من قارب عصرنا. قال في الحدائق في كتاب الدين: «المشهور أن القراض من العقود الجائزة التي يجوز الرجوع فيها من الطرفين، بل ادعي عليه الإجماع. و على هذا فلو شرط التأجيل فيه لم يلزم. و بذلك صرحوا أيضاً. و كذا كل شرط سائغ». و قال في الرياض في شرح قول ماتنه في كتاب المضاربة «و لا يلزم فيها اشتراط الأجل»: «هذه العبارة تحتمل معنيين .. (إلى أن قال): الثاني: أن الأجل المشترط فيها حيث كان غير لازم بل جائز، يجوز لكل منهما الرجوع، لجواز أصله، بلا خلاف كما مضى، فلن يكون الشرط المثبت فيه جائزاً بطريق أولى». و هذا المضمون ربما يحتمل من كلام جماعة، ففي جامع المقاصد: «قال الشيخ في المبسوط: إذا دفع إليه ألفاً قراضاً على أن يدفع إليه ألفاً بضاعة، بطل الشرط، لأن العامل في المضاربة لا يعمل عملا بغير جعل .. (إلى أن قال): قال الشيخ: و لو قلنا القراض و الشرط جائز لا يلزم الوفاء به، لأن البضاعة لا يلزم القيام بها كان قوياً .. (إلى أن قال في جامع المقاصد): و صرح في التحرير: بأنه لا يلزم الوفاء به، و هو حق، لأن العقد جائز من الطرفين». و يحتمل أن يكون مراده عدم وجوب الوفاء لجواز فسخ العقد فيسقط الشرط، لا مع بقاء العقد. و في جامع المقاصد في شرح قول ماتنه: «و لا يصح التأجيل فيها»- يعني: في الشركة-: «المراد بصحته ترتب أثره عليه، و هو لزومها إلى الأجل و إنما لم يصح لأنها عقد جائز فلو شرط التأجيل كان لكل منهما فسخها متى شاء»، و نحوه في المسالك في شرح قول ماتنه: «و لو شرط التأجيل في الشركة لم يصح».

و يحتمل أن يكون مرادهما أنها جائزة على نحو لا تلزم بالشرط فيكون بطلان الشرط لأجل ما دل على جوازها، لا لأنه شرط في عقد جائز. و لذلك علله في الجواهر بقوله: «لما عرفت من الإجماع على كونها عقداً جائزاً بالنسبة إلى فسخها بالقسمة، فلا يلزم الشرط المذكور فيها» و هذا الاحتمال هو الأقرب، إذ لو كان المراد الأول كان اللازم التعبير بأنها عقد جائز و الشرط في العقد الجائز جائز. (و دعوى): أنه لو كان المراد الثاني كان اللازم بناؤهم على بطلان شرط التأجيل في عقد آخر مع أن بنائهم على صحته. (مدفوعة): بإمكان كون التفصيل بين المقامين مبنياً على أمر آخر اعتقدوه: و حينئذ فكأن هذه الكلية- أعني: عدم لزوم الشرط في العقد الجائز- لا أثر لها في كلام الأصحاب.

قال في القواعد في كتاب القراض: «و هو عقد قابل للشروط الصحيحة»، و في جامع المقاصد: «لا مزية لهذا العقد في ذلك، بل‌ كل عقد قابل لذلك». و الظاهر من الشروط الصحيحة ما يلزم العمل بها و يترتب الأثر على مضمونها و قال في القواعد: «و لو شرط على العامل المضاربة في مال آخر، أو يأخذ منه بضاعة أو قرضاً، أو يخدمه في شي‌ء بعينه، فالوجه صحة الشرط». و في جامع المقاصد: «حكي عن الشيخ بطلان الشرط إذا اشترط في المضاربة أن يدفع إليه ألفاً بضاعة، لأن العامل في المضاربة لا يعمل عملا بغير جعل و لا قسط من الربح، و إذا بطل الشرط بطل القراض ..». و قال في القواعد في كتاب الشركة: «و لو شرطا التفاوت مع تساوي المالين، أو التساوي مع تفاوتهما، فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما، سواء شرطت الزيادة للعامل أو للآخر و قيل: تبطل إلا أن تشترط الزيادة للعامل» و نحوه في الشرائع. فالقائل بالصحة لا يراها منافية لجواز العقد، و القائل بالبطلان لم يستند إلى جواز العقد و عدم صحة الشرط في العقد الجائز، بل استند إلى أمر آخر. و في التذكرة: لو شرط في المضاربة أن يعطيه بهيمة يحمل عليها جاز لأنه شرط سائغ لا ينافي الكتاب و السنة، فوجب الوفاء به، عملا‌ بقوله (ع): «المسلمون عند شروطهم».

و بالجملة: ملاحظة كلماتهم في الشروط في العقود الجائزة- مثل الشركة و المضاربة و العارية و غيرها- و بناؤهم على صحة بعض الشروط فيها و على بطلان البعض الآخر، لأمور ذكروها مع عدم تعرضهم للقاعدة المذكورة، و جعلها منشأ لبطلان بعضها، أو مخصصة بالنسبة إلى الصحيح منها، دليل على عدم بنائهم عليها و ما في بعض الكلمات المتقدمة و نحوها محمول على خلاف ظاهره، أو أنه رأي خاص للقائل نفسه.

نعم قال في الجواهر في هذا المقام: «إنما الكلام في حكمه‌ (يعني: حكم الشرط بالنسبة إلى وجوب الوفاء به و عدمه) فيحتمل الأول، لكن بمعنى الوجوب المشروط بالبقاء على العقد و عدم إنشاء فسخه لكونه حينئذ كنفس مقتضى العقد، إذ هو من توابعه. و بهذا المعنى يندرج في قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «1» .. (إلى أن قال): و يحتمل الثاني، لا بمعنى تسلطه على فسخ العقد، بل على معنى عدم وجوب الوفاء به و إن لم يفسخ العقد: للأصل السالم عن معارضة الآية .. (إلى أن قال): و لعل هذا هو مراد الشيخ و الفاضل في التحرير من المحكي عنهما، لا أن المراد عدم لزوم الوفاء بالعقد باعتبار جواز العقد، و إلا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد، إذ هو كما ترى لا دليل عليه، بل المعلوم خلافه، ضرورة كون الشرط أولى من مقتضى العقد الذي لا يجب الوفاء به و إن لم يفسخ العقد، فان من استودع أو وكل أو أعار أو ضارب- أي جاء بعقد من هذه العقود- لا يجب عليه الوفاء بمقتضى ذلك، فيأخذ الوديعة مثلا، و يفعل كل ما وكل، و يتناول العارية و يأخذ عين مال القراض، فالشرط أولى. و منه يعلم حينئذ أنه هو مراد الشيخ و الفاضل فيما ذكراه من عدم لزوم الوفاء به. و هو لا يخلو من قوة».

و ما ذكره (قده) من أنه مراد الشيخ و الفاضل في التحرير غير ظاهر، فان الشيخ (قده) قد علل البطلان بما ذكر، ثمَّ علل الجواز: بأن البضاعة لا يجب القيام بها و ظاهره أن الوجه في الجواز امتناع وجوب البضاعة، لا كون الشرط في عقد جائز، و الفرق بين البطلان و بين الجواز الذي اختاره: أن مقتضى البطلان أن لو جاء المشروط عليه بالشرط استحق العوض، كما هو الملاك في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، بخلاف الجواز، فإنه لا يستحق كما لو فعل ما وعد به، فإنه لا يستحق على الموعود عوضا. و أما العلامة في‌ التحرير فلم يعلم منه الوجه في عدم وجوب الوفاء به، و من القريب أن يكون هو الوجه فيما ذكره الشيخ، و إلا فقد ذكر جملة من الشروط في عقد المضاربة و غيره و صححها و لم يتعرض فيها لما ذكر، فلو كان الشرط في العقد الجائز لا يجب الوفاء به و إن لم يفسخ العقد لم يكن وجه للبناء على صحة الشروط الأخرى المذكورة في كتابي الشركة و المضاربة و غيرهما. و بالجملة:فكلمات الأصحاب خالية عن التعرض لهذه القاعدة، و يظهر منهم عدم البناء عليها، و لزوم العمل بالشروط و إن كانت في عقد جائز، و العبارات السابقة لا بد من حملها على غير هذا المعنى، و إلا لم يكن وجه لبنائهم على صحة جملة من الشروط المذكورة في العقود الجائزة، و تمسكهم على صحتها بلزوم الوفاء بالعقود و الشروط. فلاحظ ما تقدم عن القواعد من قوله في كتاب القراض: «و هو عقد قابل ..»، و ما تقدم في شرحه من جامع المقاصد<.[[46]](#footnote-46)

و كيف فقداستدل علی هذه الدعوی بوجوه ***(الاول)***: ما اشيراليه في عبارتي الرياض والجواهرمن أنّ العقد إذا كان غير واجب الوفاء، فالشرط في ضمنه كذلك بطريق أولى‏ ، وفيه : انه لاشاهد عليه وجوازکل من العقدوالشرط ولزومه تابع لدليله وحيث انه لاملازمة بينهما لامکان اختلاف العقدوالشرط من حيث الجواز واللزوم فلايکون جوازالعقد دليلاً علی جوازالشرط وعدم لزومه وفي المباني : :ان هذه الدعوی صدى محض لا واقع لها، إذ لا مانع من كون وجوب الوفاء بالشرط مشروطا بأمر جائز كما هو الحال في أكثر الواجبات المشروطة كالسفر بالنسبة إلى القصر في الصلاة أو قصد الإقامة بالنسبة إلى التمام فإنه و في حين انه لا يجب السفر يجب القصر على تقديره فللمكلف ان يبقى السفر فيجب عليه القصر و له ان ينهاه و يرجع إلى أهله فينتفي موضوعه.و من هنا فلا ملازمة بينهما و لا أولوية.و عليه ففي المقام فللمكلف ان يلغي العقد فينتفي الشرط و له ان يبقيه فيجب عليه الوفاء به، فإبقاء العقد و ان لم يكن واجبا، الا انه على تقدير إبقائه يجب الوفاء بالشرط<. [[47]](#footnote-47)

و***(الثاني)*** : أن دليل الجواز يدل على جواز العقد بتوابعه و الشرط من توابعه. وهذا يظهرمن عبارة المسالك حيث ذکرذيل قول المحقق ره (و لو قيل بصحتهما (يعني:- صحة المضاربة و صحة الشرط) كان حسناً):>و القراض من العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به، فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده، لأن الشرط كالجزء من العقد فلا يزيد عليه».[[48]](#footnote-48)

وفيه : ان دليل جوازالعقد سواء کان هوالاجماع اوغيره من الوجوه المذکورة في الجهة فهومختص بالعقد و لايشمل الشرط المذکورفيه فهومشمول لدليل المومنون عندشروطهم من دون ان يوجد في قباله مايقتضي عدم لزومه.

و***(الثالث)*** : أنه لو لزم الالتزام بالشرط مع عدم الالتزام بالعقد للزم الالتزام به و لو مع فسخ العقد، و لا قائل به.

و فيه: انه لاملازمة بينهما لان موضوع اللزوم في دليل لزوم الشرط حيث انه الشرط في ضمن العقد لامطلق الشرط فالحکم الثابت له وهواللزوم يختص بما كان العقد باقياً، واما اذا فسخ العقد فقدارتفع الشرط ضمن العقدالذي هوموضوع اللزوم فلامعنی لبقاء حکمه .

و***(الرابع)*** : ان جواز الشرط مقتضى الأصل ففي الجواهر :>ويحتمل الثاني، لا بمعنى تسلطه على فسخ العقد، بل على معنى عدم وجوب الوفاء به و إن لم يفسخ العقد: للأصل السالم عن معارضة الآية المرادمنها العقوداللازمة ، لظهور الأمر فيها بالوجوب المطلق و كذا‌ قوله: «المؤمنون عند شروطهم»‌ المراد منه بيان صحة أصل الاشتراط، و أما اللزوم و عدمه فيتبع العقد الذي تضمن الشرط، فإن كان لازما وجب الوفاء بالشرط، لكونه حينئذ من توابع العقد، و الا لم يجب بل يكون حينئذ شبيه الوعد<. [[49]](#footnote-49)

وفيه :انه لامجال للرجوع الی الاصل مع وجوددليل اجتهادي کما في المقام حيث ان الآية وان لم تشمل المقام لان المفروض کون العقد جائزاً فهوخارج عن الآية بالتخصيص \_لالاختصاص الآية بالعقوداللازمة \_ولکن قوله «المؤمنون عند شروطهم» يشمل المقام لانه يدل علی لزوم الوفاء بکل شرط وانما خرج منه الشرط الابتدائي فباقي الشروط ومنها الشرط ضمن العقودالجائزة يجب الوفاء بها وفي المستمسک في الاشکال علی هذا الوجه: >و فيه: أن وجوب الوفاء بالعقد أو الشرط لا يراد منه الوجوب التكليفي، بل‌ الإرشادي إلى نفوذ العقود و الشروط، و كذلك وجوب الوفاء بالنذر فالشك في الحقيقة في اللزوم و الجواز يرجع إلى الشك في جواز الفسخ و عدمه، و الأصل عدم ترتب الأثر على الفسخ<.[[50]](#footnote-50) وهذا مبني علی ما اختاره من کون الشرط موجباً لتمليک المشروط للمشروط له والافلوقلنا بان مفاددليل صحة الشرط هوالحکم التکليفي فقط فالشک في اللزوم والجوازلايرجع الی الشک في نفوذ الفسخ وترتب الاثرعليه .

وهناک ***(وجه خامس)*** لهذه القاعدة ذکره بعض الاعلام في کتاب المضاربة حيث قال في الايراد علی مااختاره اکثر معلقي العروة مستدلاً بدليل المؤمنون عندشروطهم :>وهذا الاستدلال مبني على قبول شمول أدلّة وجوب الوفاء للشروط ضمن العقود الإذنية التي لا تتضمن التزاماً عهدياً، مع أنّ الصحيح خلافه، فإنّ الجنبة والحيثيّة الإذنية ليست التزاماً، والشرط اسم للالتزام العهدي أو ما يكون مرتبطاً به وشرطاً له.

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

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

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

والأوّل مطلق ليس معلّقاً على تحقق الشرط، وإنّما يكون منوطاً ومبنياً على الالتزام بالشرط وقبوله.

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

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

نعم، لو قلنا بأنّ كل شرط واجب الوفاء خرجنا عنه بالاجماع ونحوه في موارد الشروط الابتدائية غير المقرونة مع عقد حتى عقد إذني أمكن دعوى وجوب الوفاء بالشرط في ضمن العقود الإذنية أيضاً، إلّاأنّ هذا المبنى غير صحيح، وإنّما الصحيح أنّ أدلّة الشروط لا إطلاق لها لغير الشروط الضمنية للالتزامات والتعهدات الالزامية، بمعنى ما يكون بنفسه التزاماً وتعهداً بعلقة قانونية ملزمة أو شرطاً مربوطاً بالالتزامات والتعهدات.

وهذا هو الوجه الفنّي لما ذكروه من أنّ الشروط في العقود الإذنية لا تكون واجبة الوفاء، وقد صرّح به جملة من الفقهاء كالشيخ والعلّامة وغيرهما على ما ذكره صاحب الجواهر وقوّاه، ونسبه السيد الماتن في هذه المسألة إلى المشهور<.[[51]](#footnote-51)

يلاحظ علی ماذکربامور ثلاثة :

(الاول) ان معنی الشرط ليس هو الا الربط والقرار الشامل للوعدالابتدائي کما هوالمناسب لاصله \_الذي هوکون الشيء علامة للآخر\_ومن هنا قال بعض علی مافي لسان العرب:> و منه الاشْتِراط الذي يَشْتَرِطُ الناسُ بعضُهم على بعض أَي هي عَلامات يجعلونها بينهم، و لهذا سميت الشُّرَط لأَنهم جعلوا لأَنفسهم علامة يُعْرَفون بها<.[[52]](#footnote-52) فلوکنا وقولهم ^المؤمنون عندشروطهم لالتزمنا بوجوب الوفاء بکل شرط حتی الشرط الابتدائي غاية الامر خرج الشرط الابتدائي عن دليل وجوب الوفاء بالاجماع والتسالم واما الشرط والقرار الذي لايکون ابتدائياً بل وقع ضمن قرارآخر\_سواء کان عقداً اوايقاعاً وعلی الاول سواء کان عقداً لازماً اوعقداً جائزاً\_فيحکم بوجوب الوفاءبه اخذاً باطلاق المؤمنون عندشروطهم.

و(الثاني) انه لوسلم ان الشرط الذي هوموضوع وجوب الوفاء هوخصوص الشرط ضمن العقدوان الشرط ضمن العقد ليس مجرد وقوع الشرط عند انشاء العقد ومقارناً معه زماناً، بل هناك ارتباط واشتراط بين العقد و الشرط، ولکن هذا الارتباط کماذکره السيدالخوئي ره ووافقه المناقش يکون علی احدالنحوين علی نحومانعة الخلواما تعليق مضمون العقد علی التزام المشروط عليه بامراوتعليق الالتزام بالعقدعلی وجودفعل اووصف والعقودالاذنية وان لم تکن متضمنة للالتزام ولذلک لم تکن قابلة للتعليق الثاني ولکنها قابلة للتعليق علی النحوالاول بان کان مضمون العقد معلقاً علی التزام المشروط عليه بامروحيث ان الالتزام المذکورحاصل حين العقد فلايجري فيه اشکال التعليق المبطل للعقود.

و(الثالث) ان العقودالاذنية ومنها عقدالمضاربة وان لم يکن فيها التزام بالنسبة الی مايأتي من العمل الا انها حيث تکون لازمة بالنسبة الی بعدتحقق العمل فبملاحظة هذا اللزوم يتصورفيه تعليق الالتزام بالعقد علی امروجودي اوعدمي فتکون نتيجته جعل الخيار للمشروط عليه وهذا الاشتراط وجعل الخيارمناسب للاغراض العقلائية فاذا فرض ان ربح التجارة في بعض الشهورقليل دون اجرة المثل وفي بعض الشهوراکثرمن اجرة المثل بمقدارکثير وتعاقدا علی المضاربة بمدة سنة فيشترط عامل المضاربة علی مالک رأس المال عدم فسخه للمضاربة بالنسبة الی المعاملات الآتية حتی يزيدحصته من ربح المجموع بحيث لوفسخ المالک المضاربة بالنسبة الی المعاملات الآتية التي تکون الربح فيها کثيرلايکون العامل ملتزماً ببقاء المضاربة بالنسبة الی المعاملات السابقة بل يفسخ المضاربة ويرجع الی اجرة المثل .

***(الاشکال الثاني)***ان هذا الشرط باطل دون العقد المشتمل عليه باعتبار انه مخالف لما حکم به الشارع من سلطنة الطرفين علی فسخها و***(الاشکال الثالث)***انه باطل ومبطل للعقد باعتبارکونه منافياً لمقتضی العقد\_کما وردفي عدة من الکلمات\_ والجواب عنهما واضح علی ضوء المباحث السابقة.

***(الاشکال الرابع****)*:ان هذا الشرط صحيح ولکنه يوجب لزوم العقد لامجرد الحکم التکليفي وهذا ماذهب اليه السيد الماتن ره حيث قال :> نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله بل هو الأقوى لوجوب الوفاء بالشرط ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور بل العقد أيضا لأنه مناف لمقتضى العقد و فيه منع بل هو مناف لإطلاقه و دعوى أن الشرط في العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء ممنوعة نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط و إلا فما دام العقد باقيا يجب الوفاء بالشرط فيه و هذا إنما يتم في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ مثل المقام فإنه يوجب لزوم ذلك العقد<

وهذاالاشکال يمکن تقريبه بوجهين (الاول): ان الشرط مطلقاً يوجب ملکية المشروط له للمشروط وخروجه عن ملک المشروط عليه فاذا اشترط علی المالک عدم الفسخ خارجاً فهذا يوجب خروج الفسخ عن ملکه فلايصح لوتحقق خارجاً ، و(الثاني) ان خصوص شرط عدم الفسخ يوجب خروج الفسخ عن ملک المشروط عليه وان لم نقل بکون الشرط موجباً لخروج المشروط من ملک المشروط عليه اما (الوجه الاول) فهذا المبنی هوالذي اختاره جمع من المحققين منهم السيدالحکيم ره حيث صرح بذلک في المستمسک في مواردکثيرة منها في ج‌10 ص: 288-291 ومنها في ج‌11، ص: 102 ومنها في ج‌13، ص: 178-180 حيث قال :في التعليق علی عبارة الماتن (و دعوى: أن الشرط لا يفيد تمليك العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله (1)، بل أقصاه التزام من عليه الشرط بالعمل و إجباره عليه، و التسلط على الخيار بعدم الوفاء به (مدفوعة) بالمنع من عدم إفادته التمليك. و كونه قيداً في المعاملة، لا جزءا من العوض يقابل بالمال، لا ينافي إفادته لملكية من له الشرط إذا كان عملا من الاعمال على من عليه :> تقدمت هذه الدعوى من الجواهر، و وافقه عليها المصنف (ره) في حاشيته على خيار المجلس من مكاسب شيخنا الأعظم (قده) في مسألة ما إذا اشترط أحد المتعاقدين عدم الفسخ، فقد ذكر أن التحقيق أن الشرط لا يثبت أزيد من الحكم التكليفي، بل التزم في النذر ذلك أيضاً، رد في ذلك على ما ذكره شيخنا الأعظم (قده) فيما لو اشترط عدم الفسخ من أنه يحتمل قوياً عدم نفوذ الفسخ، لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه و عدم سلطنته على تركه، كما لو باع منذور التصدق به، على ما ذهب اليه غير واحد، فمخالفة الشرط- و هو الفسخ- غير نافذة في حقه، ثمَّ قال: «و يحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار ..».

و عبارة شيخنا ليست صريحة في حصول الملك، بل و لا ظاهرة، لكنها صريحة في أن الشرط مانع من سلطنة المشروط عليه على تركه من أجل أن وجوب الوفاء بالشرط موجب ذلك.

هذا و لكن المفهوم عرفاً من شرط الفعل هو الملكية، فإن عبارة الشرط و إن كانت مختلفة (فتارة) يكون المشروط له هو المنشئ للشرط فيقول: و أشترط عليك أن لا تفسخ، أو: عليك أن لا تفسخ. أو: ولي عليك أن لا تفسخ، أو نحو ذلك. (و أخرى) يكون المشروط عليه هو المنشئ للشرط فيقول: و اشترط أن لا أفسخ، أو علي أن لا أفسخ، أو لك علي أن لا أفسخ، أو نحو ذلك. و مرجع الجميع الى معنى واحد‌ مهما اختلفت العبارات، فاذا كان ظاهر قول المشروط له: و لي عليك أن لا تفسخ، هو التمليك، لأن الظاهر من اللام أنها لام الملك، كما إذا قال لي على زيد درهم، فإنه دعوى الملكية، أو قال: لزيد علي درهم، فإنه اعتراف بالملكية، فاللام في قول المشروط له: لي عليك أن لا تفسخ، كذلك، و كلما اللام في قول المشروط عليه: لك علي أن لا أفسخ.

(و دعوى): أن اللام في قول المشروط عليه: لك علي أن لا أفسخ متعلقة بقوله: التزمت- يعني التزمت لك أن لا أفسخ- فتكون اللام لام الصلة لا لام الملك، و يكون الظرف لغواً لا مستقراً (مدفوعة): بأن هذا الاحتمال لا يجي‌ء في قول المشروط له: و لي عليك أن لا تفسخ، إذ لا معنى لقوله: التزمت لي عليك أن لا تفسخ، فاذا لم يصح تقدير الالتزام فيه و جعل الظرف لغواً لم يصح ذلك في قول المشروط عليه:و لك علي أن لا أفسخ، لما عرفت أن مفهوم جميع الجمل واحد مهما اختلفت العبارات.

و على هذا فاذا كان عدم الفسخ مملوكاً للمشروط له كان تحت سلطان مالكه و خرج عن سلطان المشروط عليه، فيكون الفسخ كذلك لأن نسبة القدرة إلى الوجود و العدم نسبة واحدة، فإذا لم يكن المشروط عليه قادراً على الفسخ لم يصح فسخه و إلا كان خلفاً.

و لو فرض عدم ظهور اللام في لام الملك أمكن إثبات الملكية بإثبات لوازمها، مثل جواز المطالبة به، و جواز الإجبار عليه، و جواز السكوت عنه، و جواز إسقاطه، فإن الأمور المذكورة لا تتناسب مع التكليف البحت.

و من ذلك يظهر الاشكال فيما حكاه في المتن من الجمع بين دعوى نفي الملكية و جواز الإجبار. هذا كله في الشرط، أما النذر فالحكم فيه أظهر، لوجود اللام صريحاً في صيغة النذر: للّه علي أن أفعل كذا، أو لا أفعل كذا» و هي ظاهرة في الملكية، فيكون مفاد النذر تمليك الله سبحانه الفعل على الناذر. و احتمال أن يكون الظرف لغواً و اللام متعلقة بقوله: التزمت للّه تعالى، خلاف الأصل في الظرف، فاذا قال القائل: زيد في الدار، و دار الأمر بين أن يكون الظرف لغواً و التقدير زيد نائم في الدار أو آكل في الدار أو نحو ذلك، و بين أن يكون الظرف مستقراً و التقدير: زيد كائن في الدار فالأصل يقتضي الثاني و لا مجال للبناء على الأول إلا بقرينة خاصة. و على هذا إذا نذر الإنسان أن لا يبيع أو لا يتزوج، فباع أو تزوج كان البيع و التزويج باطلين، لعدم قدرته على ذلك، على نحو ما ذكر في الشرط. فلاحظ<.

وهذا الوجه يرد عليه منع المبنی باعتبارانه لامجال لاستفادة التمليک لامن صيغة الشرط بحسب ما يفهم منها العرف ولامن ثبوت آثارالملکية لان تلک الآثاربعضها ثابتة ولکنها ليست ملازمة للملکية بل يجمتع مع الحکم التکليفي لان الحکم التکليفي اذا کان مجعولاً باعتبارحق احد اي بملاحظة نفعه فهوقابل للاجبار وقابل للسکوت عنه وبعضها الآخروهوجوازالاسقاط غيرثابت للشرط .

وکيف کان فالسيدالحکيم ره \_مع التزامه بهذا المبنی\_ ناقش في تطبيقه في المقام حيث قال في التعليق علی کلام السيدالماتن >إذا كان وجود العقد شرطاً في لزوم العمل بالشرط امتنع أن‌ يكون لزوم العمل بالشرط مقتضياً لوجود العقد و مانعاً من فسخه، لما تحرر في محله من أن الوجوب المشروط لا يقتضي وجود شرطه. و بالجملة:شرط عدم فسخ العقد يمتنع أن يكون موجباً للزوم العقد و امتناع فسخه، لأن لزوم عدم الفسخ يتوقف على وجود العقد، فلا يتوقف عليه وجود العقد. و من ذلك يظهر بطلان شرط التأجيل في جميع العقود الجائزة، كالشركة، و المضاربة، و الوكالة، و غيرها، لأن شرط التأجيل راجع الى شرط عدم الفسخ إلى الأجل، و قد عرفت بطلانه<.[[53]](#footnote-53)

واجاب عنه السيدالخوئي ره بما في المباني من >ان توقف وجوب العمل بالشرط على بقاء العقد ليس مستندا إلى دليل خاص من إجماع أو نص أو غيرهما و إنما هو من جهة قصور الشرط بنفسه عن إثبات الأزيد من ذلك، فان‌ المتفاهم العرفي من اشتراط شي‌ء على الغير في المعاملة هو العمل بالشرط ما دام العقد باقيا و لذا لو فسخ العقد بخيار المجلس أو غيره لم يجب على المشروط عليه العمل بالشرط بدعوى انه يجب الوفاء به، و كذا لو اشترطت المرأة على الرجل النفقة في النكاح المنقطع فان المتفاهم العرفي في جميع ذلك هو العمل بالشرط ما دام العقد باقيا، بلا فرق في ذلك بين عقد المضاربة و غيره. هذا كله إذا كان الشرط عملا خارجيا و أما إذا كان الشرط هو عدم الفسخ حيث انه لا معنى لأن يكون متوقفا على بقاء العقد إذ لا معنى للقول بان عدم الفسخ متوقف على بقاء العقد، وجب العمل على وفق ذلك الشرط و الوفاء به مباشرة. و ملخص الكلام: ان المستفاد من قوله (ص) «المؤمنون عند شروطهم» هو وجوب العمل بكل شرط سائغ و ممكن بقول مطلق.نعم قد يكون وجوب العمل ببعض الشروط مشروطا ببقاء الموضوع من جهة المتفاهم العرفي، الا ان ذلك لا يعني توقف وجوب الوفاء على بقاء العقد دائما. إذن: فما ذكر من التفصيل لا يمكن المساعدة عليه و الصحيح هو القول بصحة الشرط على التقديرين<. [[54]](#footnote-54)

والصحيح في الجواب عن اشکال السيدالحکيم ره هوانه لايلزم الدوروذلک لتعدد الموقوف والموقوف عليه فان الذي يتوقف عليه وجوب الوفاء بالشرط هووجودالعقد حدوثاً الی زمان الوفاء وکون الشرط واقعاً في ضمنه \_في مقابل الشرط الابتدائي\_ ومايتوقف علی وجوب الوفاء بالشرط ويکون وجوب الوفاء بالشرط مقتضياً له هووجود العقد بقاء فاين الدور؟واما الجواب الذي ذکره السيدالخوئي ره فيلاحظ عليه بان وجه توقف لزوم الوفاء بالشرط هوان موضوع وجوب الوفاء کون الشرط في ضمن العقد \_في مقابل الشرط الابتدائي\_ اما بالتضيق القهري \_لوقلنا باختصاص الشرط مفهوماً بالالتزام الثابت ضمن التزام آخر\_ اوبالتخصيص بالاجماع ومثله،فليس مبنى هذه الاناطة هو المتفاهم العرفي ليقال بأنّه يختلف باختلاف الشروط وانه انما يتم فيما اذا کان الشرط عملاً خارجياً ، بل الوجه فيه هوتوقف ذاتي لتحقق المقيد بماهو مقيد علی وجودالقيد ولافرق فيه بين شرط وآخر ولهذا لا يجب الوفاء بأي شرط آخر غير شرط عدم الفسخ إذا فسخ العقد الجائز.

و(الوجه الثاني): ما لعله المراد مما ذکره السيدره في المقام وهوان دليل المومنون عندشروطهم لا يراد منه الوجوب التكليفي ابتداء، بل‌ هوارشادإلى نفوذ الشروط وصحته وترتب الآثارعليه کما هوالحال في دليل اوفوا بالعقود،فاذا کان الشرط فعلاً خارجياً فحيث انه لامعنی لصحته وترتب الآثارعليه فلامحالة يکون معنی نفوذ الشرط هولزوم العمل به تکليفاً واما اذا کان فعلاً انشائياً فلواشترط وجوده فمقتضی دليل وجوب الوفاء بالشرط نفوذه وصحته وضعاً ولواشترط عدمه فمرجعه إلى عدم نفوذه وعدم صحته وبعبارة اخری عدم ملک المشروط عليه اياه وحيث ان المشروط في المقام عدم الفسخ وهوفعل انشائي فوجوب الوفاء به يعني عدم صحة الفسخ فلا يكون فسخه نافذاً، وهذا لافرق فيه بين ان يکون الشرط المذکورضمن نفس العقداوكان في ضمن عقد آخر لازم أو جائز.

وهذا التقريب ايضاً يجاب عنه بعدم قبول مبناه كبروياً وذلک لانه بعدما کان المشروط فعلاً اختيارياً للمشروط عليه کان مفادالشرط التزام المشروط عليه بذاک الفعل بحيث أنّ شرط ترك فعل انشائي يستلزم ممنوعيته، وبالتالي بطلانه، فإنّ هذا لا يمكن أن يستفاد لا من أدلّة «المؤمنون عند شروطهم» ولا من غيره بل غايته القول بوجوب الفعل أو الترك المشروط تكليفاً بلافرق بين ما اذا کان الشرط فعلاً خارجياً اوفعلاً انشائياً.

