

الواضح  
في شرح الجِزوة الوثقَى

أضواء وآراء  
على بحوث سيّد الطائفة السيّد الخوئي

تأليف  
الشيخ محمد الجواهري

الإمامة - المضاربات  
مؤسسة الخادمي عمّارة

الطبعة الأولى 1412 هـ

الواضح  
في شرح العروة الوثقى





# الواضح

فِي شَرْحِ الْعُرْوَةِ الْوُثْقَى

أَصْوَاءُ وَآرَاءُ

عَلَى بَحْوثِ سَيِّدِ الطَّائِفَةِ السَّيِّدِ الْخُوَيْ

الإجازة - المضاربة

الجزء الحادي عشر

تأليف

الشيخ محمد الجواهري

الجزء الأول المطبوع

## المواضع في شرح العروة الوثقى - ١١

الشيخ محمد الجواهري

الطبعة الأولى 2016

القياس: 29 x 21

عدد الصفحات: 382

ISBN 978-614-441-73-8

نشر وتوزيع

شركة المعارف للأعمال ش.م.م.



بيروت - لبنان

00961 70 839503

العراق - النجف الأشرف

00964 7801327828

Trl: www.alaref.net

جميع حقوق النشر محفوظة للمؤلف، ولا يحق لأي شخص أو مؤسسة أو جهة إعادة إصدار هذا الكتاب، أو جزء منه، أو نقله بأي شكل أو واسطة من وسائط نقل المعلومات، سواء أكانت إلكترونية أو ميكانيكية، بما في ذلك النسخ أو التسجيل أو التخزين والاسترجاع، دون إذن خطي من أصحاب الحقوق.

© All rights reserved. No part of this book may be reproduced, or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopyings, recording or by any information storage retrieval system, without the prior permission in writing of the publisher.

## خاتمة

فيها مسائل :

[٣٣٧٠] الأولى : خراج الأرض المستأجرة في الأراضي الخراجية على مالكةا(١)، ولو شرط كونه على المستأجر صحّ على الأقوى ، ولا يضّرّ كونه مجهولاً من حيث القلّة والكثرة ، لاغتفار مثل هذه الجهالة عرفاً ، ولإطلاق بعض الأخبار .

(١) ذكر الماتن رحمته أن الخراج<sup>(١)</sup> في الأراضي الخراجية المستأجرة من الغير على مالك الأرض الخراجية أي المتقبل للأرض الخراجية من السلطان ، وهو أصل ثابت مما لا ينبغي الإشكال فيه ، ومستفاد من جملة من الروايات الواردة في الأراضي الخراجية<sup>(٢)</sup> ، وأن الإنسان إذا

(١) قال السيد الأستاذ رحمته في بحث الزكاة :

الخراج هو ما يأخذه السلطان - جائزاً كان أم سلطان حق - على الأرض من غير الغلة ، أي من النقد ، والمعبر عنه بالضريبة في زماننا ، والمسمى بالخراج في كلام الفقهاء .  
والمقاسمة : هي ما يأخذه السلطان - جائزاً كان أم سلطان حق - من نفس العين الزكوية من حنطة أو شعير أو غيرهما ، وقال السيد الأستاذ رحمته أيضاً إن التفريق بينهما وجعل معنى الأول هو الأول ، ومعنى الثاني هو الثاني اصطلاح حادث للفقهاء (قدّس الله أسرارهم) ، وإلا ففي اللغة والروايات هما شيء واحد يقال لهما معاً ، ذكر ذلك السيّد الأستاذ رحمته في المسألة ١٥ [٢٦٧٢] الواضح ٧ : ٣٤٧ - ٣٤٨ ، وفي موسوعة الإمام الخوئي ٢٣ : ٣٤٢ - ٣٤٣ .

(٢) منها : صحيحة داود بن سرحان - الواردة في إجارة أرض الخراج - عن أبي عبدالله عليه السلام : «في رجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم وربما زاد وربما نقص ، فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم في السنة ، قال : لا بأس» الوسائل ج ١٩ : ٥٧ باب ١٧ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة ح ١ . و(يكفيه) ظاهر في أن الخراج على صاحب الأرض ولكن صار على المستأجر للأرض من المتقبل لها من السلطان للشرط المذكور ليس إلا .

وكذا رواية سعيد الكندي التي رواها الشيخ في التهذيب باسناده عن أحمد بن محمد بن

عيسى، عن علي بن الحكم بن مسكين [والصحيح فيها: علي بن الحكم، عن الحكم بن مسكين] عن سعيد الكندي، قال «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني أجزت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم، قال: أعطهم فضل ما بينهما، قلت: أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم، قال: إنما زادوا علي أرضك». الوسائل ج ١٩: ٥٦ باب ١٦ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة ح ١٠، وهي دالة على أن الخراج الذي يكون على صاحب الأرض المتقبل لها من السلطان إنما صار على المستأجر للشرط عليه، ولكن السلطان زاد الخراج تلك السنة، والزيادة المفروض أنه لم تكن داخلية ضمن الشرط الذي شرط على المستأجر لعدم معلوميتها، فلا يمكن اشتراطها، فقال له عليه السلام - على فرض صحة الرواية -: أعطهم فضل ما بينهما، فأجاب سعيد الكندي أن الظلم الذي لحقهم لم يكن من قبلي ولم يكن زيادة مني بعد الشرط، فأجابه عليه السلام إنما الزيادة في الخراج ليست إلا على أرضك، فأنت المسؤول عنها، نعم شرطت أن يكون المقدار المعلوم عليهم ولم تشترط أن يكون كله عليهم حتى لو زاد السلطان، فهي دالة على أن الخراج على من تقبل الأرض من السلطان، لا على المستأجر لها من المتقبل. ولكنها ضعيفة بالحكم بن مسكين وسعيد الكندي.

**ومنها صحيحة يعقوب بن شعيب - الواردة في مزارعة المالك شخصاً على أرض الخراج -**  
عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس...»  
الوسائل ج ١٩: ٤٥ باب ١٠ من أبواب المزارعة والمساقاة ح ٢ بالتقريب المتقدم في صحيحة داود بن سرحان، وكذا غير ذلك عدة روايات:

**منها:** رواية إبراهيم بن ميمون الضعيفة به، والصحيح فيها: «اكفيهم» كما في الكافي ٥: ٥/٢٧٠، لا «يكفيهم» كما في الوسائل ١٩: ٥٧ باب ١٧ من أبواب المزارعة والمساقاة ح ٢.

**ومنها:** رواية أبي بردة بن الرجاء الضعيفة به، نفس المصدر من الوسائل ح ٣.

**ومنها:** رواية ابن الربيع الضعيفة عندنا سابقاً به وإن روى في تفسير القمي إلا أنها أصبحت

تقبل أرضاً من السلطان العادل أو الجائر المدّعي للخلافة ليس لأي شخص معارضة هذا المتقبل ، والذي تكون الأرض في يده مستلمة من السلطان وعليه الخراج ، ولا يكون الخراج على من يستأجر الأرض هذه من المتقبل . نعم ، لو شرط المتقبل على من يستأجر الأرض منه أن يكون الخراج عليه صح ، وأما لو لم يشترط فلا شك في كون الخراج على المؤجر المتقبل للأرض من السلطان ، لا على المستأجر من المتقبل .

أما أنه لو لم يشترط كون الخراج على المستأجر ، فلا يكون الخراج عليه ويكون على المؤجر ، فلما دلّ من الروايات على أن الخراج على المتقبل للأرض من السلطان ، وهو الأصل الأولي الذي أشرنا إليه سابقاً .

وأما لو اشترط المؤجر - المتقبل للأرض من السلطان - كونه على المستأجر الذي يستأجر منه الأرض فلما دلّ على نفوذ هذا الشرط السائغ ، وهو قوله ﷺ : «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»<sup>(١)</sup> .

ولا يمنع من نفوذ هذا الشرط الجهل بكمية ومقدار الخراج الذي قد يزيد وقد ينقص - وإن

---

« معتبرة عندنا لاحقاً لثبوت اعتبار تفسير القمي عندنا لاحقاً . الوسائل ج ١٩ : ٥٨ باب ١٧ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة ح ٤ .

ومنها : معتبرة خالد بن جرير أخي إسحاق بن جرير التي رواها الصدوق في الفقيه ، قال : «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن أرض يريد الرجل أن يتقبلها فأى وجوه القبالة أحل ؟ قال : يتقبل من أهلها بشيء مسمى إلى سنين مسمّاة ، فيعمّر ويؤدي الخراج ، فإن كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في القبالة فإن ذلك لا يحل» ، الفقيه ٣ : ٦٨٧/١٥٦ ، الوسائل ١٩ : ٦٠ باب ١٨ من أبواب المزارعة والمساقاة ذيل ح ٥ . وكذا غيرها .

(١) الوسائل ج ٢١ : ٢٩٩ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢ ، وج ٢١ أيضاً ص ٢٧٦ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ، والوسائل ج ١٨ : ١٦ باب ٦ من أبواب الخيار ح ١ ، ٢ .

منعه أو ناقش فيه بعض<sup>(١)</sup> - لاغتفار هذه الجهالة فيما له معلومية عادة ولكن قد يزيد بشيء

(١) الذي منعه الشهيد<sup>عليه السلام</sup> في المسالك حيث قال في كتاب المزارعة: «ولو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناولها، ولم تكن معلومة، فلا يمكن اشتراطها...» المسالك ٥: ٣٤.

والذي ناقش فيه واستشكل سيد الرياض<sup>عليه السلام</sup> في كتاب المزارعة قال: «وخراج الأرض وأجرتها على صاحبها بلا خلاف كما يستفاد من النصوص لأنه موضوع عليها، إلا أن يشترطه على الزارع كلاً أو بعضاً، فيجب عليه تعيينه عملاً بمقتضى الشرط، وكذا لو زاد السلطان فيه زيادة وطلبها من الزرع [الظاهر الزارع] وجب على صاحب الأرض دفعها إليهم كما في الخبر [وهو رواية سعيد الكندي المتقدمة في الهامش قريباً] وفيه قصور من حيث السند ومخالفة المتن للقاعدة، فإن المظلوم من ظلم والغرامة على الظالم، ولذا أن الراوي قال بعد الحكم: أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم، قال<sup>عليه السلام</sup>: «إنهم إنما زادوا على أرضك». ويستفاد من التعليل انسحاب الحكم في كل موضع يشابه مورده، كما يتفق كثيراً في أمثال بلادنا من الظلم على سكنة الدور بمال يكتب عليها لا عليهم، فمقتضى الأصل والقاعدة براءة ذمة أربابها وصرف الغرامة إلى السكنة، فإن المظلوم من ظلم، إلا أن التعليل في الخبر كما ترى يقتضي خلافه وصرف الغرامة إلى أرباب الدور، لوضع الغرامة عليها دون ساكنيها، ولكن الحال في السند كما ترى، ولا أجد له جابراً، فيشكل الحكم به هنا أيضاً» الرياض ٩: ٣٧٧ - ٣٧٨.

وكذا استشكل فيه السيد البروجردي<sup>عليه السلام</sup> حسبما ذكره في تعليقه الأنيقة على العروة، حيث قال تعليقاً على قول الماتن<sup>عليه السلام</sup>: (ولا يضر كونه مجهولاً)، قال: محل إشكال. وتأمل فيه السيد الإمام «السيد الخميني<sup>عليه السلام</sup>» حسبما ذكر ذلك في تعليقه الأنيقة على العروة قال تعليقاً على قول الماتن<sup>عليه السلام</sup>: (ولا يضر كونه مجهولاً) قال: فيه تأمل.

وكذا الشيخ عبدالكريم الحائري<sup>عليه السلام</sup> حيث قال تعليقاً على قول الماتن<sup>عليه السلام</sup>: (ولا يضر كونه مجهولاً) قال: الظاهر عدم الفرق بينه وبين سائر الشروط، وإطلاق الأخبار محل تأمل.

قليل وقد ينقص ، فالجهالة بهذا المقدار عند العرف غير مضرّة بعد فرض معلومية الخراج عادة

﴿ **وناقش في الشرط أيضاً** في ما إذا كان التفاوت معتنى به - لا يسيراً غير معتنى به - عند عامة الناس السيد الكلبي يگاني رحمته الله حيث قال تعليقاً على قول الماتن (ولا يضر كونه مجهولاً) قال : إذا كان التفاوت غير معتنى به عند العامة ، وإلا فلا فرق بين هذا الشرط وسائر الشرائط ، وإطلاق الأخبار منصرف إلى المعلوم عند الطرفين كما هو الغالب .

**وحكم السيد الهاشمي الشاهرودي** (حفظه الله) بصحة الشرط المذكور في حين أنه ناقش في صحته سابقاً ، فقال هنا : «ويمكن أن يستدل على الصحة بالمنع من بطلان الشرط بالجهالة ، إذ لا دليل عليه إلا الإجماع ، وقدره المتيقن بالجهالة في أحد العوضين لا جميع الجهات ، ولا دليل لفظي على بطلان الغرر في كل معاملة وبأي شكل ، وإنما ورد في البيع خاصة ، هذا مضافاً إلى انعقاد السيرة العقلائية بل المتشرعة أيضاً على تحمل دفع الفوائد والخرجات للحاكم ، وهي كانت تزيد وتنقص» [بحوث في الفقه] كتاب الإجارة ٢ : ٣٦٩ في حين أنه (حفظه الله) ناقش في صحة الشرط فيما تقدم اعتراضاً على السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته الله في بحث معلومية العوضين وتعرضنا لجوابه هناك .

**فإنه قال سابقاً** في بحث اعتبار معلومية العوضين حين التعرض إلى معتبرة داود بن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام : «في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم وربما زاد وربما نقص ، فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم في السنة ، قال : لا بأس» قال : وقد تحمل الرواية على أن ذلك من باب الشرط ضمن عقد الإيجار ، والجهالة في الشرط لا ضير فيها [ويشير بذلك إلى ما قاله السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته الله من عدم الضرر من مجهولية الشرط في المقام الذي هو عقد الإيجار كما هو كذلك في الصحيحة] إلا أن هذا الجواب قابل للمناقشة ، فإنه مضافاً إلى إطلاق الرواية لما إذا كان دفع الخراج ضمن العوض لا شرطاً في الإيجار ، أن جهالة الشرط قد توجب الغرر والجهالة ، خصوصاً إذا كان بعنوان دفع مبلغ من المال غير معين» [بحوث في الفقه] كتاب الإجارة ١ : ٨٥ ، وأجبنا عنه هناك في الواضح ٩ : ٢٢٢ - ٢٢٣ بما لا مزيد عليه ، وأشرنا فيه إلى منافاة كلامه هنا مع كلامه هناك ، فراجع .

وعرفاً لكنه قد يزيد وقد ينقص ، وبعد معلومية الأجرة والأرض أي العوضين ، لعدم الدليل على اعتبار المعلومية من جميع الجهات وفي غير العوضين حتّى بالنسبة إلى ما يتسامح فيه العرف ، مضافاً إلى إطلاق ما دل على صحة اشتراط الخراج على المستأجر من الأخبار الدال بمقتضى إطلاقه على صحة الشرط المذكور حتّى إذا كانت الزيادة فيه مما لا يتسامح بها العرف ، أي كانت بمقدار معتد به عند العرف قد تصل إلى الضعف ، وينحو تكون مضرة بالمستأجر ، ومع ذلك صحت وحكم الإمام عليه السلام بالصحة على ما يأتي<sup>(١)</sup>.

**والذي نقوله في المقام : إنه تارة يفرض الكلام فيما إذا كان الشرط على نحو شرط النتيجة** الذي هو جعل الحق الذي على ذمة المتقبل من السلطان ونقله إلى ذمة المستأجر ، وكون المستأجر هو المكلف بالخراج تكليفاً ووضعاً بواسطة هذا النقل المشروط عليه ، وهذا هو الذي يظهر من صاحب الجواهر رحمته الله حيث مثل له بـ «شرط حق الزكاة على مشتري الثمرة مع عدم العلم بمقدارها ، فلا يقدر جهالة ما يؤديه عن ذلك ، إذ ليس هو اشتراط قدر بل اشتراط حق ، وربما لا يؤدي عنه شيئاً ، ومرجهه إلى صيرورة الزارع كالمالك في تعلق هذا الحق به الذي لا إشكال في اشتراطه ، ولو مؤكداً ، ومثل هذا ليس من الجهالة في شيء»<sup>(٢)</sup>.

**وفي هذه الصورة لا بد من الحكم بطلان الشرط ، لعدم قدرة المشروط عليه على ذلك ، إذ ليس ذلك باختيار المكلف ، لأن التقييل وهو المعاملة التي ثبت بموجبها تعلق الخراج بذمة المتقبل من السلطان وهو صاحب الأرض هو حكم شرعي متوجه إليه ، وليس بمقدور المكلف نقل الحكم الشرعي التكليفي أو الوضعي من المتقبل إلى غيره حتّى يشترط ، وذلك لخروجه عن الاختيار ، كعدم إمكان تغيير الحكم الشرعي الذي هو كون الزكاة على المالك وجعلها على المشتري بالشرط<sup>(٣)</sup> ، إذ لا بد في الشرط من كونه أمراً سائغاً وممكناً في نفسه ، والمفروض**

(١) في الصفحة الآتية .

(٢) الجواهر ٢٧ : ٤٦ .

(٣) كما تقدم ذلك في كتاب الزكاة في المسألة التاسعة [٢٧٩٧] الواضح ٨ : ٣٢٢ ، قال السيد

خروجه عن الاختيار وعدم إمكانه فكيف يصح جعله شرطاً<sup>(١)</sup>.

«الأستاذ<sup>رحمته</sup> في الواضح: «ولا يوجب اشتراط كونها على المشتري انقلاب الوجوب من كونه على البائع إلى كونه على المشتري... إذ إن الشرط لا يبدّ وأن يكون سائغاً وهو في المقام غير سائغ»، وقال السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> في موسوعة الإمام الخوئي ٢٤: ٣١٥ - ٣١٦: «ولا يحدث بالاشتراط حكم شرعي على خلاف مقتضى الأدلة، بل لا يبدّ وأن يكون الشرط أمراً سائغاً في نفسه».

(١) وذكر السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> تفصيل عدم الإمكان هذا في كتاب الإجارة أيضاً في فصل [الضمان في الإجارة] قبل المسألة ١ [٣٣٠٢] حيث قال: «إن الشرط هو ما يرجع إلى أحد أمرين: ١- إما تعليق الالتزام بالعقد بتحقق وصف أو أمر خارجي ككتابة العبد. ٢- أو تعليق أصل العقد على الالتزام بشيء فيجب الوفاء به بمقتضى (المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم). وأما الأحكام الشرعية أو العقلية التي يكون أمر رفعها ووضعها بيد الشارع أو العقلاء فيما أنها خارجة عن عهدة المتعاقدين، فلا معنى لوقوعها مورداً للشرط في ضمن العقد» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٢٢٥ الواضح ١٠: ٨٩، ومن الواضح في المقام أن شرط جعل الحق الذي على ذمة المتقبل على المستأجر وكون ذمته مشغولة به بعد ما كانت ذمة المتقبل مشغولة به بالتقبل من أوضاع مصاديق نقل الحكم الشرعي الذي يكون أمر رفعه ووضعها بيد الشارع، وهو خارج عن عهدة واختيار المتعاقدين، فلا معنى لوقوعه شرطاً ووجوب الوفاء به.

ثم إنه ناقش في عدم صحة شرط النتيجة الذي ذكره السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> بعض حيث قال: «إن الشرط بين المالك والسلطان إذا كان جامع اشتغال ذمته أو ذمة المستأجر بالخراج له بلا تقييد بالخصوصية لم يكن محذور في اشتراط الخراج على ذمة المستأجر، بل هذا حاله حال عقد الضمان بمعنى اشتغال العهدة أو ذمة الغير بدفع دين المدين، فهو أمر انشائي قابل للايجاد بالشرط، غاية الأمر بحاجة إلى التزام أو قبول من السلطان بذلك ولو ضمن العقد الأول، بأن يكون المالك قد التزم بالجامع بين اشتغال ذمته أو ذمة المستأجر، فالصحيح ما عليه صاحب

«الجواهر» في هذه المسألة، فراجع وتأمل» [بحوث في الفقه] كتاب الإجارة ٢: ٣٧٠.  
 أقول: على فرض معقولة أن للمالك اشتراط جامع اشتغال ذمة المالك أو ذمة المستأجر بالخراج للسلطان، وعلى فرض أنه كان هناك التزام وقبول من السلطان أيضاً، فلا محذور في اشتراط الخراج على ذمة المستأجر بنحو شرط النتيجة، وصحيح أيضاً ولا إشكال فيه.  
 ولكن أولاً: لم يكن الشرط هذا الجامع، بل كان الشرط هو ذمة المالك بالنسبة إلى أرضه ليس إلا، فإن في الروايات: «إنما زادوا على أرضك» ومع ضعف سند هذه الرواية بالخصوص ففي غيرها الكفاية، ففي صحيحة داود بن سرحان: «تكون له الأرض عليها خراج معلوم...»، فالخراج على الأرض وإنما صار واجباً على المالك لها لأنه هو المتقبل لها من السلطان، ولم يكن المستأجر متقبلاً معه حتى تكون ذمتهما معاً مشغولة له به، فلا يكون اشتراط الخراج على المستأجر بنحو شرط النتيجة صحيحاً. نعم، بنحو شرط الفعل أو بنحو التوكيل في الإخراج عن المالك لا مانع منه.

وثانياً: ليس من المعقول ولا من الممكن اشتغال ذمة الغير بالضمان بشيء بلا سبب كما في المقام حيث يشغل المالك ذمة المستأجر بالخراج بالشرط للسلطان، فإنه بأي دليل صار له الحق في اشتغال ذمة الغير بالضمان مع وضوح أنه لا ولاية له عليه بوجه، وقبل أن يؤجر عليه الأرض أيضاً، بل ربما قبل أن يعرفه وقبل أن يتشخص في الخارج أصلاً؟ فإنه أي ذمة يمكن أن تكون مشغولة بالشرط؟! نعم ذمة المالك مشغولة به لتشخصها، وأما ذمة غيره فأى تشخص لها، وعلى فرضه فأى اشتغال لها وبأي ولاية أصبحت مشغولة، فإنه لم يثبت اشتغال ذمة المستأجر بالشرط في نفس عقد الإجارة لعدم الدليل عليه، بل عدم إمكانه، فكيف باشتغال ذمة المستأجر بالخراج للسلطان قبل عقد الإجارة، فإنه أولى بالعدم قطعاً وجزماً. فما ذكره القائل (حفظه الله) أشبه بالفرار من المطر إلى الميزاب.

وثالثاً: قول المستشكل: «بل هذا حاله حال عقد الضمان بمعنى اشتغال العهدة أو ذمة الغير بدفع دين المدين فهو أمر انشائي قابل للايجاد بالشرط» إن أراد اشتغال العهدة فهو تكليف محض، واشتغال الذمة هو الوضع وهو الحكم، وليس الضمان هو من ضم ذمة إلى ذمة، بل

وأخرى يفرض الكلام فيما إذا كان الشرط على نحو شرط الفعل لا شرط النتيجة أي ان الشرط راجع إلى الفعل وإلى العمل ، وهو أن يقوم المستأجر بتفريغ ذمة المتقبل والمؤجر عن الخراج ، ومن مال المستأجر نفسه لا من مال المالك ، من دون أن تكون ذمة المستأجر مشغولة بالخراج ، فغاية الشرط هو وجوب العمل على المستأجر بالتفريغ ، ولو لم يفرغ ومات لا يخرج من تركته لعدم اشتغال ذمته به ، لكن هو عاصٍ إن تركه عمداً ، وفي هذه الصورة لا مانع من الشرط المذكور للوجهين المذكورين في المتن :

**الأول :** اغتفار هذا المقدار من الجهالة عند العرف والعقلاء ، حيث إنهم جارون على ذلك كما هو الحال في الضرائب في زماننا ، كما لو أجر داره أو باعها واشترط كون الضريبة التي قد تزيد وقد تنقص على المستأجر بعد وضوح أن هذه الجهالة وهي جهالة - مقدار الخراج - ليست متعلقة بركني العقد وهما الأرض والأجرة ، بل هي من اللواحق وتوابع العقد الخارجة عنه ، ولا دليل على اعتبار المعلوماتية من جميع الجهات حتى بالنسبة إلى الجهات التي هي خارجة عن العقد

هو نقل الدين من ذمة إلى ذمة ، نعم عند العامة الضمان هو من ضم ذمة إلى ذمة ، وأما عندنا فقول واحد أن الضمان هو نقل الدين من ذمة إلى ذمة لا ضم ذمة إلى ذمة . ونقل الدين من ذمة إلى ذمة حكم ، والحكم غير قابل للمكلف ايجاده بلا إيجاد سببه الخاص وسببه الخاص ليس إلا العقد - لا الشرط - كما هو الحال في النكاح والطلاق والضمان ، فإنه لا يعقل أن يبيع عليه شيئاً ويشترط عليه أن تكون بنت المشتري زوجة للبائع أو يشترط عليه أن تكون زوجة المشتري مطلقاً ، أو يكون المشتري ضامناً لشيء ، بمعنى اشتغال ذمته به ، لأن هذه كلها لها أسباب خاصة ، وليس من أسبابها الشرط في ضمن العقد .

**ورابعاً :** أن الخراج المجعول على المالك من قبل السلطان إنما هو من جهة كونه عوض الأرض التي تكون تحت تصرفه وكأنه المالك لها ، لا أن الخراج شرط بين المالك والسلطان حتى يجعله المالك بنحو يكون جامعاً بين اشتغال ذمته أو ذمة المستأجر به . والعوض إنما اختص به المالك فكيف يكون المعوض كون الخراج على ذمته أو ذمة المستأجر ، والمفروض أن المستأجر لم يكن متقبلاً معه للأرض ، وإنما هو مستأجر لها منه .

ويتسامح العرف في زيادة شيء منها أو نقيصته .

**الثاني :** كفاية الروايات الواردة في المقام في الدلالة على ذلك ، فإنها غير قاصرة الدلالة على ذلك ، فإنه ورد في قسم من روايات المزارعة جواز اشتراط الخراج على من يزرع الأرض ، ويكون الباقي بين الزارع والمتقبل للأرض من السلطان ، مع أن الخراج قد يزيد وقد ينقص ولو فرض أنه بحدٍ معتد به عند العقلاء ، ومع ذلك قال عليه السلام : «لا بأس»<sup>(١)</sup> ، ولا فرق بين المزارعة والإجارة .

فمن هذه الروايات صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها ، وما كان من فضل فهو بينهما ؟ قال : لا بأس»<sup>(٢)</sup> ، فإنه حتى لو فرض فيها معلومية الخراج فإنه من الواضح أنه قد يزيد وقد ينقص فهو مجهول بلا إشكال أو أن الصحيحة شاملة باطلاقها لصورة الجهل جزماً ومع ذلك حكم عليه السلام بالصحة ، بل وردت بعض الروايات في نفس الإجارة كما في صحيحة داود بن سرحان التي رواها المشايخ الثلاثة عن أبي عبدالله عليه السلام : «في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم ، وربما زاد وربما نقص فيدفعها إلى الرجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم في السنة ، قال : «لا بأس»<sup>(٣)</sup> ، وهي واضحة الدلالة بمقتضى اطلاقها وشمولها لما إذا كان الخراج قد زاد زيادة معتدأ بها عند العقلاء الموجبة للضرر على المستأجر ، ومع ذلك هي غير قاذحة في الصحة ، وعليه جرى العقلاء كما عرفت في الضرائب ونحوها . ومن ذلك تعرف عدم صحة المناقشة التي ذكرها بعض من أن للشرط قسطاً من المالية فتسري جهالته إلى جهالة العقد»<sup>(٤)</sup> .

(١) الوسائل ج ١٩ : ٤٥ باب ١٠ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة ح ٢ .

(٢) الوسائل ج ١٩ : ٥٧ باب ١٧ من أبواب المزارعة والمساقاة ح ١ .

(٤) الظاهر أن في الخراج الذي قد يزيد وقد ينقص قدرأً متيقناً عند العرف ، فإنه لو فرض أن

[٣٣٧١] الثانية: لا بأس بأخذ الأجرة على قراءة تعزية سيّد الشهداء وسائر الأئمّة صلوات الله عليهم<sup>(١)</sup>، ولكن لو أخذها على مقلّماتها من المشي إلى المكان الذي يقرأ فيه كان أولى .

(١) ذكر الماتن<sup>رحمته</sup> جواز أخذ الأجرة على قراءة تعزية سيد الشهداء أو سائر أئمّة أهل البيت المعصومين<sup>عليهم السلام</sup> .

وتقدم الكلام في ذلك وقلنا إن مقتضى القاعدة جواز أخذ الأجرة على كل أمر لا يكون محرماً وكان فيه غرض عقلائي حتّى لو كان واجباً<sup>(١)</sup> فضلاً عن كونه مباحاً أو مستحباً، وقراءة

الخراج ٧٠ ديناراً، وقد يزيد وقد ينقص، أي قد يكون ٨٠ أو ٨٥ أو ٧٠ أو ٧٥ ديناراً أو ٩٠ أو غايته ١٠٠ دينار، وفي طرف النقيصة قد يكون ٦٠ أو غايته ٥٠ ديناراً، فعندهم للخراج من حيث الكثرة أو القلة قدر متيقن، بأن لا ينقص مثلاً عن ٥٠ ديناراً ولا يزيد على ١٠٠ دينار، ومع وجود القدر المتيقن لا ينعقد للروايات اطلاق، بنحو يكون الخراج على من اشترط عليه حتّى لو كان قد زاد بمقدار الضعف مثلاً أو أكثر، فالدليل الدال على صحة الشرط ليس إلا دالاً على صحته فيما هو متعارف ويتسامح به عند العرف، وهو سيرة العقلاء، لا فيما لا يكون متعارفاً ولا متسامحاً به عند العرف، وإطلاق الروايات الظاهر أنه غير ثابت، ولا أقل في الشك في ثبوته المساوق للقطع بعدم ثبوته .

(١) ذكر ذلك السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> في جواز أخذ الأجرة على الواجبات، قال: «الصحيح أنه في كل مورد علم من مذاق الشارع لزوم صدور العمل على صفة المجانية - كما عرفت في الأذان، ولا يبعد في تجهيز الميت، بل هو كذلك في الافتاء والقضاء حيث إن الظاهر أنهما من شؤون تبليغ الرسالة، وقد قال الله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ الأنعام ٦: ٩٠ - فلا يجوز أخذ الأجرة عليه، وإلا ساغ عملاً بعمومات صحة الإجارة السليمة عما يصلح للتخصيص . موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٣٧٩ .

أقول: قول السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> (الافتاء والقضاء) - كما قرناه نحن أيضاً كذلك حين كتابتنا للدرس حيث كتبنا أيضاً الافتاء والقضاء - لعله من سبق اللسان، ومراده الافتاء والتبليغ، لأن

التعزية كذلك ، فإن أمكنه مع ذلك قصد القرية كان له أجر أيضاً ، وإلا كان له الأجرة فقط لا أن له الثواب أيضاً .

وأما اختلاف كيفية القراءة من حيث المضامين وكيفية الأداء وزمان القراءة ومدتها ، فقد يقرأ نصف ساعة أو أقل أو أكثر ، وربما يذكر في كلامه تاريخاً أو سيرة أو عقائد أو أحكاماً شرعية أو قضايا اجتماعية ، أو كيفية نعيه ومقداره أو نحو ذلك ، فإن عدم التعيين في كل ذلك لا مانع منه ، لأنه أمر متعارف ومنضبط عادة لا ينافي عدم التعيين فيها صحة الإجارة ، فإن المقصود هو قراءة التعزية على سيد الشهداء عليه السلام أو أحد المعصومين عليهم السلام بما له من التوابع والمقدمات المغتفرة

« السيد الأستاذ رحمته الله قائل بجواز أخذ الأجرة على القضاء على ما ذكرناه مفصلاً في كتاب القضاء والشهادات ١ : ١٦ - ١٧ وكما ذكر ذلك رحمته الله في مباني تكملة المنهاج من الموسوعة أيضاً ج ٤١ : ٦ - ٧ ، والذي ذكرناه في القضاء والشهادات هو : « وقد تقدم في بحث الإجارة أنه لا منافاة بين أن يكون الشيء واجباً بل عبادياً وبين أخذ الأجرة عليه ، فيملك عمله هذا ويكون مالكاً للمال ، من دون فرق بين أن يكون هذا العمل واجباً كفاثياً عليه أو عينياً ، فإن الوجوب لا ينافي التملك ، فلو تنجس مسجد مثلاً ، لأحد أن يؤجر غيره في تطهيره ، وإن كان التطهير واجباً على الأجير نفسه أيضاً ، بل الأمر كذلك حتى لو كان العمل المستأجر عليه عبادياً ، فإن قصد القرية - كما تقدم في الإجارة - لا ينافي كون العمل مملوكاً للغير ، ويسلمه إليه مع قصد القرية ، إلا في موارد دل الدليل على عدم جواز أخذ الأجرة عليه كالأذان وتجهيز الميت ، لما تقدم في محله من أن المستفاد من الروايات أن تجهيز الميت من الغسل والكفن والدفن واجب على المؤمنين حقاً للميت عليهم ، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه ، بل الأمر كذلك بالنسبة إلى الافتاء والتبليغ ، فإن ذلك من مناصب النبي صلى الله عليه وآله والأنمة المعصومين عليهم السلام من بعده والعلماء من بعدهم ... » فالتعبير بالافتاء والتبليغ هو تعبير السيد الأستاذ رحمته الله ، وقد عبر في هذا المورد من القضاء والشهادات فالمحتمل قوياً أن يكون مراده من الافتاء والقضاء في العبارة المتقدمة هو الافتاء والتبليغ لا القضاء ، لكن سبقه اللسان فعبر بالقضاء بدل التبليغ ، وإلا فلو كان مراده القضاء من كلمة القضاء وهو في غاية البعد ، فهو باطل وخطأ جزماً وخلاف ما صرح به رحمته الله .

[٣٣٧٢] الثالثة : يجوز استئجار الصبي المميّز من وليّه الإجماعي أو غيره كالحاكم الشرعي لقراءة القرآن والتعزية والزيارات<sup>(١)</sup>، بل الظاهر جوازه لنيابة الصلاة عن الأموات بناءً على الأقوى من شرعية عباداته<sup>(٢)</sup>.

جاءتها عند العرف والعقلاء، وأن جهالة ذلك كله لا يوجب الجهل بالعمل المستأجر عليه، فليست الإجارة مع عدم التعيين فاسدة، ولا أن القارئ لا يستحق بذلك أجراً، وعليه فلا مقتضي إلى جعل الإجارة واقعة على كلي القراءة أو ذكر المصاب<sup>(١)</sup>.

ومع هذا كله لو أخذ القارئ الأجرة على مقدمات التعزية من المشي إلى محل القراءة أو نحو ذلك كان ذلك أولى من أخذها على نفس التعزية، وأقرب إلى الاخلاص في العمل، وفي ذلك خروج عن محل الخلاف.

(١) ذكر الماتن رحمته أنه لا مانع من إجارة الصبي لقراءة القرآن أو التعزية أو الزيارة ونحو ذلك من الأمور المستحبة، لو كان المؤجر له هو الأب أو الجد أو الحاكم الشرعي، إذ إن المؤجر ليس هو الصبي نفسه، وليس العمل ممنوعاً منه شرعاً، والمفروض وجود الغرض العقلاني أو الشخصي فيه، فهو عمل محترم، ولا شك في أن مقتضى القاعدة وما دل من عمومات صحة الإجارة صحتها في المقام، إذن فيملك المستأجر على الصبي العمل، ويلزم الأجير بتسليم العمل المستأجر عليه للمستأجر.

(٢) بل ذكر الماتن رحمته جواز أن يؤجر الصبي من قبل وليه للصلاة عما في ذمة الميت بناءً على شرعية عباداته كما هو الصحيح المتقدم الكلام عليه سابقاً<sup>(٢)</sup>، وقلنا إن العبادات الصادرة من

(١) هذا كله ردّ لما ذكره السيد الحكيم رحمته فإنه قال: «نعم قد يشكل ما هو المتعارف من جهة أنه لا بدّ من تعيين العمل بالخصوصيات التي تختلف بها الرغبات والمالية، لاختلاف مالية القراءة بلحاظ اختلاف المضامين واختلاف كيفية الأداء واختلاف المدة، فإذا لم يكن تعيين بطلت الإجارة. نعم، إذا كانت الإجارة واقعة على كلي القراءة ومسمى ذكر المصاب صحت وإن لم يكن تعيين، وحينئذٍ لا بدّ في تصحيح الإجارة من وقوعها على النحو المذكور، وحينئذٍ يستحق الأجرة بمجرد ذلك» المستمسك ١٢: ١١٨ طبعة بيروت.

(٢) ذكر السيد الأستاذ هذا البحث أولاً في موسوعته ج ٣: ١٤١ - ١٤٢ ثم في ج ٨: ٢٣٩، ثم

المستحبي عن الغير وغيره ، فإن كل مكلف مأمور بالنيابة عن الأموات من والده أو غيره بأمر مستحبي .

وثانياً : ما ورد من أمر الصبيان بالصلاة والصوم<sup>(١)</sup> ، ومن الواضح أن الأمر بالأمر بشيء أمر

بحوث في شرح العروة الوثقى ٤ : ٣١ - ٣٢ .

ومع ذلك أقول : بغض النظر عما ذكره المقررون من التعبيرات ، أن التأمل في كلام السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> في الموردین ، وفي كلام المستدلين بالاطلاقات التي ادعوا أن حديث الرفع يرفع الالزام فيبقى أصل الرجحان على حاله ، وعدم شمول حديث الرفع لاطلاقات أدلة المستحبات ، إذ لا منة في رفعها عن الصبي ، وحديث الرفع حديث امتثالي ، وغيرها ، يقتضي أن يكون محل الكلام هو اطلقات أدلة الوجوب ، وإن لم يقيد المقررون بذلك ، دون غيرها ، بل السيد الأستاذ هو استدلال على شرعية عبادة الصبي باطلقات أدلة المستحبات مضافاً إلى قوله<sup>عليه السلام</sup> : « مروا صبيانكم بالصلاة والصوم وهم أبناء سبع أو تسع » ، بل صرح في موسوعته ٢٢ : ٤٣٧ بأن شرعية عبادة الصبي مستفادة من إطلقات أدلة الأحكام الاستحبابية ، قال : « وأما الأحكام الاستحبابية - ومنها الاعتكاف المبحوث عنه في المقام وكصلاة الليل ونحو ذلك - فيكفي في إثبات المشروعية نفس الاطلقات الأولية من غير حاجة إلى التماس دليل آخر ، ومن الواضح أن مراده من الاطلقات الأولية هي الإطلقات في الأحكام الاستحبابية ، فلا يكون ما أورد عليه وارداً عليه بمقتضى التأمل في كلامه<sup>عليه السلام</sup> وإن عرّب المقررون بالتعبير المتقدمة .

(١) منها : صحیحة الحلبي عن أبي عبدالله<sup>عليه السلام</sup> عن أبيه قال : « إنا نأمر صبياننا بالصلاة إذا كانوا بني خمس سنين ، فمروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا بني سبع سنين » الوسائل ج ٤ : ١٩ باب ٣ من أبواب اعداد الفرائض ح ٥ .

ومنها : صحیحة الحلبي الأخرى عن أبي عبدالله<sup>عليه السلام</sup> قال : « إنا نأمر صبياننا بالصيام إذا كانوا بني سبع سنين بما أطاقوا من صيام اليوم ، فإن كان إلى نصف النهار أو أكثر من ذلك أو أقل ، فإذا غلبهم العطش والغرث [الغرث : الجوع (مجمع البحرين) مادة غرث] افطروا حتى يتعودوا

« والحال إن الإشكال غير وارد عليه عليه السلام ، بل وارد على من تسامح في التعبير فحمله معنى غير مراد للسيد الأستاذ .

فمن ذلك ما ذكره المقرر في موسوعة الإمام الخوئي ج ٣ : ١٤٢ حيث قال في الاستدلال على شرعية عبادة الصبي ما نصه : « وعن غير واحد الاستدلال عليها [أي على شرعية عبادة الصبي] باطلاقات أدلة التكليف كالأوامر المتعلقة بالصلاة أو الصوم أو غيرهما ، حيث إن اطلاقات هذه الخطابات يشمل الصبيان ، وقد رفع عنهم الالتزام بما دل على رفع القلم عن الصبي ، فلا محالة تبقى محبوبة العمل بحالها وهي كافية في صحته » حيث لم يقيد المقرر الإطلاقات التي استدل بها غير واحد [ومنهم السيد الحكيم عليه السلام في حقائق الأصول ١ : ٣٤٢] بالواجبة .

ومن ذلك أيضاً ما ذكره المقرر في موسوعة الإمام الخوئي ٢٦ : ١٧ حيث قال : « لا يمكن إثبات مشروعية عبادة الصبي باطلاقات أدلة العبادات لأنها مرفوعة عن الصبي ، وأنه لم يكتب في حقه شيء من الأحكام والتكاليف ، ولا يمكن أن يقال بأن الوجوب مرفوع عنه ، وأما أصل الرجحان فهو باق لعدم الامتنان في رفعه ، وذلك لأن المرفوع نفس الحكم بتمامه وأنه لم يكتب في حقه هذا الحكم رأساً ، فلا يمكن الالتزام بالتبعض وأن المرفوع هو الوجوب والباقي هو الاستحباب ، بل ثبوت الاستحباب يحتاج إلى دليل آخر » حيث أيضاً لم يقيد اطلاقات الأدلة باطلاقات أدلة الوجوب - لا الاستحباب - مع أن السيد الأستاذ عليه السلام كما حررناه صرح بذلك .

وهذه المسامحات في التعبير هي التي أوجبت أن يتوهم السيد الشهيد الصدر عليه السلام بان المراد من الاطلاقات لا خصوص اطلاقات أدلة الوجوب ، فأشكل على السيد الأستاذ عليه السلام بقوله : ما ذكره السيد الأستاذ (إنما يبطل التمسك بأدلة الأحكام الالزامية ، ولا ينحصر اثبات المقصود [الذي هو شرعية عبادة الصبي] بذلك ، بل يكفي التمسك بأدلة المستحبات التي تتكفل الاستحباب ابتداءً كدليل الاستحباب النفسي لغسل الجنابة ، ولبعض غاياته ، فيها تثبت مشروعية غسل الصبي ، إذ المفروض أن المخصص لا يرفع عن الصبي سوى الالتزام ... »

المستحبي عن الغير وغيره ، فإن كل مكلف مأمور بالنيابة عن الأموات من والده أو غيره بأمر مستحبي .

وثانياً : ما ورد من أمر الصبيان بالصلاة والصوم<sup>(١)</sup> ، ومن الواضح أن الأمر بالأمر بشيء أمر

بحوث في شرح العروة الوثقى ٤ : ٣١ - ٣٢ .

ومع ذلك أقول : بغض النظر عما ذكره المقررون من التعبيرات ، أن التأمل في كلام السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> في الموردین ، وفي كلام المستدلين بالاطلاقات التي ادعوا أن حديث الرفع يرفع الالزام فيبقى أصل الرجحان على حاله ، وعدم شمول حديث الرفع لاطلاقات أدلة المستحبات ، إذ لا منة في رفعها عن الصبي ، وحديث الرفع حديث امتثالي ، وغيرها ، يقتضي أن يكون محل الكلام هو اطلقات أدلة الوجوب ، وإن لم يقيد المقررون بذلك ، دون غيرها ، بل السيد الأستاذ هو استدلال على شرعية عبادة الصبي باطلقات أدلة المستحبات مضافاً إلى قوله<sup>عليه السلام</sup> : « مروا صبيانكم بالصلاة والصوم وهم أبناء سبع أو تسع » ، بل صرح في موسوعته ٢٢ : ٤٣٧ بأن شرعية عبادة الصبي مستفادة من إطلاقات أدلة الأحكام الاستحبابية ، قال : « وأما الأحكام الاستحبابية - ومنها الاعتكاف المبحوث عنه في المقام وكصلاة الليل ونحو ذلك - فيكفي في إثبات المشروعية نفس الاطلاقات الأولية من غير حاجة إلى التماس دليل آخر ، ومن الواضح أن مراده من الاطلاقات الأولية هي الإطلاقات في الأحكام الاستحبابية ، فلا يكون ما أورد عليه وارداً عليه بمقتضى التأمل في كلامه<sup>عليه السلام</sup> وإن عرّب المقررون بالتعبير المتقدمة .

(١) منها : صحیحة الحلبي عن أبي عبدالله<sup>عليه السلام</sup> عن أبيه قال : « إنا نأمر صبياننا بالصلاة إذا كانوا بني خمس سنين ، فمروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا بني سبع سنين » الوسائل ج ٤ : ١٩ باب ٣ من أبواب اعداد الفرائض ح ٥ .

ومنها : صحیحة الحلبي الأخرى عن أبي عبدالله<sup>عليه السلام</sup> قال : « إنا نأمر صبياننا بالصيام إذا كانوا بني سبع سنين بما أطاقوا من صيام اليوم ، فإن كان إلى نصف النهار أو أكثر من ذلك أو أقل ، فإذا غلبهم العطش والغرث [الغرث : الجوع (مجمع البحرين) مادة غرث] افطروا حتى يتعودوا

بذلك الشيء ، ومعنى ذلك أن الله سبحانه وتعالى هو الذي أمرهم بذلك استحباباً ، كما أنه من الواضح عدم الخصوصية للصلاة والصيام من أقسام العبادات ، فما يأتي به الصبي عبادة لا شك . ثم إن هذا الأمر الاستحبابي بالإجارة يكون وجوباً ، لا أنه يبقى على ما هو عليه من الاستحباب ، فالعمل النيابي عن الميت مأمور بأمرين : أول استحبابي وثاني وجوبي ناشئ من الإجارة على النيابة في العمل ، كما هو الحال في إجارة البالغ على العمل النيابي ، فإنه يكون بالإجارة واجباً بمقتضى وجوب الوفاء بعقد الإجارة ، والأمر الإيجاري أمر توصلي ، إلا أن متعلقه هو العمل العبادي ، فيترتب عليه لزوم الاتيان بالعمل عبادة ، كما هو الحال في نذر ما هو مستحب كنذر الاتيان بصلاة الليل ، فإن الأمر المتعلق بصلاة الليل هو عبادي استحبابي ، والأمر الناشئ من النذر وجوبي إلا أنه توصلي ، وبما أن الأمر المتعلق بصلاة الليل عبادي فنتيجة ذلك أنه يجب على الناذر الاتيان بصلاة الليل عبادة لأن متعلق النذر ذلك ، فإن قلنا إن ما يصدر من الصبي عبادة - كما توضح لك - فهو قادر على النيابة . إلى هنا يتم القول بأن عبادة الصبي شرعية ومأمور بها ، وتقع بعنوان العبادة المشروعة ، لا مجرد صورة عبادة<sup>(١)</sup> ، والفرق بينه وبين البالغ هو أنه لا وجوب

﴿ على الصوم ويطقوه ، فمروا صبيانكم إذا كانوا بني تسع سنين بالصوم ما أطاقوا من صيام ، فإذا غلبهم العطش افطروا ﴾ ، الوسائل ج ١٠ : ٢٣٤ باب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم ح ٣ . (١) أشكل على السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> : «بأنه ما هو الدليل على صحة العمل الذي أتى به الصبي بعنوان النيابة عن الغير ؟ فإن عمله لنفسه - كان نيابة بصلاة الظهر - قد ثبتت مشروعيته عنده<sup>رحمته</sup> من جهة أن الأمر بالأمر بفعل أمر بذلك الفعل ، وأمّا في مورد النيابة فمن الواضح أنه لم يرد أمر للأولياء بأن يأمرؤا صبيانهم بأن ياتوا بصلاة الظهر - مثلاً - نيابة عن بعض أمواتهم ، والمفروض أيضاً عدم شمول اطلاقات أدلة النيابة له ، فمن أين اثبت<sup>رحمته</sup> مشروعية العمل وصحته ؟ » بحوث في شرح مناسك الحج ٨ : ٨٥ .

أقول : الدليل الثاني الذي ذكره السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> وهو اطلاقات أدلة الأحكام الأولية الاستحبابية لا الوجوبية ، ومتى قال السيد الأستاذ أو أخذ في كلامه<sup>رحمته</sup> عدم إطلاقها حتى يقال

على الصبي بخلاف البالغ حيث يؤخذ بترك الواجبات دون الصبي إلا في بعض الموارد حيث يضربون الصبيان تأديباً.

«والمفروض أيضاً عدم شمول اطلاقات أدلة النيابة له»؟ فاطلاق ما دل على مشروعية النيابة واستحبابها والتي لم تقيد بالبائع موجود، سواء في ذلك ما ورد في الحج أم في الصلاة أم في الصوم أم في غيرها. على أن ما ورد في الحج بنفسه كاف، لعدم الخصوصية له كما هو واضح، بل السيد الأستاذ عليه السلام قال في مبحث النيابة: إن المكلف بالحج عن الميت أو بالصلاة أو الصوم عنه هو النائب نفسه، وصحة تقربه بذلك إنما هو لأجل أوامر النيابة المستحبة، فالحج حجه والصوم صومه، والصلاة صلاته غاية ما في الأمر لا بد وأن يقصد النيابة عن الميت، أو الحي الذي لا يستطيع المباشرة في الحج، فعمله هذا يسقط الحج أو الصلاة أو الصوم عن ذمة الميت أو الحي العاجز، ولذا كانت مشروعية النيابة في ذلك على خلاف القاعدة للنصوص، وإلا فكيف يكون المكلف بشيء يسقط عنه الأمر بفعل الغير. **والخلاصة**: أن النائب هو الذي يتقرب إلى الله بالعمل العبادي والعمل عمله، ولكن لا بد وأن يقصد النيابة عن الغير، لا أن العمل عمل الغير، ولا أن الحج هو حج من لا يستطيع المباشرة، بل حج النائب وتسقط بذلك ذمة من لا يستطيع المباشرة، لا أن الحج حج من لا يستطيع المباشرة، ولا أن الأمر كما في الوكالة، فإن بيع الوكيل هو بيع الموكل حقيقة، ولكن ليس حج النائب هو حج الميت حقيقة، ولا حج من لا يستطيع المباشرة حقيقة، بل حجه - أي حج النائب - وبه مع قصد النيابة تفرغ ذمة الميت، أو تفرغ ذمة الحي الذي لا يستطيع المباشرة، ولولا أدلة النيابة لم تكن النيابة مشروعاً أصلاً حتى بالنسبة إلى الكبار والبالغين، فما معنى «أن المفروض عدم شمول اطلاقات أدلة النيابة له». وتقدم الكلام في الفرق بين النيابة والوكالة في عدة موارد:

منها: في كتاب الزكاة في المسألة ١ [٢٧٨٢] موسوعة الإمام الخوئي ٢٤: ٢٧٦ - ٢٧٩، الواضح ٨: ٢٨٢ - ٢٨٧.

ومنها: في كتاب الإجارة الذي بأيدينا في المسألة ٦ [٣٣٣٥] الواضح ج ١٠: ٢٦٠، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٣٥٥ - ٣٥٦.

إلا أنه هل هناك ملازمة بين القول بشرعية عبادة الصبي والقول بصحة نيابته عن الميت في الصلاة أو الصوم أو الحج ، أو صحة نيابته عن الحي في موارد جواز النيابة عنه كالمستطيع العاجز عن المباشرة في الحج ؟!

**الظاهر** أنه لا ملازمة بينهما ، أي لا ملازمة بين أن تكون عبادات الصبي حقيقية ومشروعة - لا صورية وتمرينية - وتصح صحة النيابة فيها عن الميت ، وبين فراغ ذمة الميت أو الحي في موارد جواز النيابة عنه بذلك ، فإن ذلك - أي فراغ ذمته بذلك - يحتاج إلى دليل خاص ولا دليل ، فإن أدلة الوجوب بالنسبة إلى التكليف ظاهرة في أن يكون الفعل المكلف به صادراً من نفس الشخص المكلف به لا من شخص آخر ، وسقوط هذا الواجب بفعل شخص آخر نيابة باجارة أو تبرعاً لا شك يحتاج إلى دليل ، وفي كل مورد دل الدليل عليه نلتزم به ، وما لم يدل الدليل عليه لا يلتزم به ، وهنا بالنسبة إلى الصبي لم يدل أي دليل على جواز نيابته عن المكلفين بحيث يسقط بذلك ذمة الغير ، ومقتضى الاطلاقات عدم السقوط بفعل الغير ، ونظير ذلك ما ذكرناه في الصلاة على الميت<sup>(١)</sup> حيث قلنا إن الصلاة على الميت مشروعة للصبي كما هي مشروعة للبالغ فيجوز أن يصلي عن الميت ، ولكن سقوط التكليف عن البالغين بفعل الصبي محتاج إلى دليل ، وإن كانت صلاة الصبي على الميت بالنسبة له مستحبة وبالنسبة للبالغين واجبة ، ولذا كان الواجب عليهم كفائياً يسقط بفعل أحدهم ، وأما بفعل الصبي - الذي لا تكون الصلاة بالنسبة له واجبة - فسقوطه يحتاج إلى دليل<sup>(٢)</sup> . فجواز نيابة الصبي عن الميت بحيث تفرغ به ذمة الميت يحتاج إلى دليل ، ولا دليل على ذلك ، فلا تصح النيابة عنه بمعنى سقوط ما في ذمته ، فيبقى تكليف الغير - حياً أو ميتاً - على حاله ، نعم تصح نيابة الصبي عنه في المستحبات كما تصح نيابة البالغ عنه في الواجبات

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٩ : ١٩٤ ، وذكر السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> بحثنا الذي في المقام أيضاً وبنحو أوسع في موسوعته ٨ : ٢٩٠ - ٢٩٢ .

(٢) والملاحظ على الماتن<sup>رحمته</sup> أنه هنا ذهب إلى صحة نيابة الصبي عن الغير في الصلاة أو الصوم أو غيرهما وإجزاء ذلك عن الميت وسقوط ما في ذمته ، بينما في الصلاة على الميت استشكل في إجزائها عن البالغين ؟! والحال إن الملاك فيهما واحد .

والمستحبات<sup>(١)</sup>.

(١) ذكرنا هذا البحث مفصلاً تبعاً للسيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> في الواضح ٢: ٢٣ - ٢٥. وذكرنا هناك أنه قيل: إن مقصود السيد الأستاذ كما هو الظاهر من عبارته: «هو أن الصبي إذا أتى بالعبادة النيابية [وهي في المقام الصلاة عن الميت أو الصوم أو الحج عن الميت، وعن الحي في موارد جواز الحج عنه كاحجاج من لا يستطيع المباشرة] فعمله وإن كان صحيحاً إلا أنه لا دليل على كونه موجباً لفراغ ذمة المنوب عنه، فيمكن أن يناقش فيه (بأنه لو سلّم وجود دليل على صحة النيابة التي يأتي الصبي بها عن الميت، فلا معنى للقول بأنها لا توجب فراغ ذمة المنوب عنه، فإن المفروض أنه يأتي بها بعنوان النيابة عنه، فإذا صحت كانت مجزية وموجبة لفراغ ذمته، وإلا فلا بد من الالتزام ببطانها، والتفكيك بين الأمرين مما لا معنى له» بحوث في شرح مناسك الحج ٨: ٨٥ - ٨٦.

وأجبنا عنه هناك مفصلاً وبلا مزيد عليه، وقلنا إنه: تقدم الكلام في شرعية عبادة الصبي في عدة موارد، منها في أول فصل في شرائط وجوب حجة الإسلام، الواضح ١: ٥٧، وقلنا إن الدليل على شرعية عبادة الصبي أمران:

**الأول:** ما ورد من أمر الأولياء الصبيان بالصلاة والصوم وهم أبناء سبع أو تسع، والأمر بالأمر بشيء أمر بذلك الشيء.

**الثاني:** اطلاق أدلة الأحكام الأولية الاستحبابية لا الوجوبية، فإن صح القول في المقام بعدم ورود أمر للأولياء بأمر الصبيان بأن يصلوا عن بعض موتاهم أو يصوموا عنهم أو يحجوا عنهم، فاطلاق أدلة المستحبات التي منها ما دل على مشروعية النيابة واستحبابها التي لم تقيد بالبالغ موجود، وتقدم قريباً تفصيله، بل قيل هذا حتى بالنسبة لاطلاقات أدلة الواجبات - والقائل السيد الحكيم<sup>رحمته</sup> في حقائق الأصول ١: ٣٤٢ وجماعة - بدعوى أن حديث الرفع وغيره مما دل على اشتراط التكليف بالبلوغ يرفع اللزوم فيبقى أصل الطلب، ولكن تقدم عدم تمامية ذلك، لأن المجموع حكم الزامي واحد بسيط، فإذا رفع اللزوم بالدليل الراجع لا تبقى المحبوبة أصلاً

﴿ فلماذا القول من القائل ﴾ «بأن المفروض أيضاً عدم شمول اطلاقات أدلة النيابة له» ومن أين فرض هذا في المقام حتى يقال: «فمن أين اثبت ﷺ مشروعية العمل وصحته»؟! هذا أولاً .  
 وثانياً: أن القول بأنه لو فرض وجود دليل على صحة نيابة الصبي عن الميت، فلا معنى للقول بأنها لا توجب فراغ ذمة الميت، لأنه إن صحت كانت مجزية وموجبة لفراغ ذمته، وإلا فلا بد من الحكم بالطلاق، والتفكيك بين الأمرين مما لا معنى له، فهذا القول من القائل إذا أقره العرف والعقلاء كان صحيحاً، وإن لم يقره العرف والعقلاء فهذا القول لا معنى له، لا أن كلام السيد الأستاذ ﷺ بعدم الملازمة لا معنى له. ومن الواضح أن العرف والعقلاء لا يقرون ذلك، ويحكمون بالتفكيك بين الأمرين، كما لو فرض وجوب حضور رئيس من الرؤساء مجلس ترحيم أو تشييع رئيس آخر، فلو أرسل هذا الرئيس ابنه للحضور ولم يحضر الأب مع كون الحضور واجباً عليه بنفسه، كما هو المفروض، فحضور الابن وإن كان حسناً ومستحباً وممدوحاً إلا أنه لا يعد حضوراً للأب، ولا يجزي عنه ويؤاخذ الأب بعدم حضوره، بخلاف ما لو كان حضور الرئيس في مجلس ترحيم أو تشييع رئيس آخر مستحباً وممدوحاً إلا أنه ليس بواجب، كحضور مجلس ترحيم أو تشييع من هو أقل منه رتبة أو رتبتين، فإن إرسال ابنه للحضور مع كونه حسناً ومستحباً يكون مجزياً عن حضور الأب وبعد حضوراً له، وكذا لو زار رئيس دولة أخرى، فإن الاعراف الدولية تقتضي وجوب استقبال رئيس الدولة المضيفة بنفسه للضيف مع تكافئ الدولتين، فلو لم يكن المستقبل هو وكان المستقبل من هو أقل منه رتبة مع عدم المانع والعدر في استقبال نفس الرئيس له لا يكون هذا الاستقبال مع كونه حسناً وممدوحاً لا يكون مجزياً عن استقبال نفس الرئيس للرئيس الضيف، ويعد ذلك تقصيراً منه .  
 نعم لو كان معذوراً لا يكون مقصراً، وأما مع عدم المعذورية فلا شك في عدم الإجزاء، وهكذا، وعليه فالعمل الصادر من الصبي وهو الصلاة أو الصيام أو الحج الذي مثلنا بها وإن كان صحيحاً بعد ثبوت شرعية عبادة الصبي، إلا أن سقوط الذمة عن المنوب عنه به في الصلاة أو الصوم أو الحج الواجب بهذا العمل الصادر من الصبي يحتاج إلى دليل بعد كونه على خلاف الأصل، وهذا بخلاف الصوم المستحب أو الحج المستحب الذي يأتي به الصبي نيابة عن

[٣٣٧٣] الرابعة: إذا بقي في الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدّة أصول الزرع فنبتت فإن لم يعرض المستأجر عنها كانت له ، وإن أعرض عنها وقصد صاحب الأرض تملّكها كانت له ، ولو بادر آخر إلى تملّكها ملك وإن لم يجز له الدخول في الأرض إلا بإذن مالِكها<sup>(١)</sup>.

(١) تعرض الماتن رحمته إلى الأرض التي استأجرها المستأجر للزراعة ، فإنه لو انقضت المدّة تبقى في الأرض عادة أصول الزرع وحبّه في الأرض للمستأجر ، فيوجد في السنة الثانية زرع جديد جراء ذلك ، فلمن يكون هذا الزرع ، هل هو من فوائد الأرض فيرجع إلى مالك الأرض ، أو أنه راجع إلى المستأجر باعتبار أن الحب أو أصول الزرع التي كانت ملكاً له ؟

**المشهور والمعروف - وهو الصحيح -** أن الزرع تابع للحرث أي للحب والأصول ، كما في مثل الدجاج فإنه تابع للبيض ، لأنه هو الذي نمى حتّى كبر ووصل إلى هذا ، الحد فلو لم يكن المستأجر معرضاً عما بقي في هذه الأرض طبعاً يكون الزرع له .

وأما لو أعرض عن ذلك فذكر الماتن رحمته أنه يملكه صاحب الأرض إذا قصد تملّكه ، لأن المفروض أن المستأجر أعرض عنه ، فهو يوجب زوال الملك ويكون بحكم المباح ، فلو استولى عليه المالك وقصد تملكه ملكه ، ولو سبق غير مالك الأرض إلى هذا الزرع وأخذه فلا شك في أنه يملكه ، لأنه بحكم المباح بعد اعراض المالك عنه الموجب لزوال ملكه عنه ، فمن أخذه يكون ملكاً له ، وإن عمل حراماً بتصرفه في ملك الغير - أي في أرض الغير - من غير إذنه ، إلا أنه يملك الزرع بالأخذ .

وما ذكره الماتن رحمته من أن الإعراض يوجب زوال الملك لعله هو المعروف والمشهور ، وقد

الميت ، فإنه لا مانع من الالتزام بوقوعه مندوباً عن المنوب عنه ، فالقول بأن صحة نيابة الصبي ملازمة للاجزاء وفراغ ذمّة المنوب عنه مطلقاً ، هو الذي لا معنى له حتى مع الالتزام بشرعية عبادة الصبي ، والصحيح هو ما قاله السيد الأستاذ رحمته من أن نيابة الصبي وإن صححت إلا أنها لا تكاد تغني عن نيابة البالغين في الواجبات ، إذ الخطاب متوجه إليهم ، وسقوطه بفعل الغير يحتاج إلى دليل ، ولا دليل على سقوطه بنيابة الصبي ، وإن كانت عباداته شرعية .

أيد ذلك الحلي في السرائر<sup>(١)</sup> وغيره بما ورد في باب غرق السفينة ، وأنها لو غرقت فتلفت الأموال فما أخرج البحر فهو لمالكة ، وما أخرج بالغوص فهو للغائص المخرج ، فكأن المالك أعرض عن هذا المال الغارق فيكون لمن أخرج الغوص ، وصرح ابن إدريس أن ذلك ليس قياساً «لأن مذهبنا ترك القياس» وإنما هو على جهة المثال للموضوع .

ولكن هذه الرواية الواردة في غرق السفينة وهي رواية السكوني رويت بسندين ، في أحدهما بعنوان الشعيري<sup>(٢)</sup> وهو لقب ثانٍ للسكوني ، وهي بهذا السند ضعيفة بأمية بن عمرو<sup>(٣)</sup> ، وفي الآخر بعنوان السكوني<sup>(٤)</sup> ، وهي بهذا السند معتبرة<sup>(٥)</sup> رواها عنه النوفلي عن أبي عبدالله عليه السلام - في حديث - عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : «وإذا غرقت السفينة وما فيها فأصابه الناس ، فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله ، وهم أحقّ به ، وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم»<sup>(٦)</sup> . وهذه الرواية المعتبرة أجنبية عن محل الكلام بالكلية ، حيث لم يذكر فيها أن المالك أعرض عن هذه المال ، ولعله لم يكن ملتفتاً إلى أن هذا المال من أمواله وكان في السفينة التي غرقت ، أو لم

(١) موسوعة ابن إدريس ١٠ : ٢٧٥ طبع مكتبة الروضة الحيدرية ، وفي طبعة السرائر ذات الثلاثة أجزاء ج ٢ : ١٩٥ .

(٢) وهي ما رواه الشيخ في التهذيب عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي عبدالله عن منصور بن العباس عن الحسن بن علي بن يقطين عن أمية بن عمرو ، عن الشعيري قال : سئل أبو عبدالله عليه السلام .

التهذيب ٦ : ٨٢٢/٢٩٥ ، الوسائل ج ٢٤ : ٤٥٥ باب ١١ من أبواب كتاب اللقطة ح ٢ .

(٣) فإن أمية بن عمرو روى عدة روايات ، وهو من أصحاب الكاظم عليه السلام وواقفي مجهول لم يوثق من أحد من علماء الرجال .

(٤) وهي ما رواه الكليني في الكافي ٥ : ٥/٢٤٢ ، الوسائل ج ٢٤ : ٤٥٥ باب ١١ من أبواب كتاب اللقطة ح ١ .

(٥) رواها الكليني عن علي بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن النوفلي ، عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام .

(٦) الوسائل ج ٢٥ : ٤٥٥ باب ١١ من أبواب كتاب اللقطة ح ١ .

يطلع المالك على الغرق أصلاً، أو كان متوقفاً إمكان إخراجها من باب الصدفة ولو بغور ماء البحر أو قلته بالجزر، وإمكان إخراجها منه . وبالجملة : لم يذكر فيها إعراض المالك عن ملكه ، فهي أجنبية عن باب الإعراض بالكلية<sup>(١)</sup> .

(١) ودعوى أن قوله ﷺ : «وتركه صاحبه» ظاهر في النظر إلى حيثية الإعراض لا التلفت الحاصل بالغرق ، وإلا كان ذكر ذلك لغواً زائداً كما إدعى هذه الدعوى في [بحوث في الفقه] كتاب الإجارة ٢ : ٣٧٢ .

غير مسموعة من دون دليل على ذلك ، ولا ظهور ، بل هو - أي وتركه صاحبه - ظاهر في الترك لكون تحصيله له غير مقدور مع فرض الغرق واحتياج الإخراج وعدم الترك إلى مؤونة لا تكون مهياة الآن ، فليس في ذلك ظهور في الإعراض .

وأما صحيح ابن سنان الذي استدل به القائل على أن الاعراض موجب لزوال الملك عن أبي عبدالله ﷺ قال : «من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض ، قد كلت وقامت (وسيبها صاحبها مما لم يتبعه) [في هامش الوسائل هنا : في نسخة من التهذيب : ونسيها لما لم تتبعه (هامش المخطوط) ، فأخذها غيره ، فأقام عليها ، وأنفق نفقة حتى أحيها من الكلال ومن الموت ، فهي له ولا سبيل له عليها ، وإنما هي مثل الشيء المباح» الوسائل ٢٥ : ٤٥٨ باب ١٣ من أبواب اللقطة ح ٢ .

حيث قال القائل حفظه الله : «فإن التعبير فيها بتسيب صاحبها لها وعدم اتباعه ، وكذلك ما في ذيلها من التعبير بآتما هي مثل الشيء المباح كالصريح في أن الاعراض وترك صاحب المال للمال يوجب صيرورته كالمباح من حيث إمكان تملكه بالاحياء أو الأخذ ، بل لعل ظاهر هذه الرواية تحقق الإباحة وارتفاع علقه الملكية بنفس الاعراض» . [بحوث في الفقه] كتاب الإجارة ٢ : ٢٣٧٢ .

فهي لا أنها غير دالة على أن الاعراض يوجب زوال الملك فقط ، بل دالة على ما نقوله نحن من أن الاعراض يوجب تحقق الإباحة بمعناها الواسع العريض ، لا كالإباحة المتحققة في

نعم ، موضوع المعبرة هو كون المال تالفاً عرفاً ، فإن ما يكون في جوف البحر ولا يتيسر الوصول إليه عادة يعدّ من المال التالف عرفاً ، فلذا يكون ما يخرج للمخرج لا لصاحب المال فهو حكم تعبدي في مورد خاص - ولا ربط لذلك بالاعراض ، وكونه موجبا لزوال الملك - نظير ما ورد

﴿ العارية متى ما شاء المعير الرجوع فيها جاز له ذلك حتّى لو كان بعد تصرف المباح له ، بل الإباحة في المقام المتحققة بالاعراض كما قاله السيد الأستاذ رحمته الله كالإباحة الحاصلة بالمعاطاة التي قال بها المشهور قبل المحقق الكركي ، بل هي عينها ، أي تكون هذه الإباحة لازمة بالتصرف ولا يحق لمالكها الرجوع ، فهذه الصحيحة دالة على زوال الملكية بعد تصرف الآخذ تصرفاً مملكاً - دون ما قبله - وقلنا إنّ عليه السيرة العقلائية ، فأى دخل لذلك بما قبل التصرف وما قبل احياء البعير من الكلال والموت ؟ .

ولذا نقول في الهوامش الآتية إن عدم التفريق بين ما قبل التصرف من الآخذ وبين ما بعد التصرف من الآخذ ، فيتخيل الذي لا يفرّق بينهما عدم جواز الرجوع في الشيء المعرض عنه قبل تصرف الآخذ ، فيقول إن الاعراض يوجب زوال الملك ، كما تخيل ذلك المستشكل في هذه الصحيحة . فتخيل أن عدم جواز الرجوع إنما هو للإعراض ، والحال إنّهُ لتصرف الآخذ تصرفاً مملكاً ، ومعه لا شك في عدم جواز رجوع المعرض على ما عرفت ، وأى دخل لذلك في كون الإعراض لو لم يتصرف الآخذ تصرفاً مملكاً يوجب زوال الملك الذي هو محل الكلام ، بل أوجب عدم التفريق المذكور دعوى قيام السيرة العقلائية على عدم جواز الرجوع بعد الإعراض ، والحال إن السيرة إنما هي قائمة على عدم جواز الرجوع بعد تصرف الآخذ في الشيء المعرض عنه تصرفاً مملكاً .

ومن ذلك أيضاً تعرف القصور فيما ذكره من الروايات الأخرى وتعرف ما في كلامه المذكور حيث قال : «بل ما ذكره بعض أساتذتنا العظام [ويريد به السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته الله] من بقاء الملكية مع بقاء العين حتّى لو أخذها الغير مما يقطع بعدهم على مستوى السيرة العقلائية وصریح هذه الروايات ، فراجع وتأمل» ولعله يشير في قوله (وتأمل) إلى ما ذكرناه ، فانه اجعنا وتأملنا فرأينا صحة ما يقوله السيد الأستاذ رحمته الله وعدم صحة ما يقوله غيره .

في اللقطة من أن الحيوان الموجود في البرّ الذي لا يتمكن من حفظ نفسه كالشاة لو وجدها أخذ ولم يعرف صاحبها كانت له ، لقول رسول الله ﷺ في صحبة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام : «هي لك أو لأخيك أو للذئب»<sup>(١)</sup> من حيث كونه حكماً في مورد خاص .

ومقامنا الذي هو معتبرة السكوني من هذا القبيل ، فإن الذي غرق وتلف للغواص أن يخرجها ويأخذها من حيث كونه حكماً تعدياً وخصوصاً في مورده ، ولا دلالة له على أن الاعراض على فرضه يوجب زوال الملك ، أو أنه يكون بمنزلة المباح يملكه الآخذ بمجرد الآخذ وقصد التملك .

نعم ، غاية ما يدل عليه الاعراض أنه دال على إباحة التصرف بإباحة مطلقة لكل من أخذ المال المعرض عنه ، كالملقى في خارج الدار أو نحو ذلك ، وأما عنوان التملك بالآخذ وأنه يملكه بالآخذ بنحو لا يجوز للمالك المعرض الرجوع فيه فلا ، فالاعراض لا يوجب زوال الملك . ويترتب على ذلك أنه لو ندم المالك ورجع وطالب به قبل أن يتصرف الآخذ جاز له أخذ ملكه وليس للآخذ منعه ، بمقتضى السيرة العقلانية القائمة على أن المالك أحق بماله ، وهو كاشف عن عدم زوال الملك بالاعراض .

نعم ، المحقق بالاعراض الإباحة ، لكن ليست كالأبحاث المتعارفة ، أي ليست كالأباحة المحققة في العارية ونحوها للمبيح أن يرجع متى ما شاء حتى بعد تصرف المباح له ، بل هي كالأباحة الحاصلة بالمعاطاة التي التزم بها جماعة بل هي عينها ، تكون لازمة بالتصرف ولا يحق لمالكها الرجوع ، فلو أعرض عن قطعة قماش أو ألقاها في الطريق فأخذها آخذ وفصلها ثوباً أو أخذها ونقلها من هذه البلدة ، أو من الطريق بين البلدين إلى بلدة أخرى ، فإنه ليس للمالك الرجوع والمطالبة بها ، للسيرة العقلانية القائمة على لزوم هذه الإباحة بالتصرف بمعناه الواسع العريض<sup>(٢)</sup> ، ولا شك في أنه تستتبع هذه الإباحة الملكية في التصرفات المتوقفة على الملكية ،

(١) الوسائل ج ٢٥ : ٤٥٧ باب ١٣ من أبواب كتاب اللقطة ح ١ .

(٢) ولعل عدم التفريق بين قيام السيرة العقلانية على لزوم الإباحة بالتصرف بمعناه الواسع

[٣٣٧٤] الخامسة: إذا استأجر القصاب لذبح حيوان فذبحه على غير الوجه الشرعي بحيث صار حراماً ضمن قيمته<sup>(١)</sup>.

كما لو أراد هذا الشخص بيع هذا القماش، فإنه لا شك في الالتزام بالملكية أنما ما قبل البيع لتوقف البيع عليها، فإن التصرفات المباحة بهذا الاعراض عامة شاملة حتى للبيع المتوقف على الملك، ولا يكون هذا البيع فضولياً.

والنتيجة هو أن مقتضى السيرة العقلانية الالتزام بأن الاعراض لا يوجب زوال الملك، وللمالك أخذ ما أعرض عنه كما لو ندم مثلاً، وليس للأخذ معارضته والامتناع من التسليم إليه، الكاشف ذلك عن عدم زوال الملك من الأول ومن حين الاعراض، فالمحقق بالاعراض ليس إلا الاباحة التي تلزم بالتصرف بمعناه الواسع، وبالملكية في التصرفات المتوقفة على الملكية، وعلى هذا جرت السيرة العقلانية ولم يرد نص في المقام، فالمتبع هي السيرة، فللمالك لو لم يتصرف الأخذ الرجوع والأخذ.

(١) ذكر الماتن رحمته أنه إذا استأجر قصاباً لذبح حيوان فذبحه على غير الوجه الشرعي بنحو صار الحيوان حراماً وميته كان القصاب ضامناً.

وتقدم الكلام في ذلك<sup>(١)</sup> وقلنا إن: العامل الذي يستؤجر ليصلح إذا أفسد فهو ضامن على ما دلت عليه قاعدة الاتلاف، مضافاً إلى غير واحد من الروايات<sup>(٢)</sup>، مضافاً إلى أن القصاب لا يستحق

العريض والذي يوجب عدم جواز رجوع المعرض لو ندم، وبين ما قبل التصرف من الآخذ والذي يوجب جواز رجوع المعرض هو الذي أوجب تخيل الذي لا يفرق بينهما قيام السيرة العقلانية على عدم جواز الرجوع في الشيء المعرض عنه قبل تصرف الآخذ، ونتيجة ذلك القول بأن الإعراض يوجب زوال الملك، كما توهمه من عرف، هو توهم ليس إلا.

(١) تقدم ذلك في الواضح ج ١٠: ١١٧ في المسألة ٤ [٣٣٠٥]، وفي موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٢٤٢.

(٢) منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: كلّ عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن»، الوسائل ج ١٩: ١٤٧ باب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة ح ١٩.

الأجرة ، لأن الإجارة وقعت على الذبح الشرعي وهو لم يقع ، وما وقع لم تقع عليه الإجارة ، فليس للقصاب مطالبة الأجرة لعدم اتيانه بالعمل المستأجر عليه .

وأما الإجارة فهل تنفسخ بذلك أو لا ؟ تقدم<sup>(١)</sup> أن فيها قولين ، الأول : ما ذهب إليه المشهور واختاره الماتن سابقاً وهو انفساخ الإجارة ورجوع الأجرة المسماة إلى المستأجر ، وتقدم أنه لا وجه له ، وليس هناك أي مقتضى لانفساخ الإجارة بعد ما وقعت صحيحة وملك كل منهما على الآخر شيئاً ، المؤجر على الأجير العمل ، والأجير على المؤجر الأجرة ، فأى وجه اقتضى بطلان الإجارة وانفساخها ؟ ! بعد وضوح أن صحة الإجارة غير مشروطة بوقوع العمل المستأجر عليه خارجاً ، بل مشروطة بالقدرة عليه وهي موجودة .

الثاني : ما ذكرنا أنه هو الصحيح ، وهو ثبوت الخيار للمؤجر بين عدم الفسخ ومطالبة أجرة مثل العمل الذي يملكه عليه والذي فوته الأجير عليه ، وقد يكون أكثر من الأجرة المسماة ، وبين أن يفسخ المؤجر وترجع له الأجرة المسماة<sup>(٢)</sup> .

(١) تقدم ذلك في الواضح ج ٩ : ٣١٠ - ٣١١ في المسألة ١٢ [٣٢٦٩] ، وفي موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٩٥ - ٩٨ .

(٢) قد يقال - كما قيل : بعد أن استدل القائل على ضمان القصاب بقاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن ، وقال : فتشمله القاعدة العقلانية الممضاة شرعاً والمستفادة من بعض الروايات المتفرقة - «ويدل عليه [أي يدل على ضمان القصاب المستأجر لذبح حيوان على الوجه الشرعي فذبحه على غير الوجه الشرعي] أيضاً الروايات المتقدمة في ضمان من استؤجر ليصلح فافسد أو ما جنت يده ، فإنها تدل على ثبوت الضمان في هذه الموارد ، وعندئذ تنفسخ الإجارة على الصحيح من أن ترك العمل المستأجر عليه يوجب الانفساخ . ويمكن أن يستدل عليه بنفس هذه الروايات ، فإنها دلت على ضمان الأجير لقيمة ما أفسده ، ولم يرد في شيء منها أنه يطالب بأجرة مثل العمل الذي فوته مع استحقاقه للمسمى ، مع أنه لو كان كذلك لزم

« التنبيه عليه وعدم السكوت عنه ، فهذا السكوت في هذه الروايات مع كونها بصدد بيان كل ما تشغل به ذمة الطرفين يمكن اعتباره اطلاقاً مقامياً دالاً على القول المشهور ، والصحيح من انفساخ الإجارة في موارد ترك العمل المستأجر عليه مطلقاً أو إذا كان خارجياً لا بنحو الكلي في ذمة الأجير ، والروايات وإن كانت لم تتعرض إلى انفساخ الإجارة أيضاً ، إلا أن السكوت يناسب مع الانفساخ وعدم استحقاق أحدهما شيئاً على الآخر ، بخلاف المبني الآخر فتدبر جيداً» [بحوث في الفقه] كتاب الإجارة ٢ : ٣٧٤ .

أقول : من أين علم أن هذه الروايات في صدد بيان كل ما تشغل به ذمة الطرفين ؟ ! ولو كان لنا طريق إلى العلم بذلك كما لعله كان لصاحب هذا القول ، ولم يبينه لنا ، لكننا مع ذلك نقول : أولاً : أن هذه الصحيحة على ما فرضه هو تكون دالة على عدم الانفساخ عكس ما يدعيه هو من دلالتها على انفساخ الإجارة بترك العامل العمل ، إذ لو كان المسؤول عنه كل ما تشغل به ذمة الأجير في هذه الروايات التي منها صحيحة الحلبي المتقدمة في هامش الصفحة السابقة لكان جواب الإمام عليه السلام بقوله : «فهو [أي الأجير] ضامن» أنه ضامن لأجرة المثل للعمل المستأجر عليه أيضاً ، إذ المفروض أنه هو أيضاً مسؤول عنه ، ولا إشكال في اشتغال ذمته بالعمل بالعقد ، إذ يملك في الإجارة العامل العمل والمؤجر الأجرة ، فالجواب لا بد وأن يكون شاملاً لكل ما تشغل به ذمته ومنه ما أفسده ، ومنه ما اشتغلت به ذمته من العمل عليه ، وهذا حسب ما فرضه القائل ، فهي على هذا دالة على عدم الانفساخ لا الانفساخ ، ونحن نقول إنها غير دالة على عدم الانفساخ ، لأن السؤال ليس إلّا عمّا أفسده الأجير ، لا عن كل ما تشغل به ذمته ، واشتغال ذمته بما أفسده لا يدل على اشتغال ذمته بالعمل الذي ملكه ولم يأت به ، فنحن نقول لا إطلاق فيها لتكون دالة على عدم الانفساخ .

وثانياً : مع التنزل عن ذلك والقول بثبوت الإطلاق فيها ، ونفرض أنها غير دالة على عدم انفساخ فنقول : إن هذا الإطلاق المدعى معارض باطلاق ما دلّ من الأدلة على ملكية المؤجر للعمل على الأجير وملكية الأجير للأجرة على المؤجر بنفس العقد ، سواء أتى الأجير بالعمل أم لا ، وسواء أدى المؤجر الأجرة أم لا ، وبعد التعارض والتساقط - إن لم نرجح الثاني - لا

بل الظاهر ذلك إذا أمره بالذبح تبرعاً<sup>(١)</sup>، وكذا في نظائر المسألة .  
 [٣٣٧٥] السادسة : إذا أجر نفسه للصلاة عن زيد فاشتبه وأتى بها عن عمرو، فإن كان من قصده النيابة عمّن وقع العقد عليه<sup>(٢)</sup> وتخيّل أنّه عمرو، فالظاهر الصحّة عن زيد واستحقاقه الأجرة، وإن كان ناوياً النيابة عن عمرو على وجه التقييد لم تفرغ ذمّة زيد ولم يستحقّ الأجرة، وتفرغ ذمّة عمرو إن كانت مشغولة، ولا يستحقّ الأجرة من تركته، لأنه بمنزلة التبرّع . وكذا الحال في كلّ عمل مفقّر إلى النيّة .

(١) ثمّ لو فرضنا أن العمل المذكور - وهو الذبح غير الشرعي الصادر من القصاب - لم يكن بإجارة، بل كان بعنوان التبرع سواء كان مع الأمر من المالك بالذبح شرعاً تبرعاً، أم كان لامع الأمر وبرضا مالك الحيوان بوقوع الذبح الشرعي على حيوانه، فلا شك في كون القصاب ضامناً أيضاً، لقاعدة الإلتاف المستفاد من عدة روايات، وأن مال المسلم محترم، وهو مقتضى للضمان بلا كلام .

(٢) إذا أجر نفسه للصلاة عن ميت يسمى زيد فاشتبه في مقام الأداء، وأتى بالصلاة نيابة عن ميت يسمى عمرو .

فهنا ذكر الماتن رحمته - وهو الصحيح - أنه إن كان قصد النائب بالصلاة نيابة عن ميت يسمى عمرو وهو الاتيان بالنيابة عن وقع إجارة النيابة عنه، وفي مقام التطبيق اشتبه وتخيّل أنه عمرو، فلا شك في فراغ ذمّة الميت المستأجر عنه الصلاة وهو زيد، لأن الأجير أتى بما استؤجر عليه، والاشتباه في التطبيق وتخيّل أن اسمه عمرو لا يضر بوقوع الصلاة عمّن استؤجر عنه وهو زيد .  
 وأما إذا قصد بالصلاة مقيداً تفرغ ذمّة عمرو، وكان الداعي لذلك تخيل كونه هو مورد الإجارة فبان عدمه، وكان من باب تخلف الداعي لا من باب الاشتباه في التطبيق فهنا : ١ - الأجير لم يأت بالعمل المستأجر عليه، ولم تفرغ ذمّة زيد . ٢ - تفرغ ذمّة عمرو لو كانت مشغولة، ولكن لا يستحق شيئاً على عمرو لعدم كونه أجيراً للصلاة عنه، ولا أنه بأمره ولا بأمر غيره، فلا يستحق من مال عمرو وتركته ولا من مال غيره، وإن فرغت ذمّة عمرو بوقوع العمل الصحيح عنه لو كانت

❦ دليل على انفساخ الإجارة بترك العمل المستأجر عليه، فلا دليل على قول المشهور، ولعل صاحب القول هذا أشار إلى ما ذكرنا بقوله : فتدبر جيداً .

[٣٣٧٦] السابعة: يجوز أن يؤجر داره - مثلاً - إلى سنة بأجرة معينة ويوكل المستأجر في تجديد الإجارة عند انقضاء المدّة، وله عزله بعد ذلك، وإن جدّد قبل أن يبلغه خبر العزل لزم عقده<sup>(١)</sup>.

مشغولة به وكان بداع تبينت مخالفته للواقع فيما بعد. ٣- بالنسبة إلى الأجرة المسماة يجري الخلاف المتقدم. أ- فعلى مبنى المشهور والماتن<sup>(١)</sup> أنه تنفسخ الإجارة فيرجع المؤجر بالأجرة المسماة التي عينت في متن عقد الإجارة للصلاة عن الميت الذي هو زيد. ب- وعلى ما هو الصحيح الذي ذهبنا إليه بمقتضى صحة الإجارة وعدم ورود ما يوجب انفساخها على ما توضح سابقاً وقريباً<sup>(٢)</sup>، يتخير المؤجر بين أن لا يفسخ عقد الإجارة ويطلب الأجير بقيمة مثل العمل المستأجر عليه الذي يملكه على ذمّة الأجير، والذي فوته الأجير عليه لو كان مؤقتاً، وفي كثير من الأحيان يكون اضعاف الأجرة المسماة<sup>(٣)</sup>، وبين أن يفسخ فترجع له الأجرة المسماة، وقد ينعكس الأمر فيها<sup>(٤)</sup>، فتكون هي اضعافاً مضاعفة لأجرة المثل.

(١) ذكر الماتن<sup>رحمته</sup> أنه يجوز أن يؤجر داره - أو غيرها - سنة بأجرة معينة ويوكل المستأجر في تجديد الإجارة عند انتهاء المدة سنة أخرى، وله أيضاً أن يعزل المستأجر عن الوكالة بعد التوكيل، ولكن لو آجر المستأجر الدار سنة ثانية قبل أن يصله خبر العزل كانت الإجارة الثانية صحيحة ونافاذة.

(١) تقدم هذا المبنى وتقدم ضعفه أيضاً في المسألة ١٢ [٣٢٦٩]، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٩٥ - ٩٨.

(٢) سابقاً في المسألة ١٢ [٣٢٦٩]، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٩٥ - ٩٨، وقريباً في المسألة السابقة عند قول السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup>: وأما الإجارة فهل تنفسخ بذلك أو لا.

(٣) كما لو تنزلت قيمة العملة التي بها استؤجر الأجير للصلاة عن الميت تنزلاً فاحشاً، بأن استأجره للصلاة عن زيد سنة بمائة دينار، ثم تنزلت العملة بحيث أصبحت الصلاة عن زيد سنة بمائة مليون دينار لعارض تنزل العملة أو لغيره وما أكثرها.

(٤) كما لو كانت الأجرة للصلاة سنة عن شخص مائة مليون دينار، ثم ترقّت العملة فصارت قيمة الصلاة عن شخص سنة مائة دينار.

ويجوز أن يشترط في ضمن العقد أن يكون وكيلاً عنه في التجديد بعد الانقضاء ، وفي هذه الصورة ليس له عزله<sup>(١)</sup>.

أما جواز أن يوكل المالك المستأجر في تجديد الإجارة سنة أخرى بعد انتهاء المدة ، فلصدور التوكيل من أهله ووقوعه في محله .

وأما جواز أن يعزل المالك الوكيل بعد التوكيل فلأن الوكالة من العقود الجائزة ، فللموكل متى ما شاء عزل الوكيل .

وأما أن هذا العزل لا يؤثر أثره ما لم يبلغه خبر العزل ، فلأن الملاك في العزل إنما هو العزل الواصل إلى الوكيل - لا عزل الوكيل واقعاً - بمقتضى ما دل عليه الدليل في باب الوكالة<sup>(٢)</sup>.

إنما الكلام فيما إذا اشترطت الوكالة في ضمن عقد الإجارة الأولى بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة فهل للموكل العزل بعد ذلك أم لا ، وهذا هو الآتي في التعليقة الآتية .

(١) اشتراط الوكالة في المقام يمكن أن يكون على نحوين : الأول : على نحو شرط الفعل ،

الثاني : على نحو شرط النتيجة .

والأول : وهو ما لو كان الشرط على نحو شرط الفعل ، كما لو شرط المستأجر على المؤجر

في ضمن عقد الإجارة أن يجعله وكيلاً ، أي يوكله في تجديد العقد بعد انتهاء المدة سنة أخرى

(١) وهو عدة روايات دالة على ذلك :

منها : صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام : «في رجل وكل آخر على وكالة في أمر من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين ، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر فقال : اشهدوا أنني عزلت فلاناً عن الوكالة ، فقال : إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل العزل ، فإن الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل ، كره الموكل أم رضى ، قلت : فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة ، فالأمر على ما أمضاه ؟ قال : نعم ، قلت له : فإن بلغه العزل قبل أن يمضي الأمر ، ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء ؟ قال : نعم ، إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً ، والوكالة ثابتة له حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه ، أو يشافه بالعزل عن الوكالة» ، الفقيه ٣ : ١٧٠/٤٩ ، الوسائل ١٩ : ١٦٢ باب ٢ من أبواب كتاب الوكالة ح ١ .

وأن لا يعزله، فهل يجوز للمالك المؤجر العزل بعد ما وكله أو لا ؟

فيه كلام بين الأعلام ذكره في باب الشروط ، وأن الشرط هل يوجب قصر سلطنة المشروط عليه عن ماله ، فلا يكون مسلطاً على التصرف في ماله بما ينافي هذا الشرط بعد فرض الالتزام من الشارع المقدس بلزوم العمل بالشرط بمقتضى قوله ﷺ : «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»<sup>(١)</sup> أو لا يوجب قصور السلطنة ؟

**والمسألة غير خاصة** بباب الوكالة ، بل سيالة تشمل كل ما شرط في ضمن عقد ، كأى شرط في البيع أو الصلح أو الإجارة حتى لو كان الشرط غير التوكيل ، كما لو باع داره لشخص وشرط عليه أن يبيعه من عمرو ، أو صالح مع شخص وشرط عليه أن لا يبيع الدار من عمرو ، أو استأجر شخص من شخص داره وشرط عليه في ضمن عقد الإجارة أن لا يبيع المؤجر الدار هذه مسلوبة المنفعة من عمرو ، أو تزوج من امرأة وشرطت عليه المرأة أن لا يطلقها ، فلو باع مالك الدار داره في المثال الأول من غير عمرو ، أو باع مالك الدار داره في المثال الثاني والثالث من عمرو ، أو طلق الزوج المرأة ، فهل يكون هذا البيع أو الطلاق من المالك أو الزوج نافذاً وصحيحاً أو لا ؟

**قيل بعدم النفوذ** ، باعتبار أنه بالشرط ألغى المالك سلطنته على هذه الدار في بيعها من غير عمرو أو من عمرو ، أو ألغى الزوج سلطنته على الطلاق ، فإذا باعها من غير عمرو في الأول أو من عمرو في الثاني والثالث أو طلق الزوجة حكم بفساد البيع أو الطلاق . بعد تسليم كون البيع والطلاق محرماً تكليفاً لوجوب الوفاء بالشرط ، فمضافاً إلى الحرمة التكليفية تترتب الحرمة الوضعية أيضاً ، أي إذا باع أو طلق وقع البيع أو الطلاق باطلاً .

**ولكن ذكرنا في باب الشرط** أن ما يترتب على الشرط إنما هو الحكم التكليفي وهو وجوب الوفاء بالشرط فقط ، ويثبت الخيار للشارط على تقدير تخلف الشرط<sup>(٢)</sup> أيضاً ، فإن الواجب

(١) الوسائل ج ٢١ : ٢٩٩ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢ . وج ٢١ : ٢٧٦ باب ٢٠ من أبواب

المهور ح ٤ .

(٢) هذا أيضاً - أي ثبوت الخيار للشارط على تقدير تخلف الشرط - إنما هو في العقود القابلة

بمقتضى قوله ﷺ: «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم» هو وجوب الوفاء بالشرط، فإذا خالف يثبت للمشروط له الخيار، والوجوب التكليفي لا ينافي الصحة الوضعية، فالبيع أو الطلاق محرم ولكن لو باع أو طلق وقع البيع أو الطلاق صحيحاً، وذكرنا هذا البحث مفصلاً في باب النهي عن العبادة أو المعاملة<sup>(١)</sup>، وأن النهي عن المعاملات لا يوجب فسادها لو كان النهي مولوياً وتكليفاً، وقلنا إن التحريم لا ينافي صحة المعاملة، فهي حرام ولكن صحيحة، فالشرط لا يقتضي قصر سلطنة المشروط عليه على ماله أو نحوه وضعاً، نعم يوجب زوال السلطنة تكليفاً، وأما أنه لو باع أو طلق أو عزل - كما هو محل الكلام - وقع العزل صحيحاً، وإن كان قد ارتكب محرماً به، فإذا أبلغ العزل إلى الوكيل أثر أثره.

وهذا لا يختص جريانه بباب دون باب، بل يجري في جميع الشروط الواقعة في ضمن العقود، ولا يختص بشرط الوكالة، فلو اشترطت المرأة في ضمن عقد الزواج أن لا يطلقها، فإن

للخيار كالبيع أو الإجارة في المقام، وأما في العقود غير القابلة للخيار والفسخ كالنكاح على المشهور - وإن خالف فيه صاحب الجواهر<sup>(٢)</sup> - أو كالطلاق قولاً واحداً، فلا يثبت الخيار حتى لو تخلف الشرط، فإذا كانت الزوجة مثلاً قد اشترطت على الزوج في ضمن عقد النكاح أن يعطيها كل يوم مائة دينار، أو أن لا يخرجها من بلدتها للسكنى في غيرها وقبل الزوج بالشرط، ثم خالف ولم يعطيها كل يوم مائة دينار أو أخرجها من بلدتها للسكنى في بلدة أخرى، فالذي يتحقق فقط الاثم عليه بمخالفة الشرط الذي كان يجب عليه اتباعه بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط المستفاد من قوله ﷺ: «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»، وأما الخيار فلا يثبت للزوجة في ذلك، وكذا لو طلقها بشرط أن تفعل كذا أو أن لا تفعل كذا كأن لا تزوج بزید وقبلت والتزمت به، فطلقها ولم تفعل ما اشترط عليها، فلا يثبت للزوج الخيار وحق الفسخ للطلاق، لعدم قبوله ولا النكاح لذلك، وقد ذكر السيد الأستاذ<sup>(٣)</sup> ذلك في الواضح ج ٩: ٣٠٢ - ٣٠٣ في المسألة ١٢ [٣٢٦٩] وفي موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٨٥ - ٨٩.

(١) بحث النهي عن العبادة أو المعاملة ذكر مفصلاً في الأصول، موسوعة الإمام الخوئي ٤٦:

١٣٤ النهي عن العبادة ص ١٣٤، والنهي عن المعاملة صفحة ١٦٣، ١٦٦.

مقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط لزوم ذلك عليه وحرمة طلاقها، ولكن لو طلقها حكم بصحة الطلاق، فالحرمة التكليفية لا تنافي الصحة الوضعية، هذا كله إذا كان الشرط هو أن لا يطلقها، أو أن يوكله في تجديد عقد الإجارة عند انتهاء المدة بنحو شرط الفعل.

**والثاني:** ما لو كان الشرط على نحو شرط النتيجة، كما لو آجره داره وشرط عليه في ضمن عقد الإجارة أن يكون وكيلاً عنه في تجديد العقد سنة أخرى عند انتهاء السنة الأولى.

**ذكر الماتن** رحمته أنه لا مانع من ذلك، وتكون الوكالة لازمة، وليس للموكل عزل الوكيل بعد ذلك.

**وما ذكره هو الصحيح:** فإن الوكالة قابلة لأن تجعل شرطاً في ضمن عقد على نحو شرط النتيجة، وذكرنا في محله وقريباً أيضاً<sup>(١)</sup> أن شرط النتيجة لا يصح فيما لو كان للنتيجة سبب خاص في الإنشاء كالنكاح أو الطلاق أو الضمان، فالشرط لا يتحقق تلك النتيجة ولا تنشأ ولا تبرز، وأما ما لا يحتاج إلى سبب خاص، ويتحقق بمجرد الإنشاء من الشخص، فالشرط يتحقق تلك النتيجة وتبرز وتنشأ، كما لو باع داره من زيد واشترط عليه أن يكون دكانه للمشتري أيضاً، فلا مانع منه، لأن الملكية ليست من الأشياء التي لها سبب خاص، بل يتحقق بمجرد الإنشاء من الشخص بالبيع أو الصلح أو الهبة أو بالشرط في ضمن العقد، وأن للإنسان أن يملك ماله من أي شخص كان بالاسباب المتعددة التي من جملتها الشرط في ضمن العقد. **والوكالة في المقام من قبيل الملكية ليس لها سبب خاص تختص به، بل له أن يعتبره وكيلاً ويبرزه بمبرز كقولك جعلتك**

(١) أما الذي في محله فذكر السيد الأستاذ رحمته ذلك مراراً منها: في الواضح ج ١٠: ٩٠ في فصل الضمان في الإجارة قبل المسألة ١ [٣٣٠٢]. موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٢٢٧، ومنها: في الزكاة في المسألة التاسعة [٢٧٩٧] الواضح ج ٨: ٣٢٢، موسوعة الإمام الخوئي ٢٤: ٣١٥ - ٣١٦، ومنها: موارد كثيرة جداً. وأما الذي قريباً: فهو في هذا الجزء من الواضح وهو ج ١١: ص ٩ في المسألة الأولى من مسائل الخاتمة الرقم العام [٣٣٧٠]، وفي موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٤٥٣ - ٤٥٤.

وكيلاً بعبارة مستقلة أو على نحو الشرط في ضمن العقد ، وكذا إذا عقد على امرأة وشرط في ضمن العقد أن يكون وكيلاً عنها في إجاره دارها سنة ثانية أو عشرة ، أو تتزوج المرأة بالرجل وتشترط عليه أن تكون وكيلاً عنه في طلاق نفسها متى ما شاءت وإلى حصول البيونة ، فإن الوكالة أمر جائز ويبد الزوج فكما يصح له أن يبرزها بقوله أنت وكيلاً عني في طلاق نفسك متى ما شئت ، يصح له أن يبرزها بالشرط في ضمن عقد النكاح وعلى نحو شرط النتيجة . وهذا بخلاف ما لو كان للشيء سبب خاص كما تقدم ويأتي ، فإنه لا يصح أن ينشأ بالشرط في ضمن العقد .

غاية ما في الأمر فتفرق الوكالة المبرزة استقلالاً ولو بالشرط في ضمن العقد - كما في شرط الوكالة بنحو شرط الفعل - عن الوكالة المبرزة بالشرط في ضمن العقد على نحو شرط النتيجة لا استقلالاً أن الأولى بما أن الوكالة فيها أنشئت استقلالاً ، فله عزل الوكيل متى ما شاء ، لأن الوكالة من العقود الجائزة وإن وجب عليه التوكيل للشرط ، إلا أنه لو وكل جاز له العزل بعد ذلك ، وأما الوكالة المبرزة بالشرط في ضمن العقد على نحو شرط النتيجة لا استقلالاً فلا يصح فيها العزل ، لأن الوكالة فيها جاءت إلى الوجود من جهة نفوذ الشرط والحكم عليه باللزوم بعد كون العقد الواقع من العقود اللازمة ، وما دل على لزوم العقد كما يدل على لزوم أصل العقد يدل على لزوم توابعه أيضاً ، فإن قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ دال على لزوم العقد بما يشتمل عليه من الشروط ، فإذا فرض وقوع الوكالة ضمن عقد لازم كانت الوكالة لازمة أيضاً لدليل لزوم العقد<sup>(١)</sup> ، فلا تكون هذه الوكالة قابلة للعزل ، فليس للزوج بعد العقد أن يعزل المرأة التي جعلت نفسها وكيلاً عنه في طلاق نفسها متى ما شاءت أو عند شروط خاصة ، وقد تشترط أيضاً أن تكون وكيلاً عنه في طلاق نفسها متى ما شاءت - لا عند شروط خاصة - وإلى حصول البيونة ، إذ يمكن أن يرجع الزوج في العدة الرجعية ، كما ليس له أن يعزل الوكيل في الإجارة في المقام ، فيما لو جعل نفسه وكيلاً عن المؤجر في تجديد عقد الإجارة سنة أخرى ، لا ما إذا شرط عليه أن يجعله وكيلاً في تجديد العقد<sup>(٢)</sup> .

(١) وفي شرط الفعل التوكيل يكون واجباً لا الوكالة ، وقد وكل وعمل بالشرط .

(٢) ولا فيما إذا كانت الوكالة المبرزة بالشرط على نحو شرط النتيجة أيضاً فيما إذا كان الشرط

[٣٣٧٧] الثامنة: لا يجوز للمشتري بيع الخيار بشرط ردّ الثمن للبائع أن يؤجر المبيع أزيد من مدة الخيار للبائع<sup>(١)</sup>، ولا في مدة الخيار من دون اشتراط الخيار حتى إذا فسخ البائع يمكنه أن يفسخ الإجارة، وذلك لأنّ اشتراط الخيار من البائع في قوة إبقاء المبيع على حاله حتى يمكنه الفسخ، فلا يجوز تصرّف ينافي ذلك.

وهذا بخلاف ما لو كان للشيء سبب خاص، فإنه لا يصح فيه الشرط على نحو شرط النتيجة في ضمن عقد، كما لو اشترى شيئاً من امرأة وشرط عليها أن تكون زوجة له أو أن يكون زوجاً لها، فإن الزوجية لها سبب خاص، ولا تكاد تتحقق بالشرط في ضمن عقد حتى لو كان على نحو شرط النتيجة، فلا يصح إبراز الزوجية إلا بصيغة النكاح أو الزواج أو التمتع في المنقطع، لا بالشرط في ضمن العقد. وكذا لو اشترط في ضمن عقد بيع أو نحوه أن يكون المشتري ضامناً، فإن الضمان له سبب خاص لا يكاد يتحقق بالشرط في ضمن العقد، لأن الضمان لا يكون بلا اتلاف أو تلف تحت اليد العادية، فلا يكون ولا يصح بالشرط في ضمن العقد.

(١) ذكرنا في محله أن الخيار في العقد الخياري أي العقد الذي يثبت فيه الخيار لأحد المتبايعين - المتعاملين - متعلق بالعقد لا بالعين المبيعة، وإنما العين المبيعة متعلق الملكية، والخيار متعلق بنفس العقد، وليس للخيار أي تعلق بالعين، ونتيجة ذلك إذا باع شخص شيئاً وكان

في ضمن عقد جائز كالهبة أو المضاربة أو العارية أو الوديعة، فإنه لو شرط أحدهما على الآخر فيها أن يكون وكيله في شيء كتجديد عقد المضاربة، وعلى نحو شرط النتيجة - لا شرط الفعل - فكان وكيلاً بنفس العقد، ولكن لم يكن العقد عقد إجارة ولا بيع ولا مزارعة ولا مساقاة ولا صلح ولا نكاح ونحو ذلك من العقود اللازمة، بل كان العقد عقد هبة أو مضاربة أو وديعة أو عارية أو إذن في العمل بشيء بشرط أن يكون وكيله في شيء فهنا بما أن عقد الهبة أو المضاربة ونحوها جائز لا لازم، وكذا الإذن في العمل حيث له أن يرفع إذنه عن ذلك متى ما شاء، فلا تكون الوكالة المنشأ بالشرط في ضمن ذلك، ولو كانت على نحو شرط النتيجة لازمة، بل تكون جائزة لأنها تابعة للعقد أو للإذن، وبما أنه جائز وله أن يرجع عنه متى ما شاء، فلا تكون الوكالة المنشأ بالشرط في ضمن ذلك لازمة، بل تكون تابعة له في الجواز أيضاً فله العزل.

له الخيار بنحوم من الأنحاء ولو بنحو شرط الخيار ، فهذا الخيار لا يمنع من تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه ، فمثلاً لو باع شخص حيواناً وكان للمشتري خيار الحيوان ثلاثة أيام ، فلا يمنع هذا الخيار المتعلق بالعقد - لا بالحيوان - من أن يتصرف البائع بالثمن ، لأنه ملكه في هذه الثلاثة أيام ، ولو فسخ المشتري فعلى البائع ردّ مثل الثمن ، لأن الثمن قد تلف ، وهذا لا كلام فيه ولا إشكال ، لما عرفت من أن متعلق الخيار العقد لا العين .

**وإنما الكلام في الخيار في البيع - أو غيره - المجموع للبايع المشروط بردّ الثمن وهو المسمى ببيع الخيار<sup>(١)</sup> ، بأن يبيع الشخص داره أو ضيعته أو مركبه بكذا ويجعل لنفسه الخيار إذا ردّ مثل الثمن إلى سنة - مثلاً - فيحق له الفسخ ، فهل في مثل ذلك للمشتري أن يتصرف في المبيع - الدار أو الضيعة أو المركب - بإجارة أو بيع أو نحوهما ، أو لا يجوز له ذلك ؟**  
**هنا تارة يفرض أنه لم تلحظ في الخيار المجموع خصوصية في المبيع ، بل النظر كلّ النظر**

(١) والذي يكون بديلاً عن المعاملة الربوية الواقعة عند بعض الناس ، حيث يرهنون بيوتهم بمقدار من المال يقرضه لهم المقرض ويشترط المقرض السكنى في الدار ويسمى عندهم بالرهن ، والحال إنه ليس هو الرهن الشرعي ، لأن في الرهن الشرعي هو الذي تكون فيه منافع الدار لصاحب الدار الذي رهنها ، لا للذي اقترض المال وجعل الدار رهناً في مقابل القرض ، فإن الرهن الشرعي هو جعل الدار وثيقة ضمان للقرض الذي اقترضه المقرض ، بمعنى أنه لو لم يؤدّ المقرض الدين في وقته جاز للمقرض بيع الدار واستيفاء دينه منها ، ثم إرجاع الباقي إلى صاحب الدار ، وأما منافع الدار فهي لصاحب الدار المقرض ، فاشتراط كونها للمقرض لا شك يكون من الربا وداخلاً تحت كبرى كل قرض جر نفعاً فهو ربا . فلذا يكون بيع الخيار بديلاً عن هذه المعاملة الربوية ، بأن يبيع شخص داره بالمقدار الذي يريد من المال ، ويشترط على المشتري أنه إذا ردّ مثل الثمن عند رأس السنة مثلاً له حق الفسخ ، فبرده مثل الثمن يفسخ ، ويكون جلوس المشتري في الدار جلوساً وتصرفاً من المالك في ملكه ، وليس من الربا في شيء . ولكن لو لم يتمكن البائع من ردّ مثل الثمن في الوقت المحدد فلم يتمكن من أعمال الخيار والفسخ ، كان البيع لازماً وسقط حقه في الفسخ وإرجاع الدار إلى ملكه .

إلى مالية المبيع لا إلى خصوص شخص هذا المبيع ، فلا شك في جواز تصرف المشتري بهذا المبيع بأي وجه شاء حتى البيع ، كما هو الحال فيما لو كان المبيع دنانير كويتية قد شرط فيها البائع أنه إن ردّ ثمن شرائها إلى سنة فله خيار الفسخ ، فهنا لا نظر في الخيار المجعول إلى خصوصية في هذه الدنانير ، بل النظر كل النظر فيها إلى ماليتها ، فهنا لو أراد المشتري أن يبيعه بدنانير عراقية - مثلاً - ولو بأقل من قيمتها جاز له ذلك بلا كلام ، ولا خصوصية لهذا الخيار في المقام بالنسبة إلى عين المبيع وهي الدنانير الكويتية ، فلو فرض أن البائع أرجع الثمن في رأس السنة وفسخ البيع وكان المشتري قد باع الدنانير الكويتية ، يرد المشتري عليه مثل الدنانير الكويتية باعتبار أن المبيع تالف ولا يمكن إرجاع التالف ، وضمان التالف المثلي بالمثل ، فيعطيه مثل الدنانير الكويتية المباعة أي يشتري دنانير كويتية ويعطيها له ، وهذا لا إشكال فيه .

**وأخرى يفرض أن الملحوظ في الخيار خصوصية في المبيع ، ولم يكن النظر في هذا الشرط إلى مالية المبيع ، فإن البائع حينما باع الدار من زيد إنما جعل لنفسه الخيار مدة سنة لأن الدار مثلاً دار أجداده ولا يريد أن تخرج عن سلطانه ، أو لأجل أن هذه الدار دار سكنه أو له علاقة بها لما قد تعب عليها كثيراً فلا يريد أن تخرج عن سلطانه ، وإن اضطر إلى أن يخرجها مدة من الزمان عن ملكه ، إلا أنه يريد أن لا يخرجها عن سلطانه ويبقيها تحت تمكنه من إرجاعها إلى ملكه ، فله في جعل الخيار خصوصية في نفس وشخص وعين المبيع ، ولم يكن جعل الخيار لأجل مالية المبيع ، فهل للمشتري هنا أن يتصرف في هذا الدار تصرفاً منافياً لردّها على البائع حين ردّ مثل الثمن أو لا ، كأن يبيع الدار أو يؤجرها مدة أكثر من مدة الخيار أو نحو ذلك ، أو ليس له ذلك ؟**

**ذهب جماعة من الفقهاء (قدّس الله أسرارهم) ومنهم الماتن إلى عدم جواز ذلك ، وذلك باعتبار أن جعل الخيار في مثل ذلك من البائع بمنزلة اشتراط ابقاء الدار ليتمكن المشتري من ردّ المبيع على البائع عند ردّ مثل الثمن ، فلا بدّ له من التحفظ على الموضوع - الدار - لأنه إذا باعه أو أجره مدة تزيد على مدة الخيار لا يتمكن من ردّه عند ردّ مثل الثمن من قبل البائع ، أي لا يتمكن من رده بما أنه ذو منفعة ، والمشروط عليه هو ردّه بما فيه من المنفعة ، فهذا التصرف تصرف مانع**

ومناف للشرط فلا يكون جائزاً<sup>(١)</sup>.

وما ذكروه قدس الله أسرارهم إنما يتم بالنسبة إلى الحكم التكليفي على ما ظهر من البحث في المسألة السابقة الذي تقدم وقلنا فيه إن الشرط لا يوجب قصر سلطنة المشروط عليه على ما يملك ، ولا يوجب نقصاً فيها ، ولا إزالتها ، ولا شك في بقاء سلطنة الناس على أموالهم وضعاً وتكليفاً غاية الأمر بالنسبة إلى التكليف شرط عليه عدم البيع وكان النظر في الشرط إلى خصوصية المبيع لا إلى ماليته فغاية ما يثبت الشرط هو حرمة البيع تكليفاً ، وأما أنه إذا باع يقع البيع باطلاً ، فلا ، إذ ليس لنا أي دليل دال على البطلان والحرمة الوضعية ، فلا موجب للبطلان بعد كونه مالكاً ، وحرمة التصرف المذكور لا يوجب وقوع البيع باطلاً ، فإن غاية ما تدل عليه أدلة نفوذ الشرط ليس هو إلا ١ - الوجوب التكليفي ، و ٢ - ثبوت الخيار لو تخلف المشروط عليه وعمل خلاف الشرط - في العقود القابلة للخيار والفسخ - ولا يوجب ذلك قصور سلطنته أصلاً ، ومثل هذا مذكور في غير هذه الموارد أيضاً كما ذكرنا في المسألة السابقة أن المسألة سيالة ، كما لو طلق زوجته طلاقاً خلعياً بعوض ، فاشتراط على الزوجة أن لا تتزوج من زيد وقبلت الزوجة وخالفت بعد الطلاق والعدة ، وتزوجت من زيد لا شك لا يحكم ببطلان الزواج من زيد بدعوى أنه على خلاف الشرط ، نعم فعلت المرأة حراماً لمخالفة الشرط ، إلا أن الحرمة التكليفية لا تلازم الحرمة الوضعية ، فلا يحكم ببطلان الزواج من زيد<sup>(٢)</sup> ، وكذا المثال المتقدم في المسألة السابقة

(١) والظاهر أن الشرط عند السيد الماتن<sup>رحمته</sup> يوجب قصر سلطنة المشروط عليه على ما يملك ، فلو خالف وباع الدار كان البيع باطلاً لعدم سلطنته عليه ، وأما في المسألة السابقة فلم يتعرض السيد الماتن<sup>رحمته</sup> إلى شرط الفعل ، وإنما تعرض إلى شرط النتيجة في العقود اللازمة ، ولا شك في إيجاب الشرط فيها قصر سلطنة المشروط عليه ، وأما شرط الفعل فتعرض له السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> فقط ، وقال : إن الفقهاء في شرط الفعل على قسمين ، منهم من يرى أن الشرط يوجب قصر سلطنة المشروط عليه ، وقسم منهم لا يرى أنه يوجب قصر سلطنة المشروط عليه .

(٢) وهنا لا يثبت الخيار أيضاً بمخالفة الزوجة للشرط وزواجها من زيد ، فلا يثبت للزوج السابق حق فسخ الطلاق ، لأن الطلاق مما لا يقبل الفسخ .

وهو ما لو باع داره من زيد وشرط عليه أن لا يبيعهما من عمرو فقبل زيد وخالف بعد ذلك وباعها من عمرو<sup>(١)</sup> حيث قلنا في المسألة المتقدمة أن الصحيح هو التفصيل بين الحكم التكليفي وهو حرمة البيع من عمرو، وبين الحكم الوضعي وهو صحة البيع من عمرو لو باعها منه وإن ارتكب محرماً لمخالفة الشرط، وبالنسبة إلى الحكم التكليفي يحكم بالحرمة لحرمة مخالفة الشرط بمقتضى أدلة نفوذه، وأما بالنسبة إلى الحكم الوضعي فيحكم بصحة البيع وانتقال الدار إلى عمرو بالبيع، لأنه تصرف - أي بيع - صادر من أهله وهو المالك وواقع في محله<sup>(٢)</sup>.

(١) وكذا في مسألتنا في المقام حيث كان جعل الخيار من البائع له أنه إن أتى للمشتري بالثمن إلى سنة أو عند رأس السنة، فيحق للبائع الفسخ، وكان هذا الخيار كما يقوله السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> بمنزلة اشتراط بقاء الدار وعدم بيعها أو إجارتها مدة الخيار أو أكثر بلا جعل الخيار للمؤجر، ليتمكن المشتري من رد عين المبيع على البائع عند رد مثل الثمن. وهذا أيضاً بناءً على أن ما كان بمنزلة الشرط له حكم الشرط، وهو غير ثابت بل ثابت العدم.

والصحيح أن يقال بدل قول السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup>: «وذلك باعتبار أن جعل الخيار في مثل ذلك من البائع بمنزلة اشتراط ابقاء الدار، ليتمكن المشتري من رد المبيع على البائع عند رد مثل الثمن» يقال «وذلك باعتبار أن جعل الخيار في مثل ذلك من البائع يشكّل شرطاً ضميناً ارتكازياً من البائع بابقاء الدار، ليتمكن المشتري من رد المبيع على البائع عند رد مثل الثمن» وعلى هذا يصح أن يكون لهذا الشرط الضمني الارتكازي حكم الشرط فيقال حينئذٍ: فغاية مخالفة الشرط وبيع الدار من أي شخص كان أو إجارتها بمقدار مدة الخيار أو أكثر بلا جعل الخيار للمؤجر هو الحرمة التكليفية على المخالف للشرط، لا الوضعية وبطلان البيع، نعم يثبت للشارط عند تخلف الشرط الضمني الارتكازي - أو عند تخلف ما هو بمنزلة الشرط على رأي السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> - خيار الفسخ، فله فسخ البيع والرجوع بقيمة مثل الدار.

(٢) نعم هنا يثبت للبائع داره من زيد خيار تخلف الشرط فيجوز له فسخ البيع، لأن البيع من العقود القابلة للفسخ - لا مثل الطلاق بقول مطلق، فإنه غير قابل للفسخ قولاً واحداً، ولا مثل النكاح على المشهور حيث خالف في ذلك صاحب الجواهر وقال بقبوله للفسخ - وإذا فسخ

[٣٣٧٨] التاسعة : إذا استؤجر لخياطة ثوب معين لا بقيد المباشرة فخاطه شخص آخر تبرّعا عنه استحقّ الأجرة المسمّاة ، وإن خاطه تبرّعا عن المالك لم يستحقّ المستأجر شيئا وبطلت الإجارة ، وكذا إن لم يقصد التبرّع عن أحدهما ، ولا يستحقّ على المالك أجرة ، لأنّه لم يكن مأذونا من قبله وإن كان قاصداً لها أو معتقداً أنّ المالك أمره بذلك<sup>(١)</sup> .

(١) لو أجر شخصاً لخياطة ثوب معين - مثلاً<sup>(١)</sup> - ولم تكن الخياطة مشروطة بالمباشرة ، بل كان على نحو العمل في ذمّة الأجير ، سواء كان هو العامل أم كان العامل شخصاً آخر<sup>(٢)</sup> ، فلو قام

البائع فيجب على المشتري ردّ مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته لو كان قيمياً ، إذ المفروض تلفه وانتقاله إلى عمرو ببیع صحيح ، والدار في المثال قيمية فيرجع إليه قيمتها ، ولو كان المبيع مثلياً وجب إرجاع مثله .

ففي مثال المقام لو كان زيد قد باع داره التي تسويّ مائة مليون دينار باعها بخمسين مليوناً ببیع الخيار ، واشترط إن ارجع الثمن إلى سنة فله خيار الفسخ وإرجاع الدار التي فيها النظر إلى شخصها لا إلى ماليتها والذي يشكل هذا شرطاً ضمناً ارتكازياً بعدم بيعها - أو هو بمنزلة شرط عدم بيعها كما يقوله السيد الأستاذ<sup>(٣)</sup> - ثمّ باع المشتري للدار بخمسين مليوناً بعد أن ترقّت قيمتها إلى مليار دينار باعها بمليار دينار ، فارجع البائع (زيد) الثمن في الوقت المعين ووجد الدار مبيعة ، ففسخ (زيد) لتخلف الشرط - أو ما هو بمنزلة الشرط - وكانت الدار تسويّ حين الفسخ ملياري دينار ، وجب على المشتري الذي اشتراها بخمسين مليون ديناراً اعطاء ملياري دينار (قيمتها) إلى زيد .

(١) قول السيد الأستاذ<sup>(٤)</sup> مثلاً إشارة إلى أن البحث جارٍ في كل عمل متعلقٍ بعين مستأجر عليه ولم تكن الإجارة مشروطة بالمباشرة ، بل كان على نحو العمل في الذمّة ، كما لو استأجره على بناء حائط أو حياكة فرش أو حفر بئر أو نحو ذلك ومثلاً من اليوم الخامس من الشهر إلى اليوم الخامس عشر ، فقام متبرّع بذلك العمل ، فإما أن يكون التبرّع عن الأجير ، أو عن المؤجر ، أو لآعن الأول ولا عن الثاني ، بل أتى به الأجير للحصول على الأجر ، سواء كان معتقداً أنه هو الأجير أم لا .

(٢) من الواضح أن لا خصوصية لخياطة الثوب ، فإن المسألة سيالة ، فكذا مثلاً إذا استأجر

بخطاؤه شخص آخر تبرعاً أو بقصد الأجرة :

١ - فتارة يخطه الآخر تبرعاً عن الأجير .

٢ - وأخرى يخطه الآخر تبرعاً عن المستأجر .

٣ - وثالثة يخطه الآخر لا تبرعاً فضلاً عن أن يكون عن الأجير أو المستأجر ، بل خاطه بقصد أن يأخذ الأجرة من مالكة باعتقاد أن له ذلك أو كان يعتقد جزماً أنه أجيرٌ أو بتخيل أنه أجيرٌ على ذلك ، ولم يكن بقصد التبرع عن أي أحد .

**فما هو الحكم في هذه الفروض الثلاثة .**

**أما الفرض الأول** وهو ما لو خاطه شخص تبرعاً عن الأجير فلا شك في أن الإجارة تبقى على صحتها ، ويستحق الأجير على المؤجر الأجرة المسماة باعتبار أن الخياطة كانت ديناً في ذمة الأجير ، وقد أدى دينه هذا متبرع ، وتقدم في باب الزكاة وغيره<sup>(١)</sup> ما دل من الروايات على جواز أداء دين الغير أباً كان أو غيره من الأرحام ولو من دون إذنه ورضاه<sup>(٢)</sup> ، ولا شك في أن العمل الثابت في ذمة الأجير دين وقد أداه عنه غيره تبرعاً ولو من دون إذنه ورضاه<sup>(٣)</sup> ، فلا شك في

شخصاً لحمل متاع معين ولم يكن ذلك مشروطاً بالمباشرة ، فحمله آخر تبرعاً أو بقصد الأجرة ، أو استأجر شخصاً لحفر بئر في مكان معين ولم يكن ذلك مشروطاً بالمباشرة ، فحفر البئر شخص آخر تبرعاً أو بقصد الأجرة ، وهكذا .

(١) تقدم في باب الزكاة في السادس من مصارف الزكاة وهم الغارمون . الواضح ٨ : ٧٧ - ٨٠ و ٩٧ ، موسوعة الإمام الخوئي ٢٤ : ٥٨ - ٦١ ، والمراد من غير الزكاة هو الدين والقرض كما في عدة روايات في الوسائل ج ١٨ : ٣٧١ باب ٣٠ من أبواب الدين والقرض .

(٢) كما في الروايات الدالة على جواز قضاء دين الأب من الزكاة حياً كان أو ميتاً ، الوسائل ج ٩ : ٢٥٠ باب ١٨ من أبواب المستحقين للزكاة ح ١ .

(٣) تقدم جواز أداء دين الغير من الأرحام كان أو من غيره ولو من غير إذنه ورضاه بل ولا علمه في كتاب الزكاة في المسألة ٢٤ و ٢٥ الرقم العام [٢٧٢٢] و [٢٧٢٣] من مسائل الزكاة ، موسوعة

استحقاق الأجير تمام الأجرة المسماة . وكذا لو اشترى شخص داراً بالف دينار وأداها عنه غيره تبرعاً، أو كان مديناً بألف دينار فأداها عنه غيره تبرعاً ومن دون إذنه بل من دون علمه، وتقدم أن السيرة العقلانية قائمة على ذلك<sup>(١)</sup> حتى من دون رضا المدين .

وأما الفرض الثاني وهو ما لو أتى الشخص بالخياطة تبرعاً عن المؤجر لاعتن الأجير، سواء كان ملتفتاً إلى أن غيره هو الأجير لذلك أم لا .

ذكر الماتن رحمته إن الأجير لا يستحق على المؤجر<sup>(٢)</sup> شيئاً وتبطل الإجارة بذلك، لأن العين تصبح غير قابلة للخياطة .

الإمام الخوئي ٢٤ : ١٠٥ - ١٠٧ ، الواضح ٨ : ٩٦ ، ٩٧ ، وتقدم أيضاً قيام السيرة العقلانية الممضاة بعدم الردع من الشارع بل سيرة المتشريعة على جواز تفريغ ذمة الغير عما اشتغلت به من عين أو عمل ولو بغير إذن منه ولا اطلاع في المسألة ٣ [٣٣٢٠] من الواضح ج ١٠ : ١٨٠ ، وفي موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٢٩٦ .

(١) تقدم ذلك في المسألة ٣ [٣٣٢٠] ، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٢٩٥ - ٢٩٦ . قال رحمته : «وقد استقرت سيرة العقلاء الممضاة لدى الشرع بعدم الردع على جواز تفريغ ذمة الغير عما اشتغلت به من عين أو عمل ولو من دون إذن منه أو إطلاع، من غير خلاف فيه ولا إشكال، ويمكن استفادته من الأخبار الواردة في الموارد المتفرقة كأداء دين الأب أو أحد من الإرحام أو غيرهم من غير حاجة إلى إذن المدين، ولعل الوجه فيه بعد ما عرفت من استقرار السيرة والامضاء الشرعي : أن الذمة لم تكن مشغولة من بادئ الأمر بأكثر من هذا المقدار - أعني : الدفع بقصد الوفاء - وأما كونه من خالص ماله أو بتسبيبه فضلاً عن مباشرته فلم يدل عليه أي دليل، فإذا أدّى الغير هذا الكلي المستقر في الذمة فقد برئت وحصل الفراغ» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٢٩٦ ، الواضح ١٠ : ١٨٠ مسألة ٣ [٣٣٢٠] .

(٢) وفي عبارة المتن - أي عبارة العروة - كلمة «المستأجر» هنا بدل كلمة «الأجير» والمراد بها المستأجر بالفتح، فلا يتوهم أنه بالكسر، ولذا نحن نعبر عن المستأجر بالكسر بالمؤجر، وعن المستأجر بالفتح بالأجير كي لا يحصل لهذا التوهم .

**ولكن قلنا سابقاً<sup>(١)</sup> أن التعذر لا يوجب بطلان الإجارة مطلقاً<sup>(٢)</sup>، بل إنما يوجه فيما إذا لم يكن قبل مضي مدة يمكنه فيها بالاتيان بالعمل، كما لو استؤجر على خياطة ثوب معين من اليوم الخامس في الشهر إلى اليوم الخامس عشر، فجاء زيد المتبرع وخاطه في اليوم الأول من الشهر، فهنا نعم ينكشف أن الأجير غير متمكن من الاتيان بالعمل، فما ملكه للمؤجر إنما هو من تمليك ما لا يملك فينكشف بطلان الإجارة. وأما لو كانت خياطة زيد للثوب بعد مضي زمان يمكن للأجير فيه الاتيان بالعمل ثم تعذر، فإن هذا التعذر لا يوجب بطلان الإجارة، كما لو خاط زيد المتبرع هذا الثوب في اليوم العاشر من الشهر، فإن هذا التعذر المتأخر لا يكشف عن بطلان الإجارة، لأن العمل كان مقدوراً للأجير وكان متمكناً من تسليم العمل ولم يعمل باختياره إلى أن تعذر العمل، فلماذا يحكم ببطلان الإجارة، فإن الأجير مالك للأجرة على المؤجر، والمؤجر مالك للعمل على ذمة الأجير، فللمؤجر أن يطالبه بقيمة مثل العمل، كما للمؤجر أن يفسخ الإجارة ويرجع له الأجرة المسماة.**

**وعليه فالحكم ببطلان الإجارة مطلقاً حتى في هذا الفرض - مثلاً - كما ذهب إليه الماتن رحمته لا نعرف له وجهاً صحيحاً<sup>(٣)</sup>.**

(١) في المسألة ٣ [٣٣٢٠]، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٢٩٧ - ٢٩٨.

(٢) المنفي هو إطلاق البطلان لا البطلان المطلق.

(٣) قيل تعليقاً على قول الماتن رحمته: «وبطلت الإجارة» قيل: «بناء على أن فوات العمل المستأجر

عليه يوجب انفساخ الإجارة لا الخيار والانتقال إلى أجرة المثل لو فسخ، وإلا لم تبطل الإجارة إلا إذا كان تبرع المتبرع قبل مضي مدة يمكن فيها العمل من المؤجر، فيكشف عن عدم القدرة واقعاً من أول الأمر، فيحكم بانكشاف البطلان لا الانفساخ، فإنه فرق بينهما كما لا يخفى. ثم إن هذه المسألة بعينها تقدمت في فصل سابقاً، المسألة ٣ من الفصل الخامس [أي المسألة ٣ الرقم العام ٣٣٢٠ وقد ذكرها القائل في بحوث في الفقه في كتاب الإجارة ٢: ١٤٨] وقد ذكرنا

«هناك أن القول بالانفساخ في المقام لا بد منه حتى على القول الآخر» [بحوث في الفقه] كتاب الإجارة ٢ : ٣٧٩ .

أقول : قول القائل (حفظه الله) هذا إنما هو في فوت العمل من الأجير بعد اليوم الخامس من الشهر ، بأن لم يخط الأجير الثوب إلى اليوم العاشر في المثال المذكور فجاء المتبرع وخاط الثوب في اليوم الحادي عشر مثلاً ، لا فيما لو خاط المتبرع الثوب في اليوم الأول من الشهر ، أي إن كلام القائل في فوت العمل من الأجير ، وهو إنما يتصور فيما لو تبرع بالخياطة بعد اليوم الخامس ، لا في تعذر العمل الذي يكون بتبرع المتبرع بالخياطة قبل اليوم الخامس ، فإنه لا يأتي كلامه في تعذر العمل وهو تبرع المتبرع بالخياطة قبل اليوم الخامس ، إذ بذلك ينكشف بطلان الإجارة حتى عند السيد الأستاذ رحمته الله ، لانكشاف أن الأجير ملك ما لا يملك - أي ملك عملاً لا يمكنه الاتيان به - لعدم إمكان خياطة الثوب المخيط ثانية .

نعم ، بالنسبة إلى خياطة المتبرع بعد اليوم الخامس من الشهر يوجب فوت العمل من الأجير ، فيكون (بطلان الإجارة) الذي ذكره الماتن رحمته الله مبتئياً على أن فوات محل الإجارة يوجب انفساخ الإجارة كما هو مبنى الماتن رحمته الله ، لا أنه لا يوجب انفساخها وإنما يوجب الخيار للمؤجر في الفسخ ، فإذا فسخ ينتقل إلى قيمة أجرة مثل العمل الذي يملكه على الأجير كما يقوله السيد الأستاذ رحمته الله .

ثم إن ما ذكره القائل (حفظه الله) من أنه «ذكرنا هناك أن القول بالانفساخ لا بد منه حتى على القول الآخر» تقدم ما فيه في هامش المسألة الثالثة [٣٣٢٠] ، وقريباً في هامش المسألة الخامسة الرقم العام [٣٣٧٤] ، فإنه قال في المسألة الخامسة المتقدمة - التي هي ما لو استؤجر القصاب على ذبح حيوان على الوجه الشرعي فذبحه على غير الوجه الشرعي بحيث حرم أكل لحمه بعد أن استدل على ضمان القصاب بقاعدة من اتلف مال الغير فهو له ضامن - : «ويدل عليه أيضاً الروايات المتقدمة في ضمان من استؤجر ليصلح فافسد ، أو ما جنت يدها لومن هذه الروايات صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده ، فقال : كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن» الوسائل ج ١٩ : ١٤٧ باب ٢٩ من أبواب

﴿ كتاب الإجارة ح ١٩ ﴾، فإنها تدل على ثبوت الضمان في هذه الموارد، وعندئذٍ تنفسخ الإجارة على الصحيح من أن ترك العمل المستأجر عليه يوجب الانفساخ، ويمكن أن يستدل عليه بنفس هذه الروايات، فإنها دلت على ضمان الأجير لقيمة ما أفسده، ولم يرد في شيء منها أنه يطالب بأجرة مثل العمل الذي فوّته مع استحقاقه للمسمى، مع أنه لو كان كذلك لزم التنبيه عليه وعدم السكوت عنه، فهذا السكوت في هذه الروايات مع كونها بصدد بيان كل ما تشتغل به ذمّة الطرفين يمكن اعتباره اطلاقاً مقامياً دالاً على القول المشهور [والذي هو انفساخ الإجارة بترك العمل] والصحيح من انفساخ الإجارة في موارد ترك العمل المستأجر عليه مطلقاً أو إذا كان خارجياً لا بنحو الكلّي في ذمّة الأجير، والروايات وإن كانت لم تتعرض إلى انفساخ الإجارة أيضاً، إلا أن السكوت يناسب مع الانفساخ وعدم استحقاق أحدهما على الآخر شيئاً، بخلاف المبني الآخر فندير جيداً» [بحوث في الفقه] كتاب الإجارة ٢: ٣٧٤.

