### 23\_المناط في تعيين حصة کل من المالک والعامل في صيغة العقدهو المفهوم العرفي من العبارة

قدتقدم في الشرط السادس انه يعتبرفي صحة المضاربة تعيين حصة کل منهما من نصف اوثلث اونحو ذلک فلو صرح بذلک في العقد فلا اشکال ولاخلاف واما لولم يصرح بذلک وانما اتي بلفظ يحتمل المعنی المذکورويکون دالاً عليه بالقرينة فهل يکفي ذلک في صحة العقد او لا؟ هناک بعض صورقداستشکل في صحة المضاربة فيها تعرض لها السيدالماتن ره في مسألتي(25 و26)وحکم بانه لااشکال في صحة العقدبعدما کان المفهوم من العبارة عرفاً ذلک فقال في (مسألة: 25) :

إذا قال المالك للعامل خذ هذا المال قراضا و الربح بيننا صح‌و لكل منهما النصف و إذا قال و نصف الربح لك فكذلك بل و كذا لو قال و نصف الربح لي فإن الظاهر أن النصف الآخر للعامل و لكن فرق بعضهم بين العبارتين و حكم بالصحة في الأولى لأنه صرح فيها بكون النصف للعامل و النصف الآخر يبقى له على قاعدة التبعية بخلاف العبارة الثانية فإن كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له أيضا على قاعدة التبعية فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل و أنت خبير بأن المفهوم من العبارة عرفا كون النصف الآخر للعامل.

فقدتعرض في هذه المسألة لحال ثلاث عبارات :

***‌اماالعبارة الاولی***\_ (خذ هذا المال قراضاً و الربح بيننا)\_ فالوجه في صحة العقد معها کون هذا المعنی (وهو التنصيف وتساوي الحصتين)هوالظاهرمن الكلام عندالاطلاق بحيث يکون خلافه يحتاج الى البيان،كماهوالحال في سائر المواردكالوصية بشي‌ء واحد لاثنين ،والاقراربکون الداربينه وبين الآخرونحوهما فانها ظاهرة في تساويهما فيه وقداشيرالی هذا الوجه في کلام الشيخ ره في المبسوط والشهيدالثاني ره في المسالک فلااشکال في الحکم بصحة العقد بهذه العبارة بل ظاهرالمسالك الاتفاق عليه عندنا و عند غيرنا إلا بعض الشافعية.ففي المبسوط: >فان دفع إليه ألفا قراضا و قال على أن الربح بيننا، قال قوم: القراض صحيح و الربح بينهما نصفين، و قال آخرون: القراض فاسد لأنه مجهول، و الأول أقوى، لأنهما تساويا في إضافة الربح إليهما، و كان كقوله هذه الدار بينى و بين زيد فإنها يكون بينهما نصفين<.[[1]](#footnote-1) وفي المسالک:قوله: «و كذا لو قال على أنّ الربح بيننا، و يقضى بالربح بينهما نصفين» لاستوائهما في السبب المقتضي للاستحقاق، و الأصل عدم التفاضل، كما لو أقرّ لهما بمال، و كما لو قال المقرّ: الشي‌ء الفلاني بيني و بين زيد. و خالف في ذلك بعض الشافعيّة فحكم ببطلان العقد، لأنّ البيّنة تصدق مع التفاوت، فحيث لم يبيّنها‌ يتجهّل استحقاق الربح. و ردّ بمنع صدقها على غير المتساوي مع الإطلاق. نعم لوانضمّ إليه قرينة صحّ حمله على غيره بواسطتها<.[[2]](#footnote-2)

***واما العبارة الثانية*** \_ خذ هذا المال قراضاً و نصف الربح لك\_ فلاخلاف في صحة العقدمعها ،والوجه في ذلک ان ظاهرهذه العبارة عرفاً كون النصف الآخر للمالك باعتبار ان الحقّ لايعدوهما فاذا صرح بان نصف الربح للعامل فالمتفاهم من نفس هذا الکلام ان النصف الآخرللمالک ، مضافاً الی ان النماء بتمامه تابع للعين فما لم يجعله المالك لغيره يكون بطبيعة الحال له لانه نماء ملكه.

***واما العبارة الثالثة*** \_خذ هذا المال قراضاً و نصف الربح لي\_ فقد وقع الخلاف في صحة العقد معها وبطلانه ذهب الشيخ ره في المبسوط الی بطلانه حيث قال:> إذا قال خذه قراضا على أن لي نصف الربح، من الناس‌ من قال: إنه يكون فاسدا كما أنه لو قال ساقيتك على هذا النخل على أن لي نصف الثمرة كان فاسدا، و في الناس من قال: يصح لأنه لو قال على أن لك أيها العامل النصف، و لم يذكر لنفسه شيئا صح.و الأول أصح لأن الربح كله لرب المال، و إنما يستحق العامل بالشرط فإذا شرط النصف لنفسه فما شرط للعامل شيئا فبطل القراض، كالمساقاة سواء<.[[3]](#footnote-3)وتبعه المحقق ره في الشرائع حيث قال:>و لو قال على أن لي النصف و اقتصر لم يصح لأنه لم يعين للعامل حصة<.[[4]](#footnote-4) وکذلک العلامة ره ففي التذکرة:> و لو عيّن حصّة المالك خاصّةً، فقال: قارضتك بهذا على أنّ نصف الربح لي، و سكت عن حصّة العامل، بطل؛ لأنّه لم يعيّن للعامل شيئاً؛ إذ النماء المسكوت عنه يتبع المال، فيكون للمالك، إلّا إذا نُسب شي‌ء منه إلى العامل، و التقدير أنّه لم يُنسب إليه شي‌ء. و قال بعض الشافعيّة: يصحّ أيضاً، و يكون النصف الآخَر للعامل؛ لأنّه الذي يسبق إلى الفهم منه< .[[5]](#footnote-5) وفي القواعد :>أمّا لو قال: على أنّ لي النصف و سكت عن حصّة العامل بطل على إشكال<.[[6]](#footnote-6) وفي جامع المقاصدذيل قوله(علی اشکال):ينشأ: من فهم أنّ المسكوت عنه للعامل، نظرا إلى العرف، و تخصيص استحقاقه النصف بالذكر.و من ضعف دلالة المفهوم، و منع استقرار العرف على ذلك، و لا يكفي لثبوت الشرط أمثال هذه التوهمات، و الأصحّ البطلان<.[[7]](#footnote-7) کما ان في المسالک في بيان الفرق بين العبارتين(الثانية والثالثة): >قوله: (و لو قال: على أنّ لك النصف صحّ- إلى قوله- للعامل حصّة).