هذا مايرتبط بالموضع الثاني وحاصل ماذکرفيه ان الصحيح هو ماعليه اکثرمعلقي العروة قدهم من کون هذا الشرط صحيحاً يجب الوفاء به مادام العقد موجوداً من غيران يؤثر في لزوم العقد.

***(الموضع الثالث):\_*** اشتراط عدم الفسخ باحدالنحوين في عقدآخرجائز\_ ماهوحکم هذا الاشتراط علی ضوء الوجوه المذکورة للصحة والبطلان في الموضعين الاولين؟

اما اشتراط عدم مالکية احدهما لفسخ العقد فالوجوه المحتملة في الموضع الاول \_کون هذا الشرط مذکوراً في نفس عقدالمضاربة\_ کانت ثلاثة 1-کونه منافياً لمقتضی العقد\_کما هوواردفي کلمات المتقدمين\_،2\_کونه مخالفاً للحکم الشرعي من دون ان يکون موجباً لبطلان العقد،3\_کونه مخالفاً للحکم الشرعي مع کونه موجباً لبطلان العقد\_لکونه موجباً لتقييدالاذن علی ماقربه السيدالخوئي ره\_اما الوجه الاول فهو\_اي کون الشرط منافياً لمقتضی العقد\_وان کان موجباً لبطلان نفس الشرط في هذا الموضع ايضاً ولکن کونه مبطلاً للعقد حيث ان وجهه هوامتناع قصدالمتنافيين وعدم تحقق قصدمضمون العقد مع وجودهذا الشرط فهذا انما يجري فيما اذا ذکرالشرط المذکورضمن نفس عقدالمضاربة ،واما لوذکرضمن عقدآخرفلايکون مانعاًعن قصدالمضاربة المنشأة بالعقدالسابق بل حيث ان عقدالمضاربة المنشأ سابقاً کان واجداً للشرائط وکان قد قصدمضمونها حال انشاء العقد فهومحکوم بالصحة کما لايؤثرفي بطلان العقدالذي هومحل الشرط، نعم لوکان العقدالآخرالذي وقع الشرط المذکورضمنه مقارناً مع عقدالمضاربة زماناً فهذا الشرط ضمن العقدالآخرمانع عن قصدمضمون المضاربة، واما الوجه الثاني\_کون الوجه في بطلان الشرط هومخالفة الشرط للحکم الشرعي فهوکما يوجب بطلان الشرط المذکور اذا ذکرضمن نفس عقدالمضاربة من دون ان يقتضي بطلان العقد فکذلک الحال فيما اذا ذکرضمن عقدآخر جائز،واما الوجه الثالث\_کونه مخالفاً للحکم الشرعي مع کونه موجباً لبطلان العقد\_لکونه موجباً لتقييد الاذن علی ماقربه السيدالخوئي ره\_ فهوکما يجري فيما اذا ذکرالشرط ضمن عقدالمضاربة کذلک يجري فيما اذا ذکرضمن عقدآخرلان الاذن الحاصل بعقدالمضاربة وان کان مطلقاً حدوثاً الا انه لما کان امرالاذن حدوثاً وبقاء بيدالمالک فاشتراط عدم الملک للفسخ بقاء يوجب تقييدالاذن بقاء فيوجب بطلان المضاربة بقاء بل يوجب بطلان العقدالجائز الذي ذکرالشرط ضمنه لان مقتضی ذکرالشرط ضمنه تعليق المضمون العقدي علی ذاک الشرط وهذا يعني انه لا اذن في غير موردالقيد،ولکن الصحيح ان هذا الوجه انما يقتضي بطلان العقدالذي وقع الشرط ضمنه لا بطلان عقدالمضاربة لان امرالاذن حدوثاً وبقاء وان کان بيدالمالک ويمکن للمالک تقييداذنه بقاء مع فرض حدوثه علی نحوالاطلاق الاان مجرداشتراط عدم ملک الفسخ لايعني تقييد الاذن في الاتجارالذي هومضمون عقد المضاربة الا مع وجودقرينة علی ذلک وانمايعني تقييدالاذن الذي هومضمون ذاک العقدالآخر.

واما اشتراط عدم الفسخ خارجاً ضمن عقدآخرجائز فالوجوه المحتملة في الموضع الثاني \_کون هذا الشرط مذکوراً في نفس عقدالمضاربة \_ کانت خمسة فلوقلنا في الموضع الثاني بعدم صحة الشرط المذکوروانه لا اثرله وان وجوده وعدمه سيان لانه لايجب الوفاء بالشرط ضمن العقدالجائز فحينما يذکرالشرط ضمن عقدآخرجائز ايضاً لايترتب عليه اثرلنفس الوجه ، ولوقلنا بصحة الشرط المذکور\_فيما يذکرضمن عقدالمضاربة\_وانه موجب للحکم التکليفي فقط\_اي يجب الوفاء بالشرط مادام العقد باقياً\_ کما عليه اکثرمعلقي العروة فيکون الحکم کذلک فيما يذکرضمن عقدجائزآخر،ولوقلنا بصحة الشرط المذکور وانه يوجب لزوم العقدوعدم نفوذ الفسخ\_فيما يذکر ضمن عقدالمضاربة\_ باعتباران الشرط يقتضي تمليک المشروط للمشروط له علی المشروط عليه فهذا الاثريترتب علی الشرط المذکورضمن عقدجائزآخرولکنه بما ان التمليک المذکورجاء من ناحية الشرط ضمن العقدونفس هذا العقدالذي ذکرالشرط فيضمنه لم يصرلازماً لعدم موجب لذلک بل هوباق علی جوازه فمادام هذا العقدباق علی حاله لاينفذ فسخ عقدالمضاربة لخروج الفسخ عن ملک المشروط عليه بالفسخ واما اذافسخ العقدالآخرفالشرط المذکورانقلب الی الشرط الابتدائي \_اي الشرط غيرالمرتبط بقرارآخر\_فلايبقی اثره،ولوقلنا بان الشرط المذکور\_حينما يذکرضمن عقدالمضاربة\_باطل بنفسه من دون ان يکون موجباً لبطلان العقدباعتبارانه مخالف للحکم الشرعي فقط کان حاله کذلک فيما اذاذکرضمن عقدآخرجائز، واما لوقلنا بانه باطل لماذکره السيدالحکيم ره من انه لايمکن ان يکون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء بالشرط للزوم الدور ففيما اذا ذکر ضمن عقد آخر فلايکون باطلاً لارتفاع الدور لان الموقوف عليه لوجوب الوفاء بالشرط هووجودالعقدالذي ذکرالشرط ضمنه بينما يکون الموقوف وجودعقد المضاربةوبقائها،ولوقلنا بانه باطل ومبطل للعقد\_حينما يذکرضمن عقد المضاربة \_ لکونه منافياً لمقتضی العقدفحينما يذکرضمن عقدآخريکون باطلاً فقط ولايؤثرفي بطلان عقدالمضاربة المنشأ سابقاً کما لايؤثرفي بطلان العقدالذي هومحل الشرط بالتوضيح الذي تقدم في اشتراط عدم ملک الفسخ .

***(الموضع الرابع)***\_ اشتراط عدم الفسخ باحدالنحوين في عقدآخرلازم\_ ماهوحکم هذا الاشتراط علی ضوء الوجوه المذکورة للصحة والبطلان في الموضعين الاولين؟

اما الاشتراط بالنحوالاول \_اشتراط عدم ملک الفسخ \_ فالوجوه المحتملة في الموضع الاول \_اي ما اذا ذکرالشرط ضمن عقدالمضاربة\_ تنطبق في هذالموضع بالکيفية المذکورة في الموضع الثالث فکون الشرط منافياً لمقتضی العقد الموجب لبطلان الشرط والعقد لايؤثرفي هذا الموضع الا في بطلان نفس الشرط دون عقدالمضاربة ودون العقداللازم ، وکون الشرط مخالفاً للحکم الشرعي الموجب لبطلان الشرط فقط دون العقد يجري في هذا الموضع فيکون الشرط بنفسه باطلاً ، واما کون الشرط باطلاً من جهة المخالفة للحکم الشرعي ومبطلاً للعقدلکونه موجباً لتقييدالاذن فهولايوجب بطلان المضاربة الا مع وجودالقرينة علی کون اشتراط عدم ملک الفسخ بغرض تقييد الاذن الحاصل بالعقدالسابق بقاء .

واما اشتراط عدم فسخ المضاربة خارجاً ضمن عقدلازم فالوجه الاول من الوجوه الخمسة المحتملة في الموضع الثاني\_عدم ترتب الاثرعلی الشرط وکون وجوده وعدمه سيان\_ لايجري في هذا الموضع لفرض کون العقدالذي وقع الشرط ضمنه لازماً فلامانع من صحة الشرط بمعنی وجوب الوفاء به ، واما الوجه الثاني\_صحة الشرط وکونه موجباً للحکم التکليفي فقط\_ والوجه الثالث \_صحة الشرط وکونه موجباً للزوم العقد فهما يجريان في هذا الموضع وکذلک الوجه الرابع \_کون الشرط باطلاً فقط دون العقد لکن بالتقريب الاول اي من جهة المخالفة للحکم الشرعي ، واما کون الشرط باطلاً من جهة ماذکره السيدالحکيم ره من محذورالدور فلايجري في هذا الموضع ،کما لايجري الوجه الخامس \_کون الشرط موجباً لبطلان العقد لکونه منافياً لمقتضی العقد \_ فانه لايؤثر في بطلان عقدالمضاربة المنشأة سابقاً ولافي بطلان العقداللازم الذي وقع الشرط ضمنه وان کان جارياً من جهة بطلان نفس الشرط لکونه منافياً لمقتضی العقد الموجب لدخوله في الشرط المخالف للکتاب والسنة .

### 3\_المضاربة بالاسترباح بنماء المال

(مسألة3) إذا دفع إليه مالا و قال اشتر به بستانا مثلا أو قطيعا من الغنم‌ فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربة و إن كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك ففي صحته مضاربة وجهان من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلا يصح و من أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة و الأقوى البطلان مع إرادة عنوان المضاربة إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات و زيادة القيمة لا مثل هذه الفوائد نعم لا بأس بضمها إلى زيادة القيمة و إن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيم كن دعوى صحته للعمومات‌.

الکلام في هذه المسألة مترتب علی ماتقدم في الشرط التاسع حيث قال السيدالماتن ره هناک :

>التاسع أن يكون الاسترباح بالتجارة و أما إذا كان بغيرها كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعة مثلا و يكون الربح بينهما يشكل صحته إذ القدر المعلوم من الأدلة هو التجارة و لو فرض صحة غيرها للعمومات كما لا يبعد لا يكون داخلا في عنوان المضاربة<.

وانما تعرض لهذه المسألة مستقلاًباعتباران ماذکرفي الشرط التاسع هوان يکون الاسترباح بالتجارة في قبال مااذا لم يکن هناک تجارة اصلاًوانما کان الواقع فيه هودفع المال للعمل کالزراعة والطبخ والنسج وغيرها وکون الحاصل بينهما من غيران يکون فيه تجارة وشراء شيء،واما في المقام فموردالکلام ما اذا کان هناک دفع مال ليشتري به عيناً ذات منفعة بغرض الانتفاع بنمائها علی الاشتراک والاقوال في المسألة ثلاثة 1\_القول ببطلان العقد ،2\_القول بصحة العقد مضاربة ،3\_ القول بصحة العقد لامضاربة بل بماهوعقد وذكر السيد الماتن ره أنّه قد يقال: بأنّ هذا مضاربة أيضاً؛ لأنّه قد حصل الربح والنماء بسبب الشراء الذي هو تجارة، ثمّ قوّى بطلانه بعنوان المضاربة لاستظهار أنّ عنوان المضاربة مخصوصة بأن يكون الاسترباح تجارياً أي ربحاً حاصلًا من التجارة، التي هي البيع والشراء وزيادة القيمة بسبب عمل البيع والشراء المعبّر عنه بالاتّجار، وهذا لا يشمل نماء نفس السلعة كالثمرة للشجرة أو نتاج الغنم وإن كان الأصل قد اشتري برأس المال فإنّه لا يصدق فيه أنّ الربح ربح التجارة بل هو نماء البستان أو الغنم.ثمّ استثنى من ذلك ما إذا كان مثل هذه الفوائد منضمّة إلى زيادة القيمة، كما إذا كان القصد شراء الغنم وبيعه بأكثر فحصل بين الشراء والبيع نماء لبعضه فازداد الربح بسبب بيعه فإنّه أيضاً مضاربة بخلاف ما اذا کان موردالعقد هوالانتفاع بنماء العين ، وذکرفي النهاية انه يمکن دعوی صحته بعنوان معاملة اخرى مستقلةللعمومات.

وقدظهر من ذلک ان منشأالخلاف في المسألة هوالخلاف في ان عقدالمضاربة هل هومتقوم بکون الاسترباح وانتفاع کل من المالک والعامل علی حسب حصته بالتجارة وعلی اساس زيادة القيمةفقط اوانه لايتقوم به وان کان لابد من تقليب لرأس المال في الجملة ، وفي انه بعدعدم شمول دليل المضاربة لمثل المقام فهل يمکن التمسک بالعمومات لاثبات صحتهابعنوان معاملة مستقلة او لا؟ وعليه فلابد من البحث في امورثلاثة الاول:انه هل يتقوم عقدالمضاربة بان يکون الاسترباح بالتجارة وعلی اساس زيادة القيمة اوانه لايتقوم بذلک؟ والثاني:انه هل يمکن التمسک بالعمومات لاثبات صحة العقدالواقع علی شراء اصل ذات منفعة للانتفاع به علی الاشتراک او لا؟ والثالث انه لوکانت فوائد العين منضمة الی زيادة القيمة واشترط في عقدالمضاربة کونها بينهما فهل يحکم بصحة العقد مضاربة وماهو حکم هذه الفوائد لولم يتعرض له المتعاقدان؟

اما ***(الامرالاول)\_کون المضاربةمتقومةبان يکون الاسترباح بالتجارة وعلی اساس زيادة القيمة\_***:ففي الجواهر:>نعم لوشرط أن يشتري أصلا يشترکان في نمائه كالشجر أو الغنم قيل: يفسد بل لم أجد من جزم بالصحة من أصحابنا و ذلك لأن مقتضاه أي القراض الاشتراك في الربح الحاصل من التصرف في رأس المال و إن تبعه النماء أيضا في بعض الأحوال لا حصره في الربح الحاصل من نماء المال مع بقاء عينه، لا أقل من الشك في تناول الإطلاقات له و الأصل الفساد و لكن مع ذلك فيه تردد مما سمعت، و من إمكان منع اعتبار ذلك في القراض الذي هو دفع المال من ربه، و العمل من العامل و الاشتراك فيما يحصل من ذلك، سواء كان نماء فعل أو مال، إذ هو أيضا مسبب من فعل العامل الذي هو شراء ذي النماء، لكن يقوى في النظر الأول<. [[55]](#footnote-55)

وفي المستمسک: >قال في القواعد: «و لو شرط أن يشتري أصلا يشتركان في نمائه- كالشجر و الغنم- فالأقرب الفساد، لأن مقتضى القراض التصرف في رأس المال»، و في جامع المقاصد: «و لأن مقتضى القراض الاسترباح بالتجارة، و ليس موضوع النزاع كذلك، فلا يصح القراض عليه. و هو الأصح». و لم يتضح الفرق بين التعليلين. [[56]](#footnote-56) و في الشرائع بعد ما حكى القول بالفساد قال: «و فيه تردد»، و في جامع المقاصد: «و يحتمل ضعيفاً الصحة. لأن ذلك حصل بسعي العامل، و هو شراؤه الشجر و الغنم، و ذلك من جملة الاسترباح بالتجارة، و ضعفه ظاهر، لأن الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد، لا نماؤه الحاصل مع بقاء عين المال، و العمدة: عدم الدليل على صحة المضاربة في المقام و مفهومها العرفي يأباه. و لذا لم يعرف القول بالصحة لأحد من أصحابنا، كما في الجواهر، و الأصل عدم ترتب الأثر<.[[57]](#footnote-57)

هذا وقدتقدم في الشرط التاسع انه استدل علی اعتبارهذا الشرط بوجوه اربعة الاول: ما في کلام الشيخ ره في المبسوط، والعلامة ره في القواعدوالمحقق الثاني ره في جامع المقاصد من ان وضع المضاربة علی ان يکون الاسترباح بالتجارة والتقليب في رأس المال،بمعنی انه مقتضی مفهوم المضاربة عرفاً وهوالذي اشيراليه في المتن في المقام بقوله : >إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات و زيادة القيمة لا مثل هذه الفوائد < وفي المستمسک في المقام بقوله : >و مفهومها العرفي يأباه<، وهذا يعني أنّ قوام عقد المضاربة ومفهومها بالضرب برأس المال بأن يكون مقصود المتعاملين ونظرهما إلى تقليب رأس المال وتحويله بشراء شي‏ء تزداد قيمته ثمّ بيعه وارجاع رأس المال بأكثر ممّا كان أوّلًا ،والثاني: مافي المباني من ان المستفادمن ادلة المضاربة کون الاسترباح وما ينتفع به کل من المالک والعامل علی حسب حصته حاصلاً بالتجارة ، وهذا يعني انه لولم نقل بکون الاسترباح بالتجارة مأخوذاً في مفهوم المضاربة عرفاً فلااشکال في ان مورد نصوص المضاربة مايکون کذلک ولايوجد في ادلة المضاربة اطلاق يقتضي صحةالمضاربة فيمااذالم يکن الاسترباح بالتجارة بل کان بنماء العين اوحاصل العمل ، والثالث: ما في کلام العلامة في التذکرة من انه إنّما يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستئجار عليه، و هو التجارة التي لا يمكن ضبطها و لا معرفة قدر العمل فيها و لا قدر العوض، و الحاجة داعية إليها، و لا يمكن الاستئجار عليها والرابع:ما في المتن في الشرط التاسع وکذلک في المستمسک من انه المتيقن من الادلة الخاصة بالمضاربة فيرجع في غيره الی اصالة عدم ترتب الاثرعلی المعاملة التي يعبرعنها باصالة الفساد،وهذاباعتباراحتمال تقوم المضاربة عرفاً بکون الاسترباح بالتجارة وعدم الجزم بصدق المضاربة مع کون الاسترباح بغيرالتجارة ، وعدم امکان استفادة الاطلاق باعمال المناسبة بين الحکم والموضوع ،والوجه الثالث وان کان محل منع \_کماتقدم هناک\_ الاان الوجوه الثلاثة الاخری تامة عندنا وماذکره بعض الاعلام هناک من انه يمکن الحکم بصحة الاسترباح بغيرالتجارة ببعض النصوص الخاصة قد ناقشنا فيه .

واما ***(الامرالثاني)\_ هل يمکن التمسک بالعمومات لاثبات صحة العقدالواقع علی شراء اصل ذات منفعة للانتفاع به علی الاشتراک او لا؟*** فهو مبني علی عدم کون المضاربة علی خلاف القاعدة من ناحية اشتمالها علی تمليک المعدوم وغيره کما عليه السيدالماتن والسيدالحکيم وجماعة قدهم فيتمسک لاثبات صحة العقدالمزبور بخصوصياته بالعمومات لکنه لابعنوان المضاربة حتی يترتب عليه آثارالمضاربة بل بعنوان انه عقدففي المستمسک: >فإنها كافية في إثبات الصحة. و احتمال اختصاص العمومات بالمتعارف، فلا يشمل المقام. ممنوع، كما تقدم نظير ذلك<. واما لوقلنا بما عليه صاحب الرياض والسيدالخوئي وجماعة آخرون قدهم من کون المضاربة علی خلاف القاعدة من ناحية اشتمالها علی تمليک المعدوم فلا مجال للتمسک بالعمومات بل المرجع فيه اصالة الفساد في المعاملة والبحث فيه موکول الی المباحث السابقة.

واما ***(الامرالثالث)\_ لوکانت فوائد العين منضمة الی زيادة القيمة واشترط في عقدالمضاربة کونها بينهما فهل يحکم بصحة العقد مضاربة وماهو حکم هذه الفوائد لولم يتعرض له المتعاقدان؟\_*** ففي الجواهر: >لو قال له: اشتره و ما يحصل من ارتفاع قيمته و من نمائه فهو بيننا، فالأقوى الصحة، لإطلاق الأدلة، كما لو أنه اتفق نماء أعيان المضاربة قبل بيعها، شارك في النماء قطعا، و دعوى- اعتبار شراء مع بيع و لو مرة في المضاربة- واضحة المنع، و بذلك ظهر لك أن لشركة العامل في النماء صورا ثلاثة إحداها معلومة الصحة، و الثانية مظنونة، و الثالثة يشك في شمول الإطلاق لها، و الأصل الفساد، كما أنه ظهر لك من ذلك ما في المسالك و غيرها فلاحظ و تأمل<. [[58]](#footnote-58) وفي المستمسک بعدنقل عبارة الجواهر:>و يريد بالمعلومة صورة تحقق النماء من باب الاتفاق، و هي التي ذكرها ثانياً في كلامه، و المظنونة صورة التعرض له في العقد مضافاً إلى الربح، التي ذكرها أولا في كلامه. و كان الأولى العكس لأنه إذا حصل النماء من باب الاتفاق، و لم يكن قد تعرض له المتعاقدان، فالقاعدة تقتضي كونه للمالك، لأنه نماء ملكه و لا وجه لمشاركة العامل فيه، بخلاف صورة التعرض له، فإنه يكون كالشرط في المضاربة، و لا وجه للتوقف في صحته. و المصنف اقتصر على هذه الصورة، و لم يتعرض للصورة الأخرى، و في المسالك ذكر ما يشمل الصورتين قال: «و اعلم أن المنع إنما هو في حصر الربح في النماء المذكور- كما تقتضيه هذه المعاملة- و إلا فلا يمنع كون النماء بينهما و يحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه، كما إذا اشترى شيئاً له غلة، فظهرت غلته قبل أن يبيعه، فإنها تكون بينهما من جملة الربح، إلا أن الربح لم يحصراه فيها لإمكان تحصيله من أصل المال». و بالجملة: إذا لم يتعرضا للنماء فاللازم كونه للمالك، إلا أن يكون ملحوظاً إجمالا تبعاً. و لعله مراد الجواهر في الصورة الثانية في كلامه، فيكون الاشتراك فيه شرطاً إجمالياً في المضاربة، في مقابل الصورة الأولى في كلامه التي يكون الاشتراك فيه شرطاً مصرحاً في ضمن العقد<.[[59]](#footnote-59)

***اقول*** : هيهنا جهات ثلاث لابد من ملاحظتها في الصورتين (صورة التعرض للنماء وصورة عدم التعرض لها) الاولی صحة المضاربة بالنسبة الی الاصل(العين ذات المنفعة)،والثانية صحة المضاربة بالنسبة الی نماء تلک العين،والثالثة تعيين مالک النماء قبل وقوع البيع عليها،اماالجهة الاولی فلااشکال في صحة المضاربة في الصورتين (صورة التعرض للنماء وصورة عدم التعرض لها) تمسکاً باطلاق الادلة لان شرط کون الاسترباح بالتجارة وعلی اساس زيادة القيمة متوفرفيهما،وکذلک الحال بالنسبة الی المضاربة والتجارة بنماء العين \_الجهة الثانية\_ فإن الأذن في التجارةوفي بيع و شراء‌ ما له نماء إذن في بيع النماء أيضا لکن يختص ذلک بما اذا کان حصول النماء في تلک الفترة متعارفاً اوکان في معرض الحصول ولم يقع التعرض للنماء في عقدالمضاربة والا کان المتبع ما تعرض له ، واماالجهة الثالثة فمقتضی ماذکره صاحب الجواهرره وان کان هوکون النماءمملوکاً لهما في الصورتين الا انه بالنسبة الی صورة عدم التعرض للنماء يردعليه ماذکره السيدالحکيم ره من >ان القاعدة تقتضي كونه للمالك، لأنه نماء ملكه و لا وجه لمشاركة العامل فيه< [[60]](#footnote-60)،واما بالنسبة الی صورة التعرض للنماء فقدوافقه السيدالحکيم ره وهوظاهرالمتن ايضاً وقدوجهه السيدالحکيم ره، >بانه يكون كالشرط في المضاربة، و لا وجه للتوقف في صحته فيشتركان فيه<، وفي کتاب المضاربة>انه يمکن تخريج ذلک بوجهين الاول :دعوى الإطلاق المقامي لروايات المضاربة الدال على صحة تقسيم النماءات الحاصلة مع الربح التجاري وفي ضمنها من جهة أنّه عادة يكون‏ نماءات كذلك حكمية أو عينية تحصل بين فترتي الشراء برأس المال ثمّ بيعه، فلو كان لا يجوز ادخالها ضمن الأرباح التي تكون بينها بل كان لابد من اضافتها على رأس المال لزم التنبيه على ذلك وذكره؛ لأنّ ظاهر الأسئلة أنّ كل ما زاد على رأس المال المدفوع يعتبر ربح المضاربة والثاني:دعوی الاطلاق اللفظي لادلة المضاربة باعتبارأنّ عنوان المضاربة أساساً لم يؤخذ فيه عرفاً ولا لغة أن يكون الربح الحاصل من ناحية زيادة قيمة البيع عن الشراء محضاً، بل ظاهر هذا العنوان أن يكون الاسترباح بتقليب رأس المال والضرب فيه من خلال تحويله إلى مال آخر بالشراء ثمّ بيعه بعد ذلك وارجاع رأس المال بأكثر ممّا كان، سواء كان الربح من ناحية الشراء بأقل من القيمة السوقية ثمّ بيعه بها أو من ناحية النماء الحكمي، أي زيادة القيمة السوقية أو نماء المال المشترى أو هما معاً. والجامع أن يكون الربح من تحويل رأس المال إلى شي‏ء آخر لكي يباع بعد ذلك بأكثر من رأس المال المبذول فيه فيعود بأكثر ممّا كان، وهذا يصدق في مورد الاسترباح بزيادة القيمة السوقية محضاً والاسترباح به منضماً إلى الفوائد الحاصلة من النماءات- كما ذكره السيّد الماتن وصاحب الجواهر والمسالك- ويصدق أيضاً في مورد ازدياد القيمة لمجموع ما اشتري وبذل فيه رأس المال من أجل بيعه بأكثر كما إذا أعطاه رأس المال ليشتري به أرضاً ومواد بناء ويصنعها شققاً ويبذل اجور العمال وسائر النفقات فيها ثمّ يبيعها ويسترد رأس المال بأكثر، فإنّ هذه أيضاً مضاربة برأس المال؛ لأنّه تحويل لرأس المال وشراء لمجموع امور بما فيها ما يبذل بازاء العمل لكي يباع ويسترجع رأس المال بأكثر ممّا كان، كما يصدق بشراء قطيع غنم أو بستان لتنميته وبيعه بأكثر من رأس‏ المال المبذول فيه، فإنّ كل ذلك مضاربة برأس المال، وتجارة والربح الحاصل على رأس المال المنظور بعد الانضاض ربح تجاري <.[[61]](#footnote-61) لکنه يلاحظ علی ما في المستمسک بانه انما يصح لوقلنا بصحة اشتراط التمليک علی نحوشرط النتيجة مضافاً الی ما في کتاب المضاربة من انه لو قلنا بأنّ الأصل فساد تمليك ربح ومال معدوم فعلًا يلزم بطلان مثل هذا الشرط أيضاً، ومجرّد صحة عنوان المضاربة بالأدلة الخاصة لا يقتضي صحة مثل هذا الشرط فيها كما لا يخفى<. [[62]](#footnote-62) ويلاحظ علی ما في کتاب المضاربة بالنسبة الی الوجه الاول ان ماهوالمتعارف في المضاربة انما هوالانتفاع بالنمائات الحاصلة بين فترتي الشراء برأس المال وبيعه لا تقسيم الارباح باعتباراشتراکها بينهما في الملکية،وعليه فغاية مايقتضيه اشتراط الانتفاع بالنمائات هوکون العامل مأذوناً في التصرف اووجوب تمليک نصف النمائات للعامل علی المالک،وبالنسبة الی الوجه الثاني الذي يرجع الی التمسک بالاطلاق اللفظي لادلة المضاربة بماتقدم في الشرط التاسع من ان قوام عقدالمضاربة ومفهومها العرفي بان يکون الاسترباح فيه علی اساس زيادة القيمة بأن يكون مقصود المتعاملين ونظرهما إلى تقليب رأس المال وتحويله بشراء شي‏ء تزداد قيمته ثمّ بيعه وارجاع رأس المال بأكثر ممّا كان أوّلًا واشتراط اموراخری في العقد \_مما يرجع الی عمل العامل غيرالتجاري اوغير ذلک خارج عن عنوان المضاربة \_ويحتاج في التصحيح الی دليل آخر من دليل نفوذالشرط اوتطبيق دليل وجوب الوفاء بالعقد علی ذاک الالتزام بخصوصه.

### 4\_اشتراط الضمان والخسارة علی العامل

(مسألة4): إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما‌ كالربح أو اشترط ضمانه‌ لرأس المال ففي صحته وجهان أقواهما الأول لأنه ليس شرطا منافيا لمقتضى العقد كما قد يتخيل بل إنما هو مناف لإطلاقه إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك و عدم ضمان العامل إلا مع التعدي أو التفريط‌

لااشکال في ان الحکم الشرعي الثابت في عقدالمضاربة مع قطع النظرعن الشرط هوکون الوضيعة والتلف علی المالک وان العامل لايضمن التلف والخسارة الحاصلة بالتجارات لابتمامهما ولابجزء منهما إذا لم يكن منه تعد أو تفريط ،والبحث في هذه المسألة عن اشتراط ضمان العامل للتلف والخسارة وانه هل يصح وانه يترتب عليه ضمان العامل اويکون الشرط باطلاً ومبطلاً للعقد اويکون باطلاً من دون ان يکون مبطلاً ،وحيث ان اشتراط ذلک قديکون بنحو شرط النتيجة وقديکون راجعاً الی شرط التدارك والجبران فلابدمن البحث في کل من القسمين مستقلاً والذي يظهرمن کلمات المتقدمين هوالتعرض للقسم الاول ولکن ذکر في کلمات عدة من محشي العروة التفصيل بين القسمين فهذه هي کلمات المحشين قدهم ذيل قول الماتن في المسألة(أقواهما الأول ):

>بل الثاني نعم لو شرط أنّه لو وقع نقصان على رأس المال و خسران على المالك خسر العامل نصفه مثلًا من كيسه لا بأس به حيث إنّه من الأُمور السائغة لكن لا يلزم على العامل الوفاء بهذا الشرط إلّا إذا وقع في ضمن عقد لازم لا في ضمن عقد مثل المضاربة ممّا هو جائز من الطرفين. (الأصفهاني).

بل الثاني هو الأقوى بل اشتراط كون الخسارة على العامل كأنّه اشتراط لأمر غير معقول. (البروجردي).

فيه إشكال. (الحائري).

هذا إذا كان الاشتراط راجعاً إلى لزوم تدارك العامل الخسارة من كيسه و أمّا إذا رجع إلى اشتراط رجوع الخسارة إليه فالأظهر بطلان الشرط و بذلك يظهر الحال في اشتراط ضمانه لرأس المال. (الخوئي).

بل الثاني نعم لو شرط أنّه لو وقع نقصان على رأس المال و خسران على المالك جبر العامل نصفه مثلًا لا بأس به و لزم على العامل العمل به سواء شرط في ضمن عقد لازم أو جائز مع بقائه نعم له فسخه و رفع موضوعه بل لا يبعد الصحّة لو كان مرجع الشرط إلى انتقال الخسران إلى عهدته بعد حصوله في ملكه بنحو شرط النتيجة. (الإمام الخميني).

محلّ إشكال بل الثاني. (الخوانساري).

فيه إشكال بل الأخبار تدلّ على عدم وقوع المضاربة بل تصير قرضاً قهراً أو مآلاً و يصير الربح بتمامه للعامل. (الفيروزآبادي).

