



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمران
عليه السلام

www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.ir

فقه الصادق

عنه

فقه الإمام الصادق عليه السلام

السيد محمد صادق الحسيني الهمداني

١٩

مكتبة دار الفقه الإسلامي
بمكة المكرمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فقه الصادق عليه السلام

كاتب:

محمد صادق روحاني

نشرت في الطباعة:

دارالكتاب

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٩	فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، المجلد ١٩
١٩	اشارة
١٩	المقدمه
٢٠	كتاب الاجارة و الوديعة و توابعهما
٢٠	اشارة
٢٠	الفصل الاول: في الاجارة
٢٠	اشارة
٢٤	[المقام] الاول: في اركانها و شروطها
٢٤	اشارة
٢٤	[الموضع الاول في شرائط العقد]
٢٤	اشارة
٢٥	جريان المعاطاة في الاجارة
٢٦	انشاء الاجارة بصيغة البيع
٢٧	[الموضع] الثاني: ما يعتبر في المتعاقدين
٢٧	اشارة
٢٩	حكم اجارة المحجور
٣٠	[الموضع] الثالث: في شروط العوضين
٣٠	اشارة
٣٠	الاول: المعلوماتية
٣١	الثاني: ان يكون العوضان مقدورى التسليم
٣٤	الثالث: ان يكونا مملوكين
٣٥	[الرابع] اعتبار بقاء العين باستيفاء المنفعة

- الخامس: ان تكون المنفعة مباحة ٣٥
- [السادس] يعتبر امكان استيفاء المنفعة ٣٧
- [السابع] يعتبر تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين ٣٨
- [فروع] ٣٨
- اعتبار تعيين العين المستأجرة ٣٨
- طريق معلومية المنفعة ٤٠
- استئجار الدابة للحمل عليها ٤٠
- حكم ما لو قال: أجرتك كل شهر بدرهم ٤٢
- اشارة ٤٢
- تصحيح الاجارة المزبورة بعنوان آخر ٤٣
- لو قال: أجرتك شهرا بدرهم فان زدت فبحسابه ٤٥
- الاجارة للخياطة المردهة بين صنفين ٤٦
- الاجارة على عمل معين في وقت معين ٤٧
- شرط عدم الاجرة تماما او رأسا ٤٨
- المقام الثاني: في الاحكام ٥٠
- اشارة ٥٠
- [الاجارة صحيحة و لازمة] ٥٠
- اشارة ٥٠
- اقالة الاجارة ٥١
- [جعل الخيار في الاجارة] ٥٢
- لا تنفسخ الاجارة ببيع العين المستأجرة ٥٣
- اشارة ٥٣
- ما اذا باع العين المستأجرة من غير المستأجر ٥٣
- بيع العين المستأجرة من المستأجر ٥٥

- ٥٦ حكم تقارن البيع و الاجارة
- ٥٧ عدم بطلان الاجارة بالموت
- ٦٠ المستأجر أمين لا يضمن الامع التعدى
- ٦٢ لا فرق فى عدم الضمان فى الاجارة بين مدة الاجارة و بعدها
- ٦٢ شرط الضمان فى العين المستأجرة
- ٦٣ لزوم التعجيل فى التسليم
- ٦٣ اشارة
- ٦٤ فروع
- ٦٥ الاستئجار من المستأجر
- ٦٥ اشارة
- ٦٧ اشتراط استيفاء المستأجر المنفعة بنفسه
- ٦٩ ايجار العين المستأجرة باكثر من العوض
- ٧١ اجارة بعض العين المستأجر بالاكثر
- ٧٢ حكم ما لو تقبل عملا و قبله غيره بالنقيصة
- ٧٤ فيما يتعلق بالاجير الخاص و العام
- ٧٤ اشارة
- ٧٤ الاول: فى الاجير الخاص
- ٧٧ المورد الثانى: فى الاجير العام و المشترك
- ٧٩ حكم منع المؤجر من العين
- ٧٩ اشارة
- ٧٩ لو استأجر شيئا فمنعه المؤجر من تسلمه
- ٨٠ حكم التلف قبل القبض
- ٨٢ حكم منع الظالم من العين
- ٨٢ حكم انهدام المسكن

- ٨٣ استئجار المرأة للارضاع
- ٨٥ مطالبة الزوج بالاستمتاع في الزمان المعين للاجارة
- ٨٦ استئجار المرأة لكنس المسجد
- ٨٧ الاختلاف في الاجارة
- ٨٧ اشارة
- ٨٨ لو اختلفا في انه آجره داره او غيرها الى مدة كذا او اعاره اياها
- ٩٠ اختلاف المؤجر و المستأجر في مقدار الاجرة
- ٩٢ كل موضع تبطل فيه الاجارة يثبت فيه اجرة المثل
- ٩٤ اجارة المشاع
- ٩٥ الصناع ضامنون لما جنته ايديهم
- ٩٥ اشارة
- ٩٧ عدم ضمان المتاع التالف تحت يد الأجير
- ٩٨ عدم ضمان صاحب الحمام
- ٩٩ خاتمة: في بيان فروع باقية من الاحكام
- ٩٩ [استئجار الدراهم و الدنانير]
- ١٠٠ عدم لزوم اتصال المدة بالعقد
- ١٠١ كراهة استعمال الأجير قبل مقاطعته على الاجرة
- ١٠٢ [كراهة اضمن الاجير الامع التهمة]
- ١٠٢ وجوب سقى الدابة المستأجرة و علفها
- ١٠٣ حكم نفقة الأجير
- ١٠٥ اجارة الصغير زائدا على زمان صغره
- ١٠٥ ملك ما يحوزه الأجير للمستأجر
- ١٠٦ الفصل الثاني: في المزارعة و المساقاة
- ١٠٧ اشارة

- ١٠٩ [المقام الاول: فى المزارعة]
- ١٠٩ اشارة
- ١١٠ [الموضع الاول: فى شروطها]
- ١١٠ اشارة
- ١١٠ الاول: العقد من اهله
- ١١٠ اشارة
- ١١٠ اعتبار العقد
- ١١٠ صدور العقد من اهله
- ١١١ الثانى: ان يكون النماء مشاعا
- ١١٣ الثالث: تعيين الاجل المعلوم
- ١١٦ الرابع: (تعيين الحصه بالجزء المشاع)
- ١١٦ الخامس: كون الارض مما ينتفع بها
- ١١٨ الموضع الثانى: فى احكامها
- ١١٨ اشارة
- ١١٨ [حكم عقد المزارعة بين ازيد من اثنين]
- ١٢١ حكم اطلاق المزارعة
- ١٢٢ حكم خراج الارض و مؤونها
- ١٢٤ حكم الخرص
- ١٢٤ اشارة
- ١٢٥ قرار الخرص مشروط بالسلامة
- ١٢٦ ثبوت اجرة المثل مع بطلان المزارعة
- ١٢٧ اجارة الارض للزراعة بالحنطة و الشعير
- ١٢٩ [لو غرقت الارض قبل القبض]
- ١٢٩ [المقام الثانى] المساقاة

- ١٢٩ اشارة
- ١٢٩ [الموضع الاول: فى شروطها]
- ١٣٢ الموضوع الثانى: فى احكامها
- ١٣٢ اشارة
- ١٣٢ الاولى: فى العمل
- ١٣٣ الثانية: فى بيان حكم ما لو بطلت المساقاة
- ١٣٣ [الثالثة] كراهة اشتراط الذهب و الفضة
- ١٣٥ اشتراط مساقاة فى ضمن مساقاة اخرى
- ١٣٦ فى جواز مساقاة العامل غيره ان لم يشترط المباشرة
- ١٣٦ المغارسة باطلة
- ١٣٧ الفصل الثالث: فى الجعالة
- ١٣٧ اشارة
- ١٣٨ [الموضع الاول فى حقيقتها]
- ١٣٨ اشارة
- ١٣٩ الجعالة على العمل المحرم
- ١٤٠ حكم الجهل بالعمل، او العوض
- ١٤٢ الموضوع الثانى: فى الاحكام
- ١٤٢ اشارة
- ١٤٢ [الجعالة عقد جائز من الطرفين]
- ١٤٢ اذا بذل جعلا على رد الضالة مثلا
- ١٤٤ (و لو تبرع) من لم يعين الجعالة له
- ١٤٤ العامل يستحق الجعل بالتسليم
- ١٤٤ [الجعالة بعد التلبس بالعمل]
- ١٤٥ [حكم الجعالتين]

- ١٤٥ لو جعل على عمل معين جعلاً فشاركه غيره
- ١٤٦ فى فروع التنازع
- ١٤٦ اشارة
- ١٤٦ لو تنازعا فى الجعل و عدمه
- ١٤٧ لو اختلفا فى تعيين المجمعول فيه
- ١٤٧ لو اختلفا فى القدر
- ١٤٨ لو اختلفا فى السعى
- ١٤٨ الفصل الرابع: فى السبق و الرماية
- ١٤٨ اشارة
- ١٤٩ [الموضع الاول فى حكم المسابقة]
- ١٤٩ [المورد الاول] الرياضة البدنية
- ١٥٠ [المورد الثانى] المباراة بغير رهان
- ١٥١ الموضوع الثانى: فى المعاملة على المسابقة
- ١٥١ اشارة
- ١٥٣ الالفاظ المستعملة فى هذا الباب
- ١٥٤ عقد المسابقة و المراماة
- ١٥٥ بيان ما يسابق به
- ١٥٦ العوض و ما يعتبر فيه
- ١٥٧ شرائط المسابقة
- ١٥٨ شرائط المناضلة
- ١٥٩ حكم الاجرة مع فساد العقد
- ١٦٠ الفصل الخامس: فى الشركة
- ١٦٠ اشارة
- ١٦٠ [الموضع الاول: فى حقيقة الشركة، و ماهيتها، و اقسامها]

- ١٦٢ الموضوع الثاني: في مورد الشركة
- ١٦٤ [الموضوع] الثالث: في شرائط الشركة العقدية
- ١٦٤ [الموضوع] الرابع: في القسمة
- ١٦٤ اشارة
- ١٦٧ اذا طلب احد الشريكين القسمة
- ١٦٨ اعتبار القرعة
- ١٦٨ اشارة
- ١٧٠ [حضور قاسم) من قبل الحاكم، او من قبلهما]
- ١٧٠ في جملة من احكام الشركة و القسمة
- ١٧٠ اشارة
- ١٧٠ [لا تصح الشركة المؤجلة]
- ١٧١ [عدم صحة الشركة مؤجلة]
- ١٧١ [عدم بطلان الشركة بالموت و الجنون و الحجر]
- ١٧١ [كراهة مشاركة الكفار]
- ١٧١ [ليس لأحد الشريكين المطالبة باقامة رأس المال]
- ١٧٢ [تصح القسمة بالتراضي]
- ١٧٢ قسمة الوقف
- ١٧٣ الفصل السادس: في المضاربة
- ١٧٣ اشارة
- ١٧٤ [الامر] الاول: العقد
- ١٧٤ اشارة
- ١٧٥ اشتراط عدم الفسخ
- ١٧٦ الامر الثاني: في مال القراض
- ١٧٦ اشارة

