

كتاب

فجر النبوة

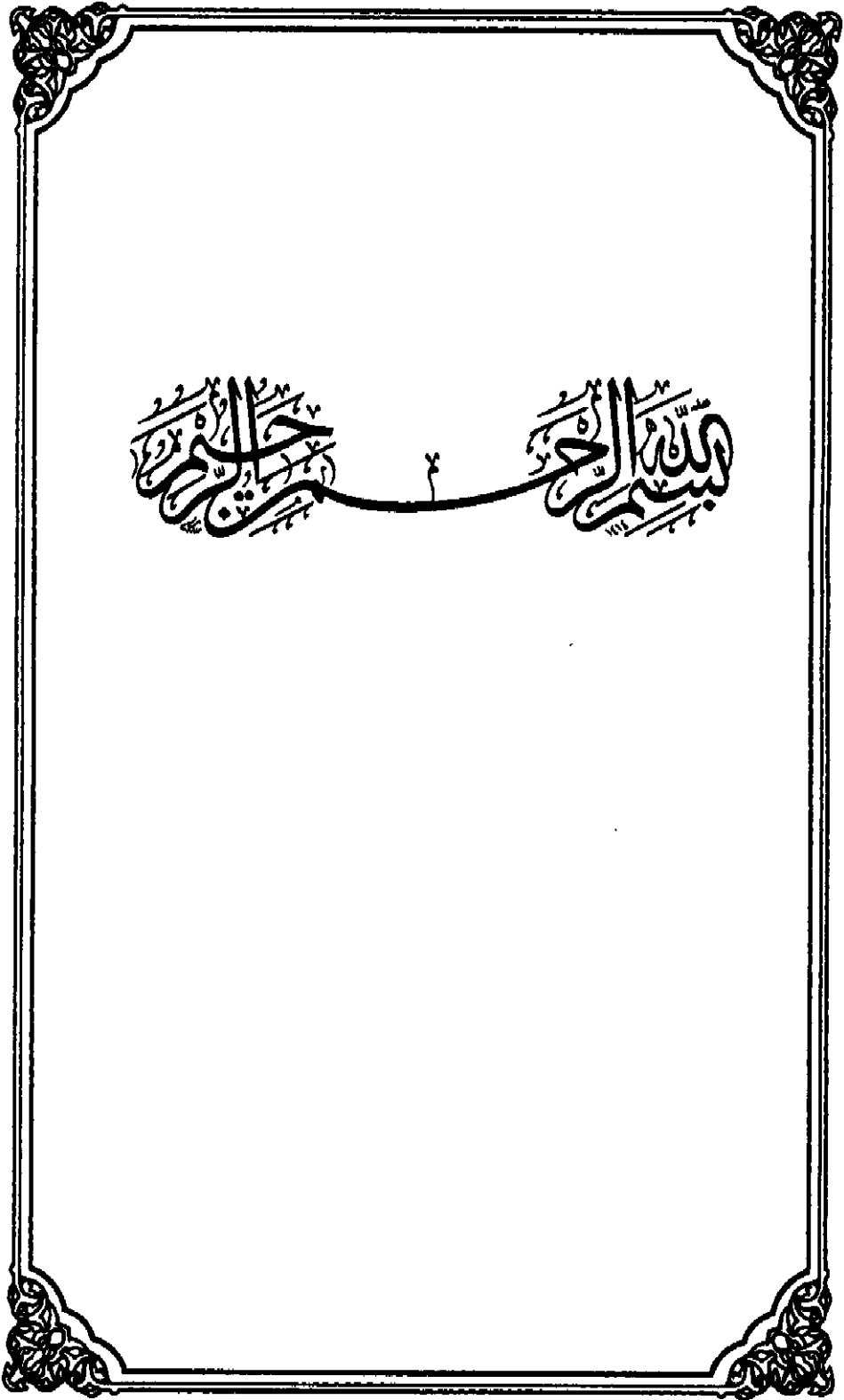
للإمام محمد بن عبد الوهاب

كتاب

في

شرح

كتاب



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تَجْرِبَةُ الْوَيْدِئِيَّةِ

لِلْإِمَامِ الرَّخْمِيِّ

كِتَابُ الْمَضَارَّةِ

جمع داری اموال
مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی
ش - اموال : ۴۸۱۳۳

تألیف

عَلِيِّ بْنِ أَبِي النَّجْمِ الرَّخْمِيِّ

مُؤَسَّسَةُ تَنْظِيمِ وَنَشْرِ آثَارِ الْإِمَامِ الرَّخْمِيِّ

سیفی‌مازندرانی، علی‌اکبر

دلیل تحریرالوسیله امام خمینی (س) (کتاب المضاربه) / نویسنده علی‌اکبر سیفی‌مازندرانی.
— تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۸۵. ۲۴۸ ص.

ISBN: 964 - 335 - 821 - 6

فهرست‌نویسی بر اساس اطلاعات فیبا.

۱. خمینی، روح‌الله، رهبرانقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، ۱۲۷۹-۱۳۶۸. --
تحریرالوسیله -- نقد و تفسیر. ۲. فقه جعفری -- رساله عملیه. ۳. مضاربه (فقه).
- الف. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س) - دفتر قم. ب. عنوان.

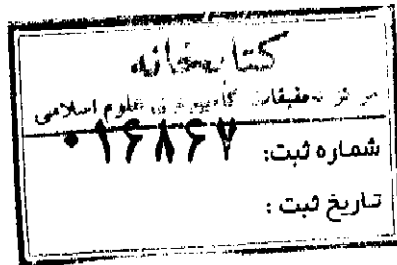
۲۹۷ / ۴۴۲۲

۲۱۳۲۴ - ۸۵ م

۳۰۴۵۵ ت ۸ خ / ۹ / ۱۸۲ BP

کتابخانه ملی ایران

کد / م ۲۰۵۰



□ دلیل تحریرالوسیله / المضاربه

○ المؤلف: علی‌اکبر سیفی‌مازندرانی

○ الناشر: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخميني (س)

○ المطبعة: مؤسسة العروج

○ سنة الطبع: ۱۳۸۵ ش / ۱۴۲۷ ق

○ الكمية: ۱۵۰۰ نسخة

○ السعر: ۳۰۰۰۰ ریال

خیابان انقلاب، بین فروردین و فخررازی، فروشگاه مرکزی، تلفن: ۶۶۲۰۲۸۷۳ - دورنگار: ۶۶۲۰۰۹۱۵

خیابان انقلاب، تقاطع حافظ، فروشگاه شماره ۱، تلفن: ۶۶۷۰۱۲۹۷

خیابان انقلاب، خیابان ۱۲ فروردین، خیابان شهدای ژاندارمری، فروشگاه شماره ۲، تلفن: ۶۶۹۵۵۷۳۷

حرم مطهر حضرت امام خمینی (س)، ضلع شمالی، فروشگاه شماره ۳، تلفن: ۵۵۲۰۳۸۰۱

کلیه نمایندگیهای فروش در استانها

نشانی الکترونیکی: pub@imam-khomeini.ir

مراکز بخش

مقدّمة الناشر

بسم الله الرحمن الرحيم

إنّ «تحرير الوسيلة» هو خير وسيلة يبتغيها المكلف في سيره وسلوكه، وهو أوثقها عُرى، وأصلحها منهاجاً؛ لما امتاز به من سداد في تحديد الموقف العملي، وإصابة في تشخيص الوظائف المُلقاة على عاتق المكلفين، وذلك على ضوء الدليلين: الاجتهادي والفقاهي، النابعين من الكتاب والسنة. ناهيك عن جمعه للمسائل العملية، ونأيه عن المسائل ذات الصبغة النظرية التي لا تمسّ إلى واقعنا المُعاش بصلة.

ولئن كتب الشهيد الأوّل قدس الله نفسه الزكية كتاب «اللمعة الدمشقيّة» وهو سجين، فإنّ إمامنا العظيم نور الله ضريحه قد ألف هذا الكتاب حينما كان منفيّاً في مدينة بورسا التركيّة من قبل الطاغوت الغاشم، ولم يكن بحوزته إلا «وسيلة النجاة» و«العروة الوثقى» و«وسائل الشيعة».

نعم، لم تكن بيده المباركة إلا هذه الكتب الثلاثة، ولكنّ نفسه العلوية لو لم تكن خزانة للعلوم الحقّة، وفؤاده مهبطاً للإلهام والتحديث، لامتنع وجود هذا السيفر الخالد في تلك الظروف العصيبة.

ونظراً إلى أهميّة هذا الكتاب، وضرورة نشره على مختلف المستويات

٦ دليل تحرير الوسيلة / كتاب المضاربة

والأصعدة؛ لذا فقد أخذت مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني رحمته الله على عاتقها نشر شروح وتعليق العلماء المحققين على «تحرير الوسيلة» ومن نفقتها الخاصة.

ويعدّ الكتاب الذي بين يديك، واحداً من هذه السلسلة الضخمة التي تروم مؤسستنا طبعتها، وهو شرح لمباحث المضاربة من «التحرير»، تأليف الشيخ علي أكبر السيفي المازندراني دام بقاءه.

نسأل الله تعالى أن يوفقه وإيانا وأن يختم لنا جميعاً بالحسنى إنه سميع الدعاء.

مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني رحمته الله

فرع قم المقدّسة

مقدمة المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين أحمدته استتماماً لنعمته، واستسلاماً لعزّته واستعصاماً من معصيته، وأستعينه فاقّةً إلى كفايته.

والصلاة على محمد عبده ورسوله المصطفى، أرسله بالهدى ودين الحق، وجعله بلاغاً لرسالته، وكرامةً لأمتّه، وأنزل عليه القرآن نوراً لا تطفأ مصابيحُه، وبحراً لا يدرك قعره، ومنهاجاً لا يضلّ نهجه، وفرقاناً لا يخمد برهانه.

والسلام على آله المعصومين المكرّمين الذين هم معادن الإيمان وبحبّواته، وينابيع العلم، وأساس الدين، وعماد اليقين.

ونسأل الله سبحانه أن يوفّقنا لمعرفةهم وطاعتهم، ونشر علومهم ومعارفهم، ويرزقنا شفاعتهم يوم تأتيه فرداً.

وأما بعد: فقد دوّنت هذا الكتاب على أساس متن «تحرير الوسيلة» للإمام الخميني الراحل رحمه الله بعد التحقيق والدراسة وإلقاء مباحثه إلى عدّة من الفضلاء وحلّ المعضلات وغوامض الإشكالات التي أوردت في حلقات البحوث.

والذي ينبغي أن نشير إليه هاهنا، هو أنّ منهجنا في تحقيق مسائل هذا الكتاب يبتني على أساس المراحل التالية.

١ - ابتدأنا في تحقيق الفروع المهمة بالتتبع في آراء الفقهاء وتحرير أقوالهم، ولا سيما القدماء وفحول المتأخرين والمعاصرين وتعيين القول المشهور أو الأشهر. وترتيب أقوالهم على أساس ما به الاختلاف بينهم.

٢ - ثم تعرّضنا للوجوه المستدلّ بها لكل قولٍ من الأقوال المذكورة، وأشرنا إلى موافقة السيد الماتن لواحدٍ منها. وبالطبع يتّضح وجه مخالفته لسائر الأقوال.

٣ - ثم تعرّضنا في كلّ مسألة إلى ما ادّعي أو نقل من الإجماعات المحصّلة والمنقولة، وأشرنا إلى عدم صلاحية غالب هذه الإجماعات للدليلية؛ نظراً إلى وجود ما يصلح للدليلية من آيات الكتاب ونصوص السنّة والقواعد العامة، وإلى أنّ استناد الأصحاب إليها في مقام الاستدلال، أو كونها في مظانّ استدلالهم بها، ينفي حجّية الإجماع؛ لعدم كشفه تعبداً عن رأي المعصوم حينئذٍ، وفقدان ملاك حجّيته.

٤ - حيث إنّنا بنينا على انجبار ضعف سند الخبر بعمل المشهور، كما أثبتنا ذلك في كتابنا «مقياس الرواية». فمن هنا نوافق رأي السيد الماتن في أمثال هذا المورد. ولكنّه فيما إذا لم تتعارض الأخبار، وإلاّ فإنّما الشهرة الروائية هي التي ترجّح بها إحدى الطائفتين المتعارضتين بعد استقرار تعارضهما، ولا تصلح الشهرة الفتوائية للدليلية على ترجيح إحدى الطائفتين حينئذٍ.

وأما إعراض المشهور، فليس عندنا موجّباً لو هن الخبر الصحيح، وقد أثبتنا ذلك أيضاً في كتابنا المشار إليه. ولكن ذلك فيما إذا كان المخالف للمشهور جماعة معتنى بهم مع تعرّضهم للمسألة ومخالفتهم، وإلاّ فلو انحصر المخالف في واحد أو اثنين من القدماء أو المتأخرين، أو لم يتعرّض سائر القدماء لعنوان المسألة أو تعارضت النصوص وكانت الموافقة منها لرأي المشهور مشتهرةً من حيث الرواية، فلا إشكال في رفع اليد عن تلك الرواية المخالفة للمشهور، وإن كانت صحيحة.

وذلك إما لتسالم الأصحاب على خلافها أو لأجل شهرتها الروائية.

٥ - قد يتفق في خلال الاستدلال ببعض النصوص تصحيح سنده بقاعدة تبديل السند، مشيراً إلى مفاد القاعدة، كما في طريق الشيخ إلى علي بن الحسن بن الفضال. وقد فصلنا البحث عن هذه القاعدة في كتابنا «مقياس الرواة»، فراجع.

٦ - وقد أشرنا إلى وجه تصحيح بعض الأصول الروائية، مثل كتاب علي بن جعفر بطريق صاحب الوسائل، لا طريق العلامة المجلسي في البحار. وأيضاً أشرنا إلى ضعف بعضها الآخر في هذا الكتاب، ولكن بحثنا عن تفصيل ذلك كله في كتابنا المشار إليه، فراجع.

٧ - وقد فحصنا عن حال آحاد الرواة الواقعيين في أسناد الروايات التي يدور مدارها ربح الاستدلال والاستنباط في المسألة. ونشير إلى قواعد رجالية لإثبات أو نفي وثاقة الراوي أو اعتبار روايته. وإتاما ذلك في الرواة الذين وقع الخلاف في اعتبار رواياتهم. وبنينا في أمثال هذه الموارد على اعتبار روايات من كان صاحب أصل وكثير الرواية وواقعاً في ضمن توثيق عام، مع نقل أجلاء الأصحاب عنه، وعدم ورود قدح في حقه. وقلنا: إن هذه القرائن - إذا توقرت في حق أحد - تورث الوثوق النوعي بحسن حاله، بل تكشف عادة عن اعتبار روايته، بل عن وثاقته، وإلا لو كان في مثله قدح لبان. وأيضاً أشرنا إلى قواعد عامة أصولية خلال المباحث والاستدلال.

هذه الخصوصيات هي أهم ما بيتني عليه منهجنا في تحقيق المسائل المهمة وبها يمتاز هذا الكتاب.

ولا يخفى أن لمسائل المضاربة أهمية كثيرة؛ نظراً إلى ابتلاء العموم بمسائل مرتبطة بمعاملات البنوك.

وذلك لأنّ الودائع المصرفية تأخذها البنوك بعنوان عامل المضاربة ويعلن مسؤولوها بأنهم يعملون على أساس قوانين المضاربة ويربحون على أساس أحكامها.

وقد أثار هذا الأمر تشكيك بعض فقهاءنا ومقلّديهم وكثير من المؤمنين؛ نظراً إلى أنّهم لا يرون أحكام المضاربة وحدودها حاصلة بتمامها وكمالها في هذه البنوك. وهذه العويصة من أهمّ الوجوه الباعثة لتأليف هذا الكتاب.

وفي الختام أرجو من الفضلاء الكرام والعلماء الأبرار أن يسامحوا موارد زلّاتي ويذكروني في مواضع الخطأ، فإنّ أحبّ إخواني من أهدى إليّ عيوبي. غفر الله لي ولكم وتقبّل منّي آمين.

علي أكبر السيفي
المازندراني



كتاب المضاربة

وتسمى قراضاً، وهي عقد^(١) واقع بين شخصين على أن يكون رأس المال في التجارة من أحدهما والعمل من الآخر، ولو حصل ربح يكون بينهما.

تحرير الوسيلة: ١: ٥٧٧

تعريف المضاربة

المعنى اللغوي

١ - اشتهر التعبير عن هذا العقد بالمضاربة، وقد يعبر عنه بالقراض. والأول لغة أهل العراق، والثاني لغة أهل الحجاز، كما قال شيخ الطائفة في المبسوط^١ وكذا في الجواهر^٢، ونسب في مفتاح الكرامة^٣ إلى الأكثر التصريح بأن القراض لغة أهل الحجاز والمضاربة لغة أهل العراق.

وقد وجّه التعبير بالمضاربة في الجواهر^٤ بوجهين:

الأول: كون الضرب مسيئاً عن المالك والعامل كليهما؛ نظراً إلى ضرب

١ - المبسوط: ٣: ١٦٧.

٢ - جواهر الكلام: ٢٦: ٣٣٦.

٣ - مفتاح الكرامة: ٧: ٤٢٣.

٤ - جواهر الكلام: ٢٦: ٣٣٦.

العامل في الأرض للتجارة، وإلى طلب المالك منه ذلك.

الثاني: ضرب كلّ منهما فيما هو للآخر من المال والعمل. وجعل هذا الوجه أولى من الوجه الأوّل.

ثمّ قال: «ويقال للعامل مضارب بكسر الراء؛ لأنّه الذي يضرب في الأرض». ويظهر من السيد في العروة اختيار التوجيه الأوّل؛ حيث وجّه ذلك بأنّ المالك سببٌ لضرب العامل في الأرض بتسليم ماله إليه، وأنّ العامل مباشرٌ لذلك. وبناءً على ذلك أيضاً فالعامل مضارب - بكسر الراء - لأنّه الضارب في الأرض بعمله مباشراً.

مقتضى التحقيق

والتحقيق: أنّ لفظ المضاربة بمعنى التجارة بمال الغير، كما قال الزمخشري في أساس البلاغة: «يقال ضاربه بالمال وفي المال، وضارب فلان لفلان في ماله: تجر له فيه»^١. وإطلاق صيغة المضاربة بلحاظ استناد الضرب في التجارة إلى كلّ من المالك والعامل عرفاً.

وأما المالك فلاّنه ضرب في التجارة بماله. وأما العامل فلضربه في التجارة بعمله. ومعنى الضرب في التجارة، الاشتغال بالكسب والاسترباح، كما في لسان العرب وغيره. فإنّ التجارة كما تتوقّف على صرف المال، كذلك تتوقّف على صرف القدرة والسعي والعمل.

ولا يخفى أنّ التجارة وإنّ تشمل جميع عناوين المعاملات - حتّى الإجارة والمزارعة والمساقاة ونحو ذلك - في اصطلاح القرآن. ومن هنا ترى الفقهاء

يتمسكون في جميع المعاملات بإطلاق قوله تعالى: «تجارة عن تراضٍ» عند الشك في اعتبار قيد فيها، إلا أنها في باب المضاربة بمعنى خصوص البيع والشراء، مقابل التجارة والبنائنة والصباغة والزراعة والصناعة وغيرها من المشاغل. وسيأتي بيان وجه ذلك في مسألة اعتبار كون الاسترباح في المضاربة بالتجارة.

وأما الضرب في الأرض فمعناه المسافرة والذهاب في الأرض. وهذا المعنى ليس بمقصود في المقام، بل المقصود هو الضرب في التجارة، وإن كان للمعنى السابق أصل في هذا المعنى.

إشكال السيد الخوئي

ولكن استشكل بعض الأعلام^١ على ذلك بأنه لا أساس صحيح لما اشتهر من وضع هيئة المفاعلة للدلالة على صدور الفعل من اثنين، بل إنما وضعت لقيام الفاعل وتصديده لإيجاد الفعل - ولو وحده - سواء تحقّق الفعل أم لم يتحقّق.

واستدلّ لذلك أولاً: ببعض موارد استعمال صيغة المفاعلة، كقول القائل: طالعت الكتاب، وتابعت زيدا، وباركت له وسافرت، ونحو ذلك ممّا لا مشاركة فيه، وليس بين اثنين.

وثانياً: بقوله تعالى: «يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون إلا أنفسهم وما يشعرون»^٢؛ حيث دلّ على كون المخادعة بمعنى التصدي للخدعة من دون تحقّق مادّة الخدعة، وأنّ معنى «خادع» غير «خدع» الموضوع لتحقيق مادّة

١ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٣٤ - ٢٣٥؛ المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٣.

٢ - البقرة (٢): ٩.

الخدعة. وذلك لظهور الاستثناء في عدم تجاوز الخدعة ولا تحققه في حق من خادعوه.

وبناءً على هذا الأساس لا حاجة إلى التجسُّم لإثبات صدق المفاعلة على المضاربة بما ذكر من التوجيهات.

نقد كلام السيد الخوئي

ويمكن الجواب عن هذا الإشكال باتفاق علماء الصرف على وضع صيغة المفاعلة للمشاركة في الفعل ووقوعه بين اثنين، مع إذعانهم بمجيئها لغير هذا المعنى أيضاً. وعليه فمجيئها لغير هذا المعنى لا يصلح للدليلية على عدم وضعها له، كما يظهر من بعض الأعلام. ونحن لا ندعي اختصاص صيغة المفاعلة بذلك، بل نمنع إنكار وضعها لها على نحو الموجبة الكلية، كما يظهر من هذا العَلَم^١.

وعليه فما اشتهر من وضع هيئة المفاعلة لصدور المادة من اثنين هو مقتضى التحقيق ولا غبار عليه. وأمّا حديث تحقق المادة واقعاً وعدمه فهو أمر آخر لا ربط له بذلك؛ حيث يكفي في صدق ذلك تصدّي كلٍّ من الطرفين لفعل ما ارتكبه الآخر. وأمّا الآية فهي تدلّ على عكس ما ادّعاه. وذلك لظهورها في تحقق الخدعة من ناحية الله ورسوله في الحقيقة؛ حيث إنّ المناققين قد أوجدوا باختيارهم وبأعمالهم السيئة ونفاقهم سبب انقطاع فيض الله وفضله من أنفسهم، فتركهم الله في طغيانهم يعمهون وختم على قلوبهم وعلى سمعهم وزادهم مرضاً، وإنّ قطع الفيض عنهم وتركهم في ظلمات الجهل والطغيان والختم على قلوبهم وعلى سمعهم الموجب لازدياد مرض قلوبهم، لما كان من جانب الله تعالى عقيب ما صدر

باختيارهم من الكفر والفساد والنفاق والمكر والكيد، يصدق أنه تعالى خدعهم بعد إصرارهم على الخدعة والمكر والنفاق. وإنهم بذلك لم يخدعوا في الحقيقة، إلا أنفسهم؛ لرجوع آثار خدعتهم عليهم، كما جاء في الآية؛ لأنهم هم الذين أوجدوا سبب ذلك بفعالهم واختيارهم.

ويشهد لذلك قوله تعالى: ﴿ومكروا ومكر الله، والله خير الماكرين﴾^١ وقوله تعالى: ﴿إنهم يكيدون كيداً، وأكيد كيداً * فمهل الكافرين أمهلهم رويداً﴾^٢ وقوله تعالى: ﴿ومكروا مكرأ، ومكرنا مكرأ، وهم لا يشعرون﴾^٣.

وأما مكر الله فهو إما عذاب الاستدرج بإمهالهم وازدياد مرضهم وتركهم في ظلمات الجهل والمعاصي لتشديد عذابهم في الآخرة. وإما بإفشاء أسرارهم بالوحي وإلهام النبي ﷺ وإعلان مكائدهم وكشف الواقع برفع الستار عن إفكهم وكذبهم وفضحهم بذلك في الدنيا.

وأما من ناحية المنافقين فلا ريب في صدور الأفعال الخادعة الكائنة منهم. ولأجل ما كان يصدر منهم من الدسائس والمكائد، عبّر القرآن عنهم بالمنافقين. وعليه ففي مورد الآية تحقق الخدعة من ناحية الله والمنافقين كليهما كما عرفت.

أما التعبير الثاني أي القراض فيحتمل فيه وجهان:

أحدهما: كون القراض من القرض - الذي منه المقرض - أي القطع؛ نظراً إلى قطع المالك حصّةً من ماله ودفعه إلى العامل ليتجر به. وقطعه منه حصّةً من الربح له، كما قال في المبسوط: «ومعناه هاهنا أنّ ربّ المال قطع قطعة من ماله يسلمها إلى

١ - آل عمران (٣): ٥٤.

٢ - الطارق (٨٦): ١٥ - ١٧.

٣ - النمل (٢٧): ٥٠.

العامل وقطع له منه قطعة من الربح»^١. وبناءً على ذلك يكون المالك مقارِض - بكسر الراء - والعامل مقارِض - بفتح الراء -.

ثانيهما: من المقارضة بمعنى الموازنة والمساواة كما يقال: «تقارض الشاعران»؛ إذ وازن كلُّ منهما الآخر بشعره، كما قال في المبسوط^٢. وإنَّ الموازنة في باب المضاربة بين مال المالك وبين عمل العامل - مثل كفتي الميزان - في المالية واستحقاق الربح، كما أشار إلى ذلك في الجواهر^٣.

والوجه الثاني هو الأصحّ؛ لأنَّ القِراض بكسر القاف مصدر ثانٍ للمقارضة، ومن باب المفاعلة، كما ذكره أهل اللغة. والقطع من جانب العامل غير متصوّر؛ لأنَّ الربح ملك للمالك، وهو الذي خصَّ بعض الربح بالعامل بقوله: «والربح بيننا» كما قطع ماله وأعطاه العامل للاتجار. فالقطع إنّما هو من طرف المالك، لا العامل، كما هو ظاهر المبسوط والجواهر^٤. فلا يناسب التعبير بالقراض معنى القطع. بل إنّما يناسب معنى الموازنة والمبادلة بين المال والعمل. وعلى أيّ حال يقال للمالك المقارض - بالكسر - وللعامل المقارض - بالفتح -.

المعنى الاصطلاحي

هذا كلّهُ بحسب اللغة، وأمّا في اصطلاح الفقهاء فالمضاربة والقراض لفظان مترادفان بمعنى واحد، وهو عقدٌ بين شخصين على أن يكون رأس المال في

١ - المبسوط ٣: ١٦٧.

٢ - نفس المصدر.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٦.

٤ - نفس المصدر.

التجارة من أحدهما والعمل من الآخر وكون الربح بينهما، كما قال السيد الماتن رحمته.
وكما حكاه في مفتاح الكرامة^١ عن المبسوط وفقه القرآن والغنية والسرائر وشرح
الفخر والمهذب البارع، وغير ذلك من الجوامع الفقهية.

نقد كلام صاحب العروة

ثم إنه قد عرّف السيد في العروة المضاربة بدفع الإنسان مالاً إلى غيره
ليتّجربه على أن يكون الربح بينهما، لا أن يكون تمام الربح للمالك، ولا تمامه
للعامل.

وأشكل عليه السيد الحكيم بأنّ المضاربة كالبيع والشراء من الإنشائيات
والدفع فعل خارجي، وليس هو حقيقة المضاربة.

وهذا الإشكال منه واردٌ جداً؛ لأنّ قوام عناوين المعاملات وإن ليس بمجرد
التلفّظ بالصيغة ولقلقة اللسان، كما هو واضح، إلا أنّ حقيقتها هي الالتزام النفساني
بنقل الملك وإنشائه المبرز بلفظ الصيغة، لا مجرد أخذ وإعطاء خارجي. وأمّا دفع
المال المضارب به، فهو من قبيل تسليم المبيع بعد تحقّق حقيقة البيع بالإنشاء.

ويشهد لذلك أنّ حقيقة المضاربة عقدٌ ودفع المال وتسليمه في الخارج ليس
بعقد قطعاً. فإنّ العقد التزام نفساني بين المتعاملين بالتسليم والنقل.

ولا يخفى أنّ هذا الإشكال لا يرد على السيد الماتن رحمته.

ولو جعل تمام الربح للمالك يقال له: البضاعة^(١).

الفرق بينها وبين البضاعة والقرض

١ - وقع الكلام هاهنا في صور دفع المالك ماله إلى الغير للتجارة. وأول من تعرّض إلى هذه الصور هو شيخ الطائفة في المبسوط، لا المحقق في الشرائع كما قال في المستمسك^١.

نقل كلام شيخ الطائفة رحمته الله

وينبغي نقل كلام الشيخ هاهنا بطوله؛ لما له من الجامعية والنكات النافعة. قال رحمته الله: «إنّ هاهنا ثلاثة عقود: عقد يقتضي أنّ الربح كلّه لمن أخذ المال، وهو القرض. وعقد يقتضي أنّ الربح كلّه لربّ المال، وهو البضاعة. يقول له: «خذ المال فاتجر به، والربح كلّه لي». فإنّه يصحّ؛ لأنّها استعانة منه على ذلك. وعقد يقتضي أنّ الربح بينهما، وهو القراض.

فإذا قال: «خذه واتجر به» صلح هذا لثلاثة عقود: قرض وقراض وبضاعة. فإذا قرن به قرينة أخلصته إلى ما تدلّ القرينة عليه.

فإن قال: «خذه فاتجر به والربح لك» كان قرضاً؛ لأنّها قرينة تدلّ عليه. وإن قال: «خذه فاتجر به على أنّ الربح لي» كان بضاعة وإن قال: «خذه واتجر به على أنّ الربح بيننا» كان قراضاً لأنّ القرينة تدلّ عليه.

وإن كانت اللفظة خالصة للعقد الواحد، فقرن به قرينة، نظرت، فإن

لم يخالف مقتضاه لم يقدح فيه، وإن خالفت مقتضاه فسد العقد. بيانه: إذا قال خذ قراضاً، هذا خالص للقراض، ومقتضاه أن الربح بينهما، فإن قال: «على أن الربح بيننا» صح، لأنها قرينة تدلّ على مقتضاه. وإن قال: «على أن الربح لك» كان قراضاً فاسداً؛ لأنها قرينة تخالف مقتضاه.

فإن قال: «على أن الربح كله لي» فهو قراض فاسد أيضاً، ولا يكون بضاعة. وفي الناس من يقول: يكون بضاعة ولا يكون قراضاً فاسداً. وهذا غلط؛ لأن لفظ القراض يقتضي الاشتراك في الربح. فإذا شرط لأحدهما كان قراضاً فاسداً كما لو شرط كله للعامل^١.

مقتضى التحقيق

ومقتضى التحقيق في المقام: أن دفع المالك ماله إلى الغير للتجارة. تارة: يكون مبنياً على كون الربح بينهما، نصفاً أو أثلاثاً أو أرباعاً ونحو ذلك من النسبة المشاعة، وهذا هو المضاربة. وعلى ذلك يحمل ما لو لم يتعرض للربح بأن يقول للعامل: «خذ هذا المال وأتجربه» وإن يحتمل إرادة الإجارة واستحقاق العامل أجرة المثل مع كون تمام الربح للمالك، كما هو مقتضى القاعدة. فالمعيار في ذلك ظهور الكلام، وإلا يحمل على مقتضى القاعدة. وأخرى: على كون تمام الربح للعامل.

ففي هذه الصورة لو قصد المالك عنوان القرض بتملك المال للغير على وجه التضمن، يقع قرضاً. وملكية تمام الربح للعامل المقترض تكون مقتضى القاعدة حينئذٍ؛ نظراً إلى قاعدة تبعية الربح للمال؛ حيث تقتضي كون الربح ملكاً لمن هو مالك

المال، ولما كان المقرض مالك المال بتمامه فيكون الربح الحاصل منه بتمامه له. ولا ينافي ذلك حقيقة القرض، التي هي تمليك المال للمقرض على وجه التضمين. وأما لو لم يقصد المالك عنوان القرض، بأن قصد إبقاء المال على ملكه - من دون قصد تمليكه للغير على وجه التضمين - يمكن أن يقال^١: إنَّ المعاملة حينئذٍ مضاربة فاسدة، وتجري أحكامها.

وذلك لأنَّ كون تمام الربح للعامل مع كون المال للمالك خلاف مقتضى قاعدة تبعية الربح للمال، وغير داخل في القرض، ولا في المضاربة، ولا سائر عناوين المعاملات. فلا دليل على إمضائه.

إزاحة شبهة

وقد يشكل على ذلك بأنَّ المالك إذا دفع ماله إلى الغير ليُتجر به ويكون الربح بتمامه له وكان كلُّ ذلك من طيبة نفسه، يكون ما أنشأه العامل من المعاملات والتجارات بإذنه. ولا ريب في صحَّة المعاملة بمال الغير؛ إذا كان بإذنه بمقتضى إطلاق «تجارة» عن تراضٍ^٤. فأَيُّ مانع من كون الربح بتمامه للعامل حينئذٍ؟ يمكن الجواب عنه: بأنَّ الربح ما لم يتحقَّق في الخارج لا قابلية له للتمليك والتملك، فلا يمكن تمليكه الفعلي للغير في متن عقد المضاربة. وأمَّا اشتراط ملكيته للغير بعد حصوله بنحو شرط النتيجة، وإن ليس شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة؛ لأنَّ ذلك من حقوق المالك، فله أن يعمل بحقه كيف شاء، إلاَّ أنَّه ليس في ضمن عقد ليجب الوفاء به؛ نظراً إلى عدم كون ذلك مضاربة ولا قرضاً، ولا داخلاً في سائر عناوين المعاملات.

وأما احتمال كونه بنفسه عقداً داخلياً في إطلاق التجارة عن تراض، مدفوع بأنه لا تملك إلا في ملك والربح لم يدخل في ملكه بعد حتى يملكه للعامل وتمليكه معلقاً على حصوله باطل؛ بناءً على بطلان التعليق في العقود كما هو المشهور.

وعليه فمرجع ذلك إلى الإذن في التصرف. وإن الشرط الابتدائي لَمَّا لا يجب الوفاء به، ولا يصلح أن يكون سبباً للملك، فلا يتحقق بذلك سبب شرعي لملكية الربح للعامل. نعم، لو ملكه بعد الحصول للعامل مجاناً أو بعوض، لا بأس به.

هذا إذا أحرزنا قصد المالك بإخبار نفسه أو بقرينة أخرى. وإلا فالظاهر حملة على القرض بقرينة قوله: «والربح لك» كما قال في المبسوط. وذلك ما دام لم يجعل قرينة تدلّ على إرادة المضاربة، كقوله: مضاربة أو قراضاً، وإلا لا إشكال في حملة على المضاربة الفاسدة.

تعريف البضاعة

وثالثة: على أن يكون تمام الربح للمالك، فيقال له البضاعة. والبضاعة والإبضاع أن يدفع الإنسان مالاً إلى غيره ليبتاع به متاعاً ولا حصّة له في ربحه، كما صرح به في مجمع البحرين. وحينئذ تارة: يقول المالك: «خذ هذا المال قراضاً، والربح لي».

وأخرى: يقول: «خذه فأتجربه والربح لي»، ولا إشكال في ظهور التعبير الثاني في البضاعة.

وأما على الأول فيحتمل وجهان:

أحدهما: الحمل على ظاهر لفظ القراض وإرادة معناه الحقيقي الذي هو أعمُّ من الصحيح والفاقد في ألفاظ المعاملات. وحينئذٍ يحكم بفساد المضاربة؛ لأنَّ مقتضاها اشتراك المالك والعامل في الربح، وهو ينافي تصريح المالك باختصاص الربح لنفسه، فلا مناص حينئذٍ من حمله على المضاربة الفاسدة.

ثانيهما: الحمل على البضاعة. وهي دفع المال إلى الغير ليستجربه من دون أن تكون له حصّة من الربح، كما صرّح به في مجمع البحرين وزاد في المسالك^١ في تفسير البضاعة بقوله: «بمعنى أنّ العامل لا يستحقّ على عمله أجره». ونظيره في الجواهر؛ حيث قال: «إنّها المال المدفوع ليعمل به، على أنّ الربح لمالكه بلا أجره للعامل، فهي حينئذٍ توكيل في التجارة تبرّعاً»^٢. وجه هذا الحمل قرينية قول المالك: «الربح لي» بدعوى أنّها تعطى الظهور لكلامه في اقتراح البضاعة.

فاختلف الأصحاب في ذلك، وتردّد في الشرائع بعد ما مال إلى الحمل على المضاربة الفاسدة. والذي استقرّ عليه رأي مشهور الفقهاء هو الحمل على المضاربة الفاسدة، كما صرّح به في المسالك والجواهر وغيرهما^٣.

وهذا هو الأصحّ لغلبة قوله: «مضاربة» في إعطاء الظهور لكلام المالك في المضاربة. ويحمل قوله: «والربح لي» على جهله بحكم المضاربة وطعمه في الربح.

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٦٤.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٥.

٣ - نفس المصدر.

هل يستحقّ العامل الأجرة في المضاربة الفاسدة؟

ثمّ إنّه بناءً على رأي المشهور - وهو الحمل على المضاربة الفاسدة - يضمن المالك أجرة المثل للعامل. وقد يعلّل ذلك بقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» بلحاظ ضمان سهمه من الربح في الصحيح فيضمن ما بإزائه من العوض. وهذه القاعدة وإن لا اعتبار لها بعنوانها - كما حقّقناه في مسألة ضمان الربا المأخوذ، في فقه الربا من كتابنا دليل تحرير الوسيلة - إلا أنّ قاعدة الإلتلاف كافية لإثبات ضمان أجرة المثل؛ لأنّ العامل إنّما عمل بأمر المالك، فهو الذي صار سبباً لإلتلاف عمل العامل، ولما كانت لعمل الحرّ ماليتة عند العقلاء، يثبت ضمان الإلتلاف بالتسبيب.

وأما بناءً على الحمل على البضاعة بلحاظ قرينية قوله: «والريح لي»، فلا يستحقّ العامل الأجرة بمقتضى ماهية البضاعة، كما عرفت في تعريفها.

ترجيح رأي المشهور والاستدلال عليه

والذي يقتضيه التحقيق ما ذهب إليه المشهور، كما قلنا آنفاً. وذلك أولاً: للأخذ بظاهر لفظ القراض المفروض تصريح المالك به. وثانياً: لاقتضاء قاعدتي الإلتلاف بالتسبيب واحترام مال المؤمن وعمله. وبما ذكرناه ظهر الحال في الصورة الثانية. وهي ما لو قال المالك: «خذهُ واتجر به والريح لي» من دون قيد «قراضاً». وذلك لأنّه الذي دعا العامل إلى العمل وسبّب ذلك، باقتراح التجارة إليه. وعليه فمقتضى قاعدتي الاحترام والإلتلاف بالتسبيب ضمان قيمة عمل العامل عليه بماله من المالية العرفية، وهي أجرة المثل.

هذا مضافاً إلى عدم كون التصريح بلفظ القراض أو المضاربة شرطاً في صحة عقد المضاربة، كما قال في المسالك^١. فتحصل ممّا ذكرناه أنّ الحقّ مع المشهور مطلقاً.

وبما ذكرناه أنّح بطلان توجيه المجانية، وعدم استحقاق العامل للأجرة مستدلاً بظهور حال المالك فيه، كما عن بعض الأعلام^٢ - على ما في تقريراته - من أنّ قول المالك: «والربح لي» تصريحٌ منه بأنّ العامل لا حظّ له في الربح. وذلك قرينة عرفية ينعقد بها ظهور حالٍ للمالك في كون عمل العامل تبرّعياً، فإذا قبله العامل ولم يصدر منهما لفظ يدلّ على الأجرة لا يستحقّ العامل أجره المثل؛ نظراً إلى كون ظاهر حال المالك في كون عمل المالك مجانياً.

وجه بطلانه: إنّ اقتراح عمل التجارة يكون من جانب المالك؛ لأنّه الذي دعا العامل إلى ذلك بدفع ماله إليه وأمره بالتجارة. والذي نفاه المالك وقبله العامل هو استحقاق الربح، وأمّا استحقاق الأجرة فلم ينفها، ولا ظهور لتخصيص الربح بنفسه في نفي أجره العامل. ومجرّد اقتراحه ودعوته العامل إلى العمل يكفي لحدوث سبب الضمان بمقتضى قاعدة ضمان الإلتاف بالتسيب.

وهذا، مضافاً إلى اقتضاء قاعدة الاحترام لاستحقاق أجره المثل ما لم يصدر من العامل ما يسقط احترام عمله، كما في المقام. وقد بحثنا عن مفاد هذه القاعدة وأدلتها بالتفصيل في كتابنا «الفقه الفعّال»، وقد أثبتنا هناك أنّ قاعدة الاحترام تقتضي ضمان أجره عمل الحرّ، فراجع.

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٦٥.

٢ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٥.

وحيث إنَّها عقد، تحتاج إلى الإيجاب من المالك والقبول من العامل^(١)، ويكفي في الإيجاب كلُّ لفظ يفيد هذا المعنى بالظهور العرفي، كقوله: «ضاربتك» أو «قارضتُك» أو «عاملتُك» على كذا، وفي القبول: «قبلتُ» وشبهه.

شروط عقد المضاربة

١ - لا خلاف ولا إشكال في كون المضاربة من العقود، وأنَّها تحتاج إلى إيجاب وقبول. وذلك لأنَّ حقيقة العقد هي الربط بين التعهدين والالتزامين، بخلاف الإيقاع الذي هو التزام من طرف واحد.

ولا بدَّ لتحقُّق هذا المعنى من إيجاب وقبول متعلِّق بنفس ذلك الإيجاب؛ بمعنى أن يلتزم العامل في قبوله نفس ما التزم به المالك في إيجابه، من تمليك ماله للعامل لغرض اتِّجار العامل به مبنياً على كون مقدار من الربح الحاصل بعمله له، وهو حقيقة المضاربة، وإلا فلو التزم المالك بشيء في إيجابه والعامل بشيء آخر في إيجاب آخر أو بقبول شيء آخر غير ما أوجبه المالك، لا تتحقَّق به حقيقة العقد.

وأما اعتبار التراضي في العقود، فالوجه فيه أنَّ لكلِّ من المتعاقدين سلطةً وولايةً على ماله وعمله، ولا يجوز للأخر التجاوز إلى ما تحت سلطته وولايته، إلا بإذنه ورضاه. وعليه فلكلِّ واحدٍ منهما أن لا يرتضي ولا يلتزم بالعقد.

والفرق بين العقد والإيقاع أنَّ العقد بحاجة إلى أعمال الولاية من الطرفين ولما أخذ من الربط بين تعهدين والتزامين في ماهية العقد. ولكن الإيقاع يتقوم

بإعمال الولاية من طرف واحد؛ نظراً إلى أنّ حقيقته مجرد إيجاد أمر اعتباري وإنشائه من طرف واحد. فهو في الحقيقة التزام شخص بشيء في نفسه بلا حاجة إلى ارتباطه بالتزام شخص آخر ومن هنا لا يعتبر التراضي في الإيقاعات. وحيث إنّ في المضاربة يبذل المالك ماله، كما أنّ العامل يبذل عمله الذي له المالية عند العقلاء. فكما أنّ للمالك الولاية على ماله، كذلك للعامل الولاية على عمله، فيعتبر التراضي بينهما.

حكم المضاربة المعاطاتية

هذا لا كلام فيه. وإنما الكلام في جواز كلّ من الإيجاب والقبول بالفعل. فقد وقع الخلاف في اعتبار اللفظ في كلّ منهما.

ويقع الكلام تارة: في جواز إنشاء عقد المضاربة بالفعل في طرف الإيجاب، وأخرى: في جواز قبوله بالفعل.

يظهر من بعض الأصحاب المفروغية عن اعتبار اللفظ في إيجاب المضاربة وعدم جوازه بالفعل، كما يظهر من الرياض، بل صرح في الجواهر^١ بنفي الخلاف في ذلك.

وخالف ذلك جماعة كما نقل في المفتاح^٢ عن مجمع البرهان والكفاية كفاية كلّ ما دلّ على الرضا. ولو كان فعلاً. وقد مال إليه السيد الحكيم، واختاره صاحب العروة، والسيد الخوئي والسيد المائت؛ حيث صرح بحرمان المعاطاة في المضاربة في المسألة الثانية عشر، كما سيأتي، إن شاء الله. ويشهد لذلك تعريفهم المضاربة

١ - جواهر الكلام ٢٦ : ٣٣٩.

٢ - مفتاح الكرامة ٧ : ٤٢٣.

بدفع الإنسان مالاً إلى غيره (إلى آخره)، كما استشهد بذلك في المفتاح^١ لجواز إيجابه بالفعل.

مقتضى التحقيق

ومقتضى التحقيق عدم اعتبار اللفظ فيه وجواز إنشائه بالفعل في طرف الإيجاب. وأما دعوى عدم الخلاف فهو كما ترى، مع ما فيه من المخالف والوجوه المانعة من كشف قول المعصوم عليه السلام بالتعبّد.

هذا في الإيجاب، أما في القبول فلم يدع أحد الاتفاق على اعتبار اللفظ فيه، بل وقع الخلاف بينهم في ذلك. والتحقيق عدم اعتبار اللفظ فيه أيضاً بالأولوية، بعد ما لم يكن معتبراً في الإيجاب.

وأما إبراز الرضا منهما فيتحقّق بأيّ مبرز، كما أنّ مقتضى عمومات حليّة البيع والتجارة عن تراضٍ، كفاية أيّ لفظ دالّ على الرضا في صحّة العقد. ولا دليل على تخصيصها بلفظ خاصّ، بل إنّما المعتبر دلالة اللفظ على مقصود الألفاظ؛ لكي يفهمه صاحبه ويتطابق قصدهما، وإلا لا يتحقّق مفهوم العقد؛ حيث لا يتحقّق مفهومه، إلا إذا تعلق قصد المتعاملين بشيء واحد. فإنّ مفهوم العقد وماهيته لا يتحقّق، إلا بالربط بين الالتزامين. وهذا المعنى لا يمكن تحقّقه بشيئين منفكّين لا ربط بينهما. كما أنّ قصد كلّ منهما خلاف ظاهر اللفظ من هذا القبيل؛ لأنّ متعلق القصد ليس شيئاً واحداً حينئذٍ ليتحقّق الربط بينهما.

وعليه فالمعتبر في عقد المضاربة إبراز القصد المعاملي الخاصّ والاعتبار النفساني بأيّ مبرز ظاهر في المعنى المقصود، وحاكٍ عنه حسب الفهم العرفي.

وقد اتضح بهذا البيان أنه لا فرق في ذلك بين كون المبرز من الألفاظ أو من الأفعال. وهذا هو الذي يظهر من كلمات جماعة من الأصحاب، كما أشرنا إليه آنفاً.

نقد كلام صاحب الحدائق

وقد استظهر في الحدائق من كلام العلامة وغيره اختصاص ذلك بالقبول؛ حيث قال: «قد عرفت في غير موضع مما تقدم سهولة الأمر في العقد، وأنه ليس إلا ما دلّ على التراضي بتلك المعاملة، وظاهر كلامه هنا وكذا كلام غيره، الاكتفاء بما دلّ على الرضا وإن كان فعلاً في جانب القبول»^١.

ولكن لا وجه له. وذلك لما قلناه آنفاً، ولما استدّل به في مشروعية المعاوضة التي هي عقد فعليّ. ولذلك اعترض السيد الحكيم^٢ على الشهيد، الظاهر كلامه في الروضة في المفروغية عن عدم جواز الإيجاب بالفعل.

وعليه يكفي في صحة عقد المضاربة؛ إبراز معناها من جانب الموجب بأيّ مبرزٍ ظاهرٍ في قصد إنشائه عرفاً ومن القابل في قبوله، ولو كان ذلك المبرز فعلاً، فضلاً عن اللفظ الظاهر فيه عرفاً؛ يمثل قوله: «خذ هذا المال واتجره والربح بيننا» أو قوله: «اتجر بمالي هذا والربح بيننا»، ونحو ذلك من ألفاظ الإيجاب، من دون تصريح بالقراض أو المضاربة. وبقوله «قبلت» وشبهه في القبول، كما جاء في كلام السيد الماتن^٣. ثم إنه لا يخفى عليك أنّ المضاربة من العقود الجائزة من الطرفين. فيجوز لكل واحدٍ منهما الفسخ مطلقاً. قبل العمل وبعده وقبل ظهور الربح وبعده. وسيأتي البحث عن ذلك في بعض الفروع الآتية، إن شاء الله.

١ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٠٣.

٢ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٤١.

(مسألة ١): يشترط في المتعاقدين البلوغ والعقل والاختيار^(١)، وفي ربّ المال عدم الحجر للفلس^(٢).

شروط المتعاقدين ورأس المال

١ - إنّ البلوغ والعقل والاختيار من الشروط العامّة المعتمدة في جميع الأحكام التكليفية والوضعية، من العبادات والمعاملات. فكما لا تكليف على الصبي والمجنون والعاجز المسلوب عنهم الاختيار، فكذلك لا يترتب أيُّ أثر شرعي على أفعالهم في أبواب المعاملات. وليس هاهنا موضع البحث عن اعتبار هذه الشروط والاستدلال عليها. وقد تعرّض الفقهاء لذلك في كتاب البيع والحجر. وعلى أيّ حال لا خلاف في اعتبارها في المضاربة كاعتبارها في سائر المعاملات.

وجه اعتبار عدم الإفلاس في ربّ المال

٢ - وذلك لأنّ الإفلاس لمّا كان موجِباً للحجر، يكون المفلس محجوراً عن التصرف في أمواله، فليس له أن ينشئ عقداً من العقود، ولو أنشأ لا اعتبار بإنشائه شرعاً.

هذا في المالك، وأما العامل، فلا وجه لاعتبار عدم الفليس فيه، كما يوهمه كلام صاحب العروة؛ حيث شرط ذلك في صحة أصل عقد المضاربة، ولكن ينبغي أن يكون مقصوده اشتراط ذلك في المالك، لا العامل؛ لعدم اشتراط عدم الفليس في مالكية العامل لعمل نفسه، ومن هنا يجبر المفلس على العمل واكتساب المال بعمله حتى يؤدي به دينه.

اشتراط عدم السفه

ولا يخفى أن سبب الحجر لا يختص بالفليس، بل السفه أيضاً من أسبابه، كما لا يختص اعتبار عدم السفه بالمالك؛ حيث لا اعتبار بعمل السفه مطلقاً، سواء كان بتصرفه في مال نفسه أو بتعهده مال الغير أو عملاً في ذمته، كما صرح بذلك السيد الماتن - في المسألة الثانية من مسائل محجورية السفه في كتاب الحجر - بقوله: «كما أن السفه محجور عليه في أمواله كذلك في ذمته، بأن يتعهد مالاً أو عملاً، فلا يصح اقتراضه وضمّانه، ولا بيعه وشراؤه بالذمة ولا إجارة نفسه، ولا جعل نفسه عاملاً للمضاربة ونحوها»^١. ولا يفهم اشتراطه من اعتبار العقل وعدم الجنون، كما يوهمه عبارة صاحب العروة.

فكان الأنسب أن يضيف السيد الماتن اعتبار عدم السفه في المالك والعامل كليهما؛ لأنّ السفه محجور في مطلق التصرفات، سواء كان في مال نفسه، أو في مال غيره.

نعم، بناءً على اختصاص محجورية السفه بالتصرف في أمواله وعدم كونه محجوراً في التصرف في مال الغير، يختص اعتبار عدم السفه في المقام بالمالك.

وفي العامل القدرة على التجارة برأس المال، فلو كان عاجزاً مطلقاً بطلت^(١)،

وقد نسب بعض الأعلام^١ اختصاص حجر السفيه بتصرفه في أمواله إلى المشهور. وتفصيل البحث عن ذلك موكول إلى محلّه.

اعتبار قدرة العامل على التجارة برأس المال

١ - إن اعتبار قدرة العامل على التجارة برأس المال لم يذكره في الشرائع والقواعد والمسالك، ولا في غيرها من الجوامع الفقهية لقدماء الأصحاب ومتأخريهم، بل إنّما الموجود في كلامهم، ضمان العامل لمال القراض إذا كان عاجزاً عن التجارة به، كما في الشرائع والقواعد وغيرهم، بل في المسالك صرح بصحة العقد حينئذٍ؛ معللاً بعدم المنافاة بين الضمان وبين صحة العقد؛ حيث قال ﷺ: «وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد؛ إذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد»^٢.

وفي الحدائق بعد ما حكى عن الأصحاب عدم المنافاة بين الضمان وبين صحة العقد، قال: «قالوا: حيث يثبت الضمان لا يبطل العقد؛ إذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد. أقول: ويدلّ عليه ما تقدّم في تلك الأخبار، وعليه اتّفاق الأصحاب، من أنّه مع المخالفة لما شرطه المالك فإنّه يضمن والربح بينهما»^٣.

وفي الجواهر بعد نقل كلام الشهيد، قال: «لعلّ المتّجه في مفروض المسألة الفساد، من غير فرق بين حالي العلم والجهل. وذلك لمعلومية اعتبار قدرة

١ - منهاج الصالحين ٢: ١٧٩.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٨.

٣ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٢٣.

العامل على العمل في الصحة، نحو ما ذكره في الإجارة؛ ضرورة لغوية التعاقد مع العاجز عن العمل والاسترباح الذي هو روح هذه المعاملة^١. وتبعه في ذلك السيد الماتن.

ولتنقيح البحث في المقام ينبغي الكلام في ثلاث جهات، وهي:

- ١ - وجه ضمان العامل العاجز عن التجارة.
- ٢ - الكلام حول فساد عقد المضاربة حينئذٍ، والاستدلال عليه.
- ٣ - الفرق بين علم كل من المالك والعامل بالفساد وبين جهلهما.

هل يضمن العامل العاجز مال القراض؟

أمّا الجهة الأولى: لا إشكال في ضمان العامل العاجز عن التجارة لما أخذه من مال القراض، إذا كان المالك جاهلاً بعجزه عن ذلك. والوجه فيه - كما في المسالك^٢ والجواهر^٣ أنّ العامل إذا كان عاجزاً ليس بمأذون في وضع يده على مال الغير ويكون بغير إذنه؛ حيث إنّ تسليم المالك ماله إلى العامل إنّما كان ليعمل فيه. فيكون تسليمه المال إليه بشرط قدرته على التجارة، وإلا لا يرضى بذلك. وإنّ وضع اليد على مال الغير بدون إذنه ورضاه يوجب ضمان اليد.

نعم، لو كان حين إنشاء العقد وتسلّم المال عاجزاً، ولكن كان راجياً لحصول القدرة له في المستقبل ثمّ حصلت القدرة له بعد مدّة، لا يبعد القول بصحة المضاربة وعدم الضمان من حين حصول القدرة واشتغاله بالتجارة؛ نظراً إلى صحة المضاربة

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٠.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٨.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٠.

حينئذ، بل يمكن القول بصحة من حين إنشاء العقد وتسلم المال. وذلك لما بيننا عليه من صحة العقد حينئذ؛ نظراً إلى عدم لغويته؛ لحصول الغرض المعاملي الذي هو روح المعاملة مع رجاء حصول القدرة للعامل.

وجه بطلان المضاربة لعجز العامل

وأما الجهة الثانية: فالتحقيق بطلان المعاملة؛ لأن قوام المضاربة بعمل العامل، فإذا كان عاجزاً عن التجارة ونحوها من العمليات الربحية، ينتفي الغرض العقلاني من هذه المعاملة الذي هو الاسترباح واكتساب المنفعة باستعمال المال. فلا تتحقق حينئذ حقيقة المضاربة وروحها، كما عبّر في الجواهر^١، ولنعم ما عبّر به.

وأما دعوى اتفاق الأصحاب على الصحة كما عرفت من صاحب الحدائق، فلا ينبغي الاعتناء به، بعد عدم اعتناء مثل صاحب الجواهر، مع عدم اعتبار دعوى مثل هذا الاتفاق في نفسه، بعد أن لم يكن في البين إجماع تعبدي كاشف عن رأي المعصوم عليه السلام.

نعم، لا يعتبر حصول القدرة حين إنشاء العقد. فلو كان العامل عاجزاً حين إنشاء العقد وتسلم المال، ولكن كان راجياً لحصولها في المستقبل، فحصلت له القدرة بعد مدة، لا يبعد القول بصحة المضاربة وعدم الضمان من لدن حصول القدرة واشتغاله بالتجارة، بل يصحّ من حين إنشاء عقدها، كما قلنا. وذلك لترتب الغرض العقلاني المعاملي حينئذ على العقد، فيرتفع إشكال اللغوية. بل ذلك متعارف بين العقلاء، حتى في الإجازات.

هل يضمن العامل العاجز مع علم المالك بحاله؟

وأما الجهة الثالثة: إنّ ما سبق من الحكم بالضمان كان فيما إذا كان المالك جاهلاً بحال العامل أو معتقداً بقدرته. وأما إذا كان عالماً بحاله وأنه عاجزٌ عن التجارة من دون رجاء لحصول القدرة له في المستقبل القريب، فيمكن أن يقال بعدم ضمان العامل؛ لأنّ المالك أقدم حينئذٍ على إسقاط احترام ماله وإهداره، فلا ضمان على العامل.

اللهم إلا أن يقال: إنّ إعطاء المالك ماله للعامل على أيّ حالٍ كان لطمع الاسترباح، لا على وجه المجانية، فلا يكون مصداقاً للإهدار وإسقاط الاحترام. ولكن الذي يقتضيه التحقيق أنّ المالك إذا كان عالماً بحال العامل وأنه عاجزٌ عن العمل من دون رجاء حصول القدرة له في المستقبل القريب، ومع ذلك سلّم إليه ماله، يشكل القول بضمان العامل؛ لأنّه في الحقيقة أقدم على إسقاط احترام ماله، وذهب بذلك استحقاقه لتدارك ماله وجبرانه فلا ضمان على العامل حينئذٍ، إلا إذا كان راجياً لحصول القدرة له.

لا فرق بين علم العامل وبين جهله

وأما العامل فلا فرق بين علمه وجهله بالصحة أو بقدرته نفسه؛ لأنّه على أيّ حال أخذ مال الغير من غير سبب شرعي ومن دون رضى المالك، كما هو المفروض في صورة عجزه وفساد المضاربة، وعلى اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه، فهو ضامن لقاعدة ضمان اليد، وإن لم يتلفه، بل أحدث فيه عيباً، كأن امتزجه بمال آخر على وجه غير قابل للتمييز، كما سيأتي في بعض الفروع اللاحقة.

هل يستحقّ العامل للأجرة في المضاربة الفاسدة؟

وأما استحقاق العامل للأجرة عند انكشاف فساد المضاربة بعد العمل أو في أثناءه، فالتحقيق أنّه يستحقّ أجرة المثل مطلقاً، من غير فرق بين علمه بفساد هذه المعاملة وبين جهله بذلك، وكذا لا فرق بين علم المالك بحال العامل وفساد المضاربة وبين جهله بذلك. وذلك لأنّ المالك هو الذي اقترح إلى العامل التجارة بماله ودعاه إلى ذلك، فهو سبب عمل العامل على أيّ حال من غير فرق بين هذه الصور. فيستقرّ عليه ضمان الإلتلاف، إلا إذا كان اقتراح المضاربة من ناحية العامل مع علمه بفساد العقد من حين إنشائه، وهذا فرض نادر.

لا تصلح قاعدة ما يضمن، للدليلية على الضمان في المقام

وليس دليل هذا الضمان قاعدة ما يضمن؛ لكي يقال: إنّ الأجرة غير مضمونة في صحيح المضاربة حتّى تضمن في فاسدها، إنّما بل دليله قاعدة ضمان الإلتلاف بالتسبب وقاعدة احترام عمل المؤمن.

نعم، قد يتمسك بعكس قاعدة ما يضمن - وهو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده - لنفي الضمان عن العامل بمقدار ما لم يكن ضامناً في المضاربة الصحيحة، فكذا لا يضمنه في الفاسدة.

ولكنه غير وجيه، لما قلنا من عدم دليل على أصل هذه القاعدة فضلاً عن عكسها. فلا تصلح لمعارضة قاعدتي اليد والإلتلاف المقتضيتين لضمان جميع مال القراض على العامل في المضاربة الفاسدة. وإنّما خرجنا عن مقتضاها في المضاربة الصحيحة بالدليل الخاصّ.

ومع العجز في بعضه لاتبعد الصحة بالنسبة على إشكال^(١).

١ - وجه الصحة أنّ المضاربة كغيرها من العقود تنحلّ إلى عقود متعدّدة حسب أجزاء رأس المال وإن كانت بحسب الإنشاء صيغة واحدة. فإذا كان العامل قادراً على الاتّجار ببعض مال القراض، لا وجه لبطلان أصل عقد المضاربة رأساً، بل إنّما يبطل بالنسبة إلى ما يعجز عن الاتّجار به.

وجه بطلان المضاربة مطلقاً مع العجز عن بعضه

وأما وجه الإشكال وبطلان العقد بالنسبة إلى المقدور، فهو:

أولاً: عدم معلومية مقدار ما يقدر العامل على الاتّجار به، وسنأتي بيان اشتراط ذلك في رأس المال.

وثانياً: الغرر الناشي من الجهل بمقدار ما يقدر على الاتّجار به، فيما إذا لم يكن مقداره معلوماً معيّناً. فبناءً على لزوم هذا الغرر تكون المضاربة حينئذٍ غررية فاسدة.

وقد يجاب عن الإشكال الأوّل بأنّ مقدار ما يقدر على الاتّجار به يصير معلوماً بالمآل بعد التجارة. بل ربما يصير معلوماً قبل الاتّجار. مثل ما لو كان العامل عالماً بالمقدار المقدور وتبيّن ذلك للمالك قبل العمل؛ نظراً إلى علمه بحال نفسه بسبب التجربة في ذلك.

وفيه: أنّ غررية العقد تتحقّق بالجهل حين إنشائه، ولا دخل لارتفاع الجهل بعد العقد في انتفاء غرريته.

مقتضى التحقيق في توجيه فساد المضاربة

والذي يقتضيه التأمل في المقام أنّ فساد العقد في مفروض الكلام يكون

لوجهين:

أحدهما: كون المضاربة في هذا الفرض غريبة. وذلك يبتني على تضرّر المالك بعجز العامل عن الاتّجار ببعض المال. وإنّ تضرّره بذلك إمّا لصدق الضرر على ركود ما لم يتّجر به العامل من مال القراض بحبسه في يد العامل بلا منفعة وربح - فيما لو تبيّن مقدار المعجوز عن الاتّجار به بعد العمل أو في الأثناء - كما قيل بضمان المنافع غير المستوفاة في غضب الدابة والعبد الكسوب؛ لصدق إتلاف المال بتفويت منافعه غير المستوفاة، ولا سيّما إذا كثر مقدار ما يعجز عن الاتّجار به وطال زمان ركوده فيتضرّر المالك حينئذٍ بتفويت منافعه غير المستوفاة. ولكنّه مشكل في النقود، وإمّا أفتى الفقهاء بذلك في الدوابّ والعبد ونحو ذلك من الآلات والمعامل والجهازات ممّاله أجرة وكراء عادةً، هذا مع احتمال اختصاص النهي بالبيع الفرري؛ نظراً إلى ورود النصّ في خصوصه، ولم يرد في غيره من أنحاء المعاطاة. وسيأتي البحث عن هذا النصّ سنداً ودلالةً، فانتظر.

ثانيهما: عدم تعلق الإذن من المالك بمثل هذه المضاربة؛ حيث إنّه رضي بها لجهله بحال العامل، وإلّا فلو كان قد أطلع على عجزه عن التجارة حين الإنشاء، لما كان يرضى بتسليم ماله إليه. وعليه فلا تكون المضاربة حينئذٍ تجارة عن تراضٍ، فيشكل الحكم بصحتها.

وحاصل الكلام: أنّه يشكل الحكم بصحة عقد المضاربة لو كان العامل

عاجزاً عن التجارة ببعض المال من أوّل الأمر، ولا سيّما إذا كان مقداره كثيراً.

نعم لو طرأ في أثناء التجارة تبطل من حين طرؤه بالنسبة إلى الجميع لو عجز مطلقاً، وإلى البعض لو عجز عنه على الأقوى^(١).

وذلك لعدم كون مثل هذه المضاربة مأذوناً من جانب المالك؛ حيث إنَّ إذن المالك إنّما تعلق بمجموع مال الفراض الذي أعطاه للعامل، من حيث هو المجموع بمقتضى غرضه المعاملي، فلم تكن المضاربة ببعض المال وركود بعض آخر منه متعلق غرضه. فينكشف بذلك أنّ ما وقع لم يكن مقصوده، وإنّما العقود تابعة للمقصود. ولا سيّما أنّ العقود الإذنية - مثل المضاربة والوكالة والعارية - بحاجة إلى صدور الإذن من المالك، والمفروض في المقام انتفاؤه، كما عرفت.

فيما طرأ العجز في الأثناء

١ - أمّا بطلان عقد المضاربة من حين طرؤ عجز العامل عن التجارة بجميع المال في الأثناء، فالوجه فيه ما سبق بيانه آنفاً، من انتفاء الغرض المعاملي حينئذٍ وخروجها عن التجارة عن تراضٍ؛ لعدم رضاية المالك باستمرار هذه المعاملة حينئذٍ، بل لانتفاء حقيقة المضاربة وروحها الذي هو عمل العامل.

وأما بطلانها بالنسبة إلى البعض إذا عجز عنه خاصّةً فقد سبق آنفاً بيان وجهه، فلا نعيد. ولا فرق في ذلك بين عدم القدرة من أول الأمر وبين طرؤ العجز في الأثناء.

وفي رأس المال أن يكون عيناً^(١)، فلا تصح بالمنفعة ولا بالدين؛ سواء كان على العامل أو غيره إلا بعد قبضه.

اشتراط كون رأس المال عيناً

١ - استدلّ لذلك بأمور:

الأوّل: تسالم الفقهاء واتفقهم على اشتراط كون مال المضاربة عيناً. قال في المسالك: «اشتراط ذلك موضع وفاق، نقله في التذكرة، وهو العمدة»^١. ونظيره ما قال في الروضة^٢. وقد نفى الخلاف عن ذلك أيضاً في الحدائق^٣. وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده في شيء منه، بل الإجماع بقسميه»^٤. وفي الرياض بعد نقل الإجماع قال: «وهو الحجّة».

وفي المسالك - بعد نقل بعض الوجوه المستدلّ بها في المقام - قال: «ولا يخفى أنّ إثبات الحكم بمثل هذه التعليقات بعيد، والعمدة على نقل الإجماع»^٥. ولا إشكال في عدم كون الإجماع المدعى تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم في مثل المقام؛ نظراً إلى ما استدلّ به الأصحاب، من الأصل، وبعض ما ورد من النصوص الخاصة كمتعبرة السكوني. ولكن لا يمكن غضّ النظر عن تسالم الفقهاء

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٥.

٢ - الروضة البهية ٤: ٢١٩.

٣ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٧.

٤ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٦.

٥ - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٥.

بعد عدم وجود مخالف في البين، فإنّ مثل هذا التسالم رصيّدٌ وثيق في المسألة ويشكل مخالفته، إلّا بدليل قطعي، ولا دليل في المقام على الخلاف، بل ورد على الوفاق.

مخالفة المضاربة للأصل

الثاني: ما استدلّ به في الرياض^١ والجواهر^٢، من مخالفة المضاربة لأصالة تبعية الربح للمال واستحقاق العامل للأجرة، وأنّه لا إطلاق في البين يعارض هذا الأصل سوى عمومات «أوفوا بالعقود»^٣ و«المؤمنون عند شروطهم»^٤ وهي لا تصلح لمعارضة الأصل المزبور؛ نظراً إلى انصرافها عن العقود الجائزة، كالمضاربة. وأمّا الإطلاقات الواردة في خصوص باب المضاربة، فهي ناظرة إلى أحكام خاصّة، لا إلى شرائط صحّة المضاربة وجوازها؛ لكي يتمسك بإطلاقها من هذه الجهة.

وأما الأصل المستدلّ به في المقام، فتقريب الاستدلال به على المطلوب أنّ في مثل المضاربة والمزارعة والمساقاة - ممّا يكون فيه المقابلة بين العمل والربح الحاصل في المستقبل - مقتضى القاعدة بطلان العقد؛ إذ حين إنشاء العقد لم يحصل شيء من العوضين - وهما الربح والعمل - وإنما يحصل الربح بعد العمل، وهو تابع للمال؛ حيث إنّ الربح لمن له المال، ولا يستحقّ العامل إلّا الأجرة بإزاء عمله.

١ - رياض المسائل ٩: ٨٤ - ٨٥.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٦.

٣ - المائدة (٥): ١.

٤ - وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

وذلك لأنّ المال باقٍ على ملك مالكة بعد، ولم يخرج عن ملك المالك بالمضاربة، كما هو المفروض. وإنّما يكون توكيله العامل في التجارة بالإذن وإباحة التصرف مبنياً على خصوصيات المضاربة.

ولا يقاس ذلك بالإجازه؛ لأنّ العين مستبطنة ومحتوية للانتفاع بها وواجدة لها، بخلاف الربح في المقام؛ حيث إنه لم يوجد شيء منه ليكون قابلاً للانتفاع. وعليه فيكون تملك حصّة من الربح للعامل حين إنشاء العقد خلاف مقتضى القاعدة. ومقتضى الأصل فساد مثل هذه المعاملة، ولا بدّ للخروج عنه من دليل شرعي. فالذي لا بدّ لإثباته من دليل، هو مشروعية المضاربة وصحتها، لا فسادها؛ لأنّه ثابت بمقتضى الأصل.

انتلام الأصل المزبور بعموم تجارة عن تراضٍ

وقد تأمل في الجواهر^١ في هذا الوجه - بعد نقله - بدعوى ضرورة كفاية إطلاق مثل قوله تعالى: «تجارة عن تراضٍ». في انتلام هذا الأصل. وهذا الكلام منه متين جداً؛ حيث لا ريب في كون المضاربة في مفروض الكلام من مصاديق التجارة عن تراضٍ، فلا إشكال في أصل مشروعيتها وصحتها. وعليه فصحتها ثابتة بمقتضى الأصل. ولا يخفى أنّ صحّة العقد غير لزومه ولا يستلزم وجوب الوفاء الذي غير ثابت في العقود الجائزة. وعليه، فالذي لا بدّ من إثباته بدليل هو الفساد؛ لأنّ الصحّة والمشروعية ثابتة بمقتضى إطلاق هذه الآية، كما قال في الجواهر^٢.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٦.

٢ - نفس المصدر.

النصّ الدالّ على منع المضاربة بالدين

ولكن لا يخفى عليك تخصيص عموم «تجارةً عن تراضٍ» بما دلّ من النصوص - الواردة في المقام - على عدم صحّة المضاربة بالدين، كمعتبرة السكوني الآتية. نعم، مع قطع النظر عن النصوص الخاصّة، يكفي عموم «تجارة عن تراضٍ» في انتلام الأصل المزبور، لفرض رضا المالك بذلك وصدق عنوان التجارة حينئذٍ عرفاً بلا ريب.

الثالث: معتبرة السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل له على رجل مال فيتقاضاه ولا يكون عنده، فيقول: هو عندك مضاربة، قال عليه السلام: «لا يصلح حتى تقبضه منه»^١.

لا إشكال في دلالتها على عدم جواز كون رأس المال ديناً، بل هي صريحة في المطلوب، كما قال في الحدائق^٢. وأمّا المنفعة فهي أولى بالعدم؛ لعدم تحقّق حصولها حين إنشاء العقد بأيّ وجه؛ بخلاف الدين.

وأما سنداً فقد رواها المشايخ الثلاثة بطرقهم عن السكوني. ولا كلام في أحدٍ من رجال سندها، إلاّ النوفلي. والأقوى اعتبار رواياته. وذلك لوقوعه في أسناد روايات كثيرة متجاوزة عن ثمان مئة وستة وستين بعنوانين النوفلي والحسين بن يزيد والحسين بن يزيد النوفلي، ولما له من الأصول والكتب الروائية، كما ذكره النجاشي والشيخ.

وعليه فالرجل لمّا كان له من الاشتهار بهذه الدرجة، ولم يتعرّض أحدٌ

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٣، كتاب المضاربة، الباب ٥، الحديث ١.

٢ - الحدائق الناضرة ١: ٢١٨.

وأن يكون درهماً وديناراً^(١)، فلا تصح بالذهب والفضة غير المسكوكين والسبائك والعروض. نعم جوازها بمثل الأوراق النقدية ونحوها من الأثمان - غير الذهب والفضة - لا يخلو من قوة، وكذا في الفلوس السود.

لقدحه، يستكشف منه وثاقته، ولا أقل من اعتبار رواياته؛ حيث إنه بهذه المعروفة والاشتهار لو كان فيه قدح - من فسق أو ضعف - لظهر وبان، كما تعرض قوم من القميين لغلوه في آخر عمره، وأنكره النجاشي.

هذا مضافاً إلى وقوعه في طريق كامل الزيارات وتفسير القمي، فيدخل بذلك في التوثيق العام الصادر من جعفر بن قولويه وعلى بن إبراهيم لرجال كتابهما. وإن التوثيق العام منهما، وإن لا يصلح لإثبات وثاقة آحاد رجال روايات كتابهما، إلا أنه يصلح لتأييد الوجه المزبور، ولمزيد الوثوق النوعي بوثاقة الرجل واعتبار رواياته.

اعتبار كون رأس المال من النقود الراجعة

١ - عمدة الوجه في كون مال القراض درهماً وديناراً هو الإجماع، كما قال في المسالك^١. وقد ادعى الإجماع في المقام جماعة من الفقهاء، منهم العلامة في التذكرة^٢، والمحقق الكركي في جامع المقاصد^٣، والشهيد في الروضة، والكاشاني في المفاتيح.

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٥.

٢ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٣٠.

٣ - جامع المقاصد ٨: ٦٦.

ونسب الخلاف إلى الأردبيلي والكاشاني؛ مؤيداً بخلو المقنعة والمراسم والنهاية والكافي عن ذكر هذا الشرط، كما قال في مفتاح الكرامة^١. ومن هنا يشكل إحرار الإجماع في المقام.

هذا، مع عدم التعبير بلفظ الإجماع في التذكرة، بل الموجود فيه نسبة ذلك إلى علمائنا، مع جريان عاداته على التعبير بلفظ الإجماع ونفي الخلاف والاتفاق في غالب الفروع الإجماعية. وإنما استظهر منه الإجماع في المسالك. وعليه فلم تثبت نسبة دعوى الإجماع إلى التذكرة.

تحقيق في كلام أوّل من نسب إليه الإجماع

هذا، مضافاً إلى أنّ أوّل من نسب إليه دعوى الإجماع في المقام هو القاضي ابن البرّاج في جواهر الفقه^٢، وهولم يدّع الإجماع على بطلان المضاربة بغير الدراهم والدنانير، وإنما ادّعاها على صحّتها بهما، ولا ملازمة بين الدعويين كما هو واضح؛ حيث يظهر منه اختصاص عدم الخلاف بصحّة المضاربة بالدراهم والدينار. فإنّه قال: «المضاربة لا تكون إلاّ بالأثمان التي هي الدنانير والدراهم» ثمّ قال: «وإنّما قلنا هذا؛ لأنّه لا خلاف في أنّ ما ذكرناه مضاربة صحيحة، وليس كذلك ما يخالفه»^٣.

مقصوده من قوله «ما ذكرناه» هو المضاربة بالدراهم والدنانير. وظاهره أنّ الإجماع إنّما قام على صحّة المضاربة بالدراهم والدنانير، ولا إجماع في البين على صحّتها بغيرهما. ولما كانت المضاربة على خلاف الأصل وبحاجة إلى الدليل، ولا

١ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٣٩.

٢ - جواهر الفقه: ١٢٤.

٣ - نفس المصدر.

دليل في المقام غير الإجماع المتحقق في خصوص المضاربة بالدرهم والدينار، ولم يتحقق في المضاربة بغيرهما، فمن هنا يحكم ببطلان المضاربة بغيرهما. ويرد عليه أنه مبني على عدم وجود إطلاق لفظي في المقام. وهذا المبني غير صحيح؛ نظراً إلى كفاية إطلاقات نصوص المضاربة لإثبات مشروعيتها وصحتها بمطلق الأثمان، بل هي ظاهرة في ذلك حسب الفهم العرفي، كما يأتي بيانه. وعلى أي حال فالذي يفهم من كلام ابن البراج عدم حصول الإجماع على صحة المضاربة بغير الدرهم والدينار، لا الإجماع على بطولها بغيرهما. والفرق بين المعقدين واضح.

هذا مضافاً إلى ظهور قوله: «إلا بالأثمان» في ذكر الدراهم والدينانير بعنوان أنهما من مصاديق الأثمان، من دون موضوعية لخصوصهما. وكذا في الروضة والمفاتيح، فإنهما ادعيا الإجماع على صحة المضاربة بالدراهم والدينانير، لا على بطولها بغيرهما.

وعلى أي حال فمن تحقق له الإجماع التعبدي الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام بمثل هذه التعابير، مع ما في المقام من المخالفة، فعليه الإفتاء باشتراط ذلك. ودون إثبات ذلك خرط القتاد.

كلام صاحب الحدائق حول الإجماع

ومن هنا مال صاحب الحدائق إلى عدم اعتبار هذا الشرط، مع ما له من الاحتياط وشدة العناية بالأخبار والإجماعات. فإنه قال: «وأما اشتراط كونه دراهم أو دنانير فقد اعترف جملة من الأصحاب بأنهم لم يقفوا له على دليل غير الإجماع المدعى في المقام، والظاهر أنه كذلك، حيث إننا لم نقف بعد

الفحص والتتبع على دليل من النصوص على ذلك»^١.

ثم قال: «ولا يخفى أنّ من لا يلتفت إلى دعوى مثل هذه الإجماعات؛ لعدم ثبوت كونها دليلاً شرعياً، فإنه لا مانع عنده من الحكم بالجواز في غير النقدين؛ نظراً إلى عموم الأدلة الدالة على جوازه، وتخصيصها يحتاج إلى دليل شرعي، وليس فليس»^٢.