الفرق بين الصيغتين أنّ الربح لمّا كان تابعا للمال، و الأصل كونه للمالك، لم يفتقر إلى تعيين حصّته، فإن عيّنها كان تأكيدا، و أمّا تعيين حصّة العامل فلا بدّ منه، لعدم استحقاقها بدونه، فإذا قال: النصف لك، كان تعيينا لحصّة العامل، و بقي الباقي على حكم الأصل، و أمّا إذا قال: النصف لي، لم يقتض ذلك كون النصف الآخر لغيره، بل هو باق على حكم الأصل أيضا، فيبطل العقد. و يحتمل الصحّة و حمل النصف الآخر على أنّه للعامل، نظرا إلى عدم الفرق بين الصيغتين عرفا، و عملا بمفهوم التخصيص. و يضعف بعدم استقرار العرف على ذلك، و ضعف دلالة المفهوم. و الأجود البطلان<.[[8]](#footnote-8)

وقدنوقش فيه في الجواهربما في المتن من ان الظاهرمن العبارتين کون الربح بالتنصيف وان النصف الآخر(غيرالمذکورفي العبارة) للآخر حيث قال ره :> لو قال: خذه على أن لك النصف صح و أما لو قال: على أن لي النصف و اقتصر، لم يصح لأنه لم يعين للعامل حصة و قد قيل: في وجه الفرق إن الربح لما كان تابعا للمال، و الأصل كونه للمالك، لم يفتقر الى تعيين حصته، فإن عينها كان تأكيدا، و أما تعيين حصة العامل فلا بد منه، لعدم استحقاقها بدونه، فإذا قال: النصف لك كان تعيينا لحصة العامل، و بقي الباقي على حكم الأصل، بخلاف العكس فإنه لم يقتض ذلك كون النصف الآخر لغيره، بل هو باق على الأصل أيضا، فيبطل العقد.قلت: قد يمنع ذلك بدعوى انسياق إرادة كون الربح بينهما نصفين من نحو هذه العبارة عرفا، من غير فرق بين ذكر النصف للمالك أو للعامل، فإن المراد النصف الآخر للآخر، كما هو واضح<.[[9]](#footnote-9)

وبعبارة اخری کما في المباني ظاهر الكلام في العبارة الثالثة باعتبار کونه في مقام تحديد ما يستحقه بذلك هو كون النصف تمام ماله من الربح و هو يقتضي كون الباقي للعامل و الا لما كان تمام ما للمالك هو النصف<.[[10]](#footnote-10)

وقال الماتن ره في مسألة(26):

لا فرق بين أن يقول خذ هذا المال قراضا و لك نصف ربحه.أو قال خذه قراضا و لك ربح نصفه في الصحة و الاشتراك في الربح بالمناصفة و ربما يقال بالبطلان في الثاني بدعوى أن مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك و قد يربح النصف فيختص به أحدهما أو يربح أكثر من النصف فلا يكون الحصة معلومة و أيضا قد لا يعامل إلا في النصف و فيه أن المراد ربح نصف ما عومل به و ربح فلا إشكال.‌

فحکم فيها بانه لافرق بين ان يقول:>خذ هذا المال قراضاً و لك نصف ربحه< او قال:>خذه قراضاً ولك ربح نصفه< في الصحة و الاشتراك في الربح بالمناصفة وهذا هوالمشهوربين الاصحاب وفي مقابله القول بالصحة في العبارة الاولی والبطلان في الثانية ففي مفتاح الکرامة :>قوله: (و يصحّ لو قال: على أنّ لك ربح نصفه أو نصف ربحه) أمّا الصحّة في الصورة الثانية فلا خلاف فيهاكما في الخلاف والمبسوط وأمّا في الاولى فهوالمشهور كما في المسالك و بها صرّح في المبسوط وجامع الشرائع و الشرائع و التذكرة والتحرير و الحواشي و التنقيح و المسالك وكذا المختلف و جامع المقاصد واختار في الخلاف أوّلًا عدم الصحّة. ثمّ قال: و لو قلنا بقول أبي ثور كان قويّاً، لأنّه لا فرق بين اللفظين، انتهى، فكان متردّداً و البطلان خيرة الشافعي و أصحابه<.[[11]](#footnote-11) وجه الاشکال في صحة الثانية علی ماذکره الشيخ ره في الخلاف هوانه لم يقم دليل علی صحة الثانية بخلاف الاولی فانه لاخلاف في جوازها حيث قال ره:> مسألة 18: إذا قال خذ ألفا قراضا على أن لك نصف ربحها صح بلا خلاف. و إن قال: على أن لك ربح نصفها. كان باطلاوبه قال الشافعي وأصحابه و قال أبو ثور: هو جائز و حكى ذلك أبو العباس عن أبي حنيفة دليلنا:أن ما قلناه مجمع على جوازه، و لا دليل على جواز ما قالوه. و ان قلنا بقول أبي ثور كان قويا، لأنه لا فرق بين اللفظين<. [[12]](#footnote-12) ولکنه علله الشهيدالثاني ره في المسالک بما ذکرفي المتن وحاصله کما في المستمسک إشكالان (الأول): أن شرط القراض الاشتراك في كل جزء من الربح و في الفرض لااشتراك لأن ربح أحد النصفين للعامل، و ربح النصف الآخر للمالك و أيضاً قد لا يعامل إلا بالنصف، فيكون ربحه‌ لأحدهما بعينه بلا اشتراك بينهما (الثاني): جهالة النسبة إذ ربما يكون ربح النصف الآخر أقل و ربما يكون أكثرفالنسبة بين الحصتين مجهولةوأيضاً إذا كان ربح أحد النصفين للعامل و ربح الباقي للمالك، فربما يكون ربح الباقي ربح بعض النصف، و ربما يكون ربح تمامه، فيكون مقداره مجهولًا أيضاً<.[[13]](#footnote-13)

والجواب عن الاشکال الاول واضح وهوعدم الفرق بين اللفظين في الاندراج في دليل الحکم ، واما الاشکالان الاخيران ففي المسالک انه اجيب عن الاشکال >بأنّ الإشارة ليست إلى نصف معيّن، بل مبهم، فإذا ربح أحد النصفين فذلك الذي ربح هو المال، و الذي لم يربح لا اعتداد به. و حيث كان النصف مشاعا فكلّ جزء من المال إذا ربح فنصف ربحه للعامل و نصفه للمالك<.[[14]](#footnote-14) و في الجواهرايضاً ان المرادمن العبارة الثانية کالعبارة الاولی نصف ما يربح من المال قلّ أوكثر لأن الفرض إشاعة النصف فكل جزء من المال إذا ربح فنصف ربحه للعامل، ونصفه للمالك، ولوفرض كون الربح للنصف خاصةكان ذلك هو رأس المال والذي‌ لم يربح لا اعتداد به، و كل جزء من النصف الذي ربح بين المالك و العامل<.[[15]](#footnote-15) وما ذکره السيدالحکيم ره من الاشکال علی هذا الجواب وتعويضه بجواب آخرليس في محله ففي المستمسک: و لأجل أن أخذ النصف مبهماً لا يكفي في رفع الإشكال، لأن العمل إذا كان بالنصف و قد ربح، فذلك النصف إما أن ينطبق عليه نصف المال، و إما أن لا ينطبق، فان انطبق كان ربحه للعامل أو للمالك بلا معين و ان لم ينطبق لم يكن لأحدهما، و كل ذلك كما ترى، ألحقه بقوله: «فاذا ربح أحد ..» يريد أن النصف المبهم لا ينطبق على تمام النصف المذكور، بل ينطبق على نصفه، كما ينطبق النصف الثّاني على نصفه الثاني، لأن ذلك النصف المعمول به هو المال ذو النصفين، ولااعتداد بالنصف الذي لم يعمل به. و لكنه كما ترى فان المراد من المال تمامه، فالنصف المعمول به نصفه لا كله. فالمتعين في دفع الاشكال أن يقال: إن ربح النصف ربح لتمام المال، ولذا يقسم بين العامل و المالك في العبارة الأخرى و هي ما إذا قال: خذ هذا المال و لك نصف ربحه، فاذا صدق أنه ربح لتمام المال فقد صدق أن نصفه ربح لنصف المال، فيكون للعامل، و النصف الآخر للمالك<.[[16]](#footnote-16) فانه يلاحظ عليه بان المرادمن المال في حدّ نفسه وان کان هو تمام المال الا انه حيث ان المقصود من المال في المضاربة مايتجربه ويحصل منه الربح فما هوموردللاعتدادفي تعيين حصة الطرفين من الربح هوالنصف المعمول به وماجعل للعامل في العبارة الثانية کالعبارة الاولی ربح نصف هذا النصف المعمول به لاربح تمام هذا النصف ،واما مااختاره في الجواب من الاشکال فلايجدي في رفع الاشکال لان ربح النصف وان کان ربحاً لتمام المال الا ان المفروض في العبارة الثانية جعل ربح النصف للعامل فمن اين يجيء تقسيمه بين المالک والعامل ولامخلص من الاشکال الا بکون المراد من النصف في العبارة هوما ربح قلّ اوکثر.

