

٢٣_ المناط في تعيين حصة كل من المالك والعامل في صيغة العقد هو المفهوم العرفي من العبارة

قد تقدم في الشرط السادس انه يعتبر في صحة المضاربة تعيين حصة كل منهما من نصف او ثلث او نحو ذلك فلو صرح بذلك في العقد فلا اشكال ولا خلاف واما لو لم يصرح بذلك وانما اتى بلفظ يحتمل المعنى المذكور ويكون دالاً عليه بالقرينة فهل يكفي ذلك في صحة العقد او لا؟ هناك بعض صور قد استشكل في صحة المضاربة فيها تعرض لها السيد الماتن ره في مسألتين (٢٥ و ٢٦) وحكم بانه لا اشكال في صحة العقد بعدما كان المفهوم من العبارة عرفاً ذلك فقال في (مسألة: ٢٥) :

إذا قال المالك للعامل خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا صح و 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 أيضاً على قاعدة التبعية فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل و أنت خير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الآخر للعامل.

فقد تعرض في هذه المسألة لحال ثلاث عبارات :

١/ اما العبارة الاولى _ (خذ هذا المال قراضاً و الربح بيننا) _ فالوجه في صحة العقد معها كون هذا المعنى (وهو التنصيف و تساوي الحصتين) هو الظاهر من الكلام عند الاطلاق بحيث يكون خلافه يحتاج الى البيان، كما هو الحال في سائر الموارد كالوصية بشيء واحد لاثنتين، والاقرار بكون الدارين و بين الآخرين و هما فانها ظاهرة في تساويهما فيه وقد اشير الى هذا الوجه في كلام الشيخ ره في المبسوط والشهيد الثاني ره في المسالك فلا اشكال في الحكم بصحة العقد بهذه العبارة بل ظاهر المسالك الاتفاق عليه عندنا و عند غيرنا إلا بعض الشافعية. ففي المبسوط: «فان دفع إليه ألفاً قراضاً 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 بيني و بين زيد فإنها يكون

بينهما نصفين»^١. وفي المسالك: قوله: «و كذا لو قال على أن 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 وبين زيد. و خالف في ذلك بعض الشافعية فحكم ببطلان العقد، لأنّ البينة تصدق مع التفاوت، فحيث لم يبينها يتجهّل استحقاق الربح. و ردّ بمنع صدقها على غير المتساوي مع الإطلاق. نعم لو انضمّ إليه قرينة صحّ حمله على غيره بواسطتها»^٢.

واما العبارة الثانية _ خذ هذا المال قراضاً و نصف الربح لك _ فلا خلاف في صحة العقد معها، والوجه في ذلك ان ظاهر هذه العبارة عرفاً كون النصف الآخر للمالك باعتبار ان الحق لا يعدوهما فاذا صرح بان نصف الربح للعامل فالمتفاهم من نفس هذا الكلام ان النصف الآخر للمالك، مضافاً الى 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 الى بطلانه حيث قال: «إذا قال خذ قراضاً على أن لي نصف الربح، من الناس من قال: إنه يكون فاسداً كما أنه لو قال ساقيتك على هذا النخل على أن لي نصف الثمرة كان فاسداً، وفي الناس من قال: يصح لأنه لو قال على أن لك أيها العامل النصف، و لم يذكر لنفسه شيئاً صح. و الأول أصح لأن الربح كله لرب المال، و إنما يستحق العامل بالشرط فإذا شرط النصف لنفسه فما شرط للعامل شيئاً فبطل القراض، كالمساقاة سواء»^٣. وتبعه المحقق ره في الشرائع حيث قال: «و لو قال على أن لي النصف و اقتصر لم يصح لأنه لم يعين للعامل حصة»^٤. وكذلك العلامة ره ففي التذكرة: «و لو عيّن حصّة المالك خاصّة، فقال: قارضتك بهذا على أن نصف الربح لي، و سكت عن حصّة العامل، بطل؛ لأنّه لم يعيّن للعامل شيئاً؛ إذ النماء المسكوت عنه يتبع المال، فيكون للمالك، إلّا إذا نسب شيء منه إلى العامل، و التقدير أنّه لم يُنسب إليه شيء. و قال بعض الشافعية: يصحّ أيضاً، و يكون النصف الآخر للعامل؛ لأنّه الذي يسبق إلى الفهم منه»^٥. وفي القواعد: «أمّا لو قال: على أن لي النصف و سكت عن حصّة العامل بطل على إشكال»^٦.

^١ - المبسوط ج ٣ ص ١٨٩

^٢ - المسالك ج ٤ ص ٣٦٦-٣٦٧

^٣ - المبسوط ج ٣ ص ١٨٩

^٤ - الشرائع ج ٢ ص ١١٣

^٥ - التذكرة ج ١٧ ص ١٣

^٦ - القواعد ج ٢ ص ٣٣٦

وفي جامع المقاصد ذيل قوله (على اشكال): 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.^١ كما ان في المسالك 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.^٢

وقد نوقش فيه في الجواهر بما في المتن من ان الظاهر من العبارتين كون الربح بالتنصيف وان النصف الآخر (غير المذكور في العبارة) للآخر حيث قال ره: «لو قال: خذه على أنّ لك النصف صحّ و أمّا لو قال: على أنّ لي النصف و اقتصر، لم يصح لأنه لم يعين للعامل حصّة و قد قيل: في وجه الفرق إن الربح لما 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، 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».^٣

وبعبارة اخرى كما في المباني ظاهر الكلام في العبارة الثالثة باعتبار كونه 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».^٤

وقال الماتن ره في مسألة (٢٦):

^١ - جامع المقاصد ج ٨ ص ٨١

^٢ - المسالك ج ٤ ص ٣٦٧

^٣ - الجواهر ج ٢٦ ص ٣٦٨

^٤ - مباني العروة ج ١ ص ٨٦

لا فرق بين أن يقول خذ هذا المال قراضاً و لك نصف ربحه. أو قال خذه قراضاً 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 أيضاً قد لا يعامل إلا في النصف و فيه أن المراد ربح نصف ما عومل به و ربح فلا إشكال.