فحصل أنّ مقتضى التحقيق عدم اعتبار هذا الشرط. نعم، لا إشكال في اعتبار كون رأس المال من النقود والأثمان المتمخضة في المالية. وذلك لانصراف أخبار المقام^٣ إلى المضاربة بالنقود وظهورها في ذلك؛ حيث ذكر فيها الربح والخسران، وهذا لا معنى له بالنسبة إلى غير النقود، ولا سيما بلحاظ ما فرض في هذه النصوص من الإنفاق بمال القراض للتجارة وشراء المتاع به؛ لظهور ذلك في كونه من النقود والأثمان؛ نظراً إلى رواج إنفاقها للتجارات والمكاسب وشراء الأمتعة والسلع به، وعدم رواج التجارة والبيع والشراء بالأمتعة والعروض من لدن عصر المعصومين عليهم السلام إلى عصرنا هذا، بل لا قابلية لها للتجارة وشراء الأمتعة والسلع بها. ومن هنا يكون إعطاء الموضوعية والمدخلية لخصوص الدراهم والدنانير في مشروعية المضاربة خلاف ما هو المتعارف وما عليه الارتكاز بين العقلاء في باب المضاربة. وأمّا ذكر الدراهم والدنانير في بعض هذه النصوص، فإنّما هو لأجل كونها نقداً رائجاً في تلك العصور.

١ - الحدائق الناضرة ٢١ : ٢١٨.

٢ - نفس المصدر: ٢١٩.

٣ - وسائل الشيعة ١٩ : ١٦ و ١٨ و ٢٠ و ٢٢، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٢ و ٩ و الباب ٢، الحديث ٤ والباب ٣، الحديث ٦.

استظهار ذلك من كلمات الفقهاء

هذا، مضافاً إلى ما يظهر من كلمات الفقهاء - من القدماء والمتأخرين - من أن الذي له الموضوعية في هذا الشرط إنما هو كون المال المضارب به من النقود والأثمان. ولما كان مصداقها منحصراً في الدرهم والدينار في تلك الأزمنة، اكتفوا بذكرهما، من دون أن يكون لهما خصوصية وموضوعية. ومن هنا ذكروا الأثمان والنقود أولاً من الشروط، ثم فسروها بالدرهم والدينار. كما عرفته من كلام القاضي في جواهر الفقه. ونظيره ما جاء في فقه الراوندي والنافع والتبصرة واللمعة والروضة والكفاية. وقد فهم صاحب مفتاح الكرامة من كلامهم صحة المضاربة بمطلق الأثمان كما تصح بالدرهم والدينار؛ حيث قال: «وأطلق في فقه الراوندي والنافع واللمعة والتبصرة والروضة والكفاية اشتراط كون رأس المال دراهم أو دنانير أو أثماناً»^١. فإن ظاهر العطف بأو في قوله: «أو أثماناً» صحة المضاربة بمطلق الأثمان أيضاً، كما تصح بالدراهم والدنانير.

وقد قسم ابن حمزة في الوسيلة، المضاربة إلى صحيح وفساد، ثم قال: «الصحيح: ما اجتمع فيه شروط ثلاثة: العقد على الأثمان من الدنانير والدرهم»^٢، بل جعل موضوع هذا الاشتراط في القواعد النقود بقوله: «أن يكون - رأس المال - نقداً فلا يصح بالعروض».

ومن هنا صرح في جامع المقاصد في شرحه بصحة المضاربة بالدراهم المغشوشة إذا كانت رائجة، رغماً لما صرح به العلامة من عدم صحة المضاربة بها؛ حيث قال: «فإن علم صرفها وجرت في المعاملة، جازت المضاربة عليها؛ سواء

١ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٤٠.

٢ - الوسيلة: ٢٦٤.

وأن يكون معيّناً^(١)، فلا تصح بالمبهم، كأن يقول: قارضتك بأحد هذين أو بأيتهما شئت.

كان الغش أقل أو أكثر^(١). وكذا غيره من الجوامع والمتون الفقهية، كما هو واضح لمن تتبّع فيها.

وأضف إلى ذلك كله أنه لو لم تكن المضاربة بغير الدراهم والدنانير مشروعة، للزم من ذلك اختصاص مشروعية المضاربة بالعصور السابقة، التي هي عهد الدراهم والدنانير، وعدم مشروعيتها في زماننا هذا وما بعده؛ نظراً إلى عدم وجود خارجي للدراهم والدنانير - المعهودة في النصوص والفتاوى - في هذه الأعصار. وهذا محذور غير قابل للالتزام، ولا أظنّ أحداً من الفقهاء الفحول أن يلتزم بذلك. وبهذا البيان اتضح وجه قوّة صحّة المضاربة بمطلق النقود الرائجة، من الأوراق النقدية وغيرها، حتّى الفلوس السود، كما قال السيد الماتن رحمته.

اعتبار كون رأس المال معيّناً

١ - قد صرح السيد الحكيم بقيام الإجماع على ذلك. ولكن لم أر أحداً يدعي الإجماع على ذلك غيره، بل لم يتعرّض أكثر القدماء والمتأخّرين لهذا الفرع. نعم، في الجواهر أنه لم يُحك خلاف ذلك، لكنه علّل ذلك بالوجه الآتي، وبأنّ المضاربة على خلاف الأصل. قال بعد التعليل الآتي: «لكونه خلاف الأصل، ومن هنا لم يُحك خلاف في البطلان»^(٢). وظاهره أنّ عدم حكاية الخلاف في هذا الفرع

١ - جامع المقاصد ٨: ٦٦.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٩.

ليس من قبيل الإجماعات المدّعاة في سائر الفروع.

نعم، نقل في مفتاح الكرامة^١ الإجماع على كون رأس المال معيّناً؛ لكن لا بهذا المعنى، بل نقل ذلك في ذيل كلام العلامة في القواعد، قال في القواعد: «الثاني أن يكون معيّناً فلا يصحّ على دين في الذمّة»^٢. ومقصوده من كونه معيّناً عدم كونه ديناً، وهو بمعنى اشتراط كونه عيناً، كما سبق آنفاً وجاء في كلمات سائر الأصحاب. فلم يعن به نفي الإيهام والتردد عن مال القراض وكونه مشاهداً بالإحضار عند العامل ومعلوم المقدار والوصف، مع ارتفاع معظم الغرر بذلك، كما قال في الحدائق^٣.

هذا مع أنّ مثل هذه الإجماعات التي استدلّ الفقهاء في مواردّها بالأصول والقواعد والعمومات والإطلاقات - كما عرفت في كلام صاحب الجواهر وغيره - يشكل الالتزام بكونه كاشفاً تعبدياً عن رأي المعصوم عليه السلام؛ حيث لا يلائم ذلك مباني حجّية الإجماع وكاشفيته عن رأي المعصوم عليه السلام بعد استدلال أهله بالوجوه المختلفة.

عمدة ما وجّه به اشتراط التعيين والإشكال عليه

وعلى أيّ حال، عمدة ما قيل في توجيه اشتراط ذلك هي: أنّ المبهم المرّد لا وجود له في الخارج حتّى يتعقد عليه العقد، كما في الجواهر^٤.

ورّد ذلك بأنّ الفرد المرّد بعنوانه، وإن لا وجود له في الخارج؛ ضرورة

١ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٤١.

٢ - نفس المصدر.

٣ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٢٠.

٤ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٩.

عدم وجودٍ للواحد لا بعينه في الخارج، إلا أنّ للطبيعي الجامع - الذي هو عنوان أحدهما - وجود في الخارج منطبقاً على كلّ واحدٍ منهما. ومن هنا يقال: يعلم بنجاسة أحد الإثنيين في الخارج. مع أنّ غير الموجود لا معنى للعلم بنجاسته.

وهذا الإشكال متين لا غبار عليه. ومن هنا لا مانع من تحقّق مفهوم المضاربة في مفروض الكلام.

ولا فرق في ذلك بينه وبين أن يقول المالك: قارضتك بحصّتي من هذا المال، من ثلث أو ربع أو نصف. فإنّ الثلث المشاع أيضاً مردّد في مجموع المال، فكما أنّه لا يضرّ بصدق مفهوم المضاربة، كذلك المال المرّد.

هذا مضافاً إلى أنّ التردّد بينهما لا يمنع عن صدق المال ولا يضرّ بقابليته للاتّجار؛ لكي يخلّ بصدق مفهوم المضاربة، كما لا يضرّ ذلك بسائر أركانها من العمل وتقسيم الربح بالنسبة المشاعة؛ نظراً إلى فرض قابليته للاتّجار به؛ لعدم توقّفها على كون المال معيّناً.

هل يعتبر كون التعيين بيد العامل؟

نعم، قد يتوهّم اعتبار كون التعيين بيد العامل، بأن يكون مخيّراً في أخذ أيّهما؛ لزعم عدم تحقّق رأس المال حينئذٍ؛ حيث لا سلطة للعامل عليه فلم يتحقّق إعطاء المال من المالك؛ حيث إنّ عنوان رأس المال إنّما يصدق على ما كان للعامل سلطةً عليه. وسلطة العامل إنّما تتحقّق بدفع المالك وإعطائه مال القراض إليه.

ولكن لا وجه لهذا التوهّم؛ حيث لا دليل على اعتبار دفع مال القراض

وإعطائه إلى العامل؛ لعدم دخل له في قوام المضاربة. فإنَّ القابلية للاتِّجار لا تتوقَّف على كونه بيد العامل، بل ربما يكون في يد المالك أقرب إلى الحفظ، وأبعد عن الضياع والإهدار وغير ذلك من الجهات النافعة للمال والاسترباح.

وأما صدق رأس المال فإنَّما يتوقَّف على وقوع العقد والتزام المالك والعامل بالمضاربة. فإذا التفت أهل العرف إلى التزامهما بها وبجعل مال معيَّن معلوم في البين للمضاربة والاتِّجار، يطلقون على ذلك المال عنوان رأس المال مطلقاً، سواء كان تعيينه بيد المالك أو بيد العامل.

وأما روايات المقام فلا يدلُّ شيءٌ منها على اعتبار الدفع والإعطاء في مال القراض أو في المضاربة كما قد يُتوهَّم؛ لأنَّ التعبير بمثل: «يدفع» و«يعطي» إنما جاء في كلام الرواة السائلين، ولم يرد هذا التعبير في شيءٍ من هذه النصوص في كلام الإمام عليه السلام، إلا في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال في حديث: «فإنَّ العباس كان كثير المال، وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة»^١، إلا أنَّ نظر الإمام عليه السلام في نقل ذلك إلى الاستشهاد به من جهة ضمان ما خالف فيه العامل، شرط صاحب المال، لا من جهة اعتبار الدفع والإعطاء، كما هو معلوم لمن لاحظ صدر هذه الصحيحة.

وأن يكون معلوماً قدرأً ووصفاً^(١).

اعتبار كون رأس المال معلوماً قدرأً ووصفاً

١ - هذا هو المشهور، كما قال في الحدائق^١، والجواهر؛ حيث إنه رجّح ذلك، بعد فرض تعارض النصوص بفتوى المشهور^٢. وخالفهم في المبسوط وجامع الشرائع والمختلف واللمعة ومجمع البرهان. وأهمل عن ذكر هذا الشرط في المهذب والغنية والسرائر وغيرها، كما في المفتاح^٣.

إشكال صاحب الجواهر

وعلى أيّ حال عمدة ما استدللّ به لذلك هي الجهالة الموجبة للفرر المنهي عنه في المعاملات.

وأشكل عليه في الجواهر أولاً: بأنّ النهي عن الفرر إنّما هو ورد في البيع. وثانياً: بأنّه على فرض ورود نهْيٍ عنه شامل للمقام، لا يشمل المجهول الذي يؤول إلى العلم، ولو بعد وقوع العقد بالعدّ ونحوه؛ لعدم دليل على البطلان بمثل هذه الجهالة.

وثالثاً: بأنّه على فرض شمول النهي عن الفرر لمطلق المجهول في باب المضاربة، يقع التعارض بينه وبين إطلاقات صحّة المضاربة؛ لكون النسبة بينهما من وجه، ويكون الترجيح حينئذٍ لما دلّ على البطلان. والمرجّح فتوى المشهور.

١ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٢١.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٩.

٣ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٤٥.

جواب السيد الحكيم ونقده

وأجاب عنه في المستمسك أولاً: بعدم ثبوت نصّ معتمد في النهي عن الغرر. وثانياً: بأنه على فرض وروده لا يمكن الأخذ بإطلاقه لكثرة التخصيص. وثالثاً: بأنه على فرض ثبوته وشموله للمقام ووقوع المعارضة المزبورة، لا تصلح فتوى المشهور للترجيح بها عند المعارضة. وإنما المرجح عند تعارض النصوص هو الشهرة الروائية، لا الفتوائية.

والحق أنّ إشكالي الأول والثالث واردان.

أما الإشكال الأول فوجه وروده أنّ هذه الرواية إنما وردت بطريقتين.

أحدهما: ما رواه في دعائم الإسلام مرسلأ بقوله رويانا عن جعفر بن محمد

عن آبائه عليهم السلام: «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الغرر»^١.

ثانيهما: ما رواه الصدوق في العيون بإسناده عن الرضا عن آبائه عن علي عليه السلام

قال: «نهى رسول الله عن بيع المضطرّ وعن بيع الغرر»^٢.

وسنده ضعيف؛ لوقوع سهل بن زياد وعدة ممن لم تثبت وثاقبتهم في طريقه.

ولكن يمكن الالتزام بانجبار ضعف سنده بعمل قدماء المشهور. فإنّ الظاهر منهم

الحكم ببطلان آية معاملة غربية، بلا فرق بين أنواع المعاملات. وأما عدم حكمهم

أحياناً بإخلال بعض ما قيل بكونه موجبا للغرر، فإنّما لأجل التشكيك في تحقّق

موضوع الغرر.

هذا من جهة السند، وأما دلالة، فقد جاء لفظ الغرر في اللغة بمعنيين:

١ - دعائم الإسلام ٢: ٢١.

٢ - وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٧، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٤٠، الحديث ٣.

أحدهما: الخدعة، ومنه الغرور وقاعدة «المغرور يرجع إلى من غرّه»، ثانيهما: الخطر والتعريض إلى الهلكة.

ولكن في اصطلاح الفقهاء، على ما يستفاد من كلماتهم وتعابيرهم الواردة في تفسير هذا الحديث، يراد به الجهالة الموجبة للضرر في المعاملة في حدّ تجعل الإقدام بالمعاملة غريباً سفهياً، وهو معرض عنها عند العقلاء، لا مطلق الجهالة، كما هو واضح.

ومن هنا لا يشمل المجهول الذي يؤول إلى العلم عن قريب، كما في المضاربة؛ حيث يرتفع الجهل والتردد للعامل عادةً قبل اشتغاله بالتجارة؛ نظراً إلى أنّ العقلاء لا يعتنون بجهالة الثمن أو المثل قبل الاشتغال بالمعاملة عملاً، كما هو واضح.

وعليه فعمدة المانع من التمسك بحديث الغرر في المقام عدم تحقق مصداق الغرر المنهي عنه في المقام، كما أشار إليه في الجواهر.

هذا مع ما في تحقق الشهرة القدمائية في خصوص المقام من الإشكال، بعد مخالفة بعضهم وإهمال آخرين منهم عن هذا الشرط، كما أشرنا إليه.

أما المعارضة بين الطائفتين، فيشكل تصويرها؛ نظراً إلى أخصيّة نصوص المضاربة، وعدم تحقق الغرر المنهي عنه في مفروض الكلام.

وأما الإشكال الثاني فليس بوارد. وذلك لأنّ لزوم كثرة التخصيص غير معلوم؛ نظراً إلى قلّة وقوع الجهالة الموجبة للغرر والضرر والسفاهة في المعاملات؛ لأنّ ذلك خلاف الغرض المعاملي المبني عليه إقدام العقلاء على المبادلات والمعاملات، بل الأمر بالعكس، كما هو مقتضى الغرض المعاملي. مع أنّ كلّ من التزم ببطان البيع الغرري من الفقهاء، لم يُعلم عدم التزامه بذلك في سائر

المعاوضات المبنية على أساس الغرض المعاملي، وهو الاسترباح؛ نظراً إلى منافاة الغرر والسفاهة لهذا الغرض.

الاستدلال بقصور الإطلاقات ونقده

وقد استدلّ السيد الحكيم بقصور الإطلاقات عن إثبات صحة العقد في مطلق الجهالة الموجبة للغرر، وأنّ المرجع هو الأصل المقتضي للبطلان؛ حيث إنه بعد ردّ استدلال صاحب الجواهر قال: «ولو أنّه استدلّ على بطلان المضاربة بقصور الإطلاق عن إثبات الصحة، فالمرجع الأصل المقتضي للبطلان، كان متيناً»^١.

وفيه: أنّ إطلاقات الصحة لو كان المراد منها إطلاقات حلية البيع والتجارة عن تراض، لا نسلم قصورها عن الشمول لفرض المقام؛ لأنّها في مقام تشريع حلية مطلق البيوع والمعاملات، ولا سيّما «التجارة عن تراض» كيف وهي المرجع في سائر موارد الشكّ في صحة العقود والمعاملات لاحتمال الإخلال بقيد معتبر فيه شرعاً، والمقام مثل تلك الموارد بلا ريب.

ولو كان المراد إطلاقات نصوص المضاربة، فالأمر كما ذكرنا؛ حيث لا وجه لدعوى انصرافها عن مفروض الكلام بعد ما لم تكن المعاملة سفهية، كما هو كذلك. وذلك لأنّ المال من أيّ جنس وبأيّ مقدار كان، يوزّع الربح الحاصل من عمل العامل بالمآل على المالك والعامل بالنسبة.

مقتضى التحقيق في المقام

فالتحقيق عدم اعتبار معلومية قدر المال المضارب به ولا جنسه ووصفه، كما

عليه جماعة من الفقهاء الفحول، وذلك:

أولاً: لعدم دليل على اعتبار تعيين مال القراض، ولا على عدم صحة المضاربة بالمال المرّد؛ نظراً إلى ضعف الاستدلال بعدم وجود للمبهم المرّد، وإلى صدق المال عليه عرفاً. فلا وجه لدعوى انصراف نصوص المقام عن المضاربة بالمال المرّد أو بالحصّة المرّدة منه. وإلى ضعف حديث النهي عن الفرر سنداً ودلالة.

وثانياً: لإطلاق نصوص المقام، بعد منع انصرافها عن المال المرّد.

وثالثاً: لإطلاق تجارة عن تراضٍ، وعدم قصوره. وبهذا الإطلاق المقتضي لصحة المضاربة، منعنا التمسك بأصل تبعيّة الربح للمال لتأسيس أصل الفساد في المضاربة، كما سبق من صاحب الرياض. وقد سبق من صاحب الجواهر، كفاية هذا الإطلاق لمنع الأصل المزبور وتأسيس أصل المشروعية والجواز في المضاربة. وإن كان في ترتّب أحكامها الخاصّة بذلك نظراً.

نعم، يعتبر كون المال قابلاً للمضاربة به، بأن كان بحيث يتمكن العامل من التجارة به، وأن يكون من النقود المتمحّضة في المالية، كما قلنا، وأمّا اعتبار التعيين ومعلومية الجنس والوصف والمقدار، فلا دليل على شيءٍ منه ظاهراً. وإن كان هو الأحوط استحباباً؛ رعاية لما عليه المشهور. وليست هذه الشهرة في حدّ من الكثرة توجب الاحتياط الوجوبي؛ نظراً إلى كثرة المخالف من فحول الفقهاء من بين القدماء والمتأخرين.

وفي الريح أن يكون معلوماً^(١)، فلو قال: «إنَّ لك مثل ما شرط فلان لعامله» ولم يعلماه بطلت.

شروط الريح

منها: كونه معيَّناً معلوماً

١ - لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط معلومية الريح وتعيينه في صحّة المضاربة في الجملة؛ ولو بما هو مقرّر عند العرف إجمالاً. بل بين المسلمين، كما هو ظاهر التذكرة. وقد أرسله فقهاؤنا إرسال المسلّمات، ولم يخالف فيه أحدٌ. فلا يجوز مخالفة مثل هذا الاتّفاق والإجماع قطعاً.

وأيضاً وجّه ذلك بأنّ المبهم لا قابلية له للتملك والتملك؛ حيث لا وجود له. وهذا الوجه قد عرفت ما فيه من الإشكال آنفاً.

عمدة وجه تعيين الريح

وعلى أيّ حال لا ريب في انصراف نصوص المقام إلى الريح المعين المعلوم عند العامل والمالك. وأظنّ كون هذا عمدة وجه اشتراط معلومية مقدار الريح. وذلك

لأنَّ الغرض الأصلي الذي هو روح المضاربة وداعي المالك إلى رفع اليد عن ماله والعمل إلى صرف قدرته ووقته في ضرب المال للتجارة، هو الاسترباح. والعقلاء لا يقدمون على مثل هذه المعاملة، إلا بعد معلومية ما يعود إليهم من المنفعة والريح، وإلا يرون إقدامهم بذلك سفهياً وفي معرض الغرر والضرر وموجباً لإهدار المال والعمل.

وهذا هو الوجه الأساسي في الانصراف، هذا مع أن جواز الإقدام بما يوجب هذه المحاذير غير معلوم شرعاً، لو لم يكن عدمه معلوماً.

نقد كلام السيد الخوئي رحمته الله

فتحصّل أنّ الربح لا بدّ أن يكون معيّناً معلوماً للمالك والعمل بما لكلّ واحد منهما. ولا يكفي معلوميته في نفسه، من غير أن يعلماه، كما يظهر من بعض الأعلام؛ نظراً إلى عدم ارتفاع المحاذير المذكورة بذلك.

اللّهم إلا أن يكون سهم كلّ من العامل والمالك معلوماً بين أهل العرف، فيقول المالك: «وإنّ لك من الربح مثل ما للعامل عند أهل العرف». فيمكن الحكم حينئذٍ بصحّة مثل هذه المضاربة، ولو لم يعلم العامل ذلك المقدار المعين عند أهل العرف. وذلك لخروج المضاربة بذلك عن كونها سفهيةً. فلو كان مراد هذا العَلَم هذه الصورة لا إشكال عليه، ولكنّه خلاف ظاهر ما جاء في كلامه، من كفاية كون الربح معيّناً في الواقع، ولو لم يعلماه المالك والعمل بأيّ وجه. هذا مع الإشكال في تصوير الجمع بين كونه معيّناً واقعاً وبين كونه مجهولاً عندهما.

وأن يكون مشاعاً مقدراً بأحد الكسور^(١) كالنصف أو الثلث، فلو قال: على أن لك من الربح مائة والباقي لي، أو بالعكس، أو لك نصف الربح وعشرة دراهم مثلاً، لم تصح.

الملاك الأصلي لا اعتبار هذا الشرط

وعلى أي حال ملك اشتراط العلم بمقدار الربح خروج المضاربة به، عن كونها غررية سفهية، فيكفي العلم به في الجملة على نحو يتحقق هذا الملك، كما في النحو المزبور.

وأما مجرد تعيين مقدار الربح في علم المالك لا يدفع احتمال الغرر والسفه، بل لا بد من علم العامل بذلك.

ومنها: أن يكون مشاعاً مقدراً

١ - ووجه ذلك أولاً: بعدم الخلاف والإجماع، كما عن الحدائق وغيره. ولكنه ليس إجماعاً تعديدياً؛ حيث علّله في الشرائع بعدم الوثوق من زيادة الربح عن القدر المعين بغير الإشاعة، وفي الحدائق^١ بظهور الأخبار، كما سيأتي بيان ذلك في الوجهين اللاحقين، فليس إجماعاً كاشفاً عن رأي المعصوم تعديداً.

وثانياً: بظهور ما ورد في نصوص المقام - من كون الربح بينهما - في النصف أو الإشاعة بأحد الكسور، بل استظهر في الحدائق من هذه النصوص، كون ذلك مقتضى عقد المضاربة؛ حيث قال: «يشترط في الربح الشيع، بمعنى أن يكون كلّ

جزء جزء منه مشتركاً؛ لأنه مقتضى المضاربة، كما تنادي به الأخبار المتقدمة من حكمها، بأن الربح بينهما، يعني كل جزء جزء منه، وما لم يكن مشتركاً فإنه خارج عن مقتضاها، فهذا الشرط داخل في مفهوم المضاربة^١.

وأشكل على ذلك باحتمال إرادة أصل اشتراكهما في الربح، وهو أعم من الإشاعة؛ حيث يصدق عرفاً في غير صورة الإشاعة أيضاً أن الربح بينهما. وهذا الاحتمال يكافئ احتمال إرادة خصوص الإشاعة ويمنع ظهور نصوص المقام فيها. وأما كون ذلك مقتضى المضاربة وداخلاً في مفهومها، فرع استظهار هذا المعنى من نصوص المقام، وقد عرفت ما فيه من المناقشة، وإلا فمع قطع النظر عن هذه النصوص لا وجه لدعوى ذلك.

وثالثاً: بما عن المحقق، من تعليل اشتراط شياع الربح في المضاربة بعدم الوثوق بزيادة الربح عن المقدار المعين منه لأحدهما. فلو لم يربح أكثر من ذلك، لا يصل إلى الآخر شيء من الربح، فيختص الربح بأحدهما حينئذ. قال في الشرائع: «ولو شرط أحدهما شيئاً معيّنًا والباقي بينهما، فسد؛ لعدم الوثوق بحصول الزيادة، فلا تتحقق الشركة»^٢.

وأشكل عليه في المسالك بقوله: «عدم الوثوق بالزيادة لا يصلح دليلاً على الفساد بانفراده، كما في عدم الوثوق بأصل الربح، وإنما وجه الفساد اقتضاء عقد المضاربة الاشتراك في جميع الربح، كما تقدم، ولقول الصادق عليه السلام في صحيحة أبي بصير: «الربح بينهما»، ومثله رواية إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام، وهنا الربح ليس بينهما وإن وثق بالزيادة، بل بعضه على تقدير الزيادة وجميعه على تقدير

١- الحدائق الناضرة ٢١: ٢٣٠.

٢- شرائع الإسلام ٢: ١١٣.

عدمها لمن شرط له. فعلى هذا يفسد العقد، وإن وثق بالزيادة^١. ولا يخفى أن إشكاله على صاحب الشرائع وارد. وذلك لأن مجرد احتمال حدوث ما تنتفي به الشركة من العوائق والموانع الخارجة عن اختيارهما، لا يوجب الإخلال بركن عقد المضاربة حين إنشائه، بعد بناء الطرفين على الشركة في الربح المبتنية على الزيادة عن المقدار المعين، وإلا لم يقدم على صرف المال والعمل لذلك. كما يأتي عين هذا الكلام في احتمال عدم حصول الربح رأساً.

والسرّ في عدم الإخلال أن قوام عقد المضاربة وملاك صحته هو التزام المالك والعامل بأصل الشركة في الربح، سواء كان على نحو الإشاعة أو غيرها، ولا دخل للعلم بحصول الربح ولا بوقوع الشركة في الخارج في ذلك.

نقد كلام الشهيد

وأما التوجيه الذي ذكره صاحب المسالك نفسه، فهو مبني على اعتبار الشركة الإشاعية، بأن يشترك المالك والعامل في جميع أجزاء الربح. وهذا يشكل استفادته من النصوص المقام، كما سيأتي في بيان مقتضى التحقيق.

مقتضى التحقيق

مقتضى التحقيق في المقام جواز الاشتراك في الربح على وجه غير الإشاعة، كأن يقول المالك: «على أن يكون خمسمائة من الربح لي والباقي لك» أو يقول عكس ذلك.

والوجه في ذلك أولاً: عدم ظهور نصوص المقام في خصوص الإشاعة.

وذلك لأنَّ قوله ﷺ: «الريح بينهما»^١ يصدق عرفاً على اشتراك الريح بينهما مطلقاً، سواء كان بنحو الحصّة المشاعة أو بتعيين المقدار. ودعوى ظهوره في خصوص الإشاعة، لا شاهد لها عرفاً ولا شرعاً. وأنَّ استظهار الإشاعة من النصوص متوقّف على الفهم العرفي. وقد عرفت أنَّ التعبير المزبور، لا يفهم منه ذلك عرفاً.

وجه عدم نظر النصوص إلى الإشاعة

ومّا يشهد لذلك قوله ﷺ: «والوضيعة على المال» بعد قوله: «الريح بينهما» في موقِّع إسحاق بن عمّار عن أبي الحسن ﷺ قال: سألته عن مال المضاربة؟ قال: «الريح بينهما، والوضيعة على المال»^٢. وقوله ﷺ: «ليس عليه من الوضيعة شيء» بعد حكمه بأنَّ للعامل الريح في نصوص أخرى^٣. وذلك لأنَّ تضمين المالك الوضيعة والغرم، يوهم كون الريح له أيضاً؛ لقاعدة «من عليه الغرم فله الغنم»، هذا مضافاً إلى قاعدة تبعيّة الريح للمال. فقوله ﷺ: «والريح بينهما» إنّما هو لدفع هذا الوهم وبصدد نفي توهم اختصاص الريح كلّها بالمالك؛ رغماً لما تقتضيه هاتان القاعدتان.

وقد يتوهم أنّ الاشتراك في الريح على نحو غير الإشاعة راجع إلى الإجارة أو الجعالة؛ لزعم أنّ تعيين سهم العامل بالعدد مساوق لتعيين الأجرة أو الجعل.

وفيه أوّلاً: أنّ العامل لا يستحقّ ذلك المقدار المعيّن من الريح لو فسخ المالك قبل ظهور الريح، بل إنّما يستحقّ أجرة المثل حينئذٍ. والحال أنّه لو كان راجعاً إلى

١- وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ١ و٢ و٥ و١٠ و١١.

٢- وسائل الشيعة ١٩: ٢٢، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٥.

٣- وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣ و٤ و٧.

الإجارة يستحق ذلك المقدار المعين كَلِّه حينئذٍ؛ لفرض كونه أجرة. ولم يقل به أحدٌ. فيستلزم ذلك ما لم يلتزم به أحدٌ، وهذا كاشف عن عدم كونه إجارة. وأما الجعالة فأجنبية عن المقام؛ لعدم تعيين الشخص المجعول له فيها بخلاف المضاربة.

وثانياً: إن رجوع الاشتراك بغير الإشاعة إلى الإجارة أو الجعالة خلاف ما هو متفاهم أهل العرف. فإن قول المالك «على أن يكون خمسمائة درهم من الربح لي والباقي منه لك» منصرف عرفاً عن الإجارة والجعالة، فإن لكل واحد منهما صيغة تخصه، والمتفاهم العرفي من صيغة كل واحد منها غير ما هو المتفاهم عرفاً من الآخر.

الاستشهاد بالنصوص

ويشهد لذلك أيضاً ما ورد في صحيح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يعمل بالمال مضاربةً، قال عليه السلام: «له الربح»^١. وقوله عليه السلام: «المال الذي يعمل به مضاربةً، له من الربح» في صحيح الحلبي^٢. فإن قوله عليه السلام: «له من الربح» يصدق بوضوح على مطلق الاشتراك في الربح ولو بغير نحو الإشاعة؛ حيث إنه بإعطاء مقدار معين من الربح إلى العامل لا يشك أهل العرف في صدق هذا التعبير، فيقولون حينئذٍ: إن له من الربح، بلا تأمل وريب. وأما كون حظه من الربح معادلاً لعمله وبمقتضى العدل والإنصاف وعدم كونه سفهياً، فهو مطلب آخر لا ربط له بالإشاعة والتعيين، كما لا يخفى.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٤ و ٧.

حاصل الكلام

وحاصل الكلام: أنّ الإمام عليه السلام في نصوص المقام بصدد بيان ما له دخل في مشروعية المضاربة، وفي هذا المقام اكتفى بتعبير مطلق شامل للشركة الإشاعية وغيرها، ولا سيّما قوله عليه السلام: «له من الربح» و«له الربح». فلو كان للإشاعة دخل في صحّة المضاربة لكان عليه البيان، وإلا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة. ودعوى ظهور قوله عليه السلام: «الربح بينهما» في خصوص الإشاعة خلاف ما هو المتفاهم منه عرفاً. وأمّا دعوى عدم كونه عليه السلام في قوله: «له من الربح» بصدد تحديد كيفية الشركة، غير وجيهة؛ لما قلنا من أنّه عليه السلام بصدد بيان ما له دخل في صحّة المضاربة من الشرائط والخصوصيات.

وقد يقال: إنّ الذي يقتضيه العدل والإنصاف وعليه الارتكاز في المضاربة أن يكون الربح العائد إلى كلّ واحدٍ من المالك والعامل بقدر ما يكون له من المال أو العمل. وعليه فالذي يقتضيه روح المضاربة كون الشركة في الربح على حسب ما يكون للمالك والعامل من المال والعمل. وهذا يقتضى الإشاعة بالتنصيف.

وفيه: أنّ فعل كلّ من المال والعمل في توليد الربح يتفاوت بحسب اختلاف مقدار الأموال وقوّة الأشخاص في التدبير الاقتصادي وفنون التجارة. وعليه فلا يقتضي الإنصاف، التنصيف في جميع الموارد. هذا مع أنّ قول المالك «على أن يكون خمسمئة درهم لي والباقي لك» في قوّة الاشتراط المحكّم على الارتكاز والإنصاف.

الاستشهاد بالنص الخاص

ومما يشهد لمشروعية التعيين بالاشتراط، صحيح الكاهلي عن أبي الحسن موسى عليه السلام: في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة فجعل له شيئاً من الريح مسمى فابتاع المضارب متاعاً، فوضع فيه، قال: «على المضارب من الوضعية بقدر ما جعل له من الريح»^١. فإنه يدل على المطلوب بالخصوص.

وذلك لأنّ قوله: «شيئاً من الريح مسمى» أعمّ من الإشاعة والتعيين، لو لم يكن ظاهراً في التعيين.

فإنّ تعرّض الإمام عليه السلام في الجواب لبيان مقدار ما على العامل المضارب من الوضعية، ظاهرٌ في المفروعية عن صحة المضاربة من جهة ما جاء في كلام السائل من جعل شيء مسمى من الريح للعامل.

وأما عدم التزام أحد بعقاد ما جاء في ذيل هذه الرواية فلا يضرّ بالاستدلال بصدرها؛ نظراً إلى ما ثبت في محلّه، من عدم مانعية تبعض فقرات حديث واحد من الحجّية، كما هو الحق.

هذا مع إمكان حمله على كون العامل شريكاً مع المالك في رأس المال أو على التفريط، كما نقل في الوسائل^٢ عن شيخ الطائفة.

وعلى أيّ حال لا إشكال في تمامية دلالة صدر هذه الصحيحة على المطلوب، ولو بالإطلاق.

وعليه فاعتبار خصوص الإشاعة بحاجة إلى دليل ولم يرد؛ لعدم دلالة

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٢، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٦.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٢، كتاب المضاربة، الباب ٣، ذيل الحديث ٦.

نصوص المقام على اعتبارها. فالأقوى جواز الشركة على نحو غير الإشاعة وإن كان الاحتياط في الشركة الإشاعية؛ رعاية لما تسالم عليه الفقهاء.

ولكن لا يخفى: أن الجواز ثابت فيما إذا جرت العادة على حصول الربح زائداً عن المقدار المعين. بأن كان حصوله موثقاً به نوعاً. وإلا يشكل القول بالجواز؛ نظراً إلى كون إنشاء عقد المضاربة حينئذٍ مبنياً على خلاف مقتضى المضاربة من الشركة في الربح. وأما لو اتفق عدم حصول الربح زائداً عن المقدار المعين، ينكشف بذلك فساد العقد؛ نظراً إلى الاختلال في ركن المضاربة فيستحق العامل حينئذٍ أجره المثل.

نقد كلام صاحب الجواهر

وقد أتضح بهذا البيان وجه المناقشة فيما قال في الجواهر بقوله: «لا لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا تتحقق الشركة، بل لعدم ثبوت ما يدل على الصحة في الفرض؛ ضرورة اقتضار النصّ والفتوى على صحة المشتمل على اشتراك جميع الربح بينهما على جهة الإشاعة بنحو النصف والثلث والربع وما يؤدي مؤداها، ومنها ينقدح الشكّ في تناول الإطلاقات له، هذا مع قطع النظر عن ظهور النصوص في البطلان، ولو لظهورها في اعتبار الشركة الإشاعية في جميع الربح، فضلاً عن صريح الفتاوى، فحينئذٍ يبطل القراض وإن وثق بالزيادة؛ لعدم اشتراك جميع الربح بينهما حينئذٍ، بعد اختصاص أحدهما بشيءٍ معين منه، كما هو واضح»^١.

وذلك أولاً؛ لما سبق منه ^٢ من كفاية إطلاق «تجارة عن تراضٍ» لانضمام

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٧.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٦.

وأن يكون بين المالك والعامل لا يشاركون في الربح^(١)، فلو جعل جزءاً منه لأجنبي بطلت إلا أن يكون له عمل متعلق بالتجارة.

أصل الفساد في المقام، فلا تأتي قاعدة وجوب الاقتصار فيما خالف القاعدة على موضع النص، كما يظهر من كلامه هذا.

وثانياً: لمنع ظهور نصوص المضاربة في اعتبار الشركة الإشاعية في جميع الربح، بل هي ظاهرة في أصل الشركة الشامل للإشاعة وغيرها، كما قلنا.

ومنها: اشتراط عدم مشاركة الأجنبي في الربح

١ - والوجه في ذلك أولاً: مقتضى القاعدة. وذلك لأن الربح تابع لرأس المال. فمن كان له المال يثبت له الربح على القاعدة. وإنما خرجنا عنها في عقد المضاربة بالنصوص الخاصة الدالة على استحقاق العامل للربح. وأمّا الأجنبي، فحيث لا مال له ولا عمل، لا حظ له من الربح بمقتضى القاعدة الأولية.

وحاصل هذا الوجه: عدم خروج غير العامل عن مقتضى قاعدة تبعية الربح للمال وكون اشتراط مشاركة الغير في الربح خلاف القاعدة وخلاف مقتضى عقد المضاربة.

وذلك لأن مقتضاه كون استحقاق الربح إما بملاك قاعدة تبعية الربح للمال كما في المالك، أو بملاك العمل كما في العامل بدلالة نصوص المضاربة. وليس في الأجنبي شيء من الملاكين.

وعليه فإنشاء عقد المضاربة مبنياً على خلاف مقتضاه باطل؛ نظراً إلى عدم

دليل على مشروعيته.

إن قلت: إذا رضي المالك والعامل كلاهما بإعطاء حِصَّةٍ من الربح إلى الأجنبي، فأَيُّ دليل على عدم مشروعيته، بعد ما كان الإعطاء عن طيب نفسهما؟ مع شمول إطلاق تجارة عن تراض للمقام. غاية الأمر يدخل في عقد الوكالة المشترط فيه تنصيف الربح أو سهم منه للعامل. وذلك لأنَّ حقيقة المضاربة هي الوكالة، كما قالوا: «إِنَّ المضاربة وكالة حدوثاً وشركة بقاءً».

قلت: لا مانع لهما من إعطاء مقدار من الربح إلى الأجنبي بعد حصوله هبةً أو سائر وجوه المجانية. وأمَّا بعنوان المضاربة فغير مشروع؛ لعدم دليل على مشروعية المضاربة بهذا المعنى، فليس سبباً شرعياً ناقلاً للملك، ولا سبباً قبل تحقق الربح حين إنشاء العقد.

وأما عقد الوكالة المشترط فيها الربح، وإن كان مشروعاً نافذاً كسائر العقود المشترط فيها ما لا يخالف مقتضى العقد ولا مقتضى الكتاب والسنة كما نحن فيه، إلاَّ أنها غير مقصودة للمالك؛ لفرض كون مقصوده المضاربة، فلا تقع وكالة مشروطة؛ لأنَّ ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع.

وثانياً: دلالة نصوص المقام على كون الربح بين المالك والعامل، ولَمَّا كانت في مقام تحديد من يستحقُّ الربح تدلُّ على عدم استحقاق الأجنبي للربح بمفهوم التحديد، كما أنَّ ذلك هو المتفاهم العرفي من التعبير المزبور الوارد في هذه النصوص. هذا مضافاً إلى عدم خلاف في ذلك بين الفقهاء.

نعم، لو كان للغير عمل متعلِّق بالتجارة، لا إشكال في استحقاقه للربح؛ لأنَّه أحد العاملين حينئذٍ. ولا يعتبر في المضاربة وحدة العامل، كما لا يخفى. وما ورد من التعبير بأنَّ الربح بينهما إنَّما هو ناظرٌ إلى جنس العامل، من دون نظر له إلى اعتبار وحدة العامل، كما هو واضح حسب المتفاهم العرفي.

(مسألة ٢): يشترط أن يكون الاسترباح بالتجارة، فلو دفع إلى الزارع مالا ليصرفه في الزراعة ويكون الحاصل بينهما، أو إلى الصانع ليصرفه في حرفته ويكون الفائدة بينهما، لم يصح ولم يقع مضاربة^(١).

اشتراط كون الاسترباح بالتجارة

١ - قد وجه اشتراط كون الاسترباح بالتجارة، بأنه المتيقن من مدلول نصوص المقام؛ لما جاء في نصوص المضاربة من التعبير بالتجارة ونحوها، كقول أمير المؤمنين عليه السلام: «من أّجر مالا واشترط نصف الربح، فليس عليه الضمان» في صحيحة محمد بن قيس^١.

وفي صحيح أبي بصير قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يقول للرجل: أبتاع لك متاعاً والربح بيني وبينك، قال: «لا بأس»^٢. وغير ذلك من نصوص المقام. ولما كان مقتضى القاعدة - كما سبق - عدم استحقاق العامل للربح وفساد عقد المضاربة، ولا بدّ في مخالفة القاعدة من الاقتصار على المتيقن من مدلول

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٢.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٠، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ١.

النصّ - وهو الاسترباح بالتجارة؛ لأنّه المتيقّن من نصوص المضاربة - ويبقى غير المتيقّن تحت مقتضى القاعدة. ويثبت بذلك عدم مشروعية المضاربة بغير التجارة. وقد عرفت أنّ عمدة ما يبتني عليها هذا الوجه، هي قاعدة تبعيّة الربح للمال المقتضية لأصالة فساد المضاربة، فينبغي هاهنا تحرير هذه القاعدة.

قاعدة تبعيّة الربح للمال

مفاد هذه القاعدة أنّه إذا حصل ربح في أيّة معاملة من المعاملات، يكون تابعاً لمال التجارة في الملكية؛ بمعنى أنّه كما كان مال التجارة ملكاً لمالكه، فكذلك يكون الربح الحاصل في التجارة بذلك المال ملكاً لمالك المال بمقتضى هذه القاعدة.

وأوّل من استدلّ بهذه القاعدة من فقهاءنا الإمامية هو العلامة الحلّي وقبله الشافعي من العامّة.

قال العلامة «لو اختلفا في أصل القراض مثل أن يدفع إلى رجل مال يتجر به فربح فقال المالك: إنّ المال الذي في يدك كان قراضاً والربح بيننا، وقال: التاجر بل كان قراضاً عليّ، ربحه كلّه لي، فالقول قول المالك مع يمينه؛ لأنّه ملكه والأصل تبعيّة الربح له. فمدّعي خلافه يفتقر إلى البيّنة»^١.

قال المحقّق الكركي في شرح قول العلامة: «ولو ادّعى المالك القراض والعامل القرض فالقول قول المالك...». يجب أن تُفرض المسألة فيما إذا عمل من بيده المال وحصل ربح؛ إذ لو كان الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك بيمينه قطعاً؛ لأنّ الأصل بقاء الملك له ولا معارض هنا. وأمّا مع الربح،

ففيه قولان: أحدهما: أن القول قول المالك - اختاره المصنف هنا وفي التذكرة - لأن المال ملكه والأصل تبعية الربح له، فمدعي خلافه يحتاج إلى البيّنة. والثاني...»^١.

وقد علّل أيضاً بهذه القاعدة الشهيد الثاني رحمته في المسالك فيما إذا اختلفا في نصيب المالك، فقَدّم قول المالك مع يمينه، وعلّل ذلك بقوله: «ولأن الأصل، تبعية الربح للمال»^٢.

وأيضاً نسب في الحدائق دعوى هذه القاعدة والاستدلال بها إلى الشافعي في مخالفته لتساوي المالكين أو تفاضلها حسب الاشتراط بقوله: «وتقل عن الشافعي المنع من التفاضل مع تساوي المالكين والتساوي مع تفاضلها؛ لأن الربح يكون تابعاً للمال»^٣.

لا شهرة ولا رواية دالة على هذه القاعدة

ولكن لم يستند إليها قدماء الأصحاب؛ لكي تتحقّق فيها الشهرة الفتوائية، ولا ممّا تسالم عليه الفقهاء؛ لعدم تعرّض القدماء لها. ولم تدلّ رواية - ولو ضعيفة - على هذه القاعدة، مع إمكان دعوى أن الذي يساعده الاعتبار خلاف ذلك؛ حيث إنّ لكلّ من المال والعمل دخلاً في توليد الربح واقعاً. ومن هنا جرت السيرة العقلانية على استحقاق كلّ من العامل والمالك للربح في المضاربة.

ولا ينافي ذلك ما يكون لكلّ من المال والعمل، من القيمة الذاتية. فكما أنّ

١ - جامع المقاصد ٨: ١٧١.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣٦٩.

٣ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٦٧.

دخل المال في حصول الربح سبباً لاستحقاق صاحب المال للربح الحاصل منه في نظر أهل العرف، كذلك دخل العمل في توليد الربح موجب لاستحقاق العامل الربح الحاصل منه، بل يمكن دعوى أنّ العمل أكثر دخلاً في توليد الربح. وعليه فليس استحقاق العامل في الربح أمراً تعديلاً ثابتاً بدلالة النصوص فقط، بل هو أمرٌ عقلائي رائج بينهم وملائم لأغراضهم المعاملية.

إن قلت: بناءً على ذلك لا بدّ عند فساد المعاملة من استحقاق العامل لسهمه من الربح أيضاً؛ لعدم كون فساد العقد مضرّاً بدخل عمله في توليد الربح بشيءٍ. والحال أنّهُ يستحقّ أجره المثل.

قلت: عدم استحقاق العامل للربح عند كشف فساد المضاربة قبل حصول الربح، إنّما هو لأجل خروجه بذلك عن الالتزام بأخذ الربح مكان القيمة الذاتية لعمله. ومن هنا يرجع حينئذٍ إلى أصله؛ أي القيمة الذاتية. هذا، مع أنّه ينكشف بفساد العقد انتفاء التزامهما بلوازم العقد وآثاره من أوّل الأمر.

اللّهم إلّا أن يقال ببقاء التزام المالك وإذنه عند انكشاف فساد المضاربة بصورة الوكالة المشترط فيها الربح. ولكن أجبنا عن ذلك بأنّ المالك لم يقصد التوكيل، بل إنّما قصد عنوان المضاربة، فلو ترتّب أحكام الوكالة للزم وقوع ما لم يقصد، فحيث لم يقصد الوكالة فلم يصدر إذن بالوكالة وإنّما صدر منه الإذن بالمضاربة فقط.

هذا ما خطر ببالي ووصلت إليه في هذه القاعدة. وحاصل الكلام أنّه لا دليل عليها من إجماع أو نصّ.

السيرة العقلائية تخالف هذه القاعدة

وأما بناء العقلاء - وهو العمدة في مثل المقام - ، فلا يمكن دعوى استقرارها على هذه القاعدة، بل استقرت سيرتهم على دخل كل من المال والعمل في توليد الربح واستحقاق كل من المالك والعامل لما حصل من الربح على وزان واحد، بل ربما يرون للعمل دخلاً أكثر في توليد الربح واستحقاقه.

وعليه ففي صورة انكشاف فساد العقد بعد حصول الربح ليس عدم استحقاق العامل للربح لأجل هذه القاعدة، بل لأجل خروجه حينئذ عن الالتزام المعاملي، وإلا فما دام لم يخرج عن التزامه المعاملي، لا نسلم جريان القاعدة المزبورة.

بل الذي استقرت عليه سيرة العقلاء حينئذ تبعية الربح لكل من المال والعمل، وكونهما على حد سواء ووزان واحد في سبب استحقاق المالك والعامل للربح، لو لم يكن العمل عندهم أكثر دخلاً في استحقاق الربح، كما أشرنا إليه آنفاً. وحاصل الكلام: أن السيرة العقلائية قد جرت على استحقاق العامل لسهمه من ربح التجارة بإذن المالك وجعله حصّة منه له بإزاء عمله. ولم يرد من الشارع ردع لهذه السيرة، بل أمضاها بما ورد منه من نصوص المضاربة.

نعم، لا يبعد دعوى استقرار سيرة العقلاء على لحوق الربح كله بأصل المال عند انكشاف فساد العقد؛ نظراً إلى خروج العامل بذلك عن التزامه المعاملي - مع احتمال استحقاقه لربح المثل حينئذ في سيرتهم - وحينئذ يضمن المالك القيمة الذاتية لعمل العامل - أي أجرة المثل - لقاعدتي الاحترام وضمن الإتلاف بالتسبب.

وعليه فالذي ننكره هو عموم هذه القاعدة وكلّيها ما دام عقد المضاربة

باقياً صحيحاً.

وتظهر ثمرة ذلك في تأسيس أصالة فساد المضاربة. فبناءً على ما أسسناه وبنينا عليه، لا أساس لهذا الأصل؛ نظراً إلى عدم كلفة القاعدة المزبورة ما لم يحرز فساد العقد ولم يثبت خروج العامل عن التزامه المعاملي.

تحقيق في أصالة الفساد في المضاربة

وأما جريان أصالة الفساد في المضاربة فيمكن الإشكال عليه بوجهين:
أحدهما: أنه لا إطلاق لفظي يدل على أصالة فساد المضاربة؛ لكي يجب الاقتصار في مخالفته على المتيقن من مدلول النصّ المقيّد. ولا سيّما بعد إنكار قاعدة التبعية المعهودة ما لم يثبت فساد عقد المضاربة.

هذا مضافاً إلى أن إطلاق «تجارة» عن تراضٍ، محكم في مثل المقام؛ نظراً إلى انثلام الأصل المزبور بإطلاق هذه الآية - كما قلنا سابقاً - إلا أن يثبت الفساد بظهور نصوص المقام. وليس أصل الاسترباح ولو بغير المضاربة ممّا يخالف روح المضاربة، كما هو واضح. نعم، لا بدّ من تعلّق القصد بعنوان المضاربة؛ لكي يترتب أحكامها الخاصّة، وإلا لم يقع؛ نظراً إلى إشكال ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع.

ثانيهما: بأنّ الوارد في طائفة من نصوص المقام هو التعبير بالعمل، كما في صحيح الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يعمل بالمال مضاربة»^١.

وفي صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «المال الذي يعمل به مضاربةً، له من الربح، وليس عليه من الوضعية شيءٌ، إلا أن يخالف أمر صاحب المال»^٢.
وإنّ العمل بالمال شامل للتجارة وغيرها من وجوه المكاسب من المزارعة

١ - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٤.

والمساقاة وغير ذلك. وهذه الطائفة من النصوص تصلح للخروج بها عن مقتضى القاعدة المزبورة في المقام.

نعم، لو أمر صاحب المال بالتجارة أو كان كلامه ظاهراً في الاشتراط بالتجارة، لا تصح المضاربة بغير التجارة، كما صرح به في ذيل الصحيح المزبور، وغيره من نصوص المقام.

وأما ما ورد في بعض هذه النصوص من لفظ التجارة، لا يصلح لتقييد هذه المطلقات؛ لعدم مفهوم له بشيء من أقسام المفاهيم.

ولا إجماع تعبدي في البين، لما عرفت في نظائره في الفروع السابقة آنفاً.

وعليه قد يشكل الالتزام باشتراط كون الاسترباح بالتجارة. بمعناها

الأخص؛ يعني خصوص البيع والشراء.

حلُّ العويصة

يمكن دفع الإشكال المزبور بأنَّ الاستفادة من مجموع نصوص المقام، أنَّ

أخذ الاسترباح بالتجارة - أي بالبيع والشراء - في مفهوم المضاربة كان في عهد

المعصومين عليهم السلام من المسلّمات والمرتكزات بين أهل العرف، بحيث لم يكن غيرها

داخلاً في حقيقة المضاربة وعنوانها.

وذلك لما نرى في نصوص المقام من إطلاق عمل العامل على البيع والشراء

بعين مال القراض، ومن التعبير بـ«الوضيعة» الظاهر في الخسران الحاصل من البيع

والشراء. ولم يرد في شيء من هذه النصوص أية إشارة إلى سائر المكاسب من

الحرف والمهّن والصناعات والإجازات ونحوها.

وهذا ممّا يوجب الاطمئنان بأنَّ خروج الاسترباح بغير البيع والشراء عن

حقيقة المضاربة كان أمراً مرتكزاً في أذهان أهل عرف ذلك الزمان، بحيث لم يحتج إلى بيان واشتراط؛ لكونه أمراً مفروغاً عنه. هذا مضافاً إلى اتفاق الفقهاء على ذلك.

عمدة الوجه في أخذ التجارة في المضاربة

وعمدة الوجه في اشتراط كون الاسترباح بالتجارة خروج الاسترباح بغير التجارة - أي البيع والشراء - عن حقيقة المضاربة عرفاً وشرعاً، فلا تشملها نصوص المضاربة، ولا دليل آخر على مشروعيتها، فلا يصحّ بعنوان المضاربة بمعنى عدم ترتب أحكامها. وأما صحة العقد بغير عنوان المضاربة، من سائر وجوه المعاملات، فلا تبعد إذا كان مقصود المالك والعامل؛ لأنه مقتضى عموم «تجارة» عن تراضٍ، كما أشار إليه في العروة بقوله: «ولو فرض صحة غيرها للعمومات كما لا يبعد، لا يكون داخلاً في عنوان المضاربة»^١.

وعليه يستحقّ العامل سهمه من الربح بمقتضى صحة العقد الثابتة بإطلاق «تجارة» عن تراضٍ، وبمقتضى عموم الوفاء بالشروط والعهود الواقعة في ضمن العقود الصحيحة، لكنّه ليس بعنوان المضاربة؛ لفرض خروجه عن حقيقته.

السّرّ في عدم جواز المضاربة بغير التجارة

ولعلّ السّرّ في اختصاص مشروعية المضاربة بالتجارة عدم أجره مضبوطة في عمل التجارة، بخلاف سائر المكاسب من الحرف والصناعات ممّا فيه أجره معيّنة عند أهل العرف، كما أشار إليه في التذكرة بقوله: «شرطه - يعني العمل - أن

يكون تجارة، فلا يصحّ على الأعمال، كالطبخ والخبز وغيرهما من الصنائع؛ لأنّ هذه أعمال مضبوطة يمكن الاستيجار عليها، فاستغنى بها عن القراض فيها، وإنّما يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستيجار عليه، وهو التجارة التي لا يمكن ضبطها ولا معرفة قدر العمل فيها، ولا قدر العوض، والحاجة داعية إليها، ولا يمكن الاستيجار عليها. فللضرورة، مع جهالة العوضين، شرّع عقد المضاربة^١.
وأما قوله: «يعمل بالمال مضاربة» ونحوه من التعابير الواردة في النصوص، فالمقصود من العمل بقريئة لفظ المضاربة هو خصوص التجارة.

صدق التجارة إذا لم يباشر العامل غيرها

هذا كلّه لو لم نقل بصدق عنوان التجارة بمعناها الأخص عرفاً على الاسترباح بغيرها، فيما إذا لم يباشر العامل غير البيع والشراء، وإلا يدخل في إطلاقات نصوص المضاربة وتترتب آثارها، ولو لأصالة عدم النقل لو شككنا في صدق عنوانها في عصر صدور الرواية، بعد صدقه يقيناً في زماننا هذا.
وذلك لما نرى الآن من إطلاق عنوان التاجر بمعناه المقابل لسائر الحِرَف والمهن على من يكون شغله شراء الأراضى والمعامل بمال الغير والاسترباح بطريق استخدام العمّال والأسباب والآلات، من دون مباشرة للصناعة والزراعة وغيرها من الحرف والمهن.

وعليه فيدخل الاسترباح بهذا الطريق في مفهوم التجارة بمعناها الأخصّ ويكون من مصاديق المضاربة، اللهم إلا أن يُدعى القطع بخروج ذلك عن مفهوم المضاربة في ذلك الزمان، ولو بقريئة نصوص المقام المقتصرة على الاسترباح بالبيع

وشراء عين مال القراض، لكنّه مشكل، ولا سيّما بعد احتمال كونه من باب ذكر ما هو الفرد الغالب الشائع - أعني البيع والشراء - في هذه النصوص.

إثبات المطلوب بأصالة عدم النقل

ولكن بعد فرض صدق عنوان التجارة عرفاً أيضاً على الاسترباح بطريق شراء الأراضي والمعامل والأسباب والآلات واستخدام العمّال من غير مباشرة للزراعة والتجارة والبنائة والصنعة ونحو ذلك في زماننا هذا، فإذا شككنا في دخول ذلك في حقيقة المضاربة في ذلك الزمان ثبتته بأصالة عدم النقل كما حرّرتنا ذلك في محلّه من علم الأصول. فلا وجه لعدم شمول نصوص المضاربة لمثل ذلك، مع فرض أنّ العامل لا حرفة ولا مهنة له غير البيع والشراء في نظر أهل العرف. وحاصل الكلام: أنّ الأقوي صحّة المضاربة في الفرض المزبور؛ لصدق التجارة عن تراض والمضاربة عرفاً وشمول إطلاقات نصوص المقام له فترتب آثارها شرعاً.

(مسألة ٣): الدراهم المغشوشة إن كانت رائجة مع كونها كذلك تجوز المضاربة بها، ولا يعتبر الخلوص فيها^(١). نعم لو كانت قلباً يجب كسرها ولم تجز المعاملة بها، لم تصح.

أحكام المضاربة

عدم اعتبار خلوص الدراهم الرائجة من الغش

١ - وقد سبق الكلام آنفاً في بيان اعتبار كون رأس المال من الدرهم والدينار وقلنا هناك: إن عمدة الوجه في ذلك هو الإجماع، ولكن نسب الخلاف إلى بعضهم كالأردبيلي والكاشاني، مع خلو عبارات كثير من القدماء والمتأخرين عن هذا الشرط، مضافاً إلى كون معقد الإجماع في كلام الآخرين مجرد صحة المضاربة بالدرهم والدينار المسكوكين، لا عدم صحة المضاربة بغيرهما، كما في الروضة والمفاتيح، بل في كلام القاضي في الجواهر، وهو أول من ادعى الإجماع في المقام. ومع ملاحظة هذه النقاط يشكل دعوى أصل الإجماع في المقام، فضلاً عن

(مسألة ٤): لو كان له دين على شخص يجوز أن يوكل أحداً في استيفائه، ثم إيقاع المضاربة عليه موجباً وقابلاً من الطرفين. وكذا لو كان المديون هو العامل، يجوز توكيله في تعيين ما في ذمته في نقد معين للدائن، ثم إيقاعها عليه موجباً وقابلاً^(١).

الإجماع التعبدى الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام. ولا دليل آخر في المقام غير الإجماع المدعى.

وقلنا هناك عدم اعتبار كون المال المضارب بها من الدرهم والدينار، بل إنما المعتبر كونه من النقود والأثمان الرائجة.

وأما بناءً على اعتبار كونه من الدرهم والدينار، فالوجه في عدم اعتبار خلوصهما من الغش - وهو الاختلاط بغير الذهب والفضة - صدق عنوان الدرهم والدينار على المشوش ورواجه في السوق وتعارف التجارة، لفرض كونه من النقود الرائجة، نعم، لو كان الغش على نحو القلب؛ بأن لم يكن من النقود الرائجة بل بشكلها وهيئتها، لا إشكال في عدم صحة المضاربة بمثل ذلك؛ لعدم كونه من النقود الرائجة حينئذٍ.

جواز التوكيل في استيفاء الدين والمضاربة به بعد الاستيفاء

١ - والوجه فيه صيرورة الدين بعد الاستيفاء عيناً، ولا إشكال في جواز المضاربة بالعين، وفي الحقيقة يكون حينئذٍ توكيلان. أحدهما: التوكيل في استيفاء الدين. والآخر: التوكيل في المضاربة بالمستوفى منه المتبدل إلى العين، وإنما يعقد الوكيل المضاربة على العين. فلا إشكال فيه بمقتضى القاعدة.

(مسألة ٥): لو دفع إليه عروضاً وقال: بعها ويكون ثمنها مضاربة، لم تصح إلا إذا أوقع عقدها بعد ذلك على ثمنها^(١).

هذا مضافاً إلى ظهور قول الصادق عليه السلام: «حتّى تقبضه» في معتبرة السكوني؛ حيث لا خصوصية لكون القبض بيد المالك قطعاً، بل المقصود استحصال الدين وصورته عيناً بالقبض، سواء كان بيد المالك أو الوكيل. فإنه بعد إلقاء الخصوصية عن قبض المالك وجعل الغاية مطلق القبض - المتبدّل به الدين إلى العين - يتسع نطاق مفهوم الغاية في قوله عليه السلام: «حتّى تقبضه» ويشمل مطلق القبض، سواء كان بيد المالك أو وكيله أو المأذون من قبله. ويعبّر عن هذا النوع من التسرية بإلقاء الخصوصية وتقيح الملاك.

وبذلك اتضح أنّه لا فرق في ذلك بين كون المديون هو العامل أو غيره، وإنما المهمّ تعيين ما في الذمّة وتبديله إلى العين بنقد معيّن رائج.

عدم جواز المضاربة بضمن المتاع قبل بيعه

١ - والوجه في ذلك عدم دخول الثمن بذلك في ملك المالك ما لم يتحقّق البيع، وإنما المحقّق حينئذٍ هو الإنشاء المعلق عليه، كما أشار إليه في الشرائع بقوله: «لو قال بع هذه السلعة فإذا نضّ ثمنها، فهو قراض لم يصح؛ لأنّ المال ليس بمملوك عند العقد»^٢.

قوله: «نضّ ثمنها» أي تحوّل عيناً، كما في الصحاح وغيره.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٣، كتاب المضاربة، الباب ٥، الحديث ١.

٢ - شرائع الإسلام ٢: ١١٢.

وقال في الجواهر في بيان وجه ذلك: «ضرورة عدم دخوله في الملك قبل وقوع البيع، على أنه مجهول، بل التعليق محقق، فلا إشكال في الفساد، خلافاً للمحكي عن بعض العامة من الجواز، فلا ريب في فساده»^١.

الفرق بين هذا الفرع والفرع السابق

والفرق بين هذا الفرع وبين التوكيل في استيفاء الدين والمضاربة بالمستوفى منه، أن عقد المضاربة هناك إنما ينشئه العامل الوكيل على العين المملوكة لموكله حين إنشاء العقد، بخلاف المقام. وذلك لفرض عدم كون الثمن ملكاً للعاقد حين إنشاء عقد المضاربة؛ نظراً إلى عدم وقوع البيع بعد، حتى يملك صاحب المتاع ثمنه، كما قال في الجواهر.

دفع إشكاليين

وأما الجهل بمقدار الثمن فلا يضرّ بشيء بعد العلم بقابليته للتجارة به. وذلك لما قلنا سابقاً من عدم اعتبار كون مال القراض معيناً ولا كونه معلوماً بالقدر أو الوصف.

أما إشكال التعليق فمبني على كونه مبطلاً للعقد. وتصوره في المقام أن إنشاء عقد المضاربة حينئذٍ من جانب مالك العروض معلق على حصول مال القراض ودخوله في ملكه بعد البيع.

أما وجه اعتبار دخول الثمن في ملك العاقد حين إنشاء عقد المضاربة أن المفروض كون الثمن مال القراض. وأن مال القراض من أحد الأركان الأساسية التي

(مسألة ٦): لو دفع إليه شبكة على أن يكون ما وقع فيها من السمك

بينهما بالتخصيف - مثلاً - لم يكن مضاربة، بل هي معاملة فاسدة^(١)،

بها قوام المضاربة. ومال القراض لا بد أن يكون ملكاً للعاقد أو يكون العاقد مأذوناً من قبل مالكة حتى تكون له سلطة شرعية على تملك ربحه للغير؛ لأنّ الربح تابع للمال قبل انعقاد عقد المضاربة، فمن كان مالك المال يجوز له تملك ربحه للغير.

حكم ما لو دفع آلة الصيد بالحصة

١ - قال في الشرائع: «ولو دفع إليه آلة الصيد - كالشبكة - بحصة، فاصطاد،

كان للصائد وعليه أجره الآلة»^١.

وعلل ذلك في المسالك بقوله: «وذلك لفساد المضاربة بمخالفة مقتضاها،

فإنّ مقتضاها تصرف العامل في رتبة المال، وهنا ليس كذلك، وليس بشركة، لأنّه

مركب من شركة الأبدان وغيرها، ولتميّز مال صاحب الشبكة، ولا بإجارة، وهو

ظاهر. وحينئذٍ فالحكم بكون الصيد للصائد مبني على عدم تصوّر التوكيل في تملك

المباح، وإلا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد»^٢.

توضيح كلامه: أنّ وجه كون الصيد كلّهُ للعامل - رغم دفع الآلة إليه بالحصة -

فساد المضاربة المقصودة من دفع الآلة. وذلك لكون الدفع مبيّناً على ما هو خلاف

مقتضى المضاربة؛ لأنّ مقتضى المضاربة تصرف العامل في رتبة مال القراض

بالبيع والشراء والتجارة. ولم يقع في مفروض المسألة شيء غير الاصطياد ولا

١ - شرائع الإسلام ٢: ١١٢.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٧ - ٣٥٦.

سبب لكون الصيد ملكاً لهما، إلا عقد الشركة.

وإن عقد الشركة منتفٍ في المقام؛ حيث يعتبر في عقد الشركة اشتراك الطرفين في رأس المال على نحو الإشاعة أو حصول الامتزاج والاختلاط في مالهما. وفي المقام لا شركة بينهما في رأس المال، بل إنما هو لأحدهما. وإنما الشركة بحسب العمل من أحدهما والمال من الآخر، وهذا خارج عن حقيقة عقد الشركة. هذا مع تميّز مال صاحب الشبكة وعدم امتزاجه بمال العامل، كما لا يكون من قبيل الإجارة؛ لفرض عدم تعيين أجره الصائد.

ومقصوده من الشركة في الأبدان هو الشركة في الأعمال، وهي أن يوقعا العقد على أن تكون أجره عمل كلٍّ منهما مشتركةً بينهما، أو يكون منفعة عمل كلٍّ منهما مشتركةً بينهما، كما عرّفها بذلك صاحب العروة في المسألة الأولى من كتاب الشركة.

الضابطة في كون الصيد للصائد أو لهما

وأما قوله ﷺ: «وحيثنذ»؛ أي بعد انتفاء المضاربة والشركة والإجارة. وعليه فما حكم به في الشرائع من كون الصيد بتمامه للصائد وعليه أجره الآلة، مبنيٌّ على عدم مشروعية التوكيل في حيازة المباحات؛ حيث وقع الخلاف في جواز التوكيل في حيازة المباحات، كما أشار إليه في الجواهر^١، وقد أفتى السيد الماتن بجوازه^٢. وذلك لأنّ الصائد حينئذٍ قصد تملك الصيد لنفسه بالحيازة فهو له وعليه أجره الآلة.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣١٨ - ٣٢٢.

٢ - تحرير الوسيلة ٢: ٤٠، المسألة ١٣.

وأما بناءً على مشروعية التوكيل في حيازة المباحات وظهور كلام صاحب الشبكة في التوكيل أو حمله عليه، يكون الصيد لهما حسب ما نواه الصائد. وذلك لفرض كون اصطياده لهما حسب اقتراح صاحب الشبكة وقبول الصائد، فلا ينو الاصطياد لنفسه، وإلا لم يرض صاحب الشبكة بوكالته.

ولأجل ذلك استبعد في ذيل كلامه المزبور، البناء على أن العامل لم ينو الحيازة ولا تملك الصيد إلا لنفسه؛ معللاً بأنه خلاف ظاهر الحال. قال ﷺ: «ويبعد بناؤه على أن العامل لم ينو بالتملك إلا نفسه، لأن ظاهر الحال دخوله على الشركة»^١.

وعليه فعلى فرض عدم جواز التوكيل في حيازة المباحات، يكون الحكم بملكية الصيد كله للصائد مبنياً على عدم تأثير النية في تملك المحوز وأن الحيازة سبب قهري للملك، وإن كانت بحاجة إلى نية أصل الملك؛ بأن لا يكون الحيازة لغرض آخر غير أصل الملك، كما وجّه بذلك في الجواهر^٢ كلام صاحب الشرائع؛ حيث جمع بين كون المحوز كله للحائز - لو حاز لنفسه ولغيره - وبين التردد في افتقار المحيز في تملك المباح إلى نية التملك^٣؛ بأنّ جزمه بكون ما نواه الحائز لغيره ملكاً لنفسه ظاهر في عدم تأثير النية في سببية الحيازة للملك، ولكن تردده في افتقار الحائز إلى نية التملك في تملك المباح لنفسه بالحيازة.

ثم وجّه ذلك في الجواهر^٤ بأنّ مقصود صاحب الشرائع في الفقرة الثانية من

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٧.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٢١.

٣ - نفس المصدر: ٣٢٠ - ٣٢١.

٤ - نفس المصدر.

كلامه نيّة أصل التملّك، وفي الفقرة الأولى نيّة التملّك لنفسه أو لغيره، فالتأثير لنيّة أصل التملّك، لا لنفسه أو لغيره. هذا كلّه في توضيح كلام صاحب المسالك.

إشكال صاحب الجواهر على الشهيد

وقد أشكل عليه في الجواهر بإمكان القول بكون الصيد كلّه للعامل حتّى على القول بمشروعية التوكيل في حيازة المباحات؛ لأنّ في المقام قد وقع إذن صاحب الشبكة في العقد الفاسد، فلا أثر له. ولا تجدي نيّة الشركة مع عدم إذن من يحوز له الحائز. فيكون المحوز كلّه له؛ لكفاية قصد الحيازة في دخول المحوز في ملك الحائز. والمفروض تحقّق هذا القصد في العامل الصائد في المقام.

نقد تعليل صاحب الجواهر

وقد علّل في الجواهر^١ عدم كون ذلك مضاربة بانتفاء شرطها. ويرد عليه أنّ مقصوده من الشرط لو كان ما عبّر عنه في المسالك^٢ بمقتضى المضاربة - وهو تصرّف العامل في رقبة المال - كما هو الظاهر، أنّ التصرّف في رقبة الشبكة وعينها يتحقّق بنصبها في الماء وإخراجها منه حينما وقع فيها السمك، والمفروض صدور ذلك من العامل، فكيف لم يتصرّف في رقبته؟! بل الشرط المنتفي في مفروض المسألة أمران:

أحدهما: كون المال المضارب به من النقود والأثمان، كما سبق وجه اشتراطه آنفاً؛ نظراً إلى أنّه ليست الشبكة من ذلك قطعاً.

١ - جواهر الكلام ٢٦ : ٣٥٨.

٢ - مسالك الأفهام ٤ : ٣٥٦.

ثانيهما: كون الاسترباح بطريق التجارة وليس كذلك في المقام، لوضوح عدم كون الاصطياد تجارة.

والظاهر أنّ مقصود صاحب المسالك من التصرف في رقبة المال بيعه وشراؤه؛ لأنّ بهما يتحقّق الاتّجار، لا بغيرهما.

الفرق بين الربح الحاصل من المضاربة والحيّزة

ثمّ إنّّه قد يتوهّم أنّ الصيد كلّه يكون للمالك بعد فساد عقد المضاربة؛ نظراً إلى تحكيم قاعدة تبعية الربح للمال حينئذٍ.

وفيه: أنّ قاعدة تبعية الربح للمال وإن تقتضي كون الربح كلّه للمالك بعد فساد المضاربة، إلاّ أنّها غير جارية في مثل المقام. وذلك لاختصاصها بما إذا كان الربح حاصلًا بالتصرّف في رقبة المال، بأن يقلّبها وينقلها ويتجرّ بها، لا أن يجعلها وسيلة وآلة للحيّزة، وكان الربح حاصلًا بالحيّزة التي هي سبب مستقلّ قهري للملك.

الصيد من قبيل الربح الحاصل بالتجارة وينقل رقبة المال، حتّى يتبع المال في الملكية. بل هو من المحوز الحاصل من العمل. وذلك لأنّ فعل الحيّزة هو عمل العامل، والمحوز هو مولود عمله وأثره التابع له في الملكية ومن هنا قالوا: إنّ الحيّزة سبب قهري للملك. وعليه فالربح الحاصل من الحيّزة تابع لعمل الحائز. وأمّا القاعدة المزبورة فهي تختصّ بالربح الحاصل للمال ببيعه وشراؤه والاتّجار به.

فما وقع فيها من الصيد للصائد بمقدار حصته التي قصدها لنفسه، وما قصده لغيره فمالكيته له محل إشكال^(١).

١ - أما ما قصده الصائد لنفسه من حصّة الصيد فوجه ملكيته له، أنّ الصائد حازه لنفسه، ولا إشكال في كون الحيازة سبباً لملكية المحوز للحائز إذا حازه لنفسه. وأما ما قصده لغيره، فيتوقف ملكيته للغير على تأثير النية في سببية الحيازة للملك وعلى مشروعية التوكيل في حيازة المباحات. ولما كان في ذلك إشكال وخلاف قُرّر في محلّه^١، كان مالكية غير الصائد - وهو صاحب الشبكة - في المقام محل إشكال.

إشكال على السيد الماتن رحمته

ولكن يرد على السيد الماتن أنّه لمّا أفتى بجواز التوكيل في حيازة المباحات، ينبغي له أن يفتي هاهنا بكون الصيد لهما حسب ما نواه الصائد، كما قال في المسالك. اللهم إلا أن يقال: إنّ مفروض الكلام في هذه المسألة ما إذا لم يُحرز قصد التوكيل من صاحب الشبكة وظهور كلامه المزبور في التوكيل أوّل الكلام، لكن لا يبعد القول بظهور كلامه في التوكيل، فيكون ملكية الصيد لهما حسب نية الصائد مبتنياً على المبني.

نعم، هاهنا توجيه آخر لكلام السيد الماتن وهو عدم تأثير إذن صاحب الشبكة في جواز الاصطياد له. وذلك لوقوعه في العقد الفاسد. ولا تجدي نية الشركة من جانب الحائز مع عدم إذن من يحوز له. كما سبق آنفاً إشكال صاحب

الجواهر بذلك على صاحب المسالك. ولكن هذا التوجيه وجيه فيما إذا لم نستظهر التوكيل من كلام صاحب الشبكة.

نعم، لو فرضنا عدم كونه بصدد التوكيل يصحّ هذا التوجيه، كما هو ظاهر كلام الإمام عليه السلام، ولذا لا يرد عليه الإشكال في المقام.

هذا كلّهُ لو قلنا برجوع ضمير - الهاء - في «فمالكيتَه» في كلام السيّد الماتن إلى الغير، وهو صاحب الشبكة. وأمّا لو قلنا برجوعه إلى الصائد العامل - كما لا يبعد - فقد يوجّه الإشكال في مالكية الصائد للحصّة التي قصدها لصاحب الشبكة أنّه لم يقصدها لنفسه، وحينئذٍ لو قلنا بأنّ الحيّزة سبب قهري للملك بلا حاجةٍ إلى نيّة التملّك، تدخل تلك الحصّة أيضاً في ملكه، وإلاّ فلا. فقد يوجّه إشكال السيّد الإمام في المقام بهذا الوجه.

وفيه: أنّ نيّة أصل الملك في مثل المقام موجودة عادة؛ لوضوح عدم غرض غير الملك للصائد الذي بصدد الكسب وتحصيل الربح والمال، ولو لم يقصدها لنفسه، ومن هنا لو سألته: لا أثر لنيّتك للغير، فماذا تصنع بالحصّة الأخرى؟ يجيبك من دون تأمل: هي لي؛ لعدم غرض آخر لي غير التملّك والاكْتساب، فإنّي كاسب. وذلك لأنّ عدم قصد التملك من الحيّزة معناه كون الحيّزة لغرض آخر كالتلذّد من نفس الصيد والسياحة والتفرّج واللعب واللّهو، كما قال في الجواهر^١ في توجيه كلام صاحب الشرائع. ولا ريب في عدم كون شيءٍ من ذلك داخلاً في غرض الصائد في المقام. وحينئذٍ لا إشكال في كون الصيد كلّهُ للصائد بعد أن لم تكن الحصّة الأخرى ملكاً لصاحب الشبكة.

ويحتمل بقاءه على إباحته، وعليه أجره مثل الشبكة^(١).

نقد توجيه بقاء حصّة صاحب الشبكة على إباحته الأصلية

١ - وجه احتمال بقاء حصّة صاحب الشبكة على إباحته الأصلية أنّ الصائد الحائز لم يقصدها لنفسه بلا حيازة حتى تدخل في ملكه، ودخولها في ملك صاحب الشبكة مبنيٌّ على تأثير النيّة في سببية الحيازة للملك، وهو محل كلام وإشكال، كما سبق آنفاً. فإذا لم يتحقّق سبب الملك يبقى الصيد على إباحته الأصلية.

وقد سبق عدم تمامية هذا التوجيه؛ نظراً إلى تحقّق نيّة أصل الملك وإن لم ينو لنفسه؛ لعدم كون حيازته واصطياده لغرض آخر غير التملّك. فلا إشكال حينئذٍ - أي بعد أن لم تكن الحصّة الأخرى لصاحب الشبكة - في كون الصيد كلّهُ للصائد، كما قال في المسالك والجواهر وغيرهما.

