

١٩- نفقات مرض العامل في السفر

(مسألة ٢١) لو مرض في أثناء السفر فإن كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النفقة وإن منعه ليس له و على الأول لا يكون منها ما يحتاج إليه للبرء من المرض.

هذه المسألة تشتمل على ثلاثة مطالب (الأول) ان المرض اذا لم يكن مانعاً من العمل التجاري فللعامل اخذ النفقة لمدة المرض من سفره، (الثاني) ان المرض اذا كان مانعاً من العمل التجاري ليس للعامل اخذ النفقة لمدة المرض من سفره، (الثالث) ان مؤنة العلاج لا تكون من النفقة الثابتة على جميع المال حتى في المرض غير المانع من العمل التجاري.

اما (المطلب الاول) _ ان المرض اذا لم يكن مانعاً من العمل التجاري فللعامل اخذ النفقة لمدة المرض من سفره _

فلاشكال فيه كما صرح به في الجواهر حيث قال: «أما إذا كان مرضاً لا يمنعه من العمل بالمال، فلا ريب في استحقاقه النفقة في تلك الحال».^١ وذلك لاندراجة في اطلاق الادلة الدالة على ان نفقة العامل في السفر على جميع المال.

واما (المطلب الثاني) _ ان المرض اذا كان مانعاً من العمل التجاري ليس للعامل اخذ النفقة لمدة المرض من سفره _

فقد صرح به في الجواهر حيث قال: «و في المسالك و غيرها أن مؤنة المرض و الموت في السفر محسوبتان على العامل خاصة لأنهما لم يتعلقا بالتجارة، و هو كذلك بالنسبة إلى الموت، بل و المرض إذا كان على وجه لا عمل له في المال معه».^٢ وناقش فيه السيد الحكيم ره في المستمسك حيث قال: «و كأنه لأن السفر في حال المرض المانع عن العمل ليس للتجارة. و هو غير ظاهر، ولازمه عدم النفقة مع طرؤ المانع عن العمل غير المرض إذا كان في مقام الزوال، و هو كما ترى».^٣ ولكنه يلاحظ عليه بان السفر في مدة المرض المانع من العمل وان كان جزءاً من السفر للتجارة بحيث يصدق على المجموع السفر للتجارة الا انه عند ملاحظة هذه المدة بنفسها يسلب عنها السفر للتجارة

^١ - الجواهر ج ٢٦ ص ٣٤٧-٣٤٨

^٢ - نفس المصدر ص ٣٤٧

^٣ - المستمسك ج ١٢ ص ٣٠١

ومن المعلوم ان موضوع اخذ النفقة بحسب الارتكاز العرفي والنصوص ما اذا كان السفر للتجارة نعم لا بد من التفصيل بين ما اذا كان المرض مما يقتضيه السفر للتجارة بحيث لو تصدى اي شخص آخر للسفر الى ذاك البلد لا يتلى بما ابتلى به العامل من المرض المانع عن العامل في عدة من الايام - فيصدق على سفره في تلك المدة انه للتجارة وان لم يكن مشغلاً بالعمل، وبين ما اذا لم يكن كذلك بل مرض العامل في ذاك السفر لخصوصية شخصية لا لاقتضاء السفر الى ذاك بحسب نوع الاشخاص فلا يصدق على سفره في تلك المدة انه للتجارة، واما النقض بموارد طرؤ المانع عن العمل غير المرض إذا كان في مقام الزوال، فيجاء عنه بالفرق بين الموردين لصدق كون السفر في تلك المدة للتجارة في مورد طرؤ المانع بخلاف مورد المرض الذي يكون مصداقاً للقصور من قبله ولذا قال في المباني: «فان الصرف من مال التجارة في مورد يكون القصور من قبله لا لوجود مانع ليس مشمولاً للنص ولا يدخل في الارتكاز العرفي»^١

واما (المطلب الثالث) - ان مؤنة العلاج لا تكون من النفقة الثابتة على جميع المال

حتى في المرض غير المانع من العمل التجاري -

فما ذكره السيد الماتن ره موافق لما عليه اكثر الفقهاء من المعلقين على العروة وغيرهم - وان جعله بعض المعلقين مبنياً على الاحتياط^٢ - وحيث انه يمكن ان يستفاد حكم المسألة من مسألة شمول النفقات الواجبة - كنفقة الزوجة - لنفقات العلاج كما اشير اليه في الجواهر والمستمسك^٣ فالبحث في هذا المطلب يقع في مرحلتين (الاولى): في ان مؤنة

^١ - مباني العروة ج ١ ص ٧٦

^٢ - وفي التذكرة ج ١٧ ص ١٠٥ «و لو احتاج في السفر إلى زيادة نفقة فهي من مال القراض أيضاً. و لو مرض فافتقر إلى الدواء، فإنه محسوب عليه و كذا لو مات كفّن من ماله خاصة؛ لأن النفقة وجبت للقراض و قد بطل بموته، فلا يكفن من مال القراض.» وفي جامع المقاصد ج ٨ ص ١١٥: في شرح عبارة العلامة في القواعد (و لو مات لم يجب تكفينه): «لأنه استحق النفقة في حال الحياة لا مطلقاً. و كذا لو مرض فاحتاج إلى دواء و نحوه فإنه من ماله.» وفي المسالك ج ٤ ص ٣٤٩: «إن مؤنة المرض و الموت في السفر سويتان على العامل خاصة، لأنهما لم يتعلقا بالتجارة.»

^٣ - ففي الجواهر ج ٢٦ ص ٣٤٨ نعم قد يشكل دخول مثل الدواء و نحوه في النفقة، و قد حققنا ذلك في النفقات من كتاب النكاح، من أراده فليلاحظه، فإن الظاهر اتحاد البحث في المقامين بالنسبة إلى ذلك. وفي المستمسك ج ١٢ ص ٣٠١-٣٠٢: «قال في المسالك: «إن مؤنة المرض و الموت في السفر سويتان على العامل خاصة، لأنهما لم يتعلقا بالتجارة.» و هو في محله بالنسبة إلى الموت لانفساخ المضاربة، لا لعدم تعلقه بالتجارة، أما بالنسبة إلى المرض فيشكل بأن المرض و إن لم يكن للتجارة لكن السفر لها، فاذا كانت

العلاج مندرجة في النفقة الواجبة على الزوج وعلى الاقارب او لا؟، و(الثانية): في ان مقتضى الادلة الخاصة بالمقام ان مؤنة العلاج من النفقة التي يأخذها العامل من جميع المال او لا؟ وما في المباني من عدم الارتباط بين المسألتين وان كلا من الأمرين تابع لدليله حيث قال: «قد يقال ان الحكم في هذه المسألة مبني على الخلاف في شمول النفقات الواجبة - كنفقة الزوجة - لمثل نفقات العلاج، و عدمه بدعوى اختصاصها بالمسكن والملبس والمأكل والمشرب. الا انه في غير محله ولا يمكن المساعدة عليه، فان كلا من الأمرين تابع لدليله»^١. يلاحظ عليه بانه وان تعدد موضوع المسألتين الا انه حيث انهما مندرجان في جامع النفقة فيمكن ان يكون الدليل على ثبوت الحكم في احدهما دليلاً على الآخر من باب الاطلاق المقامي نظير ما يقال من ان الاطلاق المقامي لمادل على الامر بصلاة ركعتين نافلة يقتضي ان يكون المعتبر فيها من الاجزاء والشرائط نفس ما يعتبر في صلاة الفريضة وان الشارع او كل كيفية الاتيان بها الى ما بينه لصلاة الفريضة من الكيفيات، وعليه فحيث ان الشارع حكم في المقام بان العامل يأخذ نفقته في السفر من رأس المال ولم يبين المراد من النفقة وما تشمله فهذا يعني انه او كل امرها الى ما بينها في نفقة الزوجة، وعليه فلو كان الدليل في تلك المسألة يدل على اندراج مؤنة العلاج في النفقات الواجبة امكن الاستناد اليه لحكم المسألة لولم يكن الدليل الوارد في خصوص المسألة دالا على خلافه، وعليه فنبحث عن حكم المسألة في مرحلتين

(المرحلة الاولى): هل تدرج مؤنة العلاج في النفقات الواجبة للزوجة والاقارب او

لا؟

ذكر السيد الحكيم ره «ان المصرح به في كلام غير واحد من الأكابر عدم كون مؤنة المرض من النفقة الواجبة لواجب النفقة، وكأن وجهه عدم الدليل على وجوب نفقة المرض المزوجة، فضلا عن غيرها. إذ دليل نفقتها ان كان قوله تعالى (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)^٢ فمن الواضح اختصاصه بالرزق والكسوة، ولا يشمل الدواء المشروب، لانصرافه عنه، فضلاً عن العلاج بالضمد ونحوه، وإن كان قوله تعالى: (و)

مؤنة المرض من نفقات السفر كانت على المالك، كغيرها من شؤون النفقة. نعم يتم بناء على عدم كونها من النفقة الواجبة لواجب النفقة، كما هو المصرح به في كلام غير واحد من الأكابر.