فحكم فيها بأنه لا فرق بين أن يقول: «خذ هذا المال قراضاً و لك نصف ربحه» أو قال: «خذ قراضاً و لك ربح نصفه» في الصحة و الاشتراك في الربح بالمناصفة وهذا هو المشهور بين الأصحاب و في مقابله القول بالصحة في العبارة الأولى والبطلان في الثانية ففي مفتاح الكرامة: «قوله: (و يصحّ لو قال: على أن لك ربح نصفه أو نصف ربحه) أمّا الصحة في الصورة الثانية فلا خلاف فيها كما في الخلاف والمبسوط وأمّا في الأولى فهو المشهور كما في المسالك و بها صرح في المبسوط و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة والتحرير و الحواشي و التنقيح و المسالك وكذا المختلف و جامع المقاصد واختار في الخلاف أولاً عدم الصحة. ثم قال: و لو قلنا بقول أبي ثور كان قوياً، لأنه لا فرق بين اللفظين، انتهى، فكان متردداً و البطلان خيرة الشافعي و أصحابه»^١. وجه الاشكال في صحة الثانية على ما ذكره الشيخ ره في الخلاف هو أنه لم يقدّم دليل على صحة الثانية بخلاف الأولى فإنه لا خلاف في جوازها حيث قال ره: «مسألة ١٨: إذا قال خذ ألفاً قراضاً على أن لك نصف ربحها صح بلا خلاف. وإن قال: على أن لك ربح نصفها. كان باطلاً به 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 جوازه ما قالوه. و ان قلنا بقول أبي ثور كان قوياً، لأنه لا فرق بين اللفظين»^٢. ولكنه علّله الشهيد الثاني ره في المسالك بما ذكر في المتن وحاصله كما في المستمسك إشكالان (الأول): أن شرط القراض الاشتراك في كل جزء من الربح و في الفرض لا اشتراك 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 أكثر فالنسبة بين الحصتين مجهولة وأيضاً إذا

^١ -مفتاح الكرامة ج ٢٠ ص ٤٢٣-٤٢٤

^٢ -الخلاف ج ٣ ص ٤٦٩

كان ربح أحد النصفين للعامل و ربح الباقي للمالك، فربما يكون ربح الباقي ربح بعض النصف، و ربما يكون ربح تمامه، فيكون مقداره مجهولاً أيضاً.^١

والجواب عن الاشكال الاول واضح وهو عدم الفرق بين اللفظين في الاندراج في دليل الحكم ، واما الاشكالان الاخيران ففي المسالك انه اجيب عن الاشكال «بأن الإشارة ليست إلى نصف معين، بل مبهم، فإذا ربح أحد النصفين فذلك الذي ربح هو المال، والذي لم يربح لا اعتداد به. و حيث كان النصف مشاعاً فكل جزء من المال إذا ربح فنصف ربحه للعامل و نصفه للمالك».^٢ وفي الجواهر أيضاً أن المراد من العبارة الثانية كالعبارة الاولى نصف ما يربح من المال قلّ أو كثر لأن الفرض إشاعة النصف فكل جزء من المال إذا ربح فنصف ربحه للعامل، و نصفه للمالك، ولو فرض كون الربح للنصف خاصة كان ذلك هو رأس المال والذي لم يربح لا اعتداد به، و كل جزء من النصف الذي ربح بين المالك و العامل».^٣ وما ذكره السيد الحكيم ره من الاشكال على هذا الجواب وتعويضه بجواب آخر ليس في محله ففي المستمسك: 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: «فإذا ربح أحد..» يريد أن النصف المبهم لا ينطبق على تمام النصف المذكور، بل ينطبق على نصفه، كما ينطبق النصف الثاني على نصفه الثاني، لأن ذلك النصف المعمول به هو المال ذو النصفين، ولا اعتداد 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، فإذا صدق أنه ربح لتمام المال فقد صدق أن نصفه ربح لنصف المال، فيكون للعامل، و النصف الآخر للمالك».^٤ فانه يلاحظ عليه بان المراد من المال في حدّ نفسه وان كان هو تمام المال الا انه حيث ان المقصود من المال في المضاربة ما يتجر به و يحصل منه الربح فما هو مورد للاعتداد في تعيين حصة الطرفين من الربح هو النصف المعمول به و ما جعل للعامل في العبارة الثانية كالعبارة الاولى ربح نصف هذا النصف المعمول به لا ربح تمام هذا النصف، واما ما اختاره في الجواب من الاشكال فلا يجدي في رفع الاشكال لان ربح

^١ -المستمسك ج ١٢ ص ٣١٢-٣١٣

^٢ -المسالك ج ٤ ص ٣٦٩

^٣ -الجواهر ج ٢٦ ص ٣٦٩-٣٧٠

^٤ -المستمسك ج ١٢ ص ٣١٣

النصف وان كان ربحاً لتمام المال الا ان المفروض في العبارة الثانية جعل ربح النصف للعامل فمن اين يجيء تقسيمه بين المالك والعامل ولا مخلص من الاشكال الا بكون المراد من النصف في العبارة هو ما ربح قلّ او كثر.