**أقول: أولاً:** من أين حصل العلم بأن هذه الروايات التي منها **صحيحة الحلبي** التي ذكرناها في كلام القائل باعتبار إنها إحدى الروايات التي أشار إليها القائل (حفظه الله) من أين حصل العلم بأنها في مقام بيان كل ما تشتغل به ذمّة الطرفين، فإنه لو كان قد بين لنا طريق حصول هذا العلم لكان أجدر وأحرى في الاستدلال بهذه الروايات مثلاً على انفساخ الإجارة بترك العمل المستأجر عليه. ولكن مع الأسف لم يبين ولم يحصل من هذه الروايات إلا العلم بأن السؤال عما أفسده وهو الثوب الذي يعطيه للصباغ ليصبغه فيفسده، وطبعاً لا خصوصية له كما هو واضح، فمن أعطى ثوباً للخياط ليخيطه فأفسده كذلك، ومن أعطى حيواناً للقصاب ليذبحه على الوجه الشرعي فلم يذبحه إلا على الوجه غير الشرعي كذلك وهكذا، فليس الإمام عليه السلام في مقام بيان كل ما تشتغل به ذمّة الطرفين حتى يكون عدم ذكره لأجرة مثل العمل دليلاً على عدمها بمقتضى الإطلاق فيكشف ذلك عن بطلان الإجارة.

**ثانياً:** لو سلمنا الإطلاق وأنه عليه السلام في صدر بيان كل ما تشتغل به ذمّة الطرفين، فهذه الروايات على عكس مدعى القائل أدل: لا على وفق مدعاه، فإنه لو كان المسؤول عنه هو كل ما تشتغل به ذمّة الأجير وذمّة المؤجر فجواب الإمام عليه السلام بقوله «فهو [أي الأجير] ضامن» دال على ضمان

وأما في الفرض الثالث: وهو ما لو أتى الغير بالعمل لا بقصد التبرع أصلاً، فضلاً عن أن يكون لا عن المؤجر ولا عن الأجير، بل أتى بالعمل بقصد أخذ الأجرة من مالك الثوب، سواء اعتقد أن له ذلك، أم كان يتخيل، أم يعتقد اعتقاداً جازماً أنه هو الأجير، فهل له مطالبة المالك بالأجرة، أو ليس له عليه شيء؟

تقدم ذلك أيضاً<sup>(١)</sup> وقلنا إنه لا يستحق عليه شيئاً، لأن العمل لم يقع بأمر المالك ولا بأذن منه، وإنما صدر هذا العمل من هذا الشخص بلا إجازة من المالك أصلاً، فليس المقام إلا كمن

«الأجير لما أفسده ولاجرة مثل العمل الذي فوته على المؤجر، لأن العمل الذي ملكه المؤجر على الأجير هو مما في ذمة الأجير وقد ملكه عليه المؤجر بالعقد، كما أن الأجرة المسماة في ذمة المؤجر لأنه ملكها عليه الأجير بالعقد، فالجواب جواب للسؤال وهو المفروض عن كل ما تشغل به ذمة الأجير، والعمل مما تشغل به ذمة الأجير فهو ضامن له أيضاً. فهذه الروايات على عكس مدعى القائل دلالتها ليس إلا، وأما نحن فإنما لا نستدل بها لأنها بنظرنا ليست في مقام بيان كل ما تشغل به ذمة الأجير بل عن خصوص ما أفسده، فليس لها بنظرنا اطلاق حتى تدل على ثبوت أجرة المثل للعمل المستأجر عليه بترك الأجير العمل لقوله «فهو ضامن»، فلا تكون دالة على عدم انفساخ الإجازة بترك العامل للعمل.

وثالثاً: مع التنزل عن ذلك أيضاً والقول بثبوت الاطلاق فيها - ونفرض أنها غير دالة على عدم الانفساخ الذي توضح دلالتها عليه على في القول بالإطلاق - نقول: إن هذا الإطلاق المدعى معارض باطلاق ما دل من الأدلة على ملكية المؤجر للعمل المستأجر عليه على الأجير، وملكية الأجير للأجرة المسماة على المؤجر بنفس العقد، سواء أتى الأجير بالعمل أم لا، وسواء أدنى المؤجر الأجرة أم لا، فبعد التعارض والتساقط - إن لم نرجح الاطلاق الثاني - لا دليل على انفساخ الإجازة بترك الأجير العمل، فلا دليل على قول المشهور. ولعل القائل المذكور أشار إلى ما ذكرنا أو بعضه بقوله: فتدبر جيداً.

(١) تقدم ذلك في الواضح ج ٨: ٢٢٩ في المسألة العاشرة [٢٧٦٣]، وفي موسوعة الإمام

[٣٣٧٩] العاشرة: إذا أجره ليوصل مكتوبه إلى بلد كذا إلى زيد - مثلاً - في مدة معينة فحصل مانع في أثناء الطريق أو بعد الوصول إلى البلد، فإن كان المستأجر عليه الإيصال وكان طي الطريق مقدّمة لم يستحقّ شيئاً، وإن كان المستأجر عليه مجموع السير والإيصال استحقّ بالنسبة، وكذا الحال في كلّ ما هو من هذا القبيل، فالإجارة مثل الجعالة قد يكون على العمل المركّب من أجزاء، وقد يكون على نتيجة ذلك العمل، فمع عدم حصول تمام العمل في الصورة الأولى يستحقّ الأجرة بمقدار ما أتى به، وفي الثانية لا يستحقّ شيئاً، ومثل الصورة ما إذا جعلت الأجرة في مقابلة مجموع العمل من حيث المجموع، كما إذا استأجره للصلاة أو الصوم فحصل مانع في الأثناء من إتمامها<sup>(١)</sup>.

بنى جدار زيد، سواء كان زيد جاراً لمن بنى الجدار أم لم يكن، ولم يكن ذلك بأمر من زيد ولا إجارة ولا إجازة، فهو عمل من غير إذن زيد المالك، فلا موجب لاستحقاق شيء له على المالك.

(١) ذكر الماتن رحمته أنه إذا استأجر شخصاً على أن يوصل مكتوبه إلى البلدة الفلانية إلى زيد فحصل مانع في أثناء الطريق، أو بعد الوصول إلى البلدة الفلانية من إيصال المكتوب إلى زيد، فهل يستحق الأجير أجرة أم لا؟

وقبل الدخول في البحث لابدّ أولاً من توضيح محل البحث في كلام الماتن رحمته وإخراج ما هو خارج عن موضوع كلامه.

فنقول: إن الصور المعقولة في المقام أربعة:

الصورة الأولى: أن تكون الإجارة واقعة على الأجزاء على التقسيط عند التحليل، فكل جزء مستأجر عليه مستقلاً، فهو في الحقيقة ضم إجارة إلى إجارة جمعها في مقام الإنشاء بجملة واحدة، كما لو استأجره أن يصوم شهراً عن زيد بثلاثين ديناراً، وهذا هو المتعارف خارجاً عندما لا يكون هناك غرض في الاتصال، كما في المثال الذي مثلنا وهو مثال الصوم، فلو لم يتمكن من ذلك وصام نصفه، فهذا بمنزلة الإجارة المتعددة عن كل يوم بدينار من دون دخل للانضمام والاتصال، فإذا صام خمسة عشر يوماً وعجز عن الباقي استحق من الأجرة بمقدار أجرة خمسة عشر يوماً، وهي خمسة عشر ديناراً، ويتبين بطلان الإجارة في الباقي، لأن المستأجر عليه كل يوم بدينار، وجمع ذلك في جملة واحدة، وإنشأها بإنشاء واحد، وهو قادر على خمسة عشر وأتى

بها، وغير قادر على الباقي فينكشف بطلانه، وهذه الصورة خارجة عن محل كلام الماتن عليه السلام بالكلية.

**الصورة الثانية:** ما إذا كان المستأجر عليه هو نتيجة العمل لا العمل أي إيصال المكتوب إلى زيد، لا الذهاب إلى البلدة الفلانية ولا الوصول إلى زيد إلا على نحو المقدمة لإيصال الكتاب إلى زيد، أو كان المستأجر عليه في الصوم أو الصلاة أو الحج مثلاً هو نتيجة ذلك العمل وهي تفرغ ذمة الميت، فحصل مانع من إيصال المكتوب أو من تفرغ ذمة الميت، أي من اتمام الصوم أو الصلاة بنحو تفرغ به ذمة الميت، أو مات فيما إذا كان نائباً عن الميت في الحج قبل الإحرام ودخول الحرم، فلم تحصل نتيجة العمل المستأجر عليه، فلا يستحق الأجير شيئاً من الأجرة وإن أتى بالمقدمات، لأن المستأجر عليه هو النتيجة لا المقدمات أيضاً، أي إيصال المكتوب إلى زيد وفراغ ذمة الميت فقط، وهما لم يحصلوا، فما استؤجر عليه لم يتحقق، وما تحقق ليس هو المستأجر عليه، فلا يستحق من الأجرة شيئاً، سواء كانت المقدمات الحاصلة هو السير نصف الطريق أم تمام الطريق أم الوضوء أم الغسل ونحو ذلك.

وكذا الصورة الثالثة: وهي ما إذا كانت الإجارة واقعة على عنوان بسيط متنوع من العمل الخارجي لا مترتب عليه، ونعبر عنه بمجموع العمل بما هو مجموع أي بوصف كونه مجموعاً، وكان الملاحظ فيه الهيئة الاتصالية بانضمام بعض أجزائه إلى بعض على نحو القيدية، فإنه لو حصل مانع من تحقق المجموع بما هو مجموع، فلم يصل الكتاب إلى زيد، ولم يتم الصلاة أو الصيام أو الحج عن الميت لمانع من اتمامهما، أيضاً لا يستحق شيئاً من الأجرة، لأن ما وقع لم يكن هو المستأجر عليه، وما هو المستأجر عليه وهو المجموع بما هو مجموع - أي الأجزاء بما هي مقيدة ببعضها - لم يتحقق في الخارج، فإن الماهية بشرط شيء غير الماهية بشرط لا.

وأما الصورة الرابعة: وهي ما إذا كانت الإجارة واقعة على مجموع العمل لكن لا بما هو مجموع كالصورة الثالثة ليكون بسيطاً، بل ذات المجموع الذي لوحظ فيه الهيئة الاتصالية بانضمام بعض أجزائه إلى بعض على نحو الشرطية لا على نحو القيدية، وهو الفارق بين الصورة الثالثة والرابعة، والصورة الرابعة هي المتعارفة خارجاً كما في بيع الشئيين صفقة، فإن المبيع نفس وعين

كل جزء من الشئيين بشرط الانضمام لا بقيد الانضمام ولا مطلقاً، فلو تخلف هذا الشرط وتبين أن أحد الشئيين ليس ملكاً للبائع ولا إجازة مالكه صح البيع فيما يملك، وبطل فيما لا يملك، وثبت الخيار للمشتري لعدم وقوع البيع بإزاء المجموع بما هو مجموع، بل كان بإزاء المجموع لكن لا بما هو مجموع، بل لوحظ الاجتماع فيه شرطاً لا قيداً، فلم يكن عنواناً بسيطاً منتزِعاً، ولا أمراً مترتباً على العمل الذي هو نتيجة العمل حتى يقال: ما وقع بإزاء البيع لم يسلم إلى المشتري، وما سلم إلى المشتري لم يقع عليه البيع، فكذا يقال في الإجارة، فإنه إذا أجره داره سنة باثني عشر ديناراً، أو استأجره على أن يوصل الكتاب إلى زيد في المثل المذكور، فمعنى ذلك أنه أجره الشهر الأول بدينار والثاني كذلك بدينار، وهكذا ولكن بشرط انضمام الأول إلى الثاني وإلى الثالث، وهكذا بنحو أخذ الانضمام شرطاً لا قيداً، وفرضنا أن الشرط لم يتحقق بأن تخلف الانضمام، كما لو حصل مانع يمنع من إتمام السنة وكان مثلاً على رأس الستة أشهر، كما لو جاء السيل وغطى الدار ماءً في الستة أشهر الثانية، أو حصل مانع أثناء الطريق من إيصال الكتاب كأن قامت الحرب بين البلديتين، أو بعد الوصول إلى البلدة الفلانية حصل المانع من إيصال الكتاب إلى زيد، كما لو منعت الدولة من أن يصل أي أحد إلى زيد، فقد تحققت الإجارة بالنسبة إلى الستة أشهر الأولى، أو بالنسبة إلى ما أتى به من الأجزاء قبل فقد شرط الانضمام - وانكشف بطلانها في الباقي لانكشاف أن ما ملكه الأجير فيها كان تملكاً لما لا يملك - واستحق الأجير الأجرة المسماة بالنسبة إلى ما مضى وثبت للمؤجر الخيار، فإن لم يفسخ يستحق الأجير الأجرة المسماة بالنسبة إلى ما أتى به من العمل، وإن فسخ المؤجر استحق الأجير المثل بالنسبة لما أتى به من العمل قبل فقد شرط الانضمام.

إذن فما ذكره الماتن رحمته من الصحة في هذه الصورة واستحقاق الأجير الأجرة المسماة بمقدار ما أتى به من العمل، وهو قبل حصول المانع في الطريق أو بعد الوصول إلى البلدة الفلانية وقبل حصول المانع هو الصحيح، باعتبار أن الأجرة تقسم على الأجزاء لكن لا على نحو الإجارة المستقلة كما هو الحال في الصورة الأولى الخارجة عن محل كلام الماتن بالكلية، بل بما أن الأجزاء فاقدة لشرط الانضمام، ويثبت الخيار للمستأجر وإن لم يتعرض لثبوت الخيار

للمستأجر، وأنه لو فسخ يرجع فيما مضى إلى أجرة المثل لا الأجرة المسماة، إلا أن ما ذكره بالنسبة إلى التقسيط في الأجرة هو الصحيح.

ثم إنه قد توضح أن في الصورة الثانية لا يستحق الأجير شيئاً على المؤجر، لما عرفت من أن المستأجر عليه إنما هو نتيجة العمل وهي لم تحصل، وما حصل ليس هو المستأجر عليه. وكذا لا يستحق الأجير على المؤجر شيئاً في الصورة الثالثة التي لوحظ فيها الانضمام قيداً في متعلق الإجارة، وكانت الإجارة واقعة على المجموع بما هو مجموع، بنحو كان الانضمام مأخوذاً على نحو القيدية - لا الشرطية - وذلك لوضوح أن الماهية بشرط شيء غير الماهية بشرط لا، وما أتى به خارجاً هي الفاقدة للقيد وليست هي المستأجر عليها، والمستأجر عليها وهي التي كان الانضمام فيها قيداً لم يؤت بها، فما استؤجر عليه لم يأت به، وما أتى به لم يكن هو المستأجر عليه، وهذا - أي عدم الاستحقاق في الصورة الرابعة - لا فرق فيه بين أن تكون الأجزاء التي بغير قيد الاتصال في نفسها لها مالية عند العقلاء أو لا - أي كل جزء جزء - فلو صام إلى نصف النهار أو صلى ركعة واحدة ولم يتمكن من الاتمام، فإن ما وقع في الخارج عمل لا مالية له عند العقلاء، فهنا في نفسه لا معنى لرجوع الأجير على المستأجر وأخذ شيء منه، وكذا لو كان له مالية كالاعتكاف عن الميت، فإنه لو صام يومين ولم يتمكن من اتمام الاعتكاف، فإن صوم هذين اليومين في نفسها لهما مالية، لكن الإجارة لم تقع بإزاء ذلك، فالأجزاء بغير قيد الاتصال وإن كانت لها مالية في نفسها، لكن الإجارة لم تقع بازائها، لما تقدم من أن الماهية التي بشرط شيء غير الماهية التي بشرط لا والواجد والفاقد أمران متباينان، والإجارة وقعت بازاء الواجد للاتصال بين الأجزاء وانضمام الثالث إليها، وأما الفاقد له فلم تتعلق به الإجارة، فلا يستحق الأجير على المستأجر شيئاً، فالوجه فيما ذكرنا من عدم الاستحقاق ليس لأجل أن ما وقع في الخارج لا مالية له، فإنه لازم أعم، إذ قد يكون له مالية وقد لا يكون له مالية، بل الميزان في عدم الاستحقاق هو كون ما أتى به فاقداً للقيد - أي لقيد الانضمام - والمستأجر عليه هو المقيد بالانضمام إلى الأجزاء اللاحقة، فما وقع في الخارج لم يقع بإذن المستأجر ولم يكن هو المستأجر عليه، وما هو المستأجر عليه لم يقع في الخارج، فلذا لا يستحق الأجير على المستأجر شيئاً،

[٣٣٨٠] الحادية عشرة: إذا كان للأجير على العمل خيار الفسخ، فإن فسخ قبل الشروع فيه فلا إشكال، وإن كان بعده استحقَّ أجره المثل، وإن كان في أثناهُ استحقَّ بمقدار ما أتى به من المسمّى أو المثل على الوجهين المتقدمين<sup>(١)</sup>.

لا لأجل أن ما وقع في الخارج لا مالية له، بل قد يكون له مالية ومع ذلك لا يستحق الأجير على المستأجر شيئاً<sup>(١)</sup>.

(١) تعرض الماتن رحمته لحكم الخيار فيما إذا كان العقد خيارياً، والخيار إما أن يكون للأجير أو للمؤجر.

### فالبحث إذن في مقامين :

المقام الأول: ما لو كان الخيار للأجير، سواء كان هو خيار الغبن أم بجعل الخيار لنفسه أم نحوهما وفسخ العقد، ففسخه للعقد يكون على صور ثلاثة.

- ١ - إما أن يكون قبل أن يعمل الأجير شيئاً وقبل أن يشرع في العمل الذي هو الخياطة مثلاً، فلا شك في صحة الفسخ وانفساخ العقد والمعاملة لوقوع الفسخ من أهله وفي محله، فلا يستحق كل منهما على الآخر شيئاً، ويفرض العقد كأنه لم يقع من الأول أصلاً، وهذا واضح.
- ٢ - وإما أن يكون فسخه للعقد بعد إتمام العمل، كما لو التفت إلى أنه مغبون بعد اكتمال الخياطة واتمامها ففسخ بخيار الغبن، فطبعاً ترتفع الأجرة المسمّاة وكأن العقد لم يكن، وهو قد

(١) هذا - أي عدم الفرق المذكور في كلام السيد الأستاذ رحمته - تعريض بما ذكره السيد الحكيم رحمته فإنه قال: «فالوجه في عدم تبعيض الأجزاء أن أجزاء الصلاة في ظرف عدم انضمام بعضها إلى بعض لا تقبل المعاوضة، لعدم ترتب أثر عليها حتى عند غير المتعاقدين فلا تكون لها مالية، فتوزيع الأجرة عليها في حال الانفراد يوجب أكل المال بالباطل، وإن لم يكن فرق بينها وبين أجزاء السير في المثال، فإنه إذا استأجره ليصوم من أول النهار إلى آخره، فهو كما إذا استأجر ليسافر من البلد الفلاني إلى البلد الآخر في كيفية ملاحظة الأجزاء، وأنها في الجميع ملحوظة على نحو المجموع لا الجميع، وإنما الفرق بينهما أن أجزاء الصوم ليست موضوعاً لغرض عقلائي في حال انفراد بعضها عن بعض، بخلاف أجزاء السير فقد تكون موضوعاً للغرض وتصح الإجارة عليها في حال الانفراد عن الباقي...» إلخ المستمسك ١٢: ١٢٦ طبعة بيروت.

عمل الخياطة بأمر المستأجر، وإن كان قد ارتفعت الأجرة الموضوعه بازاء ذلك بحكم الشارع، فثبت للأجير أجرة المثل لعمله باعتبار وقوع الخياطة بأمر المستأجر، وهذا واضح، وكما أن الأمر كذلك في البيع فيما لو كان الفسخ بعد تلف العين، فيطالب البائع المشتري بعين ماله، وبما إنه لا يمكن استرجاع العين للتلف فينتقل الأمر لمثلها، فكذا في المقام الفسخ بعد الخياطة يقتضي أن يطالب الأجير بعمله بعد ما ارتفعت ملكية المؤجر للعمل بالفسخ فيطالب الأجير بعمله من المؤجر، وبما أنه غير قابل للرجوع فينتقل إلى أجرة المثل .

٣ - وإنما الكلام فيما لو فسخ أثناء العمل، كما لو أتى بنصف الخياطة والتفت إلى الغبن ففسخ بخيار الغبن مثلاً، ففي مثل ذلك - إذا لم يكن المستأجر عليه المجموع بما هو مجموع، وإلا فسيأتي حكمه<sup>(١)</sup>، ولا فيما إذا كان المستأجر عليه مما يجب اكماله، وإلا فسيأتي حكمه أيضاً<sup>(٢)</sup> - هل يستحق بالنسبة إلى ما وقع من الخياطة مثلاً من الأجرة المسماة بالنسبة، أو يستحق بالنسبة إلى ما وقع من الخياطة من أجرة المثل بالنسبة ؟

وجهان تعرض لهما الماتن فيما تقدم في المسألة الخامسة من الفصل الثالث<sup>(٣)</sup>، وأنه إذا انفسخ عقد الإجارة في أثناء العمل، فبالنسبة إلى ما مضى هل تثبت أجرة المثل أو الأجرة المسماة .

اختار الماتن رحمته فيما سبق ثبوت الأجرة المسماة، واحتمل في آخر كلامه ثبوت أجرة المثل .

وقلنا سابقاً إن الأقوى أن المضمون بالنسبة إلى ما مضى إنما هو أجرة المثل، باعتبار أن

(١) في التعليقة الآتية وهو أنه لا يستحق الأجير شيئاً على المؤجر لو فسخ في الأثناء، كما لو فسخ بعد اليوم الأول من الاعتكاف .

(٢) في التعليقة بعد الآتية وهو أنه يستحق تمام أجرة المثل لو فسخ بخيار الغبن مثلاً، كما لو فسخ بعد يومين من الاعتكاف حيث يجب فيه إكمال اليوم الثالث .

(٣) الرقم العام [٣٢٨٧] الواضح ج ١٠ : ٢٩، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ١٧٥ .

الفسخ يجعل المعاملة كالعدم من أول الأمر، أي من حين الفسخ يحكم بأن العقد من الأول كأنه لم يكن، فإذا فرض أن العقد كأن لم يكن، فلا بد وأن يعطي المؤجر ما تسلمه من الأجير وهو العمل، وحيث لا يمكن له تسليمه قطعاً ينتهي الأمر إلى أجرة المثل فيعطي مثله، وهذا ثابت في البيع أيضاً، فيجب على المشتري أن يردّ على البائع كل ما أخذه منه من العين، فإذا لم يمكن ردّ العين لتلفها مثلاً لا بدّ من ردّ مثلها، فهنا أيضاً كذلك لا بدّ من إرجاع مثل ما تسلمه من الأجير، ومعنى هذا الكلام لا بدية رجوع الأجرة المسماة للمؤجر، ولا بدية رجوع العمل للأجير أي العمل الذي وقع بأمر المؤجر، وبما أنه لا يمكن إرجاع العمل الواقع للأجير فلا بدّ من إرجاع مثله. وذكرنا هناك أن هذا إنما هو في الخيارات التي هي ثابتة بمقتضى الشرع كخيار الغبن ونحوه، وأما في الخيار المجعول من أحدهما كالخيار المجعول من قبل الأجير - كما في المقام - فمقتضى الفهم العرفي أن يكون الفسخ بالنسبة إلى ما سيأتي لا بالنسبة إلى ما مضى، فبالنسبة إلى ما مضى يستحق الأجرة المسماة لا المثل، فإنه لو كان الأجير أجر نفسه مدة سنة لأن يعمل لآخر وجعل لنفسه الخيار، وأنه إذا وجد عملاً أحسن من هذا كماً أو كيفاً أو قيمة أو نحو ذلك يفسخ، أو استأجر دار شخص وجعل لنفسه الخيار إن وجد داراً أخرى أحسن منها كماً أو كيفاً أو قيمة أن يفسخ، فوجد على رأس ستة أشهر أو أقل أو أكثر مثلاً ذلك العمل الذي يريد من حيث الكم أو الكيف أو غيرها، أو تلك الدار التي يريد لأنها أوسع مثلاً يجد راحتها فيها ففسخ، فإن المتفاهم العرفي في ذلك أن الفسخ إنما يكون بالنسبة إلى ما يأتي ليستريح في سكناه مثلاً، لا من أول العقد، بل مع البناء منهم على إضاء ما سبق ومضى فالثابت بالنسبة إلى ما مضى الأجرة المسماة، لا فسخ العقد من أول حدوثه حتى يرجع في الستة الأشهر الأولى إلى أجرة المثل ويأخذها المستأجر من المؤجر المالك للدار، فإن هذا ليس هو المتفاهم العرفي من جعل الخيار<sup>(١)</sup>.

(١) في المستند من موسوعة الإمام الخوئي<sup>عليه السلام</sup> هذه العبارة: «فلو أجر داره إلى سنة بكذا وجعل

﴿ لنفسه الخيار عند ستة أشهر ، فإن معنى ذلك حسب الفهم العرفي وما هو المتعارف بحسب الارتكاز إرادة الفسخ بالنسبة إلى الستة أشهر الباقية ، وإمضاء ما مضى كما مضى والاستحقاق بنسبته من الأجرة المسماة ، لا فسخ العقد من أصله ليرجع فيه إلى أجرة المثل » موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٤٧٨ .

ومن المثل الذي مثلنا به والمثال الذي مثله المقرر في المستند تعرف الفارق بينهما أولاً : من حيث من جعل الخيار له وهو في مثالنا الأجير : وفي مثال مقرر المستند المؤجر ، وإن قال في أول عبارته « وأما الخيار المجمعول من أحدهما كالأجير فما نحن فيه » إلا أن مثاله مثال للخيار المجمعول من قبل المؤجر لا الأجير ، أي من قبل صاحب الدار لا من قبل من استأجرها . نعم يمكن أن يكون من قبل المؤجر أيضاً وذلك فيما إذا عكسنا المثال ، كما إذا قال المؤجر للدار آجرتك الدار إلى سنة بالف دولار وجعلت لنفسي الخيار في الفسخ ، فإنه لو وجد مستأجراً يؤجرها بأكثر مما آجر بها الدار ، كأن يؤجرها بالف دولار في السنة أو بألف دولار في ستة أشهر . أو يقول : إذا وجدت شخصاً غيرك عدد أفراد عائلته أقل منك فلي حق الفسخ . فالخيار المجمعول إنما هو من المؤجر لا من الأجير . إلا أن المثال المذكور في محل البحث هو ما اعترف به المقرر ، وهو العقد الذي قد جعل فيه الأجير الخيار لنفسه . لا المؤجر جعل الخيار لنفسه .

وثانياً : أن الفهم العرفي الذي هو المراد للسيد الأستاذ رحمته من هكذا شروط ليس هو الشرط المقيد إلى ستة أشهر كما مثل به مقرر المستند ، بل الشرط الذي يريد الأجير فيه السكنى مثلاً في دار أحسن منها كماً أو كيفاً أو حتى قيمة ، حيث إنه مثلاً لا قدرة له على دفع هذا المقدار من الأجرة ، ومعنى ذلك أنه متى ما وجد هكذا دار فيريد السكنى فيها بقية السنة ، لا أنه يريد البقاء في الدار الأولى إلى أن يأتي رأس السنة أشهر حتى يحق له الفسخ ، فإن هذا الشرط ليس هو الذي له هذا المتفاهم العرفي . بل الذي له هذا المتفاهم العرفي هو الذي قلنا والذي لم يحدد بما بعد الستة أشهر .

وثالثاً - وهو الأهم : أن جعل الخيار له عند ستة أشهر بالنسبة لمن استأجر الدار سنة كما في

وذكرنا أيضاً<sup>(١)</sup> أن القول بأن الخيار والفسخ لا يمكن بالنسبة إلى نصف العقد ، لأن العقد هو عقد واحد متعلق بالمجموع ، فاما أن يتعلق به بمجموعه أو لا يتعلق به بمجموعه ، وأما أنه يتعلق بالنصف منه دون النصف مع العلم أنه عقد واحد أو في البعض دون البعض فغير ممكن ، فكيف يمكن أن يتعلق الفسخ ببعضه دون بعضه الآخر .

قول صحيح ولم يتعلق الفسخ هنا ببعضه دون بعضه ، لأن العقد على ما ذكرنا في الصورة الأولى من صور المسألة المتقدمة ينحل إلى عقود متعددة لو لم يكن لوصف الاجتماع مدخلية فيه كما في المقام ، أي ليس لوصف الاجتماع مدخلية فيه ، فإن قوله أجرتك الدار سنة باثني عشر ديناراً ، أو في مثل الصلاة عن الميت سنة باثني عشر ديناراً - أو أجرتك لصوم قضاء شهر مثلاً بثلاثين ديناراً - بمنزلة قوله أجرتك الشهر الأول بدينار وأجرتك الشهر الثاني بدينار وأجرتك الشهر الثالث بدينار وهكذا إلى الشهر الثاني عشر ، أو أجرتك على قضاء صوم اليوم الأول بدينار والثاني بدينار والثالث بدينار وهكذا إلى يوم الثلاثين من الشهر ، وأنها اجارات متعددة جمعها في مقام الانشاء بجملة واحدة ، فمع جعل خيار الشرط لأحدهما ، فله أن يفسخ الإجارة السابعة أو قبلها<sup>(٢)</sup> أو بعدها<sup>(٣)</sup> ، فإذا انفسخت الإجارة السابعة وما بعدها فليس هذا فسخاً

﴿ عبارة مقرر المستند هو عدم جعل الخيار له في الستة أشهر الأولى ، ومحل البحث كما يظهر من العبارة التي ذكرناها نحن ما لو جعل من استأجر الدار من صاحبها الخيار لنفسه ففسخ عند الستة أشهر الأولى مثلاً ، فهل بالنسبة لما مضى يستحق عليه صاحب الدار المثل أو المسمى ، وليس في ذلك التقييد بجعل الخيار لنفسه عند ستة أشهر .

(١) مراراً منها : في المسألة المتقدمة في الصورة الأولى منها ، الواضح ج ١١ : ٤٩ وفي المسألة الثانية عشرة الآتية الرقم العام [٣٤٧١] . من كتاب المضاربة من الواضح في شرح العروة ج ١٢ . (٣٢) أي يفسخ الإجارة التي تكون قبل الإجارة السابعة حينما يكون فيها - في شرط الخيار المجعول - كما لو كان في إجارة اليوم الخامس فيفسخه وما بعده ، وكذا قوله أو بعدها أي يفسخ الإجارة التي يكون هو فيها وهي اليوم العاشر مثلاً فيفسخه وما بعده . وأما أنه وهو في

إلا إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع<sup>(١)</sup> فلا يستحق شيئا.

لنصف العقد حتى يقال إن العقد عقد واحد تعلق بالمجموع ، فإما أن يتعلّق الفسخ به كله أو لا يتعلّق به كله ، بل هو فسخ مثلاً للعقد السابع وما بعده ، لما عرفت من أن المتفاهم العرفي في امثال هذه الخيارات تأثير الفسخ فيها من حين صدوره لا من أول العقد ، فليس له الرجوع بالنسبة للشهور الماضية إلى أجرة المثل ، بل لا بدّ وأن يعطي الأجرة المسماة لها<sup>(٤)</sup> .

**والنتيجة :** أنه في الصورة الثالثة في المقام وهي ما لو كان الفسخ في أثناء العمل يفصل بين ما إذا كان الفسخ بغير خيار الشرط كما لو كان بخيار الغبن ونحوه فالثابت بالنسبة إلى المدة الماضية فيه - وهي الستة أشهر الأولى - أو نصف العمل الماضي هو أجرة المثل ، وأما لو كان الفسخ بخيار الشرط فالثابت في نصف العمل الماضي أو الستة أشهر الأولى هو الأجرة المسماة .  
(١) ثم إن الفسخ في أثناء العمل المتقدم في الصورة الثالثة من الصور المتقدمة في التعليقة السابقة والذي يقتضي في صورة الفسخ استحقاق شيء أما المثل للمدة السابقة أو المسمى ، فإن

﴿اليوم العاشر فيفسخ إجارة الخمسة أيام الأولى فلا ، لأنه ليس هو المتفاهم العرفي في شرط الخيار في الفسخ المجعول في المقام . ويفسخ الإجارة التي تكون قبل الإجارة السابعة حتّى وإن لم يكن فيها ولكن في الخيارات الثابتة في الشرع كخيار الغبن ، فإنه وإن كان في اليوم السابع يتمكّن من فسخ الإجارة من اليوم الأوّل ، لأنه ليس المتفاهم العرفي في الخيارات المجعولة بأصل الشرع تعلق الفسخ بما هو فيه من الإجازات وما بعده فقط ، بخلاف شرط الخيار المجعول من أحدهما .

(٤) في تعبير المقرر في المستند : «فإن قلت : العقد الواحد لا يتبعض ، فكيف يمكن تعلق الفسخ بالبعض من متعلّقه دون البعض» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٤٧٨ . مسامحة واضحة ، فإن الفسخ كما تقدم في المسألة الثامنة [٣٣٧٧] لا يمكن أن يكون متعلّقه متعلّق العقد التي هي العين أو نحوها ، وإنما متعلّقه العقد نفسه ، فلذا يكون في الخيارات الثابتة بمقتضى الشرع - لا في جعل الخيار - حلاً للعقد من حينه أي من حين العقد ورافعاً إيجابه عن قبوله وفاضلاً للعقدة الحاصلة من العقد ، فيصبح وكأن العقد لم يكن أما بقاءً أو كأنه لم يكن من الأوّل حدوداً على الخلاف ، لا أن الفسخ يتعلّق بمتعلّق العقد التي هي العين في البيع مثلاً كما هو واضح .

وإن كان العمل ممّا يجب إتمامه بعد الشروع فيه كما في الصلاة بناءً على حرمة قطعها ،  
والحجّ بناءً على وجوب إتمامه فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل أو لا ؟ وجهان ، أوجههما  
الأوّل<sup>(١)</sup> .

كان الفسخ بنظرنا بخيار الغبن استحق المثل ، وإن كان الفسخ بخيار الشرط استحق المسمى ، إنما  
هو في فرض ما لو كان الفسخ في أثناء العمل يوجب أن يستحق الفاسخ شيئاً ، وهو في غير  
صورة ما لو كان المستأجر عليه هو المجموع بما هو مجموع ، وأما لو كان المستأجر عليه هو  
المجموع بما هو مجموع ففسخ في الأثناء ، فلا يستحق شيئاً حتّى يقال إنه المثل أو المسمى أو  
يقال بالتفصيل ، لأنه لو كان المستأجر عليه هو المجموع بما هو مجموع ، فالمستأجر عليه أمر  
واحد بسيط منتزع من مجموع الاجزاء كالاكتكاف ، فلو تبين له بعد يوم من الاعتكاف<sup>(١)</sup> أنه مغبون  
فسخ فلا يستحق لما مضى منه شيئاً حتّى يتنازع فيه في أنه المثل أو المسمى أو يقال بالتفصيل ،  
لأن اليوم الواحد من الاعتكاف لم يستأجر عليه ، والمستأجر عليه لم يتحقق في الخارج ، فلا  
يستحق الفاسخ حينئذٍ - وإن كان في أثناء العمل - على المؤجر شيئاً ليتحقق موضوع النزاع من  
ثبوت أجرة المثل أو المسماة أو التفصيل .

(١) ثمّ تعرض الماتن رحمته إلى ما لو كان العمل مما يجب إتمامه كما في الحج ، فإنه إذا أحرم  
يجب عليه الإتمام لقوله تعالى : ﴿ وَاتَّمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ أو في الصلاة بناءً على حرمة

(١) لا بعد يومين ، لأنه لو فسخ بعد يومين لا يكون من محل البحث ، لأنه يكون بمنزلة الفسخ  
بعد العمل بعد أن يأتي باليوم الثالث لوجوبه عليه ، ولو بعد الفسخ ، ولذا لا معنى لقول مقرر  
المستند : « وقد فسخ في الأثناء فلا يستحق حينئذٍ لما مضى أي شيء كما لو فسخ بعد صوم  
يوم منه » المستند ، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٤٧٩ ، لأنه جعل الفسخ في الأثناء كبرى ولها  
عدة أفراد فتمثّل لنا بفرد واحد وهو الفسخ بعد اليوم الأوّل ، والحال إن هذه الكبرى ليس لها إلا  
فرد واحد وهو الفسخ بعد اليوم الأوّل ، فلا بد من ذكره هو لا تلك الكبرى ثم التمثيل به ، إذ  
ربما يشكل على السيد الأستاذ رحمته بدعوى أن ما ذكره مثال ، وعليه فلا يكون الكلام تاماً ، لأنه لو  
فسخ بعد يومين فليس أنه لا يستحق شيئاً ، بل يستحق أجرة المثل . فالمتعين القول الذي  
نقوله وهو لو فسخ بعد يوم من الاعتكاف ، لا أنّه فسخ في الأثناء .

قطعها<sup>(١)</sup>، أو في الاعتكاف إذا صام يومين حيث يجب اليوم الثالث أيضاً، فإذا فرض أنه فسح أثناء الحج حيث يجب عليه اكماله أو بعد يومين من الاعتكاف حيث يجب عليه الثالث، فهل ١ - يستحق الفاسخ جميع أجره المثل باعتبار أن الفسخ هذا بمنزلة الفسخ بعد العمل، لأن باقي العمل لا بد وأن يأتي به حتى لو فسح، فلا بد له من اتمام الحج حتى لو فسح، ولا بد من اتمام الاعتكاف وإن فسح. أو ٢ - أن هذا الفسخ فسح في أثناء العمل، فإن كان الملحوظ هو المجموع بما هو مجموع ومن حيث هو مجموع فلا يستحق الفاسخ شيئاً، وإلا استحق بالنسبة إلى ما مضى من أجره المثل أو من الأجرة المسماة على الخلاف المتقدم.

ذكر الماتن رحمته أن فيه هذين الوجهين اللذين ذكرناهما، وقال: إن أوجههما في مثل ذلك هو أن الفسخ هذا بمنزلة الفسخ بعد العمل وإن أتى ببعضه بعد الفسخ، فيستحق تمام أجره المثل. وهو الصحيح: وذلك لما ذكرناه في بحث الحج<sup>(٢)</sup> فيما لو بذل الزاد والراحلة لشخص فأحرم ذلك الشخص ثم رجع الباذل عن بذله بناءً على جواز الرجوع كما هو الصحيح، إذ ليس هنا أي ملزم للزوم البذل على الباذل حتى بعد الإحرام، فلو رجع الباذل عن بذله يجب على المبدول له اتمام الحج إذا كان قادراً على مصارف ما بقي من أعمال الحج، نعم لو لم يكن قادراً عليها كذلك ينكشف بطلان الحج لعدم الاستطاعة فيكون إحرامه كلا إحرام، وأما لو كان مستطيعاً بالنسبة إلى ما بقي من العمل فهو مستطيع يجب عليه الاكمال والإتمام وإن رجع الباذل عن بذله،

(١) تقدم في كتاب الصلاة أنه لا دليل على وجوب اتمام الصلاة وحرمة قطعها، موسوعة الإمام الخوئي ١٥: ٥٢٣ - ٥٢٨، وذكر ذلك السيد الأستاذ رحمته في الحج موسوعة الإمام الخوئي ٢٦: ١٤٢، الواضح ١: ١٧٦.

(٢) في المسألة ٤١ [٣٠٣٨] من الواضح في شرح العروة ج ١: ١٧٥ - ١٧٦، وفي موسوعة الإمام الخوئي ٢٦: ١٤٢. وتقدم أيضاً في شرح المناسك في موسوعة السيد الأستاذ رحمته ٢٨: ٦١ - ٦٢، لا في شرح العروة ٢٨: ٦١ - ٦٢ كما علقه المعلق على موسوعة السيد الأستاذ رحمته، نعم ذكره السيد الأستاذ رحمته في شرح العروة ولكن في ج ٢٦: ١٤٢، وأما ج ٢٨ فهو شرح المناسك لا شرح العروة.

هذا إذا كان الخيار فورياً كما في خيار الغبن إن ظهر كونه مغبوناً في أثناء العمل وقلنا : إن الإتمام منافٍ للفورية ، وإلا فله أن لا يفسخ إلا بعد الاتمام<sup>(١)</sup> ، وكذا الحال إذا كان

ولكن بما أن هذا العمل الذي يجب اتمامه قد وقع بإذن من البازل وبأمر منه فهو يوجب الضمان ، وثبوت الضمان بالأمر بالشيء ثابت بالسيرة العقلانية ، إذ المفروض أنه لم يقع العمل تبرعاً ، ولم تكن قرينة على أن الأمر بعنوان التبرع ، فالأمر في نفسه من موجبات الضمان ، ولا فرق في بناء العقلاء بين ما لو كان إكمال العمل تكوينياً أو تشريعياً ، فكما لو عمل عملاً وكان لا بد له من إكماله تكويناً كما إذا أمره بدخول البحر لأخذ متاع - مثلاً - فطبعاً الدخول وأخذ المتاع الأمر ضامن له ، وكذا الخروج لأن الدخول يتوقف على الخروج الذي به يتم العمل ، لأنه لا يمكن أن يبقى في البحر إلى الأبد ، فالخروج تابع للدخول لا محالة ، فكما أن الأمر ضامن للأمر بالدخول هو ضامن للأمر بالخروج أيضاً ، أي ضامن للأمر بإكمال العمل ، فكذا فيما لو أمر بعمل وكان لا بد من اكماله تشريعاً هو موجب للضمان بالسيرة العقلانية ، حيث إن الواجب الشرعي كالواجب العقلي ، ولذا قلنا إن المتمكن من إكمال الحج إذا رجع البازل عن بذله ، فكل ما يصرفه المتمكن من إكمال الحج في سبيل إكمال الحج وإتمامه يرجع به على البازل ، حيث إن البازل هنا ضامن للأمر الذي أمره به وقيام السيرة العقلانية على الضمان به .

وعلى ذلك يترتب ما ذكره الماتن هنا من أنه إذا التفت الأجير بعد الإحرام إلى الغبن في الإجارة ، أو التفت إلى الغبن بعد صوم يومين من الاعتكاف ففسخ العقد ، فهو وإن وجب عليه إكمال الحج وإكمال الاعتكاف ، إلا أنه بما أن الحج أو الاعتكاف وقع بأمر المستأجر فيجب على الأمر أجره المثل ، وهو معنى أن الفسخ في الأثناء هنا كان كالفسخ بعد العمل ، أي كما أنه لو التفت إلى الغبن بعد العمل ففسخ يكون الثابت له أجره المثل ، فكذا لو التفت إلى الغبن بعد الإحرام أو بعد يومين من الصوم في الاعتكاف ففسخ يكون هذا الفسخ كالفسخ بعد الحج أو الاعتكاف من حيث استحقاقه أجره المثل ، لأن العمل وقع بأمر المستأجر ، وهذا الحكم على القاعدة .

(١) ثم تدارك الماتن رحمته وقال : إن ما ذكرنا من أن حكم الفسخ في الأثناء حكم الفسخ بعد العمل فيما إذا كان العمل مما يجب إكماله إنما هو فيما لو كان الخيار فورياً كخيار الغبن ، وكان

الخيار للمستأجر<sup>(١)</sup>، إلا أنه إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع وكان في أثناء العمل يمكن أن يقال: إن الأجير يستحق بمقدار ما عمل من أجره المثل، لاحترام عمل المسلم خصوصاً إذا لم يكن الخيار من باب الشرط.

الإتمام والإكمال منافياً للفورية، وأما لو يكن الخيار فورياً - كما لو فرضنا أن خيار الغبن ليس فورياً - أو كان الإتمام والإكمال لا ينافي الفورية، فهنا له أن يتم العمل ثم يفسخ بعد ذلك ويرجع إلى أجره المثل بلا إشكال، ولا يوقع نفسه في الإشكال من هذه الجهة، وحينئذ يرتفع موضوع البحث في أن الفسخ في الأثناء حكمه حكم الفسخ بعد العمل أو لا، والذي اخترنا فيه تبعاً للماتن رحمته أن حكمه حكم الفسخ بعد العمل.

هذا كله فيما لو كان الخيار للأجير.

وأما لو كان الخيار للمؤجر لا للأجير فهو الآتي في المقام الثاني في التعليقة الآتية.

(١) المقام الثاني: ما لو كان الخيار للمؤجر، فذكر الماتن رحمته أن جميع ما ذكرناه في فسخ

الأجير يجري في فسخ المؤجر أيضاً من أنه:

١- إذا كان الفسخ قبل العمل فلا يجب على كل منهما شيء.

٢- وإن كان الفسخ بعد العمل كما لو التفت إلى أن المعاملة غبنية بعد العمل - كما لو كان

العمل يسوى عشرة دنانير فاستأجره بمائة دينار - ففسخ، فلا يستحق الأجير على عمله إلا أجره المثل وهي عشرة، لا الزائد وهي مائة دينار.

٣- وإن كان الفسخ في أثناء العمل فيستحق الأجير بالنسبة إلى ما مضى من العمل المثل أو

المسماة على الخلاف هناك، وقلنا إن الصحيح هو استحقاق أجره المثل، وإن كان الماتن رحمته اختار استحقاق الأجر المسماة.

وقال الماتن رحمته: وإنما يختلفان في صورة واحدة وهي ما لو وقعت الإجارة على المجموع

المركب بما هو مجموع، كما في الاعتكاف فصام الأجير يوماً واحداً، والتفت المؤجر إلى أن المعاملة غبنية ففسخ، حيث إنه لو كان حق الفسخ للأجير ففسخ قلنا فيما تقدم لا يستحق الأجير

أي شيء على المؤجر، لأن المعاملة وقعت على المجموع من حيث هو مجموع وهو لم يأت به، وما أتى به لم تقع الإجارة عليه. وأما لو فرضنا أن حق الفسخ للمؤجر لا للأجير ففسخ المؤجر

بعد يوم من الاعتكاف لأجل الغبن، ففي مثل ذلك هل هو مثل فسخ الأجير في عدم الاستحقاق،

أو يجب على المؤجر أداء أجرة المثل بالنسبة لصوم يوم واحد<sup>(١)</sup> باعتبار أن عمل المسلم محترم، والمؤجر هو الذي فوت على الأجير هذا العمل، لأنه بفسخه - سيما في الخيار الأصلي كخيار الغبن لا الخيار المجعول - منعه من إتمام العمل، فيستحق الأجير أجرة المثل لأنه عمل محترم، وهذا هو الذي اختاره الماتن رحمته.

**ولا نعرف لما ذكره الماتن رحمته وجهاً صحيحاً**، لأن الذي تقتضيه قاعدة الاحترام أنه لا يمكن الاستيلاء على مال الغير باستيفاء أو باتلاف أو غيره مجاناً من غير إذنه، لا أن كل ما يتلف من أحد يلزم على شخص آخر أن يتداركه وإن لم يأمر به، فإن هذا لا يستفاد من قاعدة الاحترام، بعد فرض أن ما وقع في الخارج لم تقع عليه الإجارة، ولم يجعل بازاء هذا العمل شيء من الأجرة، وإنما الأجرة وقعت بإزاء ذلك العمل البسيط الذي هو المجموع من حيث هو مجموع والذي لم يتحقق، وإن كان للمستأجر خيار وأعماله لم يتمكن الأجير من إتمام العمل فارتفع موضوع الاستحقاق، فهو في الحقيقة ليس تفويتاً للمنفعة على الأجير، أي لا أنه لم يمكنه من إتمام العمل وفوت عليه ماله ليستحق أجرة، بل إن الأجير نفسه اتلف ماله إذ لا أمر له به، وما أتى به لم يكن بأمر من المؤجر، فأى مقتضى لأن يضمنه له المؤجر؟ وكيف يرتبط هذا بقاعدة احترام

(١) لا بيومين، لأنه حينئذٍ يجب عليه الاكمال ويستحق حينئذٍ أجرة المثل، فيخرج عن محل البحث. ومن ذلك تعرف ما في المستند حيث يقول: «ولا فرق إلا في صورة واحدة وهي ما إذا كان المستأجر عليه العنوان البسيط الانتزاعي، أعني المجموع من حيث هو مجموع - كالاعتكاف - وقد فسخ في الاثناء، فإنه يفترق عما مرّ في أنّ الفاسخ إن كان هو الأجير لم يستحق شيئاً، لما عرفت من أن ما وقع لم يكن مورداً للإجارة، وما كان مورداً لها لم يقع» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٤٨٤، فإن قول (المقرر) رحمته «وقد فسخ في الاثناء يشمل الفسخ بعد يوم واحد أو بعد يومين، والحال إن الداخل في البحث هو الفسخ بعد يوم واحد، لأنه إذا فسخ المؤجر أو الأجير بعد يومين فحيث يجب اكمال الاعتكاف يختلف الحكم، ويكون الأجير مستحقاً لأجرة المثل على كل تقدير بعد أن يأتي باليوم الثالث الواجب عليه، ويخرج عن محل كلام الماتن رحمته الذي فرق فيه بين فسخ المؤجر وفسخ الأجير.

[٣٣٨١] الثانية عشرة: كما يجوز اشتراط كون نفقة الدابة المستأجرة أو العبد والأجير المستأجرين للخدمة أو غيرها على المستأجر إذا كانت معيّنة بحسب العادة أو عيّاها على وجه يرتفع الغرر، كذلك يجوز اشتراط كون نفقة المستأجر على الأجير أو المؤجر بشرط التعيين أو التعيّن الرافعين للغرر، فما هو المتعارف من إجارة الدابة للحجّ واشتراط كون تمام النفقة ومصارف الطريق ونحوها على المؤجر لا مانع منه إذا عيّنوها على وجه رافع للغرر<sup>(١)</sup>.

مال المسلم؟ بل هذا مما اتلفه الأجير على نفسه، وما يتلف على شخص لا يجب على الآخر تداركه، وليس هو معنى قاعدة احترام مال المسلم كما عرفت.

وعليه فلا مقتضى للاستحقاق سواء كان الفسخ من الأجير كما سبق، أم كان الفسخ من المؤجر كما هو في محل الكلام.

(١) ذكر الماتن رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه يجوز أن يؤجر الإنسان عبده أو دابته أو سيارته من شخص ويشترط المؤجر المالك أن تكون نفقة الدابة أو العبد أو السيارة على المستأجر الذي استأجر الدابة أو العبد أو السيارة، كما يجوز العكس، بأن يشترط المستأجر الذي يستأجر دابة أو عبداً أو سيارة أو نحوها أن تكون نفقات هذه كلها على مالكةا الذي هو المؤجر، فما هو المتعارف في سفر الحج ونحوه من أن الإنسان حينما يستأجر دابة أو عبداً أو سيارة أو نحوها ويشترط مالكةا المؤجر لها أن تكون نفقة العبد أو الدابة من المأكل والمشرب ونحوهما أو ما تحتاج إليه السيارة من الوقود والزيوت ونحوها عليه - أي على المستأجر - لا على مؤجرها ومالكها، لا مانع من ذلك كله في الفرضين، والمهم الأول أي اشتراط المؤجر المالك على المستأجر نفقة الدابة أو السيارة فيما لو كانت هذه الأمور أي النفقة ونحوها مضبوطاً معيّنًا بحيث لا يكون غرراً، أو كانت لها عادة في الخارج، وهو الصحيح، إذا لا فرق في نفوذ الشرط بمقتضى عموم أدلة نفوذه بين صورة كون النفقة معينة مضبوطة أو كان لها تعارف وعادة في الخارج، إذ لا يعتبر التعيين في مقابل الجهالة من جميع الجهات، فإن الزيادة والنقيصة المحتملة مما جرت العادة بالمسامحة فيها ولا توجب غرراً، فإنه من المتعارف أن يستأجر أحداً لأن يحمله إلى بلد آخر للطبابة أو للتعليم أو غير ذلك من المقاصد ويشترط المؤجر المالك للعبد على المستأجر له من قبل مالكة

أن تكون نفقة الحامل على المستأجر، ويكفي فيها النفقة المتعارفة، والزيادة والنيقصة المحتملة مغفرة بحسب العادة وعند العقلاء. وهذا أمر متعارف بين الناس لسفر الحج أو نحوه من السفر إلى زيارة إلى المشاهد المشرفة أو غيرها، فإن الحملدارية الذين هم أجراء على حمل الإنسان بسيارة أو طائرة أو باخرة أو بأي شيء حامل وناقل إلى بلد خاص بأجرة معينة، ويشترط عليه الناس أن تكون نفقاتهم عليه في هذا السفر من المكان أو الأكل أو التنقلات ونحوها، والحملدارية يقبلون بذلك ويتعهدون بكافة نفقات الحجاج أو الزوار أو المسافرين إزاء أجرة معينة فيما إذا كانت هذه النفقات معلومة معينة مطبوعة بحيث لا تكون غريبة، أو كانت لها عادة في الخارج بحيث كانت أمراً متعارفاً، مع اختلاف النفقات بالزيادة والنيقصة المحتملة باختلاف السنين والأماكن وعوارض السفر وطوائره وما شابه ذلك، وهذا مما جرت سيرة العقلاء بالمسامحة فيه وكونه أمراً متعارفاً وعدم ايجابه أي غرر، ولا دليل على رفع الجهالة بقول مطلق<sup>(١)</sup>.

(١) وقد يقال: إن الزيادة والنيقصة المتعارفة لا إشكال في عدم ايجابها أي ضرر للدليل على ذلك، وهو أن الجهالة في الشرط ليست جهالة في ركني العقد، أي ليست جهالة في العوضين، فلا تكون مورداً للإجماع على عدم جواز الجهالة في العقد، ولا دليل على لزوم المعلوماتية من جميع الجهات حتى الشرط فيما إذا كان العرف متسامحاً فيه، وقد جرت سيرتهم عليه فلا يمنع منه مانع، والدليل على صحته وهو سيرة العقلاء قائم ودال، فنرى أنهم يتسامحون في ذلك، كما في الضريبة التي تشترط أن يدفعها المستأجر في زماننا هذا، وهي قد تزيد وقد تنقص بما يتسامح فيه، ولا يكون موجباً للغرر، وإن ناقش في ذلك بعض ومنعه آخرون على ما تقدم في أول مسألة من مسائل الختام [٣٣٧٠]. موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٤٥٤، بل قد يحتمل تحمّل حتى الزيادة والنيقصة غير المتعارفة والتي لا يتسامح بها العرف، كما لو زادت النفقات بمقدار الضعف أو الضعفين، والتي تكون مضرّة بالأجير استناداً إلى ما ورد من اطلاق الروايات الدالة على صحة اشتراط الخراج على المستأجر، وكذا اطلاق الروايات الدالة على صحة اشتراط الخراج على الزارع للأرض في المزارعة الشامل لما إذا

كانت الزيادة في الخراج غير متعارفة .

فمما ورد في المزارعة صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها ، وما كان من فضل فهو بينهما ؟ قال : لا بأس» الوسائل ج ١٩ : ٤٥ باب ١٠ من أبواب المزارعة والمساقاة ح ٢ . ومن طبع الخراج أن يزيد وأن ينقص .

ومما ورد في الإجارة صحيحة داود بن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام : «في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم ، وربما زاد وربما نقص ، فيدفعها إلى الرجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم في السنة ، قال : لا بأس» الوسائل ج ١٩ : ٥٧ باب ١٧ من أبواب المزارعة والمساقاة ح ١ ، فانهما مطلقتان من حيث كون الخراج على الزارع أو المستأجر ، وهو - أي الخراج - بطبعه قد يزيد وقد ينقص ، وصرح بذلك في صحيحة داود . ومقتضى اطلاقهما أنه لا بأس به سواء كانت الزيادة أو النقصية معتداً بها عند العقلاء وموجبة للضرر على المؤجر أو الزارع أم لا .

ولكن أقول : أولاً : الاشكال في نفس اطلاق الروايات المتقدمة من جهة أن في الخراج عند العرف من حيث الزيادة والنقصية قدراً متيقناً ، فمثلاً لو كان الخراج ٧٠ ديناراً ، فقد يزيد بخمسة أو عشرة أو خمسة عشر أو عشرين أو غايته ثلاثين ، ولا يكون أكثر من مائة جزءاً ، كما أنه قد ينقص بخمسة أو عشرة أو خمسة عشر أو عشرين ، ولا يكاد ينقص عشرين جزءاً كما هو الحال في الضريبة المجمولة على الدور في زماننا ، فإنه لا تكاد تزداد في السنة عن نسبة النصف جزءاً ، ففي مثل ذلك هذا القدر المتيقن في الزيادة أو النقصية مانع من انعقاد الاطلاق في الروايات بنحو تشمل ما لو كان الزيادة في الخراج الضعف أي إلى مائة وأربعين ديناراً ، فلا اطلاق في الروايات .

وثانياً : على فرض الاطلاق فلو لم نحتمل الخصوصية للخراج لكان الأمر كما احتتمل ، لا تكون الزيادة والنقصية في النفقات حتى غير المتعارفة مضرة ، إلا أن احتمال الخصوصية للخراج يمنع من شمول الصحيحتين للمقام ، والأحكام تعبدية ، فيقتصر فيما خالف الأصل

[٣٣٨٢] الثالثة عشرة: إذا أجر داره أو دابته من زيد إجارة صحيحة بلا خيار له ثم أجرها من عمرو كانت الثانية فضوليّة<sup>(١)</sup>، موقوفة على إجازة زيد، فإن أجاز صحّت له ويملك هو الأجرة فيطلبها من عمرو، ولا يصح له إجازتها على أن تكون الأجرة للمؤجر، وإن فسخ الإجارة الأولى بعدها، لأنّه لم يكن مالكاً للمنفعة حين العقد الثاني، ومملكته لها حال الفسخ لا تنفع إلا إذا جدّد الصبغة، وإلا فهو من قبيل من باع شيئاً ثم ملك.

(١) إذا أجر داره من زيد هذه السنة مثلاً إجارة صحيحة وبعد ذلك أجرها من عمرو هذه السنة أيضاً نفسها، فطبعاً تكون الإجارة الثانية فضولية وواقعة على ملك غيره، بعد وضوح انتقال منفعة الدار هذه السنة إلى زيد، ولا بدّ وأن يفرض أنه ليس للمؤجر خيار الفسخ لكي لا يقال: أنه بالإجارة الثانية فسخت الأولى، وملك بالفسخ ما كان مالكاً له وانتقل عنه ثم رجع إليه بالفسخ، بل المفروض في هذه المسألة أنه لا خيار للمؤجر، فلا شك تكون الإجارة الثانية واقعة على ملك زيد لا على ملك المؤجر، وإن كانت العين ملكاً للمؤجر إلا أن المنفعة ملك لزيد، فلا شك تكون الإجارة من عمرو فضولية، وبما أن المؤجر أجرها لنفسه لا من قبل المستأجر فيدخل في باب بيع مال الغير لنفسه كما في الغاصب.

وفيه كلام طويل تعرض له الشيخ الأنصاري في باب بيع الفضولي<sup>(١)</sup>، وأن بيع الغاصب قابل للإجازة له - أي للغاصب - أو لا، أي هل إن إجازة زيد البيع للمؤجر تنفع في ملكية المؤجر للثمن أو لا؟. وذكره<sup>(٢)</sup> أن المعاملة قائمة بالعوض والمعوض في البيع وغيره، غاية الأمر في الإجارة أحد الطرفين منفعة وفي البيع كلاهما عين، وإلا فحقيقة المعاوضة مبادلة بين شيئين وكون أحدهما قائماً مقام الآخر، وأما خصوصية المالك فلا أثر لها في البيع، فبيع الغاصب لنفسه لا دخل له في البيع، لأن البيع هو المبادلة كما عرفت بين الشيئين عينين كانا أو عيناً ومنفعة، وأما أن مالك هذه العين أو مالك هذه المنفعة من هو فهو خارج عن حقيقة المبادلة سواء كانت بيعاً أم

على المتيقن، وهي الزيادة أو النقصان المتعارفة والتي يتسامح فيها العرف في النفقات، فإنه هو الذي جرت عليه سيرة العقلاء ولا يوجب الغرر، وأما غيره فلا دليل عليه، ولا شك في أنه يوجب كون المعاملة غررية.

(١) المكاسب ٣: ٣٧٦ وما بعدها. طبع المؤتمر العالمي.

إجارة ، فإذا فرض أن الغاصب باع المغصوب له - أي لنفس الغاصب - وقصد أن يكون الثمن له ، يكون هذا القصد لغواً ، وإذا أجاز المالك كان الثمن ملكاً للمالك المجيز .

وفي مقامنا الأمر كذلك ، فإنه إذا فرضنا أن المنفعة كانت لغير المؤجر كما هو المفروض ، لأنها ملك لزيد بالإجارة الأولى ، فإذا أجرها المؤجر أي المالك الأول لها أجرها إلى مستأجر ثانٍ وهو عمرو فقد ملك في الحقيقة ما هو ملك الغير لعمرو ، وإن كانت العين له إلا أن المنفعة إنما هي للمستأجر الأول وهو زيد ، والمؤجر ملكها فضولاً لعمرو ، فإذا أجاز ذلك المستأجر الأول - وهو زيد - يكون الثمن داخلياً في ملك زيد ، وتكون خصوصية إيجار المالك هذه المنفعة لنفسه لغوياً ولا أثر لها في المعاوضة .

وأما لو أجاز المستأجر الأول - وهو زيد - المعاملة لمالك العين فلا أثر لذلك ، ولا يوجب ذلك دخول الثمن في ملك مالك العين ، وإن أثرت هذه الإجازة إلا أنها إنما تؤثر في كون الثمن ملكاً للمستأجر الأول وهو زيد ، فإن كان هناك تمليك لمالك العين فلا بد وأن يكون بتمليك جديد ، لا أنه نتيجة الإجازة ، بل ليس نتيجة الإجازة إلا انتقال الثمن إلى المستأجر الأول وهو زيد ، ولزيد بعد ذلك أن يملك هذا الثمن لمالك العين كما لا يبعد إرادته - أي إرادة تمليك المالك الأول الثمن بعد ما ملكه للمؤجر المالك - في أمثال المقام بحسب الفهم العرفي لو قال أجزته للمؤجر ، وأما أنه بالإجازة ينتقل الثمن إلى مالك العين فهو من المستحيل وخلاف قانون المعاوضة وخلاف نتيجة الإجازة ، لأن معنى الإجازة ومقتضاها هو انتقال الثمن إلى المستأجر الأول ، وكذا ثمن ما باعه الغاصب من الشيء المغصوب إنما يكون بالإجازة ملكاً لمالك العين وهو المغصوب منه ، ولا يكون للغاصب بوجه ، نعم للمالك بعد أن انتقل الثمن إليه أن يملكه للغاصب ، وهو شيء آخر - وقد يكون هو المراد للقاتل أجزته للغاصب بحسب الفهم العرفي كما عرفت - .

نعم ، لو رجعت المنفعة التي أجرها المؤجر لزيد - ثم أجرها لعمرو - رجعت إلى المؤجر بفسخ زيد للإجارة الأولى ، فهل بهذا يحكم بصحة الإجارة الثانية التي أجرها المؤجر لعمرو أو

فيه أيضاً كلام طويل تعرض له شيخنا الأنصاري في من باع ثم ملك<sup>(١)</sup> وأنه هل يحكم بصحة البيع الأول أو لا ؟

ذكر فيه الماتن رحمته وفقاً للشيخ الأنصاري رحمته أنه لا يمكن الحكم بالصحة ، فلا بد من تجديد الإجارة ولا أثر للإجارة الأولى باعتبار أنه لم يكن مالكاً لتلك المنفعة حال العقد وإنما ملكها بعد الفسخ ، فهي ملكية متأخرة عن إجارته لها ، وهي لا تنفع في صحة الإجارة السابقة ، ولا تصح الإجارة الفضولية حتى لو أجاز ، لأن المجيز لم يكن مالكاً حال العقد ، فلذلك يحكم بالفسخ ، ولا بد من تجديد العقد لو أراد أن يؤجرها لزيد .

ولكن الظاهر صحة الإجارة الثانية بمجرد أن يملك المالك المنفعة فيجيز ، وذلك لما تقدم مراراً<sup>(٢)</sup> من أن صحة الفضولي بالإجارة اللاحقة حكم على القاعدة ، ولا يحتاج فيه إلى نص خاص دال على صحته .

نعم ، لو قلنا إن صحة الفضولي إنما هي من جهة الروايات وعلى خلاف القاعدة لكان ما ذكره الماتن تبعاً لشيخنا الأنصاري صحيحاً ، إذ لم يرد في المقام إلا صحيحة واحدة واردة في الزكاة<sup>(٣)</sup> وأنه لو باع ماله الزكوي قبل أن يعطي الزكاة كان لا محالة بمقدار الزكاة فضولياً ، وحكمه أنه لا بد للمشتري من إخراج الزكاة ويرجع بمقدارها على البائع ، ولكن إذا أدى البائع الزكاة من مال آخر قبل أن يخرج المشتري الزكاة صح البيع في الكل ويكون كله للمشتري ، وهو دال على

(١) المكاسب ٣ : ٤٣٥ طبع المؤتمر العالمي .

(٢) تقدم ذلك في عدة موارد منها : المسألة السادسة والعشرون [٢٨١٤] الواضح ٨ : ٣٤٥ ، موسوعة الإمام الخوئي ٢٤ : ٣٣٧ - ٣٣٩ .

(٣) وهي صحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل لم يترك إبله أو شاة (شاته) عامين فباعها ، على من اشتراها أن يتركها لما مضى ؟ قال : نعم ، تؤخذ منها (منه) زكاتها ويتبع بها البائع أو يؤدي زكاتها البائع » الوسائل ج ٩ : ١٢٧ باب ١٢ من أبواب زكاة الأنعام ح ١ .

صحة من باع ثم ملك ، ولكن هذا في باب الزكاة فقط<sup>(١)</sup> ، ولا دليل على التعدي منها إلى غيرها ، ومقامنا ونحوه من غيرها ، ولذا لا يجري ذلك أيضاً في من باع مال مورثه ثم ورثه فأجاز ، ولا في من باع مال بكر ثم ملكه فأجاز .

**ولكن لو قلنا - : كما قلنا وهو الصحيح أيضاً - :** إن صحة الفضولي على القاعدة ، فإجازة المالك المؤجر اجارته من عمرو بعد رجوع المنفعة إليه من زيد بفسخه موجبة للحكم بصحة الإجازة الثانية التي وقعت من المؤجر لعمرو على القاعدة ، وإن لم يكن المؤجر حال الإجازة الفضولية مالكا<sup>(٢)</sup> وذلك لأنه يتناسب بهذه الإجازة العقد الواقع سابقاً إليه ، فيكون العقد عقده ، فتشمله عمومات وجوب الوفاء بالعقد و﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ أو ﴿تَجَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ وعليه فليس المعتبر في صحة العقد إلا أن يكون المالك مالكاً حال الإجازة ، ولا يعتبر فيه أن يكون مالكاً حال العقد ، إذ إنه ليس على ذلك أي دليل بعد أن كانت المعاملة متقومة بالمالكين ورضاهما وصحة كون العقد عقدهما ، ولذا لا يكون في ذلك فرق بين المقام الذي هو الإجازة كما عرفت وبين بيع الوارث مال مورثه ثم ورثه فأجاز ، أو يبيع مال بكر ثم ملكه فأجاز<sup>(٣)</sup> وهكذا .

(١) تقدم ذلك في كتاب الزكاة في ذيل المسألة ٢٩ [٢٦٨٦] ، الواضح ٧ : ٣٨٠ . موسوعة الإمام الخوئي ٢٣ : ٣٨٠ ، وفي ذيل المسألة ٣١ [٢٦٨٨] ، الواضح ٧ : ٣٨٨ - ٣٨٩ ، موسوعة الإمام الخوئي ٢٣ : ٣٩١ ، والواضح ٧ : ٣٩٦ - ٣٩٧ موسوعة الإمام الخوئي ٢٣ : ٣٩٩ .

(٢) سيأتي في هامش الصفحة الآتية أو ما بعدها ما في هذه الجملة ، وسيوضح فيما بعد أن المؤجر على مسلك السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> حال الإجازة مالك لا أنه غير مالك . نعم على مسلك الماتن والمشهور المؤجر حال الإجازة غير مالك . وسيأتي أيضاً أن قول السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> : «إجازة المالك المؤجر إجارته من عمرو ، بعد رجوع المنفعة إليه من زيد بفسخه موجبة للحكم بصحة الإجازة الثانية» على مسلكه غير صحيح .

(٣) نعم ، ذلك كله صحيح ، ولكن ذلك كله سواء المقام وهو إجازة المالك حينما لا يكون مالكاً فيملك ، أم بيع الوارث مال مورثه ثم ورثه ، أم بيع مال بكر ثم ملكه ، لا يحتاج إلى إجازة بعد

نعم ، لدينا روايات تقول لا بيع إلا في ملك<sup>(١)</sup> ، أو لا تبع ما ليس عندك<sup>(٢)</sup> ، وقد يستفاد منها البطلان في مثل هذه المعاملة ، باعتبار أن المالك حين البيع أو حين الإجارة لم يكن مالكاً للمنفعة التي آجرها من عمرو بعد أن آجرها لزيد ، وهذه الروايات كما استدل بها على البطلان في المقام كذلك استدل بها على البطلان في مطلق الفضولي ، لأنه ليس بمالك لما يبيعه .

**وذكرنا في محله أن المستفاد من هذه الروايات لاسيما في بعضها التي فيها «أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ ، قلت : بلى ، قال : لا بأس ...»<sup>(٣)</sup> أنها واردة في عدم نفوذ المعاملة من غير**

« ما يكون ملكاً للمؤجر أو للبائع ، فإنه تصح الإجارة والبيعان بمجرد أن يصبح مالكاً ولا حاجة إلى الإجازة ، لأن العقد السابق ينسب إليه بمجرد أن أصبح مالكاً ، وقد قبل ذلك السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> في بحث الزكاة فقال : «ولكن إذا أدنى المتجر الزكاة بعد البيع من الخارج فيكون مالكاً لمقدار الزكاة فيقع بيعه صحيحاً ، ويكون الربح كله له ، لأنه يدخل في كبرى من باع ثم ملك ، كما تقدم دلالة صحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله الواردة في بيع المالك مقدار الزكاة ثم أدائه لها بعد البيع من الخارج ، والدالة على صحة بيعه التي نقول بها في مطلق من باع شيئاً ثم ملكه من دون حاجة إلى إجازة من البائع ، بعد إلغاء خصوصية المورد وهو الزكاة ، ولو لم نقل بالغاء الخصوصية ففي باب الزكاة لا شك في الصحة من دون إجازة البائع حتى لو لم نقل بالصحة في مطلق من باع ثم ملك ، مع أننا نقول بالصحة فيه أيضاً ، إذ لا خصوصية للمورد» الواضح ٧ : ٣٩٦ - ٣٩٧ ، وذكر في موسوعة الإمام الخوئي<sup>رحمته</sup> عين هذا الكلام عدا الجملة الأخيرة وهي «مع أننا نقول بالصحة فيه أيضاً ، إذ لا خصوصية للمورد» موسوعة الإمام الخوئي ٢٣ : ٣٩٩ ، ولم يعلم أن المقرر لماذا حذفها ، فإنها صريحة فيما يختاره السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> هنا ، ولم يستدرك السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> شيئاً راجعاً لها .

(١) الوسائل ج ١٧ : ٣٣٩ باب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١ ، ومستدرك الوسائل ج ١٣ :

٢٣٠ باب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٣ ، ٤ .

(٢) الوسائل ج ١٨ : ٤٧ - ٤٨ باب ٧ من أبواب أحكام العقود ح ٢ - ٥ .

(٣) الوسائل ج ١٨ : ٥٠ باب ٨ من أبواب أحكام العقود ح ٤ .

ولو زادت مدّة الثانية عن الأولى لا يبعد لزومها على المؤجر في تلك الزيادة ، وأن يكون لزيد إمضاءها بالنسبة إلى مقدار مدّة الأولى (\*).

(\*) هذا لم يتعرض له السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> ولعله لوضوحه جداً ، وعلى كل حال مفروض المسألة ما إذا أجر داره على زيد سنة بألف دولار ، ثم بعد ساعة مثلاً أجزاها من عمرو سنتين بأربعة آلاف دولار ، فلا شك بالنسبة إلى السنة الأولى يجوز لزيد إجازة هذه الإجازة الفضولية فتكون الأجرة - أي ألفا دولار - له ، ويثبت للمؤجر الخيار لتخلف خصوصية المالك المؤجر . وله أن لا يجيزها فتكون باطلة لعدم ملكية المالك منفعة السنة الأولى حتّى يملكها لعمرو ، والمالك لها وهو زيد لم يجز إجازتها من عمرو ، فتقع باطلة بلا كلام .

وأما إجازة السنة الثانية فذكر الماتن<sup>رحمته</sup> أنها لازمة على المؤجر بعد كون الإجازة انحلالية ، فيصح فيها إجازة المالك لها ، لأنه يملك منفعة السنة الثانية بلا إشكال ، فيكون من ضم إجازة ما لا يملك إلى إجازة ما يملك فتبطل فيما لا يملك وتصح فيما يملك ، وهو مقتضى قوله تعالى : **«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»** وتكون بمقتضاه لازمة أيضاً ، ويثبت للمستأجر الخيار لتبعض الصفقة ، كما هو الحال في البيع لو باع ما يملك وما لا يملك حيث يثبت للمشتري الخيار لتبعض الصفقة . وعلى كل حال ، الإجازة بالنسبة إلى المؤجر في المدة الزائدة على السنة الأولى صحيحة ولازمة ، وإن كان الثابت للمستأجر خيار تبعض الصفقة .

وقد يقال : إنها لا تكون لازمة على المؤجر المالك أيضاً لتبعض الأجرة عليه فهو كتبعض المنفعة ، فكما أنها مقتضية للخيار للمستأجر كذلك تبعض الأجرة على المالك يكون موجباً لثبوت الخيار له ، بلا أي فرق بينهما ، فليست الإجازة لازمة لا على المؤجر ولا على المستأجر كما في [بحوث في الفقه] كتاب الإجازة ٢ : ٣٨٨ .

وفيه : أن تبعض المنفعة إنما هو من حيث إن الأجرة التي اعطاها كلها ملكه ، ولم يكن في مقابلها ولا عوضها كله ملكه ، فتبعض المنفعة بلا إشكال ، وأما تبعض الأجرة على المؤجر المالك فليست متحققة في المقام ، لأنه ليست منفعة السنين ملكه حتّى يقال تبعضت الأجرة عليه ، بل لم يتبعض عليه أي شيء ، لأن الذي ملكه والذي له حق تمليكه ليست إلا السنة الثانية ، فإي تبعض للأجرة عليه ، وكذا لو باع مجموع شيئين فظهر أن أحدهما ليس ملكه ولم

المالك ما دام البيع بيع غير المالك وعدم ترتب الأثر عليها، لا أنها غير قابلة للصحة بالإجارة، فلا تكون هذه الروايات مانعة من الصحة ودالة على عدم قابلية البيع الفضولي أو الإجارة في المقام للصحة، فإن بيع غير المالك لو باع فضولاً فما دام لم يمض المالك هذا البيع لا أثر له، وأما لو أجاز فينتسب العقد إليه، ويكون عقده فيحكم بالصحة بالإجارة المتأخرة لشمول أدلة وجوب الوفاء له، وبهذا يظهر أن الإجارة كافية في صحة البيع الفضولي بمقتضى القاعدة الأولية حيث ينسب العقد بالإجارة إلى مالكة فيكون عقده، فتشمله عمومات أدلة وجوب الوفاء بالعقد، وإن ورد الدليل على صحة العقد بالإجارة في البيع، إلا أنه مؤيد لما تقتضيه القاعدة بنحو لو لم تكن تلك النصوص موجودة فالحكم بالصحة هو مقتضى القاعدة.

بقي هنا شيء: وهو أنه في باب البيع الفضولي مقتضى ما ذكرناه من التحقيق مراراً<sup>(١)</sup> هو كون الإجارة كاشفة كشافاً حكماً، لا حقيقياً لا على نحو الالتزام بالشرط المتأخر ولا على نحو الانقلاب، فإن كل ذلك لا نقول به، والكشف الحكمي في مثل المقام غير ممكن، لأنه باجازه المالك الفعلي لا يمكن الحكم بالصحة في هذه الإجارة من حال العقد<sup>(٢)</sup>، فمن أي زمان يحكم

﴿يجز مالكة هذا البيع، فإنه لا معنى لأن يقال تبعض الثمن عليه. لأن ثمنهما ليس ثمنه حتى يتبعض عليه، وثمرته لم يتبعض عليه، بينما المشتري بما أن الثمن تمامه له والمثمن تمامه ليس له فيصح أن يقال تبعض المثمن عليه. وإن كان لا فرق في ذلك بين كون المؤجر المالك جاهلاً بالإجارة الأولى أو عالماً.﴾

(١) منها ما سيأتي في كتاب النكاح من الواضح في المسألة ٢١ [٣٨٨٤]، ومنها في كتاب النكاح منه أيضاً في المسألة ٢ [٣٨٠٢]، وفي موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ٢ - ٢٦.

(٢) الحكم بعدم صحة الإجارة من حال العقد إنما هو على مسلك الماتن<sup>رحمته</sup> القائل بأن الفسخ إنما يؤثر في حل العقد بقاءً لا حدوثاً، وهو المسلك الذي تقدم منا ومن السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> في محله بيان فساده مفصلاً في المسألة ٥ [٣٢٨٧] من الواضح ج ١٠: ٢٩، وموسوعة الإمام الخوئي ٣٠:

١٧٥ - ١٧٦ فراجع ، وأما مسلك السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> فهو قائم على أن الفسخ يؤثر في رفع العقد حدوداً ومن أول وجوده فيحلّ الفسخُ العقدةَ الحاصلة من إيجاب الموجب وقبول القابل ، فيرفع ويحل ريب التزام الموجب عن التزام القابل فيكون العقد كأنه لم يكن من الأول ، قال السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> في تلك المسألة في الواضح : «لان معنى جعل الخيار رجوعه إلى تعليق التزامه بالعقد على عدم الفسخ ، وأما مع الفسخ فلا يلتزم به الفاسخ من الأول ، فمعنى فسخ الفاسخ في أثناء المدة عند تحقق سبب الفسخ - وهو ثبوت الخيار - عدم التزامه بالعقد الموجود من أول حدوثه ، فصحيح أن الفسخ يحقق الأثر ، وأثره من الآن أي من حين صدور الفسخ ، إلا أن مؤثره هو فسخ العقد من حين تحققه لا بعد ستة أشهر ، نظير إجازة المالك في العقد الفضولي ، فإنها وإن كانت مؤثرة من حين تحققها ، وتحققها متأخر زماناً ، إلا أن مؤثرها هو الصحة من حين تحقق العقد ، فمن زمان الإجازة يحكم بصحة العقد السابق من أول حدوثه على نحو الكشف الحكمي من النحو الثاني كما ذكرناه مراراً ، فيترتب الأثر من أول حدوث العقد» .

وقال السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> في موسوعته : «عرفت فيما مرّ من أن مرجع جعل الخيار إما مطلقاً أو مشروطاً بحصول شيء إلى أن التزامه بأصل العقد منوط ومعلّق على عدم الفسخ ، أما معه فلا يلتزم به من الأول ، وعليه فإذا فرضنا حصول سبب الفسخ وقد فسخ المستأجر خارجاً ، فمعناه أنه لم يكن ملتزماً بالعقد الموجود بينهما من لدن حدوثه ، فالإنشاء وإن كان من الآن ، إلا أن أثره من الأول ، فالتأخر إنّما هو في انشاء الفسخ وإبراز حلّ العقد ، وهذا نظير الإجازة في العقد الفضولي ، فإن الامضاء وإن كان متأخراً إلا أن متعلقه هو البيع السابق ، فمن الآن يحكم بصحة ما وقع في ظرفه ، فلا جرم يترتب الأثر عليه من الأول ، وعليه فبعد الفسخ يفرض العقد كأن لم يكن ، ونتيجته استرجاع تمام الأجرة المسماة - كما عرفت - ولزوم ردّ المستأجر أجرة المثل للمنافع السابقة بعد امتناع استردادها بأنفسها وعدم ذهاب مال المسلم هدرًا... فإن هذا هو مقتضى فرض العقد المزبور في عالم الاعتبار كأنه لم يقع بينهما» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ :

❦ وعليه : فليس المقام أولاً من باب من باع ثم ملك ، بل من باب من باع بتخييل أو باعتقاد أنه غير مالك فتبين أنه مالك ، غاية ما في الأمر الموجود اعتقادنا أو تخيلنا بأن المؤجر غير مالك ، فتبين بالفسخ أن المؤجر مالك في وقت اجارته لعمرو .

نعم ، كلام السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> أن المقام من باب من باع شيئاً ثم ملك صحيح في الخيارات التي تؤثر عنده في حل العقد بقاءً لا حدوثاً ، كالخيار في عقد المضاربة ، أو كالخيارات التي فيها القرائن قائمة على أنه يراد بها تأثير الفسخ في رفع العقد بقاءً واستمراراً لا رفعه حدوثاً ، كما لو كان المستأجر الأول للدار قد اشترط على صاحبها الخيار في الفسخ إن وجد داراً أخرى أوسع من الأولى ليجد فيها راحتته أو أقل منها قيمة لكون الأولى باهضة الثمن ، أو نحو ذلك ، فإن في هذه الخيارات لا شك إنما يؤثر الفسخ فيها في رفع العقد بقاءً ، لا رفعه حدوثاً .

وهما متباينان على عدم الرفع حدوثاً ، هنا يصدق أن مقامنا من باب من باع شيئاً ثم ملك ، كما لو فسخ المؤجر الأول وهو زيد بعد أن أجرها المالك مرة أخرى من عمرو وقبل نهاية المدة ، كما لو فسخ زيد في يوم ٢٠ من الشهر الأول من السنة التي قد أجرها فيها ، أي بعد خمسة أيام من الإجارة الثانية ، فهنا المؤجر أجر في نصف الشهر الأول وهو غير مالك ، ثم ملك بالفسخ بعد خمسة أيام ، فيكون من باب من باع ثم ملك . وكذا في عقد المضاربة لو تحقق الفسخ ، فإن الفسخ فيها إنما يؤثر في حل العقد بقاءً لا حدوثاً ، وأما في غير ذلك فليس كلامه صحيحاً ، وليس المقام من باب من باع ثم ملك ، بل من باب من باع باعتقاد أنه غير مالك ثم بان مالكاً ، والمختار فيه عندنا وعند السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> الحكم بالصحة ، نعم تأمل فيه الشيخ الأنصاري واحتمل البطلان ، إلا أن يجيز بعد ذلك ، وقد ذكر السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> أن تأمله ليس في محله موسوعة الإمام الخوئي ٣٧ : ٣٧ - ٣٨ . وعليه فلا الإجارة غير كاشفة عن الملكية من حين البيع ، ولا البيع بيع من لا يملك ثم ملك ، بل البيع بيع مالك وصحيح من أول وقوعه ولو حكماً ، وينكشف ذلك بالفسخ المتعقب بناءً على أن الفسخ يحل العقد من أول حدوثه ، فيفرض في عالم الاعتبار كأن العقد لم يقع ، فالإجارة لعمرو وقعت في وقت انكشف أن الإجارة لزيد لم تكن موجود من أول الأمر ، فانكشف أن الإجارة لعمرو وقعت على ما يملكه

[٣٣٨٣] الرابعة عشرة: إذا استأجر عيناً ثم تملكها قبل انقضاء مدة الإجارة بقيت الإجارة على حالها<sup>(١)</sup> فلو باعها والحال هذه لم يملكها المشتري إلا مسلوبة المنفعة في تلك المدة، فالمنفعة تكون له ولا تتبع العين.

بصحة هذه الإجارة، إذ إن الحكم بالصحة فيه من الآن - أي من حين صدور الإجارة - خلاف ما حقق من كون الإجارة كاشفة لا ناقله، والحكم بالصحة من حين العقد غير ممكن، لأنه حال العقد كانت المنفعة ملكاً للمستأجر الأول وهو زيد.

وهذا الاشكال ذكرناه مع جوابه في محله<sup>(٢)</sup>، وأشار إليه الشيخ الأنصاري في بعض الموارد<sup>(٣)</sup>، وهو أن الكشف إنما يكون من أول أزمته إمكانه لا من أول أزمته غير امكانه، أي يضاف هذا البيع إلى هذا الشخص المجيز المالك من حين انتقال المال إليه بفسخ المستأجر الأول وهو زيد، لا من زمان وقوع البيع في الخارج، وليس المعتبر في الكشف أن يكشف عن صحة الإجارة أو البيع من أول زمان وقوعه، بل صحة العقد تابعة لتمامية الشروط، وهي إنما تكون بعد ما يملك ويعد ما يتعقب بالإجارة. نعم الغالب فيها الملكية من حين العقد.

**والنتيجة:** أن بيع أو إجارة ما لا يملك إذا تعقبه التملك والإجارة حكم بالصحة، وكانت الإجارة كاشفة كشفاً حكماً من حين امكانه، وهو أول زمان انتقال الملكية إلى المالك المجيز، لأنه أول أزمته كون الإجارة اجارته، وفي البيع كون البيع بيعه، فإذا شمله عمومات الصحة والنفوذ كان الحكم بالصحة كشفاً من حين امكانه لا من أول العقد.

(١) ذكر الماتن عليه السلام أنه إذا استأجر داراً مثلاً مدة معينة كسنة مثلاً، أو كانت منفعة الدار مملوكة له بالوصية أو بالصلح ونحوهما مثلاً مدة سنة، ثم اشترى هذه الدار بعد يوم من ذلك، فطبعاً تكون ملكية المنفعة مغايرة لملكية العين من جهة السبب في هذه السنة، لأن ملكية المنفعة فيها مستندة أما إلى الإجارة أو إلى الوصية أو إلى الصلح ونحوه، وملكية العين مستندة إلى البيع،

« المالك المؤجر - لا على ما يملكه زيد - ولو حكماً، لا أن الفسخ يرفع العقد بقاءً. نعم في الفسخ الذي يرفع العقد بقاءً كلامه صحيح.

(١) مصباح الفقاهة ٤: ٢٦٩ قال عليه السلام: «الاشكال الثالث من اشكالات التستري...».

(٢) المكاسب ٣: ٤٠٦ - ٤٠٧ طبع المؤتمر العالمي.

نعم ، للمشتري خيار الفسخ إذا لم يكن عالماً بالحال ، وكذا الحال إذا تملك المنفعة بغير الإجارة في مدة ثم تملك العين ، كما إذا تملكها بالوصية أو بالصلح أو نحو ذلك ، فهي تابعة للعين إذا لم تكن مفروزة ، ومجرد كونها لمالك العين لا ينفع في الانتقال إلى المشتري . نعم ، لا يبعد تبعيتها للعين إذا كان قاصداً لذلك حين البيع .

فإذا باع الدار في اليوم الثالث من شخص آخر ، لا شك تكون الدار المباعة مسلوبة المنفعة إلى تمام السنة والمدة المذكورة ، نعم لو كان المشتري جاهلاً بالحال يثبت له الخيار فله فسخ العقد . ثم استثنى الماتن رحمته ما لو كان من قصد البائع حين البيع في اليوم الثالث هو نقل المبيع بما له من المنفعة حتى التي ملكها بالإجارة أو بالصلح أو بالوصية ونحوها ، فإنه في مثل ذلك يصح البيع وتكون الدار المتقلة إلى المشتري هي ومنفعتها من اليوم الثالث ، لا هي مسلوبة المنفعة ، لأنه بعد ما كان مالكا للعين والمنفعة فله نقلهما معاً ، وإن كان ملكيته لكل منهما بسبب غير السبب الآخر ، فإنه لا يشترط في النقل اتحاد سبب الملكية .

وما ذكره رحمته لا يمكن المساعدة عليه بوجه ، إذ لا تتصور في المقام وجهاً للخيار ، وذلك لأنه في البيع :

١- إما أن يبيع العين بما لها من المنافع كما هو المتعارف والمرتكز عند العرف عند البائعين والمشتريين فتنتقل العين والمنافع حتى التي ملكها بالإجارة أو الصلح أو الوصية كلها تنتقل إلى المشتري ، ولا وجه لخيار المشتري حينئذ .

٢- وإما أن يبيع ما اشتراه مسلوب المنفعة أي بقصد تملك العين التي اشتراها بعد أن استأجرها سنة ببيع هذه العين المسلوبة المنفعة سنة ، ومعنى ذلك أنه قاصد من بيعه العين أنه يبيعها كما اشتراها مسلوبة المنفعة ، فإن كان المشتري عالماً بالحال فواضح عدم ثبوت الخيار له ، لعلم البائع والمشتري معاً بأن العين المباعة مسلوبة المنفعة سنة ، وإن كان المشتري جاهلاً بالحال وتخيل أن العين المباعة هي التي مع المنفعة لا أنها مسلوبة المنفعة ، فهنا يحكم ببطان البيع لا بصحته مع الخيار للمشتري ، وذلك لعدم تطابق الإيجاب والقبول على شيء واحد ، ومن شرائط صحة البيع تطابقهما على شيء واحد ، وأما إذا لم يتطابقا بأن تعلق كل منهما بشيء غير ما تعلق به الآخر ، كما لو قال البائع : بعك كتابي هذا بدرهم ، فقال المشتري : قبلت كتابك الاثنین معاً بدرهم ، وقع البيع باطلاً ، لعدم تطابق الإيجاب والقبول ، فهو كما لو قال : بعك داري بدرهم ،

فقال: قبلت زواج هند بمهر قدره درهم أو كذا، فإن البيع الذي أنشأه البائع هو بيع العين مسلوبة المنفعة، والذي قبله المشتري هو شراء الدار غير مسلوبة المنفعة، فلا ما أنشأه الموجب هو الذي قبله المشتري، ولا الذي قبله المشتري هو الذي أنشأه الموجب البائع، فلا شك في بطلان البيع، لا أنه صحيح ويثبت للمشتري الخيار، لأن ثبوت الخيار للمشتري فرع صحة البيع ووقوع قبوله لما أنشأه البائع. نعم، لو قال البائع: بعثك العين غير مسلوبة المنفعة، وقبل المشتري ذلك، وبعد ذلك لم يسلم البائع المنفعة للمشتري، لأنه كان قد أجرها لغيره مثلاً، وإنما سلمه العين مسلوبة المنفعة، هنا يثبت الخيار للمشتري لو لم يجز المالك للمنفعة، لتبعض الصفقة، وأما في المقام فلا يحكم بصحة البيع حتى يثبت الخيار للمشتري<sup>(١)</sup>.

(١) من الفرق بين المقام وبين ما لو وقع البيع والشراء على العين غير مسلوبة المنفعة ثم لم يسلم البائع إلا العين دون المنفعة، لكونه مثلاً قد أجرها لشخص آخر - والآخر لم يجز ذلك - حيث يثبت في مثل ذلك الخيار للمشتري، يظهر الفرق بين هذه المسألة التي يكون البيع فيها غير متطابق إيجابه مع قبوله ويكون باطلاً من أصله وبين ما تقدم من السيد الأستاذ في المسألة ١ [٣٢٧١]، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ١١١ التي يكون البيع فيها متطابقاً إيجابه مع قبوله، حيث حكم هناك بالصحة وثبوت الخيار للمشتري للتطابق بين الإيجاب والقبول، وهنا حكم بالبطلان من الأصل، فإنه هناك كان البيع للعين المستأجرة على النحو المتعارف عند الناس، وهي أنه هي مع منافعها تطابق عليه الإيجاب والقبول، ولم تنتقل إلى المشتري إلا مسلوبة المنفعة - إذ المفروض أن المالك للمنفعة لم يجز ذلك - فلذا يكون الخيار ثابتاً للمشتري، وأما في المقام فاختلف موضوع الإيجاب والقبول.

ومن ذلك أيضاً يظهر ورود الإشكال على الماتن<sup>عليه السلام</sup> بعد اختلاف موضوعي المسألتين أنه كيف يحكم بصحة البيع فيهما معاً وثبوت الخيار للمستأجر مع جهله بالحال، والحال إن موضوع المسألة الأولى هو ما لو وقع البيع والشراء على العين غير المسلوبة المنفعة - أي على المتعارف عند الناس - ثم لم يسلم البائع إلى المشتري المنفعة، بينما مسألة المقام هي وقوع الإيجاب على العين مسلوبة المنفعة، ووقوع القبول على العين غير مسلوبة المنفعة، وفي مثله لا بد وأن يحكم ببطلان البيع، لا بالصحة مع ثبوت الخيار.

[٣٣٨٤] الخامسة عشرة: إذا استأجر أرضاً للزراعة - مثلاً - فحصلت آفة سماوية أو أرضية توجب نقص الحاصل لم تبطل، ولا يوجب ذلك نقصاً في مال الإجارة ولا خياراً للمستأجر<sup>(١)</sup>.

نعم، لو شرط على الموجر إبراءه من ذلك<sup>(٢)</sup> بمقدار ما نقص بحسب تعيين أهل الخبرة

وعليه فما ذكره الماتن من ثبوت الخيار للمشتري لا يعرف له أي وجه، بل إما أن يحكم بصحة البيع ولا خيار، أو يحكم ببطلانه من الأصل، وعلى كل منهما لا خيار للمشتري.

(١) ذكر الماتن رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه إذا استأجر أرضاً للزراعة، وبعد ما قبض العين وتسلمها حدثت آفة أرضية أو سماوية، كشدة حرٍّ أو شدة برد أو فيضان ماء أو نحو ذلك، فأوجب ذلك نقص الحاصل، كأن كان المترقب أن يكون مائة طن فصار مثلاً خمسين طناً، ففي مثل ذلك ١ - لا تبطل الإجارة ٢ - ولا ينقص من الأجرة شيء ٣ - ولا يثبت للمستأجر خيار.

وما ذكره هو الصحيح.

والوجه فيه ظاهر، إذ لا موجب للخيار، لأن العين قابلة للزراعة وسلمها إليه، وعروض ما يوجب نقصاً في الحاصل مما يكون سببه ما ذكر لا يكون مانعاً من صحة الإجارة بعد وجدانها للشرائط، ولا موجباً للخيار، ولا لنقصان الأجرة، لعدم الموجب لكل منهما، كما لا مانع من صحة الإجارة.

(٢) نعم، يمكن للمستأجر أن يشترط على المالك المؤجر أ - أن ينقص من الأجرة ربعاً أو نصفاً أو ثلثاً بمقدار ما نقص من الحاصل إذا حدث حادث سماوي أو أرضي أو جب نقص الحاصل. ب - أو أن تكون ذمة المستأجر برئية من نصف الأجرة أو ربعها أو ثلثها بمقدار ما نقص من الحاصل على نحو شرط النتيجة لو حصلت آفة سماوية أو أرضية أو جب نقص الحاصل، فإنه يجوز للمستأجر أن يشترط ذلك على نحو شرط الفعل وهو أن ينقص المؤجر كما في الأول، أو على نحو شرط النتيجة كأن تكون ذمة المستأجر برئية بمقدار النقص من الأجرة كما في الثاني، ولا شك في صحة شرط النتيجة فيما إذا لم تكن متوقفة على سبب خاص كما تقدم<sup>(١)</sup>، فإن المليكة أو الإبراء ليس لهما سبب خاص، بخلاف النكاح أو الضمان أو ما شابههما،

(١) في ذيل المسألة السابعة الرقم العام [٣٣٧٦]، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٤٦٧.

ثلاثاً أو رباعاً أو نحو ذلك ، أو أن يهبه ذلك المقدار إذا كان مال الإجارة عيناً شخصية ، فالظاهر الصحة ، بل الظاهر صحة اشتراط البراءة على التقدير المذكور بنحو شرط النتيجة . ولا يضره التعليق<sup>(١)</sup> .  
لمنع كونه مضرّاً في الشرط<sup>(٢)</sup> .

فلذا لا يصح أن يشترط المستأجر على المؤجر إن حصلت آفة سماوية أو أرضية أن يكون ضامناً لهذا التلف ، أي أن تكون ذمته مشغولة به ، فإنه لا يكون الضمان بلا إتلاف أو تلف تحت اليد العادية ، أو إذا كانت صاحبة الأرض امرأة فيشترط عليها المستأجر أن تكون هي أو ابنتها زوجة له أو نحو ذلك ، فإن كل ذلك غير جائز ، وأما اشتراط براءة ذمته من مقدار من الأجرة فلا مانع منه ، لأنه يرجع إلى الإنشاء من حين العقد لإبراء الذمة في وقته - أي إذا جاء وقته - بلا حاجة إلى انشاء جديد ، فإن العبرة في شرط النتيجة هو أن لا تكون متوقفة على سبب خاص ، نعم تبقى مسألة التعليق وهي الآتية في التعليقة الآتية .

(١) فإنه يقال لا مانع من الشرط المتقدم ، لأنه يرجع إلى انشاء الإبراء في وقته من الآن بلا حاجة إلى انشاء جديد .

فإنه يقال : وإن كان هذا قابلاً للإشكال إلا أن فيه تعليقاً ، فما لم يأت وقته وظرفه لا يتحقق براءة الذمة فالبراءة متوقفة على مجيء ذلك الزمان وحصول النقص في الخارج ، فهل هذا التعليق يوجب البطلان أو لا ؟ وهذا الإشكال أجاب عنه الماتن رحمته ، ويأتي الجواب في التعليقة الآتية .

(٢) والجواب هو : أن التعليق إنما يضر لو كان متعلقه العقد نفسه كما لو باع شيئاً معلقاً على مجيء مسافره ، وأما لو كان متعلق التعليق هو الشرط ، كما لو باع داره وشرط على المشتري أن يعالج مريضه إذا مرض في الشتاء ، أو شرط عليه أن يأخذه لزيارة كربلاء في شهر رجب أو شعبان ، أو نحو ذلك من الأمور المأخوذة بنحو الشرط ، فلا ضير فيه ، لعدم الدليل على عدم جواز التعليق في الشرط ، إذ إن ما ادعي من الإجماع إنما هو على إيجاب التعليق البطلان في العقود ، ولابدية التنجيز فيها ، لا الشروط فإن فيها لم يجمع على قبح التعليق فيها ، ودليل نفوذ الشرط وهو قوله ﷺ : «المؤمنون (المسلون) عند شروطهم»<sup>(١)</sup> دال على وجوب الوفاء

(١) الوسائل ج ٢١ : ٢٩٩ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢ ، والوسائل ج ٢١ : ٢٧٦ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ .

نعم ، لو شرط براءته على التقدير المذكور حين العقد بأن يكون ظهور النقص كاشفاً عن البراءة من الأوّل ، فالظاهر عدم صحّته<sup>(١)</sup> ، لأوّله إلى الجهل بمقدار مال الإجارة حين العقد . [٣٣٨٥] السادسة عشرة : يجوز إجارة الأرض مدّة معلومة بتعميرها وإعمال عمل فيها من كرى الأنهار وتنقية الآبار وغرس الأشجار<sup>(٢)</sup> ونحو ذلك ، وعليه يحمل قوله عَلَيْهِ : لا بأس بقبالة الأرض من أهلها بعشرين سنة أو أكثر فيعمرها ويؤدّي ما خرج عليها<sup>(\*)</sup> ، ونحوه غيره .

بالشرط مطلقاً ، منجزاً كان الشرط أو معلقاً .

(١) ولكن استثنى الماتن عَلَيْهِ ما لو كان شرط البراءة من أوّل العقد بمعنى كون النقص الحاصل في ظرفه كاشفاً عن أن ذمّته من الأوّل لم تكن مشغولة بهذا المقدار من الثمن ، فإنه من قبيل شرط النتيجة ، ومعناه عدم اشتغال ذمّة المستأجر على تقدير النقص من أوّل الإجارة ، وهو يرجع إلى الجهل بمقدار الإجارة ، إذ إن معناه أنه إذا لم يحدث نقص فالأجرة مائة ، وإذا حصل نقص فالأجرة خمسون ، فلم يعلم أن الأجرة أي مقداره هي ، إذ لا يعلم حصول النقص أو عدم حصوله ، والجهل بالأجرة بلا شك يوجب بطلان الإجارة .

ولكنه يندفع بأن البراءة فرع الاشتغال ، أي أنه يشترط عليه أن يبرئ ذمّته بعد اشتغالها بمائة لو حصل نقص ، فالأجرة معلومة واشتغال الذمّة بها متحقق ، والبراءة مشروطة بشرط متأخر هو حصول النقص في ظرفه ولا يضر به التعليق ، فهو كما لو أبرأه المؤجر بلا شرط ، وقال : أجرتك بمائة وإبرأتك من خمسين ، فإذا جاز ذلك مطلقاً جاز مشروطاً بشرط متأخر ، وهو حصول النقص في وقته وظرفه .

(٢) لا إشكال في أن يتقبل الرجل من آخر أرضاً مدة معينة ليعمرها بزراعة أو غرس وكري نهر أو تنقية بئر ، ويكون ما حصل في هذه المدة من هذه الأرض للمعمر في هذه المدة ، وبعد انقضاء المدة تكون الأرض المعمّرة لصاحب الأرض ، وهذا هو المسمى بالتقبيل والتقبّل ، ومنهما سميت قبالة الأرض ، وقد دلت على صحة ذلك عدة روايات :

منها : صحيحة الحلبي - المنقولة في المتن بالمعنى - عن أبي عبدالله عَلَيْهِ قال : « القبالة أن تأتي الأرض الخربة فتقبّلها من أهلها عشرين سنة أو أقلّ من ذلك أو أكثر فتعمرها وتؤدّي ما

(\*) هذا هو نص صحيحة الحلبي الأولى الآتية في كلام السيد الأستاذ عَلَيْهِ مع تقديم وتأخير .

خرج عليها ، فلا بأس به»<sup>(١)</sup> .

ومنها : صحيحته الأخرى عنه عليه السلام أيضاً «القبالة أن تأتي الأرض الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر فتعمرها وتؤدي ما خرج عليها فلا بأس به»<sup>(٢)</sup> .

ومنها : صحيحته الثالثة عنه عليه السلام أيضاً قال : «لا بأس بقبالة الأرض من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر ، فيعمرها ويؤدي ما خرج عليها ، ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة لأنه لا يحل»<sup>(٣)</sup> .

وكيف كان ، هذه المعاملة لا إشكال في صحتها ودلالة النص عليها .

إلا أن الكلام في أن هذه المعاملة هل هي معاملة أجرة كما استفاد ذلك الماتن فعبّر عنها بالإجارة وقال : يجوز إجارة الأرض ، أو ليست إجارة بل هي معاملة مستقلة خارجة عن الإجارة ، بل هي مثلاً مبادلة منفعة عمل العامل بمنفعة الأرض ؟

وعلى تقدير كونها إجارة فمن هو المستأجر ، هل الذي يعمر الأرض أي يؤجر نفسه لعمارتها والأجرة هي منفعة الأرض هذه المدة ، والمؤجر هو مالك الأرض ، أو لا ؟  
ثم ليعلم أن لا أثر عملي مترتب على بيان ذلك ، وأنه هل هو إجارة أو معاملة مستقلة ، ومن هو المستأجر ومن هو المؤجر ، بعد ما تقدم من قيام الدليل على صحتها سواء كانت إجارة أم معاملة مستقلة .

ونظير ذلك ما وقع في البيع فيما إذا كان كل من الثمن والمثمن عروضاً أو كل منهما من الأثمان ، وقلنا في محلّه إن البائع هو الذي يتحفظ على مالية ماله في المعاملة بلا دخل لخصوصيات المال ، وإنما يطلب المالية وزيادتها ليس إلا ، والمشتري هو من يطلب الخصوصية في المال ، كما لو كان يريد زيتاً ليقضي حاجته فعاوض بدله شاة ، فمن يطلب الخصوصية في

(١) الوسائل ج ١٩ : ٤٦ باب ١١ من أبواب كتاب المزارعة ح ٢ .

(٢) الكافي ٥ : ٣/٢٦٨ ، الوسائل ج ١٩ : ٤٦ باب ١١ من أبواب المزارعة والمساقاة ح ٢ .

(٣) الكافي ٥ : ٣/٢٦٩ ، الوسائل ج ١٧ : ٢٩٥ باب ٩٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٣ .

المال يكون مشترياً، والآخر بائعاً وهو الذي يريد المحافظة على مالته وزيادتها، سواء كان المال الذي هو عوض زيتة شاة أم ظيباً أم كتاباً أم نقداً أم غيرها .

**وإذا فرض أن كلا الطرفين ينظر ويطلب خصوصية المال كمن يريد بكتاب مكاسبه كتاب رسائل الشيخ، والآخر وهو الذي عنده رسائل الشيخ يريد برسائله مكاسب الشيخ، فتقع المبادلة بينهما بين هذين الكتابين، وكل منهما ينظر إلى خصوصية في المال، أو إذا فرض أن كلا منهما ناظر إلى مالته المال كالنظر إلى مالته الدولار والدينار عند المبادلة بينهما، ففي مثل ذلك الظاهر أنه لا تميز بينهما واقعاً في عنوان البائع والمشتري، فإنه لا معنى لأن يكون صاحب كتاب المكاسب بائعاً والآخر مشترياً ولا العكس، ولا صاحب الدولار بائعاً والآخر مشترياً ولا العكس، لتساوي العقد بينهما، فلا هذا بائع وذلك مشتري، ولا ذلك بائع وهذا مشتري، فهي معاملة خارجة عن عنوان البيع وإن كانت هي مبادلة مال بمال، فإنه ليست كل مبادلة بين مالين بيعاً، بل البيع ما يكون نظر أحدهما إلى خصوصية المال، والآخر إلى مالته المال لا لخصوصيته، فإن كان كل منهما ناظراً إلى خصوصية المال، أو كل منهما ناظر إلى مالته المال، فالنسبة نسبة واحدة، وليس أي منهما بائعاً ولا أي منهما مشترياً.**

**والظاهر أن الإجارة في المقام أيضاً كذلك، فالمستأجر منهما ينظر إلى خصوصية المال وهي منفعة الدار، والمؤجر ينظر إلى مالته المال، والفرق بين الإجارة والبيع أن البيع تمليك عين والإجارة تمليك منفعة .**

**فالذي يعطي منفعة الدار ولا نظر له إلا لمالته المال الذي يأخذه بما هو مال فهو المؤجر . والذي يملك المنفعة وله نظر إلى خصوصية هذا المال لا أنه بما هو مال، بل بما أنه منفعة يريد السكنى فيها أو يريد المبيت فيها ليلته، فهو المستأجر .**

**وإذا فرض أن كلا منهما ينظر إلى خصوصية المال ويطلبها أي خصوصية المنفعة، فتارة ١ - ينظر كل منهما إلى خصوصية منفعة العمل ٢- أو ينظر كل منهما إلى منفعة العين ٣ - أو أحدهما ينظر إلى منفعة العين والآخر ينظر إلى منفعة العمل .**

**والأول :** كما لو كان يريد أحدهما خياطة ثوبه ويريد الآخر بناء جداره ، فيخيط الثاني ثوباً للأول ويبني الأول جداراً للثاني ، فالصادر من كل منهما ما هو ملحوظ فيه الخصوصية بالنسبة للمال - أي للمنفعة - لا بما أنه مال ، ولم يلحظ كل منهما مالية المال بما هو مال ، بل هي مبادلة بين عمليين ، فنسبة المعاملة هذه إلى كل منهما واحدة ، فالخياط لا مؤجر ولا مستأجر ، والبناء لا مؤجر ولا مستأجر .

**والثاني :** لا تكون المبادلة بين عمليين كما مثلنا به أولاً ، بل تكون بين منفعة عينين ، كما لو بادل منفعة داره الواقعة في اطراف المدينة وقرب المعامل (جمع معمل ومصنع) بمنفعة دار داخل المدينة أو قرب الحرم ومركز المدينة مثلاً ، فهي مبادلة بين منفعة عينين ، كل منهما له نظر إلى خصوصية المنفعة ، الأول يريد أن يكون قرب الحرم ، والثاني يريد أن يكون قرب معمله .

**والثالث :** لا تكون المبادلة لا بين منفعة العمليين كما في الأول ، ولا بين منفعة العينين كما في الثاني ، بل تكون بين منفعة عمل ومنفعة عين كما هو في محل الكلام في مسألتنا هذه ، فإن منفعة عمله في قبال منفعة الأرض مدة معينة ، وكل منهما له نظر إلى خصوصية المال ، فليس في كل من هذه الثلاثة أحدهما مؤجراً والآخر مستأجراً ، بل هي معاملة مستقلة خارجة عن الإجارة ، وصحيحة بمقتضى القواعد والنصوص .

ثم إنه كان على الماتن رحمته أن ينبه على أن هذه المعاملة - إجارة كانت أو معاملة مستقلة - لا بدّ فيها من أن يكون العمل الصادر من العامل المعمّر للأرض والذي هو عوض منفعة الأرض في المدة المعلومة معلوماً هل هو غرس الشجر أو الزرع واصلاح الأرض أو أي شيء آخر ، بحيث تكون المعاملة خارجة عن كونها غررية ، وإلا فتكون باطلة إجارة كانت أو معاملة مستقلة ، لأن مبنى المعاملات عند العقلاء على التحفظ على أصول الأموال والتبديل في أنواعها ، وهي إنما تكون مع عدم الجهل الموجب للغرر ، وإلا فلا تكون مشمولة لأدلة النفوذ والإمضاء . ولعل هذه المعلومات كانت مفروضة في كلامه رحمته .

[٣٣٨٦] السابعة عشرة: لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة وإن كانت من الواجبات الكفائية<sup>(١)</sup>، لأنها كسائر الصنائع واجبة بالعرض لانتظام نظام معاش العباد، بل يجوز وإن وجبت عيناً لعدم من يقوم بها غيره. ويجوز اشتراط كون الدواء عليه مع التعيين الراجع للغرر.

ويجوز أيضاً مقاطعته على المعالجة إلى مدة أو مطلقاً<sup>(٢)</sup>، بل يجوز المقاطعة عليها بقيد

(١) ذكر الماتن رحمته في هذه المسألة عدة فروع:

الفرع الأول: أنه لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة.

وهو الصحيح، وإن كانت الطبابة واجبة بالعرض وجوباً كفائياً باعتبار أن بقاء النظام يتوقف على ذلك كسائر أنواع الصناعات والحرف، ولكن هذا الوجوب لا ينافي أخذ الأجرة بازائها، لأن الواجب هو طبيعي الطبابة لا المقيد بالمجانبة، ومجرد الوجوب لا يمنع من أخذ الأجرة حتى لو كان الوجوب عينياً فضلاً عن كونه كفائياً، كما لو فرض أنه لم يكن طبيب غيره، فإنه مع ذلك أيضاً لا يمنع من أخذ الأجرة على طبابته، إذ إن كون الواجب هو الطبيعي لا يتنافى مع أخذ الأجرة عليه.

فلا إشكال في جواز أخذ الأجرة.

الفرع الثاني: ذكر الماتن رحمته أنه لا مانع أيضاً من اشتراط كون الدواء عليه مع التعيين الموجب

لرفع الغرر وهو الصحيح وذلك لعموم أدلة نفوذ الشرط.

(٢) الفرع الثالث: ذكر الماتن رحمته جواز أخذ الأجرة بازاء المعالجة في أ- أيام معينة، وهو

واضح، لأن المدة فيه معينة. ب- بل مطلقاً حتى لو لم تكن الأيام معلومة إذا كان للمعالجة حدّ خاص معروف، وإن كان قد يزيد وقد ينقص بما يتسامح فيه، لكنه معروف معلوم أن المبتلى بهذا المرض - كالحمى الحمراء أو الحصبة مثلاً - يعالج في مدة خمسة أيام أو أقل أو أكثر بنحو لا يوجب الغرر ولا تكون المعاملة غررية، وهو الصحيح، فلا مانع من أن يكون الطبيب أجيراً في هذه المعاملة بالنسبة إلى المريض فيما إذا كان للمعالجة حدّ خاص متعارف، وإن لم تكن المدة معلومة معينة ومحددة من حيث الزمان، وتقدم في أول كتاب الإجارة<sup>(١)</sup> أن التعيين بالمدة إنما

(١) في المسألة ٥ [٣٢٦٢]، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٦١ - ٦٢.

البرء أو بشرطه<sup>(١)</sup>، إذا كان مظنوناً بل مطلقاً .  
وما قيل من عدم جواز ذلك لأن البرء بيد الله فليس اختيارياً له ، وأنّ اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجعالة لا الإجارة<sup>(٢)</sup> .  
فيه : أنه يكفي كون مقدماته العادية اختيارية ، ولا يضرّ التخلف في بعض الأوقات ، كيف وإلا لم يصحّ بعنوان الجعالة أيضاً .

يعتبر فما تختلف المالية من أجله كسكنى الدار ، وأما ما لا تختلف المالية من أجله كخيطة الثوب أو استنساخ الكتاب مثلاً ، فلا تضر جهالة المدة وأنها يوماً أو يومين أو ثلاثة أو شهراً أو نصف شهر ، فإنه لا تضر هذه الجهالة للمدة بعد كون متعلق الإجارة معلوماً معيناً<sup>(١)</sup> ، ومقامنا وهو معالجة الطبيب من القسم الثاني الذي لا تضر جهالة المدة فيه بعد كونها متعارفة ، فإما أن تنتهي للموت أو للبرء .

(١) الفرع الرابع : وهو ما ترقى إليه الماتن رحمته وقال : بل يمكن المقاطعة مع الطبيب على المعالجة المقيدة بالبرء أو المشروطة به بنحو يكون المتعلق هو المداواة ، والشرط هو الوصول للبرء مع ظن البرء بل مطلقاً .  
(٢) ثمّ اشكل على نفسه بأن البرء بيد الله سبحانه<sup>(٢)</sup> فكيف يمكن أن تكون المعالجة مشروطة بذلك فإن أريد ذلك فاللازم أن يكون بعنوان الجعالة لا الإجارة .

(١) أقول : نعم لا تعتبر فيه جهالة المدة ، إلا أنه يلزم تعيين الزمان الذي يقع فيه العمل كأن يقول مثلاً إلى النصف من الشهر أو إلى يوم الجمعة ، وإن اطلق اقتضى التعجيل عرفاً إن كان هناك انصراف إلى التعجيل ، وإن لم يكن انصراف إلى التعجيل كان العقد باطلاً ، لأنه يكون العمل المستأجر عليه مردداً مبهماً لا واقع له كما تقدم من الماتن ، ووافق السيد الأستاذ رحمته في المسألة ١٩ [٣٣٠١] موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٢١٨ .

(٢) في صحيح زياد بن أبي الحلال - الذي رواه الكليني - عن أبي عبدالله قال «قال موسى عليه السلام : يا رب من أين الداء ؟ قال : مني ، قال : فالشفاء ؟ قال : مني ، قال : فما تصنع عبادك بالمعالج ؟ قال : يطبّ بأنفسهم ، فيؤمنذ سمي المعالج : الطبيب» روضة الكافي ٧ : ٥٢/٨٨ ، الوسائل ج ٢٥ : ٢٢١ باب ١٣٤ من أبواب الأطعمة المباحة ح ١ ، الفصول المهمة في أصول الأئمة ج ٣ : ١٥ باب ١ من أبواب الطب ح ١ .

وأجاب عنه بأن المعالجة والطبابة اختيارية وإن لم يكن البرء اختيارياً، ويكفي في صحة الإجارة كون المقدمات التي وقعت عليها الإجارة وهي الطبابة والمعالجة اختيارية، وإن حصل تخلف الشرط وهو البرء في بعض الأحيان، وإلا لما صحت الجعالة أيضاً، إذ إنها لا تصح على أمر غير اختياري أيضاً بلا إشكال، فصحة الجعالة مع العلم بأنها لا تقع على أمر غير اختياري دليل على صحة الإجارة في المقام، وإن حصل تخلف في بعض الأحيان، إذ يكفي في الصحة كون المقدمات اختيارية.

هذا ملخص ما ذكره الماتن رحمته في الفرع الرابع<sup>(١)</sup>.

**أقول:** أما ما ذكره من جواز المعالجة مشروطاً بالبرء فالظاهر أنه لا مانع منه، لأن معنى الاشتراط كما ذكرناه مراراً هو رجوعه ١ - في بعض الموارد إلى الالتزام بشيء - أي نتيجة ذلك هو الالتزام - كما إذا اشترطت الزوجة على الزوج في عقد النكاح أن يسكنها في بلدها، أو أن يعطيها كل يوم كذا مقدار من المال، ونحو ذلك من الشروط غير الخارجة عن الاختيار التي يمكن أن تقع مورداً للالتزام والالتزام وقبل الزوج ذلك، فإن نتيجته هو الشرط ورجوعه إلى جواز الزام الزوجة الزوج عند تخلفه عن الشرط بالالتزام بالشرط، ولو بالرجوع إلى الحاكم أو القاضي، فتلتزمه باسكانها في بلدها أو باعطائها كل يوم كذا مقدار من المال. ٢ - وفي بعض الموارد الأخرى يرجع الشرط إلى جعل الخيار له على تقدير التخلف، كما في الشروط الخارجة عن الاختيار، لعدم إمكان أن تكون واقعة مورداً للالتزام والالتزام، كما لو باع العبد وشرط المشتري على البائع أن يكون العبد كاتباً، فيما أن الكتابة خارجة عن اختيار البائع ولا معنى للزام البائع بها، فيرجع هذا الشرط على البائع إلى أن التزم المشتري بهذا البيع منوط بوجود صفة الكتابة في العبد، فعلى تقدير التخلف فالمشتري غير ملزم بالعقد، ونتيجة ذلك جعل الخيار له.

(١) ومقتضى عدم الالتزام بالعقد على تقدير عدم البرء هو جواز فسخ العقد، ومع فسخته ترجع الأجرة المسماة إلى المؤجر، ويرجع عمل الطبيب من الطبابة والمعالجة إليه، وبما أنه لا يمكن إرجاعه فيرجع حينئذ قيمته وهي أجرة المثل. هذا هو مقتضى أن البرء شرط. وأما إذا كان البرء قيداً ولم يتحقق، فمعنى ذلك عدم تحقق الإجارة، فعدم الأجرة لعدم الإجارة.

ومحل كلامنا في المقام داخل تحت القسم الثاني من موارد الشرط ، حيث جعلت الأجرة على الطباة وشرط البرء فيها ، أي أنه لا يلتزم بالإجارة على تقدير عدم البرء ، وهذا ليس فيه أي محذور . وكون البرء غير مقدور لا ينافي مقدورية متعلق الإجارة وهي الطباة ، وإن جعل الشارط لنفسه حق عدم الالتزام بالعقد على تقدير عدم البرء .  
هذا إذا كان البرء شرطاً .

وأما ما ذكره من جواز المقاطعة على المعالجة مقيداً بالبرء - أي الطباة الموصلة للبرء - فالظاهر عدم جوازه وذلك :

أولاً : لأن متعلق الإجارة حينئذٍ يكون غريباً ، إذ لا يعلم أن هذه المقدمات وهي الطباة والمعالجة توصل للبرء أو لا ، ومتعلق الإجارة هو العمل الموصل ، والعمل المقيد بالبرء غير مقدور له وخارج عن اختياره ، فالتقييد بهذا القيد غير مقدور له ، فتكون المعاملة غريبة لا محالة ، إذ قد توصل المعالجة للبرء وقد لا توصله ، فطبعاً تكون الإجارة غريبة ، فإنه ربما يداويه سنة ولا يبرأ ، فتكون المعاملة باطلة لأنها غريبة .

وثانياً : لو فرض أنه لا دليل على بطلان الإجارة الغريبة ، والقول بأنه يلتزم ببطلان البيع الغرري فقط دون غيره ، لعدم دليل على العموم ، فأيضاً لا بد من الحكم ببطلان الإجارة في المقام ، وذلك للزوم التعليق فيها المجمع على إيجابه البطلان في العقود .

وأما أنه كيف يلزم من ذلك التعليق فتوضيح ذلك : أنه ذكرنا في بحث الواجب المشروط والمعلق أن القيود التي تؤخذ في متعلق التكليف إما ١ - أن تكون غير اختيارية ، كما هو الحال بالنسبة إلى الوقت كزوال الشمس بالنسبة إلى الصلاة ، وإما ٢ - أن تكون اختيارية كالطهارة بالنسبة إلى الصلاة ، والقيود الاختيارية على نحوين أ - تارة تؤخذ هذه القيود في متعلق التكليف بحيث يقع التقييد بها تحت الأمر كذات المقيد ، فيكون الوجوب حينئذٍ مطلقاً وإن كان الواجب مقيداً ، كما إذا قال حج متسكعاً أو صل متطهراً . ب - وأخرى تؤخذ هذه القيود الاختيارية موضوعاً للتكليف بحيث يتوقف التكليف عليها وتكون مفروضة الوجود في مرتبة سابقة على تعلق الأمر ، فلا أمر عند عدمها ، كما لو قال : إذا سافرت فقصر أو إن تطهرت فصل فتكون الطهارة - أو السفر -

مأخوذة مفروضة الوجود . وهذان النحوان كلاهما ممكنان في مقام الاثبات ، إلا أنّ المتبع في مقام الاثبات ظاهر الدليل ، فإنه يختلف باختلاف التعبير ، إذ قد يكون اللسان فيه كالأول كقوله حج متسكعاً أو صل متطهراً ، فيفيد أن الطهارة أو الحج المأخوذ مأخوذ في متعلق التكليف ، فالوجوب مطلق وإن كان الواجب مقيداً ، وأخرى يكون اللسان كما في قوله : إن سافرت فقصر أو إن أقمت فتم أو إن تطهرت فصلّ ، فتكون الطهارة المأخوذة مأخوذة في موضوع التكليف ومفروضة الوجود ، والمأمور به هو الصلاة فقط كقوله : إن سافرت فصلّ قصرأ ، فالسفر غير واجب ولكن على تقدير تحققه فيجب القصر .

وأما القيود غير الاختيارية وهي القسم الأول من القيود فلا يمكن أخذها إلا شرطاً للتكليف ، ويستحيل أخذها قيداً في المتعلق ، أي يستحيل فيها النحو الأول من القسم الثاني المتقدم بعنوان (أ) ، لأن التقييد إن كان بقيد غير اختياري فلا يمكن تكليف المكلف بفعل مقيد بقيد غير اختياري ، لأن الفعل المقيد بقيد غير اختياري ليس اختيارياً للمكلف ، وما لم يكن اختيارياً للمكلف كيف يطلب منه ويصير متعلقاً للتكليف ، فلا مناص من أن يؤخذ على النحو الثاني وهو أن يؤخذ شرطاً للتكليف ، سواء أقال : إذا زالت الشمس فصلّ ، أم قال : صلّ عند زوال الشمس ، والمراد منهما واحد وهو شرطية الزوال لوجوب الصلاة ، وأخذه مفروض الوجود عند تعلق التكليف بالصلاة ، لامتناع أخذه قيداً .

وبعبارة أخرى : المقيد بقيد غير اختياري إنما يكون مقدوراً حينما يكون القيد حاصلأ ، ففي مثل (الصلاة إلى القبلة) القبلة موجودة يمكن للإنسان أن يصلي إلى القبلة ، ويمكن للإنسان أن يصلي لا إلى القبلة ، فالصلاة إلى القبلة مقدورة ، والمكلف قادر على الصلاة إليها ، فالتمكن في الفعل المقيد إنما يفرض فيما فرض وجود القيد ، وأما لو لم يكن القيد مفروض الوجود ، فلا يمكن التكليف بالفعل المقيد ما دام القيد ليس تحت اختيار المكلف ، فلا يفرق بين ما إذا قال : إذا زالت الشمس فصلّ ، أو قال : صلّ بعد زوال الشمس ، وذلك لأنه لا يمكن التكليف بالمقيد إلا بعد فرض وجود القيد خارجأ ، فهو مفروض الوجود لا محالة بأي عبارة عبّر بالأمر بالأولى أو بالثانية ، ففي كل منهما يكون التقييد بذلك شرطاً للتكليف لا قيداً في متعلق التكليف .

وهذا الكلام كما يجري في التكليف يجري في الوضع أيضاً ، فإن الذي يمكن أن يملكه الأجير وهو الطبيب هو نفس الأعمال أي الطبابة والمعالجة عند فرض وجود القيد خارجاً ، وأما قبله فلا يمكنه التمليك لأن التمليك المقيد بقيد غير مقدور ، ليس مقدوراً للأجير فكيف يملكه ، ومعنى هذا الكلام أن الإجارة الواقعة على الطبابة المقيدة بالبرء - أي بالقيد الخارج عن الاختيار - إنما يصح تمليكها فيما لو أخذ البرء مفروض الوجود ومحقق الوجود في الخارج ، إذ إن هذه الصورة هي المقدورة للأجير التمليك فيها ، وأما غيرها - وهي ما لو لم يفرض وجود البرء خارجاً - فغير مقدور للأجير التمليك فيها لأنها غير مقدورة له ، فقول الطبيب : آجرت نفسي للطبابة مقيداً بالبرء ، كقوله : آجرتك نفسي على الطبابة المقيدة بارادة الله البرء ، أي إذا أراد الله البرء ، فتكون تعليقاً موجباً للبطلان في العقود ، بلا فرق بين أن يكون المعلق عليه مجيء زيد من السفر أو إرادة الله البرء ، ولا فرق بين ذلك وبين قوله : آجرتك أن تطبخ لي طعاماً إن جاء ابني من السفر يوم السبت ، في كون كل منهما من التعليق الموجب للبطلان .

نعم ، قد يكون بعض الأحيان تعليق على شيء وغير موجب للبطلان ، وذلك فيما إذا كان ذلك الشيء مطمئن الحصول في المستقبل الذي هو بمنزلة العلم الوجداني بوجوده ، فإن التعليق على أمر موجود جزماً لا ينافي التعليق لأنه واقع تنجيز وصورة تعليق ، فهو كقوله : آجرتك نفسي إن طلعت الشمس غداً ، فإن هذه صورة تعليق لا واقع تعليق ، بل هو واقع تنجيز . فمع الأطمئنان أو العلم الوجداني بحصول البرء لا مانع من صحة المعاملة ، وأما مع عدم الاطمئنان والعلم - بأن كان له ظن بالبرء أو شك في حصوله - فالقول بصحة المعاملة مع الطبيب على مداوة بقيد البرء كما ذهب إليه الماتن رحمته غير صحيح وغير جائز <sup>(١)</sup> .

(١) حاصل ما ذكره السيد الأستاذ رحمته في بطلان المقاطعة على المعالجة مقيداً بالبرء هو أولاً : أن متعلق الإجارة حينئذ يكون غريباً ، لأنه لا يعلم أن المقدمات - أي الطبابة والمعالجة - توصل للبرء أو لا ، في حين أن متعلق الإجارة هو العمل الموصل أي الطبابة والمعالجة الموصلة

للبرء ، والعمل المقيد بالبرء خارج عن اختياره ، إذ قد يوصل العمل للبرء وقد لا يوصل ، فالإجارة حينئذٍ غررية . وثانياً : أن قيد البرء غير اختياري ، وأخذ الشيء غير الاختياري في التكليف أو الوضع لا شك موجب للتعليق ، والأول كما إذا قال : إذا زالت الشمس فصل ، أو قال : صل بعد زوال الشمس ، والثاني كما إذا ملكه المعالجة والطبابة عند وجود البرء خارجاً ، لأن التمليك المقيد بقيد غير اختياري غير مقدور للمكلف تملكه على كل حال ، ومعنى ذلك تعليق التمليك على حصول البرء وهو لا علم له بتحقيقه ولا اطمئنان ، وهو تعليق في العقود موجب للبطلان بالإجماع .

هذا حاصل ما أفاده السيد الأستاذ رحمته .

وأشكل عليه : بأن « ما ذكره رحمته [أي السيد الأستاذ السيد الخوئي] من بطلان الإجارة بقيد البرء إذا لم يكن مطمئناً بتحقيقه قابل للمناقشة ، فإن ما ذكر من محذوري التعليق والغرر يمكن دفعهما ، أما التعليق فلائه من تعليق العقد على ما هو معلق عليه ثبوتاً ، نظير بيع فرسه إذا كان باقياً ، فإن المستأجر عليه هنا بحسب الحقيقة إبراء المريض ، فإذا كان ثبوتاً ممكناً ومقدوراً للأجير كان واجداً له ، وإلا فلا موضوع للإجارة ولا يستحق أجرة ، نظير أن يقول : إذا كانت داري باقية فأجرتك إياها ، وقد تقدم أن مثل هذا التعليق لا دليل على بطلانه ، خصوصاً وأنه لا دليل لفظي على شرطية التنجيز في العقود ، وإنما دليلها الإجماع والسيرة وكلاهما لا يشملان المقام . وأما الغرر فلعدم لزومه مع التعليق المذكور ، حيث إنه في صورة تبين عدم إمكان الأجير على الإبراء لا يستحق شيئاً ، فلا خطر ولا غرر في البين ، ومجرد الجهل بوجود ما يكون العقد معلقاً بذاته عليه لا يقدح في الصحة إذا لم يكن فيه أي خطر ، كيف وفي باب الإجارة على الأعمال كثيراً ما لا يعلم جزماً أن الأجير قادر على العمل ، ومع ذلك يحكم بصحة الإجارة ، لأنه إذا تبين عدم قدرته عليه لم يستحق شيئاً ، خصوصاً بناءً على ما احتملناه في باب الإجارة على الأعمال من أنها ليست من عقود المعاوضة وتمليك العمل بالأجرة » [بحوث في الفقه] كتاب الإجارة ٢ : ٣٩٩ - ٤٠٠ .

ونؤيد هذا الإشكال على السيد الأستاذ رحمته بمؤيد أو مؤكد ثم نجيب عنه .

❦ أما المؤيد المؤكد - والذي يحتمل أن الإشكال مأخوذ من نفس السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> في ابحائه المتقدمة - فهو أنه تقدم من السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> مسألة مشابهة لهذه المسألة تقريباً واختار فيها السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> الصحة وأجاب عن اشكالي التعليق والغرر، فإنه تقدم من السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> في المسألة ٥ [٣٢٦٢] تعليقا على قول الماتن<sup>عليه السلام</sup>: «ولو قدر المدّة والعمل على وجه التطبيق، فإن علم سعة الزمان له صحّ، وإن علم عدمها بطل، وإن احتمل الأمران ففيه قولان».

