

کتاب المضاربه

(وَهِيَ أَنْ يَدْفَعَ مَالًا إِلَى غَيْرِهِ لِيَعْمَلَ فِيهِ بِحِصَّةٍ مُعَيَّنَةٍ مِنْ رِيحِهِ) مَاخُودَةٌ مِنْ الضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ، لِأَنَّ الْعَامِلَ يَضْرِبُ فِيهَا لِلسَّعْيِ عَلَى التَّجَارَةِ وَابْتِغَاءِ الرِّيحِ بِطَلَبِ صَاحِبِ الْمَالِ، فَكَأَنَّ الضَّرْبَ مُسَبَّبٌ عَنْهُمَا، فَتَحَقَّقَتِ الْمُفَاعَلَةُ لِذَلِكَ، أَوْ مِنْ ضَرْبِ كُلِّ مِنْهُمَا فِي الرِّيحِ بِسَنَمٍ، أَوْ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرْبِ بِالْمَالِ وَتَقْلِيْبِهِ.

وَ أَهْلُ الْحِجَازِ يُسَمُّونَهَا قِرَاضًا مِنَ الْقِرَاضِ وَ هُوَ الْقَطْعُ، كَأَنَّ صَاحِبَ الْمَالِ افْتَطَعَ مِنْهُ قِطْعَةً وَ سَلَّمَهَا إِلَى الْعَامِلِ، أَوْ افْتَطَعَ لَهُ قِطْعَةً مِنَ الرِّيحِ فِي مُفَابَلَةِ عَمَلِهِ، أَوْ مِنَ الْمُقَارَضَةِ وَ هِيَ الْمُسَاوَاةُ، وَ مِنْهُ: «فَارِضِ النَّاسِ مَا فَارِضُوكَ فَإِنْ تَرَكْتَهُمْ لَمْ يَتْرُكُوكَ».

وَ وَجْهُ التَّسَاوِي هُنَا أَنَّ الْمَالَ مِنْ جِهَةٍ، وَ الْعَمَلُ مِنْ أُخْرَى، وَ الرِّيحُ فِي مُقَابِلِهِمَا، فَقَدْ تَسَاوَا فِي قِرَاضِ الْعَقْدِ، أَوْ أَصْلِ اسْتِحْقَاقِ الرِّيحِ وَ إِنْ اخْتَلَفَا فِي كَمِّيَّتِهِ.

مضاربه به معنای آن است که شخص، مالی را به دیگری می دهد تا در مقابل سهم مشخصی از سود حاصله، با آن مال و سرمایه کار کند و کلمه «مضاربه» به معنای گام زدن بر روی زمین است زیرا عامل به درخواست صاحب سرمایه، بر روی زمین گام می زند تا برای تجارت و کسب سود، تلاش کند و گویی که گام زدن و تجارت ناشی از اراده مالک و عامل می باشد بنابراین به همین جهت [یعنی به جهت اراده دو طرف]، عمل طرفینی صورت می گیرد. [تفسیر دیگر برای کلمه «مضاربه»، به معنای کسر کردن است که] هر یک از مالک و عامل بخشی از سود را برای خود برمی دارد [و ضرب می کند. تفسیر دیگر به معنای به جریان افتادن است که] سرمایه به جریان می افتد و با مال دیگری عوض می شود. و اهل حجاز، واژه «قراض» را بکار می بردند که از قرض به معنای جدا کردن گرفته شده است زیرا گویی صاحب مال و سرمایه، مقداری از مال خود را جدا می کند و آن را به عامل می دهد یا مقداری از سود را در مقابل عمل وی جدا کرده و به او می دهد یا از کلمه «مقارضه» به معنای مساوات گرفته شده است و

عبارتی که می‌گوید: «با مردم آنچنان سخن بگو که در مورد تو سخن می‌گویند پس اگر آنان را ترک کنی، آنها تو را ترک نمی‌گویند» از همین ریشه گرفته شده است و علت تساوی در اینجا آن است که سرمایه از یک طرف و عمل از طرف دیگر قرار داده می‌شود و سود در مقابل سرمایه و عمل قرار می‌گیرد که در شکل‌گیری عقد و اصل استحقاق سود، مساوی هستند [یعنی هر دو، در انعقاد عقد دخالت دارند] هر چند در مقدار سود تفاوت داشته باشند [مثلاً قرار باشد که یک سوم سود به عامل و دو سوم به صاحب سرمایه، تعلق بگیرد. مضاربه را می‌توان یکی از اقسام مشارکت دانست یعنی مشارکتی که میان مالک و عامل صورت می‌گیرد البته این مشارکت، فاقد شخصیت حقوقی می‌باشد و کلیه اعمال به نام عامل انجام می‌شود و زیان آن به صاحب سرمایه می‌رسد برخلاف سایر مشارکت‌ها که سود و زیان برعهده هر دو شریک است]

(و هِيَ جَائِزَةٌ مِنَ الطَّرْفَيْنِ) سَوَاءٌ نَصَّ الْمَالُ أَمْ كَانَ بِهِ عُرْوُضٌ، يَجُوزُ لِكُلِّ مِنْهُمَا فَسْخُهَا، وَ مِنْ لَوَائِمِ جَوَازِهَا مِنْهُمَا وَفُوعُ الْعَقْدِ بِكُلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِ.

و فِي اشْتِرَاطِ وَفُوعِ قَبُولِهِ لَفْظِيًّا، أَوْ جَوَازِهِ بِالْفِعْلِ أَيْضًا قَوْلَانِ لَا يَخْلُو ثَانِيَهُمَا مِنْ قُوَّةٍ. (وَ لَا يَصِحُّ اشْتِرَاطُ اللُّزُومِ، أَوْ الْأَجَلِ فِيهَا) بِمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْوَفَاءُ بِالشَّرْطِ، وَ لَا تَصْبِيرُ لِزِمَّةٍ بِذَلِكَ، وَ لَا فِي الْأَجَلِ بَلْ يَجُوزُ فَسْخُهَا فِيهِ، عَمَلًا بِالْأَصْلِ (وَ لَكِنَّ) اشْتِرَاطَ الْأَجَلِ (يُثْمِرُ الْمَنْعَ مِنَ التَّصَرُّفِ بَعْدَ الْأَجَلِ إِلَّا بِإِذْنِ جَدِيدٍ)، لِأَنَّ التَّصَرُّفَ تَابِعٌ لِلْإِذْنِ وَ لِإِذْنِ بَعْدِهِ، وَ كَذَا لَوْ أَجَلَ بَعْضِ التَّصَرُّفَاتِ كَالْبَيْعِ، أَوْ الشَّرَاءِ خَاصَّةً، أَوْ نَوْعًا خَاصًّا. وَ يُفْهَمُ مِنْ تَشْرِيكِهِ بَيْنَ اشْتِرَاطِ اللُّزُومِ وَ الْأَجَلِ، تَسَاوِيَهُمَا فِي الصَّحَّةِ، وَ عَدَمَ لُزُومِ الشَّرْطِ.

وَ الْمَشْهُورُ أَنَّ اشْتِرَاطَ اللُّزُومِ مُبْطِلٌ، لِأَنَّهُ مُنَافٍ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ، فَإِذَا فَسَدَ الشَّرْطُ تَبِعَهُ الْعَقْدُ، بِخِلَافِ شَرْطِ الْأَجَلِ، فَإِنْ مَرَّ جَعَهُ إِلَى تَقْيِيدِ التَّصَرُّفِ بِوَقْتٍ خَاصٍّ وَ هُوَ غَيْرُ مُنَافٍ، وَ يُمَكِّنُ أَنْ يُرِيدَ الْمُصَنِّفُ ذَلِكَ، وَ إِنَّمَا شَرَّكَ بَيْنَهُمَا فِي عَدَمِ صِحَّةِ الشَّرْطِ مُطْلَقًا وَ إِنْ افْتَرَقَا فِي أَمْرِ آخَرَ.

مضاربه از سوی مالک و عامل، جایز است اعم از اینکه سرمایه به حالت نقدی، باقیمانده باشد یا تغییری در آن رخ داده باشد [یعنی اعم از اینکه سرمایه و وجه نقدی که مالک به عامل داده است به همان صورت باقی باشد یا عامل، آن را تبدیل به مال

دیگری کرده باشد. بنابراین با توجه به جایز بودن مضاربه [هر یک از طرفین عقد می توانند مضاربه را فسخ کنند] پس اگر سودی بدست نیامده باشد چیزی به عامل تعلق نمی‌گیرد هر چند برخی از فقها گفته‌اند که اگر مالک، عقد مضاربه را فسخ کند باید اجرت اعمالی را که عامل انجام داده است به او بدهد زیرا عمل وی، تبرّعی نبوده و محترم است. [و یکی از لوازم جایز بودن مضاربه از سوی مالک و عامل، آن است که مضاربه را با هر لفظی که دلالت بر آن نماید می‌توان منعقد ساخت] زیرا فقط عقود لازم هستند که انعقاد آنها نیاز به الفاظ خاصی دارد] و در مورد اینکه قبول مضاربه نیز باید به صورت لفظی باشد یا آن را با فعل نیز می‌توان منعقد کرد، دو نظریه وجود دارد و نظریهٔ دوّم [یعنی امکان انعقاد آن با فعل] قوی است [زیرا در عقود جایز، سخت‌گیری صورت نمی‌گیرد و حتی ایجاب را نیز می‌توان به صورت فعلی، منعقد کرد اما فقها تأکید دارند که لفظی باشد تا از حالت معاطاتی بودن خارج گردد. همچنین فقها در مورد سایر شرایط عقد مانند منجز بودن، اتصال ایجاب و قبول و تقدم ایجاب بر قبول، اعتقاد به لزوم رعایت این شرایط دارد زیرا این شرایط مخصوص عقود لازم نیست. عقد مضاربه، ماهیتی مرکب از سه عقد جایز وکالت، ودیعه و شرکت دارد و در نتیجه پیرامون برخی اوصاف آن، تردیدهایی ابراز شده است از جمله اینکه عقدی تملیکی یا عهدی می‌باشد و عهدی بودن آن موجه‌تر است زیرا مالی به عامل، تملیک نمی‌شود همچنانکه معوّض دانستن آن، منطقی است. حال با توجه به اینکه عقد مضاربه یک عقد جایز است] نمی‌توان لزوم آن را شرط کرد یا زمان برای آن قرارداد [یعنی عقد مضاربه مثلاً برای مدت یک سال، برقرار باشد. عدم صحّت شرط لزوم] به معنای آن است که وفای به چنین شرطی، واجب نیست و عقد مضاربه با آوردن چنین شرطی، تبدیل به عقد لازم نمی‌شود و در مدّتی [که حقّ ممنوع کردن عامل، سلب شده است لازم نیست که مالک پای‌بند به این شرط باشد] بلکه فسخ عقد مضاربه در طول این مدّت، جایز است زیرا اصل بر جواز عقد می‌باشد [جواز را به دو دسته تقسیم می‌کند؛ یکی جواز حکمی است یعنی قانونگذار، عقد را جایز اعلام می‌کند مانند عقد مضاربه دیگری جواز حقی است یعنی طرفین عقد لازم، آن را جایز منعقد می‌کنند مانند عقد بیع خیاری که حق فسخ برای طرفین یا یک طرف، قرار داده می‌شود. لزوم نیز به همین صورت به لزوم حقی و کلی

