

٢٦_ بطلان المضاربة بموت المالك او العامل

قال السيد الماتن ره في حكم الموضوع:

(مسألة ٢٩): 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 عروضاً فلا لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير التقدين و هل يجوز لوارث المالك إجازة العقد بعد موته قد يقال بعدم الجواز لعدم علة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعاً على ماله أو متعلق حقه و هذا بخلاف إجازة البطن السابق في الوقف أزيد من مدة حياته فإن البطن اللاحق يجوز له الإجازة لأن له حقاً بحسب جعل الواقف و أما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلاً 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 حقاً فيما زاد فلذا يصح إجازته و نظير المقام إجازة الشخص ماله مدة مات في أثناءها 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 علة 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 راجعاً 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 المالك ، و(الثالث): انه يجوز لورثة المالك اجازة العقد بعد موته .

اما (المطلب الاول والثاني):

فلا اشكال فيهما بناء على كون المضاربة عقداً ذنياً والوجه فيه انتفاء الاذن الموجب لترتب الاثر وهو الاتجار برأس المال بموت كل من المالك والعامل كما ورد التعليل بذلك في الشرائع والمسالك والحدائق والجواهر ففي الشرائع: «و بموت كل واحد منهما تبطل المضاربة لأنها في المعنى وكالة».^١ وفي المسالك: «قوله: (وموت كل منهما تبطل المضاربة، لأنها في معنى الوكالة) لما كان هذا العقد من العقود الجائزة بطل بما يبطل به، من موت كل منهما، وجنونه، وإغمائه، والحجر عليه للسفه، لأنه متصرف في مال غيره بإذنه: فهو كالوكيل».^٢ 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، وهو المراد من بطلان المضاربة هنا، و لأنها أيضاً من العقود الجائزة فتبطل بما تبطل به من موت كل منهما أو جنونه أو إغمائه أو الحجر عليه للسفه».^٣ وفي الجواهر: «و كيف كان فموت كل منهما تبطل المضاربة، لأنها في المعنى وكالة التي هي كغيرها من العقود الجائزة، نحو العارية و الوديعة تنسخ بالموت والجنون والإغماء، ونحو ذلك مما يقتضي بطلان الأذن من المالك التي هي بمنزلة الروح لهذا العقد وشبهه، بل ظاهر الأصحاب في المقام وغيره عدم تأثير إجازة الوارث أو ولي المالك في حال الجنون والإغماء، لتصريحهم بالانفساخ بعروض أحد هذه العوارض، و حينئذ فإذا أريد تجديدها مع وارث أحدهما اشترط في الثانية شروط الأولى من إنضاض المال دراهم و دنائير و غير ذلك كما هو واضح».^٤

لكن السيد الماتن ره علل المطلب الاول بانتفاء الاذن والمطلب الثاني بانتفاء الملك وانتقال المال بموته الى الوارث، وهذا ليس دليلاً آخر بل راجع الى بيان انتفاء الاذن باعتبار ان مورد الاذن هو ملك المالك وانتفائه موجب لانتفاء الاذن الذي هو مضمون العقد الاذني نعم لو كان علل المطلب الثاني ايضاً بانتفاء الاذن صريحاً لكان أولى لانه كان عندئذ اعطاء قاعدة عامة تنطبق على مورد البحث (موت المالك الذي يوجب انتفاء الملك) وما اذا لم ينتف الملك لكن انتفى الاذن لعدم قابلية المالك كما اذا صار المالك مجنوناً والا فبالنسبة

^١ -الشرائع ج ٢ ص ١١١

^٢ -المسالك ج ٣ ص ٣٥٣

^٣ -الحدائق ج ٢١ ص ٢١٧

^٤ -الجواهر ج ٢٦ ص ٣٥٥

الى تعليل الحكم في المطلب الثاني لاقتصور فيما علل به الماتن ره، هذا كله بناء على كون المضاربة عقداً اذنيّاً واما اذا كانت المضاربة عقداً عهديّاً فهل يتم المطلبان فيها او لا؟ ذكر بعض الاعلام ان ماذكره الماتن ره من بطلان المضاربة بموت العامل او المالك يتم في المضاربة الاذنية لا العهدية إذ المضاربة العهدية يحصل فيها حق أو ملك لكل من العامل والمالك بالنسبة لما يملكه الآخر، وهذا الحق أو الملك لا يتوقف بقائه على بقاء رضا المالك وإذنه، كما في سائر عقود المعاوضة أو العقود العهدية، إلّا إذا كان العمل المباشري للعامل متعلقاً للمضاربة العهدية لا العمل على ذمته، فتبطل المضاربة العهدية أيضاً بموت العامل، كما في إجارته بنحو المباشرة»^١.