### 24\_جوازاتحاد المالک وتعددالعامل في المضاربة ،وکذا تعدد المالک واتحادالعامل

قال السيدالماتن ره:

(مسألة27): يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل مع اتحاد المال أو تميز مال كل من العاملين‌ فلو قال‌ ضاربتكما و لكما نصف الربح صح و كانا فيه سواء و لو فضل أحدهما على الآخر صح أيضا و إن كانا في العمل سواء فإن غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير و هذا لا بأس به و يكون العقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين و يكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف و قارض الآخر في النصف الآخر بربع الربح و لا مانع منه و كذا يجوز تعدد المالك و اتحاد العامل بأن كان المال مشتركا بين اثنين فقارضا واحدا بعقد واحد بالنصف مثلا متساويا بينهما أو بالاختلاف بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف وفي حصة الآخر بالثلث أو الربع مثلا و كذا يجوز مع عدم اشتراك المال بأن يكون مال كل منهما ممتازا و قارضا واحدا مع الإذن في الخلط مع التساوي في حصة العامل بينهما أو الاختلاف بأن يكون في مال أحدهما بالنصف وفي مال الآخر بالثلث أو الربع.‌

تعرض قده في هذه المسألة الی ان صحة المضاربة لاتتوقف علی اتحادالمالک والعامل بل تصح المضاربة ولومع تعددالعامل اوتعدد المالک وان التعدد في ناحية العامل اوالمالک لايضرّ بصحة المضاربة حتی مع اختلاف حصة العاملين اوالمالکين وعلّل ذلک بانحلال المضاربة الی مضاربات متعددة بتعدد العامل اوالمالک وقد وافقه جلّ الاعلام قدهم في هذه المسألة فلم يعلقوا علی المتن کما وجّه ذلک في المستمک والمباني بانه يقتضيه اطلاق الادلة و ان الاتحاد في مقام الانشاء لا ينافي التعدّد في الواقع و اللبّ،الاانه علّق السيدالگلپايگاني ره علی المسألة بمايرجع الی لزوم التفصيل في المسألة بين الانحاء المتصورة في تعدد العامل فقال ره :> إن كان المقصود من المضاربة مع الاثنين مثلًا يكون كلّ منهما عاملًا في نصف المال فلا إشكال فيه و يكون عقداً واحداً معهما بمنزلة عقدين سواء‌كان مال كلّ منهما في الخارج مميّزاً أو مشاعاً كان في حصّة أحدهما فضل أو لا و إن كان المقصود صدور العمل منهما معاً بحيث لا يمضى من أحدهما منفرداً فلا يبعد صحّته أيضاً و يصحّ التسوية بينهما في الحصّة و التفاضل و لكن لا يجوز لكلّ منهما العمل مستقلا و هما شريكان في الربح على ما جعل لهما في العقد و أمّا إن كان المقصود جواز العمل لكلّ منهما في جميع المال منضمّاً أو مستقلا لكن كلّما عمل أحدهما يكون الآخر في ربحه شريكاً سواء عمل الآخر عملًا أم لم يعمل ففي صحّة ذلك تأمّل كانا في الحصّة متساويين أو متفاوتين<.[[17]](#footnote-17) ووافقه بعض الاعلام في کتاب المضاربة واوضحه بمانصه:>إلّاأنّ الصحيح أن يقال: إنّه تارة يفترض أنّ المجعول لكل من العاملين نسبة من الربح الذي يحصل عليه بعمله هو، واخرى يفرض أنّه يجعل لهما معاً نسبة من مجموع الربح الحاصل بعملهما، أي كسر مضاف إلى مجموع الربح فيكون للعاملين نصف مجموع الربح الحاصل بعملهما يقسّمانه بينهما بالتساوي أو بالتفاضل.

ففي الفرض الأوّل‏ لا إشكال في الصحة تمسكاً بالعمومات الأوّلية، بل وباطلاق روايات المضاربة أيضاً؛ لانحلالها بحسب الحقيقة إلى مضاربتين، سواء كان المالان متمايزين أم مالًا واحداً، إلّاأنّه أخذ كل منهما قسماً منه، أو استثمر مرتين، وهذا لا غبار عليه؛ إذ الميزان في المضاربة ليس بوحدة الانشاء، بل بوحدة المال والعمل والربح وتعددها كما في المقام، إلّاأنّ هذا الفرض لعلّه خارج عن كلام المتن.

وأمّا الفرض الثاني‏ فتارة يفترض فيه أنّ العمل التجاري لا يقوم إلّابهما معاً، واخرى يفرض أنّه يقوم بكل منهما مستقلّاً أيضاً، فهنا شقّان:أمّا الشق الأوّل: فصحته مبنية على أن تكون المضاربة صحيحة على القاعدة، أو يستفاد إطلاق من رواياتها من هذه الناحية أيضاً، وقد مضى البحث عن ذلك في محلّه، ولا يبعد تماميتهما معاً.

وأمّا الشق الثاني: فيمكن أن يناقش فيه بأنّ هذا يلزم منه الشركة في الأبدان؛ إذ لعل أحدهما عمل أقل من الآخر أو مساوياً معه، ولكن كان ربحه أقل بخلاف الآخر، مع أنّه يشترك معه في الربح الحاصل بعمله. ومنه يظهر أنّ المحذور لا يختصّ بفرض التفاضل بينهما في الحصة من الربح، بل مع فرض المساواة في العمل والنسبة من الربح بينهما أيضاً يرد إشكال لزوم الشركة في الأبدان، ولا فرق في بطلان الشركة في الأبدان بين الاشتراك في ما يربحه كل منهما بعمله من خلال عقد الإجارة أو المضاربة، أي بشكل مقطوع أو بنسبة من الربح.

لا يقال: ما يأخذه العامل الأقل عملًا لا يأخذه من العامل الآخر، بل من المالك، فيكون كما ذكر الماتن قدس سره من باب الاختلاف فيما يجعل لكل منهما من‏ قبل المالك وليس هذا شركة في الأبدان فإنّها تكون بين العاملين.

فإنّه يقال: الإشكال من ناحيتين:

إحداهما- أنّ ما يأخذه نسبة من الربح، حيث انّه نسبة من مجموع الربحين لا ربح عمله بالخصوص، فقد يكون أكثر من أصل ربحه، كما إذا كان قد ربح عشرين ديناراً، والآخر ربح مئة دينار، وكان لهما النصف بالتساوي، فتكون حصته ثلاثين ديناراً الذي هو أكثر من مجموع ربحه، وهذا ليس مضاربة مع المالك ليكون الانحلال مجدياً فيه؛ لاشتراط أن يكون الربح بينهما.

وهذا الإشكال يمكن للماتن أن يجيب عليه على ما سيأتي منه من إمكان جعل شي‏ء للأجنبي من قبل المالك من الربح في عقد المضاربة، فيقال في المقام بأنّ المالك يجعل مقداراً من ربح ماله الذي حصل عليه العامل الآخر للعامل الثاني، فليس الثلاثون ديناراً كلها من ربح عمل العامل الثاني، بل ربحه بينهما، فيكون حصة العامل منه عشرة، والعشرون من أرباح المالك التي حصل عليها من خلال عمل الآخر، ويجوز عند الماتن اشتراط شي‏ء من الربح للأجنبي فضلًا عن العامل الثاني.