تقسیم می شود اما فقها، لزوم حقی را در عقد مضاربه، روا نمی دانند یعنی طرفین نمی توانند جواز مضاربه را در قالب شرط ضمن عقد، تبدیل به عقد لازم نمایند زیرا جایز بودن عقد مضاربه را مقتضای ذات عقد مضاربه دانسته اند اما این سخن با قواعد سازگاری ندارد زیرا بخشی از مضاربه را وکالت تشکیل می دهد و در ضمن وکالت می توان شرط لزوم آن را قرارداد. همچنین سخن کسانی که گفته اند لزوم را می توان ضمن عقد خارج لازم، شرط کرد پذیرفته نیست و برخلاف ماده ۶۰ قانون مدنی واصل آزادی اراده می باشد. البته شرط لزوم عقد مضاربه، هیچ اثری ندارد اما شرط مدّت برای مضاربه، بدون اثر نیست که مصنف این اثر را چنین بیان می کند: [اما شرط مدّت برای مضاربه، این اثر را دارد که عامل را بعد از مدّت، ممنوع از تصرف می سازد مگر اینکه اذن جدید داده شود] یعنی اگر مثلاً مضاربه برای مدت یک سال، منعقد شده باشد گرچه عقد مضاربه، لازم نمی شود اما عامل پس از یک سال، حق اقدام ندارد] زیرا تصرف، تابع اذن است و بعد از این مدّت، اذنی وجود ندارد و همین حکم را دارد در صورتی که تنها پاره ای از اعمال مانند فروش و خرید را محدود به زمان نماید یا نوع خاصی را [مانند تجارت سنّیه یا خرید و فروش جنس معینی] محدود به زمان کند [یعنی اصل مضاربه، مدت نداشته باشد بلکه نوع خاص یا اعمال خاصی، محدود به زمان شود که در این صورت، عامل پس از پایان مدت نمی تواند این کارهای ممنوع شده را انجام دهد اما کارهای دیگر را می تواند انجام دهد. اختلاف دیگری که در اینجا وجود دارد آن است که چنانچه شرط مدّت قرار داده شود و مالک، پس از پایان یافتن مدت، دوباره اذن بدهد آیا اذن جدید به معنای ادامه مضاربه قبلی با همان شرایط است یا عقد مضاربه پایان می یابد و سودی به عامل تعلق نمی گیرد و او فقط اجرت اعمال خود را دریافت می کند؟

احتمال نخست، منطقی تر است. لازم به ذکر است که شهیدثانی در کتاب مسالک، شرط مدت را صحیح می داند زیرا فایده شرط، ممنوعیت تصرف عامل پس از انقضای مدت است و چنین شرطی خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه نیست. همچنین گروهی از فقها گفته اند که اگر مالک بگوید که من مثلاً در طول مدت یک سال نمی توانم عامل را ممنوع از مضاربه نمایم، شرط و عقد، هر دو باطل هستند زیرا چنین شرطی خلاف

مقتضای ذات عقد است. اما شهیدثانی، نظر شهید اول را چنین بیان می‌کند: [و اینکه شهید اول، شرط لزوم عقد مضاربه و قرار دادن مدّت برای عقد مضاربه را به صورت مشترک بیان کرد] یعنی آنها را در کنار یکدیگر قرار داده و حکم یکسان برای آنها بیان نمود، از این نحوه گفتار و بیان وی [چنین فهمیده می‌شود که در این دو مورد، عقد مضاربه صحیح است و لازم نیست که به شرط ضمن عقد، عمل شود] یعنی از نظر شهید اول، چه شرط لزوم عقد مضاربه در ضمن عقد بیان شود و چه مدت برای عقد مضاربه قرار داده شود، در هر دو صورت، عقد صحیح بوده و شرط، لازم نیست اما همانگونه که دیدیم نظریه‌های دیگری هم در این زمینه وجود دارد از جمله نظریه مشهور فقها که میان این دو حالت، تفکیک قایل شده‌اند و [مشهور فقها اعتقاد دارند که اگر شرط لزوم مضاربه در ضمن عقد مضاربه بیاید، [چنین شرطی، باطل است و] عقد مضاربه را نیز باطل می‌کند زیرا خلاف مقتضای عقد مضاربه می‌باشد بنابراین هرگاه شرط، باطل باشد عقد نیز به تبع آن باطل می‌شود برخلاف شرط مدّت قرار دادن برای مضاربه [که عقد را باطل نمی‌کند] بلکه معنای چنین شرطی آن است که اقدامات عامل، مقید و محدود به زمان خاصی شود و این شرط برخلاف مقتضای عقد مضاربه نیست [زیرا عقد مضاربه متوقف و معلق به این شرط نمی‌شود بلکه مدّت آن مشخص می‌شود و هر مالکی می‌تواند نحوه تصرف در مالش را مشخص نماید و محدود کردن زمان نیز مانند محدود کردن نوع خاصی از تجارت است.] و امکان دارد که شهید اول نیز همین نظر مشهور فقها را پذیرفته باشد [که مضاربه را در صورت شرط لزوم، باطل دانسته و در صورت شرط مدّت، آن را باطل نمی‌دانند] و دو حالت را فقط از این جهت به صورت مشترک بیان کرده است که شرط در هر دو حالت، صحیح نیست [یعنی چه در حالت شرط لزوم و چه در حالت شرط مدّت، لازم نیست به شرط عمل شود] هر چند در موضوع دیگری باهم تفاوت داشته باشند [یعنی در حالت شرط لزوم، عقد باطل باشد و در حالت شرط مدّت، عقد باطل نباشد و خلاصه اینکه در هر دو حالت، شرط باطل است اما فقط در یک حالت، باطل کننده می‌باشد.]

(وَيَقْتَصِرُ الْعَامِلُ مِنَ التَّصَرُّفِ عَلَى مَا أَذِنَ الْمَالِكُ لَهُ) مِنْ نَوْعِ التَّجَارَةِ، وَ مَكَانِهَا وَ زَمَانِهَا، وَ مَنْ يَشْتَرِي مِنْهُ وَ يَبِيعُ عَلَيْهِ وَ غَيْرِ ذَلِكَ، فَإِنْ خَالَفَ مَا عَيَّنَ لَهُ ضَمِنَ الْمَالُ،

لَكِنَّ لَو رِيحٌ كَانَ بَيْنَهُمَا بِمُقْتَضَى الشَّرْطِ، لِلْأَخْبَارِ الصَّحِيحَةِ، وَلَوْلَاهَا لَكَانَ التَّصَرُّفُ بَاطِلًا، أَوْ مَوْقُوفًا عَلَى الْإِجَازَةِ.

(وَلَوْ أُطْلِقَ) لَهُ الْإِذْنُ (تَصَرَّفَ بِالْإِسْتِرْبَاحِ) فِي كُلِّ مَا يَطْنُ فِيهِ حُصُولَ الرِّيحِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَتَّفِقَ بِنَوْعٍ، أَوْ زَمَانٍ، أَوْ مَكَانٍ، وَ يَتَوَلَّى أَيْضًا بِالْإِطْلَاقِ مَا يَتَوَلَّاهُ الْمَالِكُ فِي التِّجَارَةِ بِنَفْسِهِ مِنْ عَرَضِ الْقُمَاشِ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَ نَشْرِهِ، وَ طَيْبِهِ، وَ إِحْرَازِهِ، وَ بَيْعِهِ، وَ قَبْضِ ثَمَنِهِ، وَ لِأَجْرَةِ لَهُ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ، حَمَلًا لِلْإِطْلَاقِ عَلَى الْمُتَعَارَفِ، وَ لَهُ الْإِسْتِجَارُ عَلَى مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ كَالدَّلَالَةِ، وَ وَزْنِ الْأَمْتِنَةِ الثَّقِيلَةِ الَّتِي لَمْ تَجْرِ عَادَتُهُ بِمُبَاشَرَةٍ مِثْلِهَا.

عامل باید اعمالی را انجام دهد که مالک به او اذن داده است مانند نوع تجارت، محل تجارت، زمان تجارت، کسی که کالا از او خریداری می شود و کسی که کالا به او فروخته می شود و نظایر اینها. حال اگر عامل برخلاف آنچه که برای او تعیین شده است رفتار نماید ضامن مال و سرمایه می باشد اما اگر عامل، سودی به دست آورد براساس شرطی که نموده اند میان مالک و عامل تقسیم می شود زیرا روایت های صحیحی در این زمینه وارد شده است و اگر این روایت ها نبود، اقدامات عامل، باطل به حساب می آمد یا متوقف بر اجازة مالک می بود [و سودی میان آنها تقسیم نمی شد زیرا عامل با رضایت مالک، اقدامات خود را انجام نداده است.] و اگر مالک، [حق مضاربه] و اذن را به صورت مطلق بیان کند، عامل باید اقدامات سودآوری را در هر موردی که گمان سود بردن وجود دارد انجام دهد بدون اینکه محدود به نوع خاصی از تجارت یا زمان خاص یا مکان خاصی باشد و نیز چنانچه مضاربه به صورت مطلق بیان شده باشد، عامل باید اعمالی را انجام دهد که مالک خودش انجام می دهد مانند اینکه پارچه را به مشتری عرضه کند و آن را باز نماید و بپیچد و نگهداری کند و بفروشد و ثمن آن را دریافت کند و برای انجام این کارها، اجرتی به عامل پرداخت نمی شود زیرا اطلاق عبارتها، حمل بر عرف می گردد [و عرف چنین اقداماتی را برعهده عامل می داند که خودش انجام دهد نه اینکه وکیل یا نماینده بگیرد تا گفته شود که چون عامل، کارهایی را انجام داده است که وظیفه اش نبوده است پس مالک باید اجرت آنها را بپردازد] و عامل می تواند برای انجام کارهایی که عرفاً اجیر گرفته می شود، اجیر بگیرد مانند دلالی [و مشتری پیدا کردن] و وزن کردن کالاهای سنگین وزن که معمولاً عامل

آن‌ها را انجام نمی‌دهد.