وجه ضمان أجره مثل الشبكة على العامل

أمّا ضمان أجره مثل الشبكة على العامل فوجهه قاعدة الإلتلاف. وذلك لما ثبت في محله من دخول أجره مال الغير في مصبّ هذه القاعدة بلحاظ ما لها من القيمة والمالية. ومن هنا قلنا في تحرير هذه القاعدة بضمن المنافع المستوفاة، بل وغير المستوفاة في مجرى هذه القاعدة. وقد بحثنا عن ذلك مفصلاً في كتابنا «مباني الفقه الفعّال، قسم القواعد المعاملية»، فراجع.

وأما الإشكال بأنّ المالك أسقط احترام ماله باقتراحه الاصطياد بالشبكة إلى العامل، فلا ضمان على العامل، مدفوع بأنّ اقتراحه هذا لم يكن مجّانياً، بل

إنما كان بقصد الاسترباح، فإذا لم يحصل له ربح يثبت ضمان أجره الشبكة على العامل.

ولكن في المقام نكتتان لا ينبغي الغفلة عنهما:

إحدهما: أنه بناءً على كون الصيد لهما لا وجه لاختصاص ضمان الأجرة بالعامل، بل على كلٍّ من المالك والعامل ضمان أجره ما للآخر من العمل والمال. فكما أن العامل يضمن أجره الشبكة للمالك، فكذلك المالك يضمن أجره العامل، كما أشار إلى ذلك في المسالك بقوله: «وحيث يكون الصيد لهما، فعلى كلٍّ منهما أجره مثل الصائد والشبكة بحسب ما أصابه»^١.

ثانيتها: أنه في الفرض المزبور لا وجه لدعوى انصراف إطلاق دليل قاعدة الإتيان إلى الأجرة الواقعة بإزاء ما استوفاه الصائد من منافع الشبكة لنفسه وعدم ضمانه للواقعة منها بإزاء نصيب صاحب الشبكة، كما قد يتوهم. وذلك لعدم دفع المالك الشبكة إلى الصائد على وجه المجانية، غاية الأمر دفعها إليه مكتفياً على سهمه من الصيد في عقد المضاربة أو الشركة أو التوكيل. فإذا لم يتحقق شيء من هذه العقود تعود الشبكة إلى مالكة وعلى الصائد أجره استعمالها. ولا ينافي ذلك ملكية صاحب الشبكة لسهمه بناءً على تأثير نيّة الحائز في ملكية المحوز لغيره. وهذا الكلام يأتي بعينه في ضمان صاحب الشبكة لأجرة مثل عمل الصائد.

(مسألة ٧): لو دفع إليه مالاً؛ ليشتري نخيلاً أو أغناماً على أن تكون الثمرة والنتاج بينهما، لم يكن مضاربة، فهي معاملة فاسدة^(١) تكون الثمرة والنتاج لربّ المال، وعليه أجره مثل عمل العامل.

فيما دفع مالاً بحصّة نماء ما يشتري به

١ - وجه الفساد في الشرائع بأنّ مقتضى المضاربة الاشتراك في الربح الحاصل من تصرّف العامل في رأس المال. وفي مفروض الكلام لم يحصل الربح من عمل العامل، بل إنّما حصل من نماء ما اشتراه العامل بالمال المدفوع. وهكذا وجه الفساد في المسالك^١ والجواهر^٢.

وحينئذٍ إذا فسد المضاربة لا بدّ من تحكيم قاعدة تبعية الربح للمال، فيدخل النتاج والثمره في ملك صاحب المال. وعليه أجره مثل عمل العامل؛ لأنّه السبب في إتلاف عمله. فيضمن أجره مثله بمقتضى قاعدة ضمان الإتلاف بالتسبب وقاعدة احترام عمل المؤمن.

ولكن تردّد صاحب الشرائع في الفساد. ووجه ذلك في الجواهر^٣ بوجهين:

أحدهما: وجه المنع والفساد.

ثانيهما: وجه الجواز والصحة، ثمّ قوّى في الختام وجه الفساد.

أمّا وجه الفساد، فهو تحكيم أصل الفساد بعد الشكّ في تناول إطلاقات

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٤٦.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٤.

٣ - نفس المصدر.

الصحة للمقام. ومراده من أصل الفساد أصل تبعية الربح للعمال المقتضي لعدم استحقاق العامل شيئاً من الربح. وقد سبق بيان الإشكال في هذه القاعدة، وانتلام هذا الأصل بإطلاق «تجارة» عن تراض؛ نظراً إلى تحقق التجارة هاهنا عرفاً وحصول التراضي بالوجدان.

وأما وجه الجواز والصحة، فحاصله: إمكان منع اعتبار تصرف العامل في مال القراض؛ بمعنى اشتراط حصول الربح بمحض عمل العامل. وذلك لأن حقيقة القراض هو دفع المالك ماله وعمل العامل فيه، بحيث كان كل منهما سبب حصول الربح، من غير فرق في الربح بين حصوله بالنماء الحاصل مما اشتراه العامل - كما في مفروض المسألة - وبين حصوله بمجرد فعل العامل؛ إذ الربح في مفروض الكلام مسبب من فعل العامل الذي هو شراء ذي النماء.

وهذا الوجه وجيه، وإن كان بحاجة إلى تقريب يأتي في بيان مقتضى التحقيق.

هذا حاصل ما يستفاد من كلام صاحب الشرائع والجواهر في توجيه فساد المضاربة وصحتها.

وجه فساد المضاربة والعقد

والكلام في المقام يقع تارة: في صحة المضاربة، وأخرى: في صحة أصل المعاملة في نفسها، لا بعنوان المضاربة.

والذي اختاره السيد الماتن رحمته عدم تحقق المضاربة وفسادها في مفروض المسألة، بل فساد أصل المعاملة.

أما وجه فساد المضاربة فقد عرفت آنفاً من كلام صاحب الجواهر.

وأما فساد أصل العقد، فالوجه فيه عدم كون ما وقع مقصود المالك وعدم وقوع ما قصده؛ حيث إنه قصد المضاربة؛ لأنها ظاهر كلامه حسب الفرض في المسألة المبحوث عنها في المقام. وهي لم تقع؛ لفرض فسادها. وأما مطلق العقد أو التوكيل في الشراء أو إجارة العامل ونحو ذلك، فلم يكن مقصوده، فما قصده المالك لم يقع وما وقع لم يقصده، وإنّ العقود تابعة للمقصود. ويمكن المناقشة في كليهما.

أما فساد المضاربة فقد عرفت في توضيح كلام صاحب الجواهر وجه المناقشة فيه، وسيأتي مزيد توضيح في ذلك.

وأما فساد أصل العقد فممنوع بالأولية بعد تصحيح عقد المضاربة. ومن ذلك يعلم أنّ ما قصده المالك وقع في الخارج. وأصالة تبعية الربح للمال فقد سبق بيان انثلامها بإطلاق «تجارة عن تراض»، فلا تشمل ما إذا انتقل الربح إلى ملك الغير بسبب شرعي ثابت بالإطلاق المزبور؛ لفرض حصول التجارة عرفاً والتراضي بالوجدان.

مقتضى التحقيق في المقام

ومقتضى التحقيق في المقام: صحّة المضاربة في محلّ الكلام؛ نظراً إلى استناد حصول الربح إلى فعل العامل وحسن تدبيره الاقتصادي التجاري، وإلا فربّ شراءٍ يوجب الخسران على مالك المال، فإنّ انتخاب ماله قابلية النماء يحتاج إلى دقّة نظر وفكرة اقتصادية وتجربة تجارية حاصلة لأهل الخبرة باكتساب الخبرة والاطلاع، وبالممارسة في هذا الفنّ، وإنّ لذلك دوراً كبيراً في الاسترباح أكثر من دور العمل والفعل الجوارحي الإنتاجي.

فیتّم بذلك هذان الركنان الأساسيان للمضاربة، وهما الربح والعمل. كما أنه لا عمل في البين غير التجارة؛ نظراً إلى صدق التجارة على الشراء، فيصدق عرفاً حينئذٍ أنّ العامل استربح بالتجارة. ولا إجماع تعبدي في المقام كظائره.

فالأقوى صحّة المضاربة فيما إذا صدق على شراء النخيل والأغنام وما حصل من الثمرة والنتاج عنوان التجارة والاسترباح بها في نظر أهل العرف كما لا يبعد. فإذا صدق ذلك عرفاً لا ريب في ترتّب أحكام المضاربة، وأما لو لم يصدق عنوان التجارة والاسترباح بها عرفاً يفسد المعاملة؛ لأنّ العقود تابعة للمقصود، وما قصده المالك لم يقع. كأن يصدق عرفاً عنوان الرعاية والفلاحة والصرافة والزراعة ونحو ذلك من العناوين المغايرة للتجارة بمعناها الخاصّ المقصود في باب المضاربة. فتخرج المعاملة حينئذٍ عن عنوان المضاربة التي قصدها المالك.

وعليه لا معنى لضمان أجره مثل عمل العامل على المالك، كما لا يخفى على من لاحظ مقتضى المضاربة. وبعد تمامية أركان المضاربة وصحّتها لا وجه لدعوى فساد أصل المعاملة، كما هو واضح، مضافاً إلى ما عرفت آنفاً من المناقشة في توجيه أصل هذه الدعوى.

(مسألة ٨): صحَّ المضاربة بالمشاع كالمفروز^(١)، فلو كانت دراهم معلومة مشتركة بين اثنين، فقال أحدهما للعامل: «قارضتك بحصتي من هذه الدراهم»، صحَّ مع العلم بمقدار حصته، وكذا لو كان عنده ألف دينار - مثلاً - وقال: «قارضتك بنصف هذه الدراهم».

صحَّة المضاربة بالمال المشاع

١ - والوجه في ذلك أولاً: صدق المال - المفروض إعطاؤه في نصوص المقام - على المشاع عرفاً، كصدقه على المفروز عرفاً بلا فرق بينهما.
وثانياً: عدم لزوم الغرر من ذلك؛ لارتفاع الجهالة الموجبة للضرر والخسران بتعيين الحصّة والعلم بمقدارها. هذا مع ارتفاع الجهل الناشي من الإشاعة قبل أن ورود العامل في التجارة بإفراز سهمه المشاع، فيؤول إلى العلم التفصيلي بالمفروز. فلا يلزم من المضاربة بالمشاع؛ لأنّه نوع من التعيين عرفاً، بعد ما كان مقدار المجموع معلوماً. ومن هنا لا يتصوّر الغرر في المقام، كما قال في المسالك^١ والجواهر^٢. هذا مضافاً إلى عدم خلاف في ذلك كما قال في الجواهر^٣.

ثمّ إنّ الإشاعة تارة: يكون بين المالك وبين العامل فلا بحث؛ لفرض رضا العامل بالتصرّف في سهمه، لأنّه المتصرّف بنفسه.

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٦.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٨.

٣ - نفس المصدر.

عمدة الكلام في المال المشاع

وأخرى: تكون الإشاعة في المال المشترك بين المالك وغير العامل، فحينئذٍ إذا كانت التجارة بالتصرّف في رقة المال وعينه؛ بأن يشتري العامل المتاع بعينه أو بالكلي ولكن يؤدّي الثمن بعين المال المشترك، فلا إشكال في عدم جواز المضاربة بالمشاع بغير إذن الشريك؛ لفرض استلزام المضاربة حينئذٍ للتصرّف في مال الغير بدون إذنه. فالتجارة به تكون باطلة فلا تصحّ المضاربة أيضاً.

نعم، لو أنشأ المضاربة بالمشاع، ولكن لم يتصرّف في عينه؛ بأن يشتري العامل بالثمن الكلي ويؤدّي بغير مال القراض بمقدار ما يعادل حصّة ذلك الغير الشريك من المشاع، يمكن تصحيح المعاملة، ولكنّه فرض نادر الوقوع، هذا مع الإشكال في صدق عنوان المضاربة؛ نظراً إلى تقوّمه بالعمل في مال القراض الذي هو ملك للمالك، هذا.

ولكن لما كان مال القراض من النقود الراجعة، فالأمر سهل؛ لأنّ بإفراز النقد لا يتوجّه أيّ ضرر ونقص على سهم الشريك. وحينئذٍ لا يشترط في جواز الإفراز ومشروعيته إذن الشريك، ولا سيّما في النقود الراجعة في هذه الأعصار؛ حيث لا فرق بين أوراق النقد ومسكوكاته إذا كانت من نوع وصنف واحد وكانت في درجة واحدة من حيث القيمة.

(مسألة ٩): لا فرق بين أن يقول: «خذ هذا المال قراضاً ولكلّ منّا نصف الربح»، وأن يقول: «... والربح بيننا»، أو يقول: «... ولك نصف الربح»، أو «... لي نصف الربح» في أنّ الظاهر أنّه جعل لكلّ منهما نصف الربح. وكذلك لا فرق بين أن يقول: «خذه قراضاً ولك نصف ربحه»، أو يقول: «... لك ربح نصفه»، فإنّ مفاد الجميع واحد عرفاً^(١).

التعابير الظاهرة في التنصيف

١ - والوجه في ذلك كلّهُ هو الظهور العرفي. فإنّ قوله: «الربح بيننا» وإن كان قابلاً لتقييد بالتثليث والتربيع والتخميس، إلاّ أنّه ما لم يقيد المالك بقيد، يكون ظاهراً في التنصيف عرفاً، كما في موارد الوصيّة ونحوها. فإنّ تملك شيءٍ أو الوصيّة به لشخصين، ظاهرٌ في التنصيف بينهما، كما أنّ قوله: «نصف الربح لك» و«ربح نصفه لك» ظاهر في كون النصف الآخر للمالك، وكذا العكس فيما لو قال: «نصف الربح أو ربح نصفه لي» وبهذا الظهور العرفي تخرج المضاربة عن الإبهام والترديد، وتصحّ.

نعم، يخطر بالبال مناقشة فيما لو قال المالك: «... لك ربح نصفه». وذلك لأنّ العامل لو ضرب نصف مال القراض بتجارة ونصفه الآخر بتجارة أخرى. وربح في أحد النصفين بأضعاف الآخر يجوز له أخذ الربح الأوفر؛ استناداً إلى كلام المالك؛ حيث يصدق عليه أنّه ربح نصف مال القراض، وإن لا يصدق نصف ربح المال.

والجواب: أنّ قول المالك: «... لك ربح نصفه» لما كان ظاهراً في التنصيف على الإشاعة، فكلّ جزءٍ من المال يكون ربح نصفه له، لا ربح نصف خاصّ معيّن

(مسألة ١٠): يجوز اتّحاد المالك وتعدّد العامل^(١) في مال واحد؛ مع اشتراط تساويهما فيما يستحقّان من الربح وفضل أحدهما على الآخر؛ وإن تساويا في العمل. ولو قال: «قارضتكما ولكما نصف الربح» كانا فيه سواء. وكذا يجوز تعدّد المالك واتّحاد العامل؛ بأن كان المال مشتركاً بين اثنين، فقارضا واحداً بالنصف - مثلاً - متساوياً بينهما؛ بأن يكون النصف للعامل والنصف بينهما بالسوية وبالاختلاف؛ بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف وفي حصة الآخر بالثلث مثلاً، فإذا كان الربح اثني عشر، استحقّ العامل خمسة وأحد الشريكين ثلاثة والآخر أربعة.

من مجموع المال. فإنّ القرينة الحالية الكاشفة عن ظاهر حال المالك والقرينة المقامية المبيّنة لكون المالك في مقام تنصيب مجموع الربح الحاصل من المضاربة، تعطي ظهوراً لكلام المالك وتوجب انصراف إطلاق كلامه - الشامل لربح النصف المعين - إلى ربح النصف المشاع.

وأما إذا اكتفى المالك بقوله: «ولي نصف الربح» يظهر من صاحب الشرائع بطلان المضاربة. ووجّه ذلك بكون النصف الباقي له بمقتضى قاعدة تبعية الربح للمال، من دون حاجة إلى التصريح بخلاف سهم العامل. ولكنّه مردودٌ بقرينة الحال والمقام والسياق، كما رده في الجواهر^١ بذلك.

جواز تعدّد المالك والعامل ولو مع التفاضل في الربح

١ - قد صرح بجواز تعدّد كلّ واحد من المالك والعامل واتّحاد الآخر كثيرٌ

من فقهائنا، كما في التذكرة والتحرير والقواعد وجامع المقاصد^١ ومفتاح الكرامة^٢، ولم يخالف فيه أحد.

والوجه فيه أولاً: انحلال عقد المضاربة بتعدّد المالك إلى عقدين. فكما لو عقد كلّ واحد منهما عقداً مستقلاً مع عامل واحد، لا إشكال في صحّة العقد، فكذلك يصحّ فيما إذا عقد كلاهما عقداً واحداً مع عامل واحد بمال مشترك بينهما، كما علّل بذلك في مفتاح الكرامة بقوله: «والوجه في ذلك ظاهر؛ لأنّه يجوز للمالكين أن يضاربا عاملاً واحداً في عقدين، وبالعكس. فيجوز ذلك كلّ في عقد واحد؛ لأنّ عقد الواحد مع اثنين كعقدين»^٣.

وثانياً: إطلاق نصوص المضاربة؛ حيث يشمل صورة تعدّد كلّ من العامل والمالك، كما وجّه بذلك في كلمات بعض الفحول. فإنّ هذا الإطلاق لا ريب في ثبوته لنصوص المقام بحسب المتفاهم العرفي لمن له أدنى تأمل في مفادها؛ حيث إنّ المقصود فيها جنس المالك والعامل ولم يقيد بكونهما واحداً والانصراف إلى الواحد لا صارف له عرفاً.

وأما مقدار ما يستحقّه العاملان من الربح فهو تابع للاشتراط. ولو لم تتعيّن حصّة من الربح بالاشتراط، لا بدّ من تنصيف الربح بينهما وبين المالك أولاً، ثمّ التنصيف بينهما. والوجه في ذلك إطلاق قوله ﷺ: «والربح بينهما» وظهوره في التنصيف؛ كما سبق آنفاً.

ويمكن الاستدلال لتنصيف الربح بين العاملين، مع تساوي العمل بقاعدة

١ - جامع المقاصد ٨: ٥٧.

٢ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٣٠.

٣ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٣٠ / السطر ٢٣.

نعم إذا لم يكن اختلاف في استحقاق العامل بالنسبة إلى حصّة الشريكين، وكان التفاضل في حصّة الشريكين فقط، كما إذا اشترط أن يكون للعامل النصف والنصف الآخر بينهما بالتفاضل، مع تساويهما في رأس المال؛ بأن يكون للعامل الستّة من اثني عشر، ولأحد الشريكين اثنين وللآخر أربعة، ففي صحته وجهان بل قولان، أقواهما البطلان^(١).

العدل والإنصاف؛ نظراً إلى سعة نطاق هذه القاعدة بحكم العقل. ومن هنا قلنا: إنّ ما ورد من النصوص الخاصّة في الدرهم الودعي ونحوه إرشاد إلى حكم العقل أو إمضاء لسيرة العقلاء. وقد بحثنا عن مفاد هذه القاعدة ومدركها في كتابنا «مباني الفقه الفقّال»، فراجع.

بطلان المضاربة مع تفاضل الشريكين المتساويين في المال

١ - والوجه في البطلان أمران:

أحدهما: قاعدة تبعية المنفعة للمال، كما يظهر من بعض الأعلام^١. وعليها فمع فرض تساوي مال الشريكين، لا بدّ من تساوي الربح العائد إليهما، وإلا تنقض القاعدة المزبورة. وإلى هذا الوجه يرجع تعليل صاحب العروة لذلك بقوله: «لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين أو تساويهما مع التفاوت في المالين، بلا عمل من صاحب الزيادة»^٢.

وقد يشكل عليه بأنّ هذه القاعدة لا إشكال في نقضها وانكسارها في

١ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٦٦.

٢ - العروة الوثقى ٥: ١٨٤.

خصوص المضاربة؛ حيث دلت نصوصها على استحقاق العامل للربح، مع عدم كون المال له.

والجواب: أنّ في مخالفة القاعدة لا بدّ من الاقتصار على المتيقّن من مدلول النصّ الخاصّ. ولم يُحرز كون صورة تفاوت المالكين في استحقاق الربح مع تساوي المال داخلاً في نطاق نصوص المضاربة، فلا مناص من تحكيم مقتضى القاعدة الأولى في مفروض الكلام.

ثانيهما: ظاهر قوله عليه السلام: «والربح بينهما»؛ حيث دلّ بظاهره على اعتبار تنصيف الربح بين العامل والمالك ما لم يشترط خلافه. وما يختصّ بالمالك الآخر من الربح الزائد ينافي ذلك؛ لأنّه بمنزلة الأجنبي بالنسبة إليه.

وهذا الوجه جوابه واضح، كما قال السيّد الحكيم^١. وذلك لأنّ المفروض تنصيف الربح بين العامل وبين المالكين. وأمّا التفاضل في سهم المالكين فلا يضرّ بذلك شيئاً، وليس أحدٌ منهما أجنبيّاً، كما هو واضح. فليس خارجاً عن مقتضى عقد المضاربة.

نقد ما نقله السيّد الحكيم في المقام

نعم، نقل في المستمسك^٢ عن بعض الحواشي توقف صحّة المضاربة في مفروض الكلام على كون عقد الشركة بين المالكين الشريكين مبنياً على التفاضل في ما يستحقّان من الربح بزيادة سهم أحدهما على الآخر. وذلك لأنّ موضوع الاشتراط المذكور في المقام إنّما هو المالكان الشريكان؛ حيث إنّ أحدهما

١ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣١٦.

٢ - نفس المصدر: ٣١٥.

مشروطاً له والآخر مشروطاً عليه.

ولا يرتبط ذلك بالعامل حتى يكون الشرط المزبور واقعاً بين العامل والمالك في عقد المضاربة، فلا مساس له بأحكام المضاربة.

ولكن هذا الكلام إنما يصح إذا كان اقتراح الشرط المذكور من جانب أحد المالكين إلى الآخر، وأما إذا كان من جانب العامل، كما لو لم يرض أحد المالكين بالمضاربة، إلا مع اشتراط زيادة سهمه من الربح، ولما رأى العامل توقّف انعقاد عقد المضاربة والاسترباح على رضائه وحضوره، يقترح اشتراط ذلك إلى المالك الآخر في متن عقد المضاربة، ويقبله لاحتياجه إلى ذلك. فلا إشكال في كون الشرط حينئذٍ بين العامل وبين المالكين.

توضيح كلام صاحب العروة ونقده

وقد وجّه الصحّة في العروة بقوله: «الأقوى الصحّة؛ لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه، فإنّ الأقوى جواز ذلك بالشرط، ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة، بل هو خلاف مقتضى إطلاقها»^١.

مقصوده أنّ اشتراط التفاضل في سهم المالكين من الربح لا ينافي مقتضى عقد المضاربة؛ لأنّ مقتضاه أصل اشتراك المالك والعامل في الربح، وأما كون الاشتراك بالتنصيف بين المالكين مع تساوي المال، فإنّما هو ثابت بمقتضى إطلاق عقد الشركة فيما إذا كان بينهما قبل المضاربة؛ حيث يقتضي الإشاعة في الشركة وسريانها في جميع أجزاء المال. وتقييد هذا الإطلاق بغير التنصيف لأجل اشتراطه، لا ينافي أصل عقد الشركة، بل إنّما ينافي إطلاقه، كما لا ينافي مقتضى عقد

المضاربة، حتّى يقال إنّه شرط مخالف لمقتضى العقد.

وردّه بعض الأعلام بأنّ الشروط في العقود إنّما هي نافذة إذا كانت مشروعة في نفسها. وأمّا إذا كانت غير مشروعة في نفسها - كما في المقام - لا نفوذ لها. وعلّل لذلك بأنّ أدلّة نفوذ الشرط في العقود - كقوله: «المؤمنون عند شروطهم» - غير مشرّعة. ومن هنا قيّد نفوذه بما إذا لم يخالف الكتاب والسنة. وفي المقام وإن لم يكن الاشتراط المزبور مخالفاً للكتاب، إلاّ أنّه مخالف للسنة الدالّة على تبعية المنفعة والنماء للمال.

مقتضى التحقيق

ولكن مقتضى التحقيق في المقام الصحّة، كما اختاره صاحب العروة. وذلك لانصراف قاعدة التبعية إلى ما إذا لم يشترط صاحب المال أو لم يرتض بالاشتراط على خلاف مقتضاها، كما في المقام.

وذلك لأنّ المتفاهم العرفي من أدلّة هذه القاعدة هو هذا المعنى؛ نظراً إلى أنّ المتفاهم عرفاً من دليل تبعية الربح للمال توسعة نطاق ملكية المالك، وأنّه مالك للربح التابع أيضاً، كما يملك المال المتبوع. ولازم ذلك توسعة سلطة المالك وشمولها للربح، فيدخل الربح في نطاق قاعدة «الناس مسلّطون على أموالهم»؛ لأنّ من له السلطة على شيءٍ مسلّط على توابع ذلك الشيء، فكسما أنّ لصاحب المال حقّ نقله وتمليكه للغير بعقد أو شرط في ضمنه، فكذلك في توابعه من النمات والأرباح.

وبناءً على ذلك فاشتراط أحد المالكين في ضمن عقد المضاربة كون حصّة من ربح ماله لشريكه؛ يكون على وفق ما هو المتفاهم عرفاً من قاعدتي: «تبعية

الريح للمال» و«الناس مسلطون على أموالهم» ولا يكون اشتراط ذلك مخالفاً للسنة ولا لمقتضى العقد.

هذا مضافاً إلى عدم دلالة رواية ولو ضعيفة على قاعدة التبعية المزبورة بإطلاقها نصاً أو مضموناً ولا صريحاً أو ظاهراً، بل إنما نسبتها في الحدائق إلى الشافعي. وإن كانت من المسلّمات في الجملة، لكن لا على إطلاقها بنطاقها الواسع، بل السيرة العقلانية جارية على خلافها في المضاربة كما سبق.

وغاية ما يقتضيه هي التساوي بين المالك والعامل. وأما بين المالكين أو العاملين أنفسهما، فلا اقتضاء لعقد المضاربة له ولا دلالة لقوله ﷺ: «الريح بينهما» على ذلك، حتى بالإطلاق.

وعليه فلا مانع من شمول إطلاقات نصوص المضاربة لصورة التفاضل في حصّة المالكين من الريح، مع تساويهما في المال وعدم عمل لمن له الزيادة.

هذا مضافاً إلى عموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾؛ حيث إنّ المفروض حصول التراضي بعقد المضاربة بهذا النحو، مع فرض تصنيف مجموع الريح بين العامل وبين المالكين، ولم يُنقض بذلك ظاهر قوله ﷺ: «والريح بينهما». فالحقّ في المقام مع صاحب العروة من صحّة المضاربة حينئذٍ؛ وفاقاً لظاهر الأصحاب؛ حيث صرح به في الحدائق بقوله: «وإذا اتحد العامل وتعدّد المالك، فلو بيّنا نصيب العامل من الريح؛ بأن جعلنا له نصف الريح، ولهما الباقي يكون بينهما على ما يشترطانه من التفاضل والتساوي، سواء كان على نسبة المالكين أم لا، وبه أفتى في التذكرة»^١. وقد نسب خلاف ذلك إلى الشافعي؛ معللاً بقاعدة تبعية الريح للمال.

(مسألة ١١): المضاربة جائزة من الطرفين^(١) يجوز لكل منهما فسخها؛
قبل الشروع في العمل وبعده، قبل حصول الربح وبعده، صار المال كله نقداً
أو كان فيه أجناس لم تنض بعد.

قال رحمته: «ونقل عن الشافعي المنع من التفاضل مع تساوي المالكين، والتساوي
مع تفاضلها؛ لأنّ الربح يكون تابعاً للمال، فإذا شرط له النصف كان النصف
الآخر بينهما بالسوية، فشرط التفاوت فيه يكون شرطاً لاستحقاق ربح بغير عمل
ولا مال»^١.

المضاربة عقد جائز

١ - لا خلاف في كون المضاربة عقداً جائزاً، كما صرح به كلّ من تعرّض
لذلك من الفقهاء الفحول، فلا كلام في ذلك.
وإنما الكلام في دليل ذلك، فاستدلّ لذلك تارةً: بالإجماع، وأخرى: بأنّه
وكالة في الابتداء، ثمّ يصير شركة وهما جائزان، وثالثةً: بقصور أدلّة اللزوم عن
شمول العقود الإذنية.
ولتنقيح الاستدلال نقول:

مقتضى القاعدة في العقود

مقتضى القاعدة في جميع العقود وجوب الوفاء؛ نظراً إلى عموم قوله تعالى:
﴿أوفوا بالعقود﴾^٢؛ حيث يدلّ على وجوب الوفاء بكلّ عقد؛ لأنّ لفظ «العقود»

١ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٦٧.

٢ - المائدة (٥): ١.

جمع محلّي بالألف واللام، وهو يفيد العموم. ومن هنا تكون هذه الآية من أحد أدلّة قاعدة أصالة اللزوم.

وعليه فلا بدّ في الحكم بجواز عقد المضاربة من الخروج عن هذه القاعدة. وذلك إمّا تخصيصاً بدليل، من إجماع، كما أشار إليه في الجواهر، أو تخصّصاً بقرينة صارفة لعموم الآية عن العقود الإذنية، فثبتت قصورها عن الشمول لها، كما يفيد ذلك الوجهان الآخران، وسيأتي بيانهما.

دعوى الإجماع في المقام

أمّا الإجماع: فاستدلّ به في الجواهر؛ حيث قال - بعد دعواه - : «وهو الحجّة في الخروج عن قاعدة اللزوم»^١. وتبعه في ذلك السيد الحكيم؛ حيث قال - بعد ردّ الاستدلال بالأصل - : «والدليل منحصرٌ بالإجماع»^٢.

وهذا الإجماع وإن لا إشكال في تحصيله؛ لعدم مخالف في البين، إلاّ أنّه يشكل الالتزام بكونه إجماعاً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام من حيث الإجماع. وذلك لأنّ الأصحاب بعد نفي الخلاف استدلّوا لذلك ببعض الوجوه الآتية. فلا يكون هذا الإجماع كاشفاً تعدياً عن رأي المعصوم عليه السلام، ودليلاً مستقلاً صالحاً للاستدلال به في المقام. وإن يشكل مخالفة مثل هذا الاتفاق الذي لم ينقل الخلاف فيه من أحد.

الاستدلال بأنّ المضاربة وكالة قبل ظهور الربح وشركة بعده

أمّا الوجه الثاني: فحاصله: أنّ عقد المضاربة وكالة في الابتداء وشركة بعد ظهور الربح. ولما كانت الوكالة والشركة كِلتاهما من العقود الجائزة، فلا

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٠.

٢ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٦٦.

مناص من الالتزام بكون المضاربة أيضاً عقداً جائزاً.

وهذا الوجه قد استدلّ به العلامة في التذكرة؛ حيث قال: «قد بيّنا أنّ القراض من العقود الجائزة من الطرفين كالوكالة والشركة، بل هو عينهما. فإنّه وكالة في الابتداء، ثمّ يصير شركة في الأثناء. فلكلّ واحد من المالك والعامل فسخه، والخروج منه متى شاء. ولا يحتاج فيه إلى حضور الآخر ورضاه؛ لأنّ العامل يشتري ويبيع لربّ المال بإذنه، فكان له فسخه كالوكالة»^١.

ومتمنّ استدلّ بهذا الوجه هو الشهيد في المسالك؛ حيث قال - بعد نفي الخلاف

في ذلك - : «ولأنّه وكالة في الابتداء، ثمّ يصير شركة، وهما جائزان أيضاً»^٢.

وقد تمسك بهذا الوجه جماعة من فحول الفقهاء - استدلالاً أو تأييداً -

كصاحب الحدائق^٣ وصاحب الرياض^٤ وغيرهما.

والنكته الأصلية في هذا الوجه أنّ المضاربة من العقود الإذنية؛ لما لها من الأصل في الوكالة والشركة، وإتھما من العقود الإذنية. والعقود الإذنية كلّها من العقود الجائزة. ومرجع هذا الوجه في الحقيقة هو الوجه الآتي. وسيأتي بيان السرّ في جواز العقود الإذنية.

المناقشة في الوجه المزبور

ولكن هذا الوجه بهذا التقريب قابلٌ للمناقشة؛ نظراً إلى عدم كون المضاربة توكيلاً ولا شركة. وأما عدم كونها توكيلاً؛ فلأنّ الوكيل لا يستحقّ غير الأجرة،

١ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٦ / السطر ٢٣.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣٤٤.

٣ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٠٤.

٤ - رياض المسائل ٩: ٧٢.

بخلاف العامل؛ لاستحقاقه الربح كاملاً.

وأما عدم كونها شركة؛ فلأنّ الشركة إنّما هي في الأموال، لا في الأبدان ولا بينها وبين الأموال، كما قرّر في محلّه، بل المضاربة عقد مستقلّ مغاير لهما، ولها أحكام خاصّة ثابتة بنصوصها الخاصّة. نعم، هي كالوكالة والشركة من حيث إنّها من العقود الإذنية، فتكون مثلهما، لا أنّها عينهما.

وأما كونها من العقود الإذنية، وخروج العقود الإذنية من قاعدة أصالة اللزوم - المستفادة من عموم «أوفوا بالعقود» - كلاهما دعويان لا بدّ من إثباتهما. وسيأتي في تقريب الوجه الثالث.

بيان قصور دليل لزوم الوفاء بتقريبين

أما الوجه الثالث: وهو قصور دليل لزوم الوفاء عن شموله للعقود الإذنية التي منها عقد المضاربة، فقد استدلّ به بعض الأعلام^١. ولكن في بيانه خلل تعرفها من خلال البيان الآتي.

ويمكن بيان هذا الوجه بتقريبين:

أحدهما: أنّ من بين العقود عقوداً تسمّى بالعقود الإذنية. وهي العقود التي ليست إلّا مجرد إذن من أحد المتعاملين وقبول من الآخر كالوكالة والعارية والشركة ونحو ذلك. وفي هذه العقود متى رجع الآذن من إذنه - بمقتضى سلطنته على ماله والتصرّف فيه كيف شاء - ارتفع موضوع العقد وبتبعه ينتفي حكمه وما يترتّب عليه من الآثار لا محالة.

وفي هذه العقود، وإن لا يمكن إنكار التزام المتعاقدين بشيء، كما يظهر من

هذا العلم^١، إلا أنّ الملتزم به لما كان بذاته أمراً إذنياً جائزاً يفيد التزام المالك والعامل بآثار الجواز. وإنّ الوفاء أعمّ من اللزوم؛ لأنّ وفاء كلّ شيء بحسبه فإذا كان الملتزم به أمراً إذنياً بذاته، يكون معنى الوفاء بالالتزام عدم ثبوت حقّ الاعتراض للمالك على العامل في تصرفاته ونفوذ كلّ عمل يصدر من العامل في سبيل الاتّجار والاسترباح ما لم يرجع أحدهما عن التزامه بالفسخ، كما أنّ معنى التزام العامل بقبوله إذن المالك واقتراحه وجوب القيام بالاتّجار على النحو المتعارف؛ لأنّه عهد في ضمن العقد لا ابتدائي، ولكنّه ما دام لم يرجع عن التزامه بالفسخ.

ثانيهما: أنّ وجوب الوفاء يتوقّف على الالتزام بنحوٍ يوجبه. وفي المضاربة لم يلتزم أحدٌ من المالك والعامل بما يوجب لزوم العقد ودوام المضيّ عليه وعدم الرجوع عنه، بل مقتضى تقوّم عقد المضاربة بإذن المالك في التصرف في ماله وبإرادة العامل وعزمه على العمل، جواز الرجوع لكلّ منهما. ومن هنا تكون المضاربة جائزةً من الطرفين.

وبعبارة أخرى: إنّ حقيقة الوفاء إنّما هي متصورةٌ عرفاً فيما إذا تحقّق التزام يجعل به الملتزم شيئاً في عهده ويتعهد به، كالتزام البائع بكون المبيع ملكاً للمشتري، أو التزام الأجير بكون منفعة العين - المملوكة له - ملكاً للمستأجر. وفي العقود الإذنية لم يلتزم العاقد الآذن بشيء يجعله في عهده وعلى عاتقه؛ لكي يوجب الوفاء به. وطبيعة الإذن وماهيته تأبى عن جعله في العهدة وعلى عهده؛ لأنّ ذلك مزيل لسلطته على ماله. والحال أنّ الإذن هو أعمال السلطة، لا إزالته. وهذا هو السرّ في انصراف عموم «أوفوا بالعقود» عن العقود الإذنية.

وهذا الوجه بهذا البيان وجيه تمام، لا غبار عليه، وإليه يرجع روح الوجه الثاني.

مقتضى جواز المضاربة من الطرفين

ومقتضى جواز عقد المضاربة من الطرفين جواز الفسخ لكل واحد منهما مطلقاً، قبل الشروع في العمل وبعده، قبل حصول الربح وبعده، إلا أنه فرق بين الفسخ قبل ظهور الربح أو حينه وبين الفسخ بعد ظهوره.

وذلك لأنّ الفسخ على الأول يوجب اختصاص الربح الحاصل ببعده كلّه بالمالك، وعدم استحقاق العامل إلا الأجرة. وأما على الثاني يكون ما حصل من الربح قبل الفسخ بينهما بمقتضى المضاربة. وما حصل من الربح ببعده يكون كلّه للمالك ولا يستحقّ العامل بعد الفسخ إلا الأجرة. نعم، في الصورة الثانية إنّما يؤثر الفسخ بالنسبة إلى العقود اللاحقة.

وحاصل الكلام: أنّ فسخ عقد المضاربة بعد ظهور الربح ليس في حكم فسخه قبل ظهور الربح أو حينه؛ لكي يختصّ الربح كلّه بالمالك لأجل فسخ العقد ويستحقّ العامل الأجرة، بل إنّما يؤثر بالنسبة إلى المعاملات المتأخّرة.

والوجه في ذلك واضح؛ ضرورة أنّ مقتضى صحة عقد المضاربة ومشروعيته، إمضاؤه من جانب الشارع. ومعنى إمضاء الشارع لزوم ترتيب الأثر على مقتضاه. ومقتضى عقد المضاربة اشتراك المالك والعامل في الربح بمجرد ظهوره. فليس للمالك أن ينزع سهم العامل من يده بالفسخ، وإلا يكون إمضاء الشارع وحكمه بصحة عقد المضاربة لغواً بلا أثر.

وأما جواز الفسخ فمعناه ترتيب أثره من حين وقوعه. ولما وقع في مفروض

الكلام بعد ظهور الربح، يظهر أثره بالنسبة إلى التجارات المتأخرة عنه. ومن هنا لو كان الفسخ واقعاً قبل ظهور الربح لاختصّ الربح الظاهر بعد الفسخ كله للمالك ولم يكن العامل مستحقاً لشيء، إلا أجره المثل.

وأتضح بهذا البيان وجه عدم الفرق بين صيرورة مال القراض كله نقداً بعد التجارة، وبين أن يبقى عروضاً من غير نص؛ نظراً إلى صدق الربح على العروض عرفاً أيضاً كالنقد.

توجيه استحقاق العامل للأجرة بفسخ المالك ونقده

أما استحقاق العامل مثل أجره العمل إذا فسخ المالك قبل ظهور الربح، فالوجه فيه قاعدة احترام عمل المسلم وقاعدة الإلتلاف بالتسبب. وذلك لأن المالك هو السبب لإتلاف عمل العامل بفسخه.

ويردّ أن العامل مع علمه واختياره أقدم على معاملة إذنية جائزة. ومقتضاه جواز الفسخ لكل من الطرفين مهما شاء. وأيضاً التزم العامل بمعاملة مبنية على استحقاق الربح لو كان ربح وعدم استحقاقه شيئاً في صورة عدمه، فليست المضاربة مبنية على الأجرة كما في الإجارة ونحوها. ولا يستلزم عدم استحقاقه الأجرة أن يكون إقدامه على المضاربة مجاناً تبرعياً؛ لأنه أقدم على معاملة تستتبع الربح غالباً، فلا يكون إقدامه تبرعياً، بل يكون لطمع الربح لو حصل.

وقد يدعى جريان سيرة العقلاء حينئذٍ على تضمين المالك لما أهدره من عمل العامل بالفسخ؛ حيث يرون عمله محترماً ويرون المالك سبباً لإتلاف عمله. فيجري قاعدتا الاحترام والإلتلاف إذا كان مجراهما متحققاً في نظر العرف، ولا

بل لو اشترطاً فيها الأجل جاز لكلّ منهما فسخها قبل انقضائه^(١).

يرون العامل حينئذٍ مقدماً على إسقاط احترام عمله حتى تجري قاعدة الإقدام في حقّه.

ولكنّه مجرد دعوى، وإثباتها على مدّعيها. والذي نجده في وجداننا العرفي يقضي بخلاف ذلك.

ثمّ إنّه لو توجه بفسخ كلّ من العامل والمالك ضررٌ إلى الآخر، لا إشكال في كون الفاسخ ضامناً لذلك؛ لأنّه المسبّب لإيراد الضرر على الغير بفسخه، بلا فرق بين العامل والمالك.

وأما لو توجه ضرر إلى الفاسخ نفسه بفسخه، فليس على الآخر ضمان الضرر المتوجه إليه؛ لأنّه أقدم على نفسه بالفسخ، فقاعدة الإقدام تنفي الضمان عن الآخر حينئذٍ، كما هو واضح.

اشتراط الأجل في المضاربة

١ - والوجه في جواز الفسخ لكلّ منهما قبل انقضاء الأجل نفس الدليل على جواز عقد المضاربة. فإنّ مقتضى كونه من العقود الجائزة جواز الفسخ لكلّ من المالك والعامل في أيّ زمان.

صور اشتراط الأجل

وأما اشتراط الأجل والتوقيت فتارة: يكون مع الإطلاق من غير تقييد بمنع التجارة بعد مضيّ الأجل، وأخرى: مع التقييد بذلك. كما قال في المفتاح: «توقيت المضاربة يقع مع الإطلاق والتقييد. فالإطلاق أن يقول: قارضتك على هذا المال

سنة، والتقييد أن يقول: قارضتك سنة، فإذا أنقضت فلا تبع ولا تشتت، أو فبع ولا تشتت أو بالعكس»^١.

ويظهر من جماعة من الفقهاء بطلان اشتراط الأجل، كما صرح به في «المفتاح»: حيث إنه بعد نقل كلماتهم، قال: «فقد تحصّل من ظاهر كلامهم أنّ بعضاً يقول ببطلان الشرط في صورة التقييد والإطلاق. وبعضاً يقول به في بعض صور التقييد. وبعضاً يقول به في صورة الإطلاق فقط. وبعضاً يقول ببطلان العقد والشرط في بعض التقييدات وصحتهما في بعض التقييدات»^٢.

وظاهر كلماتهم أنّ اشتراط الأجل لما كان عرفاً بمعنى الالتزام بعدم الفسخ، يكون في قوّة اشتراط لزوم عقد المضاربة.

ومن هنا وقع الكلام في أنّه باطل بلحاظ مخالفته لمقتضى عقد المضاربة أم لا؟ كما سيأتي الإشارة إلى ذلك في كلام صاحب الشرائع والجواهر والسيد الحكيم.

وبشهد لهذا التلقّي والتفسير لاشتراط الأجل ما جاء في المفتاح؛ حيث قال: «قد فسروا قولهم: لا يلزم التأجيل فيها؛ لا يصحّ اشتراط التأجيل فيها، وأنّه لو شرط توقيتها لم يلزم الشرط، بأنّه لا يترتب أثره عليه، وهو لزومها إلى أجل. وهذا يقضي بأنّ ذلك يفيد اشتراط لزومها، فيكون كاشتراط لزومها إلى الأجل.

ولو كان مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاصّ، ما صحّ لهم أن يقولوا فسد

١ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٢٦ / السطر ١٢.

٢ - نفس المصدر / السطر ٣٠.

الشرط، ولا أن يقولوا لا يصحّ اشتراط الأجل، بل الواجب أن يقولوا - كما في المسالك - : صحّ العقد والشرط. أمّا الشرط، ففائدته المنع من التصرف. وأمّا العقد، فلأنّ الشرط المذكور لا ينافيه^١.

وقد استظهر المحقّق المزبور من كلماتهم أنّهم فهموا وتلقّوا من اشتراط الأجل اشتراط عدم الفسخ ومنعه.

نقد كلام السيد الخوئي

ويظهر من بعض الأعلام^٢ أنّه ليس بمعنى اشتراط عدم الفسخ، حتّى يكون الفسخ قبل انقضاء الأجل مخالفاً للشرط الواقع ضمن العقد فلم يجز، بل إنّما التأجيل بمعنى تحديد إذن المالك بالأجل وتقييد جواز التصرف به.

ومقتضى ذلك إنّما هو ثبوت جواز عمل العامل وتصرفه في مال القراض إلى انتهاء زمان الأجل، وعدم جوازه بعد انتهائه؛ لانتفاء الإذن عندئذ.

وعليه فالثابت قبل انقضاء الأجل إنّما هو أصل جواز تصرف العامل في مال القراض، لا عدم جواز الفسخ؛ إذ لا ملازمة بينهما. ومن هنا لا وجه لتوهم عدم صحّة التأجيل لأجل عدم صحّة اشتراط عدم الفسخ، كما قد يتوهم. هذا توضيح كلام بعض الأعلام.

وفيه: أنّ اشتراط الأجل لو كان في كلمات الفقهاء بهذا المعنى، لم يكن وجهاً لدفع توهم عدم جواز الفسخ قبل انقضائه. فليس المقصود منه هذا المعنى، كما لم يفسره بذلك أحد.

١ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٢٧ / السطر ٤.

٢ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٢٥.

ماذا فهم الفقهاء من اشتراط التأجيل؟

بل إنهم فهموا وتلقوا من اشتراط الأجل للمضاربة وتوقيتها إلى زمان معين؛
إما اشتراط لزومها وعدم ملكية فسخها قبل انقضاء الأجل، كما سبقت الإشارة إلى
ذلك في كلام صاحب المفتاح. وسيأتي في كلام السيد الحكيم.

وأما اشتراط عدم الإتيان بفعل الفسخ. فالمشترط حينئذٍ عدم فعل الفسخ، لا
عدم جوازه المترتب على لزوم العقد، كما استظهره السيد الحكيم من عبارة الشرائع
والقواعد؛ حيث قال: «ومن ذلك تعرف أنّ الشرط المنافي لمقتضى العقد عندهم هو
شرط لزوم المضاربة وعدم ملك الفسخ، لا مجرد شرط عدم الفسخ، الراجع إلى
شرط الأجل في عبارة الشرائع والتوقيت في عبارة القواعد. فإنه عندهم لا يلزم ولا
يجب الوفاء به، لا أنه مناف لمقتضى العقد، ولا أنه مبطل للعقد»^١.

وعلى أي حال فاشتراط الأجل في المضاربة من جانب المالك أو العامل لا
يفيد عرفاً أكثر من تحديد زمان المضاربة وتوقيتها إلى انتهاء زمان الأجل. وليس
معناه إلا تحديد إذن المالك وتوقيت جواز تصرف العامل في ماله إلى زمان الأجل
ولا يقتضي ذلك، إلا انتفاء الإذن وعدم جواز تصرف العامل في مال القراض بعد
انتهاء الأجل.

والظاهر أنّ مراد بعض الأعلام^٢ كون هذا المعنى ظاهراً من اشتراط الأجل
عرفاً، رغماً لما تلقاه بعض الأصحاب منه.

كما يشعره كلام صاحب الجواهر؛ حيث إنه - في ذيل كلام صاحب
الشرائع - قال: «لو اشترط فيه الأجل لم يلزم العقد مدته على أحد منهما، فيصح

١ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٦٢.

٢ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣٦: ٢٥.

ولو اشترطاً فيها عدم الفسخ، فإن كان المقصود لزومها بحيث لا تنفسخ بفسخ أحدهما - بأن جعل ذلك كناية عن لزومها، مع ذكر قرينة دالة عليه - بطل الشرط دون أصل المضاربة على الأقوى^(١)،

لكلّ منهما فسخه قبله»^١. فإن نفي لزوم العقد باشتراك الأجل وتجويز الفسخ معه - كما لاحظت في الشرائع والجواهر - إنما يصحّ إذا كان هناك قائل بتفسير اشتراط الأجل بنحو شرط النتيجة؛ أي عدم جواز الفسخ وكونه لغواً بلا أثر. وهذا المعنى ظاهر من كلام صاحب الشرائع بقرينة المقابلة في قوله: «إن مرّت بك سنة - مثلاً - فلا تشتتر بعدها وبع، صحّ عندنا؛ لأنّ ذلك من مقتضى العقد»^٢. فيعلم من كلامه هذا أنّ شرط الأجل ظاهرٌ في اللزوم ومخالفٌ لمقتضى العقد وباطلٌ. ولأجل ذلك حكم بطلانه وأنّه لا يستتبع اللزوم.

اشتراط عدم الفسخ في المضاربة

١ - إنّ اشتراط عدم الفسخ - كما قلنا آنفاً - تارة؛ يكون على نحو شرط النتيجة. والمقصود منه حينئذٍ لزوم العقد وعدم انفساخه بفسخ أحد المتعاقدين. وإنّ اشتراط عدم الفسخ وإن لا يدلّ بظاهر لفظه على هذا المعنى، إلاّ أنّه يجعل كناية على ذلك بنصب قرينة تدلّ عليه.

وأخرى: يكون المقصود منه اشتراط عدم فعل الفسخ، من غير أن يجعل ذلك كنايةً عن لزوم العقد وعدم انفساخه بالفسخ.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤١.

٢ - نفس المصدر.

فلو كان المقصود من اشتراط عدم الفسخ في عقد المضاربة المعنى الأول، لا إشكال في فساد هذا الشرط. وذلك لأنه خلاف مقتضى عقد المضاربة؛ إذ المضاربة - كما قلنا - من العقود الإذنية المقتضية بذاتها جواز الفسخ لكل من الطرفين.

وأما بطلان العقد به فهو المشهور، كما قال السيد الحكيم^١ وقد تقدّم نصّ كلامه آنفاً.

الملاك في بطلان المضاربة باشتراط عدم الفسخ

وهل الملاك في بطلان عقد المضاربة بهذا الشرط هو البناء على فساد العقد بالشرط الفاسد، أو الملاك في ذلك وجه آخر مختصّ بباب المضاربة؟ يظهر من السيد الماتن رحمته الله الأول؛ حيث إنه لما بنى على عدم فساد العقد بالشرط الفاسد في محلّه^٢ - كما سيأتي كلامه - اختار هاهنا عدم فساد عقد المضاربة بفساد الشرط المزبور بقوله: «بطل الشرط دون أصل المضاربة على الأقوى».

ولكن يظهر من السيد الخوئي خلاف ذلك؛ حيث إنه مع بنائه على عدم فساد العقد بالشرط الفاسد، أفتى هاهنا بفساد المضاربة. فإتاه قد صرح بذلك في المنهاج بقوله: «الظاهر أنّ فساد الشرط لا يسري إلى العقد المشروط فيه فيصحّ العقد ويلغو الشرط»^٣. ومع ذلك اختار هاهنا بطلان عقد المضاربة بهذا الشرط.

١ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٦٢.

٢ - البيع، الإمام الخميني رحمته الله ٥: ٣٦٠.

٣ - منهاج الصالحين ٢: ٤٣.

عدم فساد العقد بفساد الشرط

ويقع الكلام هاهنا في أمرين:

الأمر الأول: في سراية الفساد من الشرط الفاسد إلى العقد. وهذه المسألة وإن كان محلّ البحث عنها كتاب البيع في أحكام الشرط، إلا أنّه ينبغي الإشارة إلى ذلك بالمناسبة.

وحاصل الكلام: أنّه وقع الخلاف بين الأصحاب في فساد العقد بالشرط الفاسد. وقد تعرّض في المفتاح^١ لذكر جماعة من الفقهاء - المؤلف والمخالف - في المسألة.

فمنهم من قال بعدم سراية الفساد إلى العقد وحكم بصحّته واختصاص الفساد بالشرط، كما عن الشيخ في المبسوط ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع والآبي في كشف الرموز وأبي عليّ والقاضي وابن زهرة وابن المتوّج، بل احتجّ في الغنية لصحّة العقد حينئذٍ بالإجماع.

ومنهم من اختار سراية الفساد إلى العقد وحكم ببطلانه كالشرط، كما عن العلامة وعن المهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية، كما نقل عنهم في المفتاح^٢ والعجب من بعض الأعلام - على ما في تقريراته^٣ - أنّه جعل العلامة والشهيد في عداد القائلين بصحّة العقد وعدم سراية الفساد إليه.

١ - مفتاح الكرامة ٤: ٧٣٢.

٢ - نفس المصدر.

٣ - مصباح الفقاهة ٧: ٣٥١.

عمدة ما استُدلَّ به لسراية الشرط

وعلى أيِّ حال فعمدة ما استدلَّ به لسراية الفساد من الشرط الفاسد إلى العقد ثلاثة وجوه، كما يستفاد من تقارير بعض الأعلام^١.

١- إنَّ للشرط قسماً من الثمن في نظر المتعاقدين؛ لاهتمامهما بذلك، وهو الداعي إلى اشتراطه، وكذا في نظر أهل العرف. فإنَّ الغرض المعاملي الباعث لاشتراط الشرط إنَّما يتعلَّق بما له دخل في ازدياد المايية والاسترباح. وعليه فإذا صحَّ الشرط لا إشكال في وقوع مجموع الثمن بإزاء مجموع الثمن المقيّد بالشرط. وأمَّا إذا فسد الشرط ولم يمض شرعاً لا ينتقل ما بإزاء الشرط من المايية والقيمة إلى البائع قهراً.

وحيث إنَّ ما بإزائه من القيمة مجهول، يلزم من ذلك الجهل بمقدار الثمن الواقع في مقابل المبيع، فيبطل المعاملة لأجل الغرر.

وأجيب عنه أولاً: بأنَّ الشرط شيءٌ خارج عن العوضين عرفاً، ولا يقع بإزائه - صحيحاً أو فاسداً - شيءٌ من الثمن، بل إنَّما يقع الثمن بإزاء ذات المبيع.

نعم، لا ريب في كون الشروط موجبة لزيادة القيم والرغبات في المعاملات، ولكنَّه لا يعتبر مالمَّا عند أهل العرف. ومن هنا لا يقع بإزائها المال عرفاً.

وأما إشكال الغرر فإنَّما يأتي عند الجهل بمقدار العوض، دون ما هو خارج عن العوضين.

وهذا الجواب يمكن المناقشة فيه بأنَّه بعد قبول دخل الشرط المالي في الغرض المعاملي ورغبات الناس وازدياد القيمة، لا إشكال في صدق عنوان الغرر

١ - مصباح الفقاهة ٧: ٣٥٤؛ البيع، الإمام الخميني (قده) ٥: ٣٦٠.

عرفاً في صورة انكشاف فساد الشرط، ولا مناص من شمول أدلة نفي الغرر لمصداق الغرر العرفي.

ولكن في سند نصوص نفي الغرر وعموميتها لغير البيع، كلامٌ مضى في أوائل هذا الكتاب.

وثانياً: بأنه على فرض اعتباره مالاً عند العرف - ولا أقلّ فيما تعلق من الشروط بالمال - لا نسلم كون ما يقع بإزاء الشرط من الثمن مجهولاً، بل له قيمة المثل عند العرف. فإنّ حال الشرط حال الوصف، فكما أنّ للموصوف بالوصف قيمة ولفاقده قيمة أخرى نازلة عرفاً، فكذلك الواجد للشرط وفاقده. فلا جهالة ولا غرر في البين، بناءً على كون شيءٍ من الثمن بإزاء الشرط، وإن كان المبنى باطلاً. وثالثاً: إنّ غاية ما يلزم من فساد الشرط - بناءً على أنّ له قسطاً من الثمن - تبعض الصفقة. فيصحّ العقد بالنسبة إلى ذات المشروط. كما لو باع خمراً وخلّاً، أو شاةً وخنزيراً بقيمة - يصحّ العقد في الشاة والخلّ بما يخصّهما من ثمن المثل ويفسد في الباقي، مع عدم معرفة ما يخصّهما من الثمن حين إنشاء العقد.

٢- أنّ التراضي المعتبر في المعاملات المشترطة معلق على تحقّق الشرط؛ حيث إنّ الشارط لا يرضى بالمعاملة المجردة عن الشرط. ومن الواضح أنّ المقيّد ينتفي بانتفاء قيده. فيكون العقد المجرد عن الشرط من قبيل التجارة لا عن تراض، وهو باطل؛ بدليل قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^١.

وأورد على هذا الوجه: أنّ الرضا المعاملي غير معلق عند الإنشاء على وجود

الشرط في الخارج، وإلا لكانت المعاملة باطلة، حتّى على القول بصحة التعليق أيضاً. وذلك لفرض عدم حصول المعلق عليه التراضي حين الإنشاء دائماً، فيلزم انتفاء الرضا المعلق على الشرط؛ ضرورة انتفاء المعلق بانتفاء المعلق عليه. ولازم ذلك بطلان جميع العقود والإيقاعات بمطلق الاشتراط، بلا فرق بين الشروط الصحيحة والفسادة، ولا بين القول بصحة التعليق وبين القول ببطلانه. ولما نشاهد بالواجدان عدم بطلان العقود والإيقاعات بالاشتراط، حتّى مع عدم حصول الشرط بعد إنشاء العقد، نستكشف من ذلك عدم تعليق الرضا المعاملي على وجود الشرط في الخارج، بل إنّما عُلّق على الالتزام بإيجاد الشرط. ولما كان الالتزام بذلك حاصلًا عند المعاملة ويتمكّن الملتزم من إيجاده حين الإنشاء، لا يكون من التعليق المبطل.

وأما عدم إمضاء الشرط من جانب الشارع وفساده، فهو أمر آخر لا ينافي حصول الالتزام المعلق عليه الرضا، فلا يكون عدم إمضاء الشرط وفساده من أجل التعليق المبطل.

نعم، ربما يكون البائع بحيث لو علم بفساد الشرط لم يقدّم على المعاملة المشروطة به، وإنّما يقدّم عليها لعلمه بصحة الشرط أو برجاء إمضاء الشارع. ولكن كشف الخلاف حينئذٍ من قبيل تخلف الدواعي، وهو لا يستلزم بطلان المعاملة. مع أنّه لم يلتزم أحدٌ ببطلانها في موارد تخلف الشرط. ولو كان البائع بحيث لو علم حين إنشاء العقد بأنّ البائع لم يعمل بشرطه، بل ولو احتمل ذلك، لم يقدّم على المعاملة.

والسرّ في ذلك أنّ تخلف الدواعي خارجاً، لا ربط له بالرضا المعاملي المعلق على الالتزام بالشرط؛ نظراً إلى حصول المعلق عليه - وهو الالتزام - دائماً،

فكذلك المعلق، وهو الرضا المعاملي.

٣ - أخبار بيع العينة^١؛ حيث دلت على بطلان بيع النسيئة مشروطاً ببيع المشتري المتاع - الذي اشتراه - للبائع ثانياً نقداً؛ حيث دلت على بطلان البيع الأول لأجل اشتراطه بالبيع الثاني. وهذه الأخبار والبحث عن مفادها قد سبق مفصلاً في ذيل البحث عن حيل الربا في كتابنا «دليل تحرير الوسيلة».

ولا بأس بذكر بعض هذه النصوص هاهنا.

فمنها: خير الحسين بن المنذر قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب العينة فأشتري له المتاع مرابحة ثم أبيعها إياه ثم أشتريه منه مكاني قال عليه السلام: «إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار، إن شئت اشترت وإن شئت لم تشتري فلا بأس». فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسدٌ

١ - وقال في مجمع البحرين: «والعينة بالكسر، السلعة. وقد جاء ذكرها في الحديث واختلف في تفسيرها. وقال ابن إدريس في السرائر: العينة معناها في الشريعة هو أن يشتري سلعةً بضمن مؤجل ثم يبيعها بدون ذلك الثمن نقداً ليقضي ديناً عليه، لمن قد حل له عليه ويكون الدين الثاني - وهو العينة - من صاحب الدين الأول، مأخوذ ذلك من العين وهو النقد الحاضر. وقال في التحرير: العينة جائزة. فقال في الصحاح: هي السلف. وقال بعض الفقهاء: هي أن يشتري السلعة ثم إذا جاء الأجل باعها على يانعه بضمن المثل أو أزيد. وفي الحديث عن أبي عبد الله عليه السلام: وقد سأله رجل زميل لعمر بن حنظلة عن الرجل يعين عينة إلى أجل فإذا جاء الأجل تقاضاه، فيقول: لا والله، ما عندي، ولكن عييتي أيضاً حتى أفضيك. قال عليه السلام: «لا بأس ببيعه» ومنه تفهم المغايرة للمعنيين الأولين. مجمع البحرين ٦: ٢٨٨.

قال في المصباح المنير: «عين التاجر تعييناً، والاسم: العينة - بالكسر - وفترها الفقهاء بأن يبيع الرجل متاعه إلى أجل ثم يشتريه في المجلس بضمن حال ليسلم به من الربا. وقيل لهذا البيع عينة؛ لأنَّ مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً أو نقداً حاضراً».

ويقولون إن جاء به بعد أشهر صلح. قال ﷺ: «إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس»^١.
ومنها: خير خالد بن الحجاج قال: قلت لأبي عبد الله ﷺ الرجل يجيء
فيقول: اشتر هذا الثوب، وأرباحك كذا وكذا، قال ﷺ: «أليس إن شاء ترك وإن شاء
أخذ؟» قلت: بلى، قال ﷺ: «لا بأس به إنما يحل الكلام، ويحرم الكلام»^٢.

ومنها: صحيح عبد الرحمان بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله ﷺ عن
العينة، فقلت: يأتيني الرجل فيقول: اشتر المتاع وأربح فيه كذا وكذا فأراوضه على
الشيء من الربح فتراضي به، ثم انطلق فأشترى المتاع من أجله، لو لا مكانه لم
أرده، ثم أتته به فأبيعه، فقال: «ما أرى بهذا بأساً، لو هلك منه المتاع قبل أن تبيعه
إياه كان من مالك، وهذا عليك بالخيار إن شاء اشتراه منك بعد ما أتته، وإن شاء
ردّه فلست أرى به بأساً»^٣.

ومنها: صحيح منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله ﷺ: الرجل يريد أن
يتعين من الرجل عينة فيقول له الرجل: أنا أبصر بحاجتي منك فأعطني حتى
أشترى، فيأخذ الدراهم فيشترى حاجته، ثم يجيء بها إلى الرجل الذي له المال
فيدفعه إليه. فقال ﷺ: «أليس إن شاء أشترى، وإن شاء ترك، وإن شاء البائع باعه،
وإن شاء لم يبيع؟» قلت: نعم، قال: «لا بأس»^٤. قوله: «ثم يجيء بها إلى آخره...»
أي يجيء بها الرجل الذي اشتراها لصاحب الدراهم، فيأخذ صاحب الدراهم المال
الذي اشتراه، ثم يدفعه إليه؛ أي يبيعه من طالب العينة بأزيد من قيمة الشراء.

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٤١، كتاب التجارة، أبواب العقود، الباب ٥، الحديث ٤.
٢ - وسائل الشيعة ١٨: ٥٠، كتاب التجارة، أبواب العقود، الباب ٨، الحديث ٤.
٣ - وسائل الشيعة ١٨: ٥١، كتاب التجارة، أبواب العقود، الباب ٨، الحديث ٩.
٤ - وسائل الشيعة ١٨: ٥٢، كتاب التجارة، أبواب العقود، الباب ٨، الحديث ١١.

ومنها: صحيحه الآخر قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوباً بعينه، قال: ليس عندي هذه دراهم فخذها فاشتر بها، فأخذها فاشترى بها ثوباً كما يريد، ثم جاء به، أيشتره منه، فقال: «أليس إن ذهب الثوب فمن مال الذي أعطاه الدراهم؟» قلت: بلى، قال: «إن شاء اشترى، وإن شاء لم يشتر؟» قلت: نعم، قال: «لا بأس به»^١.

حاصل مفاد هذه النصوص أنّ من يحتاج إلى متاع ولم يكن عنده مبلغ يشترى به ذلك المتاع، يرجع إلى شخص ويقول له: اشتر لي ذلك المتاع وأنا أربحك. فيشترى الشخص ذلك المتاع بقيمة ثم يبيعه من طالب العينة نسبةً بأكثر من تلك القيمة التي اشتراه. وبالمال يأخذ طالب العينة المتاع ويصير مديوناً بأكثر من قيمته، ويستفيد ذلك الشخص الوسيط.

أو يريد الشخص الاقتراض، فيقول له المقرض: أبيعك هذا المتاع بألف درهم، فيبيعه المتاع بهذا المبلغ نسبةً، ثم يشتره منه بسبعمئة درهم. فيأخذ منه مريد الاقتراض سبعمئة درهم، ويعطيها القرض نقداً ولكن يبقى له في ذمة المقرض ألف درهم، فيربح بثلاثمئة درهم.

هذه النصوص تدلّ على صحّة البيع الأوّل ما لم يشترط ببيع المتاع للبايع ثانياً. وقد دلّت بمفهوم الشرط على بطلان البيع الأوّل إذا كان مشروطاً بالبيع الثاني.

وفيه: أنّ الكلام في الشرط الفاسد. وشرط البيع الثاني - نقداً أو نسبةً - في متن البيع الأوّل ليس بفساد قطعاً، كما هو واضح؛ لعدم كونه خلاف مقتضى العقد

الأول ولا مخالفاً للكتاب والسنة في نفسه. فلا بدّ من الاقتصار على مورد هذه النصوص في مخالفة القاعدة وعدم التعدي عن موردها، لكون مفادها خلاف مقتضى القاعدة فيتعبد بها في موردها. والحكمة في مفادها أنّ في ذلك روح الربا وحقيقته.

وهاهنا روايات أخر استدلتّ بها لسراية فساد الشرط إلى العقد. وأجيب عنها في محلّه، وليس هاهنا محل البحث عن ذلك. وفي هذا المقدار كفاية.

وبهذا البيان اتضح أنّ القول ببطلان عقد المضاربة باشتراط عدم الفسخ لا وجه له غير سراية الفساد من الشرط إلى العقد. ولما بنى السيد الإمام على عدم سراية الفساد إلى العقد، اختار هاهنا عدم بطلان عقد المضاربة باشتراط عدم الفسخ مع قوله بفساد الشرط نفسه.

الأمر الثاني: بطلان عقد المضاربة باشتراط عدم الفسخ في خصوص المقام لوجه مختصّ بالمقام.

والظاهر أنّ المقام لا يختصّ بوجه خاصّ يصلح للاستدلال به على بطلان عقد المضاربة، غير ما سبق في الأمر الأول.

نقد كلام السيد الخوئي

وأما ما يظهر من السيد الخوئي^٢ في المقام من بطلان المضاربة لأجل عدم حصول المعلق عليه؛ وهو عدم الفسخ في الخارج لفرض جواز عقد المضاربة وعدم انقلابه لازماً بالاشتراط المزبور، وأنّ المالك إنّما أذن بالمضاربة على تقدير

١- البيع، الإمام الخميني رحمته الله ٥: ٣٦٠.

٢- المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٧ - ١٨.

عدم ثبوت ملك الفسخ؛ وحيث إنه ثابت بمقتضى ذات العقود الإذنية الجائزة، يستلزم ذلك عدم إذن المالك بالمضاربة.

فهو راجع في الحقيقة إلى الأمر الأوّل من وجهي الاستدلال على فساد العقد بفساد الشرط. ولكنّه خلاف ما بنى عليه هذا العلم في محلّه، من أنّ المعلّق عليه في جميع موارد الاشتراط إنّما هو الالتزام بإيجاد الشرط، لا حصوله خارجاً. وحيث إنّ المعلّق عليه حاصل دائماً فالمعلّق - وهو الرضا المعاملي - حاصل في مطلق موارد الاشتراط، وأنّ كشف الخلاف في موارد عدم تحقّق الشرط من باب تخلف الدواعي، ولا ربط لذلك بعدم حصول المعلّق عليه، حتّى يستلزم بطلان العقد؛ لأنّ الذي لم يحصل في الخارج هو سلب الملكية ولزوم العقد. وأمّا الالتزام بكونه ممنوعاً عن الفسخ أمرٌ نفساني حاصل حين الاشتراط.

هذا مع أنّ عدم تحقّق الفسخ في الخارج - الذي هو الغرض الأصلي من اشتراط سلب الملكية والقدرة على الفسخ - لا ينافي مقتضى ذات العقد الجائز، بعد ما كان اشتراط ذلك راجعاً إلى إعمال اختيار الفسخ؛ لأنّ معنى القدرة عليه أنّه إن شاء منع نفسه من الفسخ ويلتزم بسقوط حقّ الفسخ عن نفسه. وعليه فاختيار المالك أو العامل سقوط حقّ الفسخ عن نفسه لا منافاة بينه وبين جواز عقد المضاربة، بل اشتراط سقوط حقّ الفسخ وحصول المعلّق عليه بترك الفسخ مترتّب على جواز عقد المضاربة؛ لأنّه إعمال لاختياره على الفسخ، كما قلنا.

وإن كان المقصود التزامهما بأن لا يفسخاها فلا بأس به، ولا يبعد لزوم العمل عليهما^(١).

لماذا يجوز شرط الفعل دون شرط النتيجة؟

١- إنَّ اشتراط عدم الفسخ في ضمن عقد المضاربة، كاشتراطه في ضمن أيِّ عقد آخر تارةً: يكون على نحو شرط النتيجة؛ بأن كان الشرط فيه عدم مالكيته للفسخ، فقد تقدّم الكلام فيه آنفاً، وعرفت ما هو مقتضى التحقيق فيه. وأخرى: يكون على نحو شرط الفعل بأن كان الشرط ترك الفسخ، فيلتزم المتعاقدان أن لا يفسخا العقد.

وحينئذٍ لا إشكال في جواز هذا الشرط؛ حيث إنّه لا يسلب به مالكية العاقد للفسخ حتّى ينافي مقتضى المضاربة فيفسد لأجل ذلك. بل إنّما هو يوجب الالتزام بترك الفسخ خارجاً. ولا إشكال في جوازه؛ حيث إنّه مقتضى اختياره وقدرته على فعل الفسخ، فله إعمال قدرته على ذلك وهو على نحوين. أحدهما: إعمالها بعد إنشاء عقد المضاربة في أثناء عمل العامل. ثانيهما: إعمالها حين إنشاء العقد على نحو التزامه بترك الفسخ.

اللهم إلّا أن يقال: إنّ ذلك أيضاً يستلزم سلب قدرته على الفسخ، فلا فرق بينه وبين النحو الأوّل من الشرط بالمآل.

والجواب: أنّ هذا العارض، إنّما نشأ من إعمال قدرته واختياره ترك الفسخ، ولكن ذلك كان موجِباً لسلب قدرته وزوال اختياره ومالكيته للفسخ من بدء انعقاد العقد. ومن هنا ينافي مقتضى المضاربة.

وكذلك لو شرطاه في ضمن عقد جائز^(١) ما لم يفسخ.

لو وقع الشرط في ضمن عقد آخر غير المضاربة

١ - ينبغي أن يكون مقصود السيد الماتن رحمته من قوله «شرطاه» شرط ترك فعل الفسخ، لا على نحو شرط النتيجة السالب لملك الفسخ، المفيد للزوم العقد. فلا إشكال في جواز هذا الشرط في ضمن عقد جائز آخر غير المضاربة؛ لما عرفت آنفاً، ولعدم فرق بين كون الشرط في ضمن عقد المضاربة أو عقد آخر، كما لا فرق بين كون العقد الآخر عقداً جائزاً أو لازماً؛ لأن مقتضى التحقيق على ما ثبت في محلّه وجوب الوفاء بالشرط الواقع في ضمن مطلق العقود، لازمة كانت أو جائزة، ما دام لم يكن الشرط مخالفاً لمقتضى العقد، كاشتراط عدم الفسخ في العقود اللازمة؛ لأنّ عدم الفسخ موافق لمقتضى اللزوم. نعم، لا يجوز اشتراط اختيار الفسخ في العقد اللازم؛ لأنّه خلاف مقتضى لزوم العقد.

ومن هنا يجب عدم الفسخ لأجل شرطه مطلقاً، سواء كان اشتراطه في ضمن عقد المضاربة أو عقد آخر، جائزاً أو لازماً. فالشرط نافذ والوفاء لازم مادام لم يفسخ العقد المشروط بترك فسخه؛ لأنّه بفسخه أو انفساخه ينتفي المشروط. ولا معنى لبقاء الشرط عند انتفاء مشروطه.

ولكن لا يخفى عليك أنّ التفصيل السابق يأتي هاهنا أيضاً، فلا يصح شرط عدم الفسخ على نحو شرط النتيجة مطلقاً، سواء كان في ضمن عقد المضاربة نفسه أو عقد آخر جائزاً؛ لعمومية ملاك الفساد.

وأما لو جعلنا هذا الشرط في ضمن عقد خارج لازم - كالبيع والصلح ونحوهما - فلا إشكال في لزوم العمل به^(١).

(مسألة ١٢): الظاهر جريان المعاطاة والفضولية في المضاربة^(٢).

فتصح بالمعاطاة، ولو وقعت فضولاً من طرف المالك أو العامل تصح بإجازتهما.

١ - لزوم العمل بشرط عدم فسخ المضاربة في ضمن عقد آخر لازم ممّا لا إشكال فيه؛ نظراً إلى عدم تطرّق شبهة قصور أدلّة الوفاء بالشرط عن شمولها للشرط الواقع في ضمن العقد الجائز.

ولكنّ التفصيل بين النحويين من الشرط ثابت هاهنا أيضاً؛ لما عرفت آنفاً من عدم الفرق في ذلك بين كون الشرط في ضمن عقد المضاربة نفسه أو في ضمن عقد آخر جائز أو لازم.

فإذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة يكون مخالفاً لمقتضى المضاربة مطلقاً. وهذه المخالفة لا تنتفي بوقوع الشرط في ضمن عقد آخر جائز أو لازم.

٢- يقع الكلام في مقامين.

أحدهما: جريان المعاطاة في عقد المضاربة.

ثانيهما: جريان الفضولية فيه.

جريان المعاطاة في المضاربة

أما جريان المعاطاة فقد تقدّم بعض الكلام فيه في أوّل الكتاب.

وقبل الورود في البحث عن ذلك ينبغي التنبيه على نكتة. وهي أنّ المعاطاة

في إيجاب المضاربة إنما يتصوّر في الخارج بعد اقتراح العامل المضاربة إلى المالك وذكر خصوصياتها وكيفية تقسيم الربح. فإذا تباينا على ذلك يعطي المالك المقدار المعين من المال إلى العامل، من دون التلقّف بالصيغة. وكذلك القبول المعاطاتي من جانب العامل. وما دام لم يتحقّق اقتراح من جانب العامل ولم يكن تباين بينهما على المضاربة، يشكل تصوير الإيجاب والقبول معاطاةً، كما أنّ الأمر كذلك في سائر العقود، وإن كان ذلك معلوماً بقرينة الحال والمقام في البيع والشراء المعاطاتيين، من دون حاجة إلى تباين على حدة.

ثم إنّ الكلام يقع تارةً؛ في جواز الإيجاب بالفعل.

وأخرى: في جواز القبول به.

أما الإيجاب فيظهر من بعض الأصحاب المفروغية عن اعتبار اللفظ في إيجاب المضاربة وعدم جوازه بالفعل، كما يظهر من صاحب الجواهر وصاحب الحدائق؛ حيث يستفاد منهما اختصاص الخلاف في ذلك بالقبول. بل صرح في الجواهر بنفي الخلاف في ذلك؛ حيث قال: «وعلى كلّ حال فلا خلاف في اعتبار اللفظ في إيجاب عقدها»^١، وإن استدّل بوجوه لمشروعية المعاطاة في المضاربة.

ومتّين يظهر منه المفروغية عن عدم جواز الإيجاب بالفعل واختصاص الجواز بالقبول، هو العلامة في التذكرة، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد، والشهيد في الروضة، على ما نقل عنهم في الجواهر والحدائق^٢.

وخالف في ذلك جماعةً فجوّزوا إيجاب المضاربة بالفعل، كما نقل في

١- جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٩.

٢- جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٩؛ الحدائق الناضرة ٢١: ٢٠٣.

المفتاح^١ عن الكفاية ومجمع الفائدة كفاية كل ما دلّ على الرضا، من قول أو فعل.
وقد مال إليه صاحب الجواهر والسيد الحكيم^٢ واختاره صاحب العروة
والسيد الخوئي^٣، والسيد الماتن، كما عرفت منه في متن هذه المسألة.

تنقيح كلام صاحب الجواهر

فإنّ صاحب الجواهر بعد ما نقل عن الأصحاب اعتبار اللفظ في المضاربة
وعدم مشروعية المعاطاة منها، أشكل عليهم بقوله: «وهو وإن كان موافقاً لأصالة
عدم ملك العامل الحصّة من الربح، إلاّ أنّه مخالف لما دلّ على جوازها في البيع ممّا
هو مشترك بينه وبين المقام وغيره من السيرة المستمرة، وصدق الاسم عرفاً
وتجارة عن تراض، ونحو ذلك ممّا هو كاف في المشروعية، وفي تخصيص نحو
قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام، ويحرّم الكلام»^٤.

ثمّ استنتج من ذلك مشروعية المضاربة المعاطاتية الفعلية، وإن لا تكون من
قبيل عقد المضاربة، إلاّ أنّه لا فرق بينهما من جهة ترتّب الثمرة؛ وهي جواز الفسخ
في كلّ من المضاربة المعاطاتية والعقدية.

فإنّه قال: «فالمتّجه بناءً على ذلك مشروعيتها كذلك، وإن لم يكن المركّب
من الإيجاب والقبول الفعليين من عقدها، وعدم الثمرة المترتّبة بين معاطاتها
وعقدها لجواز الفسخ فيهما، لا ينافي الحكم بمشروعيتها على الوجه المزبور»^٥.

١ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٢٣ / السطر ٢٢.