- ١٧٨ عدم اعتبار كون رأس المال بيد العامل
- ١٧٩ الامر الثالث: فى الربح
- ١٨١ الامر الرابع: فى الاحكام
- ١٨١ اشارة
- ١٨١ [الربح بين المالك و العامل]
- ١٨٢ المضاربة جائزة من الطرفين
- ١٨٢ اشارة
- ١٨٣ [فروع]
- ١٨٥ يملك العامل حصته من النماء بالظهور
- ١٨٥ اشارة
- ١٨٦ الربح وقاية لرأس المال
- ١٨٨ [العامل امين لا خسران عليه بدون التفريط]
- ١٨٨ فروع التنازع
- ١٨٩ [لو اشترى العامل اباه]
- ١٩٠ نفقة العامل المسافر على رب المال
- ١٩٢ حكم الشراء فى الذمة
- ١٩٣ اطلاق العقد يقتضى الشراء بثمان المثل
- ١٩٣ للعامل اجرة المثل اذا فسخ المالك المضاربة
- ١٩٤ الفصل السابع: فى الوديعه
- ١٩٤ اشارة
- ١٩٧ الوديعه عقد جائز
- ١٩٩ وجوب الحفظ على المستودع
- ٢٠٠ وجوب سقى الدابة و علفها على الودعى
- ٢٠١ ضمان المستودع مع التعدى او التفريط

- ٢٠١ اشارة
- ٢٠٢ اعادة الوديعة بعد التفريط
- ٢٠٤ حكم ما اذا اتلف الاجنبى الوديعة
- ٢٠٦ يجب رد الوديعة على المودع
- ٢٠٨ فروع التنازع
- ٢١٠ الفصل الثامن: فى العارية
- ٢١٠ اشارة
- ٢١١ [المقام] الاول: فى العين المستعارة
- ٢١١ : [ضابط العين المستعارة]
- ٢١٢ اعارة الغنم للانتفاع بلبنها
- ٢١٤ جواز استعارة الارض للزرع
- ٢١٥ المقام الثانى: فى المعير و المستعير
- ٢١٥ المقام الثالث: فى الاحكام
- ٢١٥ [لا يضمن المستعير مع التلف]
- ٢١٥ اشارة
- ٢١٧ حكم عارية الذهب و الفضة من حيث الضمان
- ٢١٩ حكم النقصان الحاصل بالاستعمال
- ٢١٩ و لو استعار من الغاصب ضمن
- ٢٢٠ يقتصر المستعير على المأذون
- ٢٢١ [لو تنازعا فى التفريط أو القيمة أو الرد]
- ٢٢١ [صحة الاعارة للرهن]
- ٢٢١ الفصل التاسع: فى اللقطة
- ٢٢١ اشارة
- ٢٢١ [الموضع] الاول: فى اللقيط

- ٢٢١ اشارة
- ٢٢٢ [معنى اللقيط]
- ٢٢٣ شرائط ملتقط اللقيط
- ٢٢٤ الاحكام
- ٢٢٥ اشارة
- ٢٢٥ حكم نفقة اللقيط
- ٢٢٧ عدم وجوب اخذ اللقيط
- ٢٢٧ الموضوع الثانى: فى الضوال
- ٢٢٧ اشارة
- ٢٢٩ لا يؤخذ البعير اذا وجد فى كلاً و ماء
- ٢٣١ حكم الشاة الملتقطه
- ٢٣٣ حكم الحيوان غير البعير و الشاة
- ٢٣٤ حكم ما ينفق على الضالة
- ٢٣٥ حكم لقطه المال الصامت
- ٢٣٥ اشارة
- ٢٣٥ يكره اخذ اللقطه
- ٢٣٧ حكم اللقطه بعد الاخذ
- ٢٣٧ اشارة
- ٢٣٩ وجوب تعريف اللقطه حولا
- ٢٤١ حكم لقطه غير الحرم
- ٢٤٢ حكم ما لو كانت اللقطه مما لا يبقى
- ٢٤٤ [كراهه اخذ ما يقل قيمته و يكثر نفعه]
- ٢٤٤ حكم ما يوجد فى الخربه
- ٢٤٦ من يصح التقاطه

- ٢٤٧ كيفية التعريف
- ٢٤٨ لا تدفع اللقطة بدون البينة
- ٢٤٩ [الملتقط امين]
- ٢٤٩ ما وجده في داره او في صندوقه
- ٢٥٠ الفصل العاشر: في الغصب
- ٢٥٠ اشارة
- ٢٥٠ حرمة التصرف في مال الغير بلا رضا صاحبه
- ٢٥١ الضمان و اسبابه
- ٢٥١ اشارة
- ٢٥٢ حكم ما لو سكن الدار مع المالك
- ٢٥٣ ضمان المنفعة المستوفاه
- ٢٥٥ منع المالك من اخذ ماله
- ٢٥٥ اشارة
- ٢٥٦ قاعدة الاحترام
- ٢٥٧ تعاقب الايدي
- ٢٥٨ عدم ثبوت الغصب فيما ليس بمال كالحر
- ٢٥٩ ضمان الخمر و الخنزير
- ٢٦٠ وجوب رد المغصوب الى مالكة
- ٢٦٠ اشارة
- ٢٦٢ بدل الحيلولة
- ٢٦٢ اشارة
- ٢٦٣ مورد بدل الحيلولة
- ٢٦٤ حق الأولوية
- ٢٦٥ المثلى و القيمي

- ٢٦٥ اشارة
- ٢٦٦ فى تعريف المثلى و القيمى
- ٢٦٦ [ضمان المثلى بالمثلى و القيمى بالقيمه]
- ٢٦٦ حكم ما لو تعذر المثلى فى المثلى
- ٢٦٧ ضمان القيمى بالقيمه
- ٢٦٨ تعيين القيمه
- ٢٧١ حكم ارتفاع القيمه السوقية و الزيادة العينيه
- ٢٧١ زيادة العين بفعل الغاصب
- ٢٧١ اشارة
- ٢٧٣ حكم مزج المغصوب بغيره
- ٢٧٥ فوائد المغصوب للمالك
- ٢٧٥ اشارة
- ٢٧٦ الزرع لمالك البذر
- ٢٧٧ لو تلف المغصوب و اختلفا فى القيمه
- ٢٧٨ الفصل الحادى عشر: فى احياء الموات
- ٢٧٨ اشارة
- ٢٧٨ [عدم جواز التصرف فى ملك الغير بغير اذنه]
- ٢٧٨ اشارة
- ٢٧٩ بيان حدّ الطريق
- ٢٨٠ بيان حريم البئر
- ٢٨١ بيان حريم العين
- ٢٨٣ لو لم يف النهر المباح المجتمع عليه املاك
- ٢٨٤ جواز حمايه المرعى للمالك
- ٢٨٥ [ليس لصاحب النهر تحويله الا باذن صاحب الرحى]

- ٢٨٦ حكم بيع الماء
- ٢٨٨ حكم اخراج الرواشن فى الطرق
- ٢٨٩ الطرق المرفوعة مشتركة بين اربابها
- ٢٩١ وضع الجدوع على حائط الجار
- ٢٩٢ فروع التنازع
- ٢٩٤ تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

كتاب الاجارة و الوديعة و توابعهما

اشارة

و فيه فصول،

الفصل الاول: فى الاجارة

اشارة

. و هى مصدر من أجر بمعنى أكرى- اذا جر مجردا- قد يستعمل بمعنى أجر كما عن بعض اللغويين، فهى نظير الكتابة التى هى مصدر كتب، ففى خبر تحف العقول: و اما تفسير الاجارة فاجارة الانسان نفسه أو ما يملك ... الخ «١».

و قد وقع الخلاف فى مفهومها بعد الاتفاق على انه لا حقيقة شرعية لها و لا متشعبة، و محل الخلاف جهات:

١- هل الاجارة هى الايجاب و القبول الدالان على انتقال المنفعة أو العمل بعوض، ام هى تملك المنفعة أو العمل بعوض، ام انتقال ذلك أو غير تلكم كلها؟.

٢- هل تستعمل الاجارة فى نقل العين ايضاً ام لا؟.

٣- هل هى اسم لأحد طرفى العقد و هو الايجاب، ام للطرفين؟.

٤- انها تملك للمنفعة أو العمل بعوض، أو انها بمعناها الاسمى اضافة خاصة فى العين المستأجرة بالاضافة الى المستأجر، مستتبعه لملكه أو استحقاقه لمنفعتها أو عمله؟ و بعبارة اخرى: انها جعل العين بالاجرة و هى اضافة خاصة فى قبال اضافة الملكية، ام هى تملك للعين فى جهة خاصة فى مدة معلومة فى مقابل البيع الذى هو تملك للعين فى جميع الجهات الى الابد؟

(١) الوسائل - باب ٢- من ابواب ما يكتسب به- من كتاب التجارة- حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ١٠

[...]

و قبل الدخول فى البحث فى الجهات الاربع، لا بدّ و ان يعلم ان فى الاجارة و غيرها من المعاملات امورا اربعة:

احداها: اعتبار المتعاقدين القائم بهما.

ثانيها: ابراز ذلك باللفظ أو غيره.

ثالثها: امضاء اهل العرف ذلك الاعتبار، و اعتبارهم ما اعتباره.

رابعها: امضاء الشارع و اعتباره.

و أما ما اشتهر من ان الانشاء ايجاد معنى- كالملكية أو غيرها- باللفظ فلا واقع له، فان الوجودات الحقيقية للمعاني لا يمكن ايجادها الا باسبابها الخارجية و اللفظ ليس منها. و الوجودات الاعتبارية بعضها يكون متحققا قبل الانشاء، و هو اعتبار المنشأ نفسه، فلا يعقل تحققه به، اذ ان اعتباره من افعال النفس و هى توجد بفاعليتها بلا احتياج الى اللفظ و غيره. و بعضها- و هو اعتبار العقلاء أو الشارع- و ان كان بعد الانشاء و مترتبا عليه، الا ان الانشاء موضوع له، و اما سببه فهو نفس المعبر.