ومثّل السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> هناك لما إذا علم سعة الزمان له بما إذا استؤجر على قراءة القرآن كله في ضمن يومين مطبقاً عليهما عدا حوائجه الضرورية، وحكم فيه بالصحة.

ومثّل السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> لما إذا علم عدم سعة الزمان له بما إذا استؤجر على قراءة القرآن كله في ضمن ساعتين مطبقاً عليهما، وحكم فيه بالبطلان.

ومثّل السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> لما إذا احتمل الأمران بما لو استؤجر على قراءة القرآن كله مطبقاً على عشر ساعات، بحيث يشك في سعة الزمان للعمل المستأجر عليه وعدم سعته لذلك، فهنا فيه قولان:

قال السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> هناك: إنه لم يرجح الماتن<sup>عليه السلام</sup> أيّ من القولين، لا القول بالصحة ولا القول بالبطلان.

وقيل: بالبطلان وعدم الصحة للغرر، أي لعدم العلم بأنه مقدور التسليم أو لا، فتكون الإجارة غررية وذلك موجب للبطلان.

ثمّ ذكر السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> هناك أن الصحيح هو القول بالتفصيل بين ما إذا كانت الإجارة مطلقة بأن يؤجر نفسه لهذا العمل سواء أكان قادراً على إيجاد القراءة للقرآن كله في عشر ساعات أم لا، وبين ما إذا كانت الإجارة معلقة على القدرة، كأن يقول: آجرتك نفسي على أن أقرأ القرآن كله في عشر ساعات إن كنت قادراً على ذلك، بحيث يجعل العقد معلقاً على قدرته على التسليم.

ففي الأوّل لا ينبغي الشك في البطلان لا لأجل الغرر، بل لأنه ليس له التملك المطلق، لأنه ليس له تملك ما هو مردد بين ما هو ملك له وما هو ليس بملك له، فإن الحكم بالصحة في

﴿ مثل ذلك مطلقاً غير ممكن ، لأنه على فرض عدم القدرة فإي شيء يكون أزاء الأجرة ، فتملكها حينئذٍ في هذه الصورة بلا شك يكون أكلاً للمال بالباطل ، ومع ذلك لا يمكن الحكم بالإمضاء والصحة مطلقاً . وأما الحكم بالصحة على تقدير أنه مالك له في الواقع فهو ممكن إن ساعده الدليل ، كما ساعد الدليل على ذلك في مثل بيع الصرف والسلم ، فإن الدليل فيه قائم على اختصاص الصحة بما إذا قبض ، إن كان انشاء العقد مطلقاً ، وأما في المقام فلم يقدّم الدليل على الصحة في مثل ذلك عدا اطلاقات الأدلة العامة كقوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ومن المعلوم أنّ مثل هذه الأدلة امضائية لما انشأه المتعاملان لا تأسيسية ، والذي انشأه المتعاملان هو الملكية المطلقة ، فلا يكون الامضاء متعلقاً بالملكية المقيدة ، لأن ما أنشئ غير ممضى ، وما هو قابل للإمضاء لم ينشأ .

**وفي الثاني :** وهو ما لو أجر نفسه للعمل إن كان قادراً على تسليم ذلك بحيث جعل العقد معلقاً على قدرته على التسليم ، فلا يبعد الحكم بالصحة ، وذلك لأن توهم البطلان إنما يكون من أحد أمرين :

**الأول :** التعليق المجمع على إيجابه البطلان في العقود ولابدية كون العقد منجزاً في الحكم بالصحة ، وفيه : ما تقدم من أن ذلك الإجماع إنما هو في غير التعليق على ما هو متوقف عليه في نفسه ، وأما في مثل ما هو متوقف عليه في نفسه فلا بأس ولا يوجب البطلان ، كما لو قال : إن كان هذا الشيء ملكاً لي فبعتك إياه بعشرة دراهم ، وكما لو قال : إن كانت هذه المرأة زوجتي فهي طالق ، فإن هذا ليس من التعليق المبطل ، فكذا قوله : أجرتك نفسي على أن أقرأ القرآن كله في عشر ساعات إن كنت قادراً على ذلك ودليل الامضاء يرد على هذا الإيجار المعلق ، فهو إن كان قادراً حكم بصحته ، وإلا فلا .

**الثاني :** الغرر ، وليس هنا أي غرر ، لأنه إن كان قادراً وقد أتى بالعمل فيستحق الأجرة ، وإذا لم يأت بالعمل وانكشف أنه غير قادر فلا يستحق الأجرة ويذهب عمله هدراً ، وهذا لا يوجب غرراً ، لأنه غير ملزم بهذا العمل في الخارج ، فإنه ليس للمؤجر أن يلزمه بهذا العمل حتى يكون ذهابه هدراً غرراً عليه ، فإنه من الأول الأجير له أن لا يقدم لشكه ، أي له أن لا يلزم نفسه

«بذلك حتى يلزم بذلك ، فإذا لم يكن ملزماً فعمله في الخارج عمل باختياره وهو أقدم عليه ، فإذا انكشف أنه قادر عليه وأتمه ينكشف صحة العقد من الأول فيستحق الأجرة ، وإن انكشف عدم ذلك وعدم قدرته كان عمله الذي أقدم عليه من قبل نفسه بلا ملزم من أحد هدرًا ، ولا يستحق على المؤجر شيئاً ، بل هو جهل والجهل في مثله بعد معلومية العوض والمعوض لا يضر شيئاً ، وليس هنا من الغرر شيء ، إذ إنما يتحقق الغرر فيما إذا كان هناك الزام بالعمل ، وقد عرفت أنه لا الزام ، فالمقام ليس إلا كمن حمل بندقيته أو أدوات صيده وذهب للصيد ، فإنه يمكن أن يصيد ويمكن أن يرجع صفر اليدين ، وليس فيهما إلا خفاً حنين» الواضح ٩ : ٢٦٧ موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٦٢ .

وعليه فيقال في المقام تأييداً أو تأكيداً للإشكال المذكور: إن الإجارة على الطبابة والمعالجة لم تقع إلا مقيدة بالبرء ، وبما أن البرء ليس مما يقع تحت اختياره ، فمعنى ذلك أنه أجر نفسه على الطبابة والمعالجة معلقاً على إيصالهما إلى البرء ، فهو كما لو أجر نفسه على قراءة القرآن كله في عشر ساعات إن كان قادراً على ذلك ، وعلى تسليم العمل ، فلا بد وأن يحكم فيه بالصحة ، كما حكم بالصحة في مثال الاستئجار على قراءة القرآن كله في عشر ساعات إن كان الأجير قادراً على تسليم ذلك للمؤجر ، لأن توهم البطلان هنا أيضاً إنما هو من أحد أمرين لا ثالث لهما . الأول : التعليق وقد عرفت جوابه . الثاني : الغرر ، وقد عرفت جوابه . وكما أن للأجير في قراءة القرآن أن لا يلزم نفسه بالقراءة من الأول لشكه حتى يلزم بذلك ، كذلك الأجير على الطبابة الموصلة للبرء له أن لا يلزم نفسه بها من الأول لشكه حتى يلزم بذلك ، وكما أن الأول عمله في الخارج باختياره ، كذلك الطبيب عمله من الأول في الخارج باختياره ، وكما أن الأول هو الذي أقدم عليه من قبل نفسه بلا ملزم من أحد ، فكذلك الطبيب هو الذي أقدم عليه من قبل نفسه بلا ملزم من أحد .

فكما أن الأول إذا انكشف أنه قادر على قراءة القرآن كله في عشر ساعات ينكشف صحة العقد ، وإذا انكشف عدم قدرته كان عمله الذي أقدم عليه من قبل نفسه بلا ملزم من أحد قد ذهب هدرًا ، ولا يستحق على المؤجر شيئاً ، بل هو جهل والجهل في مثله بعد معلومية العوض

والمعوض لا يضر شيئاً، فكذا الطبيب إذا انكشف أن طبابته ومعالجته أوصلت إلى البرء فينكشف صحة العقد، وإذا انكشف أن طبابته ومعالجته لم توصل إلى البرء فينكشف أن عمله الذي أقدم عليه من قبل نفسه بلا ملزم من أحد قد ذهب هدرًا، ولا يستحق على المريض شيئاً، بل هو جهل والجهل في مثله بعد معلومية العوض والمعوض لا يضر شيئاً. هذا هو التأييد أو التأكيد للاشكال المذكور.

وأما الجواب عنه: فإنما هو يتمركز في نقطة واحدة، وبها يظهر الفارق الكبير بين المسألتين، وهي أن المستشكل (حفظه الله) يدعي أن التعليق في إجارة الطبيب على المعالجة والمداوة والطبابة على البرء إنما هو تعليق على ما يقتضيه صحة العقد الذي يعبر عنه بأنه «تعليق على ما هو معلق عليه ثبوتاً» وهو غير صحيح، لأن التعليق على ما هو معلق عليه ثبوتاً هو كقولل: إن كانت هذه زوجتي فهي طالق، فإن الطلاق إنما يكون لو كانت هي زوجته، وأما لو لم تكن هي زوجته فلا يكون طلاقاً. وكما لو قال: إن كان هذا الكتاب لي فقد بعتهك إياه بعشرة دراهم، فإن صحة البيع إنما تكون لو كان الكتاب له، وإلا فلا يكون البيع صحيحاً، وكذا بعتهك فرسي إن كانت موجودة ولم تكن تالفة وقد أكلها السبع، فإنه إنما يصح بيعها لو كانت موجودة وباقية في ملكه، وأما لو كان قد أكلها السبع فلا مليكة له لها حتى يصح البيع، وهكذا أجرتهك داري إن كانت باقية، فإنه إنما يصح إجارتها لو لم تكن تالفة، فصحة العقد متوقفة على هكذا تعليق، فهكذا تعليق لا يضر وجوده، قاله أو لم يقله، أي علق أو لم يعلق، فوجوده وعدمه سواء. وهذا بخلاف إجارة الطبيب نفسه على المداوة والمعالجة والطبابة إذا أوصلت إلى البرء، فإنه ليس من التعليق على ما تكون صحة العقد متوقفة عليه، لأن العقد يصح مطلقاً وتصح إجارة الطبيب نفسه للمداوة والطبابة، سواء أوصلت إلى البرء أم لا، وذلك لأنه مالك للطبابة والمعالجة أوصلت إلى البرء أو لا، فإن أوصلت فواضح وإن لم توصل فتكون الأجرة مقابل نفس الطبابة والمعالجة والمداوة، فإنها هي العمل المستأجر عليه، وقد أتى به الأجير لا مثل ما إذا لم يقدر على القراءة للقرآن كله في عشر ساعات، لا يكون مقابل الأجرة شيء، فيكون أكلاً للمال بالباطل، ولا يمكن الحكم بالامضاء والصحة مطلقاً، بل هنا يمكن الحكم

بِالامضاء والصحة مطلقاً. فهو ليس كقولك: إن كنت زوجتي فأنت طالق، لا يصح إلا إذا كانت زوجة، بل هنا يصح العقد سواء أوصل إلى البرء أم لا، فليس التعليق على البرء تعليقاً على ما تتوقف عليه صحة العقد، ولا أنه تعليق على ما هو معلق عليه ثبوتاً. أبدأ، فهو إذن من التعليق المضر، لأن الذي لا يضر من التعليق إنما هو التعليق على ما هو معلق عليه في الواقع وثبوتاً وهذا ليس من التعليق على ما هو معلق عليه ثبوتاً. وأما مثال قراءة القرآن في تلك المسألة فالتعليق فيه على ما هو معلق عليه ثبوتاً، وما هو متوقف عليه صحة العقد ثبوتاً، لأن صحة العقد على قراءة القرآن كله في ضمن عشر ساعات سواء كان قادراً أم لا غير ممكن وغير صحيح، لأنه في صورة عدم القدرة يكون أكل الأجرة أكلاً للمال بالباطل، فإنما يصح العقد فيما إذا كان قادراً، فالتعليق على القدرة تعليق على ما تتوقف صحة العقد عليه، وهو لا يضر، فلا يكون هنا غرر أيضاً، والتعليق على البرء ليس تعليقاً على ما تتوقف صحة العقد عليه فلذا يكون مضراً، فإذا كان التعليق مضراً كان هنا غرر أيضاً.

فليس قياس المقام على قراءة القرآن في كون التعليق على ما تتوقف عليه صحة العقد صحيحاً، لأن في قراءة القرآن التعليق على ما تتوقف عليه صحة العقد، وفي الإجارة على الطبابة الموصلة للبرء التعليق ليس على ما تتوقف عليه صحة العقد، فهناك التعليق لا يكون مضراً وهنا التعليق يكون مضراً، فلذا ذهب السيد الأستاذ رحمته إلى أن تعليق قراءة القرآن على قدرته على إكمال قراءة القرآن كله في عشر ساعات تعليق صحيح، ولا يضر في صحة العقد، ولا يكون هنا غرر، وتعليق الطبابة والمعالجة على إصالحهما إلى البرء تعليق مبطل للعقد، ويكون ذلك موجباً للغرر أيضاً.

على أن قول المستشكل (حفظه الله): «فإن المستأجر عليه بحسب الحقيقة إبراء المريض، فإذا كان ثبوتاً ممكناً ومقدوراً للأجير كان واجداً له، وإلا فلا موضوع للإجارة ولا يستحق أجرة».

هو رجوع ووقوع فيما فرّ الماتن رحمته منه، وهو فرار في محله، فإن البرء ليس اختيارياً للطبيب ولا بيده، بل بيد الله سبحانه، فكيف تصح الإجارة عليه ويصح له تملكه، وإنما المستأجر عليه الطبابة والمعالجة والمداواة، وهي مقدمات البرء قد توصله إليه وقد لا توصله إليه.

[٣٣٨٧] الثامنة عشرة: إذا استؤجر لختم القرآن لا يجب أن يقرأه مرتباً بالشروع من الفاتحة والختم بسورة الناس، بل يجوز أن يقرأ سورة فسورة على خلاف الترتيب، بل يجوز عدم رعاية الترتيب في آيات السورة أيضاً، ولهذا إذا علم بعد الإتمام أنه قرأ الآية الكذائية غلطاً أو نسي قراءتها يكفيه قراءتها فقط<sup>(١)</sup>.

ثم إن الماتن رحمته ذكر - كما نقلنا عنه في أول المسألة - أن المعاملة على المداواة بشرط أو بقيد البرء إذالم تصح بعنوان الإجارة لأنها لا تصح على أمر غير اختياري والبرء غير اختياري، فلا تصح بعنوان الجعالة أيضاً، لأن الجعالة لا تصح على أمر غير اختياري أيضاً.

وهذا الذي ذكره الماتن رحمته لا بد وأن يعدّ من الغرائب، إذ ١- إن الجعالة لا غرر فيها، لعدم التمليك والتملك من كل منهما للآخر، وإنما هو تعهد بدفع مقدار معين يسمى جعلاً لكل من فعل هذا الفعل، فلا يعتبر في متعلق الجعالة احراز القدرة للشخص، بل تجري حتى في الشيء المشكوك القدرة عليه كما لو قال: من صاد لي غزلاً فله عليّ كذا، فإن الشخص يمكن أن يصيد ويمكن أن لا يصيد، أو قال بعد أن سقط خاتمه في البحر: من أخرجته فله عليّ كذا، مع احتمال امتناع الإخراج أصلاً، بأن ابتعله حيوان من حيوانات البحر، أو قال: من وجد ضالتي فله عليّ كذا، مع احتمال تلف الضالة أو أنها أكلها السبع، فمع ذلك تصح مع فرض العجز عن الظفر بها. فلا يقاس باب الجعالة بباب الإجارة التي فيها تمليك وتملك من كل من الطرفين، فيعتبر فيها أن لا تكون غررية. ٢- كما أن التعليق لا يكون موجباً للبطلان في الجعالة، إذ لا الزام فيها ولا التزام، بينما التعليق مبطل في الإجارة، فكيف تقاس الجعالة بباب الإجارة.

وعليه: فالإجارة في المقام بما أنها غررية أولاً وفيها تعليق ثانياً تكون باطلة، بخلاف ما لو كانت على نحو الجعالة فإنها تصح، إذ لا غرر فيها ولا يضر فيها التعليق، فكيف تقاس الإجارة بالجعالة ويقال: لو لم تصح إجارة فلا تصح جعالة أيضاً.

(١) ذكر الماتن رحمته أنه إذا استؤجر لختم القرآن لا يجب عليه أن يقرأ السور على النحو الموجود في القرآن بأن يشرع من الفاتحة ويختتم بسورة الناس، بل يجوز له أن يقرأ بأي نحو شاء، ولو بأن يشرع من سورة الناس ويتم بسورة الفاتحة، أو يشرع من الوسط ثم يكمل ويرجع فيقرأ الأول، لأن المقصود أن يقرأ تمام السور، وأما أنه بالترتيب فلا، بل يجوز أن يقرأ نفس

نعم ، لو شرط عليه الترتيب وجب مراعاته ، ولو علم اجمالاً بعد الإتمام أنه قرأ بعض الآيات غلطاً من حيث الإعراب أو من حيث عدم أداء الحروف من مخرجه أو من حيث المادة فلا يبعد كفايته وعدم وجوب الإعادة ، لأنّ اللازم القراءة على المتعارف والمعتاد ، ومن المعلوم وقوع ذلك من القارئین غالباً إلا من شذ منهم .

نعم ، لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلاً لزم عليه الإعادة مع العلم به في الجملة ، وكذا الكلام في الاستئجار لبعض الزيارات المأثورة أو غيرها . وكذا في الاستئجار لكتابة كتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها لا يضر في استحقاق الأجرة اسقاط كلمة أو حرف أو كتابتهما غلطاً .

الآيات من سورة واحدة لا على نحو مرتب ، بأن يقرأ نصف السورة الأخير ثم يقرأ نصف السورة الأول ، أو يقرأ الوسط من السورة ثم المقدم منها ثم الأخير منها ، إلى غير ذلك ، فإن المقصود هو أن يقرأ تمام السور الواردة في القرآن ، وهو يتأتى بجميع ذلك ، ولأجل ذلك إذا علم بعد الاتمام أنه قرأ الآية الفلانية خطأ أو نسي قراءتها كفاه قراءتها فقط ، ولا يجب قراءة ما بعدها .

هذا ما ذكره الماتن رحمته .

يقع الكلام تارة في اعتبار الترتيب في القراءة بين السور أو بين آيات السور ، وأخرى فيما إذا قرأ خطأ أو نسي قراءة بعض الآيات ، فالحديث في مقامين :

**المقام الأول :** وهو بالنسبة إلى الترتيب بين السور ، فمن المعلوم أن السور لم تكن مرتبة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنحو الموجود في القرآن اليوم ، وإنما هذا الترتيب حصل بعد ذلك ، ولذا بما أن السور المكية جملة منها صغيرة ومختصرة جعلت في آخر القرآن وتقدمت عليها السور المدنية ، فمن المعلوم أن الترتيب بين السور في القرآن كما هي الآن أمر حادث ، ولكن مع ذلك بما أن المتعارف الخارجي في قراءة القرآن إنما هو على النحو المتعارف الموجود في القرآن خارجاً ، فغير بعيد أن تكون الإجارة منصرفة إلى المتعارف ، ويكون المفهوم العرفي منها هو ذلك ، أي القراءة مرتباً حسب ما هو الموجود في القرآن الكريم اليوم ، ولو كان هذا الترتيب حدث متأخراً عن زمان النبي صلى الله عليه وسلم ولم يكن كذلك في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم .

وعليه : فالقول بجواز القراءة لا مرتباً بين سور القرآن خلاف الانصراف والفهم العرفي من

الإجارة في ذلك ، **إلا إذا كانت هناك قرينة عليه** ، فإنه في هذه الصورة لا مانع منه ، فلو كانت هناك قرينة على أن الإجارة إنما قامت على القراءة لا بالنحو المتعارف - أي على القراءة لا بشرط الترتيب بين السور - فلا شك في الجواز ، **وإلا فلو لم تكن قرينة على ذلك** سيمًا بالنسبة لعامة الناس الذين لا يعرفون أن الترتيب الموجود هذا اليوم أمر حادث ، فلا يجوز القراءة على خلاف الترتيب الموجود بين السور اليوم .

**وأما بالنسبة إلى آيات السور** ، فالسور في نفسها بلا إشكال كانت مترتبة الآيات في عصره ﷺ ، **فعلى فرض القول بجواز قراءة السور لا على نحو الترتيب الموجود في القرآن الآن** ، فلا شك في عدم جواز قراءة آيات السور على خلاف ما هو المترتبة في نفسها ، أي على خلاف ما كانت عليه من الترتيب في عصره ﷺ وما بعده إلى يومنا هذا ، فكيف مع ما عرفت من عدم جواز قراءة السور نفسها على خلاف الترتيب الموجود هذا اليوم ، فعدم جواز قراءة آيات السور على خلاف الترتيب الموجود في عصره ﷺ وعصرنا بطريق أولي ، فلو خالف وقدم النصف الأخير من سورة الجمعة مثلاً على النصف الأول منها ، فهو وإن صدق عليه قراءة القرآن إلا أنه لا يصدق عليه قرارة سورة الجمعة ، لأن سورة الجمعة مترتبة على نحو يكون نصفها الأول قبل نصفها الثاني ، ولذا لا يحتمل الاكتفاء في سورة الفاتحة في الصلاة بتقديم النصف الأخير من السورة على النصف الأول منها ، لأنه ليس قراءة لسورة الحمد والفاتحة ، وإن كانت قراءة للقرآن ، والاستئجار لقراءة القرآن استئجار لقراءة هذه السور ، وهي لا تصدق مع عدم الترتيب بين آيات نفس السورة كما هي في القرآن ، فلا ينبغي الريب في عدم جواز القراءة بنحو تكون مخالفة للترتيب بين آيات السورة الواحدة .

**فالسّر في عدم جواز المخالفة في الترتيب بين السور هو التعارف الخارجي** ، وانصراف الإجارة عليه بحسب الفهم العرفي إلى القراءة مرتباً بين السور كما هي موجودة والقرآن الموجود فعلاً لا لأجل أنها كانت مرتبة في زمان رسول الله ﷺ ، بل هو بلا شك أمر حادث بعد زمان رسول الله ﷺ ، والسّر في عدم جواز المخالفة للترتيب بين آيات السورة الواحدة إنما هو كونها كذلك

مرتبة في زمان رسول الله ﷺ، والإجارة على السور لا على مطلق قراءة القرآن<sup>(١)</sup>.

هذا كله بالنسبة للترتيب بين السور أو بين آيات السورة الواحدة .

**المقام الثاني:** وهو بالنسبة إلى الخطأ والغلط في القراءة في المادة أو في الإعراب كما لا يخلو منه إلا القليل من الناس، فالظاهر في مثل ذلك لو كان الخطأ من النحو المتعارف خارجاً في القراءة لا الزائد عليه عدم الاحتياج إلى التدارك أصلاً، وذلك لانصراف الإجارة إلى النحو المتعارف خارجاً، والمتعارف من القراءة خارجاً لا يخلو من خطأ أو خطئين أو أكثر، سيما إذا كان الغلط مما يتلى به كثير من الناس لخفائه عليهم، كقوله تعالى: ﴿فَكَانَ عَاقِبَتُهُمَا أَنَّهُمَا فِي النَّارِ خَالِدِينَ﴾<sup>(٢)</sup> حيث تقرأ خالدين بكسر الدال والحال إنها مفتوحة، أو قوله: ﴿يُبَصَّرُونَهُمْ يَوَدُّ الْمُجْرِمُ لَوْ يَفْتَدِي مِنْ عَذَابِ يَوْمِئِذٍ بِبَنِيهِ﴾<sup>(٣)</sup> حيث تقرأ بفتح الميم والحال إنها مكسورة، أو قوله: ﴿وَاللَّيْلِ إِذَا أَدْبَرَ﴾<sup>(٤)</sup> حيث تقرأ (إذا) بدل (إذ) ونحو ذلك من الأخطاء الخفية على عامة الناس، ويكون هذا نظير ما ذكره الماتن<sup>(٥)</sup> في آخر هذه المسألة من الاستنجاز لاستنساخ كتاب أو قرآن أو دعاء أو خطبة، حيث إن كتابة كلمة أو كلمتين أو أكثر خطأً أو سقوط ذلك من قلم المستنسخ لا يضر في استحقاق تمام الأجرة المسماة، لانصراف الكتابة إلى الكتابة المتعارفة، وهي لا تخلو من ذلك جزماً.

(١) ونتيجة ذلك أنه لو نسي قراءة آية لزم عليه أن يقرأها.

وأما لو أخطأ في قرائتها فهو البحث الآتي في الشرح، والصحيح فيه أنه لو كان الخطأ متعارفاً عدم وجوب الاعادة صحيحاً، وأما إذا كان الخطأ كثيراً غير متعارف فلا بد من الاعادة صحيحاً.

وعلى كلا التقديرين - أي لو نسي آية، أو كان الخطأ كثيراً حيث تجب الاعادة - هل تجب اعادة ما بعدها من الآيات أم لا؟ يأتي بحثه أيضاً، والصحيح فيه عدم الوجوب.

(٢) سورة الحشر ٥٩ : ١٧ .

(٣) سورة المعارج ٧٠ : ١١ .

(٤) سورة المدثر ٧٤ : ٣٣ .

[٣٣٨٨] التاسعة عشرة: لا يجوز في الاستئجار للحجّ البلدي أن يستأجر شخصاً من بلد الميِّت إلى النجف، وشخصاً آخر من النجف إلى مكة أو إلى الميقات، وشخصاً آخر منها إلى مكة<sup>(١)</sup>، إذ اللازم أن يكون قصد المؤجر من البلد الحجّ والمفروض أن مقصده النجف - مثلاً - وهكذا، فما أتى به من السير ليس مقدّمة للحجّ، وهو نظير أن يستأجر شخصاً لعمرة التمتع وشخصاً آخر للحجّ، ومعلوم أنّه مشكل، بل اللازم على القائل بكفايته أن يقول بكفاية استئجار شخص للركعة الأولى وشخص آخر للثانية وهكذا يتمّ.

وأما إذا كان الخطأ زائداً على المتعارف بنحو يخرج عن صدق القرآنية، فهو بمنزلة من نسي آية من الآيات لا بدّ من الإعادة والتدارك باعتبار أنه لم يأت بما تعلقت به الإجارة، وذلك يقتضي التدارك بلا إشكال.

وهل يجب إعادة ما بعدها من الآيات إلى آخر السورة لأجل حصول الترتيب المعتبر في الآيات كما عرفت أو لا؟

**الظاهر** عدم الوجوب، لانصراف الترتيب المعتبر بين الآيات عن هذه الصورة إلى خصوص ما لو كانت مراعاته على النحو المتعارف، والمتعارف هو الترتيب مع الالتفات وعدم مخالفة الترتيب عمداً، وأما الاخلال بالترتيب لا عن اختيار وعمد بل عن خطأ أو نسيان فهنا لا دليل على اعتبار الترتيب فيه، لكونه غير متعارف في هذه الحالة، ولذا يستحق الأجير تمام الأجرة.

(١) ذكر الماتن رحمته أنّه في الحجّ البلدي يعتبر الخروج من البلد بقصد الحجّ بنحو يكون المستأجر عليه لا الحجّ فقط بل المسير إليه أيضاً، فهل يجوز لمن استأجر لحجّ بلدي من تركيا أو من إيران مثلاً - وحينما لا يكون ذلك مقيداً بالمباشرة - أن يستأجر شخصاً من تركيا أو من إيران إلى النجف، ثمّ يذهب هو من النجف إلى الميقات ثمّ إلى الحجّ، أو يستأجر شخصاً آخر من النجف إلى الميقات، ثمّ يذهب هو من الميقات للإتيان بالحجّ، أو لا بدّ في الحجّ البلدي وإن لم يكن مقيداً بالمباشرة من أن يكون الحاجّ النائب قاصداً للمسير من بلد الميِّت - وهو تركيا أو إيران في المثال - إلى تمام الأعمال، وأن الشخص الذي يخرج من بلد الميِّت هو الذي يحجّ، لا أن الذي يحجّ غير من يخرج من بلد الميِّت، بل لا بدّ وأن يكون هو الذي يحجّ حجاً نيابياً بلدياً.

ذكر الماتن رحمته - وهو الصحيح - أن الظاهر من الحجّ النيابي ومفهومه هو أن من يأتي بالمقدمات هو الذي يأتي بذى المقدمة معاً، ومع كون الأجير السائر من تركيا أو إيران إلى

النجف غير من هو السائر من النجف إلى الميقات ، أو غير من هو السائر من الميقات إلى تمام الأعمال ، فليس الآتي بالحج البلدي هو المستأجر على الحج النبائي ، فلم يأت الأجير على الحج النبائي البلدي به ، لأن معنى كونه أجيماً على الحج البلدي هو أن يأتي بالمقدمة وبذي المقدمة معاً نيابة عن الغير ، وهنا لا الأول ولا الثاني أتى بالمقدمة وبذي المقدمة معاً عن الغير ، ولذا ليس لمن هو أجير على حج التمتع غير البلدي أن يستنيب ويستأجر شخصاً للاتيان بعمره التمتع ويأتي هو بحج التمتع ، ولو جاز ذلك لجاز الاستئجار لصلاة الظهر أربعة أشخاص كل شخص يأتي بركعة واحدة .

وما ذهب إليه الماتن من عدم الجواز - وقلنا إنه هو الصحيح - ليس مبتدئاً على القول بوجود خصوص المقدمة الموصلة كما تخيله شيخنا الأستاذ<sup>(١)</sup> في تعليقه الأنيقة على العروة ، بل حتى لو قلنا بأن الواجب مطلق المقدمة سواء أكانت موصلة أم لم تكن كما هو المشهور ، لأن السير الصادر من الذي استؤجر من تركيا أو إيران في المثال إلى النجف ليس هو المقدمة للحج الصادر من النائب ، لا أنه مقدمة ولم يكن موصلاً ، بل ليس مقدمة أصلاً كما صرح بذلك الماتن<sup>(٢)</sup> وقال : «فما أتى به من السير ليس مقدمة للحج» .

وعليه : فلا يجوز أن يأتي بذى المقدمة دون المقدمة ، ولا يكون ما أتى به هو الحج البلدي ، والحج البلدي لم يأت به ، لأنه إنما يتم ويكون قد أتى به فيما إذا لم يفكك بين المقدمة وذبيها ، وإلا فمع التفكيك فلا يجوز ، ولا يكون ما أتى به هو الحج البلدي . وأما مسألة العمرة والحج فتقدم الكلام فيها وقلنا إن الحج والعمرة عمل واحد ، وإن كانا عمليين حقيقة لاحتياج كل منهما إلى إحرام وإحلال ، إلا أنهما مرتبطان ، ولا بد من صدورهما من شخص واحد<sup>(٣)</sup> . ولا دليل

(١) المحقق النائيني<sup>(٤)</sup> حيث قال : «الأقوى جوازه ، ولا يبعد أن يكون ما أفتى به [أي الماتن] من عدم الجواز مبتدئاً على ما اختاره في الأصول من تخصيص وجوب المقدمة بالموصلة» العروة الوثقى (مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام) ٥ : ١٤٠ طبع مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة .

(٢) تقدم ذلك في الواضح في شرح العروة ج ٢ : ٢٥٦ . موسوعة الإمام الخوئي ٢٧ : ٢٠٥ .

[٣٣٨٩] العشرون (\*): إذا استؤجر للصلاة عن الميِّت فصلّى ونقص من صلاته بعض الواجبات الغير الركنية سهواً، فإن لم يكن زائداً على القدر المتعارف الذي قد يتفق أمكن أن يقال: لا ينقص من أجرته شيء، وإن كان الناقص من الواجبات والمستحبات المتعارفة أزيد من المقدار المتعارف ينقص من الأجرة بمقداره، إلا أن يكون المستأجر عليه الصلاة الصحيحة المبرنة للذمة، ونظير ذلك إذا استؤجر للحج فمات بعد الإحرام ودخول الحرم حيث إن ذمة الميِّت تبرأ بذلك، فإن كان المستأجر عليه ما يبرئ الذمة استحقّ تمام الأجرة، وإلا فتوزع ويسترد ما يقابل بقية الأعمال<sup>(١)</sup>.

على جواز النيابة على نحو التفريق إلا في مورد واحد، وهو أن ينوب عن والده ووالدته فيعتمر عن أمه ويحج عن أبيه<sup>(٢)</sup>، ولو تعدينا عن مورد الرواية وقلنا بجواز ذلك في أي شخصين أيّاً كانوا لأمكن الالتزام بجواز التعدد في النائب في حد ذاته في حج التمتع، بأن تكون عمرته عن شخص وحجه عن آخر، لأن لكل منهما إحراماً وحلالاً، إلا أنه ليس لازمه ما ذكره الماتن رحمته من جواز الاستيجار لصلاة الظهر أربعة أشخاص كل واحد يأتي بركعة، لأن الصلاة افتتاحها التكبير واختتامها التسليم، فلو أتى بركعة فهو بعد في الإحرام ولم يخرج من الصلاة، وليس مثل عمرة التمتع يخرج بتماميتها عن الإحرام، فلو لم يأت الأتي بركعة بالباقي حتى فاتت الموالاة، أو صدر منه منافٍ من منافيات الصلاة بطلت هذه الركعة، فكيف يمكن ضم الركعة الثانية أو الثالثة أو الرابعة إليها، إذ ليس في الثانية افتتاح وتكبير، ولا صلاة إلا بتكبير، فلا يقاس الحج باب الصلاة، وإن كنا لا نلتزم في الحج في غير المورد المنصوص، ولكن على تقدير الالتزام به في الحج مطلقاً فلا نلتزم به في الصلاة والصوم ونحوهما كما عرفت.

(١) ذكر الماتن رحمته أنه إذا استؤجر للصلاة عن الميت فنقص منها جزءاً من الواجبات غير الركنية<sup>(٣)</sup> سهواً، أو أجزاءً من المستحبات<sup>(٤)</sup> فما هو الحكم بالنسبة إلى ما يستحق من الأجرة؟

(\*): ليس فيما ذكره الماتن هنا غير كلمة (العشرون) نعم في آخر مسألة من مسائل المضاربة قال الماتن (متمم العشرين) وأما هنا فلم يذكر الماتن إلا كلمة (العشرون).

(١) تقدم ذلك في الواضح في شرح العروة ج ٢: ٢٥٨. موسوعة الإمام الخوئي ٢٧: ٢٠٧.

(٢) كما لو ترك القراءة في الصلاة سهواً أو نسياناً.

(٣) كما لو ترك القنوت أو ترك اثنتين من التسيحات الأربع التي يستحب الاتيان بها ثلاث مرات

وهذه المسألة تقدم الكلام فيها في صلاة الاستنجار<sup>(١)</sup>.

وملخص ما ذكرناه هناك ، هو : أن الإجارة ١ - تارة تقع على تفرغ ذمة الميت بالآتيان بالصلاة صحيحة مثلاً - أو في مثل الحج كما لو أحرم ودخل الحرم ومات ، فإنه تبرأ بذلك ذمة المنوب عنه - ففي مثل ذلك لا يضر نقصان واجب غير ركني إلا في صورة الالتفات ، فضلاً عن الأشياء المستحبة ، لأن المستأجر عليه هو العمل الصحيح الموجب لفراغ ذمة المنوب عنه ، والنقص المذكور لا يؤثر في صحة العمل وتفرغ ذمة المنوب عنه ، فهو نظير الخطأ المتعارف في الاستنجار على قراءة القرآن لا يضر في استحقاق الأجير تمام الأجرة . ٢ - وأخرى تكون الإجارة واقعة على الأجزاء الواجبة والمستحبة المتعارف الإتيان بها زائداً على صحة العمل . فهذه الإجارة تكون على نحوين : أ - تارة تكون على نحو الجزئية ، ب - وأخرى تكون على نحو الشرطية .

والأولى بمعنى أن تكون الأجرة مقسطة على جميع الأجزاء ، فما نقص منها لا يستحق الأجير ما هو في مقابله من الأجرة ، لأن المفروض أن كل جزء جزء جعل مقابله مقدار من الأجرة ، فما لم يأت به لا يستحق ما يقابله من الأجرة بلا إشكال ولا كلام حتى لو كان معذوراً في عدم الإتيان به لنسيان أو نحوه .

والثانية بمعنى أن تكون الأجرة في مقابل العمل الصحيح مشروطاً باشماله على جميع الأجزاء المذكورة أي الواجبة والمستحبة المتعارف الإتيان بها عند الناس ، فلو لم يأت ببعض ما لا ينافي الصحة فهو يستحق تمام الأجرة ، لأن العمل المستأجر عليه هو العمل الصحيح وقد أتى به ، غاية الأمر يثبت للمستأجر - على تقدير النقصان لما لا يضر بالصحة حتى لو كان عن عذر - خيار تخلف الشرط ، فله الفسخ والرجوع بالأجرة المسماة وإعطاء أجرة المثل .

في كل ركعة ، وأتى بواحدة فقط ولو عمداً .

(١) في المسألة ٢٨ [١٨٤٠] موسوعة الإمام الخوئي ، ١٦ : ٢٥٩ .

## تتمة

## في حكم السرقفلية التي هي من المسائل العامة البلوى .

ونقول في بيانها: إن السكنى في مكان ما سواء كان داراً، أم محلاً، أم غير ذلك ١ - قد تكون هذه السكنى فيه بإجازة من المالك فتكون عارية لا محالة، فللمالك متى شاء الرجوع عن إجازته وإذنه وأخذ ذلك الذي أعاره من الذي استعاره .

٢ - وقد تكون تلك السكنى باعتبار أن الساكن في الدار أو المحل مالك لهذه المنفعة بإجازة مثلاً، فليس لأي أحد من الناس مزاحمته حتى من مالك العين .

٣ - وقد تكون تلك السكنى لا على النحو الأول ولا على النحو الثاني، بل هو بينهما، أي ليس هو مجرد إذن وإجازة في التصرف أو السكنى ليكون عارية ويكون له الرجوع متى ما شاء، ولا أن السكنى والتصرف المذكور مملوك للساكن أو المتصرف كي لا يكون لأي أحد حتى مالك العين مزاحمته، بل سكناه والتصرف في ذلك كما أنه حق قابل للجعل ابتداءً من المالك في عقد مستقل ليس هو إجازة بل معاملة مستقلة، كما في السكنى - في باب السكنى والعمري والرقبي - فإن المالك فيها يقول: اسكنتك في هذه الدار هذه المدة، فيكون لمن جعل له ذلك الحق حق السكنى أو حق التصرف في هذه العين، لكن ١ - لا على نحو يكون مالكاً للمنفعة، ولذا ليس له أن يؤجرها من شخص آخر ٢ - ولا إذا مات تكون ارثاً لورثته - لو كانت السكنى مجعولة له فقط - وإنما له حق السكنى أو التصرف فقط، ٣ - وليس للمالك أن يمنعه من ذلك بعد لزوم العقد كما هو الحال في الوقف، كذلك هو قابل للجعل بشرط صريح أو ضمني في عقد من العقود سواء كان العقد بيعاً أم إجازة أم غيرهما، كما لو باع البائع داراً وشرط على المشتري أن يكون له - أي للبائع - السكنى في هذه الدار سنة أو سنتين أو أقل أو أكثر بعوض أو مجاناً - لا أنه يبيعها مسلوبة المنفعة مدة سنة أو سنتين أو أقل أو أكثر - وهذا الشرط نافذ بمقتضى أدلة نفوذ الشرط، ونتيجته: أنه ليس للمشتري المالك منعه من السكنى بعد ما جعل لنفسه السكنى في المدة المذكورة - حتى بغير عوض فضلاً عما إذا كانت بعوض - ورضى المشتري بهذا الشرط، كما أن

الشارط وهو البائع ليس مالكاً للسكنى في هذه المدة حتى يتمكن من إجارتها أو نحو ذلك حتى وإن كانت السكنى المشروطة بعوض ، كما أن المفروض هو أنه لم يبيعها مسلوية المنفعة سنة أو سنتين ليكون له الحق في إجارتها هذه المدة ، وإنما المفروض أنه باعها بتمام منافعها غاية الأمر اشترط السكنى فيها في المدة المذكورة بعوض أو بغير عوض ، ففي هذه المدة ١ - ليس للمالك منعه من السكنى وإخراجه من الدار ٢ - وليس للشارط إجارتها من شخص آخر لأن المنفعة ليست ملكاً له بل للمشتري . ٣ - نعم للمشتري المالك أو غيره أن يبذل للبائع - الشارط للسكنى بعوض أو بغير عوض - مالا ليرفع يده عن هذا الحق ويخرج وفإن خرج جاز للمشتري المالك أن يؤجرها من غيره . وليس هذا المدفوع هو حق السرقة أبدأ .

وكما يجوز اشتراط ذلك الشرط في البيع من البائع ، كذلك يجوز اشتراط ذلك الشرط صريحاً أو ضمناً في عقد الإجارة من المستأجر على المؤجر ، أي كون حق السكنى للمستأجر الشارط على المؤجر - عكس الأول حيث كان للبائع الشارط على المشتري - وليس للمالك المؤجر منعه من هذا التصرف . كما لو استأجر المستأجر داراً أو دكاناً من مالكة وجعل المستأجر لنفسه على المالك المؤجر حق السكنى في هذه الدار أو الدكان في مقابل مال أما بنحو الزيادة على الأجرة أو الزيادة في الأجرة<sup>(١)</sup> ، وهذا يكون على وجوه :

١ - الوجه الأول : أن يشترط المستأجر على المالك سكنى نفسه فقط دون غيره ، فمتى ما رفع المستأجر يده عن هذا الحق فلا إشكال يرتفع ، ويكون للمالك أن يؤجره من شخص آخر ،

(١) ومعنى أن يشترط المستأجر لنفسه على المالك حق السكنى - مع كون المفروض أنه مالك لمنفعة الدار أو الدكان بمقتضى الإجارة - هو أن يكون المستأجر لهذا الملك بعد انتهاء مدة الإجارة هو المستأجر نفسه ، ولا يكون لصاحب الملك الذي هو مالك الدار أو الدكان الحق في إخراجه وإجارة الدار أو الدكان من غيره . وهذا الحق طبعاً يجعل المستأجر في قبالة مالا أما منعلاً عن الأجرة أو معها ، ويوافق على ذلك المالك ، فإذا وافق المالك على ذلك كان هذا الحق ثابتاً للمستأجر بمقتضى قوله ﷺ «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم» الوسائل ج ٢١ : ٢٩٩ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢ ، والوسائل ج ٢١ : ٢٧٦ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ .

لأن مورد الحق سكنى المستأجر نفسه مباشرة، وقد سقط هذا الحق برفع المستأجر يده عن هذا الحق، ولذا ليس للمستأجر نقل ذلك إلى غيره ولا استرجاع المال الذي دفعه للمالك بإزاء ذلك، إذ لا شك أن المالك لا يرضى بهذا الشرط إلا إذا أُعطي في مقابله مال، إما على نحو الزيادة في الأجرة أو الزيادة على الأجرة.

نعم، للمالك أو غيره أن يبذل للشارط المستأجر مالا ليرفع يده عن هذا الحق ويخرج، فيتمكن المالك من إجارتها من شخص آخر، وهذا المال المدفوع ليس هو حق السرقفلية أصلاً.

٢ - الوجه الثاني: أن يشترط المستأجر على المالك حق السكنى لنفسه وللمن يجعل له المستأجر هذا الحق أيضاً، وينقله إليه بواسطة أو بأكثر من واسطة، وهذا الوجه يتصور على نحوين:

**النحو الأول:** وهو الذي يتحقق كثيراً، وهو أن يحتاج المالك إلى مال كثير كخمسة ملايين دينار لأجل إعمار وتحديث عمارة ذات شقق، أو لأجل إعمار أو تحديث سوق فيه عدة دكاكين ومحلات للبيع، أو نحو ذلك، وليس عنده هذا المال، فيحتاج إلى تحصيله لأجل أن يعمر العمارة أو السوق فيؤجره ويستفيد من إجارتها التي لا يقدم على هذه الإجارة أحد قبل أن يعمرها إلا بعض الأشخاص الذين يشترطون في إجارتهم لها حق السكنى - لهم وللمن يجعلون له هذا الحق أيضاً، أي بنحو قابل للنقل بواسطة أو بوسائط - بأجرة يتفقان عليها فعلاً، ويشترط المستأجر على المالك المؤجر بأن لا يزيد على الأجرة في السنين الآتية حتى وإن ترقى القيمة السوقية للإيجار باضعاف مضاعفة عن قيمتها التي هي عليها الآن، فإذا وافق المالك على هذا الشرط ثبت للمستأجر حق السكنى بنحو عام، ولكن لا مجاناً بل بأجرة معينة غير قابلة للزيادة، وهذا الحق يثبت للمستأجر بإزاء ما دفعه للمالك بالشرط المذكور، وهذا الحق هو الذي يسمى **بحق السرقفلية**، وهو حق كباقي الحقوق له مالية عند العقلاء، وقابل للنقل إلى الغير ببيع أو صلح ونحو ذلك، وإذا مات انتقل ذلك الحق إلى ورثته، وإذا اشترى شخص هذا الحق باريح سنته كان عليه آخر السنة إعطاء خمسه بقيمته الفعلية، وقد تكون أكثر مما اشتره باضعاف

مضاعفة<sup>(١)</sup>، والمقصود أن هذا الحق وهو المعبر عنه بالسرققلية له أن ينقله إلى الغير ببيع أو صلح وأخذ عوض ذلك منه .

**النحو الثاني:** أن يشترط المستأجر على المالك أن يكون له حق السكنى هو كي لا يكون معذباً بالنقل في كل يوم في محل غير المحل السابق، فلاجل أن يستقر في محل واحد يشترط على المالك أن يكون له حق السكنى، ولكن بقيمة الإجارة الفعلية لكل شهر من دون أن يدفع له شيئاً مسبقاً<sup>(٢)</sup>، فإن وافق المالك على ذلك ليس للمالك بعد ذلك إخراجه من المحل، كما ليس له الإجارة بأكثر من القيمة السوقية لكل شهر، أي لا يزيد عليها زيادة فاحشة ليكون ذلك طريقاً غير

(١) كما لو اشترى الحق بخمسة آلاف دينار عراقي ثم قبل أن يأتي رأس سنته الخمسية تنزلت قيمة الدينار الشرائية من مائة إلى خمسة، فأصبح الحق المشتري يسوي خمسة آلاف دينار x ١٩، أي يسوي ٩٥ ألف ديناراً وخمسها تسعة عشر ألف ديناراً، وهو أربعة أضعاف قيمة شرائها تقريباً.

(٢) أقول: هذا القسم ليس قسيماً للقسم الأول من هذين القسمين اللذين ذكرهما السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> في الوجه الثاني، فإنه قال في الوجه الثاني في موسوعته ٣٠ : ٥١٢ «وهذا [أي الوجه الثاني] يتصور بل يقع كثيراً في الخارج على قسمين»، وقال حسب ما قررناه «وهذا الوجه [الذي هو الثاني] يتصور على نحوين»، والوجه في أنه ليس قسيماً للأول هو أنه ليس في هذا القسم جعل حق السكنى للمستأجر ولمن يجعل له المستأجر هذا الحق وينقله إليه بواسطة أو بأكثر من واسطة، بل هنا جعل المستأجر حق السكنى له فقط. نعم هذا القسم قسيم للوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup>، فإنه في الوجه الأول يجعل المستأجر على المالك بالشرط حق السكنى لنفسه فقط في مقابل مال، إما على نحو الزيادة في الأجرة (بأن تكون الإجارة لكل شهر ستين ديناراً في حين أن الإجارة للامثال خمسين ديناراً)، أو الزيادة على الأجرة (بأن تكون الإجارة لكل شهر خمسين ديناراً كما هو في الامثال لكن يشترط أن يعطيه عشرة دنانير هدية كل شهر)، وهنا ليس في مقابل مال، إما على نحو الزيادة في الأجرة أو الزيادة على الأجرة. بل في قبال قيمة الإجارة الفعلية لكل شهر.

مباشر لأخراجه من المحل حيث ليس له الحق في إخراجه بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، نعم له الحق في زيادة الأجرة بمقدار القيمة السوقية لو ترفت القيمة السوقية للإيجار ، فلو فرضنا أن الترفي كان بمقدار خمسة زاد على الإيجار خمسة ليس إلا ، وهذا الحق في النحو الثاني خاص بالمستأجر ولا يقبل النقل ، فليس له نقله إلى الغير وأخذ ثمن في مقابل ذلك ، وليس هذا من السرقلية في شيء أيضاً . نعم له الحق في أخذ مقدار من المال في مقابل رفع اليد عنه وإفراغ المحل للمالك كي يتمكن المستأجر الثاني من إجارته من المالك بإجارة جديدة ، ولكن هذا ليس هو السرقلية ، والإجارة الجديدة قد تكون مع السرقلية وقد تكون بدونها ، وهذا شيء آخر غير نقل الحق من المستأجر الأول الذي هو غير قابل للنقل ، والذي ليس هو حق السرقلية<sup>(١)</sup> .

(١) تمّ الانتهاء من كتاب الإجارة في مسجد الخضراء جنب الحضرة العلوية المقدسة يوم ٢٨ ربيع الأول سنة ١٤٠١ هـ على مهاجرها آلاف التحية والسلام والحمد لله رب العالمين .  
والصلاة والسلام على محمّد وآله الطيبين الطاهرين المعصومين المنتجبين الذين أذهب الله عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا .



## بسم الله الرحمن الرحيم

### كتاب المضاربة

وتسمى قراضاً عند أهل الحجاز. والأول من الضرب، لضرب العامل في الأرض لتحصيل الربح، والمفاعلة باعتبار كون المالك مسبباً والعامل مباشراً<sup>(١)</sup>.

(١) ذكر الماتن رحمته أن أصل المضاربة من الضرب، وتسمى بالقراض أيضاً عند أهل الحجاز. والأول باعتبار أن العامل يضرب في الأرض لأجل تحصيل الربح، والمفاعلة فيه باعتبار أن المالك مسبب له أي مضارب، والعامل مباشر للضرب أي مضارب. والثاني وهو القراض من القرض، وهو القطع باعتبار أن المالك يقطع حصة من ماله ويعطيه للعامل ليتجربه، فالمالك مقارض بالبناء للفاعل، والعامل مقارض بالبناء للمفعول. وكيف كان، حيث أشكل عليهم الأمر في صدق وتحقق مفهوم باب المفاعلة في المقام، لأن المشهور والمعروف بينهم بناء باب المفاعلة على صدور الفعل من اثنين، وهو غير متحقق في المقام، لأن القرض وهو القطع إنما يكون من المالك خاصة، والمضاربة وهي الضرب في الأرض إنما تكون من العامل خاصة.

ولذا كان ما ذكره الماتن رحمته تشبهاً لصدق المفاعلة على المضاربة باعتبار كون المالك مسبباً والعامل مباشراً، والمفاعلة في القراض الذي هو من القرض والقطع لقطع المالك حصة من ماله للعامل ليتجربه، فالمالك مقارض والعامل مقارض. ولكن ذكرنا في بحث المكاسب<sup>(١)</sup> أن عد باب المفاعلة من باب صدور الفعل من اثنين من

(١) الذي ذكره السيد الأستاذ رحمته في بحث المكاسب في مصباح الفقاهة عكس ما يريد أن يقوله هنا من أن عد باب المفاعلة من باب صدور الفعل من اثنين من الاغلاط، فإنه قال رحمته بعد أن نقل عن بعض أساتذته المحققين وهو المحقق الإصفهاني رحمته ما نصه: «وقد سلك بعض مشايخنا المحققين [وهو الشيخ محمد حسين الإصفهاني رحمته في نهاية الدراية على ما سيأتي مفصلاً]

﴿ مسلماً آخر في معنى المفاعلة ، وحاصله أنه قد اشتهر بين الأدباء وغيرهم أن الفارق بين الهيئات المجردة وبين هيئة المفاعلة إنما هو تقوّم المعنى في باب المفاعلة بطرفين . إلا أن المستوضح من الكتاب الكريم ومن الاستعمالات الصحيحة خلاف ذلك ، كقوله تعالى : ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾ البقرة ٢ : ٩ فإن الغرض من الآية الشريفة تصدي المنافقين لخديعة الله وخديعة المؤمنين فقط ، وغير ذلك من الآيات الكثيرة الظاهرة في خلاف ما اشتهر بين الناس من معنى المفاعلة ، ويقال في الاستعمالات العرفية الصحيحة : عاجله بالعقوبة ، وخالع المرأة ، وبارزه بالحرب ، وساعده التوفيق ، وواراه في الأرض ، وغير ذلك ، فإن جمع ذلك بين ما لا تصح نسبة المادة فيه إلى الاثنين ، وبين ما لم يقصد فيه ذلك ، وإن صحت النسبة المزبورة . »

قال السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته الله بعد ذكر تمام كلام المحقق الإصفهاني رحمته الله الذي ابتداءه السيد الأستاذ رحمته الله بقوله : رأي بعض مشايخنا المحققين في معنى المفاعلية والجواب عنه - وقد عرفت رأيه ، وأما الجواب عنه - فقال : « والجواب عن ذلك : أن هيئة المفاعلة لا تتقوم إلا بصدور الفعل من الاثنين ، لما عرفته أنفاً من دلالة المفاعلة على المشاركة في الغالب ، وهي أن يفعل الواحد بالآخر مثلما يفعله الآخر به ، لكي يكون كل منهما فاعلاً ومفعولاً ، نحو ضارب زيد عمراً ، ومن الواضح أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد تصدي أحدهما لإيجاد المادة دون صاحبه ، فلا يقال : ضارب زيد عمراً ، أو صارعه ، أو جادله ، فيما إذا تصدى زيد لضرب عمرو أو حربه أو صراعه أو جداله من دون أن يصدر منه أحد هذه الأمور ، بل لو لم يصدر الفعل منه ومن صاحبه معاً ، لعدّ مثل هذا الاستعمال من الأغلاط الواضحة . »

هذا بعد أن أخذ السيد الأستاذ رحمته الله عنوان هذا البحث في مصباح الفقاهة هذا العنوان وهو « ما سلكه بعض أساتذتنا المحققين في معنى المفاعلة والجواب عنه » مصباح الفقاهة ٢ : ٢٧ - ٢٩ .

نعم ، ذكر السيد الأستاذ رحمته الله في بحث قاعدة « لا ضرر » ما وافق فيه المحقق الإصفهاني رحمته الله على كلامه المتقدم ، فإنه رحمته الله قال : « ثم إن المعروف بين الصرفيين والنحويين - بل المسلم عندهم

الأغلاط المشهورة، إذ لم توضع هيئة المفاعلة للدلالة على صدور الفعل من اثنين، وإنما وضعت لتدل على قيام الفاعل وتصديه لتحصيل هذه المادة التي دخلت عليها الهيئة، أعم من أن تقع في الخارج أو لا، وبهذا يفرق بين الثلاثي وبين باب المفاعلة، فان قولك: ( كتبت الكتاب) دال على وقوع الكتابة في الخارج، فهو إخبار عنها، وقولك: ( كاتبته) أي قمت معه مقام الكتابة، أعم من أن يصل الكتاب أو لا، وكذا يقال: (خادعته فلم ينخدع) أي قمت معه مقام الخدعة ولكنه لم ينخدع، أو لم تقع عليه الخدعة. فهية المفاعلة بحسب الاستقراء لا تدل إلا على قيام الإنسان مقام تحصيل المادة، أعم من حصولها في الخارج أو لا، كما لم يؤخذ في مفهومها صدور العمل

﴿ - أن باب المفاعلة فعل للاثنين، ولكنّ التتبع في موارد الاستعمالات يشهد بخلاف ذلك، وأول من تنبه لهذا الاشتباه المسلم هو بعض الأعاضم من مشايخنا المحققين (قدس الله أسرارهم) [وهو كما عرفت المحقق الشيخ محمد حسين الإصفهاني] والذي يشهد به التتبع أن هيئة المفاعلة وضعت لقيام الفاعل مقام إيجاد المادة، وكون الفاعل بصدد إيجاد الفعل [أعم من أن يقع الفعل في الخارج أو لا، بخلاف هيئة الفعل الثلاثي كقولك ضربت، فإنه دال على وقوع الضرب في الخارج، فهو إخبار عنه]، وأقوى شاهد على ذلك هي الآيات الشريفة القرآنية: فمنها قوله تعالى: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾ البقرة ٢: ٩ فذكر سبحانه وتعالى أن المنافقين بصدد إيجاد الخدعة، ولكن لا تقع خدعتهم إلا على أنفسهم، ومن ثم عبّر في الجملة الأولى بهية المفاعلة، لأن الله تعالى لا يكون مخدوعاً بخدعتهم، لأنّ المخدوع ملزوم للجهل تعالى الله علواً كبيراً، وعبر في الجملة الثانية بهية الفعل المجرد لوقوع ضرر خدعتهم على أنفسهم لا محالة. ومنها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنْ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ يُقْتُلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ﴾ التوبة ٩: ١١١، ووجه الدلالة واضح لا حاجة إلى البيان، والشواهد على ما ذكرناه في هيئة المفاعلة كثيرة في الآيات الشريفة جداً، ومن تتبع يجد صدق ما ذكرناه، فإن بعض مشايخنا المتقدم ذكره [وهو الشيخ محمد حسين الإصفهاني] قد تتبع لاستفادة هذا المطلب من أول القرآن إلى آخره» موسوعة الإمام الخوئي ٤٧: ٦٠٦ - ٦٠٧.

من اثنتين<sup>(١)</sup>، كيف واستعمالها فيما يصدر من الواحد أكثر من أن يحصى . نعم ، قد تقتضي خواص بعض المواد قيامها باثنين ، وذلك من خواص المادة - لا الهيئة - كالمساواة ، فإن مادتها تقتضي أن تكون قائمة في طرفين ، أي إذا كان هذا مسايلاً لهذا فهذا مساوٍ لذلك أيضاً ، وكذا المقابلة ، والمحاذاة ، والمشاركة ، والمقاسمة ، إلا أن القيام في طرفين من لوازم هذه المواد لا من مدلول هيئاتها ، والذي يكشف عما قلناه بل يدل عليه قوله تعالى : ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾<sup>(٢)</sup> فإنه دال بوضوح على مغايرة مفهوم «خادع» لمفهوم «خدع» فإن معنى الأول التصدي للخدعة وقيامهم مقامها ، إلا أنها لم تقع لا على الله ولا على المؤمنين ، والثاني إخبار عن تحقق الخدعة في الخارج<sup>(٣)</sup> ، وعليه فيكفي في تحقق مفهوم

(١) هذا من السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> وما نقلناه عنه في بحث قاعدة (لا ضرر) في الواقع كما عرفت عدول عما ذكره<sup>رحمته</sup> في مصباح الفقاهة .

(٢) البقرة : ٢ : ٩ .

(٣) توضح من الهامش السابق أن الأصل في هذه المناقشة للمشهور في عدّ باب المفاعلة من فعل الاثنين هو المحقق الاصفهاني<sup>رحمته</sup> فإنه ذكر في نهاية الدراية ما نصه «لا يخفى عليك ان الضرر وان كان مصدراً لباب المفاعلة ، وهو كما في المتن الأصل فيه أن يكون فعل اثنين كما هو المشهور ، إلا أنه لا أصل له ، كما تشهد له الاستعمالات الصحيحة الفصيحة ، القرآنية وغيرها ، فإن فيها ما لا يصلح لذلك ، وفيها ما لا يراد منه ذلك كقوله تعالى : ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا﴾ (البقرة : ٩) فإن الغرض نسبة الخدعة منهم إلى الله وإلى المؤمنين ، لا منهما إليهم أيضاً ، وقوله تعالى ﴿وَمَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ (النساء : ١٠٠) و﴿يُرَاءُونَ﴾ (النساء : ١٤٢) و﴿نَادَيْتَاهُ﴾ (مريم : ٥٢) و﴿نَاقُوا﴾ (آل عمران : ١٦٧) و﴿شَاقُوا﴾ (الأنفال : ١٣) و﴿مَسَجِدًا ضِرَارًا﴾ (التوبة : ١٠٧) و﴿لَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا﴾ (البقرة : ٢٣١) و﴿لَا تُؤَاخِذُنِي﴾ (الكهف : ٧٣) إلى غير ذلك . ومن الاستعمالات : عاجله العقوبة ، وبارزه في الحرب ، وباشر الحرب ، وساعده التوفيق ، وخالغ المرأة ، وواراه في الأرض ، فإن جميع ذلك بين ما لا يصح فيه ارادة الانتساب

«إلى الاثنين وما لا يراد منه ذلك...» (نهاية الدراية ج ٤ ص ٤٣٧ - ٤٣٨ طبعة مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث)، وقال السيد الأستاذ رحمته - كما عرفت -: «وأول من تنبّه لهذا الاشتباه المسلم هو بعض الأعاظم من مشايخنا المحققين قدس سرهم». موسوعة الإمام الخوئي ٤٧ : ٦٠٦ - ٦٠٧.

بل المنقول عن المحقق الإصفهاني رحمته أنه قال «إني تتبعت القرآن من أوله إلى آخره فلم أجد استعمال باب المفاعلة في الدلالة على المشاركة» (دروس تمهيدية في القواعد الفقهية ج ١ ص ١١٦).

وهذا المنقول - كما عرفت - هو الذي نقله السيد الأستاذ رحمته في موسوعته، قال: «والشواهد على ما ذكرناه في هيئة المفاعلة كثيرة في الآيات الشريفة، ومن تتبع يجد صدق ما ذكرناه، فان بعض مشايخنا المتقدم ذكره [وهو الشيخ محمد حسين الإصفهاني الكمباني رحمته] قد تتبع لاستفادة هذا المطلب من أول القرآن إلى آخره» وتقدير العبارة: فلم يجد استعمال باب المفاعلة في الدلالة على المشاركة. موسوعة الإمام الخوئي ٤٧ : ٦٠٦ - ٦٠٧.

وما ذكره السيد الأستاذ رحمته تبعاً للمحقق الإصفهاني هو الصحيح، كما هو الملاحظ من موارد استعمالها، كما في: (طلعت الكتاب) و(صارحت عمراً) و(أخذت زيداً). و(تابعت أمراً) و(كاسرت ماء) و(حايبت شخصاً) و(جانبت فاسقاً) وكل صيغ المفاعلة، فإنه لم يؤخذ في مفهومها إلا قيام الفاعل مقام تحصيل المادة التي دخلت عليها الهيئة، كما في (خادعت زيداً) و(كاتب عمراً) أعم من أن تقع عليه الخدعة أو لا، يصل إليه الكتاب أو لا، ولم يؤخذ في مفهوم ذلك قيام المخادعة أو الكتابة من اثنين، بخلاف تكاتبا وتخادعا وتصارحا وتجانبا، وأصدق شاهد على ذلك الآية المباركة «يُخَادِعُونَ اللَّهَ»، ولا ينافي ذلك اختصاص قيام بعض الموارد باثنين، إذ إن ذلك من خواص المادة لا الهيئة، كالمقابلة والمحاذاة والمساواة والمشاركة والمقاسمة والمخاصمة والمنازعة والمكالمة، فإنه إذا كان هذا محاذياً لذلك فذاك أيضاً محاذٍ لهذا، وإذا كان هذا مشاركاً لذلك فذاك أيضاً مشارك لهذا وهكذا. إلا أن ذلك من خصوص هذه المواد لا من مدلول هيئاتها.

« وقال السيد الحكيم رحمته الله في المستمسك ١٢ : ٢٣٤ - ٢٣٥ (أو ١٤١ طبعة بيروت): «يشير [الماتن رحمته الله] إلى أن المفاعلة لا بدّ فيها من الاشتراك ، وقد ذكر ذلك في كلام جماعة كثيرة ، منهم صاحب الجواهر [٢٦ : ٢٣٦] على نحو يظهر منهم المفروغية عنه . ولكن لا أصل له ، كما يظهر من ملاحظة موارد الاستعمال ، فيقول : طالعت الكتاب وتابعت زيدياً . . إلى غير ذلك مما لا يحصى ، وكل ذلك لا مشاركة فيه ، نعم ، الذي يقتضي المشاركة التفاعل ، مثل تضاربا ، وتجادلا . . . ولأجل ذلك لا حاجة إلى تكلف بيان وجه المشاركة في المقام [الذي هو المضاربة والقراض]» .

وعلى هذا فالصحيح أن هذا المسلك كما هو صريح السيد الأستاذ رحمته الله هو الذي يلجئك إليه الاستقراء ، وعلى ذلك فلا يرد الاعتراض على أصحاب هذا المسلك وعلى المحقق الإصفهاني «بأن ما ذكر من الأمثلة لا يكون بمقدار ينافي مع ما ادعي وجداناً من أن باب المفاعلة يكون بين اثنين» (بحوث في علم الأصول ج ٥ : ص ٤٥٦) .

وكذا دعوى عدم استناد دلالة هيئة المفاعلة - على قيام الفاعل وتصديه لتحصيل المادة التي دخلت عليها الهيئة - إلى الهيئة بل يستند إلى المادة ، والمراد بالمادة المبدأ الخفي - لا الجلي لوضوح عدم استبطانه معنى السعي - الذي يكون تارة على نحو القابلية كالمفتاح والمنشار ، وأخرى على نحو الحرفة والمهنة كما في التاجر والنجار ، وثالثة على نحو الاقتضاء كما في توصيف النار بأنها محرقة ، فإن المبدأ فيها اقتضاؤها هذا المعنى لا فعليته ، قال السيد الأستاذ السيد السيستاني (حفظه الله وراه): «فيلاحظ ان الخصوصية المضافة إلى معنى المادة في هذه الحالات إنما هي باعتبار إشراب المادة إيّاها ، ثم صياغتها مقرونة بها بالصيغة الخاصة ، وليست الخصوصية مستفادة من ذات الصيغة والهيئة ، بل من المادة حين تطعيمها بمعنى آخر ، وعلى ضوء هذا يتجلّى لنا ما وقع من الخلط بين مفاد الهيئة ومفاد المادة في كلمات كثير من اللغويين والأصوليين ، حيث جعلوا كل خصوصية معنوية زائدة على أصل معنى المادة مدلولة للهيئة ومستفادة منها مبنياً على تصور اختصاص المبدأ في المشتقات بالمبدأ الجلي بينهما تستند كثير من الخصوصيات إلى المبدأ الخفي كما ذكرنا . . .» (قاعدة لا ضرر للسيد الأستاذ

والثاني من القرض ، بمعنى : القطع ، لقطع المالك حصّة من ماله ودفعه إلى العامل ليتجر به<sup>(١)</sup> وعليه العامل مقارض بالبناء للمفعول ، وعلى الأول مضارب بالبناء للفاعل .  
وكيف كان ، عبارة عن دفع الإنسان مالا إلى غيره ليتجر به ، على أن يكون الربح بينهما ، لا أن يكون تمام الربح للمالك ولا أن يكون تمامه للعامل .  
وتوضيح ذلك : أنّ من دفع مالا إلى غيره للتجارة .  
تارة على أن يكون الربح بينهما ، وهي مضاربة<sup>(٢)</sup> .  
وتارة على أن يكون تمامه للعامل ، وهذا داخل في عنوان القرض<sup>(٣)</sup> إن كان بقصده .

المضاربة تصدي المالك للضرب في المضاربة وتصديه للقطع والقرض في القراض ، ولا مقتضي للتشيث الذي تشيث به الماتن بفتح الميم لتطبيق المفاعلة بالمعنى المشهور على المضاربة أو القراض ، لأن معنى المفاعلة المشهور من الأغلاط .

(١) قد عرفت انه لا وجه لهذا التشيث أيضاً .

(٢) توضيح ذلك : أن من يعطي مالا إلى غيره ليتجر به فتارة ١ - على أن يكون الربح بينهما وهو كما يأتي عقد بين المالك والعامل على أن يتجر العامل بمال المالك ، ويكون الربح بينهما حسبما يجعلانه من النسبة كنصفين أو أثلاثاً أو أرباعاً أو أقل أو أكثر ، وهذه المعاملة تسمى بالمضاربة ، وهي كسائر المعاملات تحتاج إلى إيجاب وقبول من الطرفين ، سواء أكان الإيجاب والقبول لفظيين أم فعليين بأن تتحقق المضاربة بالمعاطاة ، أي تتحقق بالفعل الدال على ذلك ، فإن المعاملة المتحققة إما أن تبرز بقول أو فعل ، والمعاطاة على ما تكلمنا فيها لا تختص بالبيع ، بل تجري في جميع العقود ومنها المضاربة في المقام .

(٣) وأخرى ٢ - يعطي المالك العامل المال ليتجر به على أن يكون الربح للعامل فقط ، وليس لمن سلمه المال من الربح شيء .

« السيد السيستاني حفظه الله ورعاه » ص (١٢٢) فإن دعوى الاشراب ثم صياغتها مقرونة بالصيغة الخاصة ، بنحو لا تكون الخصوصية مستفادة من الهيئة بل مستفادة من المادة ، تحتاج إلى إثبات بعد عدم الجزم بها وجداناً ، بل هي أشبه شيء بتوجيه مسلك المشهور بعد وضوح الاستقراء .

وتارة على أن يكون تمامه للمالك ، ويسمى عندهم باسم البضاعة<sup>(١)</sup> .  
وتارة لا يشترطان شيئاً ، وعلى هذا أيضاً يكون تمام الربح للمالك<sup>(٢)</sup> فهو داخل في  
عنوان البضاعة .

ذكر الماتن رحمته وغيره أن هذا يكون قرضاً إذا كان قاصداً لذلك ، ويكون العامل ضامناً  
بالضمان القرصي أي لابد له من أداء بدله ، وبطبيعة الحال يكون الربح له لتبعية الربح لأصل  
المال ، هذا إذا كان قاصداً للقرض .

وأما إذا لم يكن يقصده فيدخل في المضاربة الفاسدة ، لأن جعل المالك تمام الربح للعامل  
غير ممضى شرعاً ، بل الربح للمالك وإن جعله لغيره ، غاية الأمر عليه أن يدفع أجرة المثل للعامل  
على ما سيأتي بيانه مفصلاً في المضاربة الفاسدة .

(١) وثالثة ٣ - يعطي المالك للعامل المال ليتجر به على أن يكون تمام الربح للمالك ،  
وهذه تسمى عندهم بالبضاعة في مقابل المضاربة التي يكون الربح فيها مشتركاً بينهما ، وأما في  
البضاعة فالربح للمالك فقط دون أن يكون للعامل منه شيء ، ويكون للعامل حينئذٍ أجرة المثل  
لعمله ، لاحترام عمل المسلم إذا لم يقصد العامل التبرع بعمله ، وأما إذا قصد التبرع بعمله فلا  
يستحق حتى أجرة المثل على ما سيأتي توضيحه بعد التعليقتين الآتيتين .

(٢) ورابعة ٤ - يعطي المالك المال للعامل من دون أن يذكر شيء مما تقدم ، أي من دون  
أن يكون الربح ١ - بينهما ٢ - أو للعامل ٣ - أو للمالك ، وإنما سلم المال ليتجر به ، دون أي جعل  
أو بناء بالنسبة إلى الربح ، وكل ذلك مسكوت عنه ، ففي مثل ذلك ذكروا أنه أيضاً يكون الربح  
بتمامه للمالك ، لأن الربح تابع للمال<sup>(١)</sup> ، وجعل تمامه أو بعضه للعامل يحتاج إلى جعل وإمضاء

(١) يعبر عن ذلك بقاعدة تبعية الربح والنماء لأصل المال ، أما تبعية النماء لأصل المال سواء  
كان متصلاً أو منفصلاً فظاهر ولا محيص عنه ، ولا حاجة فيه إلى الاستدلال بشيء بعد وضوح  
أن الثمرة ثمرة الشجرة ، وأن الشعر والوبر واللبن نتاج البقر والغنم والإبل ، فهو لمالكها ، ولم  
يشكل أحد في ذلك فيما نعلم . وأما تبعية الربح لأصل المال فهو مقتضى قانون المعاوضة

﴿ اللازم منه دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض ، وإلا فلا تتحقق المعاوضة .  
وقد يقال بإمكان ان يشتري العامل في ذمته ويوفّي من مال المضاربة ، سواء كان بانياً على  
الوفاء من مال المضاربة من أول الأمر أم عرض له ذلك بعد الشراء لنفسه وفي ذمته ، وفي كلا  
الصورتين يحكم بصحة الشراء كما اختاره الماتن رحمته فيما يأتي ، ويكون غاصباً لمال المضاربة  
وعاصياً في التصرف فيه ، وضامناً له ، بل ضامناً للبائع أيضاً ، وعليه فيكون الربح للعامل لا  
لأصل المال ، فتنتقض القاعدة .

**لكنه بمكان من الفساد** ، لأن الربح حينئذٍ ليس ربح المال ، لأن الإيفاء من مال المضاربة باطل  
حتى ولو ضمن المال للمالك ، فالربح ربح معاملة العامل لا ربح مال المضاربة ، ومراد الماتن من  
قوله : ( وتمام الربح للمالك ) ربح مال المضاربة .

**ثم إنه أشكل على تبعية الربح لأصل المال** ، بأن الاسترباح وتحصيل الزيادة كما يتوقف  
على رأس المال يتوقف على العمل أيضاً ، وقد يكون مدخلية العمل بالنسبة إلى رأس المال  
بمستوى من الضعف بحيث يعد رأس المال أصلاً واحداً ، وقد يكون الأمر بالعكس ، وتكون  
مدخلية رأس المال بالنسبة إلى العمل بمستوى من الضعف لا يوجب أن يكون رأس المال  
أصلاً واحداً ، فالقول بأن جميع الأرباح في الفرض الثاني تابعة لرأس المال ، وللعامل سهم  
بقدر أجرة المثل فقط ، قول من يكون غافلاً عن واقع الأمر وغير مأنوس بالأموار المألوفة عند  
الناس على أن من الأعمال ما لا مثل له في الخارج حتى يعين لها أجرة المثل . فقه المضاربة  
ص ١٤ .

وفيه : أن ما يشتريه العامل إن كان للمالك كما هو المفروض ، وهو التصرف المجاز من قبل  
المالك ، فكيف يعقل أن لا يكون للمالك مع اقتضاء قانون المعاوضة دخول المعوض في ملك  
من خرج من ملكه العوض ، ولذا صرح المشهور بل لا خلاف في أنه إذا دفع مالاً إلى غيره  
وقال : اشتر به طعاماً لك ، من غير قصد الإذن في اقتراض المال قبل الشراء ، ولا الإذن في  
اقتراض الطعام بعد الشراء وكالة واستيفاء الدين بعد ذلك ، لم يصح ، وعُلل ذلك بعدم معقولية  
الشراء لنفسه بمال الغير ، قال الشيخ الأنصاري : « وهو كذلك ، فإن مقتضى مفهوم المعاوضة

«والمبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه، وإلا لم يكن عوضاً وبدلاً» (المكاسب ج ١٦ : ٨٦ طبع المؤتمر العالمي، التنبيه الرابع من تنبيهات المعاطاة).  
 ودعوى كون ذلك كله ليس بسديد، لأنّ العرف لا يرى بعداً في أن يشتري الإنسان لنفسه شيئاً في مقابل ثمن الغير، أو أن يشتري للغير بمال نفسه كما يتضح ذلك بأدنى تأمل في أمثال تلك الموارد. فقه المضاربة : ٢٤.

كما ترى إن لم نقل إن العرف إما ١ - أن يفهم الإذن في التملك للمال ثم الشراء لنفسه، أو ٢ - أن يفهم الشراء بماله لنفسه ثم اعطائه للغير، وإلا فلا يعقل ذلك، ولذا نجد أهل الفن في دلالة الاقتضاء التي عرفوها بأنها ما تتوقف عليها صحة الكلام عقلاً أو شرعاً قد مثلوا للعقلي بـ «وَسَلَّ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْغَيْرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا» يوسف ١٢ : ٨٢ ومثلوا للشرعي بـ (اعتق عبدك عني) والذي تتوقف صحة الكلام فيه على ملكني إياه بالوكالة، ثم اعتقه عني بالوكالة أيضاً، وإلا فكيف يعتقه عن الأمر وهو مال المأمور وملكه، فإنه غير معقول، وهو معنى لأبدية دخول العوض في كيس من خرج عنه المعوض، وعدم معقولية أن يشتري الإنسان لنفسه بمال الغير شيئاً، فكيف لا يرى العرف الشرعي بعداً في أن يشتري الإنسان لنفسه شيئاً بمال الغير أو يشتري للغير بمال نفسه، فإن البيع إنما هو المبادلة بين التملكين لا بين المملكين هذا إذا كان المراد من نظر العرف نظر العرف الشرعي - وطبعاً هذا في غير المضاربة والمزارعة والمساقاة بنظرنا، لأنها معاملات عقلانية كانت قبل التشريع والشارع أمضاها كما سيأتي ممّا توضيحه، ومحل الكلام الذي نشكل فيه على السيد الأردبيلي (حفظه الله) هو ما لو قال : اتجر بهذا المال، ولم يشترط لا هو ولا العامل شيئاً الذي هو الملحق بالبضاعة - .

وأما إذا أريد من نظر العرف المسامحي، وأنه لا مانع من أن يشتري لنفسه شيئاً بمال الغير، أو أن يشتري للغير بمال نفسه - ولم يكن ذلك بالنحوين اللذين ذكرناهما - فالنظر المسامحي للعرف غير عزيز، وليس له أي أثر، بل قد يقوم على تحليل المحرمات وتحريم المحللات، وأمثلة ذلك غير محصورة، فيكون حينئذٍ كالغاصب الذي لا يرى بعداً في أن يشتري لنفسه شيئاً بمال الغير، بل لا يرى بأساً في أكل مال الغير، وأن الملاك في نظر العرف حينما يوكل

من قبل الشارع، والمفروض لا جعل ولا امضاء، فيكون كله للمالك للتبعية، ولا يكون للعامل

«الأمر إليه هو ليس إلا نظر العرف بما أنه عرف أهل الشرع لا غير ذلك. ثم إنه من المحتمل قوياً بل المطمأن به أن المناسب ذلك إلى العرف رأى أن العرف يبادل بين الملكين، فنسب إلى العرف أنه لا يرى مانعاً في الشراء بمال الغير أو بيع مال الغير له أي لغير مالكة، والحال إن الشراء ليس هو المبادلة بين الملكين الذي قد يراه عند العرف، وإنما هو المبادلة بين التملكين، وهنا لا يرى العرف مبادلة بين تملكين حتى يُنسب إليه ذلك.

وأما كون العامل فعلاً مبتكراً متخصصاً مديراً ذا روابط شخصية واجتماعية مديراً نافذ الكلام ونحو ذلك مما يوجب تحقيق أرباح طائلة، فهو إنما يوجب أن تكون أجرته أكثر، لا أن يكون شريكاً مع المالك في الأرباح الحاصلة.

نعم، لو كان قد اقترض العامل من المالك رأس المال فتمام الربح للعامل، ولكنه ربح ماله وعليه أداء القرض.

نعم، يشكل على الماتن رحمته - صاحب العروة - بأنه لا يسلم بقانون المعاوضة كما يأتي منه ذلك (في المسألة ٤٠ [٣٤٢٩] والمسألة ٤٤ [٣٤٣٣] من المسائل الآتية) فعلى أي أساس لا بد وأن يكون تمام الربح للمالك، مع عدم الاستناد في قاعدة تبعية الربح لأصل المال إلى نص خاص أو عام، غير قانون المعاوضة، وقانون المعاوضة عنده يمكن أن يدخل فيه العوض كله أو بعضه في كيس غير من خرج عنه المعوض، فما هو الدليل على دخوله كله في كيس من خرج عنه المعوض؟!

اللهم إلا أن يجاب عنه بأن يقال: إن ما يقال من إمكان دخول العوض كله أو بعضه في كيس من لم يخرج المعوض منه إنما هو إذا جعل كذلك، وليس كما يقولون أنه مستحيل، وإما إذا لم يجعل فلا شك لا كيس غير كيس من خرج عنه المعوض ليدخل فيه، فدخوله في كيس من خرج عنه المعوض قهري، فيرتفع الإشكال حينئذٍ عن الماتن رحمته، لأن المفروض في المقام أن المالك قال: اتجر بهذا المال، ولم يشترط شيئاً لا المالك ولا العامل، فلا كيس إلا كيس المالك.

وعليهما يستحق العامل أجره المثل لعمله<sup>(١)</sup> إلا أن يشترط عدمه ، أو يكون العامل قاصداً للتبرع<sup>(٢)</sup> ومع عدم الشرط وعدم قصد التبرع أيضاً له أن يطلب الأجرة إلا أن يكون الظاهر منهما في مثله عدم أخذ الأجرة ، وإلا فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع .

منه شيء كما في البضاعة ، فهذا ملحق بالبضاعة لا أنه هو البضاعة<sup>(٣)</sup> ، والبضاعة إنما هي خصوص ما جعل فيه تمام الربح للمالك ، لا ما إذا لم يشترط شيئاً .

نعم ، للعامل أجره المثل لاحترام عمل المسلم إن لم يكن الظاهر منهما عدم الأجرة ، هذا إذا لم يكن متبرعاً بعمله أو مشروطاً عليه عدم الأجرة ، وإلا فلا يستحق الأجير أجراً ، ووجه ذلك هو الآتي في التعليقة بعد الآتية .

(١) لاحترام عمل المسلم كما عرفت .

(٢) فلا يستحق العامل حينئذٍ في الفرض الثالث والرابع إذا قصد التبرع شيئاً من أجره المثل .

بيان ذلك : أن الذي يأمر غيره بعمل تارة لا يكون للعمل قيمة عرفاً كقولك : ناولني هذا الكتاب ، وأخرى له قيمة ومالية عرفاً . والأول : لا يوجب الضمان لعدم المالية عرفاً وهو خارج عن محل الكلام ، والثاني : إما أن يكون الأمر فيه ظاهراً في المجانية فهو كالصريح بعدم إعطاء الأجرة ، فليس للعامل المطالبة بها وإن قصد بعمله الأجرة ، لاختصاص تعلق الأمر بحصة خاصة وهو العمل مجاناً ، وأما العمل بعوض فلم يأمر به الأمر ، فاتيان العامل به كإتيانه بما لم يؤمر به ابتداءً ، فلا احترام لعمله . وإما أن لا يكون للأمر ظهور في المجانية إلا أن العامل أتى به تبرعاً ، فلا يستحق على الأمر شيئاً ، لأنه هو الذي فوّت على نفسه ما كان يستحقه من القيمة والثمن والأجرة وإن كان العمل بأمر الأمر إلا أن العامل بنفسه ألتف ماله وجعل ثمنه هدراً .

وأما لو لم يكن الأمر ظاهراً في المجانية ، ولم يقصد العامل بعمله التبرع كما هو الغالب في أكثر المعاملات الخارجية ، كأمر الحمال بحمل شيء ، أو أمر الحلاق بحلاقة رأسه ، أو أمر عامل البناء ببناء الجدار ، أو نحو ذلك من دون أن يعين له أجراً ، وليس للأمر ظهور في المجانية ،

(١) الظاهر أن هذا تعريض بكلام الماتن ﷺ لأنه قال : «تارة : لا يشترطان شيئاً ، وعلى هذا أيضاً يكون تمام الربح للمالك ، فهو داخل في عنوان البضاعة» وبين دخوله في عنوان البضاعة وبين كونه ملحقاً بالبضاعة بون بعيد .

فحمل الحمال المتاع أو حلق الحلاق الرأس أو بنى البناء الجدار غير قاصد التبرع ، لا شك يكون هذا الأمر موجِباً للضمان بحسب السيرة القطعية العقلانية ، فللحمال أو الحلاق أو البناء ونحوهم مطالبة الأجرة ومنه العامل في المقام ، بل الأمر كذلك لو كان لمتعلق العمل مالية ، كما لو أمر الخباز أن يعطي الفقير خبزاً فأعطاه بالشرطين : الأول أن لا يكون للأمر ظهور في المجانية ، والثاني أن لا يكون العامل قاصداً المجانية ، فالسيرة العقلانية القطعية أيضاً قائمة على الضمان . وهذا مسلّم بحسب الكبرى الكلية الثابتة بالسيرة القطعية العقلانية ، وعليه فيقال في المقام : إن كان الأمر بالعمل خالياً من ذكر الربح وأنه للعامل أو للمالك أو لهما ، وليس للأمر ظهور في المجانية ، ولم يكن العامل قاصداً التبرع ، فلا شك في ضمان أجرة المثل للعامل ربح خارجاً أو لا ، وهذا هو مقتضى القاعدة .

وأما في البضاعة وهي التي جعل فيها تمام الربح للمالك ، فما ذكره هنا من إعطاء أجرة المثل للعامل إن لم تكن قرينة على إتيان العمل مجاناً منافع لما ذكره في المسألة الرابعة عشرة من المساقاة<sup>(١)</sup> ، حيث ذكر هناك أن أمر العامل بالسقي على أن لا يكون له من الثمر شيء موجب لعدم استحقاق العامل شيئاً من الثمر ، لأن إتيان العامل بالعمل مع ذلك - أي على أن لا يكون له من الثمر شيء - إسقاط منه لحرمة ماله بنفسه ، والمسألتان من باب واحد ، إذ لا فرق بين الأمر بالسقي على أن لا يكون له من الثمر شيء ، والأمر بالتجارة على أن لا يكون له من الربح شيء . والظاهر أن ما ذكره في باب المساقاة هو الصحيح . إذ إن لهذا الكلام ظهوراً عرفياً في المجانية<sup>(٢)</sup>

(١) الواضح المسألة ١٤ الرقم العام [٣٥٤٤] ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٣٣٩ - ٣٤٠ .

(٢) أقول : أمر المالك العامل بالعمل مع كون تمام الربح للمالك ، أو أمره بالسقي مع كون تمام الثمر للمالك وليس للعامل من الثمر أو الربح شيء ، إما أن يكون مع أخذ أن لا يكون للعامل شيء من غير الثمر ، ومن غير الربح أيضاً مسلماً ، أو أن يكون لا مع أخذ ذلك . وعلى الأول فلا شك في ظهور الأمر في المجانية بلا كلام ، وأما على الثاني فليس الأمر ظاهراً في المجانية

ويشترط في المضاربة الإيجاب والقبول<sup>(١)</sup> ويكفي فيهما كل دال قولاً أو فعلاً<sup>(٢)</sup> والإيجاب القولي كأن يقول : ضاربتك على كذا وما يفيد هذا المعنى ، فيقول : قبلت .

ومعه لا ضمان ، فليس للعامل على هذا شيء من الربح ولا أجرة المثل .

(١) لأنها عقد بين المالك والعامل ، فهي كسائر المعاملات تحتاج إلى رضا الطرفين المبرز إما بالقول أو بالفعل .

(٢) أو فعلاً فيما إذا كان بينهما تباين من الأول على ذلك بعد معلومية حصة كل منهما من الربح ، وذلك لما حقق في محله من كبرى صحة المعاملة بالفعل الدال عليها إلا فيما دل دليل على اعتبار لفظ خاص كما في الطلاق ، أو مطلق اللفظ كما في النكاح<sup>(٣)</sup> فان المعاملة لا تحتاج إلا

في باب الأعمال وفي سوق العمل بلا كلام ، لأن المنفي أن لا يكون له من الثمر أو الربح شيء ، لا أن لا يكون له أي شيء حتى أجرة المثل ، بل ليس الأمر ظاهراً إلا في كون حق العامل أو الساقى في غير الربح أو الثمر من أموال الأمر ، كما أن اتيان العامل بالعمل أو السقي أعم من التبرع بالعمل ، إذ يمكن أن يكون العامل مريداً لعوض عمله لا من الثمر ولا من الربح ، بل من غير ذلك من أموال الأمر ، فلا ملازمة بين ذلك وبين تبرع العامل بالعمل ، بل ظاهر اقدام العامل عدم التبرع ، فالصحيح أن له أجرة المثل هنا وفي المساقاة ، لا العكس كما يقوله السيد الأستاذ<sup>(٤)</sup> ، اللهم إلا أن تكون هناك قرينة على كون الأمر ظاهراً في المجانية ، أو كون العمل ظاهراً في التبرع ، ولا يكفي الشك فيهما في عدم الأجرة للعامل .

وأما التفريق بينهما بأن له أجرة المثل في المقام دون المساقاة ، لأنه متبرع فيها دون المقام ، لأن الأمر في البضاعة ليس ظاهراً في المجانية كما عن بعض .

فمتوقف على كون الأمر بالسقي مع عدم حصة للساقى من الثمر ظاهراً في المجانية . وليس الأمر كذلك في باب الأعمال أبداً على ما عرفت ، فلا وجه للقول بالتفريق .

(١) في النكاح اعتبر السيد الأستاذ<sup>(٥)</sup> ألفاظاً خاصة - لا مطلق اللفظ - وهي التزويج والنكاح ، قال : فلأن المذكور في النصوص الدالة على اعتبار اللفظ إنما هو التزويج ومشتقاته ، لكن حيث علمنا أنه لا خصوصية لهذا اللفظ بعينه ، جاز استعمال لفظ النكاح في إنشاء العقد الدائم

إلى أمر نفساني وإبرازه بمبرز في الخارج ، وهو متحقق بالفعل الدال عليها فهو عقد فعلي ، وهو كالعقد القولي مشمول لقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أو ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ في البيع والصلح والإجارة ونحو ذلك على ما أوضحنا ذلك في بحث المعاطاة<sup>(١)</sup> .

❦ لوروده في جملة من الآيات الكريمة والنصوص الشريفة . . . إلى أن قال : - إن مقتضى هذه الأدلة هو الاقتصار على لفظ خاص . الواضح : فصل في العقد وأحكامه (المسألة ١) الرقم العام [٣٨٣٤] . موسوعة الإمام الخوئي ٣٣ : ١٢٨ - ١٣٠ .

(١) وتقدير العبارة : الواضح الذي لا يحتاج إلى تصريح هو أنه بما أن المعاملة لا تحتاج إلا إلى قصد الأمر النفساني وإبرازه بمبرز سواء كان المبرز هو القول أم الفعل ، وهو مشمول للدليل الدال على الصحة والنفوذ ، وهذا الذي ذكره السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> في بحث المعاطاة بمثابة الكبرى الكلية ، ففي البيع والإجارة والصلح ونحوها من العقود التي تكون شرعيتها على القاعدة ، فما دل على النفوذ والصحة كقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ يدل على النفوذ والصحة مطلقاً سواء كان المبرز لفظاً أم فعلاً ، وفي المضاربة والمزارعة والمساقاة من العقود التي تكون صحتها على خلاف القاعدة ، فالدليل الدال على صحتها خلافاً للقاعدة هو الذي يكون دالاً على صحتها مطلقاً في العقود الإذنية كالمضاربة ، وعلى صحتها ولزومها إذا كانت من غير العقود الإذنية كالمزارعة والمساقاة ، سواء كان المبرز لفظاً أم فعلاً ، فإن قوله<sup>عليه</sup> «والربح بينهما» في صحيحة محمد بن مسلم قال : «سألته عن الرجل يعطى المال المضاربة وينهى أن يخرج به فخرج ؟ قال : يضمن المال والربح بينهما» الوسائل ج ١٩ : ١٥ باب ١ من أبواب المضاربة ح ١ ، مطلق سواء كان اعطاء «المال مضاربة» بقول أم فعل ، وكذا كل الروايات الدالة على صحة المضاربة أو المزارعة أو المساقاة .

وعلى هذا التقدير الواضح لا وجه لما قيل إشكالاً على السيد الأستاذ السيد الخوئي<sup>رحمته</sup> من أنه : إذا كانت صحة المضاربة على خلاف القاعدة ، ولا تشملها العمومات والإطلاقات كقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ فمقتضى ذلك عدم صحتها بالمعاطاة إذ لم يدل

« عليه دليل فيها ، والعمومات المذكورة لا تشملها ، فكيف صحت المعاطاة في المضاربة . قال صاحب هذا القيل معلقاً على قول الماتن رحمته : «ويكفي فيها كل دال قولاً أو فعلاً» ما نصه : «هذا فرع تامة الدليل على صحة المضاربة على القاعدة - كما هو الصحيح - أو استفادة إطلاق من هذه الناحية لروايات المضاربة ، وأما إذا قلنا بأن مقتضى القاعدة في مثل هذه العقود البطلان - كما عن بعض اساتذتنا العظام رحمته [يريد به السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته] فمع الشك لا معنى للاستدلال على الصحة بأن مقتضى القاعدة في العقود عدم اعتبار أكثر من ابراز الاعتبار النفساني ببرز في الخارج فعلي أو قولي - كما صدر هذا الكلام عنه في المقام - إذ المراد بهذه القاعدة لا بد وأن يكون عمومات الصحة والنفوذ بعد فرض صدق العقد أو البيع أو التجارة على المعاطاة ، فإذا لم تكن العمومات شاملة للمضاربة لم يمكن اثبات صحة الفاعل للبراز اللفظي والصيغة منه ، اللهم إلا إذا أريد دعوى الجزم والعلم الوجداني بالملازمة أو كفاية ذلك» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٤١ .

وفيه : أنا وإن لم نقبل كون صحة المضاربة على خلاف القاعدة للأدلة الخاصة ، ونقول : إن صحتها للعمومات والإطلاقات ، مضافاً للأدلة الخاصة ، إلا أن من يختار أن صحتها على خلاف القاعدة للدليل الخاص ، فالدليل الخاص عنده دال على صحتها مطلقاً من هذه الجهة ، سواء كان المبرز لها قولاً أم فعلاً ، ولا شك لا له - أي لا للسيد الأستاذ رحمته - ولا لغيره في صحتها بالمعاطاة حتى يقال : - إنه حين الشك في صحتها بالمعاطاة لا بد وأن يرجع إلى أصالة الفساد ، فليس الحكم بالصحة للعمومات أو الإطلاقات ، وإلا فلا بد أن لا يقال بالصحة بالمعاطاة فيها لأصالة الفساد ، فلا يكون القول بالصحة كاشفاً عن صحة التمسك بالعمومات والإطلاقات الدالة على صحة العقود . وبهذا يتضح أن هذا إشكال غير وارد على السيد الأستاذ رحمته .

والسيد الأستاذ رحمته وإن استدل على صحة المعاطاة في البيع والإجارة والصلح ونحوها بالعمومات كقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ إلا أنه في المقام كما عرفت يستدل على صحة المضاربة المعاطاتية بإطلاق الدليل الخاص الدال على صحة المضاربة

ويشترط فيها أيضاً بعد البلوغ والعقل والاختيار<sup>(١)</sup> وعدم الحجر لفلس<sup>(٢)</sup> أو جنون<sup>(٣)</sup> أمور:

(١) كما هو الحال في كل عقد، لأنها - أي البلوغ والعقل والاختيار - من الشرائط العامة، ولا خلاف في اعتبارها.

(٢) مقتضى إطلاق عبارته ﷺ عدم الفرق في عدم صحة المضاربة بين أن يكون المفلس مالكاً أو عاملاً، إلا أن الإطلاق ليس بمراد للماتن ﷺ جزءاً على ما سيأتي منه، من عدم اعتبار عدم الفلوس في العامل<sup>(١)</sup>، لأن المفلس إنما يحجر عليه بالنسبة إلى أمواله، لا بالنسبة إلى ما يحصل عليه من الأموال، فلا مانع من أن يكون المفلس عاملاً في المضاربة ويحصل على مال لعمله، فيختص اعتبار عدم الفلوس بالمالك فقط فليس الإطلاق المذكور مراداً جزءاً.

(٣) إن أريد بالجنون معناه الحقيقي الذي هو في مقابل العقل فهو مستدرك وتكرار لذكره اشتراط العقل قبل ذلك، وإن أريد من الجنون السفه - أي عدم الحجر لسفه كما هو ليس ببعيد، وإلا كان عليه أن يذكر اعتبار عدم السفه، لعدم صحة عقد المضاربة من السفه بعد الحجر عليه في ماله - فمقتضى إطلاق ذلك اعتبار عدم السفه في المالك والعامل معاً كما صرح بذلك بعضهم<sup>(٢)</sup>، وإن لم يتعرض كثير من الفقهاء إلى اعتبار عدم السفه في باب المضاربة، بل اقتصروا على منع السفه من التصرف في أمواله، وذكروا ذلك في باب الحجر.

❦ خلافاً للقاعدة، بلا فرق بين أن تكون المضاربة بالقول أو الفعل الدال عليها. نعم، لو لم يكن دليل على صحة المضاربة المعاطاتية أصلاً إلا العمومات والاطلاقات لكان لهذا الكلام محل، وأما مع وجود الدليل على صحة المضاربة المعاطاتية غير العمومات والاطلاقات، وهو إطلاق الأدلة الخاصة الدالة على صحة المضاربة، فإنه لم تقيد هذه الأدلة بالعقد اللفظي، فيشمل العقد الفعلي أيضاً، فلا حاجة إلى أن يستدل عليه بالعمومات والاطلاقات حتى يقال إنها غير دالة عليه عنده.

(١) في المسألة ٣ الرقم العام [٣٤٦٢].

(٢) الظاهر أن مراده السيد الحكيم ﷺ حيث قال: «فلا تصح المضاربة إذا كان المالك سفيهاً، كما لا تصح إذا كان العامل سفيهاً، لعدم الفرق في حجر السفه بين أن يكون المال عيناً أو عملاً». المستمسك ١٢: ١٤٥ طبعة بيروت.

الأول: أن يكون رأس المال عيناً<sup>(١)</sup> فلا تصحّ بالمنفعة ، ولا بالدين ، فلو كان له دين على أحد لم يجز أن يجعله مضاربة إلا بعد قبضه ، ولو أذن للعامل في قبضه ، ما لم يجدد العقد بعد القبض . نعم ، لو وكّله على القبض والإيجاب من طرف المالك والقبول منه ، بأن يكون موجباً قابلاً صحّ ، وكذا لو كان له على العامل دين لم يصحّ جعله قراضاً إلا أن يوكله في تعيينه ، ثم إيقاع العقد عليه بالإيجاب والقبول بتولي الطرفين .

وعلى كل حال ، الظاهر انه لا شك في اعتبار عدم السفه في المالك بعد الحجر عليه بمقتضى الآية المباركة: «حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّهُم مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»<sup>(١)</sup> فليس للسفيه المالك أن يعقد عقد مضاربة مع العامل على أن يكون الربح بينهما ، وأما بالنسبة للعامل فلا وجه لاعتبار عدم السفه فيه ، لأنه ليس في عقد المضاربة تصرف في أمواله ، لا في أمواله الخارجية ولا بالنسبة إلى أعماله ، إذ لا يملك العامل العمل للمالك كما في الإجارة حتى يقال : كما أنه ليس للسفيه التصرف في أمواله الخارجية ليس له التصرف في أعماله التي هي في حكم المال ، بل إن ذلك شبيه الوكالة - كما ذكره المحقق<sup>(٢)</sup> قدس سره - أو شبيه الجعالة ، فكما أنه لا مانع من أن يكون السفيه وكيلاً عن آخر في إجراء العقد بالنسبة إلى الأموال وغيرها أو عاملاً في الجعالة ، كذلك لا مانع من أن يكون عاملاً في المضاربة ، إذ ليس فيها تملك ولا تصرف في المال ، بل هي تحصيل للمال ، نظير تحصيله لها في قبول الهدية أو الهبة ، بل ذكر جماعة من الفقهاء أن له أن يأخذ عوض الخلع ويطلق طلاقاً خلعيّاً يحصل به على المال<sup>(٣)</sup> .

(١) فلا تصحّ المضاربة بالمنفعة ولا بالدين . فلو كان للمالك على رجل ديناً فجعله مضاربة على أن يتجر بذلك الدين ويكون الربح مشتركاً بينهما لا يكون هذا من المضاربة الصحيحة ،

(١) سورة النساء ٤ : ٦ .

(٢) الشرائع ٢ : ١٦١ .

(٣) ليس الاطلاق مراداً للماتن<sup>(٤)</sup> جزءاً كما لم يكن الإطلاق مراداً له في الفلوس على ما صرح به السيد الأستاذ<sup>(٥)</sup> في موسوعته ٣١ : ٦ . ولذا خص الماتن<sup>(٦)</sup> بطلان المضاربة في العامل إذا عرض عليه السفه بما إذا كان ذلك بعد حصول الربح في المسألة الرابعة [٣٤٦٣] الآتية ولو كان الاطلاق هنا مراداً له لما خص البطلان بعروض السفه على العامل بما إذا كان يعد حصول الربح في المسألة الآتية .

كما أن المعاملة بالمنافع لا بالاعيان كايجار دار أو سيارة أو نحو ذلك لا يكون من المضاربة في شيء، ذكر ذلك أكثر الفقهاء<sup>(١)</sup>، وذكروا أيضاً أنه ليس في الأدلة الخاصة في المقام تصريح بأن لا يكون رأس المال منفعة - بخلاف الدين فإنه ورد أن لا يكون رأس المال ديناً - إلا أنهم قالوا بذلك لعدم استفادة العموم من أدلة الوفاء بالعقد عند الشك في اعتبار شيء في الصحة وعدمه<sup>(٢)</sup> حتى يتمسك به، فالمرجع إلى أصالة الفساد.

وذهب بعض<sup>(٣)</sup> إلى عدم اعتبار أن يكون رأس المال عيناً، نظراً إلى استفادة العموم من أدلة

(١) في الجواهر: «ومن شرطه [أي مال المضاربة أو القراض] أن يكون عيناً، فلا يجوز بالدين وأن يكون دراهم أو دنانير، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه» الجواهر ٢٦: ٣٥٦. ونحوه في التذكرة ١٧: ١٨، ٢٥، وجامع المقاصد ٨: ٦٦، والمسالك ٤: ٣٥٥، ومجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢٤٩. وهذه الإجماعات وإن كانت على اعتبار أن يكون رأس المال دنانير ذهبية أو دراهم فضية، إلا أنه دال على عدم جواز أن يكون رأس المال من الفلوس المتعارفة في زماننا، ولا أن يكون رأس المال عروضاً فضلاً عن أن يكون رأس المال منفعة أو ديناً.

(٢) فيكون المرجع أصالة الفساد حينئذ كما ذكر ذلك فيما وجدت ممن نسب إليهم السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> ذلك صاحب الرياض ٩: ٣٤٨، وذكر صاحب الجواهر ذلك عنه، وتأمل فيه وقال: «ضرورة الاكتفاء ب: «تَجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ» النساء ٤: ٢٩. ونحوه في ذلك، بعد الإغضاء عن دعوى عدم اطلاق صالح، ولكن الأمر سهل بعد الإجماع المزبور» الجواهر ٢٦: ٣٥٦.

(٣) ليس كل من استفاد العموم من أدلة نفوذ التجارة عن تراض الدال على وجوب الوفاء في كل مورد شك في صحة العقد وعدمه ونفى اعتبار ذلك قائلاً بالصحة فيما إذا كان رأس المال ليس عيناً أو ديناً، لأن بعضهم عندهم الإجماع على اعتبار أن يكون رأس المال عيناً دنانير ذهبية أو دراهم فضية، مخصص للعمومات فلا يصح التمسك بها لاثبات الصحة فيما إذا كان رأس المال منفعة أو ديناً أو فلوساً أو عروضاً، كصاحب الجواهر حيث قال: «ضرورة الاكتفاء

نفوذ التجارة عن تراض، الدال على وجوب الوفاء في كل مورد شك في اعتبار شيء في صحة العقد وعدمه - أي في اعتبار أن يكون رأس المال عيناً درهماً أو ديناراً - ونفي اعتبار ذلك الشيء، لأن الاشتراط محتاج إلى دليل، فما لم يكن دليل فمقتضى العمومات الحكم بالصحة .  
وأشكل على هذا بعض<sup>(١)</sup> وقال : لا يمكن التمسك بالعمومات في نفي ما احتمل اعتباره في

بـ «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» [النساء ٤ : ٢٩] ونحوه في ذلك ، بعد الاغضاء عن دعوى عدم إطلاق صالح ، ولكن الأمر سهل بعد الإجماع المزبور» الجواهر ٢٦ : ٣٥٦ . نعم ، من ليس عندهم هذا الإجماع حجة ذهبوا إلى عدم اعتبار أن يكون رأس المال عيناً .  
(١) البعض هو السيد الحكيم<sup>رحمته</sup> حيث قال : «وفي الجواهر الاشكال على ذلك بأنه يكفي في الصحة قوله تعالى : «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» ونحوه . وفيه : أن ذلك إنما يقتضي الصحة ، ولا يقتضي كونها مضاربة ، ومن ذلك يظهر أنه لو سلم جواز التمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» [المائدة ٥ : ١] فإنما يقتضي الصحة أيضاً ولا يقتضي كونها مضاربة ، وأما الإطلاقات المقامية فلا تجدي شيئاً ، إذ مقتضاها صحة المضاربة التي عند العرف ، ولم يثبت أن المعاملة على الدين والمنفعة مضاربة عند العرف ، والأصل عدم ترتب أحكام المضاربة عليها . نعم ، إذا كان مراد الأصحاب من عدم الصحة في الدين والمنفعة عدم الصحة مطلقاً لا مضاربة ولا غيرها ، كان الإشكال عليهم في محله ، إذ الصحة مقتضى بعض العمومات . اللهم إلا أن يدعى اختصاص العمومات بالعقود المتعارفة ، فلا تقتضي صحة غيرها ، لكنه محل منع ، إذ لا مقتضى لهذا التخصيص ، والأصل عدمه . اللهم إلا أن يقال : الأصل رجوع الربح إلى مالك الأصل ، فثبوته لغيره خلاف دليل صحة المعاملة على ماله ، فيكون الأصل بطلان العقد المذكور ما لم يقد عليه دليل بالخصوص . وفيه : أن المضاربة لما كانت من سنخ المعاوضة ، لأن الحصة من الربح في مقابل العمل ، فالمراد من دخول حصة الربح في ملك العامل أن ذلك بعد أن تدخل في ملك المالك ، عملاً بمقتضى المعاوضة ، ليكون ضمان عمل العامل بمال المالك في ظرف أنه مال المالك ، ولا بد أن يكون ذلك بعد الدخول في ملك المالك ، وهكذا ما كان من هذا القبيل ...» المستمسك ١٢ : ١٤٦ طبعة بيروت .

العقد ككون المال عيناً .

والذي ينبغي أن يقال في المقام : إنه قد يكون العقد مثل البيع والإجارة والصلح ونحوها مما يملك فيها كل من الطرفين شيئاً<sup>(١)</sup> ويأخذ شيئاً ، فهنا لا مانع من التمسك بعمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup> أو ﴿تَبَارَكاً عَنِ تَرَاضٍ﴾<sup>(٣)</sup> وقد تمسكنا بها في نفوذ العقد حتى فيما إذا لم يكن لفظ ، وكانت المعاملة البيعة أو الإجارية أو الصلحية بالمعاطاة ، وقلنا إن العمومات دالة على الصحة ، واشترط أن تكون المعاملة باللفظ فضلاً عن أن يكون اللفظ خاصاً محتاج إلى دليل ، ولا دليل إلا في بعض الموارد . وقد لا يكون في العقد تمليك من أحد الطرفين للطرف الآخر ، لعدم ملكية كل منها شيئاً حتى يملكه لآخر كالمضاربة<sup>(٤)</sup> والمزارعة والمساقاة ، فليس هنا عموم يدل على

(١) لم يوضح السيد الأستاذ كيفية التمليك في هذه الموارد ، فإن التمليك فيها قد يكون لشيء شخصي وقد يكون لكلي ، والأول لا بد فيه أن يكون المملك مالكاً - بناءً على ما يراه هو من عدم صحة تمليك المعدوم بمعنى عدم الدليل عنده على صحته - وأما في الثاني فلا يشترط فيه ذلك ، والغالب في الشراء والبيع هو النحو الثاني ، وصحة تمليك الكلي الذي ليس عند المالك منه شيء يكاد أن يكون من البديهيات «راجع محاضرات في الفقه الجعفري ٢ : ١١» .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) النساء ٤ : ٢٩ .

(٤) لم يتضح عدم التمليك في عقد المضاربة من المالك ، هل هو لعدم تملكه له في العقد حصّة من كلي الربح الحاصل فيما بعد ، أو لعدم ملكيته للربح حتى يملكه ، فإن كان الأول فالمفروض أنه جعل له فيه في ذمته على نحو الكلي نسبة من الربح ، النصف ، أو الربع ، أو أي نسبة كانت ، ويقولون بصحة لأن له السلطنة على ذلك وإن لم يكن مالكاً لما في ذمته . وإن كان الثاني كما لعله هو المستفاد من قوله «لعدم ملكية كل منهما شيئاً حتى يملكه للآخر» فصحة تمليك الكلي الذي لا يملك المالك منه شيئاً بالفعل من البديهيات ، اللهم إلا أن يكون هنا شيء لم يتضح لي ، على أنه لا دليل على عدم صحة تمليك الشيء الشخصي إذا كان معدوماً كما سيأتي مفصلاً .

الصحة ، وذلك لأن مقتضى القاعدة في المقام البطلان لقانون تبعية المنافع للأصل ، فكونها مشتركة بين المالك وبين شخص آخر خلاف قانون المعاوضة ، القاضي بدخول البديل في ملك مالك المبدل لأنه بدل ماله ، فهو ملك لصاحب المال ، لا مشترك بينه وبين العامل<sup>(١)</sup> .

(١) أساس ما يريد أن يقوله السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> هو هذا : وهو أن مقتضى القاعدة في المقام - أي في المضاربة والمزارعة والمساقاة - البطلان ، وسرّ البطلان هو عدم امكان أن يكون بدل مال المالك بين المالك وبين العامل أو الساقى أو الزارع ، لأنه خلاف قانون تبعية المنافع لأصل المال .

ولكن أقول : أولاً : هذا القانون إنما هو في غير المضاربة - وأختيها - وأما فيها فسيرة العقلاء جارية على كون الربح غير تابع لرأس المال ، بل بين مالك رأس المال وبين العامل - أو الزارع أو الساقى - فإن المضاربة (واختيها) ليست من مخترعات الشارع المقدس ، ولا من موجوداته ، وإنما هو امضاها ، وإلا فهي معاملات عقلانية كانت من القدم حتى يومنا هذا ، وعليها جرت سيرة العقلاء ، فأين يوجد هنا خلاف لقانون تبعية المنافع لأصل المال حتى تكون القاعدة هي البطلان؟! وقد اعترف السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> بما نقوله هنا ، قال<sup>رحمته</sup> : «والذي يمكن أن يقال في هذا المقام : إنّ المضاربة ليست من المعاملات الشرعية المحضّة بحيث يكون الشارع المقدس هو المؤسس لها ابتداءً ، وإنما هي معاملة عقلانية ثابتة ومتعارفة لدى العقلاء قبل التشريع ، وقد أمضاها الشارع المقدس وأقرّ العقلاء على فعلهم ذلك» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١٧٤ .  
الواضح : ج ١٢ المسألة السادسة عشرة الرقم العام [٣٤٧٥] . وقال<sup>رحمته</sup> في المزارعة : «على أن المزارعة من العقود العرفية المعهودة التي يكثر تحققها في الخارج بحيث جرت عليها سيرة العقلاء قاطبة فضلاً عن سيرة المتشرعة المتصلة بعهد المعصوم<sup>عليه السلام</sup>» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٢٣٦ . الواضح ج ١٣ : العاشر من شرائط المزارعة . وكذا الأمر في المساقاة لأن المضاربة والمزارعة والمساقاة كلها من وإدٍ واحد .

وثانياً : أن مسلك السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> في المضاربة التي هي من العقود الإذنية أنه ليس فيها أي

والالتزام بالانتقال إلى المالك آنأ ما ومنه إلى العامل أمر معقول<sup>(١)</sup>، إلا إنه ليس لمالك أن

تتمليك لا من العامل ولا من المالك ، وقد ذكر ذلك في بحث عدم اعتبار أن يكون العامل سفيهاً ، وقال في وجه جواز كون العامل سفيهاً ، بخلاف الإجارة حيث اعتبر فيها أن لا يكون الأجير سفيهاً : إن في الإجارة تمليكاً من الأجير لعمله ، وربما يملك علمه الذي يسوى عشرة يملكه بواحد وأما في المضاربة فليس العامل يملك فيها عمله للمالك ، ولا المالك يملك العامل شيئاً ، بل الأمر في المضاربة كالجعالة وكالوكالة التي ليس فيها تمليك من أي منهما ، فكما يمكن أن يكون العامل في الجعالة سفيهاً حيث لا تصرف له في أمواله ولا أعماله ، ولا المالك للجعالة يملك ، كذلك في المضاربة ليس العامل متصرفاً في أمواله ، بل يحصل على أموال ، نظير تحصيله على الأموال في قبول الهبة . فالمالك في المضاربة لا هو يملك العامل مالاً ، ولا العامل يملك المالك العمل . موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٧ ، وذكر السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> ذلك أيضاً في غير بحث السفه في عدة موارد ، منها : في المسألة ٥ [٣٣٩٤] حيث قال «أن ليس في المضاربة إلا إذن من المالك بالاتجار بالمال من قبل العامل ، وإلا التزام المالك بجعل مقدار من الربح للعامل قال : «ومقتضى الثاني نحو التزام من المالك بشيء» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٣٩ .

وعلى هذا فليس في المضاربة أي تمليك حتى يقال إنه من تمليك المعدوم ، بل هو التزام من المالك بأن يملك ، ففي أي وقت ملك يعمل بمقتضى التزامه فيملك العامل - النصف مثلاً - وهذا ليس من تمليك المعدوم ، بل من الالتزام بتمليك مال حين حصوله . وصرح السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> بهذا المطلب في غير الموردين المذكورين في عدة موارد أخرى .

منها : قوله<sup>رحمته</sup> : «إذن فلا موجب للحكم فيه بالبطلان فيما ظهر مقدوريته بعد ذلك من رأس المال بعد أن كانت المضاربة عقداً جائزاً ، ولم يتضمن التمليك من الابتداء ، ولا مجال لقياسها بالإجارة التي هي من العقود اللازمة المتضمنة لتمليك من الطرفين» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٢٠ .  
(١) هذا تعريض بكلام السيد الحكيم<sup>رحمته</sup> حسب ما عرفته في التعليقة قبل التعليقات الأربع السابقة حين نقل كلامه<sup>رحمته</sup> .

يملك ما يملكه بعد ذلك لآخر، فإنه تملك ما لا يملك<sup>(١)</sup> فتحتاج الصحة في الموارد المزبورة

(١) تملك ما لا يملك في التملك الشخصي غير معقول على الفرض عنده، وليس عليه دليل كما سيأتي حتى في التملك الشخصي، والتملك في المضاربة أولاً: ليس في أمر شخصي، بل على نحو التملك الكلي، وصحة هذا التملك حتى لو لم يملك منه شيئاً بالفعل واضحة. وثانياً: أن تملك المعدوم لا محذوفه، ولنا كلام مفصل فيه تقدم في كتاب الإجارة في أول الفصل في مسائل متفرقة بعد المسألة ١٢ [٣٣٢٩] من الواضح ج ١٠: ٣٢٤ - ٣٢٦ و ٢٣٠ - ٢٣٦، ويأتي أيضاً في الأمر الأول من الأمور التي تعتبر في المزارعة، فإن الملكية أمر اعتباري خفيف المؤونة، وتقومها بالمعدوم أمر ممكن ومعقول في نفسه، كما يمكن أن يكون المالك جماداً ليس له شعور أصلاً كالمسجد، وليست الأمور الاعتبارية التي منها الملكية كالأعراض الخارجية من البياض والسواد كي تحتاج إلى موضوع خارجي، بل صحة تملك الثمرة قبل ظهورها مع الضميمة أو مع السنين واقع في الخارج، والوقوع أدل دليل على الإمكان، فما في الفقه المعاصر من: «أن المالك لا يملك العامل إلا حصة من الربح، والربح غير متحقق بالفعل، فكيف يمكن لمالك الأصل أن يملك شيئاً للعامل غير حاصل الآن» الفقه المعاصر ٤: ٣٤٢ من أن كون المضاربة على خلاف القاعدة يقتصر فيها على ما قام الدليل عليه لأجل عدم الإمكان هذا، واضح الضعف، فإن عدم الصحة في تملك المعدوم عند السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> أيضاً لعدم الدليل عليه لا لعدم امكانه.

بل اعترف السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> بمعقوليته وامكانه في بحث استنجار أرض لزراعة الحنطة والشعير بشيء معلوم من حاصلها في موسوعته ٣٠: ٣٣٦. الواضح ١٠: ٢٢٤. نعم ادعى أنه لا دليل على صحة تملك المعدوم لا عدم امكانه، وذكرنا جوابه مفصلاً في الأمر الأول من الأمور المعبرة في المزارعة، فمن أراد يمكنه المراجعة، وذكرنا جوابه أيضاً في هامش بحث استنجار أرض لزراعة الحنطة والشعير بشيء معلوم من حاصلها بعد المسألة ١٢ [٣٣٢٩] الواضح ١٠: ٢٣٠ - ٢٣٦.

« ولا بأس بذكر هذا الدليل هنا أيضاً، حيث بني عليه في المضاربة وغيرها بناءات متعددة وجعل أصلاً عند بعضهم .

قال السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> في بحث الإجارة المتقدم : «وأما بحسب القواعد فقد ذكر في المتن أن مقتضى القاعدة هو الجواز [أي جواز إجارة الأرض بحصة من حاصلها حنطة أو شعيراً]، وأن ما يقال في تقرير المنع من عدم وجود حاصل الأرض فعلاً لا في الذمة ولا خارجاً فلا يكون قابلاً للتمليك، مندفع : بأنه كالموجود بالفعل في اعتبار العرف نظير منافع العين، فكما لا يقدر في مملوكيتها الفعلية تأخرها بحسب الوجود الخارجي فكذا حاصل الأرض، وبهذا الاعتبار صح بيع الثمارستين أو مع الضميمة، إذ لو لم تكن قابلة للتمليك فكيف ساع بيعها مع الضميمة ؟ ! [قال السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> في مقام الجواب عما ذكر].

أقول : هذا الجواب حسن جداً لو كان المانع يدعي عدم المعقولية [أي عدم الإمكان] لوضوح عدم اندفاع هذا المحذور بالضميمة، فإنها لا تجعل الممتنع ممكناً، ولا تجعل ما لا يقبل الملكية مملوكاً كما أفيد .

وأما ما لو كانت الدعوى بعد الإذعان بالإمكان هي عدم مساعدة دليل على صحة التمليك في المقام [لكونه من تمليك المعدوم] لا من الشرع ولا العرف، فالجواب المزبور لا ينفع في الذب عنه .

وتوضيحه : أن الذي جرت عليه السيرة العقلانية، وقامت على صحته الأدلة الشرعية في العقود المعاوضية من بيع أو إجارة ونحوهما، مما يتقوم بمبادلة مال بمال من عين أو منفعة، لزوم كون مورد المبادلة ملكاً فعلياً، أو ما في حكم الملك كالأعمال أو شيئاً في الذمة، حيث إنها وإن لم تكن مملوكة بالمكليات الاعتبارية، إذ لا يكون الإنسان مالاً لما في ذمته ولا لعمله كما لا يخفى، إلا أنها مورد للسلطنة المطلقة، إذ له أن يملك عمله للغير باجارة ونحوها، أو أن يبيعه شيئاً في الذمة، فله سلطنة التمليك، وبهذا الاعتبار أصبح في قوة المملوك [أي في قوة المملوك بالفعل]، فالقابل للمبادلة ما كان مملوكاً بالفعل أو في حكم المملوك، وأما من لا يكون مملوكاً بالفعل بوجه لعدم وجوده في أي صقع لا الخارج ولا الذمة، وإنما هو يوجد

«ويملك فيما بعد ، فلا تصح المعاملة عليه لا بالسيرة العقلائية ولا بحسب الأدلة الشرعية ، ومن ثم لا يسوغ أن يبيع من الآن ما سيولد من الدابة فيما بعد ، أو الدجاجة التي ستتكون بعد تحويل البيض الموجود إليها ، ونحوها الغزال قبل أن يصيده أو سمكة البحر قبل أن يتملكها بالصيد ، ولو مع القطع بتمكّنه من ذلك ، فإنه لا يصح بيع شيء من ذلك جزماً ومن غير أي إشكال ، لعدم كونه مالكاً لهذه الأمور بأي نحو من الاعتبار العقلائي ، وإنما سيملكها فيما بعد ، ومن هذا القبيل ما هو المبحوث عنه في المقام من المعاملة على حاصل الأرض قبل وجوده بجعله أجرة ، لوحدة المناط . ومنه تعرف أنّ قياس الحاصل بمنافع العين المستأجرة قياس مع الفارق الظاهر ، ضرورة أن المنافع من شؤون العين وحيثياتها الفعلية القائمة بها . . .» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٣٣٥ - ٣٣٧ .

ونقول في الجواب : أولاً : أن دعوى أن الذي جرت عليه السيرة العقلائية والذي قامت عليه الأدلة الشرعية في المعاملات المعاوضية من بيع أو إجارة ونحوهما لزوم كون مورد المبادلة ملكاً فعلياً أو في حكم الملك كالأعمال أو شيئاً في الذمة ، هذه الدعوى ممنوعة جداً ، وليست هي - بعد معقولة تمليك المعدوم - إلا كدعوى بعضهم على ما ذكرناه في كتاب المزارعة في عدة موارد - منها في الأمر الأول مما يعتبر في المزارعة - من أن قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة ٥ : ١] ونحوه ﴿تِجَارَةٌ عَنِ قَرَأٍ﴾ [النساء ٤ : ٢٩] ، مختص بالعقود المتعارفة التي يتقدم فيها الإيجاب على القبول ، لا العكس ، أو أنه مختص بالعقود المنجزة لا المعلقة لأن المنجزة هي المتعارفة والمعلقة غير متعارفة ، التي ادعت هذه الدعوى في باب البيع من المحقق النائيني رحمته في منية الطالب ١ : ٢٥٥ وذكرها عنه السيد الأستاذ رحمته في موسوعته ٣٦ : ٢٢٠ ، كما ذكر الدعوى الأولى وردها الشيخ الأنصاري في المكاسب في البيع في غير لفظ قبلت ورضيت في بحث الإيجاب والقبول المكاسب ٣ : ١٤٠ - ١٥٠ طبع المؤتمر العالمي . ولم يعتن بهذه الدعاوى أحد - غير مدعيها في باب البيع - حتى السيد الأستاذ رحمته حينما ادعى بعض أخذ المطاوعة في القبول اصطلاحاً ، حيث قال السيد الأستاذ رحمته : إن الاستفادة من قوله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وغيره صدق العقد والبيع وربط الالتزام بالالتزام ، وكما هو محقق في صورة تقدم

الإيجاب على القبول، هو محقق في صورة تقدم القبول على الإيجاب، ولا دليل على اعتبار القبول بمعنى المطاوعة [فلا دليل على اعتبار القبول المتعارف، وإنما المعتبر أصل القبول تقدم على الإيجاب أو تأخر]، موسوعة الإمام الخوئي ٣٦: ٢٠٥ و٢٠٨، وقال السيد الأستاذ **أيضاً في العقد الملق من البيع والإجارة** الذي ادعى بعض أنه غير صحيح لأنه غير متعارف، قال: «وهذه الدعوى ممنوعة صغرى وكبرى، أما صغرى... وأما كبرى فلأنه لا دليل على اختصاص أدلة صحة العقود بالمتعارف، بل كل ما يصدق عليه تجارة عن تراض يكون مشمولاً للدليل». الواضح ١٠: ٣٠٦ - ٣٠٧ مسألة ٢٣ [٣٣٥٢]. موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٤٠٢ - ٤٠٣.

وذكر السيد الأستاذ أن أدلة صحة العقود من البيع والنكاح كما تشمل العقود المنجزة تشمل العقود المعلقة، أي كما تشمل العقود المتعارفة تشمل العقود غير المتعارفة على فرض أن التعليق غير متعارف، فقال **ما نصه**: «إن ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن أدلة صحة البيع والنكاح وغيرها من العقود إنما تنصرف إلى العقود المتعارفة والبيع المتأخر عنه الملكية بأيام أو الإجارة كذلك غير متعارف جداً [أي العقود المعلقة غير متعارفة] وهذا هو السر في بطلان التعليق في العقود. ولا يخفى ما فيه صغرى وكبرى، أما الكبرى فلأن العمومات والمطلقات الواردة الأدلة والأخبار لا يعتبر في شمولها إلا صدق الطبيعي عليه، وكونه فرداً من أفرادها، وأما كونه متعارفاً أيضاً فلا». موسوعة الإمام الخوئي ٣٦: ٢٢٠ - ٢٢١. ويكون وجوب الوفاء على نحو ما أنشئ، إن أنشئ معلقاً فمعلق، وإن أنشئ منجزاً فمنجز.

**وعليه**: فلازم ذلك في المقام أن يكون الملاك في الشمول صدق عقد الإجارة أو المضاربة أو البيع وربط الالتزام بالالتزام، سواء كان التمليك فيه للموجود أم لما سيوجد بعد ذلك، والمطلق وهو قوله تعالى: «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» ونحوه قوله تعالى: «**تِجَارَةٌ عَن تَرَاضٍ**» كما هو شامل للفرد المتعارف شامل للفرد غير المتعارف أيضاً، ويكون وجوب الوفاء على نحو ما أنشئ إن فعلاً فللموجود بالفعل، وإلا فللموجود فيما بعد وإن لم يكن موجوداً بالفعل، فلماذا إذن لا دليل على صحة تمليك المعدم؟! نعم، قال إن السيرة غير جارية على ذلك، وقد

٥ يكون صحيحاً في بعض الموارد كمثل البيضة والدجاجة وهو غير متعارف - لا أن السيرة قائمة على عدم - إلا أنه غير صحيح في إجارة الأرض بشيء معلوم من حاصلها، ولا في المضاربة وتمليك شيء من الربح قبل حصوله . على أن الدليل غير منحصر بالسيرة ، بل العمومات والإطلاقات كافية في الصحة ، وشاملة للمتعارف وغير المتعارف .

وثانياً : أن تمليك المعدوم صحيح والدليل عليه سيرة العقلاء القائمة على ذلك في المضاربة التي ليست هي - إن لم يكن التمليك فيها للكلي - إلا تمليك المعدوم بالفعل ، فإن عقد المضاربة ليس من المعاملات التي نشأت من الشارع المقدس ابتداءً ، وإنما هي معاملة عقلانية قد جرت عليها سيرة العقلاء من القدم حتى يومنا هذا غاية الأمر أن الشارع المقدس أقرها وأمضاها ولم يردع عنها ، فتمليك المعدوم معقول وعليه السيرة العقلانية ، وقد اعترف بذلك السيد الأستاذ<sup>(ع)</sup> في المسألة السادسة عشرة [٣٤٧٥] من مسائل المضاربة حيث قال<sup>(ع)</sup> فيها : «والذي يمكن أن يقال في هذا المقام : إن المضاربة ليست من المعاملات الشرعية المحضة ، بحيث يكون الشارع المقدس هو المؤسس لها ابتداءً ، وإنما هي معاملة عقلانية ثابتة ومتعارفة لدى العقلاء قبل التشريع ، وقد أمضاها الشارع المقدس وأقرّ العقلاء على فعلهم» . موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١٧٤ .

وكذا اعترف بذلك في المزارعة حيث قال : «على أن المزارعة من العقود العرفية المعهودة التي يكثر تحققها في الخارج ، بحيث جرت عليها سيرة العقلاء قاطبة ، فضلاً عن سيرة المتشرعة المتصلة بعهد المعصوم<sup>(ع)</sup>» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٢٣٦ ، فما معنى أنه لا دليل عليه «لا من الشرع ولا من العرف» ؟ ! الذي يقوله السيد الأستاذ<sup>(ع)</sup> حسبما نقلنا كلامه المتقدم ، وما معنى «فلا تصح المعاملة عليه لا بالسيرة العقلانية ، ولا بحسب الأدلة الشرعية» ؟ ! وما معنى «إن الذي جرت عليه السيرة العقلانية وقامت على صحته الأدلة الشرعية في العقود المعاوضية ... لزوم كون مورد المبادلة ملكاً فعلياً أو ما في حكم الملك كالأعمال» ؟ ! وما معنى أن ما دل على صحة المضاربة في المقام إنما دل على شيء على خلاف القاعدة ؟ ! بل الأمر بالعكس ، لا أنه لا دليل عليه من الشرع ولا العرف ، ولا أنه لا تصح

المعاملة عليه بالسيرة العقلانية، ولا أن الذي قامت عليه السيرة العقلانية في المعاملات المعاوضية لزوم كون مورد المعاملة ملكاً فعلياً أو في حكم الملك، ولا أن ما دل على صحة المضاربة دال على ما هو خلاف مقتضى القاعدة، بل عليه الدليل وعليه السيرة العقلانية، وما دل على صحة المضاربة دال على ما هو وفق القاعدة.

وثالثاً: أن عدم الدليل على صحة تملك المعدوم على فرض تحققه ووجوده وصحته، متوقف دلالاته في المقام على أن لا يرى العرف الربح الحاصل في المضاربة - خصوصاً مع العلم بتحقيقه جزماً في كثير من المضاربات إن لم يكن في كلها - كالموجود بالفعل.

وهو ممنوع، فإنه مضافاً إلى أن الربح المترقب الحصول لا يرى العرف فرقاً بينه وبين عمل العامل الذي سيوجد بعد شهر أو ستة أشهر أو أقل أو أكثر، أو منفعة الدار التي توجد بعد شهر أو ستة أشهر أو أقل أو أكثر، بل كون الربح في المضاربة كالموجود بالفعل أصدق من عمل العامل أو منفعة الدار، فإنه لو فرضنا أن زيدا استأجر عمراً بعد السنة الرابعة من الآن، لأن عمراً إلى أربعة سنين أجير للغير، فاستأجره زيد في السنة الخامسة لأن يعمل له العمل الفلاني، فعمله هذا كالموجود بالفعل. ولو فرضنا أن بكاراً ضارب خالداً على النصف وتاجر خالد بالمال وانتهى بكر المضاربة بعد سنة أو ستة أشهر أو بعد شهر أو بعد خمسة عشر يوماً، وكان الربح بعد اخراج رأس المال عشرة آلاف دينار، فكون ما ملكه بكر لخالد قبل خمسة عشر يوماً - وهو خمسة آلاف دولار - كالموجود بالفعل أصدق من كون عمل عمرو المذكور كالموجود بالفعل، فلماذا عمل عمرو الذي ملكه لزيد كالموجود بالفعل، وما ملكه بكر لخالد الذي وجد بعد خمسة عشر يوماً مثلاً ليس كالموجود بالفعل؟!!

فعلی فرض عدم الدليل على صحة تملك المعدوم مع ذلك لا بد وأن يقال بصحة المضاربة، لأن التملك فيها تملك لما هو كالموجود بالفعل، فالأدلة الواردة في صحة البيع والإجارة من المبادلة بما هو موجود ومملوك فعلاً غير قاصر الشمول لعمل العامل ولمنفعة الدار، فهي غير قاصرة الشمول لربح المضاربة في المقام أيضاً، وكونه - أي الربح - أيضاً بحكم الموجود أو من شؤون المال، كما أن المنفعة من شؤون العين.