ولكنه يلاحظ عليه بان مجرد حصول الحق او الملك في المضاربة العهدية لا يكفي في بقاء العقد بموت احدهما فانه يمكن ان يكون العقد متضمناً للملك او الحق الا انه لتقومه باشخاص خاصة لا يبقى بموت احد طرفي العقد كما هو الحال في عقد النكاح ومن هنا ذكر السيد الحكيم ره «ان المالك ركن في عقد المضاربة كالعامل فاذا مات أحدهما بطل العقد ضرورة كما في موت أحد الزوجين»^٢. وهذا يعني ان عقد المضاربة بحسب المدلول الانشائي متقوم بالمالك والعامل باشخاصهما وهذا المعنى لا يصلح للبقاء مع انتفاء احد الطرفين والدليل على تقوم عقد المضاربة بذلك هو الفهم العرفي والارتكاز العقلائي في معنى المضاربة _ التي هي دفع احد ماله للآخر ليتجربه _ سواء فسرناها بالعقد الاذني او بالعقد العهدي، ولا اقل من احتمال اخذه في معنى المضاربة ومن المعلوم ان مع احتمال ذلك لا يمكن التمسك باطلاق الادلة لتصحيح بقاء العقد بعد موت احد الطرفين .

واما (المطلب الثالث) _ جواز اجازة ورثة المالك العقد بعد موته _:

فقد ذكر السيد الماتن ره انه قد يقال بعدم الجواز لعدم علقه للوارث بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعاً على ماله او متعلق حقه حتى يكون قابلاً لاجازة الوارث بل الوارث اجنبي عن العقد ومعه لا معنى لاجازته ذلك ، لكن يمكن ان يقال يكفي في صحة الاجازة كون المال في معرض الانتقال اليه وان لم يكن له علقه به حال العقد وقد نوقش في هذا البيان بوجه

^١ - كتاب المضاربة ص ٣١١

^٢ - المستمسك ج ١٢ ص ٣٢٠

(الوجه الأول): ما ذكره السيد الحكيم ره من «ان المالك ركن في عقد المضاربة كالعامل فاذا مات أحدهما بطل العقد ضرورة كما في موت أحد الزوجين فلا يمكن جعل إبقائه أبداً كما ذكر المحقق رحمه الله فلا يمكن إبقاء العقد، لا بالإجازة ولا بالإبقاء، ولا بغير ذلك نعم يمكن إيقاع عقد المضاربة بين الوارث والعامل إذا اجتمعت الشرائط»^١ واجيب عنه في كتاب المضاربة «بان الركن في عقد المضاربة المال والعمل، لا ملكية المال أو العمل، ومن هنا يعقل إيقاعها فضولة على مال الغير وتصح باجازه. ومنه يظهر بطلان قياس موت المالك بموت العامل؛ لأن الثاني رافع لنفس العمل المملوك - إذا كان بنحو المباشرة - لا ملكيته، بخلاف الأول فإنه لا يوجب ارتفاع المال، بل تبدل الملكية فيقال بأنه لا ضير في تبدلها إذا كان إذن من يشترط إذنه ورضاه محفوظاً بقاءً»^٢.

ولكنه يلاحظ عليه بان معنى تقوم عقد المضاربة بالمالك والعامل وكونهما ركنين فيه هو ان هذا المضمون الانشائي الخاص متقوم بهما بشخصهما باعتبارانه علقه ونسبة بينهما بشخصهما كما هو الحال في عقد النكاح وتقوم العقد بذلك لا يرتبط بكيفية ايجاده هذه العلقه وانه تجري فيها الفضولية او لا؟ لانه يمكن ان يكون المعنى الانشائي متقوماً بشخصين ولكن ايجاد ذاك المعنى في عالم الاعتبار لا يكون متوقفاً على صدور العقد منهما مباشرة بل كما يتحقق العقد بتصدي الطرفين لاجراء العقد مباشرة كذلك يتحقق بتسبيب الطرفين لاجراء العقد وتوكيلهما وحيث انه لا يتوقف على الصدور المباشري تجري فيه الفضولية لان الاجازة المتأخرة يوجب استناد العقد الى مالكة كما هو الحال في عقد النكاح فليس في ايقاع المضاربة فضولة شهادة على عدم تقوم عقد المضاربة بالمالك والعامل ، واما الدليل على ان المضاربة متقومة بشخص المالك والعامل وانهما ركنان في عقد المضاربة فقد تقدم ذيل المطلبين الاولين وتقدم انه لا فرق فيه بين ما لو بينا على ان المضاربة عقداذني او قلنا بانه عقدعهدي يتضمن الحق او الملك.

