پیوست شماره ۳: ترکیب در عقد مضاربه؟

- دیدگاه موافقین:
- دیدگاه مخالفین:

دیدگاه موافقین:

فخر المحققین

أقول: لانه اشترى للمضاربة **و الشراء للمضاربة وه الشراء للمالك لأنها وكالة في الابتداء ثم تصير وكالة و شركة في الأثناء و شركة في الانتهاء** و قد اجازه المالك لكن لا تكون مضاربة (و من) حيث ان المال ثبت ابتداء عليه و الثمن (و المثمن- خ ل) له فلا ينتقل الا بعقد مستأنف و لأن المضاربة انفسخت بالتلف فصار كما لو اشترى قبل قبض شيء للمضاربة و أجاز المالك[1].

ابن فهد

الثاني: هذا العقد مركّب من عقود، فهو في الابتداء أمين، و مع التصرف وكيل، و مع ظهور الربح شريك، و مع فساد العقد أجير، و مع التعدّي غاصب، و إذا مات المالك انفسخت، فان كان الوارث عالما كانت كالوديعة لا يجب دفعها الاّ مع التلف، و ان لم يكن عالما كانت أمانة مطلقة. يجب ردّها على الفور و إعلام المالك بها، فيضمن مع عدمه و إن كان بها عروض، فان كان قد ظهر منها ربح قبل الموت فهو شريك بقدر حصته المشروطة، و إن لم يكن ظهر ربح و أذن له الوارث في بيعها استحقت اجرة البيع إن لم يتبرع به، سواء باعها بربح ظهر بعد موته، أو لحصول راغب، أو خسرة. و لو أقرّه الوارث على المضاربة لم يصح، أمّا لو كان المال انضّ فأقرّه فالأقوى انعقادها بلفظ التقرير، لأنها عقد جائز فلا يتوقف على لفظ معيّن، بل يكفي حصول المعنى[2].

شهید ثانی

و عقد القراض مركّب من عقود كثيرة، لأنّ العامل مع صحّة العقد و عدم ظهور ربح و دعي أمين، و مع ظهوره شريك، و مع التعدّي غاصب، و في تصرّفه وكيل، و مع فساد العقد أجير[3].

---

[1] إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد؛ ج2، ص: 329

[2] المهذب البارع في شرح المختصر النافع؛ ج2، ص: 555

[3] مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج4، ص: 344

دیدگاه مخالفین:

شیخ حسن کاشف الغطاء

وه عقد من العقود المستقلة و أن أفاد ثمرات عقود أخر إذا وقع صحيحاً وأ فاسداً فيثمر ثمرة الوديعة بالنسبة إلى قبض المال من العامل سيما مع عدم ظهور الربح و ثمرة الشركة مع ظهوره و ثمرة الوكالة بالنسبة إلى تصرفه و ثمرة الإجارة مع فساده و ثمرة العقد المضمون مع عدم تعديه و تفريطه **فالقول بأنه عقد مركب من عقود كثيرة غير متجه**[1]

سید مجاهد

منهل تبطل المضاربة بموت كل من المالك و العامل

كما في ع و ف و د و التحرير و د و التبصرة و كره و التنقيح و ك و مجمع الفائدة و الكفاية و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتّفاق عليه و قد صرّح بنفي الخلاف فيه في ض و غيره و منها ما احتج في ع و كره و مجمع الفائدة من ان المضاربة في معنى الوكالة و الحكم فيها ذلك و قد يناقش فيما ذكروه بانهم ان ارادوا انّ المضاربة فرد من افراد الوكالة حقيقة فهو ظ البطلان لأنّه يصح سلب اسم الوكالة عنها و اسم الوكيل عن العامل و اسم الموكّل عن رب المال لغة و عرفا و شرعا و يؤيّده عدم التّبادر و عدم صحّة التقسيم و التقييد و الاستثناء و حسن الاستفهام و غير ذلك من الامارات الدالّة على وضع اللفظ فلا يندرج المضاربة تحت العمومات و الاطلاقات الدالة على احكام الوكالة سلّمنا انّها تشمل المضاربة حقيقة و لكن لا ريب في انها من الافراد الغير المفهومة من الاطلاق فلا يشملها و ان أرادوا انّها بمنزلة الوكالة فيجاب عنه بعدم ظهور خطاب من الكتاب و السّنة دال على ذلك فت و منها ما نبّه عليه في لك بقوله لما كان هذا العقد من العقود الجائزة بطل بما يبطل به من موت كلّ منهما و جنونه و اغمائه و الحجر عليه بالسّفه لأنّه متصرف في مال غيره باذنه فهو كالوكيل و قد يجاب عما ذكره بالمنع من ان كلّ عقد جائز يبطل بموت

