### 26\_ بطلان المضاربة بموت المالک اوالعامل

قال السيدالماتن ره في حکم الموضوع:

(مسألة29):تبطل المضاربة بموت كل من العامل و المالك‌ أما الأول فلاختصاص الإذن به و أما الثاني فلانتقال المال بموته إلى وارثه فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه فإن كان المال نقدا صح و إن كان عروضا فلا لما‌ عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين و هل يجوز لوارث المالك إجازة العقد بعد موته قد يقال بعدم الجواز لعدم علقة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعا على ماله أو متعلق حقه و هذا بخلاف إجارة البطن السابق في الوقف أزيد من مدة حياته فإن البطن اللاحق يجوز له الإجازة لأن له حقا بحسب جعل الواقف و أما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلا و إنما ينتقل إليه المال حال موته و بخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية و في المنجز حال المرض على القول بالثلث فيه فإن له حقا فيما زاد فلذا يصح إجازته و نظير المقام إجارة الشخص ماله مدة مات في أثنائها على القول بالبطلان بموته فإنه لا يجوز للوارث إجازتها لكن يمكن أن يقال يكفي في صحة الإجازة كون المال في معرض الانتقال إليه و إن لم يكن له علقة به حال العقد فكونه سيصير له كاف و مرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورث لا قبوله و لا تنفيذه فإن الإجازة أقسام قد تكون قبولا لما فعله الغير كما في إجازة بيع ماله فضولا و قد تكون راجعا إلى إسقاط حق كما في إجازة المرتهن لبيع الراهن و إجازة الوارث لما زاد عن الثلث و قد تكون إبقاء لما فعله المالك كما في المقام‌.

هذه المسألة تتضمن ثلاثة مطالب :

(الاول):ان المضاربة تبطل بموت العامل ،و(الثاني): ان المضاربة تبطل بموت المالک ، و(الثالث): انه يجوزلورثة المالک اجازة العقد بعد موته .

#### اما(المطلب الاول والثاني):

فلااشکال فيهما بناء علی کون المضاربة عقداذنياً والوجه فيه انتفاء الاذن الموجب لترتب الاثر\_وهوالاتجاربرأس المال\_بموت کل من المالک والعامل کماوردالتعليل بذلک في الشرائع والمسالک والحدائق والجواهرففي الشرائع: >و بموت كل واحد منهما تبطل المضاربة لأنها في المعنى وكالة‌<.[[1]](#footnote-1) وفي المسالک :>قوله: (وموت كلّ منهما تبطل المضاربة، لأنّها في معنى الوكالة) لمّا كان هذا العقد من العقود الجائزة بطل بما يبطل به، من موت كلّ منهما، و جنونه، و إغمائه، و الحجر عليه للسفه، لأنّه متصرّف في مال غيره بإذنه: فهو كالوكيل<.[[2]](#footnote-2) وفي الحدائق:>السادسة [في بطلان المضاربة بموت كل منهما]: لا خلاف بين الأصحاب فيما أعلم في أنه مع موت كل منهما تبطل المضاربة، لان بالموت يخرج المال عن ملك المالك و يصير للورثة، فلا يجوز التصرف بالإذن الذي كان من المورث، بل لا بد من اذن الوارث، هذا مع موت المالك.و أما مع موت العامل فلان المأذون له في المضاربة كان هو العامل لا وارثه فلا يجوز لوارثه التصرف إلا بإذن جديد، و هو المراد من بطلان المضاربة هنا، و لأنها أيضا من العقود الجائزة فتبطل بما تبطل به من موت كل منهما أو جنونه أو إغمائه أو الحجر عليه للسفه<.[[3]](#footnote-3) وفي الجواهر:>و كيف كان فبموت كل منهما تبطل المضاربة، لأنها في المعنى وكالة التي هي كغيرها من العقود الجائزة، نحو العارية و الوديعة تنفسخ بالموت و الجنون و الإغماء، و نحو ذلك مما يقتضي بطلان الأذن من المالك التي هي بمنزلة الروح لهذا العقد و شبهه، بل ظاهر الأصحاب في المقام و غيره عدم تأثير إجازة الوارث أو ولي المالك في حال الجنون و الإغماء، لتصريحهم بالانفساخ بعروض أحد هذه العوارض، و حينئذ فإذا أريد تجديدها مع وارث أحدهما اشترط في الثانية شروط الأولى من إنضاض المال دراهم و دنانير و غير ذلك كما هو واضح<.[[4]](#footnote-4)