٢ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٤١.

٣ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٦.

٤ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٨.

٥ - نفس المصدر: ٣٣٩.

ثم جعل معقد الاتفاق المدعى، اعتبار اللفظ في إيجاب عقد المضاربة وصرفه عن المضاربة المعاطاتية. ثم جعل مقتضى التحقيق في ختام كلامه تحقق المضاربة بالإيجاب والقبول الفعليين، أقصاه أنه لا يكون عقد المضاربة. ورد دعوى إجماع الأصحاب على عدم مشروعية المضاربة المعاطاتية بقوله: «لكن قد عرفت التحقيق إن لم يكن ثم إجماع بخلافه، ودونه خرط القناد»^١.

وحاصل الكلام: إن الذي ادعى صاحب الجواهر اتفاق الأصحاب عليه، هو عدم صحة المضاربة المعاطاتية وأن الصحيح عندهم إنما هو المضاربة العقدية المعتبر فيها اللفظ، فلا تصح الفعلية منها عندهم.

ولكن الذي اختاره صاحب الجواهر نفسه، هو صحة المضاربة المعاطاتية الفعلية المتحققّة بالإيجاب والقبول الفعليين، وإنما يعتبر اللفظ في خصوص عقد المضاربة - المعبر عنه بالمضاربة العقدية اللفظية - دون المعاطاتية منها.

مقتضى التحقيق في المقام

ومقتضى التحقيق جريان المعاطاة في المضاربة مطلقاً، إيجاباً أو قبولاً. والوجه فيه ما قرّر في محله من أدلة جريان المعاطاة في البيع. وهي ثلاثة: أحدها: السيرة العقلانية المستمرة.

ثانيها: إطلاق آية «تجارة عن تراض»؛ لصدق عنوان التجارة والمعاملة عرفاً على المضاربة المعاطاتية.

ثالثها: العمومات الدالة على مشروعية المضاربة؛ نظراً إلى صدق عنوان المضاربة على المعاطاتية منها عرفاً، بناءً على رأي المشهور في تعريف المضاربة،

من كونها دفع المال إلى الغير ليُتجر به على أن يكون الربح بينهما.
والفرق بين هذه الوجوه يظهر في ترتب آثار المضاربة وأحكامها بناءً على الوجه الأوّل والثالث، وعدم ترتبها بناءً على الوجه الثاني، بل يصحّ أصل العقد بإطلاق تجارة عن تراض ويترتب الآثار بالشرط الضمني المبني عليه المعاطاة.

والإشكال بأنّ عموم «أوفوا بالعقود» إنّما يشمل العقود الدارجة المعهودة في زمن المعصومين عليهم السلام؛ لأنّ اللام في «العقود» للعهد، فلا بدّ من إثبات كون المضاربة دارجة في تلك الأزمنة، وإلاّ فيشكل الحكم بشمول إطلاق الآية لها.
مدفوع: بأنّ المستمسك في المقام هو إطلاق «تجارة عن تراض» لا «أوفوا بالعقود»، لانصرافها عن العقود الإذنية، كما سبق. أمّا دعوى عهدية اللام فممنوعة؛ لعدم دليل على ذلك؛ لأنّ العهد الذكري والحضوري لا معنى له في الآية؛ لفرض عدم ذكر عقد قبلها ولا بعدها، كما لا معنى للحضور. وأمّا الذهني فمرجعه إلى صلاحية غلبة الوجود لانصراف عموم الخطاب إلى الفرد الغالب، وذلك ممنوع. وقد حرّرنا ذلك مفصلاً في الجزء الثاني من كتابنا «بدائع البحوث» فراجع.

أمّا السيرة فلا ريب في جريانها واستقرارها مستمرةً على المعاطاة في البيع والشراء والمضاربة وكثيرٍ من المعاملات، فيقصدون من المعاطاة عنواناً خاصاً من المعاملات ويرتّبون آثارها، ولم يرد من الشارع ما يردع هذه السيرة.

وهذه السيرة عقلائية، من دون خصوصية للمشرّعة، لكون المعاملة المعاطاتية ممّا جرت عليه سيرة العرف العامّ. ويكفي في حجّيتها عدم ردعها من جانب الشارع، كما هو كذلك؛ حيث لم يرد من الشارع ما يدلّ على ردعها.

صدق المضاربة على المعاطاتية

وأما صدق عنوان المعاملة، بل المضاربة على المعاطاتية منها عند أهل العرف ممّا لا ريب فيه، ويشهد له الوجدان؛ حيث نراهم لا يشكّون في صدق عنوان المضاربة والبيع على المعاطاتية منها.

وأما إطلاق «تجارة» عن تراضٍ، فلا إشكال في شموله للمعاطاة بعد صدق عنوان التجارة عرفاً وحصول التراضي بين المتعاقدين بالوجدان؛ ضرورة أنّ المعيار في شمول إطلاقات الخطابات وعموماتها يدور مدار صدق موضوع الحكم وما أخذ فيه من المتعلّقات والقيود عرفاً.

وذلك لأنّ موضوع الحكم وما اعتبر فيه من المتعلّقات والخصوصيات لو كان من العناوين العرفية المحضة والوجدانيات يكون المعيار في صدقه نظر أهل العرف وشهادة الوجدان. وقد بيّنا أقسام الموضوعات والمتعلّقات وما يترتب عليها من الأحكام في الجزء الأوّل من كتابنا «بدائع البحوث».

وأما صدق التعريف، فلأنّ المشهور عرفوا المضاربة بدفع المال إلى الغير للتجارة، على أن يكون الربح بينهما. وهذا يصدق على المضاربة المعاطاتية بلا ريب؛ نظراً إلى أخذ الفعل في هذا التعريف، لا اللفظ والصيغة. وأما أصالة الفساد في المضاربة؛ نظراً إلى قاعدة تبعية الربح للمال، فيكفي في معارضتها وانتلامها الوجوه المذكورة. وأما عدم الخلاف المدعى في الجواهر - مضافاً إلى ما عرفت من مخالفة جماعة من الفقهاء - فلا يكون حجّة تعبدية كاشفة عن رأي المعصوم عليه السلام، بعد تمسك الفقهاء بالوجوه المزبورة ونحوها. ومن هنا لم يعتن به فحول المعاصرين.

جريان الفضولية في المضاربة

إنّ الفضولية إمّا تكون من جانب العامل أو من جانب المالك.

أمّا الفضولية من جانب العامل، تارة: تقع في أصل عقد المضاربة. وذلك بأن أنشأ الودعي أو الأمين أو الوكيل - غير المأذون في المضاربة - عقد المضاربة بمال صاحب الوديعة أو الأمانة أو الموكل فضولاً ثمّ أذنه المالك. وهذه الصورة هي مراد السيد الماتن رحمته.

وأخرى: تقع من جانب العامل في التجارة والبيع والشراء بمال القراض بعد تحقّق المضاربة وإنشائه من جانب المالك.

وذلك بأن شرط المالك شيئاً فتخلف عنه العامل؛ كأن شرط المالك أن لا يُخرج مال القراض عن بلده، فأخرجه العامل واتّجر به فضولاً في خارج البلد. أو وقّت المالك وقتاً واشترط أجلاً لعقد المضاربة وخالفه العامل فاتّجر بمال القراض بعد مضيّ الأجل فضولاً، ونحو ذلك من أنحاء صور مخالفة العامل للمالك بالعمل والتجارة بغير إذنه.

وإنّ ما يلي من رأي المشهور والاستدلال في توجيه صحّة الفضولي لا يختصّ بصورة، بل يأتي في كلتا صورتين، وإن كان مقصود الفقهاء من جريان الفضولية في المضاربة، الفضولية في أصل المضاربة.

وعلى أيّ حال فالمشهور جريان الفضولية في أصل المضاربة، كما هو المشهور في البيع، كما صرّح به في الحدائق^١. ولا إشكال في ذلك؛ لأنّ العقد الصادر فضولاً ينتسب عرفاً إلى المجيز بعد لحوق الإجازة منه. فيكون العقد عقد

المجيز في نظر أهل العرف بالإجازة. فيترتب عليه آثار العقد، من غير فرق في ذلك بين الإجازة اللاحقة وبين الإذن السابق.

فكما يصح إنشاء العقد بالإذن الصادر من المالك سابقاً ويترتب عليه الآثار، فكذلك العقد الواقع بإذنه اللاحق. والسرف فيه أن ملاك صحة العقد استناده وانتسابه إلى المالك في نظر أهل العرف، بأن يقال: وقع العقد بإذنه وإجازته، أو يستند عنوان البيع إليه ويقال: باع فلان ماله. وهذا الاستناد حاصل في كلتا صورتين - أي صورتَي سبق الإجازة ولحوقها. وذلك لاستناد العقد إلى المالك فيهما حقيقةً بلا عناية ومجاز.

تصوير الفضولي من جانب المالك

هذا كله في الفضولية من جانب العامل، وقد عرفت صورته. وأمّا من جانب المالك، بأن ينشئ المضاربة بماله لعامل ثم يقبلها نفسه من جانب العامل من دون اطلاعه وإذنه، ثم يُخبره بذلك ويستأذن منه. فلو رضي العامل بما أنشأه المالك فضولاً وقَبِل الإيجاب الصادر منه، صحَّ، وإلا فلا. وأمّا إذا أنشأ المالك المضاربة لعامل آخر على عين مال القراض الذي أنشأ المضاربة عليه للعامل الأول، فهو في حكم فسخ المضاربة الأولى، وليس من الفضولي، كما هو واضح.

والحاصل: أن أيّ وجه استدللّ به في مشروعية البيع الفضولي يأتي في المضاربة من غير فرق، وتفصيل هذا البحث موكول إلى محلّه.

(مسألة ١٣): تبطل المضاربة بموت كل من المالك والعامل^(١).

بطلان المضاربة بموت المالك والعامل

١ - لا خلاف في بطلان المضاربة بموت كل من المالك والعامل، كما قال في الرياض^١، بل ذلك من المسلّمات بين الفقهاء، كما قال في المستمسك^٢.
والوجه في ذلك أنّ المضاربة من العقود الإذنية، وهي في الحقيقة نوع من الوكالة. ومقتضى القاعدة فيها ارتفاع الإذن بموت المالك الموكل وانتفاء الوكالة، فلا محالة تبطل المضاربة.

وبعبارة أخرى: تنتفي أهليته بالموت للإذن. وذلك لانعدام الحياة والشعور ولانتفاء ملكيته للمال بمجرد الموت.

ويتنقل مال القراض إلى ورثته. ومقتضى القاعدة حينئذٍ عدم ترتب آثار المضاربة من حين الموت ما لم يُمضها الورثة ولم يجددوا العقد.
وأما العامل فبموته يرتفع موضوع إذن المالك والوكالة؛ لاختصاص إذن المالك به، وليست المأذونية في التجارة حقاً ثابتاً للعامل حتى ينتقل بعد موته إلى ورثته، كما لا تنتقل الوكالة بموت الوكيل إلى ورثته.

١ - رياض المسائل ٩: ٨٣.

٢ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣١٨.

وهل يجوز لورثة المالك إجازة العقد فتبقى بحالها بإجازتهم أم لا؟ الأقوى عدم الجواز^(١).

هل يجوز لورثة المالك إجازة عقد المضاربة؟

١ - قال في الشرائع: «ولو مات ربُّ المال وبالمال متاعٌ فأقره الوارث، لم يصحَّ؛ لأنَّ الأوَّل بطل، ولا يصحَّ ابتداء القراض بالعروض»^١.
تحرير ذلك على ما في الجواهر^٢ أنه لو مات المالك المضارب واختلط مال القراض بالأمتعة والسِّلَع فأبقاه الوارث؛ بأن أجاز عقد المضاربة -الذي أنشأه المالك الميِّت حال حياته - لم يصحَّ هذا الإبقاء ولا أثر لإجازة الوارث.

وعلَّ ذلك بأنَّ الإجازة إنما تصحَّ وتنفذ إذا كان متعلِّق الإجازة تحت سلطنة المجيز. وفي مفروض الكلام لم يكن مال القراض حال إنشاء عقد المضاربة ملكاً للوارث ولا تحت ولايته. فلا يتطرَّق الفضولي بالنسبة إلى الوارث الذي لا علقه له بالمال حال العقد بأيِّ وجه من الوجوه، كما أشار إليه في الجواهر بقوله: «وليس هو فضولياً بالنسبة إلى الوارث الذي لم يكن له علقه بالمال حال العقد بوجه من الوجوه... وحينئذٍ فالمدار في الفضولية كون المعقود عليه حال العقد للغير، ولكنَّ الفضولي أجرى العقد عليه، بخلاف نحو المقام الذي هو للمالك، ولكن بالموت ينتقل عنه إلى وارثه. فليس هو في

١ - شرائع الإسلام ٢: ١١٢.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٢.

عقده على ماله فضلاً عن الغير الذي لا مدخلية له حال العقد^١.
 وأمّا إنشاء عقد القراض من الوارث ابتداءً واستينافاً، فلا يصحّ في مفروض
 الكلام؛ لفرض امتزاج مال القراض بالعروض والمتاع، بل لا يصحّ حينئذٍ حتّى
 بالنسبة إلى النقد الممتزج في مال القراض؛ لعدم العلم بمقداره في فرض عدم
 تمييزه بسبب الخلط بالعروض.

نقد كلام صاحب العروة

لو كان مال القراض ناضئاً؛ بأن كان بتمامه نقداً يصحّ استيناف عقد المضاربة
 وتجديده من جانب الوارث.

هذا تحرير كلام المحقّق وصاحب الجواهر في المقام.

وقد عرفت أنّ محلّ الكلام في المقام إنّما هو في إجازة الوارث بعد الموت لا
 في حال حياته. وعليه فلا يصحّ ما قال في العروة في توجيه تأثير إجازة الوارث:
 «لكن يمكن أن يقال: يكفي في صحّة الإجازة كون المال في معرض الانتقال إليه
 وإن لم يكن له علاقة به حال العقد، فكونه سيصير له كاف^٢؛ ضرورة أنّ الكلام في
 إجازة الوارث بعد موت المالك، لا في حال حياته. فكون مال القراض في معرض
 الانتقال إليه وكونه سيصير له، إنّما هو متصوّر حال حياة المورث وأجنبيّ عن
 موضوع الكلام ومفروض المسألة بالمرّة.

وإن يمكن تصحيح المضاربة السابقة حينئذٍ بإذن الوارث وإجازته حال حياة
 المورث بعد موته؛ بأن كان متعلّق الإذن بإبقاء العقد السابق بمجرد موت المورث.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٢ و ٣٦٣.

٢ - العروة الوثقى ٥: ١٨٧.

وذلك لأنّ الوارث مالك للمال بجعل الشارع في أوّل آن حدوث الموت. والمفروض صدور الإجازة منه سابقاً، فيمكن تصحيح الإجازة وإنفاذها حينئذٍ؛ لعدم كون العقد خالياً عن إذن مالك المال في آن.

وعلى أيّ حال فقد استدلّ في المقام لعدم تأثير إجازة الوارث بوجوه:

بيان الوجوه المستدلّ بها لعدم نفوذ إذن الورثة

أحدها: ما يستفاد من كلام صاحب الشرائع من عدم قابلية العقد للإبقاء بعد بطلانه بمجرد موت المالك؛ إذ المالك أحد أركان العقد كالعامل، فإذا مات بطل العقد. ولا يمكن إبقاء العقد صحيحاً بعد بطلانه، ولا تأثير لإجازة الوارث في تصحيح العقد الباطل. وهذا الوجه متين لا غبار عليه.

ثانيها: ما يفهم من كلام صاحب الجواهر، من عدم تطرّق الفضولية ولا صحّة الإجازة اللاحقة في العقود، إلّا إذا تعلّقت بما كان تحت سلطة المجيز وولايته. ولا ولاية في المقام للوارث في مفروض الكلام على ما تعلّقت به إجازته - وهو التصرف في مال المالك حال حياته، حين إنشاء عقد المضاربة - كما هو واضح. وهذا الوجه أيضاً متين جداً لا غبار عليه.

ثالثها: ما يستفاد من كلام السيد الحكيم^١. وحاصله: أنّ الإجازة لا يصحّ إلّا بشرطين، أحدهما: إنشاء العقد من غير الولي. ثانيهما: صدور الإجازة اللاحقة ممّن له الولاية على العقد. فإذا أنشأ العقد من لا ولاية له على العقد فضولاً، ثمّ أجازه الولي يصحّ بذلك العقد الفضولي. وليس مفروض الكلام من هذا القبيل، بل عكس ذلك؛ لأنّ عقد المضاربة إنّما أنشأه المالك الذي له الولاية على العقد. والمجيز هو

الوارث الذي لم يكن له ولاية على العقد حين الإنشاء ولم تحدث له ولاية بعد الموت على العقد الواقع حال حياة المالك. هذه الوجوه الثلاثة في غاية المتانة لا غبار عليها.

رابعها: ما يستفاد أيضاً من كلام السيّد الحكيم^١. وحاصله: أنّه إن أريد إجازة العقد بلحاظ الحدوث كما في العقد الفضولي، فالعقد لا قصور فيه من هذه الجهة حتّى يحتاج إلى الإجازة اللاحقة. وإن أريد إجازته بقاءً، فالبقاء ليس مقصوداً للمجيز ولا ممّا يقبل الجعل؛ لعدم ولاية للوارث على ذلك، كما أشار إليه في الجواهر. وفيه: أنّ مقصود المجيز لا إشكال في كونه تصحيح المضاربة الصادرة من المالك الميّت بقاءً؛ لعلمه بعدم سلطة ولا ولاية له على أموال المالك المورث حال حياته، بل لما يرى انقطاع العقد بموته، يقوم بصدد إبقائه واستمراره بالإجازة، فكيف لا يكون الإبقاء مقصوداً للمجيز؟! نعم، عدم قبول الإبقاء للجعل لعدم ولاية الوارث على ذلك وجه آخر أشير إليه في الوجه الأوّل. ولا ينافي ذلك ما تقدّم آنفاً من كون متعلّق الإجازة العقد المنشأ حدوثاً؛ لأنّه مقتضى القاعدة في إجازة الفضولي، إلا أنّ الوارث إنّما يكون بصدد إبقاء العقد بعد موت المالك، ويريد أن يسدّ بالإجازة عن عروض الانقطاع وبطلان العقد بموت المالك حتّى يستمرّ أثر عقد المضاربة بعد موته.

مقتضى التحقيق

فتحصّل أنّ مقتضى التحقيق في المقام أنّه لا يجوز لورثة المالك إجازة عقد المضاربة بعد موته. ولو أجازوا لا أثر لإجازتهم في تصحيحه.

(مسألة ١٤): العامل أمين، فلا ضمان عليه لو تلف المال أو تعيب تحت

يده، إلا مع التعدي أو التفريط^(١).

نعم، يجوز لهم إنشاء عقد المضاربة للعامل السابق استينافاً إذا كان مال القراض نقداً بتمامه من غير امتزاج بالعروض. وأما في صورة الامتزاج فلو أنشأ الوارث عقد المضاربة، لا تبعد الصحة بالنسبة إلى النقود؛ نظراً إلى انحلال العقد بالنسبة إلى أجزاء مال القراض كما في بيع الشاة والخزير، وأما الجهل بمقدار النقد الممتزج، فلا يضر بصحة المضاربة بعد إحراز قابليته للتجارة به، كما قلنا سابقاً.

لا ضمان على العامل إلا مع التفريط والتعدي

١ - يقع الكلام هاهنا تارة: في كون العامل أميناً.

وأخرى: في عدم ضمان الأمين على نحو الكبرى الكلية.

وثالثة: فيما دلّ بالخصوص على عدم ضمان العامل في المضاربة من غير

تفريط أو تعدُّ وخيانة.

ورابعة: في ضمانه بالتعدي أو التفريط.

وقبل الشروع في البحث ينبغي التنبيه على نكتة في عنوان هذا البحث.

الفرق بين التعدي والتفريط والخيانة

وهي أنّ ظاهر الشرائع أنّ الخيانة هي التعدي؛ حيث قابل بين التفريط

والخيانة بقوله: «إلا عن تفريط أو خيانة». بل صرح في المسالك باتحاد لفظي

الخيانة والتعدي في المفهوم؛ حيث قال: «المراد بالخيانة ما يعبر عنه في نظائره

بالتعدي، فإن استعمال شيء من أموال القراض وأكله على غير وجهه وإنفاقه كذلك

يقال له خيانة للمالك وتعدياً للحد الذي قرره الشارع. والفرق بينهما وبين التفريط أن التفريط عدمي، وهو ترك ما يجب فعله، وهما وجوديان، لاشتراكهما في فعل ما يجب تركه^١.

ولكن قابل في العروة بين الثلاثة^٢ بعطفها بأو. وقد استظهر السيد الحكيم من الاستعمالات العرفية أن الخيانة أعم من التعدي والتفريط؛ نظراً إلى صدقها عرفاً على كل منهما. وهو الأصح؛ لفرض كون كل من التعدي والتفريط عن عمد وتقصير، بل يصدق الإتلاف عن عمد على كل منهما. ولا ريب في صدق عنوان الخيانة على إتلاف المؤمن مال الغير وتضييعه عن عمد وتقصير. وإن في صدق عنوان الخيانة على التفريط وإن كان خفاءً في بعض مصاديق التفريط، إلا أن صدقه على كثير من مصاديقه واضح عرفاً، لا خفاء فيه. كمن جعل الوديعة في مكان غير مسقف فجاء المطر وهو لم يخرجها عن تحت المطر فضاغت بالرطوبة وكان المكان حين ما جعل الوديعة فيه جافاً وكانت السماء صحوماً ثم جاء المطر بعد ساعات. فحينئذ يكون تضييع الوديعة مستنداً إلى عدم إخراج الوديعة عن تحت المطر مع شهوده المطر، بل يراه أهل العرف مقصراً ويقولون، إنه خان بالأمانة؛ حيث رآها تحت المطر ومع ذلك لم يستنقذها بإخراجها عن تحته.

فالحق في المقام مع السيد الحكيم رحمته. وعليه فما صنعه السيد الماتن رحمته، من الاكتفاء بذكر التعدي والتفريط والمقابلة بينهما هو الأصح؛ حيث ليست الخيانة شيئاً غيرهما لكي تحتاج إلى الذكر. وأما الفرق بين التعدي والتفريط فقد عرفت في كلام الشهيد.

١ - مسالك الأفهام ٤ : ٣٧٤.

٢ - العروة الوثقى ٥ : ٢٠٦.

وأما جهات البحث

الجهة الأولى: فلا خلاف في كون العامل أميناً وعليه الإجماع، كما في الجواهر^١ والمفتاح^٢ وغيره ويدلّ عليه ما ورد في المقام من النصوص الدالة على عدم ضمان المال ما لم يخالف شرط المالك بالمفهوم وبدلالة الاقتضاء. فإنّ دلالتها على نفي الضمان عنه بالمفهوم ودلالتها على كونه أميناً بالاقتضاء؛ نظراً إلى توقف نفي الضمان عنه على كونه أميناً شرعاً، وهذه النصوص كثيرة^٣. فلا إشكال في ذلك.

وأما الجهة الثانية: وهي عدم ضمان الأمين فهذا أيضاً ممّا لا خلاف فيه، بل من المسلّمات التي لم يخالف فيه أحدٌ. وقد دلّت على ذلك نصوص متواترة واردة في كتاب الوديعة والعارية والإجارة^٤.

وهاتان المقدمتان تنتجان عدم ضمان العامل في المضاربة.

إحدهما - صغرى - أن العامل أمينٌ.

ثانيتها - كبرى - عدم ضمان الأمين.

والنتيجة: نفي الضمان عن العامل.

وأما الجهة الثالثة: وهي عدم ضمان العامل في المضاربة - مضافاً إلى إثباتها بالمقدمتين المزبورتين - فقد دلّت على عدم ضمانه بالخصوص عدّة نصوص واردة في باب المضاربة، كقول الصادق عليه السلام: «ليس عليه من الوضيعة شيء، إلا أن

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٧٨.

٢ - مفتاح الكرامة ٧: ٥١٣ / السطر ١٩.

٣ - راجع وسائل الشريعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١.

٤ - راجع وسائل الشريعة ١٩: ٧٩، كتاب الوديعة، الباب ٤، الحديث ١، ٢، ٥ و الباب ٥،

الحديث ١ و ١٩: ٩١، كتاب العارية، الباب ١، الحديث ١، ٣، ٦، ٧، ١٠.

يخالف أمر صاحب المال»، كما في صحيح الحلبي وصحيح الكتاني وغيرهما^١.
وقول أمير المؤمنين عليه السلام: «من أتجر مالا واشترط نصف الربح، فليس عليه ضمان»
في صحيح محمد بن قيس^٢ ونظيره صحيحه الآخر عن أبي جعفر^٣.

وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل
يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: «ليس عليه غرم بعد
أن يكون الرجل أميناً». قوله: «الرجل يستبضع المال»؛ أي يجعله بضاعةً عند
غيره. وقد سبق معنى البضاعة في أول الكتاب.

ومن هذه النصوص ما دلّ بالمفهوم على نفي ضمان العامل ما لم يخالف
شرط المالك.

مثل صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: إنه قال: في الرجل يعطي المال
فيقول له: ائت أرض كذا وكذا، ولا تجاوزها واشتر منها، قال: «فإن جاوزها وهلك
المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه»^٤.

وصحيحه الآخر عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «المال الذي يعمل به مضاربةً، له
من الربح، وليس عليه من الوضعية شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال»^٥.
ومثله صحيح أبي الصباح الكتاني^٦ وموثق أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام: في

١ - وسائل الشيعة ١٩: ١٧، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣ و ٤ و ٧.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٠، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٢.

٣ - وسائل الشيعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٣.

٤ - وسائل الشيعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٤.

٥ - وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٢.

٦ - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٤.

٧ - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣.

كما أنه لا ضمان عليه من جهة الخسارة^(١) في التجارة، بل هي واردة على صاحب المال.

الرجل يعطى الرجل مالاً مضاربة وبينها أن يخرج إلى أرض أخرى، فعصاه، فقال ﷺ: «هو له ضامن، والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه»^١. وغير ذلك من النصوص المتظافرة الواردة في المقام. فإنها دلت بمفهوم الشرط على عدم ضمان العامل ما لم يخالف شرط صاحب المال. فلا إشكال في عدم الضمان على العامل في المضاربة، إلا مع التعدي أو التفريط.

أما الجهة الرابعة: وهي ضمان العامل بالتعدي أو التفريط، فلا خلاف فيه أيضاً ولا إشكال، كما هو ثابت في كل أمين. وقد دلت على ذلك نصوص متواترة عموماً وخصوصاً بالصراحة، وسبق ذكرها وذكر مصادرها آنفاً، وهي وردت في المضاربة وغيرها. وعمدة النصوص الخاصة وردت في المضاربة، وذكرها في الوسائل في الباب الأول من كتاب المضاربة، فراجع.

هل يضمن العامل للخسارة؟

١ - إن الخسارة تارة: تحصل في التجارة بسبب مخالفة العامل لما شرطه صاحب المال عليه وأمر به من خصوصيات التجارة، كأن يشترط أن لا يشتري إلا من زيد ولا يبيع إلا من عمرو، أو لا يشتري إلا المتاع الفلاني، أو لا يسافر إلا إلى البلد الفلاني، أو لا يسافر أصلاً، فخالفه العامل فخرس في التجارة لأجل ذلك.

وأخرى: تحدث بسبب عوامل أخرى، غير مخالفة ما شرط عليه المالك.

وحينئذ تارة: تحصل الخسارة والوضيعة في التجارة بسبب تعدي العامل وتقصيره بإفراط أو تفريط، وإن لم يتحقق به مخالفة شرط المالك، كأن لم يشترط شيئاً ومع ذلك كان حدوث الخسارة بسبب إفراط العامل أو تفريطه. ولا إشكال في ضمان العامل للخسارة الواردة حينئذ لقاعدة ضمان الإلتلاف وخروجه بذلك عن كونه أميناً وصيرورته خائناً وانصراف نصوص المضاربة عنه حينئذ.

وأخرى: تحصل الوضيعة في التجارة بغير تعدد ولا إفراط ولا مخالفة شرط. وذلك كالخسارة الحاصلة بأفة أو نزول سعر أو غير ذلك من الأسباب الطبيعية والعاذية الخارجة عن اختيار العامل.

وكلام السيد الماتن رحمته الله في هذه الصورة الأخيرة. وقد عرفت آنفاً ما دلّ عليه من النصوص الواردة في المقام، كقول أمير المؤمنين عليه السلام: «من أتجر مالاً واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان» في صحيحة محمد بن قيس^١ وقول الصادق عليه السلام: «وليس عليه من الوضيعة شيء إلا أن يخالف أمر صاحب المال» في صحيحة الحلبي وصحيحة الكتاني^٢ وغيرهما من النصوص المستفيضة^٣.

فإنّ هذه النصوص الصحاح المستفيضة تدلّ بوضوح على نفي ضمان درك الخسارة في تجارة المضاربة على العامل، إلا في صورة مخالفته لما اشترطه المالك عليه وأمره به في كيفية التجارة وخصوصياتها. وسيعرّض السيد الماتن في المسألة السادسة عشر إلى ذلك فانتظر.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٠، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٢.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣ و٤ و٧.

٣ - وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١.

ولو اشترط المالك على العامل أن يكون شريكاً معه في الخسارة - كما هو شريك في الربح - ففي صحته وجهاً، أقواهما العدم^(١). نعم لو كان مرجعه إلى اشتراط: أنه على تقدير وقوع الخسارة على المالك خسر العامل نصفه - مثلاً - من كيسه لأبأس به، ولزم العمل به لو وقع في ضمن عقد لازم، بل لا يبعد لزوم الوفاء به ولو كان في ضمن عقد جائز مادام باقياً. نعم له فسخه ورفع موضوعه، كما أنه لأبأس بالشرط - على وجه غير بعيد - لو كان مرجعه إلى انتقال الخسارة إلى عهده بعد حصولها في ملكه؛ بنحو شرط النتيجة.

لو شرط المالك على العامل تحمُّل الخسارة

١ - ينبغي تحرير كلام السيد الإمام عليه السلام في المقام؛ وهو أن اشتراط كون الوضعية على العامل يتصوّر بـصور ثلاث:

إحداها: أن يشترط المالك على العامل كونه شريكاً في الخسارة الحاصلة في خلال التجارة في المضاربة، كما يكون شريكاً له في الربح. ومقصوده اشتراط ذلك على نحو شرط النتيجة؛ بمعنى أن تشتغل ذمّة العامل بضمان نصف الوضعية من أول آن حدوثها، كما كان يدخل نصف الربح في ملكه من أول آن حدوثه.

فحكم عليه السلام بفساد هذا الشرط؛ لوضوح كونه مخالفاً للسنة الثابتة بدلالة ما ورد في المقام من النصوص المستفيضة - كما سيأتي ذكرها وبيان دلالتها - لا لكونه مخالفاً لمقتضى عقد المضاربة. وذلك لما سيأتي من كون ضمان الخسارة وعدمه من قبيل أحكام عقد المضاربة وعدم دخوله في مقتضى ماهية نفس العقد.

ولكن لا يلزم من فساد الشرط بطلان أصل العقد، بل عقد المضاربة باق على

صحته، وإنما يصبح الشرط فاسداً لغواً فاقداً لأي أثر. كما سبق ذلك من السيد الماتن في اشتراط عدم الفسخ، فليس قوله: «أقواهما العدم» بمعنى عدم صحة العقد، بل بمعنى عدم صحة الشرط ونفي الآثار عنه.

ثانيتها: أن يشترط المالك تدارك العامل وتحمله الخسارة وجبرانها - بعضاً أو كلاً - بعد ما وردت على المالك. وهذا النحو من الاشتراط - مضافاً إلى كونه من قبيل شرط العمل، لا النتيجة - مؤكّد لمقتضى المضاربة ومؤيد لمفاد النصوص النافية لضمان العامل بالحكم الأولي، فليس شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد ولا لإطلاقه ولا مخالفاً للسنة.

ثالثتها: أن يكون مرجع الاشتراط وظاهره انتقال الخسارة والوضعية - بعضاً أو كلاً - إلى ذمة العامل؛ بعد استقراره في ذمة المالك، كأن يقول المالك للعامل - عقيب إنشاء عقد المضاربة - : «بشرط أن ينتقل نصف الوضعية إلى ذمتك»؛ نظراً إلى ظهور تعبير الانتقال إلى ذمة العامل في استقرار الخسارة في ذمة المالك في الرتبة السابقة؛ أي تنتقل الخسارة من ذمتي إلى ذمتك. وأنت ترى أن هذا التعبير مؤكّد لمقتضى المضاربة ومدلول نصوص المقام.

وحاصل كلام السيد الماتن صحة اشتراط كون الوضعية على العامل إذا كان بنحو شرط العمل. وأمّا إذا كان على نحو شرط النتيجة، ففصل بين ما إذا كان مرجعه إلى انتقال الخسارة إلى ذمة العامل بعد دخولها واستقرارها في ذمة المالك فيصح الشرط حينئذٍ، وبين ما إذا لم يكن مرجعه إلى ذلك، بل كان المتفاهم من كلام المالك اشتراط دخول الوضعية في أول آن حدوثها في ذمة العامل، من دون أن تكون مسبقة باشتغال ذمة المالك بها، ولو آنأماً.

إذا عرفت ذلك فنقول: لو شرط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما

كالربح أو شرط ضمانه لرأس المال ففي صحته وجوه، بل أقوال.
ثالثها: التفصيل بين اشتراط ذلك على نحو شرط النتيجة فيبطل وبين كونه
على نحو شرط الفعل فيصح.
ورابعها: التفصيل الذي عرفت من السيد الإمام الراحل. وهو الذي يقتضيه
التحقيق.

تحرير الأقوال

قد اختار العلامة في القواعد عدم صحّة اشتراط ما ينافي مقتضى عقد
المضاربة وأنّ العقد يبطل بفساد هذا الشرط؛ حيث قال: «ولو شرط ما ينافيه،
فالوجه بطلان العقد، مثل أن يشترط ضمان المال أو سهماً من الخسران...»^١.
ووجه البطلان في جامع المقاصد بقوله: «وجه البطلان: أنّ هذه شروط
باطلة؛ لمنافاتها مقتضى العقد شرعاً، فيبطل العقد بها، ولأنّ التراضي المعتبر فيه
حينئذٍ لم يقع إلا على وجه فاسد، فيكون باطلاً.
ويحتمل ضعيفاً صحّة العقد وبطلان الشرط، لأنّ بطلان أحد المتقارنين لا
يقتضي بطلان الآخر.
وجوابه: أنّ التراضي في العقد شرط، ولم يحصل إلا على الوجه الفاسد،
فيكون غير معتبر فيفوت شرط الصحّة»^٢.
قوله: «أحد المتقارنين...» أي واحد من الالتزام بالشرط والالتزام بالعقد.
فإنّ العقد المشترط فيه شيء يكون في الحقيقة التزاماً في التزام. مقصوده أنّ فساد

١ - قواعد الأحكام ٢: ٣٣١.

٢ - جامع المقاصد ٨: ٥٥.

أحد هذين المتقارنين لا يستلزم فساد الآخر.

ولكن ناقش في الجواهر كون اشتراط ذلك منافياً لمقتضى العقد؛ حيث قال: «فإن جميع هذه الأمور من الأحكام، أو مما هو مقتضى إطلاق العقد، لا أنها من منافيات مقتضاه التي تعود عليه بالنقض. فتأمل جيداً»^١.

وذهب السيد في العروة إلى صحة هذا الشرط. وعلل ذلك بقوله: «لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد، كما قد يتخيل، بل إنما هو منافٍ لإطلاقه»^٢.

ولا يخفى أن مقصودهم من إطلاق العقد في المقام، هو إطلاق ما دلّ من النصوص على نفي كون الوضعية على العامل؛ حيث إنها تشمل محلّ الكلام - وهو ما لو شرط المالك على العامل تحمّل الخسارة - بالإطلاق. وعليه فاشتراط ذلك من المالك مخالف لإطلاق هذه النصوص المتضمنة لمقتضى عقد المضاربة.

ووافق السيد الحكيم^٣ معللاً بأن اشتراط ذلك ليس ممّا يخالف مضمون العقد، ولا مخالفاً للوازمه العرفية، ولا مخالفاً لأحكامه الشرعية الاقتضائية التي هي مقتضى العقد، بل إنما هو مخالف لأحكامه الشرعية غير الاقتضائية التي هي خارج عن مقتضى العقد. ففي المثال عدم ضمان الأمين مطلقاً وعدم ضمان العامل في المضاربة إنما هو لعدم المقتضي؛ حيث لم يتحقق في حقّه أحد أسباب الضمان - كما هو متحقق في حقّ المالك - لا لأجل وجود المقتضي لعدم الضمان، فهو يكون من قبيل لا بشرط الذي يجتمع مع ألف شرط.

وليس منافياً لما دلّ من النصوص عموماً على عدم ضمان الأمين، ولا لما

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٢.

٢ - العروة الوثقى ٥: ١٦٣.

٣ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٧٥.

دَلَّ بالخصوص على عدم ضمان العامل في المضاربة؛ نظراً إلى ظهوره في نفي الضمان على العامل من جانب الشارع. وهذا لا ينافي ثبوت الضمان من جانب المتعاقدين أنفسهما، بجعل المالك العاقد وقبول العامل. وحينئذٍ لا مناص من تحكيم إطلاق مادَّة على صحَّة الشروط، بل لزوم العمل بها.

فإنَّه بعد نقل كلام صاحب الجواهر قال: «فكأنَّه يريد بالأحكام الأحكام غير الاقتضائية، وإلا فالأحكام الاقتضائية لا يصحَّ اشتراط خلافها، لأنَّ الشرط المخالف للكتاب باطل. وبالجملة: قد أشرنا في المسألة السابقة إلى أنَّ الشرط المخالف لمقتضى العقد تارة: يكون مخالفاً لمضمونه، وأخرى: يكون مخالفاً للوازم العرفية، وثالثة: يكون مخالفاً لأحكامه الشرعية الاقتضائية. وكون شرط الضمان أو شرط تحمُّل الخسارة من أحد الأقسام المذكورة، غير ظاهر، بل من الواضح أنَّهما غير مخالفين لمضمون المضاربة ولا للوازم العرفية. نعم، قد يتوهم مخالفتها لما دَلَّ على عدم ضمان الأمين. لكنَّه ممنوع لاحتمال أنَّ عدم ضمان الأمين لعدم المقتضي، لا لمقتضى العدم، ومع الاحتمال يبني على صحَّة الشرط المخالف له، لعدم ثبوت كونه مخالفاً للكتاب، والأصل العدم. بل الظاهر المفهوم عرفاً أنَّ عدم ضمانه لعدم المقتضي، وحينئذٍ لا تضرَّ مخالفته للشرط»^١.

ثمَّ إنَّه - بعد ذكر بعض ما دَلَّ من نصوص المقام على نفي ضمان الوضعية عن العامل - قال: «وظاهر الروايات المذكورة أنَّ عدم ضمان العامل للخسارة من أحكام المضاربة فيكون الشرط مخالفاً للكتاب، ومخالفاً لمقتضى العقد شرعاً. اللهمَّ إلا أن يقال أيضاً: إنَّ الحكم المذكور لعدم المقتضي، فلا ينافيه الشرط. اللهمَّ

إلا أن يقال: الاستثناء في روايتي الحلبي والكناني يقتضي عدم الضمان حتى بملاحظة العناوين الثانوية، فيدلّ على عدم تحمّل الخسارة مطلقاً في غير المستثنى حتى مع الشرط، فيدلّ على عدم صحة شرط الضمان وتدارك الخسارة تعبداً، لا من جهة كونه مخالفاً لمقتضى العقد شرعاً، اللهم إلا أن يكون منصرف النصوص الجعل الشرعي، لا جعل المالك، كما هو مورد الكلام، وهو غير بعيد جمعاً بين النصوص المذكورة وعموم نفوذ الشروط وحينئذٍ لا مانع من اشتراط تدارك الخسارة كلاً أو بعضاً^١.

قوله: «اللهم إلا أن يقال: الاستثناء...» يريد بذلك أن الاستثناء، لما كان ظاهراً في المتصل؛ وهو إخراج ما كان داخلاً في عقد المستثنى منه، وكان المستثنى هو الضمان الثابت على العامل بالعنوان الثانوي الطاري بمخالفة أمر صاحب المال، فيكشف ذلك كون عقد المستثنى منه شاملاً للضمان الثابت بالعنوان الثانوي. ولازم ذلك دلالاته على نفي الضمان عن العامل حتى بالعنوان الثانوي الثابت عليه باشتراط المالك.

ولكنه رجع عن ذلك بقوله: «اللهم إلا أن يكون...» انصراف هذه النصوص إلى نفي الضمان عن العامل بالجعل الشرعي لا باشتراط المالك، وأيده بأنه مقتضى الجمع بين هذه النصوص وبين عمومات نفوذ الشروط. هذا كله تحرير كلام السيد الحكيم في المقام، مع نقل نصّ كلامه.

وينبغي قبل التعرّض للمناقشة التنبية على أمرين: أحدهما: ما هو المراد من إطلاق العقد في كلمات الفقهاء؟ وثانيهما: المراد من الحكم الاقتضائي وغير الاقتضائي.

إطلاق العقد في كلمات الفقهاء

إن لفظ الإطلاق جاء في كلمات الفقهاء بمعنيين:

أحدهما: دلالة اللفظ على الشمول بمعونة مقدمات الحكمة. وهو فيما إذا تعلّق الحكم بطبيعي شيء مرفوضاً عن أيّ قيد، فيشمل ذلك الخطاب لجميع أفراد طبيعي متعلّقه ويستوعب الحكم لها باقتضاء مقدمات الحكمة. وهذا هو الإطلاق الأصولي المصطلح عليه في علم الأصول.

ثانيهما: تجريد إنشاء العقد عن اشتراط شيء خارج عن مقتضى العقد، فيعبّر عنه في اصطلاح الفقه، بإطلاق العقد. وهو ظاهر في عدم اشتراط ما يضاف الشيء الذي أنشئ العقد مجرداً عن اشتراطه؛ نظراً إلى دخوله في مقتضى العقد وخروج ما يضافه عنه، فيراد من إطلاق العقد ذلك المعنى.

وذلك كتجريد إنشاء العقد عن قيد التأخير في تسليم العوض، أو عن قيد تسليمه في بلد المعاملة، أو عن قيد العيب ونحو ذلك من الخصوصيات الخارجة أو المخالفة لمقتضى العقد.

المعنى المقصود في المقام

وإن إطلاق العقد بهذا المعنى اصطلاح بين الفقهاء منذ عصر القدماء. والحاصل: أنّ مقصود الفقهاء من إطلاق العقد تجريده عن الاشتراط، كما سيأتي في كلام صاحب الجواهر. فإذا قالوا - مثلاً - : إطلاق العقد يقتضي التعجيل في تسليم المبيع والتمن، مقصودهم أنّ تجريد العقد من اشتراط التأخير في تسليمها ظاهرٌ في تعجيله، وليس مقصودهم هو الشمول الإطلاقي الثابت لإطلاق الكلام على ما هو المحرّر في علم الأصول. والضابطة في ذلك ظهور الإنشاء

المجرد عن شرط شيءٍ خارج عن مقتضى العقد في إرادة ما يضافه الذي هو داخل في مقتضى العقد.

الاستشهاد بكلمات الفقهاء

وينبغي لإثبات إرادة هذا المعنى من إطلاق العقد في كلمات الفقهاء رحمهم الله الاستشهاد ببعض ما يفيد ذلك من كلماتهم. قال في الشرائع: «إطلاق العقد يقتضي تسليم المبيع والتمن»^١. مقصوده عدم اشتراط التأخير في أداء الثمن أو المثلن يقتضى التعجيل في تسليم الثمن. وكذا في المختصر النافع^٢.

ويشهد لإرادة هذا المعنى من الإطلاق ما قال صاحب الجواهر في ذيل كلام صاحب الشرائع بقوله: «لا خلاف في أن إطلاق العقد وتجريده عن اشتراط التأخير يقتضي وجوب تسليم المبيع والتمن عرفاً فيتبعه الوجوب شرعاً»^٣.

ومما يشهد لما قلنا في بيان المقصود من إطلاق العقد كلام العلامة؛ حيث قال في القواعد: «إطلاق العقد واشتراط التعجيل يقتضيان تعجيل الثمن»^٤.

وقال في القواعد: «إطلاق العقد يقتضي نقد البلد»^٥ أي عدم اشتراط نقد غير البلد في العقد؛ بأن أنشئ العقد مطلقاً، من غير اشتراط بنقد غير البلد، يكون ظاهراً في نقد البلد.

١ - شرائع الإسلام ٢: ٢٨٣.

٢ - المختصر النافع: ١٢٤.

٣ - جواهر الكلام ٢٣: ١٤٤.

٤ - قواعد الأحكام ٢: ٤٣.

٥ - نفس المصدر: ٩٤.

وقال في المختلف: «فإنَّ إطلاق العقد يقتضي التسليم في البلد»^١. أي إنشاء العقد مطلقاً من غير اشتراط تسليم العوض في غير البلد يقتضي التسليم في البلد.

ومّا يشهد لذلك ما قاله في التذكرة: «إطلاق العقد واشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مرّ من أنّ القضاء العرفي يقتضي أنّ المشتري إنّما بذل ماله بناءً على أصالة السلامة فكأنّها مشرطة في نفس العقد. فإذا اشترى عبداً مطلقاً اقتضى سلامته من الخصاء والجبّ»^٢.

وحاصل الكلام: أنّ الأحكام الثابتة للعقود عرفاً أو شرعاً التي تعدّ من اللوازم العرفية أو الشرعية للعقد، يقتضيها تجريد إنشاء العقد عن اشتراط عدمها مطلقاً، سواءً اشترط المتعاقدان عدمها أم لا. وعليه يكون اشتراط عدمها من جانب العاقد خلاف مقتضى إطلاق العقد.

الأحكام الاقتضائية وغير الاقتضائية

فُسّر الحكم الاقتضائي بما كان ثبوته بسبب وجود المقتضي له؛ بأنّ يثبت الحكم بسبب مجعول من جانب الشارع أو العقلاء، كالضمان العقدي المقتضي لبراءة ذمّة المضمون له. وذلك لأنّ الدليل الدالّ على براءة ذمّة المضمون له بالضمان، ظاهرٌ في كون الضمان مقتضياً لذلك حسب الفهم العرفي والارتكاز العقلاني. ولما كانت براءة ذمّة المضمون له لوجود المقتضي - وهو الضمان - لا لعدم المقتضي للاشتغال، فمن هنا يكون اشتراط اشتغال ذمّته عند إنشاء عقد

١ - مختلف الشيعة ٥: ١٧٨ - ١٧٩.

٢ - تذكرة الفقهاء ١: ٥٣٨ / السطر ٣٢.

الضمان شرطاً مخالفاً للحكم الاقتضائي، كما أشار إليه السيد الحكيم^١.

أنحاء السبب المقتضي للحكم وموارده

وأنَّ السبب المقتضي لثبوت الحكم الشرعي تارةً: يكون أمراً ارتكازياً عقلاً، كاليد المقتضية لثبوت الملك، وأخرى: سبباً شرعياً بما له من القيود المعتبرة شرعاً، كإقتضاء الزواج لجواز الاستمتاع، وعقد البيع للملك، والضمان العقدي لبراءة ذمّة المضمون له.

ومن هذا القبيل اشتراط عدم دخول المبيع في ملك المشتري عند إنشاء عقد البيع، واشتراط منع الجماع والاستمتاع حين إنشاء عقد النكاح؛ نظراً إلى كون عقد البيع سبباً للملك والزواج سبباً مقتضياً لجواز الاستمتاع.

وأما الحكم غير الاقتضائي فقد اتضح تعريفه بآتضح معنى الحكم الاقتضائي، فهو ما كان ثبوته لأجل عدم وجود المقتضي لما يضاؤه ويخالفه من الأحكام، كالجواز بالمعنى الأعم، فإنه ثابت لعدم وجود مقتضي الوجوب والحرمة وغيرهما من الأحكام الخمسة. فقد جعل الجواز بالمعنى الأعم على نحو اللا بشرط بالقياس إلى ما يطرء عليه من الأحكام الثانوية بالاشتراط أو غيره.

الملاك الفارق بين عدم ضمان الأمين وبين عدم ضمان غيره

ثمَّ إنَّه قد مثَّل السيد الحكيم في المقام للحكم غير الاقتضائي بعدم ضمان الأمين؛ بدعوى أنَّ عدم ضمانه إنما هو لأجل عدم وجود المقتضي - وهو أحد أسباب الضمان - وجعل من هذا القبيل عدم ضمان العامل.

وفيه: أنَّ عدم ضمان الأمين ليس لمجرد عدم المقتضي كغيره ممَّن لم يصدر

منه أحد أسباب الضمان، بل إنَّما ثبت عدم ضمانه بسبب ائتمان من ائتمنه من صاحب الأمانة والوديعة ومالك مال القراض في المضاربة. فالائتمان على الأمين والاعتماد على العامل هو السبب المقتضي لعدم ضمانه لدرك مال القراض وللوضعية الحادثة في خلال التجارة. وهذا هو الفارق بينه وبين ما لا ربط له بالمضاربة من سائر الناس. فإنَّ عدم ضمانهم للوضعية إنَّما هو لأجل عدم المقتضي، وهذا بخلاف الأمين والعامل. ومن هنا لو تلف مال الغير في يد غير الأمين بغير تفريط أو إفراط وخيانة يكون ضامناً، لتحقق سبب الضمان، وإذا لم يتحقق التلف لا ضمان عليه، لعدم تحقق سببه. بخلاف الأمين فإنه لا يضمن حتَّى مع فرض التلف بغير عمد واختيار. وليس الفارق بينهما حينئذٍ، إلاَّ تحقق السبب المقتضي لعدم الضمان في الأمين - وهو ائتمان صاحب المال عليه - دون غيره.

هذا مختصر القول في بيان المراد من الحكم الاقتضائي وغير الاقتضائي

والفرق بينهما.

إذا عرفت ذلك فاتضح لك من ضوء هذا البيان أنَّ ما دلَّ عليه نصوص المقام من عدم ضمان العامل ليس من الحكم غير الاقتضائي، حتَّى لا يكون اشتراط ضمانه من المالك مخالفاً للسنة. بل هو من الأحكام الاقتضائية واشتراط خلافه يكون من قبيل الشرط المخالف للسنة.

نقد كلام السيد الحكيم

ويظهر من كلام السيد الحكيم في الختام انصراف نصوص المقام إلى عدم ضمان العامل بالحكم الأولي المجعول من جانب الشارع، وخروج ضمانه الثابت باشتراط المالك وجعله عن نطاق هذه النصوص؛ حيث قال: «اللهم إلا أن يكون

منصرف النصوص الجعل الشرعي، لاجعل المالك، كما هو مورد الكلام»^١.
ومقصوده ظاهراً أنّ عموم العقد المستثنى منه في نصوص المقام منصرف إلى نفي الضمان عن العامل بالجعل الشرعي الأوّلي، لا نفي الضمان الثابت باشتراط المالك وجعله، كما هو محلّ الكلام. وعليه فلا يكون اشتراط المالك الضمان على العامل مخالفاً لنصوص المقام؛ لعدم دخول نفي هذا الضمان في مدلولها.

فإنّ سياق كلام السيد الحكيم عند التأمّل في كلامه السابق يعطي هذا المعنى، وإلاّ فمن الواضح أنّ في كلّ شرط مخالف للكتاب والسنة، يكون التقابل بين الحكم الأوّلي المَجْعول بجعل الشارع - المستفاد من الكتاب أو السنة - وبين الحكم الثانوي المَجْعول باشتراط الشارط. فكلّ شرط مخالف للكتاب والسنة إنّما يخالف الحكم الأوّلي المَجْعول من جانب الشارع في الكتاب والسنة. وذلك لأنّ الضابطة في الشرط المخالف للكتاب والسنة إنّما هي مخالفة الشرط لما هو ثابت بدلالة الكتاب والسنة المتواترة أو المستفيضة، من الحكم الأوّلي المَجْعول من جانب الشارع.

وفيه: أنّ دعوى انصراف نصوص المقام إلى نفي الضمان المَجْعول بالجعل الأوّلي من الشارع، لا شاهد له، بل عموم النكرة في سياق النفي في عقد المستثنى منه ونفس الاستثناء، ظاهرٌ في كون المراد في المستثنى منه نفي مطلق الضمان عن العامل، سواء كان بالجعل الشرعي أو باشتراط المالك.

نقد كلام العلامة والمحقق الكرّكي

وأما كون اشتراط ذلك مخالفاً لمقتضى العقد، كما يظهر من القواعد وجامع المقاصد - فغير وجيه.

والوجه في ذلك أن الضمان من الأحكام الوضعية المترتبة على العقد، وهي خارجة عن مقتضى العقد؛ لأن مقتضى عقد المضاربة ليس إلا عمل العامل وتجارته بالمال وتصرفه فيه لأجل هذا الغرض، وهو كون الربح بينهما حسب ما اتفقا وتبانيا عليه، وتحقق هذا الغرض يتوقف على قابلية المال للتجارة وقدرة العمل عليها، كما قلنا سابقاً.

وأما ضمان تلف مال القراض أو إتلافه، أو دَرَكَ الوضعية وخسارة التجارة، فهو من الأحكام الخارجة عن مقتضى المضاربة بل أصل العقد، كما أن الجواز واللزوم خارجان عن مقتضى العقد. بل إنما هو مخالف لمقتضى إطلاق العقد؛ بمعنى أن مقتضى تجريد إنشاء عقد المضاربة عن قيد ضمان العامل باشتراط المالك، لما كان ظاهراً عرفاً في عدم ضمان العامل مطلقاً، حتى باشتراط المالك، فمن هنا يكون اشتراط المالك ضمان العامل مخالفاً لمقتضى إطلاق العقد، لا لمقتضى العقد نفسه؛ نظراً إلى أن عدم ضمان العامل من أحكام المضاربة، لا من مقوماتها المأخوذة في حقيقتها وتعريفها.

وعليه فاشتراط كون الوضعية على العامل ليس مخالفاً لمقتضى العقد، بل إنما هو مخالف للسنة المستفيضة. فهو شرط فاسد، إلا أنه لا يفسد العقد بفساده على الأقوى؛ لما سبق من عدم فساد العقد بالشرط القاسد.

مقتضى التحقيق

مقتضى التحقيق في المقام هو التفصيل بين اشتراط ذلك على نحو شرط الفعل والعمل فيصح وينفذ ويجب الوفاء به، وبين كونه على نحو شرط النتيجة فيبطل بالتفصيل الذي ذكره السيد الماتن رحمته الله.

بيان ذلك: أنّ اشتراط ضمان درك الخسارة على العامل إذا كان على نحو شرط النتيجة، بالمعنى الأوّل - وهو كون الخسارة والوضيعة الحادثة في التجارة على العامل مع عدم مخالفته لأمر المالك - يكون معناه اشتغال ذمّة العامل بها في أوّل آن حدوثها قبل أن تشتغل ذمّة المالك بها؛ بأن لم يحدث ضمان في عهده أصلاً. وهذا المعنى ينافي الحكم الأوّلي المجعول من جانب الشارع، من كون ضمان ذلك على المالك دون العامل.

الاستشهاد بالنصوص

وقد دلّت على ذلك نصوص مستفيضة فيكون هذا الشرط مخالفاً للسنة. وإليك بعض هذه النصوص:

منها: موثقة إسحاق بن عمّار عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن مال المضاربة؟ قال: «الريح بينهما، والوضيعة على المال»^١.

ومنها: صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «المال الذي يعمل به مضاربة له من الريح وليس عليه من الوضيعة شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال»^٢.

ومنها: صحيح الكنايني عن أبي عبدالله عليه السلام: في الرجل يعمل بالمال مضاربة، قال عليه السلام: «له الريح وليس عليه من الوضيعة شيء، إلا أن يخالف عن شيءٍ ممّا أمر صاحب المال»^٣.

ومنها: صحيح آخر للحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: إنّه قال في الرجل يعطي

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٥.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٤ و ٧.

٣ - وسائل الشيعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣.

المال فيقول له: ائت أرض كذا وكذا، ولا تجاوزها واشتر منها، قال عليه السلام: «فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما»^١. وقد دلت على ذلك نصوص أخرى^٢.

ومفاد هذه النصوص عدم ضمان العامل للخسارة الحاصلة في المضاربة مطلقاً، إلا في صورة واحدة وهي مخالفة أمر صاحب المال. وهذا الاستثناء ظاهر في دخول صورة اشتراط المالك في عقد المستثنى منه.

وذلك أولاً: لأن الاستثناء إخراج ما كان داخلاً في عقد المستثنى منه، فلو لم يكن الضمان الثابت بالاشتراط ومخالفته فيه لم يصح استثناء ما ثبت بمخالفة أمر صاحب المال. وهذا معنى قول السيد الحكيم: «اللهم إلا أن يقال: الاستثناء في روايتي الحلبي والكناني يقتضي عدم الضمان حتى بملاحظة العناوين الثانوية»^٣. وأما قوله بعد ذلك: «اللهم إلا أن يكون منصرف النصوص الجعل الشرعي، لا جعل المالك» فقد عرفت جوابه آنفاً.

وثانياً: لأن المتفاهم العرفي من الاستثناء الوارد في نصوص المقام بقوله عليه السلام: «إلا أن يخالف أمر صاحب المال»، أن العامل بمخالفته لأمر صاحب المال لما خرج عن كونه أميناً، يرتفع السبب المقتضي لنفي الضمان وهو الائتمان، وأنه ما دام أميناً يكون السبب المقتضي لنفي الضمان عنه باقياً على حاله، ويدخل اشتراط المالك في نطاق عقد المستثنى منه.

وبالنتيجة: أن هذا الارتكاز والمتفاهم العرفي من الاستثناء المزبور قرينة

١- وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٢.

٢- وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١ و٣.

٣- مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٧٧.

على دخول محلّ الكلام - وهو اشتراط المالك الضمان على العامل - في عقد المستثنى منه. ويتحقّق بذلك مخالفة اشتراطه للحكم الاقتضائي المستفاد من نصوص المقام، فيكون شرطاً مخالفاً للسنة.

وحاصل الكلام: أنّ عدم ضمان العامل وبراءة ذمّته من درك الخسارة، من الأحكام الاقتضائية الآبئة عن اشتراط خلافها؛ لما سبق آنفاً من أنّ السبب المقتضي لعدم ضمانه هو اعتماد المالك واثمانه على العامل، كما قلنا في توجيه عدم ضمان الأمين، فليس عدم ضمانه من قبيل عدم ضمان غيره، ممّن لم يؤتمن عليه. فيكون اشتراط خلافها من المالك شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة، كما أشار إليه السيد الحكيم^١.

فلا يصحّ ما يظهر من هذا العَلَم^٢؛ من أنّ عدم ضمان العامل في المضاربة من الأحكام غير الاقتضائية الملائمة مع اشتراط خلافها من جانب المالك. وقد تحصّل من جميع ما ذكرناه في مفادّ هذه النصوص أنّها تفيد نفي مطلق الضمان عن العامل، سواء كان باشتراط المالك أم لا. وبيان آخر يكون ضمان العامل المجعول باشتراط المالك منفيّاً بدلالة هذه النصوص؛ لدخوله في عقد المستثنى منه.

وذلك أولاً: لعموم النكرة في سياق النفي في قوله ﷺ: «ليس عليه شيء من الوضيعة».

وثانياً: لظهور حقيقة الاستثناء وماهيته في دخول الضمان المجعول باشتراط المالك في نطاق المستثنى منه.

١ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٧٦.

٢ - نفس المصدر: ٢٧٨.

وثالثاً: لأنّ المتفاهم العرفي من الاستثناء في قوله عليه السلام: «إلا أن يخالف أمر صاحب المال» في أنّ الملاك في ضمان العامل خيانتته الموجبة لخروجه عن عنوان الأمين. وفي مورد الكلام لم يخرج عن كونه أميناً باشتراط المالك ضمانه للوضيعة. وهذان الوجهان يمتنعان الانصراف المدعى في كلام السيد الحكيم.

نظرة إلى النصوص المعارضة

ثمّ إنّ يظهر من بعض نصوص المقام ما يخالف مفاد النصوص المذكورة؛ حيث دلّ على ضمان العامل للوضيعة في صورة اشتراط المالك وتضمينه. وقد استشهد السيد الحكيم بهذه الطائفة لانصراف النافية إلى نفي الضمان الثابت بجعل الشارع، لا بجعل المالك واشتراطه.

وهي روايتان:

إحدهما: حسنة الكاهلي عن أبي الحسن موسى عليه السلام: في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة، فجعل له شيئاً من الربح مسمى، فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه، قال عليه السلام: «على المضارب من الوضيعة بقدر ما جعل له من الربح»؛ حيث دلّ ذيلها على نفي ضمان الوضيعة عن المالك بقدر حصّة العامل من الربح، وأنّ ضمانه على العامل. إلا أنّ ظاهر هذه الحسنة غير معمول ومورد إعراض الأصحاب. ومن هنا حملها شيخ الطائفة على ما إذا كان العامل المضارب شريكاً في رأس المال، فيثبت في حقّه حكم المالك من تحمّل الخسارة بقدر ما يكون له الربح المعادل لسهمه من مال القراض.

وثانيتهما: صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - :

«إِنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ، وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الرِّيحِ شَيْءٌ»^١.

وجه مخالفة هذه الصحيحة لمفاد نصوص المقام، أنها دلّت بالمنطوق على عدم ترتب آثار عقد المضاربة في صورة تضمين العامل، ودلّت بمفهوم الشرط على اختصاص المضاربة بصورة عدم تضمين العامل. وظاهر هذه الشرطية عدم مشروعية تضمين العامل في المضاربة مطلقاً، حتّى في صورة اشتراط المالك. بل هي صريحة في انتفاء أحكام المضاربة في صورة تضمينه للوضعية.

نعم، يمكن أن يقال: إنّه لو كانت هذه الصحيحة ناظرة إلى المضاربة - كما يظهر منها ذلك؛ لعدم استعمال لفظ فيها يدلّ على الاقتراض، بل ظاهرها تضمين التاجر في ضمن إعطائه مال التجارة مضاربة، كما صرح بذلك بلفظ «مضاربة» في الطريق الآخر - دلّت بدلالة الاقتضاء على صحّة تضمين المالك باشتراط ضمان الوضعية على العامل، إلا أنّ المالك لا يستحقّ شيئاً من الربح حينئذٍ؛ حيث رتب الإمام عليه السلام عدم استحقاقه للربح على نفس التضمين، فلا بدّ أن يكون صحيحاً حتّى يترتب عليه هذا الأثر، ومن هنا قلنا إنّها تدلّ على صحّة التضمين بدلالة الاقتضاء. وقد حررنا في محلّه من علم الأصول أنّ المدلول بدلالة الاقتضاء ما لا تتمّ الدلالة على المطلوب بدون افتراضه وتقديره. راجع لتحقيق ذلك إلى الجزء الأوّل من كتابنا «بدائع البحوث في مبادئ علم الأصول» في مبحث الدلالات.

دفع احتمال إرادة الاقتراض من هذه الصحيحة

ثم إن هذه الصحيحة قد رواها المشايخ الثلاثة بأسنادهم الصحيحة المنتهية إلى محمد بن قيس بلفظ «من ضمّن تاجراً». وبناءً على هذه النسخة احتتمل بعض كون المراد الاقتراض؛ لظهوره في التضمين من أول الأمر. فإنّ القرض تملك العين على وجه التضمين؛ بأن يكون المقصود قلع ضرر الطمع في ربح مال القرض من المقرض، كما قد يدّعه ذلك إلى أخذ الربا في القرض.

ولكن هذا الاحتمال يرده انصراف التعبير بالتضمين عن القرض؛ لعدم كون استعماله معهوداً في القرض، هذا مع أنّ تعليق نفي استحقاق الربح على التضمين ظاهرٌ في دخله مع عدم استحقاق الربح. ولما ليس استحقاق المقرض لربح مال القرض لأجل تضمين المقرض إيّاه للخسارة في التجارة بمال القرض - بل إنّما لأجل حصول الربح في ملكه وكون الربح الحاصل كلّهُ للتاجر المقرض؛ لأنّه مالك المال، ومن كان له المال فله الربح - كما هو المتفق عليه في باب القرض - فمن هنا لا وجه لحمل هذه الصحيحة على صورة القرض.

ولكن رواها الشيخ أيضاً بطريق آخر صحيح عن محمد بن قيس بلفظ «من ضمّن مضاربة». وبناءً على ذلك ينتفي احتمال إرادة الاقتراض.

اللهم إلا أن يراد أنّه يصير قرضاً لا محالة بنفس تضمين العامل، بعد ما كان بصدد المضاربة، أي يخرج العقد بذلك عن عنوان المضاربة ويصير قرضاً.

ولكنّه غير وجيه لفرض عدم تملك مال القراض للعامل المضارب، وفي القرض لا بدّ من دخول مال القرض في ملك المقرض. هذا مضافاً إلى الإشكال السابق آنفاً.

وعلى أيّ حال هاتان الروايتان قد أعرض عنهما فقهاؤنا وإنّما التزم بمدلولها

العامة كما أشار إليه السيد الحكيم^١. فلا بدّ إمّا من الإعراض عنهما أو نلتزم بضرب من التأويل، كما عرفت من شيخ الطائفة وغيره.

صحّة شرط النتيجة بالمعنى الثاني

هذا كلّه في شرط النتيجة بالمعنى الأوّل من المعنيين اللذين جاء في كلام السيد الماتن رحمته. وأمّا بالمعنى الثاني، وهو ما إذا كان مرجعه إلى انتقال الخسارة والوضعية إلى ذمّة العامل بعد اشتغال ذمّة المالك بها، فهو مؤكّد لمدلول نصوص المقام؛ إذ هي تفيد اشتغال ذمّة المالك بالوضعية أولاً ثمّ انتقاله إلى ذمّة العامل بعرض الاشتراط، فلا يكون اشتراط كون الخسارة على العامل بهذا المعنى مخالفاً للسنة، بل هو مؤكّد لها، وإن كان على نحو شرط النتيجة.

وبيان آخر: لا ينافي الاشتراط بهذا المعنى الحكم الأوّل المجمعول من جانب الشارع، وهو كون ضمان تلف مال القراض وضمنان الوضعية والخسارة في التجارة على المالك، لا على العامل؛ حيث إنّ انتقال الضمان إلى ذمّة العامل لا يتصوّر، إلا بعد ثبوته واستقراره في ذمّة المالك، كما هو واضح. فيكون الاشتراط بهذا النحو مؤكّداً للحكم الأوّل المستفاد من نصوص المقام.

الفرق بين شرط الفعل وشرط النتيجة

وأما اشتراط ذلك على نحو شرط الفعل، فمرجعه إلى كون تدارك الضرر الحاصل من تلف مال القراض وجبران الخسارة الواردة بالتجارة على عاتق العامل، بمعنى تعهده والتزامه بفعل التدارك والجبران، لا بمعنى كون ضمان ذلك عليه، بأن يكون محكوماً شرعاً بالضمان.

والفرق بينهما واضح؛ لأنَّ كون جبران خسارة المالك وتدارك ضرره في عهدة العامل فرع ثبوت ضمان الخسارة والضرر في ذمَّة المالك ابتداءً. ولا إشكال في جواز جبران الخسارة الواردة على الغير، بل يستحبُّ تدارك الضرر الوارد على الغير لو كان بنيتة قضاءٍ حاجة المؤمن.

ومن الواضح عدم منافاة ذلك لكون ضمان ذلك على المالك بحكم الشرع، بل إنَّه يؤكد؛ لأنَّه متفرِّع على توجُّه الضمان والضرر أولاً إلى المالك، وإلا لا معنى لجبرانه وتداركه.

فلا إشكال في اشتراط تدارك الضرر على العامل عند تلف مال القراض، وجبرانه الخسارة الحادثة في خلال التجارة، بل يلزم العمل به؛ عملاً بعموم ما دلَّ على لزوم الوفاء بالشرط الواقع في ضمن العقد اللازم، بل في العقد الجائز ما دام لم يُفسخ، كما في المقام. نعم، لو فسخه المالك أو العامل يرتفع موضوع الضمان، كما أشار إليه السيد الماتن رحمته الله.

فحصل أنَّ الأقوى في المقام ما ذهب إليه السيد الماتن رحمته الله، من صحَّة اشتراط المالك ضمان التلف والوضيعة على العامل، إذا كان بنحو شرط الفعل، والتفصيل في شرط النتيجة بين ما إذا كان راجعاً إلى اشتراط انتقال الوضيعة إلى العامل فيصح، وبينما إذا لم يكن راجعاً إلى ذلك فيبطل.

ولكنَّ الذي يفسد في هذه الصورة الأخيرة هو الشرط نفسه، من دون أن يسري فساده إلى عقد المضاربة. فالعقد يصحَّ على أيِّ حالٍ، كما سبق بيان وجه ذلك في اشتراط عدم الفسخ.

(مسألة ١٥): يجب على العامل - بعد عقد المضاربة - القيام بوظيفته؛ من تولي ما يتولاه التاجر لنفسه على المعتاد بالنسبة إلى مثل تلك التجارة في مثل ذلك المكان والزمان، ومثل ذلك العامل؛ من عرض القماش والنشر والطي مثلاً، وقبض الثمن وإحرازه في حرزه، واستئجار ما جرت العادة باستئجاره، كالدال والوزان والحقال، ويُعطي أجرتهم من أصل المال^(١).

ما يجب على العامل وما يستحق به الأجرة

١ - لا يخفى أنّ وجوب القيام بالوظيفة على العامل في المقام ليس حكماً تكليفاً، بأن يحرم عليه مخالفته تكليفاً. بل المراد به الحكم الوضعي؛ بمعنى أنّ تصرفات العامل وتقلباته في مال القراض إنما تصحّ وتنفذ ويترتب عليها حكم المضاربة فيما إذا عمل بما يقتضيه عقد المضاربة من الوظيفة المعتادة المتعارفة، دون ما إذا عمل بما هو خارج عن مقتضى عقد المضاربة. فكلّ عمل وتصرف في مال القراض صدر عن العامل وكان خارجاً عن مقتضى المضاربة يكون العامل ضامناً ولا يجوز له أخذ مخارجه من مال القراض، بل يجب عليه أن يدفعها من مال نفسه.

وإلا فمن الواضح عدم وجوب إبقاء عقد المضاربة والعمل بمقتضاه تكليفاً، بل ذلك منوط بإرادة كلّ من المالك والعامل واختيارهما. فلكلّ منهما ترك العمل بمقتضى المضاربة بفسخ العقد ورفع موضوع العمل في أيّ آن من آتاء التجارة والعمل بالمضاربة.

بل لو باشر مثل هذه الأمور هو بنفسه لا بقصد التبّرع، فالظاهر جواز

أخذ الأجرة^(١).

استحقاق الأجرة لو باشر ما تعارف فيه الاستيجار

١ - قد يوجّه عدم استحقاقه الأجرة حينئذٍ؛ بأن عمله بالمباشرة لمّا كان على خلاف المعتاد المبنيّ عليه عقد المضاربة، فكأنه خالف بذلك الشرط الضمني المملّق عليه إذن المالك. فلم يكن عمله مأذوناً من جانب المالك. فهو بالمباشرة أسقط احترام عمله وأهدره.

ولكنّ الأقوى ضمان المالك لأجرة عمله كما يظهر من السيد الماتن رحمته؛ لقاعدتي الإلتلاف بالتسبيب واحترام عمل المسلم.

وذلك لأنّ عمل العامل لم يصدر منه بإقدام نفسه بغير دعوة المالك وخارجاً عن مقتضى المضاربة، ولا عن تبّرع، كما هو مفروض الكلام. بل إنّما صدر منه العمل بدعوة المالك وباقتضاء المضاربة؛ حيث إنّ المالك هو الذي دعى العامل إلى المضاربة وأذنه بالتجارة. ومقتضى إذنه وإن كان إذن العامل في الاستيجار ودفع الأجرة بإذنه، إلا أنّ انصراف أمره إلى ذلك واقتضائه له إنّما هو لأجل جريان العادة على الاستيجار في ذلك العمل الخاصّ، وإلاّ فمقصوده الأصلي - الذي تعلّق به الإذن حقيقةً هو الإتيان بذات العمل وتحقّق التجارة بها. ومقتضى إطلاق هذا الإذن عدم الفرق بين كون الأجير هو العامل أو غيره، مع أنّه لا فرق بحال المالك على أيّ حال؛ حيث كان عليه دفع أجرة العمل ولو كان صادراً من الأجير. وبهذا البيان اتضح فساد القول بعدم جواز أخذ الأجرة للعامل حينئذٍ بدعوى كون عمله خارجاً عن مقتضى عقد المضاربة.

نعم لو استأجر لما يتعارف فيه مباشرة العامل بنفسه كانت عليه الأجرة^(١).
 (مسألة ١٦): مع إطلاق عقد المضاربة يجوز للعامل الاتجار بالمال على ما يراه من المصلحة^(٢)؛

عدم استحقاق الأجرة لو استأجر ما تعارف فيه المباشرة

١ - وذلك لأنَّ العمل حينئذٍ كان من وظيفة نفسه بالمباشرة حسب اقتضاء المضاربة وتبانيه مع المالك؛ حيث إنَّ مقتضى عقد المضاربة تولي العامل بنفسه للتجارة والعمل، إلا ما جرت عادة العرف على الاستيجار عليه. والذي التزم به المالك والعامل وتبانيا عليه، هو ما اقتضاه عقد المضاربة. فما كان مغايراً لمقتضاه خارجاً عما التزم به وتبانيا عليه، وتصرف في مال المالك بغير إذنه، فيكون العامل ضامناً للأجرة المدفوعة. وذلك لأنَّه لم يكن الاستيجار حينئذٍ مورد إذن المالك ولا داخلاً في التزامه، فيضمن العامل لما تصرف في ماله بغير إذنه فيجب عليه دفع ما أعطاه من الأجرة من كيسه. وهذا بخلاف ما لو باشر ما جرت العادة على الاستيجار فيه؛ حيث لم يتصرف في مال المالك بغير إذنه حينئذٍ، بل إنما صدر منه العمل باقتضاء المضاربة التي اقترحها المالك إليه.

جواز الاتجار للعامل كيف شاء عند إطلاق العقد

٢ - وذلك لما سبق آنفاً من أنَّه مقتضى أمر المالك وإطلاق إذنه للعامل بالتجارة. فإنَّ إطلاق إذنه للعامل بالتجارة يقتضي جواز التصرف له في مال القراض بأيِّ نحو جرت عليه عادة أهل العرف؛ نظراً إلى انصراف إذنه إلى ما هو المتعارف في التجارة من التصرفات والتقلبات بالمباشرة أو غيرها، كما أنَّ مقتضى إذنه

من حيث الجنس المشتري والبائع والمشتري وغير ذلك حتى في الثمن، فلا يتعين عليه أن يبيع بالنقود، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر، إلا أن يكون هناك تعارف ينصرف إليه الإطلاق^(١).

إيكال تشخيص مصاديق ذلك إلى نظر العامل. فله العمل حسب ما يراه من المصلحة، من حيث تعيين البائع والمشتري ونوع الجنس، وغير ذلك من مقدمات التجارة ومتعلقاتها.

عدم جواز البيع بالسلع لو انصرف إطلاق العقد إلى البيع بالنقد

١ - فلا يجوز فعل ما ينصرف عنه كلام المالك لانصراف إطلاق العقد إلى غيره. وذلك مثل المسافرة إلى غير البلد؛ لأنه خلاف ظاهر إذن المالك؛ لانصراف الإطلاق إلى بلد العقد. كما لا يجوز له قبول غير النقود بعنوان الثمن فيما إذا كان الإطلاق منصرفاً إلى النقود لشيوع كونها ثمناً وجريان العادة على أخذها ثمناً؛ حيث يتعقد بذلك ظهور كلام المالك في كون الثمن من النقود. وكذلك الأمر في غيره من الخصوصيات. وسيأتي تفصيل الكلام في ذلك في خلال شرح بعض المسائل القادمة إن شاء الله.

غلبة الوجود متى توجب الانصراف؟

ولكن هاهنا إشكال لا ينبغي الغفلة عنه. وهو أنّ غلبة وجود بعض أفراد الطبيعي لا يوجب انصراف الإطلاق إلى الفرد الغالب، فكيف يمكن هاهنا دعوى انصراف إطلاق العقد إلى بعض الأفراد، مع أنه لا وجه له إلا غلبة وجوده في الخارج. والجواب: أنّ غلبة الوجود لو كانت ممّا جرت عليها عادة أهل العرف، يصير

ولو شرط عليه المالك أن لا يشتري الجنس الفلاني، أو إلا الجنس الفلاني، أو لا يبيع من الشخص الفلاني، أو الطائفة الفلانية، وغير ذلك من الشروط، لم يجز له المخالفة، ولو خالف ضمن المال والخسارة^(١)، لكن لو حصل الربح، وكانت التجارة رابحة، شارك المالك في الربح على ما قرأه في عقد المضاربة.

بذلك ذلك الفرد الغالب في الوجود متعارفاً، وإذا كان متعارفاً يصير متفاهماً عرفياً من إطلاق الكلام. ومن هنا يكون ظاهر الكلام حسب المتفاهم العرفي. وقد بحثنا عن ذلك في كتابنا «بدائع البحوث». وبيّنا هناك وجه التفصيل في صارفية غلبة الوجود للإطلاق بين ما إذا كانت ممّا جرت عليه عادة أهل العرف، كغسل الوجه؛ حيث جرت عادة أهل العرف على غسله من أعلى الوجه إلى أسفله، وقلنا إنّه موجب لانصراف إطلاق الأمر بغسل الوجه إلى هذا الفرد الغالب؛ لكونه المتعارف والمتفاهم العرفي من الكلام، وقد نقلنا عن بعض الفحول اختيار هذا التفصيل وقوّيناه، فراجع. وهذا معنى قول السيد الماتن «إلا أن يكون هناك تعارف...».