(وَيُنْفِقُ فِي السَّفَرِ كَمَا لَنَفَقْتَهُ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ) وَ الْمُرَادُ بِالنَّفَقَةِ مَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَيْهِ مِنْ مَأْكُولٍ، وَ مَلْبُوسٍ، وَ مَشْرُوبٍ، وَ مَرْكُوبٍ، وَ آلَاتِ ذَلِكَ، وَ أَجْرَةَ الْمَسْكَنِ، وَ نَحْوِهَا، وَ يُرَاعِي فِيهَا مَا يَلْبِقُ بِهِ عَادَةً مُفْتَصِّدًا، فَإِنْ أَسْرَفَ حَسِبَ عَلَيْهِ، وَإِنْ قَتَّرَ لَمْ يُحْسَبْ لَهُ. وَ إِذَا عَادَ مِنَ السَّفَرِ، فَمَا بَقِيَ مِنْ أَعْيَانِهَا وَ لَوْ مِنْ الزَّادِ يَجِبُ رَدُّهُ إِلَى التَّجَارَةِ، أَوْ تَرْكُهُ إِلَى أَنْ يُسَافِرَ، إِنْ كَانَ مِمَّنْ يَعُودُ إِلَيْهِ قَبْلَ فَسَادِهِ.

وَ لَوْ شَرَطَ عَدَمَهَا لَزِمَ، وَ لَوْ أَدَانَ لَهُ بَعْدَهُ فَهُوَ تَبَرُّعٌ مُحْضٌ، وَ لَوْ شَرَطَهَا فَهُوَ تَأْكِيدٌ. وَ يُشْتَرَطُ حِينَئِذٍ تَعْيِينُهَا لِئَلَّا يَتَجَهَّلَ الشَّرْطُ، بِخِلَافِ مَا ثَبَتَ بِأَصْلِ الشَّرْعِ، وَ لَا يُعْتَبَرُ فِي ثُبُوتِهَا حُصُولُ رِبْحٍ، بَلْ يُنْفِقُ وَ لَوْ مِنَ الْأَصْلِ إِنْ لَمْ يَرِبْحَ، وَ إِلَّا كَانَتْ مِنْهُ.

وَ مَوْوَنَةُ الْمَرَضِ فِي السَّفَرِ عَلَى الْعَامِلِ، وَ كَذَا سَفَرٌ لَمْ يُؤَدَّنْ فِيهِ وَ إِنْ اسْتَحَقَّ الْحِصَّةَ. وَ الْمُرَادُ بِالسَّفَرِ: الْعُزْفِيُّ لَا الشَّرْعِيُّ وَ هُوَ مَا اشْتَمَلَ عَلَى الْمَسَافَةِ، فَيُنْفِقُ وَ إِنْ كَانَ قَصِيرًا أَوْ أَتَمَّ الصَّلَاةَ إِلَّا أَنْ يَخْرُجَ عَنِ اسْمِ الْمُسَافِرِ، أَوْ يَرِيدَ عَمَّا تَحْتَاجُ التَّجَارَةَ إِلَيْهِ، فَيُنْفِقُ مِنْ مَالِهِ إِلَى أَنْ يَصْدُقَ الْوَصْفُ.

وَ اخْتَرَزَ بِكَمَالِ النَّفَقَةِ عَنِ الْقَدْرِ الزَّائِدِ عَنِ نَفَقَةِ الْحَضَرِ، فَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ لَا يُنْفِقُ فِيهِ سِوَاهُ، وَ ثَبَّهَ بِأَصْلِ الْمَالِ عَلَى أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ حُصُولُ رِبْحٍ كَمَا مَرَّ.

عامل در زمان مسافرت [برای انجام موضوع مضاربه] تمامی هزینه‌ها را از اصل سرمایه، می‌پردازد و منظور از نفقه و هزینه‌ها، غذا و لباس و مایعات و وسیله نقلیه و ابزارهای آن و اجاره بهای محل سکونت و نظایر اینهاست که عامل در زمان سفر به آنها نیاز دارد و عامل باید در این هزینه‌ها، مقداری را که معمولاً سزاوار و شایسته اوست رعایت کند و جانب صرفه‌جویی را بگیرد بنابراین چنانچه عامل، اسراف نماید، برعهده خودش خواهد بود و اگر بر خودش سخت‌گیری نماید [و مالی اضافه بیاید] به او داده نمی‌شود [مثلاً اگر شب را بجای اینکه در هتل استراحت کند، در مسجد استراحت نماید نمی‌تواند هزینه هتل را جزء هزینه‌ها به حساب آورد و اگر جزء افرادی باشند که در هتل دو ستاره اقامت می‌کند، چنانچه در هتل پنج ستاره اقامت نماید فقط هزینه هتل دو ستاره به او داده می‌شود و مازاد آن را باید خودش بپردازد.] بنابراین اگر عامل از مسافرتی که برای تجارت رفته است، برگردد باید عین اموال و هزینه‌هایی که

باقی مانده است را به سرمایه برگرداند هر چند مال باقی مانده، جزء توشه باشد [مثلاً اگر ظرفی برای حمل غذا خریده است، آن را جزء سرمایه مالک قرار دهد] یا آن را باقی بگذارد تا در سفر بعدی از آن استفاده کند اگر عامل جزء افرادی باشد که قبل از خراب شدن آن مال، دوباره مسافرت می‌کند [مثلاً در مورد فوق یا باید ظرف غذا را به مالک بدهد یا چنانچه بازهم به مسافرت خواهد رفت، آن را نگه‌دارد تا در سفر بعدی از آن استفاده نماید. نظریه‌ای که می‌گوید هزینه‌های سفر عامل باید از اصل مال و سرمایه پرداخت گردد، نظر مشهور فقهاست و مبتنی بر چند روایت است اما نظریه دیگری هم وجود دارد که هزینه‌های سفر را مانند هزینه‌های حضور برعهده عامل می‌داند و نیز نظریه دیگری می‌گوید که عامل می‌تواند مابه‌التفاوت هزینه‌های سفر و حضر را بگیرد.] و اگر شرط شود که هزینه‌ها از اصل مال و سرمایه، پرداخت نشود [بلکه برعهده عامل باشد] چنین شرطی لازم الوفاء است [چون پرداخت هزینه‌ها از اصل سرمایه، حق عامل است و جزء قواعد آمده و مربوط به نظم عمومی نیست که نتوان خلاف آن را شرط کرد بنابراین عامل می‌تواند از حق خود بگذرد.] و اگر بعد از آنکه عدم پرداخت هزینه‌ها از اصل سرمایه، شرط شد مالک اجازه بدهد که هزینه‌ها از اصل سرمایه پرداخت شود [این اجازه و اذن]، بخششی محض خواهد بود [بنابراین مالک می‌تواند از اذن خود برگردد] و اگر شرط شود که هزینه‌ها از اصل سرمایه پرداخت گردد، تأکیدی بیش نخواهد بود [زیرا اطلاق عقد نیز مقتضی آن است که هزینه‌ها از اصل سرمایه پرداخت گردد و شرط پرداخت هزینه‌ها از اصل سرمایه به معنای تأکید بر مقتضای عقد است.] و در این حالت [که پرداخت هزینه‌ها از اصل سرمایه، شرط می‌شود] باید مقدار هزینه‌ها مشخص گردد تا شرط مجهول نشود [یعنی اگر در ضمن عقد شرط شود که هزینه‌ها از اصل سرمایه پرداخت گردد اما میزان هزینه‌ها، مشخص نشود چنین شرطی، شرط مجهول بوده که جهل به آن، به عقد نیز سرایت پیدا می‌کند و موجب بطلان عقد می‌شود] برخلاف حالتی که [پرداخت هزینه‌ها از اصل سرمایه، شرط نمی‌شود بلکه] با حکم شرع ثابت می‌شود [یعنی عقد به صورت مطلق بیان می‌گردد و در چنین حالتی، شارع گفته است که هزینه‌ها باید از اصل سرمایه پرداخت گردد.] برای پرداخت هزینه‌های سفر از اصل مال و سرمایه، لازم نیست که سودی هم بدست آمده باشد بلکه اگر