(الوجه الثاني): ما ذكره السيد الحكيم ره ايضاً من «ان الإجازة لا تصح الا بشرطين (الأول): أن يكون العقد المجاز صادراً من غير الولي عليه، فلا يصح منه إلا بالإجازة.

^١ - نفس المصدر

^٢ - كتاب المضاربة ص ٣١٥

(الثاني): أن يكون للمجيز ولاية على العقد، فإذا انتفى ذلك لم تصح الإجازة. وهذا الشرطان موجودان في الأمثلة المذكورة في الجواهر وفي المتن، أما فيما نحن فيه فمفقودان معاً، إذ العقد الواقع من المالك صادر من الولي عليه فيصح، ولا معنى لإجازته والإجازة 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.^١

واجب عنه في كتاب المضاربة بأن أنه لا يشترط ولاية المجيز على العقد حينه بل حين الإجازة، بدليل صحة إجازة من باع ثم ملك، وهذا محفوظ في المقام بالنسبة للزمان الثاني. كما أن الشرط الأول 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، وإنما اللازم الشرط الأول 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 مالكا لرأس المال في هذا الزمان، فيمكنه امضائه وإجازة بقاء العقد الإذني بلحاظ هذا الزمان. وكذلك يقال بالنسبة لإجازة الوارث لمدة الإجازة الباقية بعد موت المورث بناءً على القول ببطلان الإجازة بموت المالك لعدم ملكه لمنفعة ما بعد حياته وملكه للرقبة وإن كان الصحيح خلافه فإن المالك فعلاً للرقبة يملك منافعتها المستقبلية أيضاً فعلاً فيمكنه تملكها إلى الغير بالإجازة بالفعل، ومعه تنتقل الرقبة مسلوقة بالمنفعة في تلك المدة للوارث كما هو محقق في كتاب الإجازة.^٢

ولكنه يلاحظ عليه بالنسبة إلى ما ذكر في الإرادة على الشرط الأول بأن صحة إجازة من باع شيئاً ثم ملك محل خلاف فلا يمكن الاستناد إليه في حكم المسألة نعم لو قلنا بأن الحكم بصحته على طبق القاعدة تم الإرادة المذكور، وأما بالنسبة إلى ما ذكر في الإرادة على الشرط الثاني فيرد عليه أن المراد من الشرط الثاني أن الإجازة إنما تنفذ فيما إذا كان العقد حين وقوعه غير واجد للشرائط وبالإجازة تتم شرائطه وإذا كان العقد حين وقوعه واجداً لجميع شرائطه فلا معنى لتصحيحه بالإجازة، ومن المعلوم أن عدم تمامية الشرائط يعم ما إذا لم يكن العقد صادراً من المالك وما إذا كان صادراً منه لكن كان المورد مما تعلق به حق غيره وهذا الشرط متوفر في بيع الراهن والعبد بخلاف المقام، نعم يمكن أن يستشكل في اعتبار الشرط الثاني بأنه لا دليل على اعتباره لأن المناط في نفوذ الإجازة هو أن يتحقق الإجازة

^١ - المستمسك ج ١٢ ص ٣١٩ - ٣٢٠

^٢ - كتاب المضاربة ص ٣١٤ - ٣١٥

يتمّ العقد الواجد للشرائط فيكون مؤثراً سواء كان العقد حين وقوعه غير واجد للشرائط و بالاجازة تتمّ شرائطه او كان العقد حين وقوعه واجداً للشرائط لكن في الزمان المتأخّر يفتقد شرطاً وبالاجازة تتمّ الشرائط وذلك لان المفروض ان صحة العقد بالاجازة تكون بمقتضى القاعدة ومن جهة حصول الموضوع وهو تحقق العقد الواجد للشرائط وبملاحظة ذلك لافرق بين القسمين .