^١ - مباني العروة ج ١ ص ٧٦

^٢ - البقرة، الآية: ٢٣٣

عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) ^١ فهو ناظر الى الجهات الأخلاقية لا غيرها وإن كان قوله تعالى (لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ) ^٢ فالظاهر منه الإنفاق على المطلقات، بقرينة ما قبله من قوله تعالى في سورة الطلاق (وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) ^٣ ولأجل ذلك لا يكون وارداً في مقام تشريع النفقة للزوجة، بل في مقام وجود النفقة المشروعة للزوجة على المطلقة، ولا مجال للتمسك بإطلاقه، ولا لحمله على المتعارف كما في الجواهر. نعم يتعين ذلك لو كان في مقام تشريع النفقة، لامتناع كون المراد الإنفاق في الجملة، كامتناع كون المراد إنفاق كل شيء، فيتعين الحمل على المتعارف. لكن الظاهر من سياقه أنه ليس في مقام التشريع الأصلي، وحينئذ لا دليل على وجوب نفقة المرض للزوجة. بل الأصل العدم في كل ما شك في وجوبه لها من أنواع النفقات، مثل آلات التنظيف و الغطاء و الفراش و ظروف الطعام و الشراب و غير ذلك مما لا يدخل في الطعام و الشراب. و من ذلك يشكل ما في الجواهر فإنه بعد ما حكى كلمات بعض الأصحاب في تحديد النفقة، و ما فيها من الاختلاف و الاضطراب و التشويش، قال: «إن كان المدار في الإنفاق بذل جميع ما تحتاج اليه المرأة لم يكن لاستثناء الدواء و الطبيب و الكحل و أجرة الحمام و الفصد وجه. و إن كان المدار على خصوص الكسوة و الإطعام و المسكن لم يكن لعدّ الفراش و الإخدام- و خصوصاً ما كان منه للمرض و غير ذلك مما سمعته في الواجب- وجه و إن جعل المدار فيه المعاشرة بالمعروف و إطلاق الإنفاق كان المتجه وجوب الجميع، بل و غير ما ذكره من أمور آخر لا حصر لها فالمتجه إحالة جميع ذلك إلى العادة في إنفاق الأزواج على الزوجات من حيث الزوجية، لا من حيث شدة حب و نحوه ..» وجه الاشكال: أن الأمر بالمعاشرة بالمعروف ليس مما نحن فيه، و الأمر بالإنفاق في الآية الشريفة ليس في مقام تشريع وجوب النفقة للزوجة، بل في مقام إلحاق المطلقة بها. و إن كان الذي يظهر من بعض الصحاح أنه وارد في الزوجة، كصحيح ربعي و الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله (ع) «في قوله تعالى (وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ)» ^٤ قال (ع): إن أنفق عليها ما

^١ -النساء، الآية: ١٩

^٢ -الطلاق، الآية: ٧

^٣ -الطلاق، الآية: ٦

^٤ -الطلاق، الآية: ٧

يقيم ظهرها مع كسوة، وإلا فرق بينهما^١ ونحوه صحيح أبي بصير^٢ لكن ظاهره اختصاص النفقة بالإطعام والكسوة، كآلية الشريعة، لا يعم غيرهما. اللهم إلا أن يكون جواز التفريق مختصاً بذلك، لا وجوب النفقة، وحينئذ يتم ما ذكر في الجواهر من لزوم الرجوع إلى المتعارف في النفقة بعد تعذر الأخذ بصرف الطبيعة، كتعذر الأخذ بالعموم. وعضد ذلك صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله (ع): «خمسة لا يعطون من الزكاة شيئاً الأب والأم والولد والمملوك والمرأة، وذلك أنهم عياله لازمون له»^٣ وفي خبر ابن الصلت «لأنه يجبر على نفقتهم»^٤ والتعليل بأنهم لازمون له بعد أن لم يكن تعدياً يراد به إما أنهم أغنياء ولا تجوز إعطاء الزكاة لذلك، وإما لأن اللزوم يمنع من تعلق لزوم آخر من جهة الزكاة، لئلا يلزم التداخل، فيكون هو المانع من إعطائهم الزكاة. ولو كانت النفقة مختصة ببعض الحاجيات دون بعض كان البعض الآخر مورداً للزكاة فلا يحصل التداخل، كما لا يحصل الغنى. فالتعليل المذكور يكون دليلاً واضحاً على وجوب الإنفاق بالنسبة إلى جميع الحاجات، ومنها الدواء وأجرة الطبيب وأجرة الفصد والأواني والظروف اللازمة في الاستعمال وأواني التنظيف وغير ذلك مما يحتاج إليه. وكان الأولى التمسك بالصحيح المذكور على ما ذكر، لا إهماله والتمسك بالإطلاق المحتاج في دليته إلى تكلف. هذا كله بالنسبة إلى نفقة الزوجة. وأما نفقة العامل فيما نحن فيه، فإن قلنا بوحدة المراد كانت نفقة المرض مستثناة أيضاً^٥

ولنا تعليقان على ما ذكره قده

(التعليق الأول): ان الظاهر ان قوله تعالى: «لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا»^٦ يدل على وجوب انفاق ما يكون متعارفاً باعتبار ان المتفاهم منه عرفاً بعد تعذر كون المراد الانفاق في الجملة - اي انفاق شيء مما يكون نفقة - كتعذر كون المراد انفاق كل ينفق - اي يصرف

^١ - الوسائل الباب ١ من ابواب النفقات ح ١

^٢ - نفس المصدر ح ١٢

^٣ - الوسائل الباب ١٣ من ابواب المستحقين للزكاة ح ١

^٤ - نفس المصدر ح ٤

^٥ - المستمسك ج ١٢ ص ٣٠٢-٣٠٤

^٦ - الطلاق، الآية: ٧

في معيشة الزوجة، انفاق ما يكون متعارفاً بين الأزواج أي ما يتحمله الزوج من معيشة الزوجة ومن المعلوم أن مؤنة العلاج مندرجة في النفقات المتعارفة. والآية السابقة عليه وإن كانت واردة في الانفاق على الزوجة المطلقة وهذا بنفسه يمنع عن ظهور الآية في كونها في مقام تشريع نفقة الزوجة ويوجب أن يكون سوقها لبيان النفقة على الزوجة المطلقة، إلا أن الاستدلال بالآية في بعض الصحاح كصحيحة ربعي والفضيل بن يسار وصحيحة أبي بصير يدل على أن الآية واردة في مقام تشريع نفقة الزوجة، وما ذكره السيد الحكيم ره من أن ظاهره اختصاص النفقة بالطعام والكسوة كآية الشريفة ولا يعم غيرهما يرد عليه أولاً: ما ذكره نفسه قده من أن جواز التفريق بين الزوجين مختص بذلك لا وجوب النفقة الذي يستفاد من الآية، وثانياً: أنه لا وجه لدعوى ظهور النص في الاختصاص بالطعام والكسوة بعد ما كان العنوان المذكور فيها «ما يقيم ظهرها» أو «ما يقيم صلبها» الشامل لكل ما تحتاج إليه في حياتها المتعارفة إلا أن ذكر الكسوة بعده يدل على أن المراد منه خصوص الطعام ولا لم يكن مقابلاً للكسوة، ولكنه ليس في محله فإن ذكر الخاص بعد العام امر متعارف في الكلام مع أنه يمكن أن يقال أن المراد من «ما يقيم ظهرها» لا يشمل الكسوة فالمقابلة بينهما ثابتة حتى على فرض إرادة العموم لخصوص الطعام، مضافاً إلى أنه لو سلم كون المراد من «ما يقيم ظهرها» خصوص الطعام إلا أن التعبير عن الطعام بما يقيم ظهرها يدل على النكتة في وجوب انفاق الطعام كونه مما يقيم ظهر الزوجة وحيث أن هذه النكتة في مؤنة العلاج أشد وأتم فيتعدى الحكم إليه باعتبار أن تعليق الحكم على الوصف مشعر بالعلية، ومن هنا يظهر أنه يستفاد اندراج مؤنة العلاج في النفقات الواجبة للزوجة من مثل صحيحة ربعي والفضيل بن يسار وصحيحة أبي بصير بتقريبين (التقريب الأول) أن استشهاد الإمام عليه السلام فيها بالآية يدل على أن الآية واردة في مقام تشريع نفقة الزوجة وباعتبار حمل النفقة فيها على المتعارف وكون مؤنة العلاج مندرجة في النفقات المتعارفة تدل الآية على وجوب انفاق مؤنة العلاج، (التقريب الثاني) أن الصحيحين تدلان على لزوم انفاق «ما يقيم ظهر الزوجة» أو «ما يقيم صلبها» الشامل لكل ما تحتاج إليه في حياتها المتعارفة.

(التعليق الثاني): أن ما ذكره قده بالنسبة إلى صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج وخبر ابن الصلت يلاحظ عليه أولاً بأن المستفاد من التعليل أن هؤلاء من جهة كونهم لازمين لمن عليه

الزكاة لا يجوز له اعطاء الزكاة اياهم واما ان اللزوم المذكور كيف يمنع عن اعطاء الزكاة اياهم فيحتمل فيه امر آخر غير الوجهين المذكورين في كلام السيد الحكيم ره وهوان اللزوم المذكور يوجب ان يكون دفع الزكاة اليهم من الدفع الى نفس من عليه الزكاة والصرف في شؤون نفسه مع انه خلاف ما يتضمنه الامر بايتاء الزكاة الظاهر في خروجها عنه كما اشار اليه في الجواهر حيث قال: «لا تصرف الكفارة إلى من تجب نفقته على الدافع، كالأب و الأم و الأولاد و الزوجة و المملوك بلا خلاف أجده فيه، لا لأنهم أغنياء بالدافع كما أوضحناه في كتاب الزكاة بل لانسياق غيرهم من الأدلة خصوصاً مع ملاحظة قوله تعالى «مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ» المشعر بكون المساكين غيرهم، وملاحظة قول الصادق عليه السلام في صحيح عبد الرحمن الوارد في الزكاة: «خمسة لا يعطون من الزكاة شيئاً: الأب و الأم و الولد و المملوك و الزوجة، وذلك لأنهم عياله لازمون له» المشعر بأن العيالية منافية لصدق إيتاء الزكاة الظاهر في خروجها عنه وعن عياله، ضرورة اقتضاء إعطائها لعياله رجوعها إليه بنوع من الاعتبار، وكذا الصدقة التي منها الكفارة، بل لعل ما دل على عدم أكل العيال من العقيقة لأنها صدقة مشعر بذلك، بل قد يدعى معلومية ذلك من الشرع على وجه يعرفه كل تابع له»^١. وكما في المستند في كتاب الخمس: «(مسألة ٥) في جواز دفع الخمس الى من يجب عليه نفقته اشكال نظرا إلى عموم التعليل الوارد في صحيحة عبد الرحمن ابن الحجاج للمنع عن إعطاء الزكاة لواجبي النفقة من انهم عياله لازمون له الذي مرجعه إلى ان الدفع لهم كالدفعة إلى نفسه و الصرف في شؤون شخصه، وكأن الإعطاء لهم إخراج من كيس ووضع في كيس آخر وهذا التعليل كما ترى جار في الخمس أيضاً»^٢. ومن المعلوم ان اللزوم بهذا المعنى مع كونه مانعاً عن اخذهم الزكاة ممن يجب عليه الانفاق عليهم للنفقة الواجبة لا يوجب وجوب الانفاق عليهم لبعض حوائجهم غير المندرج في النفقة الواجبة لان كون هؤلاء بمنزلة نفس من عليه الزكاة لا يلزم وجوب الانفاق عليهم في جميع حوائجهم، وثانياً: بان مقتضى ما ذكره قده من ان هذه النصوص تدل على ان هؤلاء الخمسة حيث يستغنون من غير ناحية الزكاة في جميع شؤونهم فلا يجوز اعطاء الزكاة اليهم وهذا يوجب