سودی هم به دست نیامده باشد، هزینه‌ها از اصل مال و سرمایه پرداخت می‌شود اما اگر سودی به دست آمده باشد، هزینه‌ها از محل سود به دست آمده پرداخت می‌شود [یعنی قبل از آنکه اجرت عامل از سود، پرداخت شود باید هزینه‌ها را از سود پرداخت زیرا هزینه‌ها بر سهم عامل از سود، مقدم است و هزینه‌ها به منزله خسارتی است که بر مال وارد می‌شود. البته مرحوم محقق نجفی گفته است که اگر اجماع فقها نبود، اصول و قواعد شرعی اقتضا می‌کرد که پرداخت هزینه‌ها متوقف بر حصول سود باشد و هزینه‌ها نیز باید از محل سود و درآمد هر دو، پرداخت گردد.] و هزینه مدت بیماری در سفر، برعهده عامل است [البته برخی از فقها گفته‌اند که هزینه بیماری هم مانند سایر هزینه‌های اشخاص واجب النفقه برعهده نفقه دهنده است پس همانگونه که شوهر، هزینه دارو و درمان همسرش را بعنوان نفقه می‌دهد، مالک نیز باید نفقه عامل را بپردازد. اما هزینه مدتی که عامل در بیماری بسر می‌برد نیز برعهده عامل است زیرا عامل در این مدت به امر تجارت اشتغال ندارد و برای مالک، فعالیت نمی‌کند و این در صورتی است که عامل نتواند بخاطر بیماری، فعالیت تجاری کند بنابراین چنانچه عامل به رغم بیمار بودن، فعالیت تجاری کند شکی نیست که باید هزینه‌های این مدت نیز به وی پرداخت شود.] همچنین هزینه سفری که عامل بدون اذن و اجازه مالک، انجام می‌دهد برعهده عامل است هر چند عامل، مستحق سود می‌باشد [و عقد مضاربه به اعتبار خود باقی است] و منظور از سفر در اینجا سفر عرفی است و سفر شرعی، مورد نظر نمی‌باشد یعنی سفری که دارای مسافت خاصی است بنابراین مالک باید هزینه‌های سفر را بپردازد هر چند، مسافت آن کوتاه باشد [و حد مسافت شرعی نرسد] یا سفری باشد که نماز را در آن تمام می‌خواند [مانند اینکه قصد اقامت کرده باشد] مگر اینکه عامل از اسم مسافر، خارج شود [یعنی عرفاً نام مسافر به وی صدق نکند] یا مسافرت به جایی صورت گیرد که بیش تر از نیاز تجارت باشد که در این صورت هزینه‌ها از مال عامل پرداخت می‌گردد تا اینکه عنوان و وصف «سفر تجارتي» بر آن صدق کند. [بنابراین پرداخت و عدم پرداخت هزینه‌ها از اصل مال، دائر مدار صدق عنوان سفر تجارتي می‌باشد]. شهید اول با عبارت «تمام هزینه‌ها» از مقدار بیش تر از هزینه حضر، پرهیز کرد زیرا گفته شده است که فقط هزینه‌های بیش تر از هزینه حضر، از اصل مال

پرداخت می‌شود. [منظور این عبارت، آن است که عده‌ای گفته‌اند عامل باید هزینه‌هایی را که معمولاً در حالت سکونت در شهر (حضر) پرداخت می‌شود از مال خودش بپردازد و مقدار بیش‌تر را از اصل مال بپردازد اما شهید اول با بکاربردن عبارت «تمام هزینه‌ها» این نظریه را رد کرد زیرا این عبارت شامل هزینه‌های حضر و سفر می‌شود.] و نیز شهید اول با بکاربردن عبارت «اصل مال» به این نکته اشاره کرده که پرداخت هزینه‌ها از اصل مال، نیازمند حصول سود نیست [زیرا آنچه که ملاک پرداخت هزینه‌ها می‌باشد، اصل مال است اعم از اینکه سودی وجود داشته باشد یا وجود نداشته باشد].

(وَلْيُسْتَرِ تَقْدَاً بِنَقْدِ الْبَلَدِ، بِثَمَنِ الْمِثْلِ فَمَا دُونَ) فَلَوْ اشْتَرَى نَسِيئَةً أَوْ بَعِيَ نَقْدَ الْبَلَدِ، أَوْ بَأْرِيْدَ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ كَانَ فَضُولِيًّا، فَإِنْ أَجَازَهُ الْمَالِكُ صَحَّ، وَالْإِبْطَلُ، لِمَا فِي النَّسِيئَةِ مِنْ اِحْتِمَالِ الضَّرَرِ بِتَلَفِ رَأْسِ الْمَالِ، فَتَبْقَى عَهْدَةُ الثَّمَنِ مُتَعَلِّقَةً بِالْمَالِكِ، وَقَدْ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ، أَوْ لَا يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي غَيْرِ مَا دَفَعَ، وَحَمَلًا فِي الْأَخْيَرَيْنِ عَلَى الْمُتَعَارَفِ، وَ مَا فِيهِ الْغُبْطَةُ كَالْوَكِيلِ.

عامل [در صورتی که عقد جعاله به صورت مطلق، منعقد گردیده باشد] باید کالا را نقدی و با پول همان محل و با ثمن المثل یا کمتر از آن خریداری کند [مثلاً اگر تاجر ایرانی به عامل گفته باشد که اتومبیلی را در کشور آمریکا خریداری نماید و قیمت اتومبیل نیز یک میلیون دلار باشد، باید نقداً بهای اتومبیل را به فروشنده بدهد و ثمن را در قالب دلار بپردازد و قیمت اتومبیل، بیش‌تر از یک میلیون دلار نباشد] بنابراین چنانچه عامل، کالایی را به صورت نسیه یا به پول غیر آن محل یا به قیمتی بالاتر از ثمن المثل، خریداری کند عمل وی فضولی خواهد بود [مانند اینکه در مثال فوق مقرر شود که عامل، بهای اتومبیل را یک سال بعد بپردازد یا ثمن را در قالب ریال بپردازد یا آن را به مبلغ یک میلیون و یکصد هزار دلار خریداری کند] پس اگر مالک، چنین عقدی را اجازه بدهد، صحیح خواهد بود و گرنه عقد باطل می‌شود [و علت لزوم خریدن مال به صورت نقدی و با پول همان محل و به کمتر از ثمن المثل، آن است که چنانچه عقد مضاربه، به صورت مطلق منعقد گردد عامل باید مصلحت مالک را رعایت کند و مصلحت مالک نیز در خریدن نقدی است و خریدن نقدی معمولاً سودآور است و دلیل دیگر، آن است که]. در عقد نسیه، ممکن است با تلف شدن سرمایه، ضرر به مالک

وارد شود و ضمان عهدهٔ ثمن برعهدهٔ مالک، خواهد بود و چه بسا که نتواند ثمن را بپردازد یا قصدش آن باشد که کالا فقط با ثمنی که بعنوان سرمایه، پرداخته است خریداری شود. [خلاصه اینکه اگر عامل مثلاً اتومبیل را به صورت نسیه خریداری کند، پرداختن ثمن بر ذمهٔ او قرار می‌گیرد و چنانچه سرمایه‌ای که به عامل داده است، تلف شود مالک باید ثمنی را که بر ذمهٔ اوست به مشتری بدهد و این امر موجب ضرر او می‌شود زیرا سرمایه‌ای که به عامل داده بود، تلف شد و این تلف، از اموال مالک حساب می‌شود و علاوه بر این باید ثمن را نیز به فروشنده بدهد یعنی دو بار باید برای خریدن یک اتومبیل، پول بدهد و چه بسا که قصد مالک آن بوده که اتومبیل فقط با سرمایه‌ای که به عامل داده است خریداری شود بنابراین نسیه خریدن در فرضی که سرمایه نزد عامل تلف شود، موجب ضرر مالک خواهد بود. و اما دلیل اینکه خریدن کالا به غیر پول محل یا در مقابل ثمن بیش‌تر از ثمن‌المثل، جایز نمی‌باشد]، آن است که به غیر پول محل، خریداری کردن و به کمتر از ثمن‌المثل، حمل بر متعارف می‌شود [یعنی متعارف در تجارت آن است که خریدن کالا با پول محل و به کمتر از ثمن‌المثل، سودآور است بنابراین اگر مالک، عقد مضاربه را به صورت مطلق بیان کرده و در خصوص نوع پول یا مقدار ثمن، سکوت کرده باشد باید این اطلاق را حمل بر متعارف کرد و متعارف هم، خریدن با پول محل و به کمتر از ثمن‌المثل می‌باشد. اما باید توجه داشت که غالباً و به صورت متعارف، معاملهٔ نقدی و با پول محل و به کمتر از ثمن‌المثل، سودآور است اما گاهی ممکن است استثنائاً معاملهٔ نسیه و با غیرپول محل و یا به بیش‌تر از ثمن‌المثل، سودآور باشد که در این موارد استثنایی، عامل حکم وکیل را دارد و باید غبطه و مصلحت مالک را رعایت نماید و شهیدثانی در این زمینه می‌فرماید: [و در آنچه که غبطه و مصلحت وجود دارد، عامل در حکم وکیل است [یعنی همانگونه که وکیل باید مصلحت موکل را رعایت کند، عامل نیز باید مصلحت مالک را رعایت نماید. آنچه که گفته شد راجع به موردی است که عقد مضاربه به صورت مطلق، منعقد گردد اما اگر مالک، آن را به صورت عام بیان کند مثلاً بگوید: (به هر نحوی که صلاح می‌دانی، عمل کن). عامل می‌تواند معامله را به صورت نسیه یا با غیرپول محل یا به کمتر از ثمن‌المثل، انجام دهد هر چند عده‌ای گفته‌اند در اینجا هم، خرید نسیه یا به کمتر از ثمن‌المثل، جایز

نیست زیرا این دو مورد نیاز به تصریح دارد. به هر حال بهتر است عامل در همه این موارد، مصلحت مالک را مورد توجه قرار دهد. حال اگر مالک، عقد عامل را اجازه بدهد باید ثمن را بپردازد نه قیمت کالا را؛ و اگر اجازه ندهد عامل باید عین مال را به فروشنده برگرداند و اگر استرداد عین مال ممکن نباشد قیمت مبیع یا مثل آن برعهده عامل خواهد بود نه ثمنی که باید مدت دار پرداخت می شد زیرا عدم اجازه مالک، سبب بطلان عقد بیع می شود.]

(وَلْيَبِيعَ كَذَلِكَ) يَنْقُدُ الْبَلَدَ نَقْدًا (بِثَمَنِ الْمِثْلِ فَمَا فَوْقَهُ) لِمَا فِي التَّسْبِيَةِ مِنَ التَّغْزِيرِ بِمَالِ الْمَالِكِ، وَ حَمَلًا لِلْإِطْلَاقِ عَلَى الْمُتَعَارَفِ، وَ هُوَ نَقْدُ الْبَلَدِ كَأَلْوِ كَالَةِ. وَ قِيلَ: يَجُوزُ بَعْضُهُ، وَ بِالْعَرَضِ مَعَ كَوْنِهِ مَظِنَّةً لِلرَّيْحِ، لِأَنَّ الْعَرَضَ الْأَقْصَى مِنْهَا ذَلِكَ، بِخِلَافِ أَلْوِ كَالَةِ، وَ فِيهِ قُوَّةٌ.