(الوجه الثالث) : ما ذكره السيد الحكيم ره ايضاً من «ان الاجازة لا تكون مؤثرة في المقام لان تأثيرها في صحة العقد ان كان بلحاظ الحدوث _ كما في اجازة الفضولي _ فالعقد لا قصور فيه من هذه الجهة كي يحتاج الى الاجازة و الاجازة صادرة ممن لا تعلق له بالعقد و ان اريد اجازته بلحاظ البقاء فيرد عليه اولاً ان البقاء ليس مجعولاً لأن بقاء العقد بنفسه لا يجعل جاعل، وثانياً انه في المقام متعذر لأن المفروض بطلان العقد بموت المالك فكيف يمكن إبقاؤه؟!، وثالثاً انه غير مقصود للمجيز»^١، واجيب في المستمك عن الاشكال الاول _ الاشكال بان البقاء لا يحتاج الى جعل _ بان ذلك مسلم اذا لم يكن موجب للبطلان كما في المقام، اما معه فيصح جعل البقاء، ويكون مستنداً الى الجعل لا لنفسه وعن الاشكال الثاني _ الاشكال 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»^٢ كما انه يمكن الجواب عن الاشكال الثالث _ الاشكال بكون البقاء غير مقصود للمجيز _ بان مقصود المجيز اصل كون مملوكه مورداً للمضاربة _ لا كونه مورداً للمضاربة الحادثة والصادرة من نفسه مستقلاً بل كونه مورداً للمضاربة والاتجار به ولو باستمرار المضاربة الواقعة عليه سابقاً _ وحيث ان هذا المملوك كان مورداً لعقد المضاربة الصادر من مورثه امكن إبقائه على حاله السابق باجازة العقد الواقع 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

^١ - المستمك ج ١٢ ص ٣٢٠ والظاهر ان وجه كون الابقاء غير مقصود للمجيز ان مقصود المجيز هو جعل مال نفسه مورداً للمضاربة لاجل مال مورثه و ابقاء العقد

السابق على حاله يعني جعل مال المورث مورداً للمضاربة

^٢ - نفس المصدر

حرمان العامل في إحدى المضاربتين عن بعض الربح و تحميله لبعض الخسارة، وهذا مما لا يمكن الالتزام به لمنافاته لما دل على عدم تحمل العامل لشيء من الخسران»^١.

ولكنه يلاحظ عليه بأنه تارة نفرض ان المضاربة الواقعة على مال المورث والتي اجازها الوارث مضاربتان مستقلتان واخرى نفرض انها مضاربة واحدة _ كما عليه السيد الماتن ره _ فلو كانت المضاربة الواقعة في البين متعددة وكانت المضاربة التي وقعت مورداً لاجازة الوارث مضاربة جديدة غير المضاربة السابقة فلامعنى لتدارك الخسران الواقع في إحدى المضاربتين من الربح الحاصل في المضاربة الاخرى، واما لوبينا على ان المضاربة الواقعة في البين مضاربة واحدة _ كما عليه السيد الماتن ره _ فلا تلاحظ كل واحد من التجارات مستقلة بل يلاحظ مجموع التجارات بما هو مجموع وعليه فاذا وقع الخسران في التجارة الاولى الواقعة زمان حياة المورث فهو يتدارك بالربح الحاصل بالتجارة الثانية الواقعة بعدموته كما هو الحال في التجارتين الواقعتين على مال المالك الواحد فلا يكون هذا نقضاً على ما اختاره الماتن ره في المقام الا ان يوجه هذا النقض بأنه لا اشكال في ان العامل لا يتحمل شيئاً من الخسران وهذا الحكم يفيدنا في تعيين ان المضاربة الواقعة في البين مضاربة واحدة او مضاربتان مستقلتان وذلك لانه لو كانت التجارة الواقعة في حياة المورث مخسرة والتجارة الواقعة بعدموته مربحة فالحكم بالجبر وحرمان العامل من الربح الحاصل من التجارة الثانية يعدّ في نظر العرف من قبيل تحمل العامل للخسارة في المضاربة وهذا يكشف عن ان المضاربة الواقعة في البين متعددة لا واحدة فالنقض يرجع الى نكتة اثباتية حيث ان السيد الماتن ره يدعي ان المضاربة الواقعة في البين واحدة والقول الآخر انها مضاربتان مستقلتان فيستند الى نظر العرف في تعيين الصحيح من القولين وانه يرى المورد من المضاربة المتعددة ويعدّ حرمان العامل من ربح التجارة الجديدة من تحمل العامل للخسارة في المضاربة، لكنه يناقش فيه بان حكم العرف بان المورد من موارد تحمل العامل للخسارة في المضاربة يتوقف على تعيين ان المضاربة الواقعة في البين واحدة او متعددة والافمغ قطع النظر عنه لا يمكن للعرف ان يحكم بان المورد من موارد تحمل العمل للخسارة او لا؟ فلا يمكن الاستناد الى نظر العرف في الكشف عن كون المضاربة الواقعة في البين واحدة او متعددة.