نعم، تسمية الانشاء ايجاداً، بمعنى انه بضميمة الاعتبار النفساني موضوع لاعتبار العقلاء والاعتبار الشرعي، حيث ان بناء العقلاء و الشارع على عدم اعتبار الملكية في الاجارة- مثلاً- الامع اعتبار المتعاقدين بقيد الاعلام به، لا بأس بها. وعلى ما ذكرناه، فلا سببية في باب العقود والايقاعات رأساً.

و كيف كان، فللفقهاء في الجهة الاولى من البحث اقوال، والمهم منها ثلاثة: الاول: ما هو المشهور بينهم، وهو ان الاجارة هي الإيجاب و القبول الدالان على انتقال المنفعة أو العمل بعوض.

و فيه: اولاً: ان الاجارة على ما يظهر من مشتقاتها قائمة بالمؤجر، لا به

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١١

[...]

و بالمستأجر معاً.

و ثانياً: ان الاجارة تنشأ باللفظ، و لا معنى لانشاء الإيجاب و القبول به. و بعبارة اخرى: انها بحسب الفهم العرفي التمليك الخارجي لا الوجود اللفظي للانشاء، و الا لما كان معنى لانشاءه، بل كان اظهاره اخباراً لا إنشاء.

الثاني: ما عن جمع، من انها تمليك منفعة أو عمل بعوض.

و فيه: انه لا يمكن الالتزام بالتمليك في جملة من الموارد، منها: استئجار محل من غلة العين الموقوفة، لتجتمع فيه الاموال الموقوفة و تكون محفوظة، فانه لا يملكه احد كما لا تملك الغلة نفسها.

الثالث: ما عن جماعة منهم المصنف ره، و هو انها انتقال منفعة أو عمل من شخص الى غيره بعوض مقدر.

و فيه: ان الاجارة بحسب معناها العرفي قائمة بالمؤجر لا بالعوضين، و الانتقال قائم بهما، مع ان الانتقال اثر الاجارة لا عينها. و هناك تعاريف اخر ظاهرة الفساد.

فالحق ان يقال انها اعطاء منفعة أو عمل بإزاء شيء، و هذا بحسب الموارد يختلف أثره، فقد يكون أثره ملكية المنفعة أو العمل كما في غالب موارد، و قد يكون قيام المنفعة مقام عوضها فيما له من التعلق و الاضافة بجهة، كالمحل الذي استؤجر لغلة المسجد من الغلة.

و أما الجهة الثانية فعن الشيخ الاعظم ره: ان لفظ الاجارة يستعمل عرفاً في نقل بعض الاعيان- كالثمره على الشجرة- و ايده بعضهم بانه في بعض الاخبار اسند الاجارة الى نفس الثمرة، كصحيح الحلبي عن مولانا الصادق عليه السلام: تقبل الثمار اذا تبين لك بعض

حملها سنة و ان شئت اكثر، و ان لم تبين لك ثمرها

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٢

[...]

فلا تستأجر «١».

و فيه: ان المراد من الثمرة على الشجرة ان كان هي الثمرة الموجودة فعلاً فلا- شبهة في انها لا تقع مورداً للاجارة، و لا تصح اجارة الشجرة لتلك الثمرة، لانه لم يحتمل احد صحة استئجار عين لاجل عين اخرى موجودة، كاستئجار الشاة للبنها المحلوب. و ان كان المراد بها شأنية ظهورها عليها، فاستئجار الشجرة لها و ان كان صحيحاً و تنتقل هي الى المستأجر، الا ان الاجارة لم تستعمل في نقل الاعيان بل في نقل المنافع.

و أما الصحيح فالظاهر ان المراد بالاستئجار فيه الاشتراء، اذ من المعلوم ان ظهور الثمرة ليس شرطاً في استئجار الشجرة، و انما هو شرط

في بيع الثمرة، و عليه فالمراد من لفظ التقبل في صدره الشراء دون الاستئجار. فالأظهر عدم استعمالها في نقل الاعيان. و أما الجهة الثالثة: فالظاهر - كما اعترف به غير واحد - ان ألفاظ العقود برمتها اسام لأحد الطرفين و هو الايجاب، و يظهر ذلك من سائر مشتقاتها، مثل: آجرتك، و بعتك، و وهبتك، و ما شاكل. نعم، الايجاب المجرد عن القبول لا يطلق عليه شيء من عناوين العقود حتى في نظر الموجب، بل الايجاب المشروط بتعقب القبول يصدق عليه ذلك، فالقبول شرط لا جزء. و أما الجهة الرابعة: فالمشهور بين الاصحاب انها تملك المنفعة او العمل بعوض، وورد عليه بايرادات:

١- ما عن المحقق الخراساني و تبعه غيره، و هو ان الاجارة تتعلق بالعين و لا

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب بيع الثمار حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٣

[...]

تتعلق بالمنفعة و العمل، يقال: آجرتك داري، و لا يقال: آجرتك سكنى داري و لا عملى، فيستكشف من ذلك ان معناها لا تعلق له بالمنفعة و العمل، و لهذا ذهب الى ان مفهوم الاجارة جعل العين بالاجرة، و هي اضافة خاصة في قبالة اضافة الملكية. و فيه: ان مفهوم الاجارة على مسلك المشهور لتمليك المنفعة، و هذا لا بد و ان يتعلق بالعين، اذ لا معنى لتمليك منفعة المنفعة. و بعبارة اخرى: المنفعة مأخوذة في مفهوم الاجارة، فعدم تعلق الاجارة بالمنفعة لا ينافي كونها تملك للمنفعة. و اما ما ذكره في معناها فسيأتى الكلام فيه ان شاء الله تعالى.

٢- ان المنفعة معدومة حال الاجارة فلا يقع التمليك عليها، لانها من مقولة الاعراض و هي لا تقوم الا بالمحل الموجود، فلا يمكن ان تكون المنفعة موضوعة للملكية.

و فيه: انه للملكية مراتب:

الاولى: الملكية الحقيقية، و هي عبارة عن السلطنة التامة، بنحو يكون زمام امر المملوك بيد المالك حدودا و بقاء، و هي مخصوصة بالله تعالى لكونه محيطا بالموجودات احاطة قيومية.

الثانية: الملكية الذاتية و السلطنة التكوينية، و هي الحاصلة بين الشخص و نفسه او عمله او ذمته. و المراد بالذاتى ما لا يتوقف تحققه على امر خارجى تكوينى او اعتبارى، لا الذاتى في باب الكليات الخمس و هو الجنس و الفصل، و لا الذاتى في باب لبرهان و هو ما ينتزع من مقام الذات و النفس، و العمل، و الذمة مملوكة للشخص بالملكية الذاتية.

الثالثة: الملكية المقولية الخارجية، و هي عبارة عن الهيئة الحاصلة من احاطة شيء بشيء، كالهيئة الحاصلة من التعمم و التخصم و ما شاكل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٤

[...]

الرابعة: الملكية الاعتبارية، و هي التي يعتبرها العقلاء أو الشارع الاقدس من جهة المصلحة الداعية الى ذلك.

اما المرتبتان الاوليتان فهما غير مربوطتين بالمقام، و ليستا من الاعراض.

و أما الثالثة فهي من المقولات، و تسمى مقولة الجدة، و في تحققها يحتاج الى محل موجود خارجى تقوم به.

و أما الرابعة فهي ليست من الاعراض كى لا تتحقق الا بالمحل الموجود، بل هي امر اعتبارى، و الاعتبار لا يحتاج الا الى طرف في افق

الاعتبار، و هو كما يكون عينا خارجية كذلك يكون كلياً، بل ربما يكون المالك كلياً، ككلى الفقير و السيد فى باب الزكاة و الخمس.

و على ذلك فالمنافع و ان كانت معدومة، الا انه من جهة كونها مقدورة التسليم بتبع العين الخارجية، و يترتب على اعتبار ملكيتها الاثر، لا مانع من اعتبارها.

٣- ان منفعة الدابة مثلا انما هى ركوبها، و من الواضح انه من اعراض الراكب لا المركب، و عرض الراكب لو كان مملوكاً، فانما هو مملوك له لا لصاحب المركب حتى تصح اجارته. و بالجملة ان ما لا يملكه المؤجر و هو مالك الدابة كيف يملكه المستأجر، مع ان فاقد الشيء لا يكون معطيا له!

و فيه: ان المنافع من الركوب و السكنى و ما شاكل من الامور التى تقوم بطرفين: احدهما المنتفع - و الآخر ما ينتفع به، مثلا الركوب قائم بالراكب و المركب، فهو من الجهة الاولى ليس مملوكا لصاحب الدابة، لكنه من الجهة الثانية - اى الاضافة الى الدابة - يكون مملوكا لصاحبها فله تملكه اياه.

فتحصل انه لا مانع من الالتزام بان الاجارة عبارة عن تملك المنفعة الا ان الكلام فى تعيين ذلك، و سيأتى ما هو الحق.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٥

[...]

و قد عرفت ان هناك قولين آخرين:

احدهما: ما عن بعض المدققين، و هو ان الاجارة تملك للعين فى جهة خاصة فى مدة مخصوصة.

و اورد عليه المحقق الاصفهاني ره بان معروض الملكية ان كان نفس تلك الجهة عاد محذور تعلق الملكية بالمنفعة. و ان كان هى العين المخصصة بجهة و العين المتحثة بحيثه مخصوصه بما هى مقيدة بها، لزم اجتماع ملكين استقلاليين على عين واحدة، و تقييدها بالجهة تارة و اطلاقها اخرى لا يوجب تعدد الموضوع.

و فيه: ان عدم اجتماع ملكين استقلاليين فى مورد واحد، ليس من جهة عدم اجتماع اعتبارين فان ذلك فى نفسه امر ممكن، بل عدم الاجتماع يكون بالعرض و بواسطة التنافى فى الآثار، فاذا فرضنا كون الملكين نحوين، و لكل منهما أثر لا ينافى الآخر، لا مانع من الالتزام باجتماعهما.

فالصحيح ان يورد عليه بان الاجارة ليست معاملتة تأسيسية شرعية، بل هى معاملتة عقلائية متداولتة بين جميع العقلاء امضاها الشارع الاقدس من دون ان يتصرف فى مفهومها، و من الواضح ان العقلاء و العرف فى مقام الاجارة لا يملكون العين. مع انه لو تم ذلك فى اجارة العين لا يتم فى اجارة الحر نفسه للعمل، فانه لا يملك نفسه، و هذا واضح جدا. فهذا القول مما لا يمكن الالتزام به.