كل من المتعاقدين لعدم الدّليل عليه من الادلة الاربعة مع انّ الاصل بقاء الصّحّة و عدم البطلان و منها ما استدل به في مجمع الفائدة و ض من انتقال المال الى الوارث في موت المالك فلا اثر لإذنه السّابق في ملك الغير و اختصاص الاذن في التّصرف بالعامل فلا يتعدّى الى وارثه و فيما ذكراه نظر[2]

شیخ محمدحسین کاشف الغطاء

الفصل الثاني (في بيان أحكام المضاربة)

(مادة: ١٤١٣) المضارب أمين- رأس المال في يده في حكم الوديعة

و من جهة تصرفه في رأس المال هو و كل رب المال و إذا ربح يكون شريكا فيه، عرفت فيما سبق ان الشركة و المضاربة وقوع مستقلة أثرها صحة التصرف فهي و ان أفادت فائدة الوكالة و لكن المضاربة وقوع مستقلة أثرها صحة التصرف فهي و ان أفادت فائدة الوكالة و لكن الدخل للوكالة فيها و الهي متضمنة لها كما انها تختلف عن الوديعة بأن الوديعة قبض متمحض لمصلحة المالك و المضاربة كالإجارة القبض فيها لمصلحة الطرفين و بهذا يختلف حكمها عن الوديعة في بعض الجهات[3].

بررسی دیدگاه صاحب جواهر

و الا يتوكل الذمي على تحصيل حق من المسلم للذمي، و الا للمسلم على القول المشهور بل في التذكرة و التنقيح و عن ظاهر المهذب و المسالك و غيرهما الإجماع عليه، و هو إن تم، الحجة، الا الآية التي الا يخفى عليك ما في دلالتها على ذلك، خصوصا بعد ورود تفسيرها بأن المراد من السبيل الحجة، على أن ذلك هو سبيل صاحب الحق الذي فرعه الوكيل.

و **الا إشكال في جواز مضاربة الذمي، و إن باع من مسلم و طالب بالثمن، و هي متضمنة للوكالة،** أي بعد أن كان الدليل الإجماع، الا الآية، و حينئذ فلا معنى للتعدي عن مورد الإجماع اللهم إلا أن يدعى الأولوية الممنوعة. و إن جزم بها في الرياض تبعا للشهيد في المسالك بل قد يقال بجواز الاذن له في ذلك، و إن لم يكن وكالة فإنها هي مورد الإجماع المزبور.

بل قد يقال: بجواز وكالة المسلم له على استيفاء ماله في ذمة المسلم، بما للمسلم في يده من المال، لعدم اندراجه في الإجماع الظاهر في غير الفرض، كما أنه ظاهر في الاختصاص بما إذا تضمن الوكالة نوع قهر و سلطنة للتعبير بلفظ على، و الاستدلال بالآية.

أما غيره كالوكالة في العقد معه أو إعطاؤه دينارا مثلا فالمتجه الجواز، وفاقا لجماعة من متأخري المتأخرين، لعموم أدلته، خلافا للمحكي عن ابن زهرة من المنع عن توكله على تزويج المسلمة من المسلم، و عن توكيل المسلم على تزويج المشركة من الكافر، مدعيا عليه إجماع الإمامية، معللا ذلك بأنهما لا يملكان لأنفسهما ذلك، و فيه منع واضح، بل قد عرفت أن الضابط في الوكيل جواز مباشرته بنفسه، لا جوازه لنفسه و لله العالم[4].

الثالث: أن يكون مملوكا للموكل اتفاقا منا كما في جامع المقاصد «فلو وكله على طلاق امرأة سينكحها أو عتق عبد سيملكه أو بيع ثوب سيشتريه لم يصح نعم لو وكله على شراء عبد و عتقه أو ثوب و بيعه جاز، و منه كما في جامع المقاصد ما لو قال: طلق زوجتي ثلاثا فإنه يكون وكيلا في الرجعيتين بينهما، قال: و لكن

يرد عليه أن ذلك توكيل في تصرف لا يملكه الموكل وقت التوكيل، فإن الرجعة انما يملكها بعد الطلاق فحقه أن لا يصح.

ثم أجاب بأنه ليس ببعيد أن يقال: إن التوكيل في مثل هذا جائز لأنه وقع تابعا لغيره، و نحوه ما لو وكله في شراء شاتين، و بيع إحداهما أما لو وكله فيما لا يملكه استقلالا كما لو وكل في طلاق زوجة سينكحها لم يصح، و الفرق بين وقوع الشيء أصالة و تبعا كثير، لأن التابع وقع مكملا بعد الحكم بصحة الوكالة، و استكمال أركانها، و قد وقع الإيماء إلى ذلك في التذكرة.