٢٤_جواز اتحاد المالك وتعدد العامل في المضاربة، وكذا تعدد المالك واتحاد العامل

قال السيد الماتن ره:

(مسألة ٢٧): يجوز اتحاد المالك و تعدد العامل مع اتحاد المال أو تميز مال كل من العاملين فلو قال ضاربتكما ولكما نصف الربح صح و كانا فيه سواء ولو فضل أحدهما على الآخر صح أيضا وإن كانا في العمل سواء فإن غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير وهذا 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 الى ان صحة المضاربة لا تتوقف على اتحاد المالك والعامل بل تصح المضاربة ولو مع تعدد العامل او تعدد المالك وان التعدد في ناحية العامل او المالك لا يضر بصحة المضاربة حتى مع اختلاف حصة العاملين او المالكين وعُلِّل ذلك بانحلال المضاربة الى مضاربات متعددة بتعدد العامل او المالك وقد وافقه جلّ الاعلام قدهم في هذه المسألة فلم يعلقوا على المتن كما وجّه ذلك في المستمك والمباني بانه يقتضيه اطلاق الادلة و ان الاتحاد في مقام الانشاء لا ينافي التعدد في الواقع و اللب، الا انه علق السيد الكلبي يگاني ره على المسألة بما يرجع الى لزوم التفصيل في المسألة بين الانحاء

المتصورة في تعدد العامل فقال ره: «إن كان المقصود من المضاربة مع الاثنين مثلاً يكون كلّ منهما عاملاً في نصف المال فلا إشكال فيه و يكون عقداً واحداً معهما بمنزلة عقدين سواء كان مال كلّ منهما في الخارج مميّزاً أو مشاعاً كان في حصّة أحدهما فضل أو لا وإن كان المقصود صدور العمل منهما معاً بحيث لا يمضي من أحدهما منفرداً فلا يبعد صحته أيضاً و يصحّ التسوية بينهما في الحصّة و التفاضل و لكن لا يجوز لكلّ منهما العمل مستقلاً 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 مستقلاً لكن كلّما عمل أحدهما يكون الآخر في ربحه شريكاً سواء عمل الآخر عاملاً أم لم يعمل ففي صحّة ذلك تأمل كانا في الحصّة متساويين أو متفاوتين»^١. و وافقه بعض الاعلام في كتاب المضاربة و أوضحه بمانصه: «إلّا أنّ الصحيح أن يقال: إنّ تارة يفترض أنّ المجمعول لكل من العاملين نسبة من الربح الذي يحصل عليه بعمله هو، و اخرى 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 الأول لا إشكال في الصحة تمسكاً بالعمومات الأولى، بل وباطلاق روايات المضاربة أيضاً؛ لانحلالها بحسب الحقيقة إلى مضاربتين، سواء كان المالان متمايزين أم مالاً واحداً، إلّا أنّه أخذ كل منهما قسماً منه، أو استثمر مرتين، وهذا لا غبار عليه؛ إذ الميزان في المضاربة ليس بوحدة الانشاء، بل بوحدة المال والعمل والربح وتعددتها كما في المقام، إلّا أنّ هذا الفرض لعلّه خارج عن كلام المتن.

وأمّا الفرض الثاني فتارة يفترض فيه أنّ العمل التجاري لا يقوم إلّا بهما معاً، و اخرى يفرض أنّه يقوم بكل منهما مستقلاً أيضاً، فهنا شقان: أمّا الشق الأول: فصحته مبنية على أن تكون المضاربة صحيحة على القاعدة، أو يستفاد إطلاق من رواياتها من هذه الناحية أيضاً، وقد مضى البحث عن ذلك في محله، 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 الحصّة من الربح، بل مع فرض المساواة في العمل والنسبة من الربح بينهما أيضاً يرد إشكال

^١ - العروة الوثقى (المحشى) ج ٥ ص ١٨٢

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 عملاً 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:

إحدهما- أنّ ما يأخذه نسبة من الربح، حيث أنّه 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 فضلاً عن العامل الثاني.

الثانية- أنّ الشرط في المضاربة أن تكون حصة العامل نسبة معينة من ربح عمله في رأس المال، لا عمل انسان آخر، وإلّا كان غريباً، بل باطلاً، كما إذا قال: (أتجربه ولك مقدار من الربح)، وفي المقام يلزم أن لا تكون نسبة ما يستحقه كل منهما من ربح عمله متعیناً، وإن كان متعیناً 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 ٣١٠ من ربحه، وإذا كان ثمانين والآخر لا ربح له أصلاً كانت حصته ١٤ من ربحه، وإن كان سبعين والآخر عشرة فحصته ٢٧ وهكذا يختلف الكسر الذي هو حصة العامل بالنسبة إلى ما هو ربحه الحقيقي، وإن كانت النسبة بلحاظ مجموع الأرباح في تمام الصور الربيع، بل قد يؤدي 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؛ لأنه لا يصدق على كل عامل حتى مع فرض الانحلال أن ربح عمله بينه وبين المالك بنسبة معينة، ولا تشملها العمومات أيضاً، أي لا يمكن تصحيحه بعمومات صحة العقود إذا فرضنا صحة التمسك بها لعقد المضاربة؛ لأن هذا روحاً مرجعه إلى المخاطرة والشركة في الأبدان، والغرر فيما يستحقه العامل من نتيجة عمله.

إلّا أن هذا لعلّه خارج عن منظور الماتن. وهذا الإشكال يختص بفرض وحدة المالك وتعدد العامل، ولا يجري في العكس؛ لأن المال واحد قبل التجارة بالاشتراك، فيكون ربح كل منهما محدداً بالنسبة، فما يجعله 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.^١ ولكنه يلاحظ على ما ذكر في عدة نقاط :

(الاولى): ان ماذكر من ان الفرض الاول خارج عن كلام الماتن ره لاوجه له بل يمكن ان يقال ان هذا هو المتيقن من كلامه.