ثانيهما: ما عن المحقق الخراساني ره، و هو ان الاجارة جعل العين بالاجرة، و هى اضافة خاصة فى قبال اضافة الملكية. و بعبارة اخرى: هى عبارة عن التسليط على العين للانتفاع بها بعوض.

و فيه: انه للسلطنة على العين معان:

الاول: السلطنة التكليفية، اى الترخيص التكليفى فى التصرف فيها.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٦

[...]

الثانى: السلطنة الوضعية، اى السلطنة على المعاملات و نفوذها.

الثالث: السلطنة الفعلية الخارجية.

الرابع: السلطنة الاعتبارية.

و لا اشكال فى ان المراد بالسلطنة الانشائية ليس هى السلطنة التكليفية او الوضعية او الخارجية.

اما الاولى فلان جواز التصرف اعم من مورد الاجارة، مع ان جواز التصرف من آثار الملك و احكامه و للمالك ان يأذن فى التصرف، و ليس بنفسه مما يقبل النقل و الانتقال.

و أما الثانية فلانه لا يجوز تصرفات المستأجر المعاملية لنفسه.

و أما الثالثة فواضح.

فلا محالة يكون المراد السلطنة الاعتبارية المعبر عنها بالحق، و هى دون مرتبة الملكية، و حيث انه ليس لكل احد سلطنتان على ماله: سلطنة ملكية و سلطنة حقية اعتبارية، اذ مع الاولى يكون اعتبار الثانية لغوا لا مورد لها، فلا تكون الاجارة التسليط على العين، فان فاقد الشيء لا يكون معطيا، و السلطنة المترتبة على الملكية المعبر عنها بحق القبض على العين للانتفاع بها انما هى السلطنة الوضعية و التكليفية لا الاعتبارية.

اللهم الا- ان يقال: ان هذه السلطنة و ان لم تكن ثابتة للمالك الا- ان له اعطائها بالغير، كما ان عمل الحر ليس ملكا للعامل و يملكه للمستأجر.

و لكن يرد عليه: ان ثبوت هذا الحق له بمعنى له ان يعتبر حقاً فى العين للمستأجر لم يدل عليه دليل، مع ان المعاملات العرفية اى الاجارة التى يوقعها العرف و العقلاء ليست كذلك، و لا يخطر ذلك ببالهم. فالأظهر ان الاجارة هى تملكك منفعة او

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ١٧

و شروطها ستة: العقد، و هو الايجاب و القبول الدالان بالوضع على تملكك المنفعة مدة من الزمان بعوض معلوم،

عمل بعوض كما افاده المشهور.

العقد و شرائطه و حيث ان للاجارة اركانها، و لكل ركن منها شرائط و احكاما، فلا بد من البحث فى مقامين:

[المقام الاول: فى اركانها و شروطها]

إشارة

، و افاد المصنف انها ستة، و لكن ستعرف انها اكثر، و الكلام فى ذلك فى مواضع.

[الموضع الاول فى شرائط العقد]

إشارة

احدها: يعتبر فيها العقد و قد عدّه المصنف فى المقام من الشروط، و فى القواعد عدّه ماهية الاجارة، و الامر سهل، قال الشهيد: و العقد جنس و الباقي المذكور بعده خاصة مميزة.

و هو الايجاب و القبول الدالان بالوضع او غيره مما يكون مبرزاً عرفاً على تملكك المنفعة او العمل مدة من الزمان بعوض معلوم.

و تفصيل ذلك بالبحث فى فروع:

١- لا- ريب في احتياج الاجارة- التي كما عرفت تمليك منفعة او عمل بعوض و ذلك امر اعتباري قائم بالنفس- الى الابرار في الخارج، و يعبر عن مبرزها من المعتبر بالايجاب، و عن المبرز من الطرف بالقبول، وجه الحاجة: ان بناء العقلاء على عدم ترتيب آثار المعاملات على الاعترافات النفسانية المجردة.

٢- يكفي فيهما كل لفظ دال على المعنى المذكور، لانه لم يدل دليل على انحصار المبرز في العقود و الايقاعات بمبرز معين الا في بعض الموارد، فمقتضى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٨

[...]

الاطلاقات و العمومات كفاية كل مبرز.

فما في المتن- من التقييد بان يكون ذلك بالوضع- لا دليل عليه. و اما ما ذكرناه من اعتبار كونه دالاً عليه عرفاً، فوجهه ان بناء العرف و العقلاء على عدم ترتيب آثار المعاملة على الاعتبار النفساني المبرز، بما لا يكون له شأنية ذلك عندهم- كما لو مشى بقصد انشاء الزوجية- و ان شئت قلت- جريا على اصطلاح القوم: انه يعتبر كون الانشاء بما يكون مصداقا لعنوان المعاملة.

جريان المعاطاة في الاجارة

٣- هل تجرى المعاطاة في الاجارة ام لا؟ فيه وجهان بل وجوه.

قال المحقق الثاني في جامع المقاصد: و اعلم ان في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة في الاجارة، و كذا في الهبة و نحو ذلك، لانه اذا امره بعمل على عوض معين عمله و استحق الاجر، و لو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز له العمل و لا يستحق اجرة مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلك، انتهى. و قريب منه ما عن المسالك.

و فيه انه: يمكن ان يكون ذلك من باب استيفاء العمل بالامر المعاملي الموجب للضمان. و كيف كان، ففي المسألة اقوال: احدها: جريانها فيها مطلقا.

ثانيها: عدم الجريان كذلك.

ثالثها التفصيل بين الاجارة على المنفعة فالاول، و بين الاجارة على العمل فالثاني.

و الاظهر هو الاول، بناء على ما هو الحق من صحة انشاء العقود و الايقاعات

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٩

[...]

بكل ما يكون مبرزاً لها، بلا اعتبار اللفظ في المبرز، كما حققناه في كتاب البيع و اوضحناه.

و استدلل لعدم الجريان فيها تارة بان المعاطاة انما التزمنا بجريانها في البيع من جهة الاجماع و السيرة، و هما غير ثابتين في المقام.

و اخرى بان الاجارة لازمة كما يأتي، و المعاطاة اما مفيدة للملكية الجائزة او الاباحة، فلا تجرى فيها.

و ثالثاً بانه ليس فعل صالح لانشاء الاجارة به، فان اعطاء العين و دفعها يلائم مع تمليكها لا تمليك منافعتها، و لا يعنون عند العرف بعنوان الاجارة.

و كل مردود. اما الاول فلما تقدم من ان مقتضى القاعدة جريانها في جميع العقود و الايقاعات.

و أما الثاني: فلما مر في كتاب البيع من ان المعاطاة تفيد الملكية اللازمة، مع انه لو دل الدليل على عدم لزومها في مورد خاص، يقيّد به اطلاق ما دل على لزومها.

و أما الثالث فلان محل البحث انشاء الاجارة بالفعل، و لم يقع عنوان المعاطاة تحت الدليل كي يقتصر على مورد تحقق التعاطي. و عليه فلو تم هذا الوجه، فحيث انه مختص بالاعطاء الخارجي و لا- يجرى في جميع الافعال حتى مثل الاشارة بالرأس - كما لو سأله سائل: هل تؤجر دارك بزید؟ فحرك رأسه، و ما شابه ذلك- فلا يعتمد عليه.

مع انه غير تام، فان اعطاء العين اعم من الهبة و الصلح و القرض و البيع و الإجارة، فكما يقال انه بالتساوم على البيع مثلاً و قصد ذلك يكون الاعطاء مصداقاً للبيع على المشهور و مبرزاً له عرفاً على المختار، كذلك في المقام نقول ان تسليم العين في اول المدة بقصد اجارتها في جميعها يكون مع

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٠

[...]

التساوم قبله مصداقاً او مبرزاً لها.

و استدلل للثالث بانه في اجارة الاعيان للمنافع يوجد فعل مبرز لعنوان الاجارة، و لا يوجد ذلك في اجارة الحر نفسه للعمل، فان الفعل المبرز ليس الا العمل الخارجي، و هذا ليس مصداقاً للاجارة المتعلقة بالنفس، فلا تجرى فيها.

و فيه- مضافا الى ما تقدم من ان هذا لو تم فانما هو في الاعطاء لا- في كل فعل و لو كان هو الاشارة:- انه اذا فرضنا التساوم على الاجارة، يكون الشروع في العمل بقصد اجارة نفسه على كل ما تساوما عليه ايجاباً للاجارة. فالظاهر جريان المعاطاة في الاجارة مطلقاً. و يجوز ان يكون الايجاب بالقول و القبول بالفعل، لاطلاق الادلة و عمومها. و استدلل لعدم الجواز بانه ليس عقداً و لا معاطاة. و فيه: انه لم يرد دليل على لزوم كون الانشاء بالعقد او المعاطاة، بل الدليل دل على لزوم الابرار بلا تعيين لخصوص مبرز، فالظاهر كفايته.

انشاء الاجارة بصيغة البيع

٤- هل يصح انشاء الاجارة بصيغة البيع ام لا؟ لا إشكال في عدم صحته لو قال في الايجاب: بعتك الدار- مثلاً- فان لفظ البيع اذا تعلق بالعين لا ظهور له في الاجارة حتى مع قصدها، و قد مر اعتبار ذلك.

انما الكلام فيما لو قال: بعتك منفعة الدار، او سكنى الدار- مثلاً- و قصد به الاجارة، فقد نسب الى المشهور عدم الصحة، و في المسالك: و ظاهر التذكرة ان ذلك اجماعي، لانه نسبة الى علمائنا، و لكن المصنف تردد، و في التحرير جعل المنع اقرب،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢١

[...]

انتهى.

و كيف كان، فقد استدلل لعدم الصحة بوجوه:

احدها: ما عن الايضاح و المسالك، و هو ان كل عقد مخصوص له صيغ مخصوصة شرعاً، فلا بد من الاقتصار على القدر المتيقن، و المراد من ذلك الالفاظ الواردة في الاخبار في مقام بيان الاحكام الثابتة للمعاملة، و الا فليس في النصوص ما يدل على ان عقد كذا

صيعته كذا.

و فيه: ان ذلك يتم اذا لم يكن لدليل المعاملة عموم او اطلاق، و الا فمقتضاه كفاية كل مبرز له كما مر.