لکن السيدالماتن ره علل المطلب الاول بانتفاء الاذن والمطلب الثاني بانتفاء الملک وانتقال المال بموته الی الوارث ، وهذا ليس دليلاً آخربل راجع الی بيان انتفاء الاذن باعتباران موردالاذن هوملک المالک وانتفائه موجب لانتفاء الاذن الذي هومضمون العقدالاذني نعم لوکان علل المطلب الثاني ايضاً بانتفاء الاذن صريحاً لکان اولی لانه کان عندئذ اعطاء قاعدة عامة تنطبق علی موردالبحث (موت المالک الذي يوجب انتفاء الملک) ومااذا لم ينتف الملک لکن انتفی الاذن لعدم قابلية المالک کما اذا صارالمالک مجنوناً والا فبالنسبة الی تعليل الحکم في المطلب الثاني لاقصورفيما علل به الماتن ره، هذا کله بناء علی کون المضاربة عقداً اذنياً واما اذا کانت المضاربة عقداً عهدياً فهل يتم المطلبان فيها او لا؟ ذکربعض الاعلام ان ماذکره الماتن ره من بطلان المضاربة بموت العامل اوالمالک يتم في المضاربة الإذنية لاالعهدية إذ المضاربة العهدية يحصل فيها حق أو ملك لكل من العامل والمالك بالنسبة لما يملكه الآخر، وهذا الحق أوالملك لا يتوقف بقائه على بقاء رضا المالك وإذنه، كما في سائر عقود المعاوضة أو العقود العهدية، إلّاإذا كان العمل المباشري للعامل متعلقاً للمضاربة العهدية لا العمل على ذمته، فتبطل المضاربة العهدية أيضاً بموت العامل، كما في إجارته بنحو المباشرة<.[[5]](#footnote-5)

ولکنه يلاحظ عليه بان مجردحصول الحق اوالملک في المضاربة العهدية لايکفي في بقاء العقد بموت احدهما فانه يمکن ان يکون العقد متضمناً للملک اوالحق الا انه لتقومه باشخاص خاصة لايبقی بموت احدطرفي العقدکما هوالحال في عقدالنکاح ومن هنا ذکرالسيدالحکيم ره>ان المالك ركن في عقد المضاربة كالعامل فاذا مات أحدهما بطل العقد ضرورةكما في موت أحد الزوجين<.[[6]](#footnote-6) وهذا يعني ان عقدالمضاربة بحسب المدلول الانشائي متقوم بالمالک والعامل باشخاصهما وهذا المعنی لايصلح للبقاء مع انتفاء احدالطرفين والدليل علی تقوم عقدالمضاربةبذلک هوالفهم العرفي والارتکاز العقلائي في معنی المضاربة \_التي هي دفع احدماله للآخرليتجربه\_ سواء فسرناها بالعقدالاذني اوبالعقدالعهدي، ولااقل من احتمال اخذه في معنی المضاربة ومن المعلوم ان مع احتمال ذلک لايمکن التمسک باطلاق الادلة لتصحيح بقاء العقدبعدموت احدالطرفين .