(الثانية): ان ماذكر من الاشكال في الشق الثاني من الفرض الثاني وهو لزوم المخاطرة و الشركة في الابدان والغرر من جهة ما يستحقه العامل من نتيجة عمله لوتّم وكان مانعاً عن صحة عقد المضاربة جرى في الشق الاول ايضاً ولاوجه للفرق بينهما ومجرد عدم قيام العمل الا بهما لا يرفع المحذور .

(الثالثة): ان المحذور الذي ذكر لصحة العقد في الشق الثاني من الفرض الثاني هو انه يلزم منه الشركة في الابدان ولا فرق في بطلان الشركة في الأبدان بين الاشتراك في ما يربحه كل منهما بعمله من خلال عقد الاجارة او المضاربة اي بشكل مقطوع او بنسبة من الربح ولكنه يجاب عن الاشكال بانه حيث ان وجه بطلان الشركة في الابدان عدم وجود الدليل على الصحة وعدم اندراجها في ادلة الشركة لاختصاصها بالشركة في الاعيان، فاذا كانت الشركة في الابدان نتيجة تعلق عقد آخر من اجارة او مضاربة او نحوهما فيتمسك فيها باطلاق دليل صحة ذلك العقد فان النتيجة في الحقيقة تخرج عن الشركة في الابدان بل تثبت بمقتضى ذلك العقد الآخر فان الشركة في الابدان انما هي فيما اذا كان استحقاق العاملين لنتيجة العمل بالعقد الواقع بينهما لا بالعقد الآخر الواقع بين الثالث من جانب وبين العاملين من جانب

^١ - كتاب المضاربة ص ٣٠١-٣٠٤.

آخر كما اذا استأجر مالك الدار شخصين على عمل في الدار بالتفاضل في الاجرة والمقام من هذا القبيل لان كلاً من العاملين يأخذ حصة من الربح بالعقد الواقع بينهما وبين المالك لا بالعقد الواقع بين العاملين، وما ذكر في المناقشة في هذا الجواب يرجع الى اعتبار امرين في عقد المضاربة غير متوفرين في المقام ولكنه يرد عليه عدم الدليل على اعتبارهما في عقد المضاربة فان غاية ما يعتبر في المضاربة لزوم تعيين حصة العامل من ربح مجموع رأس المال واذا بنينا على وحدة المضاربة في الفرض الثاني (احد طرفيها وهو المالك واحد والطرف الآخر وهو العامل متعدد) لا انحلالها بمضاربتين - كما هو الحال في الفرض الاول - فالذي لابد من رعايته كون الربح الحاصل من العمل بالمجموع بين الطرفين - لان يعود جميع الربح الى المالك اولى طرف العامل - وان يكون حصة كل عامل من الربح المجموعي معلوماً واما معلومية النسبة بين الحصة المجعولة له والربح الذي يحصل من عمله ويكون نتيجة عمله فلا دليل على اعتبارها في صحة المضاربة. وبعبارة اخرى الاشكال من الناحيتين المذكورتين انما يرد لو كان تخريج صحة المضاربة في الفرض الثاني بكلا شقيه بانحلال المضاربة الى مضاربتين ولكن الامر ليس كذلك بل الوجه في صحة المضاربة في الفرض الثاني كونها مضاربة واحدة احد طرفيها - وهو المالك - واحد والطرف الآخر - وهو العامل - متعدد، والذي يعتبر في صحة المضاربة ولا بد من رعايته كون الربح الحاصل من العمل بالمجموع بين الطرفين واما كيفية تعيين الحصة فهو تابع لتوافق الطرفين وحيث ان الطرفين توافقا على ان يكون نصف ربح المجموع لمالك رأس المال والنصف الآخر من ربح المجموع للعاملين على التنصيف او التثليث او اية نسبة اخرى فهو نافذ استناداً الى اطلاق ادلة المضاربة الخاصة او العمومات بناء على كون المضاربة صحيحة على القاعدة .

٢٥- تفاضل الشريكين في الحصة مع اتحاد العامل لهما

قال السيد الماتن ره:

(مسألة ٢٨): إذا كان مال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً واشترطاً له نصف الربح و تفاضلاً في النصف الآخر بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال أو تساويهما 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 مثلاً مع تساويهما في المال فهو صحيح لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل وإن لم يكن النقص راجعاً إلى العامل بل على الشريك الآخر بأن يكون المجمعول للعامل بالنسبة إليهما سواء لكن اختلفا في حصتهما بأن لا يكون على حسب شركتهما فقد يقال فيه بالبطلان لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين أو تساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة لأن المفروض كون العامل غيرهما ولا يجوز ذلك في الشركة والأقوى 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 والمضاربة وإن كانت متضمنة للشركة.

فقد تعرض قده في هذه المسألة لحكم تفاضل الشريكين في الحصة من الربح مع اتحاد العامل بينهما بان كان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً واشترطاً له نصف الربح و تفاضلاً في النصف الآخر بان جعل لأحدهما ازيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال أو تساويهما فيه مع تفاوتهما فيه وحكم قده بانه ان كان ذلك من جهة انحلال المضاربة الواقعة بينهما الى مضاربتين وكان قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة بان يكون كانه اشترط على العامل في العمل بماله اقل من ما شرطه الآخر له كان اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته و شرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصته مثلاً مع تساويهما في المال فهو صحيح لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل واما لو كانت المضاربة الواقعة بينهما واحدة ولم يكن النقص راجعاً إلى العامل بل على الشريك الآخر بان يكون المجمعول للعامل بالنسبة إليهما سواء لكن اختلفا في حصتهما بان لا يكون على حسب شركتهما وان كان قد يقال فيه بالبطلان لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين أو تساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة لان المفروض كون العامل غيرهما ولا يجوز ذلك في الشركة ولكن الأقوى الصحة وجواز ذلك للوجهين الأول بالشرط لان الزيادة لأحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه انما هو خلاف مقتضى إطلاق الشركة لا مقتضى اصل الشركة فتجوز بالشرط والثاني انه لو سلم ان الزيادة لأحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه خلاف مقتضى اصل الشركة ولم يمكن

تصحيحها بالشرط ضمن عقد الشركة فيمكن جعل شرطها ضمن عقد المضاربة للفرق بين الشركة و المضاربة و ان كانت متضمنة للشركة.