﴿ ورابعاً: على فرض النزول عن الأجوبة السابقة ، فصحة ما ذكره السيد الأستاذ رحمته متوقف على أن لا يكون للمالك سلطة على تملك شيء من الربح للعامل ، وأما إذا كانت له سلطة على ذلك فهو كتمليك الكلي الذي قيل بصحة تملكه في المعاملة مع عدم وجوده فعلاً وإنما يوجد فيما بعد ، وقالوا بما أن للمالك سلطة على تملكه فيصح ، ويكون الكلي المعدوم بالفعل في قوة الموجود ، فالربح في المضاربة التي يملك المالك فيها شيئاً من كلي الربح الحاصل كذلك أيضاً للمالك في المضاربة سلطة على ذلك ، فهو - أي الربح - وإن كان معدوماً إلا أنه في قوة الموجود لسلطنة المالك على ذلك ، كما في سلطة البائع في بيع الكلي الذي لا وجود له عنده فعلاً وإنما يوجد فيما بعد ، وكما يمكن أن لا يجد من له السلطنة على التملك ما باعه في ذمته ليسلمه إلى المشتري يمكن أن لا يحصل الربح في المضاربة ، وكما ليس معنى الأول عدم سلطة البائع على التملك ليس معنى الثاني عدم سلطة المالك على التملك .

وخامساً: على فرض عدم صحة الأجوبة الأربعة ، أي عدم الدليل على صحة تملك المعدوم ، وعدم كون الربح في المضاربة كالموجود بالفعل ، وعدم سلطة المالك على التملك للربح حتى في الكلي .

نقول: إن كثيراً من القواعد نرى أنهم يقولون أنها متصيدة مما ورد في موارد متفرقة كما في قاعدة من «أتلف مال الغير فهو له ضامن» التي هي عبارة متصيدة من الأخبار كما يقوله السيد الأستاذ رحمته في بحث الإجارة ، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ١٦٩ وغيرها وغيره ، فلماذا صحة تملك المعدوم بعد وضوح معقوليته كما عرفت لا تكون متصيدة مما دل عليها في موارد متفرقة وما أكثرها؟! فإنه يكفيها ما ورد في المضاربة والمزارعة والمساقاة وبيع الثمار مع السنين أو مع الضميمة وغيرها .

ثم إن الذي يترجح أن منفعة الدار في الإجارة أو عمل العامل فيها الذي يقال بصحة الإجارة عليهما هما في الواقع معدومان حال الإجارة ، وإنما يوجدان بعد ذلك ، ومع ذلك صحت الإجارة عليها لصحة تملك المعدوم ليس إلا ، وإلا فدعوى كون المنفعة أو عمل العامل في قوة الموجود بالفعل هروب في الحقيقة عن واقع الأمر ، وتأويل جزماً لا يلتزمون

﴿بلوازمه، ومن أحد لوازمه وجوب الحج على العامل، لأنه على هذا مالك لما يحج به، لأن عمله المملوك له في قوة الموجود وعمله مال، وليس أنه في حكم الموجود في بعض الموارد دون غيرها، فهو ممن يستطيع الحج، وعدم وجوب الحج عليه قول واحد لا يختلف فيه اثنان، فهذا كاشف عن عدم وجود عمله، فلا يوجد عنده ما يحج به لعدم وجود مال عنده لعدم وجود عمله، وإنما يوجد بعد ذلك، ولا يجب عليه تحصيل الاستطاعة أو المال ليحج به، وإنما يجب عليه الحج لو كان مالكا للاستطاعة أي متمكنا من الحج وهو غير مالك أي غير متمكن .

**والمحتصل من جميع ما تقدم: أولاً:** ليس مقتضى القاعدة في المقام البطلان، لأن كون الربح مشتركاً فيه بين المالك والعامل ليس خلاف قانون تبعية الربح لأصل المال، لأن قانون تبعية الربح لأصل المال ليس جارياً في المضاربة والمزارعة والمساقاة بعد جريان سيرة العقلاء على كون الربح غير تابع لأصل المال، وإنما هو بين المالك والعامل أو الساقى أو الزارع .  
**وثانياً:** على فرض التنزل عن ذلك والقول بتبعية الربح لأصل المال حتى في المضاربة وأختيتها فما يقوله السيد الحكيم رحمته من أنه لا مانع من الالتزام بانتقال جميع الربح للمالك أنا ما ثم ينتقل مقدار منه إلى العامل، فليس فيه خلاف للتبعية، وليس ذلك من تملك المعدوم حال عقد المضاربة وإنما هو تملك فيما بعد وحينما يصبح المالك مالكا، على أن تملك المعدوم توضح أنه لا مانع منه، لإمكانه وقوعه وعدم الدليل على عدم صحته، بل الدليل قائم على صحته على عرف .

**ثم إن ما التزم به السيد الأستاذ رحمته من أنه ليس في المضاربة تملك لامن العامل ولا من المالك كما تقدم منه ذلك في عدم اعتبار السفه من العامل وجواز كون العامل سفهياً، ويأتي أيضاً في المسألة ٥ [٣٣٩٤] أن ليس في المضاربة إلا إذن المالك بالاتجار بالمال من قبل العامل، وإلا التزام المالك بجعل مقدار من الربح للعامل قال: «ومقتضى الثاني نحو التزام من المالك بشيء» وليس فيه أي تملك حتى يقال إنه من تملك المعدوم؟! وهذا يعتبر جواباً سادساً لدعوى كون شرعية المضاربة على خلاف الأصل، لأن فيها تملك المعدوم إذ بمقتضى**

- على كلا التقديرين<sup>(١)</sup> - إلى دليل خاص بعد عدم شمول أدلة نفوذ التجارة والوفاء بالعقد للمقام ، ينبغي ومن هنا لم يستشكل أحد بفساد المضاربة لو كان ربح العامل من غير مال المضاربة ، بل لا الشك في ذلك ، سواء كان الربح داخلياً في ملك العامل ابتداءً أم بعد دخوله في ملك المالك ، وإنما تختص الصحة بما إذا جعل للعامل ربح مما يتجر به<sup>(٢)</sup> وذلك لأن الحكم بالصحة في باب المضاربة والمساقاة والمزارعة إنما هو لدليل خاص ، وإلا فالقاعدة تقتضي البطلان كما ذكرناه في غير مورد ، منها : مسألة إجارة الأرض بما يحصل من نفس الأرض ، وتقدم ذلك في باب الإجارة<sup>(٣)</sup> ، فلا يصح التمسك بالعمومات لجواز المضاربة فيما إذا كان رأس المال فيها منفعة أو ديناً ، والأدلة الخاصة لم تدل على الصحة فيهما ، وإنما دلت على الصحة فيما إذا كان رأس المال عيناً درهماً أو ديناراً .

« ما يقوله ﷺ ليس في المضاربة إلا إذن المالك بالتجار بالمال من قبل العامل وإلا التزام المالك بجعل مقدار من الربح للعامل . وليس المضاربة كالأجارة فيها تمليك حتى يقال إن التمليك فيها للمعدوم لا للموجود لأنها سالبة بانتفاء الموضوع .

(١) أي على تقدير انتقال مقدار من الربح إلى العامل ، وعلى تقدير الانتقال إليه من المالك .  
(٢) أقول : وهو هنا ممكن على نحو تمليك الكلي ، حتى وإن لم يكن مالاً له بالفعل بغض النظر عن صحة تمليك المعدوم الشخصي .

نعم ، قد يقال : إن هذا الكلي قد لا يكون موجوداً ، إذ قد لا ربح في التجارة ، فكيف يكون موجوداً في الذمة .

وفيه : أن المراد من الموجود في الذمة هو التعهد من صاحب الذمة الذي يكون ملزماً به لاشيء آخر ، ومن المعلوم وضح صحة تعهد أمر قطعي الحصول ، كوضوح تعهد أمر غير قطعي الحصول على تقدير حصوله كما في الجعالة .

(٣) في الواضح ١٠ : ٢٢٣ - ٢٢٤ فصل في مسائل متفرقة بعد المسألة ١٢ [٣٣٢٩] ، وفي موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٣٣٥ - ٣٣٨ .

على أن في خصوص المضاربة اشكالاً آخر، وهو أنه لا شك في عدم انحصار التجارة في باب المضاربة بالتجارة الواحدة، فقد تكون التجارة متعددة ويربح في جميعها أو في بعضها، سواء خسر في البعض الآخر أم لم يربح فقط، ولا شك في أن مقتضى عقد المضاربة بعد التجارة الثانية إخراج رأس المال في التجارة الأولى وتقسيم الربح بين المالك والعامل بنسبة النصف مثلاً، فلو فرض أن أصل المال عشرة دنانير، فربح في التجارة الأولى عشرة دنانير، وفي التجارة الثانية عشرين ديناراً، فمقتضى عقد المضاربة إخراج عشرة دنانير التي هي رأس المال، وتقسيم الباقي بين المالك والعامل بالنصف كما هو المفروض، فيأخذ كل منهما خمسة عشر ديناراً، وهذا على خلاف ما تقتضيه القاعدة أيضاً، وذلك لأنه في التجارة الأولى كما أن المالك ربح خمسة دنانير ربح العامل خمسة دنانير أيضاً، ففي التجارة الثانية التي ربحت عشرين ديناراً مقتضى القاعدة أن خمسة منها قبال الخمسة التي يملكها العامل، وخمسة عشر في قبال ما يملكه المالك، فإذا كان العامل مشاركاً للمالك في الربح فمعناه أنه مشارك له في الخمسة عشر، سبعة ونصف للعامل وسبعة ونصف للمالك، فيحصل العامل بمقتضى القاعدة على سبعة عشر ونصف<sup>(١)</sup>، مع أنه لا

(١) أي قاعدة هذه التي تقتضي أن يأخذ العامل سبعة عشر ونصف، فإن القاعدة التي يقول بها السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> هي البطلان، لأن جعل مقدار من الربح للعامل خلاف قاعدة تبعية الربح لأصل المال، ومقتضى ذلك أن لا يكون للعامل أي شيء من الربح، وإن جعل المالك له نصف الربح، فإن صحة ذلك غير ممكنة، لأنه خلاف الأصل، أي خلاف قانون تبعية الربح لأصل المال، فمقتضى القاعدة عند السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> هي البطلان والفساد كما تقدم حيث قال: «لأن مقتضى القاعدة في المقام البطلان لقانون تبعية المنافع للأصل، فكونها مشتركة بين المالك وشخص آخر خلاف قانون المعاوضة»، فكيف صار مقتضى القاعدة أن يكون للعامل في التجارة الأولى خمسة، وفي التجارة الثانية عشرة، ويشارك المالك في الخمسة عشر التي حصل عليها المالك في المعاملة الثانية، حتى يكون للعامل سبعة عشر ونصف؟!

﴿ وأما مقتضى عقد المضاربة - الذي دل الدليل على صحته على خلاف القاعدة القاضية بالبطان والفساد عنده - كما هو واضح من الارتكاز عند الجميع كون جميع رأس المال والريح الحاصل بالمعاملة الأولى رأس مال للتجارة الثانية ، وكذا الثانية مع أرباحها للثالثة ، وهكذا إلى أن يصل الأمر إلى التصفية ، فيخرج رأس المال ثم يقسم الريح على حسب ما جعل ، فإن كان المجعول للعامل النصف فله نصف الربح ، ولم يجعل المالك للعامل في كلِّ تجارة تجارة النصف ، ولذا تجبر الخسارة به سواء كانت حاصلة قبل الريح أم بعده ، بل هو وقاية لرأس المال . ومن هنا يعدُّ العامل مختلساً لو أخذ نصف الريح في التجارة الأولى بعنوان انه ماله ، من دون علم المالك ولا إذنه ، ويؤكد ذلك ما قاله السيد الأستاذ رحمته .

فانه قال السيد الأستاذ رحمته في المسألة الخامسة والثلاثين [٣٤٢٤] موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٧٩ : وبعبارة أخرى : أنَّ العبرة في الريح في المضاربة بحسب الارتكاز بينهما إنما هي بالريح في مجموع المعاملات ... وعليه فأصل هذا الإشكال ادعاؤه اقتضاء القاعدة هنا شيئاً خلاف ما ادعاه من اقتضاءها فساد المضاربة وبطالانها وتبعية الربح لأصل المال أصل هذا الإشكال لا أساس له .

على أنك قد عرفت أن المضاربة - وأختها - معاملات عقلانية قبل التشريع وأمضاها الشارع ، ومعنى ذلك أن ما ادعي من قبل السيد الأستاذ رحمته من أنها خلاف القاعدة من هذه الجهة أيضاً غير صحيح .

وبعبارة أخرى : أن القاعدة عند السيد الأستاذ رحمته إما البطان كما كان هو مختاره حسبما عرفت ، وإما أن يكون مقتضاها هو الصحة كما هو الصحيح على ما عرفت من أنه هو مقتضى كون صحة المضاربة مما قامت عليه سيرة العقلاء منذ القدم وقبل التشريع ، والشارع المقدس لا أنه لم يردع عنها فقط بل أمضاها . وقد اعترف السيد الأستاذ رحمته بذلك أيضاً على ما عرفت من عبارته المنقولة عنه المتقدمة ، وليس هنا عندنا مقتضى قاعدة غيرهما ، فكيف صار مقتضى القاعدة ربح العامل في المعاملة الأولى خمسة وفي الثانية تريح خمسته خمسة أخرى ، ويشارك المالك في الخمسة عشر التي ربحها ويأخذ منها سبعة ونصفاً ، فتكون حصته سبعة

يأخذ بمقتضى عقد المضاربة إلا خمسة عشر ، ومعنى ذلك أن العامل كما يأخذ من المالك نصف الربح بازاء عمله يأخذ المالك نصف الربح من العامل أيضاً ، وهو على خلاف مقتضى القاعدة ، لأن المفروض أن المالك لم يعمل شيئاً ، فبأي مناسبة يأخذ نصف ربح العامل !  
وعليه ، فلو كنا نحن ولم يكن دليل على جواز المضاربة وعلى التقسيم بالنحو المتقدم ، لكان الحكم بالبطلان مما لا بد منه .

إلا أن الروايات الخاصة دلت على صحة المضاربة كما دلت على صحة المزارعة والمساقاة أيضاً ، فلا بد من الالتزام بذلك ، وحينئذٍ فالمتبع هو خصوص المستفاد من الأدلة ، وأما ما لم يكن مستفاداً أو شك في استفادته منها فلا بد من الحكم فيه بالبطلان ، بعد أن عرفت عدم شمول الإطلاقات والعمومات لهذه المعاملات التي يكون الالتزام فيها خلاف مقتضى القاعدة .

وعليه فلا بد من النظر إلى الروايات .

أما بالنسبة إلى الدين فقد دلت معتبرة السكوني - على اعتبار أن لا يكون مال المضاربة ديناً - عن أبي عبدالله عليه السلام قال « قال أمير المؤمنين عليه السلام : في رجل له على رجل مال فيتقاضاه ولا يكون

عشر ونصفاً ؟ ! بل إما أن يحكم ببطلان ذلك مضاربة الذي هو مقتضى ما اختاره - لولا روايات المضاربة - وعدم استحقاق العامل أي شيء من الربح - وإما أن يحكم بصحة ذلك مضاربة كما هو مقتضى كون المضاربة مما قامت عليها سيرة العقلاء وأمضاها الشارع ، حتى لو لم تكن روايات المضاربة موجودة ، ويكون على هذا حصة العامل في المثال الذي ذكره عليه السلام ليس إلا خمسة عشر . ولا تكون حصته سبعة عشر ونصفاً على كل تقدير .

ومن هنا يتضح أن ما ذكر في الفقه المعاصر ٤ : ٣٤٢ - ٣٤٣ من قبوله لما ذكره السيد الأستاذ عليه السلام من الإشكال الآخر على كون المضاربة على القاعدة ، وقوله في ذيل ذلك : « ومن هنا فلو كنا نحن والقاعدة ، ولم يكن هناك دليل على الصحة ، لالتزامنا بفساد المضاربة بقول مطلق » في غير محلّه جداً ، وخصوصاً بعد وضوح إمكان تمليك المعدوم ، وعدم الدليل على عدم صحته ، بل للدليل على صحته كما عرفت .

عنده ، فيقول : هو عندك مضاربة . قال : لا يصلح حتى يقبضه منه»<sup>(١)</sup> فما لم يقبض ولم يكن عيناً لا يكون فيه مضاربة<sup>(٢)</sup> . على أنه لا يستفاد من روايات المضاربة المعبرة بكلمة «يعطي» الشمول

(١) الوسائل ج ١٩ : ٢٣ باب ٥ من أبواب المضاربة ح ١ .

(٢) أقول : مورد المعتبرة الدين الذي لا يكون عند المدين ، ومحل الكلام هو الدين الذي يكون عند المدين فيقول له : هو عندك مضاربة . والمستفاد من قول الدائن ذلك التوكيل في قبض الدين ، فيتعين بعد ذلك كونه مال المضاربة ، كما لو كان عنده أمانة أو غصباً فكان حاضراً في أن يرده على المالك ، فقال له المالك اجعله مضاربة ، فكما يصح في هذين أي الأمانة والغصب كما سيأتي - في المسألة الأولى ، الرقم العام [٣٣٩٠] موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٢٤ - ويقول به السيد الاستاذ أيضاً ، يصح في المقام أيضاً ، لكن لا حاجة فيهما إلى التوكيل في القبض لأنهما مشخصان ، بخلاف الدين فإنه ما لم يقبض لا يكون مشخصاً ولا تبرأ ذمة الدائن منه إلا بالقبض ولو توكيلاً ، وقوله عليه السلام : «حتى يقبضه منه» لا يختص بالقبض بالمباشرة كما هو واضح ، فهو كما لو كان عند العامل عروضاً للمالك فقال له المالك : به وخذ ثمنه قراضاً ، فإنه قال السيد الأستاذ عليه السلام كما سيأتي - في الأمر الثاني من الأمور المعتبرة في المضاربة موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١٢ - بأنه لا مانع منه ، لأن ذلك في الحقيقة توكيل للعامل في البيع وجعل الثمن قراضاً ، وعليه فبمقتضى وكالته عن المالك يكون موجباً ، وبمقتضى أصالته عن نفسه يكون قابلاً ، فنتحقق المضاربة بالمعاطاة .

نعم ، لو لم يكن الدين عند المدين أو لم يوكله في قبضه فلا تصح فيه المضاربة ، لا لأن ركنها مال المالك وليس هنا مال للمالك وقع عليه عقد المضاربة كما قيل ، بدعوى أن الدين ما لم يقبض لا يتشخص ، إذ لا فرق في المال بين أن يكون عينياً خارجياً أو ذمياً ، فإن على كل منهما يصدق المال عرفاً وشرعاً ، ولذا يصح بيع الدين والاتجار به ، فلذا لا يمنع عقلاً من أن يضارب به ، فلا يمنع كونه ديناً من أن يكون رأس مال للتجارة في المضاربة ، إلا أن معتبرة السكوني دلت على المنع منه ما لم يقبض . ودعوى أنه قد يكون المراد منها أن الدائن يريد أن

لمثل الدين ، إذ به لا يصلح أن يقال أعطى<sup>(١)</sup> . ولا أقل من الشك في ذلك<sup>(٢)</sup> ومقتضى الأصل كما

﴿ يجعل دينه عند المدين بنحو المضاربة ، بحيث يبقى مضموناً ويكون للدائن حصة من الربح ، والذي هو باطل في المضاربة وفيه تطرق الربا ، أو أنها لعلها ناظرة إلى عدم صحة جعل الدين مضاربة بنحو يكون للدائن الربح مع كون ماله مضموناً لا تلحقه خسارة ، كما ذكر كل ذلك في بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٤٥ - ٤٦ . كلها احتمالات موهونة لا ترفع ظهور المعبرة ، بل صراحتها في عدم صحة جعل الدين ما لم يقبض ويتشخص مضاربة . والنتيجة عدم صحة المضاربة بالدين ما لم يقبض أو يوكل في قبضه ، ومن هنا أيضاً يتضح لك ما قاله بعض الفقهاء (حفظهم الله) حيث قال : «أما بالنسبة إلى الدين فأيضاً إن أدلة المضاربة دلت على إعطاء المال ، وهو ظاهر في دفع العين ، فلا تشمل الدين الذي لم يكن فيه إعطاء ، بالإضافة إلى معتبرة السكوني عن الإمام الصادق عليه السلام التي تبطل المضاربة بالدين ، فقد قال الإمام الصادق عليه السلام : «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» الفقه المعاصر ٤ : ٣٤٥ ، فإن معتبرة السكوني في الدين الذي ليس عنده لا في الدين الذي عنده ، فإنه في الدين الذي عنده يكون قوله ذلك توكيلاً في القبض والمضاربة بعد القبض بمقتضى دلالة الاقتضاء ، وأما ما ذكره أولاً من أن أدلة المضاربة دلت على إعطاء المال وهو ظاهر في دفع العين فلا تشمل الدين ، فيتضح لك ما فيه من التعليق الآتية .

(١) أقول : هو في كلام السائل لا في كلام الإمام عليه السلام ، على أن الغالب في المضاربة هو ذلك ، فلا يكون للتعبير بالإعطاء خصوصية جزماً ، وليس هو إلا كالتعبير بالرجل ، أفيحتمل أن تكون له خصوصية فلا تصح مضاربة المرأة ؟ ! على أنه لا يعتبر الإعطاء في المضاربة كما سيأتي - في الأمر الثامن من الأمور المعبرة في المضاربة موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١٧ - بل المعتبر فيها أن تكون يد العامل في المال مسترسلة ، لا الإعطاء له ، بل قد لا يأمن المالك على ماله بالإعطاء له .

(٢) أقول : بل لا شك في ذلك لجملة من الصحاح المعبرة بالمال ، الصادق على الدين والمنفعة

ذكرنا الفساد .

وأما بالنسبة إلى المنفعة : كما إذا قال خذ سكني داري هذه مضاربة ، فالمشهور والمعروف بينهم عدم جواز أن يكون مال المضاربة منفعة أيضاً<sup>(١)</sup> .

ولكن قد يقال : إن المال المذكور في روايات المضاربة ، سيما ما ورد في الوصية على الأولاد والمضاربة بمالهم<sup>(٢)</sup> كما أنه شامل للأعيان شامل للمنافع أيضاً ، ويصح أن يقال في كل

﴿ كصدقه على العين ، ففي صحيحة الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة...» الوسائل ج ١٩ : ٢٣ باب ١ من أبواب المضاربة ح ٥ . والإعطاء ليس قرينة على عدم شمول ذلك للدين كما تقدّم ، على أن بعض المعتبرات مطلقة ، كقوله عليه السلام في صحيحة أبي الصباح الكناني : «الرجل يعمل بالمال مضاربة» الوسائل ج ١٩ : ١٦ باب ١ من أبواب المضاربة ح ٣ .

وكذا في صحيحة الحلبي الأخرى ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال : «في المال الذي يعمل به مضاربة...» الوسائل ج ١٩ : ١٧ باب ١ من أبواب المضاربة ح ٧ ، وكذا جملة من الروايات ، هذا مع غض النظر عن العمومات الدالة على الصحة مطلقاً كقوله : «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه ، التي ادعي عدم شمولها للمضاربة لأنها على خلاف القاعدة ، ولكن قد عرفت الإشكال في كونها على خلاف القاعدة ، فالاستدلال بالعمومات أيضاً لا مانع منه .

(١) بل ذكر صاحب الجواهر وغيره الإجماع على ذلك حيث قال : «ومن شرطه [أي مال المضاربة أو القراض] أن يكون عيناً فلا يجوز بالدين ، وأن يكون دراهم أو دنانير [أي أن لا يكون منفعة] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل الإجماع بقسميه عليه» الجواهر ٢٦ : ٣٥٦ . ونحوه في التذكرة ١٧ : ٢٥ ، وجامع المقاصد ٨ : ٦٦ ، والمسالك ٤ : ٣٥٥ ، ومجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٢٤٩ .

(٢) كما في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام : «أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال ، وأن يكون الربح بينه وبينهم ، فقال : لا

منهما: أعطى المال مضاربة، وليس هنا أي دليل على عدم الجواز، وإن ورد الدليل على عدم الجواز في الدين .

وفيه : أن الظاهر من روايات المضاربة أن المالك يعطي أصل المال للعامل ليكون محفوظاً ، وتكون الشركة في الربح ، وعليه فلا بد وأن يكون مال المضاربة مالا قابلاً للبقاء والاسترباح به<sup>(١)</sup> وهو إنما يتصور في الأعيان الخارجية<sup>(٢)</sup> لا المنافع لأنها غير قابلة للبقاء ، لأنها تلتف بنفسها لو لم تستوف ، وكل ما استوفى منها فهو ربح<sup>(٣)</sup> لا أن أصله يحفظ والزائد يكون ربحاً ، ومن هنا ذكروا

«بأس به من أجل أن أباهم قد أذن له في ذلك وهو حي» الوسائل ج ١٩ : ٤٢٧ باب ٩٢ من أبواب الوصايا ح ١ .

(١) أقول : لا المنفعة ولا الفلوس والأوراق النقدية ، بل ولا الدنانير الذهبية والدراهم الفضية تبقى محفوظة وتكون الشركة في الربح ، ولذا لا يصح وقف الفلوس إذ لا يصدق عليها تحييس الأصل وإسبال المنفعة ، والذي يكون محفوظاً إنما هو مالية المال وهي قيمته ، وهي كما تكون محفوظة فيما إذا كان رأس المال دنانير ذهبية ، كذلك تكون محفوظة لو كان رأس المال فلوساً أو منفعة ، وبهذا يتضح لك ضعف ما قاله بعض الفقهاء (حفظه الله) - تبعاً للسيد الأستاذ السيد الخوئي<sup>رحمته</sup> - أيضاً حيث قال : إن نصوص المضاربة يظهر منها أن موضوعها هو إعطاء المالك للعامل كي يعمل به على أن يكون رأس المال محفوظاً والربح بينهما حسبما يتفقان عليه ، وهذا لا ينطبق على المنفعة حيث إنها غير قابلة للبقاء نظراً إلى أنها تلتف بنفسها ، وحينئذٍ فكل ما يكون في قبالة المنفعة يكون بأجمعه ربحاً» الفقه المعاصر ٤ : ٣٤٥ .

(٢) أقول : إذا كان ذلك متصوراً في الأعيان الخارجية فلماذا يمنع السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> من أن يكون رأس المال عروضاً كما يأتي في الشرط الثاني . وتخصيص الجواز ببعض الأعيان الخارجية كما يأتي من السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> بعد ذلك فدليله عليه غير واضح .

(٣) أقول : هذا الربح له مالية أم لا ؟ لا يمكن أن يقال إنه لا مالية له ، فإذا كانت له مالية فما المانع من أن تقاس ماليته إلى دينار الذهب أو درهم الفضة ، فيعلم مقدارها ويكون الاسترباح

والتجارة والضرب بالأرض بها، وتلف نفس المنفعة مع الاستيفاء كتلف نفس الدنانير الذهبية بالانتجار بها، فإنها لا تبقى هي، وإنما الباقي مالتها وقيمتها، فإن كان هنا زيادة فهو ربح، فمثلاً في المثال المذكور وهو ما إذا قال: خذ منعة داري المحددة بمنفعة سنة من الآن مضاربة، وسلمها إليه بتسليم الدار، فمنفعة الدار السوقية هي رأس المال، فلو فرض أن المنفعة السوقية للدار مدة سنة تسوى عشرة دنانير ذهبية وأجرها بذلك، فعشرة دنانير ذهبية رأس مال المضاربة، ولو كان معادلها بحسب الأوراق النقدية عشرة آلاف دولار، فكما لو أعطاه عشرة آلاف دولار مضاربة - على ما سيأتي الكلام فيما إذا أعطاه رأس مال للتجارة من الأوراق النقدية الاعتبارية والفلوس المتعارفة في زماننا - فلو ضرب في الأرض وتاجر بهذا رأس المال، فاشترى وباع وربح، وفي نهاية المضاربة أي متى ما فسخ المالك أو العامل المضاربة حيث إنها من العقود الاذنية، يخرج رأس المال وهو عشرة دنانير ذهبية أو ما يعادلها من الأوراق النقدية الاعتبارية ويقسم الباقي وهو الربح بينهما.

وليس المراد من كون رأس المال منفعة هو أن يؤجر العامل الدار سنة فقط، فان هذا ليس هو المضاربة، وإنما هذا هو رأس المال، ولذا يخرج عند التقسيم أولاً ثم يقسم الربح الحاصل.

وعلى هذا فما المانع من أن يكون رأس المال منفعة؟

وأما تلف المنفعة شيئاً فشيئاً حينما لا تؤجر فلا يكون هذا مانعاً من الانتجار بها، فإنه هي كما لو تلفت الأموال النقدية المعطاة مضاربة بسرقة سارق، فإن هذا لا يمنع من أن نقول بصحة المضاربة إذا كان رأس المال نقداً، ولا ملازمة بين عدم الاستيفاء والتلف، فربما لا يستوفي منفعة داره ولكن يسكن فيها هو فلا تلتف المنفعة. أو حينما لا يؤجر نفسه للكتابة، فالكتابة لا تلتف، بل يمكن أن يستوفيهما هو في كتابته المتراكمة، وهكذا وهكذا، فلا ملازمة بين عدم الاستيفاء للمنفعة والتلف، فلا يكون ذلك مانعاً من المضاربة بها كما لا مانع من المضاربة بالنقد، وإن أمكن أن يسرق بعض الأحيان.

ويمكن أيضاً أن يعطى العامل في المضاربة منفعة الدار لمدة سنة التي تسوى عشرة دنانير

في باب الخمس أن الخمس كما يتعلق بالاعيان يتعلق بالمنافع أيضاً لأنها ربح أيضاً، لأن المنفعة بنفسها تتلف وغير قابلة للبقاء، فلو لم يؤجر داره تتلف المنفعة فلا ينتفع بها المالك بشيء، وكذا العامل لو لم يعمل لا تبقى منفعته بل تتلف، لأنه ليس لها بقاء خارجاً، فما يؤخذ بإزائها جميعه ربح، وموضوع الروايات أن يكون المال باقياً ومحفوظاً ويكون الاشتراك<sup>(١)</sup> في الربح وهو إنما يتصور في الأعيان فما ذكره المشهور من عدم جواز أن يكون مال المضاربة منفعة هو

ذهبية - والتي تعادل في وقتها عشرة آلاف دولار - يعطيها لآخر صلحاً أو نحوه في مقابل عروضاً قيمته اثنا عشر ديناراً ذهبياً، فيكون قد ربح في نفس المعاملة الأولى أيضاً، ثم يتابع تجارته إلى أن تتم المضاربة، فيخرج رأس المال الذي ماليته عشرة دنانير ذهبية أو ما يعادلها - لا اثنا عشر ديناراً، لأن الاثنان منه ربح لما استلمه من المنفعة التي تسوى عشرة دنانير وصالح به - ثم يقسم الربح بينهما بحسب النسبة المعينة .

(١) أولاً توضح من التعليقة السابقة : أن دعوى أنه لو لم يؤجر داره فتتلف المنفعة فلا ينتفع بها ليس صحيحاً على إطلاقه، لأنه في كثير من الأحيان يستوفيهما هو بأن يبقى جالساً في الدار ومستفيداً منها ومن مرافقها الحيوية، وكذا العامل لو لم يؤجر نفسه فيستفيد هو من عمله فيستوفيه بأكمل وجه في أكثر الأحيان أو كلها ولا تذهب منفعة وتتلف ولا تذهب منفعة الدار وتتلف .

وثانياً : وهو الذي نقوله هنا أنه إذا كان بناء المضاربة، والظاهر من رواياتها أن يكون المال باقياً ومحفوظاً ويكون الاشتراك بالربح، فمعنى ذلك صحة اشتراط المالك أن يكون ماله مضموناً وخصوصاً في الدين الذي يوكل فيه المالك العامل في قبضه والمضاربة به . وبعبارة أخرى : معنى ذلك أن روايات المضاربة دالة على اشتغال ذمة العامل بمال المضاربة، فلماذا إذن يقال إن اشتراط أن تكون الخسارة لرأس المال على العامل يوجب بطلان المضاربة ؟ ! وليس هكذا شرط صحيحاً، لأنه على خلاف مقتضى عقد المضاربة . ومعنى ذلك أيضاً أنه لو خسرت المضاربة فبما أن مال المضاربة لم يبق محفوظاً فتكون المضاربة باطلة ؟ ! وهل يمكن التفوه بذلك .

الأحوط<sup>(١)</sup>.

(١) أقول: لكن لا وجوباً كما يراه السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> بل استحباباً، لما عرفت من ضعف المناقشة المذكورة، فما دل من الروايات التي أشرنا إليها سابقاً كصحيحتي الحلبي وصحيحه الكتاني وغيرها سيما ما ذكره السيد الاستاذ مّا ورد في الوصية على الأولاد والمضاربة بمالهم كما في صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله<sup>عليه السلام</sup> «أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم، وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، وأن يكون الرجح بينه وبينهم، فقال: لا بأس به من أجل أن أباهم قد أذن له في ذلك وهو حي» (الوسائل ج ١٩: ٤٢٧ باب ٩٢ من أبواب الوصايا ح ١، (والصحيح في السند بدل الحسن بن علي بن يونس، الحسن بن علي بن يوسف، ولا وجود لابن يونس) فإن المال المذكور في هذه الروايات لا اشكال في شموله للمنافع كشموله للأعيان، من دون أي فرق بينهما، ولم يرد في المنافع منع من المضاربة بها كما ورد في الدين. فلا مانع من المضاربة بها دون الدين إن لم يمنع من ذلك مانع آخر. - هذا كله مع غض النظر عن العمومات التي يدعى عدم شمولها للمضاربة لأنها على خلاف القاعدة - ولعله لذلك احتاط السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> احتياطاً وجوبياً ولم يفت بعدم جواز جعل رأس المال منفعة كما أن الاحتياط الوجوبي هو الموجود في الطبعة الأخيرة من تعليقه<sup>رحمته</sup> على العروة أيضاً، ولو كان عدم ابقاء المنفعة وتلفها شيئاً فشيئاً هو المنشأ للمنع من كون رأس المال منفعة لكان ذلك يقتضي صحة المضاربة بالعروض، لأنه قابل للبقاء ولا يتلف بنفسه كالمنفعة كما ادعاه<sup>رحمته</sup>، والحال إنه افتى<sup>رحمته</sup> بعدم صحة المضاربة فيما إذا كان رأس المال عروضاً كما سيأتي.

نعم، ادعى جماعة من الأصحاب على ما نقلناه عنهم في أول البحث عن جواز جعل رأس المال منفعة أو ديناً الإجماع على اعتبار أن يكون رأس المال عيناً دراهاً ودنانير، ومعنى ذلك دعواهم الإجماع على اعتبار أن لا يكون رأس المال في المضاربة منفعة، منهم العلامة في التذكرة والمحقق الكركي في جامع المقاصد والشهيد الثاني في المسالك والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان وصاحب الجواهر على ما تقدم مع تخريج المصادر، فإن تم هكذا

الثاني : أن يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكة المعاملة ، بأن يكون درهماً أو ديناراً . فلا تصح بالفلوس ، ولا بالعروض ، بلا خلاف بينهم ، وإن لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع . نعم ، تأمل فيه بعضهم<sup>(١)</sup> وهو في محله ، لشمول العمومات ، إلا أن يتحقق الإجماع وليس ببعيد ، فلا يترك الاحتياط .

هذا إن لم نقل بعدم جواز المضاربة إلا بالاثمان المتمحضة بالمالية ، وأما بناءً على القول به كما نقول به في الشرط الثاني الآتي من شروط المضاربة فعدم صحتها بغير المال المتمحض بالمالية - أي عدم صحتها بالمنفعة - مما لا إشكال فيه ولا ريب .

(١) ذكر الماتن رحمته أنه يعتبر في المضاربة أن يكون المال المدفوع للعامل للاتجار به من الدنانير الذهبية أو الدراهم الفضية ، فلا تصح المضاربة بغيرهما سواء أكان من النقود المتمحضة بالمالية كأموال وغيرها من الأوراق النقدية الدارجة في زماننا الصادرة بموجب القانون ، أم كان من العروض كالحنطة والشعير والفرش وغيرها من الأموال الخارجية . والدليل عليه ما أشار إليه في المتن إنما هو الإجماع المدعى في كلمات جماعة حيث قالوا إن الحكم متسالم عليه ومورد

الإجماع وكان تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام كما يراه صاحب الجواهر رحمته كان مانعاً من شمول الأدلة المتقدمة لجواز كون رأس المال في المضاربة منفعة ، وإلا ، أي وإن لم يتم فلا يكون مانعاً من الشمول كما هو كذلك غير تام جزءاً أولاً : لأنه إجماع منقول ، وثانياً : أنه لو لم يكن منقولاً فأيضاً لا حجية فيه جزءاً ، لخلو كلام عدة من القدماء عن هذا الشرط ، وثالثاً : سيأتي أن الأصل في هذا الإجماع هو كلام القاضي ابن البراج في الجواهر ، وهو على قيام الإجماع على الصحة مع كون رأس المال دراهم أو دنانير لا على عدم الصحة حينما لا يكون رأس المال كذلك ، وبينهما بون بعيد ، ورابعاً : أن كلامه هو عدم الخلاف في صحة المضاربة مع كون رأس المال دنانير ذهبية أو دراهم فضية ، وليس الأمر كذلك إذا لم يكن رأس المال كذلك . وعدم الخلاف يصدق مع عدم تعرض كثير منهم للمسألة أو سكوته وتوقفه ، وبينه وبين الإجماع بون بعيد آخر .

وعليه فلم يمنع من المضاربة التي يكون رأس المال فيها منفعة أي مانع ، لصديق المال عليها كما يصدق على الأوراق النقدية المتعارفة في زماننا .

للإجماع<sup>(١)</sup> وهو الدليل على ذلك . وناقش في ذلك صاحب الحقائق عليه السلام حيث قال : إن الإجماع المدعى في المقام في كلمات جماعة ليس بحجة شرعية ، وعليه فلا وجه لرفع اليد عن الإطلاقات<sup>(٢)</sup> ولا يختص الحكم بالدنانير الذهبية والدراهم الفضية . واستحسنه الماتن عليه السلام إلا أنه قال : إن تحقق الإجماع غير بعيد .

والظاهر أن الإجماع في المقام إجماع منقول ولا يمكن التصديق بذلك ، خصوصاً بعد خلو كلام غير واحد من القدماء عن هذا الشرط ، والأصل في الإجماع فيما نعلم هو كلام ابن البراج في الجواهر ، إلا أنه صريح في دعوى الإجماع على صحة المضاربة بالدرهم والدينار ، لا على عدم الصحة في غيرهما<sup>(٣)</sup> وبينهما بون بعيد ، وعليه فلا إجماع كاشف عن رأي المعصوم عليه السلام سيما مع

(١) في الجواهر ٢٦ : ٣٥٦ ومن شرطه أن يكون عيناً فلا يجوز بالدين ، وأن يكون دراهم أو دنانير بلا خلاف أجده في شيء منه ، بل الإجماع بقسميه عليه . وفي التذكرة ١٧ : ١٨ : عند علمائنا . وفي جامع المقاصد ٨ : ٦٦ : عليه إجماعنا واتفاق أكثر العامة . ونحو ذلك في المسالك ٤ : ٣٥٥ ، ومجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٢٤٩ .

(٢) الحقائق ٢١ : ٢١٩ قال : «إن من لا يلتفت إلى دعوى مثل هذه الاجتماعات ، لعدم ثبوت كونها دليلاً شرعياً فانه لا مانع عنده من الحكم بالجواز في غير النقدين نظراً إلى عموم الأدلة على جوازه ، وتخصيصها يحتاج إلى دليل شرعي ، وليس فليس» وعموم الأدلة في كلامه يمكن أن يكون ناظراً إلى العمومات والاطلاقات كقوله تعالى : «تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ» أو قوله تعالى : «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ويمكن أن يكون ناظراً إلى العموم في الأدلة الخاصة وهي أدلة المضاربة ، كقوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم «يعطي المال مضاربة» الوسائل ج ١٩ : ١٥ باب ١ من أبواب المضاربة ح ١ .

(٣) جواهر الفقه : ١٢٤ قال «إذا دفع انسان إلى حائك غزلاً فقال له : انسجه ثوباً على أن يكون الفضل بيننا ، هل يكون مضاربة ؟ الجواب : لا ، لأن المضاربة لا تكون إلا بالأثمان التي هي الدنانير والدراهم ويختلط المالان ، وإنما قلنا هذا لأنه لا خلاف في أن ما ذكرنا مضاربة

عدم التعرض لهذا الشرط في كلمات بعض القدماء<sup>(١)</sup> فلا موجب لرفع اليد عن إطلاقات روايات المضاربة الدالة على أن العبرة بصدق المال، وهو كما يصدق على الذهب والفضة المسكوكين يصدق على غيرهما من الأموال، كالأوراق النقدية الاعتبارية وما يشبهها من الفلوس المصنوعة من النحاس وغيره .

نعم، ما ذكره يتم بالنسبة إلى العروض، فلا تصح فيها المضاربة، وذلك لأن الربح والخسران إنما يلحظان بالنسبة إلى ما هو متمحض في المالية مع التحفظ على رأس المال، وذلك إنما يتحقق بالنسبة إلى الأثمان كالدراهم والدنانير الذهبية والفضية وما هو بمنزلةهما<sup>(٢)</sup> - من الأوراق النقدية

﴿ صحيحة ، وليس كذلك ما يخالفه ﴾ .

أقول : المذكور في كلامه عدم الخلاف لا الإجماع، وعدم الخلاف يمكن ان يكون مع عدم تعرض كثير للمسألة أو تردده أو توقفه، وليس هو حجة، وإنما الحجة الإجماع، على أن الإجماع المدعى - كما يقوله السيد الأستاذ<sup>(٣)</sup> - على صحة المضاربة بالدنانير والدراهم، لا على عدم الصحة بغيرهما .

ومن الظريف أيضاً أن المحقق للتقرير المطبوع ضمن موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١١ علق على كلام السيد الأستاذ<sup>(٤)</sup> والذي هو : «والأصل في الإجماع فيما نعلم هو كلام ابن البراج في الجواهر»، علق بقوله، الجواهر ٢٦ : ٣٥٦ - ٣٥٧ وقد تكرر منه ذلك .

(١) فمثلاً لم يذكر أبو الصلاح الحبلي في الكافي : ٣٤٧ فيما يتعلق بالمضاربة إلا سطرين، ولم يذكر فيهما اعتبار أن يكون رأس المال في المضاربة دنانير ذهبية أو دراهم فضية .

ولم يذكر سائر الديلمي في المراسم : ١٨٣ إلا سطرًا ونصف فيما يتعلق بالمضاربة، ولم يذكر فيها اعتبار أن يكون رأس المال في المضاربة دنانير ذهبية أو دراهم فضية .

(٢) وهي الأوراق النقدية والفلوس، ووجه كونها بمنزلة الدنانير الذهبية والدراهم الفضية هو ما ذكره السيد الأستاذ<sup>(٥)</sup> وهو أنها تزيد تارة وتنقص أخرى، وقد ذكر ذلك السيد الأستاذ أكثر من مرة، ومع ذلك لم يذكر «الوجه المذكور» أي الوجه في كونها بمنزلة لا عينها من دون أي

الاعتبارية والقطع المعدنية - إذ أنها تزيد تارة وتنقص أخرى ، دون العروض حيث لا يتصور فيه ربح أو خسران مع قطع النظر عن ماليته<sup>(١)</sup> . نعم ، يصح أن يوكله في بيع العروض والاتجار بثمنه

﴿ فرق أصلاً ، لم يذكر في التقرير المطبوع ضمن الموسوعة ، ولم أعرف لماذا ؟ ولعل ذكره «أي الوجه المذكور» يوضح الإشكال على صحّة المضاربة بالأوراق النقدية من دون ملاحظة قيمتها إلى الدينير الذهبية والدرهم الفضية يوم المضاربة ويوم انتهاء المضاربة ، ويوضح أيضاً عدم الفرق بين الأوراق النقدية والعروض ، فإن كان الحذف بموافقة السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> فهو ، وإلا فلا وجه له أصلاً .

(١) وكأنه بالنسبة إلى الأوراق النقدية يتصور ربح وخسران مع قطع النظر عن ماليتها ، فمثلاً لو ضاربه على مائة دينار عراقي فتاجر العامل بها سنة أو سنتين أو أكثر أو أقل وحصل على ألف دينار عراقي ، فبعد إخراج رأس المال وهو مائة يكون الربح تسعمائة دينار عراقي يقسم بينهما على حسب النسبة المجعولة ، حتى لو كانت قيمة مائة دينار عراقي يوم المضاربة خمسة دنانير ذهبية ، وكانت قيمة لألف دينار عراقي يوم التصفية وتقسيم الربح ديناراً ذهبياً واحداً - كما كان الأمر كذلك أو أسوأ قبل وحين اسقاط النظام البعثي الظالم في العراق - إذن فهل هذا هو الميزان في ملاحظة الربح «الذي هو لب هذه المعاملة» والخسران ؟ ! على ما يقوله السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> من أن الأوراق النقدية إنما يلاحظ الربح والخسران بالنسبة لها مع قطع النظر عن ماليتها - والعروض لا يمكن أن يلاحظ فيه الربح أو الخسران مع قطع النظر عن ماليتها - نعم هذا هو الملاك في الربح والخسران . فالمعاملة إذن رابحة . أو أن الميزان فيها - أي الأوراق النقدية - في ملاحظة الربح والخسران هو ملاحظة الأوراق النقدية بما لها من المالية يوم المضاربة اقي ويوم انتهاء المضاربة ، وتقسيم الربح بعد إخراج رأس المال ، فيقال : إن قيمة مائة دينار عر - يوم المضاربة مثلاً خمسة دنانير ذهبية ، وقيمة ألف دينار عراقي يوم انتهاء المضاربة وتقسيم الربح إما عشرة دنانير ذهبية أو دينار ذهبي واحد ، وعلى الأوّل المضاربة رابحة ، وأما على الثاني فالمضاربة إذن خاسرة لا رابحة ، ومن هنا يشكل - عندنا - تعلق الخمس في التسعمائة

لو كانت المائة الأولى مخمسة ، لوضوح عدم صدق الربح ، بل صدق الخسارة . ودعوى صدق الربح عرفاً إن لم تكن في نهاية الغرابة فلا شك أنها غير مقبولة عرفاً جزماً ، فإن صغار أهل السوق - كما سألت بعضهم - يستغرب من صدق الربح ولم يقبله بضرر قاطع ، مع قبوله لصدق الخسارة وجزمه بها في المقام ، مع نظره إلى من يقول بصدق الربح أنه ممن يكون بعيداً عن واقع الأمر وعمّا هو الجاري في السوق ، فما رأيك بغيرهم من كبار التجار ورجال الأعمال .

**ويوضح ذلك :** ما إذا كان لنا شخصان كل منهما ضارب ، فالأول ضارب مع عامل له على رأس مال هو مائة دينار من الذهب على أن يكون الربح بينهما بالمناصفة . وضارب الشخص الثاني عامله على رأس مال هو مائة دينار ورقي عراقي على أن يكون الربح بينهما بالمناصفة ، وكانت قيمة الدينار العراقي الورقي يوم المضاربة ديناراً ذهبياً واحداً ، فمائة دينار عراقي كانت تساوي مائة دينار ذهب - أي مائة مثقال ذهب ، لأن الدينار الشرعي يساوي مثقالاً من الذهب - فلو اتفق أن العامل الأول الذي كان رأس المال بيده وهو مائة دينار من الذهب تاجر بها فاشترى وباع بها دنانير عراقية ورقية وغيرها ، فحصل على ألف دينار عراقي ورقي ، والعامل الثاني أيضاً تاجر بدنانيره الورقية العراقية فاشترى بها دنانير ذهبية وغيرها ، وباع وحصل على ألف دينار ذهبي ، وتقريباً في نهاية المضاربتين تنزلت قيمة الدينار العراقي الورقي اثنتي عشرة مرة بحيث اصحبت مثلاً قيمة ألف دينار عراقي ثمانين ديناراً ذهبياً ، فالعامل الثاني الذي حصل على ألف دينار ذهبي ربح - مع تحفظه على رأس المال من الانهيار - تسعمائة ديناراً من الدنانير الذهبية ، ولا يعقل إن يقال أن العامل الأول أيضاً ربح تسعمائة دينار عراقي ورقي ، وإن كانت دنانيره ألف دينار عراقي ، إلا أنه في الواقع خسر في تجارته هذه ، لأن مالية هذه الألف دينار العراقية الورقية ثمانون ديناراً ذهبياً ، وهو حينما أعطي المائة دينار عراقي ورقي كانت تساوي مائة دينار ذهبياً ، والألف دينار الآن يساوي ثمانين ديناراً ذهبياً ، فالتجارة خاسرة لا أنهار رابحة ، لأن الربح عرفاً ولغة كما في الطراز الأول وتاج العروس : زيادة المالية وهنا نقصت المالية بمقدار الخمس ولا يعقل أن يقال هي رابحة والتجارة الأولى أيضاً رابحة ، فالربح والخسران يلاحظان بالنسبة إلى الأوراق النقدية بحالها من القمية والمالية أيضاً ، لا

﴿ مجردة عن ذلك ، لأنها قد تزيد تارة وقد تنقص أخرى ، بينما الربح والخسران بالنسبة للدنانير الذهبية يلاحظان بالنسبة لهما بنفسيهما ، لأنهما هما مقياس المالية .

لا أقول : إن المضاربة لا تصح بالأوراق النقدية والفلوس ، كلا ، ولكن أقول : لا بد وأن يكون تصور الربح والخسران وحسابه فيها لا مع قطع النظر عن ماليتها يوم المضاربة ويوم انتهاء المضاربة ، فإذا كان الأمر كذلك كما هو الصحيح فيتصور الربح والخسران في العروض أيضاً ، لا أنه لا يتصور في العروض ربح وخسران ، لأن المالية لا بد وأن تلحظ حتى لو كان رأس المال أوراقاً نقدية فضلاً عما إذا كان رأس المال عروضاً ، فيقال : إذا كان رأس المال مائة صندوق من الشاي وقيمتها يوم المضاربة خمسة دنانير ذهبية فاتجر بها ، وكانت قيمة العروض يوم انتهاء المضاربة إما ديناراً ذهبياً واحداً ، أو عشرة دنانير ذهبية ، فيقال في الأول : إن المضاربة خاسرة ، وفي الثاني : إنها رابحة بمقدار الضعف ، فيخرج رأس المال وهو ما قيمته خمسة دنانير ذهبية ، والباقي يكون ربحاً يقسم بينهما حسب النسبة المجعولة .

ولا فرق في المائة بين أن تكون أوراقاً نقدية أو عروضاً ، بل إن حكم الأوراق النقدية في المقام حكم العروض ، لأنها تزيد تارة وتنقص أخرى من حيث القيمة بملاحظتها إلى ما له استقرار نسبي ولا يسقط عن الاعتبار وهو الدنانير الذهبية والدرهم الفضية ، كما أن صندوق الشاي كذلك ، أي يلاحظ إلى ما له استقرار ولا يسقط عن الاعتبار ، ومن هنا يشكل على المقرر لموسوعة السيد الأستاذ رحمته أنه لماذا حذف هذه الجملة ، أي جملة «لأنها تزيد تارة وتنقص أخرى» اللهم إلا أن يكون بموافقة السيد الأستاذ رحمته ويؤيده أنه نُقل عن السيد الأستاذ رحمته حين تنزل الدينار بالنحو الفضيح الذي حدث في العراق وكان ذلك بعد مدة من انتهاء بحث المضاربة ، نقل عنه أن بعض بحوثه في المضاربة مبتنية على عدم تنزل قيمة العملة الورقية ، وكان المفروض أن تبني هذه البحوث على أماكن التنزل ، وأصدق مصاديق هذا الكلام هو هذه الجملة ، فإن حذفها مبن على عدم تنزل قيمة الأوراق النقدية ، إلا أن عدم التنزل بعيد عن واقع الأمر ، فإنه وبين عشية وضحاها يمكن أن تنزل قيمة العملة الاعتبارية إلى ما قبل الصفر بقليل ولا تسقط ، بحيث لا يكون لهذه الأوراق النقدية الاعتبارية أي هيبة أو تقدير أو احترام ،

« نعم لها قيمة جزئية ضئيلة جداً قد لا يعتني بها بعض الصيارفة ، فلا يتعاملون بها .  
 ومن هنا يتضح السرّ في ذهاب الكل وادعوا الاجماعات على عدم جواز المضاربة إلاّ بالدنانير الذهبية أو الدراهم الفضية ، وإن كان الصحيح عدم الخصوصية لها ، وإنّما الخصوصية لقيمتها المستقرة التي هي مقياس المالية ، ولا تخرج عن هذا المقياس وإن كان الذهب والفضة يرتفع قليلاً وينخفض ، فإن ذلك الارتفاع والانخفاض لا يوجب رفع كون الدينار الذهبي مقياساً للمالية ، ولذا يلجأون إليه هرباً من تنزل قيمة الأوراق النقدية فيحولون دنانيرهم الورقة إلى دنانير ذهبية ، فهي أي القيمة المستقرة هي المعتبرة في المضاربة ، وإليها يلحظ الربح والخسران ، سواء كان رأس المال أوراقاً نقدية أم عروضاً أم منفعة أم ما شابه ذلك ، فإنّ المعتبر فيها ملاحظة قيمتها بالنسبة إلى الدنانير الذهبية والدراهم الفضية يوم المضاربة ويوم انتهاء المضاربة ، بعد وضوح صدق المال عليها الوارد في الروايات ، كصدقه على الدينار الذهب والدرهم الفضة الذي من أجله ذهب السيد الأستاذ رحمته إلى صحّة المضاربة بالأوراق النقدية والفلوس .

ومن هنا يتضح أن المعتبر في رأس المال - لو لم يكن من الدنانير الذهبية أو الدراهم الفضية - قيمته إليها لا غير ، من دون فرق بين الأوراق النقدية والفلوس وبين العروض .  
 بل اعترف السيد الأستاذ رحمته - بعد أن قال هنا بالنسبة إلى العروض إنّه « لا تصح فيها المضاربة ، وذلك لأن الربح والخسران إنّما يلحظان بالنسبة إلى ما هو متمحض في المالية مع التحفظ على رأس المال ، وذلك إنّما يتحقق بالنسبة إلى الأثمان كالدراهم والدنانير الذهبية والفضية وما هو بمنزلةهما من الأوراق النقدية الاعتبارية والقطع المعدنية ، إذا إنها تزيد تارة وتنقص أخرى ، دون العروض حيث لا يتصور فيه الربح أو خسران مع قطع النظر عن ماليته » الواضح ج ١١ : ١٤٧ - ١٤٨ . وقال في موسوعته بعد تعديده من الدنانير الذهبية والدراهم الفضية إلى الأوراق النقدية والفلوس التي في زماننا وصحة المضاربة بها أيضاً - : « نعم ، الحكم لا يعمّ العروض ، باعتبار أنّ الربح والخسران إنّما يلحظان بالنسبة إلى ما هو متمحض في المالية ، وهي الأثمان التي يتحفظ بها أولاً ، ثمّ يلاحظ ربحها وخسارتها » موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١١ - اعترف

«في المسألة ٥ من مسائل الشركة الرقم العام [٣٤٨٤] بتحقيق الربح مع كون رأس المال من العروض، فإنه قال فيما لو اشترط أحد الشريكين زيادة حصته من الربح مع عدم عمله في الشركة، أو مع كون عمله أقل من صاحبه - بعد أن حكم بصحته تبعاً للماتن<sup>١</sup> - : «لأنه يرجع إلى اشتراط عقد المضاربة في ضمن عقد الشركة، بمعنى أن أحد الشريكين يضارب الآخر على أن يعمل وله حصته من الربح في مقابل عمله، أو يعمل أكثر وله حصته في مقابل هذه الأثرية، إلا أن هذا يختلف عن المضاربة المستقلة، بدعوى قيام الإجماع في المضاربة المستقلة على أن يكون المال من النقدين مثلاً، وهنا لا إجماع على ذلك، بل الإجماع على خلافه، إذ لم ينسب الخلاف في جواز كون المال في الشركة عروضاً - حنظة أو غيرها - إلى أحد، واعتبار كون رأس المال من النقدين - إن فرض تماميته - فهو في المضاربة المستقلة لا التي في ضمن عقد الشركة» الواضح ج ١٣ المسألة ٥ [٣٤٨٤]. وقال في موسوعته تعليقاً على قول الماتن<sup>٢</sup> الذي حكم بصحة شرط الزيادة ونسبته إلى الأصحاب بقوله: (ولا خلاف على الظاهر عندهم في الصحة): «بل ادعى عليه الإجماع في بعض الكلمات صريحاً، والوجه فيه رجوعه إلى اشتراط عقد المضاربة في ضمن عقد الشركة، وهو لا محذور فيه حتى ولو كان رأس المال من غير النقدين، إذ إن اعتباره فيها إنما كالإجماع الذي ادعى، وهو في المقام مفقود، بل الإجماع قائم على عدم اعتباره في المقام حيث لم ينسب الخلاف في صحته إلى أحد من الأصحاب» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٢٠١، فإذا كان رأس المال من العروض كما هو في المقام لا شك في تحقق الربح، فلا ينافي تحققه ولا العلم به كون رأس المال من العروض، مع أن العروض ليس من الأثمان التي هي المتمحضة في المالية، فلا يختص تحقق الربح أو معرفة حصوله على كون رأس المال من الأثمان المتمحضة بالمالية، وعليه فيما أنه لا إجماع على اعتبار أن يكون رأس المال في المضاربة من الدنانير الذهبية أو الدراهم الفضية، فلا فرق في صحة المضاربة بين الأوراق النقدية والفلوس المتعارفة في زماننا وبين العروض، لأن كلاً منهما بحكم العروض.

ثم إنه اتضح مما تقدم فساد ما ذكره بعض أبناء العامة كابن قدامة في وجه عدم جواز

المضاربة بالعروض ، حيث ذكر أن رأس المال إذا كان عروضاً فيلزم عند المفاصة وتمامية المضاربة إرجاع ذلك العروض مثلاً بعنوان رأس المال والباقي يكون ربحاً ، وقد تكون قيمة العروض يوم التصفية أكثر بكثير من قيمته يوم المضاربة ، فيذهب رأس المال حينئذٍ ببعض الربح أو كله ، وقد تكون قيمة العروض يوم التصفية أقل بكثير من قيمته يوم المضاربة ، فيبقى حينئذٍ قسم من رأس المال مخلوطاً بالربح ، فيأخذ العامل منه والحال إنه شريك في الربح لا في رأس المال .

**وجه الفساد :** هو أنه حينما يقال بصحة جعل العروض رأس مال لا بد وأن تلحظ قيمته الى ما هو مقياس المالية ، فيكون رأس المال يوم المضاربة بمقدارها ، لا أن رأس المال هو المثل ، فلو كان العروض عشرة صناديق من الشاي بقيمة دينارين ذهباً فالخارج يوم التصفية هما ، أو مثلاً للشاي بقدرهما ، حتى لو كان المثل بقدر الدينارين يوم انتهاء المضاربة عشرين صندوقاً ، فلو كان جميع مال المضاربة يوم التصفية خمسة عشر صندوقاً أو خمسة وعشرين صندوقاً فالمضاربة خاسرة **على الأول** ، ورابحة خمسة صناديق **على الثاني** ، لا أنه على الأول يذهب رأس المال بالربح . وكذا لو كانت قيمة الدينارين خمسة صناديق شاي يوم التصفية فالربح عشرة صناديق على الأول وخمسة عشر صندوقاً على الثاني ، لا أنه على الأول تختلط خمسة صناديق من رأس المال بالربح فيأخذ العامل منها ، وليس هو شريكاً فيها بل شريك في الربح .

**والقول بأن رأس المال إذا كان مثلياً وكان مثله أو نفسه رأس مال فيخرج المثل يوم انتهاء المضاربة بعنوان رأس المال ، سواء كانت قيمته مساوية مع قيمته يوم المضاربة أم أقل أم أكثر (كما ذكره السيد الأردبيلي حفظه الله جواباً لابن قدامة) فليس هو إلا كالقول بأن المضاربة بالمائة دينار عراقي التي أصبحت بعد الاتجار بها ألف دينار عراقي إذا كانت قيمتها يوم انتهاء المضاربة ديناراً ذهبياً واحداً ، وكانت قيمة مائة دينار يوم المضاربة خمسة دنائير ذهبية أنها رابحة ، وهو غير صحيح ، وقد عرفت ما فيه ، فلو كان رأس المال خمسين طنناً من السكر فتاجر العامل بها وأصبح يوم انتهاء المضاربة ما بيده من العروض بمقدار مائة طن من السكر ، ولكن**

ولا بأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به<sup>(١)</sup> مثل الشاميات والقمري ونحوها .

كما سيأتي .

(١) ولعل الذهب المسكوك أو الفضة المسكوكة الخالصين إما غير موجودين أو نادرا الوجود جداً، فإن الغالب فيهما هو الخلط بغيرهما، غاية الأمر تارة تكون نسبة الخليط كثيرة بحيث لا يصدق عليه الدرهم أو الدينار حقيقة، بل يصدق عليه الدرهم والدينار المغشوش أو القَلْب الذي قال الماتن رحمته يجب كسره حتى لا يباع على أنه درهم أو دينار، وأخرى قليلة جداً بحيث يصدق عليه الدرهم أو الدينار الجيد، وثالثة ليست قليلة جداً ولا كثيرة بحيث يصدق عليه الدرهم أو النهار الرديء لا المغشوش . وعلى كل إن كان الخليط بمقدار لا يمنع من صدق الدرهم والدينار سواء كان جيداً أم رديئاً دون ما لو كان مغشوشاً أو قلباً، لا مانع من المضاربة بهما، لأن العبرة بصدق الدرهم والدينار، لا بكونهما خالصين، كما تقدم الكلام في ذلك في باب الزكاة<sup>(١)</sup> .

كانت قيمة خمسين طناً من السكر يوم المضاربة سبعين ديناراً ذهبياً، وقيمة العروض الذي هو بمقدار مائة طن من السكر يوم انتهاء المضاربة ثلاثين ديناراً ذهبياً، فالقول باخراج خمسين طن من السكر رأس المال والباقي يكون ربحاً يقسم بين المالك والعامل بدعوى كون المضاربة رابحة حينئذٍ في غاية الغرابة، فإن المضاربة في المقام خاسرة، ودعوى صدق الربح عرفاً قد عرفت ما فيها، إذ إن هذه الدعوى خلاف العرف واللغة على ما عرفت من أن الربح عرفاً، لغة زيادة المالية كما في الطراز الأول وتاج العروس وغيرهما مادة ربح، ولذا لو كان رأس مال المالك مخمساً، فوجوب تخميس الخمسين الأخرى إذا بقيت إلى رأس ستته وجوب للخمس في الخسارة لا في الربح .

(١) في المسألة ٢ و ٣ [٢٦٤٩] [٢٦٥٠] . الواضح ٧ : ٢٩٥ وص ٢٩٨ - ٢٩٩ ، موسوعة الإمام الخوئي ٢٣ : ٢٨٥ - ٢٨٦ ، و ٢٩٠ - ٢٩١ . قال رحمته في المسألة ٢ [٢٦٤٩] حسبما ذكرناه نحن في الواضح ج ٧ : ٢٩٤ - ٢٩٥ «ويقول أهل الخبرة في هذا الفن : إن الذهب مادة واحدة وكذا الفضة، وليس في هذه الموارد فرق بحسب الأزمنة والأمكنة، وليس بها جيد ورتديء كما هو الحال في الملابس والمأكولات، فإن فيها جيداً ورتديئاً، بل الرداءة في الذهب والفضة إنما

«هي بحسب الخلوص وعدم الخلوص ، فتارة عند التحليل يشتمل الذهب على ذهب وغيره ، وأخرى لا يشتمل إلا على الذهب وليس فيه شيء من غيره ، ويقول أهل الفن : إن القسم الثاني قليل الوجود في العالم ، لأنه يكون ليناً لا يمكن استعماله ، فلذا يضاف إليه شيء من نحاس وغيره حتى يكون صلباً ، وتختلف هذه الإضافة ، وبها تختلف الرداءة والجودة ، ففي مثل الليرات العثمانية الجيدة ونحوها في كل مثقال أو في كل ليرة حبة ونصف من غير الذهب ومن الذهب اثنتان وعشرون حبة ونصف حبة ، فالمجموع ٢٤ حبة وزن الليرة ، فإذا كان المضاف أكثر من حبة ونصف من غير الذهب فتقل نسبة الذهب فتقل جودته وتكثر رداءته ، وهكذا كلما ازداد الخليط ازدادت الرداءة» ، وقال في المسألة ٣ [٢٦٥٠] الواضح ٧ : ٢٩٨ - ٢٩٩ «وربما بلغ الخليط ربع مثقال مع كونه لا يخرج الذهب عن كونه ذهباً وإن كان رديئاً . . . وأما إذا خرج الذهب أو الفضة أو الدراهم والدنانير بواسطة كثرة الخليط عن كونه ذهباً أو فضة أو درهماً أو ديناراً ولو رديئاً ، بأن لا يقال له حتى رديء كما لو كان الخليط بنسبة النصف أو الثلاثة أرباع ، فهذا هو الدراهم أو الدنانير المغشوشة ، ومنها الليرات الاستامبولية التي لا تتجاوز ذهبها الخالص ثمان حبات و١٦ حبة خليط ، وكذا الدراهم المتداولة في زماننا الحاضر ، لعل نسبة الفضة فيها لا تتجاوز الخمس ، فهنا لا يصدق على المسكوك الذهب والفضة إلا مجازاً ومسامحة» وقال السيد اليزدي صاحب العروة في المسألة ٨ [٢٦٥٥] «ولو كان عنده ثلاثمائة درهم مغشوشة وعلم أن العش منها ثلثها مثلاً» وعقب عليه السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته بقوله «لغرض أنها مغشوشة بنسبة الثلث ، وهو مما يوجب أن لا يصدق عليها الدرهم حقيقة» ، وتقدير العبارة أن الدرهم فيها مغشوش لا درهم حقيقة ، والمتحصل أن الخليط بنسبة الربع لا يخرج الدرهم أو الدينار عن كونه درهماً وديناراً وإن كان رديئاً ، وأما إذا كان نسبة الخليط هي الثلث فما فوق فيخرج الدرهم أو الدينار عن كونه درهماً أو ديناراً ويكون مغشوشاً وقلباً ، لا أنه درهم أو دينار رديء . ومن هنا تعرف المجازية في كلام الماتن رحمته من التعبير عن الرديء بالمغشوش .

والقرينة على هذه المجازية قوله : المغشوش الذي يعامل به . . . نعم لو كان مغشوشاً يجب

نعم ، لو كان مغشوشاً<sup>(١)</sup> يجب كسره بأن كان قلباً لم يصحّ ، وإن كان له قيمة فهو مثل الفلوس<sup>(٢)</sup> .

ولو قال للعامل : بع هذه السلعة وخذ ثمنها قراضاً ، لم يصحّ<sup>(٣)</sup> إلا أن يوكله في تجديد العقد عليه بعد أن نض الثمن .

(١) بمقدار لا يصدق معه الدرهم والدينار ، وإنما هو صورة درهم أو دينار ، فليس هو من السكة الرائجة المسمى عند الناس بالقلب ، فلا تصح المضاربة به بناءً على اعتبار الدرهم أو الدينار ، لأنه ليس من الأثمان حينئذ .

(٢) يحتاط فيه الماتن وجوباً ، ولكن يفترق عنها عندنا بكون الفلوس من الأثمان دون القلب ، وتصح المضاربة بالأثمان دون غيرها .

(٣) ثم ذكر الماتن رضي الله عنه أنه إذا أعطى المالك للعامل عروضاً كالفرش أو غيره وقال له : بعه واجعل ثمنه قراضاً ، لم يصح لأن الذي يعطيه المالك بالفعل الفرش أو غيره من السلع ليست بدرهم ولا دينار ، بل هو عروض ، ولا تصح المضاربة بالعروض ، وثمر السلعة وإن كان درهماً أو ديناراً إلا أنه حين الإعطاء ليس بمالك لهما . نعم ، لو وكله في تجديد العقد بعد أخذ ثمن السلعة صح<sup>(١)</sup> .

إلا أن ما ذكره رضي الله عنه لا يمكن المساعدة عليه ، وذلك لأن المضاربة وإن لم تصح بالعروض ، إلا أنه إذا لم يكن قصد المعطي كون العروض قراضاً ، بل قصد كون ثمنه قراضاً فلا مانع منه ، لأن ذلك في الحقيقة توكيل للعامل في البيع وجعل الثمن قراضاً ، وعليه فبمقتضى وكالته عن المالك يكون موجباً ، وبمقتضى أصالته عن نفسه يكون قابلاً ، فتتحقق المضاربة بالفعل والمعاطاة - كما تقدم - بلا حاجة إلى لفظ ، فلا وجه لإنشاء عقد جديد .

«كسره بأن كان قلباً لم يصحّ» ، فإن مراده من المغشوش الأول هو الدينار أو الدرهم الرديء ، ومن المغشوش الثاني الذي يجب كسره هو الدينار أو الدرهم المغشوش القلب المزور .

(١) ما ذكره الماتن رضي الله عنه تبع فيه صاحب الجواهر رضي الله عنه حيث قال صاحب الجواهر : «لم يصح لأن المال أي الثمن ليس بمملوك عند العقد ، ضرورة عدم دخوله في الملك قبل وقوع البيع ، على أنه مجهول ، بل التعليق محقق ، فلا إشكال في الفساد» الجواهر ٢٦ : ٣٦٢ .

كتاب المضاربة / يشترط في المضاربة أن يكون رأس المال معلوماً قدرأً ووصفاً ..... ١٦٩  
الثالث : أن يكون معلوماً قدرأً<sup>(١)</sup> ووصفاً<sup>(٢)</sup> ولا تكفي المشاهدة وإن زال به معظم الغرر .

(١) أي عدداً بأن يكون مائة دينار، أو عشرة آلاف درهم، أو نحو ذلك .

(٢) أي أن تكون الدنانير أو الدراهم المعلومة من حيث العدد، معلومة من حيث البلد التي ضربت فيه لوضوح اختلاف قيمتها بلحاظه .

ذكر صاحب الجواهر<sup>رحمته</sup> : ان روح المضاربة متمثلة بكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل ، وهو لا يتحقق مع فرض الجهل بمال المضاربة ، إذ لا يعلم بذلك مقدار الربح ، فلا بد وأن يكون مال المضاربة معلوماً قدرأً ووصفاً<sup>(١)</sup> .

ونسب الماتن<sup>رحمته</sup> إلى بعضهم صحة المضاربة إذا كان الغرر الناتج من الجهل بمال المضاربة - قدرأً أو وصفاً - قليلاً وإن كان غرراً ، وعدم صحتها إذا كان كثيراً .

والظاهر أن كل ذلك لا يمكن المساعدة عليه ، أولاً : إذ لا غرر في المقام على فرض شمول دليل الغرر للمضاربة وعدم اختصاصه بالبيع ، وذلك لإمكان معرفة المال قدرأً أو وصفاً بعد عقد المضاربة ، فإنه لو فرض أنه أعطاه كيساً فيه نقد ولم يعلم قدره وعدده ولا وصفه ونوعه من كونه من الدنانير العراقية أو الكويتية أو البحرينية ، فإنه لا يتصور في المقام غرر ، لأنه يمكن العلم بذلك بعد عقد المضاربة ، فيعد ذلك العامل وهو أمين عند المالك كما هو المفروض<sup>(٢)</sup> . وعلى فرض عدم إمكان معرفة المال بوجه فلا شك في معرفته من قبل العامل حين التجارة به لتعيين المال حين التجارة به لا محالة ، إذ لا يمكن أن يشتري شيئاً من دون معرفة ثمنه . وثانياً : مع الاغماض عن ذلك وفرض عدم اتضاح معرفة المال إلى الأخير ، فيمكن أن يكون الربح بين المالك والعامل وإن لم يعرف أي مقدار يستحق كل منهما ، فيرجع في التعيين إلى التصالح بعد إفراز القدر

(١) قال : «نعم لا بد في مال المضاربة أن يكون معلوم المقدار بعد معرفة الجنس ، للنهي عن الغرر ، ولعدم معرفة الربح من رأس المال» الجواهر ٢٦ : ٣٥٩ .

(٢) أو يعدّنه معاً بعد عقد المضاربة ، فإن رأس المال في المضاربة ليس كالثمن في المبيع لا بد من معرفته ومعلوميته حين البيع ، ولا تنفع معلوميته بعد البيع في صحة البيع ، بل رأس المال في المضاربة يكفي فيه معلوميته بعد المضاربة ، ولو بعدهما معاً له .

المتيقن<sup>(١)</sup> الذي يستحقه المالك ، والرجوع إلى الحاكم في فرض التشاح والتشاجر ، والحكم بينهما ولو بالقرعة في غير المتيقن أيضاً . وعليه فلا غرر<sup>(٢)</sup> إذ إن الغرر هو ترتب الخطر المالي أو النفسي أو العرضي ، ولا ترتب لشيء منها في المقام بعد الاشتراك بالريح والتقسيم بالمصالحة<sup>(٣)</sup> ، فلا دليل على اعتبار معلومية المال قدرأً ووصفاً ، وعليه : فلا موجب لهذا الشرط<sup>(٤)</sup> .

(١) المفروض أن الجهالة التي هي محل البحث هي التي لا تؤول إلى العلم لا العلم التفصيلي برأس المال ولا العلم الإجمالي به ، فأى معنى لقول السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> بعد إفراز القدر المتيقن الذي يستحقه المالك ، فإن عزل المقدار المتيقن فرع وجود العلم الإجمالي برأس المال ، والمفروض أن هذه الجهالة لا تؤول إلى العلم لا العلم التفصيلي ولا العلم الإجمالي ، فلماذا يفرض وجود علم إجمالي في المقام ؟!

(٢) الذي هو أحد الوجهين المذكورين في كلام صاحب الجواهر على ما عرفته عند نقل كلامه فيما تقدم .

(٣) قد يقال : إن مراد السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> أنه حتى في صورة عدم العلم بالريح تحل المسألة بالتصالح أو بالرجوع إلى الحاكم وحلها بالقرعة ، فنقول : إن المال الذي حصل عليه العامل إذن ليس ربح مال المضاربة ، وهو خروج عن محل الكلام .

(٤) حاصل كلام السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> هو نقطتان :

**الأولى :** أن هذه الجهالة تؤول إلى العلم ، وما يؤول إلى العلم لا يضر .

**الثانية :** أنه لو فرض أن هذه الجهالة لا تؤول إلى العلم إلى الأخير ، فيمكن أن يكون الريح بين المالك والعامل ، وإن لم يعرف أي مقدار يستحق كل منهما ، فيرجع في التعيين إلى التصالح - بعد إفراز القدر المتيقن الذي يستحقه المالك من رأس المال - أو الرجوع إلى الحاكم عند عدم التصالح والحل ولو بالقرعة .

وكلاهما تين النقطتين لا واقع لها .

أما النقطة الأولى فكلام صاحب الجواهر<sup>رحمته</sup> في البطلان فيما إذا لم يكن رأس المال معلوماً

﴿ قدراً ووصفاً إنما هو فيما إذا لم تكن هذه الجهالة راجعة إلى العلم ، وأما مع رجوعها الى العلم كما لو فرض عدّ المال ومعرفته قدراً ووصفاً بعد عقد المضاربة ، أو حين الشراء وإخبار المالك بذلك ، فلا يحكم بالبطلان ، قال عليه السلام : «والتحقيق - إن لم يكن إجماع - عدم قدح الجهالة التي تؤول إلى علم ... وأما الجهالة التي لا تؤول إلى علم فالظاهر عدم جوازها ، لعدم إمكان تحقّق الربح معها وهو روح هذه المعاملة ... » (جواهر الكلام ٢٦ : ٣٥٩) .

وأما النقطة الثانية : وهي الجهالة التي لا تؤول الى علم فلا يمكن معها معرفة حصول الربح من عدمه حتى يقال : «فيمكن أن يكون الربح بين المالك والعامل وان لم يعرف أي مقدار يستحقّ كلّ منهما ، فيرجع في التعيين الى التصالح بعد إفراز القدر المتيقّن الذي يستحقّه المالك أو الرجوع الى الحاكم ... » فإنّ معرفة مقدار ما يستحقّه كلّ منهما فرع حصول الربح ، ومعرفة حصول الربح مع الجهل بمقدار رأس المال غير ممكنة . مثلاً إذا كان في كيس ولا يعلم مقداره ، وإن علم العامل جنسه حين الشراء ، إلاّ أنّه لا يعلم عدده ولم يعده لا هو ولا هما ولا المالك بعد عقد المضاربة ، ولم يكن العامل يحفظ ما حسب من الثمن الخارج من الكيس حين الشراء ، والشراء تكرر كثيراً ، وبالنتيجة لم يعلم أن مقدار رأس المال أي قدر هو؟ فهي جهالة لا تؤول إلى العلم ، وحصل العامل نتيجة لهذا الشراء والبيع المتكرر الذي خسّر في بعضها وربح في الآخر على ألف دينار ، إلاّ أنّه لا يعلم أنّ أصل رأس المال أي مقداره هو ، هل كان ألفاً أو ألفاً وخمسة ، أو سبعمائة وخمسين ديناراً كل ذلك لا علم له به ، فكيف يعلم أنّ التجارة رابحة حتّى يكون الربح بين المالك والعامل بالتصالح من حيث مقدار حصة كل منهما أو بالرجوع إلى الحاكم والقرعة مثلاً ، فإن كل ذلك فرع العلم بأن المضاربة رابحة ، وقد تكون رابحة ولا خاسرة كما لو كان رأس المال ألف دينار ، وقد تكون خاسرة كما لو كان رأس المال ألفاً وخمسمائة دينار فمن أين يحصل العلم بأنها رابحة ، وأن رأس المال كان سبعمائة وخمسين ديناراً مثلاً حتّى يترتب ما ذكره السيد الأستاذ عليه السلام . فلا جواب لكلام صاحب الجواهر عليه السلام في النقطة الثانية هذه ، وقد عرفت الحال في النقطة الأولى .

والغرر الذي يذكره صاحب الجواهر عليه السلام إنما يذكره هنا أي في هذه الصورة ، لا في صورة

﴿ الجهل بمقدار وجنس رأس المال الذي يؤول إلى العلم ، بل في صورة عدم أوله إلى العلم فقد تكون التجارة المذكورة رابحة أضعاف رأس المال ، إذ قد يكون رأس المال مائتي دينار في الواقع إلا أنه لا يعلم به فلا يعلم بحصول الربح فلا يعطى العامل منه أي شيء ، والغرر ليس هو إلا الضرر المالي أو العرضي أو النفسي وأليس هنا ضرر . ولم يجب السيد الأستاذ رحمته في هذه الصورة لا عن لزوم الغرر ولا على عدم معرفة الربح الذي هو روح هذه المعاملة اللذين ذكرهما صاحب الجواهر رحمته .

وقد يقال : إن كلام السيد الأستاذ رحمته مختص بما إذا علم حصول الربح ، والجواب : إن اطلاق قوله : «ومع الإغماض عن ذلك وفرض عدم اتضاح معرفة المال إلى الأخير» دليل على عدم الاختصاص ، إلا أن يراد من عدم الاتضاح عدم الاتضاح التفصيلي دون الاجمالي ، وقوله : «بعد افراز القدر المتيقن الذي يستحقه المالك» علم اجمالي برأس المال وهو كافٍ ، ويكون ذلك قرينة على عدم الاطلاق في كلامه المتقدم . والظاهر أن مراده رحمته هو هذا . إلا أن هذا خارج عن محل الكلام بالكلية ، لأن الكلام في أنه مع الجهل الذي لا يؤول إلى العلم - لا إلى علم تفصيلي ولا إلى علم اجمالي - لا يمكن معرفة الربح أصلاً ، فالقول بأنه على فرض العلم بحصول الربح خروج عن محل الكلام بالكلية .

وعلى كل تقدير ، الجهالة الراجعة إلى العلم لا تضر ، وكلام صاحب الجواهر في الجهالة المضرة وهي التي لا تؤول إلى العلم ، ومحل الكلام هو عدم معرفة الربح ، فلا معنى لفرض حصوله وأخذه متيقناً ، وليس لما ذكره السيد الأستاذ رحمته أي نقض لكلام صاحب الجواهر رحمته . وقول السيد الأستاذ رحمته ما مضمونه : على فرض العلم به الاستفادة من قوله : «ومع الاغماض عن ذلك وفرض عدم اتضاح معرفة المال إلى الأخير فيمكن أن يكون الربح بين المالك والعامل وان لم يعرف أي مقدار يستحق كل منهما فيرجع في التعيين إلى التصالح بعد افراز القدر المتيقن الذي يستحقه المالك» [ المتقدم قبل ثلاث صفحات ] فإن قوله بعد افراز القدر المتيقن معناه وجود علم اجمالي برأس المال وهو خروج عن محل البحث ، لأن المفروض أنه لا يعلم ، ولا طريق إلى العلم به كما اتضح من الكلام المتقدم ، الذي قلنا أنه إلا إذا كان لهما

«علم إجمالي برأس المال وكان المال حين التصفية أكثر منه ، وهو أيضاً خروج عن محل البحث .

**ونظير ما ذكره السيد الأستاذ** ما ذكره بعضهم حيث قال : «لا يلزم الغرر من الجهالة برأس المال في مثل المضاربة ، لأنه إنّما يلزم في المعاوضات ونحوها ، حيث يكون الجهل بالثمن والمثمن يجعل المقدار الذي يملكه أحد الطرفين من المال في قبال المال الآخر مجهولاً فيلزم الغرر والمخاطرة ، وهذا لا موضوع له في المقام ، إذ المقدار الذي يتاجر به متعيّن واقعاً وإن كان مجهولاً حين العقد ، فإذا حصل فيه ربح كانت حصة من الربح للعامل ، والربح ومقداره مجهول حصوله على كل حال في المضاربة ولا بأس به . نعم ، قد يفرض أنّ العامل أو المالك لا يقدم على المعاملة إذا كان رأس المال قليلاً جداً ، إلا أنّ هذا ليس غرراً . وأما الاختلاف أو الاشتباه في تحديد مقدار الربح ومحاسبته فهذا أمر آخر اثباتي لا ربط له بمسألة الغرر الثبوتي في المعاملة ، ولا يوجب بطلانها كما لا يخفى» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٥٦ - ٥٧ .

**أقول : إن المستشكل** (حفظه الله) قال في عبارته المتقدمة : «فإذا حصل فيه ربح كانت حصة من الربح للعامل» أقول : كيف يعرف أنه حصل ربح مع فرض الجهل بمقدار رأس المال المستلزم للجهل بحصول أصل الربح ، فكيف تكون «حصة من الربح للعامل» . وكيف تكون الجهالة التي لا تؤول إلى العلم غير موجبة لبطلان المضاربة ، وهل روح هذه المعاملة وليّها هو شيء غير الربح وكونه بين المالك والعامل ، وينبغي أن لا يشتبه القارئ للعبارة المذكورة في كلامه ، فإنه قال في عبارته المتقدمة : «وأما الاختلاف أو الاشتباه في تحديد مقدار الربح ومحاسبته فهذا أمر آخر لا ربط له بمسألة الغرر الثبوتي في المعاملة ، ولا يوجب بطلانها كما لا يخفى» . فإنه ليس هنا اختلاف ولا اشتباه في تحديد مقدار الربح ومحاسبته لعدم العلم بأصل حدوثه ، وإنّما يكون اختلاف أو اشتباه في تحديد مقداره بعد العلم بحصوله ، أي ذلك فرع العلم بحصوله ، ولا علم بحصوله أصلاً ، وكيف حينئذ لا يكون العلم بحصوله موجباً لبطلان المضاربة ؟ ! .

ثمّ إنه ذكر المستشكل المتقدم ذكره اشكالاً على السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمه الله القائل بأن

« شرعية المضاربة على خلاف القاعدة ، وعدم إمكان التمسك بالعمومات العامة في كل شيء شك في اعتباره في المضاربة لنفي اعتباره ، فلو شككنا في اعتبار معلومية رأس المال حال عقد المضاربة وعدم اعتباره ، لا دليل عندنا يقتضي القول بأنه لا يعتبر العلم بمقداره وجنسه حال عقد المضاربة وكفاية العلم به بعد المضاربة ، لأن قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أو قوله تعالى : ﴿تِبْجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾ لا يشملان المضاربة ، لأن شرعيتها على خلاف القاعدة ، فلا بد وأن يتمسك السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته الله لاثبات عدم اعتبار العلم برأس المال قدراً و جنساً حين عقد المضاربة وكفاية العلم به بعد ذلك باطلاقات أدلة المضاربة ، وهي ليس لها اطلاق من هذه الجهة لعدم كونها في مقام البيان من هذه الجهة ، ونص عبارته هي : «إلا أن هذا كله إنما ينفع بعد فرض وجود اطلاق يقتضي الصحة ، وهو ثابت عندنا بالقاعدة ، وأما روايات المضاربة فالاطلاق فيها من هذه الناحية فرع كونها في مقام البيان من جهتها ، وهو محل تأمل ، إذ لم يرد في شيء منها السؤال عن هذه الحيثية في رأس المال ، ومن هنا يصعب على القائلين بمسلك بطلان المضاربة على مقتضى القاعدة تصحيحها في المقام ، ونفي شرطية هذا الشرط إذا احتملنا شرطية العلم بمقدار رأس المال من أول الأمر في صحة المضاربة» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٥٧ .

أقول : إننا وإن لم نوافق السيد الأستاذ رحمته الله على كون شرعية المضاربة على خلاف القاعدة ، إلا أن السيد الأستاذ رحمته الله القائل بأن شرعيتها على خلاف القاعدة لا شك تكون روايات المضاربة عنده دالة على عدم اعتبار المعلومية حين العقد وكفاية العلم بها بعد العقد ، لأن صريح روايات المضاربة إنما هو الدلالة على أن روح هذه المعاملة إنما هو الربح وكونه بين العامل والمالك ، فإذا علم به صحت ، وإلا بطلت - كما هو الحال عند صاحب الجواهر الذي يرى أن شرعية المضاربة على طبق القاعدة لا على خلاف القاعدة ، وما ذكره من أن روح هذه المعاملة إنما هو الربح الذي يكون بين المالك والعامل إنما هو مستفاد من روايات المضاربة لا من العمومات العامة - ولا فرق في العلم به بين أن يكون رأس المال معلوماً حال العقد أو بعد العقد ، فليس الدليل على عدم اعتبار المعلومية لرأس المال قدراً و جنساً حال العقد متوقفاً على الإطلاق

كتاب المضاربة / يشترط في المضاربة أن يكون رأس المال معلوماً معيناً..... ١٧٥

الرابع : أن يكون معيناً . فلو أحضر مالين وقال : قارضتك بأحدهما أو بأيّهما شئت ، لم ينعقد<sup>(١)</sup> إلا أن يعيّن ثم يوقعان العقد عليه . نعم ، لا فرق بين أن يكون مشاعاً أو مفروزاً بعد العلم بمقداره ووصفه ، فلو كان المال مشتركاً بين شخصين ، فقال أحدهما للعامل : قارضتك بحصتي في هذا المال ، صحّ مع العلم بحصته من ثلث أو ربع . وكذا لو كان للمالك مائة دينار مثلاً ، فقال : قارضتك بنصف هذا المال ، صحّ .

(١) لم يعرف وجه ذلك .

وقد يقال<sup>(١)</sup> إن عنوان (أحدهما) أي الفرد المردد المبهم لا تشخّص له في الخارج ولا وجود ، إذ إن الموجود في الخارج معين ومشخّص ، وهو هذا الفرد ، وهذا الفرد ، ولا تصح المضاربة بما هو غير موجود في الخارج ، ضرورة أن تكون التجارة بأمر معين ومشخص ، لا مبهم لا وجود له وهو عنوان (أحدهما) .

وهذا الذي ذكره بعضهم لا يمكن المساعدة عليه على ما بيّناه في بحث الواجب التخيري في الأصول مفصلاً<sup>(٢)</sup> حيث قلنا إن الجامع بين شيئين المعبر عنه بعنوان (أحدهما) موجود في

فيها ، بل صريح روايات المضاربة دالة على ذلك . فهذا الإشكال منه على السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> أيضاً غير وارد .

(١) القائل السيد الحكيم<sup>رحمته</sup> تبعاً لصاحب الجواهر . قال في الجواهر : «ولو أحضر مالين وقال : قارضتك بأحدهما أو بأيّهما شئت لم ينعقد بذلك قراض للإبهام في الأوّل المانع من تعلق العقد ، فإن المبهم لا وجود له في الخارج ، وموقوفية العقد على التخيير إلى حال وقوعه ، وليس في الأدلة - حتّى الإطلاقات - ما يدلّ على مشروعية ذلك ، بل لعل الأدلة قاضية بخلافه ، ضرورة ظهورها في سببية العقود ، وعدم تأخر آثارها عنها ، وجعل الخيار كاشفاً عن مورد العقد من أوّل الأمر لا دليل عليه لكونه مخالفاً للأصل ، ومن هنا لم يحك خلاف في البطلان حتّى من القائلين بالجواز مع الجهالة» الجواهر ٢٦ : ٣٥٩ - ٣٦٠ .

وقال السيد الحكيم «فإن المبهم المردد لا وجود له في الخارج فلا يكون موضوعاً للأحكام المستمسك ١٢ : ٢٤٨ «أو ١٤٩ (طبعة بيروت)» .

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٤٥ : ٢٢٢ - ٢٢٧ .

الخارج لا محالة ، ضرورة وجود الجامع في ضمن أفراده لا مستقلاً ، ولذا لا مانع من أن يعطي زيداً درهماً ويقول : أعطه لأحد هذين الرجلين ، أو اصرفه في أحد هذين المصرفين ، أو نحو ذلك ، وهذا - أي محل كلامنا - من جعل الموضوع هو الجامع لا الفرد المردد ، وإن كان الفرد المردد لا وجود له في الخارج ، لأن كل ما يوجد في الخارج معين لا ترديد فيه ، إلا أن عنوان (أحدهما) ليس من الفرد المردد ، بل هو موجود في الخارج بوجود فرديه ، ولذا لا يمكن أن يقال لو سقطت النجاسة في أحد الاناءين : إن المعلوم هو نجاسة الفرد المردد ، إذ لا معنى لتنجس الفرد المردد بعد وضوح أن الذي يتنجس هو الموجود الخارجي المعين ، إلا أن العلم ربما لا يتعلق بالشخص ويتعلق بالجامع ، وهذا أمر ممكن في التشريعات والتكوينيات ، وعليه فلا مانع من جعل المضاربة بعنوان (أحدهما) ، ويكون التخيير في تعيين ذلك للعامل أو المالك ، وهذا مشمول للروايات أيضاً<sup>(١)</sup> وعليه : فلا موجب لهذا الشرط .

(١) أقول : لو أخذ العامل أحدهما صحت حينئذٍ مضاربة معاطاتية ، ولا تختص صحة المضاربة بالمضاربة العقدية حتى يتجشم عناء ذلك .

ثم إنه هل يعتبر في الجامع بين المالكين اللذين أحضرهما المالك أن يكونا متساويين من حيث العدد والجنس ، أو لا يعتبر ، بل يكفي ولو كانا مختلفين ؟

قد يقال : لا بد وأن يكونا متساويين من حيث العدد والجنس ، لأنه إذا كانا كذلك يصح أن يقال : الجامع بينهما موجود وهو عنوان أحدهما ، وأما إذا لم يكونا كذلك فلا جامع بينهما حتى يكون موضوعاً للحكم ، فهو من جعل الموضوع الفرد المردد المبهم ، وقياسه على أحد الاناءين في غير محله . نعم ، قياس الأول على أحد الإماءين صحيح . وعليه : فلا بد في الحكم بالصحة العقدية «اللفظية» من تقييده بما إذا كان المالكان متساويين من حيث العدد والجنس ، ولذا ذكر السيد الأستاذ<sup>(٢)</sup> نظير ما ذكرهنا من التفصيل في الشرط الخامس من شروط الحوالة - على ما سيأتي إن شاء الله - قال<sup>(٣)</sup> تعليقاً على قول الماتن<sup>(٤)</sup> : (ولو أحال على نحو الواجب التخييري أمكن الحكم

« بصحته لعدم الإبهام فيه حينئذٍ ) قال : « فيما إذا تساوى الدينان كماً وكيفياً ، كما لو كان المحيل مديناً لزيد بعشرة دنانير عن ثمن مبيع اشتراه منه ، وبعشرة أخرى عن دين استقرضه منه ، فأحاله على عمرو بعشرة دنانير خاصة ، فإنها محكومة بالصحة جزماً ، حيث لا خصوصية في الدين من حيث سببه وأنه بسبب القرض أو الشراء ، فتكون الحوالة متعلقة بالجامع قهراً . وبعبارة أخرى : أن الحوالة في هذا الفرض متعلقة بالمعين دون المردد ، فإنها إحالة للمحتال على المحال عليه بنصف ما عليه - المحيل - . وأما إذا اختلف الدينان ، فالفرض عين فرض الدين مبهماً ومجهولاً ، وليس هو شيئاً آخر في قبالة ، فإنه مبهم ومردد ولا واقع له حتى في علم الله عزوجل ، ومعه فلا وجه للحكم بصحتها » موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٥٠٤ . وكذا غير هذا المورد .

**وفيه : أن الجامع الذي ذكره السيد الأستاذ رحمته هنا - أي في محل الكلام وهو المضاربة - غير متوقف على كون المالين متساويين ، بل هو قائم وموجود حتى لو كان المالان مختلفين من حيث العدد والجنس ، إذ لا دخل للتساوي في الأثر المقصود وهو المضاربة ، والذي له دخل في الجامع بين الفردين هو إمكان مضاربة العامل بكل واحد منهما ، وهو موجود سواء كانا متساويين من حيث العدد والجنس أم لا . فيصدق حينئذٍ الجامع بينهما وهو موجود بوجود فرديه فيتخير بينهما . وأما ما ذكره السيد الأستاذ رحمته من اعتبار التساوي في مورد الحوالة المذكور ، فإنما هو من جهة أن له دخلاً في الأثر المقصود ، وهو الحوالة بدينه ، لا لجهة اعتبار التساوي بما هو تساوي ، فلا وجه للاستشهاد به في المقام على دخل التساوي في الجامع أبداً . فمثلاً لو كان هنا مالان زكاة مختلفان من حيث العدد والجنس ، فقال من بيده أمرهما : اعط أحد المالين لأحد هذين السيدين ، كان الجامع الذي يكون هو متعلق الأمر الموجود بوجود فرديه متوقفاً على كون المالين من سيدين ، وأما لو كان أحد المالين زكاة من غير سيد ، فلا جامع بين هذين المالين الذي أمره من بيده أمرهما باعطاء أحدهما لأحد هذين السيدين ، ولا يتوقف ذلك الجامع على كون المالين متساويين أبداً . فالجامع لابد وأن يكون جامعاً في الأثر المقصود . والجامع في الأثر المقصود في المقام وهو المضاربة إمكان المضاربة بكل منهما**

الخامس : أن يكون الربح مشاعاً بينهما<sup>(١)</sup> فلو جعل لأحدهما مقدراً معيناً والبقية للآخر ،

(١) ذكر الماتن رحمته أن من شرائط المضاربة أن تكون حصة كل منهما من الربح مشاعة كالنصف أو الثلث أو الربع ، وأما إذا كانت غير مشاعة بأن جعل للعامل خمسين ديناراً والباقي للمالك ، أو بالعكس بأن جعل للمالك خمسين ديناراً والباقي للعامل لا تصح المعاملة مضاربة ، وذلك لتقوم مفهوم المضاربة عرفاً وشرعاً بكون الربح مشاعاً ، وأما لو جعل لأحدهما مقدراً معيناً كخمسين ديناراً كما في المثال المتقدم والبقية للآخر فهو خارج عن مفهوم المضاربة ، وداخل إما في مفهوم الإجارة فيما إذا قصد تمليك العمل بإزاء المال ، أو في مفهوم الجعالة إذا أراد جعل شيء بإزاء العمل من دون تمليك ، ومن المعلوم بطلان ذلك سواء كان إجارة أم جعالة ، لأن المفروض فيها أن المالك لا يملك العامل شيئاً بالفعل ، وإنما يملكه الربح المتأخر ، وهو لا يملكه بالفعل ، كما تقدم ذلك في باب إجارة الأرض بمقدار معين من حاصلها<sup>(٢)</sup> وقلنا إن الإجارة باطلة لأن الأجرة غير مملوكة للمستأجر ليعطيها عوضاً لمنفعة الأرض ، مضافاً إلى جهالة حصول الأجرة في الإجارة ، ولا بد من تعيينها وكونها معلومة الحصول<sup>(٣)</sup> .

ولا تساويهما ، ولا كون المالكين من سيدين مثلاً . كما لا يعتبر في المالكين اللذين من سيدين اللذين يراد إعطاء أحدهما لأحد السيدين أن يكونا مما يمكن أن يضارب بهما مثلاً ، وهكذا وهكذا كما هو واضح .

(١) في أول فصل في مسائل متفرقة ، وهو عدم جواز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير بمقدار معين من حاصلها بعد المسألة ١٢ [٣٣٢٩] الواضح ١٠ : ٢٢٣ . موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٣٣٦ .

(٢) في الإجارة البطلان مبني على عدم صحة تمليك المعدوم ووجود الدليل عليه ، فإن قلنا بعدم صحة تمليك المعدوم وبوجود الدليل عليه كما يقول به السيد الأستاذ رحمته فلا يصح إجارة ، وإن قلنا بعدم صحة ذلك ووجود الدليل على صحة تمليك المعدوم بعد وضوح معقولته ، فلا إشكال في صحته إجارة ، فالمسألة مبنائية . هذا إذالم يكن التمليك فيها على نحو الكلي ، وإلا فلا شك في الصحة الذي يقال إنه كالموجود بالفعل وإن كان معدوماً ،

(١) تارة يفرض أنه لا وثوق بحصول الربح بالمقدار الزائد على المعين لأحدهما، وأخرى مع الوثوق بالربح وكونه أكثر من المعين لأحدهما، كما هو المطمأن به عند التجار بالنسبة للسلع.

**وعلى الأول:** لا شك في خروجه عن عنوان المضاربة، إذ لم يحصل للعامل شيء فيما إذا كان المعين للمالك، أو للمالك شيء فيما إذا كان المعين للعامل، ولا بد أن يكون الربح في باب المضاربة بينهما لا مختصاً بأحدهما على ما دلت عليه الروايات.

**وعلى الثاني:** فذكر الماتن رحمته عدم الجواز، وأنه لا بد أن يكون الربح مشتركاً بينهما في جميع أجزائه من دون استثناء.

واستدل على ذلك بظاهر روايات المضاربة، المعبرة بكون الربح بينهما، المستفاد منها اشتراك المالك والعامل في كل جزء جزء منه، فاخصاه بأحدهما خلاف مفهوم المضاربة، وقد ذكرنا أن الأصل في مثل هذه المعاملات التي يكون التمليك فيها متعلقاً بما هو غير موجود هو البطلان.

**ولكن** يمكن أن يقال: إن المستفاد من الروايات أن يكون مجموع الربح بينهما، وعدم اختصاص المالك أو العامل به - لا اشتراكهما في كل جزء جزء منه - وذلك صادق في المقام لو

---

للسلطنة عليه التي تجعله كالمملوك بالفعل، كما يقوله السيد الأستاذ رحمته في مسألة إجارة الأرض لزراعة الحنطة أو الشعير بمقدار معين من حاصلها فيما إذا كانت الأجرة على نحو الكلي في الذمة، وكان قد اشترط الأداء من نفس حاصل الأرض. موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٣٣٦ و٣٣٨ - ٣٣٩.

وأما دعوى البطلان من السيد الأستاذ رحمته في الجعالة فهو غريب، لأنه لا يملك الجاعل المجعول له شيئاً في الجعالة قبل أن يتصدى المجعول له للعمل حتى يقال لا يصح فيها تمليك المعدوم - على القول به كما في الإجارة حيث إن المؤجر يملك العامل شيئاً قبل أن يعمل، وأما في الجعالة فلا - فلا تصح جعالة، وأما بعد أن يتصدى المجعول له للعمل ويحققه فتكون حينئذ جعالة معاطاتية، لأنه يملك المجعول له الشيء المجعول بايجاده للعمل، فليس فيها تمليك للمعدوم، بل تمليك للموجود وحين وجوده لا قبله، وعليه فقبل العمل لا تمليك وبعد العمل التمليك للموجود لا للمعدوم، فكيف لا يصح جعالة؟!

كان الباقي مشاعاً بينهما بأي نسبة كانت مقررة بينهما ، لصدق أن الربح مشاع بينهما في هذه الصورة ولو مع إفراز المعين وعدم اختصاص المالك أو العامل به ، وعليه فلا مانع من الالتزام بصحة ذلك<sup>(١)</sup> وعدم خروجه عن مفهوم المضاربة كما التزم بذلك المصنف في باب

(١) الالتزام بعدم البطلان في هذه الصورة خلاف ظاهر اطلاق الاشاعة ، فإن ظاهرها كما يقوله الماتن<sup>رحمته</sup> كون كل الربح مشاعاً ، ولذا إن السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> قال في المقام بما أنه من جهة صدق الاشاعة ولو في بعض الربح يمكن الحكم بالصحة من هذه الجهة ، فالحكم بالبطلان كما يقوله الماتن<sup>رحمته</sup> محل اشكال ، وكذا احتاط في تعليقه على العروة ولكن في الصورتين .  
فقال تعليقاً على قول الماتن<sup>رحمته</sup> : «فلو جعل لأحدهما مقداراً معيناً والبقية للآخر أو البقية مشتركة بينهما لم يصح» قال : لا يخلو من الإشكال فيما إذا علم أنّ الربح يزيد على المقدار المعين ، وقد التزم<sup>رحمته</sup> في باب المساقاة بالصحة في نظير المقام» العروة الوثقى (مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام) ٥ : ١٥٠ طبع مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة .

ولذا يرد عليه أن الاحتياط في صورة كون الباقي مشتركاً بينهما على نحو الاشاعة في محله ، لأنه فيه وجه للصحة ، وإن كان ضعيفاً بنظرنا ونظر الماتن<sup>رحمته</sup> إلا أنه في الصورة الثانية - وهي ما لو كان لأحدهما مقدار معين وجميع الباقي للآخر - لا وجه له أصلاً ، بل لا بد فيه من الحكم بالبطلان ، لأن الربح ليس مشاعاً ولو في قسم منه ، وكونه مشاعاً مقوماً للمضاربة عرفاً وشرعاً ، فإذا لم يكن كذلك كانت المضاربة فاسدة . ولو كانت الصورة الثانية صحيحة لكان يحل جميع مضاربات الناس مع البنوك ، لأن البنك - الذي هو الشخصية الحقيقية ، ولا فرق بينها وبين الشخصية الحقيقية - يجعل لهم حصة معلومة من الربح ، ويأخذ الباقي كله ، والحصة التي جعلها لهم من الربح هي النسبة المئوية للمال المودع في البنك مضاربة ، إلا أنه في هذه الصورة ليس هنا أي وجه للصحة ، وإن كان للصورة الأولى وجه للصحة وإن كان ضعيفاً .  
ثمّ قد يقال : إنّ الوجه في دخالة الشركة في الربح على نحو الاشاعة في حقيقة المضاربة إنّما

المساقاة<sup>(١)</sup>، مع أن المضاربة والمساقاة والمزارعة من هذه الجهة من وإد واحد. فالحكم بالبطلان

هو الذوق العرفي، حيث يقضي بالدخالة، لأن جعل مقدار معين من الربح للعامل والباقي للمالك لا يوجب تشجيع العامل على السعي في التجارة أكثر من ربحه المعين بكثير، بخلاف ما لو جعل له نسبة معينة، حيث إن ذلك يوجب أن يسعى في المضاربة أكثر طلباً لزيادة مقدار ما جعل له، فإن نسبة الثلث مثلاً المجعلولة له من الربح القليل قليلة، وفي الربح الكثير كثيرة (المضاربة في الاسلام: ٥٢).

وفيه: إن كان المراد بيان وجه اعتبار الشارع دخالة الشركة في الربح بالنحو المذكور في حقيقة المضاربة فهو ممكن، إلا أنه على نحو الاحتمال. وإن كان المراد بيان الدليل على دخالة الشركة في الربح بالنحو المذكور كما هو ظاهر المستدل بذلك في المضاربة فهو لا يعدو الاستحسان، والدليل على اعتبار ذلك إنما هو ما يظهر من الروايات ليس إلا، وقد عرفت أن الظاهر منها هو كون كل جزء جزء من الربح مشاعاً بين المالك والعامل.

(١) في التاسع مما يشترط في المساقاة بعد المسألة العاشرة [٣٥٣٠]. موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٣٢٦ - ٣٢٧. والتزم الماتن<sup>رحمته</sup> في المساقاة أيضاً في الفرضين:

الأول: أن يجعل لأحدهما مقدار معين والبقية للآخر.

الثاني: أن يجعل لأحدهما أشجاراً معينة والأشترار في البقية، أو اشترط لأحدهما مقدار معين من الثمر وإن لم يكن من أشجار معينة مع الإشتراك في البقية.

ثم إن الماتن<sup>رحمته</sup> سوف يتعرض لتفسير هذا الفرع في المزارعة في الشرط الرابع من شروط المزارعة. موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٢٢٧. ويصرح فيه بالبطلان لعدم الإشاعة.

ثم إن الذي يظهر من السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> هنا من قوله: «كما التزم بذلك المصنف في باب المساقاة» التأييد لمطلبه هنا، وهو الإشكال في الالتزام بالبطلان في المقام، والحال إنه في باب المساقاة في المكان المشار إليه وعندما تعرض لقول الماتن<sup>رحمته</sup> بالجواز، قال: وقد خالفه في كتاب المزارعة في المورد المشار إليه والصحيح هو الحكم بالبطلان في المساقاة والمزارعة معاً

السادس : تعيين حصّة كلّ منهما من نصف أو ثلث<sup>(١)</sup> أو نحو ذلك ، إلا أن يكون هناك

في المقام محل إشكال<sup>(١)</sup> .

(١) بمعنى أن تكون النسبة معينة ، للابدئية تعلق الملك بأمر معين ، وأما النسبة غير المعينة فلا واقع لها فلا يمكن تملكها ، فلا شك في الحكم بالبطلان لو لم تعين نسبة حصّة كلّ منهما ، وهذا هو الذي ينظر إليه المصنف ، وهو صحيح لما ذكرناه من لابدئية تعلق الملك بأمر معين ، والنسبة غير المعينة في الواقع لا واقع لها فلا يصح تملكها<sup>(٢)</sup> .

❖ لعدم الدليل على الصحة . موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٣٢٦ . فإذا كان الذي اختاره السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> هناك البطلان في المزارعة والمساقاة فالمناسب أن يكون الذي يختاره السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> هنا البطلان أيضاً لا الإشكال في البطلان .

(١) في الدرس وفي التعليقة على العروة احتاط السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> ، ولكن ظاهر التقرير المطبوع في موسوعة السيد الأستاذ ٣١ : ١٥ عدم الاحتياط في الدرس ، والقول بالصحة في صورة الاشاعة في قسم من الربح . وهو خلاف ما دونته من نص كلامه<sup>رحمته</sup> ولعله لم يكن جازماً بما ذكره من وجه الصحة ثم جزم به فاضيفت كلمة «بل منع» بعد قوله «محل اشكال» وكانت هذه الزيادة بموافقتة ، وإن كان ذلك لا يقتضي إلغاء التعليقة بالاحتياط الوجوبي على العروة ، إذ الجزم بالحكم في البحث لا يتنافى مع الاحتياط الوجوبي في مقام الفتوى .

وعلى كلّ تقدير ، القول بصحة ما ذهب إليه - ولكن لم يذهب إليه - يحل مشاكل كثيرة مبتلى بها في المضاربة مع البنوك ، سواء كان البنك عاملاً أم مالكاً ، حيث يجعلون للمالك مقداراً معيناً كلّ شهر والباقي للعامل ، وإن شارك العامل المالك في جزء يسير من الباقي ، أو حتى لو لم يشاركه في الباقي ، وهو الفرد الشائع في البنوك ، بناءً على صحة جعل مقدار معين لأحدهما والباقي للآخر الذي لم يكن لهذا القسم أي وجه من الصحة وإن كان ضعيفاً على ما تقدّم . إلا أنه لم يذهب<sup>رحمته</sup> إلى صحتها ولا أقل أنه لم يذهب إلى صحتها في مقام الفتوى .

(٢) إلا يمكن أن يقال : هنا أيضاً إن المالك لو لم يعين النسبة وقال : ضارتك على أي نسبة كانت أو أي نسبة شئت ، صح ذلك ووقعت المضاربة صحيحة - كما قال بذلك فيما لو احضر

وأما لو كانت النسبة معينة في الواقع إلا أنهما لا يعلمان بها، سواء تمكننا من العلم بها بعد ذلك أم لا، كما لو ضاربه في هذه السنة بنسبة الريح في السنة السابقة وهما فعلاً لا يعلمان بها، سواء تمكننا من العلم بها بمراجعة دفتر ونحوه أم لا، فهل يحكم بصحة المضاربة أو بالبطلان؟

قال مالين وقال: ضاربتك بأي منهما شئت - حيث لا تكون النسبة لا واقع لها، لأن الأمر أيضاً يتعلق بالجامع بين النسب، فيختار العامل أي نسبة شاء. لا أن النسبة ما دامت غير معينة فلا يكون لها واقع، وما لا يكون له واقع لا يمكن تمليكه، بل النسبة لها واقع وهو الجامع بين النسب وهو إحدى النسب، ووجوده - أي الجامع - بوجود أفرادها، فأی نسبة شاء العامل كانت هي النسبة التي وافق عليها المالك، والتي ملكها المالك للعامل، وهي لها واقع، لا أنه لا واقع لها حتى لا يصح تمليكها، فلا وجه للبطلان، ولا واقع للغرر في المقام، لأن العامل إما أن يختار أن يكون للمالك العشر من الريح وله تسعة اعشار مثلاً، وإما أن يختار أن له عشرًا وتسعة اعشار للمالك، أو يختار أن له خمسة اعشار والخمسة اعشار الأخرى للمالك، وليس في ذلك أي غرر على المالك، ولا أي ضرر، لأن الريح الذي يلحقه يدور أمره بين الزيادة والنقص، ودوران أمر الريح بين الزيادة والنقص يعترف السيد الأستاذ رحمته الله في الفرض الآتي أنه ليس من الغرر بشيء، فليس هنا أي غرر، فلا وجه للبطلان، وإلا فأی فارق بين المقام وبين ما تقدم قريباً في الرابع مما يعتبر في المضاربة فيما لو أحضر مالين وقال ضاربتك بإحدهما أو بأبي منهما شئت، حيث حكم السيد الأستاذ رحمته الله بالصحة.

**اللهم إلا أن يقال:** إن المراد للماتن والسيد الأستاذ رحمته الله أنه لو لم تعين النسبة أصلاً كما لو فرض أنه حتى العامل حينما قال له المالك بأي نسبة شئت لم يختار العامل نسبة من النسب أصلاً إلى أن تمت المضاربة ورفع المالك إذنه عن جواز تصرف العامل بالمال، فهنا النسبة غير معينة والنسبة غير المعينة لا واقع لها ولا يصح تمليكها، فتكون المضاربة حينئذ فاسدة، إذ إن الريح ليس بين المالك والعامل.

وأما لو اختار العامل نسبة بمقتضى تفويض المالك له في ذلك فلا مانع من ذلك.

ولكن هذا من البعد بمكان.

فكلام المصنف رحمته غير ناظر إلى ذلك .

وعلى كل حال ، فقد قيل في الصورة الثانية التي لا نظر للماتن إليها بالبطلان للغرر<sup>(١)</sup> ، ولكن تقدم<sup>(٢)</sup> أنه ليس هنا أي خطر لا على العامل ولا على المالك ، لأن الشك إنما هو في زيادة الربح وقلته ، وليس في ذلك أي غرر<sup>(٣)</sup> ، مضافاً إلى عدم ثبوت النهي عن مطلق الغرر ، وإنما الثابت

- (١) إما بدعوى استفادة بطلان مطلق المعاملات الغررية مما ورد في البيع مع إلغاء خصوصية البيع - الذي قد عرفت في بحث الإجارة الواضح ٩ : ٢١١ - ٢١٣ ، وموسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٢٧ أن ما ورد في البيع من النهي كله لا سند له - أو بدعوى قيام السيرة الممضأة شرعاً على بطلان المعاملة الغررية كما اختاره السيد الأستاذ رحمته في بحث الإجارة على ما سيأتي في الهامش الآتي .
- (٢) في الثالث من شرائط المضاربة وهو أن يكون رأس المال في المضاربة معلوماً قدرأً ووصفاً . موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١٣ .

(٣) أقول : صحيح ليس هنا أي غرر لأن الشك في زيادة الربح وقلته ، إذ إن النسبة في السنة السابقة إن كانت النصف مثلاً فالربح كثير ، وإن كانت الربع فقليل ، وأما فيما تقدم فالغرر الذي كان مدعى من صاحب الجواهر رحمته إنما هو في الجهالة التي لا تؤول إلى علم ، والذي تقدم من السيد الأستاذ رحمته أنه لا غرر في الجهالة التي تؤول إلى علم ، وأما في الجهالة التي لا تؤول إلى علم ، فلم يبين السيد الأستاذ رحمته كيف أنها لا توجب الغرر ؟ ! فإن في الجهالة التي لا تؤول إلى علم ، لا إلى علم إجمالي ولا إلى علم تفصيلي لا شك لا يمكن معرفة حصول الربح من عدمه ، وقد يكون الربح في الواقع كثيراً ، فلا يعطى العامل منه شيئاً ، ولا شك في كونه ضريراً على العامل ، وهل الغرر إلا الضرر المالي أو العرضي أو النفسي . فكيف لا يكون غرر وقد أشرنا إلى هذا فيما تقدم أيضاً .

ثم إن قول السيد الأستاذ رحمته : « مضافاً إلى عدم ثبوت النهي عن مطلق الغرر وإنما الثابت النهي عن بيع الغرر ليس إلا » فغير صحيح .

أما أن الثابت هو النهي عن بيع الغرر فقد تقدم في أول كتاب الإجارة عدم ثبوته بكل

النهي عن بيع الغرر ليس إلا، وعليه فلا مانع من الحكم بصحة ذلك، لصديق المضاربة، سواء أمكن

طرقه. الواضح ٩: ٢١١ - ٢١٣، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٢٧.

وأما أنه لا دليل على ضرورة الغرر فقد تقدم منه عليه السلام أنه لا شك في اعتبار أن لا تكون المعاملة غررية عند العقلاء، سواء كانت مضاربة أم بيعاً أم إجارة على ما ذكره السيد الأستاذ عليه السلام في بحث الإجارة. موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٢٧ - ٢٨، الواضح ٩: ٢١٤، حيث قال في الواضح: لا شك في كون المعاملة على المجهول ليست من المعاملات العقلانية، ولا يقدم عليها العقلاء بعد بنائهم على حفظ المالية في العوضين، أي فيما ينتقل منه وإليه.

أقول: وذلك لا يفرق فيه بين البيع أو الإجارة أو المضاربة، وقال في الموسوعة: «ولا يبعد أن يقال: إن أساس المعاملات العقلانية من البيع والإجارة ونحوهما مبني على التحفظ على أصول الأموال والتبدل في أنواعها... فالمعاملة على المجهول المتضمنة للغرر كبيع جسم أصغر مردد بين الذهب وغيره أو جعله أجرة خارج عن حدود المعاملات الدارجه بين العقلاء، وما هذا شأنه لا يكون مشمولاً للدليل النفاذ والامضاء من وجوب الوفاء بالعقود» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٢٧ - ٢٨. وقوله (ونحوهما) شامل للمضاربة، وقوله (المعاملة على المجهول المتضمنة للغرر) شامل للمضاربة، فإن المضاربة من المعاملات المعاوضية حيث يكون العمل في التجارة عوضاً عن الحصة المقررة للعامل، كما يكون الجسم الأصفر المررد بين الذهب وغيره عوضاً لعمل العامل في البناء أو الخياطة ونحوهما، وعدم المقابل والعوض لو لم تكن المضاربة رابحة إنما هو لتبرع العامل بعمله حينئذٍ، وكلام السيد الأستاذ عليه السلام كله ينادي بأن في المضاربة تمليكاً، ولذا كانت شرعيتها على خلاف القاعدة عنده، لأن التمليك للمعدوم عنده لا دليل عليه إلا في المضاربة والمزارعة والمساقاة حيث دل الدليل على صحة تمليك المعدوم فيها، فلا يذب عن السيد الأستاذ عليه السلام بأنه لا يرى أن في المضاربة تمليكاً كما ذكره في عدم اعتبار أن يكون العامل غير سفيه، بل حتى لو لم يكن فيها تمليك فإن هناك عوضين وليس معنى المعاملات المعاوضية إلا التي تحتوي عليهما بتمليك كان أو بمعاملة بينهما وإن لم يكن تمليك.

متعارف ينصرف إليه الإطلاق<sup>(١)</sup>.

السابع : أن يكون الريح بين المالك والعامل ، فلو شرطاً جزءاً منه لأجنبي عنهما لم يصح<sup>(٢)</sup>

التعيين بعد ذلك أم لا ، إذ على الثاني يمكن الرجوع إلى القرعة أو التصالح بنحو من الأنحاء .

(١) فإنه في حكم التعيين بنسبة معينة .

(٢) لأن تبعية نماء مال أحد لآخر خلاف القاعدة القاضية بتبعية الريح للمال ، خرجنا عن

ذلك في باب المضاربة للدليل الخاص<sup>(١)</sup> الدال على تملك مقدار من الريح للعامل بمقتضى الجعل

(١) وهو ما دل من الروايات على أن «الريح بينهما» كما في صحيحة أبي بصير - يعني المرادي

- قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول للرجل أبتاع لك متاعاً والريح بيني وبينك . قال : لا

بأس» (الوسائل ج ١٩ : ٢٠ باب ٣ من أبواب المضاربة ح ١) وكذا ما عرّب من الروايات بأن «الريح

بينهما» كما في موثقة أبي بصير (الوسائل ج ١٩ : ١٨ باب ١ من أبواب المضاربة ح ١٠) وموثقة

جميل (نفس المصدر ح ٩) ورواية الكنانى (نفس المصدر ح ٦) لكنها ضعيفة بمحمد بن

الفضيل المتعارض فيه التوثيق والتضعيف ، وصحيحة الحلبي (نفس المصدر ح ٥) وصحيحة

الحلبي الأخرى (نفس المصدر ح ٢) وغيرها .

وقد يقال : إن قوله عليه السلام : «الريح بينهما» ليس بظاهر في كونه بينهما وليس لغيرهما ، لأن

المستفاد منها عدم اختصاص الريح بالعامل كما هو الحال في القرض حيث إن الريح فيه

مختص بالعامل ، وعدم اختصاصه بالمالك كما هو الحال في البضاعة ، حيث إنه مختص

بالمالك ، وأنه بينهما حسب توافقهما ، لا نفي أن يكون منه شيء لثالث ، لأن الروايات ليست

في مقام بيان ذلك . ولو شك في كونها في مقام بيان ذلك أو لا ، فلا يصح التمسك بها على

اختصاص الريح بينهما وعدم جواز جعل مقدار منه لثالث كما هو واضح (فقه المضاربة) : ٥٣ .

وكذا قول بعضهم : «ومنها : [أي من الأدلة التي ادعي أنها دالة على كون الريح لابد وأن

يكون بين المالك والعامل ولا يكون جزء منه لثالث أجنبي عنهما] دلالة الروايات على اشتراط

كون تمام الريح بينهما ، وقد تقدم جوابه أيضاً ، وأن هذه الروايات ناظرة إلى بيان أنه لا يصح

« أن يكون تمام الربح للمالك ، بل بينهما كما شرطاً ، لا أنه لا يمكن أن يكون شيء من الربح ثالث بالشرط بينهما» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٦٦ .

أقول : إن الذي يعتبر عدم الجعل ثالث أجنبي في المضاربة في صحة المضاربة كالسيد الأستاذ وغيره (قدس الله أسرارهم) إنما يعتبره لعدم الدليل عنده على صحة المضاربة مع الجعل فيها لثالث بعد فرض كون المضاربة على خلاف القاعدة - وإن كان لنا كلام في كونها على خلاف القاعدة - فيقتصر فيها على خصوص ما دل الدليل عليه ، والدليل إنما دل على أن الربح بين المالك والعامل، فلا دليل على جواز الجعل لثالث ، لا لدليل على العدم ، فانه لم يدع السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> دلالة هذه الروايات على العدم حتى يشكل عليه بأن روايات المضاربة لا تدل على نفي جعل شيء من الربح لثالث .

وأما التمسك بالعمومات على صحة الجعل لأجنبي فعلى مسلك السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> وغيره لا يصح التمسك بها ، لكون شرعية المضاربة خلاف القاعدة عنده ، وعلى مسلك السيد الحكيم<sup>رحمته</sup> المتقدم ذكره في هامش اعتبار أن يكون رأس المال عيناً لا منفعة والماتن<sup>رحمته</sup> يصح التمسك بهما إلا أنه في إثبات معاملة مستقلة جديدة ليست هي المضاربة فالتمسك بالعمومات عندهما لا يثبت جواز الجعل لأجنبي في المضاربة ، وأما على مسلك صاحب الجواهر<sup>رحمته</sup> والمشهور وهو الذي نتبناه من صحة التمسك بالعمومات لاثبات أنها مضاربة ولو كان فيها الجعل لثالث ، فانما يصح التمسك بالعمومات لو لم تخصص ببناء العقلاء القائم على المضاربة قبل التشريع - والشارع امضاها - وبناء العقلاء الذي هو قائم ، قائم على عدم الجعل لثالث غير المالك والعامل وهو مخصص للعمومات ، فلا يمكن التمسك بها لاثبات صحة الجعل لثالث .

ثم إن السيد الهاشمي الشاهرودي حفظه الله قال في كتاب المضاربة : « لا شك في أصل مشروعية المضاربة في الجملة لقيام سيرة المتشعبة والإجماع القطعي قولاً وعملاً على ذلك ، ودلالة الروايات العديدة المتواترة المستفاد من مجموعها صحة المضاربة ومشروعيتها إجمالاً ، وإنما البحث في تخريج المشروعية ، وأن مدركها هل ينحصر في ذلك أو يمكن اثباتها بالأدلة العامة ؟ ويترتب على هذا البحث ثمرة مهمة هي إمكان التمسك باطلاق الدليل لاثبات الصحة

الممضى ، وإلا كان حسب القاعدة باطلاً ، وأما جعله لأجنبي فلم يتم دليل يقتضي جواز ذلك

كما شك في اشتراط شيء زائد في صحة المضاربة على الثاني ، بخلافه على الأول حيث لا إطلاق في الدليل اللبي المتمثل في الإجماع والسيرة ، كما أن الروايات الخاصة كثيراً ما تكون متعرضة لجهات أخرى ، وليس فيها ما يتعرض ابتداءً لصحة كبرى المضاربة في تمام الموارد ، والمستفاد من كلمات السيد الماتن رحمته الله في بعض الفروع القادمة اختيار المسلك الثاني ، حيث تمسك بالعمومات مراراً ، بل سوف يأتي منه في الشرط التاسع من الشروط التمسك بها لإثبات صحة الاسترباح بين العامل ورب المال بغير التجارة أيضاً ، إلا أن مختار بعض الاعلام والمحققين من اساتذتنا العظام رحمهم الله المسلك الأول ، مدعياً بأنه لا يمكن إثبات صحة عقد المضاربة بالرجوع إلى العمومات الدالة على صحة العقود وامضاءها ، وأن صحتها تثبت على خلاف القاعدة ، فلا بد من الاقتصار فيها على مقدار ما دلت عليه الأدلة الخاصة» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٢١ .

ومراده بقوله «حيث تمسك [أي الماتن] بالعمومات مراراً» هو تمسكه بالعمومات في هذا الشرط الذي بأيدينا وهو الجعل لثالث ، والتمسك بها في الشرط التاسع كما صرح به هو ويأتي . وغيرهما كثير .

ولكن التمسك بهما من الماتن رحمته الله لا لأجل اثبات صحة عقد المضاربة الذي فيه الجعل لثالث ، أو اثبات صحة عقد المضاربة الذي فيه الاسترباح بغير التجارة الآتي ، بل تمسك بالعمومات لإثبات أنها عقد جديد ليس هو المضاربة ، بدعوى أن العقود لا دليل على انحصارها بالمعهودات المذكورات في كتب الفقه ، لا أنه يتمسك الماتن رحمته الله بالعمومات لانيان أن المضاربة يجوز فيها الجعل لثالث ، ولا في أن المضاربة يجوز أن يكون الاسترباح فيها بغير التجارة للعمومات ، بل رحمته الله يصرح بقوله هذا في الشرط التاسع فإنه قال : «ولو فرض صحة غيرها للعمومات كما لا يبعد لا يكون داخلاً في عنوان المضاربة» فراجع الشرط التاسع ، وجعل البحث هو جواز الجعل لثالث في المضاربة لا في غيرها ، أو جواز الاسترباح بغير التجارة في المضاربة لا في غيرها .

كتاب المضاربة / يشترط في المضاربة أن يكون الربح بين المالك والعامل دون غيرهما ..... ١٨٩  
إلا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة<sup>(١)</sup> نعم ، ذكروا أنه لو اشترط كون جزء من الربح  
لغلام أحدهما صح<sup>(٢)</sup> ولا بأس به ، خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك ، لأنه يرجع إلى  
مولاه . وعلى القول الآخر يشكل ، إلا أنه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى  
للأجنبي والقدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما ، فالأقوى الصحة  
مطلقاً ، بل لا يبعد القول به في الأجنبي أيضاً وإن لم يكن عاملاً ، لعموم الأدلة .

حتى به يخرج عن القاعدة المقتضية للبطلان ، فلا شك في البطلان .

(١) لأن ذلك يرجع إلى المضاربة مع عاملين .

(٢) لأن ذلك في الحقيقة راجع إلى جعل الحصة للمولى .

نعم ، لو بنينا على ملكية العبد كما هو الصحيح فيدخل ذلك في باب الجعل للأجنبي ، وهو  
خلاف القاعدة .

**ولكن الماتن ناقش في البطلان** وذكر أن الصحة غير بعيدة وإن لم تكن بعنوان المضاربة  
للعوميات والإطلاقات<sup>(١)</sup> ، ولكن عنوان المضاربة غير صادق لاعتبار أن يكون الربح بينهما فيها ،  
فإذا لم يكن بينهما بل كان لأجنبي معهما لم يكن من المضاربة في شيء ، إلا أن تكون معاملة  
مستقلة لها حكمها وحضها من الصحة للعوميات .

وفيه : أنه تقدم منا مكرراً انه ليس لنا في المقام عموم أو اطلاق دال على صحة مثل هذه  
المعاملات المتقومة بتملك ما لا يملك ، ولذا لا يصح تملك ما لا يملك حتى في ضمن عقد  
صحيح ، فلو باعه داراً واشترط عليه أن تكون ثمرة البستان في السنة الآتية لزيد لم يصح ، لأنه  
تمليك للمعدوم<sup>(٢)</sup> وهو غير ممكن إلا فيما دل الدليل على صحته . وعليه فلا يصح التملك

(١) المراد من العمومات والمطلقات قوله تعالى : «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» و«**تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ**» وقوله ﷺ :  
«**المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم**» .

(٢) تقدم ان هذا أولاً : صحيح لو قلنا بعدم الدليل على صحة تملك المعدوم . وثانياً : في  
التمليك الشخصي لا في الكلي ، فانه يصح فيه التملك وإن لم يكن مالكاً كما تقدم ذلك في  
موسوعة السيد الأستاذ ٣٠ : ٣٣٦ و ٣٣٨ - ٣٣٩ . على أن تملك المعدوم أيضاً لا مانع منه ، كما

الثامن : ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل ، فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم يصح ، لكن لا دليل عليه <sup>(١)</sup> فلا مانع أن يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك ، كما عن التذكرة .

التاسع : أن يكون الاسترباح بالتجارة . وأما إذا كان بغيرها ، كأن يدفع إليه ليصرفه في

للأجنبي سواء كان عبداً لأحدهما أم لا .

(١) ذكر بعضهم أنه يعتبر في المضاربة أن يكون المال بيد العامل وتحت تصرفه واستيلائه ، وذهب آخرون إلى عدم اعتبار ذلك وهو مختار الماتن رحمته باعتبار كون المضاربة إنما هي صدور العمل من العامل ورجوع النتيجة إلى المالك والعامل ، وأما كون المال بيد العامل وتحت تصرفه واستيلائه فلم يدل عليه أي دليل ، بل ربما لا يثق المالك بالعامل من إنكار المال أو إتلافه ، فله أن يتحفظ على ماله وتكون يد العامل فيه مسترسلة كلما اشترى العامل يعطي المالك أو يوكل المالك في الاعطاء فيعطي المالك .

وهذا هو الصحيح ، وإن ورد في الروايات عنوان إعطاء المال لرجل ليتجربه ، إلا أن ذلك في سؤال الراوي وليس قيداً في كلام الإمام عليه السلام <sup>(١)</sup> ، ولا شك في جواز إعطاء المال ، وأما أنه شرط في المضاربة فلا ، فلا دلالة في ذلك على الاشتراط . على أن بعض الروايات مطلقة شاملة لما إذا كان المال بيد العامل أو لم يكن ، كمعتبرة أبي بصير قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول للرجل : ابتاع لك متاعاً والربح بيني وبينك ، قال : لا بأس» <sup>(٢)</sup> وغيرها ، فإن إطلاق هذه الروايات شامل لما إذا كان المال بيد العامل أو المالك ، بل لعل ظاهر المعبرة المتقدمة كون المال بيد المالك حيث يقول ابتاع لك .

تقدم في هامش الشرط الأول من شروط المضاربة ، ويأتي أيضاً في أوائل كتاب المزارعة ، وتقدم أيضاً في هامش فصل في مسائل متفرقة بعد المسألة ١٢ [٣٣٢٩] من كتاب الإجارة من الواضح ج ١٠ : ٢٢٤ - ٢٢٥ .

(١) إذا كان الأمر كذلك فكيف استفاد السيد الاستاذ رحمته من كلمة «يعطي» اختصاص مال المضاربة بغير الدين وعدم الشمول له كما تقدم ذلك منه في الشرط الأول من شروط المضاربة ؟

(٢) الوسائل ج ١٩ : ٢٠ باب ٣ من أبواب المضاربة ح ١ .