#### واما (المطلب الثالث)\_جوازاجازة ورثة المالک العقدبعدموته\_:

فقدذکرالسيدالماتن ره انه قديقال بعدم الجوازلعدم علقة للوارث بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليکون واقعاً علی ماله اومتعلق حقه حتی يکون قابلاً لاجازة الوارث بل الوارث اجنبي عن العقد ومعه لامعنی لاجازته ذلک ، لکن يمکن ان يقال يکفي في صحة الاجازة کون المال في معرض الانتقال اليه وان لم يکن له علقة به حال العقد وقدنوقش في هذا البيان بوجوه

***(الوجه الاول)*** : ماذکره السيدالحکيم ره من >ان المالك ركن في عقد المضاربة كالعامل فاذا مات أحدهما بطل العقد ضرورةكما في موت أحد الزوجين فلا يمكن جعل إبقائه أبداً كما ذكر المحقق رحمه اللّٰه فلا يمكن إبقاء العقد، لا بالإجازة و لا بالإبقاء، و لا بغير ذلك نعم يمكن إيقاع عقد المضاربة بين الوارث‌ و العامل إذا اجتمعت الشرائط<.[[7]](#footnote-7) واجيب عنه في کتاب المضاربة>بان الركن في عقد المضاربة المال والعمل، لا ملكية المال أو العمل، ومن هنا يعقل ايقاعها فضولة على مال الغير وتصح باجازته.ومنه يظهر بطلان قياس موت المالك بموت العامل؛ لأنّ الثاني رافع لنفس العمل المملوك- إذا كان بنحو المباشرة- لا ملكيته، بخلاف الأوّل فإنّه لا يوجب ارتفاع المال، بل تبدّل الملكية فيقال بأنّه لا ضير في تبدّلها إذا كان إذن من يشترط إذنه ورضاه محفوظاً بقاءً<.[[8]](#footnote-8)

ولکنه يلاحظ عليه بان معنی تقوم عقدالمضاربة بالمالک والعامل وکونهما رکنين فيه هوان هذا المضمون الانشائي الخاص متقوم بهما باشخاصهما باعتبارانه علقة ونسبة بينهما بشخصهما کما هوالحال في عقدالنکاح وتقوم العقد بذلک لايرتبط بکيفية ايجادهذه العلقة وانه تجري فيها الفضولية او لا؟ لانه يمکن ان يکون المعنی الانشائي متقوماً بشخصين ولکن ايجاد ذاک المعنی في عالم الاعتبارلايکون متوقفاً علی صدورالعقد منهما مباشرة بل کما يتحقق العقد بتصدي الطرفين لاجراء العقدمباشرة کذلک يتحقق بتسبيب الطرفين لاجراء العقد وتوکيلهما وحيث انه لايتوقف علی الصدورالمباشري تجري فيه الفضولية لان الاجازة المتأخرة يوجب استناد العقد الی مالکه کما هوالحال في عقدالنکاح فليس في ايقاع المضاربة فضولة شهادة علی عدم تقوم عقدالمضاربة بالمالک والعامل ، واما الدليل علی ان المضاربة متقومة بشخص المالک والعامل وانهما رکنان في عقدالمضاربة فقد تقدم ذيل المطلبين الاولين وتقدم انه لافرق فيه بين ما لوبنينا علی ان المضاربة عقداذني اوقلنا بانه عقدعهدي يتضمن الحق اوالملک.

***(الوجه الثاني)*** : ماذکره السيدالحکيم ره ايضاً من >ان الإجازة لا تصح الا بشرطين (الأول): أن يكون العقد المجاز صادراً من غير الولي عليه، فلا يصح منه إلا بالإجازة. (الثاني):أن يكون للمجيز ولاية على العقد، فاذا انتفى ذلك لم تصح الإجازة.و هذان الشرطان موجودان في الأمثلة المذكورة في الجواهر و في المتن، أما فيما نحن فيه فمفقودان معاً، إذ العقد الواقع من المالك صادر من الولي عليه فيصح، و لا معنى لإجازته و الإجازة الصادرة من الوارث- سواء كانت صادرة منه حال حياة الموروث، أم بعد وفاته- صادرة ممن لا ولاية له على العقد. نعم إذا كانت صادرة منه بعد وفاة الموروث فهي ممن له ولاية على تجديد العقد لا على العقد نفسه، فلا معنى لتعلقها بالعقد<.[[9]](#footnote-9)