بل الثاني و في كونه موجباً لفساد العقد أيضاً لتقيّد الإذن به نظر و إشكال. (النائيني).

مشكل بل إذا اشترط أن تكون الخسارة على العامل انقلبت قرضاً و تمام‌الربح للعامل للنصّ المعمول به. (الگلپايگاني).

إن كان الشرط من قبيل شرط الفعل كجبر الخسارة و أمّا إذا كان الشرط نفس الضمان ففيه إشكال. (الشيرازي)<.[[63]](#footnote-63)

وعليه فيقع الکلام في حکم الاشتراط في المسألة في موضعين الاول: ماإذا كان الشرط هو الضمان و كون الخسارة في عهدة العامل علی نحوشرط النتيجة، والثاني :ما اذا كان الشرط هو التدارك الخارجي علی نحوشرط الفعل .

اما ***(الموضع الاول)***\_ما اذا کان الشرط ضمان العامل للتلف وکون الخسارة في عهدة العامل علی نحوشرط النتيجة\_فقداختلفت کلمات الفقهاء فيه علی اقوال ثلاثة :1- صحة الشرط والعقد معاً وهوالذي اختاره السيدالماتن والسيدالحکيم رهما. 2- بطلان الشرط وصحة العقد وهوالذي اختاره اکثر المحققين المتأخرين .3- بطلان الشرط والعقد معاً وهذا علی وجهين اما بمعنی بطلان المضاربة من دون ان ينقلب الی عقدآخرکما هو صريح العلّامة في القواعد والمحقق الكركي في جامع المقاصد حيث ذكرا شرط ضمان العامل لرأس المال أو سهماً من الخسران ضمن الشروط المنافية لمقتضى العقد والموجبة لفساده، اوبمعنی بطلان عقدالمضاربة وانقلابها الی القرض کما اختاره السيدالگپايگاني ره في التعليقة المتقدمة والسيدالصدرره في التعليقة علی المنهاج وعبّرعنه بصحة الشرط وبطلان العقد.

وحيث انه قداستند في اثبات الاقوال الی مقتضی القاعدة والی النص فلذلک ينبغي البحث في هذا الموضع ضمن جهتين: الاولى: فيما تقتضيه القاعدة. والثانية: فيما تقتضيه الروايات الخاصة.

امّا البحث من ***(الجهة الاولى)***: فتقريب صحة الشرط والعقد ان يقال ان الحکم الثابت في عقدالمضاربة في حدنفسه وان کان هوان الوضيعة علی المالک وان العامل لايضمن شيئاً من التلف والخسارة الا انّ مقتضى عموم نفوذ الشروط كقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» صحة مثل هذا الشرط أيضاً، فيکون مقتضی الجمع بين النصوص الدالة علی کون الوضيعة علی العامل و عموم نفوذ الشروط هوضمان العامل بالاشتراط كما اختاره السيدالماتن قده ووافقه السيدالحکيم ره .

ولکنه استشکل في هذاالتقريب بوجوه:

(الاول):ما ذكره مشهور المحققين المعلقين على المتن من أنّ الشرط المذكور لايکون مشمولاً لعموم نفوذالشرط لكونه مخالفاً للحكم الشرعي الثابت في المضاربة من ان الوضيعة علی المالک ولايکون العامل ضامناً لتلف رأس المال وللخسارة باعتبار انّ الأمين لا يكون ضامناً والعامل في‏ المضاربة يده على المال يد الأمين فيبطل الشرط، وقداجيب عنه في المستمسک بماحاصله ان الحکم المذکورفي هذه النصوص حکم لااقتضائي \_اي حکم بعدم ضمان العامل لعدم المقتضي فلا ينافيه الشرط.ثم قال:>اللهم إلا أن يقال الاستثناء في روايتي الحلبي و الكناني[[64]](#footnote-64) يقتضي عدم الضمان حتى بملاحظة العناوين الثانوية، فيدل على عدم تحمل الخسارة مطلقاً في غير المستثنى حتى مع الشرط، فيدل على عدم صحة شرط الضمان و تدارك الخسارة تعبداً، لا من جهة كونه مخالفاً لمقتضى العقد شرعاً. اللهم إلا أن يكون منصرف النصوص الجعل الشرعي، لا جعل المالك، كما هو مورد الكلام، و هو غير بعيد جمعاً بين النصوص المذكورة و عموم نفوذ الشروط و حينئذ لا مانع من اشتراط تدارك الخسارة كلا أو بعضاً<.

ولکنه يلاحظ عليه بان دعوی الانصراف في حدنفسه لاموجب له بعد مالم يکن الاشتراط امراً شاذاً مغفولاً عنه عند عامة الناس ودعوی الانصراف جمعاً بين النصوص المذكورة و عموم نفوذ الشروط اضعف لانه لوسلم اطلاق النصوص المذکورة بملاحظة العناوين الثانوية \_ومنها الاشتراط\_فلايکون دليل نفوذالشروط موجباً لتقييدها فضلاً عن کونه موجباً لاختصاصها بغيرموردالاشتراط من باب الانصراف بل يکون تلک النصوص حاکمة علی دليل نفوذالشروط، مضافاً الی انه يمکن الاستدلال علی ذلک بانه ورد في بعض الروايات سؤال السائل عن طريقة وحيلة يتمكن بها ان يحفظ صاحب المال ماله عن الضياع في مقابل دعوى التلف أو الوضيعة من العامل، وفي مقام الجواب لم يجوّز له شرط التضمين، وإنّما أمرباقراضه مقداراً ثمّ المشاركة معه في الباقي مضاربةً، فان هذا يدلّ علی انّ عدم تضمين العامل التاجر من المال مضاربة كان أمراً مركوزاً ومسلّماً، والا فالطريقة السهلة للوصول الی ذاک الغرض ان يشترط المالك على العامل ضمان الوضيعة فهناک اربع روايات ذکرها صاحب الوسائل في الباب2من ابواب المضاربة من عبدالملک بن عتبة الهاشمي ففي ح1\_مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ ثَعْلَبَةَ بْنِ مَيْمُونٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عُتْبَةَ قَالَ: >قُلْتُ لَا أَزَالُ أُعْطِي الرَّجُلَ الْمَالَ- فَيَقُولُ قَدْ هَلَكَ أَوْ ذَهَبَ- فَمَا عِنْدَكَ حِيلَةٌ تَحْتَالُهَا لِي- فَقَالَ أَعْطِ الرَّجُلَ أَلْفَ دِرْهَمٍ أَقْرِضْهَا إِيَّاهُ- وَ أَعْطِهِ عِشْرِينَ دِرْهَماً يَعْمَلُ بِالْمَالِ كُلِّهِ- وَ يَقُولُ هَذَا رَأْسُ مَالِي وَ هَذَا رَأْسُ مَالِكَ- فَمَا أَصَبْتَ مِنْهُمَا جَمِيعاً فَهُوَ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ- فَسَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهِ<.

وفي ح2\_مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ الْجَهْمِ عَنْ ثَعْلَبَةَ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عُتْبَةَ قَالَ: >سَأَلْتُ بَعْضَ هَؤُلَاءِ يَعْنِي أَبَا يُوسُفَ وَ أَبَا حَنِيفَةَ- فَقُلْتُ إِنِّي لَا أَزَالُ أَدْفَعُ الْمَالَ مُضَارَبَةً إِلَى الرَّجُلِ- فَيَقُولُ قَدْ ضَاعَ أَوْ قَدْ ذَهَبَ- قَالَ فَادْفَعْ إِلَيْهِ- أَكْثَرَهُ قَرْضاً وَ الْبَاقِيَ مُضَارَبَةً- فَسَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ يَجُوزُ<.

وفي ح3\_ وَ عَنْهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عُتْبَةَ الْهَاشِمِيِّ قَالَ:> سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى × هَلْ يَسْتَقِيمُ لِصَاحِبِ‌ الْمَالِ- إِذَا أَرَادَ الِاسْتِيثَاقَ لِنَفْسِهِ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضَهُ شِرْكَةً- لِيَكُونَ أَوْثَقَ لَهُ فِي مَالِهِ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ.

وفي ح4\_وَ عَنْهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عُتْبَةَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى × قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَدْفَعُ إِلَيْهِ مَالًا- فَأَقُولُ لَهُ إِذَا دَفَعْتُ الْمَالَ وَ هُوَ خَمْسُونَ أَلْفاً- عَلَيْكَ مِنْ هَذَا الْمَالِ عَشَرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ قَرْضٌ- وَ الْبَاقِي مَعَكَ تَشْتَرِي لِي بِهَا مَا رَأَيْتَ- هَلْ يَسْتَقِيمُ هَذَا- هُوَ أَحَبُّ إِلَيْكَ- أَمْ أَسْتَأْجِرُهُ فِي مَالٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ<.

وهذه الطريقة والحيلة وان اقترحت من قبل ابي يوسف وابي حنيفة کما في الروايتين الاولتين اومن قبل نفس عبدالملک کما في الروايتين الاخيرتين وانما جوزه الامام× ولم يمنع عن ذلک الا انه بالآخرة يدلّ علی عدم جواز تضمين العامل لرأس المال لان السؤال يدل علی کون ذلک طريقاً منحصراً للوصول الی المقصودعندالسائل ولوکان تضمين العامل بالاشتراط امراً جائزاً لنبه عليه الامام×، لكونه أحرى بالبيان،باعتبارانه اخفّ مؤنة في الإنشاء من الإقراض و أبعد عن الإشكال؛ لأنّ في القرض شبهة أنّه بشرط النفع بخلاف شرط ضمان العهدة أو شرط الفعل،لکن الذي يشکل الامرفي الاستدلال بهذه النصوص انها مشتملة علی عبدالملک بن عتبة الهاشمي\_ کماصرح به في الحديث الثالث وبقرينة نقل علي بن الحکم عنه کما في الحديث الرابع، وبُعداحتمال کون المراد منه غيره(اي عبدالملک بن عتبة الصيرفي الکوفي الذي وثقه النجاشي) في الروايتين الاولتين بملاحظة ان السائل بنفس السؤال في الحديث الثالث والرابع هوعبدالملک بن عتبة الهاشمي \_ وکون المعروف منهما والذي هوصاحب الکتاب عبدالملک بن عتبة الصيرفي الکوفي وان کان موجباً لحمل عبدالملک بن عتبة المشترک بينهما عليه عند الاطلاق ومن غيرتقييد ولکن رواية علي بن الحکم عنه قرينة علی کون المرادمنه عبدالملک بن عتبة الهاشمي، هذا بناء علی کون عبدالملک بن عتبة شخصين کماهوصريح النجاشي ، حيث ذکرأنّ الأوّل هو الذي له كتاب دون الآخر و أنّه من أصحاب الباقر عليه السلام و الصادق عليه السلام بينما الأوّل من أصحاب الصادق عليه السلام و أبي الحسن عليه السلام.کما ان الشيخ ره في رجاله تعرض لعبد الملك بن عتبة الهاشمي‌ اللهبي المكي في اصحاب الصادق × ولم يذکرله کتاباً ثم تعرض لعبد الملك بن عتبة الصيرفي الكوفي،فقال: روى عن أبي الحسن أيضا، له كتاب.[[65]](#footnote-65) واما الشيخ ره في الفهرست فانما تعرض لعبد الملك بن عتبة الهاشمي فقط فقال:>له كتاب، أخبرنا به جماعة عن أبي المفضل عن حميد عن الحسن بن محمد بن سماعه عن عبد الملك بن عتبة<.[[66]](#footnote-66)

و عندئذ قديدعی>أنّ العنوانين لرجل واحد، و أنّ النجاشي قد وقع عنده الخلط بين عبد الملك بن عتبة و عبد الكريم بن عتبة الهاشمي، فإنّه الذي ليس له كتاب، و الظاهر أنّهما أخوان كما قال به الوحيد البهبهاني.[[67]](#footnote-67) أمّا عبد الملك بن عتبة فهو واحد؛ إذ لا يوجد بعنوان النخعي في الأسانيد إلّا حديث واحد في الكافي، و يحتمل فيه تصحيف النخعي عن الهاشمي، إذ لا يحتمل‌ أنّ من له كتاب له رواية واحدة، بينما سائر الروايات و التي تبلغ أربعين رواية تكون عن الهاشمي الذي ليس له كتاب، كما أنّ عبد الملك بن عتبة الوارد مطلقاً أو مع لقب الهاشمي و هو الأكثر لا ينقلان إلّا عن أبي الحسن عليه السلام و قليلاً عن الصادق عليه السلام، و لا نقل و لو لمورد واحد عن الباقر ×، و أكثرها أيضاً فيه عليّ ابن الحكم عنه عن أبي الحسن × <.[[68]](#footnote-68) ولکنه يلاحظ عليه بان المدعی وهواتحادالعنوانين وان کان هوالظاهرعندنا ايضاً لکن لا لماذکرمن ان النخعي له رواية واحدة فقط لاحتمال کون المراد من عبدالملک بن عتبة الواردمطلقاً في بعض الموارد هوالنخعي \_وان قامت القرينة في بعض الموارد ان المرادمنه هوالهاشمي \_بل لان المرادمنه في اکثرالموارداما بالتصريح اوبالقرينة هوعبدالملک بن عتبة الهاشمي وعندئذ يقال ان من البعيدان ينقل من الرجل المعروف والذي له کتاب روايات قليلة وينقل اکثر الروايات ممن ليس بمعروف وليس له کتاب .

ثم ان المرادمماوردفي هذه الروايات هوان يشترط ضمن عقدالمضاربة الذي هوببعض المال ان يکون الربح الحاصل بالتجارة مع ذاک المال والربح الحاصل بالتجارة بالمال الذي اقرضه العامل جميعاً بينهما الظاهرفي التنصيف وهذا لامحذورفيه بعد مالم يکن حصول النفع بالشرط ضمن القرض ،لکنه ذکرالمجلسي ره معنيين آخرين ففي الملاذ: >قوله: فادفع إليه كأنه يجعل حصته من المضاربة أزيد من حصة العامل بكثير ليقرب من حصته‌ إذا كان الجميع مضاربة. و قال الوالد العلامة قدس الله روحه: روى الكليني قريبا منه في الموثق كالصحيح قال قلت: لا أزال أعطي الرجل المال فيقول: قد هلك أو ذهب فما عندك حيلة تحتالها لي؟ فقال: أعط الرجل ألف درهم و أقرضها إياه و أعطه عشرين درهما يعمل بالمال كله و يقول: هذا رأس مالي و هذا رأس مالك، فما أصبت منهما جميعا فهو بيني و بينك، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك، فقال: لا بأس به.

و الظاهر حمله على التقية، لأن الظاهر أنه يقرضه و يشترط عليه أن ما حصل منه يكون بيني و بينك، و هو مخالف لقولهم عليهم السلام من ضمن تاجرا فليس له إلا رأس المال<.[[69]](#footnote-69)

ولايخفی مافيهما حيث ان الاول لاينطبق علی مورد بعض هذه الروايات التي فرض فيها انه اقرضه الف درهم واعطاه عشرين درهماً مضاربة ، والثاني يجاب عنه بان الاقراض وتضمين المعطی اليه يمنع عن رجوع الربح الی المقرض من ناحية نفس القرض ولايمنع عن رجوع الربح اليه من ناحية امرآخر\_وهوالشرط ضمن عقدالمضاربة. والمتحصل مماذکرناان الاستدلال بهذه النصوص علی کون الحکم الثابت في المضاربةهوعدم ضمان العامل حتی بملاحظة العناوين الثانوية تامّ کالاستدلال بروايتي الحلبي وابي الصباح الکناني.

الا إنّ هنا رواية معتبرة سنداً قد يقال انّها معارضة مع الروايات المتقدّمة، وهي مارواه الشيخ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْكَاهِلِيِّ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى × فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا مُضَارَبَةً- فَجَعَلَ لَهُ شَيْئاً مِنَ الرِّبْحِ مُسَمًّى- فَابْتَاعَ الْمُضَارِبُ مَتَاعاً فَوُضِعَ فِيهِ قَالَ- عَلَى الْمُضَارِبِ مِنَ الْوَضِيعَةِ بِقَدْرِ مَا جُعِلَ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ.[[70]](#footnote-70)

فانها تدل علی تحمل المضارب للخسارة بنسبة ما جعل له من الربح في نفسه وبلا اشتراط، فتكون معارضة مع الروايات المتقدّمة.وقداجيب عنه بوجوه (الاول)و(الثاني)ماذکره الشيخ ره في التهذيب والاستبصارمن حملها على كون المضارب شريكاً في رأس المال اما من ابتدء الامر اوکان المال کله لاحدهما فجعل بعضه ديناً علی المضارب ليکون شريکاً معه فقال في التهذيب:> فَأَمَّا مَا رَوَاهُ- أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْكَاهِلِيِّ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى ع فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا مُضَارَبَةً فَجَعَلَ لَهُ شَيْئاً مِنَ الرِّبْحِ مُسَمًّى فَابْتَاعَ الْمُضَارِبُ مَتَاعاً فَوُضِعَ فِيهِ قَالَ عَلَى الْمُضَارِبِ مِنَ الْوَضِيعَةِ بِقَدْرِ مَا جُعِلَ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ.

فَلَا يُنَافِي الْأَخْبَارَ الْأَوَّلَةَ لِأَنَّ هَذَا الْخَبَرَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْمَالُ بَيْنَهُمَا شِرْكَةً فَإِنَّهُ يَكُونُ الرِّبْحُ وَ النُّقْصَانُ بَيْنَهُمَا وَ إِنَّمَا أَطْلَقَ لَفْظَ الْمُضَارَبَةِ عَلَيْهِ مَجَازاً أَوْ لِأَنَّهُ كَانَ الْمَالُ كُلُّهُ مِنْ جِهَتِهِ وَ إِنْ جَعَلَ بَعْضَهُ دَيْناً عَلَيْهِ لِتَصِحَّ الشِّرْكَةُ وَ الَّذِي يَكْشِفُ عَمَّا ذَكَرْنَاهُ مَا رَوَاهُ‌ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ الْجَهْمِ عَنْ ثَعْلَبَةَ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عُتْبَةَ الخ<[[71]](#footnote-71) ونحوه في الاستبصار[[72]](#footnote-72)،

و(الثالث) ماذکره صاحب الوسائل ره من حملها علی صورة التفريط: فقال ره ذيل الرواية :>أَقُولُ: حَمَلَهُ الشَّيْخُ عَلَى كَوْنِ الْمُضَارِبِ شَرِيكاً فِي رَأْسِ الْمَالِ وَ يَحْتَمِلُ الْحَمْلُ عَلَى التَّفْرِيطِ وَ قَدْ تَقَدَّمَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ وَ يَأْتِي مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ فِي الْوَدِيعَةِ وَ غَيْرِهَا ».

و(الرابع):ما ذکره المحدث الکاشاني والمجلسي رهما من حملها علی الوضيعة في الزائد علی رأس المال باعتبار ان المناط في حساب الربح عندالتقسيم ملاحظة مجموع التجارات لاکل واحدة منهما مستقلاً بحيث اذا حصل الربح في واحدة منهما وخسرفي الاخری کان العامل شريکاً في ربح الاولی وکانت وضيعة الثانية علی المالک فقط ففي الوافي:>بيان‌ كأن المراد من الوضيعة ما يكون في الزائد على رأس المال و تأويل التهذيبين له بما إذا كان المال بينهما شركة و إنما سميت بالمضاربة مجازا بعيد<.‌ [[73]](#footnote-73) وفي الملاذ:>قوله: لأن هذا الخبر محمول الذي يخطر بالبال أنه يحتمل أن يكون المراد أنه إذا حصل ربح ثم بعد ‌ذلك وضيعة ينقص من ربح كل منهما بنسبة نصيبهما من الربح<. [[74]](#footnote-74) ولکنه يلاحظ علی کل هذه الوجوه انها مخالفة لظاهرالرواية جداً. اما الوجه الاول فلانّ قوله: (فابتاع المضارب متاعاً) تفريع على الصدر الظاهر في ابتياعه للمتاع بالمال الذي دفع له مضاربة لا بذاک المال ومال آخر، واما الوجه الثاني فلان الرواية تدل علی ان کل المال دفع الی العامل مضاربة وقراضاً لاان بعضه اعطاه المالک قراضاً وبعضه الآخراعطاه قرضاً ليکون العامل شريکاً في رأس المال، واما الوجه الثالث فلانه لم يفرض في الرواية ان العامل فرّط في رأس المال اوخالف ما امربه المالک اولم يراع مصلحة المالک في الاتجاربماله، واما الوجه الرابع فلانه لم يفرض في الرواية تعدد التجارة وانه حصل الربح في التجارة الاولی ووضع في الثانية بل المفروض هوحصول الوضيعة في نفس التجارة الاولی ، والصحيح ان هذه الرواية \_کما في المستمسک\_>متروك الظاهر< فلاتکون حجة وفي کتاب المضاربة:>أنّ هذه الرواية لابد من ردّ علمها إلى أهلها وأنّها بظاهرها تسقط عن الحجّية لمعارضتها مع الروايات المستفيضة قطعية الصدور الدالّة على عدم ضمان العامل لشي‏ء من الوضيعة في المضاربة، ومع الإجماع القطعي بل الضرورة الفقهية لدى العامة والخاصة على خلافها<.[[75]](#footnote-75)

(الثاني): ما ذکرفي کلمات عدة من المحققين المتقدمين ومنهم العلامة ره في القواعد والمحقق الثاني ره في جامع المقاصدوغيرهما من ان هذا الشرط مناف لمقتضی العقد فيکون الشرط باطلاً ومبطلاً للعقد المشتمل عليه ولکنه اجيب عنه کمافي المستمسک بان الشرط المخالف لمقتضى العقد تارة: يكون مخالفاً لمضمونه، و أخرى: يكون مخالفاً للوازمه العرفية، و ثالثة: يكون مخالفاً لاحكامه الشرعية الاقتضائية. و كون شرط الضمان أو شرط تحمل الخسارة من أحد الأقسام المذكورة غير ظاهر، بل من الواضح أنهما غير مخالفين لمضمون المضاربة و لا للوازمها العرفية<.[[76]](#footnote-76) واجاب عنه السيدالماتن ره بانه>ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد- كما قد يتخيل- بل إنما هو مناف لإطلاقه،إذمقتضاه كون الخسارة على المالك و عدم ضمان العامل إلامع التعدي،أو التفريط<. وقديذکر(توجيهاً للاشکال المذکور) ان المقتضی العرفي لعقدالمضاربة هوکون العامل اميناً في الاتجارولايکون ضامناً لرأس المال الا مع التعدي والتفريط لأنّ المالك يريد بقاء المال عنده واتجاره به، وإرادته لذلك تقتضي إذنه الفعلي في بقاء المال تحت يد العامل، فيكون تلفه القهري مأذوناً فيه لا محالة، إذ لا يمكنه أن يقيد إذنه في البقاء بالبقاء الذي لا يكون مقروناً بالتلف القهري؛ لعدم العلم به، فيكون خلف إذنه الفعلي وإرادته الفعلية ببقاء المال تحت يد العامل. وعليه فاشتراط ضمان العامل في غيرمواردالتعدي والتفريط وان لم يکن منافياً لمضمون عقدالمضاربة ولکنه مناف للازم العرفي له [[77]](#footnote-77) ولکنه يجاب عنه بان عدم الضمان کما لايکون منافياً لمضمون العقدکذلک لايکون منافياً للازم العرفي له وذلک لان الامانية بمعنی جوازالتصرف في رأس المال وعدم کونه غصباً وان کان لازماً غيرقابل للانفکاک لعقدالمضاربة بل عدم جواز التصرف يکون منافياً لمضمون عقدالمضاربة ولايمکن تقييده بمايکون منافياً لغرض المالک، الاان الامانية بمعنی عدم الضمان عندالتلف لايکون داخلاً في مضمون عقدالمضاربة ولا لازماً عرفياً لها بحيث لاينفک عنه وانما هوحکم شرعي اوعقلائي ثابت للمضاربة بطبعها بمعنی ان المضاربة من حيث انها مضاربة لايکون مقتضية للضمان .

(الثالث) : ما ذكره السيدالخوئي ره في بطلان شرط الضمان على المستأجر في عقد الإجارة بعد ردّه للوجه الذي اختاره هنا\_اي الوجه الاول\_ بأنّ اليد الأمينة ليست مقتضية للضمان، لا أنّها مقتضية لعدمه، ومن ثمّ لا مانع من اشتراط الضمان من وجه آخر-وحاصله:>أنّ شرط الضمان بنحو شرط النتيجة لا شرط الفعل والتدارك لا يكون صحيحاً لأنّه لو اريد ثبوت الضمان بالشرط مباشرة من دون ان يکون ذلک بايجادسببه الشرعي فهذا لامعنی له لانه ليس تحت سلطان المتعاقدين وانما هوحكم شرعي امره بيدالشارع ،ولواريدثبوت الضمان شرعاً من طريق ايجادسببه فهذا يتوقف علی امرين: أحدهما: أن تكون تلك النتيجة تحت سلطان المكلف واختياره شرعاً،بان حكم الشارع بامكان ايجاده وانشائه في نفسه مع قطع النظر عن الشرط. والثاني: أن لا يعتبر في ايجاده سبب خاص كالملكية و الوكالة‌ و نحوهما مما يكفي إبرازه بأي مبرز كان. فلا مانع من ان يبيع داره مشروطا بان يكون أثاث البيت مثلا أو المزرعة الفلانية أيضا ملكا للمشتري، أو ان يكون وكيلا عنه في المعاملة الكذائية بحيث تثبت الملكية أو الوكالة بنفس هذا الاشتراط، فان زمام هذا الاعتبار بيد المكلف نفسه، و له الإبراز بأي مبرز كان، و الشرط من احد المبرزات.فكلما كانت الشرائط من هذا القبيل صح اشتراطها في متن العقد و شملها دليل نفوذ الشرط.و أما ما اعتبر فيه سبب خاص كالنكاح و الطلاق و الظهار و نحوها أو لم يكن اختياره بيد المكلف و لم يكن له إيجاده بالفعل حتى بغير الشرط كاعتبار الوراثة للأجنبي، أو الملكية لشخص بعد شهر مثلا المحكوم بالبطلان لمكان التعليق المبطل فلا يصح اشتراطه في العقد على سبيل شرط النتيجة، فلا يسوغ البيع بشرط الإرث، و لا بشرط ان يملك الشي‌ء الفلاني بعد شهر.و على الجملة فالعبرة في نفوذ الشرط في شرائط النتيجة بتحقق أمرين: أحدهما كون تلك النتيجة تحت اختيار المشروط عليه بحيث يكون قادرا على إيجادها فعلا و لو من غير اشتراط. و الثاني عدم اعتبار لفظ خاص في تحققها، و بما ان الضمان فاقد للشرط الأول فمن ثمَّ لا يصح اشتراطه في الإجارة كما عليه المشهور<. [[78]](#footnote-78) وقدناقش بعض الاعلام في هذاالوجه ‏بامرين: >الاول :انّ شرط ضمان اليد لا يرجع إلى تشريع الضمان لليد، بل مرجعه إلى تقييد الإذن لليد، وأنّ المالك راضٍ بالتصرف في ماله دون هدر ماليته على تقدير التلف،باعتباران عدم الضمان انما هولوکان الاذن مطلقاً، واما لوکان الاذن في التصرف مقيداً بعدم هدرمالية المال حاصله ان ثبوت الضمان في المقام ليس من تشريع الضمان مباشرة ولامن ايجادالضمان العقدي بايجادسببه وهوالشرط حتی يردعليه ماذکره السيدالخوئي ره بل هومن الضمان الحاصل باليد ناشئاً من تقييدالاذن .

والثاني: ان ثبوت الضمان بالشرط بنحو الضمان العقدي أيضاً لا محذور فيه؛ لأنّه مشروع مع قطع النظر عن الشرط؛ إذ لا إشكال في امكان تمليك الغير مالاً في ذمته كما في الشراء بالذمة وإنّما لا يجوز تمليك الغير مالاً ذمّياً ابتداءً كهبة المال الخارجي لاشتراط القبض في الهبة والتمليك المجاني، وأمّا إذا كان في قبال شي‏ء- كالمعاوضات أو في قبال عمل أو بنحو الشرط ضمن عقد- فلا مانع من صحته ومشروعيته، فإنّه يكون تحت سلطان صاحب الذمة، كما في عقد الضمان، وضمان الأعيان الخارجية الذي مرجعه إلى شغل العهدة بها على تقدير وجودها واشتغال الذمة ببدلها على تقدير تلفها، وليس ذلك من باب النص الخاص. هذا مضافاً إلى ما ورد من مشروعية تضمين الأجير الذي يحمل المتاع بالشرط في جملة من الروايات، وقد أفتى به المشهور<. [[79]](#footnote-79)

ولکنه يردعليه بالنسبة الی الامرالاول مضافاً الی کونه خلاف ظاهراشتراط الضمان \_حيث ان ظاهرالاشتراط ان مضمون العقدالذي هوالاذن في الاتجارمطلق لاقيد فيه وانما اشترط الضمان مع التحفظ علی مضمون العقد\_ان تقييد الاذن بعدم هدر مالية المال لوتلف بالتصرف انما يصح ويجوز لوکان امرالضمان رفعاً ووضعاً بيدالمتعاقدين ولم يکن راجعاً الی الشارع، والا فلوکان ذلک راجعاً الی الشارع ولم يکن تحت سلطان المتعاقدين فلامعنی لتقييد الاذن به لنفس ماذکره السيدالخوئي ره من عدم صحة شرط النتيجة في مثل الضمان وبعبارة اخری تقييدالاذن بالضمان يحتاج الی قابلية کون الضمان منشأ من قبل المتعاقدين فلو التزمنا ذلک فهذا يرجع الی الامرالثاني و لايحتاج الی توجيه ثبوت الضمان بارجاعه الی تقييدالاذن ولولم نلتزم به فلا يتم الامرالاول ، وان قيل اثبات الضمان في المقام ليس من جهة انه يحصل بسبب الشرط حتی يستشکل فيه بانه بعدماکان القيدغيرممضی شرعاً فلايکون تقييدالاذن به موجباً لثبوته ولايترتب اثرعلی التقييدالمذکوربل الوجه في الضمان هوکون الاذن في التصرف مقيداً وهذا بنفسه يوجب الضمان وان لم يکن القيدممضی عندالشارع کماذکروا ان تخلف الشرط الفاسد يوجب الخيارلان الشرط وان کان فاسداً الا انه يوجب تعليق الالتزام وتقييده وعليه ففي المقام يقال الاذن مقيد بالضمان وهذا القيدوان لم يکن ممضی عندالشارع بماتقدم من ادلة المضاربة ولکن علی ايّ حال اذنه کان مقيداً بالضمان ومعناه انه في تقديرعدم الضمان لااذن فيه وعليه يتحقق موضوع ضمان اليد لانه لوکان مأذوناً کان خارجاً عن موضوع الضمان ومع عدم الاذن يتحقق موضوع ضمان اليد فيثبت الضمان،قيل هذا البيان وان اوجب رفع الاشکال بالصيغة الاولی الا انه انما يتم لوکان الاذن قابلاً للتقييد بالضمان وعدمه واما لوقلنا انه لايکون قابلاً لذلک بل امره من هذه الحيثية دائربين الوجودوالعدم واما کون الاذن موجوداً ولکن کان مقيداً بالضمان فلامعنی له بخلاف اشتراط غيرالضمان من الشروط کالتجارة في بلدخاص اوفي زمان خاص الذي يمکن تصويرتقييدالاذن في الاتجار بهذه الامورالتي تکون باختيارالمکلف، ولعله يشيرالی هذا المعنی ماذکره المحقق النائيني ره في التعليق علی المتن حيث قال:> بل الثاني و في كونه موجباً لفساد العقد أيضاً لتقيّد الإذن به نظر و إشكال<.