كتاب المضاربة / يشترط في المضاربة أن يكون الاسترباح بالتجارة ..... ١٩١  
الزراعة مثلاً ويكون الربح بينهما ، تشكل صحته<sup>(١)</sup> إذ القدر المعلوم من الأدلة هو التجارة .  
ولو فرض صحة غيرها للعمومات كما لا يبعد لا يكون داخلاً في عنوان المضاربة .

(١) ذكر الماتن رحمته : أن الروايات الواردة في المقام كلها واردة بالاسترباح بالتجارة ، فهل يختص الحكم بما إذا كانت المعاملة في المضاربة بخصوص التجارة ، أو يمكن التعدي من ذلك إلى ما لو كانت المعاملة في المضاربة متعلقة بعمل العامل بصرف المال في الزراعة على أن يكون الربح بينهما ، أو بصرف المال في الصناعة بأن يصرف المال في مصنع أو معمل أو غير ذلك من أنواع الاسترباح غير البيع والشراء الذي هو التجارة ، ويكون الربح بينهما .  
اختار الماتن رحمته عدم التعدي ، وأنه مع التعدي عن التجارة تكون المعاملة صحيحة إلا أنها لا تكون المعاملة مضاربة ، لأن المضاربة كما هو المستفاد من الروايات الواردة في المقام خاصة بالتجارة<sup>(١)</sup> ، فإذا كان الاسترباح بغيرها كانت معاملة مستقلة صحيحة للعمومات ، وليست

(١) أقول : المستفاد من بعض الروايات أن الاسترباح بالتجارة كما في صحيحة أبي بصير «ابتاع لك متاعاً والربح بيني وبينك» الوسائل ج ١٩ : ٢٠ باب ٣ من أبواب المضاربة ح ١ . وكذا قوله في صحيحة الحلبي «انت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها» الوسائل ج ١٩ : ١٥ باب ١ من أبواب المضاربة ح ٢ . وكذا قوله في موثقة جميل «في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة» الوسائل ج ١٩ : ١٨ باب ١ من أبواب المضاربة ح ٩ .  
وان كان في استفادة الاسترباح بالتجارة منها كلها تأمل ، لأنها ظاهرة في الشراء فقط ، فقد يكون الانتفاع والاسترباح بالنماء ونحوه لا البيع ، أو من ثم بالبيع أيضاً .

على أن في بعض الروايات «يعمل بالمال» وهو كما يصدق على الاتجار يصدق على غير الاتجار مما فيه الاسترباح ، كما في صحيحة أبي الصباح الكناني «في الرجل يعمل بالمال مضاربة» الوسائل ج ١٩ : ١٦ باب ١ من أبواب المضاربة ح ٣ . وكما في صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال «في المال الذي يعمل به مضاربة» الوسائل ج ١٩ : ٧ باب ١ من أبواب المضاربة ح ٧ . وكذا ما ورد في الوصية بالمضاربة بمال الصغار كما في صحيحة محمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه «سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال ، لهم ، وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم ، فقال : لا بأس به من أجل أن أباهم قد

«أذن له في ذلك وهو حي» الوسائل ج ١٩: ٤٢٧ باب ٩٢ من أبواب الوصايا ح ١. فاطلاق هذه الروايات كاف في عدم اختصاص المضاربة بالتجارة، فتشمل الزراعة والأعمال والمعامل والشركات المصنعة والمولدة، بل الشركات الخدمية المتخصصة بالاعمار والازدهار، سواء كان ذلك بانشاء سدود أم تعبيد طرق أم بناء مدارس تعليمية أم عمارات سكنية أم معامل للسيارات أم السفن أم شركات للحمل أو النقل أو ما شابه ذلك. على أنه لا خصوصية للتجارة في تحصيل الربح الذي يكون بين المالك والعامل الذي هو روح هذه المعاملة، وتحقق أركان المضاربة التي هي المال والعمل والربح، وإن كانت التجارة هي الفرد الشائع في ذلك الزمان للاسترباح، بل ربما لا يتيسر غيرها مما يعمل به مضاربة، وهذا لا يقتضي الاختصاص بها كما هو واضح.

وأما ما يقال من أخذ الاتجار في مفهوم المضاربة، فأول الكلام على أن المضاربة متقومة برأس المال والعمل وتقسيم الربح بين المالك العامل ولا فرق في ذلك بين حصول الربح بالتجارة أو الزراعة أو الصناعة أو الاستنماء أو نحوها.

وأما ما في التذكرة من أنه لا تصح المضاربة على الأعمال، لأنه يمكن الاستئجار عليها فاستغني به عن المضاربة، وإنما يجوز القراض فيما لا يجوز الاستئجار عليه. التذكرة ١٧: ٣٦ فهو تشريع لا من المشرع، فإنه أي مانع عند الشارع المقدس من أن يجعل سببين كل منهما يحقق مسبباً واحداً، فإن الربح كما يمكن أن يحصل بالبيع يمكن أن يحصل بالإجارة ويمكن أن يحصل بالصلح، فهل يقال إن الربح شرع له البيع فلا يصح الاسترباح بالصلح أو نحوه؟! وإنما يجوز الصلح أو نحوه من المعاملات المربحة فيما لا يجوز البيع فيه!؟

فلا شك ولا اشكال في عدم انحصار المضاربة بالاتجار بمالها، ولذا لم يذكر هذا الشرط في شرائط مال المضاربة لا في الشرائع: ١٦٢، ولا في الجواهر ٢٦: ٦٩٩ - ٧١١، ولا في غيرها (١) أقول: ذكر بعض على ما تقدم - في هامش الشرط السابع - في تخريج شرعية المضاربة أن

«مدرکہا هو سيرة المتشرعة والاجماع القطعي قولاً وعملاً والروایات العديدة المتواترة ، أو أن مدرکہا لا ينحصر بذلك ، ويمكن اثبات المضاربة ومشروعيتها بالأدلة العامة أيضاً ، قال : «وترتب على هذا البحث ثمره مهمة وهي إمكان التمسك باطلاق الدليل لاثبات الصحة كلما شك في اشتراط شيء زائد في صحة المضاربة على الثاني ، بخلافه على الأول حيث لا اطلاق في الدليل اللبي المتمثل بالاجماع والسيرة ، كما أن الروایات الخاصة كثيراً ما تكون متعرضة لجهات أخرى ، وليس فيها ما يتعرض ابتداءً لصحة كبرئ المضاربة في تمام الموارد ، والمستفاد من كلمات السيد الماتن<sup>رحمہ اللہ</sup> في بعض الفروع القادمة اختيار المسلك الثاني [أي أن مدرک المضاربة لا ينحصر بسيرة المتشرعة والایجام القطعي قولاً وعملاً على ذلك ودلالة الروایات العديدة المتواترة ، بل يمكن اثبات المضاربة بالأدلة العامة] حيث تمسك بالعمومات مراراً ، بل سوف يأتي منه في الشرط التاسع من الشروط التمسك بها لاثبات صحة الاسترباح بين المالك ورب المال بغير التجارة أيضاً ، إلا أن مختار بعض الأعلام والمحققين من اساتذتنا العظام<sup>رحمہم اللہ</sup> الأول [أي لا يمكن اثبات المضاربة بالأدلة العامة كقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أو قوله تعالى : ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ وهو السيد الأستاذ السيد الخوئي<sup>رحمہ اللہ</sup> مدعياً بأنه لا يمكن اثبات صحة المضاربة بالرجوع إلى العمومات الدالة على صحة العقود وامضائها ، وأن صحتها تثبت على خلاف القاعدة ، فلا بد من الاقتصار فيها على مقدار ما دلّت عليه الأدلة الخاصة» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٢٠ - ٢١ .

**والصحيح في المطلب هذا أن يقال بدل «والمستفاد من كلمات السيد الماتن<sup>رحمہ اللہ</sup> : ... إلخ»**  
 «والمستفاد من كلمات جماعة منهم صاحب الجواهر<sup>رحمہ اللہ</sup> اختيار المسلك الثاني» أي أن مدرک المضاربة لا ينحصر بسيرة المتشرعة والایجام القطعي قول أو عملاً على ذلك ودلالة الروایات العديدة المتواترة بل يمكن اثبات المضاربة بالأدلة العامة ، وذلك لقول صاحب الجواهر<sup>رحمہ اللہ</sup> في شرط أن يكون رأس مال المضاربة عيناً : فلا يجوز بالدين وأن يكون دراهم ودنانير بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى ما قيل من أصالة الفساد هنا ، السالمة عن معارضة : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة ٥ : ١] و(المؤمنون -

ولكن تقدم الكلام غير مرة في أنه لا يمكن التمسك بالعمومات فيما هو خلاف القاعدة، لعدم إمكان تملك المعدوم وهو الربح في المقام، لا من المالك للعامل، ولا العكس، خرجنا عن ذلك في المضاربة والمزارعة والمساقاة للدليل الخاص، فيبقى غيرها على حاله من حيث كونه خلاف مقتضى القاعدة، فلا تشمله العمومات فلا بد من الحكم بالفساد.

«المسلمون - عند شروطهم» [الوسائل ج ٢٠: ٢٧٦ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٤] ونحو ذلك مما عرفت إرادة العقود اللازمة منه، وعن الاطلاقات التي لم تسق لبيان ما تجوز به المضاربة، وإنما هي في معرض أحكام آخر. وإن كان لا يخلو من تأمل، ضرورة الاكتفاء بـ «تَبَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» [النساء ٤: ٢٩] ونحوه في ذلك، بعد الاغضاء عن دعوى عدم اطلاق صالح. ولكن الأمر سهل بعد الإجماع المزبور «الجواهر ٢٦: ٣٥٦، أي ان المانع من التمسك بعموم «تَبَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، والإطلاق الصالح الموجود هو الإجماع المخصص لهما بما إذا كان رأس المال عيناً دنائير أو دراهم. فالتمسك بالعموم أو الاطلاق لإثبات أنه مضاربة، إلا أنه غير ممكن في المقام لتخصيص هذا العموم بالإجماع. وفي غيره لا شك في صحة التمسك بالعموم والاطلاق لإثبات أنه مضاربة، ولذا لم يذكر في الجواهر ولا في الشرائع ج ٢: ٣٨٣ في شرائط مال القراض أن يكون العمل فيه بالتجارة.

وأما الاستفادة من كلمات السيد الماتن رحمته فإنما هو التمسك بالعمومات لا لإثبات أنها مضاربة ولا يعتبر فيها أن يكون المال مصروفاً للتجارة، بل التمسك بالعمومات لإثبات أنها معاملة مستقلة غير المضاربة، ويجوز أن يكون المال مصروفاً فيها في غير التجارة. ولذا صرح رحمته في المتن بقوله «ولو فرض صحة غيرها من العمومات كما لا يبعد لا يكون داخلاً في عنوان المضاربة».

وكذا صرح في المسألة ٣ [٣٣٩٢] حيث قال: «والأقوى البطلان مع إرادة عنوان المضاربة، إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة، لا مثل الفوائد، نعم لا بأس بضمها إلى زيادة القيمة. وإن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحته للعمومات».

كتاب المضاربة / يشترط أن يكون رأس المال بمقدار لا يعجز العامل عن الاتجار به ..... ١٩٥

العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به ، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير ، أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير ، وإلا فلا يصح<sup>(١)</sup> لاشتراط كون العامل قادراً على العمل . كما أن الأمر كذلك في الإجارة للعمل ، فإنه إذا كان عاجزاً تكون باطلة .

(١) ذكر الماتن<sup>رحمته</sup> أن من شرائط المضاربة أن يتمكن العامل من التجارة بمال المضاربة ، فلو وقع العقد على مقدار من المال لا يتمكن العامل من الاتجار به مباشرة إن اشترطت المباشرة أو تسبباً إن لم تشترط المباشرة ، فإن لم يتمكن من الاتجار بمجموع المال بطلت المضاربة كلها ، ورتب على البطلان أنه لا يستحق العامل شيئاً من الربح فيكون تمام الربح للمالك ، ولكن يستحق العامل أجره عمله على المالك إذا كان جاهلاً بالبطلان ، وأما لو كان عالماً بفساد المضاربة ومع ذلك اتجر بالمال فلا يستحق شيئاً من الربح لبطلان المضاربة ، ولا أجره المثل بدعوى أن العامل حينئذ متبرع بعمله ، فإنه بعد علمه بالفساد وعدم استحقاقه شيئاً من الربح لبطلان المضاربة أقدم على العمل والتجارة ، فهو باقدامه هذا متبرع بعمله فلا يستحق أجره أيضاً ولا ربحاً كما عرفت ، ويكون ضامناً للمال إذا تلف المال في يده إلا إذا كان المالك عالماً بالفساد ومع ذلك سلمه المال ، لأنه يكون المالك حينئذ بتسليطه له على هذا المال مع علمه بالفساد ملغياً لاحترام ماله فلا يكون العامل ضامناً .

ثم ذكر أن في فرض الضمان هل ١ - يضمن تمام المال المأخوذ المركب من المقدور الاتجاريه وغير المقدور من الاتجاريه ٢ - أو يضمن المقدار غير المقدور الاتجاريه فقط<sup>(١)</sup> ٣ - أو يفصل بين ما لو كان الدفع دفعة وبين ما لو كان الدفع تدريجياً ، فعلى الأول يضمن الجميع ، وعلى الثاني يضمن المقدار الذي أخذه متأخراً أي الغير المقدور الاتجاريه ، وأما المأخوذ أولاً فلا يضمنه ، لأنه يكون عقد المضاربة بالنسبة إليه صحيحاً ، فهو من ضم غير الفاسد إلى الفاسد ، والمقدور غير فاسد ، وغير المقدور هو الفاسد<sup>(٢)</sup> ، هذا مخلص ما ذكره الماتن<sup>رحمته</sup> .

ويقع الكلام في جهات ثلاث :

(١) ذكر هذين الوجهين وقوى الأول منهما الشهيد الثاني في المسالك ٤ : ٣٥٨ .

(٢) نقل هذا الوجه في المسالك ٤ : ٣٥٨ وأشكل عليه باشكال لعله يأتي .

**الجهة الأولى:** في أصل فساد هذه المضاربة وبطلانها أو عدم بطلانها؟

وبطلانها هو الذي حكم به الماتن رحمته فيما إذا وقعت المضاربة على مقدار من المال لا يتمكن العامل من الاتجار بمجموعه، وإنما يتمكن من الاتجار ببعضه، كما لو كان المال عشرة آلاف دينار، وهو لا يتمكن من الاتجار إلا بمقدار خمسة آلاف دينار، وبالنسبة إلى الخمسة الثانية غير مقدورة، فتكون المضاربة فاسدة كلها وبتمامها وفي تمام العشرة آلاف دينار في المثال المذكور، لاعتبار قدرة العامل على العمل في صحة العقد كما ذكروا ذلك في الإجارة أيضاً<sup>(١)</sup>.

وللمناقشة فيما ذكره رحمته مجال واسع، و الظاهر أنه لا موجب للحكم بالفساد<sup>(٢)</sup>، سواء كان المقدور متميزاً عن غير المقدور كما مثلنا بخمسة، وخمسة أو غير متميز عنه كما لو لم يعلم أن ما يقدر على الاتجار به من العشرة آلاف دينار أي مقدار هو، هل هو خمسة أو ثلاثة أو أقل أو أكثر، بعد العلم بعدم القدرة على الاتجار بالمجموع.

أما فيما إذا كان المقدور متميزاً فواضح لا وجه للحكم بفساد المضاربة كلها، ولا شك في صحة المضاربة بالنسبة إلى المقدار المقدور وهو خمسة آلاف دينار، لأنه من ضم معاملة

(١) تبع الماتن رحمته في ذلك صاحب الجواهر رحمته حيث قال في الجواهر: «لعل المتّجه في مفروض المسألة الفساد من غير فرق بين حالي العلم والجهل، وذلك لمعلومية اعتبار قدرة العامل على العمل في الصحة، نحو ما ذكره في الإجارة، ضرورة لغوية التعاقد مع العاجز عن العمل الذي هو روح هذه المعاملة، فضلاً عن معلومية بطلان وكالة من هو عاجز عن العمل، على العمل العاجز عنه...» الجواهر ٢٦: ٣٦٠.

(٢) أقول: هذا كما هو ردّ للماتن رحمته هو ردّ لصاحب الجواهر رحمته، والسيد الحكيم رحمته في المستمسك أيضاً.

أما ما في الجواهر ٢٦: ٣٦٠ فقد عرفت عبارته المتقدمة.

وأما ما قاله السيد الحكيم في المستمسك ١٢: ٢٥٣ «أو ١٥٢ طبعة بيروت» فهو بعد ذكر

عبارة صاحب الجواهر المتقدمة قال: «وتبعه عليه المصنف وغيره، وهو في محله».

صحيحة إلى معاملة فاسدة ، وذلك موجب للتبعيض لا محالة ، كما في سائر موارد التبعض من بيع شاة وخنزير حيث يحكم بالصحة في الأول والبطلان في الثاني ، أو باع مال لنفسه مع مال غيره ، فيصح بالنسبة إلى مال نفسه ويبطل بالنسبة إلى مال غيره لو لم يجز ، بل يصح ذلك في الإجارة أيضاً ، كما لو أجره على عمليين معاً أحدهما مقدور والآخر غير مقدور ، حيث تصح في المقدور دون غيره ، وضم معاملة فاسدة إلى معاملة صحيحة لا يقتضي بطلان الصحيحة ، فلا محالة ينحل عقد المضاربة - كما هو الحال في الإجارة بل البيع وغيره من العقود - إلى ما يكون واجداً للشرائط فيحكم بصحته ، وما لم يكن واجداً لها فيحكم بفساده . وعلى هذا يترتب أن ما ذكره الماتن رحمته من أن العامل لا يستحق شيئاً من الربح لا يمكن المساعدة عليه ، بل يستحق العامل حسبما جعل له من النسبة<sup>(١)</sup> .

وأما لو لم يكن المقدور متميزاً بعد العلم ولو اجمالاً بعدم التمكن من التجارة بالمجموع ، فإن فرض ذلك في الإجارة فالإجارة باطلة لا محالة ، لا اعتبار معلومية العمل فيها والمفروض الجهل به ، كما لو استأجره على حفر مائة بئر في هذه الأرض التي يختلف الوصول إلى الماء فيها

(١) الظاهر مما ذكره الماتن وصاحب الجواهر رحمتهما أن هذه الصورة - وهي صورة كون المقدور متميزاً - لا يحكمون فيها بالبطلان في المعاملة كلها ، وإنما يحكمون ببطلان غير المقدور ، وذلك واضح من دليلهم ، حيث مثلوا المضاربة بالإجارة ، وفي الإجارة بلا إشكال يقولون بالانحلال كما يقولون به في البيع ، فدليلهم القائل باعتبار قدرة العامل على العمل ودخالة ذلك في الصحة نحو ما ذكروه في الإجارة يقتضي أن يحكموا بالصحة في المقدور المتميز كما يحكموا بصحة الإجارة في المقدار المتميز . والبطلان في غيره وهو المقدار غير المتميز كما أن الإجارة عليه باطلة أيضاً ، فيصح حينئذ تمثيلهم بالإجارة . فكلامهم في بطلان المعاملة كلها إنما هو في المقدار غير المتميز .

والذي يظهر من السيد الأستاذ رحمته أنهم يقولون ببطلان المضاربة كلها فيما إذا كان المقدور متميزاً وفيما إذا كان المقدور غير متميز ، وهو غير صحيح .

ما بين ثلاثة أمتار أو خمسين متراً والأجير لا يتمكن منها، ولكن يتمكن من حفر مقدار لا يعلم أنه خمسون بئراً أو أقل أو أكثر، فبما أن العمل غير معلوم ويعتبر في الإجارة - التي هي تمليك العمل بإزاء تملك المال المعلوم - أن يكون العمل معلوماً أيضاً وهو غير معلوم، فلا تصح الإجارة ويحكم بطلانها.

وأما في المضاربة فقد ذكرنا أنه لا يعتبر فيها معرفة مقدار المال لعدم الغرر، وعلى فرض تحققه فلم يدل دليل على نفي الغرر في جميع المعاملات سيما في المضاربة التي هي من العقود الجائزة التي يتمكن كل من الطرفين من رفع يده عن المعاملة، فليس هنا أي غرر فلا مانع من المجهولية ومنه يظهر أن ما تمكن منه يكون صحيحاً وما لم يتمكن منه لا يكون صحيحاً. وما يكون صحيحاً يستحق العامل فيه الحصة المعينة من الربح<sup>(١)</sup>. نعم، إذا كان المالك جاهلاً بعجز

(١) ما ذكره السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> فيما إذا كان المقدور متميزاً عن غير المقدور صحيح لا إشكال فيه. وكذا لو كان المقدور غير متميز، ولكن آل إلى التمييز والمعلومية، وأما إذا كان المقدور غير متميز ولم يرجع إلى التمييز بنحو يكون معلوماً، فلا تكون المضاربة عليه صحيحة خلافاً لما أطلقه<sup>رحمته</sup>، فإنه لو لم يكن يعلم أن مقدار ما يتمكن منه ما هو وأي مقدار، وكان يصرف من رأس المال - الذي هو عشرة آلاف دينار - من دون أي حساب وتميز، وكان الباقي الذي لم يصرفه - ولم يعلم مقداره كم هو لعدم حفظ مقدار ما أعطاه ثمناً لما اشتراه فلم يعلم مقدار ما بقي - قد اختلط بماله، فلم يعلم ما تمكن منه أي مقدار من العشرة آلاف فلم يكن غير المتميز قد آل إلى متميز ومعلوم، فكيف يمكن الحكم بأن المضاربة بمقداره صحيحة بعد تحقق الغرر وعدم معرفة الربح إلى رأس المال، وأما ما قاله السيد الأستاذ من أنه «ذكرنا أنه لا يعتبر فيها [أي في المضاربة] معرفة مقدار رأس المال لعدم الغرر، وعلى فرض تحققه فلم يدل دليل على نفي الغرر في جميع المعاملات سيما المضاربة التي هي من العقود الجائزة» فقد تقدم في هامش الشرط الثالث من شروط المضاربة - وهو أن يكون رأس المال معلوماً قدرأً ووصفاً - أن الجهالة

﴿ في مقدار رأس المال التي لا تؤول إلى علم فيها غرر، والغرر في المعاملات المعاوضة التي منها المضاربة مضر بالمعاملة . وأما ما ذكره السيد الأستاذ رحمته هناك من أنه لا يعتبر معرفة مقدار المال لعدم الغرر، فإنما قاله في الجهالة في مقدار رأس المال التي تؤول إلى علم ، ومثلها لا شك لا في عدم الغرر، ولا في معرفة حصول الربح من عدمه . وإنما الكلام كل الكلام في الجهالة التي لا تؤول إلى علم ، وفي المقام هذه الجهالة إن كانت جهالة تؤول إلى علم بمقدار رأس المال كما هو الغالب فلا يكون فيها غرر ، وأما لو كان جهالة لا تؤول إلى علم كما لو صرف مقداراً من رأس المال ، ولا يعلم مقداره لاختلاط رأس المال بمال آخر خارج عن اختياره ، فلم يعلم مقدار ما تمكن منه وصرفه في المضاربة ، فكيف لا تكون موجبة للغرر ، وكيف لا تكون مانعة من معرفة أصل الربح من عدمه ، فلو فرض أنه حصل نتيجة المضاربة بالمال مقدار ٦٠٠ دينار، لكنه لم يعلم أنه تمكن من الصرف من رأس المال بمقدار خمسمائة أو ستمائة أو سبعمائة فكيف لا يكون غرر؟ ولا يكون هناك مانع من معرفة أصل الربح من عدمه؟ والمفروض أن هذه الجهالة لم تكن تؤول إلى علم لا علم اجمالي ولا علم تفصيلي؟ وعليه فما تمكن منه يكون صحيحاً فيما إذا آلت جهالته برأس المال إلى علم ولو علماً إجمالياً ، وأما لو لم تكن جهالته قد آلت إلى علم فلا يكون ماتمكناً من المضاربة به صحيحاً ، وتكون حينئذ المضاربة باطلة ، ولا يستحق العامل عليه حصة من الربح للغرر أولاً : إذ قد تكون التجارة رابحة كثيراً ، فلا يعطى العامل من الربح شيء ويكون كله للمالك ، وهل الغرر إلا الضرر ، وهل الوارد على العامل في هذه المعاملة إلا الضرر؟ فلا إشكال في تحقق الغرر . وأما قول السيد الأستاذ رحمته : « وعلى فرض تحققه [أي الغرر] فلم يدل دليل على نفي الغرر في جميع المعاملات سيما المضاربة التي هي من العقود الجائزة» فقد تقدم الجواب منّا عن ذلك في هامش السادس من شرائط المضاربة ، وهو تعيين حصة كل منهما من نصف أو ثلث عند قولنا : ثم إن قول السيد الأستاذ رحمته : « مضافاً إلى عدم ثبوت النهي عن مطلق الغرر ، وإنما الثابت النهي عن بيع الغرر ليس إلا» فراجع .

وثانياً : لأن روح المضاربة هو تقسيم الربح بين المالك والعامل ، وهنا لا يمكن معرفة حصوله

العامل كان له خيار تبعض الصفقة، فله فسخ المضاربة واعطاؤه أجره المثل<sup>(١)</sup> والمقصود أنه لا مجال لقياس المضاربة على الإجارة، فالظاهر أنه في كلا الفرضين - أي ما لو كان المقدور متميزاً وما لو كان المقدور غير متميز - يحكم بصحة المعاملة ويكون العامل شريكاً مع المالك - ولا ينتهي الأمر إلى أجره المثل<sup>(٢)</sup>.

من عدم حصوله . وكون المضاربة جائزة لا أثر له ، إذ لا أثر للفسخ بعد الغرر ، إذ على فرض أنها صحيحة فالفسخ في المضاربة جائزة إنما يؤثر من حينه لا من الأول .  
(١) اشكل عليه بأن عقد المضاربة على مبناكم ومبنى المشهور جائزٌ ، فلا معنى للخيار فيه «فقه المضاربة : ٦٣» .

وفيه أولاً: أن جواز عقد المضاربة عند من قال به إنما هو بالنسبة إلى ما يأتي ، لا بالنسبة إلى ما مضى وظهر فيه الربح فانه لازم ، كما اعترف بذلك المشكل على السيد الاستاذ فيما بعد «فقه المضاربة : ٧٧» فيكون خيار تبعض الصفقة مجوزاً لفسخ ما مضى من المضاربة التي تكون لازمة .

وثانياً: أن الجواز لا ينافي ثبوت الخيار كما ذكروا ذلك في المعاطاة عند من قال انها جائزة ، فللمتعاطيين الفسخ بالجواز الخياري لا بالجواز المعاطاتي ، خصوصاً لو اسقطا الجواز المعاطاتي ، أو كان ساقطاً لجهة أخرى ، أو كان في البين تصرف ملزم ، أو تلف أحد العوضين أو كلاهما .

(٢) قيل : «ونلاحظ على الكلام المذكور [وهو كلام السيد الأستاذ المتقدم ذكره] أنه تارة يفترض أن اتفاق المالك والعامل على نحو تعدد المطلوب والانحلال ، بمعنى أن يتجر بأي مقدار يمكنه من المال ، ويكون ربحه بينهما ، وأخرى يفترض أنه يشترط كون الاتجار بتمام المال بنحو الانضمام لا ببعضه . فإن أريد الأول فالمضاربة في المقدار ... وإن أريد الثاني - كما هو الظاهر ، بل صريح ما افترض من تخلف الشرط - فتارة : يراد اثبات الصحة وعدم البطلان فيه على القاعدة ويقطع النظر عن الروايات ، وأخرى : يراد اثبات ذلك على أساس الروايات

الخاصة ، أما البحث على مقتضى القاعدة ، فالمفروض عند السيد الأستاذ رحمته أن مقتضى القاعدة هو البطلان ، لأنّ المضاربة وأمثالها [كالمزارعة والمساقاة] من العقود على خلاف الأصل ، ونحن نحتمل أن تكون مقدورية العمل بتمام رأس المال شرطاً في صحتها ، ولا اطلاق لفظي في شيء من روايات صحة المضاربة يمكن التمسك به لاثبات صحتها» بحوث في الفقه ، كتاب المضاربة : ٨٣ - ٨٤ .

**وفيه : أن معنى هذا الكلام التشكيك في الأمر العقلي في المضاربة ، أي التشكيك في جريان الانحلال في المضاربة وعدم جريانه ، وهو غير ممكن ، فإن الانحلال عقلاً يجري في جميع الأمور التي لا تكون ارتباطية . نعم ، في الأمور الارتباطية لا يجري ، فلا يمكن أن يقال : إذا استؤجر على صلاة الظهر بدينار أنها تنحل إلى الاستئجار على كل ركعة بربع دينار للارتباطية بين الركعات الأربع ، ولا في الاستئجار على صوم يوم واحد أنه استئجار على صوم نصفه أو أربعة أرباعه للارتباطية بين أجزائه ، فلا شك هنا تعتبر القدرة على الاتيان بتمام صوم اليوم كله ، والقدرة على الاتيان بتمام الركعات الأربعة ، وهي شرط في صحة الإجارة ، فلو لم يكن قادراً على التمام لا تكون الإجارة صحيحة ، وأما في غير ذلك كالاستئجار على قضاء صوم شهر رمضان مثلاً ، فلا شك ينحل إلى عدد الأيام فيه ، وكذا في الصلاة وغيرها . فاحتمال الارتباطية في المضاربة من الاحتمالات الموهومة كاحتمال اختصاص صحة المضاربة الواردة في الروايات بالرجل لقوله عليه السلام : «الرجل يعطى المال مضاربة» فلو اعطيت المرأة مالاً مضاربة فلا يكون مشمولاً للروايات الخاصة ، والتمسك بالعمومات غير ممكن لأن شرعية المضاربة على خلاف القاعدة ، فلا بد وأن يتلزم بالبطلان ؟ ! أفهل يمكن أن يقال هذا الكلام فكماً إننا والسيد الأستاذ رحمته وكل أحد لا نحتمل اختصاص روايات المضاربة بالرجل - وإن كنا لم نوافق السيد الأستاذ رحمته على كون شرعية المضاربة على خلاف القاعدة - إلا أنه بناءً عليه لا احتمال لاختصاص المضاربة الواردة في الروايات بالرجل ، فكذا لا احتمال لاختصاص الأمر العقلي بغير المضاربة أي لا احتمال لعدم جريان الانحلال في المضاربة ، حتى يقال : «نحتمل أن تكون مقدورية العمل بتمام رأس المال [الذي وقع عليه العقد والذي هو عقود متعددة أنشئت**

وحينئذٍ فيكون تمام الربح للمالك<sup>(١)</sup> وللعامل أجره عمله مع جهله بالبطلان<sup>(٢)</sup>.

هذا كله الجهة الأولى من الكلام .

وأما الجهة الثانية فهي الآتية في التعليقة الآتية .

(١) ظهر مما تقدم ان الربح بين المالك والعامل بالنسبة المَجعولة في المقدار المقدور ، لا أن تمامها للمالك ، لصحة المضاربة بالمقدور .

(٢) **الجهة الثانية : ذكر الماتن** ﷺ أنه بناءً على ما اختاره من بطلان المضاربة في هذه المسألة أن العامل لا يستحق على المالك شيئاً من الربح لفرض بطلان المضاربة ، وإنما يستحق أجره المثل ، وهذا أيضاً إنما هو فيما لو كان جاهلاً بالبطلان ، كما لو كان متخيلاً أنه قادر على الاتجار بمجموع العشرة آلاف دينار ، فلو عمل بمقدار نصف المال ثم لم يتمكن من الإكمال يستحق أجره المثل بالنسبة إلى عمله ، لأنه لم يقدم على التبرع بعمله ولم يأت به مجاناً ، ففي فرض الجهل ببطلان المضاربة لا بد من إعطائه أجره المثل ، لأن عمل المسلم الذي لم يتبرع به محترم ، وهو يقتضي إعطائه أجره المثل . وأما لو كان عالماً بفساد المضاربة لعلمه بعدم قدرته على الاتجار بمجموع العشرة آلاف دينار ، وإن كان قادراً على بعضه ، ومع ذلك عمل فلا يستحق لا من الربح شيئاً لبطلان المضاربة ، ولا يستحق أجره المثل أيضاً ، وذلك لأنه يكون بعد فرض علمه بالفساد وعدم استحقاقه شيئاً من الربح متبرعاً بعمله ، فلاقدامه على إلغاء احترام ماله والإتيان به

« بانشاء واحد شرط انضمام بعضها إلى بعض [ شرطاً في صحته » . فإن الاحتمال الذي يقول السيد الأستاذ ﷺ بالرجوع فيه إلى أصالة الفساد ليس هو الاحتمال الموهوم ، بل هو الاحتمال العقلاني .

**على أن الظاهر** من روايات المضاربة أن روح المضاربة هو الربح وكونه بين المالك والعامل ، وهذا لا فرق فيه بين كون المقدور هو جميع ما وقع عليه العقد من رأس المال أو بعضه بعد كون العقد هو عقود متعددة أنشئت بانشاء واحد بدل أن ينشئها بانشاءات متعددة وقد شرط ضم بعضها إلى بعض ، فعلى فرض أن الاحتمال المزبور ليس موهوماً ، وأنه من الاحتمالات العقلانية ، فروايات المضاربة غير قاصرة الشمول له .

مجاناً وتبرعاً<sup>(١)</sup> لا يكون له حتى أجره المثل .

وفيه : أنه تقدم في كتاب الإجارة<sup>(٢)</sup> أن العلم بالفساد وعدم إمضاء الشارع للمعاملة غير مستلزم لتبرع العامل بعمله وإلغاء احترام ماله ، بعد التزام المتعاقدين على أن يكون للعمل أجره وإن لم يمضِ الشارع المعاملة ، وذكرنا أن هذا يجري في جميع المعاملات الفاسدة كالبيع ونحوه ، فإن البائع حينما يسلم ماله للمشتري أو العكس مع العلم بالفساد ، لا يقتضي أن يكون التسليم مجانياً ، بل بازاء مقابله ، ولذا يثبت الضمان في المعاملات الفاسدة حتى مع العلم بالفساد ، فالظاهر أن العامل يستحق على المالك في هذه الصورة أيضاً أجره المثل . ولكن مع ذلك ذكرنا في باب الإجارة أيضاً أن استحقاق أجره المثل إنما هو فيما إذا لم تزد على المسماة ، فلا بد وأن لا تزيد

(١) وافق الماتن رحمه الله المحقق والشهيد الثانيين رحمهما - في جامع المقاصد والمسالك - وغيرهما ، فانهم ذكروا أن ضمان المال المقبوض بالعقد الفاسد وكذا المنافع المستوفاة بالعقد الفاسد إنما يختصان بصورة جهل الدافع والعامل ، وأما لو كانا عالمين بالحال فهما قد أقدما على هتك حرمة مالهما وتبرعهما بالمال والعمل فلا يستحقان عوضاً ، وذكر الماتن رحمه الله ذلك في كتاب الإجارة المسألة ١٦ رقم العام [٣٢٩٨] وغيرها في موارد كثيرة متعددة يأتي عدة منها في التعليقة الآتية .

(٢) في عدة موارد منها : الواضح ج ١٠ : ٦٧ - ٦٨ هامش المسألة ١٦ [٣٢٩٨] ، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٢٠٨ - ٢٠٩ .

ومنها : ما في ذيل المورد المتقدم الواضح ١٠ : ٧٦ ، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٢١٤ - ٢١٥ .

ومنها : ما يأتي في الواضح في المسألة ٢٣ [٣٥٥٣] موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٣٥٤ .

ومنها : في المسألة ٤٨ [٣٤٤٥] من الواضح ج ١٢ ، وموسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١٢٢ .

ومنها : في المسألة ٢٣ [٣٤١٢] من الواضح ج ١١ : ٣٥٠ ، وموسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٦٠ .

ومنها : في المسألة السادسة [٣٤٦٥] من الواضح ج ١٢ ، وموسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١٦٠ .

وغیرها .

على الربح في المقام، وإلا فلا يستحق الزائد، لإقدامه على إلغاء احترام عمله بالنسبة إليه<sup>(١)</sup>، سواء كان عالمياً بالفساد أم لم يكن، فلا بدّ في المقام من فرض أن أجرة المثل لا تزيد على حصة العامل من الربح الحاصل من المضاربة، فلو فرضنا أن المضاربة ربحت مائة دينار وكانت حصة العامل منها خمسين، فلا بدّ وأن لا تزيد أجرة المثل التي يستحقها العامل عن خمسين، وإلا كما لو كانت أجرة المثل مثلاً ستين ديناراً، فلا يستحق العامل من أجرة المثل إلا خمسين، لأنه هو الذي أقدم على أن يكون له من الربح خمسون، فهو الذي أقدم على إلغاء احترام ماله بالنسبة لما زاد على خمسين، فلا يبقى له احترام<sup>(٢)</sup> فلا يجب على المالك إلا إعطاء خمسين من أجرة المثل لاستين<sup>(٣)</sup>، نعم لو كانت أجرة المثل ثلاثين استحقها بتمامها.

(١) ذكر السيد الأستاذ رحمته ذلك في الإجارة في المسألة ١١ [٣٢٦٨] الواضح ٩ : ٢٩٦ - ٢٩٧.

موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٨٣ - ٨٤.

(٢) قد يقال : إن رضا العامل بأن يكون له الحصة من الربح كان مقيداً بالمضاربة والمفروض فسادها، فأبي رضا يبقى حينئذٍ حتى يقال هذا الرضا يقيد أجرة المثل في فرض استحقاقها للعامل بما إذا لم تكن زائدة على الحصة من الربح لو كانت المضاربة صحيحة .

وفيه : لو فرض أن رضا العامل بالحصة من الربح كان مقيداً بالمضاربة، فلا شك يكون رضا المالك وأمره بالعمل مقيداً بالمضاربة أيضاً، ومعنى ذلك بطلان جميع ما عامل به العامل من المعاملات، لأنه فضولي ولو أجاز المالك حينئذٍ لا تكون المعاملات التي أجزاها العامل مع أمر المالك، فلا يستحق العامل لا حصة من الربح لفرض فساد المضاربة ولا أجرة المثل، إذ لا أمر له من المالك بالاتجار .

(٣) أشكل على السيد الأستاذ رحمته بما نصه : «وقد وسّع بعض أساتذتنا العظام رحمته هذا المطلب في

المقام فحكم بأن العامل لا يستحق أكثر من المقدار الذي جعل له من الربح لو كانت أجرة مثل عمله أكثر من ذلك، لأنه هدر وألغى احترام ماله بلحاظ الزائد . وهذه التوسعة لا يمكن قبولها، وذلك : أولاً : بالنقض بموارد الإجارة الفاسدة مع كون أجرة المسمى أقل من أجرة

المثل ، وكذا البيع الفاسد بأقل من القيمة السوقية ، لو فرض تلف المبيع . وثانياً : بأن الإقدام على المجانية ليس أمراً انحلالياً بلحاظ قيمة المال وماليته ، بل أمر وحداني إذا تحقق بلحاظ العين أو العمل المستوفى والمقبوض من قبل الغير لم يكن ضمان ، وإذا لم يتحقق كان مقتضى قاعدة اليد أو احترام مال المسلم ضمان قيمته السوقية بتمامها ، سواء كان المسمى المتفق عليه بينهما بمقداره أو أكثر منه أو أقل ، لأن استحقاق أجرة المثل في فرض فساد العقد ليس ضماناً عقدياً ، بل من باب ضمان اليد أو الأمر بالعمل لا مجاناً ، وهو كوضع اليد على مال الغير ، بل هو نحو أخذ للمال الذي هو منفعة العمل ، إلا إذا كان قاصداً المجانية ، وحيث لم يكن قاصداً له فلم يهدر احترام ماله ، فيستحقه بتمامه بقاعدة اليد أو الأمر» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٩٨ .

أقول : قوله «أولاً بالنقض بموارد الإجارة الفاسدة إلخ» هو نقض على السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> أو على غيره ، فإن كان نقضاً على غيره فلا ربط له بالسيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> ، وإن كان نقضاً على السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> فمعناه أن السيد الأستاذ في مورد الإجارة قائل بأن أجرة المثل إذا كانت أكثر من المسمى فيستحقها المؤجر ، وإن كانت الأجرة المسماة أقل منها كما إذا كانت المسماة عشرة ، والمثل خمسين فيستحق المؤجر خمسين ، والحال أن السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> قائل بالعكس وأن المؤجر يستحق عشرة لا خمسين ، قال<sup>رحمته</sup> ما نصه : «إن احترام مال المسلم وإن استوجب الضمان لكنه مراعى بعدم كون المالك بنفسه مقدماً على إغائه وإسقاطه وسلب احترامه ، ومن ثم لو أمر زيداً أن يعمل له العمل مجاناً ففعل لم يكن له بعدئذٍ مطالبة الأمر بالأجرة ، إذ هو بنفسه ألغى الاحترام وأقدم على المجان ، فمال المسلم وإن كان متحرماً في نفسه إلا أنه مخصوص بعدم الإقدام على الإلغاء إما كلاً أو بعضاً ، فلو أقدم على إغائه بتمامه لم يضمن الطرف الآخر شيئاً ، كما أنه لو أقدم على إغائه ببعضه لم يضمن بمقدار ما أقدم ، وعليه فلو أجر داره كل شهر بعشرة دنانير بإجارة فاسدة سواء علم بالفساد أم لا ، وأجرة مثلها كل شهر بخمسين ، لم تكن له المطالبة بالتفاوت ، إذ هو بنفسه ألغى احترام ماله وسلط المستأجر على داره إزاء تلك الأجرة الضئيلة ، فلأجل أنه هو المقدم لإسقاط الاحترام بالنسبة لهذه الزيادة لم

«يكن له حق المطالبة، ومن المظنون بل المطمأن به أن الأمر كذلك حتّى في عرف العقلاء بحسب القوانين الدارجة بينهم، فإنهم أيضاً لا يلتزمون بالضمان في أمثال هذا المورد زائداً على ما أقدم عليه المالك، فلا يطالبون المستأجر بأزيد ممّا عيّن له» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٨٣ - ٨٤، الواضح ج ٩: ٢٩٥ - ٢٩٦ مسألة ١١ [٣٢٦٨].

وأما قوله: «ثانياً: بأن الأقدام على المجانية ليس أمراً انحلالياً إلخ» فإن الانحالية أمر عقلي يجري في كل ما ليس له وحدة ارتباطية لا يصح بدونها، كما مثلنا سابقاً، فإن الاستئجار على صلاة الظهر لا ينحل إلى الاستئجار على كل ركعة ركعة، ولا الاستئجار على صوم يوم واحد ينحل إلى الاستئجار على صوم نصفي نهار، بخلاف الاستئجار على قضاء شهر رمضان فإنه ينحل إلى الاستئجار على كل يوم بكذا، ومحل الكلام من قبيل الثاني لا الأول، فالأقدام على المجانية والإلغاء لاحترام المال إنما يكون بمقدار ما ألغى فيما إذا رضي بنصف الريح مثلاً، فكما أنه لو لم يحصل ربح أصلاً في المضاربة الفاسدة يكون العامل قد ألغى حرمة تمام ماله باعتراف المستشكل، كذلك إذا كان قد حصل من الريح بالمضاربة الفاسدة على عشرة آلاف تكون حصة العامل منها لو كانت المضاربة صحيحة خمسة آلاف، فلو كانت فاسدة وكانت أجرة المثل عشرة آلاف يكون العامل قد ألغى احترام ماله بمقدار النصف، ولو كانت أجرة المثل خمسة عشر ألفاً يكون قد ألغى احترام ماله بمقدار الثلثين، وإن كانت أجرة المثل بمقدار عشرين ألفاً يكون قد ألغى احترام ماله بمقدار ثلاثة أرباع وهكذا، وهو معنى ما مثل به السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> من أن الإلغاء قد يكون للكامل كما لو تبرع بعمله، وكما لو لم يحصل في المضاربة الفاسدة ربح أصلاً باعتراف المستشكل، ومن أن الإلغاء قد يكون للبعض كما هو في محل الكلام.

ثمّ لما انجر بنا البحث إلى كتاب الإجارة رأينا من المناسب أن نذكر كلام المستشكل (حفظه الله) في كتاب الإجارة عندما تعرض لكلام السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> المتقدم نقله، ونرى ما ذا قال فيه .

فإنه قال في كتاب الإجارة في هذه المسألة - وهي المسألة ١١ الرقم العام الذي لم يرقمها

هو حفظه الله به هو [٣٢٦٨] - بعد ذكره لكلام السيد الأستاذ رحمته المتقدم نقله ، قال : «ونلاحظ على ذلك أولاً: أن هذا لو تم في باب الإجارة لتمَّ في غيرها أيضاً من العقود التي تضمن بصحتها كالبیع أيضاً ، فلا بدَّ من القول في القاعدة المذكورة بأنَّ الضمان إنَّما يكون بأقلِّ الأمرين من المسميِّ والقيمة السوقية ، وهذا ما لم يلتزم به نفسه .

وثانياً: حلَّ هذا الإشكال بأنَّ الإقدام على المجانية غير حاصل في المقام ، إذ المراد منه الإقدام على المجانية ورفع اليد عن المال واحترامه للغير بالفعل ، وهذا كما قيل لا يفرق فيه بين رفع اليد عن تمام المالية للمال أو جزئها ، إلا أنَّ ذلك إنَّما يكون فيما إذا أراد أن يهب أو يرفع يده عن جزء من ماله للآخر بالفعل ، فإنه لو تلف ذلك الجزء عنده لا يكون فيه ضمان ، وأما في موارد التعاقد بنحو المعاوضة فلا يوجد إقدام على المجانية أصلاً ، وإنما الإقدام على التخفيف والتنازل عن جزء من القيمة في قبال العوض ، وهو إقدام على المبادلة واعطاء المعوض للغير بعنوان أنه يملكه لا المجانية ... [إلى أن قال] هذا مضافاً إلى أن ما ذكر من التنازل وإقدام المالك على المجانية بلحاظ مقدار من المالية إنَّما يتم صغراه فيما إذا كان التفاوت بين القيمة السوقية والمسميِّ من حين العقد ، لا ما إذا حصل ارتفاع في القيمة السوقية بعد العقد وقبل التلف كما لا يخفى» [بحوث في الفقه] كتاب الإجارة ١ : ١٧١ - ١٧٣ .

أقول : أما النقض الذي نقضه في كلامه وهو ( أن هذا لو تم في باب الإجارة لتم في غيرها من العقود ، وهذا لم يلتزم به نفسه) .

فجوابه أنه تام عند السيد الأستاذ رحمته في غير الإجارة أيضاً من العقود كلها ، فإن هذا مبني ودليله واضح ومقتضى تماميته في باب تماميته في كل الأبواب ، وإلا فلا خصوصية للإجارة وإنما الخصوصية للمبني ، فهو على مقتضى القاعدة يطبق على كل موارد في كل العقود . نعم ، قد يصادف أن لا يذكر هذا الفرع في باب من الأبواب ، فلا يذكر التطبيق ، لا أنه يكون بناؤه في هذا الفرع الذي لم يذكر عكس هذا المبني ، فمن الموارد التي ذكر هذا الفرع وطبق الكبرى عليه .

٢ - ومن الموارد أيضاً ما ذكره السيد الأستاذ عليه السلام في باب المساقاة وطبق المبنى المذكور على المورد، قال: «نعم لابد من تقييد اطلاق الحكم بما إذا لم تكن الأجرة [أي أجرة المثل] أكثر من الحصّة المجعولة له، وإلا فليس له إلا الأقل لإقدامه على إلغاء احترام ماله بالنسبة إلى الزائد عن ذلك المقدار» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٣٥٣، الواضح مسألة ٢٣ [٣٥٥٣].

٣ - ومن الموارد أيضاً ما ذكره السيد الأستاذ عليه السلام في باب الشركة وطبق المبنى المذكور على المورد فقال: «فهو إنما يستحق أجرة المثل فيما إذا لم تزد عن الزيادة التي كانت له على تقدير الصحة، وإلا فلا يستحق الزائد عليها لاقدامه على عدم استحقاقه والتبرع بهذا المقدار، فهو في الحقيقة إنما يستحق أقل الأمرين من الزيادة وأجرة المثل» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٢١٤، الواضح المسألة ١٢ الرقم العام [٣٤٩١].

٤ - ومن الموارد أيضاً ما ذكره السيد الأستاذ عليه السلام في باب المزارعة وطبق المبنى المذكور على المورد فقال عليه السلام: «ومن هنا فإن كان البذر لمالك الأرض وكان الشرط كون النماء بأكمله له، كان مقتضى فساد العقد كون التناج له، لكن لا للشرط لما عرفت من فساده، وإنما لقانون التبعية، ولا يستحق العامل شيئاً، أما من التناج فواضح، وأما من أجرة المثل فلاقدامه على التبرع بعمله على ما كان يقتضيه عقد المزارعة بينهما» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٢٢٦ - ٢٢٧، الواضح: الشرط الثالث من شرائط المزارعة (أول كتاب المزارعة).

٥ - ومن الموارد أيضاً ما ذكره السيد الأستاذ عليه السلام في باب المضاربة غير المورد المتقدم ذكره، وطبق المبنى المذكور على المورد فقال عليه السلام: «وأما مع زيادة الأجرة عن الحصّة فلاقدام العامل على العمل على أن لا يستحق الزائد على هذا المقدار» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ١٢٤، الواضح: المسألة ٤٨ الرقم العام [٣٤٤٥].

٦ - ومن الموارد أيضاً ما ذكره السيد الأستاذ عليه السلام في باب المضاربة - غير الموردين المتقدمين - وطبق المبنى المتقدم ذكره فقال عليه السلام تعليقاً على قول الماتن (لكن يستحق حينئذٍ أجرة المثل لعمله) قال: «لأن عمل المسلم الصادر بأمر الغير لا على وجه المجانية لا يذهب هدراً، وحيث لم تسلم له الصّحة المعينة [فساد المضاربة] تثبت له أجرة المثل لا محالة، لكنك قد عرفت

« فيما مضى أنه إنما يتم فيما إذا لم تزد أجرة المثل عن الحصّة المعيّنة من الربح ، وإلا فله الأقل خاصة لإقدام العامل على اهدار الزائد» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١٥٦ ، الواضح : المسألة الثانية الرقم العام [٣٤٦١] .

٧ - ومن الموارد أيضاً ما ذكره السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> في باب المزارعة وطبق المبنى المذكور على المورد فقال تعليقاً على قول الماتن<sup>عليه السلام</sup> في الشرط الرابع من شرائط المزارعة وهو أن يكون الربح مشاعاً بينهما (فلو شرط اختصاص أحدها بنوع أو بما حصل من قطعة من الأرض لم يصح) : «ويقتضيه كل ما تقدم في وجه اشتراط الاشتراك ، في النماء ، فإن الظاهر من الصحیحين المتقدمين ، تقوّم المزارعة بالإشاعة في النماء بالنصف أو الثلث أو نحوهما ، ومع الإغماض عنها يكفي في الحكم بالفساد عدم شمول العمومات والمطلقات الأولى لمثل هذه المعاملات ، فإن عدم الدليل على الصحة يكفي في الحكم ببطلانها ، وعليه : فيجري فيه ما تقدّم في الفرع السابق من التفصيل في استحقاق أجرة المثل على العمل أو الأرض» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٢٢٧ ، الواضح : الشرط الرابع من شرائط المزارعة ، فإن ما تقدم في الفرع السابق هو ما ذكرناه في المورد الرابع من الموارد المتقدمة .

٨ - ومن الموارد أيضاً ما ذكره السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> في باب المساقاة وطبق المبنى المذكور عليه فقال : «فإنه لا وجه لذلك غير انكشاف بطلان المعاملة ، إلا أن هذا لا ينافي القول بعدم استحقاق العامل لأجرة المثل عندئذٍ ، إذ لا ملازمة بين بطلان العقد واستحقاق العامل لأجرة المثل ، لأنه إنما أقدم على العمل على أساس أن لا يضمن المالك له شيئاً سوى الحصّة من الثمرة على تقدير ظهورها ، ومن هنا صحّ أن يقال إنّه متبرع من جميع الجهات غير الحصّة على تقدير ظهور الثمرة» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٣٤٤ ، الواضح المسألة ١٩ [٣٥٤٩] .

وهذا المقدار من الموارد كافٍ قطعاً في كون السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> ملتزماً بالمبنى المذكور ، وإلا فلا معنى لأن لا يلتزم به بعد أن كان الدليل يقتضيه ، وإلا لناقش في الدليل ولم يقبله في مورده - كما لم يقبله الماتن<sup>عليه السلام</sup> في المسألة ٤٨ [٣٤٤٥] - لا أن هذا المبنى «لم يلتزم به [أي السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup>] نفسه» كما يقوله المستشكل .

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية .

وأما الكلام في الجهة الثالثة فهو الآتي في التعليقة الآتية .

﴿ وأما في باب البيع فلم يذكر هذا الفرع ولم يطرح فيما بحثت وفحصت ، وإنما ذكروا في فرض فساد البيع ما لو اختلفت القيمة بين يوم الضمان (يوم البيع) ويوم التلف ويوم الأداء والمطالبة من جهة الصعود والتنزل ، ولم يتعرضوا لما إذا كان هناك تفاوت بين القيمة السوقية والمسمى في فرض تلف العين المباعة بالبيع الفاسد . ولو تعرض السيد الأستاذ ﷺ لهذا الفرع فلا شك في أنه يطبق المبنى المذكور على المورد ، ولا خصوصية تقتضي أن يتخلف عن تطبيق المبنى على المورد ، ولكن في طول البحث الذي ذكره وهو أن المعتبر أي قيمة هل قيمة يوم البيع أو يوم التلف أو يوم الأداء والمطالبة أو الأعلى ، فعلى فرض أن المعتبر قيمة يوم التلف لأنه يوم الانتقال إلى القيمة ، وإلا فقبله كان الذي يجب رده هو العين . فلو باع داره التي تسوى عشرة بخمسة ثم بعد تلف الدار تلفاً حقيقياً تبين بطلان البيع وقيمة الدار يوم التلف خمسمائة ، استحق البائع بنسبة المسمى إلى القيمة الواقعية ، وبما أنه كان نسبة النصف فيستحق من الخمسمائة مائتين وخمسين ، ولكن لم يتعرض له لأن الأصحاب لم يتعرضوا له .

وأما قول المستشكل على السيد الأستاذ ﷺ «وثانياً: حل هذا الإشكال ...» إلخ فهذا ينافي ما اختاره هو في مسألة المقام هذه في باب المضاربة من أنه لو لم يحصل للمضاربة ربح فلا يستحق العامل أجرة المثل ، لأنه متبرع بعمله ، فإنه قد قال في المقام : «ثم إنه يجب استثناء صورة عدم تحقق الربح عن استحقاق العامل لأجرة المثل على جميع التقادير المتقدمة ، لأن العامل مقدم على المجانية في هذا التقدير» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٩٨ ، واعترف هنا أيضاً بأن رفع اليد عن المالية ، وإلغاء احترامها لا فرق فيه بين رفع اليد عن تمام المالية أو رفع اليد عن اجزائها ، وهو الذي أنكره في مسألة المقام بانكار الانحلال ، وقال إن القيمة والمالية أمر وحداني ، فإما أن ترفع كلها ، وإما أن لا ترفع كلها ، والذي قد عرفت الجواب عنه حسب ما تقدم .

كتاب المضاربة / يشترط أن يكون رأس المال بمقدار لا يعجز العامل عن الاتجار به ..... ٢١١  
ويكون ضامناً لتلف المال<sup>(١)</sup> إلا مع علم المالك بالحال .

وهل يضمن حينئذٍ جميعه لعدم التمييز مع عدم الإذن في أخذه على هذا الوجه ، أو  
القدر الزائد لأن العجز إنما يكون بسببه فيختص به ، أو الأول إذا أخذ الجميع دفعة ،  
والثاني إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما أخذه أولاً؟ أقوال ،  
أقواها الأخير .

ودعوى أنه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع ، وهو عاجز عن المجموع من حيث  
المجموع ، ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه ، إذ لو ترك الأول وأخذ الزيادة لا يكون  
عاجزاً<sup>(\*)</sup> ، كما ترى ، إذ الأول وقع صحيحاً ، والبطلان مستند إلى الثاني وبسببه ،  
والمفروض عدم المزج .

---

(١) الجهة الثالثة : رتب الماتن ﷺ على ما اختاره من بطلان المضاربة في المقام أن العامل  
يضمن مال المضاربة ، لأن المضاربة غير ممضاة من الشارع المقدس ، فوضع يده على مال  
المضاربة وضع لا بحق وبغير إذن المالك فلا شك يكون ضامناً لمال المضاربة .  
وهل يكون ضمانه ١ - لتما مال المضاربة في فرض عدم تمييز المقدور عن غير المقدور<sup>(١)</sup>

---

(\*) هذا من الماتن ﷺ اشارة إلى إشكال الشهيد الثاني ﷺ في المسالك على القول بالتفصيل  
والجواب عليه الذي اختاره الماتن ﷺ .

(١) وكأن تنظير القائل بالبطلان في المضاربة بالإجارة حينما يكون العامل غير قادر على العمل  
يقتضي أن يكون كلام الماتن أو القائل بالبطلان سواء كان هو الماتن أم من سبقه إنما هو في  
صورة عدم تمييز المقدور عن غير المقدور ، لأن الإجارة تصح في صورة كون المقدور متميزاً  
في المتميز وتبطل في غير المقدور ، وكأن الماتن ومن سبقه يقولون بصحة ما لو كان المقدور  
متميزاً في المضاربة أيضاً كما هو الحال في الإجارة عندهم للتحلال ، ولذا قالوا بالضمان في  
خصوص صورة ما لو كان المقدور غير متميز ، وكأن ضمان غير المقدور في المقدور المتميز  
واضح ، وهو الضمان قولاً واحداً ، وإنما الأقوال الثلاثة إنما هي في المقدور غير المتميز ، ولذا  
يقول الماتن : «وهل يضمن حينئذٍ جميعه لعدم التمييز مع عدم الإذن في أخذه على هذا الوجه

إذ لا إذن في أخذ المال في هذه الصورة، أو ٢ - يكون ضامناً للمقدار الذي لا يتمكن من الإتجار به لأن العجز إنما يكون بسببه فيختص الضمان به، وأما الذي يتمكن من الإتجار به فلا يكون ضامناً بالنسبة إليه .

اختار الماتن رحمته : وجهاً آخر غيرهما هو ٣ - التفصيل بين ما لو أخذ المال دفعة واحدة بأن سلّمه المالك عشرة آلاف دينار ليتجر بها وهو غير قادر على الإتجار بها كلها فهنا يضمن الجميع، وأما لو أعطاه في مقام الأداء خمسة آلاف دينار وهو قادر على الإتجار بها ثم أعطاه خمسة أخرى فالضمان إنما هو بالنسبة إلى الخمسة آلاف الأخرى لا الأولى، وكأن الوجه في ذلك بناءً على ما اختاره الماتن رحمته من صحة المضاربة المعاطية: هو أن الدفع الأول وقع صحيحاً، والعامل متمكن من الإتجار به فالمضاربة صحيحة، فليس هنا ما يوجب الضمان، بعد وضوح أن يد العامل يد أمانة، وإنما يختص الضمان بالمدفوع ثانياً، لأنه هو الذي لا تصح المضاربة بالنسبة إليه للعجز، هذا بناءً على ثبوت الضمان بالمضاربة الفاسدة .

ثم قال الماتن رحمته هذا إذا كان المالك جاهلاً بالفساد، وأما إذا كان المالك عالماً بالفساد، ومع ذلك أعطاه فلا يكون ضمان على العامل، لأن المالك هو الذي سلطه عليه مع علمه بالفساد، فالمالك هو الذي ألغى احترام ماله فلا يبقى له احترام، فلا يقتضي على العامل الضمان<sup>(١)</sup> .  
وأشكل على ما اختاره الماتن رحمته من التفصيل بين ما لو أخذ المال دفعة أو تدريجاً<sup>(٢)</sup> بأنه لا

«أو القدر الزائد...»، إلا أن هذه الجهة لم تظهر من كلام السيد الأستاذ رحمته، بل الذي يظهر من كلامه كون القائل بالبطلان قائلًا به في المقدور المتميز والمقدور غير المتميز معاً، وهو غير صحيح .

(١) هذا الذي ذكره الماتن رحمته صرح به الشهيد في المسالك ٤ : ٣٥٨ والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٨ : ١٢٢، ونقله عنهما صاحب الجواهر رحمته حيث قال: «وقد صرح فيهما [أي في المسالك وجامع المقاصد] بأنه لو كان المالك عالماً بعجزه لم يضمن، إما لقدمه على الخطر، أو لأن علمه بذلك يقتضي الإذن له في التوكيل» الجواهر ٢٦ : ٣٦٠ .

(٢) المشكل السيد الحكيم رحمته في المستمسك ١٢ : ٢٥٦ - ٢٥٧ «أو ١٥٣ طبعة بيروت» قال «هذا

إشكال في ذلك إن كان الدفع الأول عن مضاربة مستقلة كالثاني، إذ الأول مقدور للعامل فلا موجب للضمان، وأما الثاني فيما أن العامل لا يقدر عليه بضميمة المال الأول إليه فتبطل المضاربة بالاضافة إليه، وهذا خارج عن محل الكلام، لأن هنا مضاربتين، إحداهما صحيحة والثانية فاسدة. وأما إذا كان الدفع الأول والثاني مبنيين على المضاربة الفاسدة، كما إذا وقعت المضاربة على مجموع المال، وحكم بالفساد لعدم تمييز المقدور عن غير المقدور، فلا فرق بين المدفوع أولاً والمدفوع ثانياً، لأن كلا الدفعين مبنيان على المضاربة الفاسدة فيضمن بالنسبة لهما، لا أن يحكم بعدم الضمان بالنسبة للمدفع أولاً وبالضمان بالنسبة للمدفع ثانياً إذ لا ترجيح، وعقد المضاربة عقد واحد، وكلا الدفعين كانا فيه مبنيين على المضاربة الفاسدة؟ فكيف يحكم بعدم الضمان في المدفوع أولاً وبالضمان في المدفوع ثانياً، إذ لا ترجيح، وعقد المضاربة عقد واحد، وكلا الدفعين كانا فيه مبنيين على المضاربة الفاسدة، فكيف يحكم بعدم الضمان في المدفوع أولاً وبالضمان في المدفوع ثانياً<sup>(١)</sup>.

ولكن هذا يندفع بأن عقد المضاربة لما كان عقداً جائزاً، فالمالك غير ملزم بتسليم المال للعامل بعد العقد لأنه هو معنى الجواز، وليس للعامل حق مطالبة المالك بالدفع، كما ليس للمالك إلزام العامل بالعمل، لأن عقد المضاربة عقد جائز، فلا معنى لأن يقال إن تسليم

﴿ يتم لو كان أخذ الأول بعقد يختص به، والثاني بعقد آخر يختص به، أما إذا كان الأخذ الثاني بعقد موضوعه مجموع الأول والثاني، فيكون موضوع العقد غير مقدور، فيكون العقد باطلاً، فالأخوذ به أولاً كالأخوذ به ثانياً، كلاهما مأخوذ بعقد باطل، فيكون كل منهما مضموناً ولا فرق بينهما﴾ وأشرنا إلى هذا الإشكال في الهوامش المتقدمة.

(١) أقول: هذا الإشكال الذي أشكله السيد الحكيم رحمته الله على القول بالتفصيل هو الذي أشكله الشهيد الثاني رحمته الله على القول بالتفصيل الذي قلنا في الهوامش المتقدمة (لعله يأتي)، فإن إشكال الشهيد الثاني رحمته الله هو ما نصه: «ويشكل بأنه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأول وأخذ الزيادة لم يعجز» المسالك ٤: ٣٥٨.

المالك المال للعامل من الجري على طبق المعاملة الفاسدة ، ونسبة هذه المعاملة الفاسدة بالنسبة إلى الدافعين واحدة . نعم لو كان العقد عقداً لازماً كالإجارة والبيع الفاسدين ونحوهما فهذا الكلام - وهو أن هذا الدفع لا أثر له في تحقيق بيع معاطاتي - صحيح ، لأن الدفع مبني على الجري على العقد الفاسد ، ولا عقد جديد فلا أثر لهذا الدفع ، كما إذا تباع شخصان وكان العقد فاسداً لجهة ما ، ثم سلم كل منهما المال للآخر ولكن التسليم كان مبنيًا على البيع الفاسد ، وأن البائع يرى نفسه ملزماً بالتسليم كما أن المشتري يرى نفسه ملزماً بتسليم الثمن . وأما إذا كان العقد فاسداً من جهة من الجهات ، ولم يكن يجب على المتعاقدين الجري على طبق العقد لكون العقد من العقود الجائزة ، ولكنهما جريا على طبق هذا العقد باختيارهما ورضاهما بلا إكراه ولا اجبار وبطيب نفسيهما كما هو الحال في المقام ، حيث إن المفروض فساد المضاربة ، ومع ذلك سلم المالك المقدار المقدر ، فلا يمكن أن يكون ذلك جرياً على المضاربة الفاسدة ، وإنما المالك قاصد بذلك أن يتجر العامل به على أن يكون الربح بينهما بالنسبة المعلومة ، فيكون هذا بنفسه مصداقاً للمضاربة ، غاية الأمر بنحو المعاطاة ، وإن فرض أن المضاربة السابقة - المضاربة اللفظية - فاسدة ، إلا أن فسادها لا يوجب عدم ترتب الأثر على التسليم الخارجي - ونظير ذلك ما لو أكره على هبة ماله لزيد فوهبه هبة عقدية إكراهاً وبغير اختيار ، ولكنه بعد ذلك سلمه إليه باختياره وطيب نفسه ورضاه وبلا الزام ولا إكراه ، كان هذا التسليم مصداقاً واضحاً للهبة الصحيحة ، وصدور العقد الفاسد للهبة قبل ذلك لا يضر بصحة هذه الهبة اللاحقة ، وليس هذا جرياً على طبق العقد الفاسد ، ولا أنه يرى نفسه ملزماً بذلك ، وإنما هي هبة جديدة منشأة بالفعل الدال عليها - وهذا هو مقصود الماتن جزماً حيث يقول : إن التسليم الأول وقع صحيحاً ، ولا معنى لأن يكون الجري على مقتضى العقد الأول صحيحاً أو غير صحيح ، لأن الجري عمل خارجي لا يتصف بالصحة والفساد ، وعليه فيتعين أن يكون مراد الماتن عليه السلام ما ذكرنا من عدم وجوب جري المالك على طبق المعاملة الفاسدة ، فإذا دفع مقدراً من المال للعامل ليتجره على أن يكون الربح بينهما بالنسبة المعينة ، كان هذا الدفع والتسليم الأول مصداقاً للمضاربة المعاطاتية فيحكم بصحة ذلك ، فطبعاً يكون الدفع والتسليم الثاني دفعاً لما لا يقدر العامل على الاتجار به منضمماً إلى الأول ، فيحكم بفساد الثاني

دون الأول .

وعليه فالقول بالتفصيل في الضمان بين ما إذا كان أخذ المال دفعة واحدة وبين ما أخذه تدريجاً فيحكم بضممان المال كله في الأول ، وخصوص ما أخذه ثانياً في الثاني بناءً على القول ببطلان تمام المضاربة عند عدم القدرة على البعض ، والحكم بضممان العامل لتلف المال مع جهل المالك بالحال - كما اختاره الماتن رحمته - هو الصحيح - والإشكال المذكور غير وارد<sup>(١)</sup>.

(١) لهذا الكلام وجه وجيه من السيد الأستاذ رحمته فيما إذا كان عقد المضاربة بين فقيهين وكانا عالمين بفساد المضاربة العقدية وعالمين بأن المضاربة جائزة لا لازمة ، ومع ذلك قصداً معاً بالاعطاء الأول والأخذ الأول المضاربة المعاطاتية لأنها قصدية منهما ، أو قصد الفقيه الأول الهبة المعاطاتية بالاعطاء والفقيه الآخر قصد الهبة المعاطاتية بالقبض مع علمهما بفساد الهبة العقدية ، ومع علمهما بكون الهبة من العقود الجائزة وعدم وجوب الاعطاء ومع ذلك أعطى وأخذ بقصد الهبة المعاطاتية . وأما مع عدم علمهما بالفساد كما هو الغالب في هذه المعاملات بالنسبة للناس ، فضلاً عن علمهما بجواز عقد المضاربة أو الهبة وعدم لزومهما ، فالاعطاء حينئذٍ بلا شك يكون عندهم لكونهم يرون أنفسهم ملزمين بالاعطاء ، فالاعطاء والأخذ كلاهما يجري على طبق العقد الفاسد ، كالجري عندهم في العقد اللازم الفاسد ، إذ لا علم لهما بأنه يجوز لهما عدم الاعطاء ، ولا علم لهما بفساد المضاربة حتى يكون الإعطاء من المالك جرياً على مقتضى العقد الجائز حتى يكون بنفسه مضاربة معاطاتية مقصودة له ، ويكون ذلك صادراً باختياره بلا جبر من أحد ، وكذلك بالنسبة إلى أخذ العامل أو عمله بالمال ، وإن لم يأخذه ليس بنفسه مضاربة معاطاتية مقصودة له ، فلا شك يكون إعطاء المالك وقبض العامل أو عمله إنما هو جرياً على مقتضى العقد الفاسد ، إذ إنهم لا يفرقون بين العقد اللازم والجائز في ذلك ، فيقصدون بالاعطاء والأخذ الوفاء به ، فيرجع إشكال الشهيد الثاني رحمته ، والذي تبناه السيد الحكيم رحمته القائل بأن كلا الاعطاءين مبنيان على المضاربة الفاسدة ، فلا وجه لتخصيص الضمان بالمدفوع ثانياً .

﴿ ثم إن ما ذكره السيد الأستاذ رحمته شرحاً لكلام الماتن رحمته بالقول بالتفصيل في الضمان وهو - أي التفصيل - ما لو أخذ المالكين على شكل دفعتين ففي الأولى تتحقق مضاربة معاطاتية صحيحة فلا ضمان ، وفي الثاني تتحقق مضاربة معاطاتية فاسدة ففيها الضمان ، أو ما لو أخذ المال كله دفعة واحدة ففيه الضمان كله ، مع اختصاصه بالفقهاء ، أولاً لا يكون وجهاً للتفصيل الذي ذكره الماتن رحمته ، وذلك لأن هذا التوجيه يجري فيما إذا أخذ المال كله دفعة واحدة أيضاً ولا يكون الضمان للمالك كله ، لأنه أيضاً المضاربة فيه من العقود الجائزة لا اللازمة حتى يكون الاعطاء جرياً على العقد الفاسد ، ومع فساد المضاربة العقدية لا يجب لا على المالك الاعطاء ولا على العامل الأخذ والعمل ، فالاعطاء من المالك والأخذ من العامل ، والجري على طبق هذا العقد باختيارهما ورضاهما وبلا إكراه ولا إجبار وبطيب نفسيهما مع فساد المضاربة العقدية ليس جرياً على طبق المضاربة الفاسدة ، بل يكون الجزء هنا بنفسه هو مضاربة جديدة معاطاتية مقصودة ، فيكون بمقدار المقدور وإن لم يكن متميزاً صحيحاً فلا ضمان ، وما كان منه في قبال ما لم يكن مقدوراً له فالمضاربة المعاطاتية باطلة ففيها الضمان ، والحال إن الماتن يقول بالضمان فيه كله ، فأى وجه هذا لشرح قول الماتن في الجواب عن الإشكال عليه بالتفصيل ورد الإشكال عليه ؟ !

لكن المهم أن هذا الضمان إنما هو على القول بالبطلان ، والقول بالبطلان باطل عند السيد الأستاذ رحمته مطلقاً ، وباطل عندنا إن لم يكون المقدور غير المتميز قد آل إلى متميز ، وعدم الأول نادر .

ثم إنه أشكل على ما قاله السيد الأستاذ رحمته شرحاً لكلام الماتن رحمته بأنه : « يلاحظ على ما ذكر : أن هذا خلف المفروض من وحدة المضاربة ، وأن قصد المالك إنما هو انتجار العامل بمجموع المال لا بعضه ، سواء كانت منشأة باللفظ أو بالمعاطاة والفعل ، وأن دفع مقدار من رأس المال ولو كان تدريجياً إنما هو بعنوان الوفاء بالمضاربة المنشأة ، لا انشاء مضاربة جديدة ، فإن هذا خروج عن الفرض » بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ١٠٦ .

أقول : إن كان مراده من وحدة المضاربة هو عدم انحلالها إلى مضاربتين ، فالانحلال في غير

كتاب المضاربة / يشترط أن يكون رأس المال بمقدار لا يعجز العامل عن الاتجار به ..... ٢١٧  
هذا، ولكن ذكر بعضهم أن مع العجز المعاملة صحيحة، فالربح مشترك، ومع ذلك يكون  
العامل ضامناً مع جهل المالك . ولا وجه له ، لما ذكرنا ، مع أنه إذا كانت المعاملة صحيحة  
لم يكن وجه للضمان .  
ثم إذا تجدد العجز في الأثناء وجب عليه ردّ الزائد ، وإلا ضمن .

---

ثم قيد الماتن رحمته القول بالتفصيل الذي اختاره وحكم فيه ثبوت الضمان بالنسبة لما أخذه  
ثانياً بما إذا أخذ الثاني ولم يمزجه مع ما أخذه أولاً .

---

« المركبات الارتباطية أمر عقلي لا يختلف فيه اثنان ، وإن كان مراده من وحدة المضاربة أن  
المالك شرط انضمام المضاربة بماله بعضاً إلى بعض ، فهذا لا مانع منه ، ولا يوجب إلا خيار  
الفسخ لتبعض الصفقة على فرض صحة المضاربة ، ولا فرق في ذلك بين المضاربة اللفظية  
والمعاطية ، وأما قوله : « وأن دفع مقدار من رأس المال ولو كان تدريجاً إنما هو بعنوان الوفاء  
بالمضاربة المنشأة لا انشاء مضاربة جديدة ، فإن هذا خروج عن الغرض » فقد عرفت من اشكالنا  
المتقدم على السيد الأستاذ رحمته أن ذلك هو الذي يحصل لعامة الناس ، وأنهم يقصدون الوفاء  
بالمضاربة اللفظية مع جهلهم بكون المضاربة جائزة وجهلهم بالفساد ، ويكون جريهم كالجري  
في العقود اللازمة بعنوان الوفاء لا انشاء معاملة جديدة .

إلا أن كلام السيد الأستاذ رحمته كما عرفت ناظر إلى ما لو كان المتضاربان عالمين بالفساد  
وعالمين يكون المضاربة جائزة ، وأنه لا يجب عليهم الاعطاء حتى لو كانت المضاربة صحيحة ،  
وقصد المالك بالاعطاء الجري على المضاربة والحال إنها عقد جائز والجري عليه هو بنفسه مع  
قصد المضاربة المعاطية مضاربة معاطية ، كما أن أخذ العامل للمال أو علمه به وإن لم  
يأخذه أيضاً جرياً على المضاربة الجائزة التي يكون الجري عليها هو بنفسه مع قصد المعاطاة  
مضاربة معاطية حقيقة جديدة ، كلها كما قلنا هي التي تقع بين فقيهين عالمين بالفساد ،  
وعالمين يكون المضاربة جائزة ، وعالمين باعتبار قصد المعاطاة في المعاملة التي يراد انشاؤها  
بالفعل الدال عليها بدل القول الدال عليها ، وهو جواب علمي لا عملي ، فلا يمنع من رجوع  
إشكال الشهيد على المعاملات الواقعة عند العرف ، فاشكال الشهيد في الواقع وعملاً لا مدفع  
له . نعم يمكن أن يجاب عنه جواباً علمياً صرفاً غير واقع عند الناس ، والواقع عند الناس  
والعرف هو محكمة إشكال الشهيد رحمته .

ولم يعرف لهذا القيد وجه، إذ إن عدم التمييز لا يوجب توسعة في الضمان، وليس المزج من أسباب الضمان بعد إمكان معرفة التفريق والتمييز، إما من المالك باعتبار أن المال كله له، أو بالتراضي أو بالقرعة ونحوها، فلا فرق بين المزج وغيره.

وعلى كل حال، الأقوى<sup>(١)</sup> عدم الضمان على القول بفساد المضاربة في المقام مطلقاً، سواء كان المالك عالماً بالفساد أم جاهلاً، لأن الضمان إنما يثبت في موارد خاصة، إما ببناء العقلاء أو بضميمة الأدلة الشرعية، كما في ١ - موارد التعدي والتفريط ٢ - وأخذ مال الغير من دون رضاه، كما هو مقتضى النبوي «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(٢)</sup> الظاهر فيه كلمة الأخذ في الأخذ بالقوة والقهر، فلا يشمل ما كان الأخذ فيه برضاه<sup>(٣)</sup>، مضافاً إلى قيام سيرة المتشعبة على الضمان في الموارد المتقدمة، كما أن الضمان ٣ - أ - ثابت بالإتلاف العمدي و - ب - بالاتلاف غير العمدي، لبناء العقلاء وقاعدة من أتلف. وقد ثبت الضمان أيضاً ٤ - فيما إذا كان الإقدام من الأخذ

(١) أقول: ما تقدم من السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> من أن القول بالتفصيل هو الصحيح، إنما كان بناء على القول ببطلان تمام المضاربة عند عدم القدرة على البعض غير المميز وبيان من السيد الأستاذ لعدم ورود الإشكال المذكور على القول بالتفصيل، وأما على القول بالصحة فيما هو المقدر، وإن لم يكن متميزاً - كما هو رأي السيد الأستاذ - فالأقوى عدم الضمان مطلقاً، إذ لا مقتضى للقول بالضمان أصلاً كما سيأتي منه<sup>رحمته</sup>، فلا ينبغي أن يقع خلط بين الكلامين.

(٢) مستدرک الوسائل ج ١٤: ٧ باب ١ من كتاب الودیعة ح ١٢. والرواية ضعيفة وليست هي المستند للضمان بل المستند للضمان هو سيرة المتشعبة على الضمان في الموارد المتقدمة، وكلما اطلقت قاعدة اليد يراد بها ما يكون دليلاً للسيرة، لا رواية على اليد ما أخذت حتى تؤدي لضعفها.

(٣) في هذه الجملة وهي «الظاهر فيه كلمة الأخذ في الأخذ بالقوة والقهر» بحث تقدم في كتاب الإجارة، فإن كلمة الأخذ لو لم تكن عليها قرينة ليست ظاهرة في الأخذ بالقوة والغلبة والقهر، وليس في المقام قرينة على ذلك، تقدم بحث ذلك في كتاب الإجارة من الواضح ج ١٠: هامش ص ٨٤ - ٨٥ فراجع.

كتاب المضاربة / صحة المضاربة على المال الذي في يد غيره أمانة أو غيرها ..... ٢١٩

[٣٣٩٠] «مسألة ١»: لو كان له مال موجود في يد غيره أمانة أو غيرها فضاربه عليها (\*) صحَّ<sup>(١)</sup> وإن كان في يده غصباً أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان ، فالأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك ، لانقلاب اليد حينئذٍ ، فينقلب الحكم . ودعوى أن الضمان مغيب بالتأدية ولم تحصل كما ترى ، ولكن ذكر جماعة بقاء الضمان ، إلا إذا اشترى به شيئاً ودفعه إلى البائع ، فإنه يرتفع الضمان به ، لأنه قد قضى دينه بإذنه ، وذكروا نحو ذلك في الرهن أيضاً ، وأن العين إذا كانت في يد الغاصب فجعله رهناً عنده أنها تبقى على الضمان ، والأقوى ما ذكرنا في المقامين ، لما ذكرنا .

بالضمان ، أ - كما في العقود الضمانية من البيع وغيره ، أو ب - كما في ضمان العقود المشترط فيها الضمان كالعارية التي اشترط فيها المعير على المستعير الضمان . كما أنه ٥ - قد ثبت الضمان في بعض الموارد الأخر تعبداً كعارية الذهب والفضة . وأما فيما إذا لم يكن الآخذ مقدماً على الضمان ، ولم يكن إعطاء المالك له بعنون أن يكون دركه عليه ، فلم يثبت الضمان ، وبما أن المالك في باب المضاربة لم يضمن العامل ، ولم يكن آخذ العامل للمال مع الضمان ، ولم يكن آخذ العامل للمال بالقهر والقوة بل كان برضاه ، ولا نص في المقام يقتضي الضمان ، فلا محالة تكون يده يد أمانة لا يد ضمان بعد فرض عدم التعدي والتفريط ، سواء كان المالك عالماً بالفساد أم لا . بل مقتضى تسالمهم على ما ذكره شيخنا الأنصاري رحمته - على أن «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» وبالعكس - عدم الضمان في المقام ، لعدم الضمان في المضاربة الصحيحة ، ففي الفاسدة كذلك .

(١) ذكر الماتن رحمته أنه لو كان للشخص عند آخر مال بوديعة أو باستعارة أو بوجه آخر من الأمانات التي لا تكون اليد فيها يد ضمان ، أو كان المال الذي له عند آخر من الموارد التي تكون اليد فيها يد ضمان ، كما لو كان المال عند الآخر غصباً أو عارية ذهب أو فضة أو عارية مشروط

(\*) في لسان العرب : قال الجوهري : ذكر بعضهم أن المال يؤنث ، وأنشد لحسان  
المالُ تزري بأقوام ذوي حسبٍ  
وقد تُسَوِّدُ غير السَّيدِ المألُ  
في لسان العرب : أَرَزْتُ فلاتاً أَرُزُهُ أَرُراً قويته . مادة أزر ١٣ : ١٣١ .

فيها الضمان ، ففي كل ذلك إذا ضاربه عليها<sup>(١)</sup> صحت المضاربة ، إذ لا يعتبر أن يكون المال عند المالك ، كما لا يعتبر الإقباض الخارجي بلا إشكال<sup>(٢)</sup> .

فلو اشترى العامل للمالك شيئاً ودفع المال للبائع ، فلا شك في سقوط الضمان لو كانت يد العامل قبل المضاربة يد ضمان ، لأن الدفع إلى البائع إنما هو بأذن المالك ، فهو وكيل عن المالك في هذا الدفع ، ومعلوم أن فعل الوكيل هو فعل الأصيل الموكل ، فكأن الموكل هو الذي أقبض المال وسلمه إلى البائع ، فلا شك في سقوط الضمان لو كانت يد العامل قبل المضاربة يد ضمان .

**وإنما الكلام** في أن مجرد عقد المضاربة على المال المضمون وقبل أن يشتري العامل به شيئاً للمالك أو قبل أن يسلم الثمن إلى البائع هل يوجب سقوط الضمان عن ذي اليد لو كانت يده ضمان قبل المضاربة أو لا ؟ فلو تلف المال عند العامل قبل أن يشتري به شيئاً فهل لا يكون ضمان على العامل ، أو يكون عليه ضمان ولا يرتفع الضمان بمجرد عقد المضاربة ؟

ذكر جماعة أن الضمان باق لأن الضمان إنما يرتفع بالأداء ، والأداء في المقام إنما يتم بالأداء إلى البائع الذي هو معنى النبوي «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(٣)</sup> ، وبما أنه لم يتحقق فالضمان باق .

**واختار الماتن** رحمته عدم الضمان لانقلاب اليد من كونها يد ضمان إلى كونها يد أمانة ، فليس على العامل لو تلف المال بعد ذلك بلا تعدٍ أو تفریط أي ضمان ، ودعوى أن الضمان مغيب بالأداء

(١) أي المال الذي عرفت أنه يؤنث .

(٢) ما ذكره السيد الاستاذ هنا واضح لا غبار عليه ، ومنه يعلم أن لا موضوعية لكلمة (يعطي) الواردة في الروايات ، فلا يمكن الاستشهاد بها - كما استشهد بها السيد الاستاذ - على عدم صحة جعل مال المضاربة ديناً ، بدعوى انه لا يصلح أن يقال : أعطى .

(٣) يأتي تخريج مصدره في التعليقة الآتية .

وما لم يحصل يكون الضمان باقياً لا تسمع كما سيأتي .

والظاهر أن ما ذكره الماتن رحمته من عدم الضمان هنا هو الصحيح ، لعدم ثبوت النبوي <sup>(١)</sup> الدال

(١) في المستدرک ج ١٤ : ح ١٢ «عوالي اللآلي : (روى أنس بن مالك ، وأبي بن كعب ، وأبو هريرة كل واحد على انفراد) [وأشار المعلق على الوسائل إلى أن : ما بين القوسين ليس من المصدر] عن النبي ﷺ ، أنه قال : «أد الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك» وكان عنده ﷺ ودائع بمكة ، فلما أراد أن يهاجر أودعها أم أيمن ، وأمر علياً ﷺ بردها . وروى سمرة عنه ﷺ ، أنه قال : «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» ، ورواه أبو الفتوح في تفسيره عنه ﷺ مثله ، وفيه : «حتى تؤديه» مستدرک الوسائل ج ١٤ : ٧ باب ١ من أبواب كتاب الودعة ح ١٢ . والرواية في منتهى درجات الضعف : أما أولاً : فلأنه رويت في عوالي اللآلي فضلاً عن تفسير أبو الفتوح . وثانياً : حذف السند الذي هو سند أبناء العامة على أنها مرسله ، وهو - أي حذف السند - مما يطعن به على مؤلفه ومؤلفه على ما ذكر في تقييم كتاب عوالي اللآلي ، وأنه لا حظ له من الاعتبار ، بل حمل عليه المحدث البحراني الذي يعمل بكل خبر وإن كان ضعيفاً . وثالثاً : أن سمرة أمره دائر بين عدة اشخاص وكلهم مجاهيل ، وأشهرهم هو سمرة بن جندب صاحب قضية النخلة التي أمر رسول الله ﷺ بقلعها ورميها إليه ، وهو شقي خبيث معاند غير خاضع للحق ، ويؤيد خبيثه وشقائه ما حكاه ابن أبي الحديد عن شيخه أبي جعفر أنه بذل له مائة ألف درهم على أن يروي أن آية «وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ» [التي تكملتها «فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهَدُ اللَّهُ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ» البقرة ٢ : ٢٠٤ - ٢٠٥] إلى قوله : «وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ» نزلت في علي ﷺ وأن آية «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ» نزلت في ابن ملجم فلم يقبل إلى أن بذل له أربعمائة ألف فقبل . نهج البلاغة ١ : ٣٦١ . وقيل إنه عاش حتى حضر مقتل الإمام الحسين ﷺ وكان من شرطة ابن زياد ، وكان أيام مسير الحسين إلى العراق يحرض الناس لقتاله . وما ذكره الطبري في تاريخه في أوائل أحداث سنة خمسين في

على أن «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» حتى يكون الضمان مغيب بالأداء، فلذا لا تسمع هذه الدعوى، والعبرة بالضمان إنما هو ببناء العقلاء أو المتشعبة في موارد الضمان، وليس في مثل المقام بناء منهما على الضمان بعد كون البقاء في يد العامل بإذن المالك<sup>(١)</sup>.

وعلى تقدير تسليم النبوي فموضوع الضمان فيه هو الاستيلاء على المال استيلاءً يوجب الضمان كما في الغصب والعارية المضمونة، والاستيلاء في المقام الموجب للضمان قد ارتفع وأصبح البقاء بإذن المالك، فلا معنى لبقاء الضمان بعد ارتفاع موضوعه، كما إذا تبدل عنوان الغصب بالإجارة ونحوها، وهذا هو مراد الماتن عليه السلام من انقلاب اليد<sup>(٢)</sup>.

الجزء الرابع من أن محمد بن سليم قال: سألت أنس بن سيرين، هل كان سمرة قتل أحداً؟ قال: وهل يحصى من قتلهم سمرة بن جندب؟! استخلفه زياد على البصرة، وأتى الكوفة وقد قتل ثمانية آلاف من الناس، فقال له زياد: هل تخاف أن تكون قتلت أحداً بريئاً؟ قال: لو قتلت مثلهم ما خشيت!! معجم رجال الحديث ج ٩: ٣٢١ - ٣٢٢ طبعة طهران.

(١) هذا ردّ لما ذكر في المستمسك وغيره كالمسالك.

قال في المستمسك ١٢: ٢٥٩ «أو ١٥٥ طبعة بيروت»: «يعني كانت اليد غاصبة فصارت غير غاصبة. لكنه لا يجدي في نفي الضمان إلا أن يثبت أمران: الإذن في القبض، وأن المأذون لا يضمن».

وقال في المسالك ٤: ٣٥٩: «وان وجه بقاء الضمان أنه كان حاصلاً قبل ولم يحصل ما يزيله، لأن عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان، فإنه قد يجامعه بأن يتعدى، فلا ينافيه، ولقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»، و«حتى» لانتهاء الغاية، فيبقى الضمان إلى الأداء، إما على المالك أو على من أذن له، والدفع إلى البائع مأذون فيه فيكون من جملة الغاية».

(٢) الذي ذكر في التقرير المطبوع ضمن موسوعة الإمام الخوئي بدل ما ذكرنا ما نصه: «فإن موضوع الحكم بالضمان إنما هو اليد الضمانية، كيد الغاصب أو العارية المضمونة، وحيث إن هذا الموضوع تبدل بيد الأمانة والمضاربة، يتفنى الضمان قهراً، ويكون من السالبة بانتفاء

«الموضوع» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٢٤ .

**وأشكل على هذا:** «بأن الجواب هذا بهذه الصياغة غير فني، إذ يرد عليه: **أولاً:** أن عنواني اليد العادية واليد الأمانة ليسا موضوعين للضمان وعدمه، بل عنوانان منتزعان في طول الضمان وعدمه، فكل يد ضمانية تسمى عادية، وكل يد غير ضمانية تسمى أمانة، فهنا عنوانان منتزعان عن الحكم بالضمان وعدمه، وليسا موضوعين للضمان وعدمه، فلا بد من ملاحظة ما هو موضوع كون اليد عادية أو أمانة، والمفروض أن قاعدة: (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) تدل على أن كل ما وقع تحت يد الغير يكون مضموناً ما لم يؤد، أي لا يرتفع الضمان والعدوان إلا بالأداء لا غير. وثانياً: لو سلمنا وافترضنا أن موضوع على اليد هو اليد العادية أي الغاصبة أو غير المأذونة باستظهار ذلك من عنوان الأخذ، مع ذلك يقال إنه حيث جعل في الحديث الغاية الرفاعة للضمان في اليد العادية حدوداً للأداء بقاءً، فما لم يؤد لا يرتفع الضمان، ولو بتحقق الاستيمان والإذن ما لم نرجع إلى جواب آخر» بحوث في الفقه كتاب المضاربة: ١١٦ .

**والجواب عن هذا الاشكال:** أما عن قوله **أولاً:** «ان عنواني اليد العادية واليد الأمانة ليسا موضوعين للضمان وعدمه» إلخ، فلا شك أن المراد من **اليد العادية** هي اليد التي تستولي على مال الغير استيلاءً موجباً للضمان، كما هو الحال في الغصب والعارية المضمونة كعارية الذهب والفضة، والعارية التي اشترط فيها الضمان وإن لم تكن ذهباً أو فضة، وأن المراد من **اليد الأمانة** هي التي يرتفع عنها هذا الاستيلاء الموجب للضمان والتي يصح الاستيلاء فيها بقاءً بأذن المالك، والتي لا معنى لبقاء الضمان فيها بعد ارتفاع موضوعه كما لو أن الغاصب جاء واستأجر المغضوب من مالكة كل شهر بكذا، وهذا هو المراد من **اليد الأمانة**، وهو المراد من **انقلاب اليد** الذي يقوله الماتن رحمته، **فالتعبيران المتقدمان** لا شك مشيران إلى موضوع الضمان وموضوع عدم الضمان، وهما **الملاحظان** ليس إلا، والموضوع هو ما ذكرنا، هذا بعد فرض تسليم النبوي، حيث يكون موضوع الضمان فيه هو اليد العادية التي ذكرنا، أي التي تستولي على مال الغير استيلاءً موجباً للضمان، لا أن الموضوع فيه - أي النبوي - كل ما وقع تحت اليد من ما لم الغير يكون مضموناً، وما لو يؤد لا يرتفع الضمان ولا يرتفع العدوان، فإن هذا

وعلى تقدير التنزل أيضاً فاطلاق «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» معارض بما دل على عدم ضمان الأمين وهو العامل في المقام، بعد فرض أن بقاء المال عنده بإذن المالك، فإن اطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين شامل لما إذا كان المال مضموناً قبل ذلك أيضاً فيتعارضان ويتساقتان، فلا دليل يبقى على الضمان فلا ضمان.

إلا أن هذه الدعوى متوقفة على أن يكون بقاء المال عند العامل بإذن المالك، ومجرد عقد المضاربة لا يقتضي ذلك، إذ لا يعتبر في المضاربة أن يكون المال بيد العامل كما تقدم منا تبعاً للماتن رحمته.

ولكن الظاهر أن نفس عقد المضاربة مع الغاصب وعدم مطالبته بالمال، قرينة عرفاً على رضا المالك بإبقاء المال عند العامل<sup>(١)</sup>، وإلا فلابد من إحراز الرضا.

القول - الذي يقول إن الموضوع ذلك - قول من لم يعترف بارتفاع الحكم بارتفاع موضوعه، وهو مما لا يمكن أن لا يعترف به أحد أبداً، فإن الضمان يرتفع بارتفاع موضوعه فلا تكون اليد يبدأ عادية، ولا يد ضمان من دون الأداء، فكيف يقال: ما لم يؤد لا يرتفع الضمان ولا العدوان؟!!

وأما عن قوله، وثانياً: «حيث جعل في الحديث الغاية الرافعة للضمان في اليد العادية حدوثاً الأداء بقاءً فما لم يؤد لا يرتفع الضمان ولو بتحقق الاستيمان والإذن».

فالعجب من القائل بعد ضعف الحديث كما عرفت كيف يتمسك بهذه الوجوه الموهومة فيه، فهل معنى قول القائل: «كل السمكة حتى رأسها» أنه يجب الأكل على المأمور حتى لو ارتفع موضوع الأكل؟! فإن معنى قول المستشكل «فما لم يؤد لا يرتفع الضمان، ولو بتحقق الاستيمان والإذن»، هو معنى قوله وجوب الأكل حتى لو ارتفع موضوع الأكل بالتقاط الطائر رأس السمكة مثلاً، فهل هو معقول؟! فما معنى (ما لم يؤد لا يرتفع موضوع الضمان ولو تحقق الاستيمان والإذن)، فإنه ليس معناه إلا: ما لم يؤد لا يرتفع الضمان، ولو بارتفاع موضوع الضمان بالاستيمان والإذن، وهل هذا الكلام معقول؟!!

(١) هذا جواب من السيد الأستاذ رحمته إلى الشهيد الثاني رحمته حيث إن أدلة الشهيد على بقاء الضمان

[٣٣٩١] «مسألة ٢»: المضاربة جائزة من الطرفين ، يجوز لكل منهما فسخها <sup>(١)</sup> سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده .

(١) ذكر الماتن رحمته أنَّ عقد المضاربة عقد جائز من الطرفين ، فلكل منهما فسخه سواء أكان قبل الشروع في العمل أي قبل الشراء من قبل العامل أم بعده ، وسواء أكان بالمال عروض أم نض المال ، كانت المضاربة مع اشتراط الأجل وإن كان قبل انتقضائه أو مطلقة ، فإنه على جميع هذه التقادير عقد المضاربة جائز ، يجوز لكل من المالك والعامل فسخه حتَّى لو فرض حصول الربح ، إلا أنه بالنسبة إلى المعاملات اللاحقة للربح لا السابقة التي ظهر الربح فإنه فيها ليس للمالك الفسخ وأخذ تمام الربح وإعطاء العامل أجرة المثل ، ولا للعامل الفسخ نعم لهما الفسخ بالنسبة إلى المعاملات اللاحقة للربح .

**والوجه في الجواز ظاهر بلا حاجة إلى دعوى الإجماع في المقام ليناقد فيه بعدم معلومية تحققه ، بل الوجه في عدم اللزوم عدم شمول أدلة اللزوم للعقود الإذنية ، إذ ليس في عقد المضاربة وغيرها من العقود الإذنية كالعارية والوديعة التزام من الطرفين بشيء ، المالك لم يلتزم بأي شيء للعامل ، كما أنَّ العامل لم يلتزم بأي شيء للمالك ، بل الحاصل من المالك مجرد إذن في التصرف في ماله كالإذن الحاصل منه في التصرف بالوديعة أو العارية ، وقبول من العامل لهذا الإذن كالقبول للإذن الصادر من المستعير أو الودعي ، ومن المعلوم أن الناس مسلطون على أموالهم ، فمتى ما أراد المالك الرجوع ويرجع يده عن إذنه ، فليس هنا التزام حتَّى يكون مشمولاً لأدلة الوفاء بالعقد ، بل هو إذن في التصرف ، ومتى ما رجع ارتفع الأذن ، فأدلة اللزوم**

﴿ حسب التعليقة المتقدمة منا لم يكن هو «على اليد ما أخذت حتَّى تؤدي» فقط ، بل كان مع قوله : «إن عقد القراض لا يلازمه عدم الضمان ، فإنه قد يجامعه بأن يتعدى» فيقول السيد الأستاذ رحمته إن رضى المالك ببقاء المال عند العامل بعقد المضاربة رضى من المالك بذلك ، ومعه لا يمكن أن يلازمه الضمان إلا إذا تعدى العامل أو فرط ، فما ذكره الشهيد في المسالك : «من أن عقد القراض لا يلازمه عدم الضمان ، فإنه قد يجامعه بأن يتعدى» غير صحيح ، لأن الكلام في الضمان الذي لا يكون عن تعدٍ أو تفریط ، لا الذي معه ، وعليه فالضمان الذي كان قبل المضاربة قد زال ، لا أنه لم يحصل ما يزيله .

قاصرة الشمول للعقود الإذنية<sup>(١)</sup> كما في العارية، فإنه لو أعار ثوبه إلى أحد لا يكون دليل اللزوم

(١) لا يمكن أن يقال: إن المالك لم يلتزم للعامل بأي شيء، نعم يمكن أن يقال إن العامل لم يلتزم للمالك بأي شيء، ومتى ما أراد أن لا يعمل لا يعمل، وأما أن المالك لم يلتزم للعامل بأي شيء فهو خلاف الفرض، لأنه ١ - إما أن يلتزم بأن في المضاربة تمليكاً كما هو الذي ينادي به كلام السيد الأستاذ<sup>(٢)</sup> من الأول لحد الآن حيث يقول إن في المضاربة تمليك المعدوم، وهو تمليك حصة من الربح للعامل، والربح حين عقد المضاربة معدوم، فلذا تكون شرعيتها على خلاف القاعدة للنص، وحينما تكون شرعيتها على خلاف القاعدة للنص، يعني لا بد وأن يكون فيها تمليك للمعدوم، غاية الأمر دلّ الدليل الخاص عليه وهو روايات المضاربة، فإن التزم بأن في المضاربة تمليكاً، فالمالك التزم على نفسه بأن يكون قسم من الربح للعامل، لا أن المالك لم يلتزم للعامل بأي شيء، نعم لا شك في أن العامل لم يلتزم للمالك بأي شيء حتى العمل، لأن له أن لا يعمل في أي وقت شاء، كما هو الحال في الوصية التمليكية التي هي جائزة، حيث إن الموصي يملك وهو التزام منه - ناهيك عن الواهب في الهبة - وأما الموصى له فلا يلتزم بأي شيء، ولا شك في كونها - فضلاً عن الهبة - جائزة من الطرفين، فللوصي (والواهب) أن يرجع، وللموصى له (والموهوب له) - أن يرد في حال حياة الموصي، ويؤكد صحة هذه جزماً قول السيد الأستاذ<sup>(٣)</sup> في المسألة ٥ [٣٣٩٤] في الواضح والموسوعة: «وأما في عقد المضاربة الذي ينحل في الحقيقة إلى أمرين: إذن المالك للعامل بالعمل والتزامه بأن يكون الربح بينهما، فهو من العقود الإذنية بلحاظ الجهة الأولى، ومن العقود الالتزامية بلحاظ الجهة الثانية» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٣٩.

وإما أن يلتزم بأنه ليس في المضاربة تمليك كما يقوله السيد الأستاذ<sup>(٤)</sup> في بحث عدم اعتبار أن لا يكون العامل سفيهاً، حيث قال: إنه لا يعتبر في العامل أن لا يكون سفيهاً، ويجوز أن يكون سفيهاً، نعم في الإجارة يعتبر أن لا يكون العامل سفيهاً، لأن في الإجارة العامل يملك المالك العمل، والمالك يملك العامل المال، وأما في المضاربة فلا المالك يملك الحصة من

«الربح ولا العامل يملك العمل ، بل المالك يلتزم أنه إذا حصل الربح فيملك حين حصوله ، وهو التزام بالتملك ، لا تمليك من حين عقد المضاربة ، فليس في المضاربة أي تمليك لا من المالك ولا من العامل ، فلا مانع من أن يكون العامل سفيهاً في المضاربة ، بخلاف المالك حيث إن المالك يتصرف في ماله في المضاربة ، فلا بد وأن لا يكون سفيهاً . قال ﷺ ما نصه : «لأن العامل لا يملك المالك عمله ، وإنما المضاربة عقد شبيه بالوكالة كما عن المحقق ﷺ ، أو الجعالة» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٧ ولا تمليك في الوكالة ولا في الجعالة من المالك للطرف الآخر لأي شيء ، كما لا تمليك من الوكيل للموكل ، ولا من المجمعول له للجاعل قبل تحقق متعلق الجعالة ، وعليه - على فرض أن لا تمليك في المضاربة - فأيضاً لا يمكن أن يقال : إن المالك لم يلتزم للعامل بأي شيء ، لأنه التزم أن يملكه حصة من الربح حين حصوله أو بعد أن ينتهي عمل المضاربة . نعم ، ليس العامل ملتزماً بأي شيء للمالك ، كما هو الحال في الوصية العهدية التي هي جائزة بلا كلام ، فإن ذلك التزام من الموصي والحال إن الموصى له لا الالتزام له بأي شيء ، ومع ذلك هي جائزة حال حياة الموصي فله أن يرجع .

**فالمستفاد حينئذ في الفرضين (١ - ٢) أن الحكم يتبع أحسن المقدمتين ، وإحدى المقدمتين فيها التزام بشيء ، وأما الأخرى فليست التزامية ، فالعقد غير التزامي ، إذ لا فرق في العقود غير الالتزامية بين أن لا يكون التزام من أي من الطرفين ، أو لا يكون التزام من أحد الطرفين ، خصوصاً مثل المضاربة التي فيها إذن والتزام ، فلا تشملها أدلة اللزوم ، بخلاف البيع والإجارة والصلح ونحوها حيث يكون الالتزام من الطرفين ، ولا إذن فتشمله أدلة اللزوم .**

**وعليه : فدعوى أن المالك لم يلتزم للعامل بأي شيء غير مقبولة ، وكونه ملتزماً للعامل بشيء لا يجعل العقد التزامياً ، خصوصاً فيما فيه الالتزام والإذن معاً كما في المضاربة ، فما هو المقتضى لأن يقال إنه لا التزام من الطرفين ؟ وإن كان المذكور في المقام في عبارة مقرر المباني من موسوعة السيد الأستاذ ﷺ مانصه : «وإنما هو قصور أدلة اللزوم عن شمول العقود الإذنية التي لا يكون فيها أي التزام من أحدهما بشيء كي يشمل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وأن من التزم بشيء فعليه أن ينهيه» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٢٥ ، ومقتضى اطلاقه أنه وإن كان الالتزام من طرف واحد**

مقتضياً لعدم جواز رجوعه عن إذنه ، بل المال ماله وله أن يتصرف به كيف يشاء فله أن يرجع ، كما أن العامل أيضاً مسلط على نفسه له أن يعمل وله أن يرفع يده عن قبوله للإذن فلا يعمل<sup>(١)</sup> .

فعليه أن ينهيه ، فيفيد اللزوم على من التزم وإن لم يكن التزام من الطرفين ، إلا أنه بمكان من الفساد حيث إن ذلك متحقق في الوصية ، والحال إنهم متسالمون على كونها جائزة من الطرفين بلا إشكال ، ويجوز للموصي الرجوع جزماً في حال حياته ، ويجوز للموصى له الرفض وعدم القبول بعد أن قبل حال حياة الموصي .

(١) أقول : استدل على الجواز بالاجماع ، وفي الجواهر أنه «الحجة في الخروج عن قاعدة اللزوم» جواهر الكلام ٢٦ : ٣٤٠ ، وفي المسالك : «لا خلاف في كون القراض من العقود الجائزة من الطرفين» المسالك ٤ : ٣٤٤ ، وفي الرياض : «بلا خلاف يظهر ، وبه صرح في المسالك وغيره [كجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٢٤٠ ، وكفاية الأحكام ١ : ٦٢٤ ، والحدائق ٢١ : ٢٠٤] وهو الحجة» الرياض ٩ : ٣٣٤ - ٣٣٥ .

وربما يناقش فيه بعدم معلومية تحققه ، وعدم تعرض جمع من القدماء للمسألة في كتبهم ، أو أنه مدركي ليس بحجة ولو لاحتمال استنادهم إلى أحد الوجوه الآتية الدالة على الجواز . واستدل للجواز بالأصل كما في بعض عبارات الجواهر في بحث عدم لزوم المضاربة حتى مع اشتراط الأجل ، قال : «فيصح لكل منهما فسخها قبله - أي قبل الأجل - بلا خلاف أجده فيه للأصل وغيره» جواهر الكلام ٢٦ : ٣٤١ .

وأجيب عنه - والمجيب السيد الحكيم<sup>رحمته</sup> - بأن اقتضاء الأصل للجواز غير ظاهر ، سواء كان المراد من الأصل الأصلي العملي ، إذ الأصل عدم ترتب الأثر على الفسخ ، أم كان المراد من الأصل عموم ما دل على الجواز ، إذ لا عموم لفظي في المقام . مستمسك العروة الوثقى ١٢ : ٢٦١ ، وفي طبعة بيروت ص ١٥٦ .

كما أن الالتزام بلزوم المضاربة وعدم صحة فسخها من أحدهما مع عدم موافقة الآخر . موجب لبقاء مال المالك بيد العامل إذا اعطاه له ، بل بيد وارث العامل وهكذا نازلاً ، من دون

« أن يكون للمالك سبيل عليه ، أو لزوم كون يد العامل في مال المالك مسترسلة لو لم يعطه له ، إذ لا يعتبر في المضاربة أن يكون المال بيد العامل ، فلا يكون للمالك حينئذٍ سلطنة على ماله ، وذلك مناف لتسلط الناس على أموالهم .

كما أن التفصيل بين المضاربة المؤجلة بأجل والقول باللزوم فيها ، وبين المضاربة المطلقة والقول باللزوم فيها في المدة القليلة التي يحتاج إليها لتحقيق مسمى العمل ، دون الزائد عليه ، بدعوى ان المفهوم عرفاً منها هو الالتزام منهما بذلك المقدار دون الزائد عليه ، فلا يكون الفسخ من أي منهما بعد تحقق مسمى الفعل مخالفاً لما التزموا به . فقه المضاربة : ٧٩ .

مجرد دعوى لا شاهد عليها ، وخروج عن أصالة اللزوم في العقود من دون دليل مخرج ، بعد فرض عدم تحقق الاجماع على الجواز ، وعدم كونه مقتضى الأصل ، و [فرض] عدم كون المضاربة من العقود الإذنية ، ولم يقل بهذا التفصيل أحد كما اعترف به المفصل ، قال «ولهذا يقرع السمع ويبعد في الذهن الالتزام به» فقه المضاربة : ٧٩ .

كما أن التفصيل بين المضاربة المؤجلة بأجل والقول باللزوم فيها إلى انقضاء الاجل ، وبين المضاربة المطلقة والقول بالجواز فيها من أصله . فقه المضاربة : ٨٠ .

مخالف لأصالة اللزوم من دون دليل مخرج أيضاً ، بعد فرض عدم تحقق الاجماع ، وعدم اقتضاء الاصل الجواز ، وفرض عدم كون المضاربة من العقود الإذنية .

إلا أن وضوح كون المضاربة من العقود الإذنية كالعارية والوديعة كما يقوله السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> يرفع كل ذلك ويقتضي أن تكون المضاربة جائزة ، وعدم شمول دليل اللزوم للعقود الإذنية .

لكن يبقى سؤال من السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> أنها كلها من وادٍ واحد ، حيث التزموا في المضاربة بالجواز وفي المزارعة والمساقاة التي كرر السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> أنها كلها من وادٍ واحد ، حيث التزموا في المضاربة بالجواز وفي المزارعة والمساقاة باللزوم ، وكل ما قيل فيها هو موجود فيهما «اللهم ، إلا أن يكون الإجماع قائماً على اللزوم فيهما كما في الجواهر حيث قال في المزارعة : بلا خلاف [وكذا في الحقائق ٢١ : ٢٧٨] بل الإجماع بقسميه عليه لقاعدة اللزوم المستفادة من آية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وغيرها الجواهر ٢٧ : ٧ . وكذا في المساقاة» الجواهر ٢٧ : ٥٨ . ونقل في هامش الجواهر الإجماع على اللزوم عن

جماعة في الموردين ، أي في المزارعة حيث نقله عن جامع المقاصد ٧ : ٣١٣ ، والمسالك ٥ : ١٠ ، ومجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٩٥ ، ومفاتيح الشرائع ٣ : ٩٥ ، والرياض ٩ : ٣٦٦ .  
وفي المساقاة أيضاً ، فأولاً قال في الجواهر : ففي لازمه كالإجارة ، بلا خلاف أجده فيه عندنا ، بل إجماع علمائنا وأكثر العامة للأصل وعموم قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ الجواهر ٢٧ : ٥٩ ، ونفى الخلاف في المسالك ٥ : ٣٩ ، والحدائق ٢١ : ٣٥٣ ، وفي كفاية الأحكام ١ : ٦٤١ نفي العلم بالخلاف ، وفي جامع المقاصد : إجماع علمائنا ٧ : ٣٤٤ ، وكذا في مفاتيح الشرائع ٣ : ٩٥ . فكأن الأصحاب متسالمون على الجواز في المضاربة ، واللزوم في المزارعة والمساقاة ، وهو الفاصل بينهما وبين المضاربة في اللزوم والجواز .

مضافاً إلى أن المزارعة والمساقاة لهما أمد خاص يصلان إليه فتتحقق الغاية وينتهي العمل ، وأما في المضاربة فليس لها أمد خاص ، فإن الحال في المزارعة أنها لها أمداً خاصاً ، حيث يحصل الزرع ويتم تقسيمه وينتهي كل شيء ، أو يحصل الثمر في المساقاة ويتم تقسيمه وينتهي كل شيء ، فينتهي اللزوم ، فلا ينافي تسلط الناس على أموالهم ، وأما التجارة في المضاربة التي لم تقيد بعدد خاص فلا أمد لها لتنتهي ، فلا ينتهي اللزوم في المضاربة ، فينافي ذلك تسلط الناس على أموالهم .

وكذا يكون الإجماع هو الفاصل بناءً على ما قاله جمع كالعلامة رحمته في التذكرة وغيره من أن (الجواز في المضاربة ، لأن المضاربة كالوكالة والشركة ، بل هو عينهما ، فإنه وكالة في الابتداء ، ثم قد يصير شركة في الأثناء ، فلكل واحد من المالك والعامل فسخه والخروج منه متى شاء) التذكرة ١٧ : ١٣٣ ، فإن عين الكلام يجري في المزارعة والمساقاة ويقال أيضاً إنهما كالوكالة والشركة ، بل هما عينهما ، فإنهما وكالة في الابتداء ، ثم قد يصير شركة في الأثناء ، فلكل واحد من المالك والزراع أو الساقى فسخها ، إلا أن الإجماع هو الفارق بين المضاربة والمزارعة والمساقاة ، مضافاً إلى انتهاء الأمد فيهما دون المضاربة المنافي لتسلط الناس على أموالهم ، وفيها المقتضي للالتزام بالجواز أيضاً . على أن الإجماع وعدم الخلاف والتسالم على الجواز في المضاربة ، وعلى اللزوم في المزارعة والمساقاة هو بنفسه فقط موجب للاطمئنان بالجواز في الأول واللزوم في الثاني والثالث .

قبل حصول الربح أو بعده<sup>(١)</sup> نض المال أو كان به عروض ، مطلقاً كانت أو مع اشتراط الأجل ، وإن كان قبل انقضائه<sup>(٢)</sup> .

(١) أي بالنسبة إلى المعاملات اللاحقة للربح لا السابقة التي ظهر فيها الربح ، وذلك لأن عقد المضاربة لما كان صحيحاً وممضى من قبل الشارع فمجرد حصول الربح يكون بينهما بالنسبة المحددة في أصل العقد فليس للمالك الفسخ وانتزاع تمام الربح من العامل من غير رضاه واعطاؤه أجره المثل ، كما ليس للعامل الفسخ أيضاً<sup>(١)</sup> . نعم ، يمكن أن يكون للمالك الخيار لجهة من الجهات ، كما لو اشترط على العامل شرطاً خارجياً كخياطة الثوب في ضمن عقد المضاربة ، حيث يثبت للمالك عند تخلف الشرط الخيار ، فله فسخ المعاملة وأخذ تمام الربح ، ويكون للعامل أجره المثل ، إلا أن هذا أمر خارج عن محل الكلام ، حيث إن المفروض أنه ليس هنا ما يوجب ذلك .

(٢) فإن غاية ذلك تحديد الإذن بالتصرف بالمال بما قبل الأجل وعدم الإذن بعده ، وهو غير عدم الفسخ قبل الأجل ، فيبقى ذلك داخلاً تحت جواز المضاربة ، فيجوز لكل منهما فسخها ولو مع اشتراط الأجل وقبل انقضائه<sup>(٢)</sup> .

(١) **قد يقال :** إنَّ الفسخ كما تقدم مراراً - وذكر في موسوعة الإمام الخوئي ٤٠ : ١٣٣ - فرض العقد كأن لم يكن ، فيرجع كل من العوضين في العقود المعاوضية إلى صاحبه ، والفسخ وإن كان يؤثر من حينه إلا أنه يتعلق بأمر متقدم ، بمعنى أنه من الآن يفرض أن العقد لم يكن من الأول ، كما ذكر ذلك السيد الأستاذ<sup>(٢)</sup> في المسألة ٢٨ من المساقاة ، الرقم العام [٣٥٥٨] .

**وفيه :** أن ذلك صحيح بالنسبة إلى الفسخ الذي منشؤه الخيار ، لا الفسخ الذي يقتضيه جواز العقد ، فإن الفسخ الذي يقتضيه جواز العقد إنما يتعلق بالنسبة إلى المعاملات اللاحقة ، وليس مورده المعاملات السابقة .

(٢) شرط الأجل في المقام يختلف معناه عن شرط الأجل في غير المقام ، فإن شرط الأجل في غير المقام معناه التوقيت بوقت ، وهو يمكن أن يكون صادراً من كل من الطرفين ، ويكون له معنى أيضاً ، وأما شرط الأجل في المضاربة ، ولأجل التفريق بينه وبين شرط عدم الفسخ الآتي بعده ، لا بد وأن نقول : إن معنى اشتراط الأجل هو عدم الإذن بعد الأجل ، وهذا يكون من المالك صاحب الإذن ، فإنه قد يكون المالك يريد التصرف في أمواله التي ضارب عليها ، وإذن

في عمل العامل بها بعد شهر من الآن، فيشترط كون الأجل شهراً ومعناه أنه بعد الشهر لا إذن فلا مضاربة، وهو معنى تقييد المضاربة بشهر لاحتياج المالك إلى ماله، ولا يريد أن يكون العامل عاملاً به، وليس معنى ذلك أن لا يكون للمالك حق رفع الإذن من التصرف في ماله قبل انقضاء الشهر أبداً، فللمالك قبل انقضاء الأجل أن يرفع اليد عن إذنه في الاتجار للعامل بماله، لأن المضاربة من العقود الجائزة، وهو معنى الفسخ قبل انقضاء الأجل، فضلاً عن جواز فسخ العامل قبل انقضاء الأجل.

ومما ذكرنا من معنى الأجل في المضاربة يظهر أن ذلك - أي اشتراط الأجل - إنما يكون من المالك ليس إلا، لأن معنى الأجل ليس هو إلا عدم الإذن بعد الأجل، وهو إنما يكون من صاحب الإذن، وأما العامل فليس له ربط بالإذن، فلذا لا معنى لاشتراط الأجل من العامل، فلا معنى لأن يقال: إن اشتراط الأجل إما من المالك، وإما من العامل، كما في بحوث في الفقه كتاب المضاربة: ١٢٣ حيث قال: «اشتراط الأجل تارة يكون من المالك فيرجع إلى تقييد المضاربة، فلا مضاربة بعد ذلك الأجل، ولازمه أن يكون تصرف العامل بالمال بعد ذلك غير مأذون فيه من أول الأمر بلا حاجة إلى رجوع، كما أنه لا يستحق العامل شيئاً في قبالة عمله بعد الأجل. وأخرى يكون من قبل العامل على المالك، وحينئذ قد يرجع إلى اشتراط الإبقاء على المضاربة والالتزام بها في المدة المضروية، وعدم رجوع المالك عن إذنه، وهذا يرجع إلى اشتراط عدم الفسخ في تلك المدة أيضاً. والمعنى الثاني [أي كون شرط الأجل من العامل يرجع إلى ما سيأتي في الجهة الثانية من البحث عن صحة اشتراط عدم الفسخ، بخلاف الأول فإن مرجعه إلى المضاربة المقيدة وهي لا توجب لزومها إذا كانت اذنية حتى قبل انقضاء الأجل، لأن الرجوع عن كل منهما عن إذنه لا ينافي شيئاً من الالتزامات بلحاظ ما لم يتحقق من الربح والعمل» بحوث في الفقه كتاب المضاربة: ١٢٣.

فإن معنى اشتراط الأجل في المضاربة ليس إلا عدم الإذن بعد الأجل، وهو إنما يكون من صاحب الإذن، فلا معنى لأن يكون من العامل، وأي معنى لقول القائل: «لأن الرجوع عن كل منهما عن إذنه لا ينافي شيئاً من الالتزامات...»، وهل من العامل إذن؟ وأذن بأي شيء حتى

نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا<sup>(١)</sup>، يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله ، بل هو الأقوى ، لوجوب الوفاء بالشرط ، ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور بل العقد أيضاً ، لأنه منافٍ لمقتضى العقد . وفيه منع ، بل هو منافٍ لإطلاقه .

(١) وهل لهما<sup>(١)</sup> شرط اللزوم وعدم الفسخ إلى زمان كذا أو لا ؟ فيه كلام :

« يصح أن يقال : يرجع عن إذنه ، نعم من المعقول جداً بالنسبة إلى المالك أن يقال إنه أذن في الاتجار بماله أو لم يأذن أو رجع عن إذنه ، وأما العامل فيأذن أو يرجع عن إذنه في أي شيء حتى يقال : إن رجوعه عن إذنه لا ينافي شيئاً من الالتزامات . نعم إذا قال العامل : اعمل في المضاربة إلى شهر ، فلا معنى لأن يكون هذا أجلاً ، إلا أن يكون مراده اعمل في المضاربة إلى شهر بشرط أن لا تفسخ أيها المالك حتى يكون عملي عملاً في المضاربة ، فهو شرط عدم الفسخ إلى شهر لا أجل . وهذا هو الذي نقول إنه لا معنى لأن يكون اشتراط للأجل من العامل . لأن معنى ذلك اشتراط عدم الفسخ إلى شهر . وهو داخل في البحث الآتي لا في هذا البحث ، فالصحيح أن يقال : إن اشتراط الأجل الذي ليس معناه هنا إلا عدم الإذن بعد الأجل إنما يكون من المالك ليس إلا ، ولذا يأتي من السيد الأستاذ<sup>(٢)</sup> في آخر هذه المسألة بحسب ما قررناه بعنوان (بقي شيء) ما مضمونه : إن العقود الجائزة كالمضاربة ونحوها قد تكون مطلقة من حيث الزمان فيجوز العمل فيها ما لم يرجع الإذن وهو المالك ، وقد تكون محددة بأجل كما إذا قال أذنت لك في الاتجار بمالي على أن يكون الربح بيننا إلى مدة سنة . فليس معنى كونها مؤجلة إلا تحديد الإذن بالاتجار بالمال بسنة ، فليس له الاتجار به بعد السنة ، لا أن معنى ذلك اشتراط عدم الفسخ في السنة ليقال كما قيل [ويشير بذلك إلى السيد الحكيم<sup>(٣)</sup>] «إنه بناءً على اشتراط عدم الفسخ فاشتراط التأجيل غير لازم لأنه هو هو بنفسه» بل لكل منهما معناه ، فإن معنى اشتراط التأجيل عدم الإذن بعد الأجل ، ومعنى اشتراط عدم الفسخ اشتراط عدم مالهما فسخته في المدة المحددة ، وأحدهما أجنبي عن الآخر . وذكر هذا أيضاً في موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٢٦ ، ولكن ليس في آخر المسألة حسبما قرره المقرر في الموسوعة .

(١) هنا من المعقول جداً أن يقال : وهل لهما شرط عدم الفسخ إلى شهر أو سنة أو أقل أو أكثر أو لا ، لأن لكل منهما حق الفسخ ، فيشترط لكل منهما على الآخر عدم الفسخ ، أو يشترط

نسب الماتن عليه السلام إلى المشهور عدم جواز هذا الاشتراط وعدم الأثر له ، بل هذا الشرط يفسد المضاربة لأنه مناف لمقتضى العقد ، وما كان منافياً لمقتضى العقد كان باطلاً ومبطلاً .

وأجاب عنه : بأن الشرط المذكور ليس منافياً لمقتضى العقد ، بل هو مناف لإطلاقه ، حيث إن مقتضى إطلاق عقد المضاربة هو أن لا يكون هنا لزوم ، فان قيد بأن لا يكون هنا فسخ فذلك معناه التقييد باللزوم فهو مناف لإطلاق العقد لا لمقتضاه ، فإن مقتضاه جواز تصرف العامل بالمال واتجاره به ، والمنافي له هو شرط أن لا يتجر بهذا المال ، وأما اشتراط اللزوم وعدم الفسخ فهو غير مناف لذلك بل مناف لإطلاقه ، فلا مانع من هذا الشرط .

وتفصيل الكلام : أن احتمال كون الشرط منافياً لمقتضى العقد أو اطلاق العقد احتمال موهوم وغير صحيح ، فإن مقتضى عقد المضاربة إنما هو جواز تصرف العامل في المال وجواز تجارته به ، فلو اشترط على العامل أن لا يتجر بهذا المال فهذه الشرط مناف لمقتضى العقد . وأما اللزوم والجواز فهما من أحكام العقد لامن مقتضياته ، فإذا شرط عليه عدم الفسخ أو عدم مالكية الفسخ فليس ذلك منافياً لمقتضى العقد ، كما أن ذلك ليس منافياً لإطلاق العقد<sup>(١)</sup> .

« أحدهما على الآخر عدم الفسخ بلا فرق في ذلك بين العامل أو المالك . وأما ما ليس له حق فيه كالعامل بالنسبة إلى إذن المالك فأبي معنى للقول برجوع العامل عن إذنه ، وهل الذي يرجع عن إذنه هو من لا موضوع لإذنه أو عدم إذنه بمال المالك ، وإنما له ربط بالعامل نفسه ، والمالك عمله لا إذنه بالعمل لنفسه .

(١) قال السيد الحكيم في المستمسك ١٢ : ٢٦٤ « أو ١٥٨ من طبعة بيروت » تعليقاً على قول الماتن عليه السلام « بل هو مناف لإطلاقه » قال : « هذا [أي جواب الماتن] إن تم فإنما يتم بالنسبة إلى شرط أن لا يملك ، يعني : أن اطلاق المضاربة بلا شرط يقتضي أن يكون لكل من الطرفين الفسخ ، أما مع الشرط فلا تقتضي ذلك ، وحينئذ لا مانع من صحة الشرط . أما بالنسبة إلى شرط عدم الفسخ فلا يتم ، ولا مجال له ، لأن عدم الفسخ لا يرتبط باطلاق العقد ولا بتقييده كما لعله ظاهر بالتأمل ، فالجواب يناسب الاستدلال بالنسبة إلى شرط عدم ملك الفسخ ، لا بالنسبة إلى شرط

أما إذا كان ذلك بعد ظهور الريح فهو واضح ، لأن هذا الشرط كما عرفت لا ينافي مقتضى العقد ولا إطلاقه ، بل هو مؤكد لمقتضاه لكون عدم جواز الفسخ بالنسبة لما مضى من المضاربة ثابتاً قبل الشرط .

وأما إذا كان ذلك قبل ظهور الريح فذلك خارج عن منافاته لمقتضى العقد ولإطلاقه ، لأن الجواز واللزوم كما عرفت حكمان شرعيان وليسا من مقتضيات العقد ، فشرطهما لا ينافي مقتضى العقد ولا إطلاقه .

فلا شك في سقوط هذا الجواب الذي أجاب به الماتن رحمته .

ويبقى الكلام في أصل المسألة وهو أن اشتراط اللزوم من أحدهما هل يكون فاسداً مطلقاً ، أو صحيحاً مطلقاً ، أو فيه تفصيل .

وقبل ذلك ينبغي أن يعلم أن محل الكلام بينهم فيما إذا كان قبل وقوع المعاملة على المال ، وأما إذا فرضنا أنه اتجر بالمال وريح فبطبيعة الحال يكون الريح مشتركاً بينهما ، فلو فرضنا أن الاشتراط كان بالنصف فنصف الريح للمالك ونصفه للعامل ، وليس للمالك أن يرجع ويفسخ العقد ويأخذ تمام الريح ويعطي للعامل أجرة المثل ، وذلك واضح ، لأن عقد المضاربة لما كان صحيحاً ومضى من قبل الشارع المقدس ، فمجرد ظهور الريح يكون مشتركاً بينهما ، وليس للمالك انتزاع الريح من العامل من دون رضاه واعطاءه أجرة المثل ، كما لو كان الريح الخاص بالعامل وهو النصف مثلاً كثيراً جداً وأجرة المثل قليلة جداً ، ولا للعامل الفسخ أيضاً والرجوع إلى أجرة المثل ، كما لو كانت حصة العامل وهي النصف قليلة جداً وأجرة المثل كثيرة جداً .

نعم ، يمكن أن يكون له الخيار من جهة من الجهات كما ذكرناه قبل ذلك <sup>(١)</sup> ، والمقصود أن

« عدم الفسخ » . أقول : قوله « إن تم » إشارة إلى أن الجواز واللزوم من أحكام العقد لا من مقتضياته ليكون شرط اللزوم منافياً لمقتضى العقد أو لإطلاقه .

(١) ذكره السيد الأستاذ رحمته عند التعليق على العاشر من شروط المضاربة حينما قسم المقدور إلى

محل الكلام فيما إذا كان ذلك قبل تحقق البيع وحصول الربح ، أي فيما إذا لم يكن هنا أي التزام من كل من الطرفين ، فهل يصح اشتراط اللزوم وعدم الفسخ من أحدهما ، أو لا يصح ، أو فيه تفصيل .

**الصحيح في المقام هو أن يقال بالتفصيل بين أن يكون الشرط هو عدم مالكية الفسخ فيبطل الشرط والعقد معاً ، وبين أن يكون الشرط هو عدم الفسخ خارجاً فيصح الشرط والعقد معاً<sup>(١)</sup> .**

بيان ذلك : أننا ذكرنا في محله أن الشرط في العقد ليس مجرد التزام مقارن لالتزام آخر ، حيث إن المقارنة الزمانية ليست من الشرط في شيء ، بل الشرط نحو ارتباط بين الشرط

(١) وليس الدليل على هذا التفصيل ما قيل في شرط الضمان الاصطلاحي على المستأجر ، أو ما قيل من شرط الضمان الاصطلاحي على عامل المضاربة لو خسر مال المضاربة من كون هذا الشرط الذي هو شرط الضمان الاصطلاحي - بمعنى اشتغال ذمته بالبدل ، لا تدارك الخسارة الحاصلة من دون تعدد أو تفريط - مخالفاً للسنة ، لأنه في هذين الموردین وردت عدة روايات دالة على عدم ضمان المستأجر وعدم ضمان العامل مع عدم التعدي أو التفريط ، فاشتراط ضمانه واشتغال ذمته به خلاف السنة فيكون باطلاً ، لأن شرط نفوذ الشرط أن لا يكون مخالفاً للسنة ، وهو هنا مخالف للسنة فلا يكون نافذاً . وأما الشرط في المقام وهو شرط عدم مالكية الفسخ فليس مخالفاً للسنة ، إذ لم يرد ولا في صحيحة واحدة فضلاً عن آية كريمة ما يدل على كون المضاربة جائزة ، ولو كان هناك ما يدل على جواز المضاربة من الكتاب والسنة لكان المتعين لنا الاستدلال به على الجواز ، والحال إنه استدللنا على الجواز إما بالإجماع ، أو بكون المضاربة من العقود الإذنية ، وأصالة اللزوم وما دل عليه لم يدل على اللزوم في العقود الإذنية ، فلا دليل على اللزوم لا للدليل على الجواز من آية أو رواية ، فاشتراط عدم مالكية الفسخ لا يكون نافذاً - لا لأنه مخالف للسنة ، بل عدم نفوذه للوجه الذي يذكره السيد الأستاذ رحمته الله الآتي ، وهو تعليقه المضاربة والإذن على أن لا يكون مالكاً للفسخ ، والمعلق عليه لا وجود له فالمعلق أيضاً كذلك .

والمشروط، ومن هنا سمي الشرط شرطاً.

**والارتباط بين الشرط والمشروط إنما يتصور على نحوين على سبيل منع الخلو، وقد يجتمعان .**

**النحو الأول :** أن يكون الشرط - بمعنى أن أصل المنشأ الذي ينشئه المنشيء - معلقاً على شيء حاصل حال العقد كالالتزام الطرف الآخر بشيء، سواء كان العقد من العقود الإذنية كالمضاربة والعارية أم من التمليكية كالبيع والإجارة ونحوهما، بمعنى أن المنشئ لم ينشئ العقد على نحو الاطلاق، بل أنشأه مقيداً بشيء، كما إذا اشترطت الزوجة على زوجها حين العقد أن يسكنها في دار خاصة، بمعنى أنه إذا التزم الزوج بالشرط حين العقد فقد أنشأت الزوجة الزوجية فيحكم بصحة العقد ووجوب الوفاء به، وإلا فلم تنشئ الزوجة الزوجية، أو اشترط الزوج على الزوجة حينه أن تخدمه وتلتزم بلوازم بيته، بمعنى أنه إذا التزم الطرف بالشرط حين العقد فقد أنشأ المنشئ الزوجية، فيحكم بصحة العقد ووجوب الوفاء بالشرط، وإذا لم يلتزم فلم ينشئ الزوجية. **ولا يضر التعليق في المقام في المثاليين، لأنه من التعليق على أمر حاصل حال العقد. إلا أنه إذا تخلف الشرط بعد ذلك خارجاً فلم يسكنها أو لم تخدمه لم يترتب على تخلفه أي أثر، لأن المعلق عليه هو نفس الالتزام - لا العمل الخارجي - وهو حاصل حسب الفرض. نعم لكل منهما أن يلزم الطرف الآخر بالوفاء بالشرط<sup>(١)</sup>، كما يجب على كل منهما العمل به بمقتضى «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»<sup>(٢)</sup>.**

**النحو الثاني :** أن يكون الشرط بمعنى كون الالتزام بالمنشأ والوفاء به معلقاً على شيء في الخارج فالبيع في نفسه مطلق ولم يعلق على شيء، كبيع العبد على أن يكون كاتباً حينما يشترط المشتري الكتابة في قبوله، حيث إن الوصف القائم بالمبيع وهو الكتابة غير قابل لأن يكون تحت

(١) ولو بالرجوع إلى القضاء .