الثانية- انّ الشرط في المضاربة أن تكون حصة العامل نسبة معينة من ربح عمله في رأس المال، لا عمل انسان آخر، وإلّا كان غررياً، بل باطلًا، كما إذا قال: (اتّجر به ولك مقدار من الربح)، وفي المقام يلزم أن لا تكون نسبة ما يستحقه كل منهما من ربح عمله متعيناً، وإن كان متعيناً بلحاظ المجموع، ففي المثال المتقدم لا تعيّن لنسبة ما استحقه كل منهما بالمضاربة بلحاظ ربح عمله، وإنّما التعيّن بلحاظ مجموع الربحين، أي نسبة معينة من المجموع،والذي يختلف باختلاف مقدار الربح لكل منهما بالنسبة للآخر، فلا يتطابق هذا الكسر والنسبة معه، فما ربحه العامل الذي ربح أكثر إذا كان مئة والآخر عشرين كما في ذلك المثال كانت حصته بنسبة 10 3 من ربحه، وإذا كان ثمانين والآخر لا ربح له أصلًا كانت حصته 4 1 من ربحه، وإن كان سبعين والآخر عشرة فحصته 7 2 وهكذا يختلف الكسر الذي هو حصة العامل بالنسبة إلى ما هو ربحه الحقيقي، وإن كانت النسبة بلحاظ مجموع الأرباح في تمام الصور الربع، بل قد يؤدّي إلى أن لا يكون له شي‏ء من ربح عمله، كما إذا خسر أحد العاملين مئة دينار وربح الآخر مئة فكانت النتيجة أن لا ربح على رأس المال، فلا يكون للعامل الذي ربح في التجارة برأس المال شي‏ء من الربح.

وهذه خصوصية توجب عدم تمامية إطلاق روايات المضاربة؛ لأنّه لا يصدق على كل عامل حتى مع فرض الانحلال أنّ ربح عمله بينه وبين المالك بنسبة معينة، ولا تشمله العمومات أيضاً، أي لا يمكن تصحيحه بعمومات صحة العقود إذا فرضنا صحة التمسك بها لعقد المضاربة؛ لأنّ هذا روحاً مرجعه إلى المخاطرة والشركة في الأبدان، والغرر فيما يستحقه العامل من نتيجة عمله.

إلّاأنّ هذا لعلّه خارج عن منظور الماتن.وهذا الإشكال يختص بفرض وحدة المالك وتعدد العامل، ولا يجري في العكس؛ لأنّ المال واحد قبل التجارة بالاشتراك، فيكون ربح كل منهما محدداً بالنسبة، فما يجعلاه للعامل منه محدد أيضاً، فإذا تفاضلا فيما جعلاه لأنفسهما كان ذلك موضوعاً للمسألة القادمة، وهو أخذ أحد الشريكين أكثر من سهمه من الربح ولو بالشرط ضمن المضاربة، وسيأتي حكمه.[[18]](#footnote-18)

ولکنه يلاحظ علی ما ذکرفي عدة نقاط :

***(الاولی):*** ان ماذکر من ان الفرض الاول خارج عن کلام الماتن ره لاوجه له بل يمکن ان يقال ان هذا هوالمتيقن من کلامه.

***(الثانية):*** ان ماذکرمن الاشکال في الشق الثاني من الفرض الثاني\_وهولزوم المخاطرةو الشرکة في الابدان والغررمن جهة مايستحقه العامل من نتيجة عمله\_لوتمّ وکان مانعاً عن صحة عقدالمضاربة جری في الشقّ الاول ايضاً ولاوجه للفرق بينهما ومجردعدم قيام العمل الا بهما لايرفع المحذور .

***(الثالثة):*** ان المحذور الذي ذکرلصحة العقدفي الشق الثاني من الفرض الثاني هوانه يلزم منه الشرکة في الابدان ولافرق في بطلان الشركة في الأبدان بين الاشتراك في مايربحه كل منهما بعمله من خلال عقدالاجارة او المضاربة اي بشكل مقطوع او بنسبة من الربح ولکنه يجاب عن الاشکال بانه حيث ان وجه بطلان الشرکة في الابدان عدم وجودالدليل علی الصحة وعدم اندراجها في ادلة الشرکة لاختصاصها بالشرکة في الاعيان،فاذاکانت الشرکة في الابدان نتيجة تعلق عقدآخرمن اجارة اومضاربة اونحوهما فيتمسک فيها باطلاق دليل صحة ذلک العقد فان النتيجة في الحقيقة تخرج عن الشرکة في الابدان بل تثبت بمقتضی ذلک العقدالآخرفان الشرکة في الابدان انما هي فيما اذا کان استحقاق العاملين لنتيجة العمل بالعقدالواقع بينهما لابالعقدالآخرالواقع بين الثالث من جانب وبين العاملين من جانب آخرکما اذا استأجرمالک الدارشخصين علی عمل في الداربالتفاضل في الاجرة والمقام من هذا القبيل لان کلاًمن العاملين يأخذ حصة من الربح بالعقدالواقع بينهما وبين المالک لابالعقد الواقع بين العاملين،وماذکرفي المناقشة في هذا الجواب يرجع الی اعتبارامرين في عقدالمضاربة غيرمتوفرين في المقام ولکنه يردعليه عدم الدليل علی اعتبارهما في عقدالمضاربة فان غاية مايعتبرفي المضاربة لزوم تعيين حصة العامل من ربح مجموع رأس المال واذا بنينا علی وحدة المضاربة في الفرض الثاني (احدطرفيها وهوالمالک واحد والطرف الآخروهوالعامل متعدد) لا انحلالها بمضاربتين \_کماهوالحال في الفرض الاول\_فالذي لابدمن رعايته کون الربح الحاصل من العمل بالمجموع بين الطرفين \_لاان يعود جميع الربح الی المالک اوالی طرف العامل\_وان يکون حصة کل عامل من الربح المجموعي معلوماً واما معلومية النسبة بين الحصة المجعولة له والربح الذي يحصل من عمله ويکون نتيجة عمله فلا دليل علی اعتبارها في صحة المضاربة .وبعبارة اخری الاشکال من الناحيتين المذکورتين انما يردلوکان تخريج صحة المضاربة في الفرض الثاني بکلاشقيه بانحلال المضاربة الی مضاربتين ولکن الامرليس کذلک بل الوجه في صحة المضاربة في الفرض الثاني کونهامضاربة واحدة احدطرفيها \_وهوالمالک\_واحد والطرف الآخر\_وهوالعامل\_متعدد، والذي يعتبرفي صحة المضاربة ولابدمن رعايته کون الربح الحاصل من العمل بالمجموع بين الطرفين واما کيفية تعيين الحصة فهوتابع لتوافق الطرفين وحيث ان الطرفين توافقا علی ان يکون نصف ربح المجموع لمالک رأس المال والنصف الآخرمن ربح المجموع للعاملين علی التنصيف اوالتثليث اوايّة نسبة اخری فهونافذ استناداً الی اطلاق ادلة المضاربة الخاصة اوالعمومات بناء علی کون المضاربة صحيحة علی القاعدة .

### 25-تفاضل الشريکين في الحصة مع اتحادالعامل لهما

قال السيدالماتن ره:

(مسألة28): إذا كان مال مشتركا بين اثنين فقارضا واحدا و اشترطا له نصف الربح و تفاضلا في النصف الآخر‌بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال أو تساويا فيه مع تفاوتهما فيه فإن كان من قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة بأن يكون كأنه اشترط على العامل في العمل بماله أقل من ما شرطه الآخر له كان اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته و شرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصته مثلا مع تساويهما في المال فهو صحيح لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل و إن لم يكن النقص راجعا إلى العامل بل على الشريك الآخر بأن يكون المجعول للعامل بالنسبة إليهما سواء لكن اختلفا في حصتهما بأن لا يكون على حسب شركتهما فقد يقال فيه بالبطلان لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين أو تساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة لأن‌المفروض كون العامل غيرهما و لا يجوز ذلك في الشركة و الأقوى الصحة لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه فإن الأقوى جواز ذلك بالشرط و نمنع كونه خلاف مقتضى الشركة بل هو خلاف مقتضى إطلاقها مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركة و المضاربة و إن كانت متضمنة للشركة.