والكلام في هذه المسألة يقع في ثلاث جهات:

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

اما (الجهة الاولى) _ الفارق بين هذه المسألة والمسألة السابقة _

قد يقال ان البحث هنا في انه هل يصح التفاضل بين المالكين في الربح على حصتهما من رأس المال وما هو شرط صحة ذلك بينما كان البحث في المسألة السابقة من جهة أن تعدد المالك واشاعة المال المشترك لا يضر بالصحة فلا تكرر^١. ولكنه لا يتم لان الماتن قد صرح في المسألة السابقة بجواز التفاضل بين المالكين زيادة على بيان ان تعدد المالك واشاعة المال المشترك لا يضر بالصحة، والصحيح في بيان الفرق بين المسألتين وعدم وقوع التكرار ان يقال : ان الماتن قد تصدى في المسألة السابقة لبيان فتوى جواز تعدد المالك حتى مع التفاضل في الربح وفي هذه المسألة تعرض لبيان وجه صحة التفاضل بين المالكين.

(الجهة الثانية) _ حكم الصورة الاولى التي ترجع الى انحلال المضاربة الى

مضاربتين _:

لا اشكال في جواز تفاضل الشريكين في الحصة من الربح فيما اذا كانت المضاربة الواقعة بينهما منحلة الى مضاربتين مستقلتين بنصفي المال، على ان يكون للعامل في احدهما ثلثا الربح و للمالك الثلث و في الاخرى بالعكس لاطلاق ادلة صحة المضاربة ولكن الكلام في انه اذا كان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً و اشترط له نصف الربح و تفاضلا في النصف الآخر بان جعل لاحدهما ازيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال او تساويا فيه مع تفاوتهما فيه و كان قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة فهل يكفي ذلك في صحة التفاضل مطلقاً او انه مشروط بامور ولا يكون مطلقاً، ففي كتاب المضاربة ان ما ذكره الماتن من الصحة فيما إذا قصد كون ذلك للنقص على العامل مشروط بشرطين:

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

٢- 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؛ لأنه حينئذ لا يكون تمام ربحه بنسبة رأس ماله صالحاً لأن يكون بينه وبين العامل، فلا بد 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.^١

اقول : اما الشرط الاول فقد صرح به عدة من المحشين كالمحقق النائيني ره حيث علق على المتن بقوله: «لكن يتوقف صحته على أن تقع بين كل من الشريكين و العامل عقد مضاربة مستقلة بتلك الكيفية و لا يكفي فيها مجرد القصد و النية مع وحدة العقد». ^٢ ونحوها تعليقة السيد الامام والسيد الكلبايكاني قد هما على المتن ولا بأس به كما ان اعتبار الشرط الثاني لا بأس به وذلك لان انحلال المضاربة الى المضاربتين انما يجدي فيما اذا كانت كلتا المضاربتين واجدة لشرائط الصحة ومن المعلوم انه مع عدم توفر الشرط الثاني لا تكون المضاربتان صحيحتين.

ومن هنا يظهر انه لا بد من ذكر شرط ثالث وهو ان لا يكتفى في تعيين حصة الطرفين بذكر حصة كل من المالكين من مجموع الربح بل لا بد من التصريح بحصة كل منهما من ربح ماله وان كان تعيين الحصة بالنسبة الى مجموع الربح يوجب تعيين الحصة بالنسبة الى ربح مال كل منهما واقعاً الا انه لا يكفي في صحة المعاملة بل لا بد من معلومية حصة الطرفين في كل مضاربة بالنسبة الى الربح الحاصل من رأس المال وهذا يختلف باختلاف الموارد فقد تصير الحصة المذكورة معلومة وقد لا تعلم الا بالحساب من اهله وفي توضيح ذلك نقول: لو كانت حصة المالكين في رأس المال متساوية وقارضا العامل الواحد وشرطا له نصف الربح وجعل للمالك الاول سدس الربح وللمالك الثاني سدس الربح فهذا يدلّ بوضوح على ان في المضاربة على النصف الاول (اي على مال المالك الاول) جعل ثلث الربح للمالك وثلثان للعامل ، وفي المضاربة على النصف الثاني (اي على مال المالك الثاني) جعل ثلثا الربح للمالك وثلث للعامل ، واما لو كانت حصة المالكين في رأس المال مختلفة بان كان خمسان للمالك الاول وثلاثة اخماس للمالك الثاني (كما اذا كان للمالك

^١- كتاب المضاربة ص ٣٠٥.

^٢- العروة الوثقى (المحشى) ج ٥ ص ١٨٤.

الاول اربعون مليوناً وللمالك الثاني ستون مليوناً) وقارضا العامل الواحد وشرطا له نصف الربح وجعل لكل من المالكين ربع الربح _ مع فرض اختلاف حصتهما في رأس المال _ فهذا وان كان ملازماً لأن يكون المجمعول للمالك في المضاربة على مال المالك الاول خمسة اثمان ربع ماله وكانت ثلاثة اثمان للعامل ويكون المجمعول للمالك في المضاربة على مال المالك الثاني سدسين ونصف سدس وكانت ثلاثة اسداس ونصف سدس للعامل ولكن هذا امر يعلم بالحساب الدقيق ولا يكون واضحاً عند كل أحد وقد تقدم انه يعتبر في صحة المضاربة تعيين حصة كل من الطرفين بما يكون معلوماً حال العقد.