^١ - الجواهر ج ٣٣ ص ٢٨٧

^٢ - مستند العروة (كتاب الخمس) ص ٣٢٣

اندراج مؤنة جميع حوائجهم في النفقة الواجبة ان يجب على الاب نفقة توابع الابن كزوجته مع انه لاوجه لذلك ولايلتزمون به بل افتوا بانه لايجب على الاب الانفاق على زوجة الابن وانه يجوز للاب ان يعطي زكاته للابن حتي يصرفها في الانفاق على زوجته والسرفي ذلك ان هولاء وان وجب على من عليه الزكاة الانفاق عليهم الا ان الذي يستحقونه هو الانفاق عليهم في النفقات المتعارفة ففي هذه النفقات حيث لهامدخل آخر ليس لهم اخذ الزكاة فيها واما لو كان لهم نفقات اخرى غير تلك النفقات فحيث انه لامدخل لها عندهم فيجوز اخذ الزكاة لها، وثالثاً: ان الاستدلال بالنصوص المذكورة على اندراج مؤنة العلاج في النفقة الواجبة يتوقف على عدم جواز اعطاء الزكاة لهولاء الخمسة في مؤنة العلاج وهو اول الكلام لانه لو قلنا بخروجها من النفقة الواجبة على من يجب عليه الزكاة لم يكن هناك مانع من اعطاء الزكاة ليصرف فيها كما التزموا به في نفقة زوجة الابن فلواريد اثبات المنع من اعطاء الزكاة لمؤنة العلاج باندراج مؤنة العلاج في النفقة الواجبة لزوم الدور، فالصحيح في اثبات اندراج مؤنة العلاج في النفقات الواجبة للزوجة هو الاستناد الى صحيحة ربعي والفضيل بن يسار وصحيحة ابي بصير لا الاستناد الى النصوص الواردة في الزكاة وبعد ما ثبت اندراج مؤنة العلاج في النفقات الواجبة للزوجة فالاطلاق المقامي لصحيحة علي بن جعفر يقتضي اندراجها في نفقة العامل في السفر التي تؤخذ من رأس المال .

واما (المرحلة الثانية) _ مقتضى الادلة الخاصة بالمقام ان مؤنة العلاج من النفقة التي يأخذها العامل من جميع المال او لا؟ _

فالوجه في عدم خروج مؤنة العلاج من جميع المال عند العلامة والمحقق والشهيد الثانيين رهم ان الخارج من جميع المال ما كان للتجارة وحيث ان مؤنة المرض ليس للتجارة فلا تخرج من جميع المال وناقش فيه السيد الحكيم ره بان ما هو المعترف في ثبوت النفقة على رأس المال ان يكون السفر للتجارة وهو موجود فيما نحن فيه لان المفروض انه سافر للتجارة اما كون المؤنة للتجارة فلا دخل له في ثبوت النفقة، ففي المستمسك: «قال في المسالك:» «إن مؤنة المرض و الموت في السفر سويتان على العامل خاصة، لأنهما لم يتعلقا بالتجارة». و هو في محله بالنسبة إلى الموت لانفساخ المضاربة، لا لعدم تعلقه بالتجارة، أما بالنسبة إلى المرض فيشكل بأن المرض وإن لم يكن للتجارة لكن السفر لها، فاذا كانت مؤنة المرض

من نفقات السفر كانت على المالك، كغيرها من شؤون النفقة (الى ان قال:) وأما نفقة العامل فيما نحن فيه فان قلنا بوحدة المراد كانت نفقة المرض مستثناة ايضاً وإن لم نقل بأن المقامين من باب واحد أمكن التمسك بإطلاق الدليل في المقام على ذلك، فإن نفقة المرض من أهم ما يحتاج إليه في معاشه. ولذلك يضعف ما تقدم في المسالك و سبقه إليه في جامع المقاصد و التذكرة و غيرهما، من دون تعرض منهم لوجهه. و كأنه دعوى انصراف الإطلاق في المقام عنه، أو لبنائه على ذلك في نفقة الزوجة و كون المقامين من باب واحد. لكن دعوى الانصراف ممنوعة، كدعوى ذلك في نفقة الزوجة على ما عرفت.^١ وفي المباني: «وأما فيما نحن فيه فلا دليل على وجوب نفقة العلاج على المالك فان الارتكاز العرفي مختص بما هو المتعارف و ما يعد نفقة للمسافر في سفره فلا يعم ما يحتاج اليه من غير جهة السفر كالدية لو وجبت عليه فإنها غير مشمولة للارتكاز العرفي جزماً. وكذا الحال بالنسبة إلى صحيحة علي بن جعفر حيث أن المذكور فيها: «ما أنفق في سفره» وهو ظاهر فيما ينفقه لأجل سفره فلا تشمل ما كان أجنيا عنه. و من هنا فالصحيح هو القول بتحمل العامل بنفسه لها إذ لا موجب لإخراجها من أصل المال أو الربح».^٢

اقول : ما ذكره السيد الخوئي ره من ان الارتكاز العرفي مختص بما هو المتعارف و ما يعد نفقة للمسافر في سفره فلا بأس به بل لوشك في وجود هذا الارتكاز لم يمكن التمسك به في اثبات الحكم لكن قد تقدم ان من ادلة اخذ النفقة من رأس المال ان الاذن في الشيء اذن في لوازمه فاذا اذن المالك في السفر بالمال فقد اذن في ما يكون من لوازم السفر من الانفاق فيما يحتاج اليه وبناء على هذا الوجه يمكن ان يقال حيث ان اصل السفر كان للتجارة فان كان لهذا السفر لازم عرفي بان كان من لوازم هذا السفر الابتلاء ببعض الامراض الذي يحتاج الى مؤنة العلاج بحيث لا يرجع الى الخصوصيات الشخصية للعامل على نحو لو كان العامل غير هذا الشخص لا يتلى بهذا المرض_ فالانفاق للعلاج من هذا المرض يكون من لوازم الاذن في السفر ويجوز للعامل اخذه من رأس المال، نعم هذا لا يجري في جميع الامراض واما لو كان المستند في ثبوت النفقة على رأس المال النصوص الواردة في المسألة

^١ - المستمسك ج ١٢ ص ٣٠٤

^٢ - مباني العروة ج ١ ص ٧٦

فالعنوان الوارد فيها وان كان هو «ما انفق في سفره» ولكنه لا يصدق كل ما اذا كان السفر للتجارة وان لم يكن الانفاق مرتبطاً بالتجارة كما يدعيه السيد الحكيم ره بل الصحيح كما يدعيه السيد الخوئي ره ان المتفاهم العرفي منه بمناسبة الحكم والموضوع ما اذا كانت النفقة للسفر وكان السفر للتجارة وبعبارة اخرى كانت النفقة للمضاربة والتجارة ومن اقتضات المضاربة اما بلا واسطة او مع الواسطة الا انه مع ذلك ان كان الابتلاء بالمرض من اقتضات السفر ولم يكن للخصوصيات الشخصية للعامل دخل في الابتلاء بالمرض كانت النفقة مرتبطة بالتجارة ومن اقتضات المضاربة فتكون النتيجة عندئذ نفس النتيجة بناء على كون المستند في حكم المسألة ان الاذن في الشي اذن في لوازمه .

٢٠_ حكم النفقة فيما لو حصل فسخ المضاربة او انفساخها اثناء سفر العامل

(مسألة ٢٢): لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر فنفقة الرجوع على

نفسه بخلاف ما إذا بقيت و لم تنفسخ فإنها من مال المضاربة

والاقوال في المسألة مختلفة وهي: ١- ان نفقة الرجوع على العامل مطلقاً سواء كان انتفاء المضاربة اثناء السفر بالانفساخ كما في الموت والجنون، او بفسخ المالك او بفسخ العامل ففي المستمسك انه صرح بذلك غير واحد، و ظاهر المسالك: أنه لا خلاف فيه بيننا. لارتفاع المضاربة، فيرتفع حكمها. و عن بعض العامة لزوم النفقة من أصل المال، لأنه استحقها بالسفر، ٢- ان نفقة الرجوع على رأس المال مطلقاً اختاره السيد الحكيم ره وحكاه عن بعض العامة، ٣- التفصيل بين صورتي الانفساخ وفسخ العامل فتكون على العامل وصورة فسخ المالك فتكون على رأس المال اختاره السيد الخوئي ره، ٤- التفصيل بين صورتي الانفساخ وفسخ المالك فتكون على رأس المال وصورة فسخ العامل فعلى نفسه وهو الذي يقتضيه الوجه الذي استند اليه السيد الخوئي ره في التفصيل الاول.

ففي المستمسك ذيل عبارة المتن: «كما صرح بذلك غير واحد، و ظاهر المسالك: أنه لا خلاف فيه بيننا. لارتفاع المضاربة، فيرتفع حكمها. و عن بعض العامة لزوم النفقة من أصل المال، لأنه استحقها بالسفر. و لا بأس به لو بني على كون الحكم على القاعدة، كما يقتضي ذلك ما تقدم عن جامع المقاصد و التذكرة من تعليل الحكم. أما إذا كان المستند النص

فالنص غير شامل له. اللهم إلا أن يقال: النص لا ينفيه، والقاعدة تقتضيه، فالعمل بها متعين في خصوص نفقة السفر، لا نفقة العامل»^١.

وفي المباني: «فيما إذا انفسخ العقد بموت أو غيره أوجاء الفسخ من قبل العامل، و أما إذا كان بفعل المالك فالالتزام يكون مصرف الرجوع على العامل نفسه مشكل جداً، فإن صحيحة علي بن جعفر وإن لم تكن شاملة لها باعتبار أن موضوعها هو العامل المضارب و هو غير متحقق في المقام، إلا أنه لا موجب لرفع اليد عن الارتكاز العرفي و التزام المالك بكون نفقاته في سفره عليه. و بعبارة أخرى: أن أساس المضاربة قائم على أن لا يتوجه خسارة على العامل بوجه من الوجوه، فهو إما أن يأخذ شيئاً - و ذلك على تقدير ظهور الربح - و إما أن لا يكون له شيء، و أما تحمله للخسارة من كيسه الخاص فهو خارج عن عنوان المضاربة. نعم لو كان الفسخ من قبله تحمل هو نفقات رجوعه، حيث أنه جاء من قبله و المالك لم يلتزم بنفقاته حتى على تقدير فسخه هو للعقد»^٢.