فقد تعرض‌ قده في هذه المسألة لحکم تفاضل الشريکين في الحصة من الربح مع اتحادالعامل بينهما بان کان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً و اشترطا له نصف الربح و تفاضلا في النصف الآخر‌بان جعل لاحدهما ازيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال او تساويا فيه مع تفاوتهما فيه وحکم قده بانه ان كان ذلک من جهة انحلال المضاربة الواقعة بينهما الی مضاربتين وکان قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة بان يكون كانه اشترط على العامل في العمل بماله اقل من ما شرطه الآخرله كان اشترط هوللعامل ثلث ربح حصته و شرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصته مثلا مع تساويهما في المال فهو صحيح لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل واما لوکانت المضاربة الواقعة بينهماواحدة ولم يكن النقص راجعاً الى العامل بل على الشريك الآخربان يكون المجعول للعامل بالنسبة اليهما سواءلكن اختلفافي حصتهما بان لايكون على حسب شركتهما وان کان قد يقال فيه بالبطلان لاستلزامه زيادة لاحدهما على الآخر مع تساوي المالين اوتساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة لان‌المفروض كون العامل غيرهما و لا يجوز ذلك في الشركة ولکن الاقوى الصحة وجوازذلک للوجهين الاول بالشرط لان الزيادةلاحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه انما هو خلاف مقتضى إطلاق الشرکةلامقتضی اصل الشرکة فتجوز بالشرط والثاني انه لوسلم ان الزيادةلاحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه خلاف مقتضی اصل الشرکةولم يمکن تصحيحها بالشرط ضمن عقدالشرکة فيمکن جعل شرطها ضمن عقدالمضاربة للفرق بين الشركة و المضاربة و ان كانت متضمنة للشركة.

والکلام في هذه المسألة يقع في ثلاث جهات:

(الاولی): في بيان الفارق بين هذه المسألة والمسألة السابقة، و(الثانية):في حکم الصورة الاولی التي ترجع الی انحلال المضاربة الی مضاربتين ، و(الثالثة) في حکم الصورة الثانية التي تفرض فيها ان المضاربة الواقعة بينهما واحدة .

#### اما (الجهة الاولی)\_ الفارق بين هذه المسألة والمسألة السابقة\_

قديقال ان البحث هنا في انه هل يصح التفاضل بين المالکين في الربح علی حصتهما من رأس المال وما هوشرط صحة ذلک بينما کان البحث في المسألة السابقة من جهة أنّ تعدد المالك واشاعة المال المشترك لا يضرّ بالصحة فلا تكرار[[19]](#footnote-19). ولکنه لايتمّ لان الماتن قده قدصرح في المسألة السابقة بجوازالتفاضل بين المالکين زيادة علی بيان انّ تعدد المالك واشاعة المال المشترك لا يضرّ بالصحة، والصحيح في بيان الفرق بين المسألتين وعدم وقوع التکرار ان يقال : ان الماتن قده تصدی في المسألة السابقة لبيان فتوی جوازتعددالمالک حتی مع التفاضل في الربح وفي هذه المسألة تعرض لبيان وجه صحة التفاضل بين المالکين.

#### (الجهة الثانية)\_ حکم الصورة الاولی التي ترجع الی انحلال المضاربة الی مضاربتين\_ :

لااشکال في جوازتفاضل الشريکين في الحصة من الربح فيما اذا کانت المضاربة الواقعة بينهما منحلة الی مضاربتين مستقلتين بنصفي المال، على ان يكون للعامل في احداهما ثلثا الربح و للمالك الثلث و في الاخرى بالعكس لاطلاق ادلة صحة المضاربة ولکن الکلام في انه اذاکان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً و اشترطا له نصف الربح و تفاضلا في النصف الآخر‌بان جعل لاحدهماازيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال او تساويا فيه مع تفاوتهما فيه وکان قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة فهل يکفي ذلک في صحة التفاضل مطلقاً اوانه مشروط بامور ولايکون مطلقاً ،ففي کتاب المضاربة ان ماذکره الماتن من الصحة فيما إذا قصد كون ذلك النقص على العامل مشروط بشرطين:

1- أن يكون الاتفاق على ذلك لا مجرد القصد من المالك، أي القصد المعاملي. ولعلّه مقصوده من القصد.

2- أن لا تكون نسبة حصة المالك من مجموع الربح مساوية أو أكثر من نسبة رأس ماله إليه، كما إذا كان له خمس رأس المال، وجعل لنفسه ربع تمام الربح؛ لأنّه حينئذٍ لا يكون تمام ربحه بنسبة رأس ماله صالحاً لأن يكون بينه وبين العامل، فلابد وأن يكون حصته من الربح أقل من نسبة رأس المال إلى المال المشترك؛ ليكون ما يأخذه أقل من مجموع ربح ماله، وإلّا كان بالنسبة إليه بضاعة لا مضاربة، وحيث إنّ المقصود هو المضاربة فتكون فاسدة بناءً على مبنى الماتن قدس سره من المباينة بين البضاعة والمضاربة.[[20]](#footnote-20)

***اقول :*** اما الشرط الاول فقدصرح به عدة من المحشين کالمحقق النائيني ره حيث علق علی المتن بقوله:> لكن يتوقّف صحّته على أن تقع بين كلّ من الشريكين و العامل عقد مضاربة مستقلّة بتلك الكيفيّة و لا يكفي فيها مجرّد القصد و النيّة مع وحدة العقد <.[[21]](#footnote-21) ونحوها تعليقة السيدالامام والسيدالگلپايگاني قدهما علی المتن ولابأس به کما ان اعتبار الشرط الثاني لابأس به وذلک لان انحلال المضاربة الی المضاربتين انما يجدي فيما اذا کانت کلتا المضاربتين واجدة لشرائط الصحة ومن المعلوم انه مع عدم توفرالشرط الثاني لاتکون المضاربتان صحيحتين.

ومن هنا يظهرانه لابد من ذکرشرط ثالث وهوان لايکتفی في تعيين حصة الطرفين بذکرحصة کل من المالکين من مجموع الربح بل لابد من التصريح بحصة کل منهما من ربح ماله وان کان تعيين الحصة بالنسبة الی مجموع الربح يوجب تعين الحصة بالنسبة الی ربح مال کلّ منهما واقعاً الا انه لايکفي في صحة المعاملة بل لابد من معلومية حصة الطرفين في کلّ مضاربة بالنسبة الی الربح الحاصل من رأس المال وهذا يختلف باختلاف الموارد فقد تصيرالحصة المذکورة معلومة وقد لاتعلم الا بالحساب من اهله وفي توضيح ذلک نقول:لوکانت حصة المالکين في رأس المال متساوية وقارضا العامل الواحد وشرطا له نصف الربح وجعل للمالک الاول سدس الربح وللمالک الثاني سدسا الربح فهذا يدلّ بوضوح علی ان في المضاربة علی النصف الاول(اي علی مال المالک الاول) جعل ثلث الربح للمالک وثلثان للعامل ، وفي المضاربة علی النصف الثاني(اي علی مال المالک الثاني)جعل ثلثا الربح للمالک وثلث للعامل ،واما لوکانت حصة المالکين في رأس المال مختلفة بان کان خمسان للمالک الاول وثلاثة اخماس للمالک الثاني (کما اذا کان للمالک الاول اربعون مليوناً وللمالک الثاني ستون مليوناً )وقارضا العامل الواحدوشرطا له نصف الربح وجعل لکل من المالکين ربع الربح \_مع فرض اختلاف حصتهما في رأس المال\_فهذا وان کان ملازماً لان يکون المجعول للمالک في المضاربة علی مال المالک الاول خمسة اثمان ربح ماله وکانت ثلاثة اثمان للعامل ويکون المجعول للمالک في المضاربة علی مال المالک الثاني سدسين ونصف سدس وکانت ثلاثة اسداس ونصف سدس للعامل ولکن هذا امريعلم بالحساب الدقيق ولايکون واضحاً عندکلّ احد وقدتقدم انه يعتبرفي صحة المضاربة تعيين حصة کل من الطرفين بما يکون معلوماً حال العقد.