وَلَوْ أَدِنَ الْمَالِكُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ خُصُوصاً أَوْ عُمُوماً، كَتَصَرَّفَ بِرَأْيِكَ أَوْ كَيْفَ شِئْتَ جَازَ بِالْعَرَضِ قَطْعاً، أَمَّا التَّقْدُّ وَ تَمَنُّ الْمِثْلِ فَلَا يُخَالِفُهُمَا إِلَّا مَعَ التَّصْرِيحِ. نَعَمْ يُسْتَشْنَى مِنْ تَمَنِّ الْمِثْلِ نَقْضَانُ يُتَسَامَحُ بِهِ عَادَةً.

همچنین عامل باید کالا را با پول محلّ و به صورت نقدی و در مقابل ثمن المثل یا بیش تر بفروشد زیرا اگر نسیه بفروشد، مال مالک در معرض تلف شدن قرار می گیرد [یعنی ممکن است خریدار، ثمن را نپردازد و در نتیجه مال مالک و سرمایه او از بین برود و عوض آن پرداخت نشود. و دلیل لزوم فروش با پول محلّ آن است] که اطلاق سخن مالک، حمل بر متعارف می شود که همان پول محلّ است [یعنی وقتی مالک به صورت مطلق به عامل می گوید که این کالا را بفروش، اطلاق کلام وی حمل بر فروش متعارف می شود یعنی فروش با پول محلّ زیرا متعارف در معاملات آن است که با پول محلّ، معامله انجام می شود و مضاربه در این حکم] مانند وکالت است اما یک دیدگاه آن است که فروش مال با غیر پول محلّ و در مقابل کالاهای دیگر نیز جایز است مشروط بر اینکه احتمال سود بردن وجود داشته باشد زیرا هدف نهایی در مضاربه آن است که سودی بدست آید و از این جهت با وکالت، تفاوت دارد [زیرا وکالت باید در حدود متعارف انجام شود اما در مضاربه باید سود بدست آید هر چند متعارف نباشد. شهیدثانی، این نظریه را پسندیده و می فرماید:] و این نظریه، قوی است. اگر مالک به

صورت عام یا خاص این امور را به عامل اجازه داده باشد مثلاً به او گفته باشد: «براساس نظر خودت عمل کن» یا «هرگونه که می خواهی عمل کن» عامل فقط می تواند سرمایه و مال مالک را در مقابل کالا بفروشد اما مخالفت با فروش نقدی و ثمن المثل [یعنی فروش به صورت نسیه و به کمتر از ثمن المثل] در صورتی جایز است که مالک به آن تصریح کرده باشد. البته از فروش به کمتر از ثمن المثل، استثنا می شود نقصانی که معمولاً قابل مسامحه است [یعنی اگر مالک، به صورت مطلق بیان کند و عامل به کمتر از ثمن المثل بفروشد اما این مقدار کمتر، ناچیز و قابل مسامحه باشد اشکالی ندارد].

(وَلَيْسَ شَرِّ بَعِينِ الْمَالِ)، لَا بِالذَّمِّ (الْأَمْعُ الْأَذْنُ فِي الذَّمِّ) وَلَوْ بِالْإِجَازَةِ، فَإِنْ اشْتَرَى فِيهَا بَدُونِهِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْمَالِكَ لَفُظًا وَلَا نِيَّةً وَقَعَ لَهُ، وَلَوْ ذَكَرَهُ لَفُظًا فَهُوَ فَضُولِيٌّ، وَنِيَّةً خَاصَّةً فَهُوَ لِلْعَامِلِ ظَاهِرًا، وَمَوْفُوفًا بَاطِنًا، فَيَجِبُ التَّخَلُّصُ مِنْ حَقِّ الْبَائِعِ.

عامل باید کالا را با عین مال و سرمایه مالک خریداری کند و معامله ذمه ای انجام ندهد [بنابراین اگر مالک، یک میلیون تومان به عامل داده باشد تا کالایی را بخرد عامل باید همین مبلغ را برای خریدن کالا به فروشنده بپردازد و حق ندارد کالای موردنظر را خریداری کرده و پرداخت ثمن را خودش بر ذمه بگیرد یا پرداخت آن را بر ذمه مالک، قرار دهد. دلیل این امر آن است که وقتی مالک، مالی را به عامل می دهد تا کالایی را خریداری کند، آنچه که از این عمل مالک، فهمیده می شود و قدر متیقن است آن است که عامل با همان مال، کالایی را خریداری کند و نیز بر ذمه گرفتن مال گاهی منجر به این می شود که مال دیگری غیر از سرمایه مالک پرداخت گردد مانند اینکه سرمایه، قبل از تحویل به خریدار، تلف شود بنابراین خریدن مال به شکل ذمه ای و تعهدی، جایز نیست] مگر اینکه مالک، اذن به معامله ذمه ای بدهد هر چند اذن او به شکل اجازه باشد [یعنی مالک پس از اینکه عامل، معامله ذمه ای انجام داد، معامله او را تنفیذ کند برخلاف اذن که قبل از انجام عمل، صورت می گیرد]. حال اگر عامل، کالایی را بدون اذن مالک و به صورت ذمه ای خریداری کند و مالک را در لفظ و نیت، ذکر نکند [یعنی مشخص نکند که پرداخت ثمن بر ذمه مالک یا عامل می باشد] معامله برای عامل، منعقد خواهد شد [و سود هم به عامل تعلق می گیرد]. و اگر عامل در کلام خود بیان کند که ثمن بر ذمه مالک می باشد، معامله فضولی خواهد بود و اگر عامل [در لفظ بیان نکند

که ثمن بر ذمه مالک می‌باشد بلکه] فقط تعلق ثمن بر عهده مالک را قصد کرده باشد، معامله ظاهراً برای عامل خواهد بود و در واقع، متوقف بر اجازه مالک خواهد بود و بر عامل، واجب است که از حق فروشنده، رهایی پیدا کند [یعنی چنین معامله‌ای در واقع، باطل است و مالی که فروشنده به عامل داده است از طریق عقد بیع صحیح به او منتقل نگردیده است بنابراین مبیع کماکان در مالکیت فروشنده قرار دارد و عامل که همان خریدار است باید بگونه‌ای حق فروشنده را تأدیه کرده و ذمه خود را خلاص کند.]

(وَأَوْ تَجَاوَزَ مَا حَدَّهُ الْمَالِكُ) مِنَ الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَالصَّنْفِ (ضَمِنَ، وَالرَّيْحُ عَلَى الشَّرْطِ) كَمَا مَرَّ، أَمَّا لَوْ تَجَاوَزَ بِالْعَيْنِ وَالْمِثْلِ وَالثَّقَدِ وَقَفَّ عَلَى الْإِجَارَةِ، فَإِنْ لَمْ يُجِزْ بَطَلَ. اگر عامل از نظر زمان و مکان و نوع تجارت با آنچه که مالک برای او تعیین کرده است مخالفت نماید، ضامن است [یعنی ضامن سرمایه‌ای می‌باشد که مالک در اختیار وی قرار داده است زیرا ید عامل در این صورت، ید امانی نیست و مرتکب تعدی و تفریط شده است] اما سود به همان شکلی که توافق کرده‌اند، میان مالک و عامل تقسیم می‌شود [زیرا میان تخلف عامل و بطلان معامله، ملازمه‌ای وجود ندارد و اذن در تجارت، وجود داشته است]. اما اگر عامل از نظر عین و مثل و پول با نظر مالک مخالفت کرده باشد، متوقف بر اجازه مالک است و اگر مالک، اجازه ندهد معامله عامل، باطل خواهد بود. [منظور از این حالت، آن است که عامل، کالایی را به بیش‌تر از ثمن المثل خریداری کند یا مال مالک را به کمتر از ثمن المثل بفروشد یا معامله نسبه انجام دهد.

(وَإِنَّمَا تَجُوزُ) الْمُضَارَبَةُ (بِالدَّرَاهِمِ وَالِدِنَانِيْرِ) إِجْمَاعاً، وَ لَيْسَ تَمَّةً عَلَيَّ مُفْعَعَةً غَيْرَهُ، فَلَا تَصِحُّ بِالْعُرُوضِ وَلَا الْفُلُوسِ وَلَا الدِّينِ وَغَيْرِهَا، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُعَيَّنِ وَالْمُشَاعِ.

مضاربه به اجماع فقها، با درهم و دینار جایز است [یعنی مالک فقط باید درهم و دینار را بعنوان سرمایه در اختیار عامل قرار دهد که در کشور ما، منظور وجه رایج است اما رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور، آن را شامل ارز خارجی هم دانسته است] اما دلیل قانع‌کننده‌ای بجز اجماع برای لزوم درهم و دینار بودن سرمایه وجود ندارد. به هر حال مضاربه با کالا و مال و پول غیر از درهم و دینار و دین و سایر اموال، صحیح نیست. [مضاربه با دین بدین صورت است که طلبکار به بدهکار بگوید، طلبی را که از تو

دارم بعنوان سرمایه قرار می‌دهم تا با آن تجارت کنی و تجارت با سایر اموال مانند طلا و نقره‌ای که به شکل مسکوک درنیامده باشد. در جایی که درهم و دینار بعنوان سرمایه قرار می‌گیرد [تفاوتی وجود ندارد که درهم‌ها و دینارها به صورت معین و مفروز باشد یا به صورت مشاعی باشد.

(و تَلَزَمُ الْحِصَّةُ بِالشَّرْطِ) دُونَ الْأُجْرَةِ، لِأَنَّهَا مُعَامَلَةٌ صَحِيحَةٌ فَيَلْزَمُ مُقْتَضَاهَا، وَ هُوَ مَا شَرِطَ لِلْعَامِلِ مِنَ الْحِصَّةِ. وَ فِي قَوْلٍ نَادِرٍ أَنَّ الْأُجْرَةَ الْمِثْلَ، وَ أَنَّ الْمُعَامَلَةَ فَاسِدَةٌ، لِجَهَالَةِ الْعَوَضِ. وَ التَّضَوُّصُ الصَّحِيحَةُ عَلَى صِحَّتِهَا، بَلْ إِجْمَاعُ الْمُسْلِمِينَ يَدْفَعُهُ.