واما الامر الثاني فيردعليه ان ايجادالضمان بالشرط علی نحوشرط النتيجة يتوقف علی کون تلك النتيجة تحت سلطان المكلف واختياره شرعاً،بان حكم الشارع بامكان ايجاده وانشائه في نفسه مع قطع النظر عن الشرط وهذا منتف في المقام کما صرح به السيدالخوئي ره،وما ذکره من الموارد لاشهادة فيه علی کون الضمان امراً راجعاً الی المتعاقدين وتحت سلطانهما فان تمليک الغيرمالاً في ذمته في قبال شيء اوفي قبال عمل بمايرجع الی المعاوضة امرصحيح و نافذشرعاً وکذا بدون المعاوضة کما في عقدالضمان الشرعي \_الذي هومن نقل الدين من ذمة الی ذمة \_اوفي الضمان العقلائي \_الذي هومن ضمّ ذمة الی ذمة\_ واما في غيرهذه الموارد فلادليل علی صحته من نص خاص او سيرةعقلائية غيرمردوعة مضافاً الی ورودالنص الخاص علی عدم صحته في المقام کمايأتي في الجهة الثانية .

و(الرابع):ماذکره السيدالبروجردي ره في التعليق علی المتن بقوله : >بل الثاني هو الأقوى بل اشتراط كون الخسارة على العامل كأنّه اشتراط لأمر غير معقول<.وفسره بعض الاعلام بقوله :>وكأنّ مقصوده أنّ المال بعد أن كان ملكاً للمالك لا للعامل فوقوع الخسارة والتلف فيه على العامل لا المالك غير معقول إلّابافتراض أنّ المال ينتقل قبل التلف والخسران إلى ملك العامل لتقع الخسارة منه، وإلّا فمع فرض بقاء المال على ملك المالك يستحيل وقوع الخسارة على العامل<.[[80]](#footnote-80) ثم اجاب عنه بان هذا الإشكال لفظي؛ إذ لو فرض أنّ لفظ الخسارة كانت تقتضي ذلك فلا إشكال أنّ المقصود في المقام من هذا الاشتراط شرط الضمان، بمعنى أنّ العامل يكون ضامناً لما يخسره المالك بتلف أو بوضيعة لا بأن يتداركه له، بل بأن يكون الضمان بالتلف عليه ابتداءً كما في ضمان اليد الضامنة رغم كون المال التالف باقياً على ملك مالكه، وكما في موارد ضمان العامل بالتعدي والتفريط.[[81]](#footnote-81) ولکنه يمکن ان يکون هذا الوجه راجعاً الی الوجه الثالث باعتبارانه بعدما لم يکن الضمان وعدمه تحت سلطان المشروط عليه بل کان امره راجعاً الی الشارع فلايعقل اشتراطه في عقدالمضاربة .وقدتحصل مماذکران شرط الضمان علی نحوشرط النتيجة ليس بصحيح والعمدة في وجه ذلک هوالوجه الاول \_کونه مخالفاً للحکم الشرعي\_والوجه الثالث\_عدم کون المشروط تحت سلطان المشروط عليه\_دون الوجهين(الثاني والرابع) ، واما ان فسادالشرط يسري الی العقدفيکون العقدالمشتمل عليه باطلاً اولايسري الی العقد بل العقدصحيح دون الشرط فلوکان المستندفي بطلان الشرط هوالوجه الثاني \_کون الشرط منافياً لمقتضی العقد فقدتقدم في المباحث السابقة انه يوجب عدم تحقق القصدبالنسبة الی العقدالمشتمل علی الشرط لامتناع قصدالمتنافيين فيبطل العقد لعدم تحقق قصده واما لوکان الوجه في البطلان هوالوجه الاول اوالثالث فالظاهرانه لايسري البطلان الی الشرط لکن مقتضی ماذکره السيدالخوئي ره في المسألة الثانية\_ في شرط عدم مالکية احدهما لفسخ العقد\_ من کونه موجباً لتقييدالاذن هوالقول ببطلان العقدايضاً لما ذکره قده من ان الشروط في العقود الإذنية ترجع إلى التقييد وتعليق الإذن على تحقّق ذاك الشرط، فإذا كان باطلًا لكونه خلاف الشرع كانت المضاربة باطلة لعدم الإذن بها وهذا البيان يجري في المقام ايضاً لأنّ معناه أنّ المالك لا يأذن بالاتّجار بماله مع عدم الضمان، كما لا يأذن به على تقدير عدم لزوم المضاربة. الا ان يقال حيث ان تقييدالاذن بالضمان غيرممکن بل امرالاذن بالنسبة الی الضمان دائر بين الوجود والعدم فاشتراط الضمان لايرجع الی تقييدالاذن الموجب لبطلان المضاربة في صورة عدم تحقق الشرط بل يرجع الی تعليق الالتزام بالعقدعلی وجودالشرط الموجب للخيارعلی تقديرالتخلف بخلاف تقييدالاذن بعدم مالکية احدهما لفسخ العقد فانه يمکن هذا التقييد ولوباعتبارتوهم المتعاقدين کونه واقعاً تحت سلطانهماولعل هذا هووجه عدم جريان ماذکرفي المسألة الثانية من \_کون الشرط الفاسدموجباً لبطلان العقد\_في المسألة الرابعة عند السيدالخوئي ره .هذا کله فيماتقتضيه القواعد في حکم اشتراط الضمان علی نحوشرط النتيجة.

***(الجهة الثانية)***\_فيماتقتضيه الروايات الخاصة\_: فقد ورد في المقام رواية معتبرة دلّت على أنّ تضمين رأس المال على العامل يوجب أن لا يكون للمالك شي‏ء من الربح، بل يكون الربح كلّه للتاجر، وهي صحيحة محمّد بن قيس عن ابي جعفر× ففي الوسائل :مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع فِي حَدِيثٍ أَنَّ عَلِيّاً ع قَالَ: مَنْ ضَمَّنَ تَاجِراً فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ شَيْ‌ءٌ.

وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ مِثْلَهُ ،>مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ عَنْ عَاصِمٍ نَحْوَهُ ». وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: مَنْ ضَمَّنَ مُضَارِبَهُ.

وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: مَنْ ضَمَّنَ تَاجِراً ».[[82]](#footnote-82) وهذه الرواية بحسب ما في الکافي والتهذيب لها صدرنقلها صاحب الوسائل في الباب3ح2 فقال: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ‌ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع مَنِ اتَّجَرَ مَالًا وَ اشْتَرَطَ نِصْفَ الرِّبْحِ- فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ الْحَدِيثَ.

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ مِثْلَهُ .

ولااشکال في سندالرواية بحسب جميع الطرق \_من طريق الکليني والصدوق والشيخ رهم \_بل هي صحيحة، الا انه بطريق الشيخ ره بحسب اسناده الی الحسن بن محمّد ابن سماعة موثقة. اما من حيث الدلالة فالذي تنص عليه الروايةهو أنّ اشتراط الضمان من قبل المالك لرأس المال على العامل المضارب يوجب ان لايکون للمالک شيء من الربح بل يکون تمام الربح للعامل وانمايکون للمالک رأس ماله الذي ضمّنه على العامل وحيث ان قوام المضاربة بکون الربح بينهما کماان قوام القرض بکون تمام الربح للمقترض وکون المقترض ضامناً للمال فتکون الرواية دالة علی بطلان المضاربة في المقام وانقلابها قرضاً وهذا هوالذي اختاره السيدالگلپايگاني ره في التعليقة علی العروة والسيدالصدرره في التعليقة علی المنهاج والتزم به شيخنا الاستاذقده بل افتی بمضمونها الشيخ ره في النهاية وابن ادريس ره في السرائر،وصرح بانقلاب المضاربة قرضاً العلامة ره في التذکرة[[83]](#footnote-83) والشهيدالثاني ره في حاشية المختصرالنافع[[84]](#footnote-84). والمجلسي ره في الروضة فقال:>و الوجه بعد النصوص أنه يصير قرضا لأن ذلك من لوازمها، فذكر اللازم يستلزم الملزوم<.[[85]](#footnote-85) وفي المفاتيح :>و في الصحيح: من ضمن تاجرا فليس له الا رأس ماله، و ليس له من الربح شي‌ء. يعني إذا اشترط الضمان على العامل يصير قرضا فلا ربح حينئذ لصاحب المال<.[[86]](#footnote-86) وفي الوافي :>أريد بالحديثين أن في المضاربة لا ضمان على العامل فإن اشترط فيها الضمان عليه تصير قرضا فلا ربح حينئذ لصاحب المال<.[[87]](#footnote-87)‌ والتزم به في الحدائق[[88]](#footnote-88) ، وفي الرياض[[89]](#footnote-89) وقداستشکل في هذا الاستدلال في المستمسک وفي المباني ففي المستمسک:>وظاهره أن شرط الضمان صحيح لكنه مانع من استحقاق الربح للمالك، فيكون من قبيل ما أرسل‌ عن النبي صلى اللّٰه عليه و آله: «الخراج بالضمان» و هو مذهب المخالف، و غير معمول به، و لا معول عليه عندنا. و حمل في الوافي و غيره على أنه يكون المال قرضاً. و هو- مع أنه خلاف الظاهر منه- مخالف للقواعد<. [[90]](#footnote-90) وفي المباني:>ومن الغريب في هذا المقام ما صدر من بعضهم، من القول بانقلاب عقد المضاربة عند اشتراط الضمان على العامل قرضاً، فيكون جميع الربح للعامل، و لا يكون للمالك إلّا رأس ماله، و ذلك للنص المعمول به لدى الأصحاب.و كأنه صحيحة محمد بن قيس...لكنها و إن كانت صحيحة بحسب السند، إلّا أنها أجنبية بحسب الدلالة عن محلّ الكلام، فإنّها واردة في التضمين من أوّل الأمر، لا اشتراط الضمان عند التلف الذي هو محلّ كلامنا. فإنّا ذكرنا في مبحث الفرق بين البيع و الدين من مباحث المكاسب، أنّ البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال، بحيث إنّ كلّاً من المتبايعين يعطي شيئاً بإزاء أخذ شي‌ء من صاحبه. في حين إنّ القرض لا يتضمن أيّ مبادلة بين المالين، و إنما هو تمليك للمال مع الضمان، بمعنى إثباته في عهدة الآخر و نقله إلى ذمّته، كما هو الحال في الغاصب مع التلف. فليس القرض تبديل مال بمال غيره، و إنما هو جعل المال المعيّن بعينه في ذمّة الآخر، و هذا ما يعبّر عنه بالضمان المطلق. إذن فهذه الصحيحة لما كانت ناظرة إلى الضمان المطلق، أعني دفع ماله إلى غيره ليكون في عهدته من أوّل الأمر، كانت الرواية أجنبية عن محل الكلام، فإنها واردة في القرض ابتداءً، لا في انقلاب المضاربة إلى القرض بالاشتراط<.[[91]](#footnote-91) ولکنه يجاب عن الاشکالين اما عن اشکال المستمسک فلان حمل الرواية علی قاعدة>الخراج بالضمان< يتوقف علی دلالة الرواية علی صحة العقدمضاربة وعدم انقلابه الی القرض والافلامساس للرواية بقاعدة الخراج بالضمان وقدتقدم تقريب دلالة الرواية علی انقلاب المضاربة الی القرض واستشکل في هذاالتقريب في کلام السيدالحکيم ره بکونه مخالفاً لظاهرالرواية وانه مخالف للقواعد اما کونه مخالفاً لظاهرالرواية فباعتباران بيان الحکم لشرط الضمان يدل علی صحة الشرط المذکوروهذا يستلزم صحة العقدالمتضمن للشرط المزبور، ولکنه يلاحظ عليه بانه انما يتم فيما لولم يکن الحکم المذکورللشرط منافياً لمضمون العقدالمشتمل علی الشرط ولم يکن لازماً لعقدآخر والا کان بيان ذاک الحکم بياناً لبطلان العقدالمشتمل علی الشرط وانقلابه الی العقدالآخر کما في المقام حيث ان کون تمام الربح للآخذ مناف لمضمون عقدالمضاربة ولازم عقدالقرض ،واماکونه مخالف للقواعدفتوضيحه ماتعرض له في الرياض واجاب عنه ففي الرياض :> و لو ضمّن صاحب المال العامل أي جعله ضامناً لمال المضاربة متى تلف انفسخت و صار الربح له للمعتبرة، و فيها الصحيح و غيره«من ضمّن تاجراً فليس له إلّا رأس ماله، و ليس له من الربح شي‌ء». و إطلاقها كالعبارة يشمل صورتي قصدهما القرض أم المضاربة.و ربما يستشكل في كلتا الصورتين، فالأُولىٰ: بعدم اشتمال العقد علىٰ ما يدلّ علىٰ القرض من العبائر المعتبرة في عقده، كأقرضتك و نحوه؛ إذالمفروض وقوع العقد بلفظ القراض، و أنه إنما ذكر فيه تضمين التاجر خاصّة.و الثانية: بأن العقود تابعة للقصود، و هما قد قصدا المضاربة كما هو المفروض، فكيف يجعل قرضاً بمجرّد التضمين مع عدم دلالته عليه صريحاً، بل و لا ظاهراً.و منافاته لمقتضىٰ العقد لا تستلزم صيرورته قرضاً، فليكن قراضاً فاسداً يكون المال للمالك و للعامل اجرة المثل، كما هو الضابط في كلّ قراض فاسد.و لكن العدول بذلك عن المعتبرة السليمة عما يصلح للمعارضة عدا القاعدة إشكال.اللّهم إلّا أن تحمل علىٰ صورة وقوع القراض بغير لفظه، بل بنحو قوله: خذه و اتّجر به و ضمانه عليك، فإنه يكون حينئذٍ قرضاً إجماعاً، كما في المهذب البارع قال معلّلاً: نظراً إلىٰ المعنىٰ، و صوناً للعقد عن الفساد، و للفظ المسلم عن الهذر.

و هو حسن إن اقتصر في العبارة علىٰ ما مرّ، و إلّا فلو زاد الشركة في الربح لم يجرِ فيه أكثر ما ذكره من التعليلات، بل كلها؛ لتصادمها من طرفي القرض و القراض، هذا. و حمل المعتبرة علىٰ ذلك بعيد غايته، بل الظاهر أنه لا مندوحة عن العمل بها مطلقاً، كما في العبارة و تبعه جماعة<.[[92]](#footnote-92) واماعن اشکال المباني فبان الرواية ظاهرة في النظر إلى اشتراط الضمان من قبل مالك رأس المال على عامل المضاربة لا انشاء عقد القرض ابتداء وذلك لعدة امور:

الاول : مافي کتاب المضاربة من >صراحة الرواية باحدطرق الشيخ قده في ذلك؛ إذ صرّح فيها بتضمين المضارب، وهذا صريح في أنّ العقد هو المضاربة والتضمين يكون بنحو الاشتراط، فحتى لو فرض اجمال أو ظهور نقل الكليني والصدوق في مطلب آخر لا يقدح ذلك بالعمل بالرواية بطريق الشيخ؛ إذ لا تهافت بين المطلبين، بل يكون صراحة الرواية بنقل الشيخ مبينة للمراد من نقل الكليني حيث كان النقل للروايات بالمعنى<. [[93]](#footnote-93) ولکنه يلاحظ عليه بانه وان لم يکن هناک تهافت بين المطلبين الاانه اذا حصل الاطمئنان باتحادالرواية\_ولوباعتباروحدة الراوي ووحدة الامام الذي صدرمنه الکلام ووحدة التعبيرالواردفيهما\_ کما عليه السيدالخوئي ره في امثال المقام کان الاختلاف في لفظ الرواية موجباً للاجمال في الرواية فلايمکن الاستدلال بالرواية للمدعی نعم لواحتملنا تعدد الرواية امکن الاستدلال بکل منهما في موردها.

والثاني :مافيه ايضاً من ظهور الرواية حتى بطريق الكليني والصدوق في ما فهمه المشهور؛ وذلك لأنّ حمل عنوان التضمين على ارادة انشاء عقد القرض من أوّل الأمر خلاف الظاهر جداً، فإنّ مجرّد كون القرض فيه نحو تضمين للمال لا يعني صحة التعبير عنه بالتضمين؛ ولهذا لم يرد في شي‏ء من روايات القرض هذا التعبير، كما أنّ عدم جواز أخذ شي‏ء من ربح المال في باب القرض وكونه رباً واضح لدى الجميع، بل التعبير في ذيل الفقرة بأنّه ليس له من الربح شي‏ء كالصريح في النظر إلى عقد المضاربة، خصوصاً إذا كانت الفقرتان صادرتين معاً، كما لعلّه ظاهر الروايةوبعبارة اخری التعبير بتضمين التاجر وأنّه ليس له إلّارأس المال وأنّه ليس له من الربح شي‏ء لا يناسب إلّاباب المضاربة <.[[94]](#footnote-94) اقول:ماذکرفي الذيل من ان التعبير بانّه>ليس له الا رأس ماله<و>انه ليس له من الربح شي‏ء< كالصريح في النظر إلى عقد المضاربة تامّ، واما ماذکرفي الصدر من انّ حمل عنوان التضمين على ارادة انشاء عقد القرض من أوّل الأمر خلاف الظاهر جداً، فإنّ مجرّد كون القرض فيه نحو تضمين للمال لا يعني صحة التعبير عنه بالتضمين؛ ولهذا لم يرد في شي‏ء من روايات القرض هذا التعبير، كما أنّ عدم جواز أخذ شي‏ء من ربح المال في باب القرض وكونه رباً واضح لدى الجميع، فيلاحظ عليه بان انشاء عقدالقرض بالتضمين وان لم يکن متعارفاً الا ان الاشارة اليه بالتضمين في مقام بيان حکمه لابعد فيه خصوصاً وانه متضمن لمناط الحکم ومشعر بعلته،کما ان وضوح عدم جوازاخذشيء زائدعلی رأس المال في باب القرض وکونه رباً لايمنع عن حمل الرواية علی بيان عدم جواز اخذشيء من الربح دفعاً لتوهم جوازاخذالربا والزيادة فيما اذا جعل المال المقترض مال التجارة وحصل منه ربح لتوهم اختصاص الحرمة بالرباالاستهلاکي وبعبارة اخری ما کان من الواضحات اصل حرمة اخذ شيء زائد علی اصل المال المقترض لا اطلاقها وشمولها لاخذشيء من الربح الحاصل بالتجارة بالمال المقترض .

والثالث: انّ صدر الصحيحة يشهد على أنّها واردة في المضاربة، فان الصحيحة علی ما في الکافي والتهذيب هکذا :محمّد بن قيس عن أبي جعفر ×قال: «قال أمير المؤمنين ×: من اتّجر مالًا و اشترط نصف الربح فليس عليه ضمان.و قال: من ضمّن تاجراً فليس له إلّا رأس ماله، و ليس له من الربح شي‌ء» ولااشکال في ان المراد من الصدر هو المضاربة دون القرض لفرض تنصيف الربح و الحكم بعدم الضمان مع ان في القرض يکون الربح له بتمامه، و يكون‌ عليه ضمان المال بمثله. ولکنه مبني علی کون الجمع بين الفقرتين من قبيل الجمع في المروي لا الجمع في الرواية الا ان يقال انه لوکان من قبيل الجمع في الرواية فلااشکال في ظهورالرواية في کون هذا الجمع من الامام ابي جعفر× وهذا يکفي في کون الفقرة الثانية مرتبطة بالفقرة الاولی وکون الفقرة الاولی شاهدة علی المرادمن الفقرة الثانية.

***(الموضع الثاني)\_اشتراط تدارک الخسارة والوضيعة علی العامل علی نحوشرط الفعل\_:*** الذي يستفادمن تعليق عدة من الاعلام قدهم علی المتن صحة هذا الشرط وذلک باعتباران تدارك العامل للخسارة و التلف من ماله الخاص لا على نحو الضمان أمر سائغ و فعل جائز قبل الاشتراط، فلا مانع من اشتراطه عليه، و عندئذ يجب الوفاء به اخذاً بعموم >المؤمنون عندشروطهم< ولايأتي فيه الوجوه الاربعة التي کانت تقتضي بطلان الشرط في الموضع الاول\_اشتراط الضمان علی نحوشرط النتيجة\_ لانها تختص بما اذا کان المشروط کون الخسارة والتلف علی عهدة العامل فانه هوالذي يکون مخالفاً للحکم الثابت في المضاربة اويکون منافياً لمقتضی العقداويکون خارجاً عن سلطنة المتعاقدين اويکون اشتراط امرغيرمعقول بخلاف ما اذا کان المشروط تدارک العامل للخسارة الحاصلة بالوضيعة اوالتلف بعد ماکانت الخسارة ثابتة في ملک المالک ،کما لايشمله صحيحة محمدبن قيس التي دلت علی بطلان عقدالمضاربة وانقلابها الی عقدالقرض فان مورد الصحيحة هوتضمين العامل بمعنى شرط‌ عروض خسارة المال على عهدة العامل ولا اقلّ من الشك في شمول النص المذكور لصورة اشتراط التدارك و عدمه، فمقتضى القاعدة هو الأخذ بعموم «المؤمنون عند شروطهم»؛ لأنّ العام هو المرجع في الشبهات المفهومية للمخصص الدائرة بين الاقل والاکثرفيختلف الحکم في الموضع الثاني عن الحکم في الموضع الاول اللهم الا ان يقال انه لوکان المستند في کون حکم المضاربة هوعدم ضمان العامل حتی بملاحظة العناوين الثانوية وبلحاظ جعل المتعاقدين، الروايات الواردة في سؤال السائل عن طريقة وحيلة يتمكن بها ان يحفظ صاحب المال ماله عن الضياع في مقابل دعوى التلف أو الوضيعة من العامل، وفي مقام الجواب لم يجوّز له شرط التضمين، وإنّما أمرباقراضه مقداراً ثمّ المشاركة معه في الباقي مضاربةً،باعتبارانه لوکان تضمين العامل سائغاً لاشيراليه في تلک النصوص لانه طريق اسهل للوصول الی الغرض ودفع المشکلة فهذه الروايات تدل علی عدم جوازتضمين العامل فهذه النصوص کماتدل علی عدم جوازاشتراط الضمان علی نحوشرط النتيجة کذلک تدل علی عدم جواز اشتراط تدارک الخسارة لنفس المناط ولکنه يلاحظ عليه بان مجرداشتراط تدارک الخسارة علی نحوشرط الفعل الذي لايؤثر الا في الحکم التکليفي من دون ان يکون موجباً لاشتغال الذمة وضعاً لايکفي في دفع المشکلة حتی يکون عدم التنبيه عليه في تلک النصوص دليلاً علی عدم جوازه شرعاً .

### 5\_مخالفة العامل لشرط المالک

(مسألة5): إذ اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقا أو إلى البلد الفلاني‌أو إلا إلى البلد الفلاني أو لا يشتري الجنس الفلاني أو إلا الجنس الفلاني أو لا يبيع من زيد مثلا أو إلا من زيد أو لا يشتري من شخص أو إلا من شخص معين أو نحو ذلك من الشروط فلا يجوز له المخالفة و إلا ضمن المال لو تلف بعضا أو كلا و ضمن الخسارة مع فرضها و مقتضى القاعدة و إن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادة القيدية إذا أجاز المعاملة و ثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط التزام في الالتزام و كون تمام الربح له على تقدير الفسخ إلا أن الأقوى اشتراكهما في الربح على ما قرر لجملة من الأخبار الدالة على ذلك و لا داعي إلى حملها على بعض المحامل و لا إلى الاقتصار على مواردها لاستفادة العموم من بعضها الآخر‌.

البحث في هذه المسألة في ما اذا اشترط المالک علی العامل ضمن عقدالمضاربة شيئاً وخالفه العامل وانه ماهوحکمه التکليفي والوضعي لهذه المخالفة والذي تعرض له السيدالماتن ره ضمن الامثلة وان کان هو مااذا کان المشروط ممايرجع الی کيفية التجارة برأس المال الا انه لاوجه لاختصاص البحث به بل ينبغي البحث عما اذا اشترط المالک علی العامل ضمن عقدالمضاربة شيئاً ممايرجع الی کيفية التجارة برأس المال اوامراً اجنبياً عن التجارة به وبملاحظة ماذکره السيدالماتن ره يقع الکلام في هذه المسألة في جهتين الاولی: الحکم التکليفي لما اذا اشترط المالک علی العامل ضمن عقدالمضاربة شيئاً ممايرجع الی کيفية التجارة برأس المال او يکون امراً اجنبياً عن التجارة به، والثانية:حکم مخالفة العامل لشرط المالک وضعاً من حيث ضمان التلف وضمان الخسارة ومن حيث ثبوت الخيار للمالک في فسخ المضاربة ومن حيث التصرفات الواقعة مع مخالفة الشرط (وحکم الربح الحاصل في مواردمخالفة العامل للشرط ) وکذا استحقاقه لاجرة المثل بمقتضی القواعد العامة،وبمقتضی النصوص الخاصة ،

***(الجهة الاولی***\_ الحکم التکليفي لاشتراط المالک علی العامل ضمن عقدالمضاربة شيئاً ممايرجع الی کيفية التجارة برأس المال اويکون امراً اجنبياً عن التجارة به \_ لااشکال في وجوب الوفاء بهذه الشروط \_بعدما کان المشروط فيها امراً سائغاً شرعاً \_تمسکاً بدليل >المؤمنون عندشروطهم< الا علی مبنی من يری عدم لزوم الوفاء بالشروط المذکورة ضمن العقودالجائزة بل يمکن اجبارالعامل عليه علی تقديرالامتناع من العمل به وعن بعض العامة القول بفساد الشرط فيما اذا رجع الی کيفية التجارة برأس المال باعتبارانه مناف لمقصودالمضاربة من حصول التجارة وتحقق البيع واشتراط شيء خاص معرض عدم تحقق البيع والشراء الذي هوالمقصود من عقدالمضاربة وقدتعرض له الشيخ ره في المبسوط والعلامة ره في التذکرة وناقشا فيه ففي المبسوط:>إذا شرط في القراض أن لا يشترى إلا من فلان و لا يبيع إلا منه كان فاسدا عند قوم‌، و عند قوم أنه جائز و هو الأقوى، لأنه لا مانع منه، و من قال لا يجوز قال لأنه يسقط المقصود من الربح لأن فلانا قد يغيب أو يموت، فلا يقدر على الشراء و لا البيع، أو ربما لا يختار أن يبيعه أو يشترى منه، و هكذا الحكم فيه لو قال على أن لا يشترى إلا العقار الفلاني أو الثوب الفلاني كان فاسدا لما مضى، و عندي أنه يجوز. و كذلك إذا قال لا تشترى إلا جنسا لا يعم وجوده في أيدي الناس، لكن يوجد و لا يوجد، مثل أن يقول: لا تتجر إلا في لحوم الصيد فان هذا قد يوجد و قد لا يوجد فلا يجوز، و إنما يصح القراض فيما يتمكن من طلب المقصود به، مثل أن يقول اتجر فيما شئت، و عامل من شئت كيف شئت، فيكون جائزا و هكذا لو عين جنسا‌ لا ينقطع عن أيدي الناس كقوله اتجر في الطعام وحده أو في التمر وحده أو في الثياب القطن فكل هذا يوجد غالبا و لا ينقطع، فالقراض صحيح لا يتعذر المقصود منه. و هكذا لو شرط ألا يتجر إلا فيما يعم وجوده في بعض السنة كالرطب و العنب و الفواكه الرطبة فإنه جائز لأنه لا يعدم في وقته غالبا و في الناس من قال لا يتجر إلا فيه و قد قلنا إن جميع ذلك يقوى في النفس أنه جائز و كل ما ذكروه قياس، و قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم. يقوي ما قلناه<.[[95]](#footnote-95) وفي التذکرة :>مسألة 217: لو خصّص المالك الإذنَ، تخصّص، فلا يجوز للعامل التعدّي‌، فإن خالف ضمن، و لا يبطل القراض بالتخصيص، فلو قال له:لا تشتر إلّا من رجلٍ بعينه، أو سلعة بعينها، أو لا تبع إلّا على زيد، أو لا تشتر إلّا ثمرة بستانٍ معيّن، أو نخلة بعينها، أو لا تشتر إلّا ثوباً بعينه، جاز، و لزم هذا الشرط، و صحّ القراض، سواء كان وجود ما عيّنه عامّاً في الأصقاع و الأزمان، أو في أحدهما، أو خاصّاً فيهما، و سواء قلّ وجوده و عزّ تحصيله و كان نادراً، أو كثر، عند علمائنا- و به قال أبو حنيفة و أحمد - لأنّه لمّا جاز أن تكون المضاربة خاصّةً في نوعٍ جاز أن تكون خاصّةً في رجلٍ بعينه أو سلعةٍ بعينها، كالوكالة. و لما رواه الحلبي- في الصحيح- عن الصادق×(الی ان قال:) و قال الشافعي و مالك: يشترط في صحّة القراض أن لا يضيّق المالك على العامل بالتعيين، فلو عيّن المالك نوعاً بعينه، فإن كان ممّا يندر وجوده كالياقوت الأحمر و الخَزّ الأدكن و الخيل البُلق و الصيد حيث يوجد نادراً، فسد القراض؛ لأنّ هذا تضييق يُخلّ بمقصوده، و هو التقليب و طلب الربح. و إن لم يكن نادرَ الوجود فإن كان ممّا يدوم شتاءً و صيفاً- كالحبوب و الحيوان و الخَزّ و البَزّ- صحّ القراض، و إن لم يدم كالثمار الرطبة، فوجهان، أحدهما: إنّه لا يجوز، كما إذا قارضه مدّةً معيّنة، و مَنَعه من التصرّف بعدها. و لو قال: لا تشتر إلّا من رجلٍ بعينه، أو سلعة بعينها، لم يصح القراض- و به قال مالك- لأنّ ذلك [يمنع] مقصود القراض، و هو التقليب و طلب الربح، لأنّه إذا لم يشتر إلّا من رجلٍ بعينه فإنّه قد لا يبيعه، و قد يطلب منه أكثر من ثمنه، و كذا السلعة، و إذا كان كذلك لم يصح، كما لو قال: لا تبع و لا تشتر إلّا من فلان. و الجواب: نمنع كون هذا الشرط مانعاً من مقصود القراض.نعم، إنّه يكون مخصّصاً للإطلاق، و ذلك جائز بالإجماع، فكذا هنا<.[[96]](#footnote-96)

وفي المسالک ذيل عبارة الشرائع (و لو اشترط أن لا يشتري إلا من زيد أو لا يبيع إلا على عمرو صح و كذا لو قال على أن لا يشتري إلا الثوب الفلاني أو ثمرة البستان الفلاني وسواء كان وجود ما أشار إليه عاما أو نادرا):>لاخلاف عندنا في جواز هذه الشروط و لزومها، و إن ضاقت بسببها التجارة، و إطلاق النصوص دالّ عليه. و نبّه به على خلاف بعض العامّة حيث منع من اشتراط ما يكون وجوده نادرا أو مضيّقا<.[[97]](#footnote-97)

هذا کله بلحاظ وجوب الوفاء بالشرط و اما جوازالتصرف في رأس المال بالتصرف العيني التکويني في تقدير مخالفة الشرط \_و لو بامساکه وعدم ردّه الی المالک\_ فهو مبني علی کون الشرط راجعاً الی القيدية وتقييد الاذن الذي هومضمون العقد اوالی الالتزام ضمن العقد من دون ان يوجب تقييد الاذن فعلی الاول لايجوزالتصرف لمادل علی عدم جوازالتصرف في مال احد الا باذنه ورضاه ، وعلی الثاني لامانع من التصرف المذکورفيما يکون عملاً بالمضاربة وهذا البحث وان تعرض له الاعلام قدهم في الجهة الآتية الراجعة الی صحة المعاملات وضمان العامل وثبوت الخيارولکن تعيين الحکم التکليفي للتصرف في تقديرالمخالفة ايضاً يتوقف عليه فلابد من دراسته في هذه الجهة ليترتب عليه الحکم في هذه الجهة وفي الجهات الآتية وکيف کان فقدذکرالسيدالحکيم ره ضابطاً في تقسيم الامورالتي يشترط ضمن المضاربة ففي المستمسک :>القيود التي تذكر في المضاربة (تارة): تكون من مقومات المضاربة، مثل المبيع و المثمن و مكان البيع و زمانه و البائع و المشتري و نحو ذلك و هذه لا تكون إلا قيوداً للمجعول و هو المضاربة، لا مجعولة بجعل مستقل لتعذر ذلك فيها، فاذا قال له: اشتر الغنم، أو في السوق الفلاني، أو في النهار، أو في الليل، أو لا تبع على زيد، أو لا تشتر من زيد، أو بتوسط الدلال الفلاني، أو نحو ذلك، فهذه قيود المضاربة أخذت قيداً للمجعول، لا أنها مجعولة بجعل مستقل في ضمن المضاربة، لامتناع جعلها لأنها عينية لا تقبل الجعل، و جعلها في ضمن جعل المفهوم بمثل قوله:و عليك أن تشتري الغنم، راجع الى تقييد المفهوم، لا جعل شي‌ء في ضمن جعل المفهوم، فهو إذاً قيد لا شرط (و تارة): لا تكون مقومة للمضاربة‌ بل خارجة عنها، مثل أن يقول: لا تحمل المال معك، أو لا تنقد الثمن في مجلس البيع، أو اقرأ سورة من القرآن وقت البيع، أو نحو ذلك.