نظرة ثانية إلى ما دلّ على ضمان العامل بمخالفة شرط المالك

١ - وقد سبق دليل ذلك في شرح بعض المسائل السالفة. وهو ما دلّ من النصوص الواردة في المقام على ضمان العامل الوضيعة والخسارة الحادثة في التجارة فيما إذا خالف شرط المالك وأمره.

وهذه النصوص بالغة حدّ الاستفاضة، بل لا يبعد دعوى تواترها وهي تدلّ

على أمرين:

أحدهما: ضمان العامل عند مخالفة أمر المالك لما تلف من مال القراض، ولما

حدث من الوضعية والخسران في التجارة.

ثانيهما: كون الربح الحاصل مشتركاً بينهما.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يعطي

المال مضاربة، وينهى أن يخرج به فخرج به فخرج؟ قال: «يضمن المال، والربح بينهما»^١.

هذه الصحيحة دلّت على كون ضمان أصل مال القراض على العامل لو

خالف نهى صاحب المال.

ومنها: صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: في الرجل يعطي المال

فيقول له: ائت أرض كذا وكذا، ولا تجاوزها واشتر منها، قال: «فإن جاوزها وهلك

المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما»^٢.

هذه الصحيحة قد دلّت على ثلاثة أمور:

أحدها: ضمان مال القراض نفسه لو هلك عند ما خالف العامل أمر

صاحب المال.

ثانيها: كون ضمان الوضعية والخسارة الحاصلة في التجارة على العامل لو

خالف أمر صاحب المال.

ثالثها: أنه لو حصل ربح يكون مشتركاً بين المالك والعامل حسب السهم

المقرّر لهما.

ومنها: صحيحه الآخر عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «المال الذي يعمل به مضاربة

له من الربح، وليس عليه من الوضعية شيء إلا أن يخالف أمر صاحب المال»^٣.

١ - وسائل الشريعة ١٩ : ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ١.

٢ - وسائل الشريعة ١٩ : ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٢.

٣ - وسائل الشريعة ١٩ : ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٤ و ٧.

ونظيره صحيحة أبي الصباح الكناني^١.

وهاتان الصحيحتان تدلان على كون ضمان الخسارة في التجارة على العامل إذا خالف أمر المالك.

ومنها: ما دلّ على ضمان العامل عند مخالفة أمر المالك مطلقاً، مثل صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة فيخالف ما شرط عليه، قال: «هو ضامن والربح بينهما»^٢. وصحيح الكناني قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المضاربة يعطي الرجل المال يخرج به إلى الأرض، وينهى أن يخرج به إلى غيرها، فعصى فخرج به إلى أرض أخرى فعطب المال؟ فقال: «هو ضامن، فإن سلم فريح فالربح بينهما»^٣.

ونظيرهما صحيح رفاعة وجميل وموثق أبي بصير وخبر زيد الشحام^٤. وهذه الطائفة دلّت بإطلاقها على ضمان العامل عند مخالفة أمر المالك لدرك تلف مال القراض وللخسارة الحادثة في التجارة كليهما.

وأنت ترى ما ورد في ذيل أكثر هذه النصوص، من التصريح بكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل، بعد الحكم بضمان العامل لما ورد من الخسران بالتلف والوضيعة. فهي تدلّ بوضوح على أنّ مخالفة العامل لشرط المالك وعصيانه لأمره لا يوجب حرمانه لشيء من الربح، بل إنّما يجب ضمانه لما ورد من الخسارة على المالك بمخالفته لشرطه.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٣.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٥.

٣ - وسائل الشيعة ١٩: ١٧، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٦.

٤ - وسائل الشيعة ١٩: ١٧، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٨ - ١١.

(مسألة ١٧): لا يجوز للعامل خلط رأس المال بمال آخر لنفسه أو لغيره، إلا بإذن المالك عموماً أو خصوصاً، فلو خلط ضمن المال والخسارة^(١).

عدم جواز خلط رأس المال بمال آخر

١ - صرّح في الشرائع بذلك، لكنّه قيّد الخلط بكونه على وجه لا يتميّز. والوجه فيه عدم صدق العيب بمجرد الخلط مادام كان متميّزاً.

كلام صاحب الشرائع وتعليقه في الجواهر

قال رحمته: «ولو خلط العامل مال القراض بماله بغير إذن المالك خلطاً لا يتميّز ضمن؛ لأنّه تصرّف غير مشروع»^١. وعلّله في الجواهر بقوله: «ضرورة كونه أمانة في يده، فلا يجوز خلطها كالوديعة، على أنّ الشركة عيب»^٢.

ويستفاد من كلامه وكلام السيد الماتن وغيرهما من الأصحاب أنّ العامل يأثم بذلك ويضمن.

أمّا إنمّه بذلك فلاجل عدم جواز التصرّف في مال الغير بغير إذنه. والمفروض عدم صدور الإذن من المالك للعامل بخلط ماله على وجه لا يتميّز. وذلك لأنّ ظاهر كلام المالك عند التجرد عن القرينة هو الاتجار بمال شخصه، لا مختلطاً بغيره على وجه غير متميّز، فلم يأذن بذلك.

١ - شرائع الإسلام ٢: ١١٣.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٤.

يستقرّ الضمان بمجرد المزج المعدم للتمييز

وأما ضمانه لمال القراض فلقاعدته ضمان اليد. ولا حاجة في الحكم بالضمان إلى التلف، كما يفهم من كلام صاحب العروة؛ حيث قال: «فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف»^١. اللهم إلا أن يرجع العيب إلى نحو من التلف بالدقة.

وذلك لأن قاعدة اليد تجري بمجرد تعيب المال المفضوب بالخلط المعدم للتمييز، ولو لم يصدق عنوان التلف عرفاً. ومن هنا ترى صاحب الجواهر علل الضمان بأن الشركة عيب. وتظهر الثمرة في صورة فسخ المالك قبل الاتجار بالمال. فيضمن العامل ما حدث من العيب بسبب خلط مال القراض بمال نفسه أو مال غيره على نحو لا يتميز. اللهم إلا أن يرجع التعيب إلى نوع من التلف بالدقة؛ لأن العيب ينشأ من تلف جزء أو زوال وصف دخيل في القيمة.

ولا يخفى أن العامل كما يضمن أصل مال القراض، كذلك يضمن الوضعية والخسارة الحادثة في التجارة بسبب الخلط المذكور.

ولا يخفى أن خلط رأس المال بماله إذا أوجب تلفه أو الوضعية، يضمن العامل ذلك كل من المال والوضعية بلا إشكال، ولو كان الخلط على نحو المتميز؛ لوضوح أنه السبب في الإلتلاف والوضعية بالخلط، مع عدم إذن المالك به.

وهذا هو ظاهر كلام السيد الماتن رحمته ولكن يشكّل تصوير سببية الخلط للتلف.

وأما ما سبق آنفاً من أن العامل أمين لا ضمان عليه، فإنه فيما إذا لم يخالف

أمر المالك وشرطه، كما عرفت من النصوص الواردة في المقام.
هذا، ولكن في المقام نكتة مهمة لا ينبغي الغفلة عنها. وهي أنّ هذا الفرع لا
مصدق له في عصرنا هذا بالنسبة إلى مال القراض.

لا مصداق لهذا الفرع في نقود اليوم

وذلك لأنّ مال المضاربة من النقود الراضجة بلا إشكال. وجرت عادة
أهل العرف وعامة التجار من جميع البلاد والأقوام والمسل على خلط العُمال
مال القراض بأموالهم وادّخاره في البنك في ضمن أموالهم والأخذ من الحساب
البنكي تدريجاً للتجارة. فجرت سيرة عامة أهل العرف والعقلاء في يومنا هذا
على ادّخار مال القراض بعد أخذه من المالك في البنك وخلطه في ضمن سائر
نقوده المدّخرة. ثمّ يأخذ العامل مال القراض من حسابه للتجارة والاسترباح
تدريجاً.

وعليه فخلط مال القراض بمال نفسه أو بمال غيره - ممّا يكون عنده وفي
حسابه البنكي - أمر رائج متعارف. ومن هنا يكون هو المتفاهم العرفي من كلام
المالك. فلا إشكال فيه ولا يوجب ضماناً لو تلف بغير افراط أو تفريط، أو حدثت
وضيعة في التجارة، فلا يضمن شيئاً من المال والخسارة.

وإنّما يتصوّر المصداق لهذا الفرع بالنسبة إلى الدراهم والدنانير الراضجة في
الأزمة السابقة بلحاظ ما في أصنافها وأفرادها من التفاوت بحسب الجودة والردائة
ومقدار ما فيها من الغشّ والخلوص. وكذا بالنسبة إلى الأمتعة والسلع المشتراة
بالتجارة الواقعة في ضمن المضاربة.

لكن لو اتَّجر بالمجموع وحصل ربح فهو بين المالين على النسبة^(١).

١ - هذا بظاهره غير قابل للالتزام. وذلك لأنّ تقسيم الربح حينئذٍ بنسبة المالين إنّما هو لأجل الشركة الحاصلة بين صاحبي المالين باقتضاء اشتراكهما في المال وبمقتضى قاعدة تبعية الربح للمال، ولا ربط لذلك بالمضاربة.

فمقتضى القاعدة حينئذٍ تقسيم الربح الحاصل من المجموع أولاً: بينهما بنسبة المالين بمقتضى الشركة، وثانياً: تقسيم نصف الربح المتعلّق بمال المالك بين العامل والمالك حسب ما قرّراه في عقد المضاربة فكان الأنسب أن يقول السيد الماتن رحمته: فهو بينهما على نسبة المالين أولاً، ثمّ تقسيم النصف المتعلّق بمال المالك بينهما حسب ما قرّراه في عقد المضاربة. فإنّ التقسيم الأوّل إنّما هو بمقتضى الشركة في المالين، ولكن التقسيم الثاني بمقتضى المضاربة.

نعم، قد يتوهم أنّ هذا التقسيم الثاني إنّما يكون مشروعاً إذا كان الخلط بإذن المالك، وإلا فلا بدّ من الاكتفاء بالتقسيم الأوّل؛ نظراً إلى انتفاء أحكام المضاربة بمخالفة العامل لأمر المالك.

ولكنّه غير وجيه وذلك لأنّ بمخالفة أمر المالك لا تنتفي جميع أحكام المضاربة، بل إنّما ينتفي الضمان عن المالك ويتوجّه إلى العامل. وأمّا الربح فهو بينهما حسبما قرّراه.

وأما مقتضى المضاربة هو اشتراك العامل والمالك في خصوص الربح الحاصل من مال القراض. وعليه فبعد ما قُسم مجموع الربح بين المالين، لا بدّ من تقسيم الربح المتعلّق بسهم المالك بينه وبين العامل بمقتضى عقد المضاربة.

(مسألة ١٨): لا يجوز مع الإطلاق أن يبيع نسيئة^(١)، خصوصاً في بعض الأزمان وعلى بعض الأشخاص، إلا أن يكون متعارفاً بين التجار - ولو في ذلك البلد أو الجنس الفلاني - بحيث ينصرف إليه الإطلاق، فلو خالف في غير مورد الانصراف ضمن، لكن لو استوفاه وحصل ربح كان بينهما.

لا يجوز النسيئة للعامل ما لم تتعارف

١ - إنَّ المناط في جواز البيع نسيئةً للعامل وعدمها ظهور أمر المالك. وقد علَّله في الجواهر^١ بالتهجير في النسيئة. ولعلَّه لاحتمال الكساد والإفلاس في المشتري عند حلول الأجل أو امتناعه من الأداء، أو التأخير في الأداء. وكذا في العروض إذا وقع ثمناً لاحتمال الكساد فيه بأن تقلَّ رغبة الناس إلى شرائه وعدم الإقبال إليه في السوق لأجل الانكماش الاقتصادي.

دعوى ظهور أمر المالك فيما هو أكثر ربحاً

ويمكن أن يقال بظهور أمره فيما هو أكثر ربحاً، ولو كان نسيئةً. وعلَّل ذلك بأنَّ الغرض المعاملي الداعي إلى إعطاء المال للمضاربة هو الاسترباح. فإذا كان البيع نسيئةً أكثر نفعاً للمالك ينبغي أن يكون داخلياً في غرض المالك من المضاربة. وعليه فأمر المالك وكلامه ظاهر في آية تجارة كانت أنفع للمالك، بأن يعود بها إليه ربح أكثر، بلا فرق في ذلك بين النقد والنسيئة. هذا التعليل من صاحب المسالك كما نقل عنه في الجواهر. وكلامه وإن كان في التعليل لجواز البيع بالعروض، إلا أن الملاك يأتي في النسيئة قطعاً بالفحوى أو بتتقيح الملاك.

التعليل لخروج النسيئة عن إطلاق الأمر ونقده

وقد أجاب عنه في الجواهر^١ بأنّ المدار عند إطلاق كلام المالك حصول المنفعة بالمعاملات المتعارفة بين التجّار في تحصيل الأرباح، ولا يدخل فيه الفرد النادر وإن فرضت فيه المصلحة.

ومقصوده عليه السلام أنّ النسيئة غير رائجة ولا شائعة بين التجّار؛ لندور إقدامهم عليها. فهي فرد عزيز الوجود ونادر الوقوع. ومن هنا ينصرف أمر المالك بالتجارة عنها إلى النقد؛ لكثرة وقوعه وجريان عادة العرف عليه، فهو الفرد الغالب المتعارف من طبيعي التجارة وينصرف إليه الإطلاق لغلبة وجوده وكونه متعارفاً.

والسرّ في ذلك أنّ بيع النسيئة ليس رابحاً عادة؛ لأنّ في تعجيل أداء الثمن وكونه نقداً، حظاً من القيمة يتعلّق الغرض المعاملي بالنقود والحاجة إليها أكثر. وظاهر حال كلّ من يعطي ماله للمضاربة احتياجه الفعلي إلى الربح. ومن هنا يعطى النقد ليستحصل بالمضاربة نقداً أكثر ممّا أعطاه. هذا مع أنّ في التأخير آفة وربما يعرض المانع على أصل استحصال الأثمان.

وفيه: أنّ هذه المحاذير لا تصلح لإثبات المطلوب؛ إذ ربما لا يعتني العقلاء بهذه المحاذير ويقدمون مع احتمالها على النسيئة والبيع بالعروض؛ نظراً إلى ما يتوقعونه من الربح الأوفر، كما يفضّون لأجل ذلك عمّا في النقد من الفوائد والأغراض الاقتصادية العاجلة، وما يمكن تحصيله بتبادل النقد المأخوذ من الفوائد والأرباح في خلال مدّة الأجل.

إعطاء الضابطة في المقام

وإنما الملاك الصالح للتعليل به في المقام، ظهور كلام المالك في النقد بسبب جريان عادة أهل العرف عليه. والوجه الأساسي في تكوّن عاداتهم على معاملة النقد واجتنابهم عن النسيئة، هو احتياج العامل إلى الثمن غالباً، كما أنّ اعتيادهم على أخذ الثمن نقداً - لا عروضاً - إنما هو لأجل قابلية النقد للصرف في تهيئة كلّ ما يحتاج إليه الإنسان ولقضاء جميع حوائجه، دون الأمتعة والعروض.

ومن هنا جرى التعارف واستقرّت العادة على التجارة نقداً بتقدّر في المضاربة وقلّما يرضى المالك بالنسيئة. ولأجل ذلك يكون النقد ظاهر كلام المالك حينما يعطي ماله إلى العامل ويأمره بالتجارة، إلّا أن ينصب قرينة تدلّ على إرادة ما هو أعمّ من النسيئة أو يصرّح بذلك. وما دام لم يصرّح بذلك أو لم تكن هناك عادة عرفية أو قرينة حالية إلى ما هو الأعم، مقتضى ظاهر كلام المالك إرادة التجارة نقداً. وعليه فلو خالفه العامل وباع نسيئةً فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو بينهما ولا يحدث إشكال حينئذٍ. وأمّا لو حدثت وضعية وخسارة، فهي على العامل كما سبق آنفاً؛ نظراً إلى مخالفته لأمر صاحب المال، فعليه الوضعية.

وأمّا لو اطّلع المالك على الحال قبل استيفاء الثمن، فإن أمضى النسيئة فهو، وإلّا بطل وله الرجوع على كلّ من البائع والمشتري. والسرّ في ذلك أنّ البيع الواقع نسيئة من جانب العامل حينئذٍ يكون فضولياً ويترتب عليه أحكام الفضولي. وحكم تعاقب الأيدي في صورة عدم الإمضاء. ولا مانع من اعتبار مال واحد في ذمم أشخاص متعدّدين، كما قرّر في محله.

هذا كلّّه إذا لم يكن النسيئة متعارفة بين التجار. وأمّا إذا كانت متعارفة بحيث يمنع عن انصراف كلام المالك إلى النقد ويوجب دخولها في إطلاق كلامه، يجوز

(مسألة ١٩): ليس للعامل أن يسافر بالمال - براً وبحراً - والاتجار به في بلاد آخر غير بلد المال، إلا مع إذن المالك^(١) ولو بالانصراف لأجل التعارف، فلو سافر به ضمن التلف والخسارة، لكن لو حصل ربح يكون بينهما. وكذا لو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها.

للعامل حينئذٍ البيع نسيئةً، ولا ضمان عليه، بلا حاجة إلى إذن المالك لخصوصها. فالضابطة التي عليها مدار الجواز وعدمه في المقام هو تعارف النسيئة في بلد المالك أو في الجنس الخاص؛ بحيث يوجب ظهور إطلاق كلام المالك في الأعم من النسيئة. فلو حصل هذا الملاك، يجوز مع إطلاق كلام المالك أن يبيع العامل نسيئةً، وإلا فلا.

اعتبار إذن المالك في كون نفقة السفر من رأس المال

١ - وقد علل عدم جواز السفر إلى خارج بلد المالك للعامل، بما تقدّم آنفاً من ظهور كلام المالك في إذنه للعامل بالتجارة في داخل البلد؛ لأنّ المتعارف هو التجارة في داخل البلد، وصرف كلام المالك إلى خلاف ما هو المتعارف بحاجة إلى قرينة خاصة.

فما دام لم تكن هناك قرينة صارفة عرفية عامة أو خاصة منصوبة من جانب المالك، يؤخذ بظاهر كلام المالك ويحكم بعدم جواز السفر.

هذا، ولكنّ الإنصاف أنّه يشكل الالتزام بجريان العادة على عدم السفر إلى خارج البلد للتجارة في المضاربة في هذه الأعصار، مع ما فيها من كثرة الوسائل الثقيلة السريعة بأنواعها، بل يمكن أن يقال: أنّ الاسترباح يتوقف كثيراً ما على

(مسألة ٢٠): ليس للعامل أن ينفق في الحضر^(١) من مال القراض وإن قلَّ

حتى فلوس السقاء، وكذا في السفر إذا لم يكن بإذن المالك،

ذلك. وهذا ممَّا تعارف في التجارات اليومية بين التجار والعمَّال، ومن كان في هذه الأعمار أكثر وسيلةً للسفر والسفر وأوسع ارتباطاً مع البلاد بل البلدان البعيدة يكون أقدر على تحصيل النفع.

وعليه فظاهر كلام المالك في هذا الزمان ما هو أعمّ من التجارة في خارج البلد، إلا أن تكون قرينة حالية أو مقالية وغيرها على إرادة التجارة في خصوص البلد كما هو المتعارف في البلاد الصغيرة وفي الأموال القليلة الجزئية ولا سيَّما بحسب حال العامل من قلِّه التمكن والمقدرة التي لا يتوقع معها من المالك أن يسافر إلى خارج البلد.

وعلى أيِّ حال يفترق الحال بحسب البلاد والأشخاص ومقدار الأموال. ولا بدّ في تعيين ظاهر كلام المالك الرجوع إلى القرينة، ويشكل تأسيس الأصل بالمنع، كما سبق في النسيئة آنفاً.

وعلى أيِّ حال فلو كان لكلام المالك ظاهر في عدم السفر وخالفه العامل وسافر ضمن تلف مال القراض وما حدث من الوضيعة في التجارة، لما دلَّ على ذلك من النصوص السابقة ذكرها.

نفقة العامل في الحضر

١ - قوله: فلوس السقاء؛ أي ما يعطى لسقي الماء أو اللبن.

ثمَّ إنَّه لا خلاف ولا إشكال في عدم جواز الإنفاق للعامل في الحضر من مال القراض، بل ادَّعى عليه الإجماع غير واحد من الأصحاب. والوجه فيه - مضافاً إلى

وأما لو كان بإذنه فله الإنفاق من رأس المال، إلا إذا اشترط المالك أن تكون النفقة على نفسه^(١).

اتفاق الأصحاب - دلالة النصّ الصحيح الآتي وعمومات حرمة التصرف في مال الغير، من دون إذنه.

وأما السفر فإذا لم يكن بإذن المالك؛ بأن اشترط عدم السفر، فلا إشكال في عدم جواز أخذ نفقته من مال القراض، كما هو واضح؛ لما سبق آنفاً من النصوص الدالة على ضمان العامل لكلّ تلف وضرر حدث من تصرفه إذا لم يكن بإذن صاحب المال. وهذا لا كلام فيه بين الأصحاب.

فمحلّ الكلام هاهنا فيما إذا أذن المالك بالسفر؛ إمّا صريحاً، بأن يقول للعامل مثلاً: لك أن تسافر خارج البلد، أو كان ذلك مقتضى إطلاق كلامه، كما لو كان السفر متعارفاً، كما في هذه الأعصار. ويشهد لذلك كلام صاحب الحدائق؛ حيث قال: «ما ذكرناه من وجوب النفقة مخصوص بالسفر المأذون فيه. فلو سافر إلى غيره؛ إمّا بتجاوز السفر المأذون فيه إلى مكان غير مأذون فيه أو إلى جهة غير جهة السفر المأذون فيه فلا نفقة له، وإن كانت المضاربة صحيحة والريح بينهما كما عرفت آنفاً».

نفقة العامل في السفر

١ - إذا سافر العامل للتجارة بإذن المالك، وقع الكلام في أنّ ضمان النفقة هل هو على العامل أو على المالك أو يفصل في ذلك؟ فاختلّفوا على أقوال. وينبغي قبل الخوض في البحث تنقيح الآراء وبيان ما استدلّ به لكلّ منها.

تنقيح الآراء

ذهب المشهور إلى أن نفقة السفر - من مأكول وملبوس ومشروب، بل كل ما هو من لوازم السفر ومصارفه الشخصية - على المالك وأنها من مال القراض مطلقاً، سواءً زادت نفقته على نفقة الحضر أم لا، كما صرح به في الحدائق^١ وجامع المقاصد^٢. وإليه ذهب الشيخ في النهاية^٣ والخلاف^٤ وابن إدريس^٥ والمحقق^٦ وابن سعيد^٧ والعلامة في المختلف^٨ والتذكرة^٩ والتحرير^{١٠} وإيضاح النافع ومجمع البرهان. وعن المسالك والكفاية والمفاتيح أنه الأشهر، بل عن الخلاف أن عليه الإجماع. كل ذلك نقله في جامع المقاصد^{١١} والمفتاح^{١٢} بالتفصيل.

وفي المقام قولان آخران:

أحدهما: كون نفقة السفر كلها على العامل كالحضر.

١ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٠.

٢ - جامع المقاصد ٨: ١١١.

٣ - النهاية: ٤٣٠.

٤ - الخلاف ٢: ١١٤.

٥ - السرائر ٢: ٤٠٨.

٦ - شرائع الإسلام ٢: ١٣٨.

٧ - الجامع للشرائع: ٣١٦.

٨ - مختلف الشيعة ٦: ٢٠٦.

٩ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٢.

١٠ - تحرير الأحكام ١: ٢٧٦.

١١ - جامع المقاصد ٨: ١١١.

١٢ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٧٦.

ثانيهما: كون خصوص ما زاد منها عن نفقة الحضر على العامل. وهذان القولان يستفادان من كلام الشيخ في المبسوط. وأولهما مختاره عليه السلام ظاهراً. وسيأتي بيان وجههما بعد بيان وجه قول المشهور.

وينبغي هاهنا نقل كلمات بعض الفقهاء الفحول ليوضح تحرير آرائهم ووجوه استدلالهم.

كلام المحقق الكركي

قال في جامع المقاصد: «المشهور بين الأصحاب أن العامل يستحق الإنفاق في السفر من أصل مال القراض كمال النفقة. ذهب إلى ذلك الشيخ في النهاية والخلاف، وأكثر الأصحاب، واختاره المصنف في كتبه، وهو الأصح؛ لأنه بسفره انقطع إلى العمل في مال القراض، فناسب أن تكون النفقة على المال. ولصحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: «في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، وإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه^١». وهو ظاهر في المطلوب؛ لأن «ما» للعموم.

وذهب في المبسوط إلى عدم الاستحقاق، وإن نفقته من ماله، كالحضر. ولأنه دخل على أن له سهماً معلوماً من الربح فلا يستحق سواه، وقد لا يربح المال أكثر من النفقة. وذهب أيضاً إلى أنه على تقدير القول بالإنفاق إنما يستحق ما زاد على نفقة الحضر من مأكول وملبوس وآلات؛ لأنه الذي اقتضاه السفر، والحجة الحديث السابق^٢.

١ - الكافي ٥: ٢٤١ / ٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٤، كتاب المضاربة، الباب ٦، الحديث ١.

٢ - جامع المقاصد ٨: ١١٢.

قوله: «لأنه بسفره انقطع إلى العمل في مال القراض» تعليل بمقتضى القاعدة لإثبات كون النفقة على المالك. وحاصله: أن سفر العامل لما كان لأجل العمل في مال القراض وتمخّضه في المضاربة والتجاره به وانقطاعه إلى ذلك، يقتضي ذلك كون نفقة السفر من مال القراض، وبالمال على المالك.

وبعبارة أخرى: لما كان الغرض الغائي من سفره والداعي إليه هو التجارة بمال القراض والعمل فيه للمضاربة التي اقترحها المالك إليه، يكون مقتضاه كون نفقة السفر على المالك.

وأما توضيح سائر فقرات كلامه فسيُتضح لك في تحرير كلمات سائر الفقهاء.

كلام صاحب الحدائق

وقال في الحدائق: «المشهور بين الأصحاب أن جميع ما ينفقه في السفر للتجارة من رأس المال، سواء كانت النفقة زائدة على نفقة الحضر أو ناقصة أو مساوية، وكلّ ما يحتاج إليه للأكل والشرب لنفسه ودوابه وخدامه حتى القرب والجواليق ونحوهما، إلا أنها بعد انتهاء السفر والاستغناء عنها يكون كلّ ذلك من أصل المال، سواء حصل له الربح أم لا.

وقيل: إنه لا يخرج من أصل المال، إلا ما زاد على نفقة الحضر؛ للإجماع على أن نفقة الحضر على نفسه، فما ساواه في السفر يحتسب أيضاً عليه، والزائد على ذلك من مال القراض، وأيد ذلك بعضهم بأنه إنما حصل بالسفر الزيادة لا غير، أمّا غيرها فسواء كان مسافراً أم حاضراً لا بدّ منها، فلا يكون من مال القراض.

وقيل: إن نفقة السفر كلّها على العامل كنفقة الحضر، وعُلّل بأن الربح مال المالك، والأصل أن لا يتصرّف فيه، إلا بما دلّ عليه الإذن، ولم يدلّ إلا على الحصّة

التي عيّنها للعامل، وهو لم يدخل في العمل، إلا على هذا الوجه، فلا يستحقّ سواه. ويدلّ على القول الأوّل ما رواه الكليني في الصحيح عن عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال: في المضارب: «ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه»^١.

وعن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: في المضاربة... الحديث. ورواه في الفقيه^٢ مرسلًا قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: مثله. وبه يظهر قوّة القول المشهور، وأنّه المؤيّد المنصور، فلا يلتفت إلى هذه التخريجات الضعيفة، والتعليقات السخيفة، كما عرفت في غير مقام^٣.

وقد عرفت من كلامه أنّه استدلّ لقول المشهور بالنصّ ولم يشر إلى مقتضى القاعدة.

كلام صاحب الجواهر

وفي الجواهر: «ولا ينفق العامل في الحضر عندنا شيئاً من مال القراض وإن قلّ، حتّى فلس السقاء، لأصالة حرمة التصرف في مال الغير.

نعم، له أن ينفق في حال السفر كمال نفقته من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك ممّا هو داخل في النفقة من أصل المال على الأظهر الأشهر، بل المشهور، في التذكرة نسبتته إلى علمائنا، بل في محكي الخلاف الإجماع عليه، وهو الحجّة بعد صحيح عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام... ونحوه خبر السكوني

١- الكافي ٥: ٢٤١ / ٥.

٢- الفقيه ٣: ١٤٤؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٤، كتاب المضاربة، الباب ٦.

٣- الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٠.

عن أمير المؤمنين عليه السلام، خلافاً للمحكي عن بعض، من كون جميع نفقته على نفسه، كالحضر، للأصل المقطوع بما عرفت، فالعمل عليه حينئذٍ، كالاجتهاد في مقابلة النصّ.

نعم، عن آخر أنّ له تفاوت ما بين نفقة السفر والحضر، وهو مخالف لظاهر النصّ أيضاً، المعتضد بما سمعت^١.

ولاحظت من كلامه أنّه استدللّ لرأي المشهور أولاً بالنصّ، ثمّ بالإجماع. وفيه: أنّ الإجماع يشكل تحصيله؛ نظراً إلى مخالفة الشيخ نفسه له في المبسوط باختيار القول الآخر بعد دعواه الإجماع في الخلاف. هذا مضافاً إلى استدلال المشهور لرأيهم بالنصّ ومقتضى القاعدة، فلا يكون الإجماع المحكي في الخلاف كاشفاً تعبدياً عن رأي المعصوم عليه السلام.

وأحسن ما استدللّ به لرأي المشهور في المقام ما علّل به المحقق الكركي، كما عرفت؛ حيث لم يكتف بالنصّ كصاحب الحدائق، ولم يعتن بالإجماع كصاحب الجواهر، بل استدللّ بمقتضى القاعدة قبل استدلاله بالنصّ. وستعرف أنّ النصّ موافق لمقتضى القاعدة.

فيما استدللّ به لرأي المشهور

واستدلّ لرأي المشهور أولاً: بمقتضى القاعدة. وقد بيّن لها تقريران:

أحدهما: ما نقله في المستمسك^٢ عن التذكرة. وحاصله: أنّ سفر العامل إنّما

هو لمصلحة المال، ومقتضى ذلك أخذ نفقته منه.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٥.

٢ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٩٦.

ولكنه رضي الله عنه ردّه بأن مقتضى هذا التعليل جواز أخذ خصوص نفقة السفر؛ من مقدّماته ولوازمه، لا نفقة شخص العامل في السفر.

وفيه أنّ أصل السفر إذا كان لمصلحة المال وبإذن المالك، يصير جميع لوازم السفر - حتى مصارفه الشخصية حال السفر - في جهة مصلحة المال ومأذوناً فيه. ولكن يمكن النقاش في أصل هذا الوجه بأنّ مصلحة المال ومنفعته لا تعود إلى المالك خاصّة لكي يلزم عليه تحمّل جميع نفقات سفر العامل، بل إنّما تعود إليه وإلى العامل كليهما، ولازم ذلك كون النفقة عليهما معاً.

ولا يخفى عليك أنّ هذا الوجه وما يرد عليه من النقاش إنّما هو بمقتضى القاعدة، ومع قطع النظر عن دلالة صحيحة عليّ بن جعفر الواردة في خصوص المقام.

ثانيهما: ما نقله في المستمسك^١ عن التذكرة وجامع المقاصد.

وحاصله: أنّ سفر العامل إنّما هو سبب ومقدّمة للتجارة بمال القراض؛ لأنّه بسفره انقطع إلى العمل في مال القراض وتمخّص في المضاربة. ولمّا كان ذلك بأمر المالك وإذنه، يكون ضمان ما تحمّله في السفر، من المخارج والمصارف على المالك.

وبيان آخر - كما عن بعض الأعلام^٢ - : إنّ إذن المالك للعامل بالسفر ظاهرٌ عرفاً في الإذن بلوازمه بالدلالة الالتزامية.

وهذا التقريب - بعنوان أنّه مقتضى القاعدة ومع قطع النظر عن دلالة الصحيحة الآتية - قد يناقش فيه بأنّه لا يثبت بذلك رأي المشهور؛ نظراً إلى كون

١ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٩٦.

٢ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٥١.

نفع العامل أيضاً في هذا السفر. ومن هنا يدخل محلّ الكلام في قاعدة «من له الغنم فعليه الغرم»، وهي كبرى كلية مرتكزة في أذهان أهل العرف العامّ ومنشؤه السيرة المستقرّة بين العقلاء على ضمان جميع الشركاء ذوي النفع في النفقات المبذولة لجهة الاسترباح في التجارات الربحية. نعم، إذا لم يحصل ربح لا مناص من أخذ نفقة السفر كلّها من مال المالك؛ لأنّ السفر كان بإذنه ولا ربح لكي يجبر به ما نقص من مال القراض بإنفاقه للسفر.

وثانياً: بصحیحة عليّ بن جعفر الآتية. وسيأتي البحث عن مفادها مفصلاً.

وثالثاً: بالسيرة المستمرة القطعية المستقرّة على تحمّل المالك لجميع ما

تحمّله العامل من نفقة السفر في باب المضاربة، كما عن بعض المحقّقين^١.

وفيه: أنّ إحراز السيرة - متشرعةً كانت أو عقلائية - مشكل في المقام على

ضمان المالك، بل لا يبعد دعوى استقرار السيرة العقلائية على ضمان كلّ من المالك

والعامل؛ نظراً إلى عود مصلحة المال ومنفعته إليها معاً. لكنّه مع قطع النظر عن

دلالة الصحیحة الآتية.

ورابعاً: بالإجماع، وقد استدلّ به في الجواهر؛ حيث قال: «بل في محكي

الخلاف الإجماع عليه. وهو الحجّة بعد صحیح عليّ بن جعفر»^٢. وأيضاً نقله في

المفتاح عن الخلاف، ثمّ زاد بقوله: «وفي السرائر أيضاً أنّ الشيخ رجع في النهاية

والخلاف إلى أهل نحلته وإجماع عصابته عن أحد قولي الشافعي» ثمّ أشكل على

السرائر بقوله: «وفيه أنّ النهاية والخلاف متقدّمتان على المبسوط»^٣.

١ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٥١.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٥.

٣ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٧٦ / السطر ٢٠.

وفيه: أن الإجماع لم يدّعه غير الشيخ في الخلاف، بل هو لم يشر إليه في سائر كتبه، بل خالفه نفسه في المبسوط؛ حيث أفتى فيه بخلاف رأي المشهور، كما سبق نقله، بل الظاهر استقرار رأيه على ذلك؛ نظراً إلى تأخر المبسوط عن الخلاف والنهاية، كما قال في المفتاح^١.

أما القولان الآخران، فحاصل أحدهما: أن نفقة السفر كلّها على العامل كنفقة الحضر. والوجه فيه - كما عرفت من فحول الفقهاء - أن مال القراض ملك المالك؛ إذ لم يخرج بإعطائه العامل عن ملكه. وعليه فلا يجوز للعامل أن يتصرّف فيه، إلا بعد إحرار إذنه، وهو غير محرز، بل معلوم العدم؛ إذ دخل العامل في المضاربة على أن يكون له سهماً معيّناً معلوماً من الربح، لا أكثر من ذلك. فلا يستحق شيئاً سواه، مع أن الأصل عدم جواز تصرّفه في مال الغير، إلا فيما إذا أحرز إذنه. وفي المقام لم يُحرز إذنه، إلا في الحصّة المعلومة من الربح التي عيّنها للعامل.

هذا القول ذهب إليه الشيخ في المبسوط، كما صرّح به في جامع المقاصد^٢. وهو خيرة الشيخ بناءً على تقدّم النهاية والخلاف على المبسوط، كما قال في المفتاح^٣.

وأما ثانيهما، فحاصله: جواز أخذ نفقة السفر من مال القراض بمقدار ما زاد عن قدر نفقة الحضر، لا أكثر من ذلك.

وعُلّل ذلك - كما عرفت من كلمات الفقهاء - بأن نفقة الحضر لا خلاف في عدم جواز أخذها من مال القراض. فما كان من نفقة السفر بمقدار نفقة الحضر

١ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٧٦ / السطر ٢٠.

٢ - جامع المقاصد ٨: ١١٢.

٣ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٧٦ / السطر ٢٠.

يترتب عليه حكمها، فلا يجوز أخذه من مال القراض. وأمّا ما زاد على ذلك فيؤخذ من مال القراض.

وبعبارة أخرى: إنّ الذي اختصّ به السفر هو المقدار الزائد عن نفقة الحضر، وإلاّ فالباقي مشترك بين الحضر والسفر، ولا مناص من أخذه وإخراجه من مال القراض، سواء كان العامل حاضراً أو مسافراً، فلا يؤخذ المقدار المشترك بينهما من مال القراض. وإتّما يجوز أخذ المقدار الزائد المختصّ بالسفر.

وهذا القول أيضاً قال به الشيخ في المبسوط، على فرض جواز الإنفاق في السفر من مال القراض. ونقله أيضاً في جامع المقاصد^١.

وأول ما يرد على هذين القولين أنّهما مخالف لظاهر صحيح عليّ بن جعفر، بل القول الأوّل مخالف لصريحه. فهو اجتهاد في مقابل النصّ، كما قال في الجواهر^٢. هذا مضافاً إلى مخالفتها لمقتضى القاعدة، كما عرفت وستعرف مفصلاً. وقد تبين ممّا بيّناه آنفاً أنّ أحسن ما استدلّ به لرأي المشهور وجهان:

أحدهما: مقتضى القاعدة.

ثانيهما: دلالة نصوص المقام.

أمّا مقتضى القاعدة: فلأنّ السفر إذا كان بإذن المالك وكان لأجل التجارة والعمل في مال القراض باقتضاء المضاربة، كما هو مفروض الكلام، فلا وجه لكون النفقة على العامل نفسه.

فإنّ المالك إذا أذن العامل بالسفر لأجل التجارة والعمل في مال القراض، يدلّ إذنه بالدلالة الالتزامية على إذنه في لوازم السفر وما يتوقّف عليه التجارة في

١ - مفتاح الكرامة ٧: ٤٧٦ / السطر ٢٠.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٥.

السفر. فكل ذلك غير خارج عن مدلول إذن المالك بالسفر لأجل المضاربة.
وعليه يدخل جواز الإنفاق في السفر في ظاهر إذن المالك بالسفر. فيجوز
للعامل الإنفاق في السفر؛ استناداً إلى ظاهر كلام المالك.
هذا حاصل ما استدل به لرأي المشهور بمقتضى القاعدة. وقد سبق تفصيله
أنفاً بتقريبين. ولكن قد عرفت أن القاعدة لا تصلح لإثبات ضمان نفقة السفر كلها
على المالك خاصةً.

والوجه في ذلك أن الذي استقرت عليه السيرة القطعية من العقلاء أنه إذا
أقدم شخصان أو عدة أشخاص على تجارة رابحة - على سبيل المضاربة أو على
نحو الشركة في المال، أو بين المال والعمل - كون ضمان النفقات المبدولة في
مقدمات التجارة على جميعهم بإزاء النفع العائد إليهم. فارتكز هذا الأصل في
أذهانهم على نحو كبرى كلية، وهي أن كل من يعود إليه النفع ويدخل في كيسه ربح
التجارة، يكون عليه ضمان ما أنفقه في سبيل تلك التجارة والاسترباح وتحصيل
ذلك النفع.

وعليه فمقتضى القاعدة أخذ نفقات التجارة - التي هي مقدّمة الاسترباح - من
مجموع مال القراض والربح الحاصل، لا من خصوص مال القراض كما يوهمه
عبارات بعض الأصحاب. وسيأتي أن كلمات مشهور القدماء ظاهرة فيما قلنا؛ نظراً
إلى قولهم: إنّ الربح وقاية لرأس المال، ولما أفتوا بجبران نقصان مال القراض
بالربح الحاصل في ختام المضاربة. نعم، في صورة عدم حصوله لاختلاف بينهم في
كون ضمان النفقة على المالك.

كما يظهر لمن تأمل في كلماتهم أنها ليست ناظرة إلى نفقات التجارة، بل إلى
نفقات شخص العامل في السفر والحضر.

وأما نصوص المقام: فقد استُدلّ لرأي المشهور بصحيح عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام: قال في المضارب: «ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، وإذا قدم بلده فما أنفق فهو من نصيبه»^١.

ومثله قول أمير المؤمنين عليه السلام في معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام. ولا إشكال في سندهما. وأما من جهة الدلالة فغاية مدلولهما جواز أخذ نفقة السفر من مجموع مال القراض والربح قبل تفكيك الربح وإفرازه؛ لأنّه ظاهر قوله عليه السلام: «فهو من جميع المال».

ويشهد لذلك قوله عليه السلام: «وإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه»؛ لأنّه بقرينة المقابلة يعلم أنّ المقصود من جميع المال مجموع مال القراض والربح الحاصل. فالمراد في الحقيقة أخذ نفقة السفر من نصيبهما؛ أي مجموع الربح قبل التقسيم. وأنت ترى أنّ مفروض كلام الإمام عليه السلام في الصحيحة صورة حصول الربح، ولم يتعرّض إلى فرض عدم حصوله، كما هو واضح.

وعليه فلا مناص في صورة عدم حصول الربح من أخذ نفقة السفر كلّها من مال القراض؛ لما بيّناه في تقريب القاعدة في شرح كلام المحقّق الكركي. ولعلّه لوضوحه بمقتضى القاعدة لم يتعرّض إليه الإمام عليه السلام. وبهذا التقريب يتقوى قول المشهور.

وأما القولان الآخران فقد اتّضح لك بما بيّناه في مقتضى القاعدة أنّهما خلاف مقتضاها، بل وخلاف صريح النصّ، فالقول بهما - مضافاً إلى كونه خلاف مقتضى القاعدة - اجتهادٌ في مقابل النصّ، كما قال في الجواهر^٢.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٤، كتاب المضاربة، الباب ٦، الحديث ١.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٥.

مدلول النص من منظر القاعدة

مقتضى القاعدة - كما تبين ممّا سلف - كون نفقة السفر على المالك فيما إذا لم يحصل ربح، وكونها عليهما معاً إذا كانت التجارة رابحة. على المالك؛ لأنه الذي سبب سفره باقتراح المضاربة إلى العامل وإذنه بالسفر. فعليه أن يتحمّل جميع لوازمه المترتبة عليه من النفقة. وهذا داخل في قاعدة الضمان بالتسبب. وأمّا إذا كانت التجارة رابحة فمقتضى القاعدة والسيرة العقلانية كون نفقة السفر عليهما معاً؛ لرجوع نفع السفر والربح الحاصل منه إليهما. وقد سبق بيان ذلك مفصلاً.

وهذا بخلاف الحضر؛ لأنّ نفقاته الشخصية التي لا ترتبط بالمضاربة، لا وجه لأخذها من مال القراض. نعم، النفقات المرتبطة بالتجارة والمضاربة من كراء النقل وأجرة الحمّال وشراء الآلات وأيّة نفقة أنفقها العامل لأجل العمل في مال القراض وفي جهة الاسترباح بالتجارة تؤخذ من مجموع مال القراض والربح فيما إذا كانت التجارة رابحة. ومن أصل مال القراض بمقتضى القاعدة إذا لم تكن التجارة رابحة. وعليه فالقول بأنّ نفقة الحضر كلّها من نصيبه - حتّى ما كان منها مقدّمة للتجارة الرابحة - خلاف مقتضى القاعدة، كما هو خارج عن مدلول النصّ والفتاوى. بل مقصود الكلّ خصوص النفقات الشخصية التي لا ربط لها بالعمل في مال القراض وأجنبية عن المضاربة.

وقد اتّضح بما بيّناه أنّ قوله بإيّاه: «فإذا قدم فما أنفق فمن نصيبه» يحمل على نفقاته الشخصية، بل هو ظاهر الرواية في حال السفر والحضر. وذلك بقريئة القاعدة العقلانية المرتكزة في أذهان أهل العرف. وهي أنّ من دعا شخصاً إلى عمل عليه ضمان ما تحمّله العامل من النفقة في جهة الإتيان بذلك العمل، بلا فرق بين كون العمل في الحضر وبين كونه في السفر. وهذه القاعدة الارتكازية العقلانية قريئة

صارفة لإطلاق لفظه «ما» في قوله: «ما أنفق فمن نصيبه» عن النفقات المرتبطة بالمضاربة إلى النفقات الشخصية غير المرتبطة بها؛ حيث لا فرق بين السفر والحضر في كون ضمان النفقة المبذولة لمقدمات التجارة الرابحة عليهما معاً وفي التجارة غير الرابحة على خصوص المالك كما سبق آنفاً.

هذا، مع أنه إذا كان المقصود من قوله: «ما أنفق» في ذيل الصحيحة، النفقات الشخصية ينعقد لصدها أيضاً ظهوراً في ذلك بمقتضى وحدة السياق، كما لا مانع من التحفظ على إطلاق «ما أنفق» في الصدر ورفع اليد عن إطلاقه في الذيل، لأجل القرينة الصارفة المزبورة؛ لعدم ارتباط المصارف الشخصية في الحضر بالمضاربة. وعلى فرض ثبوت الإطلاق له لا مناص من رفع اليد عنه. وذلك لقاعدة وجوب الاقتصار فيما خالف القاعدة على المتيقن من مدلول النص.

صَوْرُ أَخْذِ النِّفْقَةِ وَالْفَرْقِ بَيْنَهَا

إنَّ النِّفْقَةَ تَارَةً: تُوْخَذُ مِنْ مَالِ الْقَرَاضِ الْمَعْبَّرِ عَنْهُ بِرَأْسِ الْمَالِ، وَأُخْرَى مِنَ الرِّيحِ. وَحِينَئِذٍ فِيمَا يُوْخَذُ مِنْ نَصِيبِ الْمَالِكِ أَوْ الْعَامِلِ أَوْ مِنْ مَجْمُوعِ الرِّيحِ، وَثَالِثَةً تُوْخَذُ مِنْ مَجْمُوعِ الرِّيحِ وَرَأْسِ الْمَالِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْفُرُوضِ وَاضِحٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَخْذِ النِّفْقَةِ مِنْ مَجْمُوعِ الرِّيحِ وَبَيْنَ أَخْذِهِ مِنْ مَجْمُوعِ مَالِ الْقَرَاضِ وَالرِّيحِ، كَمَا لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ قَبْلِ تَفْكِيكِ الرِّيحِ وَبَيْنَ بَعْدِهِ، وَلَا بَيْنَ أَنْ يَنْفَقَ الْعَامِلُ مِنْ كَيْسِهِ وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ النِّفْقَةَ مِنْ مَالِ الْقَرَاضِ ثُمَّ يَجْبِرُهُ بِالرِّيحِ.

بيان ذلك: أنه لو ربحت التجارة مئة ألف تومان وكان مال القراض مئة ألف أيضاً، وكان مقدار النفقة عشرين ألف تومان، فبناءً على أخذ النفقة من مجموع الربح يؤخذ مبلغ عشرين ألف تومان من مئة ألف تومان - وهو مجموع الربح - ثم يقسم

ثمانين ألف تومان الباقية بين المالك والعامل. ويُردّ مال القراض بكماله إلى المالك. وكذلك لو أخذها من مجموع مال القراض والربح؛ حيث تؤخذ النفقة ابتداءً من مئتين ألف - وهو مجموع المال والربح - ويجبر به النقص الوارد على رأس المال. ثمّ ينصف باقي الربح - وهو ثمانين ألف تومان - بينهما. فلم تفرق الكيفيتان من التقسيم. وكذلك الحال لو أنفق العامل من كيسه؛ حيث يأخذ ابتداءً ما أنفقه من كيسه - وهو عشرون ألف - من مجموع الربح. ثمّ يُقسّم ثمانين ألف الباقية بينهما، ورأس المال على حاله من غير تغيير، كما هو واضح. وعلى أيّ حال يتحمّل النفقة المالك والعامل كلاهما؛ حيث إنهما تؤخذ من الربح. والربح مملوك لهما، لا لأحدهما. وكذلك الكلام فيما إذا كان الربح الحاصل بمقدار النفقة أو أقلّ منها. نعم، إنّما يظهر الفرق في خصوص الصورة الأخيرة من ناحية جبران مال القراض وعدمه. فحينئذٍ لو أخذت النفقة قبل جبران نقص رأس المال، ورد النقص عليه مطلقاً، سواءً أخذها من خصوص الربح أو من مجموعهما.

وأما كون نفقة السفر على خصوص مال القراض - ينافي ما يظهر من النصّ، من أخذ نفقة السفر من مجموع مال القراض والربح. كما هو خلاف ما أفتى به الأصحاب من جبران نقصان رأس المال بالربح.

ما هو المراد من قوله بالتام: «ما أنفق» في الصحيحة؟

وثانيتها: إنّ المقصود من قوله «ما أنفق» في ذيل الصحيحة هو النفقة الشخصية العائدة إلى شخص العامل، لا الأعمّ منه والنفقة المبدولة في مقدمات التجارة. وذلك لوضوح كون نفقات التجارة على مجموع مال القراض والربح قبل التفكيك، بمقتضى القاعدة التي استخرجناها من السيرة العقلانية وارتكاز أهل

العرف. ومقتضى وحدة السياق في الصحيحة أيضاً حمل «ما أنفق» في صدرها على ذلك، فلا نظر لها إلى نفقات التجارة، كما يلوح من كلمات بعض، وإن كان تعابير المشهور موافقة لظاهر النص.

استشهاد القدماء بالنص الوارد في المقام

كما أنّ التعبير بصيغة الماضي وسياق الكلام يقضيان كون محطّ كلام الإمام عليه السلام ما إذا تحقّق الإنفاق قبل التجارة وفي أثنائها.

والظاهر أنّ الاستدلال بالصحيحة المزبورة لرأي المشهور، لا يختصّ بالمتأخّرين، بل يظهر من بعض القدماء أيضاً، كما عن شيخ الطائفة وابن إدريس.

قال في الخلاف: «المسألة ٦: إذا سافر بإذن ربّ المال كان نفقة السفر من المأكول والمشروب والملبوس من مال القراض. دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم»^١.

وفي السرائر - بعد اختيار هذا القول ونقل قول الشيخ في المبسوط بكونها على العامل حضراً وسفراً ونقل قوله المزبور في الخلاف - قال: «هذا آخر كلامه

في مسائل خلافه فهو في مبسوطه محجوج بقوله في مسائل خلافه»^٢.

وفيه إشارة إلى أنّ كتاب الخلاف ألفه الشيخ بعد المبسوط؛ لأنّ الشخص يؤخذ بأخر كلام صدر منه. ولكن قد عرفت من صاحب الحدائق المخالفة؛ حيث

ردّ السرائر بأن المبسوط بعد الخلاف والنهاية.

وعليه لا يبعد دعوى استناد مشهور القدماء في رأيهم إلى النصّ المزبور. فلا

يلتفت إلى احتمال عدم استنادهم في رأيهم بالصحيحة أو إعراضهم عنها.

١ - الخلاف ٣: ٤٦١ - ٤٦٢.

٢ - السرائر ٢: ٤٠٨.

هذا مضافاً إلى ما في قوله: «من نصيبه» في النهاية - كما سيأتي - إشعار بما ورد في ذيل الصحيحة، وإلى أن الشيخ نفسه روى صحيحة علي بن جعفر في المقام، فكيف يمكن احتمال كون مراده من الأخبار الدالة على ما ذهب إليه في الخلاف، غير هذه الصحيحة؟! مع عدم ورود رواية أخرى - غيرها وموثقة السكوني - تدلّ على مذهبه في الخلاف، وهو رأي المشهور.

ومما يؤيد ما استظهرناه من الصحيحة أن الذي استظهره الشيخ والحلي من نصوص المقام هو النفقة الشخصية؛ حيث لم يتجاوزا عن المأكل والملبوس والمشروب. فالتفصيل عند القدماء في الحقيقة إنما هو في النفقات الشخصية بين السفر والحضر، وهذا هو الذي اخترناه، واستظهرناه من الصحيحة.

ويشهد أيضاً لما قلنا قول الشيخ في النهاية؛ حيث قال: «وكلّ ما يلزم المضارب في سفره من المؤونة والنفقة من غير إصراف كان على صاحب المال. فإذا ورد إلى البلد الذي فيه صاحب المال كان نفقته من نصيبه»^١.

قوله «نفقته» ظاهرٌ في نفقته الشخصية؛ نظراً إلى إضافة لفظ النفقة إليه وهذه الإضافة تفيد الاختصاص مثل قولهم: جُلّ الفرس. ومنصرف عن نفقة التجارة التي هي من مقدّمات العمل في مال القراض. وعليه فكلام الشيخ في النهاية ظاهر في النفقات الشخصية، دون آلات التجارة ونفقات العمل.

ويدلّ على ذلك أيضاً كلام صاحب الشرائع؛ حيث قال: «ينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال على الأظهر» وجه الدلالة أن ضمير «الهاء» المضاف إليه في «نفقته» راجع إلى العامل، كما هو الضمير الفاعلي لكلمة «ينفق».

وحاصل الكلام: أن مقتضى التحقيق التفصيل بين ما يرتبط من النفقات

بالتجارة ويتوقف عليه العمل في مال القراض كأسباب التجارة وآلاتها، أو ما يكون من لوازم السفر المأذون، من نفقة شخص العامل حال السفر، من المأكل والملبس والمسكن، وبين غير ذلك؛ ممّا لا يرتبط بالمضاربة، بلا فرق في ذلك بين السفر والحضر، فقد ينفق في السفر لأجل مصارف غير مرتبطة بالمضاربة، كشرء الهدايا لأهله وعياله وأقاربه، أو لأجل التفرّج والسياحة. كما ربما ينفق في الحضر ما يتوقف عليه العمل في مال القراض من أجرة الحمال والوزان وشراء آلات التجارة وتهيئة مقدّماتها.

فالملاك في كون ضمان ما أنفقه على المالك كون إنفاقه لأجل المضاربة ودخله في العمل والتجارة بمال القراض، أو كونه بإذن المالك وأمره، وإلا فعلى شخص العامل.

نعم، إذا كانت التجارة رابحة، فمقتضى الإنصاف وسيرة العقلاء أخذ نفقة العمل من مجموع مال القراض والربح قبل تفكيكه وتقسيمه، وهو أيضاً مقتضى قاعدة: «من له الغنم فعليه الغرم» فإنها صارت كالسيرة الارتكازية بين العقلاء. ولما كان للعامل أيضاً - كالمالك - نصف الربح، فعليه نفقة التجارة أيضاً. ومن هنا يكون مفاد النصّ الوارد في المقام بمقتضى القاعدة. وهي قاعدة «من له الغنم فعليه الغرم». وهذا بخلاف ما لو لم تكن التجارة رابحة، فلا غنم للعامل حينئذٍ حتّى يتحمّل ما أنفقه في سبيل تحصيله.

حصيلة التحقيق من جميع ما تقدّم

وقد تحصّل ممّا حقّقناه في المقام:

أولاً: أنّ ما ذهب إليه المشهور أحسن الأقوال من بين الأقوال الثلاثة المزبورة. وأنّ الذي يظهر من التأمل في مجموع كلماتهم أنّ نفقة السفر والتجارة

تؤخذ من مجموع ما بيد العامل في ختام المضاربة من مال القراض والربح فيما إذا كانت التجارة رابحة وإلا فهي على المالك خاصة.

وذلك لما سبق آنفاً من أنّ مقتضى القاعدة والنص أخذها من مجموع مال القراض والربح الحاصل قبل تقسيمه، لا من خصوص مال القراض، كما هو واضح. وأخذها من مال القراض في صورة عدم حصول الربح.

وأما ما لا يرتبط بالمضاربة مما صرفه العامل في الحضر والسفر فهو على العامل نفسه.

وثانياً: عدم كون جميع نفقات الحضر على العامل، بل ينبغي التفصيل بين نفقاته الشخصية التي لا ربط لها بالتجارة والمضاربة فهي على نفسه، وبين النفقات المبدولة في مقدمات التجارة، فهي على مجموع مال القراض والربح في التجارة الربحية، وعلى مال القراض خاصة في غير الربحية.

وثالثاً: عدم كون نفقة السفر على العامل، ولا يرتبط بالمضاربة من النفقات على خصوص مال القراض، بل هي في كلا الموردين على المجموع من مال القراض والربح قبل الجبران والتقسيم، فيما لو حصل ربح، لا على خصوص مال القراض؛ لأنه على فرض حصول الربح عاد نفع عمله إليه أيضاً، فلم يكن نفعه مختصاً بالمالك لكي يتحمل جميع مخارجه، نعم، لو لم يربح فعلى المالك بمقتضى القاعدة. ويشهد لذلك ما اشتهر بينهم، من أنّ الربح وقاية لرأس المال، وما أفتوا به من جبران درك رأس المال ونقصانه بالربح الحاصل، بلا فرق في ذلك بين كون ورود النقص بسبب الإنفاق أو غيره.

ورابعاً: أنّ الرواية ناظرة إلى صورة حصول الربح وكون ضمان نفقة السفر - من المأكول والملبوس والمشروب، الذي يكون من لوازم السفر - على مجموع

والمراد بالنفقة^(١) ما يحتاج إليه؛ من مأكول ومشروب وملبوس ومركوب وآلات وأدوات - كالقربة والجوالق - وأجرة المسكن ونحو ذلك، مع مراعاة ما يليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد،

المال والربح، لا خصوص مال القراض، كما يظهر من المشهور. وبه فسّر العلامة مراد الشيخ في الخلاف بقوله: «وليس مراده أنّ النفقة من خاصّ صاحب المال، بل من مال المضاربة، وبه قال ابن الجنيد وابن البراج وابن حمزة وابن إدريس وهو مذهب والدي»^١. قوله من خاصّ صاحب المال، أي سائر أمواله غير مال القراض. وقد تبين أيضاً أنّ الرواية ناظرة إلى النفقات الشخصية للعامل التي ليست من مقدّمة التجارة. ولا نظر لها إلى الأعم منها ومن النفقة المبدولة في مقدّمات التجارة. وخامساً: إنّ مقصود القدماء من أخذ نفقة السفر من مال القراض، جواز تصرفه في نفقة السفر، لا كون ضمانها على المالك، كما يعلم ذلك من فتواهم بجبران ما نقص من مال القراض بالإنفاق.

المراد من النفقة

١ - المراد من النفقة ما يحتاج إليه شخص العامل في السفر عادةً، من مأكول وملبوس ومشروب ومركوب ومسكن. ويراعي في ذلك ما يليق بشأن العامل ويناسب حاله، كما هو المراعى في سائر الموارد، ويراعي الاعتدال والاقتصاد في ذلك.

وعليه فمرادهم من النفقة كلّ ما ينفقه العامل في السفر، من نفقاته الشخصية

مما يرتبط بعيشه من مأكله ومشربه وملبسه ومسكنه. وأما نفقة التجارة المبذولة في مقدماتها فهي خارجة عن مقصودهم. ويشهد لذلك:

كلام صاحب الحدائق في بيان المراد من النفقة. وإليك نصّه:

قال رحمته: «قد عرفت أنّ المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول وملبوس ومشروب له، ولمن في صحبته ممن يتوقّف عليه سفره وآلات السفر وأجرة المسكن ونحو ذلك، ويراعي فيها ما يليق بحاله شرفاً وضعّةً ووسطاً على وجه الاقتصاد. فلو أسرف حسب عليه. وإن قتر على نفسه لم يحتسب له؛ لأنّ الذي له ما أنفق على الوجه المتقدّم، وبعد العود من السفر. فما بقي من أعيان النفقة، ولو من الزاد يجب ردّه إلى مال التجارة أو تركه وديعة عنده إلى أن يسافر إن كان ممن يتكرّر سفره، ولم يكن يبيعه أعود على التجارة من تركه»^١.

وقد تقدّم آنفاً أنّ ظاهر كلمات القدماء - كالشيخ في كتبه - الخلاف والمبسوط والنهاية - وابن إدريس في السرائر وابن زهرة في الغنية وغيرهم - كون مرادهم من نفقة السفر ما ينفقه العامل في مصارفه الشخصية. ومن هنا بيّنها بالمأكل والمشروب والملبوس. ولكن يظهر من بعض المتأخّرين تعميمها إلى نفقات التجارة وآلات الحمل والوزن والتقدير وسائر مقدمات العمل في مال القراض.

ولكنّ التحقيق المساعد للاعتبار والموافق للارتكاز الذي جرت عليه سيرة العقلاء أخذ جميع النفقات - من نفقة السفر والتجارة - من مجموع مال القراض والربح.

وأما ما يدلّ عليه النصّ الوارد في المقام، فهو النفقة الشخصية. وقد تقدّم منا آنفاً وجه ذلك بمقتضى القاعدة وتقريب استظهار من نصوص المقام.

فلو أسرف حسب عليه، ولو قتر على نفسه، أو لم يحتج إليها من جهة صيرورته ضيفاً - مثلاً - لم يحسب له^(١).

نتيجة التحقيق في حكم النفقة

ولكن قد عرفت منا أنفاً التفصيل بين النفقات الشخصية التي لا ترتبط بالعمل في مال القراض وبين نفقات المضاربة التي ترتبط بالتجارة والعمل في مال القراض، ففصلنا في النفقات الشخصية بين السفر والحضر. ففي الحضر تؤخذ من العامل. وفي السفر من مجموع مال القراض والربح بالتفصيل الذي بيّناه. وفي غير الشخصية تؤخذ من مجموع مال القراض والربح بمقتضى القاعدة. وقلنا أن قوله ﷺ: «ما أنفق» في الصحيحة محمول على النفقة الشخصية بقريته ذيله، وبمقتضى وحدة السياق، وبقريته كون نفقات التجارة على المالك والعامل كليهما إذا كانت رابحة، كما هو المفروض في الصحيحة، ومرتكز في أذهان أهل العرف؛ لما جرت سيرة العقلاء والمتشرعة، ومن هنا لم يكن مورداً للسؤال والشبهة في أذهان الرواة السائلين عن حكم النفقة.

١ - والوجه في ذلك؛ أنه لما كان المتعارف من النفقة ما يليق بحال العامل ويقتضيه شأنه، يكون هو الظاهر المتبادر إلى الذهن من نفقة السفر. وعليه بنى المالك والعامل في المضاربة؛ لعدم خروج قصدهما ولا البناء العملي منهما عما هو المتعارف المرتكز في أذهان العرف العام. ومن هنا أفنى السيد الماتن ﷺ بوجود مراعاة ما يليق بحاله. وعليه فلو أسرف العامل حسب عليه من كيسه. ولو قتر لم يحتسب له. فلا يجوز له أخذ ما به التفاوت حينئذٍ من مال القراض؛ حيث إنه لم ينفق بإزائه شيئاً فلم يخرج من كيسه مال حتى يأخذه من مال القراض. بل

ولا تكون من النفقة هنا جوائزہ وعطاياہ وضيافاته وغير ذلك، فهي على نفسه إلا إذا كانت لمصلحة التجارة^(١).

(مسألة ٢١): المراد بالسفر المجوز للإنفاق من المال هو العرفي لا الشرعي^(٢)، فيشمل ما دون المسافة،

يجب عليه ردّ ما زاد بعد السفر، من النفقة إلى المالك.

١ - وقد تبين الوجه فيه ممّا بيّناه لك آنفاً. والحاصل أنّ كلّما أنفق في السفر لأجل التجارة وكان إنفاقها لمصلحة التجارة وفي سبيل الاسترباح، فيجوز له أخذه من مال القراض، وإلا فلا.

إنّما الاعتبار بالسفر العرفي، لا الشرعي

٢ - لا إشكال في أنّ المراد من السفر في المقام هو السفر العرفي، لا الشرعي. وذلك لأنّ المتفاهم من كلام المالك في إذنه العامل بالسفر، ومراد الإمام عليه السلام من عنوان السفر في قوله: «ما أنفق في سفره» في صحيح البيهقي، هو السفر العرفي.

وأما ظهور كلام المالك في ذلك، فلأنّ الذي يتحقّق به غرضه هو السفر العرفي؛ نظراً إلى توقّف المضاربة والتجارة والاسترباح عليه، لا على السفر الشرعي؛ ضرورة أنّه ربّما تتحقّق التجارة والاسترباح فيما دون المسافة الشرعية؛ لكثرة سكنتها ورواج أسواقها، مع عدم تحقّقها فيما زاد عنها.

وأما ظهور كلام الإمام عليه السلام في السفر العرفي، فالوجه فيه أنّ العناوين المأخوذة في موضوعات الأحكام في الخطابات الشرعية ثلاثة أقسام:

إحداها: العناوين المخترعة التي صارت حقائق شرعية أو متشعبة كالصلاة

والصوم والحج والخمس والزكاة.

ثانيها: العناوين العرفية المحضة التي لم يعتبر الشارع فيها قييداً شرعياً، كالأكل والشرب في باب الصوم وربح الكسب والمعدن والغوص في باب الخمس. ثالثها: العناوين العرفية غير المحضة المعبر عنها بالعناوين المستنبطة. وهي العناوين العرفية التي اعتبر الشارع فيها القيد الشرعي، كالغناء والسفر الشرعي للصلاة المقصورة.

والضابطة في وقوع أحد هذين القسمين موضوعاً للحكم في خطاب الشارع أنه كلما ثبت بالدليل اعتبار قيد في موضوع عرفي من جانب الشارع، يكون من القسم الثالث وتشخيصها بيد الفقيه ويدور مدار استنباطه ماهية القيد الشرعي وكيفية أخذها في الموضوع من خطاب الشارع، وما دام لم يثبت اعتبار قيد فيه من جانب الشارع يكون بماهيته العرفية المحضة موضوعاً للحكم.

وعلى هذا الأساس يكون عنوان السفر في المقام من قبيل الموضوعات العرفية المحضة، ولكن نفس هذا العنوان في الصلاة المقصورة من قبيل الموضوعات العرفية غير المحضة.

والحاصل: أنه لما لم يثبت لعنوان السفر قيد شرعي في باب المضاربة، بل وسائر عناوين المعاملات، يكون بماهيته العرفية المحضة مأخوذاً في موضوع جواز الإنفاق من مال القراض. فلا تعتبر فيه المسافة الشرعية. ولا فرق في ذلك بين كون صلاته تامة أو مقصورة.

وقد جاء بيان المراد من السفر والنفقة هاهنا في كلام جملة من فحول الفقهاء منهم الشهيد في المسالك^١ والمحدث البحراني في الحقائق. فإنه قال: «المراد

كما أنّه يشمل أيام إقامته عشرة أيام أو أزيد في بعض البلاد؛ إذا كانت لأجل عوارض السفر، كما إذا كانت للراحة من التعب، أو لانتظار الرفقة، أو خوف الطريق، وغير ذلك، أو لأمر متعلّقة بالتجارة، كدفع العشور، وأخذ جواز السفر. وأمّا لو بقي للتفرّج أو لتحصيل مال لنفسه ونحو ذلك، فالظاهر كون نفقته على نفسه إذا كانت الإقامة - لأجل مثل هذه الأغراض - بعد تمام العمل^(١).

بالسفر هنا هو السفر العرفي لا الشرعي، وهو ما يجب فيه القصر. فلو كان السفر قصيراً أو أقام في الطريق وأتمّ الصلاة فنفقة تلك المدة من أصل المال، إلّا أنّه يجب الاقتصار في ذلك على ما يحتاج إليه التجارة، فلو أقام زيادة على ما يحتاج إليه كان الزائد عليه^١.

وعليه فلا عبرة بالحدّ الشرعي لخروجه عن المتفاهم العرفي من كلام المالك الذي أذن بالسفر لغرض التجارة للعمل في مال القراض، فلا دلالة لكلامه على السفر الشرعي بأيّ وجه، إلّا أن ينصب قرينة خاصة على ذلك. وكذلك في صحيح البيهقي؛ لعدم اعتبار قيد فيه من جانب الشارع في باب المضاربة، كما اعتبره في الصلاة المقصورة.

١ - والوجه فيه واضح بعد ما بيّناه آنفاً. فإنّ السفر المأذون من قبل صاحب المال إمّا هو ما كان منه لغرض الاسترباح ولمصلحة التجارة. فما لا ربط له بالتجارة والمضاربة ولا بالاسترباح، غير داخل في إذن صاحب المال حتّى يكون نفقته عليه. فإنّ سفر العامل للتفرّج أو لتحصيل مال لنفسه لا ربط له بالمالك وليس داخلاً في إذنه حتّى يكون نفقته عليه، بل إمّا يرتبط بشخص العامل ولقضاء

وأما قبله فإن كان بقاؤه لإتمامه وغرض آخر، فلا يبعد التوزيع بالنسبة إليهما، والأحوط احتسابها على نفسه^(١).

حوادثه. فلا يجوز له إخراج نفقته في السفر حينئذٍ من مال القراض، بل عليه أن يأخذها من مال نفسه.

١ - وذلك لأنَّ صحيح عليّ بن جعفر لا يشمل مثل هذا السفر؛ نظراً إلى ظهوره في السفر الذي أقدم عليه العامل لأجل المضاربة، بأن يكون المضاربة تمام غرضه من السفر، من دون دخل غرض آخر فيه غير المضاربة. فهو منصرف عن السفر الذي يكون لغرض آخر لا ربط له بالعمل في مال القراض.

هذا، ولكن مقتضى القاعدة، جواز الإنفاق من مال القراض في أيّ سفر كان بإذن المالك، وإن كان له غرض آخر أيضاً غير المضاربة من سفره المأذون. وذلك لأنَّ الملاك المجوّز للإنفاق إذن المالك. ولا ريب في شمول إذنه لأيّ سفر تتوقّف عليه التجارة والمضاربة ويحصل به الاسترباح. فلو حصل هذا الغرض في سفر العامل يكون مأذوناً من قبل المالك مطلقاً، سواء كان له غرض آخر أم لا.

مقتضى التحقيق

مقتضى التحقيق التفصيل في المقام؛ حيث إنّ ذلك الغرض الآخر ربّما يضرّ بالمضاربة ويخلّ في التجارة؛ بأن يؤثر في نقصان الربح؛ بحيث يشغل ذلك الغرض مقداراً من وقته وصرف قدرته لأجله فيمنع عن ازدياد السعي للتجارة والاسترباح ويوجب قلّة الربح بالمآل. فلو أوجب تداخل الغرض هذا المحذور، يتعيّن عليه الإنفاق من مال نفسه ولا يجوز له الإنفاق من مال القراض

حينئذٍ، وإلا فيجوز له أخذ النفقة بتمامها من مال القراض.

والسّر في هذا التفصيل عدم دخول الصورة الأولى في إذن المالك حسب المتفاهم العرفي، بخلاف الصورة الثانية؛ حيث إنّه بعد تأمين تمام غرضه في السفر وحصول الربح في تجارته على الوجه الأوفر، من دون دخل للغرض الآخر في نقصانه ولا الإخلال بأمر التجارة والاسترباح، لا وجه لعدم إذن المالك لسفره حينئذٍ. وذلك مثل صلة بعض الأرحام والأقارب، فيمكن أن يفعل العامل ذلك في أوقات استراحته، ونحو ذلك ممّا لا يصادم أمر التجارة.

وجه توزيع النفقة ومورده

وأما التوزيع فقد يوجّه بقاعدة العدل والإنصاف والسياسة وارتكاز أهل العرف. ولكن لا يصلح شيء من ذلك لإثبات التوزيع. أمّا القاعدة فلا ربط لها بالمقام؛ حيث إنّه ناظرة إلى المال المرّدّد بين شخصين أو عدّة أشخاص. وقد بحثنا عن مفاد هذه القاعدة في كتابنا «مباني الفقه الفعّال» فراجع.

وأما السيرة فلم يعلم جريانها واستقرارها على ذلك، بل الظاهر جريانها على ما قلنا، وكذا الارتكاز.

نعم، لو فرض صرف مقدار من الوقت والقدرة في السفر لغرض آخر تجاري أو نحوه، وكان المفروض عدم إخلاله بالمضاربة والتجارة ولا بالاسترباح شيئاً يمكن القول بالتوزيع حسب قدر ما صرفه من الوقت والقدرة. لأنّه مقتضى الإنصاف وموافق للسيرة والارتكاز؛ حيث لا وجه لأخذ ما أنفقه في السفر لأجل منافع نفسه وقضاء حوائجه الشخصية، من مال الغير، كما هو واضح.

هذا، ولكن لمنع التوزيع في هذه الصورة أيضاً مجال واسع؛ نظراً إلى إطلاق

وإن لم يتوقف الإتمام على البقاء - وإنما بقي لغرض آخر - فنفقة البقاء على نفسه، ونفقة الرجوع على مال القراض لو سافر للتجارة به^(١)؛ وإن عرض في الأثناء غرض آخر، وإن كان الأحوط التوزيع في هذه الصورة، وأحوط منه الاحتساب على نفسه.

إذن المالك وعدم منافاته لغرضه، ودعوى انصراف إذنه إلى تمخّضه في التجارة بماله؛ بحيث ينفي أيّ اشتغال آخر له، ولو لم يكن مضرّاً بغرضه بأيّ وجه، ممنوعة.

١ - أما وجه أخذ نفقة البقاء من مال نفسه حينئذٍ، فواضح لفرض انتهاء عملية التجارة وعدم توقّف إتمامها على استمرار السفر، ولا شغل له يرتبط بالمضاربة بعد ذلك، بل إنّما كان بقاؤه لغرض آخر راجع إلى نفسه، فلا وجه حينئذٍ لأخذ نفقته من مال القراض.

حكم نفقة الرجوع

وأما وجه أخذ نفقة الرجوع من مال القراض، فلأنّ الرجوع من سفر التجارة أمر لا بدّ منه ولا يكون للغرض الآخر أيّ دخل وتأثير فيه، بل إنّما الذي أوجب الرجوع هو المضاربة والتجارة؛ لغرض كون أصل سفره لأجل ذلك.

ومقتضى التحقيق في ذلك: أنّ أصل السفر إذا كان لأجل المضاربة وللتجارة بمال القراض فقط، فلا إشكال في كون نفقة الرجوع على المالك، وإن عرض له في الأثناء غرضٌ وشغلٌ آخر.

وأما إذا كان السفر لها ولغرض آخر أيضاً من البداية، فلو كان ذلك الغرض مضرّاً بالتجارة والاسترباح، يكون نفقة الرجوع على العامل ولا يجوز له أخذه من

مال القراض؛ لما قلنا من عدم دخول سفره حينئذٍ داخلًا في إذن المالك.
وأما إذا عرض الغرض الآخر في الأثناء أو بقي في السفر مدةً زائدةً عن حدِّ
حاجة التجارة؛ بأن تمّت التجارة ولا دخل للبقاء فيها، فنفقة الرجوع على المالك
أيضاً؛ نظراً إلى كون أصل سفره للمضاربة والعمل في مال القراض.

اعطاء الضابطة في المقام

والضابطة في ذلك كون السفر للمضاربة والعمل في مال القراض وعدم قصد
العامل للاشتغال بأمر آخر يضرب بغيره المالك من أمره بالاسترباح والتجارة.
والسيد الماتن إنما تعرّض لفرض بقائه لغرض آخر أو عروضه في الأثناء،
دون ما إذا كان أصل سفره لغرض آخر.

وبما يتّناه أتضح حكم ما لو عرض له غرض آخر في أثناء السفر. والمعيار
في جواز أخذ نفقة السفر من مال القراض عدم مزاحمة الغرض الآخر للتجارة
والعمل في مال القراض. فكلّما أحلّ ذلك الغرض الآخر بالمضاربة والاسترباح فلا
يجوز أخذ شيءٍ من نفقة السفر من مال القراض. وإلاّ فلينظر في ذلك الغرض، فلو
كان من قبيل ما لا يصرف له وقتاً ولا قدرةً؛ بأن يحصل في أوقات استراحته كصلة
الأرحام والأقارب، فلا وجه أيضاً لأخذ شيءٍ من نفقة السفر من مال نفسه، بل
يأخذ كلّها من مال القراض. وأما إذا كان الغرض ممّا احتاج الإتيان به إلى صرف
وقت - غير زمان الاستراحة - وإلى عمل ونفقةٍ ومؤونة، لا يبعد القول بالتوزيع
حينئذٍ، بلا فرق بين عروضه في الأثناء وبين وجوده من أوّل الشروع في السفر؛
نظراً إلى صرف الوقت والعمل لهما معاً، لا للمضاربة خاصّة. وعدم كون استمرار
السفر - حينما عرض في الأثناء غرض آخر - داخلًا في متعلّق إذن المالك. ولكن

(مسألة ٢٢): لو كان عاملاً لاثنتين أو أزيد، أو عاملاً لنفسه وغيره، توزع النفقة^(١). وهل هو على نسبة المالكين أو نسبة العملين؟ فيه تأمل وإشكال، فلا يترك الاحتياط برعاية أقلّ الأمرين إذا كان عاملاً لنفسه وغيره؛ والتخلص بالتصالح بينهما، ومعهما إذا كان عاملاً لاثنتين مثلاً.

ذلك فيما إذا لم يكن الاشتغال بفعل ذلك الغرض أو استمرار السفر مضرّاً بالمضاربة. وكذلك لو كان له غرض آخر أيضاً من أول الأمر ولم يطلع المالك. وقد احتاط السيد الماتن في هاتين الصورتين باحتسابها على نفسه، وهذا الاحتياط منه استحبابي لإفثائه بخلافه.

توزيع النفقة لو عمل العامل لغير المالك

١- لا إشكال في أصل جواز توزيع النفقة في مفروض هذه المسألة، بل ذلك مورد اتفاق الأصحاب، ولم يخالف فيه أحد. وهو المساعد للارتكاز والسيرة، بل وصحيفة عليّ بن جعفر السابقة؛ نظراً إلى انحلال مدلولها حسب تعدّد مالك المال، كما هو واضح.