واجيب عنه في کتاب المضاربة بان أنّه لايشترط ولاية المجيز على العقد حينه بل حين الإجازة،بدليل صحة إجازة من باع ثمّ ملك، وهذا محفوظ في المقام بالنسبة للزمان الثاني.كما أنّ الشرط الأوّل لا أساس له؛ إذ لا يشترط أن يكون انشاء العقد من الفضولي، كما في بيع الراهن أو العبد لماله بناءً على ملكه وإجازة المرتهن والسيد بعد ذلك، وإنّما اللازم الشرط الأوّل فقط، وهو أن يكون للمجيز الولاية على العقد في زمان الإجازة، وفي المقام إذا كان انشاء المضاربة الإذنية لمدة أكثر من حياة المالك فانتقل رأس المال بقاءً للوارث كان الوارث مالكاً لرأس المال في هذا الزمان، فيمكنه امضائه وإجازة بقاء العقد الإذني بلحاظ هذا الزمان. وكذلك يقال بالنسبة لإجازة الوارث لمدة الإجارة الباقية بعد موت المورّث بناءً على القول ببطلان الإجارة بموت المالك لعدم ملكه لمنفعة ما بعد حياته وملكه للرقبة وإن كان الصحيح خلافه فإنّ المالك فعلًا للرقبة يملك منافعها المستقبلية أيضاً فعلًا فيمكنه تمليكها إلى الغير بالإجارة بالفعل،ومعه تنتقل الرقبة مسلوبة المنفعة في تلك المدة للوارث كما هو محقّق في كتاب الإجارة<.[[10]](#footnote-10)

ولکنه يلاحظ عليه بالنسبة الی ما ذکرفي الايرادعلی الشرط الاول بان صحة اجازة من باع شيئاً ثم ملک محل خلاف فلايمکن الاستناد اليه في حکم المسألة نعم لوقلنا بان الحکم بصحته علی طبق القاعدة تمّ الايرادالمذکور، واما بالنسبة الی ماذکرفي الايراد علی الشرط الثاني فيردعليه ان المراد من الشرط الثاني ان الاجازة انما تنفذفيما اذا کان العقد حين وقوعه غيرواجدللشرائط وبالاجازة تتمّ شرائطه والا فاذا کان العقد حين وقوعه واجداً لجميع شرائطه فلامعنی لتصحيحه بالاجازة ،ومن المعلوم ان عدم تمامية الشرائط يعمّ ما اذا لم يکن العقدصادراً من المالک ومااذا کان صادراً منه لکن کان المورد مما تعلق به حق غيره وهذا الشرط متوفرفي بيع الراهن والعبد بخلاف المقام،نعم يمکن ان يستشکل في اعتبارالشرط الثاني بانه لادليل علی اعتباره لان المناط في نفوذالاجازة هوان بتحقق الاجازة يتمّ العقدالواجدللشرائط فيکون مؤثراً سواء کان العقد حين وقوعه غيرواجدللشرائط و بالاجازة تتمّ شرائطه اوکان العقد حين وقوعه واجداً للشرائط لکن في الزمان المتأخريفقد شرطاً وبالاجازة تتمّ الشرائط وذلک لان المفروض ان صحة العقدبالاجازة تکون بمقتضی القاعدة ومن جهة حصول الموضوع وهوتحقق العقدالواجدللشرائط وبملاحظة ذلک لافرق بين القسمين .