و سهم مالک و عامل براساس شرطی که تعیین کرده‌اند، پرداخت می‌شود و اجرتی به عامل پرداخت نمی‌گردد زیرا مضاربه، معامله صحیحی است و مفاد آن لازم الاجرا می‌باشد یعنی حصه و سهمی که برای عامل تعیین گردیده است [باید به وی پرداخت شود] و یک نظریه ضعیفی وجود دارد [که منتسب به شیخ مفید و قاضی ابن براج می‌باشد و می‌گوید:] باید اجرت‌المثل پرداخت گردد زیرا معامله انجام شده بخاطر معلوم نبودن عوض و معوض، فاسد و باطل می‌باشد. [این نظریه، صحیح نیست و اجتهاد در مقابل انس می‌باشد بنابراین] روایت‌های صحیحی که این معامله را صحیح می‌دانند و نیز اجماع فقهای مسلمان، این نظریه را رد می‌کند. [شهیدثانی در کتاب مسالک، عقد مضاربه را مرکب از چند عقد می‌داند و صاحب جواهر، احکام چند عقد را در مضاربه قابل اجرا دانسته است. از یک سو، مالک به عامل وکالت می‌دهد تا به حساب او تجارت کند. از سوی دیگر، سرمایه خود را به امانت، نزد وی قرار می‌دهد و از طرفی، شرکت در سود پیدا می‌کنند بنابراین ترکیبی از وکالت، امانت و شرکت وجود دارد و همین امر موجب اختلاف در ماهیت عقد مضاربه شده است.]

(وَ الْعَامِلُ أَمِينٌ لَا يَضْمَنُ إِلَّا بَتَعَدُّ، أَوْ تَفْرِيطٍ) وَ مَعَهُمَا يَبْقَى الْعَقْدُ وَ يَسْتَحِقُّ مَا شَرِطَ لَهُ وَ إِنْ ضَمِنَ الْمَالَ.

عامل، آمین است و ضامن [تلف شدن مال نمی‌باشد] مگر اینکه مرتکب تعدی یا تفریط شده باشد [تعدی یعنی اینکه عمل را انجام دهد که نباید انجام می‌داد مثلاً کالایی را خریداری کند که مالک، منع کرده است یا بدون اذن مالک به مسافرت برود. تفریط یعنی اینکه عملی را که باید انجام بدهد، انجام ندهد مثلاً پول نقد و سرمایه مالک را نزد

بانک نسپارد و خودش نگهداری کند.]. و اگر عامل مرتکب تعدی یا تفریط شود، عقد مضاربه همچنان به اعتبار خود باقی می ماند و عامل، مستحق دریافت سهم و حصّه‌ای است که ضمن عقد مضاربه برای او تعیین شده است هر چند ضامن مال نیز می باشد [یعنی ضامن بودن عامل منافاتی با استحقاق وی برای دریافت سهم خودش ندارد. در مورد اینکه ضمانت عامل نسبت به بهای کالا در زمان تعدی و تفریط می باشد یا نسبت به وضعیت بعد از تعدی و تفریط نیز مسؤلیت دارد یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد و ظاهر ادله، احتمال نخست را تقویت می کند.]

(وَأَوْ فَسَخَ الْمَالِكُ فَلِلْعَامِلِ أَجْرَةٌ مِثْلَهُ إِلَى ذَلِكَ الْوَقْتِ) الَّذِي فَسَخَ فِيهِ (إِنْ لَمْ يَكُنْ) ظَهَرَ (رِبْحٌ)، وَإِلَّا فَلَهُ حِصَّتُهُ مِنَ الرَّبْحِ.
وَرُبَّمَا يُشْكِلُ الْحُكْمُ بِالْأَجْرَةِ عَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ الرَّبْحِ، بَأَنَّ مُقْتَضَى الْعَقْدِ اسْتِحْقَاقُ الْحِصَّةِ إِنْ حَصَلَتْ لَا غَيْرُهَا، وَتَسَلُّطُ الْمَالِكِ عَلَى الْفَسْخِ مِنْ مُقْتَضِيَاتِهَا، فَالْعَامِلُ قَادِمٌ عَلَى ذَلِكَ فَلَا شَيْءَ لَهُ سِوَى مَا عَيَّنَ.

وَأَوْ كَانَ الْمَالُ عَرُوضاً عِنْدَ الْفَسْخِ، فَإِنْ كَانَ بِهِ رِبْحٌ فَلِلْعَامِلِ يَبِيعُهُ إِنْ لَمْ يَدْفَعْ الْمَالِكُ إِلَيْهِ حَقَّهُ مِنْهُ وَإِلَّا لَمْ يَجْزُ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَالِكِ، وَإِنْ رَجَى الرَّبْحَ حَيْثُ لَا يَكُونُ بِالْفِعْلِ.
وَأَوْ طَلَبَ الْمَالِكُ انْقِضَاؤَهُ فِي إِجْبَارِ الْعَامِلِ عَلَيْهِ قَوْلَانِ أَجْوَدُهُمَا الْعَدَمُ.
وَأَوْ انْفَسَخَ الْعَقْدُ مِنْ غَيْرِ الْمَالِكِ إِثْمًا بِعَارِضٍ يُفْسِدُ الْعَقْدَ الْجَائِزَ أَوْ مِنْ قِبَلِ الْعَامِلِ فَلَا أَجْرَةَ لَهُ، بَلِ الْحِصَّةُ إِنْ ظَهَرَ رِبْحٌ، وَقِيلَ: لَهُ الْأُجْرَةُ أَيْضًا.

اگر مالک، عقد مضاربه را فسخ کند [، فسخ او صحیح است زیرا مضاربه، عقد جایزی است که مالک و عامل می توانند در هر زمانی، آن را فسخ نمایند اما] اجرت المثل عمل عامل تا زمان فسخ عقد، به وی پرداخت می شود مشروط بر اینکه تا آن زمان، سودی به دست نیامده باشد اما اگر سود، بدست آمده باشد سهم او به وی پرداخت می شود. [علت لزوم پرداختن اجرت المثل به عامل در صورت اول آن است که عمل عامل، محترم است و به درخواست مالک صورت گرفته است بدون اینکه تبرّعی باشد بنابراین اگر فسخ عقد مضاربه بوسیله عامل یا هر دو، صورت گیرد اجرتی به عامل پرداخت نخواهد شد.] اما ممکن است در مورد لزوم پرداخت اجرت المثل به عامل، در صورتی که سودی تا زمان فسخ، به دست نیامده باشد ایراد شود که مقتضای عقد

مضاربه آن است که چنانچه سودی از تجارت به دست آید، سهمی به عامل پرداخت شود و عقد مضاربه، متضمن حکم دیگری نیست [از جمله اینکه اگر سودی به دست نیاید، اجرت‌المثل به عامل پرداخت شود] و نیز مقتضای عقد مضاربه، آن است که مالک هر وقت بخواهد بتواند عقد مضاربه را فسخ نماید بنابراین عامل [با اطلاع از مقتضیات عقد مضاربه] اقدام به انعقاد عقد مضاربه نموده است و چیزی بجز سهمی که معین گردیده است به وی تعلق نمی‌گیرد [یعنی وقتی عامل می‌داند که مالک، حق فسخ دارد و اگر معامله را فسخ کند و سودی حاصل نشده باشد چیزی به وی تعلق نمی‌گیرد و با این وجود، عقد مضاربه را امضا کند معنایش آن است که خودش علیه خودش اقدام کرده است. البته ممکن است به این ایراد چنین پاسخ داده شود که پرداخت سود به عامل، مبتنی بر این فرض است که عقد مضاربه تا زمان حصول سود، استمرار داشته باشد و مالک، عقد را فسخ نکند بنابراین اگر مالک، عقد را فسخ کند، سود مربوط به عامل را از بین برده است و باید اجرت‌المثل عمل وی را بپردازد اما این پاسخ با ماهیت عقد مضاربه سازگار نیست زیرا عقد مضاربه، مقتضی آن است که فقط سود پرداخت شود. در این زمینه، نظریه‌های دیگری نیز وجود دارد از جمله نظریه مرحوم علامه حلی در کتاب تذکره که می‌گوید حتی اگر عامل، عقد مضاربه را فسخ کند مستحق دریافت اجرت‌المثل خواهد بود و نظریه دیگری که می‌گوید چنانچه عامل به وظیفه خود عمل کرده باشد اما مالک قبل از حصول سودی که احتمال آن می‌رود، عقد مضاربه را فسخ نماید اجرت‌المثل به او تعلق می‌گیرد زیرا عمل وی محترم است و مالک، سبب از بین رفتن حق وی شده است.] اگر مالی [که در نتیجه تجارت بدست آمده و هنگام فسخ معامله، نزد عامل می‌باشد به صورت وجه نقد نباشد بلکه] هنگام فسخ معامله، به صورت کالا باشد چنانچه آن کالا، متضمن سودی باشد عامل می‌تواند چنانچه مالک، سهم و حق او را از آن کالا به وی نداده باشد [بدون اذن مالک]، کالا را بفروشد [اما این نظریه بدون اشکال نیست زیرا مالک و عامل، نسبت به این کالا باهم شریک هستند و شریک نمی‌تواند بدون اذن شریک، تصرفی در مال مشترک بنماید]. اما اگر آن کالا، متضمن سودی نباشد عامل نمی‌تواند بدون اذن مالک، آن را بفروشد هر چند احتمال سود برود در جایی که آن سود، بالفعل نباشد. [مرحوم محقق حلی گفته است که

چنانچه احتمال پیدا شدن مشتری برود که کالا را با ثمن بیش تری بخرد تا سود در آن پیدا شود، فروش آن جایز است زیرا عامل نسبت به آن کالا، حق دارد. شهید نیز در کتاب مسالک گفته است که اگر این مشتری فعلاً وجود داشته باشد، عامل حق فروش دارد چون احتمال تحقق سود، قوی است اما این نظریه‌ها ضعیف است زیرا در هر صورت موجب دخالت شریک در مال مشترک، بدون اذن شریک، خواهد بود. [و اگر مالک درخواست تبدیل کالا به پول را بنماید، در مورد اجبار عامل به پذیرش این درخواست، دو دیدگاه وجود دارد و دیدگاه بهتر آن است که عامل، تکلیفی به پذیرش آن ندارد [زیرا اصل بر براءت می‌باشد اما دلیل کسانی که عامل را موظف به پذیرش این درخواست می‌دانند، آن است که عامل، وجه نقد از مالک گرفته است پس باید وجه نقد به او تحویل بدهد (علی‌الیدما أخذت حتی توذی) و عامل سبب تغییر سرمایه نقدی مالک به کالا بوده است پس باید خودش هم، آن را به حالت اول برگرداند. اما اگر فسخ عقد مضاربه، از جانب غیر مالک باشد مانند اینکه مضاربه‌ای [همچون جنون یا مرگ] پیدا شود که عقد جایز را باطل می‌کند یا عامل، عقد را فسخ نماید؛ در این صورت، اجرتی به عامل تعلق نمی‌گیرد بلکه چنانچه سودی بدست آید، سهم عامل به وی داده می‌شود و یک دیدگاه [که مربوط به مرحوم علامه در کتاب تذکره می‌باشد] آن است که در اینجا هم اجرت المثل به عامل پرداخته می‌شود. [چون عمل وی محترم بوده و تبرعی نبوده است].

(وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ فِي رَأْسِ الْمَالِ)، لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلزَّائِدِ وَالْأَضْلُ مَعَهُ. (وَ) فِي (قَدْرِ الرَّبْحِ) لِأَنَّهُ أَمِينٌ فَيَقْبَلُ قَوْلَهُ فِيهِ.

در خصوص مقدار سرمایه [چنانچه مالک و عامل، پیرامون آن با یکدیگر اختلاف پیدا کنند]، سخن عامل پذیرفته می‌شود زیرا عامل، مقدار زیادی را انکار می‌کند و اصل [عدم زیادی هم] یاور اوست. [و در اینجا تفاوتی نمی‌کند که سرمایه، موجود باشد یا تلف شده باشد چون اختلاف آنها در مقدار مالی است که به عامل تحویل شده است و اصل براءت نیز مؤید سخن اوست. مؤلف کتاب جامع المقاصد و مسالک گفته‌اند که در اینجا سخن مالک پذیرفته می‌شود و عده‌ای هم گفته‌اند که اگر سرمایه با تفریط عامل از بین رفته باشد، سخن مالک پذیرفته می‌شود. مقدم شدن سخن مالک در صورتی که

سودی حاصل شده باشد، قابل توجیه است زیرا بازگشت این اختلاف به آن است که سود بیشتری به عامل برسد چرا که عامل، مقدار سرمایه را کمتر می‌گوید تا مقدار باقیمانده، سود تلقی شود حال آنکه اصل بر عدم تحقق سود و عدم استحقاق عامل نسبت به مقدار بیش‌تر می‌باشد. [همچنین اگر در مقدار سود [با یکدیگر، اختلاف پیدا کنند سخن عامل پذیرفته می‌شود زیرا عامل، امین است بنابراین سخن وی در خصوص مقدار سود پذیرفته می‌شود. [اگر اختلاف آنها در مقدار سود عامل باشد مثلاً عامل بگوید مقرر شده که پنجاه درصد به من داده شود اما مالک بگوید مقرر شده که چهل درصد بگیری، سخن مالک مقدم می‌شود زیرا مالک، مقدار زیادی را انکار می‌کند و اصل بر آن است که سود تابع اصل باشد بنابراین فقط مقداری خارج می‌شود که مالک به آن اقرار می‌کند.]

(وَيَبْغِي أَنْ يَكُونَ رَأْسَ الْمَالِ مَعْلُومًا عِنْدَ الْعَقْدِ لِتَرْتَفَعَ الْجِهَالَةُ عَنْهُ، وَ لَا يُكْتَفَى بِمُشَاهَدَتِهِ. وَقِيلَ: تَكْفِي الْمُشَاهَدَةُ، وَ هُوَ ظَاهِرٌ اخْتِيَارِهِ هُنَا، وَ هُوَ مَذْهَبُ الشَّيْخِ وَالْعَلَامَةِ فِي الْمُخْتَلَفِ، لِزَوَالِ مُعْظَمِ الْعَرْرِ بِالْمُشَاهَدَةِ، وَ لِلْأَصْلِ، وَ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ : «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ سُرُوطِهِمْ»، فَإِنْ قُلْنَا بِهِ وَ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ كَمَا تَقَدَّمَ، لِلْأَصْلِ، وَ الْأَقْوَى الْمَنْعُ.

سرمایه و رأس المال باید هنگام عقد، معلوم باشد تا جهالت آن برطرف گردد [و منظور از معلوم بودن، علم به جنس و مقدار آن است و دلیل لزوم معلوم بودن آن است که جهل به سرمایه موجب غرری شدن معامله می‌شود و مقدار سرمایه را نمی‌توان مشخص کرد اما این جهل در صورتی مانع است که منتهی به علم نشود و غرری بودن هم فقط در بیع، نهی شده است.] و مشاهده کردن سرمایه کفایت نمی‌کند [زیرا در مواردی که علم لازم است نمی‌توان مشاهده کردن را وسیله علم قرارداد] و گفته شده است [و این گفته، مربوط به سیدمرتضی و شیخ طوسی است] که مشاهده کردن سرمایه، کفایت می‌کند و این نظریه از ظاهر اختیار شهید اول در کتاب لمعه، فهمیده می‌شود [زیرا ایشان گفته است که: (در صورت اختلاف در مقدار سرمایه سخن عامل پذیرفته می‌شود) و ظاهر این سخن آن است که مشاهده سرمایه کفایت می‌کند و به همین جهت سخن عامل در مورد مقدار سرمایه، پذیرفته می‌شود] و این نظریه مورد قبول شیخ

طوسی و علامه حلی در کتاب مختلف است زیرا عمده غرر و جهل با مشاهده کردن، برطرف می شود و اصل هم بر جواز و صحت مضاربه است [یعنی اگر شک کنیم که عقد مضاربه در صورت مشاهده سرمایه، صحیح است یا خیر، اصل بر صحت آن می باشد] بخاطر سخن پیامبر (ص) که فرمود: «مؤمنین، پای بند به شروط خود هستند. پس اگر مشاهده کردن سرمایه را کافی بدانیم و عامل و مالک در مورد مقدار سرمایه باهم اختلاف پیدا کنند، سخن عامل پذیرفته می شود همانگونه که بیان شد چون اصل [بر عدم زیادی است] اما نظریه قوی تر آن است که مشاهده کردن سرمایه، کفایت نمی کند. [بهتر است مشاهده را در صورتی کافی بدانیم که جهل را برطرف کند چون هدف، برطرف شدن جهل می باشد].

(وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يَشْتَرِيَ مَا فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمَالِكِ، كَمَنْ يَنْعَتِقُ عَلَيْهِ) أَي: عَلَى الْمَالِكِ، لِأَنَّهُ تَحْسِيرٌ مَخْضٌ، وَ الْغَرَضُ مِنْ هَذِهِ الْمُعَامَلَةِ الْأِسْتِزْبَاحُ فَإِنْ اشْتَرَاهُ بِدُونِ إِذْنِهِ كَانَ فَضُولِيًّا مَعَ عِلْمِهِ بِالنَّسَبِ وَ الْحُكْمِ أَمَا مَعَ جَهْلِهِ بِهِمَا، أَوْ بِأَحَدِهِمَا، فَفِي صِحَّتِهِ وَ عِنْتِهِ عَنِ الْمَالِكِ، أَوْ الْخَاقِ بِالْعَالِمِ وَ جَهَانِ، مَا خُذْهُمَا: أَنْصِرَافُ الْأِذْنِ إِلَى مَا يُمَكِّنُ بَيْعُهُ وَ الْأِسْتِزْبَاحُ بِهِ فَلَا يَدْخُلُ هَذَا فِيهِ مُطْلَقًا، وَ مِنْ كَوْنِ الشَّرْطِ بِحَسَبِ الظَّاهِرِ، لِاسْتِحْضَالِهِ تَوَجُّهُ الْخِطَابِ إِلَى الْعَافِلِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِيْبًا لَا يَعْلَمُ بِعَيْبِهِ فَتَلَفَ بِهِ، (وَ) كَذَا (لَا يَشْتَرِي مِنْ رَبِّ الْمَالِ شَيْئًا)، لِأَنَّ الْمَالَ لَهُ، وَ لَا يُشْتَرَى مَالُ الْإِنْسَانِ بِمَالِهِ.

(وَ لَوْ أَذِنَ فِي شِرَاءِ أَبِيهِ) وَ غَيْرِهِ مِمَّنْ يَنْعَتِقُ عَلَيْهِ (صَحَّ وَ انْعَتَقَ) كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ بِنَفْسِهِ أَوْ وَ كَيْلِهِ، وَ بَطَلَتْ الْمُضَارَبَةُ فِي ثَمَنِهِ، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّالِفِ، وَ ضَارَ الْبَاقِي رَأْسَ الْمَالِ إِنْ كَانَ، (وَ لِلْعَامِلِ الْأَجْرَةُ) سِوَاءَ ظَهَرَ فِيهِ رِبْحٌ أَمْ لَا، أَمَا مَعَ عَدَمِهِ فَظَاهِرٌ إِلَّا عَلَى الْاِحْتِمَالِ السَّابِقِ فِيمَا لَوْ فَسَخَ الْمَالِكُ بِنَفْسِهِ، وَ أَمَا مَعَ ظُهُورِهِ، فَلِبَطْلَانِ الْمُضَارَبَةِ بِهَذَا الشِّرَاءِ، لِعَدَمِ كَوْنِهِ مِنْ مُتَعَلِّقِي الْأِذْنِ، لِأَنَّ مُتَعَلِّقَهُ مَا فِيهِ رِبْحٌ وَ لَوْ بِالْمُظَنَّةِ وَ هُوَ مُنْفِيٌّ هُنَا، لِكَوْنِهِ مُسْتَعْقِبًا لِعِنْتِ فَإِذَا صَرَفَ التَّمَنِّيَّ فِيهِ بَطَلَتْ.