و هذا القسم (تارة): يكون ملحوظاً قيداً للمضاربة، كأن يقول: بع و أنت تقرأ القرآن، أو تذكر اللّٰه تعالى (و أخرى): يكون ملحوظاً شرطاً في ضمن المضاربة، مجعولا بجعل مستقل، بأن يقول: و اشترطت عليك أن تقرأ القرآن وقت البيع (و ثالثة): أن يأمر المالك به أو ينهى عنه، من دون ملاحظة كونه شرطاً له على العامل، و لا قيداً للعمل، بل لوحظ لنفسه لما فيه من الفائدة، مثل أن يقول: احمل النقد في هميان، أو اتخذ حارساً يحفظ مال التجارة. أما ما أخذ قيداً للمضاربة- سواء كان من مقوماتها أم خارجاً عنها- فهو على قسمين: (الأول): ما يؤخذ قيداً في مقام الواقع، كما إذا قال له: لا تتجر بالأكفان، أو لا تبع و أنت جنب فلا ينبغي التأمل في عدم صحة المعاملة لو خالف، لأنها غير مأذون فيها من المالك، فصحتها خلاف قاعدة السلطنة، و لا تصح إلا بإجازة المالك.

(الثاني): ما أخذ قيداً في مقام الظاهر خوفاً من الخسران، كما إذا قال: لا تشتر التمر فإنه خطر، فاشترى تمراً و ربح، فالمعاملة و إن كانت غير مأذون فيها ظاهراً مأذون فيها واقعاً، و لا منافاة بين الأمرين، لعدم التنافي بين الحكم الظاهري و الواقعي. و عليه فالمعاملة صحيحة، و لا تحتاج إلى إمضاء و إجازة. و كذلك تصح المعاملة فيما لم يؤخذ قيداً أو شرطاً مجعولا بجعل مستقل، فإنها حينئذ مأذون فيها و لا خيار للمالك في الفسخ لعدم المقتضي لذلك، فاذا لم يتخذ حارساً لحفظ ماله أو لم يحمل النقد في هميان كان مخالفاً لما أمره به المالك، فيكون آثماً و ضامناً، لكن لا خلل في المعاملة، و لا في لزومها، و لا خيار للمالك.

و المتحصل مما ذكرنا أمور: (الأول): أن القيود المذكورة في‌ ضمن عقد المضاربة، تارة: تكون قيوداً للمضاربة، و أخرى: تكون شرطاً فيها، و ثالثة: لا تكون قيوداً لها و لا شرطاً فيها. (الثاني): أن المأخوذة قيوداً لا تصح المضاربة بدونها إذا كانت قيوداً واقعية، و تصح إذا كانت قيوداً ظاهرية (الثالث): أنها إذا لم تكن قيوداً و لا شروطاً تصح المضاربة معها، و لا تحتاج إلى الإجازة من المالك، و إن كان العامل آثماً و ضامناً<. [[98]](#footnote-98)

ولکنه يلاحظ عليه اولاً بان ماذکره من ان اشتراط مايکون من مقومات المضاربة لامحالة يرجع الی تقييدالمجعول لا انها مجعولة بجعل مستقل ليس في محله لانه کما يمکن ان يکون من تقييدالمجعول والاذن (الذي هومضمون المضاربة)،کذلک يمکن ان يکون شرطاً مجعولاً ضمن العقد والذي نتيجته ثبوت االخيار اوالحکم التکليفي فقط. وثانياً:بان ماذکره ره من تقسيم القيودالخارجة عن المضاربة الی ثلاثة اقسام (بفرض قسم ثالث وهوان يأمرالمالک اوينهی عنه من دون ان يکون شرطاً له علی العامل ولاقيداً للعمل)ليس في محله لانه اذا کان الامربالخصوصية غيرراجع الی الشرط ولا الی القيد فهذا معناه ان هذا التعيين غيرمرتبط بالعقد ولايکون واقعاً ضمن العقد وانما يکون مقارناً للعقدزماناً ومثل ذلک لادليل علی وجوب رعايته حتی يکون العامل علی تقديرمخالفته آثماً بخلاف ما اذا رجع الی القيد فانه يقتضي ان يکون فاقدالخصوصية المعينة غيرمندرجة في موردالعقد فيرجع الی التصرف العدواني کما انه اذا رجع الی الشرط فالدليل علی وجوب رعايته هوعموم >المؤمنون عندشروطهم<، واما الامر(اوالنهي)المطلق غيرالمرتبط بالعقد فليس موضوعاً لوجوب الرعاية فلايکون العامل علی تقدير مخالفته آثماً کما انه لاوجه لکونه ضامناً بعدفرض بقاءالاذن علی اطلاقه.

وقدذکرالسيدالخوئي ره في الضابطة للقسمين کلاماً يختلف عما ذکره السيدالحکيم ره في بعض الجهات \_وان کان موافقاً له في لزوم ارجاع القسم الاول الی التقييد في الاذن\_ ففي المباني :>يمتاز القيد من الشرط في العقود الالتزامية التمليكية كالبيع بان الشرط فيها قد يكون أمرا خارجيا أجنبيا عن المبيع و الثمن كالخياطة ففي مثله لا يمكن ان يكون قيدا لمتعلق العقد إذ المبيع وجود و الشرط وجود آخر و النسبة بين الوجودين هي التباين فلا معنى لأن‌ يكون أحدهما مقيدا للوجود الآخر فيقال: ان الحنطة مقيدة بخياطة الثوب.نعم من الممكن جعله قيدا للمنشإ بمعنى تعليق نفس البيع- لا المبيع- على الخياطة، الا انه باطل جزما، لأنه من التعليق في العقود و هو موجب لبطلانه.و من هنا فينحصر أمره في ان يكون شرطا في العقد بمعنى تعليق الالتزام بالعقد على الخياطة فيكون من الالتزام في ضمن الالتزام. و قد يكون وصفا لمتعلق العقد، و هو تارة يكون من الأوصاف الذاتية المقومة للذات فهو قيد لا محالة كأن يقول «بعتك هذا الموجود الخارجي على ان يكون ذهبا» و عليه فلو تخلف الوصف لكان البيع محكوما بالبطلان لا محالة، و ذلك لأن مالية الأشياء إنما هي بفصولها و ما يمتاز به كل صنف عن الآخر من الصفات، و حيث ان الجامع بين الصنفين فاقد لها فلا مالية له. و العبرة في اختلاف الصنف و النوع إنما هي بالنظر العرفي لا الدقة العقلية الفلسفية فإنه إذا باع المملوك على انه أمة فبان عبدا حكم ببطلان البيع إذ العرف يراهما نوعين و ان كانا بنظر العقل واحدا باعتبار أن الذكورية و الأنوثية من العوارض للإنسان. و أخرى لا يكون مقوما للذات كما لو باع العبد على أنه كاتب، و مثله لا يصلح ان يكون قيدا، فان الموجود الخارجي لا إطلاق له لكي يكون مقيدا بالكتابة في بعض الأحيان و إنما هو موجود واحد إما هو كاتب بالفعل أو ليس بكاتب كذلك.و حيث لا يجوز ان يكون من تعليق نفس البيع عليه لأنه من التعليق المبطل جزما، ينحصر أمره في كونه شرطا اعني تعليق الالتزام‌ بالعقد على كونه كاتبا فيكون له الخيار على تقدير عدمه.

هذا كله بالنسبة إلى المائز بين القيود و الشروط في الأعيان الخارجية و قد اتضح انه يختلف باختلاف الشرط.

و من هنا يتضح ان العبرة في الفرق بينهما إنما هو بواقع الشرط لا التعبير فلا فرق بين ان يقول: (بعتك هذا العبد الكاتب) أو (بعتك هذا على ان يكون كاتبا) فان الحال فيهما واحد.

و أما إذا كان متعلق العقد كليا في الذمة، فحيث ان وجود الكلي ينحصر في وجود أفراده إذ لا وجود له الا في ضمنها، كان الاشتراط- مقوما كان الشرط أو غيره- موجبا لتعدد الوجود و امتياز المقيد عن غيره، و من هنا يكون الشرط قيدا في متعلق المعاملة لا محالة بحيث يكون متعلقها خصوص الحصة المقيدة دون غيرها لاقتضاء أخذ الوصف تخصص الكلي لا محالة. و عليه فلو سلمه غيرها لم تبرأ ذمته و وجب عليه أداء الحصة التي اتفقا عليها.

و بهذا يفترق الكلي عن العين الخارجية. و كذا الحال إذا كان متعلق العقد عملا من الأعمال، فإنه عرض من الأعراض و هو يختلف و يتعدد في الوجود بماله من صفات:فهو موجود بوجودين واجد الصفة و فاقدها.

و من هنا فأخذ صفة في ضمن العقد يعني كون متعلق المعاملة خصوص تلك الحصة فلو أتى الأجير بغيرها لم تفرغ ذمته.و ليس هذا من موارد الخيار و إنما هو من موارد عدم تحقق متعلق العقد في الخارج.

و الحاصل: ان باب الكلي في الذمة و الأعمال من جهة يغاير باب‌ الأعيان الخارجية التي تكون متعلقة للعقد من جهة أخرى.

هذا كله في العقود الالتزامية التمليكية، و أما في عقد المضاربة الذي ينحل في الحقيقة إلى أمرين إذن المالك للعامل في العمل و التزامه بان يكون الربح بينهما، فهو من العقود الإذنية بلحاظ الجهة الأولى و من العقود الالتزامية بلحاظ الجهة الثانية.

فإذا اشترط المالك على العامل ما يرجع إلى خصوصية في المبيع أو الشراء كان ذلك من تقييد الأذن لا محالة فيكون راجعا إلى الجهة الأولى في المضاربة، و مقتضى ذلك ان مخالفة الشرط توجب انتفاء الأذن في التصرف فيه و عليه فيحكم بعدم استحقاق العامل شيئا.و أما ما وقع من العمل خارجا فهو معاملة فضولية ان أجازه المالك كان الربح أو الخسران له و الا فهو محكوم بالفساد من أصله.

و أما إذا كان الشرط أمرا خارجيا كالخياطة و الكتابة و نحوهما فيمكن ان يكون راجعا إلى الجهة الأولى فيكون من تعليق الأذن في التجارة و التصرف بالمال على ذلك الفعل المعين كما هو الحال في الإباحات.و لا يقدح فيه التعليق لأن الممنوع إنما هو التعليق في العقود التمليكية و المضاربة من العقود الإذنية.

و يمكن أن يكون راجعا إلى الجهة الثانية أعني التزامه بكون الربح بينهما على النسبة المعينة، و هذا هو الأظهر في الشروط التي لها مالية.و عليه فعند تخلف العامل عن الشرط فللمالك ان يرفع يده عن التزامه هذا و إن كان إذنه في أصل التجارة باقيا، فيأخذ تمام الربح و يكون للعامل أجرة مثل عمله<.[[99]](#footnote-99)

ولکنه يلاحظ عليه بوجوه

(الاول): ان ماذکره في العقودالتمليکية فيما اذا کان متعلق العقد کلياً في الذمة من ان الشرط فيه يکون قيداً في متعلق المعاملة يردعليه ان امکان تقييد الکلي وجعل متعلق العقد حصة مقيدة وان کان صحيحاً ولکن ليس مقتضی ذلک ان يکون الاشتراط ملازماً لذلک بل کما يمکن ذلک کذلک يمکن ان يکون متعلق العقد باقياً علی کليته وکان الالتزام به مقيداً بوجودخصوصية في المبيع بان يشترط علی البائع ان يطبق المبيع الکلي في حصة خاصة ومقتضاه ثبوت الخيار في تقديرالمخالفة ، نعم ماذکره في مااذا کان متعلق العقد عيناً خارجية من التقسيم الی القسمين تامّ لا اشکال فيه.

و(الثاني):ان ما ذکره من ان اشتراط مايرجع الی خصوصية في المبيع اوالشراء يکون من تقييدالاذن لامحالة محل اشکال وذلک لعدم تعينه في ذلک بل کما يمکن ان يکون راجعاً الی تقييدالاذن کذلک يمکن ان يکون من قبيل الالتزام ضمن العقد کما صرح به الماتن ره.

و(الثالث):ان ماذکره اخيراًمن ان المضاربة تشتمل علی جهتين جهة الاذن وجهة الالتزام وبعض الشروط يرجع الی الجهة الاولی وبعض آخريرجع الی الجهة الثانية مناف لما ذکره سابقاً من ان المضاربة عقد اذني ولاتشتمل علی التزام اصلاً حتی يعلق الالتزام بمضمون العقد علی شيء ، وما ذکره سابقاً هوالصحيح وذلک لان لزوم المضاربة بالنسبة الی التجارة السابقة ليس من جهة کونه مشمولاً لاوفوا بالعقود بل من جهة ان دليل صحة المضاربة الذي يقتضي ترتب الاثرعليه يوجب ثبوت الحکم حتی مع فسخ احدهما ، نعم دليل الصحيحةانما يقتضي لزوم المعاملة بالنسبة الی التجارة السابقة وعدم امکان فسخ المضاربة بالنسبة اليها فيما اذا لم يجعل المالک شرطاً علی العامل والا ففي صورة الاشتراط حيث ان المالک يعلق التزامه الجائي من ناحية صحة العقد علی وجودذاک الشرط فدليل الصحة الشامل للمضاربة المذکورة يدل علی الصحة مع الخيار،وعليه فهذا الاشکال اشکال في الصياغة وفي تخريج الصحة مع ثبوت الخيار\_فيما اذا لم يرجع الشرط الی قيدالاذن\_ لا اشکال في المعنی واللبّ.

و(الرابع) :ان ماذکره من ان الاظهرفي الشروط التي لها مالية ان يرجع الی الجهة الثانية لاوجه له لعدم وجود مرجع يوجب ترجيحه لانه لوکان الوجه في ذلک ان اکتفاء المالک بنصف الربح مثلاً انما هوباعتبارضمّ الخياطة اوالکتابة والا فهولايلتزم بالعقد بل يفسخه حتی يصيرتمام الربح له فهذا الغرض کما يحصل بارجاع الشرط الی الالتزام کذلک يحصل بارجاع الشرط الی الاذن .

***(الجهة الثانية)***: حکم مخالفة العامل لشرط المالک وضعاً من حيث ضمان التلف وضمان الخسارة ومن حيث ثبوت الخيار للمالک في فسخ المضاربة ومن حيث التصرفات الواقعة مع مخالفة الشرط (وحکم الربح الحاصل في مواردمخالفة العامل للشرط )وکذا استحقاقه لاجرة المثل بمقتضی القواعد العامة،وبمقتضی النصوص الخاصة

اما الحکم الوضعي من هذه الحيثيات بمقتضی القواعدالعامة فهويبتني علی تعيين مرجع الاشتراط فلوکان الاشتراط راجعاً الی تقييدالاذن ففي تقدير مخالفة العامل لشرط المالک حيث ان رأس المال خارج عن موردالاذن والامانة ففي تقدير التلف يکون العامل ضامناً للمال وفي تقديرالوضيعة تکون المعاملة فضولية فان اجازها المالك كانت الخسارة عليه و الا استحق نفس ماله و عينه لبقائه علی ملکه، نعم لولم يمکن للعامل ردّه الی المالک کان ضامناً لبدله من المثل والقيمة لاانه يضمن العامل للوضيعة والخسارة ابتداء،کما انه في تقديرحصول الربح ان ردّ المالک المعاملة الفضولية استحق نفس ماله وان اجاز کان الربح بتمامه له وليس للعامل شيءمن الربح الحاصل لکون عمله خارجاً عن موردالمضاربة کما انه لايستحق اجرة المثل لعمله لانه لم يکن بامرمن المالک اواذنه و المالک باجازته للمعاملة الواقعة بانشائه وان استوفی عمله ولکن استيفاء عمل المسلم انما يوجب الاجرة فيما اذا صدربامر من الآخر اوباذنه والمفروض في المقام انتفائهما، واما لوکان الاشتراط من قبيل الالتزام ضمن عقدالمضاربة من دون ان يرجع الی تقييد الاذن ففي فرض تلف رأس المال لايضمن العامل شيئاً کما لايستحق شيئاً من جهة الاجرة لعمله وفي تقدير بقاء رأس المال ووقوع المعاملة عليه فالمعاملة الواقعة في الخارج مندرج في موردالمضاربة فلاموجب للضمان بعدفرض وجودالاذن و الامانية غاية الامربمقتضی الشرط الذي خالفه العامل يکون للمالک فسخ المضاربة وعلی تقديرفسخ المضاربة لاتنفسخ المعاملة الواقعة باذن المالک بل هي تبقی علی حالها فلوکانت مربحة کان تمام الربح للمالک ويستحق العامل اجرة المثل لعمله ولوکانت مخسرة لاموجب لاستحقاق المالک مقدارالخسارة من العامل ففي صورة الاشتراط لايوجدموجب لضمان التلف اوالخسارة الا ان يرجع الاشتراط الی اشتراط الضمان وقلنا بصحة هذا الشرط هذا کله بحسب القواعد واما بمقتضی النصوص فقد وردت عدة روايات معتبرة تدلّ علی ضمان العامل في تقديرالمخالفة لشرط المالک مع الاشتراک في الربح علی حسب ماشرطا قد جمعها صاحب الوسائل ره في الباب1 من ابواب المضاربة وهي کما تلي :

(الاولی):صحيحة محمدبن مسلم( مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ )عَنْ أَحَدِهِمَا × قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُعْطَى الْمَالَ مُضَارَبَةً- وَ يُنْهَى أَنْ يَخْرُجَ بِهِ فَخَرَجَ- قَالَ يَضْمَنُ الْمَالَ وَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا.

وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ مِثْلَهُ.

و(الثانية):صحيحة الحلبي( وَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ) عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × أَنَّهُ قَالَ: فِي الرَّجُلِ‌ يُعْطِي الْمَالَ- فَيَقُولُ لَهُ ائْتِ أَرْضَ كَذَا وَ كَذَا- وَ لَا تُجَاوِزْهَا وَ اشْتَرِ مِنْهَا- قَالَ فَإِنْ جَاوَزَهَا وَ هَلَكَ الْمَالُ فَهُوَ ضَامِنٌ- وَ إِنِ اشْتَرَى مَتَاعاً فَوُضِعَ فِيهِ فَهُوَ عَلَيْهِ- وَ إِنْ رَبِحَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا.

وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبَانٍ وَ يَحْيَى عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنِ الْحَلَبِيِّ مِثْلَهُ.

و(الثالثة) : صحيحة ابي الصباح الکناني (وَ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ) عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي الرَّجُلِ يَعْمَلُ بِالْمَالِ مُضَارَبَةً- قَالَ لَهُ الرِّبْحُ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْ‌ءٌ- إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ عَنْ شَيْ‌ءٍ مِمَّا أَمَرَ صَاحِبُ الْمَالِ.

و(الرابعة) : صحيحة الحلبي الثانية( مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبَانٍ وَ يَحْيَى عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنِ الْحَلَبِيِّ )عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ: الْمَالُ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةً لَهُ مِنَ الرِّبْحِ- وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْ‌ءٌ- إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ.

و(الخامسة) : صحيحة الحلبي الثالثة(وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ )عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي الرَّجُلِ يُعْطِي الرَّجُلَ مَالًا مُضَارَبَةً- فَيُخَالِفُ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا.

و(السادسة) :صحيحة الکناني الثانية(وَ عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيْلِ عَنِ الْكِنَانِيِّ )قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنِ الْمُضَارَبَةِ- يُعْطَى الرَّجُلُ الْمَالَ يَخْرُجُ بِهِ إِلَى الْأَرْضِ- وَ يُنْهَى أَنْ يَخْرُجَ بِهِ إِلَى غَيْرِهَا- فَعَصَى فَخَرَجَ بِهِ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى فَعَطِبَ الْمَالُ- فَقَالَ هُوَ ضَامِنٌ فَإِنْ سَلِمَ فَرَبِحَ فَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا.

وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ مِثْلَهُ.

و(السابعة) : صحيحة الحلبي الرابعة (وَ عَنْهُ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ )عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × أَنَّهُ قَالَ: فِي الْمَالِ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةً- لَهُ مِنَ الرِّبْحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْ‌ءٌ- إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ- فَإِنَّ الْعَبَّاسَ كَانَ كَثِيرَ الْمَالِ- وَ كَانَ يُعْطِي الرِّجَالَ يَعْمَلُونَ بِهِ مُضَارَبَةً- وَ يَشْتَرِطُ عَلَيْهِمْ أَنْ لَا يَنْزِلُوا بَطْنَ وَادٍ- وَ لَا يَشْتَرُوا ذَا كَبِدٍ رَطْبَةٍ- فَإِنْ خَالَفْتَ شَيْئاً مِمَّا أَمَرْتُكَ بِهِ فَأَنْتَ ضَامِنٌ لِلْمَالِ.

و(الثامنة) : صحيحة رفاعة بن موسی (وَ عَنْهُ عَنْ فَضَالَةَ عَنْ رِفَاعَةَ بْنِ مُوسَى) عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ×فِي مُضَارِبٍ يَقُولُ لِصَاحِبِهِ- إِنْ أَنْتَ أَدَنْتَهُ أَوْ أَكَلْتَهُ فَأَنْتَ لَهُ ضَامِنٌ- قَالَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ إِذَا خَالَفَ شَرْطَهُ.

وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ الْوَشَّاءِ عَنْ رِفَاعَةَ بْنِ مُوسَى نَحْوَهُ.

و(التاسعة) : صحيحة جميل(وَ عَنْهُ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ حُكَيْمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلٍ )عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا- يَشْتَرِي بِهِ ضَرْباً مِنَ الْمَتَاعِ مُضَارَبَةً- فَذَهَبَ فَاشْتَرَى بِهِ غَيْرَ الَّذِي أَمَرَهُ- قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَ.

و(العاشرة) :موثقة ابي بصير( وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ وُهَيْبٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ) عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي الرَّجُلِ يُعْطِي الرَّجُلَ مَالًا مُضَارَبَةً- وَ يَنْهَاهُ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى فَعَصَاهُ- فَقَالَ هُوَ لَهُ ضَامِنٌ- وَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا إِذَا خَالَفَ شَرْطَهُ وَ عَصَاهُ.

و(الحادية عشرة) :رواية زيدالشحام(وَ عَنْهُ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ وَ أَبِي شُعَيْبٍ عَنْ أَبِي جَمِيلَةَ عَنْ زَيْدٍ الشَّحَّامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي الْمُضَارَبَةِ إِذَا أَعْطَى الرَّجُلُ الْمَالَ- وَ نَهَى أَنْ يَخْرُجَ بِالْمَالِ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى- فَعَصَاهُ فَخَرَجَ بِهِ فَقَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا.

و(الثانية عشرة) : صحيحة محمدبن عيسی(أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى فِي نَوَادِرِهِ عَنْ أَبِيهِ )قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ × كَانَ لِلْعَبَّاسِ مَالُ مُضَارَبَةٍ- فَكَانَ يَشْتَرِطُ أَنْ لَا يَرْكَبُوا بَحْراً وَ لَا يَنْزِلُوا وَادِياً- فَإِنْ فَعَلْتُمْ فَأَنْتُمْ ضَامِنُونَ- فَأُبْلِغَ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ ص فَأَجَازَ شَرْطَهُ عَلَيْهِمْ.

لااشکال في اختلاف النصوص المذکورة بحسب ما اشتملت عليه من المفاد \_ ولومن حيث السعة والضيق\_ فلابد من الجمع بينها والذي يستفاد من کلمات عدة من المحققين \_کصاحب الجواهر والسيدالماتن رهما\_ انها لااختلاف بينها في ناحية الحکم وانما الاختلاف بينها في ناحية الموضوع وبملاحظة موردمخالفة العامل للمالک فتصدوا للجمع بينها فاختارالسيدالماتن ره الاخذ بالنصوص المطلقة بينما ذهب صاحب الجواهرره الی ان النصوص المطلقة تنزل علی ارادة الضمان من الاشتراط بقرينية الروايتين الواردتين في اشتراط الضمان والسيد الحکيم ره جعل النصوص علی اصناف اربعة وادعی ان النص الوارد في محل الکلام والذي يدل علی ضمان العامل مع الاشتراک في الربح انما هي رواية واحدة وهي صحيحة الحلبي (ح 5 من الباب) ففي المستمسک : >الأخبار الواردة في الباب و إن كانت كثيرة، لكن لا يظهر منها ورودها في صورة كون القيد واقعياً، فقد تقدم صحيح محمد بن مسلم (الباب1ح1) و مورده النهي عن الخروج، و نحوه أحد صحاح الحلبي، (الباب1ح2) و روايات الكناني (الباب1ح6)و أبي بصير (الباب1ح10) و زيد الشحام (الباب1ح11)، و النهي عن الخروج ليس من قبيل تقييد المعاملة، بل الظاهر منه أنه من القسم الثالث. و قد تقدم أحد صحاح الحلبي (الباب1ح4)، و دلالته على الاشتراك في الربح مع المخالفة‌ غير ظاهرة، فضلا عن كون المخالفة في قيود المعاملة، فلا يكون من أدلة المقام، و نحوه رواية الكناني (الباب1ح3) الأخرى، و كذلك‌صحيح الحلبي الثالث عن أبي عبد اللّٰه (ع): «أنه قال في المال الذي يعمل به مضاربة: له من الربح، و ليس عليه من الوضيعة شي‌ء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال. فان العباس كان كثير المال، و كان يعطي الرجال يعملون به مضاربة، و يشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد، و لا يشتروا ذا كبد رطبة، فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن للمال» (الباب1ح7).و ليس في الخبرين دلالة على الاشتراك في الربح مع المخالفة. نعم‌ في صحيح جميل عن أبي عبد اللّٰه (ع): «في رجل دفع الى رجل مالًا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى به غير الذي أمره. قال: هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرط» (الباب1ح9).و لا يبعد أن يكون التقييد فيه من قبيل التقييد في مقام الظاهر، لا الواقع و على هذا فليس في الروايات بأجمعها ما هو ظاهر في الاشتراك في الربح مع التقييد الواقعي الذي هو خلاف القواعد.

نعم‌ في صحيح الحلبي عن أبي عبد اللّٰه (ع): «في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط عليه قال (ع): هو ضامن و الربح بينهما» (الباب 1ح5). فإن إطلاقه يقتضي الاشتراك في الربح حتى في القيود الواقعية. لكن الخروج عن القواعد به في صورة التقييد الواقعي مشكل مع احتمال الحمل على غيره<.[[100]](#footnote-100)

والمتحصل من کلامه ان الروايات المذکورة علی اصناف اربعة وهي 1\_ ما يکون مورده النهي عن الخروج(وهي ح1وح2 وح6 وح10 وح11)وهوظاهر في کون الاشتراط من القسم الثالث \_اي مجردالامروالنهي من غيران يکون قيداً اوشرطاً\_، 2\_ما اشتمل علی مخالفة امرصاحب المال(وهي ح3 وح4 وح7)وهولايدل علی الاشتراک في الربح فضلاً عن کون المخالفة في قيود المعاملة ، 3\_ما اشتمل علی مخالفة امرصاحب المال ويکون دالاً علی الاشتراک في الربح (وهوح9) ولايبعدان يکون من قبيل التقييدفي الظاهر،4\_ما اشتمل علی مخالفة شرط المالک (وهوح5) وهوباطلاقه يشمل القيودالواقعية لكن الخروج عن القواعد به في صورة التقييد الواقعي مشكل.

ولکنه يلاحظ عليه بالنسبةالی الصنف الاول انه لاوجه لحمله علی القسم الثالث بل اطلاقه يشمل القيدية و الاشتراط ، وبالنسبة الی الصنف الثاني ان الاستثناء ظاهر في الرجوع الی الضمان فقط مع بقاء الحکم الاول\_ الاشتراک في الربح\_ علی حاله في الصورتين والا کان ينبغي ان يصرح بان الربح کله للعامل وليس للعامل شيء من الربح ، ولوسلّم ان هذه النصوص الثلاثة مجملة من هذه الحيثية ،ولوسلّم ان هذه النصوص الثلاثة مجملة من هذه الحيثية فصحيحة جميل (ح9)يکون مبينة ورافعة للاجمال لان موردهذه النصوص الثلاثة وان کان هومطلق مخالفة امرالمالک وموردهذه الصحيحة مخالفة امره بشراء شيء خاص الظاهرفي تقييدالاذن باعتبارکونه من مقومات التجارة الا ان ثبوت الاشتراک في الربح في الثاني يستلزم الاشتراک في غيره بطريق اولی ،وعليه فهذه الروايات الاربعة تندرج في صنف واحد موضوعها مخالفة مطلق امرالمالک ولاوجه لحمل هذه النصوص علی القسم الثالث (من اقسام تعيين الخصوصية) اوعلی التقييدالظاهري کما فعله السيدالحکيم ره فان الظاهران المرادمن الامرفي هذه الروايات نفس ما اريد من الشرط في صحيحة الحلبي(ح5 التي جعلها السيدالحکيم ره صنفاً رابعاً ) وهوتعيين خصوصية في المضاربة فالامر والشرط يرجعان الی معنی واحد وعليه فهذه الصحيحة (صحيحة الحلبي ح5 من الباب) ايضاً مندرجة في الصنف الثاني ولکن هناک صنف آخرتعرض له صاحب الجواهر ره وجعله شاهداً لحمل النصوص الباقية وهومادل علی ثبوت الحکم المذکور\_ضمان العامل مع الاشتراک في الربح \_في صورة اشتراط الضمان صريحاً في عقدالمضاربة وتندرج في هذا الصنف ذيل صحيحة الحلبي الرابعة (ح7من الباب) وصحيحة رفاعة بن موسی(ح8من الباب) وصحيحة محمدبن عيسی(ح12من الباب) فتکون الاصناف ثلاثة:

1\_ مادل علی الحکم المذکورفي مورداشتراط عدم اخراج المال من مکان خاص(ح1و2و6و10و11).

2\_مادل علی الحکم المذکورفي موردمخالفة العامل لمطلق امرالمالک وشرطه(ح3و4و5و7و9).

3\_مادل علی الحکم المذکورفي موردالمخالفة لامرالمالک في صورة اشتراط المالک ضمان العامل لوخالفه(ذيل ح7، وح8وح12).

وهذه الاصناف الثلاثة وان اختلف مدلولها(من حيث السعة والضيق)الا انها حيث تکون مثبتات وليست من المثبت والنافي فيؤخذبالجميع وتکون النتيجة ثبوت الحکم علی نحوالاطلاق وبما ان مطلقات هذه النصوص تشمل صورتي التقييدوالاشتراط فالحکم يثبت في الصورتين معاً وان کان هذا الحکم مخالفاً لمقتضی القواعد في کلتا الصورتين لان مقتضی القواعدفي صورة التقييدان يکون العامل ضامناً من دون ان يکون شريکاً في الربح ، وفي صورة الاشتراط ان يکون شريکاً في الربح في تقدير عدم الفسخ ومستحقاً لاجرة المثل في تقديرالفسخ من دون ان يکون ضامناً \_ الا ان يشترط الضمان في العقدصريحاً اويرجع شرط الخصوصية الی اشتراط الضمان ، هذا هومقضی الصناعة في الجمع بين نصوص الباب.