***(الوجه الثالث)*** : ماذکره السيدالحکيم ره ايضاً من >ان الاجازة لاتکون مؤثرةفي المقام لان تأثيرها في صحة العقد ان کان بلحاظ الحدوث \_كما في إجازة الفضولي- فالعقد لا قصور فيه من هذه الجهةكي يحتاج الى الإجازةو الإجازة صادرة ممن لا تعلق له بالعقد و ان اريد اجازته بلحاظ البقاء فيردعليه اولاً ان البقاء ليس مجعولاً لأن بقاء العقد بنفسه لا بجعل جاعل ،وثانياً انه في المقام متعذر لأن المفروض بطلان العقد بموت المالک فكيف يمكن إبقاؤه؟! ،وثالثاً انه غير مقصود للمجيز<. [[11]](#footnote-11)، واجيب في المستمک عن الاشکال الاول \_الاشكال بان البقاء لايحتاج الى جعل \_بان ذلك مسلّم اذا لم يكن موجب للبطلان كمافي المقام،اما معه فيصح جعل البقاء، ويكون مستنداً الى الجعل لا لنفسه وعن الاشکال الثاني \_الاشکال بان البقاء في المقام متعذر لان المفروض بطلان العقد\_ بقوله : ولعل مراد المصنف الاشكال على الشرائع: بأن الإقرار إنما يمتنع إذا ثبت البطلان و هو ممنوع اذ يختص البطلان بما اذا لم يقره الوارث اما اذا أقره فلا بطلان<.[[12]](#footnote-12) کما انه يمکن الجواب عن الاشکال الثالث \_الاشکال بکون البقاء غيرمقصود للمجيز\_ بان مقصود المجيزاصل کون مملوکه مورداً للمضاربة \_لاکونه مورداً للمضاربة الحادثة والصادرة من نفسه مستقلاً بل کونه مورداً للمضاربة والاتجاربه ولوباستمرارالمضاربة الواقعةعليه سابقاً\_ وحيث ان هذا المملوک کان مورداً لعقدالمضاربة الصادرمن مورثه امکن ابقائه علی حاله السابق باجازة العقدالواقع عليه.

***(الوجه الرابع)*** : ما في المباني من >انه لم يتحصل لما أفاده السيد الماتن قده وجه محصل فان الموت يوجب بطلان المضاربة و معه كيف يمكن الحكم ببقاءها؟ بل ان كانت هناك مضاربة فهي مضاربة جديدة غير التي كانت بين المالك الأول و العامل على أن لازم بقاء المضاربة الأولى و عدم كون هذه المضاربة‌ - الثانية- مضاربة جديدة، هو تدارك الخسران الواقع في زمن المالك الأول من الربح في عهد المالك الجديد و بالعكس و هو يعني حرمان العامل في إحدى المضاربتين عن بعض الربح و تحميله لبعض الخسارة، و هذا مما لا يمكن الالتزام به لمنافاته لما دل على عدم تحمل العامل لشي‌ء من الخسران<.[[13]](#footnote-13)

ولکنه يلاحظ عليه بانه تارة نفرض ان المضاربة الواقعة علی مال المورث والتي اجازها الوارث مضاربتان مستقلتان واخری نفرض انها مضاربة واحدة \_کما عليه السيدالماتن ره\_ فلوکانت المضاربةالواقعة في البين متعددة وکانت المضاربة التي وقعت مورداً لاجازة الوارث مضاربة جديدة غيرالمضاربة السابقة فلامعنی لتدارك الخسران الواقع في احدی المضاربتين من الربح الحاصل في المضاربة الاخری ،واما لوبنينا علی ان المضاربة الواقعة في البين مضاربة واحدة \_کماعليه السيدالماتن ره\_فلاتلاحظ کل واحدمن التجارات مستقلة بل يلاحظ مجموع التجارات بما هومجموع وعليه فاذا وقع الخسران في التجارة الاولی الواقعة زمان حياة المورث فهويتدارک بالربح الحاصل بالتجارة الثانية الواقعة بعدموته کما هوالحال في التجارتين الواقعتين علی مال المالک الواحد فلايکون هذا نقضاً علی ما اختاره الماتن ره في المقام الا ان يوجه هذا النقض بانه لااشکال في ان العامل لايتحمل شيئاً من الخسران وهذا الحکم يفيدنا في تعيين ان المضاربة الواقعة في البين مضاربة واحدة اومضاربتان مستقلتان وذلک لانه لوکانت التجارة الواقعة في حياة المورث مخسرة والتجارة الواقعة بعدموته مربحة فالحکم بالجبروحرمان العامل من الربح الحاصل من التجارة الثانية يعدّ في نظرالعرف من قبيل تحمل العامل للخسارة في المضاربة وهذا يکشف عن ان المضاربة الواقعة في البين متعددة لاواحدة فالنقض يرجع الی نکتة اثباتية حيث ان السيدالماتن ره يدعي ان المضاربة الواقعة في البين واحدة والقول الآخر انها مضاربتان مستقلتان فيستند الی نظرالعرف في تعيين الصحيح من القولين وانه يری المورد من المضاربة المتعددة ويعدّ حرمان العامل من ربح التجارة الجديدة من تحمل العامل للخسارة في المضاربة ،لکنه يناقش فيه بان حکم العرف بان المورد من مواردتحمل العامل للخسارة في المضاربة يتوقف علی تعيين ان المضاربة الواقعة في البين واحدة اومتعددة والا فمع قطع النظرعنه لايمکن للعرف ان يحکم بان المورد من مواردتحمل العمل للخسارة او لا؟ فلايمکن الاستناد الی نظرالعرف في الکشف عن کون المضاربة الواقعة في البين واحدة اومتعددة.