(٢) الوسائل ج ٢١ : ٢٧٦ باب ٢٠ من أبواب المهورح ٤، وص ٢٩٩ باب ٤٠ من أبواب المهورح

٢، والوسائل ج ١٨ : ١٦ باب ٦ من أبواب الخيارح ١، ٢.

التزام البائع، لأنه خارج عن تحت اختياره، وليس للبائع أن يلتزم بأمر خارج عن اختياره، وليس البيع مقيداً بالكتابة بل مطلق، سواء كان العبد كاتباً أم لا، **إلا أن المشتري يشترط على البائع - بمعنى أن يكون التزامه بالبيع ووفائه به مشروطاً ب- أن يكون العبد كاتباً، فإذا لم يكن كاتباً فله أن لا يلتزم بالبيع ويفسخ،** فيرجع هذا الشرط في الحقيقة إلى جعل الخيار له على تقدير تخلف الشرط المطلوب .

هذان الأمران هما اللذان يرجع إليهما الشرط .

وقد يجتمع الأمران، كما إذا باعه داره بكذا على أن يخيظ له ثوبه، فبيع البائع متوقف على أن يلتزم المشتري بالخياطة، والتزامه بالبيع متوقف على الخياطة الخارجية، فإذا لم يخيظ له ثوبه كان للمشتري إلزام الآخر بالشرط وإرغامه على الخياطة والعمل بما التزم به، كما يثبت للمشتري الخيار أيضاً .

وعلى هذا ففي باب المضاربة، وفي خصوص محل الكلام الذي هو قبل تحقق البيع وحصول الربح - لا بعده وبعد الربح - الذي ليس هنا التزام من كل من الطرفين حتى يكون الالتزام معلقاً على شيء<sup>(١)</sup>، بل المعلق على شيء إنما هو نفس المنشأ، أي الإذن في التجارة بهذا المال

(١) يقول السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> هنا وفي غير هذا المقام أيضاً، ليس هنا التزام من كل من الطرفين، فلا يمكن أن يكون الالتزام معلقاً على شيء، فينحصر الأمر بتعليق الإذن بالاتجار بالمال على شيء .

ولكن نراه في مكان آخر يقول إن عقد المضاربة ينحل إلى أمرين: الأول: إذن بالاتجار بالمال. الثاني: التزام من المالك بأن يكون للعامل نسبة من الربح، بل كل كلامه ينادي بالتزام المالك بالتملك للربح الذي يحصل فيما بعد بتملك العامل قسماً منه، ولذا يقول إن شرعية المضاربة على خلاف القاعدة، لأن فيها تملكاً للمعدوم، ولولا روايات المضاربة بزعمه لما قال بشرعيتها، فالقول بتملك المعدوم لروايات المضاربة فالمالك ملتزم بتملك نسبة من الربح

للعامل ، بل قال في المسألة ٥ [٣٣٩٤] ، وفي الموسوعة ٣١ : ٤٠ «ويمكن أن يكون الشرط راجعاً إلى الجهة الثانية ، أعني التزامه بكون الربح بينهما على النسبة المعينة ، وهذا هو الأظهر في الشروط التي لها مالية ، وعليه فعند تخلف العامل عن الشرط [الذي هو الخياطة مثلاً المشروطة في عقد المضاربة على العامل] فللمالك أن يرفع يده عن التزامه ، هذا ، وإن كان إذنه في الاتجار في أصل المال باقياً ، فيأخذ تمام الربح وتكون للعامل أجره عمله» فإذا كان في المضاربة التزام ويمكن أن يكون متعلقاً بشيء فليكن الالتزام بالمضاربة في المقام معلقاً على عدم مالكية الفسخ ، فإن كان العامل مالِكاً للفسخ فيثبت للمالك الشارط خيار تخلف الشرط ، فله الفسخ لا أن المضاربة فاسدة تبعاً لفساد الشرط ، إذ لا وجه لفساد الشرط ، نعم عدم مالكية الفسخ شيء فاسد وغير صحيح ، لأن مالكية الفسخ محققة وموجودة .

**فأي من الكلامين هو الصحيح ، وأي منهما هو المعتمد ؟ !**

الظاهر أن عقد المضاربة بما أن أحد جزأيه إذن فهو عقد إذني ، الالتزام فيه ليس كالالتزام في غيره من العقود ، بل تابع للإذن ، فلا يقال إن فيه التزاماً ويكون الالتزام معلقاً على شيء ، بل هو تابع للإذن والإذن معلق على شيء ، فتعليقه على شيء ليس تعليقاً لغير الإذن على شيء ، فيكون ما ذكره السيد الأستاذ رحمته الله هنا صحيحاً ، ولكن يكون ما ذكره في المسألة ٥ [٣٣٩٤] الموسوعة ٣١ : ٤٠ من تعليق الالتزام بحصة من الربح للعامل على الخياطة ، فإذا لم يخط العامل كان للمالك حق فسخ المضاربة وأخذ الربح كله ، وإعطاء العامل أجره المثل ليس صحيحاً ، بل الصحيح فيه أن الإذن بالاتجار بالمال المستتبع لإعطاء حصة من الربح للعامل معلق على الخياطة ، فإذا لم يخط فالعقد من الأول غير منعقد ، لأنه من التعليق الذي لا يكون مضراً في العقود الإذنية ، فلا عقد ، كما لو شرط أن لا يسافر العامل بالمال فسافر حيث قلنا إن مقتضى القاعدة البطلان ، إلا أنه يخرج عنه للروايات الخاصة ، فإذا لم تكن الروايات الخاصة الآتية في المسألة ٥ [٣٣٤٩] شاملة لشرط الخياطة مثلاً على العامل ، كما يقوله السيد الأستاذ رحمته الله هناك ، فلا يحكم بكون الربح بينهما ، بل الربح كله للمالك ، وليس للعامل إلا أجره المثل عندما لا يخط الثوب ، ويكون الخسران كله على العامل في فرض الخسران ، بخلاف ما لو شرط عليه

هو المعلق على شيء .

فتارة يكون ذلك الشيء - أي المعلق عليه - هو لزوم هذا العقد، بمعنى أن إذنه بالاتجار بالمال على أن يكون الربح بينهما معلق على لزوم المضاربة، وعدم مالكية الفسخ للآخر الذي هو العامل. وأخرى يكون المعلق عليه هو نفس عدم الفسخ في الخارج، بمعنى أن إذن المالك المذكور مشروط - ومعلق - بالتزام العامل بعدم الفسخ خارجاً<sup>(١)</sup>.

فعلى الأول وفرض أن المعلق عليه عدم مالكية الفسخ للطرف الآخر، فيما أن ذلك غير حاصل في الخارج لأن عقد المضاربة عقد جائز، فكل منهما مالك للفسخ، ومعنى ذلك عدم تحقق شرط عدم ملك الفسخ فلا محالة يكون العقد باطلاً، إذ لم يأذن المالك في التصرف في ماله على الإطلاق، وإنما كان على تقدير عدم ملكية الطرف الآخر للفسخ، والمفروض أن ملكية الفسخ ثابتة لا تزول بالاشتراط، فما نسب إلى المشهور من عدم نفوذ الشرط وبطلان العقد - لأنه معلق على أمر غير حاصل، لا لأنه مخالف لمقتضى العقد - هو الصحيح<sup>(٢)</sup> فالشرط

بأن لا يسافر فسافر، حيث إن الروايات مخرجة لنا عن القاعدة التي هي البطلان، وحاكمة بأنه إن كان ربح فيبينهما وإن كان خسران فعلى العامل .

(١) وكذا العكس - أي قبول العامل بالاتجار بالمال على أن يكون الربح بينهما - تارة يكون معلقاً على لزوم المضاربة وعدم مالكية المالك للفسخ، وأخرى يكون قبوله معلقاً على نفس عدم فسخ المالك خارجاً، بمعنى أن قبوله مشروط بالتزام المالك بعدم الفسخ خارجاً .

(٢) أقول: قول السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup>: «فتارة يكون ذلك الشيء - أي المعلق عليه - هو لزوم هذا العقد، بمعنى أن إذنه بالاتجار بالمال على أن يكون الربح بينهما معلق على لزوم المضاربة، وعدم مالكية الفسخ للآخر الذي هو العامل. وأخرى يكون المعلق عليه هو نفس عدم الفسخ في الخارج، بمعنى أن إذن المالك المذكور مشروط - ومعلق - بالتزام العامل بعدم الفسخ خارجاً، هل هو حصر عقلي أو يمكن أن يكون له شق ثالث، والشق الثالث هو أن يكون

٥ المنشأ - أي عقد المضاربة - معلقاً لا على لزوم المضاربة وعدم مالكية الفسخ ، ولا معلقاً على عدم الفسخ في الخارج ، بل معلقاً على التزام الطرف الآخر - مالكاً كان أو عاملاً - على عدم حق له في الفسخ ، والالتزام متحقق بالفعل كما هو المفروض - فلا يضر التعليق عليه - وليس معناه عدم حق له شرعاً ، بل معناه الالتزام في نفسه بالغاء هذا الحق الثابت له شرعاً على نفسه ، كما في كثير من المباحات والمستحبات التي التزم بعض الناس بعدم حق لهم فيها ، وإن كانت هي من حقهم شرعاً ، كأن لا يرى الإنسان لنفسه حق الزواج الثاني - المجدد - مع وجود الزوجة الأولى ، أو عدم حق له في الزواج المؤقت ، وإن كان كل منهما من حقه شرعاً - وكالاتزام المتقدم من الزوج حينما تشترط عليه الزوجة وتعلق منشأها الذي هو الزوجية على التزام الزوج بأن يسكنها في بلدتها ، أو بأن يعطيها كل يوم مائة دينار ، وإن كان من حقه شرعاً قبل ذلك أن لا يسكنها في بلدتها ، أو أن لا يعطيها كل يوم مائة دينار ، إلا أنه يلتزم بالغاء هذا الحق والزام نفسه باسكانها في بلدتها أو باعطائها كل يوم مائة دينار . فكما أن هذا الالتزام المعلق عليه المنشأ الذي هو - أي المنشأ الزوجية - يكون موجوداً حين العقد ، فلا يضر تعليق المنشأ وهو الزوجية ، أي عقد النكاح عليه في مثال الزوجية ، فكذلك التزام العامل أو المالك بأن لا يكون له حق الفسخ على نفسه موجود حال العقد ، ولا يضر تعليق المنشأ الذي هو عقد المضاربة في المقام عليه ، ولا فرق بينهما في ذلك أبداً ، بل هذا أولى من تعليق المضاربة على عدم مالكية الفسخ ، لأن تعليق المضاربة على عدم مالكية الفسخ كتعليقها على أن يكون متمكناً من الطيران في الهواء بلا واسطة أو آله شبه اللغوا .

وعليه : فلا مانع من أن يشترط أحدهما على الآخر حين انشأ عقد المضاربة ، بمعنى أن يعلق منشأه على التزام الطرف الآخر بأن لا يكون له حق الفسخ ، فيما إذا كان التزام الطرف الآخر متحققاً حين العقد ، فضلاً عن شرط عدم الفسخ خارجاً .

**فالصحيح** ما ذهب إليه الماتن رحمته من صحة هذه الشرط مطلقاً ، إلا إذا كان المعلق عليه من قبل المالك أن لا يكون للعامل حق الفسخ ، لأنه تعليق للأذن على شيء غير موجود ، فيكون قول المالك حينئذٍ : إذنت لك في الاتجار بمالي والربح بيننا على أن لا يكون لك حق الفسخ ، بمثابة

باطل ومبطل للعقد أيضاً<sup>(١)</sup>.

**وعلى الثاني** وفرض أن المعلق عليه هو الالتزام بعدم الفسخ خارجاً وإن كان مالكا للفسخ

عدم الإذن، أو أنّ واقعه هو عدم الإذن، لأن معناه لم أأذن لك بالاتجار بمالي، لأن حق الفسخ ثابت لك، فكما يكون الشرط فاسداً يكون عقد المضاربة فاسداً أيضاً.

(١) والفرق بين بطلان الشرط هنا حيث إنه يوجب بطلان العقد أيضاً **على خلاف** بطلان الشرط في باب البيع ونحوه من العقود اللازمة، حيث إن بطلان الشرط فيها لا يسري إلى العقد ولا يبطله، هو كما سيأتي من السيد الأستاذ رحمته - وهو الصحيح أيضاً - أن فساد الشرط في العقود الإذنية كما هو الحال في المضاربة في المقام يقتضي أن لا يكون الإذن بالتصرف في المال موجوداً، لأن نفس الإذن فيها معلق على عدم مالكية الفسخ، وبما أن الشرط باطل فلا إذن فلا عقد، وهذا بخلاف العقود اللازمة، لأنه إذا كان التزامه بالبيع معلقاً على عدم مالكية الفسخ وفسد الشرط لأنه على خلاف مقتضى السنة، فالتزامه بالبيع ونحوه معلق على عدم مالكية الفسخ، فإذا لم يحصل الشرط فله أن لا يلتزم بالبيع، وليس معنى ذلك إيجابه فساد البيع، بل معنى ذلك ثبوت الخيار له. لكن هذا بناءً على فساد الشرط في المقام كما لو كان الشرط هو عدم مالكية الفسخ، وأما لو كان الشرط هو الالتزام بعدم حق له في الفسخ، فلا الشرط فاسد ولا العقد كما عرفت.

ثم إنه لو كان اشتراط عدم مالكية الفسخ شرطاً غير سائغ وحراماً، وكان اشتراط هذا راجعاً إلى مخالفة الكتاب والسنة، لكان الأولى للسيد الأستاذ رحمته الاستدلال به في كون الشرط باطلاً ومبطلاً للعقد، لا الالتجاء إلى الوجه الذي ذكره هنا، وما ذلك - أي الالتجاء إلى الوجه الذي ذكره هنا - إلا لكون اشتراط عدم مالكية الفسخ ليس شرطاً غير سائغ شرعاً، ولا أنه وردت السنة فيه وفي كون الفسخ جائزاً، لعدم ورود رواية فيه، فما معنى قوله رحمته في مسألة اشتراط أن لا يفسخ المضاربة السابقة في ضمن عقد لازم لاحق أنه لا يجوز لأنه خلاف السنة؟! وكذا في مسألة اشتراط عدم فسخ مضاربة سابقة في مضاربة لاحقة، حيث قال أيضاً: إنه لا يكون الشرط صحيحاً لأنه خلاف السنة.

شرعاً والعقد جائز إلا أنه شرط عدم الفسخ خارجاً فلا محذور فيه ، لأن الفسخ فعل سائغ وجوداً وعدمياً ، وليس الالتزام بعدم الفسخ إلا كالاتزام ببقية الأمور المباحة كخياطة الثوب ونحوه ، والالتزام بأمر سائغ لا محذور فيه ، وعليه فلا شك في صحة العقد والشرط معاً كما اختاره الماتن رحمته .

**فالمتحصل هو القول بالتفصيل بين كون الشرط عدم ملكية الفسخ فلا يصح ، لعدم امكان انقلاب العقد الجائز لازماً باختيار المكلف ، كما لا يصح العقد تبعاً لعدم حصول المعلق عليه ، وبين كون المعلق عليه الالتزام بعدم الفسخ خارجاً فيصح الشرط والعقد معاً<sup>(١)</sup> .**

(١) فإذا فسخ المشروط عليه عدم الفسخ خارجاً ، أو فسخ المشروط عليه الالتزام بعدم الفسخ ، انفسخت المضاربة بالنسبة إلى ما يأتي من معاملاتها لا بالنسبة إلى ما مضى ، فلو فرضنا أنه شرط كل من المالك والعامل عدم الفسخ ، أو الالتزام بعدم الفسخ إلى مدة سنة ، وبعد ستة أشهر فسخ المالك ، وكان العامل قد استمر بالعمل إلى نهاية السنة فأجازها المالك إلى نفسه ، كان ارباح جميع هذه المعاملات في الستة أشهر الثانية من السنة للمالك فقط ، وهي أرباح طائلة ، وليس للعامل أجرة المثل أيضاً ، لأن العمل لم يكن بأمر المالك ، ولكن يحق للعامل أن يفسخ المضاربة من الأول لتخلف الشرط الذي شرطه على المالك ، فلا يستحق حينئذ حصة من الربح في الستة الأشهر الأولى الذي هو ضئيل جداً ، ولنفرض أنها بمقدار خمسة بالنسبة إلى أجرة المثل التي هي خمسمائة ، فإذا فسخ العامل المضاربة من الأول استحق أجرة المثل بالنسبة إلى الستة أشهر الأولى التي هي - أي أجرة المثل - خمسمائة ، ورجعت الحصة الضئيلة إلى المالك وهي خمسة ، كما لو فرضنا أن العامل هو الذي فسخ بعد ستة أشهر ، انفسخت المضاربة بالنسبة إلى المعاملات الآتية ، فلو عمل العامل فيها وكانت رابحة لا يستحق من الربح شيئاً ، إلا أن للمالك حينما يتخلف العامل عن الشرط ويفسخ أن يفسخ المالك المضاربة من الأول لخيار تخلف الشرط ، فيأخذ جميع الأرباح لو كانت الأرباح طائلة في الستة أشهر الأولى ، ويعطيه أجرة المثل التي قد تفرض أنها ليست بشيء بالنسبة إلى حصة العامل من الربح في الستة أشهر الأولى .

ودعوى أن الشرط في العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء ، ممنوعة<sup>(١)</sup> نعم ، يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط ، وإلا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه .

(١) يبقى الكلام في جهتين : الجهة الأولى : في أن الشرط الذي يكون في ضمن العقود الجائزة هل يجب الوفاء به كما يجب الوفاء بالشرط الذي يكون في ضمن العقود اللازمة ، أو لا يجب الوفاء به؟ فلو فرضنا أنه اشترط عليه عدم الفسخ في ضمن العقد الجائز فهل مع ذلك له الفسخ ، وإنما ليس له الفسخ لو كان ذلك في ضمن العقد اللازم لا الجائز ، أو لا فرق في أنه ليس له الفسخ ، سواء أكان قد شرط عليه ذلك في ضمن عقد لازم ، أم في ضمن عقد جائز؟ .

الظاهر أنه لا فرق في وجوب العمل بالشرط ، بلا فرق بين كونه في ضمن عقد جائز أو لازم ، لعموم قوله ﷺ «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»<sup>(١)</sup> الشامل للشرط في ضمن العقد الجائز كشموله للشرط في ضمن العقد اللازم ، ولا مخصص لذلك بخصوص الشروط التي تكون في ضمن العقود اللازمة ، بل لو لم يكن الشرط ظاهراً في خصوص الرابط بين شيئين للزم الالتزام بشمول دليل وجوب الوفاء بالشرط للشروط الابتدائية أيضاً على تقدير صدق الشروط عليها حقيقة وبلا عناية ، ولكن ليس الأمر كذلك ، لأن الشروط الابتدائية إنما هي وعود قد يطلق عليها الشروط عناية .

والعمدة في دليل الدعوى المزبورة التي هي عدم وجوب الوفاء بالشرط في ضمن العقد الجائز وجهان<sup>(٢)</sup> :

(١) الوسائل ج ٢١ : ٢٧٦ باب ٢٠ من أبواب المهورح ٤ ، وص ٢٩٩ باب ٤٠ من أبواب المهورح ٢ ، والوسائل ج ١٨ : ١٦ باب ٦ من أبواب الخيار ح ١ ، ٢ .

(٢) ذكرهما صاحب الجواهر<sup>رحمته</sup> : حيث قال ﷺ «ويحتمل الثاني ، لا بمعنى تسلطه على فسخ العقد ، بل على معنى عدم وجوب الوفاء به [أي بالشرط في ضمن العقد الجائز] وإن لم يفسخ العقد ، للأصل السالم عن معارضة الآية المراد منها العقود اللازمة ، لظهور الأمر فيها بالوجوب المطلق ، وكذا قوله ﷺ : (المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم) المراد منه بيان صحة أصل الاشتراط ، وأما اللزوم وعدمه فيتبع العقد الذي تضمن الشرط ، فإن كان لازماً وجب الوفاء بالشرط لكونه حينئذ من توابع العقد ، وإلا لم يجب بل يكون حينئذ شبه الوعد . ولعل هذا هو

**الأول:** أن الشرط لا يزيد على أصل المشروط، فإذا لم يكن المشروط لازماً لم يكن الشرط لازماً بطريق أولى.

**وفيه:** منع الأولوية، بل إن تحقق جواز المشروط مع لزوم الشرط غير عزيز، فعلى تقدير تحقق المشروط يجب الوفاء بالشرط وإلا فلا، كما هو الحال في كل الواجبات المشروطة، فإن قصد الإقامة للمسافر أمر اختياري إلا أنه لو قصدها وجب الصوم والإتمام، كما أن السفر أمر اختياري ولكن لو سافر وجب عليه القصر والافطار.

**الثاني:** أن ما دل على جواز العقد دال على جوازه بجميع توابعه حتى الشروط، فحينما يقال إن العارية أو الوديعة أو المضاربة جائزة فما دل على جوازاها دال على جوازاها بجميع توابعها حتى الشروط، فتكون الشروط جائزة.

**وفيه:** أن الدليل على جواز هذه العقود كالمضاربة والعارية والوديعة ١ - إما الاجماع كما ادعي وهو مختص بنفس العقد، ٢ - وإما عدم المقتضي للزوم في هكذا موارد كما ذكرناه نحن، لأن الإنسان مسلط على ماله، ولا يجب عليه أن يأذن في أن يتصرف الغير في ماله، فلا إلزام هنا ليشمله دليل وجوب الوفاء، وهذا مختص بنفس العقد أيضاً وغير شامل للشروط التي في ضمنه، وعليه فدليل الجواز في العقد شيء ودليل اللزوم في الشرط ووجوب الوفاء به شيء آخر. ونتيجة ذلك أن الشروط مطلقاً سواء كانت في ضمن عقد لازم أم جائز واجبة الوفاء لعموم (المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم) ما دام العقد باقياً. نعم إذا ارتفع العقد لا شك يرتفع

﴿ مراد الشيخ والفاضل في التحرير من المحكي عنهما، لا أن المراد عدم لزوم الوفاء بالعقد باعتبار جواز العقد، وإلا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد، إذا هو - كما ترى - لا دليل عليه، بل المعلوم خلافه، ضرورة عدم كون الشرط أولى من مقتضى العقد الذي لا يجب الوفاء به وإن لم يفسخ العقد، فإن من استودع أو وكل أو استعار أو ضارب - أي جاء بعقد من هذه العقود - لا يجب عليه الوفاء بمقتضى ذلك، فيأخذ الوديعة - مثلاً - ويفعل ما وكل، ويتناول العارية ويأخذ عين مال القراض، فالشرط أولى، ومنه يعلم حينئذ أنه هو مراد الشيخ والفاضل فيما ذكرناه من عدم لزوم الوفاء به، وهو لا يخلو من قوة، والله العالم ﴿ الجواهر ٢٦ : ٣٤٣ .

موضوع الوجوب لارتفاع الشرط بارتفاع العقد، فلا شرط حتى يجب الوفاء به، ولعل القائلين بعدم وجوب الوفاء بالشرط يريدون هذا المعنى، وهو فسخ العقد ورفع موضوع وجوب الوفاء بالشرط، لا أنه مع وجود العقد لا يجب الوفاء بالشرط، وحينئذ لا يبقى نزاع في البين.

**الجهة الثانية:** إذا فرضنا أن الشرط سائغ كشرط عدم الفسخ خارجاً كما ذكرنا، أي أن الشرط كان هو التزام الطرف الآخر بعدم الفسخ خارجاً<sup>(١)</sup>، فهل إن ذلك حكم تكليفي محض فقط أو وضعي أيضاً، بمعنى أنه إذا فسخ بعد ذلك فهل يكون الفسخ نافذاً غاية أنه ارتكب محرماً لأنه كان يجب عليه الوفاء بالشرط وعدم الفسخ خارجاً، أو ان فسخه لا ينفذ فلا أثر له؟

**اختار بعض<sup>(٢)</sup> الثاني** وقال: إن الشرط إذا كان نافذاً فيكون لازماً، فليس للمشروط عليه الفسخ وضعاً فإذا فسخ كان فسخه لغواً ولا أثر له.

**وفيه:** ان الاستفادة من دليل وجوب الوفاء بالشرط وهو «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»<sup>(٣)</sup> ليس إلا الحكم التكليفي، كقوله: المؤمن عند عدته، فان الظاهر من كلمة «عند»، هو ذلك أي ان المؤمن لا ينفك عن شرطه ولا يتخلف والتخلف مناف للإيمان، ولا بد من العمل به، لا أن الاستفادة عدم ترتب الأثر على الفسخ، فإنه لا نعرف لذلك وجهاً صحيحاً، ولم يدل

(١) أو كان الشرط بنظرنا الالتزام بعدم حق له في الفسخ، فهل إذا لم يلتزم بذلك وفسخ هو كما لو لم يلتزم الزوج باسكان الزوجة في بلدتها أو بعدم اعطائها مائة دينار كل شهر، قد خالف التكليف فقط، وعمل حراماً وعصى ليس إلا، ولا يفسخ عقد المضاربة، أو أنه إذا فسخ عقد المضاربة يفسخ عقد المضاربة؟!

(٢) وهو السيد الحكيم رحمته الله حيث قال: «إن وجوب الوفاء بالعقد أو الشرط لا يراد منه الوجوب التكليفي، بل الإرشادي إلى نفوذ العقود والشروط، وكذلك وجوب الوفاء بالنذر، فالشك في الحقيقة في اللزوم والجواز يرجع إلى الشك في جواز الفسخ وعدمه، والأصل عدم ترتب الأثر على الفسخ» المستمسك ١٢: ١٦٠ - ١٦١ طبعة بيروت.

(٣) الوسائل ج ٢١: ٢٧٦ باب ٢٠ من أبواب المهورح ٤، وص ٢٩٩ باب ٤٠ من أبواب المهورح ٢، والوسائل ج ١٨: ١٦ باب ٦ من أبواب الخيارح ١، ٢.

وهذا إما يتم في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ ، مثل المقام فإنه يوجب لزوم ذلك العقد<sup>(١)</sup> ، هذا .

دليل على اسقاط المالك أو العامل عن ملكيته للفسخ وعن نفوذ فسخه ، فالفسخ نافذ جائز وإن كان محرماً ، كما له الفسخ لو حلف أو نذر عدم الفسخ ثم فسخ ، حيث إن الحلف أو النذر لا يوجب سلب ملك المالك للفسخ ، وإنما هو مجرد تكليف يحرم مخالفته .

(١) ذكر الماتن رحمته أن الذي قلنا من أن وجوب الشرط لا فرق فيه بين أن يكون ضمن عقد لازم أو ضمن عقد جائز ، كما هو الحال في المقام كل منهما يجب الوفاء بالشرط المشروط ضمنه ، نعم يجوز فسخ العقد الجائز ، فحينئذ يسقط الشرط ولا يجب الوفاء بالشرط ، وهو - أي قولنا (نعم) ، يجوز فسخ العقد الجائز فيسقط الشرط ، فلا يجب الوفاء بالشرط) إنما يتم في غير الشرط الذي يكون مفاده عدم الفسخ ، كما هو الشرط المشترط في المقام ، فإن هذا الشرط يجعل العقد الجائز لازماً ، فلا يصح أن يقال : إذا فسخ العقد الجائز فلا يجب الوفاء بالشرط ، لأن العقد هنا يصبح لازماً ، أي لو فسخ عقد المضاربة لا يفسخ ، الذي هو معنى اللزوم .

وفيه : أن وجوب الوفاء بالشرط لا يجعل العقد الجائز لازماً ، فلا يوجب اشتراط عدم الفسخ في المضاربة الجائزة أن تصبح المضاربة لازمة ، وأنه إذا فسخ لا تنفسخ ، وإنما يوجب اشراط عدم الفسخ في المضاربة الجائزة لزوم العمل به على المشروط عليه وحرمة الفسخ ، لا أنه إذا ارتكب محرماً وفسخ لا يفسخ عقد المضاربة ، فإنه توضح من التعليقة السابقة أن العمل بالشرط إذا كان هو الالتزام بعدم الفسخ خارجاً - لا عدم ملكية الفسخ - وإن كان لازماً بمقتضى دليل لزوم الشرط ، إلا أنه تكليف محض لا يستفاد منه الوضع ، أي عدم ترتب الأثر على الفسخ حتى يوجب لزوم العقد ، فلو فسخ المشروط عليه عدم الفسخ خارجاً فعل حراماً وانفسخ العقد - ولو كان لازماً لما انفسخ<sup>(١)</sup> - وللشارط خيار تخلف الشرط ، فله فسخ المضاربة من أصلها وإعطاؤه أجره المثل .

(١) أقول : مراد الماتن رحمته من قوله : «فإنه يوجب لزوم ذلك العقد» إنما هو عدم جواز فسخه تكليفاً ، وهو مسلم حتى عند السيد الأستاذ رحمته ، لا أنه لو فسخ لا يفسخ في شرط عدم الفسخ خارجاً ، بل حتى في شرط عدم ملكية الفسخ ، لأن شرط عدم ملكية الفسخ كما تقدم لا يراد منها عدم ملكية الفسخ شرعاً ، بل المراد منها عدم ملكية الفسخ حقاً ، أي أن لا يرى له حقاً

ثم إنه تقدم أنه لعل مراد القائلين بعدم وجوب الوفاء بالشروط التي في ضمن العقود الجائزة هو فسخ العقد، ورفع موضوع وجوب الوفاء بالشروط فلا يكون الشرط واجباً.

في الفسخ، كمن لا يرى له حقاً في الزواج الثاني مع وجود الزوجة الأولى، أو في الزواج المنقطع أو نحو ذلك لا عدم الحق له في ذلك شرعاً، فلذا لو تزوج هذا الذي شرط عليه أن لا يكون له حق في الزواج الثاني، أو المنقطع تزوج زوجاً ثانياً أو منقطعاً، يقع صحيحاً ويكون قد خالف الشرط وأثم، فكذا في المقام لو فسخ من شرط عليه عدم الفسخ خارجاً أو عدم حق له في الفسخ، لو فسخ انفسخ العقد، إلا أنه خالف الشرط وارتكب حراماً. فليس المراد من ذلك اللزوم وأنه لو فسخ لا يفسخ حتى يشكل عليه السيد الأستاذ رحمته الله بذلك.

**والنتيجة:** أن الشرط واجب الوفاء سواء كان في ضمن عقد جائز أم لازم لا فرق فيه.

بل حتى لو كان الشرط هو شرط عدم حق له في الفسخ شرعاً يكون الشرط صحيحاً وواجب الوفاء، سواء كان في ضمن عقد لازم أو جائز، إذ إن جواز المضاربة إنما كان من جهة عدم الدليل على اللزوم، لا لدليل على الجواز من الكتاب والسنة، فشرط عدم الجواز ليس مخالفاً للكتاب والسنة، فينفذ بمقتضى قوله ﷺ: «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم» ولا مانع من نفوذه. نعم، شرط أن لا يكون له حق الزواج الثاني أو المنقطع شرعاً شرط باطل، لأنه على خلاف الكتاب والسنة، لما دل على ذلك من الكتاب والسنة. وأما شرط أن لا يكون له حق الفسخ شرعاً في المضاربة فليس كذلك، إذ لم يدل أي دليل عليه حتى ولو رواية ضعيفة، فشرطه ليس مخالفاً للكتاب والسنة، فلا مانع من أن يشمل قوله ﷺ: «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم» فيصبح بشرط عدم الفسخ لازماً فإن الجواز هنا كجواز خياطة الثوب حيث يكون بالشرط واجباً، ولا يعقل أن يقال: إنه على خلاف السنة لأن الخياطة جائزة فجعلها بالشرط واجبة خلاف السنة، بل اشتراط عدم مالكة الفسخ كاشتراط عدم الفسخ خارجاً جائز فكما يكون الثاني واجباً ولازم بالشرط كذلك يكون الأول أيضاً واجباً بالشرط ولازم. وموجباً لانقلاب العقد من كونه جائزاً إلى كونه لازماً كانقلاب خياطة الثوب من كونها جائزة إلى كونها واجبة.

ومن هنا تمسك بهذا الكلام بعض<sup>(١)</sup> وقال : إنه إذا كان وجوب الوفاء بالشرط منوطاً ببقاء العقد ، امتنع أن يكون لزوم العمل بالشرط مقتضياً لوجود العقد ومانعاً من فسخه ، أي لا يمكن أن يكون بقاء العقد معلولاً لوجوب الوفاء بالشرط ، فلا بدّ من التفصيل بين كون شرط عدم فسخ المضاربة في ضمن عقد مضاربة أولى وبين كونه في ضمن عقد مضاربة ثانية ، فيحكم بصحّة الثاني دون الأوّل ، فيجب الوفاء بالشرط ما دامت المضاربة الثانية باقية ، فإذا فسخ العقد ارتفع وجوب الوفاء به ، لأن الشرط تابع للعقد فيتبعه في السقوط أيضاً . وأما وجه عدم صحة الشرط المزبور في المضاربة الأولى ، فهو أنه بناءً على أن وجوب الوفاء بالشرط منوط ببقاء العقد ، لا بدّ وأن يكون وجوب الوفاء بالشرط متفرعاً عن بقاء العقد ، فلا يمكن أن يكون بقاء العقد مسبباً ومعلولاً لنفس وجوب الوفاء بالشرط ، لأنّ ما يكون شرطاً للشيء ومقتضياً لوجوده إنّما هو في مرتبة علته ، فلا يمكن أن يكون معلولاً له .

وفيه : أن الشرط صحيح في كلتا صورتين ، وما ذكر في كلام الماتن رحمته تبعاً لصاحب الجواهر رحمته<sup>(٢)</sup> من توقف وجوب العمل بالشرط على بقاء العقد ليس مستفاداً من دليل خاص من إجماع أو رواية أو غير ذلك ، وإنما هو من جهة قصور الشرط في نفسه عن إثبات أكثر من ذلك ، فإن المتفاهم العرفي ممن يتعامل مع غيره ويشترط عليه شيئاً في ضمن عقد لازم أو غير لازم أن العمل بالشرط ما دام هذا العقد باقياً ، فلو فسخ أحدهما في المجلس أو بخيار عيب ونحوه لا

(١) وهو السيد الحكيم رحمته في المستمسك ١٢ : ٢٦٩ - ٢٧٠ «أو ١٦١ طبعة بيروت» حيث قال : «إذا كان وجود العقد شرطاً في لزوم العمل بالشرط امتنع أن يكون لزوم العمل بالشرط مقتضياً لوجود العقد ومانعاً من فسخه ، لما تحرر في محله من أن وجوب المشروط لا يقتضي وجود شرطه ، وبالجملة : شرط عدم فسخ العقد يمتنع أن يكون موجباً للزوم العقد وامتناع فسخه ، لأن لزوم عدم الفسخ يتوقف على وجود العقد ، فلا يتوقف عليه وجود العقد . ومن ذلك يظهر بطلان شرط التأجيل في جميع العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة وغيرها ، لأن شرط التأجيل راجع إلى شرط عدم الفسخ إلى الأجل ، وقد عرفت بطلانه» .

يجب على المشروط عليه العمل بالشرط ، ودعوى وجوب العمل به وإن فسخ العقد كما ترى ، لأن ذلك خارج عن هذا الاشتراط ، فإن من تزوج انقطاعاً وتشتط على زوجها أن ينفق عليها معلوم أن هذا ما دامت الزوجية المنقطعة موجودة وباقية ، فإذا أبرأها المدة أو انتهت انتفى الشرط ، لأن المتفاهم العرفي من الاشتراط إنما هو العمل بالشرط على تقدير بقاء الموضوع وهو العقد ، وعليه فليس هذا شرطاً ثابتاً بدليل لفظي أو لبي ، وإنما هو من جهة ما يتفاهم عرفاً من الاشتراط بين المتعاملين ، فإذا كان الشرط أمراً خارجياً كالخياطة والكتابة كان الأمر كذلك في المضاربة ، بمعنى أن مقتضى عقد المضاربة على الشرط المزبور عرفاً وجوب الوفاء بالشرط وهو الكتابة أو الخياطة ما دام عقد المضاربة باقياً ، فإذا فسخ لا يجب العمل بالشرط .

وأما إذا كان الشرط هو عدم الفسخ فلا معنى لأن يشترط عدم الفسخ مع بقاء هذا العقد ، أي لا معنى لأن يكون عدم الفسخ متوقفاً على بقاء العقد ، بل إن مقتضى نفس الشرط هنا عرفاً أن لا يفسخ ، فليس هو كسائر الشروط متوقفاً على بقاء العقد ليقال إنه لا يمكن أن يكون بقاء العقد معلولاً لوجوب الشرط .

وملخص ذلك : أن المستفاد من قوله ﷺ : « المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم »<sup>(١)</sup> هو وجوب الوفاء بكل شرط سائغ ، وقد يكون وجوب الوفاء ببعض الشرط - كما هو الغالب - مشروطاً ببقاء الموضوع ، فيكون ما تعاقدنا عليه هو ذلك ، وليس معنى ذلك أن وجوب الوفاء بالشرط متوقف على بقاء الموضوع على الإطلاق ، فإذا كان الشرط عدم الفسخ يجب الوفاء به بمقتضى العموم من دون دليل مخصص .

وعليه فالتفصيل في صحة شرط عدم فسخ المضاربة بين كونه في ضمن عقد مضاربة أولى فلا يصح وبين كونه في ضمن عقد مضاربة ثانية فيصح ، لا يمكن المساعدة عليه بوجه .  
والصحيح هو القول بصحة شرط عدم الفسخ مطلقاً ، سواء كان في ضمن عقد المضاربة الأولى أم في ضمن عقد المضاربة الثانية .

ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر، فلا إشكال في صحة الشرط<sup>(١)</sup> ولزومه، وهذا يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد، إذ لو كان منافياً لزم عدم صحته في ضمن عقد آخر أيضاً.

(١) وبذلك يتضح أن ما ذكره المشهور من أن شرط عدم الفسخ مناف لمقتضى العقد وهم محض، كما تقدم وقلنا إنه ليس منافياً لمقتضى وإلا لو كان منافياً لمقتضى العقد، فإنه لا يصح سواء كان قد اشترط في ضمن عقد المضاربة نفسه أم كان قد شرط في ضمن عقد لازم آخر، والحال إنه هنا - أي فيما إذا كان قد اشترط عدم فسخ عقد المضاربة في ضمن عقد آخر لازم كالبيع - لا إشكال في الصحة، والظاهر أنه حتى عندهم أي عند المشهور.

ثم إن ما ذكره الماتن رحمته من صحة الشرط في المقام مطلقاً - أي فيما إذا اشترط عدم فسخ عقد المضاربة في ضمن العقد لازم آخر كعقد البيع مثلاً - غير صحيح - كما عرفت سابقاً - بل لا بد من التفصيل أيضاً، لأن شرط عدم فسخ المضاربة الذي يكون في ضمن عقد لازم كالبيع أو الإجارة أو نحوهما تارة يكون هو عدم الفسخ خارجاً، فالأمر كما ذكره من صحة الشرط الذي يكون في ضمن عقد لازم، لأن الشرط سائغ فيشملة قوله صلى الله عليه وسلم: «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»<sup>(١)</sup> فيجب على المشروط عليه عدم الفسخ، إلا أنه لو فسخ ينفذ فسخه، غاية الأمر يثبت خيار تخلف الشرط المشروط في ضمن العقد اللازم للبائع أو للمشتري.

وأخرى يكون الشرط الذي يكون في ضمن عقد لازم هو عدم ملكية المالك أو العامل لفسخ عقد المضاربة السابق، فالشرط باطل، لأنه على خلاف مقتضى السنة<sup>(٢)</sup>، إذ إن عقد

(١) الوسائل ج ٢١: ٢٧٦ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤، وفي ص ٢٩٩ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢، والوسائل ج ١٨: ١٦ باب ٦ من أبواب الخيار ح ١، ٢.

(٢) ليس بطلان الشرط فيما إذا كان هو عدم ملكية الفسخ في نفس عقد المضاربة هو مخالفته للكتاب والسنة كما تقدم من السيد الأستاذ رحمته، وذكرنا نحن في الهامش أنه لم يدل على جواز المضاربة أي رواية فضلاً عن الكتاب الكريم، فليس اشتراط عدم ملكية الفسخ مخالفاً للكتاب أو السنة، وإنما كان البطلان عند السيد الأستاذ رحمته لتعليق الإذن بالعمل بالمال على أن لا يكون

« مالكا للفسخ ، وهو من التعليق على شيء لا وجود له ، فالمعلق عليه غير موجود فالمعلق أيضاً غير موجود ، فلا إذن فلا مضاربة .

وأما شرط عدم مالكية الفسخ لعقد المضاربة السابق في ضمن عقد لازم آخر ، فأى دليل من السنة دل على جواز عقد المضاربة حتى يكون شرط عدم مالكية الفسخ فيها في ضمن عقد البيع مخالفاً للسنة ؟ ! ليس لدينا أي رواية ولو ضعيفة دلت على جواز عقد المضاربة حتى يكون شرط عدم مالكية الفسخ فيها في ضمن عقد لازم مخالفاً للسنة . كما ليس هنا إذن معلق على عدم مالكية الفسخ حتى نقول هو يقتضي فساد شرط عدم مالكية الفسخ . فالذي يقوله الماتن رحمته من صحة شرط عدم الفسخ في المقام مطلقاً هو الصحيح ، سواء كان هو عدم مالكية الفسخ أم عدم الفسخ خارجاً ، لأن مالكية الفسخ إنما ذهبنا إليها لعدم الدليل على عدم المالكية ، أي لأجل أن عقد المضاربة عقد إذني ، وأدلة اللزوم كلها لا تشمل العقود الإذنية ، فالمتضاربان مالكان للفسخ ، فاشتراط عدمه في نفس عقد المضاربة معناه عدم الإذن ، لأن الشرط معناه تعليق الإذن على عدم مالكية الفسخ ، والحال إن الآخر مالك للفسخ ، فلا إذن فلا مضاربة ، إلا لأجل أن شرط عدم مالكية الفسخ مخالف للسنة ، وأما إذا اشترط عدم الإذن في عقد لازم ، فيكون لنا حينئذٍ دليل على عدم مالكية الفسخ لنفوذ هذا الشرط بمقتضى (المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم) وليس فيه أي مخالفة للسنة حيث لم ترد روايات دالة على ملكية الفسخ في المضاربة ، ولذا كان الدليل على الجواز فيها عند الأصحاب ، إما الإجماع أو كونها من العقود الإذنية ، وأدلة اللزوم لا تشمل العقود الإذنية ، أو لأنها وكالة وشركة في الأول وكالة ثم تصير شركة ، وكل منهما عقد جائز ، فالمضاربة جائزة لذلك ، كما كان هذا الوجه دليلاً عند بعضهم كالعلامة رحمته وغيره ، ومؤيداً عند آخرين ، ولم يكن لأي أحد من الفقهاء استدلال بالروايات على جواز المضاربة ، نعم استدل بعض المعاصرين - كما في بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ١٢١ - برواية على جواز عقد المضاربة ، إلا أنه ليس لها دلالة على ذلك ، مضافاً عن ضعف سندها .

وقد يكون مراد السيد الأستاذ رحمته من قوله (خلاف السنة) هنا وفي شرط لزوم المضاربة

« السابقة في عقد مضاربة لاحق وهو البحث الآتي هو أن يكون الشرط مشروعاً ، وشرط عدم مالكية الفسخ في المضاربة سواء كان في عقد مضاربة ، أم في عقد لازم بأن لا يفسخ المضاربة السابقة ، أم كان في ضمن عقد مضاربة لاحق بأن لا يفسخ عقد المضاربة السابق ، كلها غير مشروعة ، مضافاً إلى أنه لا بدّ وأن لا يكون منافياً لمقتضى العقد ، لأنه لو كان منافياً لمقتضى العقد لنافى وجوب الوفاء بالعقد وجوب الوفاء بالشرط ، ومضافاً إلى أن لا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة كما دلت عليه عدة روايات «الوسائل ج ١٨ : ١٦ باب ٦ من أبواب الخيار ح ١ و ٢» ، أن يكون الشرط غير محرم لحلال ولا محلاً لحرام كما في موثقة إسحاق بن عمار ، عن جعفر ، عن أبيه عليه السلام : « أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول : من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به ، فإن المسلمين عند شروطهم ، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » الوسائل ج ١٨ : ١٧ باب ٦ من أبواب الخيار ح ٥ ، وقد لا يكون السيد الأستاذ رحمته الله معتبراً لهذا الشرط اعتباراً استقلالياً ، وأن يكون هذا الشرط راجعاً عنده إلى اشتراط أن لا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة ، كما هو كذلك عند السيد الطباطبائي في تعليقه على المكاسب ٢ : ١٠٩ ، والذي تبعه عليه غيره خلافاً لآخرين ، ولذا قال : إن اشتراط عدم مالكية الفسخ (خلاف السنة) .

**ولكن : أولاً :** لا شك في أن المراد من الشرط المحرم لحلام والمحلل لحرام هو شرط فعل حرام أو ترك واجب ، والأول : كشرط أن يجعل العنب خمراً ، أو الخشب صنماً ، أو أن يشرب الخمر ، أو أن يتزوج بأمه أو أخته أو بنته أو عمته أو خالته ، والثاني : كشرط أن لا ينفق على زوجته أو أولاده الواجب النفقة أو على أبويه ، أو لا يصلي صلاة الظهر ، أو لا يصوم شهر رمضان أو نحو ذلك ، مما تكون فيه المخالفة في جواز نفس الشرط سواء الأول أم الثاني ، وقد صرح المحقق الايرواني رحمته الله : « أن مآل هذا الشرط [أي شرط أن لا يكون محلاً لحرام أو محرماً لحلال] إلى عدم كون الشرط أمراً غير سائغ ، إما فعل حرام أو ترك واجب » تعليقه الايرواني على المكاسب ج ٣ : ٢٧٠ ، لا شرط عدم مالكية الفسخ في المضاربة التي لم يدل على اللزوم فيها أي دليل ، فكان مقتضى الأصل فيها الجواز ، فلا يكون شرط اللزوم فيها غير سائغ شرعاً ، ويكون هذا الشرط بنفسه دليلاً على عدم ثبوت حق الفسخ له في المضاربة

«عندما يشترط عليه ذلك لوجوب العمل بالشرط بمقتضى قوله ﷺ: «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»، فإن هذا الشرط وهو شرط اللزوم لا أنه مخالف لمقتضى العقد، ولا أنه خلاف السنّة، ولا أنه محرم لحلال أو محلل لحرام، فلماذا لا يكون مشمولاً لعموم أدلة وجوب الوفاء بالشروط، وإذا لم يكن هذا مشمولاً لأدلة الشروط، فلا مورد لأدلة الشروط أبداً، لأن كل ما فرض شرطاً ولا شك محللاً لحرام أو محللاً لحرام وخياطة الثوب التي هي مباحة تصيح بالشرط واجبة وهو خلاف المشروع، لأن المشروع كونها مباحة وجائزة كجواز المضاربة، فاشتراط كونها لازمة خلاف المشروع، وهذا كلام لا يمكن التفوه به .

ولذا قال السيد الأستاذ ﷺ في مشروعية اشتراط الخيار: «إن اشتراط مثل الكتابة أو الخياطة أو غيرهما من الشروط في العقود [كشرط عدم مالكية فسخ عقد المضاربة في ضمن عقد لازم آخر أو في ضمن عقد مضاربة أخرى] مرجعه إلى تعليق الالتزام بالمعاملة أو العقد على فعل ذلك الشرط، وليس مرجعه إلى التعليق المبطل لها بالاتفاق [إلى أن قال ﷺ]: إذا عرفت ذلك فنقول: أن قوله «المسلمون عند شروطهم» إنما ورد في هذا المقام، أي في تعليق الالتزام بالمعاملة على أمر آخر، فلو منعنا من شموله له بدعوى أنه مخالف للكتاب والسنّة فلازمه أن لا يبقى لهذه الرواية مورد، فتكون لغواً» موسوعة الإمام الخوئي ٣٨: ١٨٦ - ١٨٧، بل يمكن أن يقال جزماً: إن صحة الشرط ووجوب الوفاء به في موارد الجواز المطلق - الإباحة واللزوم والاستحباب والكراهة - في الجملة مما عليه التسالم الفقهي كما في كتاب الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود ج ١: ١٢٠، ولذا ورد في صحيحة منصور بزرج عن العبد الصالح ﷺ قال: «قلت له: إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك، ثم بد له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بنس ما صنع، وما كان يدرى ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله ﷺ قال: المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم» الوسائل ج ٢٠: ٢٧٦ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤، فإنه لا شك أن الطلاق يجوز والتزويج يجوز، فاشتراط أن لا يطلق وأن لا يتزوج لو كان خلافاً للكتاب والسنّة لما كان

﴿ جائزين ، فكذا الجواز في المقام شرط عدمه ليس شرطاً غير مشروع .  
 نعم ، لو كانت عندنا روايات تدل على جواز المضاربة أو آية مباركة دالة على ذلك ، كان اشتراط عدم مالكية الفسخ مخالفاً للسنة فيحكم ببطلانه ، كما يقال في اشتراط الضمان الاصطلاحي على عامل المضاربة بالنسبة إلى رأس المال كله أو بعضه إذا حصلت فيه خسارة ولو من دون تعد العامل أو تفریطه ، فإنه شرط مخالف للسنة ، لورود عدة روايات - كما سيأتي - في عدم ضمان الأمين ، وعلى عدم ضمان العامل في المضاربة ، فاشتراط اشتغال ذمته بالضمان خلاف السنة فيكون باطلاً ، وكذا في شرط ضمان المستأجر للعين المستأجرة مع عدم التعدي والتفريط فإنه أيضاً مخالف للسنة ، وهي الروايات الدالة على عدم ضمان الأمين ، والمستأجر في المقام أمين ، فاشتراط الضمان عليه بلا تعد أو تفریط خلاف السنة بلا كلام فيكون باطلاً ، وأما في المقام فلم يدل أي دليل من السنة على جواز المضاربة .

**وثانياً :** إذا كان شرط عدم مالكية الفسخ شرطاً غير نافذ لأنه داخل تحت كبرى كل شرط حلل حراماً أو حرم حلالاً لا يكون نافذاً فاشتراطه خلاف السنة ، فلماذا لم يستدل به السيد الأستاذ رحمته على بطلان شرط عدم مالكية الفسخ في عقد المضاربة فيما إذا اشترط عدم مالكية الفسخ ، ولقال ، أنه باطل ، لأنه خلاف السنة ، ولما عدل عنه إلى كون المضاربة من العقود الاذنية ، والإذن فيها معلق على عدم مالكية الفسخ ، وعدم مالكية الفسخ غير موجودة ، فالشرط باطل ، فالإذن غير موجود لأن الإذن معلق عليه ، فلذا كان بطلان الشرط لأجل أنه غير موجود ، لأن المتضاربين مالكان للفسخ ، فالشرط باطل ويتبعه بطلان العقد ، لأن الاذن أيضاً غير موجود حينئذ .  
**ثم إنه علق على قول الماتن رحمته الذي هو :** « ولو شرط عدم فسخها [أي المضاربة] في ضمن عقد لازم ، فلا إشكال في صحة الشرط ولزومه » علق عليه بما نصه : « بل يكون باطلاً إذا كان بنحو شرط النتيجة أعني عدم حق الفسخ ، لكونه مخالفاً للشرع ، وهو حكم الشارع بجواز رجوع المالك عن إذنه كما تقدم شرحه » بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ١٤٣ .

ومما تقدم من احتمال كون المراد للسيد الأستاذ رحمته من قوله (خلاف السنة) هو كون شرط عدم حق له في الفسخ غير مشروع فلا يجوز شرطه ، تعرف ما في قول المعلق المذكور ، نعم

ولو شرط في عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة أخرى سابقة ، صحَّ ووجب الوفاء به <sup>(١)</sup> إلا أن يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب ، كما أنه لو اشترط في مضاربة مضاربةً أخرى في مال آخر ، أو أخذ بضاعة منه ، أو قرض ، أو خدمة ، أو نحو ذلك وجب الوفاء به ما دامت المضاربة باقية ، وإن فسخها سقط الوجوب .

المضاربة جائز شرعاً ، ولا ينقلب الجواز إلى اللزوم بواسطة الشرط في ضمن عقد لازم ، لأن الحكم الشرعي لا يتغير .

وهل يفسد العقد اللزوم بفساد الشرط أو لا ؟ .

فيه كلام وخلاف ، والصحيح عندنا عدم البطلان <sup>(١)</sup> لهذا العقد اللزوم ، ويكون وجود هذا الشرط كعدمه وملغى ، لأن كل شرط جائز إلا شرطاً خالف كتاب الله وسنة نبيه ﷺ فيبقى العقد بلا شرط ، فلا يسري فساد الشرط إلى العقد ، فما ذكره الماتن <sup>(٢)</sup> من عدم الإشكال في صحة هذا الشرط على الإطلاق غير صحيح .

وأما إذا فرضنا أن هذا الشرط كان في ضمن عقد مضاربة آخر أو نحوه من العقود الجائزة لا اللازمة ، كما إذا اشترط في ضمن عقد مضاربة ثانية عدم الفسخ في المضاربة الأولى ، فهو الآتي في التعليقة الآتية .

(١) حكم الماتن <sup>(٢)</sup> في ذلك بصحة هذا الشرط مطلقاً أيضاً لعموم «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم» <sup>(٣)</sup> .

﴿ يفترق قول المعلق حفظه الله على الكلام المتقدم ، أنه نقل رواية ادعى دلالتها على ثبوت حق الفسخ في المضاربة ، والرواية المذكورة التي ذكرها لا دلالة لها على ذلك مضافاً إلى عن ضعف سندها ، ولذا لم يستدل بها أحد من الفقهاء على جواز المضاربة .

(١) كما أشرنا إلى ذلك في الهوامش المتقدمة وقلنا إن فساد الشرط في العقود اللازمة لا يقتضي بطلان العقد ، فإن فساد الشرط بقول مطلق في العقود اللازمة لا يسري إلى نفس العقد ولا يوجب فساده ، بخلاف العقود الإذنية ، والعقد في المقام الذي شرط فيه عدم فسخ المضاربة المفروض أنه لازم وهو البيع أو الإجارة ، فلا يبطل بفساد الشرط الذي هو عدم ملكية الفسخ في عقد المضاربة .

(٢) تقدم تخريج مصدره قريباً .

ولابد أن يحمل ما اشتهر من أن الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى ، وإلا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله ، كما اختاره صاحب الجواهر<sup>(١)</sup> بدعوى أنها تابعة للعقد لزوماً وجوازاً ، بل مع جوازه هي أولى بالجواز وأنها معه شبه الوعد .

**والصحيح** أنه يجري فيه التفصيل المتقدم أيضاً ، فإن كان الشرط عدم مالكية الفسخ فيبطل ، كما لو كان في ضمن نفس عقد المضاربة الأولى ، لأنه مخالف للسنة<sup>(١)</sup> فلا يمكن أن يشمل «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم» ، ويبطل بذلك العقد أيضاً ، والفرق بين بطلان الشرط هنا حيث يوجب بطلان العقد أيضاً ، وبين باب البيع ونحوه من العقود اللازمة والذي تقدم في التعليقة السابقة حيث لا يسري فساد الشرط إلى العقد ، هو أنه في باب العقود الاذنية - كالمضاربة - نفس الإذن معلق على عدم مالكية الفسخ ، وبما أن الشرط باطل فلا إذن فلا عقد ، وأما في العقود اللازمة فاشتراط عدم مالكية الفسخ في عقد المضاربة السابق بما أنه مخالف للسنة<sup>(٢)</sup> ، وكل شرط

(١) ما قاله السيد الأستاذ<sup>(١)</sup> هنا من أنه لو شرط في عقد مضاربة عدم ملكية فسخ مضاربة سابقة بطل الشرط والعقد معاً صحيح ، إلا أنه ليس لمخالفته السنة ، إذ لم يدل على جواز المضاربة وعدم مالكية الفسخ لأحدهما أية آية أو رواية ، وإنما كان البطلان لشرط عدم مالكية الفسخ عند السيد الأستاذ<sup>(٢)</sup> هو تعليق الإذن في الاتجار بماله في مضاربة على عدم مالكية الفسخ في المضاربة الأولى أو في المضاربة الأخرى ، وهو تعليق للشرط على شيء لا وجود له ، لأن المتضاربين في المضاربة السابقة - أو الأولى - مالكان للفسخ ، فتعليق الإذن في المضاربة الثانية - أو اللاحقة - على شيء لا وجود له ، فالمعلق عليه غير موجود ، فالإذن في المضاربة الثانية بالاتجار بماله غير موجود ، فالشرط باطل والعقد باطل أيضاً ، فمن الغريب من السيد الأستاذ<sup>(٣)</sup> أن يقول هنا إن البطلان لأجل أن الشرط هنا مخالف للسنة ، وكذا لو كان الشرط هذا في نفس المضاربة الأولى .

(٢) تقدم قريباً في الهامش أن اشتراط عدم مالكية الفسخ في مضاربة سابقة في ضمن عقد لازم لاحق ليس مخالفاً للسنة ، ولا أن العقد اللازم المشروط فيه عدم الفسخ عقد إذني حتى يكون شرط عدم مالكية الفسخ من تعليق الإذن على شيء غير موجود ، فلا يكون إذن فلا يكون عقد

خالف الكتاب والسنة كان باطلاً، ولا يشمل قوله ﷺ: «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»، فيبقى العقد بلا شرط، أي يبقى العقد صحيحاً والشرط باطلاً، وليس هنا إذن حتى يقال إن الإذن معلق على عدم مالكية الفسخ، فإذا كان الشرط باطلاً فلا إذن فلا عقد.

وإن كان الشرط عدم الفسخ خارجاً فالشرط سائغ يجب الوفاء، به ويشمله قوله ﷺ: «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»، وفي فرض صحة الشرط لو فسخ المشروط عليه المضاربة الأولى صح فسخه، وإن كان أثماً لتخلفه عن وجوب الوفاء بالشرط، إلا أنه يثبت الخيار في عقد المضاربة الثاني للذي شرط فيه عدم فسخ المضاربة الأولى.

ولو كان صاحب الخيار - بين الفسخ والإمضاء - في العقد الثاني هو المالك .

فإما أن يكون فسخه للمضاربة الثانية قبل حصول الريح فيها، فلا أثر لتخلف الشرط، لأن عقد المضاربة الثاني جائز في نفسه، وإما أن يكون فسخه للمضاربة الثانية بعد حصول الريح فيها فهنا يظهر الأثر لتخلف الشرط، حيث يكون بواسطة فسخ المالك في المضاربة الثانية تمام الريح له، وللعامل أجرة المثل، وهو في نفع المالك لو كان الريح كثيراً جداً وأجرة المثل قليلة جداً.

ولو كان صاحب الخيار - بين الفسخ والإمضاء - في المضاربة الثانية هو العامل، فإما أن يكون

«أذني، بل العقد في المقام عقد لازم لا أذني، فأبي دليل يدل على بطلان الشرط حتى لو كان هو عدم مالكية الفسخ، فإن مالكية الفسخ في عقد المضاربة إنما ذهبنا إليها لعدم دليل عدم المالكية، فإذا كان الشرط في المقام يقتضي عدم المالكية، فلماذا لا يجب الوفاء به لعدم «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»؟! والمفروض بل الواقع أنه ليس مخالفاً للسنة؟! ولذا يأتي من السيد الأستاذ رحمته الله في كتاب الشركة في المسألة ٩ [٣٤٨٨] أنه لو شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد لازم كالبيع مثلاً اشترط الأجل في الشركة لزمته الشركة ولا أثر لرجوع أحدهما عن إذنه قبل الأجل ومقتضى اطلاقه أنه سواء كان الشرط هو أن لا يرجع أم كان الشرط هو أن لا يكون له حق الفسخ إذ ليس في الشركة أيضاً أي دليل من السنة أو الكتاب على جوازها وإنما استفدنا جواز من كونها من العقود الإذنية التي قوامها الإذن، فلا مانع من اشتراط أن لا يرجع عن إذنه وإن لا يكون له حق الرجوع عن إذنه لأنه ليس شرط مخالفاً للسنة.

والمراد من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ اللّٰزِمَةُ منها<sup>(١)</sup>، لظهور الأمر فيها في الوجوب

فسخه للمضاربة الثانية قبل حصول الربح فيها فلا أثر لتخلف الشرط، لأن عقد المضاربة الثاني جائز في نفسه، وإما أن يكون فسخه للمضاربة الثانية بعد حصول الربح فيها فلتخلف الشرط أثر، وهو ما لو كان حصة العامل من الربح في المضاربة الثانية قليلاً جداً بالنسبة إلى أجرة المثل، فإذا فسخ العامل المضاربة الثانية كان له أجرة المثل وهي بالنسبة إلى حصته من الربح كثيرة جداً.

(١) نسب الماتن إلى صاحب الجواهر رحمته الله أنه قال: إن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ مختص بالعقود اللازمة ولا يشمل العقد الجائزة، لأن ظاهر الأمر هو الوجوب المطلق، وهذا لا يكون في العقد الجائز بل في خصوص العقد اللازم، فالموضوع لوجوب الوفاء ليس إلا العقود اللازمة، وكذا الاستفادة من قوله صلوات الله: «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»<sup>(٢)</sup> نفس صحة

(١) تقدم نقل كلام صاحب الجواهر رحمته الله في الهوامش المتقدمة، ونقول هنا أيضاً قال صاحب الجواهر: «فالتحقيق عدم مدخلية الشرط في ذلك، وإتاما الكلام في حكمه بالنسبة إلى وجوب الوفاء به وعدمه:

فيحتمل الأوّل لكن بمعنى الوجوب المشروط بالبقاء على العقد وعدم إنشاء فسخه، لكونه حينئذٍ كنفس مقتضى العقد، إذ هو من توابعه، وبهذا المعنى يندرج في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بناءً على كون المراد منه الأمر بالوفاء بمقتضى كلّ عقد لم يحصل له فاسخ جائز ولازم وفي قوله: «المؤمنون عند شروطهم».

ويحتمل الثاني لا بمعنى تسلّطه على فسخ العقد، بل على معنى عدم وجوب الوفاء به وإن لم يفسخ العقد، للأصل السالم عن معارضة الآية المراد منها العقود اللازمة، لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق، وكذا قوله صلوات الله: «المؤمنون عند شروطهم» المراد منه بيان صحة أصل الاشتراط، وأما اللزوم وعدمه فيتبع العقد الذي تضمن الشرط، فإن كان لازماً وجب الوفاء بالشرط - لكونه حينئذٍ من توابع العقد - وإلا لم يجب، بل يكون حينئذٍ شبه الوعد» الجواهر ٢٦: ٣٤٣.

(٢) الوسائل ج ٢١: ٢٩٩ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢، وص ٢٧٦ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤، والوسائل ج ١٨: ١٦ باب ٦ من أبواب الخيار ح ١، ٢.

المطلق. والمراد من قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» بيان صحة أصل الشرط<sup>(١)</sup>، لا اللزوم والجواز، إذ لا يخفى ما فيه.

الشرط، وأن الشرط صحيح، ولا يستفاد أكثر من ذلك من اللزوم والجواز، كل ذلك لا يستفاد من قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» إلا شرطاً خالف كتاب الله وسنة نبيه<sup>(١)</sup>، فإنه لا يستفاد من ذلك إلا صحة الشرط غير المخالف لكتاب الله وسنة نبيه وبطلان الشرط المخالف لكتاب الله وسنة نبيه، وأما اللزوم والجواز فلا يستفاد من هذا الكلام أصلاً.

ثم قال الماتن رحمه الله: إذ لا يخفى ما فيه.

وتوضيح ما فيه: أما الآية المباركة فقد ذكرنا في بحث المكاسب<sup>(٢)</sup> عند الشك في لزوم عقد وجوازه كما في المعاطاة، أن مقتضى قوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لزوم كل عقد بين طرفين، لأن معنى الأمر بالوفاء - الذي هو بمعنى الإنهاء وإتمام الشيء وعدم نقضه - هو الإتمام والانتهاء، لا حرمة النقص وعدم الالتزام بالبيع وأنه من المحرمات الشرعية، فحيث يقطع بعدم حرمة الفسخ تكليفاً يظهر أن الأمر بالوفاء بنفسه إرشاد إلى اللزوم، وأنه لا ينفك ولا ينفسخ، فهو بنفسه دليل اللزوم، لا أن موضوع الآية هو العقد اللازم، فكل عقد شك في لزومه وجوازه فهو لازم بمقتضى عموم الآية.

وأما «المؤمنون عند شروطهم» فتوضيح ما فيه يأتي في التعليقة الآتية.

(١) مما ذكرنا في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ يتوضح الجواب بالنسبة إلى قوله ﷺ:

«المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»: فإن المستفاد من ذلك هو الوجوب التكليفي، كقولهم ﷺ: «المؤمن عند عدته» لا مجرد الصحة. نعم، الصحة لازمة لوجوب الوفاء بالشرط، وأما الجواز واللزوم فلا موضوع لهما، ومعنى ذلك وجوب الوفاء بكل شرط سائغ سواء كان في عقد لازم أم جائز. نعم، لو ارتفع العقد يرتفع موضوع وجوب الوفاء بالشرط.

بقي شيء: وهو أن العقود الجائزة كالمضاربة والعارية ونحوها، قد تكون مطلقة من حيث الزمان، بأن يأذن له في التصرف في ماله، إما في التجارة كما في المضاربة أو بما يرجع إلى تحقق

(١) الوسائل ج ١٨: ١٦ باب ٦ من أبواب الخيار ح ١، ٢، ٣، ٥.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٦: ١٠٧.

[٣٣٩٢] «مسألة ٣»: إذا دفع إليه مالاً وقال: اشتر به بستاناً مثلاً أو قطعاً من الغنم. فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة، صحّ مضاربة. وإن كان المراد الانتفاع بثمانتهما بالاشتراك، ففي صحته مضاربة وجهان: من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلا يصح، ومن أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة. والأقوى البطلان<sup>(١)</sup> مع إرادة عنوان المضاربة، إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة، لا مثل الفوائد،

مفهوم العارية من دون تحديد بزمان، ومعنى ذلك جواز التصرف في الاثنين من دون تقييد بزمان ما لم يرجع الأذن. وقد تكون محددة بأجل، كما لو قال: أعرتك كتابي إلى اسبوع مثلاً، أو أذنت لك في الاتجار بمالي لمدة سنة، إلا أنه ليس معنى كونها مؤجلة بأجل إلا تحديد الأذن في التصرف في العارية، أو في المال المدفوع للعامل - كما هو الغالب، وإن كان الدفع ليس بلازم - بما قبل انتهاء الاجل، فليس له التصرف في الكتاب بعد الأسبوع، وليس له الاتجار بالمال بعد السنة، لا أن معنى ذلك اشتراط عدم الفسخ في المدة المحددة، ليقال - كما قيل<sup>(١)</sup> - إنه بناءً على اشتراط عدم الفسخ فاشتراط التأجيل غير لازم لأنه هو بنفسه، بل لكل منهما معناه، فإن معنى اشتراط التأجيل عدم الأذن بعد الأجل، ومعنى اشتراط عدم الفسخ اشتراط عدم ما لهما فسخه في المدة المحددة، وأحدهما أجنبني عن الآخر.

(١) ذكر الماتن رحمته أنه إذا أعطاه مالاً وقال: اشتره قطعاً من الغنم، أو نحو ذلك كما إذا قال له: اشتره بستاناً علي أن يكون النماء بيني وبينك بنسبة معينة ثلثاً أو نصفاً أو ربعاً أو أي نسبة أخرى من دون ضم ذلك إلى البيع الذي يكون بعد النماء، فهل يصح ذلك مضاربة أم لا؟. وعلى تقدير عدم صحته مضاربة فهل يصح في نفسه، وإن لم يكن مضاربة أو أن هذه المعاملة باطلة؟ فالكلام في جهتين:

**الجهة الأولى:** في صحة هذه المعاملة مضاربة، ذكر الماتن رحمته أن في صحتها مضاربة وجهين: الأول: أن عقد المضاربة علي ما يستفاد من أدلته المتقدمة هو أن يكون الاسترباح بالتجارة، وهذا ليس ربحاً بالتجارة بل هذا ربح بالشراء والنماء لا بالشراء والنماء والبيع، فلا تشمل أدلة المضاربة. الثاني: بما أن هذا النماء نشأ بسبب الشراء فيكون الاسترباح بالتجارة فهو

(١) علي ما عرفت من ذيل عبارة المستمسك، المتقدم نقلها في الهامش قبل عدة صفحات.

داخل في عنوان المضاربة، فلو اشترى بستاناً كان ثمره والحاصل منه من دون تعقبه بالبيع بينهما بالنسبة المعينة مضاربة.

واختار الماتن رحمته الوجه الأول من هذين الوجهين، وأن هذه المعاملة ليست مضاربة. وهو الصحيح، لأن المستفاد من الروايات المتقدمة أن يكون الريح وما يستفيده العامل والمالك من الريح من ربح يكون ربحاً للتجارة، والنماء من دون تعقبه بالبيع ليس ربحاً للتجارة فلا تشمله أدلة المضاربة<sup>(١)</sup> فليس مضاربة.

(١) تقدم منّا في هامش شرح الأمر التاسع من الأمور المعتمدة في المضاربة، ان المستفاد من روايات المضاربة هو العمل بالمال من العامل وكون الريح بينهما، وهو - أي عمل العامل - كما يصدق على التجارة يصدق على غيرها، فمع حصول الريح سواء كان من البيع والشراء وزيادة القيمة، أم كان من الشراء والنماءات المتصلة أو المنفصلة، يقسم بينهما حسب النسبة المجعولة، ولا دليل على اختصاص العمل في المضاربة بالتجارة، كما لا دليل على اختصاص الريح بزيادة القيمة وعدم شموله للنماءات على ما تقدم مفصلاً ومقروناً بالأدلة، في الهامش الأول من شرح الأمر التاسع، وقلنا إنه لم ترد أي رواية في البيع والشراء أصلاً، وإنما وردت بعض الروايات في الشراء والريح بينهما - وهو صادق على المقام - والباقي من الروايات كلها في عمل العامل بالمال مضاربة، وهو صادق على المقام أيضاً. فكما لا اشكال في ضم النماءات إلى زيادة القيمة الحاصلة من البيع في صدق الريح، لا اشكال في صدق الريح على الاسترباح بالنماء أيضاً فإنه لو فرض أن تجارته كانت بشراء قطعان الغنم وبيعها فإنه لا شك يكون نتاج هذه الأغنام في المدة الفاصلة بين البيع والشراء من لبن أو صوف أو نحوهما منضمة إلى الريح الحاصل من بيعها وداخلاً في ربح مال المضاربة، فكذا لو كان الريح مختصاً به وغير منظم إلى ربح البيع، فإنه أي فرق بينهما فإن التفريق بلا فارق أصلاً، بل ولا دليل حتى لو فرض ورود بعض الروايات في البيع والشراء، لأن بعضها الآخر «يعمل بالمال مضاربة»، ولذا قلنا لا مانع من أن يكون الاسترباح في المضاربة بالزراعة أو الصناعة، فكذا لا مانع من أن يكون الاسترباح بالشراء

كتاب المضاربة / لو دفع إليه مالاً وقال اشتر به بستاناً..... ٢٦٣  
نعم لا بأس بضمها إلى زيادة القيمة . وإن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن  
دعوى صحته للعمومات <sup>(١)</sup> .

(١) **الجهة الثانية** : في صحة المعاملة بنفسها وعدم صحتها بعد فرض أنها ليست مضاربة .  
ذكر الماتن رحمته أن هذه المعاملة صحيحة ، لأن أدلة صحة المعاملات كقوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ  
تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ <sup>(١)</sup> أو قوله : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ <sup>(٢)</sup> وغيرهما مما يستكشف منه صحة بل  
لزوم كل معاملة - سواء أكانت معهودة متعارفة أم غير معهودة ولا متعارفة - دال على صحتها  
بعنوان معاملة مستقلة ، فهذه المعاملة وإن لم تكن مضاربة إلا أنها معاملة صحيحة مستقلة .

وفيه : أنه تقدم الكلام في نظير ذلك غير مرة وقلنا : إن العمومات لا تشمل مثل المقام مما  
يكون التملك فيه متعلقاً بأمر معدوم <sup>(٣)</sup> ، لعدم السلطنة عليه ، منها : في إجارة الأرض بما يخرج  
منها <sup>(٤)</sup> ، حيث قلنا هناك بعدم شمول العمومات له ، للابدية تعلق التملك بشيء مملوك خارجاً  
كالدار والفراش ونحوهما من الأموال ، أو أن يتعلق التملك بما في الذمة ، لأن الانسان كما هو

﴿ والنماء وتقدم أنه لم يذكر لا المحقق في الشرائع ولا صاحب الجواهر ولا بعض آخر قدس  
الله أسرارهم في شرائط مال المضاربة أن يكون العمل به في التجارة .  
(١) النساء ٤ : ٢٩ .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) تقدمت المناقشة في كون المضاربة على خلاف القاعدة ، والمناقشة في عدم شمول  
العمومات لها على تقدير كونها على خلاف القاعدة ، كما تقدم أن تملك المعدوم لا محذور  
فيه ، وتشمله العمومات ، وتقدم ذلك في هامش الأمر الأول من الأمور المعتبرة في المضاربة ،  
وتقدم أيضاً في هامش مسألة استئجار أرض لزراعة الحنطة والشعير بحصة معلومة من حاصلها  
في الواضح : ج ١٠ : ٢٣٠ - ٢٣٦ بعد المسألة ١٢ [٣٣٢٩] .

ونذكر ذلك مفصلاً كما سيأتي إن شاء الله في الأمر الأول من الأمور التي تعتبر في المزارعة .  
(٤) تقدم ذلك في فصل في مسائل متفرقة بعد المسألة ١٢ [٣٣٢٩] الواضح ج ١٠ : ٢٢٣ .  
موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٣٣٥ - ٣٣٨ .

مسلط على أمواله الخارجية ، مسلط على ما في ذمته<sup>(١)</sup> وكل شيء تحت سلطانه له أن يملكه لغيره فتشمله أدلة الوفاء ، وأما المعدوم فليس بمملوك له حتى يملكه لآخر ، فليس له هذا التملك ، والتاج الذي يوجد بعد ذلك أو ثمر البستان الذي يوجد بعد ذلك ليس له أن يملكه لآخر بأي مملك ، لأنه ليس له هذه السلطنة .

ولذا لم يلتزموا بصحة ذلك فيما لو اشترط في ضمن عقد ، والمفروض في المقام أن النماء وثمر البستان غير حاصل ، فليس له أن يملكه لآخر ، واشتراط أن يكون ملكاً له في ظرفه غير ممكن ، لعدم إمكان حصول الملكية بلا سبب ، والالتزام بصحة تملك المعدوم في المضاربة والمزارعة والمساقاة والوصية بالثلث حيث يفرض تجدد مال له فيما بعد إنما هو للدليل خاص ، ولولاه لقلنا بالبطلان فيها أيضاً .

وعليه فلو اشترى بستاناً كان نماء ثمره للمالك ، فان كان للشراء أجره مثل كانت للعامل ، وإلا فلا .

وهذا الذي ذكرنا إنما يختص بما إذا كانت المعاملة واقعة على الاشتراك بالنماء . وأما لو وقعت على الربح الحاصل من البيع والشراء ، فالنماء داخل في ذلك أيضاً بمقتضى الفهم العرفي<sup>(٢)</sup>

(١) التسليط على ما في الذمة يقتضي صحة تملك أمر كلي وإن كان معدوماً كما في بيع الكلي ، فتعهد صاحب الذمة الذي يكون ملزماً به هو تملك نسبة من كلي الربح الحاصل فيما بعد وإن لم يكن الربح ملكاً له فعلاً . ثم إن التملك على تقدير وجود الربح ، فلا يقال : قد لا تريح المضاربة فلا يكون الكلي موجوداً فيما بعد . ثم إن عدم صحة إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير بمقدار معلوم مما يخرج منها إنما يكون باطلاً للتعبد ليس إلا كما هو الصحيح عند الجميع ، وقول السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> إن ذلك من جهة عدم صحة تملك المعدوم ناقشنا فيه في محله أيضاً .

(٢) الفهم العرفي أيضاً يقتضي صحة المضاربة حتى لو كان الانتفاع بالنماء الحاصل من الشراء

٣٣٩٣] «مسألة ٤»: إذا اشترط المالك على العامل أن تكون الخسارة عليهما كالربح ، أو اشترط ضمانه لرأس المال ، ففي صحته وجهان ، أقواهما الأول ، لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد كما قد يتخيل ، بل إنما هو مناف لإطلاقه<sup>(١)</sup> ، إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك ، وعدم ضمان العامل إلا مع التعدي أو التفريط .

من المضاربة ، سواء كان النماء متصلاً كسمن الحيوانات ونمو الأشجار ، أم منفصلاً كتكاثر الحيوانات وثمر الأشجار ، ولا ينافي هذا عنوان المضاربة لأنه اشترط في الربح ، والظاهر أن هذا مما لا خلاف فيه .

(١) ذكر الماتن رحمته أن في باب المضاربة كما تقدم ليس على العامل خسارة ، والخسارة إنما هي على المالك ، والعامل إنما يشترك مع المالك بالربح فقط بنسبة معينة ، فلا يكون عليه وضعية ، فإذا فرضنا أن المالك اشترط على العامل أنه إن كانت في المضاربة خسارة فبالخسارة عليك أي على العامل ، أو أن رأس المال إذا تلف يكون ضمانه عليك - أي على العامل - فهل أن شرط كون الخسارة على العامل أو شرط ضمانه لرأس المال صحيح أو لا ؟ .

ذكر الماتن رحمته أن جماعة من الفقهاء حكموا ببطلان هذا الشرط لأنه منافٍ لمقتضى العقد ، حيث إن عقد المضاربة يقتضي أن لا تكون خسارة على العامل ، وإنما يكون العامل شريكاً في الربح فقط ، فاشتراط كون الخسارة عليه أو كونه ضامناً لرأس المال شرط على خلاف مقتضى عقد المضاربة فيبطل .

وأجاب رحمته عنه : بأن ذلك ليس منافياً لمقتضى عقد المضاربة ، بل منافياً لمقتضى إطلاقه حيث إن العقد لم يقيد بشيء ، ومقتضى إطلاقه أن لا يكون ضمان على العامل ، ولا أن تكون الخسارة عليه ، فاشتراط كون ذلك عليه منافٍ ومخالف لمقتضى إطلاق العقد لا لنفس العقد ، فإن مقتضى نفس العقد هو أن يكون العمل من العامل بمال المالك على أن يكون الربح بينهما على

بمفرده ، لأنه اشترط بالربح أيضاً ، وروح هذه المعاملة المستفاد من الروايات على ما يقوله صاحب الجواهر رحمته على ما تقدم هو الربح ، وكونه بين ركني هذه المعاملة وهما المالك والعامل ، وذلك لا فرق فيه بين كونه من التجارة أو الصناعة أو الزراعة أو الشراء ، والنماء مع البيع أو الشراء والنماء من دون بيع .

النسبة المعينة . وليس في اشتراط الضمان عليه أي منافاة لمقتضاه .

**والظاهر** أن هذه المسألة كالمسألة المتقدمة<sup>(١)</sup> الضمان وعدمه كلاهما أجنبيان عن مقتضى العقد الذي هو جواز تصرف العامل بالمال وكونه مرخصاً بالتجاربه على أن يكون الربح بينهما ، وأما كونه ضامناً لنصف الخسارة أو ضامناً لتمام رأس المال أو ليس بضامن ، فهو أجنبي عن مقتضى العقد وعن إطلاقه ، فانهما أمران خارجيان لا بدّ في إثبات أحدهما - أي الضمان وعدمه - من دليل ، إن لم يكن هنا مقتضى للضمان ، إذ إن الأمين لا يضمن وأنه ليس عليه شيء .

والحال إن في بعض الروايات الدالة على عدم ضمان الأمين دالة على عدم ضمان العامل في المقام ، فيكون الضمان على المالك فقط ، لأن العامل أمين ، وليس على الأمين ضمان كما في عدة نصوص صحيحة<sup>(٢)</sup> .

(١) أي المسألة ٢ [٣٣٩١] . موسوعة الإمام الخوئي رحمته الله ٣١ : ٢٥ - ٢٧ . التي قال المشهور فيها إن اشتراط عدم فسخ المضاربة مناف لمقتضى العقد ، وقال الماتن إنه مناف لمقتضى إطلاق العقد لا لمقتضى العقد ، وقلنا إن الفسخ لا أنه مناف لمقتضى العقد ولا لإطلاقه ، بل الجواز واللزوم من الأحكام ولا ربط لهما بمقتضى العقد . ولكن اشتراط عدم مالكية الفسخ بما أنه هو المعلق عليه الإذن وهو غير موجود لوجود المالكية للفسخ ، فالشرط باطل ، فالإذن المعلق على الشرط منتفٍ ، فلا إذن فلا مضاربة .

(٢) وهي عدة روايات دالة على أن الأمين لا يضمن ما لم يتعد أو يفرط .

**منها : صحيحة محمد بن قيس** عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام - في حديث - ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة » الوسائل ج ١٩ : ١٥٥ باب ٣٢ من أبواب الإجارة ح ١ .

**ومنها : صحيحة الحلبي** بسند الصدوق - لا بسند الكليني ولا بسند الشيخ ، حيث إن سندهما معاً ضعيفان فإن السند فيهما : عن رجل عن أبي المغرا عن الحلبي - قال : « سألت أبا

عبدالله ﷺ عن رجل تكارى دابة إلى مكان معلوم فنفتت الدابة ؟ [أي هلكت وماتت . مجمع البحرين مادة نفق] فقال : إن كان جاز الشرط فهو ضامن ، وإن كان دخل وادياً لم يوثقها فهو ضامن ، وإن وقعت في بئر فهو ضامن لأنه لم يستوثق منها . وإيما رجل تكارى دابة فأخذتها الذئبة فشقت كرشها فنفتت فهو ضامن ، إلا أن يكون مسلماً عدلاً» نفس المصدر من الوسائل ح ٣ ، الفقيه ٣ : ٧١٠/١٦٢ ، الكافي ٥ : ٣/٢٨٩ ، التهذيب ٧ : ٧٢٩/٢١٤ .

**ومنها : صحيحة علي بن جعفر** ، عن أخيه موسى بن جعفر ﷺ قال : «سألته عن رجل أستاجر دابة فوَقعت في بئر فانكسرت ما عليه ؟ قال : هو ضامن إن لم يستوثق منها ، فإن أقام البيّنة أنه ربطها فاستوثق منها فليس عليه شيء» نفس المصدر من الوسائل ح ٤ .

**ومنها : صحيحة محمد بن قيس** عن أبي جعفر ﷺ قال : «قال أمير المؤمنين ﷺ : من أتجر مالا واشتراط نصف الريح فليس عليه ضمان» الوسائل ج ١٩ : ٢٠ باب ٣ من أبواب المضاربة ح ١ .  
**ومنها : صحيحة محمد بن مسلم** عن أبي جعفر ﷺ ، قال : «سألته عن الرجل يستضع المال فيهلك أو يسرق ، أعلئ صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً» نفس المصدر من الوسائل ح ٣ .

**ومنها : صحيحة محمد بن قيس الأخرى** عن أبي جعفر ﷺ قال : «قضئ عليّ ﷺ في تاجر أتجر بمال واشتراط نصف الريح فليس عليّ المضاربة ضمان . . .» نفس المصدر ح ٤ .

**ومنها : موثقة إسحاق بن عمار** عن أبي الحسن ﷺ قال : «سألته عن مال المضاربة ؟ قال : الريح بينهما ، والوضيعة على المال» نفس المصدر من الوسائل ح ٥ ، وكذا غير ذلك من الروايات الصحيحة . فشرط أن يكون العامل ضامناً بالضمان الاصطلاحي الذي هو بمعنى اشتغال ذمته بالخسارة لرأس المال كلاً أو بعضاً واضح أنه خلاف السنّة الدالة على عدم ضمان الأمين ، والعامل في المضاربة مع عدم التعدي والتفريط . وأما دعوى كون اشتراط عدم مالكية الفسخ لعقد المضاربة في ضمن عقد لازم كالبيع أو في ضمن عقد مضاربة آخر ، مخالفاً للسنّة ، كما تقدم في المسألة السابقة عن السيد الأستاذ ﷺ ، فقد عرفت أنه غير صحيح إذ لا سنّة دالة على مالكية عامل المضاربة للفسخ ، أي لا سنة على جواز عقد المضاربة ، وإنما صير إليه إما

وعليه فاشتراط الضمان على العامل مطلقاً - أي لقسم من رأس المال أو لتمام رأس المال - مخالف للسنة لا لمقتضى العقد أو إطلاقه ، وما يكون مخالفاً للسنة يكون باطلاً بلا خلاف ولا إشكال .

نعم ، لو شرط المالك على العامل تدارك الخسارة الحاصلة من ماله الخاص لا أن يكون ضامناً ، فهذا أمر سائغ يجوز اشتراطه ، فيجب على العامل تدارك الخسارة - لا أن تكون ذمته مشغولة بها - وهو حكم تكليفي محض ثابت بمقتضى قوله ﷺ : «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم»<sup>(١)</sup> فيجب الوفاء به لأنه ليس مخالفاً للسنة ولا لمقتضى العقد<sup>(٢)</sup> .

للإجماع أو لأن عقد المضاربة عقد إذني ، وأدلة اللزوم لا تشمل العقود الإذنية ، أو لأن عقد المضاربة عقد وكالة وشركة وكلاهما جائزان .

(١) الوسائل ج ٢١ : ٢٩٩ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢ ، وص ٢٧٦ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ، والوسائل ج ١٨ : ١٦ باب ٦ من أبواب الخيار ح ١ ، ٢ .

(٢) دعوى أن الضمان شامل للتدارك عرفاً «يقال عن المالك الذي اشترط على عامل المضاربة أن يدفع من ماله ما يساوي الخسارة إذا وقعت : إنه ضمّنه» كما في البنك اللاربوي في الإسلام : ٢٠٣ طبع المطبعة العصرية - الكويت - فصحيح إلا أنه أولاً : لنا ضمان اصطلاحي ولنا ثانياً تدارك وهو ضمان مجازاً ، والضمّان الاصطلاحي المعروف هو الذي يكون بمعنى اشتغال الذمة ، لا الذي يكون مجرد تكليف بأداء الخسارة وتداركها من دون أن تكون ذمته مشغولة بها .

وثانياً : أنه تقدم في المسألة السابقة أن المضاربة المشروطة بشرط ليس معناها إلا تعليق الإذن على الشرط ، فإذا كان الشرط باطلاً لمخالفته للسنة - أو لأي مبطل آخر - كما هو كذلك في المقام ، حيث إن اشتراط أن يكون ضمان الخسارة كلها أو بعضها على العامل مخالف للسنة التي هي عدة روايات دالة على أن العامل ليس عليه خسارة ، وأن الأمين لا يضمن ، فإذا كان

« الشرط باطلاً على نحو الكبرى الكلية انتفى الإذن المعلق عليه ، فالمضاربة فاسدة تبعاً للشرط ، وإن كان كبرى عدم سراية الشرط الفاسد إلى العقد صحيحاً ، إلا أنه في المقام كما تقدم في المسألة السابقة السراية متحققة كما عرفت ، فالمضاربة باطلة أيضاً .

ويترتب على ذلك لو كان الشرط فيها ضمان العامل بالضمان الاصطلاحي أنه لو لم تكن خاسرة وكانت رابحة كانت جميع الأرباح للمالك وللعامل أجرة المثل ليس إلا .

**فإن ورد ما يخالف الكبرى الكلية وما يترتب عليها كأن يقال إنه ليس للمالك إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء ، كما ورد في صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في حديث أن علياً عليه السلام قال : « من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله ، وليس له من الربح شيء »** الوسائل ج ١٩ : ٢٢ باب ٤ من أبواب المضاربة ح ١ . كان بمقتضى دلالة الاقتضاء كون شرط الضمان ليس شرطاً في ضمن المضاربة ، بل تضميناً ابتدائياً فيكون ما دل على ذلك ظاهراً في القرض ، كما يقوله السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته الله لا أنه ظاهر في المضاربة واشتراط الضمان في ضمن المضاربة على العامل ، وأنه يوجب ذلك قلب المضاربة قرضاً الذي لم يقل به المشهور منا ، ولذا قيل إنها إن كانت ظاهرة في المعنى الثاني فلا عامل بها منا ، فدعوى كون ظهورها في القرض الابتدائي خلاف الظاهر ، كما أن هذه الدعوى ادعاها السيد الحكيم رحمته الله والسيد الشهيد الصدر رحمته الله فليست هي إلا كدعوى كون المراد من قولك (اعتق عبدك عني) أنه ملكني إياه ثم اعتقه عني أنه خلاف الظاهر ، وأن ظاهره أنه هو عبدك واعتقه عني الذي هو غير معقول شرعاً ؟ ! فالصحيح هو كما أن الظاهر بمقتضى دلالة الاقتضاء كون المراد من اعتق عبدك عني أنه ملكني إياه ثم اعتقه عني ، كذلك المراد من قوله عليه السلام : « من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء » وأنه ظاهر في كون التضمين تضميناً ابتدائياً وظاهراً في القرض ، لا أنه شرط في ضمن المضاربة وأنه يوجب قلب المضاربة قرضاً ، فضلاً عن أن يكون الشرط فيه أعم من اشتغال الذمة أو التدارك المدعى من السيد الشهيد الصدر رحمته الله ، فإن السيد الحكيم رحمته الله قال : « وحويل [أي صحيح محمد بن قيس] في الوافي وغيره [الوافي ١٨ : ٨٨٠ ، الحدائق ٢١ : ٢٠٧ - ٢٠٨] على أنه يكون المال قرضاً ، وهو مع أنه خلاف الظاهر منه - مخالف للقواعد المستمسك ١٢ :

٢٧٨ هـ وفي طبعة بيروت : ١٦٥ . قال السيد الشهيد الصدر<sup>رحمته</sup> : «إن كل ما يصدق عليه أنه تضمين للمال عرفاً لا يجتمع مع استحقاق المالك لشيء من الربح شرعاً ، فيشمل التضمين بغير الإقراض أي التضمين بالشرط ، بل قد يدعى شموله لموارد اشتراط التدارك بنحو شرط الفعل لا شرط النتيجة أيضاً ، لأنه وإن لم يكن تضميناً بالمعنى الدقيق إلا أنه مما يشمله العنوان عرفاً ، فيقال عن المالك الذي اشترط على عامل المضاربة أن يدفع من ماله ما يساوي الخسارة إذا وقعت : أنه ضمنه» البنك اللاربوي في الإسلام : ٢٠٣ - طبع المطبعة العصرية - الكويت .

ثم إذا كان اشتراط التدارك يصدق عليه أنه ضمنه عرفاً ، وعلى ما ذهب إليه السيد الشهيد<sup>رحمته</sup> من أن ذلك يقبل المضاربة قرضاً ، فظاهر تعليقه على منهج الصالحين للسيد الحكيم<sup>رحمته</sup> أن شرط تحمل الخسران على العامل في المضاربة يكون صحيحاً وتبطل المضاربة ويصير الربح كله للعامل كما في القرض . منهج الصالحين ج ٢ (المعاملات) ص ١٦٠ مسألة ٤ ، حيث قال السيد الحكيم<sup>رحمته</sup> : (يملك العامل الحصة بالظهور ، ولا خسران عليه بدون التفريط ، وإذا اشترط عليه تحمل الخسران لم يصح الشرط ، وفي بطلانها بذلك إشكال) . وعلق السيد الشهيد الصدر<sup>رحمته</sup> على قوله (لم يصح الشرط) بقوله : «الظاهر صحة الشرط وبطلان المضاربة فيصير الربح كله للعامل كما في القرض» والمراد بـ (تحمل الخسران) ١ - إما الضمان الاصطلاحي الذي هو هو بمعنى شغل الذمة بالبدل ، ٢ - أو التدارك الذي هو وجوب أداء البدل بلا اشتغال للذمة بذلك ، ٣ - أو يكون المراد به كلاهما .

وظاهر تحمل الخسران هو التدارك ليس إلا .

ولكن لو كان المراد به الضمان الاصطلاحي فقط ، فلانقلاب المضاربة المشروط فيها ذلك قرضاً بناءً على دعواه ظهور صحيحة محمّد بن قيس في انقلاب المضاربة المشروط فيها ذلك على العامل قرضاً وجه ، إذ يكون العامل مشغول الذمة للمالك .

وأما لو كان المراد به التدارك الذي هو وجوب الأداء بلا اشتغال للذمة بذلك فكيف يكون ذلك قرضاً مع العلم أن التدارك ليس هو إلا وجوب الخسارة عليه ، وليس هو اشتغال ذمته بالبدل ، فهل يكون ذلك قرضاً بلا اشتغال للذمة للعامل بالبدل ، فلو مات لا يؤخذ من تركته

« ذلك ؟ ! وهل هذا قرض ؟ فإنه لا شك أن القرض ليس هو إلا تمليك المال مع ضمان مثله أو قيمته ، أي اشتغال ذمة الآخذ للمال ببذله لا وجوب الأداء فقط ، فوجوب الأداء من دون شغل الذمة ليس هو القرض .

وأما لو كان المراد به كليهما فيعقل الأول دون الثاني ، فكيف يكون قرضاً في صورة كون الشرط على العامل هو التدارك ؟ !

ثم إن دعوى شمول الضمان للتدارك عرفاً ويقال إنه ضمنه كما ادعاهما لا اختصاص لها بباب المضاربة فيجري هذا في باب الإجارة أيضاً ، فلو اشترط المالك على المستأجر ضمان العين المستأجرة ولو من دون تعدٍ أو تفريط ، فتارة شرط الضمان هو الضمان الاصطلاحي ، وأخرى شرط التدارك ، فلماذا قيد السيد الشهيد صحة اشتراط الضمان في الإجارة بالنسبة إلى العين لو تلفت ولو من دون تعدٍ أو تفريط بما إذا اشترط الضمان بمعنى شغل الذمة في العقد الذي هو الاحتراز عن الضمان الذي هو بمعنى التدارك ، فإن التدارك إذا كان عند العرف ضماناً فينبغي أن يقول بصحة شرط الضمان مطلقاً ، سواء كان بمعنى اشتغال الذمة في العقد أم بمعنى التدارك ، فإن السيد الشهيد علق على منهاج الصالحين للسيد الحكيم في المسألة ٣٢ ص ١١٩ الجزء الثاني الذي بحاشيته تعليقه السيد الشهيد الصدر . حيث قال السيد الحكيم : « المسألة ٣٢ : العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إذا تلفت أو تعيبت إلا بالتعدي أو التفريط ، وإذا اشترط المؤجر ضمانها بمعنى أداء قيمتها أو أرش عيبتها صح ، وأما بمعنى اشتغال الذمة بمثلها أو قيمتها ففيه إشكال ، وكذا الإشكال في ضمان العين في الإجارة الباطلة إذا تلفت ، وفي ضمان الوصف إذا تعيبت ، وإن كان الأظهر الصحة في الجميع » ، علق السيد الشهيد الصدر على قوله ( وإن كان الأظهر الصحة ) بقوله : ( العبارة لا تخلو من قصور ، والظاهر عدم ضمان العين ذاتاً ووصفاً في الإجارة الباطلة ، وصحة شرط الضمان بمعنى شغل الذمة في العقد ) ، والإشكال عليه هو أنه إذا كان رأيه صحة اشتراط الضمان والضمان عنده شامل لشغل الذمة والتدارك - معاً - الذي هو بمعنى أداء القيمة بلا اشتغال للذمة ، فلماذا التقييد بصحة الشرط بما إذا كان الشرط هو الضمان بمعنى اشتغال الذمة

﴿ في العقد ، فإنه ينظره أن اشتراط التدارك أيضاً ضمان ، فلماذا لا يصح فيما إذا اشترط المؤجر ضمانها بمعنى أداء قيمتها أو أرش عيبتها الذي هو اشتراط التدارك ؟ وأي فرق عنده بينهما مع أن كلاً منهما ضمان عنده ؟ فما هو وجه صحة الضمان بمعنى شغل الذمة دون الضمان بمعنى التدارك .

ثم قال السيد الشهيد الصدر<sup>عليه السلام</sup> أيضاً: «وقد يحمل قوله (من ضمن تاجراً...) على الاقتراض ، حيث إن الاقتراض هو التملك على وجه الضمان ، فيدل حينئذ على أن الاقتراض يوجب عدم استحقاق المقرض لشيء ، إذ يكون الشيء ربا حينئذ ، لا أن فرض الضمان بأي وجه يوجب ذلك ، ولكن هذا الحمل وإن كان ممكناً في نفسه ، إلا أنه خلاف ظاهر الرواية» البنك اللاروي في الإسلام : ٢٣٠ ، فانك قد عرفت أن ظاهر الرواية هو القرض لا التضمين بنحو الشرط ضمن العقد ، ودعوى كون ظاهرها التضمين بنحو الشرط ضمن العقد كدعوى ظهور قوله (اعتق عبدك عني) في ظهوره في اعتقه عني وهو عبدك الذي هو من المستحيلات ، وكدعوى كون الظاهر من قوله تعالى ﴿وَسَلِّ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعِمْرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا﴾ [يوسف : ١٢ : ٨٢] هو كون السؤال من الشجر والحيطان والأزقة التي تكون للقرية أو من العير التي أقبلوا فيها الذي هو غير معقول في نفسه ، فلم يبق في المقام ما يصح به الكلام ، إلا القول بأن التضمين إنما هو بالتضمين الابتدائي الذي هو القرض ليس إلا ، كما لم يبق معنى لقوله (اعتق عبدك عني) يصح به الكلام إلا أنه ملكني إياه أولاً بالوكالة عني ثم اعتقه عني بالوكالة ، وكما أنه لم يبق معنى للسؤال من القرية والعير يصح به الكلام إلا السؤال من أهل القرية وأهل العير ، وكون الظاهر إنما هو هذه المعاني لا المعاني الأول ، ولذا فسر الصحيحة بما نقوله من أنه هو المعنى الظاهر صاحب الوافي ١٨ : ٨٨٠ ، وصاحب الحدائق ٢١ : ٢٠٧ - ٢٠٨ .

ثم إن المذكور في الروايات لأجل المحافظة على رأس المال هو جواز أن يدفع المالك أكثر المال قرضاً والباقي قراضاً ، ويشترط حصّة من ربح الجميع ، أو يجعل الباقي بضاعة ، فان تلف ضمن القرض ، لا أن يشترط عليه تدارك الخسارة التي هي غير الضمان .

« منها : معتبرة عبد الملك بن عتبة - وهو الصيرفي الثقة - قال « قلت : لا أزال أعطي الرجل المال فيقول : قد هلك أو ذهب ، فما عندك حيلة تحتالها لي ؟ فقال : اعط الرجل ألف درهم أقرضها إياه ، واعطه عشرين درهماً يعمل بالمال كله ، وتقول : هذا رأس مالي ، وهذا رأس مالك ، فما أصبت منهما جميعاً فهو بيني وبينك ، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك ؟ فقال : يجوز» الكافي ٥ : ١٦٣٠٧ ، الوسائل ج ١٩ : ١٩ باب ٢ من أبواب المضاربة ح ١ .

ومنها : معتبرته الأخرى قال : « سألت بعض هؤلاء - يعني أبا يوسف وأبا حنيفة - فقلت : إنني لا أزال أدفع المال مضاربة إلى الرجل فيقول : قد ضاع أو قد ذهب ، قال : فادفع إليه أكثره قرصاً والباقي مضاربة ، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : يجوز» الوسائل ج ١٩ : ١٩ باب ٢ من أبواب المضاربة ح ٢ .

وكذا رواية عبد الملك بن عتبة الهاشمي الضعيفة به حيث لم يوثق ، الوسائل ج ١٩ : ٢٠ باب ٢ من أبواب المضاربة ح ٣ . وروايته الأخرى الوسائل ج ١٩ : ٢٠ باب ٢ من أبواب المضاربة ح ٤ ، والمذكور في سندها عبد الملك بن عتبة من دون وصف الهاشمي ، إلا أنه هو الهاشمي جزماً الذي لم يوثق ، لان الراوي عنه علي بن الحكم .

إلا أن الأصحاب لم يعملوا بهذه الروايات كلها ، والوجه في ذلك ظاهراً واضح وهو ١ - أن الشرط تعلق بالمضاربة وبالمال الذي أعطاه قرصاً ، ومعنى ذلك أنه أقرض وشرط الربح فهو ربا بلا كلام . ٢ - مضافاً إلى أن العامل في المقام يكون عاملاً للمضاربة وشريكاً ، لأن أكثر المال له فهو شريك وعامل ، وفي الشركة ذكر المحقق وجماعة ممن تأخر عنه أنه لا يجوز اشتراط أحد الشريكين زيادة في الربح إذا كان المالان متساويين ، لأنه أكل للمال بالباطل ، إذ إن الزيادة ليس في مقابل عوض ولا عمل ، وهنا اشترط صاحب المال القليل - فضلاً عن أن يكون ماله غير مساوٍ مع مال شريكه - كون أكثر الربح له ، فهنا البطلان محقق بطريق أولى ، وهذه مخالفة أخرى في هذه الروايات . وعلى كل حال ، هذه الروايات ساقطة لا لإعراض المشهور عنها ، إذ إن اعراض المشهور عن رواية صحيحة أو صحاح عندنا تبعاً للسيد الأستاذ عليه السلام لا يوجب سقوطها عن الحجية ، بل هذه الروايات ساقطة لاعراض كل الأصحاب عنها ، واعراض الكل عن

ومن الغريب في المقام ما ذكره بعضهم<sup>(١)</sup> من أن اشتراط الضمان على العامل يوجب قلب المضاربة قرضاً، فيكون جميع الربح للعامل<sup>(٢)</sup>، وليس للمالك إلا رأس المال، فلو اشترط المالك على العامل الضمان فلا يكون هذا مضاربة، بل ينقلب قرضاً تعبداً ويكون تمام الربح للعامل، واستدل على ذلك بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - «أن علياً عليه السلام قال: من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله «المال» وليس له من الربح شيء»<sup>(٣)</sup> بدعوى أنها واضحة الدلالة على المدعى، ومعمول بها عند الأصحاب.

وفيه: أنه ليس في هذه الصحيفة دلالة على اشتراط الضمان، بل هي واردة في التضمين من أول الأمر، وقد ذكرنا في بحث المكاسب<sup>(٤)</sup> - في مقام التفريق بين البيع والدين - أن البيع مبادلة مال بمال، والقرض تمليك مال مع الضمان، بمعنى جعل المال في ذمة الطرف وتملكه له مع الضمان، لا أن اعتبار القرض مبادلة مال بمال، بل بابه باب التضمين، فإذا كان الأمر كذلك فإذا ضمن أحد مالاً لآخر كان قرضاً، فإذا ربح المال كان الربح للآخر أي للضامن كما هو مورد

صحيحة أو صحاح لا شك يوجب سقوطها لأنه إجماع عملي على خلافها، وصرح بذلك السيد الأستاذ في عدة موارد أيضاً.

(١) منهم الشيخ عليه السلام في النهاية: ٤٣٠، والحلي عليه السلام في السرائر (موسوعة ابن إدريس) ١١: ٤٢ طبع مكتبة الروضة الحيدرية، وتبعهم على ذلك السيد الشهيد الصدر عليه السلام: في تعليقه على منهاج الصالحين، وكذا ذكر ذلك في البنك اللاروي في الإسلام على ما تقدم.

(٢) قال السيد الحكيم عليه السلام بعد أن ذكر صحيح محمد بن قيس: «وظاهره أن شرط الضمان صحيح لكنه مانع من استحقاق الربح للمالك». وإنما يكون جميع الربح للعامل وقد عرفت ما فيه على أن السيد الحكيم عليه السلام قال تكملة لعبارته المتقدمة «لكنه مانع من استحقاق الربح للمالك فيكون من قبيل ما أرسل عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (الخروج بالضمان) وهو مذهب المخالف وغير معمول به، ولا معمول عليه عندنا» المستمسك ١٢: ٢٧٧ «أو ١٦٥ طبعة بيروت».

(٣) الوسائل ج ١٩: ٢٢ باب ٤ من أبواب المضاربة ح ١.

(٤) مصباح الفقاهة ٢: ٦٨. موسوعة الإمام الخوئي ٣٦: ٤٧-٤٩.

الصحيحة - لا أن المضاربة تنقلب قرضاً - وقد فسرها بذلك صاحب الوافي والحدائق<sup>(١)</sup>، حيث فسّر هذه الصحيحة بالقرض من أول الأمر، فمورد الصحيحة التضمين الفعلي، لا شرط الضمان عند التلف كما هو محل الكلام، فهي أجنبية عنه، كما انه لم نر من يلتزم بانقلاب عقد المضاربة قرضاً تعبداً، فليست الرواية بعمول بها كما قيل<sup>(٢)</sup>. **فالصحيح** ما ذكرنا من إن الشرط أن كان شرط ضمان فهو باطل، وإن كان شرط تدارك وأداء لا اشتغال ذمّة فهو شرط صحيح<sup>(٣)</sup>.

(١) الوافي ١٨ : ٨٨٠، الحدائق ٢١ : ٢٠٧-٢٠٨.

(٢) لأن الصحيح المفهوم عرفاً من عدم صحة تضمين العامل وعدم كون خسارة عليه كون شرط الضمان على العامل باطلاً مطلقاً، والمضاربة من العقود الاذنية التي يكون الإذن فيها مقيداً بالضمان، وكون الخسارة على العامل ضماناً باطل، فإن كان الشرط باطلاً فلا شك يوجب بطلان العقد، لأن العقد من العقود الاذنية، فإذا كان الشرط باطلاً فلا إذن فلا عقد، فلا شك أن العمل بالمال إذا كان موجباً لحصول الربح فلا يكون ذلك مضاربة، ويكون الربح كله للمالك وللعامل أجرة المثل، ولكن هناك من عمل بالصحيحة المذكورة، إلا أنه ليس معنى عمل الأصحاب بها، فإنه عمل بها الشيخ في النهاية : ٤٣٠ حيث قال : «ومتى ضمّن صاحب المال المضارب رأس المال لم يكن له من الربح شيء وكان للمضارب دونه، وكذا الخسران يكون عليه» وكذا أفتى بها الحلبي في السرائر حيث قال : «والمضارب مؤتمن لا ضمان عليه إلا بالتعدّي، فإن شرط عليه ربّ المال ضمانه صار الربح كلّ له دون ربّ المال» السرائر ١١ : ٤٢ طبع مكتبة الروضة الحيدرية.

(٣) من الغريب أن ينسب إلى السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> مطلباً لم يقله، فإنه نسب إلى السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> ما نصه : «والغريب أن بعض أساتذتنا العظام<sup>رحمته</sup> الذي اختار في مسألة اشتراط اللزوم المتقدمة فساد المضاربة بفساد الشرط المذكور لرجوع الشرط في العقود الإذنية إلى التقييد وتعليق الإذن علم تحقّق ذلك الشرط، فإذا كان باطلاً لكونه خلاف الشرع كانت المضاربة باطلة لعدم الإذن بها، اختار هنا صحة المضاربة وبطلان الشرط فقط، مع أن بيانه هناك جارٍ هنا بحذافيره، لأن

﴿ معناه أن المالك لا يأذن بالاتجار بماله مع عدم الضمان ، كما لا يأذن به على تقدير عدم لزوم المضاربة ﴾ بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ١٥٥ ثم أخذ في الإشكال عليه بما لذه وطاب .

أقول : من المستحسن جداً لو كان ينقل لنا المناسب كلام السيد الأستاذ رحمته هنا الذي اختار فيه فساد الشرط وصحة العقد ؟ ! فإن كلام السيد الأستاذ رحمته ليس فيه ذلك أبداً ، فإنه قال رحمته حسبما هو الموجود في الموسوعة ٣١ : ٣٥ - ٣٦ معلقاً على قول الماتن : «أقواهما الأول» قال : «بل الأقوى هو التفصيل بين ما إذا كان الشرط هو الضمان [أي الضمان الاصطلاحي الذي هو بمعنى اشتغال الذمة به] وكون الخسارة في عهدة العامل فيبطل ، وبين ما إذا كان هو التدارك الخارجي فيصح . أما الأول : فليس ما ذكرناه من جهة كونه منافياً لمقتضى العقد ، إذ الضمان وعدمه كالجواز وللزوم خارجان عن مقتضى العقد أصلاً وإطلاقاً ، فإن مقتضاه ليس إلا عمل العامل بالمال وتصرفه فيه على أن يكون الربح بينهما على ما اتفقا عليه ، وإنما ذلك من جهة ملاحظة أن العامل أمين ، ومقتضى ما دل على أن الأمين لا يضمن - ولا سيما بعض النصوص الواردة في خصوص المضاربة - هو عدم الضمان ، وعليه فيكون اشتراط الضمان من الشرط المخالف للسنة حيث إن مقتضاها عدم ضمان الأمين ، سواء اشترط ذلك عليه أم لم يشترط فيبطل لا محالة ...» ولم أجد ما يدل على أنه رحمته قائل ببطلان الشرط وصحة العقد ، بل كل كلامه كان حول صحة الشرط أو عدم صحته ، واختار بلا إشكال عدم صحته ، وأما أنه يقول بأنه يبطل الشرط ويصح العقد فهذا مما لم يقله والموسوعة بين يديك ، لا أنه هو قاله رحمته . بل لم يتعرض السيد الأستاذ رحمته لهذا البحث هنا ، وإنما تعرض له في اشتراط لزوم عقد المضاربة السابق في عقد لازم لاحق كالبيع أو الإجارة أو نحوهما ، واختار هناك بطلان الشرط ولزوم العقد وبين وجهه هناك ، وأما أنه هنا أيضاً تعرض لهذا البحث واختار بطلان الشرط وصحة العقد فهذا غير صحيح جزماً ، والموسوعة بين يديك ، فكيف ينسب إليه ذلك .

ولعل المناسب تخيل من قول السيد الأستاذ رحمته (فيبطل لا محالة [أي الشرط]) اختصاص البطلان به دون العقد ، وهو تخيل فاسد ، لأن البحث لم يكن في صحة الشرط وبطلانه وفي

[٣٣٩٤] «مسألة ٥»: إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً، أو إلى البلد الفلاني، أو إلا إلى البلد الفلاني، أو لا يشتري الجنس الفلاني، أو إلا الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد مثلاً، أو إلا من زيد، أو لا يشتري من شخص، أو إلا من شخص معين، أو نحو ذلك من الشروط، فلا يجوز له المخالفة، وإلا ضمن المال لو تلف، بعضاً أو كلاً، وضمن الخسارة مع فرضها.

ومقتضى القاعدة<sup>(١)</sup> وإن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادة القيدية إذا أجاز المعاملة، وثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام في الالتزام، وكون تمام الربح له على تقدير الفسخ.

(١) ذكر الماتن رحمته أنه إذا اشترط المالك على العامل شيئاً فقال: اتجر بالمال ولكن لا تخرج من البلد، أو لا تسافر، أو اشتر البضاعة الفلانية، أو لا من زيد، ونحو ذلك من القيود، وخالف العامل فخرج من البلد أو سافر أو اشترى غير البضاعة الفلانية أو من زيد، ففي جميع ذلك ذكر الماتن رحمته أن الشروط إذا كانت قيوداً للمضاربة فمقتضى القاعدة بطلان هذه التجارة لأنها لم تقع بإذن المالك، فإن لم يجزه المالك بطل، وإن أجازها كان تمام الربح للمالك وليس للعامل أي شيء، أما من الربح فواضح لفرض بطلان المضاربة، وأما من أجرة المثل فالأمر عمل لم يقع بإذن المالك ولا أمره، فلا يستحق أجرة المثل. وأما إذا لم تكن الشروط قيوداً، وإنما كانت شروطاً مصطلحة أي التزام في ضمن التزام، فنتيجة ذلك صحة التجارة وثبوت الخيار للمالك، فإن فسخ

صحة العقد وبطلانه معاً حتى يكون الاقتصار على بطلان الشرط دالاً على حصر البطلان به، وإنما البحث كل البحث كان في صحة الشرط هذا وعدم صحته فقال (فيبطل لا محالة) وأي ربط لذلك ببطلانه وصحة العقد؟! أو أن المناسب تخيل أن بحثنا في المقام هو في شرط لزوم المضاربة السابقة في ضمن عقد لازم لاحق، وغفل أن بحثنا في المقام إنما هو شرط كون الخسارة كلاً أو بعضاً على العامل، فكرر نسبة القول ببطلان الشرط وصحة العقد إلى السيد الأستاذ رحمته أكثر من مرة في كلامه، راجع بحوث في الفقه كتاب المضاربة ص ١٥١ حيث قال: والثالث: [وهو الذي ذهب إليه] مشهور المحققين ومنهم بعض أساتذتنا العظام رحمته، وفي ص ١٥٥ حيث نقل الكلام المتقدم نقله عنه قبل قولنا أقول.

المالك عقد المضاربة لتخلف الشرط بطل العقد، ويكون تمام الربح للمالك وللعامل أجرة المثل، وإن لم يفسخ كان الربح بينهما بالنسبة المعينة، هذا هو مقتضى القاعدة. إلا أن الروايات الواردة في المقام دلت على أنه إذا خالف العامل ما اشترطه المالك، فإن كانت التجارة رابحة فالربح بينهما على ما عيّناه من النسبة ولا تضر مخالفة العامل المالك، وإذا كانت التجارة خاسرة فالخسران على العامل باعتبار تعديده وتفريطه وعدم العمل بشرط المالك، وهي عدة روايات معتبرة<sup>(١)</sup>، وهي وإن كانت على خلاف القاعدة المتقدم الإشارة إليها، إلا أنه لا موجب لرفع اليد عن هذه الروايات وحملها على أمر آخر، ولا بدّ من العمل بظاهرها، فتكون النتيجة: أنه في فرض المخالفة إن كان ربح فيبينهما، وإن كانت خسارة فعلى العامل.

ولابدّ أولاً من التكلم فيما يمتاز به القيد عن الشرط<sup>(٢)</sup> الذي هو التزام في ضمن التزام،

(١) منها: صحيحة 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» الوسائل ج ١٩: ١٥ باب ١ من أبواب المضاربة ح ١.

ومنها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال في الرجل يعطي المال فيقول له: انت أرض كذا وكذا، ولا تجاوزها واشتر منها، قال: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع به فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما» نفس المصدر ح ٢.

وكذا: صحيحة أبي الصباح الكتاني نفس المصدر ح ٣، وصحيحة الحلبي الثانية نفس المصدر ح ٤، وصحيحة الحلبي الثالثة نفس المصدر ح ٥، وصحيحة الحلبي الرابعة نفس المصدر ح ٧، وموثقة جميل نفس المصدر ح ٩، وموثقة أبي بصير نفس المصدر ح ١٠، وصحيحة الحلبي الخامسة نفس المصدر ح ٧.

(٢) تكلم السيد الأستاذ عليه السلام عن معنى الشرط وما يمتاز به عن القيد مفصلاً - أكثر من بحثه عن التمايز بين الشرط والقيد هنا - في كتاب الإجارة موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٨٥ - ٩٥، الواضح ٩: ٢٩٩ - ٣٠٨ المسألة ١٢ [٣٢٦٩].

مقدمة للبحث عن خصوص المسألة .

فقول: إن العقود الالتزامية التملكية كالبيع وغيره .

تارة يكون الشرط فيها أمراً خارجياً أجنبياً عن المبيع والثمن ، كما إذا باع داره من زيد واشترط عليه في ضمن العقد خياطة ثوبه ، فمثل هذا لا يمكن أن يكون قيداً في المعاملة ، لأن لكل من الشرط والمبيع وجوداً مغايراً مع الآخر ، ليس بينهما نسبة اطلاق وتقييد حتى يكون مطلقاً تارة ومقيداً أخرى ، فلا معنى لأن يقال إن الدار المبيعة مقيدة بخياطة الثوب ، لأن لكل منها وجود مستقل مباين للآخر ، وليس بينهما إلا نسبة التباين لا نسبة الاطلاق والتقييد ، فتقييد أحدهما بوجود الآخر لا معنى له ، وكذا لو باعه مناً من الحنطة ويشترط عليه خياطة ثوب ، فإن تقييد المن من الحنطة بخياطة الثوب أمر لا معنى له . نعم ، يمكن تعليق البيع على الخياطة ، أي أن يقول بيعي للدار أو للمن من الحنطة نفس البيع معلق ومشروط بخياطة الثوب لا المبيع . إلا إن هذا باطل جزماً لأنه من التعليق المبطل في العقود ، وعليه فبعد عدم امكان التقييد وبطلان التعليق ، ينحصر الأمر في كون الشرط في المقام من الالتزام في ضمن الالتزام ، أي إن التزام البائع ببيع الدار - بهذا العقد - أو التزام البائع ببيع المن من الحنطة معلق على خياطة الثوب ، فإذا لم يخط الثوب ثبت للبائع الخيار فيكون شرطاً ، وهذا بالنسبة إلى الأمر الخارجي جار بالنسبة إلى جميع العقود ، سواء أكان العقد متعلقاً أ - بعين خارجية كبيع الدار ، ب - أم كلياً في الذمة كبيع من من حنطة ، ج - أم عملاً من الأعمال الخارجية كاجارة النفس لصوم أو صلاة ، في جميع ذلك لو كان الشرط أمراً خارجياً أجنبياً منحاذاً في الوجود عن متعلق العقد كان شرطاً لا قيداً ، ولا يمكن أن يكون قيداً .

وأخرى يكون الشرط في العقود الالتزامية - بيعاً أو غير بيع من أوصاف الثمن أو المثلث ونحوهما من العوض والمعوض أي - من أوصاف متعلق العقد .

١ - فان كان الوصف من الأوصاف الذاتية - أي مقوماً للذات عقلاً أو عرفاً - كان قيداً لا محالة ، كما لو قال : بعثك هذا الموجود الخارجي على أن يكون ذهباً ، بنحو يكون المبيع مقيداً

بكونه ذهباً، فلو تخلف الشرط وبان نحاساً كان البيع باطلاً، لا أن اعتبار الذهبية من باب الالتزام في التزام آخر، وذلك لأن مالية الأشياء إنما تتقوم بالصفات التي يمتاز بها كل نوع عن الآخر، والجامع بين الذهب والنحاس لا مالية له، والمبيع في المثال المزبور إنما هو عنوان الذهب، لا الجامع بينه وبين غيره، فعنوان الذهبية مقوم للمبيع، فإذا تخلف العنوان بطل البيع، والعبرة بالاختلاف في الأوصاف النوعية إنما هو بنظر العرف لا بالدقة الفلسفية العقلية، فلو باع مملوكاً على أنه أمة فبان عبداً بطل البيع، لاختلاف الأمة عن العبد عرفاً، وكون الوصف عندهم مقوماً وإن كانا - العبد والأمة - شيئاً واحداً بالنسبة إلى الدقة العقلية، حيث إن الذكورة والأنوثة من عوارض الإنسان، إلا أن الوصف عند العرف مقوم للمبيع، فلو كان المبيع عبداً لا أمة بطل البيع. ٢ - وأما إذا لم يكن الوصف من الأوصاف المقومة - لا عقلاً كذهبية الذهب، ولا عرفاً ككون المبيع أمة - كما لو باع عبداً على أنه كاتب فبان أنه ليس بكاتب، فإن عنوان الكتابة لا يمكن أن يكون قيداً في المبيع، لعدم اطلاق في الموجود الخارجي الذي هو العبد حتى يكون قابلاً للتقييد حتى يقال بعتك المقيد منه بالكتابة، وإنما المبيع فرد واحد وهو العبد الخارجي، والمفروض أنه موجود واحد إما واجد للكتابة أو لا، فالتقييد بالكتابة غير ممكن. نعم، يمكن أن يكون المنشأ - وهو البيع - مقيداً بها، بمعنى أن الملكية المنشأة إنما هي منشأة على تقدير كونه كاتباً وإلا فلم يبع، إلا أن هذا من التعليق المبطل جزماً، وعليه فإذا لم تكن الكتابة قيداً ولا معلقاً عليها فيتعين أن تكون الكتابة في المقام شرطاً، فيقول: بعتك هذا العبد ولكن التزامي بالبيع منوط بأن يكون كاتباً، فلو لم يكن يثبت للبائع الخيار.

وهذا هو المايز بين القيود والشرائط بالنسبة للأعيان الخارجية التي هي متعلق العقد وهي العوض والمعوض، وهي التي يكون الشرط من أوصافها، من دون فرق في مقام الإنشاء بين أن يقول: بعتك هذا العبد الكاتب، أو بعتك هذا العبد على أن يكون كاتباً، أو يقول: بعتك هذا الذهب أو هذا الموجود على أن يكون ذهباً، فإنه لا عبرة بالتعبير بل العبرة بواقع الصفة، فإن كانت مقومة كالذهبية، أو كان المبيع أمة، كان قيداً، فإن تخلف فلا وجود للمبيع، لا أن المبيع موجود إلا أن الخيار ثابت للمشتري. وأما في مسألة الكتابة فسواء قال: بعتك هذا العبد الكاتب، أم هذا

العبد على أن يكون كاتباً، كان ذلك شرطاً .

هذا لو كان متعلق العقد من الأعيان الخارجية .

وأما إذا كان متعلق العقد من العوض والمعوض أمراً ثابتاً في الذمة ، فالكلي الثابت في الذمة ليس له وجود إلا بوجود أفرادها في الخارج ، ومن الواضح أن الكلي إذا قيد بأي قيد ، سواء كان من الصفات المقومة أم غير المقومة يتعدد الوجود لا محالة ، فلو قال : بعثك مناً من الحنطة على أن تكون من المزرعة الفلاية ، لا شك كانت هذه الحنطة مغايرة وجوداً للتي من مزرعة أخرى ، وليس هذا مثل العين الخارجية - كالعبد - التي لا تختلف باختلاف الأوصاف ، بل إن صفات الكلي الطبيعي المقومة منها وغير المقومة موجبة لتمايز الوجود ، فكل واحدة منها لو أخذت في المبيع تكون قيدهاً<sup>(١)</sup> ، فلو كان المبيع فاقداً لها لاتبرأ ذمة البائع ، كما لا يجزي اقترانه

(١) لأن التقييد والتوصيف فيها - أي الكليات - يوجب تعدد الموجود في الذمة ووقوع العقد على قسم منه ، وهو المتصف بهذا الوصف سواء كان الوصف مقوماً أم لم يكن ، فإن كان مقوماً امتنع أن يكون إلا قيدهاً ، وإن لم يكن الوصف مقوماً فظاهره عند العرف أنه قيد ، ومعنى ذلك عدم وقوعه على القسم الآخر في الفرضين ، فاعطاء الآخر اعطاء لغير ما وقع عليه العقد ، وهذا بخلاف وقوع العقد على العبد الموجود الخارجي بوصف أنه كاتب التي هي الصفة غير المقومة ، فإنه لا يوجب تعدد العبد إلى عبد كاتب وعبد غير كاتب ، لأن العبد موجود خارجي جزئي ، والجزئي غير قابل للتعدد والتقييد ، لأن التقييد إنما يعقل في الكليات كالكلي الذي في الذمة ، لا في الموجودات الخارجية التي هي جزئية ، ولذا يستحيل أن تكون الكتابة قيدهاً في بيع العبد الخارجي على أنه كاتب . ولكن يفترق هذا عن بيع الحنطة على أنها من المزرعة الفلاية الذي هو الوصف إن لم يكن مقوماً ، والذي قلنا إنه مقسم ، وإن لم يكن مقوماً ، وظاهره القيد ووقوع العقد على الذي من المزرعة الفلاية ، وعدم وقوعه على الذي من مزارع أخرى فضلاً عن الوصف المقوم الذي يستحيل أن يكون جزءاً ، أنه في بيع العبد الخارجي على أنه كاتب يستحيل أن تكون الكتابة قيدهاً ، بخلاف وصف كونه من المزرعة الفلاية إن لم يكن

بصفة أخرى مغايرة . وكذا الكلام في الأعمال كالخياطة ، فإنها وإن كانت طبيعة واحدة ، إلا أنه بما أنها متعددة عرفاً بتعدد صفاتها من الرومية والفارسية كان ذلك موجباً لتعدد وجودها ، فلو قال : أجرتك نفسي على الخياطة على أن تكون رومية «أي بدرزين» لم تكن الخياطة الفارسية «أي بدرز واحد» مجزية عن ذلك<sup>(١)</sup> ، وكذا لو قال : أجرتك على أن تزور الحسين عليه السلام يوم الأول من رجب ، فزاره يوم الخامس منه ، وهكذا بالنسبة إلى سائر الأعمال ، هذا بالنسبة للعقود الالتزامية التمليكية كالبيع أو الإجارة أو نحوهما .

ومنه يظهر الحال في العقود الإذنية كالمضاربة في المقام ، فان عقد المضاربة إذن من المالك بالاتجار بالمال ، مع جعل مقدار من الربح للعامل ، وهذا ينحل إلى أمرين :

**الأول :** إذن المالك بالاتجار بالمال من قبل العامل .

**الثاني :** التزام المالك بجعل مقدار من الربح للعامل ، والأمر الأول يفيد كون العقد من العقود

مقومة ، فإن ظاهرها عند العرف القيدية ، ولكن لو أتى المتكلم بقرائن على إدارة الشرطية من وصف كون المشتري من المزرعة الفلائية ، أو صرح بان ذلك على نحو الشرط لا القيد ، فلا شك يكون الظاهر منه الشرطية لا القيدية . وهذا بخلاف العبد الخارجي الكاتب ، فإنه لا يعقل فيه التقييد لعدم الإمكان ، وكذا بخلاف الشيء المعتبر في العقد اللازم فيما إذا كان أجنياً عن الثمن والمثمن كالخياطة ، فإنه يستحيل أن تكون قيداً لعدم نسبة الاطلاق والتقييد بينها وبين الثمن والمثمن حتى تقيد ، نعم يمكن فيها التقييد بمعنى التعليق ، إلا أن التعليق فيها مبطل للعقد كما تقدم .

(١) هذا وما بعده - إلى قوله : إلى سائر الأعمال - أيضاً يكون مقسماً ، والصفة المأخوذة في الثمن أوالمثمن تارة مقومة ، وأخرى غير مقومة ، وتكون المقومة قيداً ويستحيل أن تكون شرطاً ، وغير المقومة ظاهرة عند العرف في القيدية ، ولكن خصوص غير المقومة لا ينافي أن يأتي المتكلم والمعتبر لذلك الشيء بقرائن حالية أو مقالية أو يصرح بارادة الشرطية منه ، فينقلب الظهور حينئذ من القيدية إلى الشرطية ، لا أنه يستحيل إرادة الشرطية منه .

الإذنية، والثاني نحو التزام من المالك بشيء، فإذا اعتبر المالك على العامل شيئاً، لا محالة يرجع هذا المعتبر إلى تقييد الإذن بذلك<sup>(١)</sup>، ومعنى ذلك ارتفاع الإذن بارتفاع القيد، فلو قال: اشترى الجنس الفلاني فاشترى غيره فشرأ غيره لم يكن مأذوناً فيه، وعليه فالعامل غير مأذون في التصرف في صورة تخلف القيد، ومقتضى القاعدة كما ذكره المصنف بطلان المضاربة وعدم استحقاق العامل شيئاً، فتمام الربح للمالك على تقدير الإجازة، وإلا فأصل المعاملة باطلة لأن الشراء لم يكن بإذن المالك. هذا على تقدير الربح.

وأما على تقدير الخسارة فإن أجاز المالك كانت الخسارة عليه، وإلا فأصل المعاملة باطلة. هذا في القيود الراجعة إلى خصوصية من خصوصيات الشراء أو المبيع، وتفريع المضاربة عليه.

وأما إذا كان الشرط أمراً خارجياً كخياطة الثوب المتقدم ذكره<sup>(٢)</sup> وتفريع المضاربة عليه،

(١) كما إذا اعتبر المالك أن لا يسافر العامل مطلقاً أو إلى البلد الفلاني أو إلآ إلى البد الفلاني، أو لا يشتري الجنس الفلاني أو إلآ الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد أو إلآ من زيد، أو يشتري من شخص معين، أو نحو ذلك من الشروط.

(٢) فإنه ذكرنا أنه تارة يبيع عليه هذه الدار ويشترط خياطة ثوب، أو يبيع عليه كلياً في الذمة كمن من حنطة ويشترط عليه خياطة ثوب مثلاً، أو يستأجره على أن يقضي سنة صلاة عن ميتة ويشترط عليه خياطة ثوب أو نحوه، فإذا كانت هذه الشروط في المضاربة - أي في العقود الإذنية لا الالتزامية - كانت خياطة الثوب التي هي شرط ويستحيل أن تكون قيداً في العقود الالتزامية، تكون في المضاربة أيضاً شرطاً، ولكن لا يستحيل أن تكون قيداً بمعنى تعليق إذن المالك عليها، إذ لا مانع من التعليق في العقود الإذنية، فمع التخلف في هذا الشرط يكون العقد الإذني في المضاربة من الأول غير موجود.

ويمكن أن يكون المالك لا أنه علق إذنه على الخياطة، بل حينما التزم بأن يكون للعامل مثلاً

حصّة من الربح بمقدار النصف، أخذ في الحساب خياطته للثوب فجعل له النصف، وأما لو يلحظ خياطته للثوب فلا يجعل له نسبة النصف، بل يجعل له نسبة الثلث، فهنا لا تعليق حتّى يقال لو لم يخط فالمضاربة باطلة، بل هنا التزام من المالك بكون مقدار النصف من الربح للعامل إذا خاط الثوب، فإذا لم يخط الثوب للمالك حق عدم الالتزام بالمضاربة وفسخ المضاربة.

هذا ما يقوله السيد الأستاذ رحمته الله هنا .