أقول: حيث أن الحكم باستحقاق النفقة من رأس المال لا بد وأن يكون مستنداً إلى مقتضى القاعدة أو إلى النصوص - كما تقدم في الفروع المتقدمة - فلا بد من ملاحظة أنه هل يجري أحد الوجهين في الفروض الثلاثة (انفساخ العقد أثناء السفر، فسخ المضاربة من قبل المالك وفسخها من قبل العامل) أو لا يجري؟ وهل يجري في هذه الفروض الثلاثة وجه آخر لاستحقاق نفقة الرجوع أو لا؟

حاصل ما في المستمسك أن مقتضى القاعدة - وهو كون النفقة للسفر المتحقق للتجارة و المضاربة - يجري في المقام فإن انفاق العامل على الرجوع إنما هو لكونه لازماً للسفر للتجارة وهذا ما عبر عنه في المباني بأن التزام المالك بالسفر للتجارة واذنه فيه يستلزم الالتزام بكون نفقات السفر باجمعها - ومنها نفقة الرجوع - عليه وبناء المضاربة على أن لا يخسر العامل من كيسه، نعم لو كان الفسخ من قبله تحمل هو نفقات رجوعه، حيث أنه جاء من قبله و المالك لم يلتزم بنفقاته حتى على تقدير فسخه هو للعقد، وقد وافق العلمان قدهما على أن النص لا يجري في المقام باعتبار أن موضوعه هو العامل المضارب و هو غير متحقق في

^١ - المستمسك ج ١٢ ص ٣٠٥

^٢ - مباني العروة ج ١ ص ٧١

المقام، والصحيح هو القول بالتفصيل بين صورتَي الانفساخ وفسخ المالك فتكون على رأس المال وصورة فسخ العامل فعلى نفسه استناداً الى مقتضى القاعدة والى النص ، اما مقتضى القاعدة فلان التزام المالك بكون نفقات السفر عليه _ الذي هو لازم الاذن في السفر _ حاصل في صورتَي الانفساخ وفسخ المالك بخلاف صورة فسخ العامل، ونوقش فيه في كتاب المضاربة بان «عموم الاذن المستكشف بالإطلاق والارتكاز لا يجدي اذغايته ثبوت الإذن حدوثاً وقبل الانفساخ، وهو غير ملزم للمالك بعد الفسخ، كما أنه لا أثر له بالموت والجنون كما هو الحال في العقود الإذنية»^١.

ولكنه يلاحظ عليه بان الاذن وان كان يرتفع بالفسخ او الانفساخ لكن الموجب للضمان ليس هو الاذن الموجود حدوثاً وبقاءً حتى ينتفي الحكم بانتفاء الاذن بل حدوث الاذن ووجوده في الشروع في العمل كاف في بقاء الضمان بالنسبة الى العمل الذي لا يمكن تركه بعد الشروع ويكون العامل ملزماً ببقائه كما اذا امر صاحب المتاع حملاً ليحمل متاعه او اذن له فيه وقد شرع في حمل المتاع ولا يمكنه تركه الا بايصاله الى المقصد.

واما النص فتقريب الاستدلال به انه يدل على ان نفقة المضارب من جميع المال والمفروض ان العامل كان مضارباً قبل الفسخ او الانفساخ فيكون مشمولاً للنص في تلك الحالة وحكم له بكون نفقة سفره على جميع المال وهذا يشمل نفقة الرجوع، ونوقش فيه في كتاب المضاربة بان «الصحيحة ليست في مقام البيان من هذه الناحية، خصوصاً مع ما في ذيلها من أنه إذا قدم أهله فما أنفق فمن نصيبه ممّا يعني النظر إلى فرض بقاء المضاربة بل قد يقال ان عنوان المضارب لا يصدق بعد الانفساخ، فلا يصدق على نفقة الرجوع عندئذٍ أنه نفقة المضارب، ولا أقل من الاحتمال الموجب للإجمال»^٢. ولكنه يلاحظ عليه بانه لا وجه لمنع الاطلاق في الصحيحة من هذه الناحية بعد ما كان مقتضى الاصل العقلائي كون الخطاب في مقام البيان من ناحية الموضوع والمتعلق والحكم معاً وما ذكر في الذيل لا يكون شاهداً على عدم كون الرواية بصدد بيان حكم نفقة السفر مطلقاً لا مكان كون الذيل ناظراً الى فرض بقاء المضاربة مع كون الصادر مطلقاً بالنسبة اليه، وما ذكر من ان عنوان المضارب

^١ - كتاب المضاربة ص ٢٨١

^٢ - نفس المصدر ص ٢٨٠

لا يصدق بعد الانفساخ لا يضرّ بالتمسك بالاطلاق لان مبنى التمسك بالاطلاق صدق عنوان المضارب قبل الفسخ او الانفساخ، نعم يمكن منع الاطلاق في الصحيحة بدعوى ان المتفاهم منها - بملاحظة اخذ عنوان المضارب في موضوع الحكم - ان العامل مادام كونه مضارباً تكون نفقته على جميع المال وليست في الرواية دلالة على كون المضارب في زمان ما تكون نفقة سفره على جميع المال - ولو كانت النفقة حادثة بعد خروجه عن عنوان المضارب، ولكنه يلاحظ عليه بان العنوان المأخوذ في الدليل وان كان كذلك ولكن المتفاهم العرفي من الكلام بمناسبة الحكم والموضوع ان ماهو الموضوع بحسب مقام الثبوت ليس هو ما نفقه العامل حال كونه مضارباً بل الموضوع ما نفقه العامل من اجل التجارة بالمال ومن جهة المضاربة وهذا العنوان يصدق بالنسبة الى نفقة الرجوع حتى بعد انفساخ عقد المضاربة لانه انما يأتي به لصيrote عاملاً للمالك، وحيث ان المستفاد من النص ثبوت نفقة الرجوع على جميع المال مطلقاً حتى في فرض فسخ المضاربة من قبل العامل فيلتزم به، وعدم ثبوته بمقتضى القاعدة والارتكاز العرفي لا يضرّ بذلك لما تقدم مراراً من ان مجرد وجود الارتكاز العقلائي في مورد النص لا يقتضي حمله على كونه وارداً في مقام الارشاد وامضاء ما عليه العقلاء لا التأسيس لامكان وروده في مقام بيان الحكم المولوي الذي جعله الشارع للموضوع فلا وجه لرفع اليد عن ظهور النص في المولوية، اللهم ان يقال بانصراف النص عن صورة فسخ العامل نفسه بل الظاهر عدم شمول النص له باعتبارانه لو كان الفسخ من ناحيته لم يكن انفاقه لمؤنة الرجوع لاجل التجارة ولكونه عاملاً للمضاربة

ثم انه قد يتمسك لاثبات كون نفقة الرجوع على العامل بدليل لزوم الشرط بدعوى ان من الشرط في ضمن عقد المضاربة ولو ضمناً ان لا يخسر العامل نفقة الا اذا كان الفسخ من قبله. ونوقش فيه في كتاب المضاربة «بانه لو سلّمنا وجود شرط ضمني كذلك مع ذلك قلنا بأن هذا الاشتراط مرجعه إلى تقييد الإذن في الصرف أو توسعته لا الالتزام ضمن الالتزام؛ إذ ليست المضاربة الإذنية بلحاظ التصرف في رأس المال إلّا عقداً اذنيّاً، فلا يعقل الالتزام ضمن الالتزام بلحاظ هذه الحيثية من المضاربة، بل مرجعه إلى التقييد للاذن، ولو سلّم فهو ليس بملزم على ما تقدّم في محلّه من عدم لزوم الشروط ضمن العقود الإذنية. نعم، هذا قد

يصح في المضاربة العقدية اللازمة إذا فرض أنه كان شرطاً ضمناً من أول الأمر، بحيث يضمنه المالك بمجرد حدوث العقد»^١.

ولكنه يلاحظ عليه بان المناقشة في وجود الشرط المذكور وان كانت في محلها الا انه بعد قبول وجود الشرط المذكور لا يرد عليه كونه راجعاً الى التقييد للاذن لانه لا يرتبط بالتصرف في رأس المال حتى يكون تقييداً للاذن في التصرف فيه ، والمضاربة الاذنية وان كانت متضمنة للالتزام بالنسبة الى ما تحقق من التجارة بالمال ولذلك يصح جعل الشرط فيه بما يرجع الى حق الفسخ بالنسبة الى ما مضى حتى يرجع بعد الفسخ الى اجرة المثل لكنه لا يرجع الشرط المذكور الى ذلك لكون المفروض تحقق الفسخ او الانفساخ فلا بد وان يرجع الشرط المذكور الى شرط الضمان على نحو شرط النتيجة بحيث يثبت الضمان بمجرد حدوث العقد والا فلو كان على نحو شرط الفعل وكان تحققه متوقفاً على العمل بالشرط لم يكن هناك ملزم للوفاء به بعد فسخ العقد ، والشرط المذكور لا يصح لولم يكن المالك ضامناً له مع قطع النظر عن الشرط لصيرورة الشرط في هذا الفرض من الشرط المخالف للكتاب والسنة ، مضافاً الى ان الشرط المزبور على فرض صحته انما يؤثر في الضمان مادام العقد باقياً على حاله واما بعد فسخ العقد فلو قلنا بان الفسخ يوجب انتفاء العقد من حينه لا من حين الفسخ فلم يبق تأثير للعقد بالنسبة الى مضمونه فضلاً عن تأثيره في تحقق الشرط وهذا الذي ذكرنا لا فرق فيه بين ان يكون ضمن العقد اللازم او ضمن العقد الجائز وما ذكر من عدم لزوم الشروط ضمن العقود الاذنية تقدم الاشكال فيه .

وقد يتمسك لاثبات كون نفقة الرجوع على العامل بقاعدة لا ضرر كما ورد في كلمات بعض العامة .

ونوقش فيه في الحقائق «بان دخوله في عقد يجوز فسخه كل وقت قدوم منه على ذلك» .^٢ فيكون الضرر الوارد عليه من الضرر المقدم عليه لا الحاصل من حكم الشارع . ويرد عليه مضافاً الى ذلك انه لا يمكن اثبات الضمان بدليل لا ضرر لانه انما ينفي تسبب الشارع للوقوع في الضرر بالموقف التشريعي الذي يتخذه في الوقائع ولا يدل على تدارك

^١ - كتاب المضاربة ص ٢٨١

^٢ - الحقائق ج ٢١ ص ٢١٣

الضرر الحاصل في البين مع قطع النظر عن الموقف التشريعي كما هو الحال في المقام حيث ان الضرر حصل من امر المالك او اذنه في السفر بالمال للتجارة ثم فسّخه للعقد او انفساخه لامن الموقف التشريعي للشارع في الواقعة.