(الوجه الخامس): ما في كتاب المضاربة من ان حقيقة العقد الإذني ليست إلّا إبراز الرضا وإذن المالك بتصرف الغير في المال، فترتفع حرمة الوضعية، أي الضمان والتكليفية لا أكثر، وهذا مقيّد ذاتاً وموضوعاً بالملك، فإذا تبدّلت الملكية انتهى العقد حقيقة وواقعاً؛ لأنّ

^١ - مباني العروة ج ١ ص ٩٢-٩٣

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 إبقاء نفس العقد موضوعاً وحكماً نعم، قد يصح هذا في موارد عروض قصور في الأهلية مع بقاء الملك، كما إذا عرض الجنون أو السفه على المالك فأجاز الولي بقاء المضاربة والعقد الإذني؛ لأنه قد اعتبر رضاه وإذنه بمنزلة إذن المولى عليه، وأمّا مع تبدل الملكية وتجديدها فلا موضوع لبقاء إذن المالك الأول، بل يكون إذن المالك الجديد عقداً إذنياً جديداً من زمان ملكه، سواء أبرز بعنوان المضاربة أو بلسان الإجازة، وهذا بخلاف العقود العهدية التي تتضمن حصول حق أو التزام في المال ثابت للطرف الآخر في المال، وإن كان حدوثه منوطاً برضا المالك إلّا أنّ بقاءه غير منوط برضاه ومستقل عنه»^١.

قول: هذا في الحقيقة راجع الى الوجه الاول وهوان المالك والعامل ركنان في عقد المضاربة الا انه يعترف به في العقد الإذني لا العهدي لكنه كما ذكرنا في الوجه الاول حيث ان بالرجوع الى الارتكاز العرفي في معنى عقد المضاربة يثبت ركنية المالك والعامل في عقد المضاربة ومقومتهم له فلا فرق بين كون المضاربة عقداً إذنياً او عقداً عهدياً وهذا يعني ان المضاربة حتى لو كانت عقداً عهدياً الا انه باعتبار ان هذا العهد صدر من المالك بما انه شخص خاص فلا معنى لبقاء العقد بعد انتفاء ركنه ومقومه .

والمتحصل مما ذكرنا ان ما ذكره السيد الماتن ره في المطلب الثالث من انه يجوز لوارث المالك اجازة العقد وابقائه بعد موت الوارث لا يتم والصحيح في الاشكال عليه هو الوجه الاول وهو كون المالك والعامل ركنين في عقد المضاربة ولا معنى لبقاء العقد بعد انتفاء ركنه.

٢٧- عدم جواز توكيل العامل او استتجاره غيره لنفس التجارة وجواز التوكيل

او الاستتجار لبعض المقدمات

قال السيد الماتن ره في حكم الموضوع :

(مسألة ٣٠): لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلاً في عمله أو يستأجر أجيراً إلا بإذن المالك نعم لا بأس بالتوكيل أو الاستتجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف و أما الإيكال إلى الغير وكالة أو استتجاراً 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 ذكره قده على طبق القاعدة والوجه في الفرق بين المقامين كما ذكره الاعلام قدهم هو ان المضاربة عقد اذني ومن المعلوم ان جواز التصرف في المال وكونه عملاً بالمضاربة يدور مدار وجود الاذن وحيث ان المتعارف من المضاربة استعمال العامل في التجارة مباشرة، فلو وقعت التجارة من غير العامل بالتوكيل او الاستتجار فهو خارج عن مورد الاذن ولا يكون عملاً بعقد المضاربة وهذا بخلاف التوكيل او الاستتجار في المقدمات كاستتجار الحمال على نقل البضائع او الدلال على الدلالة على البيع والشراء فانه لما كان المتعارف فيها التوكيل او الاستتجار فالتعارف المذكور قرينة على رضا المالك بذلك التصرف وكونه داخلاً في مورد الاذن وعملاً بالمضاربة فاطلاق المضاربة يقتضي الاذن في التوكيل او الاستتجار في المقدمات الا إذا كانت قرينة على الخلاف والضابط العام في الجميع - كما في المستمسك - وجوب ان يكون العمل بإذن المالك المستفادة من الإطلاق او من صريح الخطاب، او من العادة او غير ذلك من القرائن فإذا لم تعلم لم يجز التصرف^١.

هذا اذا قلنا بان المضاربة عقد اذني وكذلك الحال لو قلنا بكونها عقداً عهدياً لان كون العمل الخارجي مصداقاً للعمل بالمضاربة يتوقف على كونه داخلاً في مورد العهد والدليل على ذلك هو اطلاق العقد مع وجود التعارف او صريح الخطاب او غير ذلك من القرائن فاذا لم تعلم لم يجز التصرف في رأس المال تكليفاً ولم يترتب عليه اثر العقد وضعاً.

^١ - المستمسك ج ١٢ ص ٣٢٢