ثم انه بعد ماظهر ماهوالصحيح في الجمع بين نصوص الباب يقع الکلام في جهتين الاولی: فيما ذکرفي حمل النصوص المذکورة والثانية :في انه ماهودائرة شمول النصوص بالنسبة الی صورالاشتراط وانحائه

اما ماذکرفي حمل النصوص فقال السيدالماتن ره : و لا داعي إلى حملها على بعض المحامل ،وقدذکرهناک وجوه ثلاثة لحمل النصوص الاول ماذکره صاحب الجواهرره والثاني ماذکره المحقق العراقي ره في التعليقة علی العروة والثالث ما ذکره السيدالحکيم ره اما کلام صاحب الجواهرره ففي المستمسک : >فقد ذكر في الجواهر: أنه يمكن تنزيل النصوص على إرادة بقاء‌ الاذن في المضاربة بأن يكون الغرض من الاشتراط الضمان لا غير، كما يومئ إليه صحيح الحلبي السابق- يعني: المتعرض لذكر العباس- فان قوله في آخره:«فأنت ضامن ..»‌يقتضي الاقتصار فيه على الضمان. و إلا لقال فأنت ضامن و غير مأذون في المعاملة. و لكنه كما ترى غير ظاهر<.

**اقول** :وجه الضعف هوانه بعدماکانت الروايات الدالة علی الحکم مطلقة وکان المطلق والمقيد في المقام من قبيل المثبتين فلاوجه لرفع اليدعن اطلاق النصوص المطلقة وحملها علی المقيد .

واما کلام المحقق العراقي ره في التعليقة علی العروة فقال:>لا يبعد إتمام ما أُفيد أيضاً على القاعدة في صورة انفصال الأوامر و النواهي عن عقد المضاربة بدعوى كون مفاد عقد المضاربة التسليط المطلق الغير المنافي لضمانه من جهة مخالفته لأمر المالك تكليفاً بمناط صدق التعدّي في ماله بنفس هذه المخالفة نعم مع اتّصال هذه الأوامر بالعقد كان المورد من قبيل اتّصال الكلام بما يصلح للقرينيّة فلا يبقى حينئذٍ إطلاق لعقده يستكشف التسليط المطلق المزبور و حينئذٍ فلا محيص من طرح هذه الأخبار أو حملها على صورة انفصال النواهي و إلّا فمع مخالفة المشهور لمضمونها بإطلاقها لا يبقى مجال الأخذ بها على خلاف القاعدة في خصوص المورد فضلًا عن أن يتعدّى منها إلى نظائرها كما لا يخفى<

فيلاحظ عليه اولاً بان حمل الروايات علی صورة انفصال النواهي عن عقدالمضاربة مخالف لاطلاقها بل لصراحة بعضعها ، وثانياً ان انفصال النواهي عن العقد لايلازم اطلاق الاذن الذي هومضمون العقد فان الاذن الحاصل بالعقد قابل للتقييد بالکلام المتأخر.

واماکلام السيدالحکيم ره ففي المستمسک: >و لا يبعد أن يكون التقييد فيه من قبيل التقييد في مقام الظاهر، لا الواقع و على هذا فليس في الروايات بأجمعها ما هو ظاهر في الاشتراك في الربح مع التقييد الواقعي الذي هو خلاف القواعد <. [[101]](#footnote-101)وقدفسرمراده من التقييدالظاهري قبل ذلک حيث قال:>أما ما أخذ قيداً للمضاربة- سواء كان من مقوماتها أم خارجاً عنها- فهو على قسمين: (الأول): ما يؤخذ قيداً في مقام الواقع، كما إذا قال له: لا تتجر بالأكفان، أو لا تبع و أنت جنب فلا ينبغي التأمل في عدم صحة المعاملة لو خالف، لأنها غير مأذون فيها من المالك، فصحتها خلاف قاعدة السلطنة، و لا تصح إلا بإجازة المالك.(الثاني): ما أخذ قيداً في مقام الظاهر خوفاً من الخسران، كما إذا قال: لا تشتر التمر فإنه خطر، فاشترى تمراً و ربح، فالمعاملة و إن كانت غير مأذون فيها ظاهراً مأذون فيها واقعاً، و لا منافاة بين الأمرين، لعدم التنافي بين الحكم الظاهري و الواقعي. و عليه فالمعاملة صحيحة، و لا تحتاج إلى إمضاء و إجازة<. [[102]](#footnote-102) ويلاحظ علی ماذکره قده انه مخالف لظاهر الروايات من دون ان يکون هناک قرينة تقتضي ذلک ، والسيدالخوئي ره فسّرکلام السيدالحکيم ره بوجه آخر واستشکل فيه ففي المباني : >حمل بعضهم المخالفة في هذه النصوص على المخالفة الصورية بدعوى ان قصد المالك حين إعطائه لرأس المال للعامل إنما هو الاسترباح، غاية الأمر انه كان يتخيل انه إنما يكون بشراء الأطعمة- مثلا- لكن العامل لما يعلم انفعية شراء الحيوان- مثلا- فيشتريه، فلا يمكن ان يقال انه كان من غير إذن المالك لأنه لما كان قصده الاسترباح كان راضيا بكل معاملة فيها ربح.و من هنا تكون المعاملة صحيحة و الربح بينهما بالنسبة لا محالة باعتبار ان المخالفة صورية لا حقيقية و عليه فالمتحصل ان هذه النصوص لا تتضمن حكما تعبديا مخالفة للقاعدة، و إنما تتضمن حكما تقتضيه القواعد بنفسها.

و فيه: انه لو تم فهو إنما يتم في صورة وجود الربح في المعاملة التي أتى بها العامل و أما مع الخسارة فمقتضى القاعدة كون المعاملة فضولية ان أجازها المالك كانت الخسارة عليه و الا استحق نفس ماله و عينه، لا الحكم بصحتها مطلقا مع تحمل العامل للخسارة فإنه لا ينطبق على أي قاعدة من القواعد.على انه إنما يختص بما إذا كان ربح المعاملة التي قام بها العامل أزيد أو لا أقل مساويا لربح المعاملة التي أمر بها المالك، و أما مع قلته بالنسبة إليه فكيف يمكن أن يقال: ان المالك راض بها و ان المخالفة صورية؟ و الحال ان هذه النصوص مطلقة و غير مقيدة بفرض تساوي الربحين أو زيادة ربح الثانية عما أمر به المالك.

هذا كله مضافا إلى ان العبرة في صحة التصرف في مال الغير انما‌ هي بكون العقد الصادر منسوبا إلى المالك و هو لا يكون إلا بإذنه السابق أو إجازته اللاحقة، و لا يكفي مجرد الرضا الباطني التقديري فإن كل انسان يرضى باطنا بالربح لكن أ فهل يصحح ذلك أخذ ماله و التصرف من غير إذنه؟.

إذن: فهذه المخالفة حقيقية واقعية و ليست بصورية، و مقتضى القاعدة الحكم ببطلان ما صدر من العامل، غير ان النصوص تضمنت صحته تعبدا و كون الربح بينهما و الخسارة على العامل<. [[103]](#footnote-103)

ولکنه يلاحظ عليه اولاً بان هذا التفسير مخالف لصريح کلام السيدالحکيم ره الواردفي تقسيم القيود، فلوکان مراده من بعضهم السيدالحکيم ره فهويصرح بان التقييدصوري بمعنی ان الاذن مطلق واقعاً وانما التقييد في ظاهرالعبارة لا ان الاذن مقيد والرضا الباطني مطلق، وثانياً لوسلم ان مراده من التقييد الصوري ان الاذن مقيد ولکن المعاملة الواقعة مع مخالفة العمل صحيحة لوجودالرضا الباطني فما اوردعليه من >انه لو تم فهو إنما يتم في صورة وجود الربح في المعاملة التي أتى بها العامل و أما مع الخسارة فمقتضى القاعدة كون المعاملة فضولية ان أجازها المالك كانت الخسارة عليه و الا استحق نفس ماله و عينه، لا الحكم بصحتها مطلقا مع تحمل العامل للخسارة فإنه لا ينطبق على أي قاعدة من القواعد< يمکن الجواب عنه بان مقتضی القاعدة في تقديرالخسارة وان کان هو کون المعاملة فضولية ان أجازها المالك كانت الخسارة عليه و الا استحق نفس ماله و عينه الا انه حيث لايبقی عين رأس المال في التجارات غالباً فعلی فرض عدم الاجازة يکون العامل ضامناً لرأس المال

واما دائرة شمول النصوص: فقال السيدالماتن ره : و لا\_اي لاداعي \_ إلى الاقتصار على مواردها ، لاستفادة العموم من بعضها الآخر ففي الجواهر:>و من هنا جمد بعض الناس على ما في النصوص، و لعل اقتصار المصنف على هذين الصورتين لذلك، لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد ما سمعته من النصوص الدالة على الأعم من ذلك، و هو كل شرط قد خولف، و هو الذي جزم به غير واحد، قائلا أنه لا بأس بتخصيص القواعد بهذه النصوص المعمول عليها بين الأصحاب إلا أنه كما ترى أيضا< . [[104]](#footnote-104)

وفي المستمسک:>إطلاق بعض النصوص و الكلمات يقتضي ضمان العامل إذا خالف المالك من غير فرق بين الموارد. و لكن الذي ينصرف اليه الذهن هو ما إذا خالفه فيما كان من شؤون المال مما كان له الولاية عليه، أما إذا كان خارجاً عن ذلك- كما إذا أمره بصلاة الليل و نوافل النهار و قراءة القرآن و نحو ذلك، مما لا يرجع إلى المال و إلى المعاملة به، فلم يفعل شيئاً من ذلك- فلا ضمان عليه، لقصور الأدلة على ذلك<. [[105]](#footnote-105)

اقول : ماذکره قده من اختصاص النصوص بما اذا کان الشرط الذي خالفه العامل مما يرجع الی جهة الاتجار ويکون من شؤون المال لاما کان خارجاً عن ذلک صحيح ويمکن تقريب ذلک بوجهين الاول:ان المنصرف من الشرط الذي خالفه العامل \_في النصوص التي ذکرهذا العنوان بعد فرض دفع المال مضاربة \_ ولوباعتبارالمناسبة في ذهن المخاطب \_هوما کان من شؤون المال بحيث لايحرز اطلاقه بالنسبة الی ما کان خارجاً عن ذلک ومع عدم احرازالاطلاق واحتمال الاختصاص لايمکن التمسک بالاطلاق، والثاني: انه لوسلم اطلاق الشرط بالنسبة الی ما کان خارجاً عن شؤون المال فلابد من تقييده بما يکون من شؤون المال وذلک باعتباران مقتضی المناسبة بين الحکم والموضوع ان يکون الموضوع للضمان بحسب المرادالجدي خصوص المخالفة للشرط الذي يکون من شؤون المال لامطلق مخالفة الشرط وذلک باعتباران النکتة العرفية للضمان في مواردوقوع اليد غيرالامينة هواستنادالتلف الی ذي اليد ولوتنزيلاً وهذا انما يتحقق فيما اذا کانت المخالفة في الخصوصية التي تکون من شؤون رأس المال من عوض المال اومکان الاتجار اوزمانه اوخصوصية المشتري اوالبائع ونحوذلک ولايتحقق فيما لايرجع الی شؤون رأس المال بوجه کخياطة الثوب وقرائة القرآن ونحوهما .

واما ما في المباني : من ان الظاهر انها إنما تختص بمخالفة العامل للشرط الراجع إلى الجهة الأولى في المضاربة اعني الأذن في التصرف في المال، و لا تشمل مخالفته لما يرجع إلى الجهة الثانية و كون الربح بالنسبة المعينة بينهما.و ذلك لانصراف هذه النصوص عن مثل هذه المخالفات، إذ الظاهر انها ناظرة إلى عمل العامل عملا لم يأذن فيه المالك و صدور العمل على خلاف الشرط، لا ما إذا كان العمل مأذونا فيه غاية الأمر انه لم يف بشرط خارجي اشترط عليه بلحاظ جعل الربح له، على ما يشهد له ملاحظة سائر النصوص الواردة في مخالفة العمل، فإنها تقيد ما ظاهره الإطلاق لا محالة.بل الظاهر انه لا حاجة إلى ذلك أيضا إذ الظاهر من صحيحة الحلبي المتقدمة ترتب الأثر على العمل بخلاف ما شرط عليه، و لو بملاحظة مناسبة الحكم و الموضوع حيث ان مجرد عدم العمل بالشرط لا يقتضي‌ الضمان و إنما يقتضيه العمل و التصرف على خلاف ما أذن فيه المالك و شرط على العامل، و هذا غيرمتحقق في الشرط الخارجي لأن الأثر غير مترتب على العمل بخلاف ما شرط و انما هو مترتب على عدم العمل بالشرط.فالأثر هناك مترتب على الفعل و هنا على الترك و البون بينهما بعيد و لما لم يكن الثاني موردا للروايات فلا بد فيه من الرجوع إلى القواعد و هي تقتضي الحكم بصحة المضاربة مع ثبوت الخيار للمالك فإن أجاز كان الربح بينهما و ان فسخ أخذ تمام الربح و دفع للعامل أجرة مثل عمله<. [[106]](#footnote-106) والذي يکون حاصله اثبات الاختصاص بوجوه ثلاثة(1\_انصراف الاطلاق ،2\_ تقييداطلاق المطلقات بالنصوص الواردة في مخالفة العمل، 3\_عدم انعقادالاطلاق في النصوص رأساً بملاحظة المناسبة بين الحکم والموضوع)

فيلاحظ عليه بان کون الاشتراط راجعاً الی جهة الالتزام اوجهة الاذن وتقسيم الربح لادخل له في شمول النصوص له وانما المناط في شمول النصوص کون الشرط راجعاً الی التجارة اوکونه خارجاً عنها ،والقول بالانصراف لابد وان يرجع الی احدالتقريبين المتقدمين لعدم انعقادالاطلاق ، کما ان ما ذکره من ان النصوص الواردة في مخالفة العمل تقيد ما ظاهره الإطلاق لا محالة يردعليه انه لاموجب له بعد ماکان المطلق والمقيد مثبتين ، والعمدة هوعدم ثبوت الاطلاق في النصوص بالنسبة الی الشرط الخارج عن التجارة.

### 6\_حکم خلط رأس المال مع غيره

(مسألة 6): لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره الا مع إذن المالك عموما كأن يقول:اعمل به على حسب ما تراه مصلحة إن كان هناك مصلحة أو خصوصا. فلو خلط بدون

لأذن ضمن التلف الا أن المضاربة باقية و الربح بين المالين على النسبة .

البحث في هذه المسألة يقع في جهات الاولی: في حکم خلط رأس المال مع مال الآخرتکليفاً، والثانية :في ضمان العامل لرأس المال فيما لوخلطه وتلف، والثالثة: في بقاء المضاربة علی تقديرالخلط والاتجاربالمجموع

اما***(الجهة الاولی)***\_ حکم خلط رأس المال مع مال الآخرتکليفاً\_ فقدحکم السيدالماتن ره تبعاً لمن تقدم بعدم جوازالخلط ووافقه الاعلام المعلقون علی العروة وعلل ذلک بانه تصرف من العامل في مال غيره في غيرموردالاذن فيکون محرماً استناداً الی ما دل علی حرمة التصرف في مال أحد إلا بإذنه، فإذا لم يكن إذن في التصرف- عام أو خاص- حرم وعلل في الجواهرمضافاً الی ذلک بان الشرکة عيب .

***اقول***: لا اشكال في کبری عدم جوازالتصرف في مال الغيربدون اذنه ،وانما الکلام في کون خلط رأس المال بغيره مشمولاً لاذن المالک في الاتجاربرأس المال اوخارجاًً عنه، ويمکن تقريب کونه خارجاً عن الاذن بوجهين الاول: ان خلط رأس المال بمال آخرنحوتغريربالمال ومن المعلوم ان الاذن الثابت بعقدالمضار بة لايشمل مايکون مستلزماً للتغريروجعل المال معرضاً للتلف، والثاني: ان الغرض العقلائي في المضاربة کون المال والربح علی نحويمکن للمالک استرداده ايّ زمان شاء وهذا لايتيسرفي مواردخلط رأس المال ولعله الی هذا يرجع ماذکرفي الجواهرمن کون الشرکة عيباً ،ولايخفی الفرق بين الوجهين فانه لوکان المستند في اعتبارالافراز وعدم خلط رأس المال هوالوجه الاول فمن المعلوم ان هذا يختلف باختلاف نوع رأس المال واختلاف الازمنة فلوقلنا بعدم صحة جعل العروض رأس مال للمضاربة واختصاص رأس المال بالنقود ففي الاعصار السابقة حيث انّ الاثمان كانت نقودا يحتفظ بها في المخازن الخاصة وکانت تنتقل من مکان الی آخرکان خلطها معرضاً للضياع والسرقة و نحوهما ، و امّا اليوم فلا يکون معرضاً لذلک، فانّ الاثمان توضع في البنوك في حساب خاص بحيث يتمكن العامل من الإيداع و الأخذ، و عندئذ لا تتفاوت الحال بين كونه حسابا لمال خاص أو لمال آخر معه لانّ الاثمان مختلطة قهرا كان الحساب مختصا لمال، أو مشتركا. وهذا بخلاف ما اذا کان المستند في اعتبارالافراز وعدم خلط رأس المال هوالوجه الثاني فانه لايختلف الحال بحسب نوع رأس المال وبحسب الازمنة فان المال المختلط ليس کالمال المفرض من حيث امکان حصول الربح ووصوله الی المالک بلافرق بين نوع وآخر ولابين زمان وآخر.

اما***(الجهة الثانية)*** \_ ضمان العامل لرأس المال فيما لوخلطه وتلف \_فالوجه فيه انه حيث ارتكب امراً غير مأذون فيه فقدخرجت يده عن كونها امانية، فيصير الاستيلاء عدوانياً موجباً للضمان، بل يضمن ما يحصل من الخسارة ونقصان القيمة في المال نتيجة الخلط، بل ويضمن مؤنة الافراز والقسمة کل ذلک لکونه مقتضی ضمان اليد غيرالامانية ،مضافاً الی انه مشمول للنصوص المتقدمة الواردة في مخالفة العمل لامرالمالک وشرطه لماتقدم من ان مورد تلک النصوص وان کان هي صورة المخالفة للامروالشرط ولکن المتفاهم العرفي منها هوان وجه الضمان کون التصرف خارجاً عن دائرة الاذن والا فليس لمخالفة الامروالنهي موضوعية في ذلک ثم ان الظاهرانه لافرق في ضمان العامل للتلف بعدتحقق الاختلاط بين مااذا کان التلف مستنداً الی الخلط وما اذا كان التلف من غير ناحية الخلط، كما إذا سرقت جميع الاموال التي معه بحيث سواء كان قد خلط مال الغير مع مال نفسه أم لا كانت تسرق وذلک لان الضمان الثابت عندتلف المال في يدغيره لايختص بما اذا کان التلف مستنداً الی ذي اليد فکما ان في موارد حدوث الغصب اذا استولی الغاصب و السارق على المغصوب و المسروق، ثم تلف بسبب سماوي، بحيث لو كان المال في حرز المالك، لكان محكوما بالتلف ايضاً، يحکم بالضمان لعدم إذن المالك الموجب للضمان کذلک في الغصب البقائي الذي يکون مسبوقاً بالامانية،ومافي کتاب المضاربة من >ان العامل يضمن التلف الحاصل من الخلط.وأمّا إذا كان التلف من غير ناحية الخلط، كما إذا سرقت جميع الأموال التي معه بحيث سواء كان قد خلط مال الغير مع مال نفسه أم لا كانت تسرق، فالظاهر أنّه لا موجب لضمانه عليه بعد أن كان أميناً على المال، وكان التلف حاصلًا من غير ناحية تصرفه في مال الغير بالخلط، فإطلاق كلام المصنف من أنّه يضمن التلف محل منع. والتمسك بالنصوص المتقدمة لإثبات الضمان فيه ما لا يخفى، فإنّ الوارد فيها عنوان مخالفة شرط المالك ونهيه المستوجب للتلف، وليس المقام منه حتى إذا فرضنا إلحاق فرض عدم الإذن بمخالفة الشرط<. [[107]](#footnote-107) يردعليه انه کان اميناً قبل خلط رأس المال واما بعده فقدخرجت يده عن الامانية فيثبت الضمان بذلک نعم لوکان المستند في الحکم بالضمان شمول النصوص المتقدمة امکن دعوی اختصاصها بما اذا کان التلف حاصلاً بالخلط دون ما اذا لم يکن للخلط دخل في التلف ولکنه يکفي في الحکم بالضمان في کلتا الصورتين دليل ضمان اليد هذا من حيث ضمان التلف واما الوضيعة في التجارة فالسيدالماتن ره وان لم يتعرض لها في المتن الا ان مقتضی ضمان اليد لزوم ارجاع اصل رأس المال الی مالکه مع امکانه ولزوم ردّ المثل والقيمة \_مع عدم امکان ردّ العين\_ کما ان مقتضی النصوص المتقدمة کون الوضيعة علی العامل فيلتزم بذلک استناداً الی النصوص وان کان مقتضی القواعد شيئاً آخر.

واما***(الجهة الثالثة)***\_بقاء المضاربة علی تقديرالخلط والاتجاربالمجموع وکون الربح بينهما علی ماشرطا\_ :فهووان کان علی خلاف مقتضی القواعد حيث ان مقتضی القواعد کون المعاملة فضولية فللمالک ردّها ولواجازها کان الربح کله له وليس للعامل شيء من الربح کما انه ليس له اجرة المثل بعدما لم تکن المعاملة الواقعة مستندة الی المالک وصادرة باذنه، ولکنه يلتزم به استناداً الی النصوص المتقدمة.

### 7\_عدم جواز نقل المال إلّا باذن المالك

(مسألة 7) :مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه من حيث البائع والمشتري ونوع الجنس المشترى، لكن لا يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك إلّاإذا كان هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق، وإن خالف فسافر فعلى ما مرّ في المسألة المتقدمة.

هذه المسألة تشتمل علی ثلاثة مطالب الاول: ان مع اطلاق العقد يجوز للعامل التصرف علی حسب ما يراه \_ من حيث البائع والمشتري ونوع الجنس\_ والثاني : انه لايجوز له ان يسافر من دون اذن المالک والثالث :انه لوخالف فسافر فهوضامن والوضيعة عليه خاصة والربح بينهما علی ماشرطا.

اما***(المطلب الاول)*** :فعلله في المستمسک بانه >مقتضی اطلاق الاذن و الأصل الحل و البراءة<. [[108]](#footnote-108) ***اقول***: اما التمسک باطلاق الاذن فهوفي محله وبه يحکم بجواز التصرفات تکليفاً وصحتها وضعاً واما التمسک باصل الحل والبرائة فيلاحظ عليه بانه بعدما کان المفروض في المقام کون رأس المال ملکاً لغيرالعامل فلوشک في جوازالتصرف التکويني في مال غيره کان مقتضی الاصل عدم الجواز حتی يحرز رضامالکه ، کما انه لوشک في جوازالتصرف الاعتباري فلايحکم بالصحة مالم يحرز اذن المالک واستناد التصرف اليه بالاذن ،وهکذا لوفرض تلف رأس المال وشک في ضمان العامل له فمقتضی اصل البرائة وان کان هوعدم الضمان الا انه لاتصل النوبة اليه بل ينقح موضوع الضمان بالاصل الموضوعي فان الاستيلاء علی مال الغيرووقوعه في يد المستولي موجب للضمان الا اذا کانت اليد امينة والجزء الاول من الموضوع محرز بالوجدان وبالاصل يحرز عدم الامانية فيتمّ موضوع الضمان .

واما***(المطلب الثاني)*** ففي الخلاف : >(مسألة 5): ليس للعامل أن يسافر بمال القراض بغير إذن رب المال و به قال الشافعي و قال أبو حنيفة و مالك: له ذلك و للشافعي في البويطي ما دل على ذلك قال أصحابه: لا يجي‌ء ذلك على مذهبه وبنى أبوحنيفة ومالك ذلك على الوديعة، وأن له أن يسافر بهاو عندنا أنه ليس له ذلك في الوديعة أيضادليلنا: إجماع الفرقة، و أيضا الأصل أنه ليس له ذلك، لأنه تصرف في مال الغير، و إثبات ذلك و أجازته يحتاج الى دليل، و الى إذنه و لم يوجد<. [[109]](#footnote-109) وفي القواعد:> ليس للعامل أن يسافر إلّا بإذن المالك، فإن فعل بدون إذن ضمن، و تنفذ تصرّفاته و يستحقّ الربح<. [[110]](#footnote-110) وفي جامع المقاصد: >أمّا عدم جواز السفر بدون الإذن فهو مذهب علمائنا، لأنّ فيه تغريرا بالمال، و لأنّه لا يتبادر من إطلاق العقد و لا يتفاهم منه ليكون شاملا له، و للروايات الصريحة في ذلك عن أهل البيت عليهم السلام: مثل رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام ، و صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام ،وقد تضمنت نفوذ التصرفات و استحقاق الحصة من الربح مع الضمان لو خالف.و أيضا فإنّه لا منافاة بين المنع من السفر ونفوذ البيع، فإنّه مأذون في التجارة من حيث هي تجارة و إن منع من السفر باعتبار التغرير فإنّ المنع من أحد المتقارنين لا يقتضي بمجرده المنع من الآخر، و لا فرق في ذلك بين أن يكون الطريق مخوفا أو لا<. [[111]](#footnote-111) وفي مفتاح الكرامة ذيل عبارة القواعد(ليس للعامل أن يسافر إلّا بإذن المالك):>إجماعاً كما في «الخلاف و الغنية و السرائر و ظاهر «التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح مؤيّداً بالأصل و ما يُفهم من أخبار الباب و قوله صلى الله عليه و آله: المسافر و ماله لَعلىٰ قَلَتٍ إلّا ما وقى اللّٰه ، أي هلاك. و لا فرق بين أن يكون الطريق آمناً أو مخوفاً، و إنّه لا يتبادر من إطلاق العقد و لا يُفهم منه الشمول له. و قد استدلّ عليه في «جامع المقاصد بصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام و صحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، مع أنّ الاولى واردة فيما إذا أمره‌ بإتيان أرض و نهاه عن مجاوزتها، و الثانية واردة فيما إذا نهاه عن الخروج كما ستسمعهما، و فيها نوع دلالة، و تركه في كلام أكثر الأصحاب لمكان ظهوره، مع أنّه يستفاد من حكمهم بالضمان قولًا واحداً. و لم يخالف في ذلك أحد من علماء الإسلام إلّا أبو حنيفة و مالك قياساً على الوديعة، و الحكم في المقيس عليه ممنوع أيضاً عندنا كما في «الخلاف » و قد تقدّم بيانه في بابه<. [[112]](#footnote-112)

**اقول:** المستفادمن العبارات المتقدمة ان الوجوه التي استدل بها علی عدم جوازالسفربالمال اربعة الاول: الاجماع ،والثاني: ان فيه تغريراً بالمال لانه معرض للتلف والهلاک، والثالث :انه لا يتبادر من إطلاق العقد و لا يتفاهم منه ليكون شاملًا له، والرابع: الروايات التي ادعی صراحتها في ذلك ، مثل رواية الحلبي عن الصادق ×، و صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما‘.اما الاجماع فيلاحظ عليه بعدم صحة الاستدلال بالاجماع في مثل المقام مما يحتمل استنادالمجمعين الی بعض الوجوه الآتية فيکون اجماعاً مدرکياً ولااقل من کونه محتمل المدرکية.واما الوجوه الثلاثة الاخيرة فناقش فيه السيدالحکيم ره بما في المستمسک حيث قال:>و دلالة الروايات لا تخلو من نظر، فإنها إنما تعرضت لصورة نهي المالك عن الخروج- كما تقدم- و لم تتضمن النهي عنه. كما تشكل دعوى عدم تبادره من إطلاق العقد، إذ لا مقتضى للانصراف عنه. و كونه تغريراً بالمال كلية غير ظاهر. نعم ربما يكون كذلك، و ربما يكون الحضر كذلك. و كأنه لذلك أهمل ذكره في الشرائع. فإذاً لا فرق بين السفر و الحضر في الجواز ما لم تكن قرينة موجبة للانصراف عنه<. [[113]](#footnote-113) والمناقشة في الوجه الثاني\_کون السفربالمال تغريراً به\_ والوجه الرابع\_الاستنادالی النصوص في عدم جواز السفر\_ في محلها ، ولکن المناقشة في الوجه الثالث \_کون السفربالمال لايتبادرمن اطلاق العقد ليکون مشمولاً له\_ ليست في محلها وذلک لان الوجه في الانصراف واختصاص الاذن بالتجارة في البلد نفس ماذکرفي عدم جوازخلط رأس المال من ان الغرض العقلائي في المضاربة\_الذي يکون بمثابة قرينة حالية موجبة لتقييدالاطلاق\_ کون المال والربح علی نحويمکن للمالک استرداده ايّ زمان شاء وهذا لايتيسرفي السفربالمال الی بلدآخر البلد فيما إذا لم يكن الاتجار في خارج البلد امراً متعارفاً- كما كان الحال في الأزمنة السابقة\_ کما لايتيسر في مواردخلط رأس المال نعم اذاکان الاتجارفي خارج البلد امراً متعارفاً \_کما هوالحال في هذه الازمنة\_فلايکون الاذن في الاتجارمختصاً بالاتجارفي البلد.

اما***(المطلب الثالث)*** \_***ضمان العامل للتلف والوضيعة واستحقاقه للربح فيما لوخالف المالک فسافر***\_ ففي مفتاح الکرامة ذيل عبارة القواعد«فإن فعل بدون إذنه ضمن، و تنفذ تصرّفاته و يستحقّ الربح»‌:كما صرّح بذلك كلّه في «التذكرة و التحريروجامع المقاصد» و كذا «الغنية والسرائر» و في الأخيرين الإجماع على الضمان و هو كالظاهر مع ما بعده في تناوله استحقاقه الربح، لأنّهما قالا بعد حكايتهما الإجماع على ذلك بعبارة واحدة: و يحتجّ على المخالف في صحّة هذا القراض بهذه الشروط بقوله عليه السلام:المؤمنون عند شروطهم. و قد ترك الباقون هذا الفرع، فلعلّهم اكتفوا عنه بتعرّضهم لحكم ما إذا أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها لمكان اتّحاد الطريق و تنقيح المناط، على أنّك عرفت أنّ الأكثر لم يتعرّضوا لبيان أنّه لا يجوز له السفر فلم يتعرّض لفرعه. و من الغريب أنّ مَن تعرّض لذلك كالشيخين في «المقنعة و النهايةوالمبسوط و الخلاف لم يتعرّضوا لهذا الفرع. و كيف كان، فالأولى عدم إغفاله، لأنّه يمكن استفادته من الأخبار بل خبر محمّد عن أحدهما عليهما السلام كالظاهر فيه، قال: سألته عن رجل يعطي رجلًا المال مضاربةً و ينهى أن يخرج، قال: يضمن المال و الربح بينهما. و مَن نهاه المالك عن السفر فسافر يصدق عليه أنّه سافر بغير إذنه. فكان هذا العنوان بأحد شقّيه مشمولًا لمورد الصحيح<. [[114]](#footnote-114)

وفي المباني :>للنصوص المطلقة الشاملة للمقام بل و جملة من النصوص الواردة في خصوصه<. [[115]](#footnote-115)

ولکن الصحيح انّ هذه المسألة ليست مشمولة لاطلاق الروايات ابتداءً، فضلا من ان تكون مورداً للنص الخاص ، لانّ العنوان الواردفي بعضها نهي المالک عن السفر بالمال ، وفي بعضها الآخرالمخالفة لامرالمالک وشرطه وشيء منهما لاينطبق علی صورة عدم الإذن في السفر.نعم يمكن ان يستفاد ذلك من الروايات المتقدمة باعتباران المتفاهم منها بمناسبة الحکم والموضوع ان الحکم المذکورفيها \_ضمان العامل مع الاستحقاق للربح \_ثبت في مواردالنهي والاشتراط من حيث انها خارجة عن موردالاذن لالخصوصية للنهي والاشتراط بعنوانهما فالموضوع للحکم المذکور هوعدم الاذن الجاري في جميع صورالمخالفة .