ثانيها: ان البيع وضع لنقل الاعيان، فاستعماله في نقل المنفعة مجاز، و قد ادعى الاجماع على عدم جواز الانشاء بالمجازات.

و فيه: ان الانشاء بالمجاز اذا كان مع القرينة لا مانع عنه، كما مر في كتاب البيع.

ثالثها: ما في الجواهر، و هو استهجان العقد بذلك في عرف المتشرعة.

و فيه- مضافا الى منع الاستهجان-: انه بمجرد لا- يمنع عن صحة الانشاء. فالظاهر صحته، و يشهد له- مضافا الى ما قدمناه- موثق

اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام عن رجل في يده دار ليست له و لم تزل في يده و يد آباءه، من قبل قد اعلمه من مضي

من آباءه انها ليست لهم و لا يدرون لمن هي، فبيعها و يأخذ ثمنها؟ قال عليه السلام: ما احب ان يبيع ما ليس له. قلت: فانه ليس يعرف

صاحبها و لا يدري لمن هي و لا اظنه يجيء لها رب ابداء. قال عليه السلام: ما احب ان يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكنها او مكانها

في يده، فيقول لصاحبه: ابيعك

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٢

و ان يكون ممن هو جائز التصرف

سكنای و تكون فی يدك كما هي في يدي؟ قال عليه السلام: نعم، يبيعها على هذا «١».

شرائط المتعاقدين

[الموضع الثاني: ما يعتبر في المتعاقدين]

إشارة

، قال: و ان يكون ممن هو جائز التصرف، و اعتبار ذلك متفق عليه، فيشترط فيهما: البلوغ، و العقل، و الاختيار، و عدم الحجر لفلس او

سفه او رقية.

اما الاول فيشهد له ما دل على عدم نفوذ تصرفات الصبي المعاملية، من قوله تعالى وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ «٢».

و حديث رفع القلم الذي رواه في محكي الخصال عن ابن الزبير عن أمير المؤمنين عليه السلام في سقوط الرجم عن الصبي: اما

علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، الحديث «٣».

و رواه ابو البختری عن الامام الصادق عليه السلام عن ابيه عن علي عليه السلام: انه كان يقول في المجنون و الصبي رفع عنهما القلم

«٤».

و في موثق عمار عنه عليه السلام في حديث: فان احتلم قبل ذلك فقد وجب

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب عقد البيع حديث ٥.

(٢) النساء آية ٦.

(٣) الوسائل - باب ٤ - من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١.

(٤) الوسائل - باب ٣٦- من ابواب القصاص في النفس حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٣

[...]

عليه الصلاة و جرى عليه القلم «١».

و النصوص الدالة بالمفهوم و المنطوق على عدم جواز امر الصبي في البيع و الشراء «٢»، و قد اشبعنا الكلام في كتاب البيع في ذلك، و بينا دلالتها على عدم نفوذ معاملات الصبي مستقلاً، و لا تدل على انه لا يكون لكلامه حكم اصلاً- على ما ادعاه الشيخ في المبسوط على ما حكى في مسألة الاقرار، قال: ان مقتضى رفع القلم ان لا يكون لكلامه حكم، انتهى- و لا على ان قصده كلاً قصداً، و لذلك بينا على صحة معاملة الصبي باذن الولي، اذا كان بحيث يستند الى الولي لا مثل الوكيل المفوض، فراجع ما حققناه. نعم، ما ذكر من ان قصده كلاً قصداً يتم في الصبي غير المميز، و لذلك لا تصح معاملاته حتى بهذا النحو المشار اليه.

و أما الثاني و هو العقل، فيشهد له ما دل على رفع القلم عنه، منه ما تقدم، و منه النبوي الذي رواه الوصي (ع) في حديث رواه العامة و الخاصة على ما افاده المفيد: رفع القلم عن المجنون حتى يفيق «٣». هذا مع القصد و الا فالأمر واضح.

و أما الثالث و هو الاختيار، فان اريد به القصد فاعتباره من القضايا التي قياساتها معها، و ان اريد به طيب النفس و الرضا فيشهد لاعتباره ما دل على رفع ما استكره عليه «٤» بناء على ما تقدم في كتاب البيع من شموله لجميع الآثار و الاحكام التكليفيه و الوضعية.

و لكن المشهور بين الاصحاب صحة اجاره المكره عليها اذا تعقبها الرضا

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب مقدمة العبادات حديث ١٢.

(٢) الوسائل - باب ١٤- من ابواب عقد البيع و شروطه و باب ٢ من ابواب كتاب الحجر.

(٣) الوسائل - باب ٨- من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢.

(٤) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس و باب ١٢- و ١٦- من ابواب كتاب الايمان.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٤

[...]

و اجازها بعد، و يمكن ان يذكر للصحة في مقابل ما قيل - من ان حديث الرفع يدل على رفع ما استكره عليه تكليفاً كان ام وضعياً، فاثبات التأثير للعقد الصادر عن اكراه، و لو كان على سبيل جزء العلة كما يقول القائل بصحة عقد المكره اذا تعقبه الرضا، خلاف مقتضى الحديث- وجهان:

الاول: ان أثر العقد هو الملكية المستمرة من حين العقد، و اذا كان حديث الرفع مختصاً بما في رفعه منته، يرتفع مقدار من الملكية الذي يكون ثبوته منافياً للامتنان، و هي الملكية قبل الرضا. و اما الملكية بعده التي هي اثر العقد، مع قطع النظر عن حديث الرفع، فحيث انه لا امتنان في رفعها فهي لا ترتفع بالحديث. بالجملة الحديث انما يرفع مقداراً من الملكية التي هي باجمعا اثر العقد و يكون في رفعه منته، و اما المقدار الذي لا منته في رفعه و هي الملكية بعد الرضا فلا يكون مرفوعاً بالحديث.

الثاني: ان الآثار انما تترتب على المنشآت لا- الإنشاءات، و هي امور باقية اعتباراً فلها حدوث و بقاء، و من الواضح ان المرفوع هو المكره عليه بهذا العنوان كما هو الشأن في جميع العناوين المأخوذة في الموضوعات، فما دام يكون الاكراه باقياً لا يترتب عليه الاثر، و اذا تبدل الى الرضا فهو يكون مؤثراً بقاء. و نظير ذلك ما لو اكره الجنب على الجلوس في المسجد، فانه ما دام بقاء الاكراه تكون

الحرمة مرتفعة، فاذا ارتفع الاكراه يحرم الجلوس بقاء.

فتحصل ان الاظهر ما هو المشهور من صحة عقد المكره اذا تعقبه الرضا. نعم، الاحوط عدم الاكتفاء به، بل تجديد العقد بعد الرضا. و أما لو كان العقد مع الاضطرار، كما اذا طلب منه ظالم مالا فاضطر الى اجارة دار سكناه لذلك، فالظاهر صحته كما في البيع المضطر اليه. و الوجه فيه عموم الادلة او اطلاقها. و حديث الرفع لوروده مورد الامتنان، لا يرفع اثر العقد المضطر اليه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٥

[...]

حكم اجارة المحجور

و أما الرابع و هو عدم الحجر، فيعتبر في الاجارة على المنفعة مطلقا، و في الاجارة على عمل الحر يفصل بين المفلس و السفية. توضيح ذلك: انه لا إشكال في عدم صحة اجارة المفلس بعد الحجر عليه داره او عقاره، لتعلق حق الغرماء بهما المانع عن ذلك. و لا مانع من صحة اجارة نفسه لعمل او خدمة، لان منفعه ليست موضوعة لحق الغرماء، و ليست تصرفاً في ماله كى يعمها ما دل على المنع.

و أما السفية، فعدم جواز تصرفه في ماله بالتصرف المعاملى لا كلام فيه بينهم، انما الكلام في انه هل يصح اجارة نفسه للاكتساب؟ و فيه وجهان، و قد ذكر في منشأ الوجهين: انها تصرف مالي، فيشملها معقد الاجماع على عدم نفوذ تصرفه المالي، و تقتضيه العلة المستفادة من النصوص، و هى الاحتفاظ بمصلحة اليتيم من حيث المال. و انها ليست تصرفاً في ماله الموجود بل هى تحصيل للمال، و لا تعد منفعه من امواله، فلا يشملها دليل المنع.

و فيه: ان كان مدرك عدم الجواز ما اشير اليه، فيرد عليه ان الاجماع ليس تعديا، و العلة ليست منصوصة.

و لكن يمكن ان يستدل لعدم الجواز بالنصوص «١» الدالة منطوقا او مفهوما على عدم جواز امر السفية، فان اطلاقها يقتضى المنع حتى

(١) الوسائل باب ١ و ٢ من احكام الحجر- و باب ١٤ من ابواب عقد البيع و شروطه و باب ٤٤ و ٤٦ من ابواب الوصايا.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٦

و العلم بالاجرة كيلا- او وزنا و يكفى فيهما و فى غيرهما المشاهدة، و ان تكون المنفعة معلومة بالزمان او العمل، و مملوكة او فى حكمها،

من اجارة نفسه.

و قد قال صاحب الجواهر فى كتاب الحجر: و الظاهر دخول تزويجها نفسها فى التصرفات المالية من جهة مقابلة البضع بالمال، و وافق فى ذلك غيره من الفقهاء كالمحقق الثانى.

و فيه: ان البضع لا يكون فى النكاح مقابلا للمال.

فالاولى ان يستدل لفساد النكاح بالنصوص الخاصة، كموثق موسى بن بكر عن ابي جعفر عليه السلام: اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطى من مالها ما شاءت، فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها، و ان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها الامر بامر وليها «١».

و صحيح الفضلاء عنه عليه السلام: المرأة التى ملكت نفسها غير السفيةة و لا المولى عليها تزويجها بغير ولى جائز «٢».

شروط العوضين

[الموضع] الثالث: فى شروط العوضين

اشارة

، و قد ذكر المصنف اربعة منها، و بضميمة ما تقدم تصير ستة، قال: و العلم بالا-جره كيلا- او وزنا، و يكفى فيهما و فى غيرهما المشاهدة، و ان تكون المنفعة معلومة بالزمان او العمل و ان تكون مملوكة او فى حكمها،

(١) الوسائل- باب ٩- من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد حديث ٦.

(٢) الوسائل- باب ٣- من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٧

و ضبط المدة بما لا يزيد و ينقص

و ضبط المدة بما لا يزيد و ينقص).