وقد يتمسك لاثبات المدعى بقاعدة الغرور بدعوى أنه لو لم يكن الفسخ من ناحية العامل صار مغروراً من قبل المالك فيرجع عليه في كل خسارة تخسره بعد الفسخ. ونوقش فيه في كتاب المضاربة بانه «يرد عليه مضافاً إلى الاشكال في كبرى قاعدة الغرور في غير ما ورد في مورد نص أن صدق الغرور فرع عدم علم العامل بجواز المضاربة وحق الفسخ للمالك أو الانفساخ القهري بالموت والجنون، وإلّا فصدق الغرور ممنوع، بل مع جهله بجواز المضاربة أيضاً لا يكون هناك غرور؛ لأنه ناشئ من جهله بالمسألة كما إذا كان البائع جاهلاً مثلاً بخيار الحيوان للمشتري، فالأقرب ما عليه المشهور.^١

اقول: اما عدم تمامية كبرى قاعدة الغرور في كل مورد تكون الخسارة ناشئة من تغير الأمر الآخر بحيث يثبت الضمان حتى فيما اذا تصرف المالك في ملكه فهو صحيح ولكنه ليس معنى ذلك الاقتصار على مورد النص بل يمكن الالتزام بالقاعدة فيما اذا كان من قبيل التصرف في مال غيره الموجب للضمان نعم في موارد التصرف في ملك نفسه الذي منه المقام لا بد من الاقتصار على مورد النص فلا يحكم بضمان المالك لما يصرفه العامل في رجوعه، والاشكال بتوقف صدق الغرور على عدم علم العامل بجواز المضاربة وحق الفسخ للمالك أو الانفساخ القهري بالموت والجنون، وانه لا غرور فيما اذا كان اقدام العامل ناشئاً من جهله بالمسألة لا بأس به .

والمتحصل مما ذكر ان الصحيح هو الحكم بثبوت نفقة الرجوع على جميع المال فيما اذا لم يكن الفسخ من ناحية العامل استناداً الى النص ومقتضى القاعدة ولم يتم الوجوه الثلاثة الاخيرة لاثبات الضمان

٢١ حكم ما اذا جعل تمام الربح للمالك او للعامل

قال السيد الماتن ره :

^١ - كتاب المضاربة ص ٢٨٢.

(مسألة ٢٣) قد عرفت الفرق بين المضاربة و القرض و البضاعة. و أن في الأول الربح مشترك و في الثاني للعامل و في الثالث للمالك فإذا قال خذ هذا المال مضاربة و الربح بتمامه لي كان مضاربة فاسدة إلا إذا علم أنه قصد الإبضاع فيصير بضاعة و لا يستحق العامل أجره إلا مع الشرط أو القرائن الدالة على عدم التبرع و مع الشك فيه و في إرادة الأجرة يستحق الأجرة أيضا لقاعدة احترام عمل المسلم و إذا قال خذ قراضا و تمام الربح لك فذلك مضاربة فاسدة إلا إذا علم أنه أراد القرض و لو لم يذكر لفظ المضاربة بأن قال خذ و اتجربه و الربح بتمامه لي كان بضاعة إلا مع العلم بإرادة المضاربة فتكون فاسدة و لو قال خذ و اتجربه و الربح لك بتمامه فهو قرض إلا مع العلم بإرادة المضاربة ففسد و مع الفساد في الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك و للعامل أجره عمله إلا مع علمه بالفساد

جهات البحث في المسألة

الكلام في هذه المسألة يقع في جهات

- (الاولى): انه لو قال: خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لي فهل هي بضاعة او مضاربة فاسدة او انشاء لا يندرج لافي المضاربة ولا في البضاعة.
- (الثانية): انه لو قال: خذ هذا المال قراضاً والربح بتمامه لك هل هي قرض او مضاربة فاسدة او انشاء لا يندرج لافي المضاربة ولا في القرض .
- (الثالثة): حكم ما لو قال خذ هذا المال واتجربه والربح بتمامه لي بدون ذكر المضاربة في كلامه ، او قال ذلك بضمّ «والربح بتمامه لك»
- (الرابعة): حكم فساد العقد من جهة ان الربح لمن يكون؟ وان العامل هل يستحق الاجرة او لا؟

اما (الجهة الاولى) _ حكم ما اذا قال المالك: خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لي _

فقد حكم السيد الماتن ره بانه مضاربة فاسدة الا اذا علم انه قصد الابضاع فيصير بضاعة وفي المستمسك ذيل عبارة المتن: « قال في الشرائع: « لو قال: خذ قراضا و الربح لي، فسد، و يمكن أن يجعل بضاعة، نظراً الى المعنى. وفيه تردد». و في القواعد: « لو قال: خذ قراضاً

على أن الربح لك، أولي، بطل»، و نحوه في التذكرة و غيرها، و في المسالك: أنه المشهور. بل قيل لا نعرف خلافاً صريحاً فيه، و إنما وقع التردد من بعضهم كالشرايع.

و كيف كان نقول: إن كون الربح مشتركاً بين المالك و العامل داخل في قوام المضاربة فكون الربح كله للمالك مناف له، و لأجل أن الجمع بين المتنافيين محال فالقصد إليهما معاً محال، فلا بد في المقام من أحد أمور عدم قصد الأمرين، أو قصد الأول دون الثاني، أو العكس، فعلى الأول لا يكون معنى إنشائي أصلاً لا صحيح و لا فاسد. و على الثاني تكون مضاربة صحيحة، و على الثالث تكون بضاعة أنشئت بلفظ المضاربة، فتكون صحيحة. و إذا علم أن المتكلم شاعر في مقام الإنشاء فقد انتفى الاحتمال الأول، و تعين أحد الأخيرين، و ثانيها أولى، لأن التصرف في لفظ المضاربة بحمله على البضاعة أولى من التصرف في قوله: ولي الربح، بحمله على ما لا ينافي المضاربة، فيكون هو المتعين، و يحمل الكلام على البضاعة و على هذا لا مجال للمضاربة، فيكون هو المتعين، و يحمل الكلام على البضاعة و على هذا لا مجال للمضاربة الفاسدة في مقام الثبوت، فضلاً عن مقام الإثبات.

هذا كله مع الالتفات. أما مع الغفلة فيمكن القصد الى المتنافيين معاً، بأن يكون أحدهما مقصوداً إجمالاً، و الآخر تفصيلاً، و في المقام يكون المنشئ قصد قصد المضاربة بمالهما من المعنى إجمالاً، و قصد أن يكون تمام الربح له تفصيلاً. فيكون شرطاً منافياً لمقتضى العقد، فيكون فاسداً فإن قلنا بأن الشرط الفاسد مفسد فقد فسد العقد، و إلا فلا، و لا وجه للبناء على فساد العقد ممن لا يرى فساده بالشرط العقد، و إلا فلا، و لا وجه للبناء على فساد العقد ممن لا يرى فساده بالشرط الفاسد. اللهم إلا أن يقال القصد الإجمالي إنما يكتفى به في مقام الإنشاء إذ لم يكن قصد تفصيلي على خلافه، و إلا فلا يعتد به في حصول الإنشاء، و يكون العمل على القصد التفصيلي، فلا مضاربة في المقام لا صحيحة و لا فاسدة، بل هو بضاعة. و المتحصل: أنه مع الالتفات التفصيلي ففي مقام الثبوت لا مضاربة لا صحيحة و لا فاسدة، و في مقام الإثبات بضاعة، و مع عدم الالتفات التفصيلي فالواقع إما مضاربة صحيحة أو بضاعة صحيحة، لا مضاربة فاسدة.^١

ولكنه يلاحظ عليه بان كون الربح مشتركاً بين المالك و العامل الذي داخل في قوام المضاربة، و كون الربح كله للمالك وان كانا متنافيين الا انه يمكن الجمع بين قصد المضاربة و قصد كون الربح كله للمالك وذلك لان كون الربح بين المالك و العامل انما

يكون داخلاً في قوام المضاربة شرعاً وعرفاً ولا يلزم ذلك كونه كذلك بحسب بناء المنشئ ايضاً بل يمكن قصد تحقق المضاربة بحسب بناء المعتبر مع قصد كون الربح كله للمالك اي يعتبر المنشئ المضاربة التي يكون الربح فيها كله للمالك، وعليه يكون من الشرط المخالف لمقتضى العقد فكما يمكن قصد المتنافيين مع الغفلة كذلك يمكن قصدهما مع الالتفات وكما ان في صورة الغفلة يدور الامر بحسب مقام الثبوت بين انحاء ثلاثة كذلك في صورة الالتفات، لكن ظاهر العبارتين الصادرتين من المنشأ _ في كلتا صورتى الالتفات والغفلة _ كونه قاصداً لمضمونهما وحيث ان العبارة الثانية «كون الربح بتمامه للمالك» مخالف لمقتضى عقد المضاربة ولا يجتمع معه فهذا يوجب فساد عقد المضاربة، فانه يوجب ان يكون المنشأ بالعبارتين خارجاً عن موضوع ادلة الامضاء ولا يكون فساد العقد بفساد الشرط المذكور مبنياً على البحث العام في ان فساد الشرط يسري الى العقد المشتمل عليه فان ذاك البحث ناظر الى ما اذا فرض كون المنشأ مندرجاً في عنوان العقد الذي هو موضوع دليل الامضاء لكن اشترط بامر خارجي فاسد بخلاف مثل المقام _ من موارد الشرط المنافي لمقتضى العقد _ حيث ان تفيد العقد بالشرط المذكور يوجب خروجه عن موضوع ادلة الامضاء نعم هذا ما يقتضيه ظاهر العبارتين الصادرتين من المنشأ في حد نفسه ولا ننمى قيام قرينة على كون المقصود الاصيل للمنشأ ما تحكي عنه العبارة الثانية التي وقعت مورد القيد وان العبارة الاولى انما هي بها ليراد منها ما يوافق المقصود الاصيل وعندئذ تكون المعاملة المنشأة بالعبارتين بضاعة صحيحة ولعل ما ذكره قده اخيراً في صورة الغفلة من ان القصد الإجمالي إنما يكتفى به في مقام الإنشاء إذا لم يكن قصد تفصيلي على خلافه، والا فلا يعتد به في حصول الإنشاء، ويكون العمل على القصد التفصيلي يرجع الى ذلك ولا ننكر ذلك فيما يكون منافاة المذكور ثانياً لمقتضى المذكور اولاً واضحاً عند الكل كمافي مثل البيع بلا ثمن، والاجارة بلا اجرة حيث يكون الاول اشارة الى الهبة والثاني الى العارية ولكنه يحتاج الى شاهد يثبت به والافمع عدم القرينة تحمل العبارتان على ان المنشأ قصد مضمونهما معاً وان كلاً من المضمونين بخصوصه مقصود للمنشأ، وبه يظهر عدم تمامية ما ذكره المحقق النائيني ره في التعليقة حيث قال ذيل عبارة المتن: «إنما يحكم بكونه مضاربة فاسدة في هذا الفرض وما بعده إذا علم أنه أرادها أولاً ثم عقبها بالمنافي دون ما لم يعلم ذلك واحتمل أنه أراد البضاعة أو القرض من أول الأمر». وتبعه السيد الكلبي كاني ره فقال في التعليقة: «هذا إذا علم أنه أراد المضاربة ثم عقبها بالمنافي وأما مع احتمال إرادة البضاعة فيحكم بكونها بضاعة وكذا في الفرض الآتي يحكم بكونه قرضاً مع احتمال إرادته».