(الجهة الثالثة) _ حكم الصورة الثانية التي تفرض فيها ان المضاربة الواقعة بينهما

واحدة _:

فهل يجوز التفاضل في حصة الشريكين 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 الاشكال في الجواز استلزام ذلك زيادة لاحدهما على الآخر مع تساوي المالين او تساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة و لا يجوز ذلك في الشركة وذهب السيد الماتن ره الى جواز ذلك لوجهين

(الوجه الاول): ان المضاربة المذكورة وان كانت من مصاديق الشركة في المال ولكنه يجوز في عقد الشركة الاختلاف في حصة الشريكين من الربح على خلاف النسبة في رأس المال بمقتضى ادلة نفوذ الشرط لان الزيادة لاحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه انما هو خلاف مقتضى إطلاق الشركة لا مقتضى اصل الشركة فتجوز بالشرط.

وقد نوقش فيه بامرین الاول: انه لو سلم جواز ذلك في عقد الشركة فلا يمكن اسرائه الى المقام الا اذا وقع الشرط المذكور في عقد الشركة الواقع بين المالكين قبل عقد المضاربة ومجرد طرفية المالكين في العقد مع العامل لا يستلزم إيقاع عقد بين انفسهما ولو ضمناً ففي تعليقه المحقق النائيني ره على المتن: «الظاهر توقّف الصحة هنا أيضاً على إيقاع عقد الشركة أوّلًا بين المالكين متضمناً لما ذكر من شرط التساوي أو التفاضل في الربح الحاصل لهما ثم إيقاع عقد المضاربة بينهما و العامل ولا يجوز الاكتفاء بعقد المضاربة وحده واشتراط

التساوي أو التفاضل المذكور في ضمنه» ونحوها تعلية السيد الاصفهاني والسيد البروجردى والسيد الامام والسيد الكلبي كاني قدهم^١

والثاني: انه يمنع جواز ذلك في عقد الشركة لان الشرط المذكور وان لم يكن مخالفاً لمقتضى عقد الشركة ولكنه شرط مخالف للسنة باعتبار ان الحكم الشرعي الثابت في الشركة بحسب البناء العقلاني الذي لم يردع عنه الشارع تبعية النماء للاصل في الملك ومقتضى تبعية النماء للاصل في الملك كون ربح مال كل احد له، فيكون اشتراطه لغيره مخالفاً للسنة و ادلة نفوذ الشرط لا تشملها لانها غير مشرعة وانما هي دالة على لزوم العمل بكل شرط سائغ في نفسه، فماله ان يكون سائغاً بنفسه قبل الاشتراط لا يكون سائغاً بالشرط فان الاشتراط لا يوجب انقلاب الحكم الشرعي، ولا يقتضي تحليل الحرام أو تحريم الحلال. ولذا لم يلتزموا بصحة هذا الشرط في غير عقد الشركة والمضاربة كما لو باع متاعه لشخص على ان يكون ربحه من تجارته الاخرى له - على نحو شرط النتيجة كما هو المفروض في المقام - فانه يكون باطلاً جزماً.^٢

وما ذكر في كتاب المضاربة من «انه تقدم في اول الكتاب أن قاعدة التبعية لا تنافي تصرف المالك في نماء ماله بنحو شرط النتيجة؛ لأنه تملك تعليقي لحقه، كتمليك نفس الأصل للغير، ولا محذور شرعي فيه أصلاً؛ لأن هذا من حق المالك».^٣

قد تقدم الاشكال عليه في المباحث المتقدمة في اول الكتاب وان ما ذكره هناك من ان حق المالك وملكه في النماء ليس باكثر من حقه في الاصل فيكون للمالك التصرف في النماء برفع الملكية ودفعها يرد عليه ان حق المالك وملكه في النماء وان لم يكن باكثر من حقه في الاصل ولكن في ناحية الاصل لم يثبت حق المالك الا في رفع الملكية والسلطنة بالتمليك او الاباحة واما دفع الملكية بان يكون له سلطان على سوق الملكية وارسالها الى غيره ابتداء بان لا يقع في ملكه ويقع في ملك غيره فلم يثبت ذلك ولا يمكن التمسك بدليل السلطنة لاثبات هذا النحو من السلطنة لانه لا يكون مشرعاً بل لو سلم هذه السلطنة بالنسبة الى اصل المال فلا مثبت لها بالنسبة الى النماء .

(الوجه الثاني): انه لو سلم عدم جواز ذلك في عقد الشركة فهذا لا يستلزم عدم الجواز في المقام لا مكان الالتزام به بالتمسك بادلة صحة المضاربة بضم ادلة نفوذ الشرط باعتبار انه يرجع الى ان يشترط العامل على المالك ذي السهم الاكثر والمساوي من رأس المال ان

^١ - العروة الوثقى (المحشى) ج ٥ ص ١٨٤-١٨٥

^٢ - مباني العروة ج ١ ص ٩٠-٩١

^٣ - كتاب المضاربة ص ٣٠٨

يكون حصة من ربح ماله للمالك الآخر فبإضلال في نسبة الربح على خلاف النسبة في رأس المال ولا بأس به بناء على جواز اشتراط شيء من الربح للأجنبي بل المالك هنا أولى من الأجنبي .

وقد نقش فيه بوجه

(الاول): ان اشتراط كون شيء من الربح للأجنبي خلاف مقتضى عقد المضاربة من ان الربح لابد وان يكون بين العامل والمالك فقط.