تحرير محل النزاع

ولا يخفى أنّ لتحرير محلّ النزاع ينبغي توضيح فقرتين من هذه المسألة. إحداهما: أنّ المراد من النفقة هل هي نفقة شخص العامل أو يعمّ نفقات التجارة؟

والذي يظهر من مطاوي كلمات الأصحاب إرادة خصوص النفقة الشخصية؛ نظراً إلى عقد هذه المسألة في ضمن مسائل باحثة عن حكم نفقة السفر التي لا إشكال

في إرادة النفقة الشخصية منها، وإلى اتّفاقهم على أصل توزيع النفقة بين المالكين، مع أنّه لا معنى له في نفقة التجارة في إحدى صورتَي المسألة، كما سيأتي توضيحه. ثانيتهما: أنّ كون شخص عاملاً لاثنتين أو لنفسه وغيره يمكن تصويره على نحوين. أحدهما: أن يُنشئ كل واحد من المالكين عقداً مستقلاً ويعمل العامل ويتّجر بكل واحدٍ من المالكين تجارةً مستقلةً ويحتسب لكل منها دخلاً وخرجاً عليحدة. وثانيهما: أن ينشئ المالكان للمالين عقداً واحداً وكذا العامل في النفقات والأرباح. لا كلام في خروج الصورة الأولى عن محلّ الكلام بالنسبة إلى نفقة التجارة؛ حيث لا يعقل توزيع نفقة التجارة بين المالكين حينئذٍ؛ نظراً إلى وضوح انفكاك كلّ مضاربة عن الآخر في مخارج التجارتين وربحهما.

نعم، لو كان المراد من النفقة ما يعمّ نفقة التجارة تدخل الصورة الثانية في محلّ الكلام من هذه الجهة؛ نظراً إلى اشتراك المالكين في نفقات التجارة في عقد واحد، كما يشتركان في ربحها؛ لقاعدة «من له الغنم فعليه الغرم».

ولكن ظاهر كلمات الأصحاب خروج نفقة التجارة عن مصبّ الكلام؛ لما قلناه آنفاً، وإن لا مانع من شمول صورة المسألة لها في نفسه إلا أنّ القرينة على إرادة النفقة الشخصية تمنع من ذلك.

هذا كلّه لا كلام فيه وإنّما وقع الكلام والخلاف في التوزيع المزبور بأنّه هل يكون على نسبة المالكين أو على نسبة العملين؟

كيفية التوزيع بحسب المال والعمل

وكيفية التوزيع بحسب المال؛ أن كان لأحد المالكين مئة ألف تومان وللآخر مئتا ألف، وكان مجموع النفقة ثلاثة آلاف تومان. فيؤخذ حينئذٍ من المالك الأوّل ألف تومان ومن الثاني ألفان.

وأما لو قلنا: إنَّ التوزيع بحسب العمل، فينظر إلى مقدار العمل الذي أتى به العامل في كلِّ واحد من المالكين. والمعيار في تقديره إمَّا هو مقدار الوقت المصروف لذلك العمل كما هو المتعارف في تعيين أجره الأجير، أو نفس العمل بلحاظ ما تحقَّق به ووجد في الخارج من عمليَّة التجارة وتعدادها. ولكن لا ضابطة للنحو الثاني، فالمتعيَّن هو النحو الأوَّل لأنَّه المتعارف المضبوط عرفاً.

وعليه فتوزَّع النفقة بين المالكين حسب مقدار الوقت المصروف للعمل في مال القراض. وعليه فالمعيار في ذلك مقدار العمل، وإمَّا الوقت هو الميزان في تعيين مقداره.

آراء الفقهاء ونقد استدلالهم

والأكثر على القول الأوَّل. وفي الحدائق^١ أنَّه الأظهر الأشهر. وقد جزم به في المبسوط، وفي جامع المقاصد أنَّه الأوجه، وفي المسالك أنَّه الأجود، كما نقل عنهم في المفتاح^٢.

واستدلَّ لذلك بأنَّ المدار في استحقاق النفقة على المال دون العمل، كما في الحدائق والمفتاح.

والذي يخطر بالبال أنَّ هذا الدليل أشبه بالمدعى. لأنَّ الذي تُصرف لأجله النفقة هو العمل؛ ضرورة صرفها في جهة ما يصدر من التقلبات والتصرفات من جانب العامل. فكلَّ عمل يعمل وكلَّ تصرف يصدر منه بحاجة إلى إنفاق نفقة. ولا فرق في ذلك بين كثرة مال القراض وقتلها، إلا من جهة واحدة، وهي استتباع كثرة

١ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٢.

٢ - مفتاح الكرامة ٢: ٤٧٧.

المال كثرة التصرف والعمل من بداية السفر إلى زمان استحصال الربح، ولا دخل لأصل المال في ذلك، كما هو واضح. ولا دليل خاص على الرأي الأشهر ليتعبد به.

مقتضى التحقيق

ومقتضى التحقيق أنّ المعيار في توزيع النفقة هو مقدار العمل، ولكن لا بحسب الوقت المصروف مطلقاً ولا بلحاظ ذات العمل مطلقاً. بل إنّما توزّع النفقة بينهما بحسب مقدارها المصروف في جهة العمل في كلّ واحد من المالين. وذلك يفترق في صرف العمل والآلات والأسباب المشترية. فربّ مال كثير لا يستلزم العمل فيه صرف وقت كثير، ولكن تستتبع التجارة به نفقة كثيرة لشراء ما تحتاج إليه تلك التجارة من الأسباب والآلات. وربّ تجارة يكون الأمر فيها بالعكس، ويفترق ذلك في أنحاء التجارات وأنواعها.

فالمتمعّن في الحقيقة ملاحظة نسبة العمل؛ لأنّه السبب لإنفاق النفقة وبذل المخارج وتحمل المؤونة. فأيّ مال استتبع عملاً أكثر يكون سهمه من الإنفاق أكثر. هذا كلّّه في نفقة التجارة. وأمّا نفقاته الشخصية في السفر فلا إشكال في أنّها تابعة لمدّة الإقامة كثرةً وقلةً. فكلمًا طال زمان إقامته في السفر يكثر مقدار ما يصرفه من النفقة والمؤونة. والأموال تختلف في مقدار ما تحتاج إليه من العمل للتجارة. ولا بدّ في تعيين مقدار النفقة من ملاحظة مقدار العمل المأتي به للتجارة بكلّ واحدٍ من المالين؛ لأنّ العمل الأكثر يستدعي صرف وقت أكثر وبالمال نفقة أكثر للبقاء. فإن أمكن تعيين مقدار العمل بحسب نوعه وخطورته وسائر الجهات المؤثرة في قيمته فيها وإلا فلا مناص من تقسيم النفقة بحسب مقدار ما يقتضيه المال، من العمل - كمّاً وكيفاً - وصرف الوقت للتجارة به. فإنّ لكلّ ذلك دخلاً

(مسألة ٢٣): لا يعتبر ظهور الربح في استحقاق النفقة^(١)، بل ينفق من

أصل المال وإن لم يكن ربح. نعم لو أنفق وحصل الربح فيما بعد، يجبر ما أنفقه من رأس المال بالربح كسائر الغرامات والخسارات، فيعطي المالك تمام رأس ماله فإن بقي شيء يكون بينهما.

وتأثيراً في مقدار النفقة المصروفة.

وأما كون رعاية أقلّ الأمرين - فيما إذا كان عاملاً لنفسه ولغيره - أقرب إلى الاحتياط، فلا ريب فيه؛ لأنه إثارة منه في جهة نفع المالك وتحصيل رضاه واليقين ببراءة ذمته من مال الغير. كما أنّ التصالح هو المتعين لو أشكل الأمر؛ حيث لا مناص من تحصيل رضاها كليهما حينئذٍ.

عدم اعتبار ظهور الربح في استحقاق النفقة

١ - ينبغي قبل الورود في البحث الإشارة إلى نكته، وهي أنّ محلّ الكلام في المقام نفقة السفر، لا الحضر. وذلك لما سبق من اتفاق الأصحاب ودلالة النصّ الصريح على كون نفقة الحضر على العامل نفسه. وقد تقدّم تفصيل هذا البحث في شرح المسألة العشرين، فراجع.

ثمّ إنّ ظاهر الأصحاب في المقام عدم اعتبار ظهور الربح في استحقاق العامل للنفقة وجواز أخذها من مال القراض قبل ظهور الربح. فإذا ظهر الربح يجبر به ما أنفقه من مال القراض قبل تقسيم الربح.

وقد صرح بذلك في المسالك بقوله: «ولا يعتبر في النفقة ثبوت

ربح، بل ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح، وإن قصر المال. نعم، لو

كان ربح فهي منه مقدّمة على حقّ العامل»^١.

ونظيره في الجواهر؛ حيث قال: «ظاهر النصّ والفتوى عدم اعتبار ثبوت ربح في النفقة، بل ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح، لكن لو ربح بعد ذلك أخذت من الربح مقدّمة على حقّ العامل»^٢.

ولكن احتمل في الجواهر من كلام صاحب الرياض^٣ أنّه استظهر من إطلاق النصّ والفتوى، جواز الإنفاق من الأصل حتّى مع حصول الربح. ومن هنا تعجّب منه صاحب الجواهر؛ حيث قال - بعد نقل كلامه: «وهو من غرائب الكلام»^٤. ولكن ذكر جماعة إنفاقها منه دون الأصل. وعليه فليقدّم على حصّة العامل.

مقتضى التحقيق

وعلى أيّ حال مقتضى التحقيق ما قال في المسالك والجواهر، وهو المعروف بين الأصحاب، بل هو الذي يظهر من نصوص المقام كما عرفت سابقاً وستعرف. وهذا الفتوى من الأصحاب في المقام قرينة على كون مرادهم في الحقيقة في المسألة العشرين، أخذ النفقة من مجموع مال القراض والربح قبل تفكيكه وتقسيمه.

وهو الذي استظهرناه من النصّ وفتاوى القدماء في المسألة العشرين. وعليه فلو لم يبق - بعد جبران النقصان الناشي من الإنفاق - شيءٌ أكثر من رأس المال، لا يبقى للعامل شيءٌ من الربح، ولو بقي شيءٌ بعد ذلك يُقسّم بينهما.

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٤٩.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٦.

٣ - رياض المسائل ٩: ٧٨.

٤ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٧.

وما قلنا سابقاً في المسألة العشرين من توزيع النفقة على كل من المالك والعامل وعدم كونها على المالك وحده، ينطبق على ما أفتى به الأصحاب في هذه المسألة.

وذلك لأن جبران النفقة من الربح مرجعه إلى ذلك؛ ضرورة كون الربح ملكاً للمالك والعامل كليهما. كما لا فرق في ذلك بين أخذ النفقة من مجموع ما بيد العامل في ختام التجارة وبين أخذها من الربح خاصة؛ لأن المجموع لا يكون أزيد من رأس المال، إلا بعد أخذ النفقة منه وجبران رأس المال، فيقسم الباقي بينهما.

كما لا فرق بين ما لو أنفق العامل من كيسه وبين ما لو أخذ النفقة من رأس المال. وذلك لأن رأس المال وإن يبقى على حاله من غير نقصان فيما إذا أنفق العامل من كيسه، إلا أنه بعد أخذ ما أنفقه من الربح تخرج النفقة في الحقيقة من كيسهما معاً؛ لفرض كون الربح ملكاً لهما.

وقد استدل لذلك بأمور:

الأول: عدم صدق الربح في نظر أهل العرف، إلا بعد استثناء النفقة وغيرها من مؤونة التجارة، كما أشار إليه السيد الحكيم^١. والسر في ذلك أن ما ذهب من كيس المالك - من نفقة التجارة ومؤونتها - في الحقيقة من قبيل الخسارة، كما أومئ إلى ذلك في التذكرة بقوله: «والقدر المأخوذ في النفقة يحسب من الربح. وإن لم يكن هناك ربح فهو خسران لحق المال»^٢.

وما دام لم تجبر الخسارة الواردة على رأس المال، لا يصدق عنوان الربح

١ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٠١.

٢ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٢ / السطر ٢٥.

ولا تكون التجارة رابحة في نظر أهل العرف. ومن هنا جرت سيرة التجار في تجاراتهم ومعاملاتهم على عزل رأس المال وتفكيك ما يعادله مما حصل بالتجارة أولاً، فلو بقي بعد ذلك شيء - زائداً على ذلك - يرون التجارة رابحة. ولأجل ذلك - فيما إذا لم يبق في ختام التجارة شيء أزيد مما يجبر به نقصان رأس المال - لو سألت التاجر: هل ربحت في هذه التجارة شيئاً؟ يجيب: لا، وإنما حصل فيها مقدار ينحفظ به أصل مالي. وصحة سلب عنوان الربح حينئذٍ دليل على اعتبار جبران الخسارة في صدق عنوانه حقيقةً في نظر أهل العرف. ويفهم هذا التعليل من كلام صاحب الجواهر^١ أيضاً.

الثاني: السيرة القطعية، كما عن بعض الأعلام^٢ بدعوى استقرارها على أداء العامل أجره ذهابه إلى خارج البلد من مال القراض من حين شروع التجارة، قبل ظهور شيء من الربح. بل جرت سيرتهم على أخذ نفقات نفسه من المأكل والمشرب والمسكن في السفر مدة إقامته في تلك البلدة التي سافر إليها، بل وأخذ سائر نفقات التجارة من رأس المال قبل ظهور الربح، ثم جبرانها بالربح الحاصل قبل تقسيمه ولم يرد من الشارع ردع في ذلك. وإنما ورد الردع منه عن ذلك في الحضر - لوجرت السيرة المزبورة فيه، وهو بعيد - بل ورد منه ما يدل على إفضائه لهذه السيرة في السفر كما يدل عليه النصّ الوارد في المقام.

ولكن في جريان هذه السيرة في المصارف الشخصية غير المرتبطة بالتجارة - كأخذ الهدايا والجوائز - نظراً، تقدّم الكلام فيه في المسألة العشرين.

الثالث: بعض ما ورد من النصوص في المقام؛ مثل صحيح عليّ بن جعفر

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٦.

٢ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٥٥.

عن أخيه أبي الحسن عليه السلام: قال في المضارب: «ما أنفق في سفره فهو من جميع المال. وإذا قدم بلده، فما أنفق، فهو من نصيبه»^١. ومثله معتبرة السكوني.

فإن قوله عليه السلام: «فهو من جميع المال» ظاهرٌ في عدم جواز أخذ نفقة السفر من خصوص مال القراض، بل معناه أن يأخذها من مجموع أصل المال والربح. فإذا أخذها من مال القراض يستثنى مقداره من المجموع ويردّه إلى صاحبه. ثم يقسّم الباقي - وهو الربح الحاصل - بينهما على حسب ما اتّفقا عليه. وقد تقدّم الكلام في ذلك مفصلاً في المسألة العشرين.

وقد اتّضح بذلك موافقة ما أفتى به السيد الماتن لفتوى الأصحاب، كما هو مدلول النصّ الوارد في المقام.

وأما ما قال به في الرياض - مضافاً إلى مخالفته لفتوى الأصحاب، كما تعجّب منه صاحب الجواهر - مخالفٌ لما استقرّ عليه السيرة القطعية من المتشريعة وغيرهم في باب المضاربة، كما أنّه خلاف ما دلّ عليه صحيح عليّ بن جعفر وموتّق السكوني.

الرابع: الإجماع كما أشار إليه في الجواهر بقوله: «نعم إن لم يكن ثمّ إجماع، أمكن القول بأنّ النفقة إنّما تكون للعامل، حيث يكون ربح في المال يحتملها، أو بعضها، فتخرج حينئذٍ منه على المالك والمضارب، وإلا فلا نفقة له، كما أنّ نفقته حال الحضر من نصيبه خاصّة، ولعلّه أوفق بالأصل والنصّ، إلاّ إنّا لم نجد قبولاً لأحد. وإن أراد ذلك في الرياض بما حكاه عن جماعة كان مطالباً لتعيينهم، كما لا يخفى على من لاحظ وتأمل»^٢.

١ - وسائل الشيعة ١٩ : ٢٤، كتاب المضاربة، الباب ٦، الحديث ١.

٢ - جواهر الكلام ٢٦ : ٣٤٧.

تحرير كلام صاحب الجواهر

قوله: «يحملها، أو بعضها، فتُخرج...»: أي يتحمل المالك النفقة جميعها، أو يتحمل بعضها، وحينئذٍ - أي حينما تحمّل بعض النفقة - تخرج النفقة من الربح على المالك والمضارب. وإلا - أي إن لم يكن ربحٌ - فلا نفقة للعامل؛ أي يتحمل العامل كلّها.

قوله: «ولعلّه أوفق بالأصل والنصّ»: أمّا الأصل فالمقصود منه أصالة حرمة التصرف في مال غيره من دون إذنه وترتب الضمان عليه؛ حيث إنّ المتيقن من إذن المالك إذنه للعامل في تملك حصته من الربح وأمّا إذنه بالتصرف في سائر أمواله فهو مشكوك.

وعليه فإذا كان ربح تؤخذ النفقة من الربح؛ إمّا من سهمهما؛ لقاعدة «من له الغنم فعليه الغرم». فلما كان الغنم وهو الربح لهما، يكون الغرم - وهو النفقة - عليهما معاً. وإمّا من سهم المالك خاصّة، كما يظهر من صاحب الرياض؛ نظراً إلى عدم ورود نقصٍ حينئذٍ في أصل ماله. ولما كان بذل النفقة في جهة نفعه، ولأنّه الذي أذن العامل وأمره بالسفر.

وأما النصّ فلأنّ صحيح عليّ بن جعفر إمّا تعرّض إلى صورة وجود الربح. فغاية مدلوله جواز أخذ النفقة من مجموع المال والربح في صورة حصول الربح، ولا دلالة على جواز أخذها من أصل المال عند عدم حصول الربح. فلا مناص حينئذٍ من الرجوع إلى الأصل المزبور.

وقد سبق بيان هذا الأصل في كلام بعض الأصحاب، ويفهم من ذلك أنّ عمدة الوجه لرأي المشهور في نظر صاحب الجواهر هو الإجماع.

وفيه: أنّ أخذ النفقة من مجموع مال القراض والربح قبل تفكيك الربح

(مسألة ٢٤): الظاهر أنه يجوز للعامل الشراء بعين مال المضاربة؛ بأن يعين دراهم شخصية ويشترى بها شيئاً، كما يجوز الشراء بالكلي في الذمة والدفع والأداء منه^(١)؛ بأن يشتري جنساً بألف درهم كلي على ذمة المالك، ودفعه بعد ذلك من المال الذي عنده،

وتقسيمه - كما بينا على ذلك واستظهرناه من النص، بل فتاوى الأصحاب - يرجع في الحقيقة إلى تحمّل العامل نصف النفقة. ومن هنا لو لم يكن نصيبه من الربح أكثر من مقدار سهمه من النفقة، لا يبقى له بعد كسر النفقة من المجموع شيء من الربح، ولو كان أكثر منه يؤخذ من نصيبهما؛ لأنّه مقتضى جبران النفقة من الربح الذي هو ملكّ لهما على نحو الإشاعة.

وأما إذا لم يحصل ربح فلا ريب في أخذ النفقة كلّها من مال القراض وضمانها على المالك. ولكن يظهر من كلام صاحب الجواهر عكس ذلك، وهو عجيب منه رحمته وأما الإجماع فهو غير حاصل بما أنّه كاشف تعبداً عن رأي المعصوم عليه السلام؛ لاستناد الأصحاب إلى القاعدة والنص، فالإجماع في المقام مدركي غير صالح للاستناد إليه بما أنّه إجماع.

هل يجوز للعامل الشراء بالذمة؟

١ - لا كلام في جواز الشراء بعين مال المضاربة على النحو الذي جاء

في المتن.

وذلك لأنّ عين النقد المدفوع بما أنّه مصداق الثمن الكلي - المقصود حين

الإنشاء بعنوان العوض - داخل في قصد المشتري حين الإنشاء قطعاً، وإن كان

الشراء بعين النقد المدفوع بعنوان الثمن خارج عن قصد أهل العرف في المعاملات المتعارفة؛ نظراً إلى تعلق قصدهم عادةً بالثمن الكلي في مقام إنشاء العقد وعدم قصدهم ما يدفعونه من أعيان النقود بما أنه بعينه الثمن الواقع عوضاً حين الإنشاء، بل بما أنه مصداقه.

وعليه فلا يصح توجيه تعبير السيد الماتن رحمته بقوله: «الظاهر» في صدر هذه المسألة بما جرت عليه سيرة العرف في المعاملات، كما قيل.

وإنما وقع الكلام هاهنا في جهات:

الأولى: حكم الشراء بالكلي في الذمة، بأن اشترى العامل بالكلي المستقر في ذمة المالك.

الثانية: صور الشراء في الذمة.

الثالثة: حكم الشراء بالكلي في المال المعين الذي هو للمالك.

تحرير كلمات الأصحاب

أما الجهة الأولى: فقد أفنى جماعة من فحول الفقهاء بعدم جواز الشراء في الذمة عند إطلاق كلام المالك إلا مع إذنه.

قال في الشرائع: «وكذا يجب أن يشتري بعين المال. ولو اشترى في الذمة لم يصح البيع، إلا مع الإذن»^١.

وقد نسب ذلك في العروة^٢ إلى المشهور بقوله: «المشهور - على ما قيل - أن في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال فلا يجوز الشراء في الذمة».

١ - شرائع الإسلام ٢: ١١١.

٢ - العروة الوثقى ٥: ١٦٧.

ولكن لم ينسب ذلك في المسالك^١ ولا في الحدائق^٢ ولا في الجواهر^٣ إلى الأصحاب، فضلاً عن المشهور. نعم، يظهر من صاحب الحدائق نسبة ذلك إلى جملة من الأصحاب؛ حيث قال: «قد صرح جملة من الأصحاب بأن مقتضى إطلاق الإذن في المضاربة هو البيع نقداً... وكذا مقتضى الإطلاق هو أن يشتري بعين المال، فلو اشترى في الذمة لم يصح إلا مع الإجازة»^٤.

وعليه فما في العروة^٥ من نسبة ذلك إلى المشهور غير ثابت.

وقد احتمل في الجواهر كون مراد الأصحاب من منعهم الشراء في الذمة ما إذا كان الشراء في الذمة بقصد الرجوع على المالك بغير مال المضاربة، لا مطلقاً حتى يشمل ما لم يكن بقصد ذلك. ويُفهم من كلامه تلويحاً نسبة ما قال في الشرائع إلى الأصحاب، إلا أنه أول كلامهم إلى الصورة المزبورة.

وعليه فما يظهر من كلام صاحب الشرائع بإطلاقه لا يصح نسبته إلى الأصحاب في نظر صاحب الجواهر.

وعلى أي حال فمحل الكلام ما إذا لم يأذن المالك بالشراء في الذمة، وإلا فلا كلام في صحته، كما لا كلام في بطلانه مع نهي المالك عنه.

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٢.

٢ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٦.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥١.

٤ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٣.

٥ - العروة الوثقى ٥: ١٦٧.

أدلة بطلان الشراء في الذمة

وعمدة ما استُدلّ به لبطلان الشراء في الذمة عند إطلاق كلام المالك وجهان،
كما في المسالك^١ والحدائق^٢:

أحدهما: أنّ المضاربة إنّما تعلقت بعين مال القراض وأنّ مقصود المالك
والعامل من عقد المضاربة كون ربح ذلك المال المعين بينهما. ولا يتحقّق ذلك
إلا بالشراء بعين ذلك المال؛ نظراً إلى عدم كون الربح الحاصل بالشراء في
الذمة ربح ذلك المال بعينه. وعليه يكون الشراء بالكلي في الذمة خارجاً عن
قصد المالك.

ثانيهما: أنّ الشراء في الذمة لا يخلو من احتمال الضرر. وذلك لأنّ
مال القراض ربما يتلف فيبقى الثمن في عهدة المالك؛ لفرض كون الشراء
بمطلق مال المالك، كما هو المقصود من الشراء بالكلي في الذمة. فيرد بذلك
الضرر على المالك. وذلك لأنّ المالك قد لا يتمكّن من الخروج عن عهدة الثمن،
بل ربما لا يكون له غرض في غير مال القراض، فيقع بذلك في ضيق، بل
وضرر أحياناً.

وقد أشار إلى هذين الوجهين في المسالك بقوله: «لما في شرائه في الذمة
من احتمال الضرر؛ إذ ربما يتلف رأس المال فتبقى عهدة الثمن متعلّقة بالمالك.
وقد لا يقدر عليه، أو لا يكون له غرض في غير ما دفع. ولأنّ المقصود من العقد
أن يكون ربح المال بينهما، ولا يكون ذلك إلا إذا اشترى بالعين، لأنّ الحاصل

١- مسالك الأفهام ٤: ٣٥٢.

٢- الحدائق الناضرة ٢١: ٢١٦.

بالشراء في الذمة ليس ربح هذا المال»^١.

وزاد السيد الزيدي في العروة بقوله: «وعلل ذلك بأنّه القدر المتيقن»^٢. وهذا يمكن عدّه وجهاً ثالثاً، وتحريره أنّ القدر المتيقن من إطلاق كلام المالك هو الشراء بعين مال المضاربة، لو لم يكن ظاهراً فيه للوجهين السابقين.

بيان المناقشة في الأدلة المزبورة

وقد أشار إلى هذه الوجوه الثلاثة في العروة، وردّها بقوله: «ولا يخفى ما في هذه العلل»^٣.

ووجهه في المستمسك بقوله: «فإنّ العمل بالقدر المتيقن إنّما يكون مع عدم الإطلاق، أمّا مع الإطلاق فالعمل به متعين. ووجوب دفع غيره ليس محذوراً إذا كان مقتضى الإطلاق، وإذا كان الشراء بالمال يشمل الشراء بالذمة فقد صدق أن الربح للمال لتبعية ذلك لما ذكر»^٤.

وقد وجّه ذلك بعض الأعلام^٥ بأنّ الوجوه الثلاثة المذكورة مخالفة لإطلاقات أدلة المضاربة المقتضية للصحة ولا موجب لرفع اليد عنها.

وفيه: أنّه أشبه بالمدعى؛ لأنّ دعوى قرينية الوجهين المذكورين لانصراف إطلاقات الأدلة بمكان من الإمكان. فإنّ ظهورها من هذه الجهة تابع لما هو المتفاهم من كلام المالك وإذنه عرفاً.

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٥٢.

٢ - العروة الوثقى ٥: ١٦٨.

٣ - نفس المصدر.

٤ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٩٠.

٥ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٤٦.

دليل صحة الشراء في الذمة وردّ صلوحه

ولكن يمكن الاستدلال لانصراف إطلاق كلام المالك عن الشراء بعين ما دفعه إلى العامل من مال المضاربة بأن الأغراض لا تتعلق بأعيان النقود في المعاملات، بل إنما تتعلق بماليتها. وذلك لتمحُّص النقود في المالية، فإنها بماليتها تقع أثماناً في المعاملات ولا حظّ لأعيانها في ذلك.

وعليه فالمالك لم يتعلّق غرضه المعاملي بعين النقد الذي يدفعه إلى العامل للمضاربة؛ حيث إنّ غرضه من دفعه تحقّق التجارة الربحة به وتحصيل الربح بذلك. ولا يتوقّف ذلك على عين مال القراض، بل لا دخل لعينه في تحقّق هذا الغرض، وإنّما الدخيل في ذلك هو ماليتها وقيمتها. ولا فرق في ذلك بين عين مال القراض وبين غيره من أموال المالك. وهذه القاعدة لا تختصّ بباب المضاربة، بل تجري في جميع أنواع المعاملات.

هذا، ولكن انصراف كلام المالك عن عين مال القراض، إلى ماليتها، لا يثبت جواز الشراء في ذمة المالك وأداء الثمن بسائر أمواله. وذلك؛ حيث إنّ في ذلك ثقل وكلفة على المالك، بل وأحياناً ضرراً على المالك فيما إذا كان لسائر أمواله مكسباً أنفع وأرباح، أو يُدفع بها ضرراً. ومن الواضح أنّ نفي خصوصية عين مال القراض لا يستلزم إيراد كلفة وثقل وضرر على المالك ولا تحميل ضيق عليه، بل غاية ما يلزم منه، هي جواز أداء العامل ثمن المبيع بما يعادل مال القراض في المالية من سائر أمواله وتملّك عينه لنفسه.

مقتضى التحقيق

فتحصّل أنّ مقتضى التحقيق ما سبق من الجواهر من التفصيل بينما إذا كان الشراء في ذمة المالك بقصد أداء الثمن من مال المضاربة فلا إشكال في صحته،

وبينما إذا كان بقصد الرجوع إلى المالك وأداء الثمن من سائر أموال المالك فلا يصح. ولا يبعد كون هذه الصورة مقصود الأصحاب من منع الشراء في الذمة، كما قال في الجواهر: «نعم، ليس له الشراء في الذمة على إرادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة فإنه ليس في الإطلاق ما يشعر الإذن بذلك، ويمكن إرادة الأصحاب المنع عن هذا بالخصوص»^١ كما أن مرادهم من وجوب الشراء بعين مال المضاربة عند الإطلاق، هو نفي جواز الشراء في الذمة بقصد أداء الثمن من سائر أموال المالك، لا الشراء بالثمن الكلّي بقصد أداء الثمن من غير عين مال القراض، من سائر أموال نفسه، كما أشرنا إليه.

نعم، لو شرط العامل الشراء في ذمة المالك، أن يدفع الثمن من مال القراض - لا من سائر أموال المالك - الشراء في ذمته يكون دفع الثمن في مقام الأداء من عين مال القراض، لا إشكال في صحته، كما اعترف به في الجواهر^٢.
وأتضح ممّا بيّناه عدم صحة الشراء بما في ذمة المالك على النحو المطلق الشامل لسائر أمواله، من دون الشرط المزبور.

صور الشراء في الذمة وحكمها

وأما الجهة الثانية: فقد ذكر في العروة^٣ صوراً للشراء في الذمة، ينبغي ذكرها وما يترتب عليه من الحكم بناءً على المختار. وهي:
الصورة الأولى: شراء العامل للمالك وفي ذمته من حيث المضاربة بقصد أداء الثمن من مال المضاربة.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٢.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٢.

٣ - العروة الوثقى ٥: ١٦٨ - ١٧٠.

ولا إشكال في صحّة الشراء والمضاربة في هذه الصورة؛ نظراً إلى كون قصده الأداء بمال القراض. فلا يستتبع التصرف في سائر أموال المالك حتى لا يرضى ويبطل الشراء.

الثانية: أن يقصد العامل كون الثمن في ذمته من حيث إنّه عامل ووكيل عن المالك. وهذه الصورة ترجع في الحقيقة إلى الأولى، وحكهماً واحداً. وسبق أنفاً بيانه. وعليه فلو تلف مال القراض قبل أداء الثمن، لا يكون في ذمة المالك أداؤه من سائر أمواله، كما حكم به في العروة^١. وعليه فتصير صحّة المعاملة مراعاة بلحوق رضا المالك. فلو رضي بأداء الثمن من سائر أمواله استقرت صحّة العقد. وإلا انفسخ؛ لانقضاء الثمن. وأمّا الحكم ببطلان هذه المعاملة رأساً من البداية، كما يظهر من بعض الأعلام^٢، فلا وجه له؛ نظراً إلى تعلق رضا المالك بهذه المعاملة من حين إنشاء العقد، وإلى فرض عدم كون العوض عين مال القراض.

الثالثة: أن يقصد العامل ذمّة نفسه ويشترى لنفسه، ولم يقصد حين إنشاء عقد الشراء الوفاء من مال المضاربة. ولكن دفع الثمن منه بعداً.

والتحقيق: أنّ الشراء حينئذٍ صحيحٌ وإن كان العامل غاصباً في دفع مال المضاربة من غير إذن المالك. وجه صحّة الشراء أنّ الأداء الخارجي غير عقد الشراء وخارج عن ماهيته وغير مقوم له؛ لفرض كون الثمن كلياً في الذمّة. نعم، يبطل الأداء، بمعنى أنّ ذمّة العامل لا تبرئ بذلك من الثمن الذي في عهده بالنسبة إلى البائع، ولا يرتفع ضمانه المعاوضي للثمن، كما أنّه ضامن لعين مال القراض. فحال دفع الثمن بمال القراض كحال دفع الثمن بمال الغير.

١- العروة الوثقى ٥: ١٦٨ - ١٧٠.

٢- المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٤٨.

الرابعة: عين الصورة السابقة مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حيلةً وطمعاً لعود الربح إليه. وهذه الصورة محكومة بحكم سابقتها.

الخامسة: قصده الشراء في الذمة، من غير التفات إلى نفسه أو غيره. وهل يلحقه حكم صورتين السابقتين، أو يحكم بكون شرائه حينئذٍ في ذمة المالك؟ فيه وجهان:

أما وجه الحكم بكون شرائه في ذمة المالك، فهو وجود قرينة المقام؛ حيث إنه في مقام الاتجار لأجل المضاربة بمال المالك. فينعقد بذلك ظهور حال له في كون إنشائه الشراء للمالك.

وأما وجه لحوقه بالصورتين السابقتين، ظهور حاله في كونه لنفسه؛ لظهور إنشائه الشراء في انتسابه إلى نفسه وكونه المسؤول عن أداء الثمن. فيصحّ الشراء ويقع لنفسه ويكون المبيع له حينئذٍ. وذلك لأنّ كون المبيع للغير تابع لقصد المنشئ. والعامل لم يقصد من إنشائه الشراء للغير، بل ظاهره وقوع العقد لنفسه ويكون المبيع مع ربحه له، والثمن في عهده، بل لا يبعد الحكم بذلك، ولو لم يكن لإنشائه ظهور في ذلك؛ نظراً إلى كون المعاملات من العناوين القصدية. وعليه فوقع الشراء للغير بحاجة إلى قصد الشراء له، وهو منتف كما هو المفروض. وعليه فلو دفع الثمن من مال المضاربة يدخل في حكم دفع الثمن بمال الغير، فلا يترتب على دفعه أثر شرعاً، بل عليه ضمان مال القراض وأداء الثمن من مال نفسه.

ولا يبعد رجحان هذا القول؛ نظراً إلى أنّ المتفاهم العرفي من إنشائه العقد كون الشراء لنفسه عند الإطلاق وعدم القرينة على كونه للغير.

ويشهد لذلك ما قال في الجواهر: «نعم، لو وقع الشراء منه بلا نية أنّه

للمالك، أو لنفسه، تعلق الثمن بذمته ظاهراً وواقعاً، وكان الربح له، كما لو نوى لنفسه؛ لظهور المعاملة في ذلك، حتى لو فرض كونه مأذوناً في الشراء في الذمة للمالك. لكن لا ينصرف الشراء في نفس الأمر عن وقعت المعاملة له، إلا بنية أنه له، كما هو واضح. فما في الرياض، من الوقوع للمالك في هذه الصورة - واضح الضعف^١. هذا، ولا يبعد قرينية تمخضه في المضاربة أو غلبة معاملاته في جهة المضاربة لإثبات كون شرائه للمالك. بل الأقوى كفايتها لذلك.

حكم الشراء بالكلّي في المعين

أما الجهة الثالثة: وهو الشراء بالكلّي في المعين؛ فيمكن تصويره بنحوين: أحدهما: ما أراده صاحب العروة وهو الشراء بثمان كلّي موجود في مال القراض المعين الخارجي. فهذا لا إشكال في جوازه؛ نظراً إلى كونه من قبيل الشراء بعين مال القراض في الحقيقة. كما أشار إليه في العروة^٢. ثانيهما: بمعنى كون الثمن مالاً كلياً من بين المال المعين الخارجي المشتمل على مال القراض وغيره، وكله للمالك؛ وحكمه حكم الشراء في الذمة، بلا فرق بينهما.

نعم، يمكن أن يقال: إن الشراء بالكلّي في المعين لا يرد عليه بعض الإشكالات المزبورة. وذلك لصدق كون الشراء بمال القراض؛ نظراً إلى عدم خروج مصداق الكلّي في الخارج عن مال القراض الموجود في مجموع المال المعين

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٢ - ٣٥٣.

٢ - العروة الوثقى ٥: ١٦٨.

للمالك. فلا يسري عنوان الثمن إلى سائر أموال المالك، كما كان يسري عند الشراء في ذمته.

أما ورود الضرر بذلك على المالك، فيمكن دفعه بأداء الثمن من مال القراض.

مقتضى التحقيق

هذا غاية ما استدلّ أو يمكن الاستدلال به لجواز الشراء بالكلّي في المعين، ولكنّ الإنصاف أنّه يشكل الالتزام به؛ نظراً إلى ظهور حال المالك في عدم رضاه ولا إذنه بالتصرّف في سائر أمواله. وذلك بقرينة الوجهين المستدلّ بهما سابقاً لمنع الشراء في الذمة. ولظهور تعيين حصّة من أمواله وجعلها مال القراض ورأس المال للاتّجار في ذلك، كما يدلّ على ذلك الإشارة إليه بقوله - مثلاً -: «خذ هذا المال واتّجربه». ولا أقلّ من عدم إحراز رضائه بالتصرّف في سائر أمواله.

وأما كون الثمن كلياً في المال المعين الخارجي، لا ينافي شمول ذلك المال المعين جميع أموال المالك، بأن يقصد العامل أداء الثمن من بين جميع أموال المالك الموجودة في الخارج، فلا محالة يشمل غير مال القراض ويعود المحذور.

نعم، لو أذن المالك صريحاً أو كان لكلامه ظهوراً في إذنه بالشراء في ذمته مطلقاً، أو في إذنه بدفع الثمن من سائر أمواله غير مال القراض، لجاز الشراء في الذمة مطلقاً، ولو بقصد الرجوع إلى المالك بغير مال المضاربة. وكذا الشراء بالكلّي في المعين.

فحصل أنّ مقتضى التحقيق في المقام عدم جواز الشراء بذمة المالك ولا بالكلّي في المعين على النحو المطلق بقصد الرجوع إلى المالك بغير مال القراض.

ولو تلف مال المضاربة قبل الأداء، لم يجب على المالك الأداء من غيره^(١)؛ لعدم الإذن على هذا الوجه، وما هو لازم عقد المضاربة، هو الإذن بالشراء كلياً متقيداً بالأداء من مال المضاربة؛ لأنه من الاتجار بالمال عرفاً.

حكم تلف مال القراض قبل أداء الثمن

١ - يقع الكلام تارة: فيما إذا كان تلف مال القراض لأجل تقصير العامل في حفظه أو تعديبه وتفريطه في التصرف.

وأخرى: فيما إذا لم يكن تلفه ناشئاً من تقصير العامل أو تعديبه وتفريطه.

أما الصورة الأولى: فلا إشكال في ضمان العامل. وقد سبق بيان الوجه في

ذلك مفصلاً.

وحاصله: وقوع تلف مال القراض حينئذٍ عن عمد العامل وتعديبه؛ حيث إنه

لو كان يدفعه إلى البائع إما لم يكن يتلف أو كان يتلف في يد البائع. ولما تلف قبل

الأداء بفعله وعمده، يضمنه بمقتضى قاعدة الإلتاف، وكذا يضمنه لو تعيب بمقتضى

قاعدة اليد.

وذلك لأنَّ إلتاف مال المضاربة يستند عرفاً إلى العامل حينئذٍ؛ حيث نشأ من

حبسه مال القراض والتفريط في تأخير الأداء الموجب لتلفه، مع أنَّ المالك دفعه إليه

وأذنه بالتصرف فيه لأجل غرض التجارة والشراء. وعليه فلم يكن حبس مال

القراض بإذن المالك، فيكون ضمانه عليه؛ لقاعدة ضمان الإلتاف.

ولا يخفى أنَّ هذه الصورة خارجة عن محلِّ الكلام. وإتاما الكلام في

الصورة الثانية.

وأما الصورة الثانية - وهي مقصود السيد الماتن من هذا الفرع ظاهراً - : فهي أن يتلف مال القراض قبل أن يؤدي العامل ثمن المتاع الذي اشتراه مضاربةً إلى البائع، من غير تقصيرٍ أو تعديٍّ أو تفريط.

وقد وقع الكلام في أنه هل يجب على المالك حينئذٍ أداء الثمن من سائر أمواله، أم لا؟

يظهر من صاحب الجواهر أنه لو تلف مال القراض حينئذٍ قبل الأداء، أدى المالك من غيره. وعلل ذلك بأنه مقتضى إطلاق كلام المالك، ما لم يكن العامل قاصداً للرجوع إليه بغير مال القراض من حين الشروع في العمل وقبل إنشاء عقد الشراء. قال رحمته: «نعم، ليس له الشراء في الذمة على إرادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة، فإنه ليس في الإطلاق ما يشعر بالإذن بذلك، ويمكن إرادة الأصحاب المنع عن هذا بالخصوص، لا ما يشمل الأول الذي قد يتسامح في العرف بجعله من الشراء بالعين. فإذا اتفق عروض ذلك من العامل، وفرض تلف مال المضاربة، أدى المالك من غيرها حينئذٍ، لما عرفته من تناول الإطلاق الإذن على الوجه المزبور، المفروض وقوعه»^١. وتبعه السيد في العروة^٢.

ومقتضى التحقيق عدم وجوب أداء الثمن من غير مال القراض على المالك. لما سبق آنفاً من أن غرضه المعاملي من المضاربة وإن لا يتوقف حصوله على عين مال القراض. إلا أنه لم يقصد المضاربة والاتجار، إلا بعين مال القراض، بل قصده

١ - جواهر الكلام ٢٦ : ٣٥٣.

٢ - العروة الوثقى ٥ : ١٦٨.

نعم للعامل أن يعين دراهم شخصية ويشترى بها؛ وإن كان غير متعارف في المعاملات، لكنه مأذون فيه قطعاً^(١) وأحد مصاديق الاتجار بالمال. هذا مع الإطلاق، وأما مع اشتراط نحو خاص فيتبع ما اشترط عليه.

التمن الكلي، لا ينافي إرادة الكلي المقيّد بما دفعه من مال القراض. فلا يجوز إجباره على دفع الثمن من غير مال القراض، كما يجوز له أن يفسخ المضاربة حينئذٍ.

نعم، لو لم يفسخ المضاربة وأجاز الشراء في الذمة، عليه أداء الثمن من غير مال القراض. ولكن العامل لا يضمن ما تلف من مال القراض حينئذٍ، فاتّضح بما ذكرناه عدم وجاهة ما قيل^١ من بطلان المعاملة حينئذٍ، بدعوى تعذر الثمن وأنه من مصاديق تلف الثمن.

١ - لأنه المتيقّن من متعلّق إذن المالك، فلا كلام ولا إشكال في صحته؛ لأنه الاتجار بعين مال القراض.

ولا يخفى أنّ كلّ ما سبق من الكلام كان عند إطلاق كلام المالك، كما قلنا في بداية هذا البحث. وأما مع اشتراطه على نحو خاصّ، فلا إشكال ولا كلام في وجوب اتّباع الشرط وعدم جواز مخالفته للعامل وضمّانه لدرك تلف مال القراض وخسارة الوضيعة الحادثة في التجارة.

(مسألة ٢٥): لا يجوز للعامل أن يوكل غيره في الاتجار^(١) - بأن يوكل إليه أصل التجارة - من دون إذن المالك. نعم يجوز له التوكيل والاستئجار في بعض المقدمات، بل وفي إيقاع بعض المعاملات التي تعارف إيكالها إلى الدلال، وكذلك لا يجوز له أن يضارب غيره أو يشاركه فيها إلا بإذن المالك.

الإيكال إلى الغير بإذن المالك

١ - والوجه في عدم جواز توكيل العامل غيره في الاتجار، أنّ متعلّق إذن المالك للعامل اتّجاره بمال القراض مباشرة؛ لأنّه الذي تعلّق به إذن المالك وجرت عليه عادة العرف، فهو متعلّق إذن المالك ومنصرف قوله مخاطباً للعامل «خذ هذا المال واتجر به». فلو أنّ العامل أوكل أمر الاتجار إلى الوكيل لم يتجر بنفسه، كما هو ظاهر كلام المالك. فليس داخلاً في إذنه بالتصرّف في ماله، بل يكون تصرّفاً بغير إذنه، ولا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذنه.

ومما يؤيد ذلك خروج هذا الفرض عن عنوان المضاربة؛ لأنّ المنصرف عرفاً من المضاربة، استعمال العامل في التجارة مباشرة، وإلا فلا يكون عاملاً، بل العامل وكيله ولم يصدر إذن من المالك له بالتجارة، إلا ما قامت قرينة خاصة على دخوله في متعلّق إذنه، كتهيئة ما تعارف التوكيل فيه من مقدمات التجارة.

ومن هنا يجوز للعامل تهيئة المقدمات بتوكيل غيره.

وذلك لعدم دخول المقدمات في حقيقة المضاربة عرفاً، حتّى يكون لكلام المالك ظهور في استعمال العامل فيها بالمباشرة. ومن هنا لا يمنع التوكيل في تهيئة المقدمات عن استناد الاتجار إلى العامل عرفاً، بل وفي إنشاء بعض المعاملات، إذا

ومع الإذن إذا ضارب غيره، يكون مرجعه إلى فسخ المضاربة الأولى؛ وإيقاع مضاربة جديدة بين المالك وعامل آخر، أو بينه وبين العامل مع غيره بالاشتراك، وأما لو كان المقصود إيقاع مضاربة بين العامل وغيره - بأن يكون العامل الثاني عاملاً للعامل الأول - فالأقوى عدم الصحة^(١).

كان التوكيل في ذلك متعارفاً. ولذلك ينعقد لكلام المالك إطلاق يقتضي إذن العامل بتوكيل الغير في تهئية مقدمات التجارة، إلا إذا كانت قرينة على الخلاف. وقد اتضح من ضوء هذا البيان أنه لا يجوز للعامل أن يضارب غيره أو يشاركه فيها؛ لعين الوجه المتقدم آنفاً، إلا إذا أذن له المالك بذلك صريحاً، أو فهم الإذن من ظاهر كلامه، أو أحرزه العامل بأية قرينة أخرى.

حكم ما إذا ضارب العامل أو شارك غيره بإذن المالك

١ - إذا ضارب العامل أو شارك غيره بغير إذن المالك، فلا كلام في بطلانه. والوجه فيه واضح، كما لا يجوز ذلك مع إطلاق كلام المالك؛ لما تقدم وجهه آنفاً. فلا كلام في ذلك وإنما الكلام فيما إذا كان ذلك بإذنه. وأما إذا كان بإذن المالك، فيقع الكلام تارة: في حكم العقد الثاني الذي أنشأه العامل. وأخرى: في العقد الأول الذي أنشأه المالك. فالكلام يقع في المقامين:

أما المقام الأول: فالكلام فيه يقع تارة: فيما إذا كان العامل الثاني عاملاً للمالك أيضاً كالأول؛ بأن تصدياً كلاهما للعمل بالمباشرة. وحينئذ يقول العامل الأول - مثلاً - للثاني: «خذ هذا المال واتجر به معي والربح بيننا وبين المالك». فلا

بأس بذلك؛ نظراً إلى ما تقدّم في المسألة العاشرة من جواز تعدّد العامل، إلا أنّ المنشئ هناك المالك، وهاهنا العامل. والمفروض أنّه بإذن المالك. فهذه الصورة لا كلام فيها.

وأخرى: فيما لو أنشأ العامل الأوّل المضاربة بين العامل الثاني وبين المالك وانفصل عن الاشتغال بالعمل التجاري؛ من إنشاء صيغة البيع والشراء والقبض ونحو ذلك. ولكن يفوّضه إلى الثاني بحيث يكون هو العامل بالمباشرة دون الأوّل. وذلك يتصوّر له ثلاث صور:

الأولى: أن يكون عمل الثاني تحت تدبير الأوّل ونظارته؛ لعدم فكرة تجارية اقتصادية للثاني، فاستخدمه الأوّل لإجراء الأمور التجارية وإنشاء صيغ البيع والشراء والقبض والإقباض والنقل والانتقال. ولكن لا على نحو الإجارة وتعيين الأجرة، بل يجعل له شيئاً من الربح؛ كأن يقول - مثلاً - : «أتجر بهذا المال بأمرى وتحت تدبيري ونظارتي ودلّاتي، ولك ثلث الربح». أو يقول: «بشرط أن يكون لك خمس الربح والباقي بيني وبين المالك» أو يقول: «بشرط أن يكون الربح بيننا وبين المالك أثلاثاً».

الثانية: أن يفصل عن العمل رأساً ويفوّضه إلى الثاني تفويضاً مطلقاً بإنشاء مضاربة جديدة. وحينئذٍ إمّا أن يجعل الربح بين العامل الثاني وبين المالك، أو يجعله بينهما وبين نفسه أثلاثاً أو أرباعاً؛ بأن كان النصف للمالك والنصف الباقي لهما. فالأوّل من هذين الفرضين الصورة الثانية، والثاني منهما الصورة الثالثة.

أمّا الصورة الأولى: فالظاهر أنّه لا بأس به إذا كان بإذن المالك وفي الحقيقة تلحق بالفرض السابق المقابل لهذه الصور الثلاث؛ لأنّ غاية ما يحدث بذلك تعدّد العامل مع تعيين سهم من الربح له بالتراضي.

وأما الصورة الثانية: ففي الفرض الأول منها: تصحّ المضاربة الثانية مع إذن المالك، وتصير فضولية بدونه. وذلك كأن يقول العامل الأول للثاني: «أتجر بهذا المال والربح بينك وبين المالك» فلو أذن لها المالك لا إشكال في صحته، كما قال في الشرائع. وعلمه في الجواهر بقوله: «لأنه يكون حينئذ بمنزلة الوكيل عن المالك في ذلك، وسبق عقد القراض معه لا ينافي ذلك، بل لا يقتضي فساد، لعدم ما يدلّ على اعتبار خلوّ المال عن وقوع عقد قراض عليه في صحّة الثاني»^١. فلو عمل العامل الأول أيضاً له أجره المثل لا الربح؛ لفرض أنه خرج باختياره عن المضاربة، فلا يستحقّ شيئاً من الربح بمقتضى المضاربة. نعم، له على المالك أجره مثل العمل الصادر منه بعد إنشاء العقد الجديد إذا كان عمله بإذن المالك، وإلا فلا يستحقّ شيئاً من الربح والأجرة.

ومن ضوء هذا البيان اتضح الإشكال فيما يظهر من صاحب الجواهر من استحقاقه الربح عند العمل؛ حيث قال: «وإن كان هو لا يستحقّ شيئاً من الربح، بعدم العمل منه، أما لو فرض عمل كلّ منهما صحّ وأخذ كل منهما ربح ما عمل به من المال على حسب ما شرط له»^٢.

كيف وهو أقدم على حرمان نفسه من الربح باشتراطه كون الربح بين المالك والعامل الثاني؟! ومن هنا اتضح خروج صاحب الجواهر في ذيل كلامه عن فرض المقام.

نعم، يحتمل - كما في العروة - أن يكون نفس إنشاء المضاربة الجديدة عملاً تجارياً صادراً من العامل الأول. وعليه لا تبطل المضاربة الأولى، بل تنتهي

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٩٢.

٢ - نفس المصدر.

وتنفسخ بنفس إنشاء الجديدة، وبينهما فرق واضح. وتظهر الثمرة في استحقاق العامل للربح حينئذٍ؛ نظراً إلى صحة الأولى قبل انفساخها. ومن هنا يمكن القول باستحقاق العامل الأول للربح بنفس عمل إنشاء المضاربة الثانية، فيما إذا كانت رابحة ولعلّ نظر صاحب الجواهر إلى ذلك، كما لا يبعد.

ولكنّ الإنصاف عدم كون إنشاء المضاربة الجديدة من قبيل العمل المقصود الذي يتوقّعه المالك من العامل في المضاربة، بل المقصود المتوقع صدوره من العامل عرفاً هو عمل البيع والشراء. اللهم إلا أن يقال بصدق التجارة بالمعنى الأعمّ على المضاربة، لكنّه غير مقصود في باب المضاربة، بل المقصود هو التجارة بمعناه الأخصّ المقابل للتجارة والصناعة والبنائة والزراعة وسائر المكاسب.

وأما احتمال إرادة الصورة الأولى - قبل الثلاثة الأخيرة - من صيغة الإنشاء في هذه الصورة، بأن كان المقصود بقاء العامل الأول وعدم انفصاله عن العمل، كما لعلّه يظهر من بعض الكلمات، فهو خلاف ظاهر إنشاء المضاربة بين العامل الثاني وبين المالك، كما هو المفروض في ما نحن فيه.

وأما الصورة الثالثة: وهو الفرض الثاني من الفرضين المزبورين؛ بأن يجعل لنفسه سهماً من الربح مع انفصاله عن العمل رأساً وتفويضه إلى العامل الثاني، من دون أيّ مداخلة في الاتجار حتّى بالتدبير والإشراف على المعاملات والتجارات الصادرة من العامل.

فالأقوى حينئذٍ بطلان المضاربة. وذلك لما سبق في المسألة الأولى من عدم جواز جعل الربح للأجنبي واعتبار كونه بين المالك والعامل. فإنّ المفروض حينئذٍ عدم كون الأول عاملاً؛ لفرض انفصاله عن العمل بالمرّة. وعدم مداخلة له في الاتجار حتّى بالتدبير والإشراف والدلالة. وليس بمالك، كما هو المفروض. فإذا لم

يكن عاملاً ولا مالكاً يكون أجنبياً. وإشراك الأجنبي في المضاربة مبطل لها. وذلك لما سبق في ذيل المسألة الأولى في أوائل هذا الكتاب؛ من تحكيم أصالة الفساد الثابتة بمقتضى قاعدة تبعية الربح للمال، بعد فرض كون مشاركة الأجنبي في الربح خلاف مقتضى ما هو المرتكز من عنوان المضاربة في أذهان أهل العرف، مضافاً إلى دلالة نصوص الباب بمفهوم التحديد على حصر الربح بين المالك والعامل ونفي استحقاق الأجنبي له.

ولا يخفى أنّ ما حكّم به صاحب الشرائع والجواهر وسائر الفقهاء، ومنهم السيد الماتن؛ من عدم صحّة المضاربة، إنّما يتمّ في هذه الصورة، وتّضح وجه حكمهم بذلك من ضوء ما بيّناه.

وهاهنا صورة أخرى تعرّض إليها السيد الماتن في ذيل كلامه ويكون مجموع الصور معها خمس صور.

وهي أن يُنشئ العامل الأوّل مضاربة جديدة بين نفسه وبين عامل آخر، من دون إشراك المالك بأن يجعل ذلك الغير عاملاً لنفسه.

وهذه الصورة لا ريب في بطلانه لخروجه عن مقصود المالك وإذنه؛ ضرورة تعلّق قصده المعاملي بإذنه، فلا يأذن العامل الأوّل بالمضاربة، إلّا لفرض الاسترباح. فحينئذٍ لا إشكال في بطلان المضاربة الثانية وبقاء الأولى على صحّتها؛ حيث إنّ الثانية تصبح لغواً.

وأما المقام الثاني: فوقع الكلام في أنّه هل تبقى المضاربة الأولى على حالها من غير انفساح أو تنفسخ؟ يظهر من صاحب الجواهر التردّد في ذلك؛ نظراً إلى

كون الثانية إنشاءً جديداً، وهو يفيد فسخ الأولى، وإلى كون تشريك الثاني في سهم الأول بإذن المالك، مضاربة على المضاربة الأولى، بلا فسخ لها ولا مانع من ذلك. ولكنه يناقش في تعليل صاحب المسالك لصحة المضاربة الأولى بعدم المانع وهو ترك العامل الأول للعمل، بأن انتفاء المانع في العامل الأول لا يقتضي صحة العقد السابق في مفروض الكلام.

وممن اختار صحة المضاربة الأولى في المقام، هو السيد الخوئي^١ وعلل ذلك بما حاصله:

أنّ المضاربة من العقود الإذنية ومرجع إذن المالك للعقد الجديد إبقاء الأول. ولا مانع من كون الاتجار بإنشاء مضاربتين، كما لا مانع من تعدد العامل. فلا مانع من اجتماع المضاربتين على مال واحد.

وفيه: أنه خلط بين الصورة الأولى وبين الصورة الثانية. وكلامه إنما يأتي ويصح في الأولى، دون الثانية. بل مرجع الإذن بالمضاربة الثانية حينئذٍ - أي مع انفصال العامل عن العمل رأساً وجعل الربح بين المالك وبين الثاني - إلى فسخ الأول وإنشاء مضاربة جديدة مع عامل آخر.

والحاصل: أنّ إنشاء المضاربة الجديدة في الصورة الأولى والثاني من الصور الأربعة المزبورة لا ينافي صحة المضاربة الأولى، بل في حكم إشراك عامل آخر. وأمّا الصورة الثالثة التي ينشئ العامل الأول مضاربة جديدة بين المالك وبين العامل الثاني، فلا إشكال في كونه بمنزلة فسخ الأولى ولكن لا ينافي ذلك صحة الأولى واستحقاق الأول للربح بناءً على كون نفس إنشاء الجديدة عملاً تجارياً مقصوداً في باب المضاربة.

(مسألة ٢٦): الظاهر أنه يصح أن يشترط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالاً أو عملاً^(١)، كما إذا شرط المالك على العامل أن يخيط له ثوباً أو يعطيه درهماً وبالعكس.

حكم اشتراط المال أو العمل ضمن عقد المضاربة

١ - يقع الكلام في هذه المسألة تارة: فيما إذا كان ما اشترطه المالك على العامل في ضمن عقد المضاربة بضاعة، وأخرى: فيما لو كان مالاً أو عملاً غير بضاعة.

تحرير كلام شيخ الطائفة رحمته الله

أما البضاعة، قال الشيخ الطوسي: «إذا دفع إليه ألفاً قراضاً بالنصف على أن يأخذ منه ألفاً بضاعة - والبضاعة أن يتجر له فيها بغير جعل ولا قسط من الربح - فلا يصح هذا، والشرط فاسد؛ لأنّ العامل في القراض لا يعمل عملاً لا يستحقّ في مقابلته عوضاً فبطل الشرط، وإذا بطل الشرط بطل القراض؛ لأنّ قسط العامل يكون مجهولاً فيه.

وذلك أنّ رب المال ما قارض بالنصف حتّى يشترط للعامل عملاً بغير جعل. وقد بطل الشرط، وإذا بطل ذهب من نصيب العامل - وهو النصف - قدر ما زيد فيه لأجل البضاعة، وذلك القدر مجهول. وإذا ذهب من المعلوم مجهول، كان الباقي مجهولاً. ولهذا بطل القراض.

وإن قلنا: القراض صحيح والشرط جائز لكنته لا يلزمه الوفاء به؛ لأنّ البضاعة لا يلزم القيام بها، كان قوياً.

إذا أعطاه ألفاً قراضاً بالنصف، وقال له: «أحبُّ أن تأخذ ألفاً بضاعةً تعاونني فيه»، صحَّ؛ لأنَّ البضاعة ما أخذت بالشرط. وإنما تطوَّع بالعمل له فيها من غير شرط، فلهذا لم يفسد القراض^١.

قوله: «ما قارض بالنصف، حتَّى يشترط»، لفظه «ما» نافية، و«حتَّى» استثنائية؛ أي: لم يقارض المالك بنصف الربح، إلَّا بشرط أن يعمل له العامل عملاً بغير جُعل. والمقصود أن المالك أدخل بالاشتراط في الحقيقة حصَّة من ربح البضاعة في نصيب العامل، وهو النصف.

وعرفت من كلامه أنه اختار أولاً: بطلان الشرط. وثانياً: حكم بطلان أصل عقد المضاربة في مفروض الكلام. وثالثاً: صار في ختام كلامه بصدد توجيه صحَّة القراض في المسألة.

أمَّا الشرط: فحاصل توجيهه لبطلانه: أن شرط البضاعة من المالك على العامل مخالفٌ لمقتضى عقد المضاربة؛ لأنَّ مقتضاها استحقاق العامل بإزاء عمله عوضاً، وهو سهمٌ معيَّن معلومٌ من الربح. وشرط البضاعة في مفروض المسألة موجب لحرمان العامل عن سهمه من ربح البضاعة. ويرجع ذلك في الحقيقة إلى القراض بمجموع المال - وهو في المثال ألفان - واشتراط عدم استحقاق العامل لربح نصف المال وتخصيص الشركة بربح النصف الآخر. ومن هنا يكون اشتراط البضاعة في ضمن المضاربة مخالفاً لمقتضاها.

وأما بطلان عقد المضاربة فحاصل توجيهه: أنه يتفرَّع على فساد الشرط؛ بتقريب أن شرط البضاعة إذا فسد بالبيان المزبور، يصير حصَّة العامل من الربح مجهولة. وذلك لأنَّ اشتراط جعل نصف الربح للعامل بالبضاعة، في قوَّة إدخال

حصّة من ربح البضاعة في سهم العامل، وهو نصف ربح الألف الأول. فهذا النصف متشكّل من حصّة من ربح الألف الأول وحصّة من ربح الألف الثاني الحاصل بالبضاعة.

وعليه فإذا فسد الشرط بالبيان السابق آنفاً، ذهبت تلك الحصّة الدخيلة من ربح البضاعة في سهم العامل. ولما كانت تلك الحصّة الذاهبة مجهولة، يصير المقدار الباقي من سهمه مجهولاً لا محالة. وإنّ الجهل بسهم العامل مبطل للمضاربة؛ نظراً إلى اشتراط معلومية مقدار نصيب كلّ من المالك والعامل في صحّة المضاربة. وعليه فليس فساد العقد مبتتياً على مبنى فساد العقد بفساد الشرط، بل إنّما لأجل كون فساد الشرط في المقام موجباً لانتفاء شرط صحّة المضاربة، وهو معلومية مقدار نصيب كلّ من العامل والمالك.

نقد كلام شيخ الطائفة رحمته الله

هذا، ولكن يمكن المناقشة في هذا التقريب بأنّ فساد الشرط لا يخلو إمّا أن يوجب بنفسه فساد العقد أم لا. فعلى الأول تبطل المضاربة رأساً بلا إشكال. ولكنّه ليس مقصود الشيخ رحمته الله؛ حيث إنّ استدلّ بلزوم الجهل بنصيب العامل من فساد الشرط، لا بنفس فساد الشرط، فلا نظر له رحمته الله إلى الاستدلال بمفسدية الشرط الفاسد للعقد.

وعلى الثاني لا وجه لفساد عقد المضاربة، إلّا الجهل بمقدار نصيب العامل عند فساد الشرط. ولكن يمكن الجواب عن ذلك بأنّه كيف ينصرف الاشتراك في الربح على نحو الإشاعة إلى النصف عند الإطلاق، فكذلك اشتراك العامل في نصف ربح الألف الأول - مع دخول ربح الألف الثاني في المضاربة، ولو بالاشتراط -

بمنزلة جعل ربح ربح المضاربة نصيباً للعامل؛ لأنه المنصرف من الاشتراك بالإشاعة عند الإطلاق. وأمّا اختلاط المالين فلا يضرّ بذلك بعد معلومية السهم بالكسر المشاع.

وأمّا توجيهه للصحة، فهو إمّا أنّ البضاعة لما كانت من العقود الجائزة ولا يلزم الوفاء بها، يلغو الشرط وتبقى المضاربة على صحتها. وإمّا عدم وجوب الوفاء بالشرط الواقع في ضمن العقد الجائز لانصراف قوله: «المؤمنون عند شروطهم» و«أوفوا بالعقود» عن العقود الجائزة.

ويرد عليه أنه لو كان مراده الوجه الأول، فالبضاعة وإن كانت جائزة في نفسها، إلا أنها تصير لازمة بعرض الشرط ولا منافاة. نعم، يجوز للمالك فسخ البضاعة؛ لأنها تعتبر حينئذٍ حقاً له عرفاً، لا للعامل. فإنّ لكلّ ذي حق إسقاط حقه، كما يجوز لكلّ منهما إعدام موضوع وجوب الوفاء بفسخ المضاربة، وإلا فما دامت المضاربة باقية لا يبعد وجوب الوفاء بالشرط.

وإن كان مراده الوجه الثاني، فنمنع الانصراف إلى العقود الجائزة. وذلك لكفاية عموم أدلّة وجوب الوفاء بالشرط في ضمن العقد لإثبات لزوم الوفاء بشرط البضاعة في المقام؛ نظراً إلى شموله لما وقع من الشروط في ضمن العقود الجائزة.

مقتضى التحقيق في المقام

ولكنّ الأقوى في المقام صحة المضاربة، بل عدم فساد أصل الشرط، بل لزوم الوفاء به ما دام لم يفسخ المضاربة. وعليه فلا تصل النوبة إلى التوجيه المزبور. وذلك لأنّ البضاعة عمل خارجي ولا يُعدّ شرط العمل من أجزاء الثمن في نظر أهل العرف، بل حتّى لو شرط إعطاء مال في ضمن عقد المضاربة لا يبعد القول

بالصحة؛ لعدم كون إعطاء المال حينئذٍ جزءً من الربح في نظر أهل العرف، بل يرويه نفعاً حاصلًا بالشرط ومنفكاً عن الربح الحاصل بالتجارة، ومغايراً مع حقيقة المضاربة وخارجاً عن مقتضاها، كما أنّ الأمر كذلك في أيّ شرط مشترط في ضمن أيّ عقد من العقود، فلا يعدّ أهل العرف النفع الحاصل من الشرط جزءً من الثمن، وإن يرون للعقد دخلاً في حصول هذا النفع، ولكن ليس كلّ نفع حاصل بالاشتراط في ضمن المعاملات جزءً من الثمن.

أما دعوى كون شرط البضاعة مخالفاً لمقتضى عقد المضاربة فغير وجيهة. وذلك لعدم تعلق الشرط بما يضاف أحد أركان المضاربة أو ما به قوامها من الخصوصيات حتّى ينافي مقتضاها. فلو شرط أحدهما عدم ربح للآخر رأساً، أو عدم تعيين حصته من الربح حين إنشاء العقد، أو شرط إشراك الأجنبي في الربح، أو الاسترباح بغير التجارة، كان ذلك مخالفاً لما هو مقتضى المضاربة.

ثم إنّ القولين المستفادين من كلام الشيخ رحمته نقلهما في الشرائع. ولكنّه اختار صحة العقد والشرط كليهما بقوله: «ولو قيل بصحتهما كان حسناً». وصرّح في المسالك^١ بأنّ القولين الأولين للشيخ في المبسوط، وقد عرفتهما بوضوح من كلامه، فلا يرد ما أورد على نسبة القولين إلى الشيخ في المستمسك^٢؛ نظراً إلى ما في ذيل كلام الشيخ من الإشعار بابتناء إشكال الجهل بنصيب العامل على لزوم عقد البضاعة وأنها لما كانت جائزة غير لازم الوفاء ينتفي الإشكال المزبور من أساسه. وعلى أيّ حال مقتضى التحقيق في المقام صحة العقد والشرط كليهما؛ لما يبيّناه أخيراً.

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٩٤ - ٣٩٥.

٢ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٣١.

(مسألة ٢٧): الظاهر أنه يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره^(١)، ولا يتوقف على الإنضاض - بمعنى جعل الجنس نقداً - ولا على القسمة.

فالحق مع السيد الماتن؛ وفاقاً للمشهور وخلافاً للشيخ الطوسي وجماعة. وعليه فيجب الوفاء بشرط البضاعة على العامل بمقتضى أدلة وجوب الوفاء بالشرط ضمن أي عقد. وذلك لا يغير ماهية البضاعة، بل هي بما لها من الماهية - التي هي من العقود الجائزة - متعلقة للشرط. نعم، لا يجوز للعامل فسخها وفاء بالشرط. وإن جاز ذلك للمالك؛ لأن شرطها لا يفيد، إلا ثبوت حق له، ولكل ذي حق إسقاط حقه.

وإن لصاحب الجواهر في ذلك بياناً نافعا، فليراجع! أما شرط غير البضاعة من مال أو عمل، فقد أتضح مما بيّناه عدم كونه فاسداً ولا مفسداً؛ نظراً إلى عدم كونه مخالفاً لمقتضى عقد المضاربة وموجباً لجهالة في حصة العامل من الربح، كما عرفت.

يملك العامل الربح بمجرد ظهوره

١ - المشهور المعروف بين الأصحاب أن العامل يملك حصته من الربح بمجرد ظهوره، من غير توقف على الإنضاض ولا القسمة، كما قال في المسالك: «هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل لا يكاد يتحقق فيه مخالف، ولا نقل في كتب الخلاف عن أحد من أصحابنا ما يخالفه»^٢.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٤٠٢.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣٧١.

وفي الجواهر: «على المشهور بين الأصحاب، بل لا يكاد يتحقق مخالف فيه منّا، كما في المسالك، بل لعلّه ظاهر التذكرة أيضاً»^١. وأما الإجماع، وإن لم يصرح بدعواه واحد من الأصحاب، إلاّ أنّه يستفاد من كلام صاحب الجواهر تلويحاً؛ حيث قال في ختام البحث عن ذلك: «إلاّ أنّ الإنصاف عدم خلوّ المسألة من إشكال، إن لم يكن إجماعاً»^٢. فإنّ في كلامه هذا بضميمة كلامه السابق إشعاراً بتحقّق الإجماع في المقام. بل ادّعاه في العروة^٣ صريحاً.

ولكن نقل الفخر في الإيضاح عن والده^٤ أنّ في المسألة أربعة أقوال، ولم يذكر القائل بالثلاثة الأخرى غير ما هو المشهور، بل إنّما اكتفى بذكر أصل هذه الأقوال.

أحدها: ما ذهب إليه المشهور وذكره السيد الماتن رحمته، من أنّ العامل يملك الربح بمجرد ظهوره، من غير توقّف على الإنضاض ولا على القسمة.
ثانيها: أنّه يملكه بإنضاض الربح؛ لعدم وجوده قبله، بل هو مقدّر موهوم، ويعتبر في المملوك كونه محقّق الوجود. فالظهور إنّما يوجب الاستحقاق بعد التحقّق.

ثالثها: الملك بالقسمة. وعُلّل ذلك أولاً: بأنّه لو ملك العامل سهمه قبل القسمة، لزم كون النقصان الوارد بعد ذلك شايعاً في مجموع الباقي المشتمل على مال القراض، فلا يكون الربح حينئذٍ وقايةً لرأس المال. وثانياً: بأنّ القراض من

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٧٣.

٢ - نفس المصدر.

٣ - العروة الوثقى ٥: ٣٤.

٤ - إيضاح الفوائد ٢: ٣٢٢.

العقود الجائزة الإذنية والعمل فيها غير مضبوط، فلا يستقرّ فيها الملك إلا بعد تمام العمل، كما في الجعالة؛ حيث لا يتمّ ملكية الجعّل إلا بعد تمام العمل. وإنه لا يتمّ إلا بعد القسمة.

رابعها: أنّ القسمة كاشفة عن الملك قبلها؛ لأنها ليست من أسباب الملك. والمقتضي للملك هو العمل، والقسمة إنما تكشف عن تمامية العمل وتحقّق السبب المملّك.

وقال في المسالك: «وفي التذكرة لم يذكر في المسألة عن سائر الفقهاء من العامة والخاصة سوى القولين الأوّلين، وجعل الثاني للشافعي في أحد قوليّه، ولأحمد في إحدى الروايتين، ووافقا في الباقي على الأوّل، فلا ندري لمن ينسب هذه الأقوال؟»^١

وقد ردّ الفقهاء الفحول هذه الأقوال الثلاثة، كما أجاب عنها في جامع المقاصد والمسالك والحدائق والجواهر وغيرها.

أمّا القول الثاني: فقد ردّه المحقّق الكركي في جامع المقاصد^٢ أولاً: بعدم توقّف وجود الربح وتحقّقه على الإنضاض؛ لعدم انحصار المال في النقد. فإذا ارتفعت قيمة العروض والأمتعة المشتراة بتجارة العامل وزادت عن مقدار رأس المال، يكون رأس المال عند أهل العرف ما يقابل قيمته والزائد ربح عرفاً، ولا ريب في كونه محقّق الوجود عند أهل العرف.

وثانياً: بأنّه لا يعتبر في المملوك كونه متحقّق الوجود، كما أنّ الدين المستقرّ في ذمّة المديون ملك، ويقال: إنّ للدائن في ذمّة المديون ألف دينار، فيعتبر ملكاً،

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٧٢.

٢ - جامع المقاصد ٨: ١٢٤.

مع عدم كونه منحقّق الوجود، بل إنّما في الذمّة أمرٌ كلّّي. وقد تبع المحقّق الكركي في المناقشة لهذين الوجهين من تأخّر عنه من فحول الفقهاء، كالشهيدي المسالك^١ والمحدّث البحراني في الحدائق^٢ وصاحب الجواهر^٣ وغيره.

أمّا الثالث: فناقش فيه المحقّق الكركي أيضاً بمنع الملازمة المستدلّ بها؛ نظراً إلى عدم المنافاة بين حصول أصل الملك قبل القسمة وبين كون الربح وقاية لرأس المال.

وذلك أولاً: لإمكان ثبوت أصل الملك متزلزلاً. وكون استقراره مشروطاً بالسلامة وعدم عروض النقصان.

وثانياً: على فرض استقرار الملك يمكن تخصيص النقصان بمجموع الربح بالتوزيع بين السهمين، بدليل دفع محذور استحقاق العامل أكثر من نصيبه المقرّر له. وأمّا جواز عقد المضاربة وعدم ضبط العمل واستقرار الملك بعد تمامه؛ قياساً لذلك بباب الجعالة، فقد نوقش فيه بأنّ القسمة ليست عملاً حتّى يتوقّف عليه استقرار الملك، فلا يقاس بباب الجعالة؛ فإنّ الجعل هناك إنّما يملك بعمل إنشاد الضالّة.

وأما القول الرابع فقد اتّضح ما فيه من الإشكال من ضوء البيان المزبور.

مقتضى التحقيق في المقام

مقتضى التحقيق ماذهب إليه المشهور، وذلك:

أولاً: لصدق عنوان الربح بمجرد ظهوره في نظر أهل العرف. فإنّ من اشترى

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٧٢.

٢ - الحدائق الناضرة ٢٦: ٢٣٩.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٧٤.

أمتعةً للتجارة والاسترباح؛ ثم ترقب قيمتها، يقول أهل العرف حينئذٍ بمجرد ارتفاع قيمتها: إنّه استفاد في شراء تلك الأمتعة، ولا يرى صدق عنوان الفائدة والاستفادة متوقفاً على بيع الأمتعة المشتراة وإنضاضها، وقد سبق هذا الكلام منّا في خمس ارتفاع القيمة من كتابنا «دليل تحرير الوسيلة» نعم، فيما إذا لم يكن المشتري بصدد التجارة تأمل هناك بعض الأعلام في صدق عنوان الفائدة والربح بمجرد ارتفاع القيمة، لكنّه خارج عن محل الكلام.

وعليه فإطلاق كلام المالك حين إنشاء العقد - بقوله: والربح بيننا - يقتضي حصول الملك بمجرد صدق عنوان الربح عرفاً. ولذلك ينعقد لإطلاقات نصوص المقام ظهور في ذلك، مثل قوله ﷺ: «والربح بينهما» و«له من الربح» و«له الربح»^١.

وثانياً: لدلالة نصوص المقام على ذلك بالخصوص. مثل صحيح محمد بن ميسر - وفي بعض الطرق عن محمد بن قيس - عن أبي عبدالله ﷺ، قال: قلت لأبي عبد الله ﷺ: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشتري أباه وهو لا يعلم، فقال: «يقوم فإذا (فإن يه) زاد درهماً واحداً أعتق واستسعى في مال الرجل»^٢. بتقريب أن انعقاد الأب على ولده المشتري بمجرد زيادة درهم عن رأس المال، ظاهرٌ في دخول الدرهم الزائد في ملكه بقدر سهمه مشاعاً، وإلا لم ينعق عليه أبوه ولو بقدر نصف الدرهم؛ حيث لا عتق إلا في الملك. فكان عليه - لو لم يملك - الاستسعاء في جميع مال المالك، وهو العبد المشتري كلّهُ، ولم يصحّ ترتب العتق على زيادة درهم واحد حينئذٍ.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٥، كتاب المضاربة، الباب ٨، الحديث ١.

كما أنّ الظاهر صيرورته شريكاً مع المالك في نفس العين الموجودة بالنسبة^(١)، فيصح له مطالبة القسمة، وله التصرف في حصته من البيع والصلح، ويترتب عليه جميع آثار الملكية؛ من الإرث وتعلق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة وتعلق حقّ الغرماء وغير ذلك.

(مسألة ٢٨): لا إشكال في أنّ الخسارة - الواردة على مال المضاربة -

تُجبر بالربح^(٢) مادامت المضاربة باقية؛ سواء كانت سابقة عليه أو لاحقة.

تحصل الشركة للمالك والعامل في أعيان الربح

١ - والوجه في ذلك كله قداً تضح من خلال ما بيّناه آنفاً؛ حيث إنّ حصول الشركة في العين الموجودة بالنسبة، وجواز مطالبة القسمة وجواز التصرف في حصته من البيع والصلح وتعلق الخمس والزكاة وحقّ الغرماء والإرث وحصول الاستطاعة، كلّها من آثار الملكية من غير فرق بين الإشاعة وغيرها. فإذا ملك العامل الربح بمجرد ظهوره يترتب جميع هذه الآثار. هذا، ولكن لا يجوز له شيء من ذلك في عين المال الخارجي بالإفراز، بل إنّما يجوز في سهمه المشترك بالإشاعة في الذمة.