ثم ان ما ذكر في حكم الجهة الاولى من كون المعاملة المنشأة بالعبارة المذكورة من المضاربة الفاسدة لا يمتني على مبنى خاص في تفسير حقيقة المضاربة بل يعم جميع المباني في تفسير حقيقة المضاربة وتخريج مشروعيتهما فما ذكر في كتاب المضاربة من ان «الظاهر أن المسألة تختلف باختلاف المبنى في تفسير حقيقة المضاربة، فإن فسّرناها على أساس أنه من عقود المعاوضة كالمعاوضة بين عمل العامل وحصة من الربح فاشتراط عدم ربح له مرجعه إلى المبادلة مع اشتراط عدم العوض، كالبيع بشرط عدم ملك العوض، وهو شرط منافي لمقتضى العقد يوجب فسادَه للزوم التهافت بين الانشائين الكاشف عن عدم تحقق قصد المعاوضة جداً. وهذا هو الفرق بين مثل هذه الشروط والشروط الفاسدة؛ لكونها خلاف الشرع مثلاً، فإنّ فسادها لا يوجب فساد العقد على الأصح. وكذلك الحال إذا قلنا بمسلك المشاركة بين نماء العمل ورأس المال، فإنّ قوام المشاركة في ذلك بأن يكون النماء بينهما فاشتراط كونه لأحدهما فقط خلف.

وإن قلنا بأنّ المضاربة هو الإذن من الطرفين من المالك في الاتجار بماله ومن العامل باستيفاء المالك لعمله مشروطاً بحصة من الربح، أو أنّها أمر من المالك بعمل العامل في قبالة جعل هو حصة من الربح، فمرجع اشتراط عدم شيء من الربح له إلى الإذن أو الأمر بلا شرط أن يكون له شيء من الربح، فيقع بضاعة صحيحة لا مضاربة فاسدة؛ لأنّ أصل الإذن مفروض على كل حال، واشتراط عدم شيء من الربح له أيضاً كذلك، فلا مضاربة ثبوتاً ولا إثباتاً، بل بضاعة.

فالحاصل: المضاربة على المسلكين الأولين يختلف عن البضاعة بنحو التباين كالفرق بين الإجارة والبيع، ففسادها لا يوجب تحقق الآخر، إلّا إذا قصد الآخر وجاء بما يدلّ عليه وينشئه، وعلى المسلك الأخير الفرق بينهما بين الأقل والأكثر، فمع اشتراط أن لا يكون له شيء من الربح تقع بضاعة، ولا موضوع للمضاربة لكي يقال تقع مضاربة فاسدة، غاية الأمر جاء بلفظها غلطاً أو جهلاً بمعناه، وليس بابه باب الشرط المنافي لمقتضى العقد»^١.

يلاحظ عليه أولاً: ان المضاربة كما تختلف عن البضاعة على المسلكين الأولين (تفسيرها على أساس انها من عقود المعاوضة، وتفسيرها بالمشاركة بين نماء العمل ورأس المال) بنحو التباين ويكون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد وفسادها لا يوجب تحقق الآخر إلا إذا قصد الآخر وجاء بما يدلّ عليه كذلك تختلف عنها على المسلك الأخير (تفسيرها بكونه عبارة عن الإذن من الطرفين) فان البضاعة ليست هي الإذن في الاتجار لا بشرط بالنسبة إلى جعل حصة من الربح للعامل بل بشرط لا بالنسبة إلى ذلك وعندئذ يعود الاشكال .

وثانياً: انه لو سلم كون الفرق بين المضاربة والبضاعة من الاقل والاكثر وكانت البضاعة هي الاذن في الاتجار لا بشرط بالنسبة الى جعل حصة من الربح للعامل ولكن بعدما كانت المضاربة هي الاذن في الاتجار مع جعل حصة من الربح للعامل فاذا جاء المالك بالعبارة المذكورة (خذ هذا المال قراضاً والربح كله لي) فالكلام الاول منه مضمونه جعل حصة من الربح للعامل والكلام الثاني مضمونه عدم جعل شيء من الربح للعامل وهما متنافيان انشاء ولا يجتمعان فيكون المورد من اشتراط المضاربة بالشرط المنافي لمقتضاها ففسد بفساد الشرط وفسادها لا يوجب تحقق البضاعة التي هي الاذن في الاتجار مع عدم جعل حصة من الربح للعامل لان مع تضمن الكلام الاول لجعل حصة من الربح للعامل لا يكون الاذن الموجود في البين هو الاذن مع عدم جعل حصة من الربح للعامل .

اما (الجهة الثانية) - حكم ما لوقال : خذ هذا المال قراضاً والربح بتمامه لك -

فقد حكم السيد الماتن ره بانه مضاربة فاسدة الا اذا علم انه اراد القرض، وفي المستمسك: «كما في القواعد وكذا في غيرها، وفي التذكرة: «و لو قال: قارضتك على أن يكون جميع الربح لك، فسد القراض أيضاً عندنا» و ظاهره الإجماع على الفساد، لكن يشكل ما ذكره بما عرفت في الفرض السابق، إذ الكلام في المقامين من باب واحد»^١.

اقول: لكن تقدم ان ما ذكره السيد الماتن ره في الفرض السابق هو الصحيح باعتبار ان الشرط المذكور مخالف لمقتضى عقد المضاربة فيكون فاسداً مفسداً للعقد من غير ان يكون فساد العقد بفساد الشرط المذكور مبنياً على البحث العام في ان فساد الشرط يسري الى العقد المشتمل عليه فان ذاك البحث ناظر الى ما اذا فرض كون المنشأ مندرجاً في عنوان العقد الذي هو موضوع دليل الامضاء لكن اشترط بامر خارجي فاسد بخلاف مثل المقام - من موارد الشرط المنافي لمقتضى العقد - حيث ان تقييد العقد بالشرط المذكور يوجب خروجه عن موضوع ادلة الامضاء.

ثم ان الحكم في هذه الجهة ايضاً لا يختلف باختلاف المباني في تفسير عقد المضاربة فما في كتاب المضاربة من ان «هذا الذي ذكره السيد الماتن ره قد يصح على المسلكين الأولين (تفسيرها على اساس انها من عقود المعاوضة، وتفسيرها بالمشاركة بين نماء العمل ورأس المال)، وأمّا على الثالث (تفسيرها بكونه عبارة عن الاذن من الطرفين) فلو قلنا بأن

للمالك أن يجعل نماء ماله لغيره كجعل على عمل ولو كان هو الأتجار بماله، فلا وجه للبطلان إذا فرض تعلّق غرض له بأن يتجر بماله وكان العامل أيضاً ناوياً ذلك لا الاستقراض وتضمن المال. وما ورد في روايات المضاربة من أنّ الربح بينهما ناظر إلى عدم استحقاق المالك لتمام الربح لا عدم إمكان جعل تمامه للعامل بشرط المالك، فيكون هذا نظير البضاعة التي هي عقد اذني من طرف العامل بأن يستوفي المالك نتيجة عمله، إلّا أنّه هنا يأذن المالك أن يستوفي العامل ربح ماله إذا كانت صحة مثل هذه العقود على القاعدة، فتكون عكس البضاعة^١. يلاحظ عليه بان المضاربة بناء على المسلك الثالث اسم للاذن المشروط بالجعل وخصوص حصة من الربح لان تمام الربح وعليه فهو لا يجتمع مع كون تمام الربح للعامل والقول بان ما ورد في روايات المضاربة من أنّ الربح بينهما ناظر إلى عدم استحقاق المالك لتمام الربح لا عدم إمكان جعل تمامه للعامل بشرط المالك، لا شاهد له بل الظاهر كونه دالاً على لزوم تقسيم الربح بين العامل والمالك وعدم اختصاصه بالربح في عقد المضاربة ولو بالشرط فيكون الشرط المذكور عندئذ مخالفاً للسنة ولمقتضى عقد المضاربة معاً فيكون مفسداً للعقد.

اما (الجهة الثالثة) - حكم ما لو قال خذ هذا المال واتجر به والربح بتمامه لي بدون

ذكر المضاربة في كلامه ، اوقال ذلك بضمّ «والربح بتمامه لك» -

فقد حكم السيد الماتن ره في الاول بانه تكون بضاعة إلا مع العلم بإرادة المضاربة فتكون فاسدة وفي الثاني بانه قرض إلا مع العلم بإرادة المضاربة فتكون فاسدة، والوجه في حمل الاول على البضاعة وحمل الثاني على القرض كون العبارة ظاهرة في ارادة البضاعة في الاول وارادة القرض في الثاني وهل الحكم كذلك فيما اذا لم يقصد القرض من الثاني بحيث كان مجرد جعل الربح بتمامه للعامل موجباً لكونه عقد القرض او لا؟ تقدم الكلام في ذلك في اول كتاب المضاربة حيث ذكر السيد الماتن ره في بيان الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة « ان من دفع مالا إلى غيره للتجارة تارة على أن يكون الربح بينهما وهي مضاربة وتارة على أن يكون تمامه للعامل وهذا داخل في عنوان القرض إن كان بقصده و تارة على أن يكون تمامه للمالك و يسمى عندهم باسم البضاعة» وذكر السيد الحكيم ره في