### 8\_بيع العامل نسية:

(مسألة8): مع إطلاق العقد و عدم الإذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك‌إلا أن يكون متعارفا ينصرف إليه الإطلاق و لو خالف في غير مورد الانصراف فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو و إن اطلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو و إلا فالبيع باطل و له الرجوع على كل من العامل و المشتري مع عدم وجود المال عنده أو عند مشتر آخر منه فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل إلا أن يكون مغرورا من قبله و كانت القيمة أزيد من الثمن فإنه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه و إن رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم إلا أن يكون مغرورا منه و كان الثمن أقل فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن‌

البحث في المسألة يقع في جهتين الاولی في حکم بيع العامل نسيئة من حيث التکليف ، والثانية في حکم المعاملة وضعاً علی تقديرمخالفة العامل من حيث صحتها وضمان العامل للتلف والوضيعة واستحقاقه للربح الحاصل اوکون جميع الربح للمالک.

اما***(الجهة الاولی)*** \_حکم بيع العامل نسيئة من حيث التکليف\_ فقدحکم السيدالماتن ره تبعاً للمشهور بانه لايجوز له ذلك‌إلا أن يكون متعارفا ينصرف إليه الإطلاق ،ولايخفی ان الحکم التکليفي الثابت في البين متعلق بالبيع المذکورباعتبارالتصرفات التکوينية اللازمة له من تسليم رأس المال للمشتري اوامساکه في داره ليسلمه الی المشتري ونحوذلک وعليه فلايردعليه الاشکال الذي ذکرفي الغاية القصوی من >ان هذا الذي أفاده من عدم الجواز ما المراد منه فان كان المراد من عدم الجواز الحرمة التكليفية فيرد عليه أن مجرد الانشاء لا يكون حراما و هل يلتزم به هو أو غيره و بعبارة واضحة في بعض الموارد قد ثبت الحرمة بمجرد الانشاء كما في بيع الخمر فانه ثبت بالدليل الخاص و أما في غير المورد الخاص هل يمكن الالتزام بالحرمة التكليفية؟<.[[116]](#footnote-116) وکيف کان فقداستدل علی عدم جوازالبيع نسيئة بوجوه : الاول:کونه تغريراً بالمال ومخاطرة له ، والثاني: کونه علی خلاف المتعارف والاطلاق منصرف عنه ، والثالث: ان الاذن الصادرمن المالک بملاحظة المناسبات والخصوصيات الحافة بالکلام مختص بالبيع نقداً ولايشمل البيع نسيئة، ففي التذکرة : >مسألة 231: و ليس له أن يبيع نسيئةً بدون إذن المالك‌ ؛ لما فيه من التغرير بالمال، فإن خالف ضمن عندنا- و به قال مالك و ابن أبي ليلى و الشافعي و أحمد في إحدى الروايتين - لأنّه نائب في البيع، فلم يجز له البيع نسيئةً بغير إذنٍ صريح فيه، كالوكيل، و القرينة الحاليّة تفيد ما تفيده العبارات اللفظيّة، فيصير كأنّه قال: بِعْه حالًّا. و قال في الرواية الأُخرى: يجوز له البيع نسيئةً- و به قال أبو حنيفة- لأنّ إذنه في التجارة و المضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة، و هذا النوع من التصرّف عادة التجّار، و لأنّه يقصد به الربح، بل هو في النسيئة أكثر منه في النقد، بخلاف الوكالة المطلقة، فإنّها لا تختصّ بقصد الربح، و إنّما المقصود تحصيل الثمن، فإذا أمكن تحصيله من غير خطرٍ كان أولى، و لأنّ الوكالة المطلقة في البيع تدلّ على [أنّ] حاجة الموكّل إلى الثمن ناجزة، فلا يجوز تأخيره، بخلاف المضاربة .و لو قال له: اعمل برأيك، فله البيع نسيئةً.و كذا لو قال له: تصرَّفْ كيف شئت. و قال الشافعي: ليس له البيع نسيئةً؛ لأنّ فيه غرراً، فلم يجز، كما لو لم يقل له ذلك .و هو ممنوع؛ لأنّه داخل في عموم لفظه، و قرينة حاله تدلّ على رضاه برأيه في صفات البيع و في أنواع التجارة، و هذا منها<.[[117]](#footnote-117) وفي الکفاية : >قالوا: و يقتضي الإطلاق الإذن في البيع نقداً لا نسيئة بثمن المثل، و بناؤه على الحمل على المتعارف. و فيه نظر، لأنّ المصلحة قد تقتضي غير ذلك، و قد يكون المعاملة بالنسيئة شائعاً حتّى يكون النقد نادراً، فالإطلاق يشمله، و كذا الكلام في ثمن المثل<. [[118]](#footnote-118) وفي الجواهر:> و كيف كان فلا إشكال و لا خلاف في أن للعامل ابتياع المعيب و الرد بالعيب و أخذ الأرش نعم كل ذلك و نحوه مع الغبطة لأن الغرض الذاتي هنا الاسترباح الذي يحصل بالصحيح و المعيب، فلا يتقيد إطلاقها حينئذ بالأول، و إن كان هو كذلك في إطلاق الوكالة، المحتمل إرادة القنية التي لا يناسبها المعيب، و كذلك الكلام في الرد بالعيب، و أخذ الأرش.

و لكن مع هذا قد ذكر غير واحد من الأصحاب أنه يقتضي إطلاق الإذن هنا البيع نقدا بثمن المثل من نقد البلد لانه المتعارف في التجارة لتحصيل الربح، إذ في النسيئة من التغرير بالمال ما لا يخفى، كالتضييع بالبيع بدون ثمن المثل و احتمال الكساد في بيع العروض، لكن في المسالك و غيرها المناقشة في الأخير بأن «المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب، لان الغرض الأقصى منها تحصيل الربح، و هو قد يكون بالعروض، فالأقوى جوازه بها مع الغبطة» إلى أن قال: «و لو أذن له في شي‌ء من ذلك عموما أو خصوصا «كتصرف كيف شئت» و بحسب رأيك و نظرك و نحو ذلك، فإنه يجوز له البيع بالعروض قطعا، أما النقد و ثمن المثل فلا يخالفهما إلا بالتصريح» و ما أبعد ما بينه و بين فاضل الرياض حيث جعل المدار على حصول المصلحة مع الإطلاق، و إن كان فرضها في نحو البيع بدون ثمن المثل نادرا، و ظني أنه لا موافق له على ذلك، و إن كان قد يتوهم من بعض العبارات.و التحقيق أنه لا وجه للتوقف مع المصلحة، إذا كان الإذن على وجه العموم، فله البيع نسيئة و بدون ثمن المثل، أما مع الإطلاق فالمدار حصولها في الأفراد المتعارفة بين التجار في تحصيل الأرباح، و أما النادر و إن فرضت فيه المصلحة فلا يدخل في الإطلاق، إذ ليس العنوان الإذن في عمل كل ما فيه مصلحة، و إنما هو الإطلاق المنصرف إلى الافراد المتعارفة التي منها نقصان ما يتسامح به الناس، و الله العالم<. [[119]](#footnote-119)

اما (الوجه الاول): فاستشکل فيه السيدالحکيم ره ففي المستمسک:> قال في التذكرة: «و ليس له أن يبيع نسيئة بدون إذن المالك.لما فيه من التغرير بالمال، فان خالف ضمن عندنا». و في المسالك:أن فيه تغريراً بمال المالك، و أن الأمر فيه واضح. و فيه: أنه غير ظاهر، بل ربما يكون النقد كذلك. فالأولى المنع عن كل منهما إذا كان فيه تغرير بالمال، و الجواز إذا لم يكن، من دون فرق بين أن يكون متعارفاً و أن لا يكون، كما هو ظاهر المختلف و غيره، بل نسب إلى جماعة من متأخري المتأخرين<. [[120]](#footnote-120)

واما(الوجه الثاني): \_ کونه علی خلاف المتعارف والاطلاق منصرف عنه\_کما يستفاد من الکفاية وغيرها فيردعليه ان مجردالتعارف الخارجي للبيع بالنقد لايوجب انصراف الکلام الصادرمن المالک >اتجربه اواشتربه وبعه< الی البيع بالنقد لان مجردالغلبة الخارجية وکثرة الوجودلايکون موجباً للانصراف مضافاً الی امکان المناقشة في تعارف البيع بالنقد من حيث الصغری .

واما (الوجه الثالث): فهو المعتمدعندنا والصحيح في تقريبه ان ماهوالدخيل في صحة المعاملة وترتب الاثرعليها شمول اذن المالک لهافلابدمن احرازالشمول حتی يترتب عليه الاثروالدالّ علی اصل الاذن وحدوده هوکلام المالک حين انشاء عقدالمضاربة فلوکان کلامه دالاً علی سعة الاذن وشموله فهو والافيقتصرعلی المقدارالمتيقن والکلام المطلق منه وان کان مقتضياً للدلالة علی اطلاق الاذن وسعته الاان فعلية الدلالة متوقفة علی عدم وجودقرينة حالية اومقالية علی الاختصاص وممايعدقرينة حالية لذلک المناسبات والخصوصيات الحافة بالکلام ولاشک في ان الغرض النوعي في المضاربة تعلق باستحصال الربح ليصرفه المالک في حوائجه اوليتمکن العامل ان يتجربه في الافراد الجديدة وهذا الغرض النوعي يوجب اختصاص اذن المالک بالاتجار برأس المال ضمن البيع نقداً دون البيع نسيئة و ان يكون ظاهر كلامه حينما يعطي ماله إلى العامل و يأمره بالتجارة هوالاذن في البيع نقداً، الا ان ينصب قرينة تدلّ على إرادة ما هو اعمّ من النسيئة او يکون المتعارف في المضاربات البيع نسيئة فان مع وجودقرينة خاصة اوالتعارف الخارجي لاتتحقق القرينة الحالية الموجبة للاختصاص فيکون المحکّم اطلاق العقد المقتضي لجواز البيع نسيئة کالبيع نقداً .

اما***(الجهة الثانية)***\_حکم المعاملة وضعاً علی تقديرمخالفة العامل من حيث صحتها وضمان العامل وملکية الربح الحاصل\_ فقدتعرض السيدالماتن ره لحکمها في صورثلاث الاولى: أن يستوفي العامل الثمن قبل اطلاع المالك.

الثانية: أن يمضي المالك بعد اطلاعه على البيع نسيئة وقبل الاستيفاء،الثالثة: أن لا يمضي المالك بعد اطلاعه على البيع قبل الاستيفاء.ففي الصورة الاولى حكم بالصحة مطلقاً من دون تقييد باجازة المالک وظاهره الحکم بصحة المعاملة والمضاربة معاً فيکون الربح بينهما علی ماشرطا، وفي الثانية ايضاً حكم بالصحة باعتباران البيع وان کان فضولياً الا انه يصح باجازة المالک ، وفي الثالثة حکم بالبطلان لكون البيع فضولياً والمفروض عدم اجازة المالک له ثمّ تعرّض لحكم الفضولي الذي يكون من باب تعاقب الأيادي. والکلام في هذه الجهة يقع في مرحلتين الاولی في حکم الصورالثلاث وانه هل يصح التفصيل بينها او لا؟ والثانية فيما ذکره السيدالماتن ره في حکم الفضولي في المقام .

اما ***(المرحلة الاولی)***\_ حکم الصورالثلاث وانه هل يصح التفصيل بينها او لا؟\_ فقدتقدم ان السيدالماتن ره فصل بين الصورالثلاث فحکم بالصحة في الصورة الاولی مطلقاً من غيرتقييدباجازة المالک وفي الصورة الثانية بالصحة بعداجازة المالک وبالبطلان وترتيب احکام الفضولي وتعاقب الايدي في الصورة الثالثة وقد وقع هذا التفصيل موقع الاشكال من قبل جملة من المحشين،باعتبارانه لوکان المستند في حکم الصورالثلاث القاعدة الاولية فکما يحکم بالبطلان وترتيب احکام الفضولية في الصورة الثالثة کذلک يحکم بالفضولية في الصورة الاولی فتکون صحة البيع موقوفة علی اجازة المالک وعلی تقديرالاجازة يکون الربح کله للمالک لکونه خارجاً عن المضاربة ، ويحکم في الصورة الثانية بصحة البيع فقط دون المضاربة فيکون تمام الربح للمالک ولوکان المستند في حکم الصورالثلاث الروايات المتقدمة باعتباران هذه المسألة مشمولة لتلک النصوص \_بعد البناء علی انّ المراد من مخالفة امر المالك وشرطه فيها مخالفة اذنه الصادق مع فرض عدم الإذن بالتصرف\_ فلابد من الحکم بالصحة واستحقاق العمل للربح في جميع الصورالثلاث ففي المستمسک :> قال في الشرائع: «و يقتضي إطلاق الإذن البيع نقداً، بثمن المثل، من نقد البلد. و لو خالف لم يمض إلا‌ مع إجازة المالك». و قال في المسالك: «إذا خالف ما دل عليه اللفظ بخصوصه أو إطلاقه لم يقع التصرف باطلا، بناءً على جواز بيع الفضولي لكن يقف على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ ثمَّ إن قدر على تحصيل النسيئة، و إلا ضمن الثمن، لثبوته بالبيع الصحيح، لا القيمة. و إلا وجب الاسترداد مع إمكانه، و لو تعذر ضمن قيمة المبيع أو مثله، لا الثمن المؤجل و إن كان أزيد، و لا التفاوت في صورة النقيصة، لأنه مع عدم إجازة البيع يقع باطلا، فيضمن للمالك عين ماله، الذي تعدى فيه و سلمه من غير إذن شرعي» و في التذكرة: «إذا باع نسيئة في موضع لا يجوز له فقد خالف مطلق الأمر، فيقف على اجازة المالك، لأنه كالفضولي في هذا التصرف». و كأن المصنف جرى على هذا المجرى. و هو مخالف لما تقدم، من أنه إذا خالف المالك ضمن و الربح بينهما، إذ قد عرفت أنه يقتضي صحة المعاملة من دون توقف على إجازة المالك، للنصوص، فما الذي فرق بين المقامين؟ بل في الجواهر: أن الصحة في المقام أولى منها في صورة المخالفة الصريحة التي هي مورد النصوص بل يمكن القول بشمول بعض النصوص للجميع فلاحظ. مع أنه على تقدير الفرق لم يكن وجه لقوله: «فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو»، و كان اللازم أن يقول: إذا استوفى الثمن قبل اطلاع المالك راجع المالك، فإن أجاز فهو، و إلا ردّه على المشتري، لبطلان المعاملة، إذ الموجب للبطلان عدم الاذن، من دون فرق بين اطلاع المالك قبل الاستيفاء و بين الاستيفاء قبل اطلاع المالك<. [[121]](#footnote-121)

وقديوجه کلام السيدالماتن رهفي الصورة الاولى بانه حيث ان المفروض فيها استيفاء الثمن قبل اطلاع المالک فلايکون هناک اخلال بغرض المالک حتی لايمضي المعاملة فالامضاء في هذه الصورة مفروض التحقق وهذا بخلاف ما اذا کان اطلاع المالک قبل استيفاء الثمن ، ولکنه انما يبرر صحة المعاملة دون المضاربة بحيث يستحق العامل من الربح الحاصل لان المفروض ان المعاملة الواقعة کانت خارجة عن موردالاذن مع انه لايبرر التفصيل بين الصور .

وقد يقال في توجيه تفصيل السيدالماتن ره بانّ الماتن ره يرى بطلان المضاربة في الصورالثلاث، لعدم الإذن في البيع نسيئة، وتقيّد المضاربة بالبيع النقدي، وعدم شمول الروايات لصورالمسألة لورودها في مورد المخالفة لشرط المالك وامره، فلا يشمل مواردعدم الاذن فيكون تمام نظر الماتن ره إلى صحة البيع للمالك وعدمه لاالی صحة المضاربة ،وعندئذٍ يقال في فرض استيفاء الثمن قبل اطلاع المالک لا اشكال في رضا المالك؛ لأنّه لا غرض له في شخص ماله، فمع فرض الاستيفاء ورجوع تمام الثمن يكون المالك راضياً لا محالة، فلورجع اليه العامل لاجازها،وأمّا في فرض عدم الاستيفاء قبل اطلاع المالك فيحتاج إلى امضائه وله‏ ردّه، ويكون مقصود الماتن من قوله (فهو) مجرد صحة البيع في الصورتين، وأمّا الربح فيكون تمامه له على القاعدة التي اشاراليها فيماسبق .

ولکنه يردعليه اولاً انه خلاف ظاهرالمتن فان قوله ره في الصورة الاولى: (فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو) ظاهر في صحة البيع والمضاربة، ولا وجه لحمله على إرادة صحة البيع دون المضاربة وکذا قوله : (و إن اطلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو) ، وثانياً ان دعوی عدم شمول الروايات لصورالمسألة ليست في محلها فانها وان لم تکن مورداً للنصوص المتقدمة ولکنه يمكن ان يستفاد حکمها من الروايات المتقدمة باعتباران المتفاهم منها بمناسبة الحکم والموضوع ان الحکم المذکورفيها \_ضمان العامل مع الاستحقاق للربح \_ثبت في موارد المخالفة لامرالمالک وشرطه من حيث انها خارجة عن موردالاذن لالخصوصية للامروالاشتراط بعنوانهما فالموضوع للحکم المذکور هوعدم الاذن الجاري في جميع صورالمخالفة.

وذکرالسيدالخوئي ره في تخريج هذا التفصيل ان في الصورة الاولی يحكم بصحة المضاربة و العقد الذي صدر من العامل و عليه فان كان هناك ربح فهو بينهما على النسبة التي اتفقا عليها و ان كانت وضيعة فهي على العامل، على ما تضمنته النصوص حيث ان المقام من مصاديق مخالفة العامل للمالك فيما شرط عليه، إذ أنه قد اتجر تجارة لم يأذن المالك فيها، فيكون مشمولا لها لا محالة. وفي الصورة الثانية يحكم بصحة المعاملة لانتسابها بالإجازة اليه.

وفي الصورة الثالثة يحکم ببطلان المعاملة لانها معاملة غير مأذون فيها و لا تشملها النصوص السابقة لظهورها في كون المال عند العامل بالفعل بحيث لو طالب المالك برأس ماله لأخذه مع الربح أو مع تدارك العامل للخسران، و هذا غير متحقق في المقام حيث ان المال عند المشتري و لا يلزمه الوفاء قبل الأجل و عليه فيحكم ببطلانها عند عدم إجازة المالك لها<. [[122]](#footnote-122) وحاصله ان الروايات المتقدمة الدالّة على صحة المضاربة مع مخالفة العامل تشمل الصورة الاولی فقط ولاتشمل الصورتين الاخيرتين فيرجع فيهما الی مقتضی القاعدة وهو عدم صحة المضاربة لکون المعاملة خارجة عن موردالاذن ولکن في الصورة الثانية يحکم بصحة المعاملة\_ دون المضاربة\_ بالاجازة المتأخرة الموجبة لاستنادها الی المالک .

ونوقش فيه في کتاب المضاربة بوجوه ثلاثة (الاول): انّ الروايات المتقدّمة تشمل بإطلاقها ما إذا باع العامل نسيئة أيضاً؛ إذ لا موجب لدعوى اختصاصها بما إذا كان رأس المال خارجياً بيد العامل؛ إذ لو اريد استفادته من التعبير بأنّ الربح بينهما فهذا أعم من خارجية الربح أو كونه مالًا ذمياً في ذمة الغير، فإنّه أيضاً مال مملوك فيكون ربحاً.

والتعبير بقوله بينهما ناظر إلى الملكية والاستحقاق لا الأخذ الخارجي، وإن استفيد ذلك من التعبير بالضمان فأيضاً من الواضح اطلاقه للمال الذي اعطي ديناً أو نسيئة، فالإطلاق تام.

و(الثاني): قد ورد في بعض الطوائف المتقدمة التنصيص‏ على شرط المالك أن لا يعطي رأس المال ديناً- وهو صحيح رفاعة- وهو شامل بالإطلاق أو بالفحوى صورة البيع نسيئة جزماً.

و(الثالث): عدم صلاحية هذا التوجيه للتفصيل المذكور في المتن؛ إذ لازمه أن يحكم الماتن في صورة عدم الاستيفاء ببطلان المضاربة حتى إذا أذن المالك، غاية الأمر يصحّ البيع ويكون الربح تمامه له، مع أنّ ظاهر قوله: (وإن أطلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو) أنّه كصورة الاستيفاء قبل الاطلاع تكون المضاربة صحيحة والربح بينهما. فالحاصل: لو كان نظر الماتن إلى هذا التوجيه كان ينبغي الحكم بصحة البيع والمضاربة في صورة الاستيفاء، وبصحة البيع دون المضاربة في صورة عدم الاستيفاء إذا أمضى المالك <.[[123]](#footnote-123)

***اقول*** : اما الوجه الاول من المناقشة فهوتامّ وفي محله واما الوجه الثاني فيلاحظ عليه بان الاستظهار المذکورمن صحيحة رفاعة (عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ×فِي مُضَارِبٍ يَقُولُ لِصَاحِبِهِ- إِنْ أَنْتَ أَدَنْتَهُ أَوْ أَكَلْتَهُ فَأَنْتَ لَهُ ضَامِنٌ- قَالَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ إِذَا خَالَفَ شَرْطَهُ)[[124]](#footnote-124). يتوقف علی کون الثابت في متن الحديث کلمة >ادنته<، وعلی کون المراد من ادانة المال جعله ديناً في ذمّة غيره ولم يحرز شيء منهما لانه وردفي بعض النسخ کلمة >آذيته<، مع ان ادانة المال ليس بمعنی جعله ديناً في ذمّة غيره بل بمعنی التخفيف والاذلال باعتباراصل الدين الذي هوبمعنی الطاعة والذلّ نعم الادانة تستعمل في موردجعل المال في ذمة غيره ولکنه تسند الی الشخص لا الی المال فيقال : ادنت زيداً اي اقرضته لانه بمعنی جعلته مديوناً لي . واما الوجه الثالث فيلاحظ عليه بان السيدالخوئي ره ملتزم بهذا اللازم­\_اي بصحة البيع دون المضاربة في صورة عدم الاستيفاء اذا امضى المالك\_فلايرد الاشکال بالنسبة الی ما اختاره نفسه نعم يردعليه انه لايکون تخريجاً لما اختاره السيدالماتن ره

اما ***(المرحلة الثانية)***\_ ما ذکره السيدالماتن ره في حکم الفضولي في المقام \_ فقدذکرقده في فرض مخالفة العامل وتحقق البيع نسيئة مع عدم امضاء المالک له ان البيع باطل ورتب علی بطلان البيع اموراً ثلاثة : الاول :ان للمالک الرجوع على كل من العامل و المشتري مع عدم وجود المال عنده أو عند مشتر آخر منه،والثاني : انه ان رجع المالک على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل إلا أن يكون مغرورا من قبله و كانت القيمة ازيد من الثمن فإنه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه والثالث :انه ان رجع المالک على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم إلا أن يكون مغرورا منه و كان الثمن أقل فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن‌ .

اما(الامرالاول)\_رجوع المالک علی کل من العامل والمشتري مع عدم وجودالمال عنده اوعندمشترآخرمنه\_ فلااشکال في اصل رجوع المالک الی کل من العامل والمشتري،انما الاشکال في تقييدذلک بما اذا لم يکن المال موجوداً عندالعامل اوعند مشترآخرفان جوازالرجوع علی کل من وضع يده علی المال لايختص بصورة تلف العين بل هوثابت حتی مع وجودالعين ومن هنا اوردعليه السيدالحکيم ره بمافي المستمسک من ان :>الذي يظهر من هذا القيد أن العين إذا كانت موجودة عند المشتري أو عند مشتر آخر لم يجز للمالك الرجوع الى العامل، بل يرجع على من كانت العين موجودة عنده. و لكنه غير ظاهر الوجه، فإنه مع تعاقب الأيدي يجوز الرجوع إلى كل واحد من ذوي الأيدي المتعاقبة و إن كانت العين موجودة عند بعضهم، ولايختص رجوعه بمن كانت العين عنده إذ الموجب للضمان اليد، و هي حاصلة في الجميع و في القواعد:«و للمالك إلزام من شاء»، و في مفتاح الكرامة: حكاية ذلك عن المبسوط و التذكرة و التحريروجامع المقاصد و غيرها و لعل هذا الشرط للرجوع بالبدل، لا لأصل الرجوع على العامل. لكن الشرط حينئذ التعذر، لا عدم وجود للعين<. [[125]](#footnote-125)

واما (الامرالثاني)\_ ان رجع المالک على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل إلا أن يكون مغرورا من قبله\_ فالوجه في عدم رجوع المشتري على العامل ماتقررفي مبحث تعاقب الايادي من ان السابق يرجع الی اللاحق دون العکس وان استقرار الضمان علی من تلف المال في يده، وذلک باعتبار ان اداءالغرامة يوجب المعاضة والمبادلة القهرية بين البدل والعين التالفة فلورجع المالک الی السابق واخذمنه البدل فهوباداء البدل صارمالکاً للعين التالفة وحيث ان اللاحق قداخذالمال منه في الزمان السابق فقدوقعت يده علی مال السابق فيکون ضامناً له وهذا بخلاف مااذا رجع المالک الی اللاحق واخذمنه البدل فانه باداء البدل وان صارمالکاً للعين التالفة ولکن لم تقع يد السابق علی ماله \_لان العين حينما کانت في يدالسابق لم تکن مملوکة للاحق بل کانت مملوکة للمالک واعتبارملکية اللاحق للعين التالفة انما کان من زمان وجودالمال في يده لاقبل ذلک\_وعليه فلورجع المالک الی المشتري واخذمنه البدل فليس له ان يرجع علی العامل فيماغرمه للمالک، واما رجوع المشتري علی العامل في صورة الغرور من قبله وفيما اذاکانت القيمة اکثرمن الثمن فلقاعدة ان «المغرور يرجع إلى من غره» ولکنه حيث ان الغرور انما حصل بالنسبة إلى الزيادة فقط، وأما بالنسبة إلى‌ مقدار الثمن فقد أقدم المشتري بنفسه على ضمان المبيع به فلا غرور فيه فلاوجه لرجوع المشتري فيه الی العامل ثم ان المرادمن عدم رجوع المشتري الی العامل في صورة عدم الغرور انما هوعدم الرجوع اليه فيما غرمه للمالک واما الثمن الذي دفعه الی العامل فلااشکال في جوازالرجوع الی العامل فيه کما هومقتضی ضمان المقبوض بالعقدالفاسد ولايخالف فيه احد\_من السيدالماتن وسائرمعلقي العروة قدهم \_فمافي الغاية القصوی في الايراد علی المتن من قوله :> ما الوجه في عدم جواز الرجوع في صورة عدم الغرور و الحال أنه قد‌ حقق في محله تحقق الضمان في المأخوذ بالعقد الفاسد و من الظاهر أن المشتري لم يدفع الثمن الى العامل مجانا و بلا عوض بل دفعه بعنوان الوفاء بالعقد و مبنيا عليه فما الوجه في عدم ضمان العامل فلاحظ<. [[126]](#footnote-126) ليس في محله لان ما اثبته من ضمان الثمن المدفوع الی العامل لاينفيه السيدالماتن ومعلقواالعروة ، ثم انه لوکان المشتري اشتری شيئاً نسيئة بثمن مساوٍ لقيمة المتاع نقداً \_مثل ما اذا کانت قيمة المتاع نقداً مأة الف دينار وکانت قيمته نسيئة في ستة اشهرمأة وعشرين الف ديناروکانت مأة الف دينارنسيئة بمقدارخمسة وثمانين الف دينارنقداً -فرجع المالک الی المشتري واخذ القيمة منه فهوقداقدم علی ضمان المبيع باقل من قيمة المثل \_حيث اقدم علی ضمان المبيع بمأة الف ديناربعدستة اشهر والتي تساوي خمسة وثمانين الف دينارنقداً \_لاعلی قيمة المثل مع انه اخذالمالک منه قيمة المثل فهل له ان يرجع على العامل بالتفاوت بين قيمة المبيع نقداً وقيمته نسيئةً باعتبارانه صارمغروراً في ذلک اوانه ليس له ذلک ؟ففي کتاب المضاربة:> لا يبعد ذلك؛ لأنّه اشتراه من العامل بقيمة المثل نسيئة، والتي هي أقل منها إذا كانت نقداً والذي دفعها المالك، فهو مغرور بهذا المقدار من قبل العامل، فله أن يرجع عليه فيه<.[[127]](#footnote-127) ولکنه يلاحظ عليه بانه وان الامرکذلک بحسب المناسبات العرفية للنقد والنسيئة حيث يجعلون للأجل قسطاً من الثمن الا ان المستفادمن ادلة حرمة الربا والتي وردت في احکام النقد والنسيئة ان الشارع ردع عن هذا الرأي العرفي وحکم بعدم وقوع شيء من الثمن مقابل الأجل والزمان وعليه فحيث ان المشتري اقدم علی ضمان المبيع بمأة الف دينار ولم يأخذ المالک منه ازيد من ذلک فليس له ان يرجع الی العامل بشيء .

واما (الامرالثالث)\_ ان رجع المالک على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم إلا أن يكون مغرورا منه و كان الثمن أقل فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن‌\_ فالوجه في الرجوع الی المشتري بمقدارالثمن ان العامل بعد ما دفع الى المالك بدل العين يصير مالكا لها فيكون المشتري ضامنا للعامل لوقوع يده علی مال العامل فيجب عليه دفع البدل والمفروض انه لا تغرير من العامل في مقدارالثمن لانه مورداقدام المشتري و اما الزائد على مقدار الثمن الذي غرمه العامل للمالك فلا يرجع فيه على المشتري لانه غار للمشتري فيه ولم يقدم المشتري عليه فالمقتضي للضمان بالنسبة الی الزائدعلی مقدارالثمن وهووقوع يدالمشتري عليه وان کان موجوداً الا ان وجودتغرير العامل وعدم اقدام المشتري عليه يمنع عن الضمان.

### 9\_شراء العامل باکثرمن قيمة المثل وبيعه باقل من قيمة المثل

(مسألة 9): في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل.كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمة المثل، و إلا بطل. نعم إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين لا بأس به.

البحث في هذه المسألة کالمسألة السابقة يقع في جهتين الاولی في حکم الشراء بازيد من قيمة المثل والبيع باقل من قيمة المثل تکليفاً، والثانية في حکم المعاملة وضعاً علی تقديرمخالفة العامل من حيث صحتها وضمان العامل للتلف والوضيعة واستحقاقه للربح الحاصل اوکون جميع الربح للمالک.