واجب عنه في كتاب المضاربة بانه «يمكن المنع عن ذلك وأن المراد بكون الربح بينهما في تلك الروايات عدم رجوع الربح كله إلى المالك أو إلى العامل. وإن شئت قلت: إن المراد به أن الربح بينهما حسبما اتفقا عليه، فإذا كان اتفقا على أن يكون بينهما وثالث لم يكن منافياً مع كون الربح بينهما، كما أن حقيقة المضاربة لا تقتضي أكثر من ذلك، ولو سلم فغايتها عدم الصحة بعنوان المضاربة لا كعامل مستقلة تثبت صحتها بالعمومات»^١.

ولكنه يلاحظ عليه بان قوام المضاربة بحسب الارتكاز العقلائي ومادلت عليه النصوص ان يكون الربح الحاصل من التجارة برأس المال بين العامل والمالك فقط بحيث لا يخرج الربح الى غيرهما كلاً أو بعضاً ولا يرجع لاحدهما دون الآخر وهذا ينافي جعل بعض الربح للأجنبي ودعوى كون المراد من الربح بينهما عدم رجوع الربح كله الى المالك أو إلى العامل خلاف ظاهر النصوص كما ان دعوى ان حقيقة المضاربة لا تقتضي أكثر من ذلك محل منع وهكذا دعوى إن المراد به أن الربح بينهما حسبما اتفقا عليه فاذا كان اتفقا على ان يكون بينهما وثالث لم يكن منافياً مع كون الربح بينهما فان ما يقتضيه عقد المضاربة بحسب الارتكاز العقلائي ودلالة النصوص هو ان يكون ملكية الربح الحاصل من التجارة برأس المال بين العامل والمالك فقط لان يكون مستقر الملكية بنظرهما وبحسب اتفاقهما فقط، واما التمسك بالعمومات فقد تقدم الاشكال فيه.

(الثاني): ان الشرط المذكور مخالف للسنة لانه خلاف قاعدة تبعية النماء للأصل في الملكية نعم اذا لم يكن بنحو شرط النتيجة بل كان بنحو شرط الفعل بان يدفع للأجنبي شيئاً صح.

واجيب عنه في كتاب المضاربة اولاً بانه تقدم في أول الكتاب ان قاعدة التبعية لا تنافي تصرف المالك في نماء ماله بنحو شرط النتيجة لأنه تملك تعليقي لحقه، كتمليك نفس الأصل للغير ولا محذور شرعي فيه أصلاً لأن هذا من حق المالك.

وثانياً بانه لو سلمنا ذلك فهذا غايته فساد الشرط لا عقد المضاربة إذ الصحيح أن فساد الشرط لا يسري إلى العقد، فيبقى ما جعل للأجنبي للمالك، غايته للعامل حق الفسخ والأخذ باجرة مثل عمله إذا كان جاهلاً بفساد الشرط واطلع عليه بعد الاسترباح. نعم، لو رجع هذا الاشتراط إلى تعليق الإذن في العقود الأذنية على المشروط أوجب تخلفه البطلان واستحقاق العامل اجرة عمله»^١.

اقول : اما الوجه الاول فقد تقدم الاشكال عليه بانه لم يثبت سلطنة المالك على التصرف في نماء المال مستقلاً بحيث يكون من حقه رفع ملكيتها وارسالها الى ملك غيره وما ذكره من ان حق المالك وملكه في النماء لا يكون باكثر من حقه في الاصل لا يستلزم ذلك بل يجتمع مع عدم سلطنته على التصرف في النماء استقلالاً مضافاً الى ان هذه السلطنة لم تثبت بالنسبة الى اصل المال حتى يدعى ثبوته بالنسبة الى النماء ، واما الوجه الثاني فلا بأس به لان فساد الشرط من حيث كونه مخالفاً للسنة لا يوجب فساد العقد المشتمل عليه وعليه فلو كان المستند في بطلان شرط شيء من الربح للأجنبي هذا الوجه فهو انما يقتضي فساد الشرط فقط لافساد المضاربة المشتملة على هذا الشرط .

(الثالث) : ان الشرط المذكور لا يكون مشمولاً لدالة نفوذ الشرط لان الشرط المذكور لا يكون التزاماً مرتبطاً بالالتزام الآخرو من المعلوم ان الشرط الذي يجب الوفاء به ليس هو مطلق الالتزام بل هو الالتزام المرتبط بالالتزام الآخراً لان معنى الشرط عرفاً هو الالتزام ضمن الالتزام الآخراً وان عنوان الشرط بحسب معناه العرفي وان كان بمعنى مطلق الالتزام فيشمل الالتزام الابتدائي لكن لقيام الدليل على عدم نفوذ الشرط الابتدائي يكون موضوع وجوب الوفاء خصوص الالتزام المرتبط بالالتزام الآخر والالتزام المستقل خارج عن موضوعه وبعد ما كان موضوع نفوذ الشرط هو الالتزام المرتبط بالالتزام الآخر فلو كان الالتزام الاصلي متقوماً بالطرفين لا يكون الالتزام التبعي مرتبطاً به الا فيما اذا كان الالتزام التبعي ايضاً متقوماً بذلك الطرفين اي كان مضمون الالتزام التبعي مرتبطاً بنفس طرفي العقد (والذي هو الالتزام الاصلي) وهذا غير متوفر في المقام لان الشرط على المالك ذي السهم الاكثر والمساوي من رأس المال ان يكون حصة من ربح ماله للمالك الآخر

امر لا يرتبط بكل طرفي العقد بل امر يرتبط باحد طرفي العقد وقد اشير الى هذا الاشكال في تعليقه السيد الكلبي كاني ره على العروة حيث قال في التعليق على المتن: «بأن يتمسك بإطلاقات المضاربة لصحتها مع الشرط المذكور حيث لم يكن مخالفاً لمقتضاها بخلاف الشرط في ضمن الشركة فإنه يدعى أنه مخالف لمقتضى عقدها لكن ذلك أيضاً لا يفيد إلّا إذا وقع في العقد الواقع بين المالكين حتى يكون الشرط منهما لأن الشرط بين المالك و العامل لا يؤثر في التزام شيء على المالكين»^١ واليه يرجع تعليقه المحقق النائيني ره على المتن حيث قال: «الظاهر توقف الصحة هنا أيضاً على إيقاع عقد الشركة أوّلًا بين المالكين متضمّنًا 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»^٢ واجاب عنه السيد الحكيم ره حيث قال في المستمسك: «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 المشتراط، بل يكفي أن يكون له غرض في الشرط و إن كانت