و تفصيل القول فى المقام ان الفقهاء ذكروا فى شرائط العوضين امورا، و قالوا- او قال بعضهم- انها تعتبر فى العوضين:

الاول: المعلومات

، و هى فى كل شىء بحسبه، بحيث لا يكون هناك غرر، فلو آجره دارا او حمارا من غير مشاهدة و لا وصف رافع للجهالة بطل، و كذا لو جعل العوض شىئا مجهولا.

و الشاهد لاعتبار العلم بالعين المستأجرة و الاجرة النبوى الذى رواه جماعة: نهى النبى صلى الله عليه و آله عن الغرر «١». و اورد عليه بايرادين:

احدهما: ضعف السند.

الثانى: ان الغرر بمعنى الخدعة، و حيث انها محرمة فالنهى عنه محمول على الحرمة النفسية دون الارشاد الى الفساد، و حيث انه قد ثبت فى محله عدم دلالة النهى على فساد المعاملة، فهذا لا يدل على الفساد.

و لكن يدفع الاول ان ضعفه منجبر بعمل الاصحاب، كما صرح به فى الجواهر.

و يدفع الثانى انه فى اللغة و ان ذكر للغرر معان: الخدعة، و الغفلة، و الخطر، الا ان الظاهر ان ما هو بالمعنى الاول هو: غر يغر- بالضم-

و يكون متعديا، و ما هو بالمعنى الثانى هو: غر يغر- بالكسر- و يكون لازما، و اما الغرر الذى هو جامد و غير مشتق فهو بمعنى الخطر،

كما صرح به فى الاساس و المصباح و المغرب و الجمل و المجمع و القاموس. فالمراد ان النبى صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن

المعاملة الموجبة للخطر،

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦ مسألة بيع الطير في الهواء- و نحوه عن الشهيد و سبقهما الشيخ في الخلاف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٨

[...]

و حيث ان النهي في باب المعاملات ظاهر في الارشاد الى الفساد، فيدل النبوي على الفساد مع الجهل بالعين المستأجرة او الاجرة. و يشهد له في الثاني خاصة:

ما رواه المصنف ره عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: من استأجر أجيراً فليعلمه اجره «١».

و خبر ابي الربيع الشامي عن الامام الصادق عليه السلام عن أرض يريد رجل ان يتقبلها، فاي وجوه القبالة احل، قال عليه السلام يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماء، فيعمر و يؤدي الخراج «٢».

و غاية ما يستفاد من النصوص انما هو اعتبار العلم و مانعية الجهل، و اما اعتبار الكيل في المكيل و الوزن في الموزون و العد في المعدود على ما ذكره الاصحاب فلا يستفاد منها، و الاصل عدمه، فتكفي المشاهدة كما في المتن. و عن الشيخ و السيد و المحقق و غيرهم من الاساطين الاعتبار. و عن جماعة التردد في المسألة.

و استدلل للاولين بان الجهالة مانعة عن صحة الاجارة نصا و اجماعا، و ارتفاعها في المكيل و الموزون بالمشاهدة غير معلوم، فان مرتبة منها و ان كانت مرتفعة بها، الا انها بتمام مراتبها لا ترتفع بها و لا أقل من الشك، فالمرجع اصالة الفساد.

و فيه: ان المقيد لاطلاق الادلة عنوانان: الخطر، و الجهل، فاذا سلم اجمال العنوانين فلا- بد من الاقتصار في التقييد على المتيقن، فالمرجع عند الشك اطلاقات ادلة الاجارة و عموماتها.

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٩١- المستدرک باب ٣- من ابواب كتاب الاجارة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٨ من ابواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٩

[...]

يعتبر في الاجارة القدرة على التسليم

الثاني: ان يكون العوضان مقدوري التسليم

، فلا تصح اجارة ما لا يقدر المؤجر على تسليمه، بلا خلاف فيه في الجملة، و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه. و مدرك اعتبار هذا القيد امور:

١- ان بذل المال بازاء ما لا يمكن تسلمه سفهي، فلا تشمله ادلة نفوذ المعاملات، فانها مسوقة لبيان انفاذ المعاملات العقلانية.

و فيه: اولاً: ان بذل المال القليل بازاء مال كثير يرجى حصوله ليس سفهياً، بل ربما يعدّ عدم البذل سفهياً.

و ثانياً: ان ادلة نفوذ المعاملات تدل على نفوذ كل معاملة، و الدليل انما دل على عدم نفوذ معاملة السفهية «١» و لم يرد دليل على بطلان المعاملة السفهائية.

٢- ان لازم العقد لزوم التسليم المشروط بالقدرة، فمع عدم القدرة لا لزوم للتسليم، فيلزم عدم تأثير العقد، و إلا لزم انفكاك اللازم عن

الملزوم.

و فيه: انه ان اريد بذلك ان لزوم التسليم من مقتضيات الملك فهو مسلم، لانه يجب ردّ المال الى صاحبه، الا ان هذا اللازم ليس لازماً لا ينفك بل هو فرع التمكّن منه، و مع عدم التمكّن يكون ملكاً له لا يجب تسليمه، لعدم القدرة. و ان اريد به انه من مقتضيات اطلاق العقد نفسه، فيرد عليه ان العقد عبارة عن تمليك المنفعة مثلاً، لا هو مع اعتبار امر آخر او تكليف آخر.

و ان اريد ان الملكية تكون مقيدة بما يتمكن من تسليمه، فيرد عليه ان التعليق

(١) النساء آية ٦ الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الحجر.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٠

[...]

فى العقد موجب للبطلان.

و ان اريد ان لزوم التسليم من احكام العقد، من جهة ان التسليم مصداق للوفاء بالعقد الذى وجوبه من احكام العقد، فيرد عليه اولاً: ان أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» على ما حققناه فى محله يكون ارشاداً الى لزوم العقد، و على فرض كونه تكليفاً يكون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسخه، فعلى كل تقدير لا ربط له بالتسليم.

و ثانياً: ان التكليف بالوفاء قد تعلق بالعقد الصحيح، فعدم لزوم الوفاء لعدم القدرة لا يكشف عن عدم الصحة.

٣- ان بناء المتعاقدين كلية على تسليم العوض و المعوض، فهو من الشروط المبني عليها العقد، و يكون بحكم ذكره فى ضمن العقد.

و فيه: اولاً: ان لازم ذلك ثبوت الخيار لا عدم صحة العقد، كما هو الشأن فى جميع موارد تخلف الشرط.

و ثانياً: ان هذا لا يجرى مع علمهما بعدم القدرة.

٤- ان الغرض من المعاملة هو الانتفاع بالعوض، و مع عدم القدرة على التسليم لا يمكن تحقق هذا الغرض.

و فيه: اولاً: ان تخلف الاغراض و الدواعى لا يوجب فساد المعاملة.

و ثانياً: ان الغرض من المعاملة ليس هو الانتفاع المطلق، بل الانتفاع على فرض التسليم.

و ثالثاً: نمنع توقّف مطلق الانتفاعات حتى التصرفات الاعتبارية على التسليم، مثلاً- يمكن ان يستأجر أرضاً هي فى يد غير مالكيها و

آجرها ذلك الغير

(١) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣١

[...]

باشخاص لان يباح لهم التصرف فيها.

٥- ان ما لا يقدر على تسليمه لا يكون مالا عرفاً، فلا يصح جعله احد العوضين.

و فيه: ان المال انما هو من العناوين المنطبقة على الاشياء بانفسها مع قطع النظر عن الاشخاص، و هو ينتزع من كون ذلك الشئ

موضوعاً لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فيه و هى صفة للشئ و ان لم يكن هناك مالك، مع انه لو سلم ذلك فانما هو فيما لا

يحتمل التمكن من التسليم كما لا يخفى.

٦- ان المعاملة على ما لا يقدر على تسليمه اكل للمال بالباطل.

وفيه: ان المراد بالاكل بالباطل المنهى عنه، بقرينه المقابلة بالتجارة عن تراض، التملك بالاسباب الباطلة - كالقمار ونحوه - و الا فغاية ما هناك كون اعطاء المال محانيا و بلا عوض، و ليس هذا من قبيل اكل المال بالباطل.

٧- النبوى: نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن الغرر «١».

و اورد عليه: تارة بانه مع معلومية العوضين ذاتا و وصفا، عدم القدرة على التسليم لا يوجب صدق كون المعاملة غررية، بل الغرر انما يكون من جهة الآثار و الامور الخارجية.

اخرى بانه مع تعدد التسليم، له خيار التعذر، فله ان يفسخ و يسترجع العوض فلا غرر.

و ثالثة بانه لو اشترط الخيار برد العوض، مع عدم وصول المعوض اليه، لا يكون هناك غرر.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦ و رواه الشهيد - و سبقهما الشيخ في الخلاف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٢

[...]

و رابعة بانه مع امتناع تسليم العين المستأجرة للمستأجر، للمستأجر الامتناع من تسليم الاجرة فلا غرر.

و فى الجميع نظر. اما الاول فلان الملكية المجردة لا يترتب عليها شىء، فتمليك شىء لا يقدر على تسليمه يكون خطريا. و ما ابعد ما بين هذه الدعوى، و بين ما افاده الشهيد ره من تفسير الغرر بالجهل بالحصول، و ان كان هو ايضا اشتباها، لعدم اختصاص الغرر بذلك.

و أما الثانى فلان الخيار انما يكون فى العقد الصحيح، فلا يمكن تصحيح العقد به.

و أما الثالث فلان نفوذ الشرط مشروط بكونه فى ضمن العقد الصحيح، فكيف يعقل تصحيح العقد به.

و أما الرابع فلان الامتناع من تسليم الاجرة، بعد فرض كونها ملكا للمستأجر، لا يوجب تدارك ما ذهب من ملكه.

فالمحصل ان الحق دلالة النبوى على فساد الاجارة مع عدم القدرة على التسليم، لكنه مختص بصورة عدم احراز الامتناع، لان الخطر انما يطلق فيما اذا احتل الحصول و لو ضعيفا، و لكن اذا ثبت الفساد مع الاحتمال ثبت فى صورة القطع و الاحراز بالاولوية القطعية.

و لا- يخفى ان الاحتياج الى اقامة الدليل على اعتبار القدرة على التسليم، انما هو فى المنافع حيث ان لوجودها مقاما آخر، و اما فى الاعمال التى يكون وجودها و تسليمها واحدا، فلا يحتاج الى اقامة الدليل، اذ ما لا يقدر على تسليمه يمتنع وجوده، و ما امتنع وجوده لا يقبل الملكية.