ولكن يرد عليه أن المضاربة ليست من العقود الالتزامية، فلا التزام بها حتّى يكون التزامه بها مشروطاً بخياطة الثوب، كما قاله السيد الأستاذ رحمته الله في اشتراط المالك على العامل مثلاً عدم مالكية الفسخ في المضاربة، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٢٨. الواضح ١١: المسألة ٢ [٣٢٩١]، فإنه قال: ليس في المضاربة التزام، بل هي من العقود الاذنية، فالإذن معلق على عدم مالكية الفسخ، والحال إن العامل مالك للفسخ، فلا إذن فلا مضاربة، فإذا كان الشرط غير موجود فهو باطل، ويتبعه الإذن في المضاربة، فيقع الشرط باطلاً والمضاربة باطلة تبعاً له.

قال رحمته الله ما نصه في الموسوعة بعد أن بيّن أن الشرط قد يكون بمعنى تعليق المنشأ على التزام المشروط عليه بشيء والالتزام المفروض أنه موجود، كتعليق الزوجة زوجيتها على التزام الزوج بأن لا يخرجها من بلدتها للسكنى في مكان آخر، وقد يكون الشرط بمعنى تعليق التزامه بالبيع - مثلاً - على كون العبد كاتباً - وأما البيع فهو منجز - فإذا لم يكن العبد كاتباً حق له فسخ العقد، وأن لا يلتزم به، وقد يجتمعان: قال ما نصه: «إذا اتضح ذلك فما نحن فيه لا يمكن أن يكون من قبيل الثاني، حيث إنّ المضاربة - على ما عرفت - من العقود الاذنية، حيث ليس فيها أي التزام من الطرفين - المالك والعامل - كي يكون الاشتراط من تعليق الالتزام بشيء، فلا محالة يكون الاشتراط من قبيل الأول، بمعنى تعليق نفس إذن المالك في التصرف بالمال أو قبول العامل على ذلك، وحينئذ فتارة يفرض كون المعلق عليه هو اللزوم وعدم مالكية الفسخ. وأخرى يفرض كونه هو التزام الآخر بعدم الفسخ خارجاً، ففي الأول فيما أنّ المعلق عليه غير حاصل في الخارج باعتبار أن عقد المضاربة عقد جائز، حيث إن كلاً من المالك والعامل مالك

فيمكن فرض ذلك في مقام الثبوت على نحوين :

**النحو الأول :** إذن المالك بالاتجار بالمال معلقاً على الخياطة خارجاً ، فإن خاط الثوب فقد أذن في التجارة ، وإلا فلا ، ولا مانع من التعليق في العقود الإذنية ، لاختصاص مانعته في العقود التمليلية التي فيها إلزام والتزام ، دون الإذنية التي لا يكون التعليق فيها إلا كالتعليق في الاباحات جائزاً ، كما لو أباح له الجلوس في داره معلقاً على أن يصلي صلاة الليل ، فإذا لم يصل ليس له الجلوس في الدار .

**النحو الثاني :** التزام المالك بكون مقدار من الربح للعامل ، ولكن مع ملاحظة الشرط الذي له مالية وهو الخياطة في المقام ، ومعنى ذلك لحاظ الخياطة في مقام الجعل وكونها دخيلة في مقدار المجعول للعامل ، بمعنى أنه لو لم يلحظ الخياطة فلا يجعل له نسبة النصف مثلاً ، بل أقل من ذلك ، وعليه فلو تخلف الشرط للمالك رفع اليد عن التزامه بكون نصف الربح للعامل أي يكون له

﴿ الفسخ بحكم الشارع ، ولا يتقلب إلى اللازم بالاشتراط ، يكون هذا العقد تبعاً للشرط محكوماً بالبطلان ﴾ موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٢٨ .

فإما أن يكون ذلك الكلام الذي ذكره في اشتراط عدم مالكية الفسخ غير صحيح ، ويقال إن للمضاربة جهتين : ١ - إذن ٢ - والتزام ، ولا مانع من تعليق الالتزام على عدم مالكية الفسخ وعلى الخياطة معاً ، وإما أن يلتزم بأن ذلك الكلام صحيح ، فلا التزام هنا أيضاً ، فلا معنى لتعليق الالتزام بالمضاربة على الخياطة الخارجية ، فبين الكلامين منافاة .

وذكرنا هذا الكلام أيضاً في هامش المسألة ٢ [٣٣٩١] وحسمنا الأمر هناك وقلنا بأن هذا الالتزام الذي يقوله السيد الأستاذ رحمته ليس كالتزام في العقود الالتزامية ، بل هو تابع للاذن ، فالاذن معلق على شيء لا الالتزام معلق على شيء ، ولذا لا شك في كون المضاربة من العقود الإذنية لا الالتزامية . فما ذكره السيد الأستاذ رحمته هنا من ثبوت خيار الشرط لأنه علق الالتزام على الخياطة غير صحيح ، بل هو قد علق الإذن في الاتجار بماله على أن يكون له النصف من الربح على الخياطة ، فإذا لم تكن خياطة فلا إذن فلا عقد فلا مضاربة .

إلا أن الأقوى اشتراكهما في الريح على ما قرّر، لجملة من الأخبار الدالة على ذلك<sup>(١)</sup>،

الخيار، من دون أن يكون هنا أي موجب لبطلان المضاربة، فلو فسخ ورفع يده عن التزامه بكون النصف للعامل رجع العامل إلى أجرة المثل.

وخلاصة الأمر: أن مقتضى القاعدة بطلان عقد المضاربة إذا كان الشرط بمعنى القيد، فتمام الريح للمالك على تقدير الإجازة، وعدم بطلانه إذا لم يرجع القيد إلى تقييد الإذن، بل يثبت خيار تخلف الشرط، إلا أنه لا بد من رفع اليد عن مقتضى هذه القاعدة للأخبار الآتية.

(١) وهي عدة روايات، واردة في شرط عدم الخروج من البلد، لما في الخروج في تلك الأزمنة التي أدركنا بعضها من المخاطر، كالسرقة، والسلب، ونحوهما، فلو خالف العامل وخرج كان الريح مشتركاً بينهما بالنسبة المقررة، وكانت الخسارة على العامل، ومن هذه الروايات قضية العباس عم النبي ﷺ وكان ثرياً يعطي ماله مضاربة، وينهى العامل عن الخروج ويضمّنه على تقدير الخروج<sup>(١)</sup> وكذا بقية الروايات الواردة في موارد خاصة<sup>(٢)</sup> كعدم نزول بطن وادٍ، أو عدم

(١) ففي صحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: «في المال الذي يعمل به مضاربة له من الريح وليس عليه من الوضيعة شيء إلا أن يخالف أمر صاحب المال، فإن العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة، ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن وادٍ ولا يشتروا ذا كبد رطبة، فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فانت ضامن للمال». الوسائل ج ١٩: ١٧ باب ١ من أبواب المضاربة ح ٧.

وفيما رواه أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن أبيه قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام: كان للعباس مال مضاربة فكان يشترط أن لا يركبوا بحراً ولا ينزلوا وادياً، فإن فعلتم فانتم ضامنون. فابلاغ ذلك رسول الله ﷺ فاجاز شرطه عليهم» نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٤١٥/١٦٢. الوسائل ج ١٩: ١٨ باب ١ من أبواب المضاربة ح ١٢.

(٢) كموثقة جميل، عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى غير الذي أمره، قال: هو ضامن والريح بينهما على ما شرط» الوسائل ج ١٩: ١٨ باب ١ من أبواب المضاربة ح ٩. وإنما عبرنا عنها بالموثقة لأن معاوية بن حكيم

كتاب المضاربة / شرط المالك على العامل شيئاً ومخالفة العامل ..... ٢٨٧  
ولا داعي إلى حملها على بعض المحامل<sup>(١)</sup>، ولا إلى الاقتصار على موارد استخدامها لاستفادة  
العموم من بعضها الآخر<sup>(٢)</sup>.

شراء ذي كبد رطبة، أو عدم ركوب البحر، ولا إشكال في ذلك في الموارد الخاصة، وإنما  
الإشكال في التعدي من هذه الموارد إلى غيرها، والعمدة في التعدي من هذه الروايات إلى غيرها  
روايتان آتيتان هما موثقة جميل وصحيحة الحلبي.

(١) بعد وضوحها سنداً ودلالةً، فحملها على معنى آخر خلاف الظاهر

(٢) العمدة في التعدي من موارد الروايات إلى غيرها روايتان:

**الأولى:** موثقة جميل، عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به ضرباً  
من المتاع مضاربةً فذهب فاشتري به غير الذي أمره، قال: هو ضامن والربح بينهما على ما  
اشترط»<sup>(١)</sup> لألوية مخالفة بقية الشروط كمخالفة الأوصاف والأنواع والأزمان ونحوها من مخالفة  
الجنس.

**الثانية:** صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة فيخالف  
ما اشترط عليه، قال: هو ضامن والربح بينهما»<sup>(٢)</sup> وهي أوضح دلالة من الأولى على التعدي،  
لإطلاق الشرط فيها، فأى شرط خولف كان الربح بينهما على ما قرر، وكان الضمان على تقدير  
التلف والخسارة على العامل.

«الذي في السند فطحي، وإن كان التعبير عنها بالصحيحة حسب مراد السيد الأستاذ من  
الصحيح صحيحاً أيضاً، لأنه يريد من الصحيح ما هو حجة ومعتبر في قبال الضعيف، كما  
صرح به عدة مرات منها في مقدمة المعجم في بيان مزايا الكتاب ج ١: ١٤ طبعة طهران، وعليه  
جرى في الفقه أيضاً، ولا اختصاص لذلك بالمعجم، إلا أننا عبرنا عنها هنا بالموثقة حسب  
الاصطلاح عند الفقهاء.

**وكصحيحة الحلبي،** عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة فيخالف ما  
شرط عليه، قال: هو ضامن والربح بينهما» الوسائل ج ١٩: ١٦ باب ١ من أبواب المضاربة ح ٥.

(١) الوسائل ج ١٩: ١٨ باب ١ من أبواب المضاربة ح ٩.

(٢) الوسائل ج ١٩: ١٦ باب ١ من أبواب المضاربة ح ٥.

ثم إنه احتمال بعض<sup>(١)</sup> أن تكون الروايات على طبق القاعدة ، لأن مقصود المالك من المال المعطى مضاربة الاسترباح ليس إلا ، وتخييل المالك انحصاره بشيء لا ينافي علم العامل بعكسه ، فالشرط وإن كان متحققاً من المالك إلا أن غرضه منه هو الاسترباح ، فإذا ربح العامل في غير ما اشترط عليه المالك أو كان مساوياً له كان المالك راضياً بهذه المعاملة ، ونتيجة ذلك صحتها وإن تحققت المخالفة الصورية لا الواقعية ، فيكون الربح بينهما ، وعليه فتكون الروايات على طبق القاعدة لا على خلافها كي نحتاج إلى الخروج عن القاعدة بها أو حملها على محامل أخرى .

وفيه أولاً : إن تم هذا فإنما يتم في فرض الاسترباح في التجارة التي خولف فيها شرط المالك ، لا في فرض الخسران ، فان المضاربة فيه باطلة ، فإن أجازها المالك كانت الخسارة عليه ، وإلا استحق المالك نفس ماله ، أي نفس الثمن الذي أعطاه العامل للبائع - لا أن يحكم بصحة البيع وتكون الخسارة على العامل - لأنه على فرض بطلان المعاملة وعدم اجازة المالك يكون كل من الثمن والمثمن على ملك صاحبه .

وثانياً : قد يكون الربح في المعاملة الفاقدة للشرط أقل من الربح في الواجدة لها ، فكيف يمكن أن يقال إن المالك راضٍ بهذه المعاملة واقعاً والمخالفة صورية ، مع أن الروايات مطلقة ، وإن كان ربح فهو بينهما .

وثالثاً : أن العبرة في صحة المعاملة إنما هو برضا المالك السابق أو اللاحق ، لا بالرضا

(١) وهو السيد الحكيم في المستمسك ١٢ : ٢٨٠ «أو ١٦٧ طبعة بيروت» حيث قال «ما أخذ قيداً في مقام الظاهر خوفاً من الخسران ، كما إذا قال : لا تشتري التمر فإنه خطر ، فاشتري التمر وريح ، فالمعاملة وإن كانت غير مأذون فيها ظاهراً مأذون فيها واقعاً ، ولا منافاة بين الأمرين ، لعدم التنافي بين الحكم الظاهري والواقعي ، وعليه فالمعاملة صحيحة ، ولا تحتاج إلى إمضاء وإجازة» ثم قال في ص ٢٨٢ «ولا يبعد أن يكون التقييد فيه من قبيل التقييد في مقام الظاهر لا الواقع ، وعلى هذا فليس في الروايات باجمعهما ما هو ظاهر في الاشتراك في الربح مع التقييد الواقعي الذي هو خلاف القواعد» .

النفساني، وإلا لأفضى ذلك إلى جواز أخذ مال الغير بلا اطلاع منه والاسترباح به، باعتبار أنه راض بزيادة ماله، بمعنى أن الرضا النفساني ما لم يكن له مبرر لا ينفع في صحة المعاملة، وعليه فليست المخالفة مخالفة صورية، بل هي مخالفة واقعية. ونتيجة ذلك أن الحكم بصحة هذه العقود وإن لم تكن في البين رواية لا يمكن المساعدة عليه بوجه، فمقتضى القاعدة كما ذكرنا البطلان، إلا أنه نخرج عنه للنصوص الخاصة الدالة على الصحة صريحاً، ولا مناص من العمل بها بعدما عرفت. ولا مقتضى لحملها على محامل لتمايمتها دلالة وسنداً<sup>(١)</sup>.

(١) ثم إنه لم يتعرض السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> إلى تخريج صاحب الجواهر<sup>رحمته</sup> هذه الروايات لأن تكون على طبق القاعدة - لا أنها خلاف القاعدة - حيث قال: ويمكن تنزيل هذه النصوص على إرادة بقاء الإذن في المضاربة وإرادة الضمان من الاشتراط، كما يومي إليه صحيح الحلبي السابق [حيث إن فيها - أي النصوص التي منها صحيح الحلبي - «فإن خالفت شيئاً مما أمرت به فأنت ضامن للمال»]، وخصوصاً ذكره له بعنوان التعليل للحكم، بل لعل ذلك هو المعروف فيما بينهم - سابقاً - من الشروط كما عساه يومي إليه خبر رفاة عن أبي عبدالله<sup>رحمته</sup>: «في مضارب يقول لصاحبه: إن أنت أذهبته أو أكلته فأنت له ضامن؟ قال: هو له ضامن إذا خالف شرطه» الجواهر ٢٦: ٣٥٥.

ولكن أقول: إن هذه الروايات ظاهرة في شرط الضمان الذي هو بمعنى تدارك الخسارة بمقتضى دلالة الاقتضاء، ولا صحة لما يقال من أن ظاهرها هو الضمان الاصطلاحي كما بحوث في الفقه كتاب المضاربة: ٢٣٢، لعدم إمكان أن يراد منها الضمان الاصطلاحي حسبما عرفت، لعدم قدرة المكلف على تشريع حكم الضمان الذي هو الاشتغال للذمة بلا سببه الخاص، وليس من أسبابه الشرط في ضمن العقد - كما تقدم ويأتي - فلا بد وأن يكون المراد منها - أي النصوص - تدارك الخسارة، وأما باقي الروايات التي لم يذكر فيها ذلك أي لم يذكر فيها شرط الضمان، فالمراد بها كون الخسارة في عهده - لا في ذمته - عند مجرد مخالفة المالك فيما شرط عليه، إذ ليس فيها شرط الضمان من المالك أصلاً، وهو معنى أنها مخالفة للقاعدة

بقي شيء: وهو أن الروايات المتقدمة منصرفة عن مخالفة الجهة الثانية في عقد المضاربة، فإذ ذكرنا أن عقد المضاربة ينحل إلى جهتين:

**الأولى:** إذن المالك في الاتجار بماله.

**الثانية:** جعل مقدار من الريح للعامل، وقد يكون هذا الجعل مشروطاً بشرط، كخياطة الثوب أو الحج أو الصلاة أو نحوها، فلو ضاربه على أن يكون له نصف الريح بشرط أن يحج عن أبيه، بنحو يكون جعل نصف الريح له، إنما هو مع ملاحظة الشرط، وإلا لجعل له الريح، فلو خالف العامل ولم يحج عن أبي المالك **صح العقد على القاعدة**، لا أن هذا داخل في الروايات الواردة في المقام، لأنها منصرفة عن مخالفة الشروط الموجبة للخيار، ومختصة بما ترجع فيه **المخالفة إلى الجهة الأولى**، وذلك بقريئة سائر الروايات الدالة على أن المخالفة بمعنى الإتيان بعمل لم يكن مأذوناً فيه، بل لا يحتاج إلى هذه القريئة، لأن المستفاد من صحيحة الحلبي أن الحكم المذكور - وهو كون الريح بينهما والخسارة على العامل من آثار مخالفة الشرط، فإن فيها «فيخالف ما شرط عليه»<sup>(١)</sup> وأما في الشرط الخارجي الذي يرجع إلى جعل مقدار من الريح فلم يترتب الأثر على المخالفة، بل يترتب على ترك العمل بالشرط، لا على الإتيان بعمل آخر على خلاف ما شرط عليه، وبين الأمرين بون بعيد. وعليه فصحة المضاربة مع مخالفة الشرط الموجب للخيار على القاعدة، إلا أنه يثبت الخيار للمالك<sup>(٢)</sup>، فإن فسخ وكان في البين ربح كان تمام الريح

حينما يقول **بأن** الريح بينهما والخسران على العامل، وإلا فالقاعدة تقتضي أن لا يكون خسران على العامل لا أن الخسران عليه، وكون تمام الريح للمالك لا بينهما، فحكم هذه الروايات بذلك هو معنى كونها على خلاف القاعدة.

(١) الوسائل ج ١٩: ١٦ باب ١ من أبواب المضاربة ح ٥.

(٢) تقدم في هامش هذه المسألة ٥ [٣٣٩٤] ما يرد على القول بصحة المضاربة وثبوت الخيار للمالك فيما إذا اشترط على العامل مثلاً خياطة ثوب - أو الحج عن أبي المالك - أو نحوه من الشروط المالية المدعى أنها موجبة للخيار لو لم يأت العامل بما شرط عليه، ولم يخط الثوب

﴿ مثلاً .

تقدم ذلك في هامش التعليق الأول على هذه المسألة ، وقلنا إنه يرد عليه : « أن المضاربة ليست من العقود الالتزامية ، بل هي من العقود الاذنية وتحقيقاً قبل خمس صفحات ، كما قاله السيد الأستاذ<sup>١</sup> في اشتراط عدم مالكية الفسخ على العامل . موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٢٨ ، فإنه قال : ليس في المضاربة التزام بل هي من العقود الاذنية ، فالإذن معلق على عدم مالكية الفسخ ، والحال إن العامل مالك للفسخ ، فلا إذن فلامضاربة ، فإما أن يكون هذا الكلام صحيحاً فلا بد وإن نقول هنا المضاربة أيضاً ليس فيها التزام ، وإنها من العقود الاذنية ، فالإذن معلق على الخياطة ، فإن خاط فالإذن موجود فالمضاربة موجودة ، وإن لم يخط فالإذن غير موجود فالمضاربة غير موجودة ، فيأخذ المالك جميع الأرباح ، وليس للعامل شيء حتى أجرة المثل ، ولا مانع من التعليق في العقود الاذنية ، إذ إن مانعته تختص بالعقود الالتزامية . وإما أن لا يكون هذا الكلام صحيحاً ، والكلام الصحيح هو ما قاله السيد الأستاذ<sup>٢</sup> هنا من أن عقد المضاربة ينحل إلى أمرين ١ - إذن في الاتجار بالمال . ٢ - التزام من المالك بجعل مقدار من الربح للعامل ، فيعلق المالك التزامه هذا مثلاً بأن يكون للعامل نصف الربح إذا أتى بخياطة الثوب أيضاً ، وإلا فلا يجعل له النصف ، بل يجعل له الثلث ، فإذا لم يأت العامل بالخياطة حق للمالك فسخ العقد لتخلف الشرط ، ففي بحث اشتراط المالك عدم مالكية الفسخ على العامل ، أيضاً يقال إن عقد المضاربة ينحل إلى أمرين ١ - إذن في الاتجار بالمال . ٢ - التزام من المالك بجعل مقدار من الربح للعامل إذا لم يكن للعامل مالكية الفسخ ، فإذا كان العامل مالكاً للفسخ ، فيحق للمالك فسخ العقد ، لا أن العقد باطل بهذا الشرط لأن الشرط باطل فيتبعه العقد في البطلان .

وتقدم ذلك في المسألة ٢ [٣٣٩١] في هامش التعليق الثالث من هذه المسألة الذي هو التعليق من السيد الأستاذ<sup>٣</sup> على قول الماتن : « نعم لو شرط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا » فإن السيد الأستاذ<sup>٤</sup> قال في شرح ذلك بعد أن بين أن الشرط إنما هو على أحد نحوين أ - إما أن من يكون بمعنى أن أصل المنشأ الذي ينشئه المنشئ معلق على شيء كالتزام الطرف الآخر بشيء كاشتراط الزوجة ما تنشئه من الزوجية على التزام الزوج بأن لا يخرجها من بلدتها ، والتزام

له ، وللعامل أجرة المثل .

﴿ الزوج حاصل حين العقد ، فالتعليق مضر ، ب - وإما أن يكون الشرط بمعنى تعليق التزامه بالمنشأ على شيء كتعليق التزامه بالبيع المنجز على أن يكون العبد كاتباً ، فإذا لم يكن كاتباً حق له أن لا يلتزم بالعقد ويفسخ . قال السيد الأستاذ رحمته الله ما نصه : فإذا اتضح ذلك فمانحن فيه [وهو شرط عدم مالكية الفسخ على العامل] لا يمكن أن يكون من قبيل الثاني ، حيث إن المضاربة - على ما عرفت - من العقود الاذنية ، وليس فيها أي التزام من الطرفين - المالك والعامل - كي يكون الاشتراط فيها من تعليق الالتزام بشيء ، فلا محالة يكون الاشتراط من قبيل الأول بمعنى تعليق نفس إذن المالك في التصرف بالمال أو قبول العامل على ذلك » موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٢٨ .

**فإما أن يكون هذا الكلام صحيحاً** فلا يصح تعليق الالتزام بالحصّة للعامل على خياطة الثوب - أو الحج عن أبي المالك - بل لابدّ وإن يعلق الاذن في الاتجار بالمال على الخياطة ، فإن لم يخط لا عقد مضاربة من الأول ، لأن التعليق في العقود الاذنية لا مانع منه ، فالمضاربة كانت معلقة على الخياطة ، فإن لم يخطط فلا مضاربة من الأول ، لا أن المضاربة صحيحة ويثبت للشارط وهو المالك خيار الفسخ .

**وإما أن لا يكون هذا الكلام صحيحاً** فيصح حينئذٍ تعليق الالتزام بالمضاربة على عدم مالكية الفسخ ، فإذا كان العامل مالكاً للفسخ ثبت للمالك حق فسخ العقد ، لا أن الشرط باطل فالمضاربة باطلة ، بل المضاربة صحيحة وللمالك حق الفسخ لتخلف الشرط .

**وقلنا نحن هناك إن الظاهر** أن عقد المضاربة بما أن أحد جزأيه إذن فهو عقد إذني ، الالتزام فيه ليس كالالتزام في غيره من العقود ، بل تابع للإذن ، فلا يقال إن فيه التزام ويكون الالتزام معلقاً على شيء ، بل هو تابع للإذن ، والإذن معلق على شيء ، فتعليق الالتزام على شيء ليس تعليقاً لغير الإذن على شيء ، فيكون ما ذكره السيد الأستاذ رحمته الله هنا غير صحيح ، لأن التعليق للإذن على الخياطة لا للالتزام على الخياطة ، فإن لم يخط فلا مضاربة من الأول ، لا أن المضاربة موجودة ويحق للمالك الشارط الفسخ .

[٣٣٩٥] «مسألة ٦»: لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره إلا مع إذن المالك عموماً كأن يقول: اعمل به على ما تراه مصلحة، إن كانت هناك مصلحة، أو خصوصاً<sup>(١)</sup>، فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف، إلا أن المضاربة باقية والربح بين المالكين على النسبة<sup>(٢)</sup>.

[٣٣٩٦] «مسألة ٧»: مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه، من حيث البائع والمشتري، ونوع الجنس المشتري، لكن لا يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك<sup>(٣)</sup> إلا إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق. وإن خالف فسافر فعلى ما مر في المسألة المتقدمة.

(١) ذكر الماتن رضي الله عنه أنه ليس لعامل المضاربة أن يخلط مال المضاربة إذا كان بيده بمال نفسه أو بمال غيره فيتجر بهما معاً، إلا إذا فرضنا أن هنا اطلاقاً أو تصريحاً بالخصوص في جواز الخلط، والأول كما إذا قال: بأي نحو رأيت الصلاح اعمل به، والثاني كما لو صرح بجواز الخلط مع مال العامل أو مال غيره، والعمل به مضاربة، فيكون الربح حينئذٍ بالنسبة بين المالكين، فلو فرضنا أن عند العامل مائة دينار وأعطاه المالك مائة دينار مضاربة وأطلق أو صرح له بجواز خلطهما والاتجار بهما معاً، فلا شك يكون الربح بالنصف، وما كان من ربح مال المالك كان بين المالك والعامل على النسبة المقررة بينهما.

(٢) وأما لو لم يأذن المالك بذلك كان الخلط على خلاف ما أذن به المالك، لأن ظاهر كلامه هو الاتجار بهذا المال الذي وقعت عليه المضاربة بشخصه، لا بأن يخلطه بمال للعامل أو لشخص آخر، فخلطه بغيره خلاف إذن المالك، فإذا اتجر به بعد خلطه بلا إذن المالك جرى فيه الكلام المتقدم، وهو أن حصل ربح كان بينهما على النسبة المعينة، وإن حصل خسران كان الخسران على العامل فقط، لما تقدم من الروايات، فإن التصرف حينئذٍ تصرف بلا اجازة المالك فيدخل في الكبرى المتقدمة.

(٣) مما تقدم في المسألة المتقدمة يعلم حال الاتجار بالمال خارج البلد الذي كان في الخروج إلى خارج البلد في الأزمنة السابقة التي أدركنا بعضها خطر على المال وعلى البضاعة، وكان الاتجار المتعارف إنما يتم في داخل البلد وما حوله ولا يتجاوزه، فإذا فرض أن المالك ١ - لم يأذن بالاتجار خارج البلد ٢ - أو نهى عنه ٣ - أو لم ينه عنه إلا أنه لم يصرح بالجواز، ولم يكن

[٣٣٩٧] «مسألة ٨»: مع إطلاق العقد وعدم الإذن في البيع نسيئة، لا يجوز له ذلك<sup>(١)</sup> إلا أن يكون متعارفاً ينصرف إليه الإطلاق، ولو خالف في غير مورد الانصراف، فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو، وإن اطلع المالك قبل الاستيفاء، فإن أمضى فهو، وإلا فالبيع باطل وله الرجوع على كل من العامل والمشتري، مع عدم وجود المال عنده أو عند مشتر آخر منه، فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة، لا يرجع هو على العامل، إلا أن يكون مغروراً من قبله، وكانت القيمة أزيد من الثمن، فإنه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه، وإن رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم إلا أن يكون مغروراً منه وكان الثمن أقل، فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن.

ظاهر كلامه الجواز، فخالف العامل واتجر بالمال خارج البلد، جرى فيه الكلام السابق والكبرى المتقدمة وهي أنه إن كان ربح فهو بينهما، وإن كان خسران فهو على العامل كما دلت عليه الروايات المتقدمة.

وهذا - أي الثالث - طبعاً إنما هو مختص بما إذا لم يكن الاتجار خارج البلد أمراً متعارفاً، وأما إذا كان الاتجار خارج البلد أمراً متعارفاً كما هو الحال في زماننا، فلا فرق في الاتجار بين أن يكون داخل البلد وما حوله أو خارج البلد، فلو اتجر خارج البلد والحال هذه - أي والحال كون الاتجار خارج البلد أمراً متعارفاً، والمالك لم يبه عند ولم يصرح بالجواز، ولا كان ظاهر كلامه الجواز ولا عدم الجواز - فإن ربح كان الربح بينهما على النسبة، وإن خسر لم يكن شيء من الخسارة على العامل، إلا أن يشترط المالك في هذه الصورة عدم الاتجار خارج البلد، فإن اتجر العامل حينئذ مع هذا الشرط انطبقت الكبرى الكلية، وهي إن ربح كان الربح بينهما على النسبة، وإن خسر كان الخسران على العامل للروايات المتقدمة.

(١) ذكر الماتن رحمته أنه مع إطلاق العقد لا بد وأن يكون البيع من العامل نقداً هو كما المتعارف، ولا يجوز البيع نسيئة لأنه لم يأذن فيه المالك<sup>(١)</sup>، نعم لو أجاز له البيع حتى نسيئة

(١) لا لأن البيع نسيئة فيه تغرير بمال المالك كما علله بذلك في التذكرة ٢: ٢٣٧، والمسالك ٤: ٣٥٠ - ٣٥١ وأشكل عليهما السيد الحكيم بأنه قد يكون ذلك في البيع نقداً، فالأولى حينئذ المنع عن التغرير بالمال في البيع نقداً كان أو نسيئة، والجواز فيما إذا لم يكن فيه تغرير، من

باطلاق أو تصريح ، والأول : كقوله : بع بأي نحو رأيتك صالحاً ، والثاني : كما لو قال له : بع حتى نسيئة ، فلا إشكال في جواز البيع نسيئة .

وأما لو لم يجز له البيع نسيئة لا باطلاق ولا بتصريح ، أو نهاه عن البيع نسيئة فخالف وباع نسيئة .

فهنا فصل الماتن رحمته بين ١ - ما لو حصل على المال الذي كان نسيئة وكون المال فعلاً عند العامل وبين ٢ - ما لو لم يحصل العامل على المال الذي كان في البيع نسيئة لعدم مجيء الأجل . فإن كان على النحو الأول وعلم به المالك ، وأن البيع كان نسيئة يحكم بصحة هذا البيع ، فإن كان هنا ربح كان بينهما على النسبة المقررة ، وإن كان خسران كان على العامل ، لأنه قد خالف ما اشترط عليه . وإن كان على النحو الثاني واطلع المالك على أن العامل قد باع نسيئة إلى أجل ، ولم يأت الأجل ، فحكم رحمته بأن هذا البيع باطل .

وما ذكره الماتن رحمته هو الصحيح ، لأنه بيع غير مأذون فيه ، فلا تشمله الروايات المتقدمة الدالة على أن الربح بينهما والخسارة على العامل ، لأنها ظاهرة في كون المال عند العامل ، بحيث لو طالب المالك برأس المال لأخذه مع الربح أو تدارك الخسران كما في الفرض الأول ، وأما لو لم يكن عند العامل ، ولم يتمكن المالك من المطالبة به ، كما هو المفروض في المقام في الفرض الثاني لأن المال عند المشتري ولا يلزمه الوفاء قبل الأجل ، فلا يكون مشمولاً للروايات المتقدمة <sup>(١)</sup> ،

« دون فرق بين ما إذا كان متعارفاً أو لم يكن » . المستمسك ١٢ : ٢٨٥ أو ( ١٧٠ ) طبعة بيروت .

أقول : إن لم يكن متعارفاً ولم يأذن فيه المالك لأي وجه دال على جوازه ؟ ! لو لم يكن فيه تغيير .

(١) أشكل على السيد الأستاذ رحمته بعد أن ذكر المستشكل حفظه الله مضمون كلام السيد الأستاذ رحمته الذي هو بتعبير المستشكل : « وذكر بعض أساتذتنا العظام رحمته مطلباً آخر لتخريج هذا التفصيل ، وحاصله : أن الروايات المتقدمة الدالة على صحة المضاربة مع مخالفة العامل لا تشمل ما إذا

لم يستوف الثمن ، لأن ظاهرها الحكم بالصحة ، وأن الربح بينهما إذا كان رأس المال موجوداً بحيث يمكنه أن يأخذه المالك من العامل إذا شاء ، فلا يشمل صورة ما إذا كان ديناً في ذمة الغير ، فلا إطلاق للروايات بالنسبة إلى فرض عدم استيفاء الثمن بخلاف فرض الاستيفاء ، فالتفصيل بلحاظ الروايات ومدى شمولها ، فيرجع في الصورة الثانية إلى مقتضى القاعدة ، وهو كون المعاملة فضولية بحاجة إلى إجازة المالك» ثم قال المستشكل : «وفيه : أولاً : أن الروايات المتقدمة تشمل باطلاقها ما إذا باع العامل نسيئة أيضاً ، إذ لا موجب لدعوى اختصاصها بما إذا كان رأس المال خارجياً بيد العامل ، إذ لو أريد استفادته من التعبير بأن الربح بينهما ، فهذا أعم من خارجية الربح أو كونه ملاً ذمياً في ذمة الغير ، فإنه أيضاً مال مملوك فيكون ربحاً ، والتعبير بقوله (بينهما) ناظر إلى الملكية والاستحقاق لا الأخذ الخارجي ، وإن استفيد ذلك من التعبير بالضمان فأيضاً من الواضح اطلاقه للمال الذي أعطي ديناً أو نسيئة ، فالإطلاق تام .

**وثانياً :** قد ورد في بعض الطوائف المتقدمة - الطائفة الرابعة - التنصيص على شرط المالك أن لا يعطي رأس المال ديناً - وهو صحيح رفاة - وهو شامل بالإطلاق أو بالفحوى صورة البيع نسيئة جزماً .

**وثالثاً :** عدم صلاحية هذا التوجيه للتفصيل المذكور في المتن ، إذ لازمه أن يحكم الماتن رحمته في صورة عدم الاستيفاء بطلان المضاربة حتى إذا أذن المالك ، غاية الأمر بضح البيع ويكون الربح بتمامه له ، مع أن ظاهر قوله : (وإن اطلع المالك قبل الاستيفاء ، فإن أمضى فهو) أنه كصورة الاستيفاء قبل الاطلاع تكون المضاربة صحيحة والربح بينهما ، **فالحاصل :** لو كان نظر الماتن إلى هذا التوجيه كان ينبغي الحكم بصحة البيع والمضاربة في صورة الاستيفاء ، وبصحة البيع دون المضاربة في صورة عدم الاستيفاء إذا أمضى المالك» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٢٤٦ - ٢٤٧ .

**أقول :** الكلام إنما هو في فرض عدم الإذن في البيع نسيئة ، أو الاطلاق المنصرف إلى عدم البيع نسيئة ، فالروايات لا شك تكون ظاهرة في كون رأس المال أو هو مع الربح أو رأس المال الذي هو بدل عن الخسارة التي يخسرهما العامل عند المخالفة والخسران عند العامل ، بنحو لو

« أراد المالك أخذه ، أخذه . وهذا بلا كلام شامل للقرض الذي استوفاه العامل قبل علم المالك ، لأنه عند العامل فعلاً لو أراداه المالك أخذه . مضافاً إلى أن القرض الذي لم يقبض فيه من الخطر ما ليس في القرض المقبوض ، فالروايات لا تشمل خصوص البيع المشتمل على القرض الذي لم يقبض ، فإنه هو الذي لم يجزه المالك ، فلا إطلاق في الروايات .

**فعدم الاطلاق في الروايات لا من التعبير بأن الربح بينهما ، ولا من التعبير في الروايات بالضمان** ليقال إنهما ناظران إلى الملكية لا الأخذ الخارجي ، بل من جهة أن عدم صحة البيع بالدين إنما هو من جهة كونه خلاف الشرط الذي يرضى به المالك فيما إذا علم بعد قبض الثمن ليس إلا ، فلا شك هو شامل له دون ما لم يقبض فيه الثمن .

**فخلافية الشرط في الأول** - أي الذي قبض فيه الثمن قبل علم المالك - فقط مقتضية لكون المعاملة لو كانت خاسرة فتكون الخسارة على العامل ليس إلا ، لا أنها مقتضية لبطلان البيع ، فبطلان المضاربة وخلافية الشرط في الثاني مقتضية لبطلان البيع إلا أن يجيز المالك .

**وأما قول المستشكل (حفظه الله) : إن الروايات المتقدمة تشمل باطلاقها ما إذا باع العامل نسيئة أيضاً** نعم ، ولكن من حيث كونها مجازة ، إذ إن ظاهر الروايات كون البيع ذي القرض المقبوض مجازاً من المالك ، ولذا يكون الربح بينهما ويكون الخسران على العامل ، لأن العامل خالف في البيع نسيئة ، فإما أن يفرض تحقق الربح وكونه بينهما فهو مجاز من المالك ، وإما أن يفرض الخسران فالخسارة على العامل لمخالفته بالبيع نسيئة . وأما أن الروايات المتقدمة تشمل من حيث كون المعاملة مجازة حتى البيع الذي لم يقبض فيه الثمن الذي يكون قرضاً بالاطلاق فهذه الدعوى خلاف ظهور الروايات ، فدعوى الإطلاق لا أساس لها .

**ومن هنا يتبين ما في قوله «وثانياً»** ، حيث توضح من الجواب على الإشكال الأول أن القرض المقبوض له من الحكم غير القرض غير المقبوض .

**وأما قوله : وثالثاً :** ان لازم الحكم بأن الخيار في صورة عدم الاستيفاء للمالك أن يحكم ببطلان المضاربة حتى إذا أذن المالك غاية الأمر يصح البيع ، ويكون الربح بتمامه للمالك ، مع أن ظاهر القول من الماتن ومن وافقه عليه كالسيد الأستاذ رحمته الله : ( وإن اطلع المالك قبل الاستيفاء

فلا بدّ من العمل على مقتضى القاعدة، وهي قاضية بكون الخيار بيد المالك، فإن أجاز البيع فهو، وإلا حكم بالبطلان، فله أن يطالب بنفس عين ماله إن كانت موجودة وإلا فبمثلهما أو قيمتها<sup>(١)</sup> من العامل أو المشتري «أو المشتري من المشتري» وقد ذكرنا في بحث تعاقب الأيدي إمكان أن يكون المال الواحد في ذمّة أشخاص عديدين، بمعنى جواز مطالبة المالك أيضاً شاء منهم، فيستقر الضمان في نهاية الأمر على من تلف عنده المال، فإن طالب الثاني ودفع القيمة أو

فإن أمضى فهو) أن هذه الصورة كصورة الاستيفاء قبل اطلاع المالك، أي يحكم فيها بصحة المضاربة، وأنه إذا كان هنا ربح فبينهما، وإن كان هنا خسران فعلى العامل لأنه خالف وباع نسيئة، كما هو كذلك في صورة الاستيفاء قبل اطلاع المالك.

فقد تبين لك أن صورة الاستيفاء إنما صحت مع كونها مخالفة لعدم الإذن في البيع نسيئة إنما هو لأجل أن الظاهر من الروايات أن المالك مع كون المال مستوفى وعند العامل قد رضي بهذا البيع، فالرضا بالبيع الذي لم يستوف ثمنه بلا شك يكون كالمستوفى ثمنه، فأين: اللازم من كون الخيار بيد المالك في صورة عدم الاستيفاء هو الحكم ببطلان المضاربة حتّى إذا إذن المالك ويكون الربح كله للمالك؟ من أين جاء هذا اللازم؟

(١) أقول: هذا ردّ لما في الجواهر ولما في المستمسك حيث قال السيد الحكيم رحمته في المستمسك «وهو مخالف لما تقدم من أنه إذا خالف المالك ضمن والربح بينهما، إذ قد عرفت أنه يقتضي صحّة المعاملة من دون توقف على إجازة المالك، للنصوص، فما الذي فرق بين المقامين؟ بل في الجواهر: أن الصحّة في المقام أولى منها في صورة المخالفة الصريحة التي هي مورد النصوص بل يمكن القول بشمول بعض النصوص، للجميع فلاحظ. مع أنه على تقدير الفرق لم يكن وجه لقوله: (فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو)، وكان اللازم أن يقول: إذا استوفى الثمن قبل اطلاع المالك راجع المالك، فإن أجاز فهو، وإلا ردّه على المشتري، لبطلان المعاملة، إذ الموجب للبطلان عدم الاذن، من دون فرق بين اطلاع المالك قبل الاستيفاء، وبين الاستيفاء قبل إطلاع المالك». الجواهر ٢٦: ٣٥١، المستمسك ١٢: ٢٨٦ (أو ١٧٠ طبعة بيروت).

المثل مع فقد العين برئت ذمته ، إلا أنه لا يذهب ماله هدرًا ، بل يملك بمقتضى المعاوضة القهرية الثابتة ببناء العقلاء ذلك المال على الثالث ، وليس له أن يرجع إلى الأول ، لأن المفروض أنه هو الذي أخذه منه أولاً ، فلو رجع إليه رجع إليه الأول ثانياً ، وعليه فيرجع السابق إلى اللاحق لا العكس . هذا لو لم تكن القيمة المضمونة التي يأخذها المالك أزيد من الثمن الذي اشترى به المشتري العين ، كما إذا كان العامل باع المال بقيمته الواقعية ، بأن كان العروض الذي عند العامل يسوى عشرة فباعه بعشرة .

وأما لو كانت القيمة أكثر من الثمن كما لو كانت قيمة العروض عشرة فباعه بخمسة .

فإما أن يطالب المالك العامل ، أو المشتري .

فإن طالب المالك المشتري وأخذ القيمة منه أي أخذ منه عشرة لفرض تحقق التلف عنده ، فإن كان المشتري مغروراً من قبل العامل ، بأن لم يكن يدري أن المال للغير - لا للعامل البائع نسبيته من دون اجازة المالك - رجع المشتري إلى العامل في الزيادة وأخذ منه خمسة فقط ، لأنه مغرور من قبله ، كما في غير المضاربة ، بل في التمليكات المجانية أيضاً ، التي هي - كما يقولون - من الموارد التي يكون فيها السبب أقوى من المباشر<sup>(١)</sup> .

وإن طالب المالك العامل وأخذ القيمة منه ، أصبح العامل مالكاً لتلك العين ، فيرجع إلى المشتري ويطالبه بقيمتها ، إلا أنه لو كانت قيمتها زائدة على ما اشتراها من العامل كما هو

(١) كما لو قَدِمَ طعاماً مغصوباً لضييفه فأكله الضيف فرجع المالك على الأكل لتحقق التلف عنده ، رجع الأكل على المضيف لأنه مغرور من قبله .

ثم إن السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> تعرّض لصورة كون المشتري مغروراً من العامل فقط ، والصورة الثانية هي : وإن لم يكن المشتري مغروراً من قبل العامل ، بأن كان يدري ويعلم أن المال للمالك لا للعامل البائع نسبيته من دون اجازة المالك ، لم يكن للمشتري الرجوع على العامل وأخذ الزيادة منه لأنه ليس مغروراً من قبله ، والتلف كان متحققاً عند المشتري ، فليس لرجوعه على العامل أي وجه .

[٣٣٩٨] «مسألة ٩»: في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل ، كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمة المثل ، وإلا بطل<sup>(١)</sup> نعم إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين لا بأس به .

المفروض ، حيث كانت قيمتها عشرة واشتراها المشتري بخمسة ، وكان المشتري مغروراً من قبل العامل ، ليس للعامل أن يرجع بالنسبة إلى الزيادة - التي هي خمسة في المثل المذكور - على المشتري ، لأن ذلك كان بفعله واختياره<sup>(١)</sup> ، وكذا الكلام فيما إذا تعدد المشتري .

(١) ذكر الماتن رحمته أن عقد المضاربة مبني على أن تكون التجارة عادية متعارفة ، قد يخسر فيها وقد يربح ، كما هو الحال في سائر المعاملات التجارية التي تكون لنفس الإنسان ، أي أن تكون التجارة في معرض الربح وقد تخسر ، وأما إذا كان من أول الأمر عالماً بالخسارة ، بأن كان يعلم أن قيمة هذا العروض خمسون ديناراً وهو يشتريه بمائة دينار ، مع علمه بالغبن ، وأذ العروض لا يسوى أكثر من خمسين ، ولا شك في أن يبعه له يكون بأقل مما اشتراه في الخارج ، أي بأقل من مائة دينار ، وكذا لو باع شيئاً بأقل من قيمته الواقعية كأن باع ما يسوى عشرة بخمسة ، وهو يعلم بأن قيمته عشرة ، وأن هذا البيع ليس فيه إلا الخسارة من أول الأمر ، فلا شك في أن عقد المضاربة لا يشمل مثل هذه المعاملات لا ما اشتراه بمائة ولا ما باعه بخمسة ، فيحكم بفسادها ، لأنه لا بد في المضاربة من أن تكون التجارة فيها من بيع أو شراء في معرض الربح والخسران ، لا مع العلم بالخسران والنقصان من طرف العامل ، فلا يكون ذلك مشمولاً لعقد المضاربة نعم ، لو فرضنا أن المصلحة اقتضت مثل هذا الشراء أو البيع فلا بأس به ، لأن المفروض أنه في مصلحة المالك ، كما لو كان المال والنقد الذي عنده في معرض التلف ، بحيث لو لم يشتري ذلك بخمسين لذهب المال كله أي لذهبت المائة كلها ، أو كان شراؤه لذلك بخمسين فيه فائدة

(١) وأما لو لم يكن المشتري مغروراً من قبل العامل ، بأن كان يعلم أن المال ليس للبائع نسيئة بل المال للمالك ، والبيع نسيئة كان بلا إجازة المالك ، فهو ليس مغروراً من قبل العامل . فللعامل الرجوع عليه وأخذة الخمسة منه ، لأنه كما عرفت أن العامل بدفع القيمة للمالك يصبح مالكا للعين ، والمفروض تلفها عند المشتري ، فيرجع إليه ويأخذ قيمتها منه ويرجع له خمسته التي كانت ثمناً في بيع يعلم المشتري ببطالته .

[٣٣٩٩] «مسألة ١٠»: لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر<sup>(١)</sup> وقيل: بعدم جواز البيع إلا بالنقد المتعارف. ولا وجه له إلا إذا كان جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً.

[٣٤٠٠] «مسألة ١١»: لا يجوز شراء المعيب<sup>(٢)</sup> إلا إذا اقتضت المصلحة، ولو اتفق فله الرد أو الأرش على ما تقتضيه المصلحة.

تفوت لو لم يشتره، بأن كان يتمكن من بيعه بمائة وخمسين مثلاً أو بأكثر، فهو وإن كان فيه نقصان إلا أنه فيه ربح ومصلحة للمالك فيحكم بصحته. وكذا لو لم يبعه بخمسة في مثال البيع لسلبت البضاعة كلها، بخلاف ما لو باعه بخمسة لتمكنه من دفن الثمن في مكان ثم إخراجها بعد رفع الكارثة، فإن ذلك البيع في مصلحة المالك بلا شك ولا ريب فيحكم بصحته.

(١) ذكر الماتن رحمته: أنه لا يلزم البيع بالنقد المتعارف، بل يجوز أن يكون البيع بجنس آخر من العروض، كما إذا باع العين التي اشتراها بعد عقد المضاربة باعها بحنطة أو قماش أو فرش ونحو ذلك، مما فيه مصلحة للمالك، فإن العبرة إنما هو بوجود المصلحة، ولا خصوصية لكون الثمن من النقد المتعارف<sup>(١)</sup>، نعم لو كان الجنس الذي يبيع به العين مرغوباً عنه عند الناس، ففي مثل ذلك ليس له أن يبيع بهذا الجنس الذي لا يكون أيضاً في مصلحة المالك، والمقصود أنه لا دليل على أن يكون الثمن بالنقد المتعارف، بل إطلاق دليل المضاربة جوازه إذا كان في معرض الربح وفي مصلحة المالك، سواء كان الثمن من النقود المتعارفة أم الأجناس والعروض، فلا وجه لما قيل من أنه لا بد أن يكون البيع بالنقد المتعارف<sup>(٢)</sup>.

(٢) مما تقدم في المسألة المتقدمة يظهر أنه ليس للعامل أن يشتري جنساً معيباً، بل لا بد أن يكون صحيحاً لما ذكرنا من أن المعترف في المضاربة أن تكون التجارة في معرض الربح، وأما

(١) ذهب إلى ذلك أيضاً الشهيد في المسالك ٤: ٣٥١ قال: «لأن الغرض الأقصى منها تحصيل الربح، وهو قد يكون بالعروض، فالأقوى جوازه بها»، وكذا السيد الطباطبائي في الرياض ٩: ٣٣٧ حيث جعل المدار على حصول المصلحة مع الإطلاق. وكذا السيد الحكيم رحمته في المستمسك ١٢: ١٧٢ طبعة بيروت.

(٢) القائل بلابدية كون البيع بالنقد المتعارف المحقق في الشرائع: قال: «ويقتضي اطلاق الإذن البيع نقداً بثمن المثل من نقد البلد» وعلله في الجواهر ٢٦: ٣٥٠ باحتمال الكساد في بيع العروض.

[٣٤٠١] «مسألة ١٢»: المشهور - على ما قيل - أن في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال ، فلا يجوز الشراء في الذمة ، وبعبارة أخرى : يجب أن يكون الثمن شخصياً من مال المالك ، لا كلياً في الذمة ، والظاهر أنه يلحق به الكلي في المعين أيضاً ، وعُلِّل ذلك بأنه القدر المتيقن ، وأيضاً الشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره ، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء ، ولعل المالك غير راضٍ بذلك ، وأيضاً إذا اشترى بكلي في الذمة لا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربة : ولا يخفى ما في هذه العلة ، والأقوى كما هو المتعارف جواز الشراء في الذمة والدفع من رأس المال<sup>(١)</sup>.

ثم إنهم لم يتعرضوا لبيعه ، ومقتضى ما ذكروه وجوب كون المبيع أيضاً شخصياً لا كلياً ثم الدفع من الأجناس التي عنده . والأقوى فيه أيضاً جواز كونه كلياً ، وإن لم يكن في المتعارف مثل الشراء<sup>(٢)</sup>.

شراء المعيب الذي ليس في معرض الربح فلا يكون مشمولاً لإطلاقات أدلة المضاربة . نعم ، لو اقتضت المصلحة للمالك شراء المعيب فلا مانع من ذلك ، لأن العبرة برعاية المصلحة للمالك في البيع والشراء ، والجامع أن تكون التجارة تجارة في معرض الربح ، وإلا لم تكن جائزة ، فلو فرضنا أنه اشترى في مورد وافق أن المبيع كان معيباً لا يحكم ببطلانه ، بل يرجع فيه إلى القواعد ، إما أن يردده فيفسخ البيع أو يأخذ الأرض على تفصيل مذكور في خيار العيب في بعض الموارد الرد وفي بعض الموارد الأرض ، فإما أن يرد أو يأخذ الأرض .

(١) تعرض الماتن رحمته إلى أن المعاملة من العامل المضارب هل ١ - يجب أن تكون شخصية أي يشتري بشخص هذا المال المأخوذ مضاربة ٢ - أو يجوز أن يشتري العامل في الذمة ثم يدفع من مال المضاربة خارجاً ، وكذا في طرف البيع ، ١ - هل يجب على العامل المضارب أن يبيع شخص العين الخارجية ٢ - أو له أن يبيع كلياً في المعين أو كلياً في الذمة ، ثم يدفعه من مال المضاربة خارجاً .

(٢) نسب الماتن رحمته إلى المشهور عدم الجواز وأنهم ذكروا أنه لا بد أن تكون التجارة من العامل شخصية بالنسبة إلى الثمن أو المثلث ، فليس له أن يشتري أو يبيع في الذمة - ويلحق به الكلي في المعين أيضاً - ويكون الأداء من مال المضاربة ثمناً أو مثنماً ، وإن كان حكمهم هذا بالنسبة إلى الثمن - أي بالنسبة إلى الشراء - قد صرحوا به ، وبالنسبة إلى المثلث - أي بالنسبة إلى البيع - لم يتعرضوا له ، ولكن مقتضى ما ذكروه من الوجوه بالنسبة إلى الشراء هو كون الحكم جارياً

في المبيع أيضاً، ووجوب كونه شخصياً ومنع كونه كلياً في الذمة أو في المعين .  
**ثم ذكر الماتن** رحمته أنه لا دليل على هذا المنع مطلقاً، بل إطلاق دليل المضاربة يقتضي جواز كل من الأمرين، فله أن يجعل الثمن شخصياً، وله أن يجعله كلياً في المعين أو كلياً في الذمة، ثم يدفع خارجاً من مال المضاربة، بل ذكر أن الثاني - أي الكلي في الذمة - هو المتعارف في الخارج، فإن المعاملة الشخصية قليلة جداً، وكذا الأمر - أي كون المتعارف هو أن يكون الشراء على نحو الكلي في الذمة - في طرف المبيع أيضاً أي المثلث، إلا أنه ليس بهذا النحو من التعارف، بل قد يكون المبيع كلياً في المعين، ثم يسلم في الخارج العين الخارجية من الكلي المعين . **وعلى كل حال**، لم يدل دليل على كون الثمن أو المثلث شخصياً .

**وأما التعليل لاعتبار أن يكون الثمن أو المثلث في المعاملة والمضاربة في المقام شخصياً** بأنه ١ - هو القدر المتيقن من المضاربة كما ذكر<sup>(١)</sup> أو ٢ - أن الشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره كما في صورة تلف مال المضاربة قبل الوفاء، ولعل المالك غير راضٍ بذلك، أو ٣ - أنه إذا اشترى بالكلي في الذمة فلا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربة .

**فغير مسموع لمخالفته لإطلاق الأدلة**، وصدق أنه اشترى، بأي نحو كان سواء كان بنحو الكلي في الذمة أم بنحو الشخصي، سيما وأن النحو الأول هو الغالب في الخارج، فكما أن الشراء بالنحو الشخصي جائز فبالنحو الكلي أولى بالجواز، وكذا البيع، ولا موجب لرفع اليد عن

(١) ذكر ذلك صاحب الجواهر وغيره، حيث قال في الجواهر ٢٦ : ٣٥١ تعليقاً على قول المحقق في الشرائع «وكذا يجب أن يشتري بعين المال» قال : «لأنه المفهوم أو المتيقن منه، خصوصاً بعد ملاحظة احتمال عدم إرادة المالك التجارة بغير المال الذي دفعه، والشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره كما في صورة تلف مال المضاربة قبل الوفاء» . وقال الشهيد في الثاني : «لما في شرائه في الذمة من احتمال الضرر، إذ ربما يتلف رأس المال فتبقى عهدة الثمن متعلقةً بالمالك، وقد لا يقدر عليه، أو لا يكون له غرض في غير ما دفع، ولأن المقصود من العقد أن يكون الربح بينهما، ولا يكون ذلك إلا إذا اشترى بالعين، لأن الحاصل بالشراء في الذمة ليس ربح هذا المال» المسالك ٤ : ٣٥٢ .

ثم إنَّ الشراء في الذمّة يتصور على وجوه :

أحدها : أن يشتري العامل بقصد المالك وفي ذمّته من حيث المضاربة<sup>(١)</sup> .

الثاني : أن يقصد كون الثمن في ذمّته من حيث إنه عامل ووكيل عن المالك ، ويرجع إلى الأول ، وحكهما<sup>(\*)</sup> الصّحة ، وكون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرناه ، وإذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان في ذمّة المالك يؤدّي من ماله الآخر .

الإطلاق .

(١) ثمّ ذكر أن الشراء - أو البيع - في الذمّة يتصور على وجوه :

الوجه الأوّل : أن يشتري العامل المضارب على ذمّة المالك من حيث المضاربة ، أي قصده كون عوض المبيع من مال المضاربة الذي في ذمّة المالك ، لا أن يشتري العامل على ذمّته من حيث إنه عامل مضاربة ووكيل عن المالك ، وإن رجع إلى الأوّل .

الوجه الثاني : أن يشتري العامل لنفسه وفي ذمّته لكن بما أنه عامل مضاربة ووكيل عن المالك ، وهذا يرجع إلى الأوّل ، فإنه في الحقيقة اشترى للمالك بتوسط نفسه ، والجعل في ذمّة نفسه ليس إلاّ طريقاً إلى ذمّة المالك ، لأنه يشتريه بما هو نائب ووكيل وعامل - لا بما أنه شخص مستقل - والشراء لنفسه بما أنه عامل ووكيل أو نائب في الحقيقة شراء للمالك والموكل والمنوب له وهو المالك ، فهذا الوجه الثاني يرجع إلى الأوّل .

وحكهما معاً الصّحة ، لأنه لا يعتبر في المضاربة أن تكون المعاملة شخصية ، فالشراء صحيح ويكون الربح بين المالك والعامل على حسب النسبة المعينة .

وإذا فرض هنا في هاتين الصورتين - سواء اشترى العامل في ذمّة المالك من حيث المضاربة ، أم اشترى العامل في ذمّته هو ولكن بما هو وكيل وعامل - تلف مال المضاربة في الخارج قبل تسليمه إلى بائع البضاعة ، فلم يكن هنا شيء يدفع للبائع ثمناً ، فالذي ذهب إليه الماتن رحمته والذي يظهر من كلام صاحب المسالك<sup>(١)</sup> أن المتسالم عليه بينهم أنه يجب على المالك

(\*) الصحيح في عبارة المتن ما اثبتناه وهو حكهما - لا حكمها - كما ذكرت كلمة حكمها في موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٧ وكذا في المستمسك ١٢ : ٢٩١ «أو ١٧٣ طبعة بيروت» .

(١) مسالك الأفهام ٤ : ٣٥١ - ٣٥٢ .

أن يؤدي من ماله الآخر حيث إنه اشترى بدمته ، فإذا لم يمكن الأداء من مال المضاربة فيدفع من مال آخر من أمواله ، واستدل عليه صاحب الجواهر<sup>(١)</sup> باطلاق إذنه وإجازته بأن يشتري له ويتجر له .

وهذا الذي ذهب إليه الماتن<sup>رحمته</sup> ويظهر من غيره التسالم عليه لا يمكن المساعدة عليه<sup>(٢)</sup> .

(١) الجواهر ٢٦ : ٣٥٢ .

(٢) سبق السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> في المناقشة المذكورة الشيخ في الخلاف والسيد الحكيم في المستمسك<sup>رحمته</sup> . قال السيد الحكيم<sup>رحمته</sup> تعليقاً على قول الماتن<sup>رحمته</sup> : ( كان في ذمة المالك يؤدي من ماله الآخر ) : « قد تقدم ما عن المسالك من الاستدلال على عدم جواز الشراء في الذمة ما ظاهره المفروغية عن وجوب الأداء من ماله الآخر ، وأنه من المسلمات ، وفي الجواهر : استدل عليه بأنه مقتضى الإطلاق . وفيه : أن الإطلاق من حيث كون الشراء في الذمة أو في العين لا يلازم الإطلاق من حيث كون الأداء من مال المضاربة وغيره ، إذ المفروض أن الشراء في الذمة وإن كان بإذن المالك فهو بلحاظ المضاربة ، وكون الأداء لما في الذمة بمال المضاربة لا بغيره ولذلك قيد المصنف الوجه الأول بكونه من حيث المضاربة ، لا مطلقاً ، فإذا كان عنوان المضاربة مأخوذاً قيداً للشراء فمع تعذره يبطل الشراء ، كما إذا اشترى ولي الزكاة شيئاً بمال الزكاة فتلف المال قبل الوفاء ، فإنه يبطل ، فلا يكلف بدفع الثمن من ماله » المستمسك ١٢ : ١٧٣ طبعة بيروت ، وأما ما قاله الشيخ في الخلاف فسيأتي عند اشكال السيد الحكيم الآخر على صاحب الجواهر قدس الله أسرارهم عند قول السيد الحكيم<sup>رحمته</sup> ، ولذلك ذكر في الخلاف .

فإن صاحب الجواهر<sup>رحمته</sup> - بعد أن استدل على ما تقدم بالإطلاق المتقدم - قال : « كما أنّ منه يعلم أنه مع تأدية المالك - في الفرض المزبور - من غير مال المضاربة يكون ذلك من مال القراض ، لما عرفته من اقتضاء الإطلاق ذلك ، كما عن الشيخ في المبسوط [٣ : ١٩٤] التصريح به ... » الجواهر ٢٦ : ٣٥٢ .

وأشكل عليه السيد الحكيم<sup>رحمته</sup> بقوله : « وأشكل من ذلك ما ذكره في الجواهر من أنه إذا دفع

أما الإطلاق الذي ذكره صاحب الجواهر فهو واضح الدفع ، لأن المفروض أن المالك إنما إذن له في التجارة بمال معين كألف دينار مثلاً ، ولم يجز له التجارة بأكثر من ذلك ، وما إذن له بالتجارة به المفروض أنه قد تلف ، فهو من مصاديق تلف الثمن قبل قبضه ، فيحكم بانفساخ هذا الشراء ورجوع المبيع إلى مالكة ، فلم يبق موضوع للمضاربة ، فلا إذن من المالك بالشراء في الذمة حتى أنه يجب عليه أن يدفع له من مال آخر ، فليس هنا إطلاق من هذه الجهة .

من ماله الآخر يكون من مال القراض للإطلاق المذكور ، وأنه محكي عن المبسوط التصريح به . إذ من الواضح أن مال المضاربة هو التالف لا غير ، وأن الإذن في الشراء في الذمة كان بقيد الوفاء من ذلك المال لا غير ، فلم يقصد المضاربة بما في الذمة مطلقاً ، ولذلك ذكر في الخلاف [٣ : ٤٦٨] أن الذي يقوى في نفسه أن المبيع للعامل ، ولا شيء على رب المال ، واستدل عليه : بأن رب المال إنما فسح للعامل في التصرف في ألف ، إما أن يشتري به بعينه أو في الذمة وينقد منه ، ولم يدخل على أن يكون له في القراض أكثر منه . وما ذكره من الوجه متين ، لكن إنما يقتضي عدم الصحة للمالك لا التحول إلى العامل لعدم قصد العامل لذلك ، فيكف يدخل في ملكه من دون قصد ، ويكلف بدفع البدل من دون اختيار» المستمسك ١٢ : «١٧٣ - ١٧٤ طبعة بيروت» .

وما ذكره السيد الحكيم رحمته متين ، ولكن ما ذكره الشيخ في الخلاف من كونه يتحول إلى العامل ، قد يقال : إنه يمكن أن يريد به صورة وقوع التنازع بين البائع وبين العامل في كون الشراء للمالك أو للعامل ، وسيأتي من الماتن رحمته وغيره أنه في هذه الصورة يحكم على أنه للعامل فيكون هو المطالب بالثمن ظاهراً . وذكر ذلك السيد الماتن رحمته في ذيل هذه المسألة التي نحن فيها ، إلا أن ما في الخلاف أب من الحمل على ذلك ، راجع الخلاف ٣ : ٤٦٨ . فإن فيه ما نصه : «وإن كان التلف بعد الشراء فالبيع وقع لرب المال وعليه أن يدفع الثمن من ماله الذي سلمه إليه ، فإذا هلك المال تحول الملك إلى العامل ، وكان الثمن عليه ، لأن رب المال إنما فسح للعامل في التصرف من ألف إما أن يشتريه به بعينه ، أو في الذمة ، وينقد منه ولم يدخل على أن يكون له في القراض أكثر منه» .

وأما التسالم الذي يظهر من المسالك فأيضاً لا يعرف له وجه على فرض ثبوت التسالم ، فإنه كيف وبأي وجه يمكن إلزام المالك بأن يعطي من كيسه ومن مال آخر غير مال المضاربة مع أنه لم يأذن في ذلك ، بل لم يثبت التسالم أيضاً لعدم ذكر متعرض لهذه المسألة ، وعليه فلا بد من الحكم ببطلان هذه المعاملة ، لعدم امكان دفع الثمن أو المثمن وإن كان كلياً في الذمة ، إلا أنه مقيد بأن يعطي من مال المضاربة ، فإذا تعذر للتلف فلا موضوع للمعاملة<sup>(١)</sup> . نعم ، هنا كلام يأتي في

(١) أشكل عليه بما نصه : وهذا البيان غير تام ، لأن المال الخارجي لا يعقل أن يكون مقيداً ومحضاً للمال الذمي ، وإنما يعقل تقييد الكلي الخارجي بالمال المعين وهو المعبر عنه بالكلي في المعين ، وأما المال الذمي فهو مال اعتباري قوامه بكونه في الذمة لا في الخارج ، فتقييده بالمال الخارجي لا معنى له إلا اشتراط دفع المصدق منه من دون أن يكون هو الثمن ، فلا يكون تلفه موجباً للانفاساخ أو بطلان البيع ، بل يكون موجباً لتخلف الشرط وتعذره الموجب للخيار . ونسب إلى بعض القول بصحة الشراء ووقوعه للعامل ، إلا أنه لا وجه له إذا كان الشراء على ذمة المالك كما هو واضح . ويمكن الاستدلال على البطلان في صورة تلف مال المضاربة بأن إذن المالك بالشراء في ذمته كان مشروطاً ولو بنحو الشرط المتأخر ببقاء المال وعدم تلفه ، وإلا ينكشف عدم الإذن من أول الأمر . نعم يصح باجازه لاحقة من المالك ، ولكن يكون الربح حينئذ كلاً للمالك ، لأنه معاملة خارجة عن مال المضاربة» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٢٥٧ .

وفيه : تقدم قريباً في المضاربة وبالخصوص في المسألة ٥ [٣٣٩٤] ، وتقدم أيضاً في كتاب الإجارة في المسألة ١٢ [٣٢٦٩] وبالخصوص في موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٩٢ - ٩٣ أنه إذا كان متعلق العقد من العوض أو المعوض - وفي المقام هو العوض - أمراً ثابتاً في الذمة ، فالكلي الثابت في الذمة ليس له وجود إلا بوجود أفرادها في الخارج ، ومن الواضح أن الكلي إذا قيد بأي قيد سواء كان من الصفات المقومه أم غير المقومة يتعدد الوجود لا محالة . موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٣٩ ، ونص ما في الموسوعة هو : «وأما إذا كان متعلق العقد كلياً في الذمة ، فحيث

﴿إنَّ وجود الكلي ينحصر في وجود أفرادهِ، إذ لا وجود له إلا في ضمنها، كان الاشتراط - مقوماً كان الشرط أو غيره - موجباً لتعدد الوجود وامتياز المقيد عن غيره، ومن هنا يكون الشرط قيدياً في متعلق المعاملة لا محالة، بحيث يكون متعلقها خصوص الحصاة المقيدة دون غيرها، لاقتضاء أخذ الوصف تخصص الكلي لا محالة...﴾. موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٣٩. وقال نحوه في موسوعته ٣٠: ٩٢ - ٩٣.

وعليه فلا شك يكون تقييد ما في الذمة بهذه الأموال الخارجية من أموال المالك موجباً لتخصص الكلي وتقسيمه إلى قسمين، فيصح أن يكون بلا إشكال قيدياً، بل الظاهر عند العرف أن يكون قيدياً، لأن القيد يقسم الكلّي إلى قسمين فيتخصص بحصتين، سواء كان القيد مقوماً أم غير مقوم. نعم للمقيد في القيد غير المقوم أن يأتي بقرائن حالية أو مقالية على كون تقييده واعتبار كونه من هذه الألف الخارجية على نحو الشرط، أو أن يصرح بذلك فلا محالة يكون شرطاً بلا كلام، لا أنه يستحيل أن يكون شرطاً، ولكن لو لم يأت بقريضة ولم يصرح بإرادة الشرط لا شك يكون ظاهراً عرفاً في القيدية للتقسيم، وليس ما في الذمة أمراً خارجاً حتى لا يكون كلياً ويكون شخصياً ويستحيل فيه التقييد كما كان هو الحال في العبد الخارجي المشتري، حيث لا يعقل أن يكون اعتبار الكتابة فيه قيدياً، ولا بد وأن تكون شرطاً، لأنه قلنا إن العبد الخارجي جزئي لا يعقل فيه التقييد، وإنما يعقل التقييد في الكليات، والعبد الخارجي ليس كلياً، وأما الذي في الذمة في المقام فهو كلي، وتخصيصه بحصة من أفراد بلا شك يكون قيدياً، كما كان هو الحال في تقييد المن من الحنطة المشتري من البائع بنحو يكون المشتري في ذمته مقيداً بأن يكون من المزرعة الفلانية، فإن التقييد بأن يكون من المزرعة الفلانية تقييد للكلي الذي في الذمة بأمر خارجي، لا تقييد للأمر الخارجي بشيء حتى يقال لا يعقل تقييد الأمر الخارجي، فما معنى أن المال الخارجي لا يعقل أن يكون مقيداً ومحصصاً للمال الذمي. فإن المال الذمي إذا كان كلياً كما هو الواقع، فتقييده بقيد تقييد للكلي حتى لو كان القيد أمراً خارجياً، وهو المال الموجود في الخارج، فذلك تقييد للكلي لا للشخص الخارجي، فالمضاربة إنما هي في الكلي الذي في ذمة المالك، ولكن في خصوص ما قيد به وهو هذه

ذيل كلام الماتن رحمته، وهو أنه للمشتري أن يدعي على العامل كون المعاملة له لا للمالك وأما مع علم البائع بأن الشراء للمالك، وتلف مال المضاربة فلا بد من الحكم بالبطلان، بعد وضوح عدم

«الألف»، فإذا تلفت لا وجود لمضاربة أخرى في ذمة المالك، فلذا يكون البيع حينئذ باطلاً كما عرفت، وأبي معنى للقول: «بأن المال الذمي مال اعتباري قوامه بكونه في الذمة لا في الخارج، فتقييده بالمال الخارجي لا معنى له».

فإن هذا معناه أنه لا يمكن أن يقيد الكلبي الذي في الذمة بأمر، فلا يصح أن يقال إن الحنطة المشتراة في الذمة تعتبر فيها أن تكون من المزرعة الفلاية، لأن من المزرعة الفلاية أمر خارجي، ولا معنى للتقييد بأمر خارجي.

ولا أن نعتبر في الرز العنبر المشتري على نحو الكلبي في الذمة أن يكون من عنبر الشامية، لأن التقييد بعنبر الشامية تقييد للكلبي الذي في الذمة بأمر خارجي، وتقييد الكلبي الذي في الذمة بكونه من عنبر الشامية تقييد للكلبي بأمر خارجي، وهو لا معنى له.

أو أنه لا يمكن تقييد كلي المن من العدس المشتري في ذمة البائع بأن يكون من هذا السايلو (المخزن) من العدس لا من ذلك السايلو، لأن هذا السايلو لا يمكن أن تأتيه الفئران أو الجرذان فتعبت فيه فساداً من النجاسة، وتأبى بعض النفوس الأكل منه لا للنجاسة، لأن تقييد الكلبي الذي في ذمة البائع بأن يكون من هذا السايلو تقييد بأمر خارجي، ولا معنى للتقييد بأمر خارجي، أو أنه لا يمكن شراء عبد كلي في ذمة البائع - لا شخصي خارجي - ونعتبر فيه أن يكون كاتباً، لأن الكتابة أمر خارجي وتقييد الكلبي الذي في الذمة بأمر خارجي لا معنى له.

فإن هذا الكلام لا معنى له، لا أن تقييد الكلبي الذي في الذمة بأمر خارجي لا معنى له. ثم إن ما ذكره الماتن رحمته في المسألة ٣٨ [٣٤٢٧] من أن تلف تمام رأس المال بعد الشروع في

التجارة كما إذا اشترى في الذمة وتلف المال قبل دفعه إلى البائع فأداه المالك جبر بالربح، وموافقة أكثر المحققين - على ما أدعي له كما في بحوث في الفقه كتاب المضاربة: ٢٥٩ - إنما هو على رأي الماتن الذي اختاره هنا وقلنا إنه لا وجه له، فأبي تأييد له للقول بصحة المضاربة بتلف تمام رأس المال قبل التسليم إلى البائع!؟

الثالث : أن يقصد ذمة نفسه<sup>(١)</sup>، وكان قصده الشراء لنفسه ، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ، ثم دفع منه ، وعلى هذا الشراء صحيح ويكون عاصياً في دفع مال المضاربة من غير إذن المالك ، إلا إذا كان مأذوناً في الاستقراض وقصد القرض .

الرابع : كذلك ، لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء حتى يكون الربح له ، فقصد نفسه حيلة منه ، وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء وإن كان عاصياً في التصرف في مال المضاربة من غير إذن المالك ، وضامناً له ، بل ضامناً للبائع أيضاً ، حيث إن الوفاء بمال الغير غير صحيح .

ويحتمل القول بطلان الشراء لأن رضا البائع مقيد بدفع الثمن ، والمفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح ، فهو بمنزلة السرقة ، كما ورد في بعض الأخبار أن من استقرض ولم يكن قاصداً للأداء فهو سارق .

امكان الحكم بالصحة وتوجه الضرر على البائع .(١) الوجه الثالث : هو أن يشتري العامل لنفسه في ذمته - لا للمالك لا بعنوان المضاربة كما في الوجه الأول ، ولا بعنوان أنه لنفسه بما أنه عامل أو وكيل عن المالك كما هو الحال في الوجه الثاني - بنحو يشتريه لنفسه بما أنه أجنبي عن المضاربة وبما أنه هو تاجر أيضاً ، ولم يقصد حين الشراء أيضاً حتى الوفاء من مال المضاربة ، وبعد ما اشتراه وصار ملكاً له يبدو له أن يؤدي الثمن من مال المضاربة فيؤديه من مال المضاربة ، ولا شك في أن أداءه من مال المضاربة غير جائز لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه ، فيكون غاصباً لا محالة وضامناً لمال المضاربة للمالك الذي هو طرف معاملة المضاربة ، إلا أن يكون العامل مجازاً من قبل المالك في الاستقراض لنفسه من مال المضاربة ، فلا يكون قد فعل حراماً إذا كان قد نوى الاستقراض من مال المضاربة ، فيكون أداؤه صحيحاً ، بخلاف ما لو لم يكن مأذوناً في ذلك ، أي كان مجازاً في الاتجار بهذا المال وغير مجاز في الاستقراض من مال المضاربة ، حيث يكون بادائه الثمن من مال المضاربة غاصباً ، وضامناً للمالك وضامناً للبائع الثمن أيضاً ، لأن الأداء بمال الغصب ليس أداءً للثمن ، بل لا بد أن يؤدي من مال نفسه ، فما لم يؤدي تبقى ذمته مشغولة بالثمن للبائع وإن أتلّف مال المضاربة باعطائه للبائع<sup>(١)</sup> .

(١) أقول : ليس دائماً يكون العامل ضامناً للمالك وللبيع معاً ، وذلك لأنه لو ضمن للمالك

إلا أن الشراء صحيح لأن الشراء كان في الذمة ، والمفروض توفر بقية شرائط صحة البيع ، فالبيع محكوم بالصحة ، والأداء شيء آخر لا دخل له في صحة البيع ، فيكون الأداء باطلاً والبيع صحيحاً ، ويكون المشتري في المقام ضامناً لمال المضاربة للمالك وضامناً بالضمان العقدي للبائع حيث لم يسلم له الثمن . وتسليم المال المغصوب بعنوان الثمن لا يجعله ثمناً .

**الوجه الرابع :** هو الوجه الثالث بنفسه ، ولكن من حين الشراء كان قاصداً للأداء من مال المضاربة لا أنه بدا له ذلك بعد الشراء .

وهنا ذكر الماتن **وَجَوْهًا :**

**الأول :** أن حكمه حكم الصورة السابقة عليه ، وهو الحكم بصحة البيع باعتبار أن الشراء لنفسه ، والتمن في ذمته ونيته الأداء من مال المضاربة لا يضر بصحة الشراء<sup>(١)</sup> ، ولا يوجب فساد البيع فيحكم بصحة البيع وبطلان الأداء ، فيكون ضامناً للمالك لأنه تصرف في مال المضاربة بغير إذنه ورضاه ، وضامناً للبائع أيضاً لأن أداء الثمن من مال الغصب ليس أداءً ، ولا يجعله ذلك ثمناً .

**الثاني :** أن حكمه بطلان هذا البيع ، بدعوى أنه حينما قصد أن يؤدي الثمن من مال المضاربة أي من غير ماله ، فهذه النية توجب أن تكون هذه المعاملة باطلة ، لأن رضا البائع مقيد بأن يدفع

فأعطاه بدل ما صرفه من مال المضاربة ملك بدله - بالمعارضة القهرية - وهو ما صرفه من مال المضاربة ، فإن لم يكن ما صرفه من مال المضاربة تالفاً عند البائع يصح احتسابه حينئذٍ ثمناً ، فلا يكون حينئذٍ ضامناً للمالك وللبيع معاً . وإن كان تالفاً فاما أن يكون البائع مغروراً من قبل العامل أو لا ، فإن كان مغروراً كان العامل ضامناً للتمن أيضاً ، فيضمن العامل للثنين للمالك وللبيع ، وإن لم يكن مغروراً وكان يعلم بأن المال ليس للعامل ومع ذلك أخذه ، فكما يملك هو على العامل الثمن يملك عليه العامل بدل مال المضاربة ، فيمكن أن يقال بالتهاثر القهري وعدم حق للبائع في المطالبة بالتمن . فليس دائماً يكون العامل ضامناً للمالك وللبيع معاً الثمن .

(١) لأنه لا يزيد على نفس الأداء ، فكما لا يضر الأداء من مال آخر في صحة البيع كذلك لا تضر نية الأداء من مال آخر وهو مال المضاربة .

ويحتمل صحّة الشراء وكون قصده لنفسه لغوياً، بعد أن كان بناؤه الدفع من مال المضاربة، فإنّ البيع وإن كان بقصد نفسه وكلّياً في ذمته، إلّا أنه ينصبّ على هذا الذي يدفعه، فكأنّ البيع وقع عليه .

الثمن وهو لم يدفع الثمن، وما أداه من مال شخص آخر ليس ثمناً، وبما أن رضا البائع كان مقيداً بأداء الثمن، والثمن لم يؤد، فالبيع باطل، لأن المشتري ناو عدم أداء الثمن بنيته الأداء من مال المضاربة، حيث عرفت أن ذلك ليس أداءً للثمن . ويؤكد ذلك ما ورد في بعض الروايات من أن من اقترض مالاً وكان ناوياً عدم الأداء كان سارقاً<sup>(١)</sup> التي منها يستكشف أن المشتري حال الشراء لا بدّ وأن يكون ناوياً أداء الثمن من ماله، وإلا فلا فرق في بطلان البيع بين ما لو كان ناوياً عدم أداء الثمن أو أداءه من مال المضاربة أو من أي مال لغيره .

الثالث: أن يحكم بما نسب إلى صاحب القوانين، وهو الحكم بصحة هذه المعاملة البيعية وهي الشراء، وكونه للمالك والأداء من مال المضاربة، ويكون قصد العامل كونها لنفسه لغوياً، لأنه ناو للأداء من مال المضاربة، فهو في الحقيقة يشتريه بمال المضاربة، فتنصب المعاملة إلى

(١) والنص هو ما رواه الكليني<sup>رحمته</sup> عن علي بن محمّد، عن صالح بن أبي حمّاد، عن ابن فضال، عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله<sup>عليه السلام</sup> قال: «من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق» الكافي: ٥ : ٢/٩٩ باب الرجل يأخذ الدين وهو لا ينوي قضاءه ح ٢، الوسائل ج ١٨ : ٣٢٨ باب ٥ من أبواب الدين والقرض ح ٢. والرواية دالة على أن عدم نية القضاء يوجب كونه سارقاً فضلاً عما إذا كان ناوياً عدم الأداء، إلّا أن الرواية ضعيفة بالإرسال أولاً، وبصالح بن أبي حماد ثانياً، فإنه لم يوثقه أحد من علماء الرجال . نعم، ذكر السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> على مبناه أنه روي في تفسير القمي، ولذا أنّا ذكرنا في المفيد أن السيد الأستاذ يصرح في ترجمته بوثاقته لروايته في تفسير القمي، ولكن ذكرنا في هامش المفيد عند ذكر ملخص ترجمة صالح بن أبي حمّاد - صاحب الرقم ٥٧٩٤ طبعة النجف ج ٩ و ٥٧٩٣ طبعة بيروت ج ٩، و ٥٨٠٣ ج ١٠ طبعة طهران - ما نصه: «ولكن: السند لا يتصل إلى المعصوم، فإن الحسن بن موسى الخشاب - في تفسير القمي - يروي عن رجل، فلا يكون التوثيق العام شاملاً له، وقد صرح السيد الأستاذ بهذا المعنى في عدة موارد، منها: في ترجمة سعيد بن محمّد صاحب الرقم ٥١٧٠» .

مالكي العوضين ، فيكون المبيع ملكاً للمالك المضارب وتجري عليه أحكام المضاربة .  
والأول من هذه الوجوه الثلاثة هو الذي قوّاه الماتن رحمته .

وهو الصحيح ، لأن الشراء كان لنفس المشتري ، ونية كون الأداء من مال المضاربة حين الشراء لا تضر بصحة هذا الشراء وكونه للمشتري .

ودعوى<sup>(١)</sup> كون نية الأداء من مال المضاربة يوجب بطلان البيع ، لأن رضا البائع كان مقيداً بدفع الثمن من ماله لا من مال غيره ، هذا القيد لم يثبت بدليل ، بعد وضوح أن البيع إنما هو المبادلة بين المالكين ، وكون كل من المبيع والثمن الذي هو ما في الذمة في المقام ملكاً للبائع والمشتري ، وأما غير ذلك وهو أداء الثمن فلم يؤخذ في صحة البيع ، نعم ، دفع الثمن في الخارج شرط ضمنى ، لو لم يتحقق يثبت الخيار للبائع ، من دون أن يكون هنا ما يوجب تقييد البيع بالدفع خارجاً ، كما لم يقم على اعتبار ذلك أي دليل ، وعلى فرض القيام لحكم بفساد البيع في الصورة السابقة أيضاً ، وهي ما لو لم يكن قاصداً من الأول ثم بدا له ذلك ، لعدم تحقق ذلك القيد هنا أيضاً ، مع أنهم حكموا بالصحة بلا خلاف ولا إشكال . فنية الدفع من مال الغير لا تضر بصحة هذا الشراء .

وأما ما ذكره من الرواية فهي ضعيفة السند ، ولا أقل من كونها مرسلة ، رواها ابن فضال مرسلأً ، ولا اعتبار بالمراسيل أياً كان المرسل . نعم ، لو فرض عدم قصد الدين من الأول ، وإنما هو صورة دين وواقع اختلاس فهو سرقة بلا كلام ، ولعله على ذلك حملت الرواية ، وإلا فلو قصد الدين حقيقة ولكن من نيته أن لا يؤدي الدين كما لو كان رجلاً متسامحاً فإنه لا يحكم بفساد الدين .  
وأما بالنسبة إلى ما نسب إلى البههائي وهو الوجه الثالث فهو أضعف الوجوه ، لأن مجرد قصد العامل الأداء من مال آخر لا مال نفسه لا يوجب جعل البيع منسباً على المال الآخر ، خصوصاً لو لم يقصد الشراء لذلك الغير ، فكيف إذا قصد العامل كون الشراء لنفسه لا لذلك الغير ، وكان مجرد الأداء من مال الغير ، فإن المعاملة شيء والأداء شيء آخر ، فإن الأداء وفاء المعاملة ، وقصد الوفاء من مال المالك لا يوجب انقلاب المعاملة وكونها له بعد فرض أنها للعامل وكون

(١) هذا ردّ الوجه الثاني .

الثمن في ذمة العامل نفسه ، وبهذا يظهر عدم الوجه فيما أفاده شيخنا الأستاذ<sup>(١)</sup> . في تعليقه حيث لم يستبعد ما أفاده البهبهاني<sup>(٢)</sup> .

(١) المحقق النائيني حيث قال في تعليقه الأنيقة على قول الماتن : «وأضعف الوجوه الثالث وإن لم يستبعده الآقا البهبهاني» حيث قال معلقاً على قول الماتن وإن لم يستبعده الآقا البهبهاني : «ليس بكلّ البعيد» العروة الوثقى (مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام) ٥ : ١٧٠ طبعة مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة .

(٢) ربما يقال : «بالإمكان توجيه ما لم يستبعده الآقا البهبهاني<sup>(٣)</sup> بأحد نحوين : ١ - أن يقال : كما يصح بيع الغاصب لنفسه ووقوعه للمالك إذا أجاز أو شراء الوكيل بمال الموكل لنفسه فيقع للمالك ويكون قصده لغواً ، فكذا الحال في المقام ، فإن الشراء بثمن كلي في ذمته مع تقييده بالدفع من مال المضاربة يوجب لغوية قصده لذمة نفسه ، بعد أن كان قيد الثمن الذمي متعيناً خارجاً في مال المالك ، فإنه يوجب تعيين الثمن الكلي الذمي المقيد بالمعين ، فتكون المبادلة بين الثمن الكلي المقيد بالمال الخارجي وبين المبيع لا محالة ، وهذا الثمن الكلي الذمي المقيد بالمال الخارجي يكون للمالك واقعاً لا للعامل ، وهذا البيان تام إذا تعقلنا تقييد المال الذمي بالمال الخارجي ، وعدم رجوعه إلى الكلي في المعين الخارجي كما تعقله بعض أساتذتنا<sup>(٤)</sup> وحكموا على أساسه بطلان الشراء في الصورة الأولى إذا تلف المال الخارجي [ثم قال بعد فاصل : وبين الوجه الثاني ، فقال] ٢ - أن يكون الثمن كلياً ، وهو ما سعيه فيه المشتري ، فإذا عينه في مال الغير كان هو الثمن وطرف المبادلة حقيقة ، نظير تعيين الكلي في المعين في الخارج إذا لم يبق سوى مقداره ، فالثمن مثلاً كلياً عشرة دنانير الذي سعيه المشتري ، فما لم يعين يبقى كلياً على المشتري ، وإذا ما عينه في مال خارجي تعيين فيه ، وكان هو الثمن حقيقة وترتب عليه أحكامه ، لأنه حين العقد جعل الثمن الكلي بهذا القيد - أي ما يتعين بتعيين المشتري - وهذا إنما يكون في فرض قصد ذلك حين الشراء كما في هذه الصورة ، لا ما إذا قصد الكلي في ذمة المشتري بالخصوص كما في الصورة السابقة ، ونتيجة ذلك صحة

﴿ الشراء والمضاربة معاً ويكون الربح بينهما ، لأنَّ المفروض إذن المالك بذلك أيضاً . نعم لو عَيَّنَه في ماله كان صحيحاً أيضاً والربح كلُّه له لا للمالك . وهذا البيان لا يبعد صحَّته ، إلاَّ أنَّه لعلَّه خارج عن مقصود الماتن رحمته ، لأنَّه افترض كون الثمن كلياً ذمياً . وهذا البيان على تقدير صحَّته يجعل الثمن هو الكلي الخارجي أو الأعم منه ومن الذمي لكي يعقل تحقُّق المبادلة حتَّى فيما إذا لم يكن يملك المشتري مالاً خارجياً حين البيع ، فتدبر جيداً» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٢٦٣ - ٢٦٥ .

وهذان التوجيهان لما لم يستبعده الآقا البهبهاني رحمته لا يمكن المساعدة عليهما بوجه :  
 أما التوجيه الأول : فأولاً : أن بين بيع الغاصب لنفسه وبيع الوكيل لنفسه وبين بيع العامل أو شرائه بمال المضاربة لنفسه من الفرق بعد ما بين المشتريين ، لأنَّ بيع الغاصب لنفسه إنما يقال بصحته ووقوعه للمالك إذا أجاز فيما إذا باع الغاصب عين الشيء المغصوب وأوقع المعاملة عليه بشخصه ، لا ما إذا أوقع المعاملة على ما في ذمته ، بأن يبيع مناً من حنطة في ذمته ، ثمَّ يسلم من الحنطة المغصوبة إلى المشتري ، فإنَّ الأصحاب في هذه الصورة لا يقولون بصحته للمالك إذا أجاز أبداً ، وإنما يقولون بصحته للمالك إذا أجاز ، ويلغوا قصد الغاصب البيع لنفسه إذا أوقع المعاملة على شخص المال المغصوب الذي هو منَّ من الحنطة المغصوبة ، فهنا إذا أجاز المالك للحنطة - أي إذا أجاز المغصوب منه - المعاملة له صحت للمالك ولغي كونها للغاصب ، والحال إن في المقام عامل المضاربة إنما اشترى العروض بالذمة ، غاية الأمر قصد حين الشراء أن يؤدي الثمن من مال المضاربة ، لا أنه اشترى بشخص مال المضاربة وأوقع المعاملة عليه ، فبينهما من الفرق ما لا يقول بصحة قياس أحدهما على الآخر حتَّى من يقول بالقياس ، إذ إنه مع الفارق الكبير الذي قد عرفت أنه يجعل بين المسألتين مبانية ، فكيف يصح قياس المباين على المباين ، وإنما يقال بصحة القياس عند من يقول به - ولا نقول به أبداً - بين المتشابهين المتسانخين لا بين المتباينين .

وثانياً : مع التنزل عما قلناه أولاً فإنما يقال بصحة بيع الغاصب لنفسه - أو شراء الوكيل بمال الموكل لنفسه - لأنه ينزل الغاصب نفسه منزلة المالك ، ويجعل نفسه مالاً حقيقياً تنزيباً -

« وكذا في الوكيل - وهذا التنزيل وإن كان لا واقعية له ولا حقيقة إلا أن المعاوضة المبتنية على هذا الأمر الذي لا واقع له ولا حقيقة أيضاً معاوضة حقيقية يتمكن الغاصب من قصدها . وإلا فلو باع الغاصب بلا هذا البناء والتنزيل كانت المعاملة باطلة قطعاً ، ولا يمكن تصحيحها لا له ولا للمالك ، وهو متسالم عليه ، والوجه في ذلك واضح ، إذ لا يتحقق معنى المعاوضة ، إذ كيف يمكن أن يخرج الثمن من كيس ويدخل المثلث في كيس آخر لم يخرج منه الثمن ، ولذا ذكروا أنه لو اشترى بماله للغير شيئاً بطل ، ولا يقع ذلك له ولا لغيره . والمفروض في المقام أن العامل لم ينزل نفسه منزلة المالك ، بل نأى بنفسه عنه ويقصد أنه غيره وعدم كونه عاملاً في المضاربة ، بل يقصد نفسه مستقلاً ، ومعنى ذلك أنه كالغاصب حينما يبيع بلا بناء على الملكية ، فكما يقع بيعه باطلاً كذلك يقع بيع العامل وشرائه باطلاً ، لعدم تحقق معنى المعاوضة كما عرفت .

**وثالثاً :** أن العامل في المقام إنما اشترى العروض في ذمته لا بمال المضاربة ، غاية الأمر قصد أن يؤدي الثمن حين المعاملة من مال المضاربة ، ولذا يقع البيع صحيحاً له لا للمالك ، لأن قصد الأداء من مال المضاربة لا يضر بصحة المعاملة ، فإن المعاملة صحيحة والأداء خارج عنها ، نعم لو لم يؤد يحق للبائع الفسخ ، فلو قصد العامل الشراء بنفس مال المضاربة بلا تنزيل نفسه منزلة نفس المالك لا يقع بيع أصلاً ، لعدم قصده حقيقة المعاوضة ، وإن كان قصده كما هو الواقع أن الشراء في ذمته لا بمال المضاربة . وإن قصد الأداء حال العقد من مال المضاربة فالشراء صحيح ويقع للعامل ويكون الأداء باطلاً ، ويكون المؤدي للثمن من مال المضاربة ضامناً للمالك ، ولا تبرأ ذمته من ثمن الشيء المشتري ، بل تبقى مشغولة للبائع بالثمن ، لأن أداء الثمن من المال المغضوب ليس أداءً للثمن .

**ورابعاً :** أن العامل في المقام يقصد حين العقد أن يؤدي من مال المضاربة ، وهذا غير تقييده بأن يدفع من مال المضاربة الذي يقوله الموجه ، وبينهما بون بعيد ، ومحل الكلام ما إذا قصد لا ما إذا قيد . على أنه لو قيد خرج عن محل البحث ، لأن الثمن الذي هو محل الكلام كلي في ذمة العامل ، ومع تقييده بمال المضاربة يخرج عن كونه كلياً في الذمة إلى كونه معيناً ولو على

والأوفق بالقواعد الوجه الأول، وبالاحتياط الثاني<sup>(١)</sup>، وأضعف الوجوه الثالث، وإن لم يستبعده الآقا البهبهاني رحمته الله.

(١) ثم ذكر الماتن رحمته الله - بعد أن ذكر أن الوجه الأول من الوجوه الثلاثة هو الأوفق بالقواعد وقواه رحمته الله، وقلنا إنه هو الصحيح - أن الأوفق بالاحتياط هو الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة المتقدمة وأضعف الوجوه الثالث.

أما أن أضعف الوجوه هو الوجه الثالث فقد تقدم بيان ذلك في التعليقة السابقة عند التعرض لبيان صحة الوجه الأول.

وأما أن الأوفق بالاحتياط هو الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة المتقدمة، فلم نعرف له وجهاً صحيحاً، إذ ليس هنا أحد الأمرين أحوط من الآخر، فإنه إما ١ - أن تكون المعاملة صحيحة كما اختاره الماتن رحمته الله، وانتقال المبيع إلى المشتري والتمن إلى البائع في ذمة المشتري. وإما ٢ - أن تكون المعاملة باطلة، فالمبيع ملك للبائع ولم تشتغل ذمة العامل بشيء. وإما ٣ - أن تكون المعاملة صحيحة وينتقل المبيع للمالك المضارب كما استظهره البهبهاني، وكلها مخالفة للاحتياط، لاحتمال صحة الطرف الآخر، فليس في البين ما هو موافق للاحتياط. وبعبارة أخرى: أن القول بالبطلان ليس موافقاً للاحتياط، لاحتمال الصحة فيه أيضاً. فالوجوه كلها على حد سواء، وليس القول بالبطلان أحوط.

نحو الكلبي في المعين، وهو كلّي خارجي، وأما المالك فحينما يأذن بالاتجار بماله الذي هو ألف وقلنا إن معناه قيده به، فيأذن للعامل بأن يشتري في ذمة المالك، ثم يوفي من المال المقيد وينقد من الألف التي أعطاه المالك للعامل.

ومن ذلك يظهر لك ما في التوجيه الثاني الذي وجّه به القائل ما استقر به الآقا البهبهاني واختاره المحقق النائيني، فإن العامل إنما قصد الأداء من مال المضاربة لا أنه قيده به، فضلاً عن أن تقيده بما سعيه المشتري فيما بعد الموجب لجهالة المشتري حين العقد، والذي هو خروج عن كون الثمن كلياً في الذمة الذي هو محل البحث. ففي التوجيه الثاني خروجان عن محل البحث، فكيف يكون هذا توجيهاً للقول المزبور؟!

الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه وغيره، وعليه أيضاً يكون المبيع له<sup>(١)</sup>، وإذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياً. ولو اختلف البائع والعامل في أن الشراء كان لنفسه أو لغيره - وهو المالك المضارب - يقدم قول البائع لظاهر الحال، فيلزم بالثمن من ماله، وليس له إرجاع البائع إلى المالك المضارب.

(١) الوجه الخامس من وجوه الشراء في الذمة: أن يشتري العامل على ذمته من دون التفات منه إلى أن هذا الشراء بما أنه هو عامل، أو بما أنه شخص أجنبي عن المضاربة، أي غافل عن هذه الجهة بالكلية، فاشترى شيئاً في ذمته من دون قصد كونه لنفسه مستقلاً أو لنفسه بما أنه عامل.

ذكر الماتن رحمته هنا أن الشراء يكون لنفسه مستقلاً لا بما أنه عامل.

وهو الصحيح، لأن كونه لنفسه بما أنه عامل يحتاج إلى مؤونة زائدة، فما لم يقصد ذلك لا يكون لنفسه بما أنه عامل بل يكون لنفسه مستقلاً لا محالة، كما هو الحال في سائر الوكلاء، فإنه ما لم يقصد الوكيل كون المعاملة للموكل تكون لنفسه طبعاً وتنسب العقد إليه، وكونها لغيره يحتاج إلى صارف عنه لغيره ولا صارف في المقام.

وعليه فلو دفع الثمن من مال المضاربة يكون عاصياً.

ولو اختلف البائع والعامل في أن هذا الشراء كان لنفس العامل أو لغيره - أي للمالك المضارب - فيدعي البائع أن الشراء للعمال فيطالبه بالثمن، وأن تلف مال المضاربة قبل ذلك، ويدعي العامل أنه للمالك والمفروض تلف مال المضاربة، كان بلا شك ظاهر الحال قاضياً بتقديم قول البائع وكون الشراء لنفس العامل، كما عليه بناء العقلاء، فيختص هو بالمطالبة من دون سماع القول بان الشراء للمالك، فلا يجب على البائع أن يراجع المالك المضارب فيطالبه بالثمن، بل يطالب نفس العامل باعتبار أنه هو طرف العقد أخذاً له بظاهر الحال الذي عليه بناء العقلاء أيضاً<sup>(١)</sup>.

(١) وعلى هذا قد يقال: أنه يحمل على ذلك ما نقله السيد الحكيم رحمته عن الشيخ في الخلاف في قوله: «ولذا ذكر في الخلاف [٣: ٤٦٨] أن الذي يقوى في نفسه أن المبيع للعامل، ولا

[٣٤٠٢] «مسألة ١٣»: يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه وإلى تلك التجارة في مثل ذلك المكان والزمان من العمل ، وتولى ما يتولاه التاجر لنفسه من عرض القماش ، والنشر ، والطّي ، وقبض الثمن ، وإيداعه في الصندوق ، ونحو ذلك مما هو اللّاق والمتعارف ، ويجوز له استئجار من يكون المتعارف استئجاره ، مثل الدّلال والحّمّال والوزّان والكيّال وغير ذلك ، ويعطي الأجرة من الوسط .

ولو استأجر فيما يتعارف بمباشرته بنفسه فالأجرة من ماله<sup>(١)</sup> ولو تولّى بنفسه ما يعتاد الاستئجار له فالظاهر جواز أخذ الأجرة<sup>(٢)</sup> إن لم يقصد التبرع ، وربما يقال بعدم الجواز ، وفيه : أنه منافٍ لقاعدة احترام عمل المسلم ، والمفروض عدم وجوبه عليه .

(١) لأن عقد المضاربة غير مبني على الإعطاء من مال المالك في مثل المورد .

(٢) ذكر الماتن رحمته أنه لا بدّ للعامل في عقد المضاربة من العمل بمال المضاربة ما يعمله التاجر في أموالهم من نشر القماش وطيه ، وقبض الثمن ووضعها فيما أعد له من صندوق أو نحوه<sup>(١)</sup> ، وكذا كل ما تعارف عليه التاجر في أموالهم بما يكون لائقاً بحاله ، ولو استأجر لذلك ولم يباشره بنفسه لا بدّ أن تكون أجرة ذلك من كيسه الخاص ، لأن عقد المضاربة غير مبني على

«شيء على رب المال» المستمسك ١٢ : ١٧٣ .

**ولكن أقول : عبارة الخلاف هي :** «إذا دفع إليه ألفاً للقراض فاشترى به عبداً للقراض فهلك الألف قبل أن يدفعه في ثمنه ، اختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب ، فقال الشيخ أبو حنيفة [إلى أن قال الشيخ رحمته] دليلنا : أنه لا يخلو أن يكون الألف تلف قبل الشراء أو بعده ، فإن كان التلف قبل الشراء وقع الشراء للعامل ، لأنه اشتراه بعد زوال القرض . وإن كان التلف بعد الشراء فالبيع وقع لرب المال ، وعليه أن يدفع الثمن من ماله الذي سلّمه إليه ، فإذا هلك تحول الملك إلى العامل ، وكان الثمن عليه ، لأن رب المال إنما فسخ للعامل في التصرف في ألفٍ إما أن يشتريه به بعينه أو في الذمة وينقد منه ، ولم يدخل على أن يكون له في القراض أكثر منه»

الخلاف ٣ : ٤٦٧ - ٤٦٨ . وهي آية عن الحمل المذكور .

(١) كما في زماننا حيث يوضع في حساب المالك في البنك مباشرة بواسطة الكارت المتعارف تداوله بين الناس .

الإعطاء من مال المضاربة أجرة لما يتعارف مباشرة العامل له ، كما ليس له أن يأخذ أجرة على ذلك لو تولاه هو بنفسه .

ولو انعكس الأمر بأن كان المتعارف في العمل الاستئجار له كالحمل والنقل والدلالة وما يشبه ذلك فلا شك في جواز الاستئجار لذلك ، وكذا كل عمل متعارف الاستئجار له وعدم مباشرة العامل له بنفسه ، وتكون أجرة ذلك من مال المضاربة ، ولو باشر ذلك العامل ولم يستأجر له فهل له أن يأخذ أجرة على ذلك من مال المضاربة ، أو لا يجوز له ذلك ؟ لا إشكال في عدم جواز أخذ الأجرة لو قصد بعلمه التبرع ، وأما لو لم يقصد بعمله التبرع فهل له أن يأخذ أجرة المثل أو لا ؟

فيه قولان :

قيل بعدم الجواز .

واختار الماتن رحمته الجواز ، باعتبار أن عمل المسلم محترم ، والمفروض عدم تبرعه به ، ولازم احترام عمل المسلم أن لا يذهب هدرًا .

وهذا المقدار من التعليل قد تكرر في كلام الماتن رحمته ، وهو لا يكفي في جواز أخذ أجرة المثل من مال المضاربة ، لأن العمل المحترم إن لم يكن صادراً بأمر الغير ولم يكن منتسباً إليه لا موجب للضمان في مثله ، كما هو الحال فيما لو بنى شخص جدار غيره أو كنس داره أو خاط ثوبه بلا أمر منه ، فإنه من الواضح ليس له أن يطالبه بأجرة ذلك باعتبار أن عمل المسلم محترم ، والمفروض أن من بنى جدار غيره أو كنس داره أو خاط ثوبه غير متبرع بعمله ولا قصد المجانية فيه . بل لا بد في مثل ذلك من أن ينضم إليه أمر آخر ، وهو أن يكون العمل صادراً بأمر الغير بذلك البناء أو الكنس أو الخياطة ، كما لو أمر الجار جاره أو غيره ببناء جداره أو كنس داره فبنى الغير الجدار أو كنس الدار غير قاصد المجانية والتبرع ، فإذا كان المتعارف الاستئجار في البناء أو الكنس فقد أجاز المالك وأمر بالعمل بأجرة ، فإذا كان هناك أمر من المالك بالعمل ولم يقيد الأمر بأن يكون من الأجير غير العامل ، فمقتضى إطلاق الكلام أن يكون بإزاء هذا العمل المتعارف الأجرة عليه أجرة ، سواء كان المباشر له هو العامل أم غيره ، كما لو كان للعامل عبداً فاستأجر

[٣٤٠٣] «مسألة ١٤»: قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك ، ومعه <sup>(١)</sup> فنفته في السفر من رأس المال ، إلا إذا اشترط المالك كونها على نفسه ، وعن بعض كونها على نفسه مطلقاً ، والظاهر أنّ مراده فيها إذا لم يشترط كونها من الأصل . وربما يقال : له تفاوت ما بين السفر والحضر . والأقوى ما ذكرنا من جواز أخذها من أصل المال بتمامها ، من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك ، مما يصدق عليه النفقة ، ففي صحيح علي بن جعفر ، عن أخيه أبي الحسن عليه السلام «في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال ، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه» هذا ، وأما في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً إلا إذا اشترط على المالك ذلك .

العامل عبده لهذا العمل ، فيكون العامل هو المالك للأجرة ، إذ لا يعتبر في الأجير أن يكون غير العامل ، ولم يقيد بذلك أيضاً ، فيستحق الذي عمل ذلك العمل - سواء كان هو بناء الجدار أم كنس الدار أم حمل متاع المضاربة أم نقله أم الدلالية عليه - أجرة المثل ، سواء كان الذي قد عمل العمل العامل مباشرة أم تسيبياً أم كان الذي عمل العمل غير العامل ، والمفروض قيام العامل به في المقام ، فيستحق أجرة المثل ما لم يقصد التبرع به ، والمفروض عدم قصد التبرع به .

**والمقصود أولاً:** أن مجرد الاحترام لا يكفي في الضمان ، بل لابد أن ينضم إليه أمر المالك بالعمل . **وثانياً:** إذا كان أذن المالك في المضاربة والأمر بالاستئجار هو بنحو ما تعارف الاستئجار عليه ، فمقتضى اطلاق هذا الإذن والأمر عدم الفرق بين أن يكون الأجير هو العامل أو غيره <sup>(١)</sup> .

(١) تعرض الماتن عليه السلام لحكم النفقة في السفر وقال : إذا فرض أنه اشترط كون النفقة في السفر على المالك فقط ، أو على العامل فقط ، أو من رأس مال المضاربة فقط ، اتبع الشرط بلا كلام ولا إشكال ، لعموم وجوب الوفاء به بعد فرض أن الشرط من الشروط السائغة .

(١) **الأول** ردّ على الماتن عليه السلام ، والثاني ردّ على ما في المستمسك ١٢ : ٢٩٦ «أو ١٧٦ طبعة بيروت» حيث قال : «ومنها استئجار من جرت العادة باستئجاره لحمل الانتقال ، لكن عموم ذلك لنفسه غير ظاهر» .

إنما الكلام في فرض الإطلاق<sup>(١)</sup>، فهل النفقة ١- من مجموع مال المضاربة<sup>(٢)</sup> فقط كما قواه الماتن رحمته، وهو المعروف بينهم<sup>(٣)</sup>، باعتبار أنه من لوازم السفر والتجارة، والإذن في شيء إذن في

(١) الظاهر أن محل الكلام فيما إذا توقف عمل المضاربة والاتجار والربح على السفر، فإذا ن مالك أو كان هناك تعارف خارجي على جواز السفر إذا توقف الربح أو عمل المضاربة عليه، ولا يشمل ذلك ما إذا اختار العامل السفر على الحضر، ولم يكن هناك توقف للعمل والربح والتجارة على السفر، فإنه في هذه الصورة ليس إذن المالك في السفر إذناً في لوازمه من الانفاق من رأس المال، ولا أن الصحيحة شاملة له، ولا سيرة عقلائية على ذلك، وليس صاحب القول الثاني في المسألة هذه - والذي هو عدم الانفاق في السفر من مال المضاربة، وكون النفقة على العامل - ناظراً إلى صورة عدم توقف العمل والربح على السفر كما قيل، لأن صاحب هذا القول - وهو الشيخ الطوسي رحمته - يقول بعدم الانفاق من رأس المال حتى لو توقف الربح على السفر فأجاز المالك، أو كان إطلاق دال على جواز السفر في هذه الصورة، على ما سيأتي ونقل عبارته من المبسوط .

(٢) المراد من رأس المال الذي عبّر الماتن باخراج النفقة منه، والمراد من مجموع مال المضاربة الذي عبّر السيد الأستاذ رحمته باخراج النفقة منه هو أنه تخرج النفقة من رأس المال لو لم يكن في البين إلا رأس المال، وإن كان في البين رأس مال وريح، جاز اخراجها من أي منهما، ثم على كلا التقديرين تكون النفقة من مال المضاربة، أي تكون من الربح بعد إخراج رأس المال، فيخرج رأس المال أولاً، ثم تخرج النفقات من الربح، ثم يقسم الباقي على حسب النسبة المجدولة بين المالك والعامل، فتعبر كل من الماتن والسيد الأستاذ رحمته إبراز لهذا المعنى الذي ذكرنا، على ما سيأتي بيانه في المسألة ٢٠ [٣٤٠٩] من الواضح، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٥٥ .

(٣) في الجواهر: «هو الأشهر [كما في المسالك ٤: ٣٤٨، وكفاية الأحكام ١: ٦٢٦، ومفاتيح الشرائع ٣: ٩٢]، بل المشهور [كما في جامع المقاصد ٨: ١١١، ومجمع الفائدة ١٠: ٢٤٦]»

لوازمه المتعارفة كما هو الصحيح ، كما سيأتي ، أو ٢ - على العامل فقط كما عن بعض<sup>(١)</sup> ، أو ٣ - يوزع ، فما كان يصرف في الحضر فعليه ويأخذ الزائد من رأس المال<sup>(٢)</sup> ، بمعنى انه ينقص من نفقة السفر المأخوذة من رأس المال مقدار ما كان يصرفه في الحضر .  
أقوال .

**والظاهر أن القولين الأخيرين أي الثاني والثالث - مضافاً إلى منافتهما ١ - لإطلاق الإذن في السفر الدال على جواز الأخذ من مال المضاربة بالدلالة الالتزامية ، الموافق ٢ - لمقتضى السيرة المتعارفة الدالة على جواز الإنفاق من مال المضاربة - منافيان ٣ - لصحيفة علي بن جعفر التي رواها الكليني<sup>(٣)</sup> المذكورة في المتن ، الدالة على أن النفقة تحسب من مال المضاربة في السفر دون الحضر<sup>(٤)</sup> ، الموافقة للسيرة القطعية القائمة في الخارج على ذلك ، ومن هنا يتبين أن الصحيح هو**

« الجواهر ٢٦ : ٣٤٥ . وفي التذكرة ١٧ : ٩٩ نسبته إلى علمائنا . وفي الخلاف ٣ : ٤٦١ - ٤٦٢ الإجماع عليه .

(١) وهو الشيخ في المبسوط ٢ : ٦١٣ حيث قال : « فإن سافر بإذن رب المال [إلى أن قال] ، وأما نفقة المأكل والمشروب والملبوس والمركوب ، من الناس من قال : ليس له أن ينفق من مال القراض بحال حضراً ولا سفراً ، ومنهم من قال : له النفقة ، لأن السفر إنما أنشأه وتلبس به لمال القراض ، فوجب أن يكون الإنفاق عليه ، والأول أقوى لما مضى» .

(٢) قاله في كشف الرموز ٢ : ١٤ ، وقاله الشيخ في المبسوط أيضاً على تقدير القول بالإنفاق . قال : « فمن قال : ينفق [أي في السفر من مال المضاربة] ففي قدرها قيل فيه وجهان ، أحدهما : ينفق كمال النفقة من المأكل والمشروب والملبوس والمركوب ، لأنه يسافر لأجله . والثاني - وهو الأصح - أنه ينفق القدر الذي يزيد على نفقة الحضر لأجل السفر ، مثل زيادة مأكل وملبوس وتفاوت سعر من ثمن ماء وغيره» المبسوط ٢ : ٦١٣ طبعة جماعة المدرسين بقم المشرفة ، وفي بعض الطبعات ، المبسوط ٣ : ١٧٢ .

(٣) الكافي ٥ : ٥٢٤١ ، الوسائل ج ١٩ : ٢٤ باب ٦ من أبواب المضاربة ح ١ .

(٤) حيث إن المتعارف في الحضر عدم أخذ العامل نفقاته من رأس المال ، وعدم إذن المالك

[٣٤٠٤] «مسألة ١٥»: المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج إليها في سفره، وأجرة المسكن ونحو ذلك. وأما جوائزه وعطاياه وضيافته ومصانعاته فعلى نفسه<sup>(١)</sup> إلا إذا كانت التجارة موقوفة عليها.

[٣٤٠٥] «مسألة ١٦»: اللازم الاقتصار على القدر اللائق، فلو أسرف حسب عليه<sup>(٢)</sup>. نعم لو قتر على نفسه، أو صار ضيفاً عند شخص لا يحسب له.

القول الأول الذي اختاره الماتن والمشهور.

(١) ثم إن المراد من النفقة هو ما يحتاج إليه الإنسان من مأكول ومشرب وأجرة مركب ومسكن ونحو ذلك مما هو لائق بحاله ومتعارف في الخارج، وأما ما يكون خارجاً عن ذلك كهداياهم ونحوها من ضيافته ومصانعاته التي لا تحسب من النفقات، وإنما هي أمر زائد عليها، فكل ذلك لا يخرج من أصل المال، لأنها خارجة عن النفقة، وموضوع ما يخرج من أصل المال النفقة، أي ما يتوقف عليه عمله في السفر من مأكله ومشربه ومسكنه ومنامه.

(٢) ثم إن المراد من النفقة من حيث المقدار ما يلزمه بحسب ما يليق بحاله، فلو أسرف حسب الزائد من ماله، لأنه ليس من النفقة.

ولو انعكس الأمر بأن قتر على نفسه، فهل يكون الزائد لنفسه أم لا؟

ذهب الماتن رحمته إلى أن الزائد لا يكون له.

وهو الصحيح، لاختصاص ما يجوز له بما يصرفه في نفقته، فما لم يصرفه مرتفع بارتفاع موضوع الحكم، أي لا يملك العامل مقدار نفقته على المالك حتى يأخذه لنفسه، ومن هنا يظهر حكم ما إذا فرض أنه صار ضيفاً عند أحد، أو تبرع أحد بنفقته في السفر من مأكول أو مسكن ونحوهما، ليس له أن يأخذ ما يعادله من مال المضاربة.

بذلك، مضافاً إلى أن الصحيحة الواردة في المقام دالة على ذلك، إلا فيما إذا اشترط العامل ذلك على المالك، ومع الاشتراط فجواز الأخذ إنما هو للشرط حينما يكون سائغاً كما في المقام على ما تقدم أول هذه المسألة، لا لإذن المالك كما قيل، إذ المفروض عدم إذن المالك في هذه الصورة كما عرفت، وإلا فلو كان الإذن موجوداً لما احتاج العامل إلى الشرط.

[٣٤٠٦] «مسألة ١٧»: المراد من السفر العرفي لا الشرعي، فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة، كما أنه إذا أقام في بلدة عشرة أيام أو أزيد كان نفقته من رأس المال، لأنه في السفر عرفاً<sup>(١)</sup>.

(١) ذكر الماتن رحمته أن المراد بالسفر هنا السفر العرفي لا الشرعي<sup>(١)</sup>.

وهو الصحيح، فلو أقام في بلدة عشرة أيام وقلنا إن الإقامة المذكورة تخصيص في السفر، وموجب لخروج المسافر عن كونه مسافراً شرعاً، إلا أن نفقته في هذه المدة تكون من أصل مال المضاربة، إذ إن العبرة بالسفر العرفي وهو مسافر عرفاً، وكذا من كان سفره دون ثمانية فراسخ الذي لا يقصر الصلاة فيه ولا يفطر، فإن المراد من السفر في روايات المضاربة ما يقابل كونه في البلد، وهو صادق على السفر الشرعي والعرفي<sup>(٢)</sup>، قال عليه السلام في صحيحة علي بن جعفر: «وإذا

(١) صرح بذلك في المسالك ٤: ٣٤٨، والجواهر ٢٦: ٣٤٥، وكفاية الأحكام ١: ٦٢٦، والحدائق ٢١: ٢١١، والتنقيح الرائع ٢: ٢١٩ وغيرها.

(٢) قد يقال - كما قيل - إنه لا يعتبر في إخراج النفقة من رأس مال المضاربة لا السفر الشرعي ولا السفر العرفي، وأنه لا خصوصية لعنوان السفر، بل كل خروج للمضارب عن وضعه وبيته بقضية العمل التجاري تكون نفقاته من رأس المال، كما في البلاد الكبيرة إذا اقتضى التجارة أن يذهب إلى نقطة أخرى منها بعيدة عن بيته ومسكنه بحيث لا بد وأن يسكن في فندق ونحوه، ولو لم يسم مسافراً، كما هو الصحيح» بحوث في الفقه كتاب المضاربة: ٢٧١.

وفيه: أن المعروف عند الفقهاء كما في الجواهر: «أنه لا ينفق العامل في الحضر عندنا شيئاً من مال القراض وأن قل حتى فلس السقاء، لأصالة حرمة التصرف في مال الغير. نعم، له أن ينفق في حال السفر كمال نفقته من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك مما هو داخل في النفقة من أصل المال على الأظهر الأشهر، بل المشهور بل في التذكرة نسبتة إلى علمائنا، وفي محكي الخلاف الإجماع عليه» الجواهر ٢٦: ٣٤٥.

ومعنى كلام القائل المتقدم (حفظه الله) أن نفقة الحضر أيضاً تكون من مال المضاربة، وهو ما لا يمكن الالتزام به جزماً، وإلا فلا فرق بين أجرة الفندق أو أجرة السيارة التي ينتقل بها من مكان إلى آخر في بلده الذي هو لا صغير ولا كبير، بل حتى البلد الصغير الذي ويتعارف

نعم ، إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر - مثل التفرج أو لتحصيل مال له أو لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة - فنفقته في تلك المدة على نفسه<sup>(١)</sup> .  
 وإن كان مقامه لما يتعلّق بالتجارة ولأمر آخر بحيث يكون كل منهما علّة مستقلة لولا الآخر ، فإن كان الأمر الآخر عارضاً في البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة ، وإن كانا في عرض واحد ففيه وجوه ، ثالثها التوزيع وهو الأحوط في الجملة ، وأحوط منه كون التمام على نفسه . وإن كانت العلّة مجموعهما بحيث يكون كلّ واحد جزءاً من الداعي فالظاهر التوزيع .

قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه<sup>(١)</sup> .

(١) ثم إن الإقامة في مكان ما ١ - قد تكون من جهة التجارة أو اتمام عمل التجارة من جهة

الانتقال به من مكان إلى مكان أن يكون بواسطة نقلية ، أو وجبة غذائه التي تكون في ضمن عمل المضاربة ونحو ذلك . هذا أولاً .

وثانياً : أن في البلاد الكبيرة التي ذكروا أن لها أحكاماً خاصة ملاكها هو أن يصدق على من ينتقل من مكان منها إلى مكان آخر أنه مسافر عرفاً ، وأما إذا لم يصدق عليه أنه مسافر عرفاً فهذه البلدة ليست من البلاد الكبيرة ، فإن صدق عليه المسافر كانت البلدة من البلاد الكبيرة ، وصدق المسافر عليه يقتضي أن تكون نفقاته من أصل مال المضاربة ، وإن لم يصدق عليه المسافر فنفقته نفقة في الحضر ، ونفقة الحضر غير مستثناة من أصل مال المضاربة مسلماً على ما عرفت من كلام الأصحاب ، بل من النص حيث إنه لم يستثنِ بلدة العامل حينما لا تكون بلده صغيرة لا يحتاج الانتقال منها من مكان إلى آخر إلى واسطة نقلية ، ولا أنه مختص برجوعه إلى بلده الصغيرة ، بل استثنى بلده سواء كانت صغيرة أم كبيرة ليست من البلاد الكبيرة ، وقال : « فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه » سواء كان بلده صغيراً أم كبيراً ، ولا سيرة العقلاء قائمة على الاستثناء في الحضر ، وأما أنه لا يصدق على الشخص المذكور لا المسافر الشرعي ولا المسافر العرفي ، ومع ذلك تكون نفقاته على رأس مال المضاربة ، فهو خلاف ما دل على أن النفقة التي تكون من مال المضاربة نفقة السفر ليس إلا من كون الإذن في شيء إذن في لوازمه ، ومن السيرة العقلانية ، ومن صحيحة علي بن جعفر المتقدمة .

(١) الوسائل ج ١٩ : ٢٤ باب ٦ من أبواب المضاربة ح ١ .

نقد الثمن أو تسليم المبيع أو تسلمه ونحوها، فهي تنمة للتجارة الواقعة مضاربة، فلا إشكال هنا فيما ذكره الماتن رحمته في كون النفقات مدة الإقامة على أصل مال المضاربة لا على العامل .

٢ - وقد تكون الإقامة في المقام لا من جهة التجارة ولا من جهة إتمام عمل التجارة، بل كانت لغرض آخر مختص بالعامل نفسه كسياحة أو تفرج أو زواج أو مراجعة طبيب أو تحصيل مال له أو لغيره، ونحو ذلك مما لا دخل له لا في التجارة ولا في إتمام عمل التجارة، فهل النفقة على مال المضاربة أيضاً أو على العامل نفسه ؟

اختار الماتن رحمته أن نفقته في مدة الإقامة على نفسه لا على مال المضاربة .

وهو الصحيح، والوجه فيه واضح، لأنه ليست نفقته هنا بما أنه عامل مضارب، بل لأمر آخر، بعد وضوح اختصاص دليل خروج النفقة - من الربح أو أصل المال - بما إذا كانت النفقة لأجل التجارة، وهنا ليست النفقة لأجل التجارة .

٣ - وقد يكون كل منهما علة للإقامة مستقلاً، أي أن إقامته لأجل أنها متممة للتجارة، وكان هناك أمر آخر كأخذ دين له على آخر أو مراجعة طبيب دعاه إلى هذه الإقامة أيضاً مستقلاً، بحيث لو لم تكن تجارة أو متمم تجارة خارجاً لأقام في هذه البلدة لأجل هذا الأمر الآخر، فكل منهما علة مستقلاً للإقامة .

فهنا فصل الماتن رحمته أ - بين أن يكون الأمر الآخر طارئاً وعارضاً ولم يكن مقصوداً من الأول، فأيضاً النفقات في مدة الإقامة تخرج من أصل مال المضاربة، لأن الأمر الآخر عارض، فكان مقامه مقتضياً لإخراج النفقات من أصل المال على تفصيل يأتي، فيحتاج إخراجها من نفسه إلى دليل، وإطلاق دليل إخراج النفقات من أصل المال ينفي ذلك . ب - وبين ما إذا كان الأمر الآخر في عرض الأمر الأول ومقصوداً من الأول، فذكر الماتن رحمته فيه وجوهاً :

الأول : إخراج النفقات من أصل المال .

الثاني : توزيع النفقات على الاثنين، أي على مال المضاربة وعلى العامل نفسه أيضاً، وذكر الماتن رحمته أنه هو الأحوط في الجملة .

الثالث : كون تمام النفقات على العامل نفسه .

وذكر الماتن رحمته أن الوجه الثالث أحوط من الوجه الثاني، إلا أن الأقوى ظاهراً هو الوجه الأول.

وهو الصحيح، إذ لا قصور في شمول الدليل الدال على أن النفقة على المالك للمقام، بل إن ذلك هو الذي تقتضيه السيرة الخارجية، فإن من أرسل أحداً إلى بلد لحاجة فمقتضى الدلالة الالتزامية لذلك بحسب ما هو المرتكز في أذهان العرف كون النفقات على المالك، من دون فرق بين أن يكون للعامل شغل في ذلك البلد أو لا.

٤ - وقد يكون مجموع الأمرين علة للإقامة بحيث يكون كل واحد منهما جزءاً من الداعي، أي لا الأول علة مستقلة ولا الثاني، لكن انضمام أحدهما إلى الآخر صار علة للسفر أو علة للإقامة، فهل النفقة هنا مدة الإقامة على مال المضاربة، أو على العامل، أو توزع عليهما؟ ذكر الماتن رحمته أنه لا بد من التوزيع عليهما، أي على التجارة وعلى نفس العامل<sup>(١)</sup>.

وهو الصحيح، وهذا ١ - يمكن استفادته من الارتكاز العرفي، إذ تارة يكون السفر بنظر العرف مستنداً إلى المالك فتكون النفقة عليه، وأخرى يكون نصف السفر بنظر العرف مستنداً إليه فيكون نصفها عليه، ولوا استند ربه كان ربهما عليه، وبحسب هذا الارتكاز يمكن استفادة ذلك. ٢ - من صحیحة علي بن جعفر أيضاً، حيث قال فيها عليه: «... المضارب (المضاربة خ ل) ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، وإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه»<sup>(٢)</sup> الدالة على أن نفقة العامل في السفر على المالك، إذ إنه في هذا السفر عامل مضارب وغير عامل مضارب، بمعنى أنه مركب من أمرين، فمقدار ما يصدق عليه أنه عامل تكون نفقته على المالك، وبمقدار ما لا يكون كذلك تكون نفقته على نفسه<sup>(٣)</sup>.

(١) وهو الذي قوّاه في الجواهر ٢٦ : ٣٤٦.

(٢) الوسائل ج ١٩ : ٢٤ باب ٦ من أبواب المضاربة ح ١.

(٣) هذا ردّ علي ما ذكره السيد الحكيم رحمته فإنه قال «إن الأدلة إن عمت اقتضت كون النفقة على

كتاب المضاربة / استحقاق العامل للنفقة مختص بالسفر المأذون فيه ..... ٣٢٩ [٣٤٠٧] «مسألة ١٨»: استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه ، فلو سافر من غير إذن ، أو في غير الجهة المأذون فيه ، أو مع التعدي عما أذن فيه ، ليس له أن يأخذ من مال التجارة<sup>(١)</sup> .

(١) وهذا الذي أفاده الماتن رحمته هو الصحيح ، لأنه إذا فرضنا أن السفر ليس بإذن المالك ، فالارتكاز العرفي يقتضي أن لا تكون النفقة على المالك ، لأن السفر ليس بإذنه ، فلا دلالة التزامية بكون النفقة عليه ، ولو كان بإذنه فالدلالة الالتزامية قاضية بكون النفقة على مال المضاربة<sup>(١)</sup> ، فالحكم في المقامين إنما هو للارتكاز العرفي أي في الإثبات والنفي ، ولأجل ذلك يكون مورد الصحيحة الدالة على أن ما ينفقه العامل المضارب في سفره فهو من مجموع مال المضاربة لا العامل ، مورد الأذن<sup>(٢)</sup> والرضا ، لا أنه غاصب ومتعدٍ ومع ذلك يجوز له أن يصرف من مال المضاربة ، بمعنى أن الصحيحة منصرفة عما لو كان سفر العامل بلا إجازة المالك .

ومع التنزل وفرض أن الصحيحة مطلقة ، فيعارضها ما دل من الروايات المتقدمة الدالة على أنه لو خالف العامل شرط المالك ضمن ، الشامل لضمان ما ينفقه على نفسه ويتلغه بالعموم من وجه ، فإن قدمنا تلك الروايات فهو ، وإلا فلا محالة من التساقت والرجوع إلى العمومات الدالة على أن من أ تلف مال الغير فهو له ضامن<sup>(٣)</sup> ، ونحوه ، ومعنى ذلك أنه في فرض كون سفر العامل

المال ، وإلا اقتضت كونها على نفسه ، فالتوزيع لا مقتضي له ، ولذا كان الأقوى كونها على نفسه ، لعدم ثبوت دخوله في اطلاق الدليل «المستمسك ١٢ : ٢٩٩ «أو ١٧٨ طبعة بيروت» .  
(١) من هنا يتبين أن المراد من الارتكاز العرفي هو شمول الدلالة الالتزامية أو عدم شمولها ، وإلا فالارتكاز العرفي بما هو ارتكاز لا أثر له ، وإنما تمام الأثر لمنشأ الارتكاز .  
(٢) وهو الذي قواه في الجواهر ٢٦ : ٣٤٧ .

(٣) لا بد وأن يكون مراد السيد الأستاذ رحمته القاعدة المستفادة من الروايات حيث ذكر مكرراً أن قاعدة من أ تلف متصيدة من الروايات الواردة في موارد متعددة ، وإلا فليس لنا رواية بعنوان «من أ تلف مال الغير فهو له ضامن» إلا أنه هناك عدة روايات واردة في كتاب الشهادات في الوسائل ج ٢٧ : ٣٢٦ باب ١٠ ، ١١ ، ١٤ ، وفي كتاب الإجارة ج ١٩ : ١٤١ باب ٢٩ ، وفي كتاب الرهن ج

٣٣٠ ..... الواضح في شرح العروة الوثقى ج / ١١  
[٣٤٠٨] «مسألة ١٩»: لو تعدد أرباب المال - كأن يكون عاملاً لاثنتين أو أزيد ، أو عاملاً  
لنفسه وغيره - توزع النفقة<sup>(١)</sup> ، وهل هو على نسبة المالكين أو على نسبة العملين؟ قولان .

بلا إجازة المالك لا يجوز للعامل الصرف من مال المضاربة .

(١) ذكر الماتن رحمته أنه لو كان العامل عاملاً لاثنتين أو أكثر ، أو عاملاً لنفسه وغيره ، فسافر للتجارة للمضاربتين ، أو كان السفر لتجارتين الأولى للمضاربة والثانية لنفس العامل بما أنه مستقل عن المضاربة لا بما أنه عامل مضاربة ، فلا شك في أن النفقة توزع على صاحبي التجارتين ، فيكون قسم منها على مال المضاربة الأولى وقسم منها على مال المضاربة الثانية ، أو قسم منها على العامل لا بما أنه عامل مضاربة بل بما أنه عامل مستقل عنها وقسم منها على مال المضاربة ، وهذا على القاعدة كما تقدم بحسب الارتكاز العرفي والنص<sup>(١)</sup> .

إلا أن الكلام في التوزيع هل هو بنسبة العملين أو بنسبة المالكين ، فلو فرضنا في المثال الثاني أن مال المضاربة كان عشرة آلاف دينار ، ومال العامل خمسة آلاف دينار ، فالمجموع خمسة عشر ألف دينار ، وكان هذا العامل المضارب يعمل للمضاربة يوماً ولنفسه يوماً ، فالعمل مقسم بينهما بالمناصفة ، فهل النفقة توزع بالمناصفة ، أو أنه توزع النفقة بنسبة المالكين وإن كان العمل متساوياً ، فالنفقة حينئذ تكون ثلاثة أقسام ، قسمان منها على مال المضاربة وقسم منها على مال العامل المضارب؟

### في المسألة قولان :

القول الأول : ما نسب إلى المشهور من أن الملاحظ في ذلك هو نسبة المالكين<sup>(٢)</sup> بل كأنه هو

١٨ : ٣٨٥ باب ٥ ، ٧ ، وفي كتاب العتق ج ٢٣ : ٣٦ باب ١٨ ، وفي كتاب الحدود ج ٢٨ :  
١١٨ باب ٢٢ من أبواب حد الزنا وص ٣٥٧ : باب ١ من أبواب نكاح البهائم ، يستفاد منها كلها  
أن من أئلف مال الغير فهو له ضامن .

(١) وهي صحيحة علي بن جعفر المتقدمة في المسألة السابقة .

(٢) في الجواهر : «وهل هو على نسبة المالكين أو العملين؟ وجهان ، أجودها في المسالك [٤ :

المتسالم عليه بينهم .

**القول الثاني :** ما نسب إلى بعض من أن الملاحظ هو نسبة العمل ، وقيل <sup>(١)</sup> إنه لم يعرف

قائله .

**والظاهر أن القول الثاني هو الصحيح ،** لعدم ملاحظة المالية في النفقة المأخوذة من مال المضاربة في السفر ، وإنما يأخذ العامل نفقة سفره بازاء عمله وهو أن يتجر في السفر ، سواء كان مال المضاربة كثيراً أم قليلاً ، وعليه فتوزع النفقة مع تساوي العمليين بالمناصفة وإن كان أحد المالين أضعاف الآخر ، فلنفرض أن تاجرين احدهما أرسل عامله للتجارة في السفر ورأس ماله مائة ألف دينار ، والآخر أرسل عامله كذلك ورأس ماله عشرة آلاف دينار ، والعمل من كل منهما عين العمل من الآخر ، فهذا يأخذ نفقته وذلك يأخذ نفقته ، والنفقتان متساويتان مع أن رأس المال مختلف ، فكذا لو كان العامل في المضاربتين واحداً ، فلا عبرة بكثرة رأس المال وقلته ، وإنما العبرة في أخذ النفقة إنما هو بالعمل ، حيث إنه يسافر للتجارة وعمله في السفر هو التجارة ، وبإزاء هذا العمل يأخذ النفقة سواء كان مال المضاربة قليلاً أم كثيراً ، فإذا كانت العبرة في أخذ النفقة هو بالعمل لا بكثرة المال ، فطبعاً التوزيع بالنسبة إلى المالكيين يكون بالإضافة إليه ، فلو اشتغل للأول يوماً وللآخر يوماً وكان العمل متساوياً ، فتكون نفقته نصفها على المالك الأول

﴿ ٣٤٩ ﴾ تبعاً لجامع المقاصد [٨ : ١١٢] الأول ، لأن استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ، ولا نظر إلى العمل ، ومن هنا أتجه تفريع المصنّف ذلك على ما ذكره أولاً . الجواهر ٢٦ : ٣٤٨ . وفي المستمسك : «في المبسوط الجزم بالأول ، ثم بعد أن نقل ما عن المسالك وجامع المقاصد قال : وإن شئت قلت : موضوع النفقة مال المضاربة ، فهو موضوع التوزيع» المستمسك ج ١٢ : ١٧٨ طبعة بيروت .