اما***(الجهة الاولی)***\_ حکم الشراء بازيد من قيمة المثل والبيع باقل من قيمة المثل تکليفاً\_ فقدحکم السيدالماتن ره تبعاً للمشهور بانه لايجوز له ذلك‌إلا اذا اقتضت المصلحة احدالامرين ،وقدظهرمماتقدم ان الحکم التکليفي الثابت في البين متعلق بالبيع والشراء المذکورين باعتبارالتصرفات التکوينية اللازمة للمعاملة من تسليم رأس المال للمشتري اوللبائع اوامساکه في داره ليسلمه الی المشتري اوالبائع ونحوذلک ، وکيف کان فقدعلّل عدم الجوازبانه حيث ان بناء عقدالمضاربة علی کون التجارة في معرض تحصيل الربح \_لان الغرض منه الاسترباح بالتجارة و تحصيل الربح\_ فلايکون اذن المالک في الاتجارشاملاً لصورة علم العامل بالخسارة فيه کما اذا اشتری بأزيد من ثمن المثل أو باع بالأقل منه \_ فان هذا الاتجارتضييع للمال وتفريط فيه لا استرباح بالمال فيکون خارجاً عن موردالاذن الا اذا اقتضت المصلحة ذلک کما لو خاف تلف المال او سرقته عند بقائه فباعه باقل من ثمنه، اورأی انه لواشتری باکثرمن قيمة المثل امکنه ان يبيعه بربح اکثرفانه يحكم بصحته لکونه مشمولاً لاطلاق الاذن لکن في الجواهرتخصيص ذلک بما اذا كان متعارفاً، اما إذا كان نادراً فلا يدخل في الاطلاق لانصرافه الى المتعارف قال ره: قد ذكر غير واحد من الأصحاب أنه يقتضي إطلاق الإذن هنا البيع نقدا بثمن المثل من نقد البلد لانه المتعارف في التجارة لتحصيل الربح، إذ في النسيئة من التغرير بالمال ما لا يخفى، كالتضييع بالبيع بدون ثمن المثل و احتمال الكساد في بيع العروض، لكن في المسالك و غيرها المناقشة في الأخير بأن «المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب، لان الغرض الأقصى منها تحصيل الربح، و هو قد يكون بالعروض، فالأقوى جوازه بها مع الغبطة» إلى أن قال: «و لو أذن له في شي‌ء من ذلك عموما أو خصوصا «كتصرف كيف شئت» و بحسب رأيك و نظرك و نحو ذلك، فإنه يجوز له البيع بالعروض قطعا، أما النقد و ثمن المثل فلا يخالفهما إلا بالتصريح» و ما أبعد ما بينه و بين فاضل الرياض حيث جعل المدار على حصول المصلحة مع الإطلاق، و إن كان فرضها في نحو البيع بدون ثمن المثل نادرا، و ظني أنه لا موافق له على ذلك، و إن كان قد يتوهم من بعض العبارات.و التحقيق أنه لا وجه للتوقف مع المصلحة، إذا كان الإذن على وجه العموم، فله البيع نسيئة و بدون ثمن المثل، أما مع الإطلاق فالمدار حصولها في الأفراد المتعارفة بين التجار في تحصيل الأرباح، و أما النادر و إن فرضت فيه المصلحة فلا يدخل في الإطلاق، إذ ليس العنوان الإذن في عمل كل ما فيه مصلحة، و إنما هو الإطلاق المنصرف إلى الافراد المتعارفة التي منها نقصان ما يتسامح به الناس والله العالم <.[[128]](#footnote-128) الا انه يناقش فيه کما في المستمسک بان الانصراف ممنوع، و الإطلاق محكم <. [[129]](#footnote-129)

وقدتحصل مماذکران الحکم العام في عقدالمضاربة بمقتضی اطلاق العقد هو عدم جواز الشراء باکثر من قيمة المثل والبيع باقل من قيمة المثل الا اذااقتضت المصلحة ذلک فيکون هذا استثناء من ذاک الحکم العام وهذا هو الذي تطابقت عليه کلمات الاصحاب،لکنه ناقش فيه صاحب الحدائق ره وذکرانه لابد من جعل المدار في الجواز وعدمه حصول الربح والفائدة من دون تقييدلذلک بکونه بقيمة المثل اونقدالبلد ونحوهما ففي الحدائق:>و بالجملة فإنه لما كان المدار في القراض انما هو تحصيل الربح و الفائدة فينبغي أن يترتب الجواز عليه، سواء كان في البيع بالعروض التي هي غير نقد البلد، أو في البيع بالنسية التي ليست نقدا، بل يمكن أيضا في البيع بأقل من ثمن المثل إذا اقتضته المصلحة، و ترتبت عليه الغبطة، بأن يبيع بأقل من ثمن المثل، و يشترى مالا فيه ربح كثير، فإطلاق الجماعة المذكورة أن إطلاق الاذن في المضاربة يقتضي الأمور المذكورة محل تأمل كما ظهر لك، و الحمل على الوكالة غير مطرد كما عرفت من كلامه في التذكرة. و العجب انهم اعترفوا بذلك في شراء المعيب، فجوزوا للعامل شراء‌ المعيب إذا رأى الغبطة في شراءه بحصول الربح فيه، حيث أنه المدار في القراض مع أن ذلك لا يجوز للوكيل، و حينئذ فالواجب بمقتضى ذلك هو دوران الحكم جوازا و منعا مدار الغرض المذكور وجودا و عدما<.[[130]](#footnote-130) الا انه يلاحظ عليه بان کون المدارفي المضاربة هوتحصيل الربح والفائدة لايمنع عن جعل الضابط وتعيين الحکم العام في المضاربة باعتباران ذاک الغرض بطبعه يختص بصورة خاصة \_کالبيع بما لايکون اقل من قيمة المثل\_بحيث يکون حصوله في غيرتلک الصورة کاستثناء من القاعدة فيکون فائدة جعل الضابط والقاعدة العامة ان دعوی خلافه تحتاج الی الاثبات لادعوی ماهوموافق له نعم جعل الضابط في بعض المصاديق کنقدالبلد اوکون الثمن نقداً محل اشکال .

اما ***(الجهة الثانية)***\_حکم المعاملة وضعاً علی تقديرمخالفة العامل من حيث صحتها وضمان العامل للتلف و الوضيعة واستحقاقه للربح الحاصل اوکون جميع الربح للمالک ؟ فالذي اختاره السيدالماتن ره هوالحکم ببطلان المعاملة وترتيب آثارفضولية المعاملة وهذا هوالقول المعروف بين المتقدمين والمتأخرين وهناک قول بالصحة وضمان النقص،واحتمل بعض معلقي العروة الحکم بصحة المضاربة و كون الخسارة و التلف على العامل و اشتراك الربح بينهما باعتبارکونه مشمولاً للنصوص المتقدمة واختاره بعض الاعلام في کتاب المضاربة ، والصحيح هوالقول الاول والوجه في ظاهر لکون المعاملة المذکورة خارجة عن موردالاذن فتکون فضولية ويترتب عليها احکام الفضولية وحيث انها غيرمشمولة للنصوص المتقدمة فيتحفظ في حکمها علی مقتضی القواعد ففي التذکرة :>(مسألة 229): إذا دفع إلى العامل مال القراض‌، فإن نصّ على التصرّف بأن قال: نقداً، أو: نسيئةً، أو قال: بنقد البلد، أو غيره من النقود، جاز، و لم يكن للعامل مخالفته إجماعاً؛ لأنّ ذلك لا يمنع مقصود المضاربة، و قد يطلب بكلّ ذلك الفائدة في العادة.فإن أطلق و قال: اتّجر به، اقتضى ذلك أن يبيعه نقداً بنقد البلد بثمن مثله، فإن خالف ضمن، كالوكيل.إذا عرفت هذا، فلو اشترى بأكثر من ثمن المثل أو باع بدونه، بطل إن لم يُجز المالك؛ لأنّه تصرّفٌ غير مأذونٍ فيه، فأشبه بيع الأجنبيّ، و به قال الشافعي و أحمد في إحدى الروايتين.فإن تعذّر ردّ المبيع، كان العامل ضامناً للمثل إن كان مثليّاً، و إن لم يكن أو تعذّر المثل وجبت القيمة، و للمالك الخيار في الرجوع على مَنْ شاء منهما، فإن أخذ من المشتري القيمة رجع المشتري على العامل بالثمن الذي دفعه إليه، و إن رجع على العامل رجع العامل على المشتري بالقيمة، و ردّ ما أخذه منه ثمناً؛ لأنّ التلف حصل في يد المشتري، فاستقرّ الضمان‌ عليه.

و عن أحمد رواية أُخرى: إنّ البيع صحيح، و يضمن العامل النقص؛ لأنّ ضرر المالك ينجبر بضمان النقص، و هو قول بعض علمائنا.و المعتمد: الأوّل<. [[131]](#footnote-131) وفي جامع المقاصد ذيل قول العلامة ره في القواعد(و ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل، و لا يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس به، فإن خالف احتمل بطلان البيع و ضمان النقص، وعلى البطلان لو تعذّر الرد ضمن النقص.):>أي: لو خالف فباع بدون ثمن المثل، و سيأتي إن شاء اللّه تعالى مخالفته بالشراء بأزيد من ثمن المثل بعد ذلك.و وجه البطلان فيه: أنّه تصرف غير مأذون فيه، فيقع باطلا مع عدم الإجازة- كما قيد به في التذكرة، و إن أطلق العبارة هنا- أما معها فلا، لأنه لا ينقص عن تصرف الأجنبي. و وجه ضمان النقص: أن العامل مأذون في التصرف مطلقا، لأن الفرض إطلاق الإذن، و المنع في صورة النزاع إنّما كان لضرر النقص، و ذلك مندفع بضمان النقص، فيصح العقد بالإذن السابق، و يكون إيقاعه التزاما للنقص. و هذا ضعيف جدا، فإن إطلاق الإذن لا يتناول هذا الفرد، و لضعف هذا الاحتمال نزّل الشارح السيد عميد الدين العبارة على أن البطلان و ضمان النقص حكمان لشيئين، و ليسا احتمالين لشي‌ء واحد، فالبطلان مع عدم الإجازة يجب معه استرداد العين، و ضمان النقص على تقدير التعذر.و ليس بشي‌ء، لأنّ ضمان النقص وقع مقابلا للبطلان في العبارة، فوجب أن ينتفي البطلان معه. و أيضا فإن استرداد السلعة لم يجر له ذكر في العبارة، و مع ذلك فيكون قوله بعد: (و على البطلان لو تعذر الرد.) مستدركا. و الحق أنّهما احتمالان في المسألة، كما فهمه الشارح الفاضل ولد المصنف ،وبه صرح في التذكرة ونسب القول بالصحة و ضمان النقص على ما قررناه سابقا إلى بعض علمائنا، و حكاه عن إحدى روايتي أحمد ،والمذهب هو الأول <.[[132]](#footnote-132)

وقدظهربما ذکر عدم تمامية الحکم بالصحة مع ضمان النقص بمقتضی القواعد،واما احتمال الحکم بصحة المضاربة و كون الخسارة و التلف على العامل و اشتراك الربح بينهما باعتبارکونه مشمولاً للنصوص المتقدمة فتقريبه کما في تعليقة السيدالگلپايگاني ره علی العروة وفي کتاب المضاربة انه لااشکال في ان النصوص تشمل ما اذااشترط ذلک في المضاربة بان يقيّدالمضاربة والاتّجار بان لايبيع بأقل أو لا يشتري بأكثر ويستفادمنه حکم صورة انصراف المضاربة عن ذلک لانه لافرق بين صورة الاشتراط وصورة الانصراف، بل الصحة في الثاني أولى.[[133]](#footnote-133)

ولکنه يلاحظ عليه بان النصوص المتقدمة لاتشمل موارد الاتّجار علی نحويکون تفريطاً في رأس المال وتضييعاً له وماذکرفيها من مخالفة العامل لشرط المالک مختصة بما اذا کان الاتّجارمن العامل علی نحويکون استرباحاً بنظر العامل ولکنه مخالف لشرط المالک لاعتقادالمالک عدم کونه استرباحاً واعتقادالعامل کونه کذلک واما المواردالتي يکون علی خلاف الطريقة العقلائية في الاتّجارفالنصوص منصرفة عن ذلک وهذا باعتباران النصوص المذکورة في مقام تصحيح المعاملات الواقعة علی وجه الاسترباح الذي هوقوام المضاربة ولاتشمل ما يکون خارجاً عن موردالاسترباح.

### 10\_عدم وجوب البيع بالنقد المتعارف

(مسألة10): لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع بالنقد‌ بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر و قيل بعدم جواز البيع إلا بالنقدالمتعارف و لا وجه له إلا إذا كان جنسا لا رغبة للناس فيه غالبا‌

المشهورعلی انه مع اطلاق العقدلايجوزالبيع الا بنقدالبلد وقدصرح بذلک الشيخ ره في الخلاف والمبسوط و اختاره المحقق ره في الشرائع والعلامة في اکثرکتبه ولم يستبعد في التذکرة جوازالبيع بغيرنقدالبلد اذا کانت فيه المصلحة وذهب المحقق الثاني ره والشهيدالثاني ره وعموم المتأخرين الی الجواز مع وجودالمصلحة ففي الخلاف : >(مسألة 8): إذا دفع اليه مالا قراضا، و قال له: اتجر به،أو قال له: اصنع‌ ما ترى، أو: تصرف كيف شئت. فإنه يقتضي أن يشتري بثمن مثله نقدا بنقد البلد. و به قال الشافعي .و خالفه أبو حنيفة في الثلاثة، و قال: له أن يشتري بثمن مثله، و بأقل، و بأكثر، و نقدا و نسية، و بغير نقد البلد دليلنا: أن ما ذكرناه مجمع على جوازه، و ما ذكروه ليس على جوازه دليل، و الأصل المنع منه، لأنه تصرف في ملك الغير<.[[134]](#footnote-134) وفي الشرائع : >و يقتضي إطلاق الإذن، البيع نقدا، بثمن المثل، من نقد البلد ،ولوخالف لم يمض الا مع اجازة المالک<. [[135]](#footnote-135)

وفي التذكرة :>(مسألة 230): لو باع بغير نقد البلد مع إطلاق التصرّف، لم يصح‌؛ لأنّه منافٍ لما يقتضيه الإطلاق، و به قال الشافعي و أحمد في إحدى الروايتين، و في الثانية: يجوز إذا رأى العامل أنّ المصلحة فيه، و الربح حاصل به، كما يجوز أن يبيع عرضاً بعرضٍ و يشتريه به .و إن فَعَل و خالف و باع بغير نقد البلد، كان حكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل.و ليس بعيداً من الصواب اعتبار المصلحة<.[[136]](#footnote-136)

وفي جامع المقاصد :>إذا عرفت ذلك فاعلم: أنّ قول المصنف: (العامل كالوكيل في تنفيذ تصرفه بالغبطة) لا يراد منه المساواة بينهما في ذلك مطلقا، بل تصرف العامل دائر مع الربح، فيشتري المعيب مع حصول الغرض به، و يبيع بالغرض كذلك، و بغير نقد البلد مع الغبطة على أقرب الوجهين، إذ لا يقصر عن الغرض، و هو الذي مال إليه المصنف في‌ التذكرة، حيث قال في سياق ذلك: و ليس بعيدا من الصواب اعتبار المصلحة و هذا كله بخلاف حكم الوكيل<. [[137]](#footnote-137) وفي المسالک :>و أمّا البيع بنقد البلد فالإطلاق في الوكالة منصرف إليه، و هو في معنى الوكالة، فمن ثمَّ أطلقه المصنّف و قبله الشيخ و جماعة لكن قد عرفت أنّ المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب، لأنّ الغرض الأقصى منها تحصيل الربح، و هو قد يكون بغير نقد البلد كالعروض. و الأقوى جوازه بها مع الغبطة<.[[138]](#footnote-138)

وفي الرياض :>و لو أطلق له الإذن تصرّف في الاستنماء و الاسترباح كيف شاء من وجوه التصرفات، و لو بغير نقد البلد و ثمن المثل بشرط المصلحة، وفاقاً لجماعة خلافاً للطوسي في المبسوط و الخلاف ، فاشترطهما.و لا وجه له إذا اقتضت المصلحة غيرهما، و إن كان فرضها في الأخير نادراً.و يمكن حمل كلامه علىٰ ما يلائم المختار بصرفه إلىٰ الغالب؛ نظراً إلىٰ أنه الذي يتضمن المصلحة دون غيره.و الصرف إلىٰ الغالب هو الأصل في حمل إطلاق الإذن علىٰ المصلحة؛ لعدم انصرافه إلىٰ غيرها إلّا أن يصرّح بغيره، فيجوز مطلقاً قولًا واحداً، و لا إشكال فيه جدّاً لو لم يتضمّن الإذن بذلك سفاهة، و إلّا فيشكل أصل المضاربة من جهتها، بل الظاهر حينئذٍ عدم صحّتها <.[[139]](#footnote-139)

والمستفادمن کلمات المانعين ان الوجه في عدم جوازالبيع بغيرنقدالبلد امران الاول :ان التصرف في ملک الغير يحتاج الی احرازالاذن ومع الشک في الاذن يحکم بعدم الجواز، والثاني ان اطلاق عقدالمضاربة منصرف الی البيع بنقدالبلد ولايشمل البيع بغيرنقدالبلد ويلاحظ علی الوجه الاول ان اطلاق عقدالمضاربة وعدم اشتراط البيع بنقد البلديقتضي جوازالبيع بغيره ،ويلاحظ علی الوجه الثاني انه لاوجه للانصراف المذکورحتی اذا کان اکثرموارد تحقق الاتجارات البيع بنقدالبلد فان مجردالغلبة الخارجية لايوجب الانصراف ، والقرينة الحالية وان کانت موجبة لاختصاص الاطلاق الا ان المقدار الذي قامت القرينة عليه هوکان الاتجار في معرض الربح وبمصلحة المالک و المفروض وجودالمصلحة في البيع بغيرنقدالبلد فلادليل على اعتبار کون البيع بالنقد فضلا عن کونه بنقدالبلد بل مقتضی الاطلاق جواز كل عقد يکون في معرض الربح وبمصلحة المالک نعم اذا کان الثمن جنساً لارغبة للناس فيه غالباً فهوخارج عن اطلاق الاذن لان البيع بذاک الثمن لايکون بمصلحة المالک حيث ان الغرض من المضاربة وهوتحصيل الربح علی نحويمکن وصوله الی المالک بسهولة في ايّ زمان اراده لايتيسر في مثل ذلک، ثم ان الاطلاق الذي يتمسک به لاثبات جواز البيع بغير نقدالبلد هوالاطلاق اللفظي في کلام المالک بمثل قوله :> اتّجر بهذا المال والربح بيننا لا الاطلاق المقامي الذي يحتاج الی تعارف البيع بغيرالنقد فما في كتاب المضاربة من >أنّ مثل هذا الإطلاق مقامي لا لفظي، فلابد من أن يكون متعارفاً وإلّا لم يشمله اللفظ كما تقدّم في البيع نسيئة، فإنّه لا فرق بين المسألتين.[[140]](#footnote-140) ليس في محله ولوسلّم کون الاطلاق مقامياً يحتاج الی تعارف البيع بغيرالنقدفلااشکال في تحققه صغروياً .

### 11\_حکم شراء المعيب في المضاربة

(مسألة 11): لا يجوز شراء المعيب، إلا إذا اقتضت المصلحة،و لو اتفق فله الرد أو الأرش، على ما تقتضيه المصلحة.

اما عدم جوازشراء المعيب \_في غيرماتقتضيه المصلحة\_ فلماتقدم من اختصاص الاذن بما اذا کان الاتجار في معرض الربح وبمصلحة المالک ومن المعلوم ان شراء المعيب مع التفات العامل الی ذلک لايکون بمصلحة المالک بل يکون تضييعاً لرأس المال وتعطيلاً له باعتباران المعيب لايکون مورداً لرغبة الناس في الشراء فلوخالف العامل واشتری معيباً فالمعاملة فضولية تحتاج الی امضاء المالک وبدونه لايصح ويکون العامل ضامناً لرأس المال يجب عليه ردّه اوردّبدله وقدتقدم ان مثل هذه الموارد غيرمشمولة للنصوص المتقدمة الواردة في حکم مخالفة العامل لشرط المالک فانها مختصة بما اذا کان الاتّجارمن العامل علی نحويکون استرباحاً بنظر العامل ولکنه مخالف لشرط المالک لاعتقادالمالک عدم کونه استرباحاً واعتقادالعامل کونه کذلک، واما المواردالتي يکون علی خلاف الطريقة العقلائية في الاتّجار ولايکون في طريق تحصيل الربح فالنصوص منصرفة عن ذلک .نعم اذا اقتضت المصلحة شراء المعيب فهومشمول لاطلاق الاذن ويکم بصحة المعاملة والمضاربة معاً .هذا کله فيما اذا اشتری المعيب متعمداً، واما اذا اشتراه اتفاقاً لجهله بالعيب فهومورد لخيارالعيب ويعمل فيه العامل بما تقتضيه مصلحة المالک .

1. - المبسوط ج3ص191 [↑](#footnote-ref-1)
2. - التذکرة ج17ص27 [↑](#footnote-ref-2)
3. -مفتاح الکرامة ج20ص480 [↑](#footnote-ref-3)
4. - نفس المصدرص481 [↑](#footnote-ref-4)
5. -المستمسک ج12ص258 [↑](#footnote-ref-5)
6. - كتاب المضاربة، ص113. [↑](#footnote-ref-6)
7. - المسالک ج4ص359-360 [↑](#footnote-ref-7)
8. - المسالک ج4ص360 [↑](#footnote-ref-8)
9. -المستمسک ج12ص259-260 [↑](#footnote-ref-9)
10. - مباني العروة ج1ص37 [↑](#footnote-ref-10)
11. - کتاب المضاربة، ص117-118. [↑](#footnote-ref-11)
12. -مباني العروة ج1ص37-38 [↑](#footnote-ref-12)
13. - كتاب المضاربة، ص116. [↑](#footnote-ref-13)
14. - المستمسک ج12ص260 [↑](#footnote-ref-14)
15. -مباني العروة ج1ص38 [↑](#footnote-ref-15)
16. -کتاب المضاربة ص118 [↑](#footnote-ref-16)
17. - كتاب المضاربة، ص115. [↑](#footnote-ref-17)
18. - الرياض ج9ص334-335 [↑](#footnote-ref-18)
19. -المستمسک ج12ص261 [↑](#footnote-ref-19)
20. - مباني العروة ج1ص38-39 [↑](#footnote-ref-20)
21. - المستمسک ج12ص261 [↑](#footnote-ref-21)
22. -التذکرة ج17ص133 [↑](#footnote-ref-22)
23. - المسالک ج4ص344 [↑](#footnote-ref-23)
24. - الحدائق ج21ص204 [↑](#footnote-ref-24)
25. -الغاية القصوی في التعليق علی العروة الوثقی ص30-31 [↑](#footnote-ref-25)
26. -الوسائل الباب 7من کتاب المضاربة ح1 [↑](#footnote-ref-26)
27. -کتاب المضاربة ص122 [↑](#footnote-ref-27)
28. -الوسائل الباب19من ابواب الدين والقرض ح3 [↑](#footnote-ref-28)
29. - كتاب المضاربة،ص121-122. [↑](#footnote-ref-29)
30. -الشرائع ج2ص110 [↑](#footnote-ref-30)
31. -الروضة البهية ج4ص212 [↑](#footnote-ref-31)
32. - المسالک ج4ص344 [↑](#footnote-ref-32)
33. - قواعدالاجکام ج2ص331-332 [↑](#footnote-ref-33)
34. - ايضاح الفوائد ج2ص304 [↑](#footnote-ref-34)
35. -جامع المقاصد ج8ص55 [↑](#footnote-ref-35)
36. - جامع المقاصد ج8 ص55 [↑](#footnote-ref-36)
37. - مفتاح الکرامة ج20ص427 [↑](#footnote-ref-37)
38. -المستمسک ج12ص263-264 [↑](#footnote-ref-38)
39. - مباني العروة ج1ص40-42 [↑](#footnote-ref-39)
40. -كتاب المضاربة، ص127-129. [↑](#footnote-ref-40)
41. - المکاسب (الطبعة الحديثة) ج6ص101 [↑](#footnote-ref-41)
42. - حاشية المکاسب (للسيداليزدي) ج2ص140 [↑](#footnote-ref-42)
43. - منية الطالب ج2ص149 [↑](#footnote-ref-43)
44. - حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني ط - الحديثة)؛ ج‌5، ص 228-229 [↑](#footnote-ref-44)
45. - مصباح الفقاهة ج7ص403 [↑](#footnote-ref-45)
46. -المستمسک ج12ص264-268 [↑](#footnote-ref-46)
47. - مباني العروة ج1ص43 [↑](#footnote-ref-47)
48. -المسالک ج4ص395 [↑](#footnote-ref-48)
49. -الجواهرج26ص343 [↑](#footnote-ref-49)
50. -المستمسک ج12ص268-269 [↑](#footnote-ref-50)
51. -کتاب المضاربة ص135-137 [↑](#footnote-ref-51)
52. - لسان العرب ج7ص330 [↑](#footnote-ref-52)
53. - المستمسک ج12ص269 [↑](#footnote-ref-53)
54. - مباني العروة ج1ص44-45 [↑](#footnote-ref-54)
55. - الجواهرج26ص344 [↑](#footnote-ref-55)
56. - في جامع المقاصد(ج8ص78)ذيل العبارة المذکورة من القواعد: >أي: لتحصيل الربح بالتصرف، و فوائد ما ذكر تحصل من عين المال لا من تصرف العامل، و لأنّ مقتضى القراض الاسترباح بالتجارة، و ليس موضع النزاع كذلك، فلا يصحّ القراض عليه، و هو الأصح<. وهوظاهرفي ان المراد من التصرف في التعليل الاول ليس هوالتصرف في رقبة الارض بالنقل والذي عبرعنه في بعض الکلمات بتقليب رأس المال بل المراد منه عمل العامل وفعله وعندئذ يظهرالفرق بين التعليلين ،نعم لوکان المرادمن التصرف تصرف العامل في رقبة الارض وتقليبه لرأس المال \_کما صرح به في کلام الشيخ الطوسي ره رجع الی التعليل الثاني. [↑](#footnote-ref-56)
57. -المستمسک ج12ص273 [↑](#footnote-ref-57)
58. -الجواهر ج26ص344 [↑](#footnote-ref-58)
59. - المستمسک ج12ص274 [↑](#footnote-ref-59)
60. -نفس المصدر [↑](#footnote-ref-60)
61. -کتاب المضاربة ص148-149 [↑](#footnote-ref-61)
62. -کتاب المضاربة ص148 [↑](#footnote-ref-62)
63. - العروة المحشی ج5ص163-164 [↑](#footnote-ref-63)
64. - ففي الوسائل (الباب1من ابواب المضاربة ح4):مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبَانٍ وَ يَحْيَى عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ: الْمَالُ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةً لَهُ مِنَ الرِّبْحِ- وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْ‌ءٌ- إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ. وفيه في ح3: وعَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ (اي الکليني عن ابي علي الاشعري)عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي الرَّجُلِ يَعْمَلُ بِالْمَالِ مُضَارَبَةً- قَالَ لَهُ الرِّبْحُ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْ‌ءٌ- إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ عَنْ شَيْ‌ءٍ مِمَّا أَمَرَ صَاحِبُ الْمَالِ. [↑](#footnote-ref-64)
65. - رجال الشيخ ره ص238 [↑](#footnote-ref-65)
66. -الفهرست ص110 [↑](#footnote-ref-66)
67. -تعليقة الوحيد علی منهج المقال ص215 [↑](#footnote-ref-67)
68. -کتاب المضاربة ص204-205 [↑](#footnote-ref-68)
69. - ملاذالاخيار ج11ص340-341 [↑](#footnote-ref-69)
70. -الوسائل الباب 3من ابواب المضاربة ح6 [↑](#footnote-ref-70)
71. -تهذيب الاحکام ج7ص188 [↑](#footnote-ref-71)
72. -الاستبصارج3ص127 [↑](#footnote-ref-72)
73. -الوافي ج18ص884 [↑](#footnote-ref-73)
74. -ملاذالاخيارج11ص339-340 [↑](#footnote-ref-74)
75. - كتاب المضاربة ص161. [↑](#footnote-ref-75)
76. - المستمسک ج12ص276 [↑](#footnote-ref-76)
77. -کتاب المضاربة ص153 [↑](#footnote-ref-77)
78. - المستند ص228-231 [↑](#footnote-ref-78)
79. - نفس المصدرص157-158 [↑](#footnote-ref-79)
80. - کتاب المضاربة ص152 [↑](#footnote-ref-80)
81. - نفس المصدر. [↑](#footnote-ref-81)
82. -الوسائل الباب4من ابواب المضاربة ح1 [↑](#footnote-ref-82)
83. -التذکرة ج17ص53 [↑](#footnote-ref-83)
84. -حاشية المختصرالنافع ص110 [↑](#footnote-ref-84)
85. -روضة المتقين ج7ص129 [↑](#footnote-ref-85)
86. -مفاتيح الشرائع ج3ص94 [↑](#footnote-ref-86)
87. -الوافي ج18ص880 [↑](#footnote-ref-87)
88. -الحدائق ج21ص202 [↑](#footnote-ref-88)
89. -الرياض ج9ص358 [↑](#footnote-ref-89)
90. -المستمسک ج12ص277-278 [↑](#footnote-ref-90)
91. -المباني ج1ص50-51 [↑](#footnote-ref-91)
92. -الرياض ج9ص358 [↑](#footnote-ref-92)
93. -کتاب المضاربة ص163 [↑](#footnote-ref-93)
94. -نفس المصدرص164 [↑](#footnote-ref-94)
95. - المبسوط ج3ص170-171 [↑](#footnote-ref-95)
96. - التذکرة ج17ص41-42 [↑](#footnote-ref-96)
97. - المسالک ج4ص345 [↑](#footnote-ref-97)
98. -المستمسک ج12ص279-281 [↑](#footnote-ref-98)
99. -مباني العروة ج1ص52-55 [↑](#footnote-ref-99)
100. -المستمسک ج12ص281-282 [↑](#footnote-ref-100)
101. - المستمسک ج12ص282 [↑](#footnote-ref-101)
102. -نفس المصدرص280 [↑](#footnote-ref-102)
103. - مباني العروة ج1ص57-58 [↑](#footnote-ref-103)
104. - الجواهر ج26ص [↑](#footnote-ref-104)
105. - المستمسک ج12 ص [↑](#footnote-ref-105)
106. - مباني العروة ج1ص58-59 [↑](#footnote-ref-106)
107. -کتاب المضاربة ص241 [↑](#footnote-ref-107)
108. - المستمسک ج12ص 284 [↑](#footnote-ref-108)
109. -الخلاف ج3ص461 [↑](#footnote-ref-109)
110. - القواعد ج2ص340 [↑](#footnote-ref-110)
111. - جامع المقاصدج8ص109 [↑](#footnote-ref-111)
112. -مفتاح الکرامة ج20ص579-580 [↑](#footnote-ref-112)
113. -المستمسک ج12ص284-285 [↑](#footnote-ref-113)
114. - مفتاح الکرامة ج20ص579-581 [↑](#footnote-ref-114)
115. - مباني العروة ج1ص60 [↑](#footnote-ref-115)
116. -الغاية القصوی في التعليق علی العروة الوثقی ص43 [↑](#footnote-ref-116)
117. - التذکرة ج17ص65-66 [↑](#footnote-ref-117)
118. -کفاية الاحکام ج1ص627 [↑](#footnote-ref-118)
119. - الجواهرج26ص350 [↑](#footnote-ref-119)
120. - المستمسک ج12ص285 [↑](#footnote-ref-120)
121. -المستمسک ج12ص286 [↑](#footnote-ref-121)
122. - مباني العروة ج1ص60-61 [↑](#footnote-ref-122)
123. - کتاب المضاربة ص246-247 [↑](#footnote-ref-123)
124. - الوسائل الباب1 من ابواب المضاربة ح8 [↑](#footnote-ref-124)
125. - المستمسک ج12ص287 [↑](#footnote-ref-125)
126. -الغاية القصوی ص44-45 [↑](#footnote-ref-126)
127. -كتاب المضاربة ص251 . [↑](#footnote-ref-127)
128. - الجواهرج26ص350 [↑](#footnote-ref-128)
129. -المستمسک ج12ص288 [↑](#footnote-ref-129)
130. - الحدائق ج21ص214 [↑](#footnote-ref-130)
131. - التذکرة ج17ص63-64 [↑](#footnote-ref-131)
132. - جامع المقاصد ج8ص90-91 [↑](#footnote-ref-132)
133. - كتاب المضاربة ص252-253. [↑](#footnote-ref-133)
134. -الخلاف ج3ص463-464 [↑](#footnote-ref-134)
135. -الشرائع ج2ص111 [↑](#footnote-ref-135)
136. - التذکرة ج17ص64 [↑](#footnote-ref-136)
137. - جامع المقاصدج8ص86-87 [↑](#footnote-ref-137)
138. - المسالک ج4ص351 [↑](#footnote-ref-138)
139. - الرياض ج9ص337 [↑](#footnote-ref-139)
140. - كتاب المضاربة ص253. [↑](#footnote-ref-140)