***(الوجه الخامس)*** :مافي کتاب المضابة من ان حقيقة العقد الإذني ليست إلّاابراز الرضا وإذن المالك بتصرف الغير في المال، فترتفع حرمته الوضيعة، أي الضمان والتكليفية لا أكثر، وهذا مقيّد ذاتاً وموضوعاً بالملك، فإذا تبدّلت الملكية انتهى العقد حقيقة وواقعاً؛ لأنّ الحرمة الوضعية والتكليفية من ناحية ملكية المالك، فإذا ارتفعت ارتفع العقد حقيقة وكان إجازة المالك الجديد رضى مالك آخر فيكون مصداقاً جديداً للعقد الإذني لا محالة فلا يعقل ابقاء نفس العقد موضوعاً وحكماًنعم، قد يصحّ هذا في موارد عروض قصور في الأهلية مع بقاء الملك،كما إذا عرض الجنون أو السفه على المالك فأجاز الولي بقاء المضاربة والعقد الإذني؛ لأنّه قد اعتبر رضاه وإذنه بمنزلة إذن المولّى عليه، وأمّا مع تبدّل الملكية وتجدّدها فلا موضوع لبقاء إذن المالك الأوّل، بل يكون إذن المالك الجديد عقداً إذنياً جديداً من زمان ملكه، سواء أبرز بعنوان المضاربة أو بلسان الإجازة، وهذا بخلاف العقود العهدية التي تتضمّن حصول حق أو التزام في المال ثابت للطرف الآخر في المال، وإن كان حدوثه منوطاً برضا المالك إلّاأنّ بقائه غير منوط برضاه ومستقل عنه<.[[14]](#footnote-14)

ا***قول*** :هذا في الحقيقة راجع الی الوجه الاول وهوان المالک والعامل رکنان في عقدالمضاربة الا انه يعترف به في العقدالاذني لاالعهدي لکنه کماذکرنا في الوجه الاول حيث ان بالرجوع الی الارتکازالعرفي في معنی عقدالمضاربة يثبت رکنية المالک والعامل في عقدالمضاربة ومقوميتهما له فلافرق بين کون المضاربة عقداً اذنياً اوعقداً عهدياً وهذا يعني ان المضاربة حتی لوکانت عقداً عهدياً الا انه باعتباران هذا العهد صدر من المالک بما انه شخص خاص فلامعنی لبقاء العقد بعد انتفاء رکنه ومقومه .

والمتحصل مماذکرنا ان ماذکره السيدالماتن ره في المطلب الثالث من انه يجوزلوارث المالک اجازة العقد وابقائه بعد موت الوارث لايتمّ والصحيح في الاشکال عليه هوالوجه الاول وهوکون المالک والعامل رکنين في عقدالمضاربة ولامعنی لبقاء العقدبعدانتفاء رکنه.