(١) قال السيد الحكيم رحمته الله «وأما القول الثاني فلم نعرف قائله . نعم في التذكرة : أنه إذا كان المال لنفسه فالتوزيع على المالكين ، وإذا كان لغيره فعلى العمليين . انتهى . لكن عبارة التذكرة لا تساعد عليه ، وعلى تقديره فغير ظاهر الوجه» المستمسك ١٢ : ٣٠٠ «أو ١٧٩ طبعة بيروت» .

[٣٤٠٩] «مسألة ٢٠»: لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور الربح ، بل يُنْفَق من أصل المال وإن لم يحصل ربح أصلاً . نعم ، لو حصل الربح بعد هذا تُحسب من الربح ويعطى المالك رأس المال ، ثم يقسّم بينهما<sup>(١)</sup> .

ونصفها على المالك الثاني كما في المثال الأول ، أو نصفها على المالك في المضاربة ونصفها على العامل كما في المثال الثاني ، وكون رأس المال من أحدهما أكثر من الآخر أجنبي عن سبب استحقاق النفقة ، فإن سببها هو العمل لا كثرة المال وقتله ، ولعل هذا هو المرتكز في الأذهان<sup>(٢)</sup> .

(١) ذكر الماتن رحمته أنه لا يعتبر في أخذ النفقة ظهور الربح ، بل عادة يصرف في نفقته من رأس المال فيعطي أجره سفره من رأس المال قبل التجارة والربح ، وكذا نفقاته الأخرى ثم يحسبها من الربح المتأخر ، فإن التقسيم بين المالك والعامل بعد إخراج ما يقابل ما صرفه من الربح بعد إخراج رأس المال ، وهذا هو الذي يقتضيه الارتكاز العرفي والنص ، لأنه ذكر في الصحيحة أن ما ينفقه العامل يخرج من «جميع المال» الذي هو أصل المال والربح ، فإن رجع إلى بلده كان نفقته عليه ، وهذا هو الذي بنى عليه الفقهاء (قدس الله أسرارهم) وإن نسب إليهم - كما نقل عن الرياض<sup>(٢)</sup> - إخراج النفقة من أصل المال لا الربح ، ولا يتدارك بعد ذلك منه ، فيقسم الربح بين

(١) ومن هذا يتبين أنه لو كان يعمل في السفر يومين لصاحب رأس المال الذي هو عشرة آلاف دينار ، ويوماً واحداً لصاحب المال الذي هو مائة ألف دينار ، كانت نفقته موزعة على المالكين بنسبة الثلثين إلى الثلث ، أي يأخذ ثلثي نفقته من مال المضاربة الذي هو عشرة آلاف دينار وثلثها من مال المضاربة الذي هو مائة ألف دينار ، لا أن النفقة تكون موزعة على المالكين بنسبة عشرة إلى واحد ، فيأخذ واحداً من أحد عشر من نفقة من مال المضاربة الذي هو عشرة آلاف دينار ، وعشرة من أحد عشر من نفقته من مال المضاربة الذي هو مائة ألف دينار - مع العلم أنه اشتغل في شهر سفره هذا عشرين يوماً لصاحب العشرة آلاف دينار وعشرة أيام لصاحب المائة ألف دينار - فإن هذا بلا موجب ولا وجه أصلاً ، وإن ذهب إليه المشهور .

(٢) الرياض ٩ : ٣٤١ قال «ولا يعتبر في ثبوتها حصول الربح ، بل ينفق ولو من الأصل ، لإطلاق الفتوى والنص ومقتضاهما إنفاقها من الأصل ولو مع حصول الربح ، ولكن ذكر جماعة اتفاقها منه دون الأصل ، وعليه فيقدم على حصة العامل» .

كتاب المضاربة / لومرض العامل أثناء السفر وحكم نفقته ..... ٣٣٣  
[٣٤١٠] «مسألة ٢١»: لو مرض في أثناء السفر<sup>(١)</sup>، فإن كان لم يمنعه من شغله فله أخذ  
النفقة، وإن منعه ليس له، وعلى الأول لا يكون منها ما يحتاج إليه للبرء من المرض.

المالك والعامل، إلا أن ذلك غير قابل للتصديق، بل الظاهر ذهابهم إلى ما ذكرنا لأنه مقتضى  
النص والارتكاز العرفي كما عرفت<sup>(١)</sup>.

(١) ذكر الماتن رحمته أن عامل المضاربة إذا مرض في سفره فتارة لا يكون مرضه مانعاً من  
العمل بالتجارة بأن كان يعمل وإن كان مريضاً، فوجود المرض وعدمه سببان. وأخرى يكون مرضه  
مانعاً من العمل بالتجارة.

وعلى الأول: فالنفقة في هذه المدة من مال المضاربة بلا إشكال، لشمول النص له وكونه  
مورداً للارتكاز العرفي، فلا موجب لكون نفقته من كيسه الخاص.

وعلى الثاني: فالنفقة في هذه المدة من كيسه لا من مال المضاربة، لأن الصرف من مال  
المضاربة في حال عدم تمكنه من العمل بالتجارة لقصور من قبله لا لمانع خارجي غير مشمول

(١) قد يقال: إن مقتضى حكمه رحمته في صحيحة علي بن جعفر المتقدمة بخروج النفقة من  
«جميع المال» الذي هو أصل المال والربح، خروجها بالنسبة على تقدير الربح، وهو وإن كان  
ممكناً إلا أنه خلاف الظاهر والمرتكز العرفي، فلو أنفق عشرة وكان رأس المال مائة والربح مائة  
أخذ من رأس المال خمسة ومن الربح خمسة، فالباقي من الربح - بعد إخراج الباقي من رأس  
المال - خمسة وتسعون «لا تسعون ديناراً» هي التي تقسم بينهما حسب النسبة المجعولة.  
وفيه: ان المتعارف في هذه المعاملات عند العرف هو خروج النفقات من الربح على تقدير  
حصوله وإلا فمن أصل المال، وعليه فيكون الظاهر من النص هو ذلك، ولذا قال في الجواهر:  
«إن ظاهر النص والفتوى عدم اعتبار ثبوت ربح في النفقة، بل يتفق ولو من أصل المال إن لم  
يكن ربح، لكن لو ربح بعد ذلك أخذت من الربح» الجواهر ٣٤٦/٢٦، بل لا قائل بالاحتمال  
المذكور. على أن صدق الربح عرفاً إنما هو بعد إخراج النفقات وأصل المال، وإلا فلا يصدق  
الربح، فلو كانت مؤونة السفر في المثال المذكور مائة وعشرة، فالقول بأخذ خمسة وخمسين  
من رأس المال ومثلها من الربح والباقي ربح يقسم بينهما غير معقول، بل التجارة في المقام  
خاسرة.

للنص ، وليس مورداً للارتكاز العرفي ، فلا موجب لأن تكون نفقته في هذه المدة من مال المضاربة ، بل تكون نفقته من كيسه الخاص<sup>(١)</sup> .

وعلى الأول : فهل يكون ما يصرفه في سبيل العلاج داخلاً في النفقة أو لا .

اختار الماتن رحمته أن نفقة العلاج على نفسه ومن كيسه الخاص لا على مال المضاربة .

وهو الصحيح كما سيأتي .

وقد يقال : إن النزاع هنا مبني على النزاع في شمول نفقة الزوجة لنفقة مرضها وعدمه<sup>(٢)</sup> .

إلا أنه لا وجه لذلك ، بل كل من الأمرين تابع لدليله ، ففي مسألة نفقة الزوجة اخترنا شمول

النفقة لنفقات المرض ، إذ يجب على الزوج - كما في المعبرة<sup>(٣)</sup> - أن يقيم ظهرها ، أي أن يقيم

(١) قد يقال بالتفصيل بين ما لو كان منشأ المرض السفر أو العمل ، فلا اشكال في كون نفقته أيام المرض - ومنه الدواء من مال المضاربة ، وبين ما لو كان منشأ المرض لا ربط له بالسفر أو العمل ، كما لو كان مريضاً بمرض يعود عليه كل أربع أو خمس سنين ، وصادف عوده عليه أيام سفره المذكور ، فلا وجه لاحتساب النفقة أيام المرض ومنه المداواة من مال المضاربة ، حيث إن ما ينفقه في الأول لأجل السفر ، دون الثاني . ومنه يظهر الاشكال في عدم كون نفقة العلاج من مال المضاربة إذا كان منشأ المرض السفر أو العمل ، فإن السيرة العقلائية قائمة على أن من أرسل أحداً في سفر عليه أن يتحمل نفقاته حتى لو كانت هي نفقة المرض ، إذ إنها متعارفة - لا كارتكاب جريمة من قتل ونحوه - ولكن هذا فيما إذا كان السفر أو العمل هو الموجب للمرض . إلا أن الماتن رحمته لم يذكر هذا التفصيل الذي ذكرناه .

(٢) القائل بذلك السيد الحكيم رحمته في المستمسك ١٢ : ٣٠٢ «أو ١٧٩ طبعة بيروت» قال «نعم ، يتم [عدم وجوب نفقة المرض اثناء السفر على المالك] بناءً على عدم كونها من النفقة الواجبة لواجب النفقة ، كما هو المصرح به في كلام غير واحد من الأكابر ، وكأن وجهه عدم الدليل على وجوب نفقة المرض للزوجة فضلاً عن غيرها...» .

(٣) وهي صحيحة ربيعي بن عبدالله والفضيل بن يسار جمعياً عن أبي عبدالله عليه السلام «في قوله تعالى :

كتاب المضاربة / لو حصل فسخ أو انفساخ ونفقة العامل في السفر ..... ٣٣٥

[٣٤١١] «مسألة ٢٢»: لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر، فنفقة الرجوع على نفسه<sup>(١)</sup>، بخلاف ما إذا بقيت ولم تنفسخ، فإنها من مال المضاربة.

[٣٤١٢] «مسألة ٢٣»: قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة. وأن في الأول الربح مشترك، وفي الثاني للعامل، وفي الثالث للمالك.

جميع ما يتوقف عليه حياتها ومنه المرض، وأما في المقام فلم يدل دليل على الشمول، إذ الدليل منحصر بأمرين: الارتكاز العرفي والنص.

والأول: وهو الارتكاز مختص بما هو المتعارف من نفقة المسافر دون الزائد، سواء كان هو المرض أم ارتكاب جريمة قتل ولو خطأ، حيث يجب عليه تسليم الدية<sup>(١)</sup> خصوصاً لو كان الأمر الزائد بمقدار مال المضاربة أو أكثر منه.

والثاني: وهو النص كذلك، إذ إن المذكور فيه ما ينفقه في سفره، أي لأجل سفره، وهو غير شامل لما تكون النفقة فيه لغير السفر، فلا مقتضي لإخراج نفقات المرض من أصل المال بما في ذلك الربح.

إذن لا مقتضي لإخراج نفقات مرضه من مال المضاربة لعدم الدليل عليه، فالصحيح ما ذكره الماتن رحمته.

(١) ذكر الماتن رحمته أن خروج نفقات السفر من مال المضاربة مشروط ببقاء الموضوع، فإذا انتفى الموضوع وانفسخ عقد المضاربة بموت أو غيره، أو فسخه أحدهما حيث إن عقد المضاربة جائز كما تقدم، فلا يبقى موضوع لعقد المضاربة بالفسخ أو الانفساخ، فلا يجوز للعامل إخراج

«وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» قال: إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة، وإلا فَرَّقَ بينهما» الوسائل ج ٢١: ٥٠٩ باب ١ من أبواب النفقات ح ١ وكذا غيرها منها ح ٢ نفس المصدر ومنها ح ١٢.

(١) قياس المرض الذي يكون منشؤه السفر على ارتكاب جريمة قتل أو نحوها غير مقبول ولا صحيح، لأن نفقة المرض الذي منشؤه السفر مما جرت عليه سيرة العقلاء، وأن المرسل له هو الذي يتكفله، دون الجريمة ونحوها، ومن هنا يتبين شمول النص لنفقة المرض الذي منشؤه السفر، فالصحيح أن نفقة المرض الذي منشؤه السفر أو العمل فيه يخرج من مال المضاربة.

فإذا قال : خذ هذا المال مضاربة والريح بتمامه لي<sup>(١)</sup> كان مضاربة فاسدة ، إلا إذا علم أنه قصد الإبضاع فيصير بضاعة ، ولا يستحق العامل أجره إلا مع الشرط أو القرائن الدالة على

نفقات رجوعه من مال المضاربة ، لأنه حال الرجوع ليس بعامل مضاربة ، والحكم بجواز إخراج النفقات إنما هو مختص بعامل المضاربة ، فإنه هو الذي يجوز له إخراج نفقاته من مال المضاربة ، والحال إنه تغير الموضوع ، ولم يصبح العامل عاملاً للمضاربة ، فلا موجب لإخراج نفقة الرجوع الكائن بعد الفسخ من مال المضاربة .

وما ذكره صحيح بالنسبة إلى فسخ العامل ، أو الانفساخ بموت المالك ونحوه ، وأما لو كان الفاسخ هو المالك كانت نفقة الرجوع على المالك لا على العامل ، وذلك لا لأجل صحة علي ابن جعفر المتقدمة<sup>(١)</sup> فإنها غير شاملة للمقام بعد وضوح أن موضوعها العامل المضارب ، وهو بعد الفسخ ليس كذلك ، بل لالتزام المالك بكون نفقة السفر عليه ، وعليه الارتكاز العرفي ، من دون أي موجب لرفع اليد عن ذلك ، خصوصاً بعد تضرر العامل بصرف المال من كيسه ، وهو على خلاف المتفاهم العرفي .

وبعبارة أخرى : أن أساس المضاربة مبني على أن لا يتوجه خسران وضرر على العامل المضارب ، وإنما له أن يشترك في الريح ، أو لا يكون له شيء لو لم يكن ربح ، وأما أنه يخسر ويكون الضرر عليه بصرف نفقات الرجوع - كما في المقام - منه فخارج عن مفهوم المضاربة المتقدم بنظر العرف بعدم الخسارة على العامل بشيء . نعم ، لو كان المقدم على الفسخ هو العامل نفسه فهو قد أوقع نفسه في الضرر ، ومع هذا لم يلتزم المالك بكون نفقته على تقدير فسخه عليه ، كما في الانفساخ أيضاً ، فلا يجب الإعطاء من مال المالك .

(١) ثم ذكر الماتن رضي الله عنه أن المال المعطى لأحد للتجارة لا يخلو من أحد وجوه تقدمت وهي ١ - إما أن يكون مضاربة ٢ - أو قرضاً ٣ - أو بضاعة ، فالأول الربح مشترك بين المالك والعامل ، وفي الثاني يكون الربح فيه مختصاً بالعامل ، والثالث مختصاً بالمالك ، هذا في مقام الثبوت ، وأما مقام الاثبات ، فإذا قال المالك : خذ هذا المال مضاربة والريح بتمامه لي - أي للمالك - أو قال : خذ هذا المال قرضاً - أي مضاربة - وتمام الربح لك ، كانت مضاربة فاسدة ، إذ إن شرط كون تمام

الربح للمالك في الأول، وللعامل في الثاني، لا يجتمع مع عنوان المضاربة، لأنه شرط على خلاف مقتضى العقد القاضي بكون الربح مشتركاً بينهما، فكون تمامه لأحدهما خلاف مقتضى العقد، والشرط المنافي لمقتضى العقد فاسد جزماً، كما أن فساده يسري إلى نفس العقد أيضاً، وليس هو مثل الشرائط الخارجية التي لا يسري فسادها إلى أصل العقد في العقود الالتزامية كالبيع ونحوه، على ما تقدم، لأن الشرط فيها ليس معلقاً عليه، وإنما هو تعليق في الالتزام، أو جعل المنشأ وهو البيع معلقاً على التزام الطرف الآخر بشيء حاصل بالفعل على ما تقدم تفسيره، فأصل البيع فيها ليس فيه تعليق للإذن على الشرط<sup>(١)</sup>، ولذا لا وجه للسريان.

وأما الشرط الذي هو على خلاف مقتضى العقد، فمعناه عدم إنشاء المالك الملكية المطلقة، لأن إنشاء الملكية المطلقة مع شرط مناف لها، كقوله: بعتك داري على أن لا تملكها أي اعتبرك مالكا للدار لكن على أن لا تكون مالكا لها، هذه الملكية غير قابلة للإمضاء، فيكون الشرط الفاسد مفسداً للعقد، فالبحث المعروف أن الشرط الفاسد هل يوجب فساد العقد أو لا غير جار في الشرط الذي هو على خلاف مقتضى العقد، ولا شك في أن هذه الشرط الفاسد مفسد للعقد أيضاً، إذنياً كان العقد أو لزومياً، كما لو قالت الزوجة: زوجتك نفسي على أن لا تكون زوجاً لي، الذي معناه أنها أنشأت زوجية لا تتحقق في الخارج، لأن تحققها في الخارج إنما هو على أن يكون زوجاً لها. وفي المقام مفهوم المضاربة كذلك متقوم بكون الربح مشتركاً بينهما، فإذا أنشأ المضاربة على أن لا يكون الربح مشتركاً بينهما، فمعناه أنه أنشأ المضاربة على أن لا تتحقق في

(١) فلو باع داره من زيد واشترط على زيد أن يجعل العنب خمراً، فلا يوجب فساد هذا الشرط فساد البيع لأنه أجنبي عنه، ولا تعليق لعقد البيع عليه، بل هو إما تعليق الالتزام بالبيع على أن يجعل العنب خمراً، أو تعليق المنشأ وهو البيع على التزام زيد بأن يجعل العنب خمراً، الذي التزام زيد موجود حال العقد، فلا يضر التعليق عليه، لا أن التعليق على جعل العنب خمراً، لأنه من التعليق المبطل في العقود الالتزامية، بخلاف تعليق الإذن في العقود الاذنية على الشرط الفاسد فإنه لا يضر، فلا إذن فلا مضاربة، فالسريان فيها موجود، وأما العقود الالتزامية فلا لعدم التعليق.

الخارج ، فطبعاً تكون مضاربة فاسدة . نعم لو كان يريد بالمضاربة حين التلفظ بها الإِبضاع ، أو بقوله : خذه قراضاً ، القرض لا المضاربة صح ، إلا أن هذا ليس مضاربة ، بل اتى بلفظها اشتهاً أو غلطاً أو مجازاً أو لجهله بمفهوم اللفظ . وكذا الكلام لو لم يأتِ بلفظ المضاربة ، كما لو قال : خذه واتجر به والربح بتمامه لي ، أو لك كما في المقام ، فإن أراد الإِبضاع في الأوّل والقرض في الثاني صح<sup>(١)</sup> ، وإن أراد المضاربة حكم بالفساد لمخالفة الشرط لمقتضى العقد ، وهو فاسد ومفسد للعقد

(١) لأنه تقدم في أوّل الإجارة في اعتبار الإيجاب والقبول فيها الواضح ٩ : ١٩١ - ١٩٦ : موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ١٦ - ١٨ ما مضمونه : أن حقيقة الانشاء إنما هو الابراز - لا إيجاد المعنى باللفظ وكون اللفظ آلة لتحقيقه في وعاء الاعتبار كما عليه المشهور - وكل لفظ اتصف بكونه مبرزاً للمقصود صدق عليه ذلك العقد جزماً ، سواء كان دلالة اللفظ عليه على نحو الحقيقة أم المجاز ، فإذا كان مراده القرض من القراض أو المضاربة لا أنه يريد المضاربة ، فاستعمال لفظ المضاربة أو القراض في القرض مع القرينة مجاز وبه تتحقق المعاملة القرضية ولا مانع من ذلك ، وكذا لو كان مراده من لفظ المضاربة أو القراض البضاعة ، فاستعمال لفظ القراض أو المضاربة في البضاعة مع القرينة مجاز وبه تتحقق معاملة البضاعة ، ولا مانع من ذلك ، وكذا إذا غلط في اللفظ ، أو جهل معناه وكنا عالمين بذلك ، بأن كنا عالمين أنه غلط ، أي أراد أن يقول أقرضتك فقال قارضتك ، أو ضاربتك أو أراد أن يقول : خذه بضاعة ، فقال : خذه قراضاً أو مضاربة ، أو كان جاهلاً بمعنى قارضتك أو ضاربتك ونعلم أنه تخيل أنه معناهما هو القرض أو البضاعة ، فإن كل ذلك يكون الابراز دالاً على إرادة القرض أو البضاعة من لفظ ضاربتك أو قارضتك ، ولا مانع منه .

وعلى هذا يتضح لك ما في الكلام الآتي فإنه قيل : «وفي المقام لفظ المضاربة لا يصلح لأن ينشأ به القرض ، لأنه مفهوم انشائي مبين مع المضاربة كالبيع والإجارة ، وكون الربح بتمامه للعامل ليس هو المنشأ والمقوم لعقد القرض ، بل هو أثر شرعي تبعاً لتمليك رأس المال له ، وأما المنشأ في القرض فهو تمليك العين على وجه الضمان أو المعاوضة ، وهو مبين مع

جرماً<sup>(١)</sup>.

(١) ثم إذا كان المراد الابضاع، فإن كانت هناك قرينة من الخارج أو ذكر في نفس المعاملة أن يكون للعامل أجرة، ولا يكون عمل العامل مجاناً، ولم يقصد العامل بعمله التبرع، فلا شك يقتضي ذلك استحقاق العامل لأجرة المثل، كما هو مقتضى السيرة العقلائية. وأما لو لم تكن قرائن في المقام كذلك، فالظاهر عدم الاستحقاق، إذ لم يجعل له حصة من الربح، ولم يأمره بالعمل مع الأجرة، بل ظاهر الكلام كون العمل مجاناً<sup>(٢)</sup>.

« المنشأ في المضاربة، فكما لا يصح انشاء البيع بلفظ الإجارة، فكذلك الحال في المقام»  
بحوث في الفقه كتاب المضاربة: ٢٨٥ - ٢٨٦.

(١) في موسوعة الإمام الخوئي ما هذا نصه - تعليقاً على قول الماتن عليه السلام - الذي هو: فإذا قال: خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لي، كان مضاربة فاسدة - «لفساد الشرط، حيث إنه مخالف لمقتضى العقد، ولا يجتمع معه، وليس هو كاشتراط أمر خارجي حتى لا يكون فساده سارياً إلى العقد نفسه، فإن بينهما بوناً بعيداً...». موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٥٧.

أقول: ظاهر هذا الكلام أنه «ليس هو كاشتراط أمر خارجي حتى لا يكون فساده سارياً إلى العقد نفسه» أي في المضاربة، والحال إن في المضاربة إذا كان هناك اشتراط أمر خارجي، وكان الشرط فاسداً، فمعناه تعليق الإذن على ذلك الشيء الفاسد، فإذا كان الشيء - أي الشرط - فاسداً فلا إذن فلا مضاربة، ففساد الشرط فيها يسري إلى العقد لأنها من العقود الإذنية، وفساد الشرط الخارجي لا يسري إلى العقد فلا يفسده إنما هو في العقود الالتزامية، لا في العقود الإذنية.

وهذا الإشكال الذي يرد على ما في الموسوعة ناتج من سوء التلخيص، وإلا فالسيد الأستاذ عليه السلام لم يقل ذلك على ما عرفت مما كتبناه نحن من بحث السيد الأستاذ عليه السلام.

(٢) أقول: ظاهر الكلام دال على أن ليس للعامل شيء من الربح، وأما أن إتيانه بالعمل يكون مجاناً أيضاً فهذا لا يستفاد من الكلام، وليس للكلام ظهور فيه، وظاهر أمر شخص شخصاً

(١) وإذا شك في أن عمله هل كان بعنوان التبرع أو الأجرة، فظاهر كلام الماتن رحمته أنه يستحق أجرة المثل لأن عمل المسلم محترم ما لم يتبرع به، فإذا لم يثبت التبرع كما هو

آخر بعمل علي أن لا يكون له من هذا المال الخاص شيء في سوق الأعمال، كما إذا قال للحمال: احمل هذا المتاع علي أن لا أعطيك منه شيء، معناه أن له شيئاً من غيره، إلا أن تكون قرائن علي المجانية، لا العكس، فالنقاش في الصغرى.

ودعوى أن الكلام ظاهر في المجانية إلا أن تكون قرينة علي عدمها مع عدم التبرع، كما يقوله السيد الأستاذ رحمته فهي دعوى خلاف الظاهر. فإن الظاهر العكس، وهو أن لا يكون عمله مجاناً إلا أن تكون قرينة علي المجانية أو قصد التبرع بعمله. ثم إن دعوى أن الفارق بين الإبضاع وبين الإجارة هو ذلك، حيث إن في الإبضاع الأمر ظاهر في المجانية، بخلاف الإجارة حيث إن الأمر فيها ظاهر في غير المجانية، فهو مصادرة علي المطلوب، فإن الإجارة ليست هي أمر أحد بعمل، بل هي علي ما تقدم في تعريفها تمليك عمل أو منفعة بعوض، الواضح ١٧٣: ٣٠: ٣، وأما أمر أحد بعمل له مالية فمن جهة قيام السيرة العملية العقلانية علي ضمان الأمر أجرة المثل للمأمور مع كون الأمر غير ظاهر في المجانية، ولم يقصد العامل التبرع بالعمل، فهذا لا يجعله إجارة، بل أمر بالعمل علي وجه الضمان، وهو عنوان كلي ينطبق علي البضاعة وعلي غيرها، ونتيجته نتيجة الإجارة، وليس كلما اتحدت النتيجة - كما لو اتحدت نتيجة البيع بأن كان فيه ربح مع نتيجة المصالحة بأن كان فيها ربح - كان معاً شيئاً واحداً؟! فليس ما إذا اتحدت نتيجة الأمر بالعمل علي وجه الضمان مع نتيجة الإجارة كان ذلك إجارة أبداً، ولذا نرى الفقهاء (قدس الله أسرارهم)، ومنهم السيد الأستاذ رحمته يقولون الإجارة أو الأمر علي نحو الضمان، فالأمر علي نحو الضمان غير الإجارة.

فهذا السيد الأستاذ رحمته يقول في الواضح في أول مسألة من مسائل [فصل في التنازع] الرقم العام [٣٣٥٦] ما نصّه: «يكون التنازع في أنها إجارة، أو إذن في التصرف مع الضمان، أو أنها عارية» الواضح ١٠: ٣٢٧، وهذا السيد الماتن رحمته يقول في المسألة ٢ [٣٣٥٧]: «لو اتفقا علي أنه إذن للمتصرف في استيفاء المنفعة، ولكن المالك يدعي أنه علي وجه الإجارة بكذا أو الإذن بالضمان والمتصرف يدعي أنه علي وجه العارية» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٤٢٥.

كتاب المضاربة / تداخل المضاربة مع القراض أو القرض ..... ٣٤١  
وإذا قال : خذه قراضاً وتمام الربح لك ، فذلك مضاربة فاسدة ، إلا إذا علم أنه أراد القرض .

ولو لم يذكر لفظ المضاربة بأن قال : خذه واتجر به والربح بتمامه لي ، كان بضاعة إلا مع العلم بإرادة المضاربة فتكون فاسدة .

ولو قال : خذه واتجر به والربح لك بتمامه ، فهو قرض إلا مع العلم بإرادة المضاربة ففاسدة .

ومع الفساد<sup>(١)</sup> في الصور المذكورة ، يكون تمام الربح للمالك وللعامل أجره عمله .

---

المفروض فيستحق العامل أجره المثل على المالك .

وفيه : أن احترام عمل المسلم بمفرده لا يوجب الضمان كما تقدم مراراً ، وإنما يوجب الضمان إذا صدر العمل بأمر المالك غير الظاهر في المجانية ، ولم يقصد العامل التبرع ، وحيث إن ظاهر كلام المالك العمل المجاني<sup>(١)</sup> فلا يوجب الضمان وإن لم يقصد العامل التبرع ، بعد فرض عدم أمر المالك مع الضمان ، بل كان على نحو التبرع ، وعليه فلا أثر للشك إذا كان على خلاف ظاهر الكلام .

(١) ثم ذكر الماتن رحمته أنه قد يفرض أن الفساد في المضاربة ولو من غير ما ذكر من الجهات المتقدمة التي هي كون الشرط فيها منافياً لمقتضى العقد - كما لو كان النقد من غير الذهب والفضة ، وما يقوم مقامهما من الأوراق النقدية ، وكانت المضاربة بالأعيان الخارجية والعروض أو بالدين - فإن كان فساد المضاربة لجهة غير كون الشرط منافياً لمقتضى العقد ، فيما أن المضاربة فاسدة فلا أثر لجعل الربح نصفاً أو ربعاً ، بل الربح كله للمالك<sup>(٢)</sup> ، وبما أن عمل العامل كان بأمر المالك لا على نحو المجانية ، بل على نحو يكون له مقدار من الربح ، فإذا لم تسلم له الحصة من

---

(١) ظهر ما فيه فلا نعيد ، فإنه ليس في سوق هذه الأعمال ظهور المجانية ، نعم قد يكون ظهور في المجانية عند وجود قرينة عليه كما لو قال ذلك الوالد لولده ، وهذا أيضاً فيما كان الوالد منعماً على ولده انعاماً كثيراً بحيث لا يتصور الولد من أمر والده إلا المجانية فنعم .

(٢) لا يقال : في هذا وما بعده مما يكون الربح كله للمالك إنما هو مع الإجازة ، وإلا فليس له إلا عين ماله مع وجوده وإلا فبدله مثلاً أو قيمة .

لأننا نقول : إن الأمر بالعمل كان بأمر المالك ولكنه ليس مضاربة .

الربح لفرض فساد المضاربة فله أجره المثل . وإن كان فساد المضاربة من جهة كون الشرط منافياً لمقتضى العقد . فليس ما ذكره الماتن رحمته من إطلاق استحقاق العامل لأجرة المثل صحيحاً ، بل لابد من التفصيل في المقام بين أن يكون الفساد من جهة اشتراط كون الربح بتمامه للعامل فالأمر كما ذكره الماتن رحمته فإن المضاربة فاسدة ، والربح بتمامه للمالك ، إلا أن عمل العامل لما لم يكن على وجه المجانية بل صادرٌ بأمر المالك على نحو الضمان<sup>(١)</sup> ، وأن يكون شيء من الربح للعامل ، فحينما لم يمضِ الشارع هذه المعاملة ينتهي الأمر لا محالة إلى أجره المثل . وبين أن يكون الفساد من جهة اشتراط كون الربح بتمامه للمالك - فلا يتم ما ذكره الماتن رحمته من ثبوت أجره المثل للعامل - فالمضاربة فاسدة ، وللمالك تمام الربح أيضاً ، إلا أن عمل العامل هنا وإن لم يكن بقصد المجانية إلا أنه كان صادراً بأمر المالك الظاهر في المجانية<sup>(٢)</sup> والتبرع ، لا أنه صادرٌ بأمر المالك على نحو الضمان الذي هو المعيار في الضمان في العقود الفاسدة على ما قرر في محله ، فلا وجه لضمان أجره المثل له ، وهذا هو الموافق للقاعدة الكلية «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» فإنه لو كان العقد صحيحاً لم يكن فيه ضمان فكذا لو كان فاسداً<sup>(٣)</sup> .

(١) لا للاستيفاء ، كما في المستمسك ١٢ : ٣٠٩ «أو ١٨٣ طبعة بيروت» إذ قد يكون الاستيفاء متحقق ومع ذلك بنظر السيد الأستاذ رحمته لا ضمان لأجرة المثل للعامل ، كما في الفرض الثاني من فرضي الفساد ، فان الاستيفاء بنظر السيد الأستاذ رحمته ليس من أسباب الضمان بل للضمان بنظره سببان ١ - العقد الصحيح . ٢ - كون العمل بأمر الغير لا تبرعاً بل مع الضمان . والعمل في الفرض الثاني وإن كان بأمر الغير ، إلا أنه يدعي أن أمر الغير ظاهر في المجانية ومعه فلا يكون الاستيفاء موجِباً للضمان . كما أن الموجب لضمان أجره المثل في الفرض الأول أمر المالك على نحو الضمان ليس إلا .

(٢) ظهر ما فيه فلا نعيد .

(٣) أقول : الماتن رحمته يتكلم على رأيه ، ورأيه ثبوت أجره المثل في البضاعة الصحيحة ، فبالبضاعة الباطلة أيضاً كذلك ، فإن الماتن رحمته قال في أول المضاربة : إن من دفع مالا إلى غيره

وهذا التفصيل هو الصحيح ، وإن كان كلام الأصحاب ككلام الماتن قدس الله أسرارهم مطلقاً ، وأن الربح في المضاربة الفاسدة للمالك وللعامل أجرة المثل<sup>(١)</sup> .

ثم إن هنا شيئاً آخر وهو أن إطلاق كلامهم يقتضي في فرض استحقاق العامل أجرة المثل - في أي مورد التزم به - أن تكون له أجرة المثل على الإطلاق ، زادت على مقدار حصته من الربح

للتنجارية .

تارة على أن يكون الربح بينهما ، وهي المضاربة .

وتارة على أن يكون تمامه للعامل ، وهذا داخل في عنوان القرض إن كان بقصده .

وتارة على أن يكون تمامه للمالك ، ويسمى عندهم باسم البضاعة .

وتارة لا يشترطان شيئاً ، وعلى هذا يكون تمام الربح للمالك ، فهو داخل في عنوان البضاعة .

وعليهما يستحق العامل أجرة المثل لعمله ، إلا أن يشترط عدمه أو يكون العامل قاصداً

التبرع ، ومع عدم الشرط وعدم قصد التبرع أيضاً له أن يطلب الأجرة ، إلا أن يكون الظاهر

منهما في مثله عدم أخذ الأجرة ، وإلا فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع .

هذا ما تقدم من الماتن<sup>رحمته</sup> ، وليس ما تقدم منه<sup>رحمته</sup> ناقصاً من حيث الدليل ، لأن الماتن<sup>رحمته</sup> يدعي

أن أمر المالك بالتجارة على أن يكون تمام الربح له ليس ظاهراً في المجانية بالنسبة للعمل ، بل

ظاهر في أنه ليس لك من الربح شيء ، لا أنه ليس لك حتى أجرة المثل ، والمتعارف في سوق

العمل أن يكون للعامل أجرة عمله إلا أن تكون قرينة أو تصريح بعدم شيء حتى أجرة المثل .

فدعوى أن كلام الماتن<sup>رحمته</sup> ناقص من حيث الدليل ، لأن احترام عمل المسلم لا يقتضي الضمان

إلا إذا انضم إليه أمر المالك بالعمل ، وهنا لم ينضم إليه أمر المالك بالعمل إلا على نحو

المجانية ، فذلك رأي السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> لا رأي الماتن ، بل رأي الماتن أنه انضم إليه أمر المالك

بالعمل لا على نحو المجانية .

(١) كلامهم على نحو الإطلاق هو الموافق لظاهر الكلام وسيرة العقلاء ، إلا أن تكون قرائن على

الخلافاً والمجانية والمفروض عدمها .

أو لا، كان هنا ربح أو لا<sup>(١)</sup>.

ولكن الإطلاق محل نظر بل منع، وذلك لأن الضمان في هذه الموارد لم يرقم على اعتباره دليل لفظي من آية أو رواية، وإنما ثبت ببناء العقلاء، ولم يرقم بناء من العقلاء على الضمان فيما إذا زادت الأجرة على ما التزم به العامل، فليس له المطالبة بأزيد من مقدار الربح، لأنه حين اشتغاله بالعمل اشتغل بالعمل ملغياً لأجرة المثل ومكتفياً بالربح، فهو قد ألغى احترام عمله في الزائد على الربح، فلا يبقى له احترام.

وكذا لم يرقم بناء من العقلاء على ثبوت أجرة المثل لو لم ترحج التجارة أصلاً.

وعليه فالإطلاق من تقييد الضمان لأجرة المثل بما إذا تحقق ربح وكانت أجرة المثل مساوية أو أقل من الربح، وإلا فلا ضمان<sup>(٢)</sup>.

(١) قد يقال: ليس كلامهم ظاهراً في الإطلاق من هذه الجهة، وإنما هو في مقابل أن ليس له شيء.

وفيه: لو لم يكن كلامهم ظاهراً في ذلك لقيدوا استحقاق أجرة المثل بما إذا لم تزد على

مقدار حصته من الربح، ولم يقيدوا بذلك، ومعنى ذلك أن كلامهم مطلق من هذه الحيثية.

(٢) أشكل على السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> بما نصه: «ثم إن بعض الأعلام استشكل على الماتن بأن دليل

الضمان في المقام حيث إنه السيرة العقلانية، فقدرة المتيقن ضمان عمل العامل لأجرة عمله

بالمقدار الذي جعل له، وأقدم عليه لا أكثر، فلو كان تمام الربح الذي جعله له مائة دينار

مثلاً، وقلنا بفساد المضاربة وكانت أجرة العمل أكثر من ذلك لم يستحق الزيادة.

[ثم قال المستشكل]: وهذا الكلام غريب فإنه يرد عليه:

أولاً: النقص بالإجارة الفاسدة، فإنه لا إشكال فيه حتى عنده أنه يستحق فيه الأجير أجرة

مثل عمله، ولو كانت أكثر من المسمى.

وثانياً: بالحل، وحاصله: أنه لا فرق عند العقلاء بين ضمان العين المقبوضة بالعقد الفاسد أو

ضمان العمل، بل تقدم أن هناك قاعدة واحدة في البابين لا قاعدتين، وقد التزم هذا العلم تبعاً

« لغيره بأن الضمان في باب الأعيان المقبوضة بالعقد الفاسد هو ضمان الغرامة والقيمة السوقية ولو زادت على المسمى . ودعوى : أن العامل مقدم على المجانية بالنسبة للمقدار الزائد لأنه أقدم على قبول النسبة من الربح مدفوعة بأن هذا ليس اقداماً على مجانية الزيادة ، لأن تقدير الربح ومقداره غير معلوم من أول الأمر» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٢٨٧ - ٢٨٨ .

**وهذا الإشكال منه على السيد الأستاذ رحمته فيه ثلاث جهات :**

**الجهة الأولى :** النقض على السيد الأستاذ رحمته بأنه لا يقول بذلك في الإجارة الفاسدة .

**الجهة الثانية :** أنه لا فرق في هذابين ضمان العمل في المضاربة وبين ضمان المبيع لو بيع بأقل من ثمن المثل ، ثم تبين فساد البيع بعد تلف المبيع ، لأن القاعدة فيهما واحدة في البابين ، وليس عندنا قاعدتان ، فلو كان ضمان العمل يقتضي الضمان لأجرة المثل فيما إذا لم ترد على الحصة المجعولة ، وإلا فلا يضمن إلا بمقدارها ، لاقتضى ذلك ضمان المبيع التالف لو بيع بأقل من ثمن المثل بمقدار الثمن المسمى ، لا بقيمته الواقعية التي هي ثمن المثل لو بان فساد البيع ، أي لو باع داره التي تسوى ١٠٠٠ ب ٥٠٠ ثم بعد تلف الدار تلفاً حقيقياً تبين بطلان البيع ، فلا شك يرجع الثمن للمشتري وترجع الدار إلى مالكها ، وبما أنه لا يمكن إرجاع الدار لتلفها فترجع قيمتها ، ولم يقيد السيد الخوئي رحمته بإرجاع القيمة فيما إذا لم ترد على القيمة المسماة ، وأما لو زادت فلا ترجع القيمة كلها . ولم يذهب إلى هذا القول هناك ، بل قال بإرجاع تمام القيمة الواقعية للدار وإن كانت أكثر من المسمى لا بمقدار المسمى ، مع العلم القاعدة هنا عنده جارية ، لأنه بالنسبة لما زاد على المسمى نفس البائع ألغى احترام ماله بالنسبة إليه فلا يبقى له احترام ، فلماذا لا يقول به هنا ، والتزم في باب البيع بضمان القيمة وإن زادت على المسمى .

**الجهة الثالثة :** أن دعوى أن العامل أقدم على إلغاء احترام عمله بالنسبة لما زاد على حصته من الربح ، لأنه قبل بالحصة التي اتفقا عليها ، وهذا القبول معناه إلغاء احترام ماله بالنسبة لما زاد عليها . هذه الدعوى باطلة ، وليس هنا إقدام على المجانية بالنسبة إلى ما زاد على حصته من الربح ، وذلك لأن تقدير الربح ومقداره غير معلوم من أول الأمر .

﴿ وكل هذه الجهات من الإشكال غريبة من المستشكل حفظه الله على السيد الأستاذ رحمته ، لا أن كلام السيد الأستاذ رحمته غريب .

أمّا الجهة الأولى وهي النقض على السيد الأستاذ رحمته بالإجارة الفاسدة ، حيث نسب إليه أنه لا يقول بذلك ، وأنه لو استأجر داراً مثلاً قيمتها خمسون ديناراً في الشهر بعشرة دنانير ، ثم بعد الاستيفاء تبين بطلان الإجارة ، ضمن للمؤجر خمسين لا عشرة ، ولو كان كلامه بأن العامل ألغى احترام ماله بمقدار ما زاد على حصته من الربح ، لو كانت المضاربة صحيحة صحيحاً ، فالمؤجر للدار أيضاً ألغى احترام ماله بالنسبة لما زاد على الأجرة المسماة وهي عشرة - أي ألغى ٤٠ - فلماذا حكم عليه بأنه يضمن المستأجر للمؤجر خمسين لا عشرة ؟ !

فهذا النقض غير وارد وغريب من القائل أيضاً بعد وجود بحوث الإجارة وغيرها وحضوره بحوث السيد الأستاذ رحمته ، فإن السيد الأستاذ يقول في الإجارة بأن المستأجر يضمن للمؤجر عشرة لا خمسين ، فمن أين أتى بالقول بأن السيد الأستاذ رحمته يقول بأنه يضمن له خمسين ؟ ! ، فإن السيد الأستاذ قال : « وعليه فلو آجر داره [أي المؤجر أو المالك للدار] كل شهر بعشرة دنانير باجارة فاسدة سواء علم بالفساد أم لا ، وأجرة مثلها كل شهر بخمسين ، لم تكن له [أي المؤجر أو المالك للدار] المطالبة بالتفاوت ، إذ هو بنفسه ألغى احترام ماله وسلط المستأجر على داره ازاء تلك الأجرة الضئيلة ، فلأجل أنه هو المقدم لإسقاط الاحترام بالنسبة لهذه الزيادة لم يكن له حق المطالبة ، ومن المظنون بل المطمأن به أنّ الأمر كذلك حتى في عرف العقلاء بحسب القوانين الدارجة بينهم ، فإنهم أيضاً لا يلتزمون بالضمان في أمثال هذا المورد زائداً على ما أقدم عليه المالك ، فلا يطالبون المستأجر بأزيد مما عين له » موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٨٣ - ٨٤ ، الواضح ٩ : ٢٩٥ - ٢٩٦ .

ومن البديهي عدم الفرق في إلغاء الاحترام بين إلغاء الاحترام للأموال التي هي أعيان ، أو إلغاء الاحترام للأموال التي هي أعمال . على أن إلغاء احترام الأموال التي هي أعمال أيضاً يصرح بها السيد الأستاذ رحمته في المضاربة والمزارعة والمساقاة في عدة موارد ، مضافاً إلى أن المورد لا خصوصية عنده في قوله : « فإنه لا إشكال حتى عنده أنه يستحق فيه الأجير أجرة مثل

«عمله ، ولو كانت أكثر من المسمى» لخصوص المال الذي هو عمل ، لأنه أشكل على السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> بهذا الإشكال أيضاً فيما مضى ، وعبارته هي «أولاً: بالنقض بموارد الإجارة الفاسدة مع كون أجرة المسمى أقل من أجرة المثل» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٩٨ ، وليس فيها أجرة العمل ، فلا فرق بين المال الذي هو عين والمال الذي هو عمل . وكذا أشكل على السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> بما سيأتي ، وعبارته فيما سيأتي هي : «بالنقض بالإجارة الفاسدة أو المنسوخة مع كون أجرة المسماة أقل من أجرة المثل» بحوث في الفقه كتاب المضاربة : ٣٤٩ . وليس في عبارته أجرة المال الذي هو عمل ، بل الإجارة الفاسدة أو المنسوخة سواء كانت لعين أو عمل . على أن السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> يقول بذلك في غير الإجارة من العقود كلها ، فإن هذا مبناه ، ودليله عليه واضح ، فمقتضى تماميته وجريانه في باب من الأبواب جريانه في باقي الأبواب ، وإلا فلا خصوصية للمضاربة ولا للإجارة ، وإنما الخصوصية للمبنى ، فهو على مقتضى القاعدة يطبق هذا المبنى على موارد في كل العقود . نعم ، قد يصادف أن لا يذكر هذا الفرع في باب من الأبواب ، فلا يذكر التطبيق ، لا أنه يكون بناؤه في هذا الفرع الذي لم يذكره عكس هذا المبنى . فمن الأبواب التي طبق السيد الأستاذ<sup>رحمته</sup> هذا المبنى على موارد كتاب المضاربة ، موسوعة الإمام الخوئي ج ٣١ : ١٩ ، والواضح ج ١١ : العاشر مما يعتبر في المضاربة . ومن الموارد أيضاً ما ذكره في كتاب المساقاة ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٣٥٣ ، والواضح مسألة ٢٣ [٣٥٥٣] .

ومن الموارد أيضاً ما ذكره في كتاب الشركة ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٢١٤ ، الواضح المسألة ١٢ الرقم العام [٣٤٩١] .

ومن الموارد أيضاً ما ذكره في كتاب المزارعة ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٢٢٦ - ٢٢٧ ، الواضح : الشرط الثالث من شرائط المزارعة ( أول كتاب المزارعة ) .

ومن الموارد أيضاً ما ذكره في كتاب المضاربة غير المورد المتقدم ذكره ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١٢٤ ، الواضح المسألة ٤٨ الرقم العام [٣٤٤٥] .

ومن الموارد أيضاً ما ذكره في كتاب المضاربة أيضاً - غير الموردين المتقدمين - موسوعة

«الإمام الخوئي ٣١: ١٥٦، الواضح المسألة الثانية الرقم العام [٣٤٦١].

هذا بالنسبة إلى ما يرجع إلى الجهة الأولى .

وأما الجهة الثانية من كلام المستشكل على السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> : وهي النقص على السيد

الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> بأنه يقول في باب البيع بعكس ما يقوله هنا ، والحال إن القاعدة فيهما واحدة .

فهذا النقص إنما يكون مقبولاً لو كان الناقض حفظه الله قديماً لنا أين يقول السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup>

بعكس ذلك في البيع ، فإن قوله : «وقد التزم هذا العلم تبعاً لغيره بأن الضمان في باب الأعيان

المقبوضة بالعقد الفاسد هو ضمان الغرامة والقيمة السوقية ولو زادت على المسمى» لو يبين لنا

أين يقوله كان ذلك يقتضي النظر في ذلك ، إلا أنه حفظه الله لم يبين أين قاله وسر عدم بيانه

لذلك أنه لا وجود لهذا الكلام ؟ والذي ذكرنا سابقاً أن هذا البحث لم يطرح فيما بحثت

وتفحصت ، وإن الذي ذكره الأصحاب في فرض فساد البيع ما لو اختلفت القيمة بين يوم

الضمان ويوم التلف ويوم الأداء والمطالبة من جهة الصعود والتنزل ، ولم يتعرضوا لما إذا كان

هناك تفاوت بين القيمة السوقية - التي هي قيمة المثل - والمسمى في فرض تلف العين

المباعة ، ثم تبين فساد البيع .

ولو تعرض السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> لهذا الفرع ، فلا شك أنه يطبق المبنى المذكور على المورد ،

ولا خصوصية تقتضي بأن يتخلف عن تطبيق المبنى على الموارد .

فليس السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> اختار في بحث البيع الفاسد أن الضمان يكون لقيمة المثل حتى لو

كان زائدة على المسمى في بحثنا هذا ، وإنما ذكر ذلك في غير بحثنا لما عرفت ، والناسب إليه

اشتبه في النسبة إليه .

والمقصود أن السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> تبعاً للأصحاب (قدس الله أسرارهم) لم يتعرضوا لهذا

البحث ، حيث إن البحث الذي بحثوه في تبين فساد البيع من أن الثابت هل هي قيمة يوم

الضمان ، أو قيمة يوم التلف ، أو أعلى القيم منه إليه ، أو قيمة يوم الأداء والمطالبة ، أو أعلى

القيم من يوم الضمان إلى يوم الأداء ، وهو بحث طويل عريض ، وبناتائه انهموا البحث فيما

يترتب على البيع الفاسد . وعلى كل حال ، الالتزام بالمبنى الذي ذكره السيد الأستاذ<sup>عليه السلام</sup> - وهو

الصحيح - يقتضي أن يقال به حتى في البيع ، فمثلاً لو باع داره بعشرة وهي قيمته الواقعية ، وبعد تلف الدار تلفاً حقيقياً تبين فساد البيع ، فلا شك ترجع العشرة لصاحبها وترجع الدار لصاحبها ، وبما أنه لا يمكن إرجاع الدار لتلفها فترجع قيمتها ، فإن قلنا - مثلاً - بأن الثابت هي قيمة يوم التلف لأنها هي يوم الانتقال إلى القيمة ، وكانت قيمة الدار يوم التلف خمسمائة ، فلا شك يضمن المشتري للبائع خمسمائة ، فلو كان البائع للدار التي قيمتها الواقعية عشرة مع علمه بذلك قد باعها بخمسة ، فكان الثمن المسمى خمسة ، والحال إن قيمتها الواقعية عشرة ، ثم تبين فساد البيع بعد تلف الدار تلفاً حقيقياً ، وكانت قيمة الدار يوم التلف - بمقتضى البحث السابق الذي فرضنا أن المعتبر - مثلاً - قيمة يوم التلف وهي خمسمائة ، فلا شك أن المشتري هنا يضمن للبائع بنسبة قيمة المسمى إلى القيمة الواقعية ، وكانت نسبة قيمة الثمن المسمى إلى القيمة الواقعية نسبة النصف ، فيضمن له في المثال مائتين وخمسين ، لا خمسمائة ولا خمسة لنفس الدليل ، وهو أن البائع مع علمه بأن الثمن عشرة ألغى احترام ماله بنسبة النصف ، فباعه بخمسة ، فلا يبقى له احترام بنسبة النصف ، سواء كانت القيمة الواقعية يوم التلف عشرة أو خمسمائة ، بنسبة النصف من قيمته ملغاة ، فلا يضمن الضامن إلا غير الملغى ، ولو كان قد باع الدار بواحد ضمن المشتري من الخمسمائة خمسين ، ولو كان قد باعها بائنين ضمن المشتري من الخمسمائة مائة . وهكذا .

هذا كله فيما يرجع إلى الجهة الثانية .

وأما الجهة الثالثة في كلامه وفي إشكاله على السيد الأستاذ رحمته وهي دعوى بطلان أن العامل أقدم على إلغاء احترام عمله بالنسبة لما زاد على حصته من الربح ، وذلك لعدم معلومية الربح ومقداره من أول الأمر ، فهذه الجهة والحيثية التي من أجلها يقول المستشكل ببطلان دعوى إلغاء العامل لاحترام ماله بالنسبة لما زاد على حصته من الربح ، وهي عدم معلومية الربح ومقداره من أول الأمر ، فهذه الحيثية موجودة حينما لا تحصل المضاربة على ربح أصلاً ، والحال إن القائل المذكور يقول إن العامل لا يستحق شيئاً من أجرة المثل لو بان أن المضاربة فاسدة لأنه يكون متبرعاً بعمله ، والحال إنه لا يعلم في المضاربة أصل حصول الربح ، فكيف

إلا مع علمه بالفساد<sup>(١)</sup>.

[٣٤١٣] «مسألة ٢٤»: لو اختلف العامل والمالك في أنها مضاربة فاسدة أو قرض، أو مضاربة فاسدة أو بضاعة، ولم يكن هناك ظهور لفظي ولا قرينة معينة، فمقتضى القاعدة التحالف<sup>(٢)</sup>.

(١) ثم استثنى الماتن رحمته صورة واحدة من الضمان وهي ما لو كان العامل عالماً بالفساد، ومع ذلك قد عمل، فحكم رحمته بأنه كما ليس حصة من الربح ليس له أجره المثل، أما أنه ليس له حصة من الربح فلغرض فساد المعاملة مضاربة، وأما أنه ليس له أجره المثل - أي لا يضمن المالك له أجره المثل - فلأن علمه بالفساد يقتضي أن يكون متبرعاً بعمله.

ولكن تقدم في كتاب الإجارة<sup>(١)</sup> أن العلم بالفساد وعدمه بيان من هذه الجهة، إذ إن علم العامل بعدم إمضاء الشارع لهذه المعاملة غير ملازم لقصد التبرع والمجانبة، بل هو قاصد للعمل بازاء الربح، والمفروض أن الأمر كان أمراً بالعمل لا مجاناً، بل مع الضمان، فلا وجه لعدم الضمان مع علم العامل بالفساد أيضاً ما لم يقصد التبرع.

(٢) إذا تنازع المالك والعامل في أن المعاملة الواقعة مضاربة فاسدة أو قرض، فإن كانت مضاربة فاسدة فالربح بتمامه للمالك، وإن كانت قرضاً فالربح بتمامه للعامل وعليه مثل القرض أو قيمته، أو تنازعا في أنها مضاربة فاسدة أو بضاعة - بناءً على ما اختاره هو من أن في البضاعة يثبت للعامل أجره المثل - ففي كلا الفرضين لو لم يكن ظهور لفظي أو قرينة معينة كان المقام من موارد

صار هنا متبرعاً بعمله وليس له من الأجرة شيء. فإن المستشكل حفظه الله قال: «ثم إنه يجب استثناء صورة عدم تحقق الربح عن استحقاق العامل للأجرة على جميع التقادير المتقدمة، لأن العامل مقدم على المجانية [أي على إلغاء احترام ماله] في هذا التقدير» بحوث في الفقه كتاب المضاربة: ٩٨، والحال إن أصل حصول الربح في المضاربة غير معلوم من أوّل الأمر، فكيف مع ذلك صار العامل هنا ملغياً لاحترام ماله؟! فإن عدم المعلوماتية إذا كانت مانعة من إقدام العامل على إلغاء احترام ماله كانت مانعة منه في المقام أيضاً؟! فلماذا لم تمنع في المقام؟! وللجهة الثالثة ردود أخرى لا مقتضى للتعرض لها ولا نحب الإطالة.

(١) في الواضح ج ١٠: ٦٧ - ٦٨، ٧٦ المسألة ١٦ [٣٢٩٨] في موضعين منها. موسوعة الإمام

التداعي ، لأن كلاً منهما يدعي شيئاً والآخر ينكره ، الأول يدعي المضاربة الفاسدة والثاني ينكره ، والثاني يدعي القرض والأول ينكره . وكذا لو اختلفا في أنها مضاربة فاسدة أو بضاعة ، واللازم في موارد التداعي التحالف ، فإن حلف أحدهما دون الآخر حكم للحالف ، وإن حلفا معاً سقطت دعوى كل منهما ، ولا يلزم أياً منهما بعد ذلك بشيء .

**أقول :** ذكرنا في محله<sup>(١)</sup> أنه لم تثبت حقيقة شرعية ولا متشرعية لكل من المدعي والمنكر . نعم ، ورد في الروايات أن البيئنة على المدعي واليمين على من أنكر ، من دون ذكر معنى المدعي والمنكر ، فهما باقيا على معناهما اللغوي المفهوم عرفاً ، وهو أن المراد من المدعي على ما هو المفهوم عرفاً هو الذي يطالب بشيء ويكون هو الملمزم باثباته عند العقلاء ، والمراد من المنكر خلافه وهو من لا يحتاج إلى إثبات ما يقوله .

**والأول** يتحقق في موردين ، أحدهما : أن يدعي على الآخر شيئاً من الأموال أو الحقوق أو ما يشبههما كزوجية ، فيطالب عند العقلاء بما يبين دعواه ، وأما المنكر للمال أو الحق أو الزوجية فلا يقال له عند العرف أثبت ما تقوله ، فلا يقال للمرأة أثبتى عدم الزوجية ، ولا لمنكر هبة المال أنه أثبت أنك لم تهب المال . **ثانيهما :** أن يعترف بثبوت حق للآخر عليه إلا أنه يدعي الوفاء به ، كما لو اعترف عمرو بالاقتراض من زيد إلا أنه يدعي عمرو أنه أداه والمقرض - وهو زيد - ينكر الأداء ، فزيد هنا وإن كان هو المدعي أي المطالب بالمال ، ولو ترك ترك ، إلا إنه مع ذلك هو المنكر ، لأنه بعد اعتراف المقرض - وهو عمرو - بالاقتراض فهو أي عمرو الملمزم بإثبات الأداء عند العقلاء ، فما لم يثبت عمرو الأداء يؤخذ منه ، كما لا يلزم المنكر وهو زيد باثبات ما يقوله ، فالمدعي هو أحد هذين .

**فإن كان الادعاء من طرف واحد والآخر منكرًا فهو مدع ومنكر ، وإن كان الادعاء من الطرفين** يدعي كل منهما على الآخر شيئاً وينكر كل منهما ما يدعيه الآخر عليه ، فكل منهما مدع ومنكر ، ويكون من موارد التداعي ، بمعنى أن بناء العقلاء قائم على إلزام كل من المدعيين باثبات ما يدعيه ، ونتيجة ذلك التحالف ، فإن حلفا معاً سقطت دعوى كل منهما ، وإلا فتثبت دعوى الحالف

دون الآخر، هذه هي الكبرى الكلية .

وأما تطبيقها في المقام فتارة يدعي المالك القرض فيطالب بمثل الثمن مع فرض الخسران في المعاملة، ويدعي العامل المضاربة الفاسدة فيطالب بأجرة المثل بناءً على مختار الماتن رحمته من ثبوت أجرة المثل في المضاربة الفاسدة حتى في فرض الخسران أو عدم الريح <sup>(١)</sup> - وقد ناقشنا فيه - فكل منهما يطالب الآخر بشيء <sup>(٢)</sup> .

(١) قد يقال : إنه تقدم ذلك من السيد الماتن رحمته على نحو الاطلاق - وإن كان مورد كلامه هو المعاملة الرباحة التي تبين فسادها في العاشر مما يعتبر في المضاربة، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١٨ - ٢٠، ومن هذا لا يكون استفادة أنه قائل باستحقاق العامل لأجرة المثل مع عدم حصول الريح أو مع الخسارة .

نعم، يمكن أن يقال إن الماتن رحمته يستفاد منه ذلك من المسألة ٤٨ [٣٤٤٦] الآتية لأنه فيها يقول : «هذا كله إذا حصل ربح ولو قليلاً، وأما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الأجرة ولو مع الجهل مشكل، لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الريح، وعلى هذا ففي صورة حصوله أيضاً يستحق أقل الأمرين من مقدار الريح وأجرة المثل . لكن الأقوى خلافه، لأن رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة، ومراعاة الاحتياط في هذا وبعض الصور المتقدمة أولى» وذكرت هذه العبارة من المسألة المشار إليها في موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١٢٣ - ١٢٤، وأجابه السيد الأستاذ رحمته وذكر أن الوجه الذي من أجله ذهب الماتن رحمته إلى كون الأقوى هو خلاف ما ذكره أولاً غير صحيح، والمهم أن السيد الماتن رحمته رأيه هذا، ورأيه هذا يأتي هو ومناقشة السيد الأستاذ رحمته له .

(٢) بالنسبة إلى كون المالك مدعياً، لأنه يطالب العامل بشيء ويلزمه به فيراه العرف أنه ملزم بالانبات، ليس هنا أي فرق بين ما لو كانت المعاملات خاسرة كما في المقام، أو كانت رابحة كما هو الآتي بعد سطر واحد من كلام السيد الأستاذ رحمته، فكما الآتي بعد سطر واحد ليس

المالك مدعياً كما يقوله السيد الأستاذ رحمته الله لأنه لا يلزم العامل بأي شيء ، وإنما يطالبه بماله ، فكذا في المقام ليس المالك ملزماً للعامل بأي شيء ، وإنما يطالبه ببدل ماله لفرض أن ماله قد تلف ، فالمطالبة لأبد وإن تكون ببده ولا يلزمه بشيء ، فلا تداعي أيضاً ، وإنما هو مدع ومنكر ، العامل مدع والمالك منكر ، سواء على مبنى الماتن رحمته الله أو لا ، فإنه حتى لو لم نقل بمقالة الماتن من ثبوت أجرة المثل حتى في المضاربة الخاسرة ، وفرضنا أن الماتن قائل بما نقوله من عدم ثبوت أجرة المثل في المضاربة الخاسرة ، العامل مدع لكون يده على المال يد أمانة ، وأنه لا ضمان عليه مع عدم التعدي أو التفريط ، ولم يكن تعداً أو تفريط لا يد خيانة حتى يكون ضامناً حتى مع عدم التعدي أو التفريط ، ولابد للعامل من اثبات ذلك ، لأنه يلزم المالك بعدم البذل لماله فيراه العرف مدعياً ، فلا بد له من الاثبات ، وكما أنه ليس هنا أي فرق بين ما لو كانت المعاملات خاسرة أو رابحة ، والمالك يدعي القرض ويريد ماله وما تبعه أو يريد بدل ماله ، كذلك لا فرق بين ما لو كانت المعاملات خاسرة كما في محل الكلام ، والماتن يدعي القرض والعامل يدي المضاربة الفاسدة ، أو كانت رابحة والمالك يدعي البضاعة والعامل يدعي المضاربة ، فإنه أيضاً كما سيأتي بعد ثلاثة عشر سطراً من كلام السيد الأستاذ رحمته الله أنه لو ادعى المالك البضاعة والعامل المضاربة الفاسدة والمعاملات رابحة أيضاً ، المالك لا يلزم العامل بأي شيء كما يقوله السيد الأستاذ رحمته الله ، ولا يريد إلا ماله وما يتبعه ، والمدعي ليس إلا العامل لأنه هو الذي يلزم المالك بأجرة المثل ، ولو بمقدار حصته من الربح على تقدير صحة المضاربة والمالك ينكر ذلك .

**والنتيجة :** أن لا تداعي حتى في هذه الصورة ، لا كما يقوله السيد الأستاذ رحمته الله أنه في هذه الصورة يوجد التداعي بناءً على مبنى الماتن رحمته الله من ثبوت أجرة المثل حتى في المضاربة الخاسرة الفاسدة .

**اللهم إلا أن يكون مراده** (من على رأي الماتن) على رأي الماتن من ثبوت أجرة المثل حتى في المضاربة الخاسرة أولاً ، وثانياً من رأيه بأن المالك حينما يدعي القرض والمعاملات خاسرة يكون مدعياً ، ولو ادعى المضاربة الفاسدة والعامل يدعي القرض والمعاملات رابحة

وينكر على الآخر ما يدعيه ، فهو من التداعي<sup>(١)</sup> .

﴿ أيضاً يكون المالك مدعياً ، ولو ادعى المالك - لو كانت المعاملات رابحة - البضاعة والعامل المضاربة الفاسدة أيضاً يكون المالك مدعياً ، وهو خلاف الظاهر ، لأنه قيد رأيه بالأول فقط .  
(١) قيل : والغريب ما صدر عن بعض أساتذتنا العظام [ويريد به السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته الله] من قبول التحالف في المقام - مع قوله بعدم استحقاق العامل للأجرة في المضاربة الفاسدة مع عدم الربح - وانكاره للتحالف وقبول أنّ القول قول المالك في المسألة (٦٠) فراجع «بحوث في الفقه ، كتاب المضاربة : ٢٩٥ .

أقول : لا بدّ أولاً من معرفة ما يقوله السيد الأستاذ رحمته الله من قبول التداعي في المقام . وثانياً لا بدّ من معرفة ما يقوله السيد الأستاذ رحمته الله في المسألة ٦٠ [٣٤٥٧] من تقديم قول المالك عند حصول الخسران في المضاربة أو التلف لمالها مع إدعاء المالك أن المال كان قرصاً وادعاء العامل أن المال كان مضاربة .

أما ما يقوله السيد الأستاذ رحمته الله هنا فهو في فرض أن المالك يدعي القرض فيطالب بمثل رأس المال أو قيمته مع فرض الخسران في المعاملة ، ويدعي العامل المضاربة الفاسدة فليس عليه بدل الخسران ، ويطلب بأجرة المثل بناءً على مختار الماتن رحمته الله حيث ذهب إلى ثبوت أجرة المثل في المضاربة الفاسدة حتّى في فرض الخسران أو عدم الربح - وهو المبنى الذي لم نقبله وناقشناه فيه وقلنا إنه في فرض الربح فضلاً عن الخسران فيما إذا تبين بطلان المضاربة لا يستحق العامل من أجرة المثل شيئاً ، لأنه كان متبرعاً بعمله وملغياً لاحترام ماله ، حيث رضي بأن لا يكون له شيء لو كانت المعاملة صحيحة فيما إذا كانت خاسرة أو غير رابحة ، ففي فرض البطلان وتبين الفساد كذلك هو الغنى احترام ماله الذي هو عمله وكان متبرعاً بعمله ، فلا يبقى له احترام ، فلذا ليس له بنظرنا أجرة المثل . نعم بنظر الماتن رحمته الله يستحق العامل أجرة المثل مع تبين فساد المضاربة حتّى لو كانت المضاربة خاسرة أو غير رابحة - وبناءً على مختار الماتن ذلك فكل من المالك والعامل يطالب الآخر بشيء ويلزمه به ، ويرى العقلاء والعرف أن كل من

﴿ يطالب الغير بشيء ويلزمه به لابد له من الإثبات ، فالمالك يطالب العامل بمثل ماله أو بدله وينكر الأجرة التي يدعيها عليه العامل ، والعامل يطالب المالك بأجرة المثل لعمله وينكر اشتغال ذمته ببذل المال مثلاً أو قيمة ، فيطالب العرف كل واحد منهما بإثبات ذلك وهو معنى التداعي ، وهذا طبعاً على مبنى الماتن من كون المالك مدعياً وملزماً للعامل بشيء ، الذي قد عرفت عدم قبولنا له لكن هو يقبله .

**فالتداعي الذي يقول به السيد الأستاذ** رحمته الله إنما هو على رأي الماتن رحمته الله لا على رأي السيد الأستاذ رحمته الله .

وأما الذي لا بدّ وأن يقوله السيد الأستاذ رحمته الله في المقام فهو - وإن لم يصرح به إلا أنه يظهر من مجموع كلامه ، بعد أن كان المال مال المالك باعتراف العامل - لا فيما إذا لم يعترف العامل بذلك ، والمفروض اعترافه حيث يدعي المضاربة - فعهدته عليه بعد اعترافه بانتقاله إليه من المالك ما لم يثبت العامل أن يده عليه يد أمانة أي ما لم يثبت أنه مضاربة ، ولذا يكون قول المالك هو المقدم مع يمينه إن لم يثبت العامل أن يده على المال يد أمانة ويد مضاربة ، وهذا يستفاد من كون المدعي عند العرف والعقلاء أحد شخصين :

**الأول :** من يدعي مالاً أو حقاً أو زوجية على آخر .

**الثاني :** من يعترف بأن المال انتقل إليه من الدائن مثلاً ، ولكن يدعي الإيفاء له أو الإبراء منه ، فما لم يثبت ذلك تكون عهدة المال عليه . فمقامنا الذي لا بدّ وأن يقوله السيد الأستاذ رحمته الله وهو تقديم قول المالك مستفاد من تشخيص العرف والعقلاء **للمدعي الثاني** .

وقد عرفت أن المالك ليس مطالباً للعامل بشيء ، ولا ملزماً له بأي شيء حينما يدعي المالك البضاعة ، ولا يطالبه العرف والعقلاء بالإثبات كما تقدم .

كما أن المالك أيضاً كذلك فيما يدعي المضاربة الفاسدة أو يسكت ولا يدعي شيئاً ، ويدعي العامل القرض - في فرض ربح المعاملات مثلاً - ولا يقبله المالك ، ليس المالك ملزماً للعامل بأي شيء ، وليس هو المدعي ، بل العامل يلزم المالك بشيء ويدعي عليه شيئاً ، فيلزم العامل بالإثبات عند العقلاء ، فهنا أيضاً - أي حينما يدعي العامل المضاربة الفاسدة ويقول المالك

«أنها بضاعة ، أو يسكت ولا يدعي البضاعة ، لكن لا يقبل كلام العامل أنها مضاربة فاسدة - ليس المالك ملزماً للعامل بأي شيء عند العرف ، وإنما العرف يرى أن العامل ملزماً بآثبات المضاربة الفاسدة لترتفع يده عن كونها يد ضمان إلى كونها يد أمانة ، حتى لا يكون التلف الذي للمالك لا عن تعدٍ أو تفريط مضموناً عليه ، وإذا لم يثبت ذلك فالتلف عليه ، لأن يده عليه وعهده في ذمته بعد اعترافه بأن المال منتقل إليه من المالك .

فكذا إذا كان العامل يدعي المضاربة الفاسدة في فرض خسران المعاملات - والمالك يدعي البضاعة أو يسكت ولا يقبل دعوى العامل المضاربة الفاسدة - يكون العامل مدعياً لكون يده على المال يد ضمان بعد اعترافه بأن المال مال المالك ، فما لم يثبت أن يده يد أمانة - أي ما لم تثبت المضاربة - لا شك تكون يده يد ضمان ، فلذا يقدم قول المالك مع يمينه . وهذا هو الذي يقوله في المسألة ٦٠ [٣٤٥٧] .

**فإن في المسألة ٦٠ : يقول الماتن** رحمته : «إذا حصل تلف أو خسران ، فادعى المالك أنه أقرضه ، وادعى العامل أنه ضاربه ، قَدِم قول المالك مع يمينه . وعلق عليه السيد الأستاذ رحمته بقوله : «لأنَّ التصرف في مال الغير والتجارة به متوقَّف على ثبوت إذنه في الإبقاء عنده أو التجارة ، فما لم يثبت الإذن يكون الاستيلاء عليه موجباً للضمان» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ١٣٩ وهو عين ما يقوله هنا .

**والنتيجة :** أن إشكال المشكل غير وارد على السيد الأستاذ رحمته في كلامه الذي كان وفقاً لقول الماتن ، لأنه يتكلم على مبنى الماتن لا على مبناه ، ولا وارداً عليه في كلامه الذي هو وفق لرأيه رحمته ، فإن كلامه الذي هو وفق لرأيه في المسألتين واحد مبنى ودليلاً .

**فالصحيح** أن يقال للمستشكل على السيد الأستاذ رحمته حينما قال : فراجع : **إنه راجعنا فوجدنا أنه قال** بالتحالف على رأي الماتن ، لا على رأيه . ووجدنا أن إنكاره للتحالف على رأيه صحيح في المسألتين : في مسألتنا هذه ، وفي المسألة ٦٠ ، وفي كلا المسألتين يقول بتقديم قول المالك مع يمينه ، والدليل عليه واضح ، لأن المالك منكر ، والقول قول المنكر مع يمينه حينما لا يكون للمدعي بينة . وكلامه رحمته صحيح في الفرضين ، ولم نجد شيئاً غريباً في كلامه رحمته ، فتوجه الاستغراب كله على قول القائل «والغريب ما صدر من بعض أساتذتنا العظام» .

وأما لو ادعى العامل القرض ليكون تمام الربح له مع فرض الربح في المعاملة . والمالك يدعي المضاربة الفاسدة ليكون تمام الربح له وإن ثبتت عليه أجرة المثل ، فليس هذا من التداعي في شيء ، لأن المالك بدعواه المضاربة الفاسدة لا يدعي على العامل شيئاً ولا يلزمه بشيء ، وليس هو ملزماً باثبات أنها مضاربة فاسدة ، إذ إن مجرد عدم صحة المضاربة كاف في صحة دعوى المالك ، لأن انتقال المال منه إلى غيره قرضاً يحتاج إلى دليل ، فالمال ماله والربح ربح للمال على القاعدة ، والعامل الذي يدعي المعاملة قرضاً فالربح كله له هو الملزم بالاثبات ، فإن أقام بينة على ذلك كان الربح له ويجب عليه أداء مثل ما أخذه من المالك ، وإلا توجه الحلف على المالك ، فإن حلف ثبت عدم القرض ، والنماء والمنافع له ، من دون أن يلزم المالك باثبات أن المعاملة كانت مضاربة فاسدة ، لأنه لا يلزم العامل بشيء ، وإنما يطالبه بنماء ملكه ، وهو ثابت بمجرد عدم ثبوت القرض ، لتبعية النماء للأصل ، فهو غير ملزم باثبات المضاربة الفاسدة . ولو لم يكن مدعياً للمضاربة الفاسدة وكان منكرًا للقرض فقط كفى ذلك في كون النماء له ، ولا يحتاج في ذلك إلى اثبات أن المعاملة كانت مضاربة فاسدة ، فيما أن المالك لا يلزم العامل بشيء ، وإنما يطالب بربح ماله وهو على القاعدة ، فالمدعي هو العامل والمنكر هو المالك ، وليس من باب التداعي في شيء ، أو فقل ما لم يكن المطالب بالاثبات المالك يكون المدعي هو العامل ، وليس ذلك من التداعي كما زعمه المصنف .

وأوضح من ذلك في فساد دعوى التداعي ما ذكره ثانياً ، وهو أنه إذا ادعى أحدهما وهو المالك البضاعة ، والآخر أي العامل المضاربة الفاسدة ، فانه ليس من التداعي في شيء بناءً على ما اختاره من ثبوت أجرة المثل في البضاعة<sup>(١)</sup> لثبوت أجرة المثل للعامل على كل حال ، وكون الربح

(١) قد يقال : لم يقل بها على الاطلاق ، فلربما دعوى البضاعة في المقام هي التي شرط فيها عدم الأجرة للعامل ، وفي مثلها لم يقل الماتن بثبوت أجرة المثل .

وفيه : أن إطلاق البضاعة يقتضي عنده ثبوت الأجرة ، وشرط عدم الأجرة أو القرائن عليها

للمالك على كل تقدير ، فهما متفقان على أن الربح للمالك وللعامل أجرة المثل ، فليس النزاع إلا صورياً لا واقع تخاصم ، وإلا فبحسب الواقع لا يدعي أحدهما على الآخر شيئاً ليكون ملزماً بآبائه ، ليكون مدعياً والآخر منكراً .

نعم ، بناءً على ما ذكرنا من عدم استحقاق العامل أجرة المثل في البضاعة ، تكون دعوى العامل المضاربة الفاسدة واستحقاقه أجرة المثل دعوى ينكرها المالك ، فهو من التخاصم بين المدعي والمنكر ، لا من التداعي ، لأنه - أي التداعي - إنما يكون في مورد يكون كل من الطرفين ملزماً بآبائه ما يقوله ، لا أن يكون الملزم بالإثبات أحدهما وهو العامل في المقام دون الآخر وهو المالك كما في المقام على ما عرفت فيما ذكرناه أولاً من دعوى المالك المضاربة الفاسدة ، إذ لا فرق في دعواه المضاربة الفاسدة أو البضاعة ، فإنه على كل منهما لا يدعي على العامل شيئاً ، وإنما يطالب بربح ماله ، فهو من باب المدعي والمنكر أيضاً لا من باب التداعي<sup>(١)</sup> .

فيها استثناء ، لا أنه هو مقتضى الأصل والقاعدة ، والحكم إنما يجري على ما هو مقتضى القاعدة ، ولو أريد الاستثناء لقيده .

(١) لا يقال : يختص كون المقام من التخاصم بين المدعي وهو العامل ، والمنكر وهو المالك ، بما إذا كانت المعاملات رابحة .

لأننا نقول : إن التخاصم بينهما وكون العامل مدعياً والمالك منكراً جارٍ فيما إذا كانت المعاملات خاسرة أيضاً ، وحتى فيما إذا لم نقل باستحقاق العامل لأجرة المثل أيضاً في المضاربة الخاسرة صحيحة كانت أو فاسدة كما هو الصحيح ، لأن العامل يدعي بدعواه المضاربة الفاسدة كون يده على المال يد أمانة ، فلا ضمان عليه لمال المضاربة الذي خسر ، والمفروض أنه لم يكن الخسران بتعد أو تفريط ، في حين أن المالك ينكر كون يده على المال لا يد ضماناً ويطلب ببدل ماله ، فالعامل مدع والمالك منكر ، فما لم يثبت العامل أن يده على المال يد أمانة بآبائه المضاربة ولو الفاسدة يكون ضامناً ، حتى لو كان الخسران لا بتعد أو تفريط من العامل ، لأن ما لم يثبت أن يده يد أمانة لا شك تكون يده يد عدوان مقتضية للضمان ، فالقول قول المالك مع يمينه ما لم يثبت العامل المضاربة .

كتاب المضاربة / مع فساد المضاربة الربح للمالك وللعامل أجرة المثل ..... ٣٥٩

وقد يقال : بتقديم قول من يدعى الصحة<sup>(١)</sup> وهو مشكل ، إذ مورد الحمل على الصحة ما إذا علم أنهما أوقعا معاملة معينة وَاختلفا في صحتهما وفسادها ، لا مثل المقام الذي يكون الأمر دائراً بين معاملتين ، على إحداهما صحيح ، وعلى الأخرى باطل ، نظير ما إذا اختلفا في أنهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجارة الفاسدة مثلاً ، وفي مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف ، وأصالة الصحة لا تثبت كونه بيعاً - مثلاً - لا إجارة ، أو بضاعة صحيحة - مثلاً - لا مضاربة فاسدة .

(١) ويكون الآخر هو المطالب بالاثبات ، أي يكون مدعي الفساد هو المطالب بالاثبات ، وذلك لأصالة الصحة في فعل المسلم<sup>(١)</sup> ، فكل من يدعي الصحة يقدم قوله ويكون مدعي الفساد مطالباً بالاثبات .

وأجاب الماتن رحمته الله عن ذلك بأن موضوع أصالة الصحة<sup>(٢)</sup> وموردها ما إذا كان عنوان المعاملة « كالبيع » أو الإيقاع « كالطلاق » معلوماً ، وكان الشك في صحته وفساده ، فلو ادعى أحدهما بطلان البيع أو النكاح أو الطلاق بعد وقوعه ، وادعى الآخر صحته حكم بالصحة ، ولا بدّ لمدعي الفساد من الإثبات . وأما لو لم يكن العنوان محرراً ، كما إذا ادعى أحدهما أن الواقع هو البيع الصحيح ، والآخر الإجارة الفاسدة أو العكس ، فلا يمكن الحكم بالصحة لأصالة الصحة وأن الواقع في الخارج هو البيع الصحيح ، فلا بدّ لمدعي الإجارة الفاسدة من الاثبات أبداً . وكذا لو لم يعلم أن الواقع في الخارج هل هو طلاق الزوجة طلاقاً صحيحاً أو بيع الدار بيعاً فاسداً ، أو أن الواقع هو النكاح الصحيح لهذه المرأة أو الإجارة الفاسدة لهذه الدار ، وهكذا .

وما ذكره الماتن رحمته الله هو الصحيح إذ إن أصالة الصحة إنما تجري في موردين :

الأول : حمل فعل المؤمن على الصحة ، وهذا لا فرق فيه بين ما إذا كان عنوان العمل محرراً معلوماً - كإفطاره في شهر رمضان ، فيحمل فعله على الصحة من كونه مسافراً أو مريضاً - أو مردداً كما لو صدر منه كلام لا ندري أنه شتم لنا أو سلام علينا ، فيحمل على الصحيح ، ولا يتهم بسوء ، وإن لم يثبت بذلك وجوب ردّ السلام ، إذ لم نحزر باصالة الصحة أنه سلم علينا ، وأصالة

(١) ذهب إليه الشهيد في المسالك ٤ : ٣٦٤ قال : «ولأنه لا يحكم بإلغاء اللفظ ما أمكن حمله على الصحيح» .

(٢) ذكر ذلك في الجواهر ٢٦ : ٣٦٦ .

[٣٤١٤] «مسألة ٢٥»: إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضاً والريح بيننا صحح، ولكلّ منهما النصف<sup>(١)</sup>.  
وإذا قال: ونصف الريح لك فكذلك<sup>(٢)</sup>.

الصحة بهذا المعنى ثابتة بالدليل اللفظي .

الثاني: الحمل على الصحة بمعنى ترتيب آثار الصحة واقعاً، فتترتب جميع اللوازم المترتبة على العمل الصحيح، كوجوب الإنفاق المترتب على الزوجية الصحيحة ونحوه، أو كالحكم بالبينونة في الطلاق، إما من الأول كما في البائن أو بعد انتهاء العدة، وجواز تزويج الغير بها، وأصالة الصحة في هذا المورد كقاعدة الفراغ في العبادات، القاضية بترتب جميع آثار الصحة على العمل المشكوك في صحته بعد الفراغ منه، ولكن بما أنّ أصالة الصحة في المقام لم يدل عليها إلاّ السيرة القطعية والتسالم بين المسلمين قاطبة، فلذا يختص جريانها بما قامت عليه، وهو ما إذا كان العنوان محرزاً كالأمثلة المتقدمة. وأما لو لم يكن العنوان محرزاً، كما لو لم يعلم أنه طلق زوجته طلاقاً صحيحاً أو باع داره بيعاً فاسداً، فلم تقم سيرة من المسلمين على ترتيب آثار الطلاق الصحيح في المقام، فمورد أصالة الصحة ما لو كان العنوان محرزاً، دون ما لو كان مجهولاً أو مردداً، وبما أنه في المقام لم يحرز العنوان، بل كان الشك في أنه قرض أو مضاربة فاسدة، أو بضاعة أو مضاربة فاسدة، لذا لا تجري أصالة الصحة .

(١) ذكر الماتن عليه السلام أنه في مقام المضاربة إذا قال المالك للعامل: اتجر بهذا المال والريح بيني وبينك، ولم يبين أن الريح بأي نسبة بينهما، فمع ذلك يصح مضاربة، لأن ظاهر الكلام يقتضي أن يكون الريح بينهما بالمناصفة، فيحتاج كونه على غير ذلك إلى قرينة. وأما إذا لم تكن قرينة في المقام فيحكم بتساوي الريح بينهما، ويكون كما إذا أوصى بدار لزيد وعمرو حيث يكون بينهما بالمناصفة، وكذا في غير ذلك، فمن أجل هذا الظهور يحكم بصحة المضاربة لا البطلان لعدم تعيين النسبة .

(٢) وكذا إذا قال المالك في مقام المضاربة: اتجر بهذا المال ونصف الريح لك، ولم يعين المالك حصته هو من الريح، وهل إن تمام النصف الآخر من الريح له أو بعضه له، فهنا أيضاً يحكم بالصحة مضاربة، لأن ظاهر الكلام كون تمام النصف الآخر للمالك، لتبعية النماء للأصل، فما لم يجعل منه شيئاً للغير فبطبيعة الحال يكون تمام الباقي للمالك لأنه نماء ملكه، والخارج

بل وكذا لو قال : ونصف الربح لي <sup>(١)</sup> فإنّ الظاهر أن النصف الآخر للعامل .  
ولكن فرّق بعضهم بين العبارتين ، وحكم بالصحة في الأولى لأنّه صرح فيها بكون  
النصف للعامل ، والنصف الآخر يبقى له على قاعدة التبعية ، بخلاف العبارة الثانية ، فإن  
كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له أيضاً ، على قاعدة التبعية ، فلا دلالة فيها على  
كون النصف الآخر للعامل . وأنت خبير بأنّ المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الآخر  
للعامل .

إنما هو ما خرج منه وهو نصف العامل وبقي ما لم يخرج .

(١) وأما إذا قال المالك : اتجر بهذا المال ونصف الربح لي ، فهل يحكم بصحة ذلك أو

البطلان .

قيل <sup>(١)</sup> بالبطلان ، لأن كون النصف للمالك لا يستلزم كون النصف الآخر للعامل ، إذ يمكن أن  
يكون بعض النصف الآخر للمالك وبعضه للعامل ، ولا يقاس بعكسه ، لأن النصف الآخر الذي لا  
يكون للعامل يكون للمالك ، لأنه نماء ملكه ، بخلاف العكس لأن النصف الآخر لا يكون للعامل ،  
بل يحتاج إلى جعل والمفروض أنه لم يجعل ، فلم تعين حصة العامل فيحكم بالبطلان .

إلا أن الماتن رحمته حكم بالصحة للظهور العرفي القاضي بكون النصف الآخر للعامل ، وإلا لم  
تكن حصة المالك نصفاً بل نصف وزيادة .

وما ذكره رحمته هو الصحيح المطابق للمفهوم العرفي في التحديد ، فالزائد على نصفه للعامل ،  
فلا جهالة فيحكم بصحة العقد مضاربة لا محالة ، وبهذا يظهر فساد التفصيل الذي ذكره بعضهم <sup>(٢)</sup>

(١) سيأتي أن القائل به المحقق في الشرائع .

(٢) كالمحقق في الشرائع ٢ : ١٦٤ قال : «فلو قال : على أنّ لك النصف صحّ ، ولو قال : على أنّ  
لي النصف واقتصر لم يصحّ ، لأنّه لم يعين للعامل حصّة» .

### بحث راجع إلى رؤية الهلال بالعين المسلحة :

تقدم في الجزء الأول من الواضح ص ٢٦ - ٥٤ بحث تعدد الافق أو اتحاده ، وقلنا : إن  
الصحيح هو ما اختاره السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته من كفاية الرؤية في بلد واحد في ثبوته في

غيره من البلدان ، ولو مع اختلاف الآفاق بينهما على ما نقله العلامة رحمته عن بعض علمائنا واختاره صريحاً في المنتهى مع اشتراكهما في كون ليلة واحدة ليلة لهما معاً ، وإن كان أول ليلة لأحدهما وآخر ليلة لآخر ولو مع اختلاف افقهما .

**والمفروض أن يلحق بالبحث هناك بحث اعتبار رؤية الهلال بالعين المسلحة وعدم اعتباره ، إلا أنه لم يلحق ، وتكميلاً للبحث نذكر هذا البحث هنا فنقول ومن الله التوفيق :**

ذكر السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته : « أن للقمر - على ما ذكره القدماء من الهيئتين - حركتين : حركة في كل أربع وعشرين ساعة لها مشرق ومغرب ، وحركة أخرى في تلك الدائرة يدور فيها حول الأرض من المغرب إلى المشرق في كل شهر مرة واحدة ، فيختلف مكانه في كل يوم عن مكانه في اليوم الآخر ، ومن ثم قد يتفق مع طلوع الشمس طلوعاً وغروباً ، وقد يختلف ، فمع الاتفاق المعبر عنه بالمحاق وتحت الشعاع - وهو طبعاً في آخر الشهر - بما أن النصف المستنير فيه بكامله نحو المشرق وموجه للشمس لم ير منه أي جزء بتاتاً ، ثم بعدئذ يختلف المسير فينحرف الطرف المستنير إلى الشرق ويستبين جزء منه ، وبه يتكون الهلال الجديد - كما تقدم - إلا أن هذا الانحراف المستتبع لتلك الاستبانة تدريجي الحصول لا محالة ، فلا يحدث المقدار المعتد به القابل للرؤية ابتداءً ، بل شيئاً فشيئاً ، إذ كلما فرضناه من النور فهو طبعاً قابل للقسمه بناءً على ما هو الحق من امتناع الجزء الذي لا يتجزأ . فلنفرض أنه أول جزء منه واحد من مليون من أجزاء النصف المستنير من القمر ، فهذا المقدار من الجزء متوجه إلى طرف الشرق ، غير أنه لشدة صغره غير قابل للرؤية . ولكن هذا الوجود الواقعي لا أثر له في تكون الهلال ، وإن علمنا بتحقيقه علماً قطعياً حسب قواعد الفلك وضوابط علم النجوم ، إذ العبرة حسب النصوص المتقدمة بالرؤية وشهادة الشاهدين بها شهادة حسية عن باصرة عادية ، لا عن صناعية علمية أو كشفه عن علوه وارتفاعه في الليلة الآتية .

ومنه تعرف أنه لا عبرة بالرؤية بالعين المسلحة المستندة إلى المكبرات المستحدثة والنظارات القوية كالتلسكوب ونحوه من غير أن يكون قابلاً للرؤية بالعين المجردة والنظر العادي . نعم لا بأس بتعيين المحل بها ثم النظر بالعين المجردة ، فإذا كان قابلاً للرؤية ولو

« بالاستعانة من تلك الآلات في تحقيق المقدمات كفى ، وثبت به الهلال كما هو واضح »  
 موسوعة الإمام الخوئي ٢٢ : ١٢٢ - ١٢٣ .

**وما ذكره ﷺ أولاً** بالنسبة إلى المثال وهو قوله : « فلنفرض أن أول جزء منه واحد من مليون جزء من أجزاء النصف المستدير من القمر ، فهذا المقدار من الجزء متوجّه إلى طرف الشرق غير أنه لصغره غير قابل للرؤية » بالعين المجردة وقابل للرؤية بالعين المسلحة ، **فالمثال لا شك يقرب ويبعد** ، ولا يعقل أن جزءاً من مليون جزء من النصف المستدير من القمر يكون هلالاً يرى بالعين المسلحة ولا يرى بالمجردة ، فليس هذا هو مورد البحث جزماً .

**فنقول نحن في المثال** : فلنفرض أنّ أول جزء منه واحد من ستين جزءاً من أجزاء النصف المستدير من القمر بحيث يرى بالمسلحة دون المجردة ، فهذا المقدار من الجزء توجّه إلى طرف الشرق ، غير أنه لضعفه وصغره لا يرى بالعين المجردة ويرى بالعين المسلحة . **والملاك في كلا المثالين واحد** ، وهو أن جزءاً من أجزاء النصف المستدير من القمر يرى بالعين المسلحة ولا يرى بالمجردة ، لكنه لا جزء من مليون الذي بحيث لا يصدق عليه الهلال ، بل جزء من ستين بحيث يصدق عليه الهلال ، فإن الذي يرى بالمسلحة هلالاً لا نقطة من مليون نقطة .

**وثانياً** : أن قوله ﷺ : « ولكن هذا الوجود الواقعي لا أثر له في تكون الهلاك وإن علمنا بتحقيقه علماً قطعياً حسب قواعد الفلك وضوابط علم النجوم ، إذ العبرة حسب النصوص المتقدمة بالرؤية وشهادة الشاهدين بها شهادة حسّية عن باصرة عادية لا عن صناعة علمية أو كشفه عن علوه وارتفاعه في الليلة الآتية » .

**فلماذا يقال** : إن هذا الوجود الواقعي - الذي هو واحد من ستين لا واحد من مليون بعد كون الملاك في المثالين واحد - لا أثر له في تكون الهلاك وإن علمنا بتحقيقه علماً قطعياً ، ولماذا لا يقال إن هذا الوجود الواقعي - وهو واحد من ستين - لا أثر له في تكون الهلال وإن روي بالعين المسلحة .

**وثالثاً** : من أين جاءت مسلميّة ذلك - في المثال الذي ذكرنا لا في المثال المبعد الذي ذكره ﷺ - حتّى أرسله ﷺ إرسال المسلمات ، إذ هي عين المتنازع فيها .

﴿ وأما قوله ﷺ: «إذ العبرة حسب النصوص المتقدّمة بالرؤية وشهادة الشاهدين بها شهادة حسية عن باصرة عادية لا عن صناعية علمية». »

فلا شك في أنّ العبرة حسب النصوص المتقدمة بالرؤية وشهادة الشاهدين بها شهادة حسية، إلا أن تقييد الشهادة الحسية عن باصرة عادية لا صناعية علمية مصادرة واضحة، فإن الكلام إنما هو فيها، فكيف تؤخذ مسلّمة وترسل إرسال المسلمات، فإنه لا شك أن العبرة بالرؤية وشهادة الشاهدين بها شهادة حسية، والرؤية كباقي موضوعات الأحكام أخذت على نحو القضية الحقيقية لا الخارجية، كمسجد النبي ﷺ أو المسجد الحرام أو مسجد الكوفة أو المسجد الأقصى أو المسجد الجامع، أو بلدة المدينة أو بلدة مكة من حيث التخيير للمسافر، أو كالمسافر الذي أخذ موضوعاً لوجوب القصر، حيث أخذت هذه الموضوعات لأحكام خاصة على نحو القضية الحقيقية لا الخارجية، فمثلاً ورد أن الصلاة في المسجد الحرام تعدل ألف ألف صلاة - أي مليون صلاة - والصلاة في مسجد النبي ﷺ تعدل عشرة آلاف صلاة، والصلاة في مسجد الكوفة أو المسجد الأقصى تعدل ألف صلاة. أو أن المسافر ما لم يقصد الإقامة هو مختير في مكة أو المدينة أو الكوفة بين القصر والتمام. فمكة والمدينة والكوفة أخذت موضوعاً لحكم على نحو القضية الحقيقية، وكذا المسافر أخذ موضوعاً للقصر على نحو القضية الحقيقية لا الخارجية. فكما أن الأصحاب قدّس الله أسرارهم قالوا إن الصلاة في المسجد الحرام التي تعادل مليون صلاة موضوعها كل ما صدق عليه المسجد الحرام لا المسجد الحرام الذي كان في زمان صدور الرواية الفائلة بأن الصلاة فيه تعدل ألف ألف - أي لا أن الموضوع مأخوذ على نحو القضية الخارجية أي هذا المسجد الحرام الذي كان في زمان رسول الله ﷺ - فيدخل فيه التوسعات الذي حدثت على مرّ التاريخ ومنه عصرنا الحاضر، فكل توسعة له موجبة لصدق اسم المسجد الحرام عليه هي موجبة لكون الصلاة فيه تعادل ألف ألف، فالمكان الذي كان سابقاً خارج المسجد الحرام لم تكن الصلاة فيه تعادل ألف ألف، وبعدما صار جزء المسجد الحرام للتوسعة صارت الصلاة فيه تعادل ألف ألف. وكذا في مسجد النبي ﷺ، فإن الصلاة فيه التي تعادل عشرة آلاف صلاة هو كل ما صدق عليه مسجد

ﷺ لا مسجد النبي الذي كان في زمان رسول الله ﷺ المحدد مساحته بعلامات فعلاً ، أي لا مسجد النبي المأخوذ على نحو القضية الخارجية ، بل مسجد النبي المأخوذ على نحو القضية الحقيقية ، أي كل ما صدق عليه مسجد النبي فله هذا الحكم ، وهو أن الصلاة فيه تعادل عشرة آلاف صلاة . وكذا بلدة مكة أو بلدة المدينة أو بلدة الكوفة التي يكون المسافر فيها ما لم يقصد الإقامة مخيراً بين الصلاة تماماً أو قصراً ، لا خصوص حدود مكة أو المدينة أو الكوفة في ذلك الوقت ، بل كل ما صدق عليه مكة فتشمل مكة الحديثة التي تجاوزت في زماننا هذا حدود الحرم كثيراً من بعض الجهات كجهة التنعيم ، فأيضاً للمسافر الذي لم يقصد الإقامة الصلاة قصراً أو تماماً .

وأما ما ذهب إليه السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته الله من اعتبار خصوص المدينة القديمة أو مكة القديمة في التخيير فإنما هو لرواية وردت في قطع التلبية المستحبة للمحرم فيما إذا وصل إلى بيوت مكة ، فإن فيها تقطع هذه التلبية إذا شوهدت بيوت مكة التي كانت على عهد رسول الله ﷺ ولكن الناس احدثوا بعد ذلك بيوتاً ، فليست العبرة بمكة التي أحدث فيها ذلك بل بمكة القديمة ، أي أن مكة أخذت في قطع المحرم للتلبية المستحبة إنما هي مكة على نحو القضية الخارجية . وأجرى ذلك السيد الأستاذ رحمته الله حتى على غير قطع المحرم التلبية ، والتسرية غير صحيحة ، لكن المقصود أن الاختصاص بالمدينة القديمة أو بمكة القديمة لا لأجل أن الموضوع ليس هو على نحو القضية الحقيقية ، بل للدليل على التخصيص بأن القضية المأخوذ فيها إنما هو القضية الخارجية ، وإن كان التخصيص بنظرنا غير صحيح لانه إنما هو بالنسبة إلى قطع المحرم التلبية المستحبة ، لا في كل شيء ، فالتسرية غير صحيحة . والمقصود أن موضوعات الأحكام مأخوذة على نحو القضية الحقيقية لا الخارجية . وكذا المسافر الذي أخذ موضوعاً لوجوب القصر في الأماكن الأخرى - مثلاً - مطلق ما يصدق عليه المسافر ، لا خصوص الذي يسافر على الحيوانات التي كانت في ذلك الزمان ، والذي كان يستغرق عدة أشهر ، بل المسافر الذي يسافر بالسيارات أو القطارات أو الطائرات والذي يستغرق السفر بدل عدة أشهر عدة ساعات كله يصدق عليه المسافر ، فتجب عليه لو لم يقصد الإقامة الصلاة قصراً في غير

﴿ أماكن التخيير .

وهكذا وهكذا .

ومن هذه الموارد الرؤية التي أخذت في الروايات موضوعاً لثبوت الهلال ودخول الشهر الجديد ، فإن المراد منها مطلق ما يصدق عليه الرؤية ، لا خصوص الرؤية التي كانت في ذلك الزمان ، فإن الرؤية أيضاً مأخوذة كباقي موضوعات الأحكام على نحو القضية الحقيقية لا الخارجية ، فكل ما يصدق عليه الرؤية هو موضوع لدخول الشهر الجديد وثبوت الهلال بها ، فإنه لم تقيّد الرؤية في الروايات بالرؤية بالعين المجردة ، بل هو تقييد يضاف إلى الروايات ناتج عن اجتهاد قد نعلم بخطئه ، فالروايات الدالة على أن الملاك في ثبوت الهلال هي الرؤية ، كما في قوله عليه السلام : «صم للرؤية وافطر للرؤية» المراد من الرؤية هو كلما صدقت عليه الرؤية بمقتضى اطلاق الروايات ، فتشمل الرؤية بالعين المسلحة والرؤية بالعين المجردة .

على أن الرؤية التي أخذ فيها ظهور الهلال ورؤيته بجزئه المستنير طريقاً لدخول شهر جديد لا فرق في هذه الطريقتين بين ما إذا كان بالعين المجردة أو بالعين المسلحة ، ليس بينهما أي فرق ، فإن ذلك مأخوذ على نحو يكون الظهور المعلوم بالرؤية لا بالتنجيم والحساب ونحوه طريقاً لبدء شهر جديد ، فأول الظهور أول بداية الشهر الجديد ، وهو طريق ليس إلا ، لا موضوع .

ودعوى انصراف الروايات إلى خصوص الرؤية بالعين المجردة دعوى عهدتها على مدعيها إن كانت هذه الدعوى موجودة - وهي غير موجودة جزماً - إلا أنها لو كانت موجودة فلا شك ولا شبهة في أنها ناتجة عن كثرة الوجود للرؤية بالعين المجردة ، ولا شك في أن كثرة الوجود بلا شك ولا ريب لا أثر لها في الانصراف ، وإنما يكون للانصراف أثر بنحو يكون مقيداً للاطلاق ، فيما إذا كان الانصراف ناتجاً من كثرة الاطلاق ، ولا كثرة اطلاق للرؤية بالعين المجردة أصلاً .

ودعوى أن المعتبر في ظهور الرواية إنما هو ظهورها حال صدورها لا ما هو الظاهر منها في زماننا ، فبمقتضى ما ذكرنا يتبين أن ظهور الرواية فيما نقوله في القضية الحقيقية هو الصحيح ،

وما يفهم منها في ذلك الزمان إنما هو من جهة صدق مسجد النبي ﷺ أو صدق الرؤية على العين المجردة. وهذا لا ينافي صدقه في زمان آخر على الأوسع منه وعلى الرؤية بالعين المسلحة. فلا ينافي ظهورها في ذلك الزمان ظهورها في زماننا كما لا ينافي صدق مسجد النبي على ذلك الذي كان في زمانه ﷺ صدقه على مسجد النبي الموجود في زماننا هذا.

وعليه: فالعبرة بلا كلام حسب النصوص المشار إليها بالرؤية وشهادة الشاهدين بها عن حس، إلا أن اعتبار كونه عن عين باصرة عادية لا صناعية علمية، تحميل على الروايات. إذ ظاهر الروايات بمقتضى اطلاقها وأخذ موضوعات الأحكام فيها على نحو القضايا الحقيقية، كفاية الرؤية بالعين مطلقاً عادية كانت أو صناعية علمية. على أن الرؤية أخذت طريقاً إلى ظهور الهلال على الأفق ودخول الشهر الجديد بمقتضى السير الفلكي للقمر ولا موضوعية لها وإنما الموضوعية للظهور المرئي بالعين.

مضافاً إلى صحيحة علي بن جعفر أنه سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام: «عن رجل يرى الهلال في شهر رمضان وحده لا يبصره غيره، أله أن يصوم؟ قال: إذا لم يشك فليطهر، وإلا فليصم مع الناس» الوسائل ج ١٠: ٢٦٠ باب ٤ من أبواب أحكام شهر رمضان ح ١، وهي ظاهرة في شمولها واطلاقها للرؤية القوية والنظر الحاد أيضاً الذي ليست المرصد والتلسكوبات إلا أحدها، هذا إذا لم تكن الصحيحة نصاً - لا أنها مطلقة وشاملة - في النظر القوي والحاد الصادق على العين المسلحة، وأنه حجة كغيره. فهي نص في الرؤيا المسلحة، ولذا لم يفرق بين رؤية الهلال بالعين المجردة ورؤيته بالنظارة ورؤيته بالمرصد والتلسكوب ونحوهما.

ومن هنا يتبين لك ما في القول بأن: «التمسك باطلاق نصوص الرؤية فهو مخدوش من جهة أن الهلال كان عند العرب ميقاتاً يبتدئون به الشهر القمري الذي اعتمدوا عليه في شؤون حياتهم، ولما جاء الدين الإسلامي الحنيف أقرهم على ذلك، قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ ومن المؤكد أن ما يصلح أن يكون ميقاتاً للناس بصورة عامة هو الهلال الذي يظهر على الأفق المحلي بنحو قابل للرؤية بالعين المتعارفة المجردة، وأما ما لا يرى إلا بالأدوات المقربة أو لا يراه إلا نادراً من الناس يمتاز برؤية بصرية حادة جداً،

«فهو لا يصلح أن يكون ميقاتاً للناس عامة» اسئلة حول رؤية الهلال مع أجوبتها اعداد مكتب السيد السيستاني وفقاً لما أفاده دام ظله : ص ٤٠ .  
 وليكن معلوماً أولاً - وأن كان ما نريد أن نقوله واضحاً إلا أنه دعماً لتوهم متوهم نقول - إن هذا الاعداد اعداد من المكتب ، غاية الأمر كُتِبَ على وفق ما أفاده السيد الأستاذ السيد السيستاني دامت بركاته (وحفظ الله وحرس به شيعة أهل البيت عليهم السلام ومذهبهم الحق من التكفريين بفتواه المهمة الشهيرة بالدفاع الكفائي) ، وليس كراس اسئلة حول رؤية الهلال مع أجوبتها مكتوباً من قبل السيد الأستاذ السيد السيستاني حفظه الله ولا موقعاً بتوقيعه ولا ممضياً بامضائه ، وقد صرح السيد الأستاذ السيد السيستاني حفظه الله ودامت بركاته مراراً أن كل ما لم يذيل بامضائه ويكون موقعاً بتوقيعه لا يمكن نسبته إليه بأي وجه ، وهذا الكراس ليس ممضياً بامضائه ولا موقعاً بتوقيعه ، فلا يمكن نسبته إليه بأي وجه ، وإنما هو منسوب إلى قائله ، ولذا حينما نعبر بالقائل المذكور ليس المراد منه كما هو واضح السيد الأستاذ السيد السيستاني دامت بركاته ، بل المراد منه كاتب هذه الاستدلالات ، وقد لا يكون معلوماً من هو ، وقد يكون معلوماً إلا أنه جزمياً ليس هو السيد الأستاذ السيد السيستاني حفظه الله ، ولذا نقول القائل المذكور .

ثم في الجواب نقول أولاً: القول بأن الهلال كان عند العرب ميقاتاً يتدوّن به الشهر القمري ، ولما جاء الدين الإسلامي أقرهم على ذلك ، هذا قول لم يقبله نفس القائل الذي نطن أنه هو الكاتب لهذه الاستدلالات ، بل المطمأن به أنه هو - لمعرفتنا بلحن القول ونفس القائل - حيث قال في وجه عدم قبول ذلك في بحوث في شرح مناسك الحج ١ : ٢١٣ في ردّ الشيخ الفاضل اللنكراني قدس الله نفسه الزكية وروحه الولوية القائل في تحرير الوسيلة كتاب الحج ١ : ١٩ أن الحساب الشمسي لم يكن معروفاً عند العرب حتّى في زماننا حيث قال الراد في بحوث في شرح مناسك الحج ما نصه : «وأما ما ذكره المعترض من أن العرب ما كانوا يعرفون وفق الأشهر الشمسية فيظهر عدم تماميته مما نقلناه آنفاً ، وقد صرح العديد من المؤرخين بخلافه ، قال بعضهم [المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام ٨ : ٥٠٥] : إن أهل الحجاز كانوا يتبعون التقويم

☞ الشمسي مع مراعاة الإهلال ، أي تقويماً شمسياً قمرياً... ) الخ بحوث في شرح مناسك الحج ١ : ٢١٤ ، والذي نقله آنفاً هو ما نقله عن الدكتور جواد علي في المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام أن العرب كانت قبل الإسلام يتبعون الحساب الشمسي ، لا أنهم يعرفونه فقط ، بل كان هو المعتمد عندهم ، ونقل الدكتور جواد علي في كتابه المشار إليه عن البيروني وابن الجذابي والمسعودي أن العرب كانوا قبل الإسلام في بادئ أيامهم يتبعون الأشهر القمرية ، فيدور حجهم في الأزمنة الأربعة - أي في زمان يكون حجهم في الصيف ، وفي زمان في الخريف ، وفي زمان في الشتاء ، وفي زمان في الربيع - ثم أرادوا أن يحجوا في وقت إدراك سلعهم من الآدم والجلد والثمار وغير ذلك ، وأن يثبت ذلك على حالة واحدة في جميع السنين .

وهذا الوقت الذي هو أطيب الأزمنة وأخصبها هو أيام الربيع ، فتعلموا الكبس من اليهود المجاورين لهم وذلك قبل الهجرة بقرب مائتي سنة ، بنحو صار حسابهم في الشهور بالأشهر الشمسية ، فاعتمدوا في كل أمورهم على الأشهر الشمسية ، ولم يكونوا قبل الإسلام يعتمدون على الأشهر القمرية ، حتى أن الإسلام حينما جاء أقرهم على ذلك .

**وثانياً : أن القول «بأن ما يصلح أن يكون ميقاتاً للناس عامة هو الهلال الذي يظهر على الأفق المحلي بنحو يكون قابلاً للرؤية بالعين المتعارفة المجردة» على مسلك القائل باعتبار الأفق المحلي لا يمكن أن يكون ميقاتاً للناس عامة ، لأن الأفق المحلي للصين واليابان غير الأفق المحلي لباكستان وافغانستان وايران ، والأفق المحلي لايران وما يجاورها غير الأفق المحلي للعراق وسوريا ولبنان ، والأفق المحلي لسوريا والعراق ولبنان غير الأفق المحلي لمصر وليبيا ، وأفقهما غير الأفق المحلي للجزائر والمغرب ، ناهيك عن الأفق المحلي للعالم الآخر . فعلى مبنى القائل لكل أفق محلي أو اثنين أو ثلاثة رأس شهر ، فأول الشهر قد يكون في الأفق المحلي الأول يوم السبت ، وفي الأفق المحلي الثاني أو الثاني والثالث يوم الأحد ، وفي الأفق الثالث أو هو والرابع يوم الاثنين ، كما هو الحال فعلاً في دول العالم بحسب هذا المبنى ، عيد الشرق الأدنى السبت وهو غير عيد الشرق الأوسط الذي هو الأحد ، وقد يكون غير عيد غيرهم**

والذي هو الاثنين كدول شمال غرب أوربا ، وقد يكون عيد ما بعدهم يوم الثلاثاء ، وليلة القدر للشرق الأذنئ ليلة السبت وهي غير ليلة القدر للشرق الأوسط والتي هي ليلة الأحد ، وليلة القدر للمغرب العربي ونحوهم الاثنين وما بعدهم قد يكون ليلة الثلاثاء ، فأى مقيات للناس بصورة عامة هذا الذي يقال ؟

على أنه لو تنزلنا وقلنا إنه يكون ميقاتاً للناس عامة ، فلماذا لا يكون الهلال الذي يرى بالافق المحلي بالعين المسلحة كالتلسكوب والمراصد الفلكية لماذا لا يكون صالحاً لأن يكون ميقاتاً للناس عامة ؟! ما هو السبب ، أليس بمقتضى اتفاق الفلكيين على عدم رؤية الهلال ليلة أمس يكشف كشفاً قطعياً بأن اليوم مثلاً ليس هو أول الشهر ، ولا يمكن أن يُرى الهلال في الليلة السابقة عليه لأنه لم يخرج الهلال أصلاً من تحت الشعاع باتفاع الفلكيين وللناس عامة ، فلماذا هذا نعم يكون ميقاتاً للناس عامة وذلك لا يكون ميقاتاً لعامة الناس ؟!

ثم إنه من الغريب أن يقال : «لو بني على كون المناط في دخول الشهر بظهور الهلال في الافق بنحو قابل للرؤية ولو بأقوى التلسكوبات والأدوات المقربة لاقتضى ذلك أن صيام النبي ﷺ والأئمة ؑ وفطرم وحجهم وسائر أعمالهم التي لها أيام خاصة من الشهور لم تكن تقع في كثير من الحالات في أيامها الحقيقية ، لوضوح أنهم ؑ كانوا يعتمدون على الرؤية المتعارفة في تعيين بدايات الأشهر الهلالية ، مع أنه قلماً يرى الهلال بالعين المجردة واضحاً ومرتفعاً في ليلة ، ولا يكون في الليلة السابقة عليها قابلاً للرؤية ببعض الأدوات المقربة القوية ، وهل هذا يمكن الالتزام به» ، اسئلة حول رؤية الهلال مع أجوبتها ص ٤٢ .

فإنه لم يقل من قال باطلاق الرؤية وشمولها للرؤية التي تكون بالعين المسلحة كالتلسكوب ونحوه لم يقل إن الملاك في ثبوت الهلال بامكان الرؤية بالعين المسلحة ولو بأقوى التلسكوبات ، وإنما قال بثبوت الهلال بالرؤية بالعين الحادة - أي بالتلسكوب والمراصد الفلكية - وإن لم يُر بالعين المجردة عن التسليح ، فأى دخل لذلك في اقتضاء أن يكون صيام النبي ﷺ والأئمة المعصومين ؑ وفطرم وحجهم وسائر أعمالهم التي لها أيام خاصة من الشهور لم تقع في أيامها الحقيقية ، وهل رؤي الهلال في زمانهم ؑ بالعين المسلحة ولم يعتمدوه واعتمدوا

﴿ العين المجردة ؟ فلم تكن أعمالهم واقعة في أيامها الحقيقية ؟ ! أي كلام هذا ؟ !  
 ثم إنه بالنسبة إلى صحيحة علي بن جعفر قيل : الظاهر أن المراد بقول الراوي فيها (ولا يبصره غيره) هو مجرد عدم تحقق الرؤية من الغير ، لا عدم امكانية تحققها من جهة تفرد الرائي بحدة البصر بحيث لا يوجد نظير له ، فإنه فرض لا واقع له في أي عصر كما لا يخفى ، وعلنى ذلك فليس مورد الصحيحة هو خصوص ذي البصر الحاد جداً الذي يرى من الهلال ما لا يراه غيره ، وأما اطلاقها لهذا المورد فهو مخدوش لما سبق » أسئلة حول رؤية الهلال مع اجوبتها المتقدم : ٤٠ - ٤١ .

وفيه : لماذا التقييد بمجرد عدم تحقق الرؤية دون عدم امكانية الرؤية ، فإنه أليس هناك متفردون لا نظير لهم ، فليس هو فرض لا واقع له في عصر فضلاً عن أي عصر ، فكون الصحيحة نصاً في المطلوب لا يمكن إنكاره . وأما قوله : وأما اطلاقها لهذا المورد [أي لمن نظره حاد وللنظر بالتلسكوبات وشمولها له] فهو مخدوش لما سبق » أي مخدوش لما ذكره من أن الهلال كان عند العرب ميقاتاً يتدثون به الشهر القمري ، ولما جاء الدين الإسلامي الحنيف أقرهم عليه ، الذي تقدم الجواب عنه مفصلاً .

وعليه : فالصحيحة إن لم تكن نصاً في العين المسلحة فلا شك في شمولها لها بالاطلاق .



## فهرست الموضوعات

### كتاب الإجارة

الموضوع	الصفحة
خاتمة فيها مسائل	٥ - ١٠٨
خراج الأرض في المستأجرة في الأراضي الخراجية على مالكها	٥
الروايات الدالة على ذلك	٦
إلا إذا شرط المقبل للأرض أن يكون الخراج على من يستأجرها منه	٧
هل يمنع الجهل بمقدار الخراج من اشتراطه على المستأجر أو لا يمنع	٧
التفصيل في شرط كون الخراج على المستأجرين أن يكون ذلك على نحو شرط النتيجة	
فيبطل وبين كونه على نحو شرط الفعل فيصح	١٠
الوجه في صحة شرط الفعل في المقام	١٣
هل يجوز أخذ الأجرة على قراءة تعزية سيّد الشهداء وسائر الأئمة <small>عليهم السلام</small>	١٥
هل يجوز إجارة الصبي المميز من قبل وليه لقراءة القرآن والتعزية والزيارات	١٧
هل يجوز إجارة الصبي المميز من قبل وليه للصلاة عما في ذمة الميت	١٧
الدليل على شرعية عبادة الصبي	١٨
لا ملازمة بين شرعية عبادة الصبي وصحة استئجاره على قضاء ما في ذمة الميت من الصلاة	
أو الصوم	٢٣
لو بقي في الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدّة أصول الزرع فنبتت	٢٦
الاعراض هل يوجب زوال الملك ويكون حكم المملوك حكم المباح كما يقوله المشهور	٢٦

## الموضوع

## الصفحة

- ما ذكر تأييداً لقول المشهور بأن الاعراض موجب لزوال الملك من رواية السكوني ..... ٢٧
- غاية ما يترتب على الاعراض ..... ٣٠
- إذا استأجر القصاب لذبح الحيوان فذبحه على غير الوجه الشرعي ..... ٣١
- وهل تنفسخ الإجارة بذلك فيه قولان ..... ٣٢
- هل ذبح الحيوان إذا كان تبرعاً أو مع أمر المالك - لا استئجاراً - ولم يكن على الوجه الشرعي حكم الإجارة على ذلك ..... ٣٤
- لو أجر نفسه للصلاة عن زيد فاشتبهه وأتى بها عن عمرو ..... ٣٤
- هل يصح توكيل المستأجر في تجديد عقد الإجارة ..... ٣٥
- وهل له أن يعزل المستأجر عن ذلك بعد التوكيل ..... ٣٥
- لو أجر المستأجر الدار قبل أن يصله خبر العزل ..... ٣٥
- لو اشترطت الوكالة في تجديد العقد في ضمن الإجارة الأولى على نحو شرط الفعل ..... ٣٦
- المسألة غير خاصة بالإجارة ..... ٣٧
- لو اشترطت الوكالة في تجديد العقد في ضمن الإجارة الأولى على نحو شرط النتيجة ..... ٣٩
- فرض الوكالة المبرزة استقلالاً عن المبرزة بالشرط في ضمن العقد على نحو شرط النتيجة .. ٤٠
- الخيار الثابت بالعقد متعلق بنفس العقد لا بالعين المبيعة فالخيار لا يمنع من التصرف في العين المبيعة وإن كان بنحو شرط الخيار ..... ٤١
- لو استؤجر لخياطة ثوب معين لا بقيد المباشرة فخاطه شخص آخر تبرعاً أو بقصد الأجرة ..... ٤٧
- أن يخطيه الآخر تبرعاً عن المستأجر ..... ٤٨
- أن يخطيه الآخر بقصد أخذ الأجرة ..... ٥٢
- حكم ما إذا استأجره ليوصل مكتبته إلى بلد معين في مدة معينة فحصل مانع في أثناء الطريق أو بعد الوصول إلى البلد فالصور المعقولة في المقام أربعة ..... ٥٣
- الصورة الأولى: أن تكون الإجارة واقعة على الأجزاء على التقسيم عند التحليل ..... ٥٣
- الصورة الثانية: أن تكون الإجارة واقعة على نتيجة العمل لا العمل ..... ٥٤

الموضوع

الصفحة

- الصورة الثالثة: أن تكون الإجارة واقعة على عنوان بسيط منتزع من العمل الخارجي لا مترتب عليه ..... ٥٤
- الصورة الرابعة: أن تكون الإجارة واقعة على مجموع العمل لكن لا بما هو مجموع بل ذات المجموع الملاحظ فيه الهيئة الانضمامية بين أجزائه لا على نحو القيدية ..... ٥٤
- إذا كان للأجير على العمل خيار الفسخ ففسخه للعقد يتصور على ثلاث صور:
- الصورة الأولى: أن يكون الفسخ قبل أن يعمل الأجير شيئاً ..... ٥٧
- الصورة الثانية: أن يكون الفسخ للعقد بعد إتمام العمل ..... ٥٧
- الصورة الثالثة: أن يكون الفسخ أثناء العمل ..... ٥٨
- لو فسخ الأجير في العمل الذي يجب اتمامه بعد الشروع فيه كالحج ..... ٦٣
- هل يختص كون الفسخ في الأثناء وكونه كالفسخ بعد العمل في العمل الذي يجب اتمامه بما إذا كان الخيار فورياً ..... ٦٥
- إذا كان للمؤجر خيار الفسخ فيجري فيه جميع ما ذكرناه في كون الخيار للأجير ..... ٦٦
- وهل يختلفان في صورة واحدة ..... ٦٦
- جواز اشتراط كون نفقة العبد أو السيارة المستأجرة ونحوهما على الأجير أو المؤجر ..... ٦٨
- هل يصح الشرط المذكور مع كون النفقة قد تزيد وقد تنقص ..... ٦٨
- إذا أجر داره من زيد إجارة صحيحة بلا خيار له ثم أجرها من عمرو فالإجارة الثانية واقعة على ملك الغير وفضولية ..... ٧١
- لو رجعت المنفعة للمؤجر بفسخ المستأجر فهل تصح الإجارة الثانية التي أجرها المؤجر لعمرو ..... ٧٢
- لو زادت مدة الإجارة الثانية على الأولى لزم على المؤجر ..... ٧٦
- لو زادت مدة الإجارة الثانية على الأولى فللمستأجر الأول اجازتها بالنسبة لما دون الزيادة .. ٧٦
- إذا أجر ما لا يملك ثم ملكه حكم بالصحة وكانت الإجارة كاشفة كشافاً حكماً من حين إمكانه ..... ٧٧
- إذا استأجر عيناً ثم تملكها قبل انقضاء مدة الإجارة ..... ٨٠

## الصفحة

## الموضوع

- إذا استأجر أرضاً للزراعة فحصلت آفة سماوية أو أرضية توجب نقص الحاصل فهل تبطل الإجارة ..... ٨٣
- هل للمستأجر أن يشترط على المؤجر أن ينقص من الأجرة بمقدار ما ينقص من الحاصل إذا حدث حادث سماوي أو أرضي أو أن يهبه ذلك المقدار..... ٨٣
- وهل للمستأجر أن يشترط على المؤجر البراءة من الأجرة بمقدار ما ينقص من الحاصل بالآفة السماوية أو الأرضية..... ٨٤
- لو شرط البراءة على التقدير المذكور حين العقد بأن يكون ظهور النقص كاشفاً عن البراءة من الأول فهل يصح الشرط..... ٨٥
- صحة قبالة الأرض..... ٨٥
- تمييز البائع عن المشتري..... ٨٦
- ما كان على الماتن أن ينبه عليه..... ٨٨
- جواز أخذ الأجرة على الطباية وإن كانت من الواجبات الكفائية..... ٨٩
- جواز أخذ الأجرة أزاء المعالجة في أيام معلومة..... ٨٩
- هل يجوز أخذ الأجرة على المعالجة مطلقاً حتى لو لم تكن الأيام معلومة..... ٨٩
- جواز الإجارة على الطباية مشروطة بالبرء..... ٩٠
- عدم جواز الإجارة على الطباية مقيدة بالبرء..... ٩٢
- ما أشكل به على القول بعدم جواز الإجارة على الطباية مقيداً بالبرء والجواب عنه..... ٩٥
- لو استأجر لختم القرآن..... ١٠١
- اعتبار الترتيب في القراءة بين السور أو بين آيات السور..... ١٠٢
- لو قرأ خطأً فذلك إما أن يكون على النحو المتعارف فلا يحتاج إلى التدارك..... ١٠٤
- وإما أن يكون أزيد من النحو المتعارف فلا بد من التدارك..... ١٠٥
- ولا يجب إعادة ما بعد التدارك إلى آخر السورة..... ١٠٥
- عدم جواز تعدد النائب في الحج البلدي..... ١٠٥
- إذا استؤجر للصلاة عن الميت فصلئ ونقص منها جزءاً واجباً غير ركن سهواً أو جزءاً من

الموضوع

المستحبات فما هو الحكم بالنسبة إلى ما يستحق من الأجرة .....	١٠٧
تتمة في حكم السرقة.....	١٠٩
كتاب المضاربة	
معنى المضاربة والقراض.....	١١٥
الاشكال عليهم في صدق وتحقق مفهوم باب المفاعلة في المقام والتشبيث بالجواب عنه.....	١١٥
الصحيح أن عد باب المفاعلة من باب صدور الفعل من اثنين من الاغلاط المشهورة.....	١١٥
تحقيق في كون العد المذكور من الاغلاط المشهورة .....	١١٥
المضاربة وفرقها عن القرض والبضاعة .....	١٢١
قاعدة تبعية الربح والنماء لأصل المال .....	١٢٢
هل يستحق العامل في البضاعة أجرة المثل أو لا .....	١٢٧
شروط المضاربة.....	١٢٨-٣٠٢
الايجاب والقبول.....	١٢٨
يكفي فيهما كل دال عليهما قولاً أو فعلاً.....	١٢٨
الدليل على كفاية المعاظة في المضاربة .....	١٢٨
البلوغ والعقل والاختيار.....	١٣١
اعتبار عدم الحجر لفلس أو سفه.....	١٣١
يعتبر في المضاربة مضافاً إلى ذلك عدة شروط أخرى:	
الشرط الأول: اشتراط أن يكون رأس المال عيناً لا منفعة أو ديناً .....	١٣٢
ذهاب بعض إلى عدم اعتبار أن يكون رأس المال عيناً.....	١٣٣
اشكال السيد الحكيم عليه .....	١٣٤
الذي ينبغي أن يقال في المقام .....	١٣٥
مقتضى القاعدة في المضاربة البطلان .....	١٣٦
ما يمكن أن يقال على كون مقتضى القاعدة البطلان.....	١٣٦
ما قاله السيد الحكيم بالنسبة إلى مقتضى القاعدة.....	١٣٧

الصفحة

الموضوع	الصفحة
جواب السيد الأستاذ علي ما قاله السيد الحكيم.....	١٣٧
المناقشة المفصلة في جواب السيد الأستاذ.....	١٣٨
اشكال ثانٍ للسيد الأستاذ علي كون المضاربة على مقتضى القاعدة.....	١٤٧
المناقشة في الاشكال الثاني الذي اشكله السيد الأستاذ.....	١٤٧
الدليل الدال على صحة المضاربة دال على خلاف مقتضى القاعدة.....	١٤٩
هل الدليل الدال على صحة المضاربة شامل للدين أو لا.....	١٤٩
هل الدليل الدال على صحة المضاربة شامل للمنفعة أو لا.....	١٥٢
المناقشة في دعوى عدم الشمول.....	١٥٣
الشرط الثاني: هل يعتبر أن يكون رأس المال في المضاربة من الذهب والفضة المسكوكين	
بسكة المعاملة أو لا فيشمل ما يقوم مقامهما من الفلوس المتعارفة في زماننا.....	١٥٧
وهل يشمل العروض أيضاً.....	١٥٩
المناقشة في عدم الشمول.....	١٦٠
الشرط الثالث: هل يعتبر أن يكون رأس المال معلوماً قدرأً ووصفاً.....	١٦٩
الشرط الرابع: هل يعتبر أن يكون رأس المال معيناً.....	١٧٥
الشرط الخامس: أن يكون الربح مشاعاً بينهما.....	١٧٨
الشرط السادس: تعيين حصة كلٍ منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك.....	١٨٢
الشرط السابع: أن يكون الربح بين المالك والعامل فلو شرطاً جزءاً منه لأجنبي عنهما	
لم يصح.....	١٨٦
الشرط الثامن: هل يعتبر أن يكون رأس المال بيد العامل فلو شرط المالك أن يكون رأس	
المال بيده لم يصح.....	١٩٠
الشرط التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجارة.....	١٩٠
الشرط العاشر: أن لا يكون المال بمقدار يعجز العامل عن الاتجار به.....	١٩٥
هل تصح المضاربة على ماله الموجود في يد غيره أمانة أو غيرها.....	٢١٩
المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها.....	٢٢٥

## الموضوع

## الصفحة

- ٢٣٣ ..... اشتراط عدم الفسخ إلى زمان كذا
- ٢٣٧ ..... ارتباط الشرط بالمشروط
- ٢٤٤ ..... دعوى ان الشرط في العقود غير اللازمة من غير لازم الوفاء والجواب عنه
- ٢٥١ ..... لو شرط عدم فسخ المضاربة في ضمن عقد آخر لازم
- ٢٥٦ ..... لو شرط في عقد المضاربة عدم فسخ مضاربة سابقة
- ٢٦١ ..... إذا دفع إليه مالا وقال اشتره بستاناً مثلاً أو قطيعاً من الغنم فهل يكون مضاربة
- ٢٦٥ ..... إذا اشترط المالك على العامل أن تكون الخسارة عليهما كالربح فهل يصح الشرط
- ..... إذا شرط المالك على العامل ان لا يسافر مطلقاً أو إلى البلد الفلاني أو إلى البلد الفلاني
- ٢٧٧ ..... فخالف العامل
- ٢٩٣ ..... لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر له أو لغيره إلا مع إذن المالك
- ٢٩٣ ..... اطلاق العقد ومقدار حرية العامل فيه
- ٢٩٤ ..... عدم اعتبار البيع بالتقيد مع اطلاق العقد
- ..... مع اطلاق العقد ليس للعامل أن يشتري بأزيد من ثمن المثل ولا أن يبيع بأقل من قيمة المثل
- ٣٠٠ ..... المثل
- ٣٠١ ..... مع اطلاق العقد للعامل أن يبيع العروض بالعروض لا بالتقيد
- ٣٠١ ..... لا يجوز شراء المعيب
- ٣٠٢ ..... الشراء بعين المال في صورة اطلاق العقد
- ٣٠٢ ..... حكم الشراء في الذمة
- ..... أقسام الشراء في الذمة:
- ٣٠٤ ..... القسم الأول: أن يشتري العامل بقصد المالك وفي ذمته من حيث المضاربة
- ٣٠٤ ..... القسم الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمته باعتبار أنه عامل مضاربة
- ..... القسم الثالث: أن يقصد ذمة نفسه وكان قصده الشراء لنفسه ولم يقصد الوفاء من مال المضاربة حين الشراء ثم دفع منه
- ٣١٠ ..... القسم الرابع: نفس الثالث ولكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء
- ٣١١ ..... القسم الرابع: نفس الثالث ولكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء

## الموضوع

## الصفحة

- القسم الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه وغيره ..... ٣١٨
- يجب على العامل العمل بما يعتاد عمله في تلك التجارة وتولي ما يتولاه التاجر لنفسه .... ٣١٩
- نفقة العامل في السفر المأذون فيه من المالك من رأس المال..... ٣٢١
- ما هو المراد بالنفقة ..... ٣٢٤
- الاقتصار في النفقة على المقدار اللائق..... ٣٢٤
- المراد من السفر العرفي لا الشرعي ..... ٣٢٥
- إذا أقام في السفر بعد تمام العمل لغرض آخر فنفقته في تلك المدة على نفسه ..... ٣٢٦
- إذا أقام لما يتعلق بالتجارة ولأمر آخر..... ٣٢٦
- استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه ..... ٣٢٩
- وإذا قال : ونصف الربح لي ، صح أيضاً ..... ٣٦١
- لو تعدد أرباب المال توزع النفقة ..... ٣٣٠
- وهل توزع على نسبة المالكين أو على نسبة العاملين ..... ٣٣٠
- لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور الربح ..... ٣٣٢
- حكم ما لو مرض العامل أثناء السفر ..... ٣٣٣
- لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر فنفقة الرجوع على العامل ..... ٣٣٥
- إذا قال : خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لي ..... ٣٣٦
- إذا قال : خذ هذا المال قراضاً وتمام الربح لك ..... ٣٤١
- مع فرض فساد المضاربة يكون تمام الربح للمالك وللعامل أجره المثل ..... ٣٤١
- هل الثابت للعامل مع فرض فساد المضاربة أجره المثل على الإطلاق أو أن ذلك فيما إذا
- لم تزد على حصته من الربح على تقدير صحة المضاربة الظاهر الثاني ..... ٣٤٣
- الاشكال على كون الظاهر الثاني والجواب عنه مفصلاً..... ٣٤٤
- لو اختلف المالك والعامل في أنها مضاربة فاسدة أو قرض أو مضاربة فاسدة أو بضاعة..... ٣٥٠
- قد يقال بتقديم قول من يدعي الصحة..... ٣٥٩
- إذا قال المالك للعامل : خذ هذا المال مضاربة والربح بيننا ، صح ..... ٣٦٠

فهرست الموضوعات ..... ٣٨١

الموضوع ..... الصفحة

وإذا قال : ونصف الريح لك ، صح أيضاً ..... ٣٦٠

رؤية الهلال بالعين المسلحة ..... ٣٦١

فهرست الموضوعات ..... ٣٧٣