^١ - العروة الوثقى (المحشى) ج ٥ ص ١٨٥^٢ - نفس المصدر ص ١٨٤

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 أصلاً، كما يقتضيه عموم الأدلة^١. كما ان في كتاب المضاربة: «ويمكن الجواب بأن الالتزام والشرط إنما يصدق عليه بلحاظ العامل، فإنه لا يقبل إلّا بالالتزام المالك أن يكون حصة من الربح للثالث أيضاً، فهذا يكفي لصدق الالتزام والشرط عليه. نعم، يبقى مسألة الالتزام على الثالث بأن يملك مالاً بلا قبول وإنشاء منه رغباً عليه، وهذا لا دليل على مشروعيته، بل خلاف أدلة سلطنة الإنسان على نفسه وشؤونه. إلّا أن هذا لا يوجب بطلان الشرط المذكور، بل صحته منوطاً بقبوله»^٢.

ولكنه يلاحظ عليه بأنه بعدما كان موضوع نفوذ الشرط هو الالتزام المرتبط بالالتزام الآخر لا مطلق الالتزام فهذا العنوان لا يتحقق الا فيما اذا كان مضمون الالتزام التبعي متقوماً بنفس ما كان الالتزام الاصلي متقوماً به ومجرد وجود غرض لاحتطفي الالتزام الاصلي في مضمون الالتزام التبعي وكونه محط نظره لا يحقق الارتباط المعترف في نفوذ الشرط لانه ليس المراد من الضمنية مجرد الظرفية بل المراد منها التعلق والارتباط وهو لا يحصل الا بتقوم الشرط والالتزام التبعي بنفس ما كان العقد ملتزماً به اي يكون المشروط له والمشروط عليه نفس الطرفين في العقد والمفروض في شرط كون حصة من ربح مال احد المالكين للمالك الآخر انه لا يكون العامل مشروطاً له بل المشروط له هو المالك الآخر.

لا يقال: لا اشكال في انه لو شرط البايع على المشتري ضمن البيع ان يملك زيداً الذي هو اجنبي عن طرفي عقد البيع - الف دينار فهذا الشرط صحيح يشمله دليل نفوذ الشرط مع ان هذا الشرط انما تصل فائدته الى زيد ولا يكون البايع منتفعاً منه فليكن الشرط في المقام ايضاً من هذا القبيل .

فانه يقال: بعد ما بينا ان الشرط النافذ هو ما يكون قراراً بين طرفي العقد الذي يقع فيه الشرط بان يكون احدهما مشروطاً له والآخر مشروطاً عليه فكلما انطبق عليه هذا العنوان كان الشرط نافذاً والا فلا وحيث ان هذا العنوان يصدق في مورد النقض باعتباره بعد ما كان المشروط من قبيل الفعل كان للبايع مطالبة هذا الحق والزام المشتري بالوفاء بالشرط فيكون المشروط له نفس البايع فيصح هذا الشرط وهذا بخلاف شرط ملكية الثالث لمقدار من الربح على نحو شرط النتيجة فانه ليس عملاً يقوم به احد الطرفين ليملكه الآخر ويعد مشروطاً له وانما هي نتيجة قانونية وهذه النتيجة ليست مما ترتبط بالعامل، فتحصل ان الاشكال الثالث

^١ - المستمسك ج ١٢ ص ٣١٥ - ٣١٧

^٢ - كتاب المضاربة ص ٣٠٨ - ٣٠٩

على الوجه الثاني تامّ لأبأس به نعم هذا الاشكال كالأشكال الثاني انما يقتضي فساد الشرط فقط لافساد المضاربة المشتملة على هذا الشرط .

هذا ولكنه يمكن ان يقال: ان هذا الاشكال انما يتم لو كان الوجه في اختصاص الشرط النافذ بالالتزام ضمن الالتزام ان الشرط بمفهومه العرفي يختص بالالتزام ضمن الالتزام ولا يشمل الشرط الابتدائي كما عليه بعض الاعلام على ما تقدم في المباحث السابقة ، واما لوقلنا بان الشرط بمفهومه العرفي هو مطلق الالتزام الشامل للالتزام الابتدائي ولكنه لا يجب الوفاء بالشرط الابتدائي لقيام الاجماع والتسالم على عدم وجوب الوفاء به كما عليه المشهور فحيث ان المتيقن من الاجماع والتسالم ما اذا كان الشرط ابتدائياً ولم يذكر في العقد اصلاً ففي الزائد عن المتيقن _ومنه الشرط الذي وقع ضمن العقد وكان مرتبطاً باحد طرفي العقد لا بكلا طرفيه _ لا بد من الرجوع الى عموم دليل نفوذ الشرط .

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

ولكنه يجاب عنه اولاً بمنع المبنى وانه لافرق في وجوب الوفاء بالشرط بين ما اذا كان ضمن العقد اللازم او كان ضمن العقد الجائز وكون العقد الذي وقع الشرط ضمنه عقداً جائزاً لا يجب الوفاء به لا ينافي وجوب الوفاء بالشرط ضمنه مادام نفس العقد باقياً لم يفسخ ، وثانياً بانه يختص بالمضاربة الاذنية ولا يجري في المضاربة العهدية لوقلنا بصحتها أيضاً اذا قصدها المتعاملان .