#### (الجهة الثالثة)\_ حکم الصورة الثانية التي تفرض فيها ان المضاربة الواقعة بينهما واحدة \_:

فهل يجوزالتفاضل في حصة الشريکين في المضاربة الواحدة ‌بان يجعل لاحدهما ازيد من الآخر مع تساويهما في رأس المال او يتساويا في الربح مع تفاوتهما في رأس المال او لا؟فيه خلاف ، وجه الاشکال في الجواز استلزام ذلک زيادة لاحدهما على الآخر مع تساوي المالين اوتساويهما مع التفاوت في المالين بلاعمل من صاحب الزيادة و لايجوز ذلك في الشركة وذهب السيدالماتن ره الی جوازذلک لوجهين

***(الوجه الاول)*** :ان المضاربةالمذکورةوان کانت من مصاديق الشرکة في المال ولکنه يجوزفي عقدالشرکة الاختلاف في حصة الشريکين من الربح علی خلاف النسبة في رأس المال بمقتضی ادلة نفوذالشرط لان الزيادةلاحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه انما هو خلاف مقتضى إطلاق الشرکةلامقتضی اصل الشرکة فتجوز بالشرط.

وقدنوقش فيه بامرين الاول: انه لوسلّم جوازذلک في عقدالشرکة فلايمکن اسرائه الی المقام الا اذا وقع الشرط المذکورفي عقدالشرکة الواقع بين المالکين قبل عقدالمضاربةومجرد طرفية المالکين في العقدمع العامل لا يستلزم إيقاع عقد بين انفسهما ولو ضمناً ففي تعليقة المحقق النائيني ره علی المتن :>الظاهر توقّف الصحّة هنا أيضاً على إيقاع عقد الشركة أوّلًا بين المالكين متضمّناً لما ذكر من شرط التساوي أو التفاضل في الربح الحاصل لهما ثمّ إيقاع عقد المضاربة بينهما و العامل ولايجوز الاكتفاء بعقد المضاربة وحده واشتراط التساوي أوالتفاضل المذكورفي ضمنه <ونحوها تعليقة السيدالاصفهاني والسيدالبروجردي والسيدالامام والسيدالگلپايگاني قدهم [[22]](#footnote-22)

والثاني :انه يمنع جواز ذلک في عقدالشرکة لان الشرط المذکوروان لم يکن مخالفاً لمقتضی عقدالشرکة ولکنه شرط مخالف للسنة باعتباران الحکم الشرعي الثابت في الشرکة بحسب البناءالعقلائي الذي لم يردع عنه الشارع تبعية النماء للاصل في الملک ومقتضى تبعية النماء للاصل في الملك كون ربح مال كل احد له،فيكون اشتراطه لغيره مخالفاً للسنة و ادلة نفوذ الشرط لا تشمله لانها غير مشرعة وانما هي دالة على لزوم العمل بكل شرط سائغ في نفسه،فمالم يكن سائغا بنفسه قبل الاشتراط لا يكون سائغا بالشرط فان الاشتراط لا يوجب انقلاب الحكم الشرعي، و لا يقتضي تحليل الحرام أو تحريم الحلال.و لذا لم يلتزموا بصحة هذا الشرط في غير عقد الشركة و المضاربة كما لو باع متاعه لشخص على ان يكون ربحه من تجارته الاخرى له- على نحو شرط النتيجة كما هو المفروض في المقام- فانه يكون باطلا جزماً.[[23]](#footnote-23)

وماذکرفي کتاب المضاربة من>انه تقدم في اول الکتاب أنّ قاعدة التبعية لا تنافي تصرف المالك في نماء ماله بنحو شرط النتيجة؛ لأنّه تمليك تعليقي لحقه، كتمليك نفس الأصل للغير، ولا محذور شرعي فيه أصلًا؛ لأنّ هذا من حق المالك<.[[24]](#footnote-24)

قدتقدم الاشکال عليه في المباحث المتقدمة في اول الکتاب وان ماذکره هناک من ان حق المالک وملکه في النماء ليس باکثرمن حقه في الاصل فيکون للمالک التصرف في النماء برفع الملکيةودفعها يردعليه ان حق المالک وملکه في النماء وان لم يکن باکثرمن حقه في الاصل ولکن في ناحية الاصل لم يثبت حق المالک الا في رفع الملکية والسلطنة بالتمليک اوالاباحة واما دفع الملکية بان يکون له سلطان علی سوق الملکية وارسالها الی غيره ابتداء بان لايقع في ملکه ويقع في ملک غيره فلم يثبت ذلک ولايمکن التمسک بدليل السلطنة لاثبات هذا النحومن السلطنة لانه لايکون مشرعاً بل لوسلم هذه السلطنة بالنسبة الی اصل المال فلامثبت لها بالنسبة الی النماء .

***(الوجه الثاني)*** : انه لوسلم عدم جوازذلک في عقدالشرکة فهذا لايستلزم عدم الجوازفي المقام لامکان الالتزام به بالتمسک بادلة صحة المضاربة بضمّ ادلة نفوذالشرط باعتبارانه يرجع الی ان يشترط العامل علی المالک ذي السهم الاکثراوالمساوي من رأس المال ان يکون حصة من ربح ماله للمالک الآخرفيتفاضلان في نسبة الربح علی خلاف النسبة في رأس المال ولابأس به بناء علی جوازاشتراط شيء من الربح للاجنبي بل المالک هنا اولی من الاجنبي .

وقدنوقش فيه بوجوه

***(الاول):***ان اشتراط کون شيء من الربح للاجنبي خلاف مقتضی عقدالمضاربة من ان الربح لابد وان يکون بين العامل والمالک فقط.

واجيب عنه في کتاب المضاربة بانه>يمكن المنع عن ذلك وأنّ المراد بكون الربح بينهما في تلك الروايات عدم رجوع الربح كلّه إلى المالك أو إلى العامل.وإن شئت قلت: إنّ المراد به أنّ الربح بينهما حسبما اتفقا عليه، فإذا كان اتفاقهما على أن يكون بينهما وثالث لم يكن منافياً مع كون الربح بينهما، كما أنّ حقيقة المضاربة لا تقتضي أكثر من ذلك، ولو سلّم فغايته عدم الصحة بعنوان المضاربة لا كمعاملة مستقلة تثبت صحتها بالعمومات<.[[25]](#footnote-25)

ولکنه يلاحظ عليه بان قوام المضاربة بحسب الارتکاز العقلائي ومادلت عليه النصوص ان يکون الربح الحاصل من التجارة برأس المال بين العامل والمالک فقط بحيث لايخرج الربح الی غيرهما کلاً اوبعضاً ولايرجع لاحدهما دون الآخروهذا ينافي جعل بعض الربح للاجنبي ودعوی کون المراد من الربح بينهما عدم رجوع الربح كلّه الى المالك أو إلى العامل خلاف ظاهرالنصوص کما ان دعوی ان حقيقة المضاربة لا تقتضي اكثر من ذلك محل منع وهکذا دعوی إنّ المراد به أنّ الربح بينهما حسبما اتفقا عليه فاذاكان اتفاقهما على ان يكون بينهما وثالث لم يكن منافياً مع كون الربح بينهما فان مايقتضيه عقدالمضاربةبحسب الارتکاز العقلائي ودلالة النصوص هوان يکون ملکية الربح الحاصل من التجارة برأس المال بين العامل والمالک فقط لاان يکون مستقرالملکية بنظرهما وبحسب اتفاقهما فقط، واما التمسک بالعمومات فقدتقدم الاشکال فيه.