توضيح ذلك هناك: « هذا القيد _ اي قصد القرض _ لم يتعرض له في الشرائع و التذكرة و المسالك. و اشكاله ظاهر، فان القرض تملك المال بعوض في الذمة مثله أو قيمته، و هو من العناوين الإيقاعية لا يتحقق إلا بالقصد، فكيف يكون دفع المال إلى العامل على أن يكون له تمام الربح قرضاً من دون قصد؟! كما أشار إلى ذلك الأردبيلي (قده). و احتمال في الرياض: أن يكون مراد التذكرة و المسالك من كونه قرضاً أن ذلك حكم القرض، لا أنه قرض موضوعاً، و كذلك قصدهما من كونه قراضاً في صورة اشتراط أن يكون الربح لهما. و هو كما ترى غير ظاهر. كما أنه احتمال صحة ما ذكره و عدم لزوم القصد في حصول القرض، للمعتبرة المستفيضة، التي منها الصحيح و الموثق و غيرهما من أنه من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله و ليس له من الربح شيء، لظهورها في أنه بمجرد تضمين المالك للمضارب يصير المال قرضاً و يخرج عن المضاربة و ان لم يتقدم عقد القرض، و هو في معنى اشتراطه الربح للعامل، فإن الأمرين من لوازم القرض. انتهى.^١ و هو كما ترى، إذ لو بني على الأخذ بهذه النصوص، التي مرجعها إلى ما اشتهر عن أبي حنيفة من أن الخراج بالضمان، فهو مختص بالتضمنين، و هو غير مورد كلام التذكرة و المسالك. و رجوع التضمنين و اشتراط الربح للعامل إلى ذلك ممنوع، فان التضمنين لا يوجب خروج المال المضمون عن ملك المالك و دخوله في ملك الضامن^٢. و حاصل اشكاله قده على صاحب الرياض ره- فيما ذكره من عدم لزوم القصد في حصول القرض استناداً إلى تلك النصوص _ هوان الحكم المذكور في تلك الروايات من ان التضمنين يوجب ان يكون تمام الربح للعامل لو كان حكماً تعبدياً _ كما هو كذلك _ فهو مختص بمورده و لا يمكن التعدي منه إلى محل الكلام و هي صورة اشتراط كون تمام الربح للعامل، ولواراد صاحب الرياض

^١ - رياض المسائل ج ٩ ص ٣٣٢ حيث قال: «و هي على ما ظهر من وجه التسمية أن يدفع الإنسان إلى غيره مالاً مخصوصاً ليعمل فيه بحصة معينة من ربحه من نصف أو ثلث أو نحو ذلك بحسب ما يشترطانه. و لو اشترط جميعه للمالك فهو بضاعة، و لو انعكس فاشترط جميعه للعامل فقرض و مداينة، و إن لم يشترط شيئاً أو فسد العقد بفساد بعض شروطه فالربح كله للمالك و للعامل اجرة المثل، كذا ذكره في المسالك تبعاً للتذكرة. و لعل المراد أن اشتراط الربح لهما معاً إنما يكون في القراض، و اشتراطه للعامل خاصة إنما يكون في القرض، و للمالك خاصة إنما يكون في البضاعة، و هذا لا يدل على حصول القراض بمجرد هذا الاشتراط كما يوهمه ظاهر كلامهما، و لا على حصول القرض بذلك، فاندفع ما يرد عليهما من عدم حصول كل من القرض و القراض بمجرد الدفع و اشتراط ما يناسبهما، بل يشترط فيهما صيغ مخصوصة. مع أنه يحتمل الاكتفاء به في الأول؛ للمعتبرة المستفيضة و فيها الصحيح و الموثق و غيرهما: «من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله، و ليس له من الربح شيء» لظهورها في أنه بمجرد تضمين المالك للمضارب يصير المال قرضاً و يخرج عن المضاربة، و إن لم يتقدم هناك عقد القرض، و هو في معنى اشتراط الربح للعامل، فإن الأمرين من لوازم القرض، فتأمل.»

^٢ - المستمسك ج ١٢ ص ٢٣٧-٢٣٨

ره انه حكم على القاعدة ومن ثمّ يتعدى من مورده الى محل الكلام بدعوى « انه كما ان تضمن العامل هو حقيقة القرض ومقومه فيحصل القرض باشرطه لان حصول المعاملة يتوقف على قصد انشاء مضمونه الخاص والذي هو حقيقة تلك المعاملة لاعلى قصد عنوانه المعروف _ ولذلك يكون بيع مقدار من الاوراق النقدية باكثرمنها نسيئة مصداقاً للقرض الربوي ، كذلك كون تمام الربح للعامل فانه ايضاً مقوم للقرض وحقيقته فيحصل القرض باشرطه الموجب لانشاءه » وردعليه ان حقيقة القرض متقومة بخروج المال المضمون عن ملك المالك ودخوله في ملك الضامن فلا يكون شيئاً من التضمن واشترط كون تمام الربح للعامل انشاء لما هو حقيقة القرض فلا يكون مفاد تلك النصوص حكماً على طبق القاعدة .

وذكر في المقام في التعليق على عبارة المتن (ولو قال: خذه واتجر به والربح لك بتمامه فهو قرض): « كما سبق في الشرائع والقواعد وغيرهما، وظاهرهم التسالم عليه. ويشكل - كما عن مجمع البرهان - بأن القرض تمليك بعوض، وهو غير مفروض في كلام المالك، ولا مقصود له. وقد ينزل كلامهم - كما في الرياض - على إرادة أن اشتراط تمام الربح للعامل من أحكام القرض، لا أنه قرض فعلاً. ولكنه بعيد جداً. كما أنه استدل على تحقق القرض بذلك بما ورد في المعتبرة المستفيضة التي فيها الصحيح والموثق: «من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء» ، لظهورها في أنه بمجرد تضمن المالك للمضارب يصير المال قرضاً. وفيه: أنه لا تضمن في المقام، ولو فرض فلا دلالة في النصوص المذكورة على حصول القرض، بل ظاهرها أنها من قبيل ما روي مرسل من قول النبي (ص): «الخراج بالضمان» الذي لم يكن بناء الأصحاب على العمل به. ولذا أفتوا بضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد، كما دلت عليه بعض الصحاح»^١.

وقد ذكرنا هناك ان الذي ذكره السيد الحكيم قدده صحيح تام ومقتضاه انه على تقدير عدم قصد القرض يبقى المال في ملك المالك ومقتضى قانون تبعية الربح لرأس المال كونه بأكمله للمالك. وبعبارة أخرى: ان القرض يتوقف على القصد، فإن قصد ذلك كان المال ملكاً للعامل وحينئذ فتكون الأرباح - وبمقتضى القاعدة - ملكاً له أيضاً، والا - بان قصد المالك إبقاء المال على ملكه مع اشتراط كون تمام الربح للعامل - كانت المعاملة من

المضاربة الفاسدة، فتجري عليها أحكامها، وذلك لأن كون تمام الربح للعامل غير ممضى شرعاً لعدم الدليل عليه، ومقتضى القاعدة تبعية الربح للمال. واما ما ذكره في المقام في الاشكال على الاستدلال بالصحيحة من «ان ظاهرها أنها من قبيل ما روي مرسلاً من قول النبي (ص): «الخراج بالضمان» الذي لم يكن بناء الأصحاب على العمل به ولذا أفتوا بضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد، كما دلت عليه بعض الصحاح» فيلاحظ عليه بان المتفاهم عرفاً من الصحيحة صيرورة المعاملة المذكورة قرضاً باعتبار اشتغالها على تضمين العامل وان لم تكن مشتتاً على التملك - لبقاء المضاربة وكون الربح للعامل فقط - فيلتزم بها في موردها وحيث ان مضمونه مخالف للقاعدة فلا يمكن التعدي من موردها الى سائر الموارد من ذكر بعض مقومات العقد ولوازمه .

اما (الجهة الرابعة) - حكم فساد العقد من جهة ان الربح لمن يكون؟ وان العامل هل يستحق الاجرة او لا؟ -

فقد حكم السيد الماتن ره في آخر المسألة بانه مع الفساد في الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك، و للعامل أجره عمله ، الا مع علمه بالفساد ، اما كون الربح للمالك فالوجه فيه تبعية النماء والربح للاصل ، واما استحقاق اجرة المثل فلا بد من التكلم فيها من نواحي اربع الاولى في اصل استحقاق العامل لاجرة المثل في الصور المذكورة، والثانية في ثبوت اجرة المثل في صورة علم العامل بالفساد، والثالثة في ثبوت اجرة المثل في صورة عدم حصول الربح او وقوع الخسارة، والرابعة في انه في صورة حصول الربح يستحق العامل اجرة المثل مطلقاً او اقل الامر من اجرة المثل والحصة المجعولة له من الربح ، اما اصل استحقاق العامل لاجرة المثل في الصور المذكورة فالوجه فيه تحقق عمل العامل استناداً الى امر المالك واذنه من دون ان يقصد العامل فيه التبرع والمجانبة وهو موجب للضمان عرفاً وشرعاً ومقتضى اطلاق عبارة المتن عدم الفرق في ضمان المالك لاجرة المثل بين صور المسألة الا انه ناقش فيه السيد الخوئي ره بما حاصله التفصيل في الصور المتقدمة لان موجب الضمان (وهو تحقق العمل من العامل على وجه الضمان لاعلى وجه التبرع والمجانبة) انما يوجد في بعض الصور دون بعض ففي المباني: «قد يفرض فساد المضاربة لسبب غير اشتراط ما ينافي بمقتضى العقد كما لو كان رأس المال ديناً، وقد يفرض فساده من جهة اشتراط ما يخالف مقتضاه. والحكم في الأول كما أفاده (قده) فان الربح بتمامه يكون للمالك ولا يعطى للعامل منه شيء باعتبار انه لا أثر لجعل النسبة المعينة منه له، فإنه قد بطل بعدم إمضاء

الشارع للعقد، لكن لما كان العمل بأمر من المالك لا على نحو المجانية، واستيفاء العمل المحترم بضمان يوجب الضمان كان عليه دفع أجره مثل العمل إلى العامل.

و أما في الثاني فلا بد من التفصيل بين ما إذا كان الشرط المخالف لمقتضى العقد هو كون تمام الربح للعامل وبين ما إذا كان الشرط كون تمامه للمالك. ففي الأول فالحكم ما تقدم أيضاً، فإن تمام الربح يكون للمالك لكن لما كان عمل العامل عملاً محترماً و صادراً بأمر المالك على نحو الضمان، تثبت أجره المثل لا محالة وهذا بخلاف الثاني حيث لا وجه فيه للضمان بالمرء، فإن وجهه في العقود الفاسدة إنما هو الاقدام عليه و أمر الغير بعمل له أجره من غير ظهور في المجانية و هو غير متحقق في المقام لظهور أمره في التبرع و المجانية- كما يظهر من اعتبار كون تمام الربح له- و معه فكيف يكون ضامناً؟ بل حال هذه الصورة حال البضاعة عند عدم القرينة على الأجرة و هو الموافق للقاعدة الكلية: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»^١.