جبران الخسارة بالربح

٢ - وقد عرفت في بعض المسائل السابقة أنّ الربح لا يصدق عرفاً في التجارات، مع قطع النظر عن جبران الخسارات الواردة ممّا حصل بالتجارة. فإنّ أهل العرف لا يرون التجارة رابحة إلاّ بملاحظة جبران الخسارة واستدراك ما ذهب من رأس المال في جهة التجارة والاسترباح. ولذلك ترى أهل العرف لا يعدّون

فملكيّة العامل له بالظهور متزلزلة؛ تزول كلّها أو بعضها بعروض الخسران^(١) إلى أن تستقرّ، والاستقرار يحصل بعد الإنضاض وفسخ المضاربة والقسمة قطعاً، فلا جبران بعد ذلك. وفي حصوله بدون اجتماع الثلاثة وجوه وأقوال، أقواها تحقّقه بالفسخ مع القسمة وإن لم يحصل الإنضاض، بل لايبعد تحقّقه بالفسخ والإنضاض وإن لم يحصل القسمة، بل تحقّقه بالفسخ فقط، أو بتمام أمدها لو كان لها أمد، لا يخلو من وجه.

التجارة رابحة مادام لم يحرزوا زيادة الربح عن قدر ما يُجبر به الخسارة الواردة. ومن هنا صار جبران الخسارة مقتضى القاعدة في مطلق التجارة، مضاربة كانت أو غيرها. وصار ذلك في باب المضاربة كقاعدة مستقلّة، وهي: أنّ الربح وقاية لرأس المال.

ولأجل ذلك يكون ملكية الربح للعامل بمقدار سهمه متزلزلة حتّى تجبر به جميع الخسارات الواردة في سبيل التجارة والاسترباح. فإذا جبرت وبقي بعد ذلك شيء من الربح، يقسّم بين المالك والعامل حسب ما قرّراه.

بماذا تستقرّ ملكية الربح للعامل؟

١ - لا إشكال في كون ملكية الربح للعامل بعد الظهور متزلزلة مادام لم ترّد خسارة. وأنها تزول بمقدار ما حدث من الخسارة مادام لم تجبر الخسارات الواردة. ولا خلاف في ذلك، مع كونه مقتضى القاعدة كما بيّناه آنفاً. وسيأتي مزيد توضيح لذلك من صاحب الجواهر أيضاً، وهذا معنى قولهم: إنّ الربح وقاية لرأس المال. كما لا إشكال في استقرار ملكية الربح بعد تحقّق ثلاثة أسباب، وهي:

- ١ - على الإنضاض؛ يعنى تبديل العروض بالنقد الراجح.
 - ٢ - على الفسخ؛ لأنّ العقد ما لم يفسخ وكانت التجارة باقية يحتمل عروض أيّ تلف وخسران، فلا تزال الملكية متزلزلة حتّى ينتفي احتمال ذلك بفسخ العقد.
 - ٣ - على القسمة؛ لأنّ ملكية الربح قبلها مشاعة بين العامل والمالك، ولا تستقرّ ملكية الشيء المشاع إلّا بعد خروجها عن الإشاعة بالإفراز.
- ومن هنا لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال المشترك إلّا بإذن صاحبه أو إحرار رضاه.
- ولكن لا يحصل الاستقرار بمجرد القسمة أيضاً قبل الفسخ؛ لما قلنا آنفاً من توقّفه على جبران جميع الخسارات، وذلك غير ممكن ما دام العقد باقياً والخسران محتملاً.

هل تستقرّ ملكية الربح بمجرد الفسخ؟

وهل تستقرّ الملكية بمجرد الفسخ، ولو قبل الإنضاض والقسمة؟ نظراً إلى انتفاء ملك التزلزل - وهو احتمال الخسران - بانتفاء المضاربة بالفسخ؛ لأنّ الخسران موضوع وجوب الجبران، الذي هو من أحكام المضاربة.

والأقوى استقرار ملكية الربح بينهما على نحو الإشاعة بمجرد الفسخ، ولكنّ القسمة بحاجة إلى الإفراز.

وأما الإنضاض فمقتضى القاعدة عدم دخله في الاستقرار؛ لوضوح صدق الربح بدونه. فلو حصل الجبران وتحقّق الفسخ، لا يمنع عدم الإنضاض والقسمة من استقرار الملكية المشاعة قبل ذلك. وقد سبق وجه ذلك في شرح المسألة السابقة.

هذا، ولكن لا يبعد القول باعتبار الإنضاض؛ نظراً إلى توقّف الجبران عليه؛

(مسألة ٢٩): كما يجبر الخسران في التجارة بالربح، كذلك يجبر به التلف؛ سواء كان بعد الدوران في التجارة أو قبله أو قبل الشروع فيها، وسواء تلف بعضه أو كله، فلو اشترى في الذمة بألف، وكان رأس المال ألفاً فتلف، فباع المبيع بألفين فأدى الألف، بقي الألف الآخر جبراً لرأس المال. نعم لو تلف الكل قبل الشروع في التجارة بطلت المضاربة، إلا مع التلف بالضمان مع إمكان الوصول^(١).

حيث إنه لا تستقر ملكية الربح بدونه، بلا فرق في ذلك بين قبل الفسخ وبعده. وذلك لأن رأس المال في المضاربة من النقود وما لم ينقد العروض لا يمكن تعيين مقدار رأس المال وتفكيكه حتى يتحقق الجبران. نعم، لو حصل الإنضاض بمقدار رأس المال وحصل الجبران، لا ضير في عدم إنضاض الباقي في استقرار ملكية الربح بالفسخ، لكنّها مشاعة قبيل القسمة ومفروزة بعدها.

فحاصل الكلام: أن الإنضاض بعد الفسخ معتبر في ملكية الربح بقدر ما يعادل رأس المال؛ نظراً إلى توقف الجبران على ذلك.

جبران التلف بالربح

١ - لا فرق في الجبران بين عروض الخسارة قبل التجارة وعروضها في أثنائها، ولا بين كون الخسارة لأجل الوضعية في التجارة وبين كونها من أجل الإنفاق للسفر التجاري، ولا بين كونها ناشئة من تلف مال القراض من غير تعدد وتفريط، وبين إتلافه بتعدّد وتفريط وخيانة، إلا أن جبرانه حيثنذر على المتلف.

وإن تردّد في الأخير صاحب الشرائع بقوله: «وفي هذا تردّد»، لكن مقتضى القاعدة التي أشرنا إليها عدم الفرق، كما في الجواهر.

كلام صاحب الجواهر

فإنه رحمه الله قال: «ولكن في هذا تردّد عند المصنّف ممّا عرفت، ومن أنّ التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض، إلا أنّ الأقوى عدم الفرق؛ لأنّ المقتضى لكونه مال قراض هو العقد، لا دورانه في التجارة، فمتى تصوّر بقاء العقد وثبوت الربح جبر ما تلف مطلقاً. بل لا يخفى على من أعطى التأمّل حقه، عدم صدق الربح الذي وقع الشرط بين المالك والعامل عليه، إلا على ما يبقى بعد جبر جميع ما يحدث على المال، من أول تسلّمه إلى انتهاء المضاربة، من غير فرق في النقصان بين انخفاض السوق والغرق والحرق وأخذ الظالم والسارق وغير ذلك ممّا هو بآفة سماوية وغيرها. فما عساه يقال أو قيل: «من اختصاص الحكم بما لا يتعلّق فيه الضمان بذمّة المتلف، لأنّه حينئذٍ بمنزلة الموجود، فلا حاجة إلى جبره، ولأنّه نقصان لا يتعلّق بتصرّف العامل وتجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه» لا ينبغي أن يصغى إليه لما عرفت، نعم، لو فرض حصول العوض من التلف كان العوض من جملة المال»^١.

والوجه في ذلك ما قلناه، من عدم صدق الربح قبل جبران الخسارة. وكلّ ما ذهب من رأس المال بأيّ دليل كان؛ فما دام لم يجبر نقصانه ولم يرجع ما نقص منه إلى محلّه، لا يتحقّق الربح عرفاً. فإنّ عرف التجار إنّما يطلقون عنوان الربح ويرون التجارة رابحة بملاحظة جبران النقص الوارد من أيّ سبب

وحفظ رأس المال وزيادة شيءٍ عنه بعد الجبر.

وعليه فما دام لم ينحفظ رأس المال ولم يُفكَّك بتمامه وكماله لا ربح متحقق واقعاً في البين. وأمّا إطلاق الربح بقولهم: «يجبر الخسران بالربح»، فهو بضرب من العناية؛ حيث إنّ هذا الربح صوري ظاهري بدوي لا يراه العرف ربحاً حقيقةً واقعاً، إلا بعد الكسر والانكسار بالجبران وتدارك ما نقص من رأس المال.

تبطل المضاربة بتلف رأس المال، إلا في صورتين

نعم، لو تلف رأس المال كلّهُ قبل الشروع في المضاربة، أو بقي بمقدار لا يمكن الاتجار به أو لا يرجى منه الاسترباح بربح، يبطل عقد المضاربة؛ لأنّ من أركان المضاربة وجود مال القراض ليتّجر به العامل، إلا في صورتين:

إحدهما: ما إذا أذن المالك - بعد تلف مال القراض أو قبله على فرض التلف - بالشراء في الذمّة. فاشترى العامل في ذمّة المالك ثمّ تلف مال المالك بعد الشراء في ذمّته، ولكن ربح الشراء فحينئذٍ يمكن الحكم بصحة المضاربة وجبران التالف كلّهُ أو بعضه. وربما يزيد الربح الحاصل حينئذٍ عن رأس المال بأضعاف فيبقى بعد ذلك ربحٌ فيقسّم بينهما. كما يظهر ذلك من صاحب الجواهر حيث قال - في شرح كلام صاحب الشرائع: وكذا لو تلف قبل ذلك -: «كما لو أذن له في الشراء في الذمّة فاشترى ثمّ تلف المال، فإنّ القراض يستمرّ ويمكن جبره حينئذٍ بالربح المتجدّد»^١ فإنّ صاحب الشرائع تردّد في الجبران وصحة المضاربة حينئذٍ ولكن صاحب الجواهر ردّه بقوله: «إلا أنّ الأقوى عدم الفرق»^٢.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٩٦.

٢ - نفس المصدر.

ثانيتها: ما إذا أتلّفه العامل عن عمد وتمكّن من الأداء صحّت المضاربة حينئذٍ؛ لحصول الجبران بحكم الشارع بأدائه من كيسه ويكون ما أدّاه مال القراض، فلا مانع من استمرار المضاربة حينئذٍ.

القوة والضعف في كلام السيد الماتن رحمته الله

وقد أتضح لك ممّا بيّناه أنّ الحقّ مع السيد الماتن رحمته الله في ذيل كلامه، حيث إنّهُ استثنى الصورة الثانية فقط من بطلان المضاربة عند تلف مال القراض كلّهُ قبل الشروع في المضاربة. وإنّ في الصورة الأولى وإن فرض تلف المال كلّهُ إلاّ أنّه بعد الشروع في التجارة بالشراء في ذمّة المالك بعد إذنه.

ولا يخفى عليك أنّ الشراء في ذمّة المالك بإذنه شروع في التجارة فلو تلف مال القراض بعده إمّا تلف بعد الشروع فيها - كما يظهر من كلام السيد الماتن رحمته الله - لا قبله. نعم، يكون تلفه حينئذٍ قبل دورانه في التجارة ومن هنا يدخل في تردّد صاحب الشرائع، إلاّ أنّ السيد الإمام الراحل جعل المعيار في عدم بطلان المضاربة بتلف مال القراض، الشروع في التجارة كما يظهر من المتن، لا دوران مال القراض في التجارة كما يظهر من صاحب الشرائع.

وأُتضح من خلال ما بيّناه أنّ قول السيد الماتن في صدر المسألة «أو قبل الشروع فيها» يناقض ما جاء ذيلها: «نعم، لو تلف الكلّ قبل الشروع في التجارة، بطلت المضاربة». والأُنسب حذف الفقرة الأولى من صدر المسألة أو تبديلها بقوله: «وبعد الشروع فيها».

وذلك لأنّ الشراء في الذمّة أيضاً شروع في التجارة. وقد حكم الماتن رحمته الله بجبران التلف حينئذٍ، نعم، يصحّ أن يقال، إنّ ذلك قبل دوران مال القراض في التجارة.

(مسألة ٣٠): لو حصل فسخ أو انفساخ في المضاربة، فإن كان قبل الشروع في العمل ومقدماته فلا إشكال، ولا شيء للعامل ولا عليه. وكذا إن كان بعد تمام العمل والإنضاض؛ إذ مع حصول الربح يقتسمانه، ومع عدمه يأخذ المالك رأس ماله، ولا شيء للعامل ولا عليه. وإن كان في الأثناء بعد التشاغل بالعمل، فإن كان قبل حصول الربح ليس للعامل شيء؛ ولا أجره له لما مضى من عمله؛ سواء كان الفسخ منه أو من المالك أو حصل الانفساخ قهراً^(١).

ما يترتب على الفسخ المضاربة

١ - فسخ عقد المضاربة أو انفساخه تارةً: يتحقق قبل الشروع في العمل، وأخرى: بعد تمام العمل، وثالثة: في أثناءه.

لا إشكال في أنه لا يستحق العامل شيئاً من الربح والأجرة فيما إذا كان الفسخ أو الانفساخ قبل الشروع في التجارة؛ لفرض انتفاء الربح وخروج استحقاق العامل للأجرة عن مقتضى حقيقة المضاربة.

كما لا إشكال في ذلك بعد تمام العمل والإنضاض، غاية الأمر مع حصول الربح يقتسمانه بينهما، ومع عدمه يأخذ المالك رأس ماله ولا يكون للعامل شيء. وهذا لا كلام فيه.

وأما إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد اشتغال العامل بالعمل وفي أثناء التجارة وقبل حصول الربح فلا إشكال حينئذٍ في عدم استحقاق العامل شيئاً من الربح؛ لعدم وجوده. وأما استحقاقه للأجرة، فيقع الكلام تارةً: في الانفساخ وأخرى: في الفسخ من جانب العامل، وثالثة: في الفسخ من جانب المالك. فلا كلام

في صورتين الأوليين؛ لعدم استناد شيء من الفسخ والانفساخ إلى المالك حتى يضمن ولاسيما أن الفسخ بإقدام العامل على نفسه. فما يُحكى عن إطلاق التذكرة حينئذٍ - من استحقاق العامل للأجرة - في غير محلّه. ولكن في استحقاقه للأجرة لو كان الفسخ من المالك نظر؛ من جهة كون المالك سبباً لحرمان العامل عن الربح المتوقع وذهاب عمله هدرًا، ومن جهة كون حقّ الفسخ لكلّ منهما مقتضى المضاربة، والعامل مع علمه بذلك أقدم على المضاربة. وقد يقال باستحقاقه لها؛ نظراً إلى استقرار سيرة التجار على ذلك، ولكن فيه نظرٌ. وقد سبق تفصيل البحث عن ذلك في بعض الفروع السابقة.

كما أنّه ليس على العامل حينئذٍ شيء من نفقات السفر أو التجارة، بل تؤخذ من مال القراض وتذهب من كيس المالك من دون جبران؛ لفرض عدم حصول ربح حتى يجبر به نقصان رأس المال، ولكون السفر بإذن المالك. وقد تقدّم البحث عن ذلك في بعض المسائل السابقة.

المناقشة في كلام العلامة في التذكرة

واستظهر في العروة^١ من إطلاق كلمات بعضهم أجرة المثل للعامل مع عدم الربح. وبه صرح في التذكرة؛ حيث قال: «فإن فسّخا العقد أو أحدهما، فإن كان قبل العمل عاد المالك في رأس المال، ولم يكن للعامل أن يشتري بعده. وإن كان قد عمل، فإن كان المال ناضباً ولا ربح فيه أخذه المالك أيضاً، وكان للعامل أجرة عمله إلى ذلك الوقت أيضاً»^٢.

١ - العروة الوثقى ٥: ٢٢٣.

٢ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٦ / السطر ٢٦.

ويمكن الإشكال على ذلك بأنه خلاف مقتضى القاعدة؛ نظراً إلى ابتناء المضاربة على عدم استحقاق العامل للأجرة؛ لإقدامه على المضاربة بانياً على عدم استحقاق للأجرة. والتزم بذلك، فلا تشمله قاعدة احترام عمل المسلم؛ لأنه الذي فوّت على نفسه أجرة عمله حينئذٍ؛ حيث أقدم على العمل مجاناً عند عدم الريح.

توجيه المحقق الكركي لتنظر العلامة والمناقشة فيه

وقد تنظر العلامة في قواعده في استحقاق العامل للأجرة حينئذٍ بقوله: «وإذا فسخ المالك الفراض ففي استحقاق العامل أجرة المثل إلى ذلك الوقت نظراً»^١. وقد وجّه في جامع المقاصد^٢ استحقاق العامل للأجرة حينئذٍ بما تحريره أنّ المالك هو الذي فوّت على العامل الربح المترقّب بالفسخ؛ حيث إنّه بالفسخ سدّ طريق وصول العامل إلى الربح، مع أنّه الذي أمر العامل بالعمل، وإنّ عمله محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرّع، فيكون ضامناً.

وإنّ إذنه للعامل بالتجارة لغرض الاسترباح يقتضي عدم سدّ طريق الاسترباح بالعزل، فالمالك في الحقيقة أهدر عمل العامل بالفسخ.

ولكنّه خلاف مقتضى التحقيق. وذلك لأنّ المضاربة من العقود الإذنية الجائزة المقتضية بطبعتها سلطة المالك على الفسخ شرعاً. والعامل مع علمه بذلك دخل في المضاربة والتزم بأحكامها. ومعنى ذلك التزامه بعدم استحقاقه شيئاً سوى حصّته من الربح، مع التزامه بجميع أحكام المضاربة. فهو بنفسه هذا الالتزام - أي الالتزام بأحكام المضاربة - أقدم في الحقيقة على العمل مجاناً عند

١ - قواعد الأحكام ٢: ٣٤٥.

٢ - جامع المقاصد ٨: ١٥٣.

عدم الربح حتّى فيما لو كان الفسخ من جانب المالك.

وأما حرمان العامل عن الربح المتوقع بفسخ المالك في الأثناء، فلا يصلح لإثبات استحقاق العامل للأجرة؛ لما قلناه.

وعليه فما حكم في الشرائع بثبوت أجرة المثل للعامل حينئذٍ بقوله: «إذا فسخ المالك صحّ وكان للعامل أجرة المثل إلى ذلك الوقت» قد بان لك وجه ضعفه لو كان مراده الفسخ قبل حصول الربح. وأضعف منه ظاهر إطلاق التذكرة من استحقاق العامل للأجرة حتّى فيما إذا كان الفسخ من جانبه كما لاحظت نصّ كلامه.

إشكال صاحب الجواهر على المحقق والعلامة

وقد أجاد صاحب الجواهر في الإشكال على المحقق والعلامة بقوله: «ويشكل بأنّه لم يقدم إلّا على الحصّة على تقدير وجودها، ولم توجد ولا شيء له، والمالك مسلّط على الفسخ حيث شاء، واحتمال دفعه - بأنّه إنّما جعل له الحصّة خاصّة على تقدير استمراره إلى أن يحصل، وهو يقتضى عدم عزله قبل حصولها، فإذا خالف فقد فوّتها عليه، فتجب عليه أجرته، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل - كما ترى لا ينبغي صدوره من فقيه، ضرورة اقتضائه ضمان المالك الأجرة لو فسخ، وإن قلبه العامل مراراً متعدّدة ولم يحصل ربح، بل وإن خسر، وهو مناف للمعلوم من شرع المضاربة المبنية على استحقاق العامل حصّة من الربح إن حصل، وإلّا فلا شيء له وأغرب منه ما يحكى عن إطلاق التذكرة من أنّ له الأجرة في الفرض حتّى لو كان الفسخ من العامل»!

كما أنه ليس عليه شيء حتى فيما إذا حصل الفسخ منه في السفر المأذون فيه من المالك، فلا يضمن ما صرفه في نفقته من رأس المال^(١)، ولو كان في المال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك، كما أنه ليس للمالك إلزامه بالبيع والإنضاض^(٢).

فتحصّل أنّ الأقوى ما ذهب إليه السيد الماتن من عدم الفرق في المقام بين كون الفسخ من جانب المالك أو العامل.

١ - وذلك لأنّ اختيار العامل للفسخ وجوازه ثابت له بمقتضى المضاربة، والمالك إنّما أذن له بالسفر مع علمه بذلك والتفاته إلى مقتضى المضاربة. وعليه فلم يصدر من العامل ما يوجب إهدار ما تحمّله من مخارج السفر ولا من المالك ما يوجب سقوط الضمان عنه. بل هو محكوم بضمان ما صرفه العامل في السفر بمقتضى القاعدة ضمان الإتلاف بالتسيب؛ حيث كان السفر وتحمل مخارجه بأمر المالك. ولا يوجب فسخ العامل بمقتضى المضاربة، سقوط هذا الضمان عن المالك.

٢ - وجه عدم جواز التصرف للعامل في العروض بغير إذن المالك حينئذٍ - أي إذا تحقّق الفسخ قبل حصول الربح - أنّه بعد الفسخ يصير أجنبياً عن المال ولا يجوز له التصرف في مال الغير بغير إذنه. ومن هنا لا يجوز للمالك إلزامه بالبيع والإنضاض؛ نظراً إلى خروج العامل عن التزامه المعاملي بالفسخ.

وإن كان بعد حصول الربح فإن كان بعد الإنضاض فقد تمّ العمل، فيقتسمان ويأخذ كلّ منهما حقّه، وإن كان قبل الإنضاض فعلى ما مرّ؛ من تملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره، شارك المالك في العين^(١)، فإن رضيا بالقسمة على هذا الحال، أو انتظرا إلى أن تباع العروض ويحصل الإنضاض، كان لهما ولا إشكال. وإن طلب العامل بيعها لم يجب على المالك إجابته، وكذا إن طلبه المالك لم يجب على العامل إجابته؛ وإن قلنا بعدم استقرار ملكيته للربح إلا بعد الإنضاض، غاية الأمر - حينئذٍ - لو حصلت خسارة بعد ذلك قبل القسمة يجب جبرها بالربح، لكن قد مرّ المناط في استقرار ملك العامل.

حكم ما لو كان الفسخ بعد حصول الربح

١ - إذا كان الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح والإنضاض، فلا إشكال ولا كلام في استحقاق العامل لحصته من الربح؛ نظراً إلى تمامية العمل وانتهاء المضاربة. ولا يتوقف استقرار ملكه على القسمة، بل تكون الملكية مشاعة وإنما يفرز المملوك بالقسمة والإفراز. هذا إذا كان الفسخ بعد الإنضاض.

وأما إذا كان قبل الإنضاض فلا إشكال في تملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره، نعم، لما يتوقف جبران نقصان رأس المال وتفكيكه وعزله على الإنضاض، لا يستقرّ ملكية العامل إلا بعد الإنضاض وتفكيك رأس المال ويصدق الربح على ما بقي مما زاد عن رأس المال.

وأما عدم وجوب إجابة المالك للعامل إذا طلب منه بيع العروض والإنضاض، فالوجه فيه أنّ العروض ماله وهو مسلط عليه. ومقتضى سلطته على ماله أن يكون التصرف فيه باختياره. غاية الأمر يثبت للعامل مطالبته بحصته

(مسألة ٣١): لو كان في المال ديون على الناس، فهل يجب على العامل أخذها وجمعها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا؟ الأشبه عدمه، خصوصاً إذا استند الفسخ إلى غير العامل، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط، خصوصاً مع فسخه وطلب المالك منه^(١).

من الربح فيعطيه المالك من أمواله، أو يعطيه حصته من نفس تلك العروض لو طلب العامل منه القسمة.

وأما عدم وجوب إجابة العامل للمالك إذا طلب منه المالك بيع العروض والإنضاض، فالوجه فيه واضح لفرض انتفاء عقد المضاربة وإلغاء أحكامها بالفسخ، ولا دليل على وجوب إجابته غير التزامه بالمضاربة المفروض نقضه بالفسخ.

هل يجب على العامل استيفاء الديون بعد الفسخ؟

١ - وقع الخلاف في وجوب استيفاء الديون على العامل وجبايتها بعد فسخ المضاربة من جانب المالك أو العامل.

وقد أطلق المحقق في الشرائع وجوب أخذها وجبايتها على العامل. وصرّح بذلك قبله الشيخ الطوسي في المبسوط؛ حيث قال: «وإن كان المال ديناً، مثل أن باع العامل نسيئاً بإذن ربّ المال، فعلى العامل أن يجيبه ممّن هو عليه، سواء كان في المال ربح أو لا ربح فيه، فإن كان الفاسخ العامل فالحكم فيه على ما فصلناه إذا كان الفاسخ ربّ المال حرفاً بحرف»^١.

وكذا العلامة في القواعد؛ حيث قال: «وإذا انفسخ والمال دين، وجب على

العامل تقاضيه، وإن لم يظهر ربح»^١ وقال في التذكرة: «وإن لم يكن المال ناضاً، فإن كان ديناً؛ بأن باع نسيئةً بإذن المالك، فإن كان في المال ربحٌ كان على العامل جبايته، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة، وإن لم يكن هناك ربحٌ، قال الشيخ رحمته: يجب على العامل جبايته، وبه قال الشافعي»^٢. ولكن استظهر في الحدائق^٣ من كلمات الأصحاب اتّفاقهم في الجملة على وجوب الجباية والإنضاض؛ حيث قال: «وبالجملة فظاهرهم الاتّفاق على وجوب الإنضاض في الجملة، وإنّما الخلاف في تخصيص ذلك بصورة وجود الربح، كما هو ظاهر التذكرة أو مطلقاً، كما هو ظاهر الأكثر»^٤. ولا يخفى أن مقصوده من الإنضاض بقرينة المقام ما هو أعمّ من الجباية والاستيفاء، وإن كان في التعبير مسامحة.

وظاهر كلامه هذا أنّ وجوب استيفاء الديون على العامل بعد فسخ المضاربة مطلقاً قول الأكثر. ونسبه السيد الحكيم^٥ إلى الأشهر، والسيد الخوئي^٦ إلى المشهور. وقد وجّه الوجوب في التذكرة^٧ بأنّ المضاربة تقتضي ردّ رأس المال على صفته، والدين لا يجري مجرى المال، فوجب عليه أن ينضّه إذا أمكنه، كما لو كانت عروضاً. فإنّه يجب عليه بيعها. والأصل فيه أنّ الدين ملك ناقص، والذي أخذه كان ملكاً تاماً، فليردّه كما أخذ.

١ - جامع المقاصد ٨: ١٥٤.

٢ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٦ / السطر ٢٧.

٣ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٥٤.

٤ - نفس المصدر: ٢٥٥.

٥ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٨١.

٦ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١١٣.

٧ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٦ / السطر ٢٩.

وتبعه في هذا الاستدلال المتأخرون. وزاد الشهيد الأول في الاستدلال -على ما نقل عنه في جامع المقاصد -^١ ما تحريره: «أنّ الدين مال الغير الذي هو المالك. وإنّ العامل هو الذي أخذه، فعليه أن يؤدّيه»، واستدلّ لذلك بالنبوي المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه».

وتبعه في هذا الاستدلال الشهيد الثاني في المسالك^٢ وكلّ من اختار وجوب الاستيفاء، ومنهم السيد الخوئي ولم يزد في الاستدلال إلاّ تفنُّناً في التعبير. فعلّل ذلك بابتناء عقد المضاربة من الأوّل على تسليم العامل لما أخذه من المالك إليه وأنّه أمر مفروغ عنه في المضاربة، فيكون من قبيل الشرط في ضمن العقد، مع أنّه أخذ من الغير مالاً، فيجب عليه ردّه وأداؤه.

مقتضى التحقيق في المقام

ومقتضى التحقيق عدم وجوب استيفاء الدين وجبايته على العامل بعد فسخ المضاربة مطلقاً، سواء كان الفسخ من جانب المالك أو كان من العامل أو انفسخ العقد بسبب قهري، وسواء كان في الدين ربح أم لا.

والوجه في ذلك انتفاء ملاك الوجوب بفسخ العقد أو انفساخه. فإنّ المضاربة إنّما تقتضي ردّ رأس المال على صفته مادامت باقية مستمرّة، دون ما إذا انتفت وانتقضت بالفسخ. ومن هنا لا وجه لوجوب استيفاء الدين ورفع نقصانه المالي بالإنضاض والتقد.

وأما حديث «على اليد» وإن تمّ سنده بانجبار ضعفه بالشهرة الفتوائية العملية من القدماء، كما فصلّنا البحث عن ذلك وأثبتناه في كتابنا «مباني الفقه الفقّال»، إلاّ

١ - جامع المقاصد ٨: ١٥٤ - ١٥٥.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣٨٥.

أنّ دلالة إنّما تتمّ في اليد العادية، لا المأذونة كما في المقام؛ لفرض إذن المالك. نعم، إنّما يرتفع الإذن بالفسخ، ولكنّ المال المأخوذ ليس حينئذٍ في يده، بل في يد المديون وفي ذمّته بصورة الدين. فعلى المديون أن يؤدّيه إلى المالك؛ لأنّه ضامن في الحقيقة بالضمان المعاوضي ولما كان المبيع ملك المالك وانتقل إليه بالبيع فيجب عليه ردّ ثمنه إلى المالك. ولو كان أنقص من مال القراض بالوضعية وخسران المعاملة فلا ضمان حينئذٍ على العامل كما هو واضح، إلا إذا كان هناك ربح فيجبر بالربح.

وأما قضية الشرط في ضمن العقد فإنّما هي ثابتة بمقتضى المضاربة مادامت باقية، دون ما إذا انتفت وانتقضت بالفسخ. ولما كان ملاك ارتفاع الضمان ووجوب الاستيفاء وأداء الدين واستحصاله عن العامل، انتفاء المضاربة وانقضاءه بالفسخ لا يفترق في ذلك بين كون الفاسخ مالكاً أو عاملاً، ولا بين وجود ربح في الدين وبين عدمه.

فالأقوى في المقام ما ذهب إليه السيد الماتن رحمته الله وفاقاً لجماعة من فحول الفقهاء، منهم المحقّق الكركي؛ حيث ردّ العلامة بعد نقل قوله عن التذكرة.

تأييد السيد الماتن بكلمات الفقهاء الفحول

وممن اختار عدم الوجوب هو المحدث البحراني. ولقد أجاد في ردّ استدلال القائلين بالوجوب. وينبغي نقل نصّ كلامه بطوله لما فيه من المنفعة.

قال رحمته الله: «وقولهم: إنّ المضاربة تقتضي ردّ رأس المال على صفته مسلّم مع الاستمرار على العقد، وأمّا مع فسخه سيّما إن كان الفاسخ هو المالك، فهو ممنوع والأصل عدم الوجوب، وبراءة الذمّة منه، وهو أقوى دليل حتّى يقوم الدليل الواضح على خلافه.

وأما قوله في المسالك في ردّ ذلك: أنه يضعف بأنّ إذن المالك فيه إنّما كان على طريق الاستيفاء لا مطلقاً، بدلالة القرائن، ولاقتضاء الخبر ذلك. ففيه: أنّ ذلك إنّما يتمّ مع الاستمرار على العقد المذكور، لا مع فسخه، سيّما إذا كان الفاسخ له هو المالك.

وبالجملة فإنّ مقتضى عقد القراض والإذن فيه هو جميع ما ذكره. وأما بعد فسخه، فدعوى كون ذلك الإذن يقتضي ما ذكره. مع الحكم ببطلان العقد بالفسخ محل المنع؛ لاختلاف الحالين، وتغاير الحكّمين من جميع الجهات، ومن جملتها هذا الموضوع، والمانع مستظهر. وأما دعواه اقتضاء الخبر ذلك فهو أضعف؛ لما عرفت، ولو تمّ الاستدلال بهذا الخبر على ما ذكره، للزم منه أيضاً جريان ذلك في الوكيل، إذا اشترى بإذن موكله عروضاً ثمّ عزله الموكل عن الوكالة، فإنّه يجب عليه بيع تلك العروض، وتنقيد الثمن، والردّ على المالك، كما قبضه منه، ولا قائل بذلك فيما أعلم، وهم قد صرّحوا - كما تقدم - بأنّ عقد القراض يتضمّن الوكالة، بل هو وكالة في الأوّل كما تقدّم في كلام العلامة وغيره، مع أنّه لم يصرّح أحد منهم في الوكالة بذلك، بل الظاهر أنّه متى عزله الموكل امتنع تصرّفه، سواء كان المال نقداً أو عروضاً^١.

ومتنّ قال بعدم الوجوب صاحب الجواهر فإنّه بعد ردّ استدلال القائل بالوجوب قال: «فالمتمّجه حينئذٍ أيضاً عدم الوجوب»^٢ ومنهم السيد اليزدي في العروة وتبعه في ذلك السيد الحكيم^٣.

١ - الحدائق الناضرة ٢١: ٢٥٥ - ٢٥٦.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٩١.

٣ - مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٨١.

(مسألة ٣٢): لا يجب على العامل - بعد حصول الفسخ أو الانفساخ - أزيد من التخلية بين المالك وماله^(١)، فلا يجب عليه الإيصال إليه؛ حتى لو أرسل المال إلى بلد آخر غير بلد المالك وكان ذلك بإذنه، ولو كان بدون إذنه يجب عليه الرد إليه؛ حتى أنه لو احتاج إلى أجره كانت عليه.

لا يجب على العامل بعد الفسخ غير التخلية

١ - ولا يخفى أن مقصوده هاهنا من المال ما كان بيد العامل من أموال المالك نقداً كان أو عروضاً، دون الدين السابق حكمه آنفاً.
والوجه في ذلك أن تخلية سبيل المالك إلى ماله ورفع المانع عنه تسليط له على ماله ولا يجب على من بيده مال الغير أكثر من رفع اليد عنه وجعله في يد المالك، ولما كان التعبير باليد كناية عن السلطة. فكما أن أخذ مال الغير بمعنى السلطة عليه، فكذلك رفع اليد عنه بمعنى جعله في سلطة المالك، وذلك بالتخلية بينه وبين ماله. كما هو المقصود من التأدية في قوله عنه: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

ولكن يرد عليه أن تخلية اليد قد يكون مصداقاً للردّ والأداء عرفاً، كما إذا كان المال بمحضر المالك وأرضه أو بستانه أو بيته ونحو ذلك مما يصدق الأداء والردّ بمجرد تخلية السبيل.

وأخرى: لا تكون مصداقه، كما لو جعل العامل المال إلى مكان مملوك لنفسه ولا يعلمه المالك فحينئذٍ لا يصدق عنوان الردّ والأداء والتسليط بمجرد رفع اليد وإعطاء مفتاح البيت أو البستان إلى المالك ما لم يعلمه موضع ذلك البيت أو البستان، وإن لا يبعد صدق عنوان التخلية عرفاً، وحينئذٍ لو أعلم المالك عن مكان وجود

المال وسلّم إليه مفتاح البيت أو البستان أو الصندوق الذي يكون ماله فيه، يصدق عنوان الأداء والردّ عرفاً وإلا فلا، بل ولا يصدق تسليط المالك على ماله أيضاً. أو كان المشتري شخصاً ظالماً قوياً لا يبالي، فلا يصدق التخلية بمجرد التخلية بين المالك وبين ذلك الشخص بذكر اسمه وخصوصياته.

وثالثة: يحمل العامل المال وينقله إلى بلد آخر غير بلد المالك. فحينئذٍ يشكل صدق الأداء والردّ على مجرد تخلية السبيل وخلع اليد عن المال. بل لا يرى العرف الأداء صادقاً حينئذٍ، إلا بعد نقل المال عن ذلك البلد إلى بلد المالك وحمله إليه وجعله في سلطته واختياره، ولو بالحوالة البنكية في النقود.

وأما حديث «على اليد» لا يرتبط بالمقام لعدم كون اليد عادية بعد فرض كون سلطة العامل على مال القراض بإذن المالك ورضاه. نعم، بعد الفسخ يصير المال في حكم أمانة طلب صاحبها من الأمين؛ لما قلنا أنّ العامل أمين والمال بيده أمانة للمضاربة.

بل المناسب بالمقام قوله تعالى: **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا** ١.

مقتضى التحقيق

وعليه فالأقوى وجوب إيصال مال القراض وردّه إلى المالك بعد الفسخ فيما إذا نقله العامل إلى بلد آخر، كما اختاره السيد الخوئي بقوله: «وهذا القول هو الصحيح والإشكال عليه في غير محلّه»^٢. فإنّ سفر العامل ونقل مال القراض إلى

١ - النساء (٤): ٥٨.

٢ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣٦: ١١٥.

(مسألة ٣٣): لو كانت المضاربة فاسدة كان الربح بتمامه للمالك^(١)؛ إن لم يكن إذنه في التجارة متقيداً بالمضاربة، وإلا تتوقف على إجازته، وبعد الإجازة يكون الربح له؛ سواء كانا جاهلين بالفساد أو عالمين أو مختلفين.

بلد آخر والاتجار به فيه وإن كان بإذن المالك، إلا أنه من المعلوم المسلم عدم غرض له من ذلك، إلا الاسترباح، ومعناه ردّ رأس المال ونصيب المالك - من الربح - إليه بعد تمام الاتجار وإنضاض المال والربح أو فسخ المضاربة مطلقاً. نعم، إذا كان الردّ يحتاج إلى أجر، تكون على المالك فيما إذا كان بإذنه، دون ما إذا لم يكن بإذنه، فتكون أجره الحمل على العامل نفسه حينئذٍ، لعدم كون سفره بإذن المالك وأمره.

حكم المضاربة الفاسدة

١ - والوجه في كون الربح بتمامه للمالك حينئذٍ دخول سائر التجارات - غير المضاربة - في إطلاق إذن المالك مع عدم تقيده بالمضاربة. ومع إطلاق إذن المالك تدخل سائر التجارات في إذن المالك فيكون بمنزلة الوكيل له. فتصحّ تلك المعاملة الأخرى؛ نظراً إلى شمول إذنه لها، وهو يكفي في صحّتها؛ حيث إنها لا تتوقف على صحّة عقد المضاربة.

وأما إذا كان إذنه متقيداً بالمضاربة، لا مصحح لتلك المعاملة الأخرى بعد فساد المضاربة، غير الإجازة اللاحقة. فإن أجازها تصحّ تلك المعاملة بمقتضى القاعدة في العقد الفضولي. فعلى أيّ حال صحّت تلك المعاملة الأخرى، سواء كانت داخلية في إذن المالك من أول الأمر أو صارت مأذونة بالإجازة اللاحقة. ويكون الربح الحاصل للمالك؛ لقاعدة تبعية الربح للمال.

وللعامل أجره مثل عمله^(١) لو كان جاهلاً بالفساد؛ سواء كان المالك عالماً به أو جاهلاً، بل لو كان عالماً بالفساد فاستحقاقه لأجره المثل - أيضاً - لا يخلو من وجه؛ إذا حصل ربح بمقدار كان سهمه - على فرض الصحة - مساوياً لأجره المثل أو أزيد. وأما مع عدم الربح أو نقصان سهمه عنها، فمع علمه بالفساد لا يبعد عدم استحقاقه على الأول، وعدم استحقاق الزيادة عن مقدار سهمه على الثاني، ومع جهله به فالأحوط التصالح، بل لا يترك الاحتياط به مطلقاً.

وجه استحقاق العامل لأجره المثل عند فساد المضاربة

١ - وإنما يستحق العامل أجره مثل عمله؛ لما سبق بيانه في أول هذا الكتاب، من اقتضاء قاعدتي احترام عمل المؤمن وضمن الإلتلاف بالتسبب لذلك؛ نظراً إلى كون المالك سبباً لصدور العمل من العامل بدعوته واقتراحه.

وإنما المانع من استحقاقه الأجره، التزامه المعاملي بالمضاربة المقتضية لعدم استحقاقه سوى الربح على فرض وجوده. والمفروض انتفاء هذا المانع بعد انكشاف فساد المضاربة.

ولا فرق في ذلك بين علم المالك بالفساد وجهله كما هو واضح. وأما العامل ففرق بين علمه وبين جهله؛ لأنه في صورة علمه بفساد المضاربة قد أسقط احترام عمله وأهدر قيمته، ولا تكون إجازة المالك حينئذ سبباً لإلتلاف عمله عرفاً. بل يمكن أن يقال: إن قاعدة الإقدام حاکمة على قاعدة ضمان الإلتلاف لدالتها على توسعة موضوع ضمان الإلتلاف - وهو سببه - إلى المالك المقدم، كما أن قاعدة الإقدام واردة على قاعدة الاحترام؛ نظراً إلى انتفاء الاحترام بالإقدام الذي هو

إسقاط الاحترام. وقد ثبت في محله أنّ كلّ قاعدة أعدم بجريانها موضوع قاعدة أخرى، فهي واردة عليها، كالأمانة المُعدم بقيامها موضوع الأصل، وهو الشك.

مقتضى التحقيق التفصيل في جريان قاعدة الإقدام

هذا، ولكن التأمّل يقتضي التفصيل في جريان قاعدة الإقدام بين صورة إطلاق إذن المالك الشامل لغير المضاربة من سائر عناوين المعاملات، وبين تقيده بالمضاربة، فتجري في الصورة الأولى دون الثانية.

وذلك لأنّ إقدامه على العمل لا يكون إهداراً له بسبب علمه بفساد المضاربة حين إنشائها، مع التفاته إلى إطلاق إذن المالك وشموله لغير المضاربة وكون المعاملات الصادرة منه بإذن المالك عند انكشاف فساد المضاربة؛ نظراً إلى ترتب الغرض المعاملي على عمله باستحقاق أجره المثل حينئذٍ. وذلك لأنّ كلّ من أمر غيره بالعمل ضامنٌ لقيمة عمله التي هي أجره مثله.

لا يقال: إنّ الإذن بالمعاملة ليس إذناً بالعمل.

فإنّه يقال: إنّ جلب المشتري المناسب وشراء الجنس النافع وإنشاء التجارة الربحة عمل ثمين، له مالية عند العقلاء أكثر قيمةً من عمل الوزان والحصال ونحوه. نعم، الإجازة اللاحقة ليست إذناً للعمل، وإنّما هو إذن لغرض تصحيح العقد. فلا يستحقّ بها العامل أجره.

والحاصل: أنّ قاعدة الإقدام إنّما تجري في حقّ العامل في صورة واحدة؛ وهي ما لو كان إذن المالك متقيّداً بالمضاربة وكان العامل عالماً بفسادها حين إنشائها. ومن هنا لا تجري قاعدة ضمان الإلتلاف بالتسيب ولا قاعدة احترام عمل المؤمن. فلا وجه لضمان المالك أجره مثل عمل العامل حينئذٍ.

وهذا بخلاف صورة جهله بالفساد، فلا إشكال في استحقاقه أجره مثل عمله؛ لما سبق في أوائل الكتاب وأشرنا إليه آنفاً.

توجيه تفصيل السيد الماتن والمناقشة فيه

وأما تفصيل السيد الماتن رحمته في استحقاق العامل لأجرة المثل بينما لو كان الربح الحاصل مساوياً لمقدار الأجرة أو أزيد منها وبينما لو لم يحصل أو كان أنقص منها، فوجهه ظاهراً حصول نفع عائد إلى المالك في الصورة الأولى، فعليه أن يدفع ما بإزائه من الأجرة إلى العامل، بخلاف الصورة الثانية؛ حيث لم يحدث نفع للمالك بسبب عمل العامل حتى يدفع بإزائه الأجرة.

وفيه: أنه لا وجه لهذا القول بعد فرض فساد المضاربة. وذلك لأن استحقاق أجره المثل حينئذ إنما هو تابعٌ للعمل الصادر من العامل بأمر المالك خارجاً عن التزامه بالمضاربة، كما هو المفروض عند كشف فسادها. وأما قضية الاسترباح والاستفادة بحصول الربح، فهي من أحكام المضاربة المفروض انتفاؤها بانكشاف الفساد. فإنَّ للعمل قيمة ذاتية عند العقلاء من حفظه عند فقدان القيمة العارضة بالربح أو تعيين الأجرة. فإذا لم يكن التزام العامل بالاكْتفاء بالربح ممضى عند الشارع؛ لفرض انكشاف فساد المضاربة ولم تُعَيَّن أجره المسمى كما هو المبني في المضاربة، تصل التوبة إلى قيمته الذاتية، وهي أجره المثل. وذلك لأنَّ المالك هو الذي أمر العامل بالعمل. وأي شخص أمر آخر بعمل ذي مالية وقيمة - عند العقلاء - يضمن أجرته؛ لقاعدتي ضمان الإلتلاف بالتسبب واحترام عمل المؤمن. هذا في الإذن السابق، وأما الإجازة اللاحقة فإنما تصحَّ نفس العقد الفضولي، ولا يجعل العمل الفضولي بأمره. وأما الربح الحاصل في تلك المعاملة، فلا يستحقَّ العامل

وعلى كل حال لا يضمن العامل التلف والنقص الواردين على المال^(١).

شيئاً منه؛ لأنَّ استحقاقه الربح من أحكام المضاربة، وهي قد انتفت بانكشاف فسادها. وأنَّ الربح تابع للمال بمقتضى قاعدة التبعية.

فتحصّل أنَّ الأقوى عدم استحقاق العامل لشيء من الربح وأجرة مثل العمل إذا لم يكن لكلام المالك إطلاق يشمل غير المعاملة الفاسدة من سائر المعاملات، من دون فرق بين كون التجارة رابحة وعدمه.

وجه عدم ضمان العامل لتلف مال القراض ونقصانه

١ - والوجه في ذلك قد سبق بيانه في بعض المسائل الماضية. وحاصله: أنَّ العامل أمين لا يضمن إلا بالتفريط والخيانة والتعدّي، لكنّه إنَّما يصحّ فيما إذا وقع التلف والنقص قبل انكشاف فساد المضاربة. وأمّا لو وقع بعد انكشافه لهما أو للعامل وكان الإذن متقيّداً بالمضاربة وتأخّر العامل في أداء المال خارجاً عن حدّ المتعارف بحيث يصدق التفريط، ضمن العامل ما تلف في يده قطعاً؛ لأنَّ يده عادية حينئذٍ؛ نظراً إلى عدم رضی المالك بكون المال في يده. هذا إذا انكشف فساد للعامل وعلم به. وأمّا إذا لم ينكشف له الفساد وكان جاهلاً فلا تجري قاعدة ضمان على اليد حينئذٍ؛ لاختصاصها باليد العادية، وعدم تصوّر عدوان ولا غضب في حقّ الجاهل. وحاصل الكلام: أنَّ المعيار في ثبوت الضمان في المقام إحراز عدم رضی المالك بكون المال في يد العامل، عند اطلاعه على فساد المضاربة.

هذا كلّه في ما إذا لم يتلفه العامل عن عمدٍ، وإلا تجري قاعدة الإلتلاف في

جميع صور المسألة.

نعم يضمن على الأقوى ما أنفق في السفر على نفسه وإن كان جاهلاً بالفساد^(١).

ضمان العامل لما أنفق على نفسه في السفر حينما فسد المضاربة

١ - وجه ذلك في العروة^١ بتبيين عدم استحقاقه النفقة بعد انكشاف فساد المضاربة.

ولكن يرد عليه أنّ المالك في ضمان المالك لنفقة سفر العامل أمره إياه وإذنه بالسفر، من دون دخل لصحة المضاربة وعدمها ولا حصول الربح وعدمه في ذلك. فإنّ من أمر شخصاً بفعل - من سفر أو غيره - وتحمل المأمور في إتيان ذلك الفعل المأمور به أية نفقة، فعلى الأمر ضمان ما ذهب من كيس الشخص المأمور لأجل الإتيان بذلك الفعل المأمور به. وإنّ إذن المالك للعامل بالسفر وبصرف ماله لذلك، لما كان مطلقاً ولم يكن مقيداً بصحة عقد المضاربة، يقتضي القاعدة عدم ضمان العامل لشيءٍ من النفقات التي صرفها لنفسه في السفر بقدر المعتاد والمتعارف اللائق بشأنه، بل إنّما يضمنه المالك، بمقتضى قاعدة ضمان الإتيان بالتسبيب، إلا إذا كان ما أنفقه غير ما يحتاج إليه في السفر، من الهدايا والجوائز وسائر المصاريف الخارجة عن حدّ احتياجه، فيضمنه؛ لعدم دخوله في إذن المالك.

مقتضى التحقيق في المقام

وعليه مقتضى التحقيق عدم ضمان العامل لما أنفق في سفره على نفسه عند كشف فساد المضاربة، إذا كان جاهلاً بفسادها حين إنشاء المضاربة.

(مسألة ٣٤): لو ضارب بمال الغير من دون وكالة ولا ولاية وقع فضولياً، فإن أجازته المالك وقع له، وكان الخسران عليه، والربح بينه وبين العامل على ما شرطاه^(١). وإن رده فإن كان قبل أن يعامل بماله طالبه، ويجب على العامل رده إليه، وإن تلف أو تعيب كان له الرجوع على كل من المضارب والعامل، فإن رجع على الأول لم يرجع هو على الثاني، وإن رجع على الثاني رجع هو على الأول.

ولا يخفى أنّ هذا في صورة جهل العامل بفساد المضاربة، بل ومع علمه بفساد المضاربة لو كان إذن المالك مطلقاً شاملاً لسائر المعاملات.

نعم، لو كان إذنه متقيّداً بالمضاربة ولم يكن له غرض آخر من أمر العامل بالسفر غير المضاربة، فحينئذٍ لو علم العامل قبل السفر فسادها يضمن جميع النفقات، لإقدامه على سفر غير مأذون من جانب المالك، فعليه تحمّل ما أنفقه. ولكن لا مطلقاً، بل في صورة جهل المالك بفسادها؛ إذ لا يرضى بالسفر والإنفاق لو أطلع على فساد المضاربة. وأمّا إذا علم المالك أيضاً بفسادها لا ضمان على العامل لما أنفقه من مال المالك؛ إذ المالك رضي بالسفر وأذن العامل به مع علمه بفساد المضاربة. فيكون سفره حينئذٍ بإذنه وأمره، بل ذلك كاشف عن إطلاق إذنه وشموله لغير المضاربة.

حكم المضاربة الفضولية

١ - لا إشكال في أنّ المضاربة كأية معاملة أخرى تجري فيها الفضولية، ويترتب أحكامها.

وعليه فلو ضارب بمال الغير من دون وكالة ولا ولاية ولا إذن منه ولا إحراز رضاه، وقعت المضاربة فضوليةً.

فإن أجازها المالك صحّت ووقعت له، دون المضارب الفضولي. ويكون الربح حينئذٍ بينه وبين العامل حسب ما شرطه المالك وقرّره بتعيين مقدار نصيب العامل من الربح في إجازته، من دون حظٍّ للمضارب الفضولي؛ لأنّ المالك في استحقاق الربح إمّا هو المال أو العمل، والمفروض عدم شيء منهما له.

نعم، لا يجوز له إجازة المضاربة من دون تعيين ربح للعامل؛ لأنّه مخالف لحقيقة المضاربة ومقتضاها. وأمّا لو أجاز المضاربة على نحو الإطلاق؛ بأن أطلق بكون الربح بينهما، من دون تعرّض لتعيين سهم العامل، يكون الربح بينهما مناصفةً بمقتضى إطلاق كلامه وما هو الأصل في المضاربة؛ لأنّه المتيقّن متى جاء في النصوص من أنّ الربح بينهما، ولقاعدة العدل والإنصاف بمعناها الواسع الذي بيّناه في كتابنا «مباني الفقه الفقّال». وعلى أيّ حال لا حظٌّ للمضارب من الربح؛ لعدم كونه عاملاً، وإنّما الربح للعامل على فرض إجازة المالك.

وأما لو لم يُجزه بطلت المضاربة. وحينئذٍ تارة؛ يكون الردّ قبل أن يُعامل بماله، وأخرى؛ يصدر منه الردّ بعد ذلك.

وهذه الفقرة من كلام السيد الماتن رحمته الله متكفّل لبيان حكم الصورة الأولى، فحينئذٍ أفنى الماتن رحمته الله بوجود ردّ مال القراض إلى مالكة على كلّ من المضارب والعامل وجواز رجوعه إلى أيّهما. والوجه في ذلك أنّ المال حينئذٍ غضب، والغصب كلّهُ مردود، كما جاء في النصّ. واتفقت عليه الفتاوى وضرورة الشرع. ومن هنا لو تلف أو تعيّب المال، فللمالك أن يرجع إلى كلّ واحد من المضارب الغاصب والعامل. ولكن لو رجع إلى المضارب لم يرجع هو إلى العامل مع جهله بالحال لأنّه

هذا إذا لم يعلم العامل بالحال، وإلا يكون قرار الضمان على من تلف أو تعيب عنده^(١).

دخل في المضاربة باعتقاد صحتها فيكون أميناً، بل إنما يرجع إلى المضارب الذي هو السبب في الإتلاف.

وأما لو رجع المالك إلى العامل يرجع هو على المضارب؛ لأنه الغاصب وهو السبب في تلف المال وتعيبه؛ حيث إنه لو لم يغصبه ولم يعطه العامل لم يكن يتلف أو يتعيب، ولأنّ العامل لم يتلفه عمداً؛ لفرض جهله.

ولا يخفى أنه لا يتصور خسران للمضاربة والتجارة حينئذٍ، كما يظهر من إطلاق كلام صاحب العروة؛ حيث إنّ الخسران كالربح فرع صحة المعاملة ولا تصحّ مع عدم إجازة المالك. ومن هنا أشكل عليه السيد الحكيم والمحقق الخوئي^١، اللهم إلا بلحاظ قبل صدور الردّ.

لو تلف المال قبل الشراء به

١ - وذلك لأنّ العامل إذا كان عالماً برّد المالك المضاربة، يحرم عليه التصرف في ماله ويكون غاصباً، فهو ضامن للمال إذا تلف أو تعيب عنده؛ لاستناد التلف إليه عرفاً ويكون هو الغاصب ويده عادية وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدّيه، كما أشرنا إليه آنفاً. وحينئذٍ ينعكس الأمر. فلو رجع المالك إليه، لا يرجع هو على المضارب؛ لأنّ المال تلف في يده، ويده عادية، فهو ضامن بخلاف العكس.

فينعكس الأمر في المفروض. وإن كان بعد أن عومل به كانت المعاملة فضولية^(١)، فإن أمضاها وقعت له، وكان تمام الربح له وتمام الخسران عليه، وإن ردها رجع بماله إلى كل من شاء من المضارب والعامل كما في صورة التلف، ويجوز له أن يجيزها على تقدير حصول الربح، ويردها على تقدير الخسران^(٢)؛

لو ردّ المضاربة بعد الاتجار بالمال

١ - كل ما سبق من الكلام كان فيما إذا صدر الردّ من المالك قبل انتقال المال بتجارة. وأمّا لو صدر منه الردّ بعده، كما لو أطلع على الحال بعد وقوع الاتجار والشراء، تكون تلك المعاملة فضولية وبحاجة إلى إمضاء المالك في صحتها. فلو أمضاها صحّت وإلا بطلت، وعلى فرض الإمضاء وصحة المعاملة يكون الربح كلّ له والخسران عليه، ولا حظّ للعامل؛ لفرض بطلان المضاربة وانتفاء آثارها وأحكامها. وفي صورة الردّ يرجع المالك لإنقاذ ماله على كلّ من المضارب والعامل، على النحو المذكور آنفاً، بل للمالك أن يرجع إلى البائع أيضاً. وله الرجوع إلى العامل لاستنقاذ مبيعه؛ لأنّه الذي أخذ المبيع.

٢ - وذلك لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم. وهذا مقتضى سلطة المالك على

ماله، فله أن يعمل به كيف شاء.

بأن يلاحظ مصلحته، فإن رآها رابحة أجازها وإلا ردّها. هذا حال المالك مع كل من المضارب والعامل. وأمّا معاملة العامل مع المضارب، فإن لم يعمل عملاً لم يستحق شيئاً^(١)، وكذا إذا عمل وكان عالماً بكون المال لغير المضارب. وأمّا لو عمل ولم يعلم بكونه لغيره استحقّ أجره مثل عمله، ورجع بها على المضارب.

١ - أمّا إذا لم يعمل شيئاً فوجه عدم استحقاقه للأجرة على فرض الردّ، وللربح على فرض الإجازة، واضح. وأمّا إذا عمل فلو كان جاهلاً بالحال فيستحقّ الأجرة على فرض الردّ؛ لقاعدة الاحترام. وضمانه على المضارب؛ لأنّه الذي أمره بالعمل، فتشمله قاعدة ضمان الإلتلاف بالتسيب.

وإذا كان عالماً بالحال، فلا يستحقّ شيئاً من الأجرة؛ حيث إنّ عمله في مال الغير وتصرفه فيه بغير إذن مالكه حرام، فلا احترام لعمله شرعاً حتّى يستحقّ الأجرة. ولو فرض عدم حرمة العمل شرعاً لعدم كونه تصرفاً - كمجرد إنشاء صيغة البيع من دون تسليم مال الغير ولا التصرف فيه بنقل أو تقلّب خارجي - لا ريب في كونه إسقاطاً لاحترام عمله وإهدار قيمته؛ حيث أقدم على عمل متعلّق بمال الغير بلا إذن منه. فلم يأذن المالك له في عمله حتّى يضمن أجرته.

وأمّا الإجازة اللاحقة فإنّما هو لغرض استرباحه المتوقّف على تصحيح المعاملة، من دون نظر إلى صيرورة العمل الصادر منه مأذوناً؛ لكي يضمن أجرته.

(مسألة ٣٥): لو أخذ العامل رأس المال، ليس له ترك الاتجار به^(١) وتعطيله عنده بمقدار لم تجر العادة عليه وعدّ متوانياً متسامحاً. فإن عطّله كذلك ضمنه لو تلف، لكن لم يستحقّ المالك غير أصل المال، وليس له مطالبة الربح الذي كان يحصل على تقدير الاتجار به.

ليس للعامل ترك الاتجار بعد أخذ المال

١ - قد سبق في المسألة الخامسة عشر أنّ وجوب القيام بالاتجار على العامل ليس حكماً تكليفاً بعد فرض كون عقد المضاربة من العقود الجائزة الإذنية المنوط إبقائها بإرادة كلّ من المالك والعامل واختيارهما. وعليه فللعامل ترك العمل بفسخ المضاربة ورفع موضوع العمل في أيّ آن من الآتات.

بل بمعنى إناطة صحّة تصرفات العامل وتقلّباته في مال القراض بالقيام بوظيفته المتعارفة، بأن يعمل بما يقتضيه عقد المضاربة من الوظيفة المعتادة المتعارفة، دون ما هو خارج عن مقتضى المضاربة، ممّا لم تجر العادة عليه بحيث عدّ متوانياً متسامحاً في القيام بالوظيفة المعاملية المقرّرة بينه وبين المالك. وعليه فلو عطّله أو أخرّ التجارة زائداً عن الحدّ المتعارف بحيث عدّ متوانياً يكون ضامناً لما تلف أو تعيب، كما ليس على المالك حينئذٍ شيئاً من النفقات التي بذلها لذلك. ولا يستحقّ المالك غير أصل المال حينئذٍ، فليس له مطالبة الربح الذي كان يحصل عادةً عند قيام العامل بوظيفته.

(مسألة ٣٦): لو اشترى نسيئة بإذن المالك كان الدين في ذمة المالك^(١)، فللدائن الرجوع عليه، وله أن يرجع على العامل، خصوصاً مع جهله بالحال، وإذا رجع عليه رجع هو على المالك. ولو لم يتبين للدائن أن الشراء للغير يتعين له في الظاهر الرجوع على العامل؛ وإن كان له في الواقع الرجوع على المالك.

ضمان الدين على المالك لو اشترى العامل نسيئةً بإذنه

١ - قد سبق في المسألة الثامنة عشر عدم جواز الشراء والبيع نسيئة للعامل مع إطلاق كلام المالك، إلا بقرينة صارفة إلى النسيئة أو الأعم منها والنقد. وأنه لو خالف في غير مورد الانصراف واشترى أو باع نسيئةً تكون المعاملة حينئذٍ فضولية وترتب حكمها.

ولكن كان ذلك فيما إذا لم يأذن المالك بالنسيئة، أو لم ينصرف إليها أو إلى الأعم منها إطلاقاً إذنه، وإلا صحّت المعاملة. وحينئذٍ يكون الدين - الناشئ من النسيئة - في ذمة المالك؛ لأنه الذي اتّجر له العامل وأقدم على البيع والشراء نسيئةً بإذنه وأمره. فيستقرّ ضمان العوض في ذمته، دون العامل. فللدائن أن يرجع على المالك بمقتضى القاعدة. نعم، للدائن أن يرجع على العامل أيضاً؛ لأنه المباشر في التجارة وقبض المعوّض، فله أن يرجع إليه في أخذ العوض واستيفاء الدين، ولكن العامل يرجع على المالك لاستنقاذ دين الدائن منه. وإذا جهل الدائن بكون الشراء للغير يتعين له في الظاهر الرجوع على العامل؛ حيث لا يرى سبيلاً لاستنقاذ ماله إلا ذلك، وإن كان له في الواقع حقّ الرجوع على المالك، كما قال السيد الماتن رحمته الله.

(مسألة ٣٧): لو ضاربه بخمسائة - مثلاً - فدفعها إليه وعامل بها، وفي أثناء التجارة دفع إليه خمسمائة أخرى للمضاربة، فالظاهر أنهما مضاربتان^(١)، فلا تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى.

حكم ما لو دفع في أثناء التجارة مالاً آخر

١ - والوجه في ذلك أن المبلغ المذكور من مال القراض في عقد المضاربة إذا دفعه المالك بتمامه إلى العامل، يتم العقد بتسليم مال القراض بتمامه إلى العامل. فهي مضاربة مستقلة قد تمت أركانها.

وبعبارة أخرى: إن مال القراض من أحد أركان المضاربة كما سبق في أوائل الكتاب. فإذا سلمه المالك بتمامه إلى العامل يتم بذلك جميع أركان المضاربة، مع فرض تمامية سائر أركان المضاربة، فترتب عليه أحكامها. فلو أعطى المالك مبلغاً آخر في الأثناء لأجل المضاربة تتحقق بإعطائه مضاربة أخرى، لها أحكامها الخاصة. ومجرد مزجها وخلطها من جانب العامل والتجارة بالمجموع، لا يجعلها مضاربة واحدة بعد إنشاء المالك بكل واحد من المبلغين مضاربة مستقلة، ولا سيما مع اختلاف سهم العامل من الربح فيهما.

فما يظهر من صاحب العروة^١ من صيرورتها مضاربة واحدة بالمزج والتجارة بالمجموع حينئذٍ غير وجيه.

ولو ضاربه على ألف - مثلاً - فدفع خمسمائة فعامل بها، ثم دفع إليه خمسمائة أخرى، فهي مضاربة واحدة^(١) تجبر خسارة كلّ بربح الأخرى.

لا يتعدّد المضاربة بدفع مال القراض عدّة دفعات

١ - وذلك لأنّ المبلغ المبني عليه عقد المضاربة لم يدفعه المالك بتمامه في مجلس العقد، بل إنّما دفع بعضه حين إنشاء العقد وأعطى الباقي في الأثناء. فلم ينشئ المالك، إلاّ مضاربة واحدة. وإنّما دفع مال القراض في المرّتين. فدفع بعضه قبل الشروع في العمل، ودفع بعضه الآخر في الأثناء.

هذا، وقد يُفضّل في المقام بين القول بمشروعية المضاربة المعاطاتية وبين عدمها. فعلى الأوّل - كما هو التحقيق ولعلّه المشهور؛ حيث عرّفوا المضاربة بدفع المال للتّجار به على أن يكون الربح بين المالك والعامل - يصحّ كلّ ما قلناه.

وأما على الثاني - كما يظهر من التذكرة؛ حيث اعتبر اللفظ في إيجاب المضاربة، بل نسب ذلك إلى الأصحاب - فلا يتحقّق بمجرد دفع المال إلى العامل مضاربة ما لم يتلفّظ بإيجاب عقدها.

وفيه: أنّه لا يختصّ هذا التفصيل بالمقام، بل يأتي في أصل مشروعية المضاربة، وقد سبق تفصيل البحث عن ذلك في المسألة الثانية عشر.

(مسألة ٣٨): لو كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا شخصاً، ثم فسخ أحد الشريكين تنفسخ بالنسبة إلى حصته، وأما بالنسبة إلى حصة الآخر فمحل إشكال^(١).

حكم فسخ المضاربة من أحد الشريكين

١ - بل لا إشكال في صحة المضاربة بالنسبة إلى حصة الآخر. وذلك لانحلال عقد المضاربة إلى اثنين في مفروض الكلام؛ حيث إن مقتضى اشتراك مال القراض بين اثنين كون العامل لكل منهما، ولازمه الانحلال ولو كان بإنشاء واحد. كما سبق نظير ذلك فيما إذا تعدد المالك واتحد العامل.

وعليه لا يضّر فسخ أحد الشريكين بصحة المضاربة في حصة الآخر. هذا مع أنّ الفقهاء جوزوا للمالك فسخ المضاربة في حصة من أمواله، وحكموا بعدم انتلام في بقاء المضاربة بذلك واستمرارها صحيحة في الحصة الأخرى. ومن هنا حكم في العروة^١ بجواز استرداد المالك بعض رأس المال في الأثناء وصحة المضاربة في الباقي ولم يخالفه السيد الماتن^٢ هناك. ومن هنا يرد النقض على صاحب العروة؛ حيث حكم هناك ببقاء المضاربة على صحتها في الحصة الأخرى إذا فسخها المالك في حصة من مال القراض. ولكن في المقام أشكل في صحتها بالنسبة إلى الحصة الأخرى. ولأجل ما قلناه أشكل عليه السيد الحكيم^٢، والمحقق الخوئي^٣.

١ - العروة الوثقى ٥ : ٢٢٩.

٢ - مستمسك العروة الوثقى ١٢ : ٤٥٤.

٣ - المياني في شرح العروة الوثقى ٣١ : ١٦٩.

تنازع العامل والمالك

قبل الورود في البحث عن المسائل الآتية ينبغي إعطاء الضابطة في المقام لتنفع في استنباط الحكم وتنقيح البحث في هذه المسائل. فنقول:

قد وقع الكلام في المسائل الآتية في موارد تنازع العامل والمالك فيما يرتبط ببعض أركان المضاربة وخصوصياتها، كاختلافهما في مقدار رأس المال وإعطائه بعنوان المضاربة أو غيرها من سائر العناوين المعاملية، وفي حصول الربح ومقداره، وتحقق الخسارة ومقدارها، وفي أصل اشتراط شيء من جانب المالك، وفي مخالفة العامل للشرط أو خيانتته وتعديده وتفريطه، ونحو ذلك مما يرتبط إما برأس المال أو عنوان العقد أو الربح أو عمل العامل.

وقد استدلل الفقهاء في بعض هذه الفروع - من موارد تنازع المالك والعامل - بقاعدة المدعي والمنكر المحكّمة في باب القضاء. واحتجوا في بعضها الآخر بقاعدة عدم ضمان الأمين.

فينبغي في المقام تنقيح ضابطة الرجوع إلى كل واحد من هاتين القاعدتين، حتى لا يقع الخلط في الاستدلال، ويُستدل في كل فرع بما يرتبط به من إحدى القاعدتين.

(مسألة ٣٩): لو تنازع المالك مع العامل في مقدار رأس المال ولم تكن

بيّنة، قَدّم قول العامل^(١)؛

فنقول: ضابطة الرجوع إلى قاعدة عدم ضمان الأمين أن يكون النزاع فيما يرتبط بعمل العامل ويُستند إلى فعله وتصرفاته. وذلك لأنّ المالك إذا فوّض عمل التجارة إلى العامل واثمنه واعتمد عليه، فعليه أن يقبل قوله فيما يرجع إلى ما فوّض إليه من العمل التجاري وما يرتبط به، من أصل حصول الربح ومقداره وأصل حصول الخسارة والوضيعة وتلف مال القراض حين العمل وأثناء التجارة ومقدار المال التالف والخسارة الواردة ونحو ذلك. ولكنّه ما دام لم يكن دعوى العامل متضمّناً لنفعه الموجب لنقصان رأس المال، وذلك لأنّ قاعدة عدم ضمان الأمين إنّما تدفع ضرر الضمان والتدارك عن العامل ولا تثبت له نفعاً.

وأما في غير ذلك من موارد نزاعهما ممّا لا يرتبط بمصّب القاعدة المزبورة، يُرجع فيه إلى قانون القضاء؛ وهو في المقام قاعدة المدّعي والمنكر والنكول والتحالف، والعمل بما يترتب عليها من الأحكام.

حكم تنازع المالك والعامل في مقدار رأس المال

١ - وذلك لأنّ قول العامل مطابق لأصالة عدم إعطاء المالك له أزيد ممّا يقوله العامل، أو أصالة عدم اشتغال ذمّة العامل بما يدّعيه المالك، أو أصالة براءة ذمّته منه. وإن شئت فعبر عن عدم وجوب شيءٍ من ردّ المال أو ضمانه على العامل. وإذا كان قول العامل مطابقاً للأصل فهو المنكر؛ لأنّ المنكر من كان قوله مطابقاً للأصل، ويكون المالك هو المدّعي. فعليه البيّنة وعلى المنكر - وهو العامل - اليمين. وإن نكل عن

سواء كان المال موجوداً أو تالفاً ومضموناً عليه^(١). هذا إذا لم يرجع نزاعهما إلى مقدار نصيب العامل من الربح، وإلا ففيه تفصيل^(٢).

اليمين، يردها على المالك. وإن لم يردها عليه مع النكول ألزم بدفع المال. وأتضح بذلك أنه ليس وجه تقديم قول العامل حينئذٍ أنه أمين؛ لعدم كون تنازع المالك والعامل مرتبطاً بعمل العامل، كي تجري قاعدة عدم ضمان الأمين، كما حررنا ذلك في طليعة البحث عن هذه المسألة والمسائل الآتية.

١ - وقد يشكل تقديم قول العامل في هذه الصورة؛ وهي ما إذا كان مال القراض مضموناً على العامل؛ نظراً إلى أصالة عدم اشتغال ذمة المالك بالقدر الزائد. ولكن يمكن الجواب عنه بأن مرجع النزاع في المقام في الحقيقة إلى اختلافهما في تعيين مقدار الثمن المدفوع إلى المشتري من مال القراض. وإنّ تعيين مقدار الثمن فعل العامل فيصدق قوله فيه؛ لأنه أمين في قوله وفعله. وكذلك فيما يرجع إلى دعوى تفریطه وتعديّه، أو تهاونه وتوانيه في حفظ رأس المال. إلا أن يكون متهماً فيطالب بالبيّنة على دعواه.

التفصيل بحسب رجوع النزاع إلى مقدار نصيب العامل وعدمه

٢ - مقصوده التفصيل بين ما إذا رجع نزاعهما إلى الاختلاف في مقدار نصيب العامل من الربح، وبين ما إذا لم يرجع النزاع إلى ذلك، فعلى الثاني قدّم قول العامل؛ لما سبق آنفاً في الفرض المزبور، كما لو كان نزاعهما قبل حصول الربح. وأما على الأول، كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح فحينئذٍ يرجع النزاع في الحقيقة إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح؛ إذ على تقدير قلّة رأس

المال يصير الربح - وبالمال نصيب العامل منه - أكثر، وبالعكس. فيدور مقدار نصيب العامل بالمال - قلّة وكثرة - مدار مقدار رأس المال، فكلّما زاد مقدار أحدهما نقص عن مقدار الآخر مثل كفتي الميزان.

وحينئذٍ يقدّم قول المالك. وذلك لأنّ كلّ ما بيد العامل ليس ملك العامل قطعاً؛ لفرض اعترافه بأنّ مال القراض كان للمالك. وإنّما الربح حصل منه. ففي الحقيقة يدّعي العامل حينئذٍ لنفسه سهماً من الربح، مع اعترافه بكون مال القراض للمالك. فمقتضى الأصل كون جميع المال للمالك؛ إلاّ بمقدار يعترف المالك بكونه ربحاً أو أقام العامل الحجّة على كونه ربحاً خارجاً عن رأس المال. وأمّا يد العامل على مجموع المال لا أثر لها في فرض إقراره بكون أصل المال للمالك وكون الربح ناشئاً منه. فهو بحاجة إلى الحجّة لإثبات استحقاقه جزءاً من المال الموجود في يده؛ نظراً إلى سقوط يده عن الحجّة بهذا الإقرار، كما هو مقتضى السيرة العقلية في حجّة اليد. وقد أثبتنا في كتابنا «مباني الفقه الفعّال» أنّ دليل حجّة اليد إنّما هو من باب الإمضاء لما عند العقلاء، لا من باب التأسيس.

حصيلة البحث

وقد اتّضح من ضوء هذا البيان:

أولاً: أنّه لا فرق في تقديم قول العامل في المقام بين كون رأس المال باقياً أو مصروفاً في جهة الاسترباح والإنفاق في سبيل الاتّجار أو تالفاً بتفريط أو غيره، أو كونه مضموناً على العامل؛ حيث يأتي الكلام المزبور في جميع هذه الفروض، وهي كلّها محكومة بالضابطة المذكورة.

وثانياً: أنّه يظهر من الأصحاب كون النزاع في مقدار ما يستحقّه العامل. ولا ريب في تقديم قول المالك؛ لأصالة عدم الربح الزائد وعدم الزيادة عن أصل

(مسألة ٤٠): لو ادّعى العامل التلف أو الخسارة أو عدم حصول المطالبات؛ مع عدم كون ذلك مضموناً عليه، وادّعى المالك خلافه، ولم تكن بيّنة، قدّم قول العامل^(١).

المال. فالأصل يقتضي كون جميع المال للمالك، إلا ما أقربه للعامل، كما جزم في جامع المقاصد^١ واستحسنه في الرياض^٢ وقوّاه في الجواهر^٣.
وقد بان لك ممّا بيّناه أنّ كلماتهم إنّما يتمّ فيما إذا كان نزاع المالك والعامل بعد حصول الريح، لا قبلها، بل تكون كلماتهم ناظرة إلى هذه الصورة، فلا يصحّ الاستشهاد بكلماتهم لتقديم قول المالك مطلقاً في المقام، كما صنع في الجواهر^٤.

لو ادّعى العامل التلف أو الخسارة

١ - قوله «مع عدم كون ذلك مضموناً عليه» أي مضموناً على العامل. وهذه الفقرة قيّد لقوله: «عدم حصول المطالبات». والمقصود أنّ عدم حصول المطالبات إنّما ينفع دعواه من جانب العامل إذا لم يكن الدين مضموناً على نفسه، وإلاّ لخرج عن مصبّ النزاع؛ لرجوعه إلى دعوى العامل براءة ذمّته من الدين المستقرّ في ذمّته.

١ - جامع المقاصد ٨: ١٦٥.

٢ - رياض المسائل ٩: ٨٦.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٤.

٤ - نفس المصدر.

المناقشة في تقديم قول العامل مطلقاً

وقد يشكل القول بتقديم قول العامل في مفروض هذه المسألة مطلقاً، بأنه إنما يقدم قوله إذا كان مأموناً غير متهم، وإلا فهو مطالب بالبيّنة وعليه إثبات دعواه مطلقاً، سواء ادّعى المالك في قبال دعواه إتلافه عمداً وتفريطه، أم لا.

والوجه في ذلك: أنّ مقتضى كون العامل أميناً، وإن كان الاعتماد على قوله وعدم مطالبة بيّنة ولا يمين منه، إلا أنّ صور هذه المسألة مختلفة، وبعض صورها خرج بالنصوص الخاصّة؛ رغباً لما سبق من كون العامل أميناً، بل خلافاً لمقتضى ميزان القضاء.

وذلك لأنّ العامل تارة: يكون متهماً غير مأمون، وأخرى: مأموناً غير متهم. وفي كلّ صورة تارة: يدّعي المالك عليه الخيانة والإتلاف عمداً، وأخرى: لا يدّعي في قبال دعواه شيئاً. فالصور أربعة، كما حرّره بعض الأعلام^١.

الصورة الأولى: ما إذا كان العامل متهماً غير مأمون وادّعى المالك عليه الخيانة والتفريط والإتلاف عمداً.

الثانية: نفس الفرض المزبور مع عدم دعوى المالك الإتلاف العمدي والخيانة على العامل.

الثالثة: ما إذا لم يكن العامل متهماً وادّعى المالك عليه الخيانة والإتلاف عن عمد.

الرابعة: نفس الفرض مع عدم دعوى المالك عليه الخيانة والتفريط.

١ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣٦: ١٢٩ - ١٣٤.

تحرير آراء الفقهاء

وعلى أي حال قبل الخوض في البحث ينبغي تحرير آراء الفقهاء في المقام. فنقول:

قد صرح في الرياض بأن قول العامل مقبول في دعوى التلف مطلقاً ونفى الخلاف فيه؛ حيث قال: «وقوله مقبول في دعوى التلف مطلقاً، بأمر ظاهر كان كالحرق، أو خفي كالسرقة، أمكنه إقامة البيّنة عليه، أم لا؛ لأنه أمين بلا خلاف فيه»^١.

وظاهر كلامه يشمل جميع صور المسألة.

وكذا يظهر من صاحب الجواهر. فإنه بعد ما أطلق في حكمه بقبول قول العامل في دعوى التلف أو الخسارة، قال: «نعم، قيّده في التذكرة بما إذا كان دعوى الخسران في موضع يحتمل؛ بأن عرّض في السوق كساد، وإلا لم يقبل ولا بأس به»^٢. ولكنّه خالف التذكرة في المسألة الأولى من اللواحق بقوله: «لا خلاف في أنّ قوله - أي العامل - مقبول في التلف؛ لأنه أمين وذو يد على المال بإذن المالك، من غير فرق عندنا بين دعواه التلف بأمر ظاهر يمكن إقامة البيّنة عليه أو خفي»^٣. ومقصوده من الخفي ما تعذر فيه إقامة البيّنة لخفائه وكان كلُّ من التلف وعدمه فيه محتملاً في الواقع.

وفي المفتاح بعد نقل قول التذكرة، قال: «وقد استحسنته في جامع المقاصد واعتمده في المسالك. قلت: هو حقّ إذا تحقّق عدم احتمال الخسران بالكليّة. ولو

١ - رياض المسائل ٩: ٨٩.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٧٣.