***(الثاني):*** ان الشرط المذکورمخالف للسنة لانه خلاف قاعدة تبعية النماء للاصل في الملكية نعم اذا لم يكن بنحو شرط النتيجة بل کان بنحوشرط الفعل بان يدفع للاجنبي شيئاً صحّ.

واجيب عنه في کتاب المضاربة اولاً بانه تقدم في أوّل الكتاب انّ قاعدة التبعية لا تنافي تصرف المالك في نماء ماله بنحو شرط النتيجةلأنّه تمليك تعليقي لحقه، كتمليك نفس الأصل للغيرولا محذور شرعي فيه أصلًالأنّ هذا من حق المالك.

وثانياً بانه لوسلمنا ذلك فهذا غايته فساد الشرط لا عقد المضاربة إذ الصحيح أنّ فساد الشرط لا يسري إلى العقد، فيبقى ما جعل للأجنبي للمالك، غايته للعامل حق الفسخ والأخذ باجرة مثل عمله إذا كان جاهلًا بفساد الشرط واطلع عليه بعد الاسترباح.نعم، لو رجع هذا الاشتراط إلى تعليق الإذن في العقود الاذنية على المشروط أوجب تخلفه البطلان واستحقاق العامل اجرة عمله<.[[26]](#footnote-26)

***اقول :*** اما الوجه الاول فقدتقدم الاشکال عليه بانه لم يثبت سلطنة المالک علی التصرف في نماء المال مستقلاً بحيث يکون من حقه رفع ملکيتها وارسالها الی ملک غيره وماذکره من ان حق المالک وملکه في النماء لا يکون باکثرمن حقه في الاصل لايستلزم ذلک بل يجتمع مع عدم سلطنته علی التصرف في النماء استقلالاً مضافاً الی ان هذه السلطنة لم تثبت بالنسبة الی اصل المال حتی يدعی ثبوتها بالنسبة الی النماء ، واما الوجه الثاني فلابأس به لان فساد الشرط من حيث کونه مخالفاً للسنة لايوجب فسادالعقدالمشتمل عليه وعليه فلوکان المستند في بطلان شرط شيء من الربح للاجنبي هذا الوجه فهو انما يقتضي فسادالشرط فقط لافساد المضاربة المشتملة علی هذا الشرط .

***(الثالث):*** ان الشرط المذكورلايکون مشمولاً لادلة نفوذ الشرط لان الشرط المذکورلايکون التزاماً مرتبطاً بالالتزام الآخرومن المعلوم ان الشرط الذي يجب الوفاء به ليس هومطلق الالتزام بل هوالالتزام المرتبط بالالتزام الآخراما لان معنی الشرط عرفاً هوالالتزام ضمن الالتزام الآخراولان عنوان الشرط بحسب معناه العرفي وان کان بمعنی مطلق الالتزام فيشمل الالتزام الابتدائي لکن لقيام الدليل علی عدم نفوذ الشرط الابتدائي يکون موضوع وجوب الوفاء خصوص الالتزام المرتبط بالالتزام الآخر والالتزام المستقل خارج عن موضوعه وبعد ماکان موضوع نفوذالشرط هوالالتزام المرتبط بالالتزام الآخرفلوکان الالتزام الاصلي متقوماً بالطرفين لايکون الالتزام التبعي مرتبطاً به الا فيما اذا کان الالتزام التبعي ايضاً متقوماً بذاک الطرفين اي کان مضمون الالتزام التبعي مرتبطاً بنفس طرفي العقد(والذي هوالالتزام الاصلي) وهذا غيرمتوفرفي المقام لان الشرط علی المالک ذي السهم الاکثراوالمساوي من رأس المال ان يکون حصة من ربح ماله للمالک الآخر امرلايرتبط بکلاطرفي العقد بل امريرتبط باحدطرفي العقد وقداشيرالی هذا الاشکال في تعليقة السيدالگلپايگاني ره علی العروة حيث قال في التعليق علی المتن:>بأن يتمسّك بإطلاقات المضاربة لصحّتها مع الشرط المذكور حيث لم يكن مخالفاً لمقتضاها بخلاف الشرط في ضمن الشركة فإنّه يدّعى أنّه مخالف لمقتضى عقدها لكن ذلك أيضاً لا يفيد إلّا إذا وقع في العقد الواقع بين المالكين حتّى يكون الشرط منهما لأنّ الشرط بين المالك و العامل لا يؤثّر في التزام شي‌ء على المالكين< [[27]](#footnote-27) واليه يرجع تعليقة المحقق النائيني ره علی المتن حيث قال :> الظاهر توقّف الصحّة هنا أيضاً على إيقاع عقد الشركة أوّلًا بين المالكين متضمّناً لما ذكر من شرط التساوي أو التفاضل في الربح الحاصل لهما ثمّ إيقاع عقد المضاربة بينهما و العامل و لا يجوز الاكتفاء بعقد المضاربة وحده و اشتراط التساوي أو التفاضل المذكور في ضمنه<.[[28]](#footnote-28) واجاب عنه السيدالحکيم ره حيث قال في المستمسک:> في بعض الحواشي أن الصحة تتوقف على إيقاع عقد الشركة‌ بين الشريكين على الشرط المذكور من التساوي أو التفاضل. و وجهه: أن المالكين هما موضوعا هذا الاشتراط، أحدهما مشروط له، و الآخر مشروط عليه، و لا يرتبط ذلك بالعامل كي يكون الشرط المذكور في عقد المضاربة الذي أحد أركانه العامل. نعم بناء على ما تقدم، من جواز شرط حصته من الربح للأجنبي، يصح الاشتراط في عقد المضاربة إذ مرجعه إلى أن العامل يشترط على أحد المالكين أن يكون مقدار من حصته للمالك الآخر بل لو قلنا بعدم صحة الشرط للأجنبي، لأنه على خلاف قوله (ع) «الربح بينهما» أمكن القول بالصحة هنا، لعدم منافاته لذلك، لأن الحصة المشروطة ليست للأجنبي، بل لأحد المالكين. و بالجملة: يكفي في صحة الشرط من العامل أن يكون محطّ غرضه في الجملة و إن كانت فائدة الشرط راجعة لغيره، فاذا عرف العامل أن أحد المالكين لا يحضر لإجراء المضاربة إلا إذا كانت حصته أكثر من حصة شريكه صح للعامل أن يشترط في عقد المضاربة ذلك على الشريك الآخر، بل له أن يشترط على أحد الشريكين شروطاً تعود فائدتها إلى الشريك الثاني لا غير إذا كان لا يقبل المضاربة إلا بذلك، فاذا قال: لا أضارب بمالي إلا إذا زوجني الشريك جاريته فحينئذ يصح للعامل الذي يريد المضاربة أن يشترط على أحد الشريكين أن يزوج جاريته شريكه الآخر، كي يتمكن من المضاربة بالمال، و لا يجوز أن نقول إن هذا الشرط قائم بين الشريكين و لا دخل للعامل فيه. و بالجملة: لا يعتبر في صحة الشرط أن تكون فائدة الشرط راجعة إلى المشترط، بل يكفي أن يكون له غرض في الشرط و إن كانت فائدته ترجع الى غيره. بل يصح للعامل أن يشترط على المالك في عقد المضاربة أن يزوج ابنته من أخ العامل أو ولده بما لا يتعلق بالربح أصلًا،كما يقتضيه عموم الأدلة<.[[29]](#footnote-29) کما ان في کتاب المضاربة :>ويمكن الجواب بأنّ الالتزام والشرط إنّما يصدق عليه بلحاظ العامل،فإنّه لا يقبل إلّابالتزام المالك أن يكون حصة من الربح للثالث أيضاً، فهذا يكفي لصدق الالتزام والشرط عليه.نعم، يبقى مسألة الالزام على الثالث بأن يملك مالًا بلا قبول وانشاء منه رغماً عليه، وهذا لا دليل على مشروعيته، بل خلاف أدلّة سلطنة الإنسان على نفسه وشؤونه. إلّاأنّ هذا لا يوجب بطلان الشرط المذكور، بل صحته منوطاً بقبوله<.[[30]](#footnote-30)