وأما ثبوت الأجرة في صورة العلم بالفساد فقد منع منه السيد الماتن ره والوجه في ما اختاره قده هو ان الاقدام على العمل مع العلم بفساد العقد وعدم استحقاقه للأجرة هو الاقدام على التبرع والمجانية وقد نوقش فيه بان العلم بعدم الاستحقاق شرعاً لا يقتضي قصد التبرع والمجانية فيكون العلم بفساد العقد كالجهل به وحيث انه لم يأت بالعمل الا بقصد الربح لا بقصد التبرع والمجانية والمفروض صدور العمل باذن المالك وامره فقد تم ما هو موضوع استحقاق الأجرة ففي المستمسك: «وفيه: أن العلم بعدم الاستحقاق شرعاً لا يقتضي التبرع، ضرورة أن فعله كان بقصد الربح ولو بغير استحقاق، وهذا المقدار كاف في الاستحقاق»^٢.

وفي المباني: «تقدم نظيره في عدة من أبواب المعاملات وقد تكلمنا حوله في مبحث الإجارة مفصلاً حيث قد عرفت ان العلم بالفساد وعدمه سيات من هذه الجهة، فإن علمه بالفساد ليس إلا العلم بعدم إمضاء الشارع لهذا العقد وهو لا يلزم قصده التبرع والمجانية، بل هو قاصد للربح ولو بغير استحقاق شرعاً، فإذا كان قصده كذلك ولم يكن أمر الأمر ظاهراً في المجانية بلا وجه للحكم بعدم استحقاقه للأجرة. والحاصل: ان العلم بالفساد لا يلزم قصد التبرع والمجانية في العمل، و إنما هو من هذه الناحية مع عدمه سيات»^٣.

وأما ثبوت أجره المثل في صورة عدم حصول الربح او وقوع الخسارة فمقتضى اطلاق عبارة المتن هو ثبوتها وقد وافقه جميع المعلقين على العروة - ممن حكيت تعاليقهم في العروة

^١ - مباني العروة ج ١ ص ٧٩-٨٠

^٢ - المستمسك ج ١٢ ص ٣٠٩

^٣ - مباني العروة ج ١ ص ٨١

المحشى (طبع جماعة المدرسين) _ لكن مقتضى الوجه الذي يأتي من السيد الخوئي ره في الناحية الرابعة لثبوت اقل الامرين من اجرة المثل والحصة المجعولة من الربح (وهوان العامل قد تحفظ على احترام ماله من بعض الجهات والغى احترام عمله من بعض آخر)^١ هو عدم ثبوت الاجرة في فرض الخسران او عدم حصول الربح لانه قد الغى احترام عمله في هذا الفرض وقد التزم به شيخنا الاستاذ قده في منهاج الصالحين.^٢

واما ان في صورة حصول الربح يستحق العامل اجرة المثل مطلقاً او اقل الامرين من اجرة المثل والحصة المجعولة له من الربح؟ فمقتضى اطلاق المتن هو استحقاق اجرة المثل مطلقاً وقد وافقه الاعلام قدهم بعدم التعليق على المتن ولكنه ناقش في السيد الخوئي ره واختار انه انما يستحق العامل اقل الامرين من اجرة المثل والحصة المعينة من الربح ففي المباني: «ثم أن في إطلاق استحقاق العامل لأجرة المثل في فرض فساد العقد - بأي وجه كان - نظراً بل منعاً. إذ الضمان في مثل هذه الموارد لم يثبت بدليل لفظي كي يتمسك بإطلاقه، وإنما هو ثابت ببناء العقلاء، والقدر المتيقن منه هو استحقاقه للأجرة فيما إذا كانت مساوية للمقدار الذي جعل له في العقد الفاسد أو أنقص منه، فلو كان الفساد من جهة اشتراط كون تمام الربح للعامل وفرضنا انه كان مائة دينار، فهو لا يستحق في فرض الفساد إلا ذلك المقدار من أجرة المثل. وأما إذا فرض زيادة الأجرة عليه فلم يثبت بناء منهم على لزوم دفعها بتمامها، بل لا ينبغي الشك والريب في عدم وجوب دفع ما زاد عن الربح إليه، لأنه الذي الغى احترامه فيه. والحاصل: ان إطلاق لزوم دفع أجرة مثل عمل العامل في فرض فساد المضاربة انما يتم فيما إذا كانت الأجرة أنقص أو مساوية لما اتفقا عليه من الربح و أما إذا كانت أزيد منه فلم يثبت بناء منهم على استحقاقه للزائد».^٣

وناقش فيه بعض الاعلام في كتاب المضاربة فقال: «وهذا الكلام غريب، فإنه يرد عليه:

أولاً - النقص بالإجارة الفاسدة، فإنه لا إشكال فيه حتى عنده أنه يستحق فيه الأجير اجرة 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.

^١ - وقد اشار اليه في عدة مواضع من بحوثه الفقهية منها في المباني ج ١ ص ٣٣ و ٨١ و...

^٢ - منهاج الصالحين ج ٢ ص ١٥١ (مسألة ٥٨٣)

^٣ - مباني العروة ج ١ ص ٨٠ - ٨١

ودعوى: أنَّ العامل مقدم على المجانية بالنسبة للمقدار الزائد لأنَّه أقدم على قبول النسبة من الربح.

مدفوعة: بأنَّ هذا ليس إقداماً على مجانية الزيادة لأنَّ تقدير الربح ومقداره غير معلوم من أوَّل الأمر.^١

كما انه ناقش في هذا الرأي من السيد الخوئي ره ذيل الشرط العاشر بقوله: «ثمَّ إنَّه يجب استثناء صورة عدم تحقق الربح عن استحقاق العامل للأجرة على جميع التقادير المتقدمة؛ لأنَّ العامل مقدم على المجانية في هذا التقدير، بل قاعدة ما لا يضمن تقتضيه في هذا الفرض أيضاً إذا كانت قاعدة تعبدية كما هو واضح. وقد وسَّع بعض أساتذتنا العظام قدس سره هذا المطلب في المقام فحكم بأنَّ العامل لا يستحق أكثر من المقدار الذي جعل حصة له من الربح لو كانت اجرة مثل عمله أكثر من ذلك؛ لأنَّه هدر، وألغى احترام ماله بلحاظ الزائد. وهذه التوسعة لا يمكن قبولها؛ وذلك:

أوَّلًا- بالنقض بموارد الإجارة الفاسدة مع كون اجرة المسمَّى أقل من اجرة المثل، وكذلك البيع الفاسد بأقل من القيمة السوقية لو فرض تلف المبيع.

وثانيًا- بأنَّ الإقدام على المجانية ليس أمراً انحلالياً بلحاظ قيمة المال وماليتيه، 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 المسمَّى المتفق عليه بينهما بمقداره أو أكثر منه أو أقل؛ لأنَّ استحقاق اجرة 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، إلّا إذا كان قاصداً المجانية، وحيث لم يكن قاصداً له فلم يهدر احترام ماله فيستحقَّ بتمامه بقاعدة اليد أو الأمر.^٢

اقول: ما ذكر ذيل كلام السيد الخوئي ره في المقامين يرجع الى الاخذ بالضابط الذي ذكره السيد الخوئي ره وهو ان الغاء الاحترام والاقدام على المجانية يمنع عن استحقاق الاجرة. وتطبيقه على مورد عدم تحقق الربح او خسران التجارة مع ان السيد الخوئي ره لم يصرح به واشكالات ثلاثة على كلام السيد الخوئي ره، اشكالين نقضيين احدهما بالاجارة الفاسدة والثاني بالمقبوض بالعقد الفاسد، واشكال حلِّي وهو ان الاقدام على المجانية ليس امراً

^١ - كتاب المضاربة، ص ٢٨٨.

^٢ - كتاب المضاربة ص ٩٨.

انحلالياً على حسب قيمة المال بل هو امر واحداني، اما تطبيق الضابط الذي ذكره السيد الخوئي ره على مورد عدم تحقق الربح او خسران التجارة فهو صحيح تام كما التزم به شيخنا الاستاذ قدسه ايضاً، ولكنه لا يتم شيء من الاشكالات الثلاثة اما الاشكال الاول _النقض بالاجارة الفاسدة_ فلان السيد الخوئي ره ملتزم بهذا اللازم في الاجارة الفاسدة في التعليقة على العروة، واما الاشكال الثاني _النقض بالمقبوض بالعقد الفاسد فللفرق بين البابين في مناط الضمان ورافعه فان مناط الضمان في العمل هو كون العمل صادراً عن امر الآخر او اذنه مع عدم التبرع والاقدام على المجانية من ناحية العامل ورافعه هو التبرع والاقدام على المجانية والمفروض تحقق الرافع بالنسبة الى الزائد عن المسمى، واما المقبوض بالعقد الفاسد فمناط الضمان هو وقوع اليد على المال مع عدم الاستئمان من ناحية المالك او مع عدم اذن المالك في اتلاف ماله، ورافعه احداً لا من، ومن المعلوم تحقق هذا المناط لفرض عدم الاستئمان وعدم الاذن في اتلاف العين بما انها ماله واذا تحقق المناط ولم يتحقق الرافع بالنسبة الى بعض الجهات كان مؤثراً في الضمان بالنسبة الى تمام القيمة. واما الاشكال الحلّي _وهو ان الاقدام على المجانية ليس امراً انحلالياً على حسب قيمة المال بل هو امر واحداني_ فلم يذكر عليه دليلاً وبرهاناً وانما ادّعى انه كذلك مع ان ملاحظة النكاة العقلائية والمناسبات بين الحكم والموضوع ترشدنا الى صحة ما ذكره السيد الخوئي ره وذلك لانه اذا كان الاقدام على المجانية والغاء الاحترام والاقدام على المجانية مانعاً عن استحقاق الاجرة فكما ان الغاء الاحترام بالنسبة الى تمام مالية العمل يؤثر في المنع عن استحقاق الاجرة بالنسبة الى تمام المالية كذلك الغاء الاحترام بالنسبة الى بعض المالية وحصة منها فان النكاة العقلائية لتأثير الغاء الاحترام في المنع عن استحقاق الاجرة ان هذا امر في حوزة اختيار العامل وراجع الى شؤونه ومرتبطة بماله فله التصرف فيه بالاغماض عنه، وعلى اساس هذه النكاة لافرق بين ان يكون الاقدام على المجانية والغاء الاحترام بالنسبة الى تمام المال او يكون بالنسبة الى بعض ماليته فبحسب النكات الارتكازية الموجودة في استحقاق الاجرة ورافعه لافرق بين الموردين ويكون الغاء الاحترام بالنسبة الى بعض المالية مؤثراً في المنع عن استحقاق الاجرة بالنسبة اليه.