و قد رتب على ذلك فى العروة عدم جواز اجارة العبد الآبق، و هذا متين.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٣

[...]

و استشكل فى كفاية ضم الضميمة هنا كما فى البيع، و قد اختلفت كلمات القوم فى المقام.

فعن جماعة عدم الكفاية، و هو ظاهر الجواهر فى كتاب الاجارة.

و عن جماعة الاكتفاء به، منهم السيد فى الانتصار، و الشهيد، و المحقق الاردبيلي، و صرح به صاحب الجواهر فى كتاب البيع.

و تردد فيه جماعة، منهم المحقق في الشرائع، و المصنف ره في جملة من كتبه.

و قد استدل للاول بوجهين:

احدهما: ما عن الانتصار، و هو خروج المعاملة بالضميمة عن كونها غريبة. و فيه: ان كون بعض ما وقع عليه المعاملة معلوما ذاتا و صفا و حصولا، لا يوجب كون المجموع غير غري. و

الثاني: اولوية الاجارة من البيع، لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله البيع.

و فيه: ان المناط غير معلوم حتى يدعى الاولوية، بل بما ان في بيع العبد يمكن الانتفاع به و لو آبقاً بالعتق و لا- يمكن ذلك في الاجارة، فلا اولوية قطعاً.

فلاظهر عدم الكفاية، و قد خرجنا بذلك عما عليه بنائنا من عدم البحث في احكام العبيد و الاماء.

يعتبر أن يكون العوضان مملوكين

الثالث: ان يكونا مملوكين

، فلا تصح اجارة مال الغير، و لا الاجارة بمال الغير، الا مع الاجارة من المالك. و الكلام يقع في مقامين:

الاول: في اعتبار مملوكية العوضين.

الثاني: في اجارة مال الغير، و الاجارة بمال الغير، و اجارة المباحات الاصلية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٤

[...]

اما المقام الاول، ففي الجواهر نفى الخلاف في اعتبار مملوكية المنفعة بل جعله من الواضحات، و قد استدل لاعتبارها بوجوه:

الاول: الاجماع. و فيه: انه لو ثبت لم يثبت كونه تعديدا كاشفا عن رأى المعصوم.

الثاني: ان بذل المال بازاء ما لا يكون مملوكا سفه، و اكل للمال بالباطل.

و فيه: انه لو فرضنا تسلطه على التصرف فيه، مع عدم كونه مملوكاً له كالكلي في الذمة و عمل الحر بالاضافة الى نفسه، لا تكون المعاملة سفهية، و لا أكلاً للمال بالباطل.

الثالث: ما افاده صاحب الجواهر ره، و هو عدم تحقق المعاوضة في غير المملوك. و فيه: ان المراد بكون الاجارة معاوضة كون كل من

العوضين بازاء الآخر، لا كون كل منهما مملوكا قبلا، لما عرفت من صحة ايجار الحر نفسه، و الاجارة بالكلي في الذمة، مع انه يصح

اجارة الموقوفات على المصالح العامة و منافعتها ليست ملكا لأحد. فلاظهر عدم اعتبارها.

و أما المقام الثاني، فيدل على عدم صحة اجارة مال الغير و الاجارة بمال الغير و اجارة المباحات الاصلية، عدم تسلط المؤجر و

المستأجر على التمليك في هذه الموارد، و عدم سلطانها على العين المستأجرة و الاجارة، و عدم كونها مالكين لامرهما. اما في

الاولين فواضح، اما في الاخير فلان المباحات الاصلية متساوية النسبة الى المؤجر و المستأجر، و ليست هي كالكلي و عمل الحر ليتعهد

بها في ذمته، و لا كالعين الشخصية المضافة اليه باضافة الملكية ليكون له السلطنة عليها. فعدم جواز الاجارة في هذه الموارد، انما هو

لاجل عدم تسلطه على المنفعة او الاجرة، و عدم كونه مالكا لامرها لا لعدم الملكية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٥

[...]

[الرابع] اعتبار بقاء العين باستيفاء المنفعة

الرابع من الشروط ما ذكره سيد العروة، قال: الرابع: ان تكون العين المستأجرة مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها، فلا تصح اجارة الخبز للاكل، ولا الحطب للاشعال، وهكذا. ولم يتعرض الفقهاء ولا النصوص لهذا الشرط، ولعل السرفيه - مع انه لا كلام عندهم في بطلان الاجارة المفروضة - ان ذلك من مقومات الاجارة، فانها كما عرفت تمليك للمنفعة، والمنفعة عبارة عن الحيثية والشأن للعين تستوفى منها تدريجا، ولا يكون للخبز هذا الشأن والحيثية، فان أكله اتلافه لا استيفاء شأن من شؤنه.

اعتبار اباحة المنفعة

الخامس: ان تكون المنفعة مباحة

، فلا تصح اجارة المساكن لاحراز المحرمات، او الدكاكين لبيعها، او الدواب لحملها، او الجارية للغناء، او العبد لكتابة الكفر، و نحو تلكم. و تحرم الاجرة عليها كما هو المشهور. و في الشرائع: و ربما قيل بالتحريم و انعقاد الاجارة، لامكان الانتفاع في غير المحرم. و قد استدلل للفساد بوجوه:

الاول: الاجماع، و هو كما ترى.

الثاني: النبوى المشهور: ان الله اذا حرّم شيئا حرّم ثمنه «١».

(١) اورده العامة و الخاصة في كتبهم الاستدلالية - راجع مسند احمد ص ٣٢٢ - و البحار ج ٢٣ ص ١٧ - و الخلاف ج ١ ص ٢٢٥ - و الغنية و غيرها.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٦

[١٠٠٠]

□
 وفيه: ان هذا النبوى لا أصل له في اصول العامة و الخاصة، فان الموجود في كتب العامة هكذا: ان الله اذا حرّم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه «١» فهو لم يثبت كونه روائياً، و ما في اصول العامة لضعف سنده و عدم انجباره بشيء لا يعتمد عليه. مع ان عمومه على هذا لم يعمل به احد، اذ كثير من الامور التي يحرم أكلها يجوز بيعها، بل الظاهر ان النبوى لو كان بذلك النحو لما كان يعتمد عليه، لاین الشهرة الفتوائية و ان كانت على وفقه، الا ان الظاهر و لا أقل من المحتمل استناد القوم في فتياهم تلك الى الوجوه الأخر، اعتبار المالية في العوضين المتوقعة على كون المنفعة محللة و غير ذلك، و انما يذكرون النبوى تأييدا.

الثالث: خبر جابر - او حسن صابر - عن مولانا الصادق عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر، قال عليه السلام: حرام اجره «٢».

وفيه: اولاً: انه لو كان الخبر لجابر فهو ضعيف السند.

و ثانياً: ان ظاهره فساد الاجارة مع اتفاق وقوع بيع الخمر فيه بلا شرط و الزام، و حيث انه معارض مع النصوص المستفيضة الأخر، لم يفت به احد، فلا بد من طرحه لا - حمله على ارادة معنى آخر. ثم انه على فرض التنزل و تعيين حمله على معنى آخر، لا - يبعد دعوى

أظهرية إرادة الفساد في صورة العلم بوقوع بيع الخمر فيه، و في تلك الصورة أيضاً وردت نصوص تدل على صحة المعاملة «٣» و هي تكون معمولاً بها.

الرابع: ان الاجارة في الفرض اعانة على الاثم المحرمة كتاباً و سنة و اجماعاً.

(١) مسند احمد ج ١- ص ٢٤٧.

(٢) الوسائل - باب ٣٩- من ابواب ما يكتسب به حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٥٩- من ابواب ما يكتسب به.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٧

[...]

و فيه - مضافاً الى ما ذكرناه في محله من عدم حرمتها -: ان المعاملة ليست اعانة عليه، بل الاقباض و التسليط الخارجى اعانة عليه، مع ان حرمة المعاملة لا تدل على الفساد، كما حققناه في الاصول و في اول الجزء الرابع عشر من هذا الشرح.

الخامس: ان ادلة النهى عن المنكر تدل على حرمتها، اذ لو وجب النهى للرفع، فالنهي عن المنكر لدفعه أولى بالوجوب.

و فيه: اولاً: ان الحرمة لا تلازم الفساد.

و ثانياً: ان الدفع ليس بواجب، كما حققناه في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح.

و ثالثاً: ان وجوب الدفع لا يلازم حرمة الاقباض و التسليط.

و رابعاً: انه لو حرم شيء فهو التسليط لا المعاملة.

السادس: ان فعل المباح للتوصل به الى الحرام حرام، فالاجارة لان ينتفع بالعين بما يكون حراماً حرام.

فيه: اولاً: الحرمة اعم من الفساد.

و ثانياً: ان مقدمة الحرام لا تكون محرمة الا ما لا ينفك الحرام عنه.

السابع: ما في خبر تحف العقول: كل امر نهى عنه من جهة من الجهات، فمحرّم على الانسان اجارة نفسه فيه «١» و هو و ان اختص

بالعمل المحرم، الا انه يثبت في المنفعة المحرمة بعدم الفصل.

و فيه: انه ضعيف السند للارسال، و لم يثبت استناد الاصحاب اليه.

الثامن: يعتبر سلطنة من يعامل على شيء عليه، و لا سلطنة على التصرف

(١) الوسائل - باب ١- من ابواب احكام الاجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٨

[...]

شرعاً مع تحريمه شرعاً، فالحرمة توجب سلب القدرة و السلطنة على التصرف.

و فيه: ان السلطنة الوضعية تعتبر في نفوذ المعاملة، و السلطنة التكميلية لا دليل على اعتبارها، و الحرمة توجب سلب الثانية دون الاولى.

التاسع: انه قد مر اعتبار القدرة على التسليم في صحة المعاملة، و مع الحرمة لا قدرة عليه، لان الممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً.

و فيه: ان مدرك اعتبارها قد عرفت انه لزوم الغرر مع عدمها، و من الواضح ان هذا يختص بالقدرة العقلية، اذ مع عدم القدرة شرعاً و

القدرة خارجا لا يصدق الغرر من حيث حصول مورد الاجارة.

العاشر: ان المنفعة المحرمة و العمل المحرم غير مملوكين، فلا ملك حتى يملك بالاجارة و فيه- مضافاً الى ما تقدم من عدم اعتبار الملك فى الاجارة، بل لا ملك فى العمل مطلقاً-: ان الحرمة لا توجب سلب الملكية الاعتبارية.