ولکنه يلاحظ عليه بانه بعدماکان موضوع نفوذالشرط هوالالتزام المرتبط بالالتزام الآخرلامطلق الالتزام فهذا العنوان لايتحقق الا فيما اذا کان مضمون الالتزام التبعي متقوماً بنفس ماکان الالتزام الاصلي متقوماً به ومجرد وجود غرض لاحدطرفي الالتزام الاصلي في مضمون الالتزام التبعي وکونه محطّ نظره لايحقق الارتباط المعتبرفي نفوذ الشرط لانه ليس المراد من الضمنية مجردالظرفية بل المرادمنها التعلق والارتباط وهولايحصل الا بتقوم الشرط والالتزام التبعي بنفس ماکان العقدملتزماً به اي يکون المشروط له والمشروط عليه نفس الطرفين في العقد والمفروض في شرط کون حصة من ربح مال احدالمالکين للمالک الآخرانه لايکون العامل مشروطاً له بل المشروط له هوالمالک الآخر.

لايقال : لااشکال في انه لوشرط البايع علی المشتري ضمن البيع ان يملک زيداً\_الذي هواجنبي عن طرفي عقد البيع\_ الف دينارفهذا الشرط صحيح يشمله دليل نفوذ الشرط مع ان هذا الشرط انما تصل فائدته الی زيد ولايکون البايع منتفعاً منه فليکن الشرط في المقام ايضاً من هذا القبيل .

فانه يقال : بعد مابينا ان الشرط النافذ هومايکون قراراً بين طرفي العقدالذي يقع فيه الشرط بان يکون احدهما مشروطاً له والآخر مشروطاً عليه فکلما انطبق عليه هذا العنوان کان الشرط نافذاً والا فلا وحيث ان هذا العنوان يصدق في موردالنقض باعتبارانه بعد ما کان المشروط من قبيل الفعل کان للبايع مطالبة هذا الحق والزام المشتري بالوفاء بالشرط فيکون المشروط له نفس البايع فيصح هذا الشرط وهذا بخلاف شرط ملکية الثالث لمقدارمن الربح علی نحوشرط النتيجة فانه ليس عملاً يقوم به احدالطرفين ليملکه الآخرويعدّ مشروطاً له وانما هي نتيجة قانونية وهذه النتيجة ليست مماترتبط بالعامل، فتحصل ان الاشکال الثالث علی الوجه الثاني تامّ لابأس به نعم هذا الاشکال کالاشکال الثاني انما يقتضي فسادالشرط فقط لافساد المضاربة المشتملة علی هذا الشرط .

هذا ولکنه يمکن ان يقال: ان هذا الاشکال انما يتمّ لوکان الوجه في اختصاص الشرط النافذ بالالتزام ضمن الالتزام ان الشرط بمفهومه العرفي يختص بالالتزام ضمن الالتزام ولايشمل الشرط الابتدائي کما عليه بعض الاعلام علی ماتقدم في المباحث السابقة ، واما لوقلنا بان الشرط بمفهومه العرفي هومطلق الالتزام الشامل للالتزام الابتدائي ولکنه لايجب الوفاء بالشرط الابتدائي لقيام الاجماع والتسالم علی عدم وجوب الوفاء به کما عليه المشهور فحيث ان المتيقن من الاجماع والتسالم ما اذا کان الشرط ابتدائياً ولم يذکرفي العقد اصلاً ففي الزائد عن المتيقن \_ومنه الشرط الذي وقع ضمن العقد وکان مرتبطاً باحدطرفي العقد لا بکلاطرفيه\_ لابد من الرجوع الی عموم دليل نفوذ الشرط .

***(الرابع):*** ان الشرط المذكور حيث انه ضمن عقد المضاربة وهو من العقود الجائزة فلا يجب الوفاء .

ولکنه يجاب عنه اولاً بمنع المبنی وانه لافرق في وجوب الوفاء بالشرط بين ما اذا کان ضمن العقداللازم اوکان ضمن العقد الجائز وکون العقدالذي وقع الشرط ضمنه عقداً جائزاً لايجب الوفاء به لاينافي وجوب الوفاء بالشرط ضمنه مادام نفس العقد باقياً لم يفسخ ، وثانياً بانه يختص بالمضاربة الاذنية ولايجري في المضاربة العهدية لوقلنا بصحتها أيضاً اذا قصدها المتعاملان .

1. -المبسوط ج3ص189 [↑](#footnote-ref-1)
2. -المسالک ج4ص366-367 [↑](#footnote-ref-2)
3. -المبسوط ج3ص189 [↑](#footnote-ref-3)
4. -الشرائع ج2ص113 [↑](#footnote-ref-4)
5. -التذکرة ج17ص13 [↑](#footnote-ref-5)
6. -القواعدج2ص336 [↑](#footnote-ref-6)
7. -جامع المقاصد ج8ص81 [↑](#footnote-ref-7)
8. -المسالک ج4ص367 [↑](#footnote-ref-8)
9. -الجواهر ج26ص368 [↑](#footnote-ref-9)
10. -مباني العروة ج1ص86 [↑](#footnote-ref-10)
11. -مفتاح الکرامة ج20ص423-424 [↑](#footnote-ref-11)
12. -الخلاف ج3ص469 [↑](#footnote-ref-12)
13. -المستمسک ج12ص312-313 [↑](#footnote-ref-13)
14. -المسالک ج4ص369 [↑](#footnote-ref-14)
15. -الجواهرج26ص369-370 [↑](#footnote-ref-15)
16. -المستمسک ج12ص313 [↑](#footnote-ref-16)
17. - العروة الوثقى (المحشى) ج‌5 ص 182 [↑](#footnote-ref-17)
18. - كتاب المضاربة ص301-304. [↑](#footnote-ref-18)
19. -کتاب المضاربة ص305 [↑](#footnote-ref-19)
20. -كتاب المضاربة ص305. [↑](#footnote-ref-20)
21. -العروة الوثقی (المحشی) ج5ص184 [↑](#footnote-ref-21)
22. -العروة الوثقی(المحشی) ج5ص184-185 [↑](#footnote-ref-22)
23. -مباني العروة ج1ص90-91 [↑](#footnote-ref-23)
24. -کتاب المضاربة ص308 [↑](#footnote-ref-24)
25. -کتاب المضاربة ص307 [↑](#footnote-ref-25)
26. -کتاب المضاربة ص308 [↑](#footnote-ref-26)
27. -العروة الوثقی(المحشی) ج5ص185 [↑](#footnote-ref-27)
28. -نفس المصدرص184 [↑](#footnote-ref-28)
29. -المستمسک ج12ص315-317 [↑](#footnote-ref-29)
30. -کتاب المضاربة ص308-309 [↑](#footnote-ref-30)