### *27****\_عدم جوازتوکيل العامل اواستئجاره غيره لنفس التجارة وجوازالتوکيل اوالاستئجارلبعض المقدمات***

قال السيدالماتن ره في حکم الموضوع :

(مسألة30): لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلا في عمله أو يستأجر أجيرا إلا بإذن المالك نعم لا بأس بالتوكيل أو الاستيجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف و أما الإيكال إلى الغير وكالة أو استئجارا في أصل التجارة فلا يجوز من دون إذن المالك و معه لا مانع منه كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلا بإذن المالك‌.

وهذا الذي ذکره قده علی طبق القاعدة والوجه في الفرق بين المقامين کما ذکره الاعلام قدهم هوان المضاربة عقداذني ومن المعلوم ان جواز التصرف في المال وکونه عملاً بالمضاربة يدورمداروجودالاذن وحيث ان المتعارف من المضاربة استعمال العامل في التجارة مباشرة،فلووقعت التجارة من غيرالعامل بالتوکيل اوالاستئجار فهوخارج عن موردالاذن ولايکون عملاً بعقدالمضاربة وهذا بخلاف التوکيل اوالاستئجارفي المقدمات كاستئجار الحمال على نقل البضائع اوالدلال علی الدلالة علی البيع والشراءفانه لما کان المتعارف فيهاالتوکيل اوالاستئجارفالتعارف المذکور قرينة على رضا المالك بذلك التصرف وکونه داخلاً في موردالاذن وعملاً بالمضاربة فاطلاق المضاربة يقتضي الاذن في التوکيل اوالاستئجار في المقدمات الا إذا كانت قرينة على الخلاف والضابط العام في الجميع \_کما في المستمسک\_ وجوب ان يكون العمل بإذن المالك المستفادة من الإطلاق او من صريح الخطاب، اومن العادة او غير ذلك من القرائن فإذا لم تعلم لم يجز التصرف [[15]](#footnote-15).

هذا اذا قلنا بان المضاربة عقد اذني وکذلک الحال لوقلنا بکونها عقداً عهدياً لان کون العمل الخارجي مصداقاً للعمل بالمضاربة يتوقف علی کونه داخلاً في موردالعهد والدليل علی ذلک هواطلاق العقدمع وجودالتعارف او صريح الخطاب او غير ذلك من القرائن فاذا لم تعلم لم يجزالتصرف في رأس المال تکليفاً ولم يترتب عليه اثرالعقد وضعاً .

1. -الشرائع ج2ص111 [↑](#footnote-ref-1)
2. -المسالک ج353 [↑](#footnote-ref-2)
3. -الحدائق ج21ص217 [↑](#footnote-ref-3)
4. -الجواهر ج26ص355 [↑](#footnote-ref-4)
5. -کتاب المضاربة ص311 [↑](#footnote-ref-5)
6. -المستمسک ج12ص320 [↑](#footnote-ref-6)
7. -نفس المصدر [↑](#footnote-ref-7)
8. -کتاب المضاربة ص315 [↑](#footnote-ref-8)
9. -المستمسک ج12ص319-320 [↑](#footnote-ref-9)
10. -کتاب المضاربة ص314-315 [↑](#footnote-ref-10)
11. - المستمسک ج12 ص320 والظاهران وجه کون الابقاء غير مقصودللمجيزان مقصودالمجيزهوجعل مال نفسه مورداً للمضاربة لاجعل مال مورثه وابقاء العقد السابق علی حاله يعني جعل مال المورث مورداً للمضاربة [↑](#footnote-ref-11)
12. -نفس المصدر [↑](#footnote-ref-12)
13. -مباني العروة ج1ص92-93 [↑](#footnote-ref-13)
14. -کتاب المضاربة ص318 [↑](#footnote-ref-14)
15. -المستمسک ج12ص322 [↑](#footnote-ref-15)