قلت: و قد تبعه عليه كل من تأخر عنه، و نظره في الوقف على المعدوم أصالة و تبعا.

لكن الإنصاف أنه ليس بشيء عند التأمل، فإن النظائر ال تصلح لأن تكون دليلا، و دعوى تواطؤ العموم له دون الأول مجرد اقتراح، و إنكار جواز مطلق مكابرة، **بل مشروعية المضاربة حجة عليه، فإنها من الوكالة أيضا** فال بد أن يقال مما- يرجع منها الى معنى التعليق باطل، باعتبار اقتضاء تأخير متعلقها تأخرها أما المال يرجع إلى ذلك بان جعله وكيلا عنه و نائبا منابه فيما هو أهل له، و ولاية شخص خاص، بل وكل شخص على الشراء و آخر على بيع ما يشتريه ذلك، لكن على الوجه المزبور و نائبا منابه و باالجملة ال يبعد القول بمشروعية الوكالة لما ذكرناه من عمومها في جعل الشخص قائما مقامه في كل ما هو أهل له، من غير فرق بين الموجود و المتجدد له من ملك و غيره.[5]

و كيف كان فقد علم مما ذكرنا أن المضاربة دفع الإنسان إلى غيره المال ليعمل فيه بحصة من ربحه، و لكن يتبعها أحكام عقود كالوكالة و الوديعة و الشركة، و غيرها كالغصب و أجرة المثل و نحوها، و الظاهر أنه المراد مما في المسالك من أن عقد القراض مركب من عقود كثيرة، لأن العامل- مع صحة العقد و عدم ظهور ربح- و دعي أمين، و مع ظهوره شريك، و مع التعدي غاصب، و في تصرفه وكيل، و مع فساد العقد أجير، ال أن المراد إنشاء هذه العقود بإنشاء عقدها، و إال كان محل للنظر، مضافا إلى ما في ذكر الغصب و أجرة المثل، و الشركة في الربح في العقود[6].

[المسألة الثانية إذا اشترى العامل من ينعتق على رب المال فإن كان بإذنه صح و ينعتق]

المسألة الثانية: إذا اشترى العامل من ينعتق على رب المال، فإن كان بإذنه صح الشراء و ينعتق قهرا عليه لعدم ملك الولد العمودين فإن فضل شيء من المال الذي دفعه للقراض عن ثمنه كان هو أي الباقي قراضا لعدم انفساخ عقده، و إال بطل القراض، لأن مبنى عقد القراض على طلب الربح، فكل تصرف ينافيه يكون باطال، و من جملته شراء من ينعتق على المالك، لأنه تخسير محض، فضال عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد، فمع فرض ذا ن المالك فيه و شراء العامل له بعنوان هذه الإذن **لم يكن ذلك من تصرف المضاربة، و انما هو من تصرف الوكالة الخارجة عنها،** فتبطل حينئذ في ثمنها الذي هو بمنزلة استرداد المالك له، و يكون الباقي حينئذ رأس المال ان كان، و إال بطلت المضاربة من أصلها، هذا كله إذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء.[7]

أما غير ذلك مما يعتبر في غيرها من العقود، كالتواصل و التنجيز فيبقى على مقتضى ما دل على اعتباره، الذي ال فرق فيه بين الجائز و الالزم، ضرورة كونه من كيفيات العقد، و التوسع في العقود الجائزة بالنسبة إلى االكتفاء في إيجابها مثال بكل لفظ، ال يقتضي التوسع فيها بالنسبة إلى ذلك، **و ثبوته في الوكالة للدليل، ال يقتضي الثبوت في غيرها(اى المضاربه)،** بعد حرمة القياس، هذا كله في التواصل أما التنجيز فال ريب في اعتباره، لاتحاد الطريق فيها و في العقد الالزم كما حققناه في محله. و لله العالم[8].

و كيف كان فبموت كل منهما تبطل المضاربة، **ألنها في المعنى وكالة التي هي كغيرها من العقود الجائزة**، نحو العارية و الوديعة تنفسخ بالموت و الجنون و اإلغماء، و نحو ذلك مما يقتضي بطالن 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 اإلغماء، 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[9].

[1] أنوار الفقاهة - كتاب المضاربة (لكاشف الغطاء، حسن)؛ ص: 1

[2] كتاب المناهل؛ ص: ٢٠٥-٢٠٦

[3] تحرير المجلة؛ ج2قسم1، ص: 287

[4] جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج27، ص: 396

[5] جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج27، ص: 384-٣٨٥

[6] جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج26، ص: 338

[7] جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج26، ص: 380

[8] جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج26، ص: 340

[9] جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج26، ص: 355