وَ يُحْتَمَلُ ثُبُوتُ الْحِصَّةِ إِنْ قُلْنَا بِمِلْكِهَا بِالظُّهُورِ لِتَحَقُّقِهِ، وَ لَا يَفْدَحُ عِنْتَهُ الْقَهْرِيُّ، لِضُدُورِهِ، بِإِذْنِ الْمَالِكِ، كَمَا لَوْ اسْتَرَدَّ طَائِفَةً مِنَ الْمَالِ بَعْدَ ظُهُورِهِ، وَ حِينَئِذٍ فَيَسْرِي عَلَى الْعَامِلِ مَعَ يَسَارِ الْمَالِكِ إِنْ قُلْنَا بِالسَّرَايَةِ فِي الْعِنْتِ الْقَهْرِيِّ، أَوْ مَعَ اخْتِيَارِ الشَّرِيكِ السَّبَبِ. (وَ لَوْ اشْتَرَى) الْعَامِلُ (أَبَا نَفْسِهِ)، وَ غَيْرَهُ مِمَّنْ يَنْعَتِقُ عَلَيْهِ (صَحَّ)، إِذْ لَا ضَرَرَ عَلَى

الْمَالِكِ (فَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ رِبْحٌ) خَالَ الشَّرَاءِ، أَوْ بَعْدَهُ (انْعَتَقَ نَصِيْبَهُ) أَي: نَصِيْبُ الْعَامِلِ، لِاخْتِيَارِهِ السَّبَبَ الْمُفْضِي إِلَيْهِ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ بِمَالِهِ (وَيَسْعَى الْمُعْتَقُ) وَهُوَ الْأَبُّ (فِي الْبَاقِي) وَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ مُوسِرًا، لِصَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ الْخَاكِمَةِ بِاشْتِسْعَائِهِ مِنْ غَيْرِ اشْتِفْضَالٍ.

وَقِيلَ: يَسْرِي عَلَى الْعَامِلِ مَعَ يَسَارِهِ، لِاخْتِيَارِهِ السَّبَبَ وَهُوَ مُوجِبٌ لَهَا كَمَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَحُمِلَتِ الرُّوَايَةُ عَلَى إِعْسَارِهِ جَمْعًا بَيْنَ الْأَدْلَةِ.

وَرُبَّمَا فُرِّقَ بَيْنَ ظُهُورِ الرِّبْحِ خَالَةَ الشَّرَاءِ وَتَجَدُّدِهِ، فَيَسْرِي فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، وَ يُمَكِّنُ حَمْلَ الرُّوَايَةِ عَلَيْهِ أَيْضًا.

وَفِي وَجْهِ ثَالِثٍ بَطْلَانُ الْبَيْعِ، لِأَنَّهُ مُنَافٍ لِمَقْصُودِ الْقَرَاظِ، إِذِ الْغَرَضُ هُوَ السَّعْيُ لِلتَّجَارَةِ الَّتِي تَقْبَلُ التَّقْلِيْبَ لِلِاسْتِزْبَاحِ، وَ الشَّرَاءُ الْمُتَعَقَّبُ لِلْعِتْقِ يُنَافِيهِ. وَ الْوَسْطُ قَوِيٌّ لَوْ لَا مُعَارَضَةٌ إِطْلَاقِ النَّصِّ الصَّحِيحِ.

عامل حق ندارد، چیزی را خریداری کند که موجب ضرر مالک می شود مانند عبدی که به ضرر مالک، آزاد می شود زیرا [خریدن پدر مالک با سرمایه و از سوی مالک توسط عامل] ضرر و خسارت زدن محض به مالک می باشد در حالی که هدف عقد مضاربه، سود بردن است بنابراین چنانچه عامل، پدر مالک را بدون اذن مالک، خریداری کند و بداند که عبد موضوع معامله، پدر مالک می باشد و برای حکم چنین معامله ای، آزاد شدن برده است، عقد فضولی خواهد بود اما اگر نداند که آن عبد، پدر مالک است و نداند که خریدن چنین عبدی موجب آزادی وی می شود و یا یکی از این دو مورد را نداند، در مورد صحّت خریدن برده و آزاد شدن وی از سوی مالک [یعنی پدر برده] یا الحاق آن به حالتی که عامل، علم داشته است [که موجب فضولی شدن معامله می گردد] دو احتمال وجود دارد و منشأ این دو احتمال آن است که اذن مالک، منصرف به خریدن چیزهایی است که قابل معامله بوده و سودآور باشد بنابراین خریدن پدر مالک، داخل در چنین اذنی نمی شود اعم از اینکه عامل، عالم باشد یا جاهل باشد [بنابراین خریدن پدر مالک، فضولی است. اما علت صحّت معامله آن است که] شرط تعلق اذن به چیزی که معامله آن امکان داشته و سودآور باشد یک شرط ظاهری است چون محال است که خطاب شرعی متوجه شخص غافل شود و این

مسأله مانند جایی است که عامل، کالای معیوبی را خریداری کند و علم به عیب آن نداشته باشد و آن مال بخاطر عیب مذکور، تلف شود [پس همانگونه که در آنجا معامله صحیح است و عامل، ضامن نمی‌باشد در اینجا هم معامله صحیح است و برده، آزاد می‌شود] همچنین عامل نباید مالی را از مالک و صاحب سرمایه، خریداری کند زیرا سرمایه متعلق به مالک است و کسی مال دیگری را با مال خودش، معامله و معاوضه نمی‌کند. اگر مالک به خریدن پدر خود و سایر اشخاصی که اگر خریداری شوند، آزاد می‌گردند اذن بدهد، صحیح است و برده خریداری شده آزاد می‌گردد و این حالت مانند آن است که مالک، خودش یا توسط وکیلش، چنین اشخاصی را خریداری کند و عقد مضاربه به اندازه ثمنی که برای خریدن برده، پرداخت شده است باطل می‌شود زیرا به منزله مالی می‌باشد که تلف شده است و اگر مقداری از مال مالک باقی بماند، سرمایه محسوب می‌شود و عامل مستحق اجرت‌المثل است اعم از اینکه سودی حاصل شده باشد یا حاصل نشده باشد زیرا اگر سودی حاصل نشده باشد، حکم مسأله معلوم است مگر بنا بر احتمالی که قبلاً گفته شد در صورتی که مالک خودش معامله را فسخ کند [و سودی بدست نیامده باشد و عامل اقدام به معامله‌ای کرده باشد که احتمال فسخ آن از سوی مالک می‌رود]. اما اگر سودی بدست آمده باشد، تعلق اجرت‌المثل به عامل بخاطر آن است که عقد مضاربه با خریدن چنین انسانی، باطل می‌شود چرا که اذن مالک شامل چنین حالتی نبوده است بلکه اذن وی منصرف به حالتی است که سود داشته باشد هر چند سود احتمالی باشد که چنین سودی در اینجا منتفی است زیرا متعاقب خریدن برده، آزاد می‌شود سپس اگر ثمنی برای آن پرداخت شود، باطل می‌گردد [و مالک، ضامن اجرت‌المثل است] و احتمال می‌رود که حصه و سهم عامل به وی پرداخت گردد اگر بگوئیم که با حاصل شدن سود، حصه عامل به ملکیت وی درمی‌آید زیرا در اینجا سود تحقق یافته است و آزاد شدن قهری برده ضرری وارد نمی‌کند زیرا خریدن وی با اذن مالک بوده است مانند جایی که مالک پس از تحقق سود، مقداری از سرمایه را مسترد نماید [تحقق سود بدین صورت است که مثلاً عامل، برده را هزار تومان می‌خرد و اینک قیمت آن هزار و پانصد تومان است و عامل در این پانصد تومان، حصه خود را می‌برد] و در این صورت که سود بدست

می آید، چنانچه مالک، ثروتمند و مالدار باشد به سهم عامل نیز سرایت پیدا می کند مشروط بر اینکه در آزاد شدن قهری نیز قائل به سرایت باشیم [یعنی در جائی که شخصی از راه ارث مالک نصف پدر خود می شود چنانچه مالدار باشد باید نصف دیگر را نیز آزاد کند سپس در اینجا هم همین حکم را دارد و مالک باید سهم عامل را آزاد کند] و یا شریک [یعنی مالک] سبب آن را اختیار کند [یعنی مالک با اذنی که به عامل می دهد، سبب آزاد کردن پدرش را اختیار کرده است.] اگر عامل، پدر خودش یا اشخاصی را که به ضرر وی آزاد می شوند، خریداری کند، صحیح است زیرا ضرری به مالک وارد نمی شود پس اگر در زمان خرید یا پس از آن، سودی به دست آید، سهم عامل آزاد می شود زیرا عامل، سبب آزاد شدن پدرش را اختیار کرده است مانند جایی که پدرش را با مال خودش خریداری کرده باشد و پدر تلاش می کند که بقیه خود را آزاد نماید هر چند پدر، مالدار باشد بخاطر روایت صحیح محمد بن ابن عمیر از امام صادق (ع) که حکم به تلاش پدر برای آزادی خود می کند، بدون اینکه میان مالدار بودن یا فقیر بودن عامل، تفصیل بدهد و یک دیدگاه آن است که اگر عامل، مالدار باشد باید بقیه پدرش را آزاد نماید زیرا عامل، سبب را [که همان خریدن پدرش می باشد] اختیار کرده است و خریدن اختیاری پدر موجب سرایت در آزاد کردن پدر می شود و حکم این مسأله را بعداً بیان خواهیم کرد و برای جمع کردن میان ادله، روایت حمل بر حالت اعسار عامل می شود. یک دیدگاه هم آن است که باید میان حالتی که سود در زمان خریدن حاصل می شود و حالتی که سود بعد از خریدن، حاصل می شود باید تفکیک نمود. در حالت اول، سرایت می کند اما در حالت دوم، سرایت نمی کند و روایت نیز ممکن است حمل بر چنین تفصیلی شود. دیدگاه سوم نیز آن است که معامله خریدن پدر عامل، باطل است زیرا با هدف و فلسفه عقد مضاربه منافات دارد چرا که هدف مضاربه، تجارتي است که قابلیت سودآوری داشته باشد در حالیکه خریدن پدر که آزاد شدن وی را در پی دارد، چنین قابلیت ندارد. نظریه وسطی [یعنی تفصیل میان مالدار بودن و فقیر بودن عامل] قوی است اگر با اطلاق روایت صحیح، تعارضی نداشته باشد.