٣ - نفس المصدر: ٣٧٩.

احتمل ولو بعيداً جداً، فالقول قوله؛ لأنه حينئذٍ كدعوى التلف بالأمر الخفي^١. وكذا في المسالك^٢.

والحاصل: ظاهر كلمات أكثر الأصحاب عدم مطالبة العامل بالبيّنة في دعواه التلف والخسران إذا كانا محتملين، بل يمكن دعوى شمول نفي الخلاف في كلماتهم لذلك.

تحقيق في مدلول النصوص

ولكن مقتضى النصوص الواردة في باب الإجارة التفصيل الذي أشرنا إليه في صدر البحث؛ فإنها على ثلاث طوائف:

الأولى: ما دلّ على ضمان العامل الأجير مطلقاً، إلا أن يقيم البيّنة على دعواه، من تلف أو سرق ونحوه.

مثل صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال في الغسّال والصبّاغ: «ما سُرِقَ منهم (منهما) من شيء، فلم يخرج منه على أمر يبين أنّه قد سُرِقَ وكلّ قليل له أو كثير فإن فعل فليس عليه شيء، وإن لم يقيم البيّنة وزعم أنّه قد ذهب الذي ادّعى عليه، فقد ضمنه إن لم يكن له بيّنة على قوله»^٣.

وصحيح ابن مسكان عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن قصّار دفعَتْ إليه ثوباً، فزعم أنّه سُرِقَ من بين متاعه، قال عليه السلام: «فعلية أن يقيم البيّنة أنّه سُرِقَ من بين متاعه، وليس عليه شيء، فإن سُرِقَ متاعه كلّهُ، فليس عليه شيء»^٤.

١ - مفتاح الكرامة ٧: ٥١٥ / السطر ٣٢.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣٧١.

٣ - وسائل الشيعة ١٩: ١٤١، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٢.

٤ - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٢، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٥.

قوله عليه السلام: «فإن سرق متاعه كله...» في الذيل تفرغ على قيام البيّنة. والمقصود أنّه إن أقام البيّنة على أنّه سرق متاعه كلّه ليس عليه شيء. ويحتمل كونه إشارة إلى كون سرقة جميع ما لدى القصار من المتاع قرينة تخرجه عن موضع الاتهام. وعليه فلا حاجة لنفي الضمان عنه إلى إقامة البيّنة حينئذٍ، ومن هنا يمكن جعل هذه الصحيحة في عداد النصوص المفصلة. ولكنّ الأظهر هو المعنى الأوّل؛ لأنّه أنسب بالسياق.

وصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن رجل جمّال استكرى منه إبلاً وبعث معه بزيت إلى أرض، فزعم أنّ بعض زقاق الزيت انخرق فأهراق ما فيه. فقال عليه السلام: «إن شاء أخذ الزيت، وقال: إنّه انخرق ولكنّه لا يُصدّق، إلّا ببيّنة عادلة»^١.

قوله: فأهراق: فعل ماضٍ ومضارعه يُهريق. وبمعناه لُغتان أخريان، إحداهما: أراق يريق، ثانيتهما: أهرق يُهرق إهراقاً. فهي ثلاث لغات مترادفة المعنى.

وقوله: زقاق الزيت: الزُّقاق بكسر الزاء، جمع الزُّق، وهو الجلد المصنوع ظرفاً للزيت. معنى الحديث أنّه عليه السلام سئل عن رجل جمّال استكرى منه الرجل السائل إبلاً، وبعث السائل مع الجمّال بزيت إلى أرض، فزعم الجمّال.... ومعتبرة السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن الصبّاغ والقصار والصائغ احتياطاً على أمتعة الناس»^٢.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٨، كتاب الإجارة، الباب ٣٠، الحديث ١.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٣، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٦.

الثانية: ما دلّ على عدم ضمان العامل مطلقاً لو ادّعى التلف، مثل معتبرة يونس، قال: سألت الرضا عليه السلام عن القصار والصانع يضمنون؟ قال: «لا يصلح، إلا أن يضمنوا»^١.

فدلّ على عدم ضمان العامل الأجير عند إطلاق العقد، إلا أن يشترط عليه الضمان.

وإنما عبّرنا عن هذه الرواية بالمعتبرة لمكان إسماعيل بن مزار، فإنه وإن لم يؤثقه أحدٌ من أصحاب الجرح والتعديل، إلا أنه لم يرد في حقه جرحٌ من أحد. وهو من المعاريف؛ لكثرة رواياته، بل تبلغ رواياته عن يونس بن عبد الرحمن فقط إلى مأتين وزيادة. وظاهر كلام ابن الوليد أنّ هذه الروايات صحيحة. وإنّ تصحيح القدماء لرواية وإن لا يدلّ على وثاقة راويها، إلا أنه موجب للوثوق برواياته مع انضمام عدم ورود قدح فيه وماله من الروايات الكثيرة، مع وقوعه في أسناد تفسير عليّ بن إبراهيم. فلو كان في مثل هذا الرجل قدحٌ لَبَانَ ونُقِلَ إلينا. وهذا المبني يمكن الاعتماد عليه في الحكم باعتبار روايات الرجل بل بوثاقته. وقد بيّنا وجه ذلك مفصلاً في كتابنا «مقياس الرواة» و«مقياس الرواية».

ومثلها في الدلالة صحيح معاوية بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الصبّاع والقصار، فقال: «ليس يضمنان»^٢.

ومن هذا القبيل صحيح الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن القصار يسلم إليه الثوب واشترط عليه يعطيني في وقت، قال عليه السلام: «إذا خالف وضاع الثوب

١ - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٤، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٩.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ١٤.

بعد الوقت، فهو ضامن»^١؛ حيث دلّ بمفهومه على عدم ضمان القصار عند عدم الاشتراط.

الثالثة: ما دلّ على التفصيل بين العامل المتّهم وبين غيره. فحكم في هذه الطائفة من النصوص بضمن العامل المتّهم غير المأمون دون غير المتّهم.

مثل صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصائغ احتياطاً للناس، وكان أبي يتطوّل عليه إذا كان مأموناً»^٢. قوله: «يتطوّل عليه»، أي يجعله في الطوّل والسعة والفُصحة، فلا يضمنه.

وصحيح أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «كان عليّ عليه السلام يضمن القصار والصائغ يحتاط به على أموال الناس، وكان أبو جعفر عليه السلام يفضّل عليه إذا كان مأموناً»^٣.

وصحيح جعفر بن عثمان الرواسي، قال: حمل أبي متاعاً إلى الشام مع جمّال، فذكر أنّ حملاً منه ضاع، فذكرت ذلك لأبي عبدالله عليه السلام، فقال: «أتتهمه؟» قلت: لا، قال: «فلا تضمّنه»^٤.

وصحيح أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام: في الجمّال يُكسر الذي يحمل أو يهريقه، قال عليه السلام: «إن كان مأموناً فليس عليه شيء، وإن كان غير مأمون فهو ضامن»^٥.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٣، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٧.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٢، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٤.

٣ - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ١٢.

٤ - وسائل الشيعة ١٩: ١٥٠، كتاب الإجارة، الباب ٣٠، الحديث ٦.

٥ - وسائل الشيعة ١٩: ١٥٠، كتاب الإجارة، الباب ٣٠، الحديث ٧.

ورواية خالد بن الحجاج (الحجّال)، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المّالّح أحملّه الطعام، ثمّ أقبضه منه فينقص، قال: «إن كان مأمونا فلا تضمّنه»^١.
المّالّح - بفتح الميم وتشديد اللّام - صاحب السفينة.

ومقتضى الصناعة الجمع بين الطائفتين الأوليين بالثالثة، كما قال بعض الأعلام. وقد استشهد هذا العّلم^٢ بهذه النصوص للتفصيل المزبور في المقام، إلّا أنّها كلّها وردت في باب الإجارة ولم يعمل بها المشهور في باب المضاربة. ولما كان احتمال الخصوصية الفارقة للمضاربة غير قابل الدفع، يشكل العمل بها في المقام. وجه الفرق ائتمان المالك بالعامل بإعطاء ماله إليه وجعله في اختياره وما دلّ من النصوص على نفي الضمان عن العامل.

بل المتّبع في المقام نصوص باب المضاربة الدالّة على عدم ضمان العامل شيئاً من التلف والخسران وإطلاق هذه النصوص يقتضي قبول قوله وعدم تكليفه بالبيّنة بمعنى عدم ضمانه مطلقاً سواء أقام البيّنة على مدّعاها أم لا، إلّا أن يثبت مخالفته لشرط المالك أو خيانتة أو تفریطه، فعلى المالك إثبات ذلك، وإلّا فلا ضمان عليه.

وأما النصوص الواردة في المقام الدالّة على ذلك، فمنها: صحيح محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من اتّجر مالا واشترط نصف الربح، فليس عليه ضمان»^٣.

ومنها: صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يستبضع

١ - وسائل الشيعة ١٩: ١٤٩، كتاب الإجارة، الباب ٣٠، الحديث ٣.

٢ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٢٩ - ١٣٤.

٣ - وسائل الشيعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٢.

المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً»^١.

قوله: «بعد أن يكون الرجل أميناً» أي بعد ما استؤمن من جانب المالك. وهو بمنزلة التعليل لنفي الضمان عن العامل.

ومنها: صحيح آخر لمحمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى على عليه السلام في تاجر أتجر بمال واشترط نصف الربح، فليس على المضاربة ضمان»^٢.
هذه النصوص دلّت بإطلاقها على نفي الضمان عن العامل المضارب مطلقاً.

وقد وردت نصوص أخرى دلّت بالمفهوم على عدم ضمانه ما لم يخالف شرط المالك.

مثل صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما قال: سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة، وينهى أن يخرج به فخرج، قال: «يضمن المال والربح بينهما»^٣.

وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: في الرجل يعطى المال فيقول له: ايت أرض كذا وكذا، ولا تجاوزها واشتر منها، قال: «فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن»^٤. وغيرهما من النصوص الواردة في الباب الأوّل من المضاربة في الوسائل.

١ - وسائل الشيعة ١٩ : ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٣.

٢ - وسائل الشيعة ١٩ : ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٤.

٣ - وسائل الشيعة ١٩ : ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ١.

٤ - وسائل الشيعة ١٩ : ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ١.

وهذه النصوص دلت بإطلاقها منطوقاً ومفهوماً على عدم ضمان العامل مطلقاً في باب المضاربة، ما دام لم يثبت تعديّه وعمده وخيائته أو مخالفته للشرط بالدليل.

وأما قوله عنه: «بعد أن يكون الرجل أميناً» فهو بمنزلة التعليل، لا التفصيل المذكور في الطائفة الثالثة من نصوص الإجارة السابقة ذكرها آنفاً، كما هو واضح.

حاصل الكلام ومقتضى التحقيق

والحاصل: أنّ مقتضى التحقيق في المقام؛ تقديم قول العامل وعدم ضمانه مطلقاً، كما هو المشهور. والسّرّ فيه أولاً: أنّ العامل مؤتمن في باب المضاربة كالودعي في الوديعة والأمانة والوكيل في الوكالة. ولا يجوز اتّهام الأمين ما لم تثبت خيائته بالدليل الشرعي، فيجري في حقّه عدم ضمان الأمين. كما أشير إلى ذلك في قوله عنه: «بعد أن يكون الرجل أميناً». وهذا بخلاف الأجير، كالغسّال والقصّار والصبّاغ والحّمّال والجّمّال والخيّاط ونظيرهم، كما أنّ الطوائف الثلاث من النصوص الواردة في باب الإجارة ناظرة إلى ذلك. وثانياً: أنّ الموجر يعطي ماله إلى الأجير ليصلحه بالخياطة أو الغسل أو الحياكة ونحو ذلك، كما أشير إلى ذلك في النصوص المزبورة، وهذا بخلاف باب المضاربة. وثالثاً: أنّ مال القراض في معرض النقصان في باب المضاربة؛ لأنّ الخسارة والوضيعة من شأن التجارة. ومن هنا احتملنا الخصوصية في هذه النصوص.

(مسألة ٤١): لو اختلفا في الربح ولم تكن بيّنة قدّم قول العامل^(١)؛ سواء اختلفا في أصل حصوله أو في مقداره. بل وكذا الحال لو قال العامل: ربحت كذا، لكن خسرت بعد ذلك بمقداره فذهب الربح.

حكم اختلاف المالك والعامل في الربح

١ - هذا إذا علم مقدار رأس المال ولم يكن لاختلافهما في أصل الربح أو مقداره تأثير في نقصان رأس المال، وإلا لا إشكال في تقديم قول المالك حفظاً لأصل مال القراض وجبران ما نقص منه بالإففاق أو الخسران أو التلف كما سبق بيان ذلك في ذيل المسألة التاسعة والثلاثين.

ففي المقام إذا اختلفا في أصل حصول الربح أو في مقداره؛ بأن ادّعى المالك حصوله فأنكره العامل، أو ادّعى المالك زيادة مقدار الربح، فأنكر العامل المقدار الزائد فحينئذٍ قدّم قول العامل بيمينه، مادام لم يقيم المالك البيّنة على دعواه.

وذلك لما سبق من النصوص الواردة في المقام من كون العامل أميناً لا ضمان عليه وأنّ قوله مقبول في كلّ ما يرتبط بفعله وعمله في مال القراض لأجل الاتّجار والمضاربة، ويقدم دعواه على ما ادّعى عليه المالك، ما لم يخالف شرط المالك ولم يثبت منه خيانة أو تفريط. ولا تجري في مثل ذلك قاعدة المدّعي والمنكر.

ومن ضوء هذا البيان أتضح وجه قبول قول العامل لو قال: «ربحت كذا لكن

خسرت بعد ذلك بمقداره فذهب الربح».

(مسألة ٤٢): لو اختلفا في نصيب العامل من الربح؛ وأنه النصف - مثلاً - أو الثلث، ولم تكن بينة، قدّم قول المالك^(١).

حكم الاختلاف في نصيب العامل

١ - والوجه فيه أن مال القراض والربح الحاصل منه بأجمعه للمالك بمقتضى القاعدة، إلا في مقدار من الربح يعترف به المالك؛ لأنه الذي عيّن حصّة العامل من الربح. وهو مالك المال، ومقتضى تبعية الربح للمال كون الربح بأجمعه للمالك، إلا في مقدار يعترف المالك أنه للعامل أو أثبت العامل أنه له. فعلى العامل إثبات ما يدّعيه من القدر الزائد من الربح.

وقد يقال بأنّ المقام من قبيل التداعي^١؛ لأنّ في المقدار الزائد عمّا اتفق عليه المالك والعامل - من المقدار المتيقّن من سهمهما الذي اعترف كلّ واحد منهما لصاحبه - يدّعي كلّ واحد منهما لنفسه فيكون تداعياً.

قال في جامع المقاصد في ذيل فتوى العلامة بتقديم قول المالك في المقام: «وهذا واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الربح؛ لأنّ المالك متمكّن من منع الربح كلّه بفسخ العقد. وأمّا بعد حصوله فإنّ كلّاً منهما مدّع ومدّعى عليه، فإنّ المالك يدّعي استحقاق العمل الصادر بالحصّة الدنيا والعامل ينكر ذلك، فيجبيء القول بالتحالف، إن كانت أجرة المثل أزيد ممّا يدّعيه المالك. ولا أعلم الآن لأصحابنا قولاً بالتحالف، وإنّما القول بالتحالف مع الاختلاف في الربح مطلقاً قول الشافعي^٢».

١ - راجع مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٤٠٠.

٢ - جامع المقاصد ٨: ١٦٧.

(مسألة ٤٣): لو تلف المال أو وقع خسران، فادّعى المالك على العامل الخيانة أو التفريط في الحفظ، ولم تكن له بيّنة، قدّم قول العامل^(١). وكذا لو ادّعى عليه الاشتراط أو مخالفته لما شرط عليه، كما لو ادّعى: أنّه قد اشترط عليه أن لا يشتري الجنس الفلاني وقد اشتراه فخر، وأنكر العامل أصل هذا الاشتراط، أو أنكر مخالفته لما اشترط عليه.

ولكنّه غير وجيه؛ لأنّ المعيار في صدق المدّعي والمنكر هو الصدق العرفي، وأهل العرف يرون من كان قوله موافقاً للأصل منكرأً ومن كان قوله مخالفاً للأصل مدّعياً مطالباً بالبيّنة؛ حيث لم يرد في باب القضاء نصٌّ يعطي الضابطة في ذلك. ومن الواضح أنّ قول العامل في دعوى المقدار الزائد من الربح مخالف للأصل، فهو المدّعي المطالب بالبيّنة. فلو أثبت ما ادّعاه فهو، وإلا يقبل قول المالك يمينه، هذا بحسب ميزان القضاء. وأمّا بمقتضى قاعدة تبعية الربح للمال، لا حاجة إلى تحليف المالك ويمينه، بل ما لم يقدّم العامل البيّنة على ما ادّعاه من نصيبه فهو للمالك طبعاً.

حكم ما لو ادّعى المالك على العامل الخيانة

١ - وذلك لما سبق آنفاً من أنّ العامل أمين وقوله مقبول، إلا إذا ثبت خلافه بالبيّنة. وكذا لو ادّعى المالك اشتراط شيء وأنّ العامل خالفه؛ لأنّه بالمآل يرجع إلى دعوى الخيانة والتفريط عليه، مع أنّ الأصل عدم الاشتراط. ويظهر من بعض المحقّقين^١ أنّ الاشتراط والإطلاق وإن كان من قبيل

١ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٢٦ - ١٢٧.

نعم لو كان النزاع في صدور الإذن من المالك فيما لا يجوز للعامل إلا بإذنه، كما لو سافر بالمال أو باع نسيئة فتلف أو خسِر، فادّعى العامل كونه بإذنه وأنكره، قدّم قول المالك^(١).

الإطلاق والتقييد والنسبة بينهما هي العدم والملكية، إلا أنّ الأثر - وهو براءة العامل عن الضمان - مترتب على الإذن المطلق، وهو ضدّ الإذن المقيد المشروط بالشرط، فعلى العامل إثبات الإذن المطلق.

وفيه: أنّه خلاف ما هو المتفاهم عرفاً من الاشتراط وعدمه. فإنّ حال المالك لا يخلو عادة إمّا أن ينشئ عقد المضاربة مطلقاً من غير شرط أو يُنشئه مشروطاً. فإذا لم يُقم حجة على إثبات ما ادّعاه من الاشتراط لا محالة يكون إنشاؤه مطلقاً غير مقيد بشرط. هذا مع أنّ الملكية إذا لم تثبت، يثبت عدمها لا محالة، وإذا لم يثبت القيد ثبت الإطلاق، كما حرّر في علم الأصول.

وجه تقديم قول المالك فيما لا يجوز للعامل

١ - والوجه فيه: أنّ ما يتوقّف جواز فعله على صدور الإذن الخاصّ من المالك - مضافاً إلى إذنه المستفاد من إنشائه العقد - بحاجة إلى الإثبات؛ لأنّ الأصل عدم صدور إذن منه زائداً عن الإذن المتقوم عليه إنشاء المضاربة. فحينئذٍ يكون المالك منكرّاً لصدور هذا الإذن منه والعامل مدّعياً له. وعلى القاعدة في ميزان القضاء تكون البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر.

وأما كون العامل أميناً وقوله مقبولاً، فإنّما هو فيما كان داخلاً في مقتضى المضاربة ومن لوازمها عادةً، دون ما هو خارج عن مقتضاها ممّا يحتاج إلى إذن

(مسألة ٤٤): لو ادّعى ردّ المال إلى المالك وأنكره قدّم قول المنكر^(١).

(مسألة ٤٥): لو اشترى العامل سلعة فظهر فيها ربح، فقال: اشتريتها

لنفسي، وقال المالك: اشتريته للقراض، أو ظهر خسران فادّعى العامل أنّه

اشتراها للقراض، وقال صاحب المال: اشتريتها لنفسك، قدّم قول العامل

بيمينه^(٢).

خاصّ من المالك زائداً عن إذنه الثابت بمقتضى عقد المضاربة. وهذا بخلاف الإذن الثابت بمقتضى عقد المضاربة فالعامل أمين وقوله مقبول في كلّ ما صدر منه فعلاً وقولاً في دائرة هذا الإذن.

١ - لأنّ المالك منكر وقوله مقدّم مع اليمين ما دام لم يقم العامل البيّنة

على دعواه.

لو تنازعا في من له الشراء

٢ - يمكن توجيه ذلك في كلا الموردين بوجوه:

أحدها: أنّ المالك مدّعٍ والعامل منكر؛ لأنّ المالك هو الذي يدّعي أولاً على

العامل شيئاً ثمّ ينكره العامل، فعلى المالك أن يثبت ما يدّعيه بالبيّنة، وإلاّ قدّم قول

العامل مع اليمين.

ويرد على هذا الوجه أولاً: أنّه يندرج مفروض الكلام في مصبّ قاعدة نفي

ضمان الأمين لما يأتي بيانه.

وثانياً: أنّه إنّما يتمّ هذا الوجه في نفسه لو لم يرجع النزاع إلى التداعي، كما

لا يبعد حينئذٍ غالباً.

ثانيها: ما سبق كراراً، من أنّ العامل أمين وقوله مقبول ولا ضمان عليه؛ لقاعدة عدم ضمان الأمين. وذلك أنّ أمر الشراء والاتجار بيد العامل؛ لأنّه الذي فوّض المالك إليه الاتجار وأعطاه السلطة والاختيار في ذلك. فلا بدّ من سماع قوله وترتيب الأثر على قوله في ذلك. فالمالك حيث ائتمنه يجب عليه معاملة الأمين معه. ومن هنا يتم الاستدلال في هذا الفرع بقاعدة نفي الضمان عن الأمين. ومن هنا لا يحتاج إلى ضمّ اليمين كما أفاده السيد الماتن. نعم، لو أقام المالك البيّنة تثبت دعواه بالحجّة الشرعية، وإلا فقول العامل مسموع مقبول بلا حاجة إلى اليمين.

وذلك لأنّ نيّة الشراء لنفسه أو للقراض أمر قصدي باطني لا يعلم إلاّ من قبل العامل؛ لأنّه أعرف بنيّته.

ويؤيد ذلك سيرة المتشرّعة؛ نظراً إلى استقرارها في المضاربة على قبول قول العامل ومعاملة الأمين معه. وهذه السيرة وليدة ما ورد من النصوص الدالّة على عدم ضمان العامل.

ثالثها: قاعدة من ملك شيئاً ملك الإقرار به. بتقريب: أنّ الملكية المقصودة في نصّ هذه القاعدة بمعنى السلطة والاختيار على أمر من الأمور المعاملية. والعامل لمّا أعطاه العامل اختيار العمل في ماله والسلطة على الاتجار والبيع والشراء، يصير العامل بذلك ذا سلطة شرعية في إقراره وما يقول في أمر الاتجار بمال القراض. فيكون دعواه وإقراره وقوله فيما يرتبط بعمله هذا مسموع، ويجب على العامل قبول قوله.

حاصل الكلام في المقام أنّ قول العامل إنّما يقدر في مفروض هذه المسألة بدليل قاعدة نفي ضمان الأمين وقاعدة «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» وبناء العقلاء، لا بدليل قاعدة المدّعي والمنكر ولا لأنّ المورد ممّا لا يعلم إلاّ من قبل

(مسألة ٤٦): لو حصل تلف أو خسارة فادّعى المالك أنه أقرضه، وادّعى العامل أنه قرضه، يحتمل التحالف^(١) بلحاظ محطّ الدعوى، ويحتمل تقديم قول العامل بلحاظ مرجعها. ولو حصل ربح فادّعى المالك قراضاً والعامل إقراضاً، يحتمل التحالف - أيضاً - بلحاظ محطّهما، وتقديم قول المالك بلحاظ مرجعها، ولعلّ الثاني في الصورتين أقرب.

العامل. نعم، لو كان المورد من هذا القبيل يصلح هذا الوجه الأخير لإثبات قول العامل وقبوله وتقديمه على قول المالك بلا حاجة إلى ضمّ اليمين. ويتقوى بذلك ما اخترناه في المقام.

إذا ادّعى المالك القرض والعامل القراض

١ - لا إشكال في عدم جريان قاعدة نفي ضمان الأمين في مفروض هذه المسألة؛ لعدم ارتباطه بعمل العامل. وأمّا وجه التحالف في كلتا الصورتين، أنّ كلّ واحد منهما يدّعي على الآخر شيئاً والآخر ينكره.

وهذا مبنيٌّ على صدق المدّعي والمنكر بلحاظ نفس مصبّ الدعوى؛ نظراً إلى صدق عنوان المدّعي على كلّ واحد من المالك والعامل في الصورتين بهذا الاعتبار. والمقصود من مصبّ الدعوى ومحطّها متنها المتلفّظ المصرّح به حين الدعوى.

وأما بلحاظ الغرض المقصود من الدعوى ومرجعها بالمآل، فيفترق الأمر، وقد وقع الخلاف في ذلك. ولا إشكال في أنّ غرض كلّ واحدٍ منهما من طرح الدعوى نفي ضمان التلف والخسارة عن نفسه في الصورة الأولى

واستجلاب الريح لنفسه في الصورة الثانية.

ولكن هذا التشقيق خلاف المتفاهم العرفي من الدعوى؛ لأن أهل العرف لا يفهم من دعوى المدعي إلا مقصوداً واحداً، وهو ما يستظهرونه من كلامه ولفظ دعواه وميتها. وإنما يكون استظهار مقصود المدعي بحسب غرضه الأصلي الذي هو السبب في طرح دعواه. وهو في المقام دفع ضمان التلف والخسارة عن نفسه في إحدى الصورتين واستجلاب الريح لنفسه في الصورة الأخرى.

مرجع دعوى كل من المالك والعامل

إشكال في أن مرجع دعوى كل من المالك والعامل هو الغرض المقصود من طرح الدعوى. ومن الواضح أن غرض كل منهما في صورة التلف والخسارة دفع ضرر التلف والخسارة عن نفسه؛ لأن إعطاء المال من جانب المالك إلى العامل لو كان بعنوان القرض يكون حصول التلف والخسارة في ملك العامل ولا يتوجه ضرر إلى المالك. وأما إذا كان بعنوان القراض يتوجه ضرر التلف والخسارة إلى المالك؛ لأنه مقتضى المضاربة. ومن هنا يدعي المالك حينئذ القرض والعامل القراض.

وحينئذٍ احتمل السيد الماتن تقديم قول العامل. ووجهه ظاهراً أن القرض لما كان تمليك العين للغير على وجه التضمين، يستلزم دعوى القرض أولاً: انتقال المال إلى ملك العامل المقرض، وثانياً: ضمان العامل لمال القرض. ولازم ذلك توجه ضرر التلف والخسران إلى العامل نفسه ووجوب ردّ مال القرض كله إلى المالك.

ولكن دعوى القرض مخالف لأصالة بقاء المال في ملك مالكة وعدم انتقاله إلى ملك العامل بالقرض. فدعوى القرض من المالك مخالف للأصل. وأما دعوى العامل موافق للأصل المزبور؛ حيث إن المالك حينئذٍ مدعٍ لانتقال ماله إلى العامل

بالقرض والعامل منكر لذلك. فعلى المدعي - وهو المالك - إقامة البيّنة، وإلا يقدّم قول المنكر - وهو العامل - يمينه. ومقتضى ذلك ثبوت القراض ونفي الضمان عن العامل.

وأما احتمال تقديم قول المالك حينئذٍ بلحاظ قاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤدبه» وكون يد العامل أمانيةً غير ضامنة بحاجة إلى الإثبات بالدليل. فمآدام لم يقر البيّنة على ذلك تُحكّم قاعدة ضمان اليد.

فيمكن المناقشة فيه: بأنّ موضوع قاعدة ضمان اليد هو اليد العاديّة وليس منها شيءٌ من القرض والقراض.

نعم، القرض هو التملك على وجه التضمين فإذا ثبت يثبت الضمان لأجل ذلك، ولكنك عرفت أنّ دعوى القرض خلاف أصالة بقاء المال على ملك المالك.

ولكن يمكن دفع هذه المناقشة: بأنّ مقتضى دعوى القرض من المالك والمتفاهم منه عدم إذنه للعامل بالتصرّف في ماله بعنوان القراض.

وبعبارة أخرى مرجع دعواه القرض إلى عدم صدور غير القرض منه. وظاهره إنكار الإذن للمضاربة. وأما عدم ثبوت القرض لعدم البيّنة من المالك، فلا

يستلزم صدور الإذن منه بالمضاربة، بل ظاهر دعواه إنكار صدور الإذن منه بالقراض لولا القرض. والمالك في اليد العاديّة - التي هي موضوع الضمان - كون

الاستيلاء على مال الغير والتصرّف فيه بغير إذن المالك.

وحينئذٍ نقول: إنّ أصالة عدم صدور الإذن في التصرّف من المالك موافق لدعوى المالك، فهو المنكر. ويقدم قوله يمينه وعلى العامل المدعي لصدور الإذن

من المالك إثبات دعواه بالبيّنة.

والظاهر أنّ هذا البيان مراد من تمسك في المقام بقاعدة ضمان اليد، كما يظهر

ذلك من الفقهاء الفحول كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمفتاح^١.
وقد أجاد في جامع المقاصد لتقريب الاستدلال في المقام ؛ حيث قال:
«وذلك لأنَّ الأصل في وضع اليد على مال الغير ترتب وجوب الردّ عليه؛ لعموم
قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» ولأنَّ العامل يدعي على المالك كون
ماله في يده على وجه لو تلف لم يجب بدله، والمالك ينكره»^٢.

مرجع الدعوى ومقتضى القاعدة في صورة حصول الربح

وأما لو كانت التجارة رابحة فمرجع دعوى المالك إلى استحقاقه نصف الربح،
وهو موافق لأصل تبعية الربح للمال، ومن هنا قيل: إنَّ المضاربة على خلاف
مقتضى الأصل. كما أنّ دعواه القراض موافقة لأصالة عدم انتقال ماله إلى الغير.
ولمّا كان موضوع الدعوى جلب الربح، لا دفع الضمان، تجري قاعدة التبعية
المزبورة ولا مورد لأصالة عدم صدور الإذن ؛ لأنَّ المالك نفسه يعترف بالإذن. وأما
دعوى العامل القرض مخالف لأصالة بقاء المال على ملك مالكة وعدم انتقاله إلى
ملك الغير. فعليه أن يُثبت دعواه بالبينة، وإلاّ أحلف المالك.

ومرجع دعوى العامل إلى نفي استحقاق المالك لنصف الربح، وهو خلاف
مقتضى قاعدة التبعية وأصالة لحوق الربح إلى رأس المال.

هذا في النصف الذي يدعيه المالك. وأما النصف الآخر، فيعطى إلى المالك
بمقتضى قاعدة تبعية الربح للمال؛ حيث إنّ العامل يعترف بعدم المضاربة، ولم يُقم
بيّنة على إثبات القرض والأصل عدمه؛ لأنّه متضمّن لنقل المال إلى ملك العامل

١ - مفتاح الكرامة ٧: ٥٢٠ / السطر ٣١.

٢ - جامع المقاصد ٨: ١٧٤.

والأصل عدمه، إلا أنه لما يعترف المالك بوقوع المضاربة واستحقاق العامل سهمه من الربح، فعليه أن يسلم سهم العامل إليه حسب اعتقاده، وإن كان العامل يرى كلاً لنفسه بدعواه القرض، إلا أن ملكية بعض الربح داخلة في دعواه بالفحوى في الجملة. فهما متفقان على استحقاق العامل بعض الربح إما بعنوان القراض أو القرض.

حصيلة البحث

فتحصل أن في الصورة الأولى - وهي صورة حصول التلف أو الخسارة - يقدم قول العامل؛ نظراً إلى رجوع دعوى القراض منه إلى عدم انتقال المال من ملك المالك وبقائه على ملكه. فقوله موافق للأصل، فهو المنكر. وعلى المالك حينئذ إقامة البينة؛ لأن دعوى القرض مستلزمة للانتقال المخالف للأصل.

وأما في الصورة الثانية - وهي صورة حصول الربح - يقدم قول المالك لعين الملاك المزبور ولقاعدة تبعية الربح للمال. هذا، ولكن المالك لا يستحق بذلك أزيد من سهمه، ويعطى الباقي للعامل.

وبناءً على تقديم قول المالك وإثبات الضمان بقاعدة ضمان اليد تقدم قول المالك في الصورتين، إلا أنك عرفت ما فيه من الإشكال.

وأما ما أشار إليه السيد الماتن في الذيل بقوله: «ولعل الثاني في الصورتين»، يُحتمل كون مقصوده من الصورتين صورتين محطّ الدعوى ومرجعها فيما لو حصل ربح فرجح تقديم قول المالك فيهما.

ويحتمل إرادة تقديم قول المالك - الذي هو ثاني القولين - في صورتين حصول التلف والخسارة وحصول الربح، كما يحتمل إرادة الحكم بلحاظ مرجع

الدعوى؛ نظراً إلى إته الاحتمال الثاني من الصورتين المزبورتين. وأقرب الاحتمالات أوسطها؛ لأنّ تقديم قول المالك هو الاحتمال الثاني من شقي ذيل كلامه ولأنّ التعبير بالأقرب يلائم ترجيح الحكم لا مجرد مصبّ الدعوى ولأنّه لو كان مراده الاحتمال الأخير لكان الأنسب أن يقول ولعلّ الاحتمال الثاني من الصورتين.

وبما فترناه يصير قول السيد الماتن رحمته ومختاره في الختام موافقاً لرأي المشهور، من تقديم قول المالك يمينه في صورتي التلف والخسران وحصول الربح.

وأما الأجرة فلا يستحقّها العامل على أيّ حال؛ لعدم ابتناء واحد من القرض والقراض على استحقاق المقترض والعامل للأجرة.

ويشهد لرأي المشهور، من تقديم قول المالك مطلقاً في المقام موثقة اسحاق بن عمّار قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاغت، فقال الرجل: كانت عندي وديعة، وقال الآخر: إنما كانت لي عليك قرضاً. فقال عليه السلام: «المال لازم له، إلا أن يقيم البيّنة أنّها كانت وديعة». ١. حيث حكم الإمام عليه السلام بضمان من عنده المال ما لم يقيم البيّنة أنّها كانت وديعة. واحتمال الفرق بين الوديعة والمضاربة لا يعاب به؛ نظراً إلى كون اليد في كليهما أمانية وكون من عنده المال أميناً. ولا مجرى لقاعدة نفي ضمان الأمين حينئذٍ. وذلك لأنّ جريانها فرع ثبوت موضوعها وهو عقد المضاربة أو الوديعة ونحوهما من العقود الإذنية. وإلا فالمحكّم عند الاختلاف أصالة عدم صدور الإذن من المالك.

(مسألة ٤٧): لو ادّعى المالك أنّه أعطاه المال بعنوان البضاعة؛ فلا يستحقّ العامل شيئاً من الربح، وادّعى العامل المضاربة؛ فله حصّة منه، فالظاهر أنّه يقدّم قول المالك^(١) بيمينه، فيحلف على نفي المضاربة، فله تمام الربح لو كان. واحتمال التحالف هنا ضعيف.

لو ادّعى المالك البضاعة والعامل المضاربة

١ - لأنّ مرجع قول المالك ودعواه إلى لحوق الربح بتمامه إلى المال، وهذا موافق لأصل تبعية الربح للمال. وأمّا دعوى العامل المضاربة خلاف مقتضى هذا الأصل فيكون منكراً، فالمرجع حينئذٍ قاعدة المدّعي والمنكر، لا قاعدة عدم ضمان الأمين؛ لعدم ارتباط النزاع في مفروض الكلام بعمل العامل. وعليه يقدّم قول المالك بيمينه ولا يستحقّ العامل شيئاً من الربح، ما دام لم يُثبت دعواه بالبيّنة.

وأما استحقاقه الأجرة فمبنيّ على القول به في البضاعة. والتحقق أنّ مادة البضاعة بأنحاء هيئاتها لو كان لها ظهورٌ عرفاً في عدم استحقاق العامل شيئاً من الربح والأجرة، بحيث يتبادر ذلك إلى الذهن من استعمالها، فلا إشكال في عدم استحقاق العامل الأجرة حينئذٍ؛ لفرض أنّ المضاربة لم تثبت والبضاعة لا توجب استحقاق الأجرة. وأمّا لو لم نقل بأخذ ذلك في مفهوم البضاعة والإبضاع. فلا إشكال في استحقاق العامل الأجرة بمقتضى ضمان الإلتلاف بالتسبب؛ حيث إنّ المالك هو السبب في صرف العامل عمله في التجارة والاسترباح، وعمله محترم. فبناءً على ذلك يضمن المالك أجرة

عمل العامل؛ بدليل قاعدة ضمان الإلتلاف بالتسبب وقاعدة احترام عمل المسلم.

هذا، ويحتمل التحالف بلحاظ كون كلٍّ من البضاعة والمضاربة خلاف الأصل، فكلٌّ منها مدّعٍ ومنكّرٌ. وهو الأحوط. هذا مضافاً إلى أنّ دعوى المالك مخالفة لأصالة عدم صدور ما يقتضي مجّانية عمل العامل. وبهذا الاعتبار يكون دعوى العامل موافقة لهذا الأصل، فهو منكر. ومن جانب آخر دعوى المالك أيضاً موافقة لعدم تحقّق المضاربة. ومن هذه الجهة يكون هذا النزاع من باب التداعي. ولكن المتفاهم العرفي من النزاع المبنيّ عليه غرض الدعوى في المقام يلائم ما قلناه من التحقيق.

تبصرة نافعة

إنّ ما سبق من المسائل والفروع المتفرّعة حول نزاع المالك والعامل، يُحكّم فيها الضابطة التي بيّناها في طليعة هذه المسائل. فكلّما إذا كان النزاع راجعاً إلى عمل العامل ودعوى التهمة عليه تجري قاعدة عدم ضمان الأمين وإلاّ فالمحكّم هو قاعدة المدّعي والمنكر.

ولكنّ هاهنا نكتة ينبغي الإشارة إليها في الختام. وهي أنّ قاعدة تبعية الربح للمال إنّما هي جارية ومحكّمة فيما إذا لم يحكم بانعقاد المضاربة صحيحاً. فلو حكم به لتقديم قول مدّعي المضاربة بأيّ دليل لا تجري هذه القاعدة. ولما لم يمكن الحكم بشبوتها صحيحة في موارد النزاع المزبورة، قلنا بكون دعوى المالك موافقة لهذه القاعدة وجعلناه منكراً.

(مسألة ٤٨): يجوز إيقاع الجعالة على الاتجار بمال؛ وجعل الجعل حصّة من الربح؛ بأن يقول: إن اتّجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه أو ثلثه، فتكون جعالة تنفيذ فائدة المضاربة، لكن لا يشترط فيها ما يشترط في المضاربة^(١)، فلا يعتبر كون رأس المال من النقود، بل يجوز أن يكون عروضاً أوديناً أو منفعة.

الجعالة المفيدة لفائدة القراض

١ - تفرق الجعالة عن العقود الإذنية وغير الإذنية بأنها إيقاع قائمة بالجاعل وحده، ولا توجب حكماً والتزاماً لغيره.

وبعبارة أخرى: إنّ الجعالة التزام من طرف واحد، لا من الطرفين، كما هو شأن كلّ إيقاع. ولكنّ العقد سواءً كان جائزاً أو لازماً التزم بين الطرفين، فكأنهما يعقدان التزامهما، كيفما كان الالتزام.

فتارة: يكون التزم الطرفين بأمرٍ إذني في ذاته، كالوكالة والشركة والمضاربة فيفيد فائدة العقد الجائز وآثاره، وأخرى: يكون التزمهما بقرار وتعهد وجعل المتعهد به في العهدة، فيجعل كلّ منهما الشيء المقرّر له على عاتقه، فيكون عقداً لازماً وتترتب آثاره، كعدم جواز الفسخ والرجوع.

وعليه فالجعالة تفرق ماهيةً عن المضاربة؛ لأنّها إيقاع والتزم من جانب الجاعل وحده، بخلاف المضاربة التي هي التزم المالك والعامل كليهما. وهي من العقود وتترتب آثارها وأحكامها الخاصة، كاعتبار كون مال الاتجار من النقود وغيره.

وإنَّ للجاعل أن يجعل أيَّ شيءٍ بإزاء التجارة الربحية. وفي مفروض هذه المسألة يكون الجعل حصّة من الربح الحاصل بالالتجار. فلا مضاربة في البين حتّى تترتّب أحكامها الخاصّة، نعم، تفيد الجعالة فائدة المضاربة من حيث استحقاق العامل الفائدة المقرّرة له.

إشكال السيد الحكيم ونقده

وقد أشكل عليه السيد الحكيم بأنّ كون الربح للعامل خلاف قاعدة تبعية الربح للمال وإتما خرجنا عنها في المضاربة بالنصّ، ولا نصّ خاصّ على هذا النحو من الجعالة، فلا سبب شرعي لنقل حصّة من الربح إلي ملك العامل المتّجر. نعم، لو قال: «من أتجر بمالي هذا أعطيته نصف الربح أو ثلثه» - مثلاً - صحّ؛ لأنّ الفعل اختياري له وإعمالاً لسلطته على ماله، بخلاف نقل الملك المحتاج إلى سبب شرعي.

ولكن سبق منا المناقشة في كون المضاربة على خلاف القاعدة. وبيّنا أنّها على وفق السيرة العقلائية، بلحاظ ما للعمل من الدخل في استحقاق الربح كالمال، بل ربما يكون أكثر دخلاً في استحقاقه في ارتكازهم وسيرتهم.

فقد سبق منا في أوائل هذا الكتاب أنّ سيرة العقلاء جرت على استحقاق العامل لربح التجارة بإذن المالك وجعله حصّة من الربح له بإزاء عمله. ولم يرد من الشارع ردعٌ لهذه السيرة، بل أمضاها بنصوص المضاربة.

ولا نسلم منع صحّة الجعالة على هذا النحو؛ نظراً إلى شمول إطلاقات أدلّة الجعالة لمفروض الكلام.

والحاصل: إنه لا فرق في الصحّة بين أن يقول الجاعل «لك نصف الربح» كما عليه السيد الماتن، وبين أن يقول «أعطيتك نصف الربح» كما اختاره السيد الحكيم.

(مسألة ٤٩): يجوز للأب والجدّ المضاربة بمال الصغير مع عدم المفسدة^(١)، لكن لا ينبغي لهما ترك الاحتياط بمراعاة المصلحة. وكذا يجوز للقيم الشرعي كالوصي والحاكم الشرعي مع الأمن من الهلاك وملاحظة الغبطة والمصلحة، بل يجوز للوصي على ثلث الميت أن يدفعه مضاربة، وصرف حصته من الربح في المصارف المعيّنة للثلث إذا أوصى به الميت، بل وإن لم يوص به، لكن فوّض أمر الثلث إلى نظر الوصي، فرأى الصلاح في ذلك.

حكم مضاربة الأب والجدّ والقيم والحاكم بمال الصغير

١ - أما جواز اتجار الأب والجدّ ومضاربتهما بمال الصغير لا إشكال فيه؛ لما ثبت لهما بالأدلة القطعية من الولاية على مال الصغير المولى عليه. وهذه الولاية ثابتة لهما بالأصالة، بخلاف القيم والوصي؛ حيث إنّ ولايتهما عليه بالنصب، وولاية الحاكم أيضاً بالأصالة؛ حيث إنّها ثبتت له بالأدلة الشرعية الأولية، إلا أنه في طول ولاية الأب والجدّ؛ لأنه وليّ من لا وليّ له.

ابتناء ولاية الكلّ على مصلحة المولى عليه

ومقتضى ولاية الأب والجدّ على الصبي جواز التصرف لهما في ماله - ومنه الاتجار والمضاربة بماله - إلا أنّ الولاية ثابتة لهما على أساس مصلحة الصغير المولى عليه، فلا ولاية لهما على ماله فيما لم يُحرز كون أعمالها بمصلحة المولى عليه، فضلاً عما إذا أحرز وجود المفسدة في أعمالها.

وأما ما دلّ على جواز تصرف الأب في مال ولده - صغيراً أو كبيراً - بغير إذنه معللاً بأنّ الولد وماله لأبيه، فتحمل إطلاقاتها على صورة احتياج الأب، بقرينة سائر

نصوص الباب، كما قلنا في البحث عن أولياء الصغار^١.

وعليه فلا بدّ للأب والجدّ رعاية المصلحة في أعمال ولايتهما على مال الصغير، لكنّه مع عدم حاجتهما إلى ماله. فما يظهر من السيد الماتن من الاحتياط الاستحبابي في رعاية المصلحة لم يظهر لنا وجهه، ولا سيّما في القيمّ والوصي والحاكم بعد عموم النهي في قوله تعالى: «ولا تقربوا مال اليتيم، إلّا بالتي هي أحسن»^٢.

ولا فرق من هذه الجهة بين الأب والجدّ وبين من نصباه من القيمّ والوصي، بل وكذا الحاكم الشرعي. فإنّ ولاية الكلّ مبنية على أساس مصلحة المولى عليه ولا ولاية لواحد منهم عند عدم مراعاة المصلحة، فضلاً عن عدم الأمن من الضرر أو المفسدة، وإن كان في ابتناء ولاية الأب والجدّ على مال الصغير على مراعاة مصلحة ماله محلّ تأمل.

وأما جواز إيصال الأب والجدّ بمضاربة مال الصغير والاتجار به، فلا تكفي لإثباته أدلّة ولايتهما لظهورها في ثبوت الولاية حال الحياة. ويشكل شمولها لما بعد حياتهما، إلّا بضميمة إطلاقات أدلّة الوصية، فإنّها تقتضي بإطلاقها نفوذ وصيتهما في مال المولى عليه بعد إثبات ولايتهما على مال الصبي بأدلّتها.

وأما جواز دفع الثلث للمضاربة للوصيّ عليه مشكل، فيما إذا لم يصرّح به الموصي؛ نظراً إلى انصراف أخذ الوصيّ على الثلث عن إذنه بالمضاربة ونحوها، بل إنّما المتفاهم منه ولايته على صرفه فيما ينفع للميت بعد موته، بلا تأخير لأنّه أحوج إلى التسريع في تأدية حقوقه وواجباته من إعطائه للمضاربة، نعم،

١ - دليل تحرير الوسيلة في ولاية الفقيه وما يتعلّق بها: ٢١٦.

٢ - الأنعام (٦): ١٥٢.

(مسألة ٥٠): لو مات العامل وكان عنده مال المضاربة، فإن علم بوجوده فيما تركه بعينه فلا إشكال^(١)، وإن علم به فيه من غير تعيين؛ بأن كان ما تركه مشتملاً عليه وعلى مال نفسه، أو كان عنده - أيضاً - ودائع أو بضائع للآخرين واشتبه بعضها مع بعض، يعامل معه ما هو العلاج في نظائره من اشتباه أموال متعددين. وهل هو بإعمال القرعة، أو إيقاع التصالح، أو التقسيم بينهم على نسبة أموالهم؟ وجوه، أقواها القرعة، وأحوطها التصالح.

لو صرح بذلك لغرض صرف مال أكثر من الثلث في أموره، ولو مع التأخير فلا إشكال في جواز المضاربة به للوصي، وإلا فلا.

حكم ما لو مات العامل وعنده مال القراض

١ - هذه الصورة لا كلام فيها؛ حيث إنه لا إشكال في وجوب رد مال المضاربة إلى مالكة بمجرد موت العامل؛ نظراً إلى انتهاء أمد إذن المالك بموت العامل المأذون، وبطلان عقد المضاربة بالاختلال في ركنها، فيجب رد مال الغير إلى مالكة. ولا خلاف في ذلك.

وقد سبق نظير هذا الفرع في ما لو علم قدر المال وتردد صاحبه في مبحث المال المختلط بالحرام. وقد أشبعنا الكلام في ذلك في مبحث الخمس من كتابنا دليل تحرير الوسيلة^١. ولكن الكلام كان هناك فيما إذا لم يعلم المالك بأشخاصهم.

تحرير محل النزاع بتصوير صورته

وأما في المقام فالمالك معلومون بأشخاصهم .

وإنما الاشتباه واقع في الأموال بسبب الخلط والامتزاج أو عدم الاطلاع عن خصوصيات ما عند الميِّت من الأموال . ومن هنا لا يتطرق احتمال إجراء حكم مجهول المالك في المقام ؛ لفرض كون المالك معلوماً .

ثم إنه تارةً: يكون مال القراض من النقود الرائجة التي لا ميز بين آحادها لتمخُّضها في المالية، كالنقود الرائجة في زماننا هذا، أو من الأمتعة التي لا ميز بينها إلا بالمقدار والوزن، كالسكر ونحوه . فحينئذٍ يمتزج مال المالك بغيره من الأموال ويحصل الشركة بذلك، فيجب حينئذٍ ردَّ حصّة المالك بمقدارها المعين، ولا اعتبار بعين ماله؛ لعدم دخلٍ لعينه في المالية .

وأخرى: يكون مال المالك ممّا كان آحاده متمايزة بالأوصاف والخصوصيات الدخيلة في القيمة والمالية، وإن كانت من جنس واحد . فيقع الخلط والاشتباه بينه وبين سائر ما كان عند العامل الميِّت من الأموال .

فحينئذٍ يُحتمل في صورة عدم إمكان التصالح ثلاثة وجوه:

١ - الاحتياط بإرضاء الجميع، ولو بدفع المال من كيس من عنده المال .

٢ - التوزيع بينهم بالسويّة استناداً إلى قاعدة العدل والإنصاف .

٣ - الرجوع إلى القرعة؛ نظراً إلى إطلاق أدلتها .

مقتضى التحقيق في المقام

ومقتضى التحقيق - كما قلنا في محلّه - تعيّن التصالح عند التراضي به من الطرفين، وإلا يتعيّن القرعة؛ لأنها جعلت لكلّ أمر مشكل وإخراج سهم المحقّق

بها، كما ورد في النصّ عن أبي جعفر عليه السلام: «ليس من قوم تقارعوا، ثم فوّضوا أمرهم إلى الله، إلاّ خرج سهم المحقّ»^١. في صحيح أبي بصير. وإنّ موضوع القرعة - المصرّح به في أدلّتها - كلُّ أمر مشكل. وهو يشمل المقام، بعد فرض عدم تمامية سائر الوجوه المحتملة؛ لما فيها من المحاذير التي ذكرناها في محلّه.

اللهمّ إلاّ أن يقال بجريان قاعدة العدل والإنصاف. فلو جرت هذه القاعدة في مواردّها بعد توقّف شرائط جريانها، لا تبقى مشكلة، حتّى يرجع إلى القرعة. وعليه فالقرعة إنّما تجري في غير موارد جريان قاعدة العدل والإنصاف، وهي قاعدة تامّة أثبتنا اعتبارها في كتابنا «مباني الفقه الفقّال».

وعلى أيّ حال لا ريب في تعيّن الاحتياط بالتصالح عند التراضي، وإلاّ فالقرعة. ومع إمكان التراضي والتصالح ترتفع المشكلة. فلا موضوع للقرعة حينئذٍ حتّى تجوز، بل يتعيّن التصالح، فلا معنى لحسنه واستحبابه، كما يظهر من السيد الماتن عليه السلام وإن كان مراده الاحتياط الوجوبي في التصالح؛ ينافي الفتوى بجواز القرعة. والظاهر أنّ مراده الفتوى بجواز القرعة مع إمكان التراضي والتصالح، وإن كان الأحوط استحباباً حينئذٍ التراضي.

وهاهنا قول آخر بالتخيير بين القرعة والتصالح مع إمكان التراضي. وهذا القول أيضاً يرد عليه الإشكال المزبور.

وحاصل الكلام: أنّ المتعيّن هو التصالح لو أمكن، وإلاّ فيتعيّن القرعة في موارد لم تجر قاعدة العدل والإنصاف. فهاتان القاعدتان إنّما تجريان في طول التصالح، لا في عرضها؛ حيث إنّ مع التصالح لا تبقى مشكلة، حتّى يرجع إلى القرعة أو قاعدة العدل والإنصاف.

نعم لو كان للميت دينان وعنده مال مضاربة، ولم يعلم أنه بعينه لفلان، فهو أسوة الغرماء^(١).

لو تردّد مال القراض بين المالك وبين سائر ديّان المالك

١ - مقصوده ظاهراً تردّد مال القراض - بعد كونه معلوماً بعينه - بين المالك وبين سائر الديّان، فلم يعلم أنه لمالكة المعلوم أو لغيره من الديّان. وأمّا تردّده بين الأموال الموجودة عنده من سائر الديّان ومن المالك؛ بمعنى أنه لمّا تردّد بين الأموال لم يعلم أنه للمالك أو لسائر الديّان، فالظاهر أنه أجنبى عن مراده. وذلك لأنّ هذه الصورة هي مفروض الفقرة السابقة وقد قوّى الماتن فيها القرعة.

وعليه فحاصل مراد السيد الماتن رحمته أنّ مال القراض إذا تردّد بين كونه للمالك أو لسائر ديّان الميت، لا لأجل اشتباهه بين أموالهم، يحكم بشركة ذلك المال بين جميع الغرماء والديّان؛ وهم المالك وسائر ديّان الميت. وعليه فلو ضارب به الوصيّ أو القيمّ يكون من قبيل تعدّد المالك واتّحاد العامل.

وعلى أيّ حال فقد دلّ على ذلك معتبرة النوفلي، عن السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن عليّ عليه السلام أنّه كان يقول: «من يموت وعنده مال مضاربة قال: إن سمّاه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، وإن مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء»^١.

قال في مجمع البحرين: «والمال أسوة بين الغرماء: أي شركة ومساهمة بين غرماء المفلس، لا ينفرد به أحدهم دون الآخر».

ودلالته على المطلوب واضحة، وقد عقد في الوسائل عنوان الباب بقوله: «باب من كان بيده مضاربة فمات؛ فإن عيَّنها لواحد بعينه فهي له، وإلا قسّمت على الغرماء بالحصص»^١.

وأما سنداً فالأقوى اعتبار روايات التوفلي، لو لم يعارض بأصح منها. وذلك لكثرة رواياته، ولوقوعه في طريق كامل الزيارات ولأنّ له أصلاً روّاتياً، ولعدم ذم أحد من المشايخ له مع ماله من الاشتهار بسبب ما أشرنا إليه. نعم، نقل النجاشي عن قوم من القمّيين أنّه غلا في آخر عمره، ولكنّه لم يقبله؛ حيث قال بعد نقله ذلك: «والله أعلم وما روينا له رواية تدلّ على هذا. له كتاب التقيّة... وله كتاب السنة»^٢.

وقد اشكل السيد الخوئي^٣ بما حاصله: أنّ الغرماء لا يشتركون مع الوارث جزماً، بل لا حقّ لهم في التركة أيضاً؛ إذ غاية ما دلّ عليه الدليل كون انتقال التركة إلى الورثة بعد أداء الديون بمعنى عدم جواز التصرف لهم فيها إلا بعد أداء الديون، ومن هنا يجوز لهم أداؤها من خارج التركة، فلو كانت شركة لم يجز لهم ذلك.

وفيه: أنّه ينتقض بالخمس، فكيف يجوز أداؤه من غير عين متعلّقه بما يعادله في القيمة مع أنّ لأربابه حقاً، فكذلك في المقام. بل الخمس والزكاة اعتُبرا ملكاً لهم بدلالة «لام الملكية» في قوله «لله وللرسول ولذي القربى»^٤ وقوله: «إنما الصدقات للفقراء»^٥ فالمقصود من أسوة الغرماء: أنّ لهم فيه حقاً.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٩، كتاب المضاربة، الباب ١٣.

٢ - معجم رجال الحديث ٧: ١٢٢.

٣ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٤٣ - ١٤٥.

٤ - الأنفال (٨): ٤١.

٥ - التوبة (٩): ٦٠.

وكذا الحال لو علم المال جنساً وقدرأ، واشتبه بين أموال من جنسه له أو لغيره من غير امتزاج، فالأقوى فيه القرعة^(١) أيضاً، خصوصاً إذا كانت الأجناس مختلفة في الجودة والرداءة^(٢)، ومع الامتزاج كان المجموع مشتركاً بين أربابه بالنسبة^(٣). ولو علم بعدم وجوده فيها، واحتمل أنه قد رده إلى مالكه، أو تلف بتفريط منه أو بغيره، فالظاهر أنه لم يحكم على الميت بالضمان^(٤).

١ - لعين الملاك الذي ذكرناه آنفاً.

٢ - وجه الخصوصية حينئذٍ تفاوت الأجزاء وتشخصها لعدم تساويها في الجودة والرداءة.

٣ - وقد تقدّم وجهه آنفاً في صورة الامتزاج وحصول الشركة عند عدم الميز بين الأفراد وأجزاء المالكين.

متى ينفي الضمان عن الميت؟

٤ - وذلك لأصالة عدم الضمان بعد عدم تحقق أحد أسبابه. ولكن يمكن الإشكال بأن أصل جعل يده على المال قطعي، فتجري قاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤدّبه».

ويمكن الجواب عنه: بأن هذه القاعدة إنما تجري على فرض إحراز اليد العادية على المال. والمفروض عدم كون يد العامل حال حياته عادية. وأمّا بعد موتها يكون المفروض عدم وجود المال تحت أيدي الورثة، فلا تجري القاعدة المزبورة.

وكان الجميع لورثته. وكذا لو احتمل بقاءه فيها^(١). ولو علم بأن مقداراً من مال المضاربة، قد كان قبل موته داخلاً في هذه الأجناس الباقية التي قد تركها، ولم يعلم أنه هل بقي فيها أو رده إلى المالك أو تلف، ففيه إشكال^(٢)، وإن كانت مورثية الأموال لا تخلو من قوة، والأحوط الإخراج منها مع عدم قاصر في الورثة.

١ - وذلك إذا لم يعلم بوجوده بين أموال الميت حال حياته، بل كان وجوده فيها محتملاً، ولأجله يُحتمل بقاءه أيضاً، وإلا فمع فرض العلم بوجوده، لا إشكال في ضمانه على الميت لقاعدة الاشتغال؛ حيث لم يحرز فراغ ذمته عن مال الغير بعد ما اشتغلت ذمته به، هذا مضافاً إلى جريان الأصل السببي حينئذٍ، وهو استصحاب بقاء مال القراض المعلوم وجوده حال حياته. ويأتي الآن بيان ذلك في الفرع الآتي.

حكم ما لو لم يعلم بقاء مال القراض في تركة العامل

٢ - إذا علم بدخول مقدار من مال المضاربة في أموال العامل وغيره من الديان حال حياته وشك في بقائه لاحتمال أحد الوجوه المذكورة في المتن، فمقتضى الاستصحاب بقاءه. وهو الأصل السببي في المقام ومحكم على براءة ذمة الميت من ضمان مال الغير.

وأما قاعدة على اليد ففي جريانه إشكال؛ نظراً إلى عدم إحراز اليد العادية ولو استمراراً فيختل جريان القاعدة بذلك، للاختلال في موضوعها. والحاصل يقوى الضمان حينئذٍ بملك استصحاب وجود مال الغير في أموال الميت؛ لفرض اليقين السابق بوجوده فيها وكون الشك في بقائه. فالأصل السببي محقق لموضوع

الضمان تعبدًا. هذا مع أن قاعدة علي اليد على فرض شمولها موكّد للاستصحاب في المقام.

والحمد لله أولاً وآخراً، وصلواته على محمّد وآل بيته المعصومين سرمداً.
فرغت من تسويد هذا الجزء من دليل تحرير الوسيلة بعون الله تعالى
ولطفه في عصر اليوم العشرين من شهر صفر المظفر بسنة ١٤٢٥ هـ.ق.
العبد الخجلان من ساحة ربّه الغفار:
علي أكبر السيّفي المازندراني.

فهرس المحتويات

٥	مقدمة الناشر.....
٧	مقدمة المؤلف.....

كتاب المضاربة

١٣	تعريف المضاربة.....
١٣	المعنى اللغوي.....
١٤	مقتضى التحقيق.....
١٥	إشكال السيد الخوئي.....
١٦	نقد كلام السيد الخوئي.....
١٨	المعنى الاصطلاحي.....
١٩	نقد كلام صاحب العروة.....
٢٠	الفرق بينها وبين البضاعة والقرض.....
٢٠	نقل كلام شيخ الطائفة <small>رحمته الله</small>
٢١	مقتضى التحقيق.....
٢٢	إزاحة شبهة.....

- ٢٣ تعريف البضاعة
- ٢٥ هل يستحق العامل الأجرة في المضاربة الفاسدة؟
- ٢٥ ترجيح رأي المشهور والاستدلال عليه
- ٢٧ شرائط عقد المضاربة
- ٢٨ حكم المضاربة المعاطاتية
- ٢٩ مقتضى التحقيق
- ٣٠ نقد كلام صاحب الحدائق
- ٣١ شرائط المتعاقدين ورأس المال
- ٣١ وجه اعتبار عدم الإفلاس في رب المال
- ٣٢ اشتراط عدم السفه
- ٣٣ اعتبار قدرة العامل على التجارة برأس المال
- ٣٤ هل يضمن العامل العاجز مال القراض؟
- ٣٥ وجه بطلان المضاربة لعجز العامل
- ٣٥ هل يضمن العامل العاجز مع علم المالك بحاله؟
- ٣٦ لا فرق بين علم العامل وبين جهله
- ٣٦ هل يستحق العامل للأجرة في المضاربة الفاسدة؟
- ٣٧ لا تصلح قاعدة ما يضمن، للدليلية على الضمان في المقام
- ٣٨ وجه بطلان المضاربة مطلقاً مع العجز عن بعضه
- ٣٩ مقتضى التحقيق في توجيه فساد المضاربة
- ٤٠ فيما طرأ العجز في الأثناء
- ٤١ اشتراط كون رأس المال عيناً

٢٣٧ فهرس المحتويات
٤٢ مخالفة المضاربة للأصل
٤٣ انتلام الأصل المزبور بعموم تجارة عن تراخيص
٤٤ النصّ الدالّ على منع المضاربة بالدين
٤٥ اعتبار كون رأس المال من النقود الراجعة
٤٦ تحقيق في كلام أول من نسب إليه الإجماع
٤٧ كلام صاحب الحدائق حول الإجماع
٤٩ استظهار ذلك من كلمات الفقهاء
٥٠ اعتبار كون رأس المال معيّناً
٥١ عمدة ما وجّه به اشتراط التعيين والإشكال عليه
٥٢ هل يعتبر كون التعيين بيد العامل؟
٥٤ اعتبار كون رأس المال معلوماً قدرأً ووصفاً
٥٤ إشكال صاحب الجواهر
٥٥ جواب السيد الحكيم ونقده
٥٧ الاستدلال بقصور الإطلاقات ونقده
٥٧ مقتضى التحقيق في المقام
٥٩ شرائط الريح
٥٩ منها: كونه معيّناً معلوماً
٥٩ عمدة وجه تعيين الريح
٦٠ نقد كلام السيد الخوئي <small>رحمته</small>
٦١ الملاك الأصلي لاعتبار هذا الشرط
٦١ ومنها: أن يكون مشاعاً مقدراً

٦٣ نقد كلام الشهيد

٦٣ مقتضى التحقيق

٦٤ وجه عدم نظر النصوص إلى الإشاعة

٦٥ الاستشهاد بالنصوص

٦٦ حاصل الكلام

٦٧ الاستشهاد بالنص الخاص

٦٨ نقد كلام صاحب الجواهر

٦٩ ومنها: اشتراط عدم مشاركة الأجنبي في الربح

٧١ اشتراط كون الاسترباح بالتجارة

٧٢ قاعدة تبعية الربح للمال

٧٣ لا شهرة ولا رواية دالة على هذه القاعدة

٧٥ السيرة العقلائية تخالف هذه القاعدة

٧٦ تحقيق في أصالة الفساد في المضاربة

٧٧ حل العويصة

٧٨ عمدة الوجه في أخذ التجارة في المضاربة

٧٨ السر في عدم جواز المضاربة بغير التجارة

٧٩ صدق التجارة إذا لم يباشر العامل غيرها

٨٠ إثبات المطلوب بأصالة عدم النقل

٨١ أحكام المضاربة

٨١ عدم اعتبار خلوص الدراهم الرائجة من الغش

٨٢ جواز التوكيل في استيفاء الدين والمضاربة به بعد الاستيفاء

٣٣٩ فهرس المحتويات
٨٣ عدم جواز المضاربة بضمن المتاع قبل بيعه
٨٤ الفرق بين هذا الفرع والفرع السابق
٨٤ دفع إشكاليين
٨٥ حكم ما لو دفع آلة الصيد بالحصّة
٨٦ الضابطة في كون الصيد للمصائد أو لهما
٨٨ إشكال صاحب الجواهر على الشهيد
٨٨ نقد تعليل صاحب الجواهر
٨٩ الفرق بين الربح الحاصل من المضاربة والحياسة
٩٠ إشكال على السيد الماتن <small>رحمته الله</small>
٩٢ نقد توجيه بقاء حصّة صاحب الشبكة على إباحته الأصلية
٩٢ وجه ضمان أجره مثل الشبكة على العامل
٩٤ فيما دفع مالاً بحصّة نماء ما يشتري به
٩٥ وجه فساد المضاربة والعقد
٩٦ مقتضى التحقيق في المقام
٩٨ صحّة المضاربة بالمال المشاع
٩٩ عمدة الكلام في المال المشاع
١٠٠ التعابير الظاهرة في التنصيف
١٠١ جواز تمدّد المالك والعامل ولو مع التفاضل في الربح
١٠٣ بطلان المضاربة مع تفاضل الشريكين المتساويين في المال
١٠٤ نقد ما نقله السيد الحكيم في المقام
١٠٥ توضيح كلام صاحب العروة ونقده

- ١٠٦ مقتضى التحقيق
- ١٠٨ المضاربة عقد جائز
- ١٠٨ مقتضى القاعدة في العقود
- ١٠٩ دعوى الإجماع في المقام
- ١٠٩ الاستدلال بأنّ المضاربة وكالة قبل ظهور الربح وشركة بعده
- ١١٠ المناقشة في الوجه المزبور
- ١١١ بيان قصور دليل لزوم الوفاء بتقريبين
- ١١٣ مقتضى جواز المضاربة من الطرفين
- ١١٤ توجيه استحقاق العامل للأجرة بفسخ المالك وتقده
- ١١٥ اشتراط الأجل في المضاربة
- ١١٥ صور اشتراط الأجل
- ١١٧ نقد كلام السيد الخوئي
- ١١٨ ماذا فهم الفقهاء من اشتراط التأجيل؟
- ١١٩ اشتراط عدم الفسخ في المضاربة
- ١٢٠ الملاك في بطلان المضاربة باشتراط عدم الفسخ
- ١٢١ عدم فساد العقد بفساد الشرط
- ١٢٢ عمدة ما استدلّ به لسراية الشرط
- ١٢٨ نقد كلام السيد الخوئي
- ١٣٠ لماذا يجوز شرط الفعل دون شرط النتيجة؟
- ١٣١ لو وقع الشرط في ضمن عقد آخر غير المضاربة
- ١٣٢ جريان المعاطاة في المضاربة

٣٤١	فهرس المحتويات
١٣٢	تتميح كلام صاحب الجواهر
١٣٥	مقتضى التحقيق في المقام
١٣٧	صدق المضاربة على المعاطاتية
١٣٨	جريان الفضولية في المضاربة
١٣٩	تصوير الفضولي من جانب المالك
١٤٠	بطلان المضاربة بموت المالك والعامل
١٤١	هل يجوز لورثة المالك إجازة عقد المضاربة؟
١٤٢	نقد كلام صاحب العروة
١٤٣	بيان الوجوه المستدل بها لعدم نفوذ إذن الورثة
١٤٤	مقتضى التحقيق
١٤٥	لا ضمان على العامل إلا مع التفريط والتعدي
١٤٥	الفرق بين التعدي والتفريط والخيانة
١٤٧	وأما جهات البحث
١٤٩	هل يضمن العامل للخسارة؟
١٥١	لوشروط المالك على العامل تحمّل الخسارة
١٥٣	تحرير الأقوال
١٥٧	إطلاق العقد في كلمات الفقهاء
١٥٧	المعنى المقصود في المقام
١٥٨	الاستشهاد بكلمات الفقهاء
١٥٩	الأحكام الاقتضائية وغير الاقتضائية
١٦٠	أنحاء السبب المقتضى للحكم وموارده

- ١٦٠ الملاك الفارق بين عدم ضمان الأمين وبين عدم ضمان غيره
- ١٦١ نقد كلام السيد الحكيم
- ١٦٢ نقد كلام العلامة والمحقق الكركي
- ١٦٣ مقتضى التحقيق
- ١٦٤ الاستشهاد بالنصوص
- ١٦٧ نظرة إلى النصوص المعارضة
- ١٦٩ دفع احتمال إرادة الاقتراض من هذه الصحيحة
- ١٧٠ صحّة شرط النتيجة بالمعنى الثاني
- ١٧٠ الفرق بين شرط الفعل وشرط النتيجة
- ١٧٢ ما يجب على العامل وما يستحقّ به الأجرة
- ١٧٣ استحقاق الأجرة لو باشر ما تعارف فيه الاستيجار
- ١٧٤ عدم استحقاق الأجرة لو استأجر ما تعارف فيه المباشرة
- ١٧٤ جواز الاتجار للعامل كيف شاء عند إطلاق العقد
- ١٧٥ عدم جواز البيع بالسلع لو انصرف إطلاق العقد إلى البيع بالنقد
- ١٧٥ غلبة الوجود متى توجب الانصراف؟
- ١٧٦ نظرة ثانية إلى ما دلّ على ضمان العامل بمخالفة شرط المالك
- ١٧٩ عدم جواز خلط رأس المال بمال آخر
- ١٧٩ كلام صاحب الشرائع وتعليقه في الجواهر
- ١٨٠ يستقرّ الضمان بمجرد المزج المعدم للتمييز
- ١٨١ لا مصداق لهذا الفرع في نقود اليوم
- ١٨٣ لا يجوز التسيئة للعامل ما لم تتعارف

٣٤٣ فهرس المحتويات
١٨٣ دعوى ظهور أمر المالك فيما هو أكثر ربحاً
١٨٤ التعليل لخروج النسيئة عن إطلاق الأمر وتقدمه
١٨٥ إعطاء الضابطة في المقام
١٨٦ اعتبار إذن المالك في كون نفقة السفر من رأس المال
١٨٧ نفقة العامل في الحضر
١٨٨ نفقة العامل في السفر
١٨٩ تنقيح الآراء
١٩٠ كلام المحقق الكركي
١٩١ كلام صاحب الحدائق
١٩٢ كلام صاحب الجواهر
١٩٣ فيما استدلّ به لرأي المشهور
٢٠٠ مدلول النصّ من منظر القاعدة
٢٠١ صوّر أخذ النفقة والفرق بينها
٢٠٢ ما هو المراد من قوله <u>بالتأخير</u> : «ما أنفق» في الصحيحة؟
٢٠٣ استشهاد القدماء بالنصّ الوارد في المقام
٢٠٥ حصيلة التحقيق من جميع ما تقدّم
٢٠٧ المراد من النفقة
٢٠٩ نتيجة التحقيق في حكم النفقة
٢١٠ إنّما الاعتبار بالسفر العرفي، لا الشرعي
٢١٣ مقتضى التحقيق
٢١٤ وجه توزيع النفقة ومورده

- ٢١٥ حكم نفقة الرجوع
- ٢١٦ اعطاء الضابطة في المقام
- ٢١٧ توزيع النفقة لو عمل العامل لغير المالك
- ٢١٧ تحرير محل النزاع
- ٢١٨ كيفية التوزيع بحسب المال والعمل
- ٢١٩ آراء الفقهاء ونقد استدلالهم
- ٢٢٠ مقتضى التحقيق
- ٢٢١ عدم اعتبار ظهور الربح في استحقاق النفقة
- ٢٢٢ مقتضى التحقيق
- ٢٢٦ تحرير كلام صاحب الجواهر
- ٢٢٧ هل يجوز للعامل الشراء بالذمة؟
- ٢٢٨ تحرير كلمات الأصحاب
- ٢٣٠ أدلة بطلان الشراء في الذمة
- ٢٣١ بيان المناقشة في الأدلة المزبورة
- ٢٣٢ دليل صحة الشراء في الذمة وردّ صلوحه
- ٢٣٢ مقتضى التحقيق
- ٢٣٣ صور الشراء في الذمة وحكمها
- ٢٣٦ حكم الشراء بالكلي في المعين
- ٢٣٧ مقتضى التحقيق
- ٢٣٨ حكم تلف مال القراض قبل أداء الثمن
- ٢٤١ الإيكال إلى الغير بإذن المالك

٢٤٥ فهرس المحتويات
٢٤٢ حكم ما إذا ضارب العاملُ أو شارك غيره بإذن المالك
٢٤٨ حكم اشتراط المال أو العمل ضمن عقد المضاربة
٢٤٨ تحرير كلام شيخ الطائفة <small>رحمته</small>
٢٥٠ نقد كلام شيخ الطائفة <small>رحمته</small>
٢٥١ مقتضى التحقيق في المقام
٢٥٣ يملك العامل الربح بمجرد ظهوره
٢٥٦ مقتضى التحقيق في المقام
٢٥٨ تحصل الشركة للمالك والعامل في أعيان الربح
٢٥٨ جبران الخسارة بالربح
٢٥٩ بماذا تستقر ملكية الربح للعامل؟
٢٦٠ هل تستقر ملكية الربح بمجرد الفسخ؟
٢٦١ جبران التلف بالربح
٢٦٢ كلام صاحب الجواهر
٢٦٣ تبطل المضاربة بتلف رأس المال، إلا في صورتين
٢٦٤ القوة والضعف في كلام السيد الماتن <small>رحمته</small>
٢٦٥ ما يترتب على الفسخ المضاربة
٢٦٦ المناقشة في كلام العلامة في التذكرة
٢٦٧ توجيه المحقق الكركي لتنظر العلامة والمناقشة فيه
٢٦٨ إشكال صاحب الجواهر على المحقق والعلامة
٢٧٠ حكم ما لو كان الفسخ بعد حصول الربح
٢٧١ هل يجب على العامل استيفاء الديون بعد الفسخ؟

- ٢٧٣ مقتضى التحقيق في المقام
- ٢٧٤ تأييد السيد الماتن بكلمات الفقهاء الفحول
- ٢٧٦ لا يجب على العامل بعد الفسخ غير التخلية
- ٢٧٧ مقتضى التحقيق
- ٢٧٨ حكم المضاربة الفاسدة
- ٢٧٩ وجه استحقاق العامل لأجرة المثل عند فساد المضاربة
- ٢٨٠ مقتضى التحقيق التفصيل في جريان قاعدة الإقدام
- ٢٨١ توجيه تفصيل السيد الماتن والمناقشة فيه
- ٢٨٢ وجه عدم ضمان العامل لتلف مال القراض ونقصانه
- ٢٨٣ ضمان العامل لما أنفق على نفسه في السفر حينما فسد المضاربة
- ٢٨٣ مقتضى التحقيق في المقام
- ٢٨٤ حكم المضاربة الفضولية
- ٢٨٦ لو تلف المال قبل الشراء به
- ٢٨٧ لو ردّ المضاربة بعد الاتجار بالمال
- ٢٨٩ ليس للعامل ترك الاتجار بعد أخذ المال
- ٢٩٠ ضمان الدين على المالك لو اشترى العامل نسيئةً بإذنه
- ٢٩١ حكم ما لو دفع في أثناء التجارة مالاً آخر
- ٢٩٢ لا يتعدّد المضاربة بدفع مال القراض عدّة دفعات
- ٢٩٣ حكم فسخ المضاربة من أحد الشريكين
- ٢٩٥ تنازع العامل والمالك
- ٢٩٦ حكم تنازع المالك والعامل في مقدار رأس المال

٢٤٧ فهرس المحتويات
٢٩٧ التفصيل بحسب رجوع النزاع إلى مقدار نصيب العامل وعدمه
٢٩٨ حصيلة البحث
٢٩٩ لو ادعى العامل التلف أو الخسارة
٣٠٠ المناقشة في تقديم قول العامل مطلقاً
٣٠١ تحرير آراء الفقهاء
٣٠٢ تحقيق في مدلول النصوص
٣٠٨ حاصل الكلام ومقتضى التحقيق
٣٠٩ حكم اختلاف المالك والعامل في الربح
٣١٠ حكم الاختلاف في نصيب العامل
٣١١ حكم ما لو ادعى المالك على العامل الخيانة
٣١٢ وجه تقديم قول المالك فيما لا يجوز للعامل
٣١٣ لو تنازعا في من له الشراء
٣١٥ إذا ادعى المالك القرض والعامل القراض
٣١٦ مرجع دعوى كل من المالك والعامل
٣١٨ مرجع الدعوى ومقتضى القاعدة في صورة حصول الربح
٣١٩ حصيلة البحث
٣٢١ لو ادعى المالك البضاعة والعامل المضاربة
٣٢٢ تبصرة نافعة
٣٢٣ الجمالة المفيدة لفائدة القراض
٣٢٤ إشكال السيد الحكيم وتقده
٣٢٥ حكم مضاربة الأب والجد والقيم والحاكم بمال الصغير

٣٤٨ دليل تحرير الوسيلة / كتاب المضاربة

٣٢٥ ابتناء ولاية الكلّ على مصلحة المولى عليه.

٣٢٧ حكم ما لو مات العامل وعنده مال القراض.

٣٢٨ تحرير محل النزاع بتصوير صورته.

٣٢٨ مقتضى التحقيق في المقام.

٣٣٠ لو تردّد مال القراض بين المالك وبين سائر ديّان المالك.

٣٣٢ متى ينفي الضمان عن الميت؟

٣٣٣ حكم ما لو لم يعلم بقاء مال القراض في تركة العامل.