فالصحيح ان يستدل لاعتبار تلك بان المنفعة المحرمة و العمل المحرم لا مالية لهما شرعاً، اذ الشارع المقدس بالنهاى عنهما اسقط ماليتهما، فلا يقبلان لوقوع المعاوضة عليهما.

و ما افاده المحقق الاصفهاني ره بان منفعة الدار مثلاً هى الحيثية القائمة بالدار و هى كونها مسكناً دون السكنى الذى هو من اعراض الساكن، و ما هو قابل للتحريم هى الجهة الثانية، و ما هو مورد المعاوضة هى الجهة الاولى.

يرد عليه: ان مالية الحيثية الاولى انما تكون بلحاظ الجهة الثانية كما هو واضح، فالتحريم يوجب سلب ماليته ايضاً.

كما ان ما افاده قده بان الحرمة فى فرض كون المنفعة او العمل مالاً عند العقلاء، منع عن ايجاد المال لانها اسقاط للمالية، فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٣٩

[...]

غير صحيح، فان اعتبار المالية انما يكون بلحاظ الآثار الراجع نفعها الى الشخص، فاذا فرضنا حرمتها و مبعوضيتها و كونها مفسدة و مضرة لا أثر كذلك كى تعتبر المالية.

فان قلت: ان حسن ابى اذينة: كتبت الى ابى عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤجر سفينته او دابته ممن يحمل فيها او عليها الخمر و الخنزير، قال عليه السلام: لا بأس «١» يدل على الجواز.

قلت: انه يدل على جواز الاجارة ممن يفعل ذلك، لا الاجارة لخصوص هذه المنفعة التى هى مورد البحث، مع انه لا دليل على حرمة الحمل.

[السادس] يعتبر امكان استيفاء المنفعة

السادس: ان تكون العين مما يمكن استيفاء المنفعة المقصودة منه، فلا تصح اجارة الارض للزراعة اذا لم يمكن اىصال الماء اليها، مع عدم امكان الزراعة بماء السماء او عدم كفايته.

وقد استدلل المحقق الاصفهاني ره لاعتبار ذلك بان استيفاء المنفعة تابع لامكانه، و حيث لا تصلح الارض للزراعة فعلا فهى غير واجدة لهذه المنفعة، و ما لا منفعة له لا تعقل فى حقه حقيقة الاجارة.

وفيه: ان المنفعة عبارة عن الحيثية القائمة بالعين، و هى موجودة بوجود العين على حدّ وجود المقبول بوجود القابل، و هذه الجهة لا تنعدم بواسطة عدم امكان اىصال

(١) الوسائل باب ٣٩ من ابواب ما يكتسب به حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٠

[...]

الماء، الذى هو شرط استيفاء المنفعة لا شرط وجودها و تحققها. فالاولى الاستدلال لاعتباره بانه مع عدم امكان استيفاء المنفعة لا تعدّ

مألاً عرفاً، فلا تصح المعاوضة عليه.

[السابع] يعتبر تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين

السابع: ان يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة، فلا تصح اجارة الحائض الكنس المسجد مثلاً، كذا فى العروة.

يقع الكلام فى موردين:

الاول: فى الكبرى الكلية.

الثانى: فى المثال.

اما المورد الاول، فان كان عدم امكان الانتفاع لا لقصور فى العين و لا لمنع شرعى، بل لمانع يمنعه عن ذلك أو قصور فى المستأجر، لا إشكال فى صحة الاجارة اذا كان المنع شخصياً، لعموم ادلتها بعد عدم وجود ما يصلح مانعاً عن الصحة، اذ الانتفاع الخارجى من الدواعى و الاغراض التى لا يضر تخلفها. و ان كان لمنع شرعى بطلت الاجارة، لما مر من اعتبار اباحة المنفعة. و ان كان لقصور فى العين بطلت ايضاً، من جهة عدم وجود المنفعة فى الحقيقة كما لا يخفى.

و أما المورد الثانى، فقد استدل لبطلان الاجارة فيه بوجوه:

الاول: ما فى حاشية المحقق النائينى ره، و هو انه يشترط اباحة المنفعة و مملوكيتها، و المنفعة المفروضة محرمة فلا تصح اجارتها. و وافقه المحقق الاصفهانى ره.

وفيه: ان المنفعة لا تكون محرمة، بل هى تتوقف على فعل محرم، و هو اللبث فى المسجد فان هذا محرم على الحائض، و اما الكنس بما هو فلا يكون محرماً.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤١

[...]

الثانى: ان النهى عن الدخول و اللبث الذين هما مقدمة للكنس، يكون معجزاً شرعياً عن فعل المستأجر عليه، و قد تقدم اعتبار القدرة عليه فى صحة الاجارة.

وفيه: ما تقدم من ان مدرك اعتبار القدرة على التسليم هو لزوم الغرر و الخطر مع عدمها غير اللازمين فى المقام.

الثالث: ان الاجارة فى المثال ترغيب الى فعل المنكر، و هو حرام.

وفيه: اولاً: ان الترغيب الى فعل المنكر لم يدل دليل على حرمة.

و ثانياً: ان حرمة المعاملة اعم من فسادها.

[فروع]

اعتبار تعيين العين المستأجرة

و تمام الكلام فى هذا المقام بالبحث فى فروع:

الاول: لا بد من تعيين العين المستأجرة، بلا خلاف فيه، فى الجملة، فلو آجر احد العبدین او احدی هاتین الدارين لم يصح كما هو

المشهور. و تنقيح القول فى ذلك: ان اجارة احد الشیئين تتصور على وجوه:

الاول: ان يكون ذلك على وجه التردد.

الثاني: ان يكون على وجه الكلى فى المعين.

الثالث: ان يكون ذلك معينا فى نفسه، مرددا عندهما او عند احدهما.

اما الوجه الاول، ففساد الاجارة فيه واضح، اذ المردد من حيث هو مردد لا وجود له فى الخارج، اذ كل ما فى الخارج لا محالة يكون معينا لمساوقة الوجود للمعين، فلا يصح اجارته.

و أما الوجهان الاخيران، فان كان الشيطان مختلفين فى الصفات التى تختلف بها

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٢

[...]

الرغبات او المالىة لم تصح الاجارة للغرر، و الأ فلا وجه لبطلان الاجارة سوى الاجماع المنقول، و هو مع معلومية مدرك المجمعين، و ذهاب جمع من الاساطين الى عدم مانعية الجهل من حيث هو كما تقدم، لا يصلح لان يستند اليه فى المنع. و مما ذكرناه ظهر وجه اعتبار تعيين نوع المنفعة، اذا كانت للعين منافع متعددة.

فهل تصح اجارة الشىء بجمع منافعه مع التعدد، فيكون المستأجر مخيرا بينها، ام لا؟ وجهان: و قد استدلل للثانى بوجهين:

الاول: ان مجموع المنافع مع عدم تعددها او معهوديتها بينهما بحيث يكون بمنزلة التفصيل، غرر و جهالة واضحة منهية عنها بالاجماع. و فيه: ان عمدة وجه هذا الايراد ان لكل شخص او عين منافع خفية يتعذر او يتعسر استقصائها.

و لكن يمكن دفعه بانه اذا ذكر المنافع الظاهرة للشىء، او كانت معهودة بينهما، جاز ادخال المنافع الخفية فى عموم لفظ الجمع تبعاً، و لا يعد ذلك عند العرف من الغرر و الجهل المانع.

الثانى: ان المنافع المتضادة للشىء حيث انها ليست مقدورة قدرة عرضية، لان اجتماع الضدين ممتنع، لا تكون مملوكة ملكية عرضية، اذ قد عرفت ان من شرائط ملكية المنفعة عند العقلاء القدرة عليها، و انه اذا لم تكن المنفعة مقدورة لا- تكون مملوكة، فالمنافع المتضادة غير مملوكة بالملكية العرضية، بل هى مملوكة بالملكية البدلية كما تكون مقدورة بالقدرة البدلية، و عليه فلا يجوز تمليكها عرضاً و لا بدلاً للزوم الغرر.

و اجاب عنه جمع منهم المحقق النائيني ره بان المملوك هو القدر المشترك بين انواعها المتضادة و الجامع لمراتبها الطولية، فعقد الاجارة يتعلق بذلك القدر المشترك بما له من الشمول لمراتب الانتفاع، و يملك المستأجر ذلك و يتخير فى استيفاء اى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٣

[...]

مرتبة شاء فى ضمن اى الانواع.

و فيه: ان خارجية الكلى انما تكون بخارجية افراده، و اذا كانت الافراد الخارجية متعدده لزم تعدد وجود الكلى، فان تعلق الاجارة بجمع وجوداته عاد المحذور، اذ كما ان الافراد متضادة لا تقبل الملك كذلك الوجودات من الكلى المتحد مع افراده. و ان تعلق بوجود واحد على البديل بنحو التردد، بطلت، اذ المردد لا وجود له. و ان تعلقت بواحد معين، كان ذلك خلف الفرض. و ان تعلقت بالكلى فى المعين، بطلت للغرر.

و الحق فى الجواب ان يقال: ان المنفعة هى حيشة الشىء و شأنه القائم به بالقوة، و هذه الشأنية و القابلية لا تضاد بين انواعها و يمكن اجتماع الجميع، لا- بمعنى اندراج جميع القوى تحت قوة واحدة فان ذلك باطل، بل بمعنى ان تلك القوى المتعددة موجودة على

تعددتها، فلا مانع من ملك جميع تلك الوجودات. و على الجملة ان كل منفعة مملوكة لانها مقدورة بنفسها، و ان لم تكن المجموع مقدورة. فالظاهر صحة اجارة العين بجميع منافعها.

طريق معلومية المنفعة

الثانى: معلومية المنفعة: اما بتقدير المدة و الزمان، كما اذا كانت المنفعة غير العمل كسكنى الدار شهرا مثلا، او كانت هى الفعل فى بعض الموارد كالخياطة المعلومه يوماً. و اما بتعيين المحل، كما اذا كانت هى العمل فى بعض الموارد كخياطة ثوب معين. و اما ان تكون بهما. و اما ان تكون بالعدد، كما فى ضرب الفحل. و لا إشكال فى شىء من ذلك.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٤

[...]

انما الاشكال و الكلام فيما اذا قدر المدة و العمل فيما يصلح لكل منهما، مثل ان يستأجرها لخياطة ثوب معين، و تفصيل القول فيه. ان فى المقام مسألتين:

احدهما: فيما اذا كانت المدة مأخوذة ظرفاً.

ثانيتها: فيما اذا كانت المدة مأخوذة على نحو التطبيق.

اما الاولى، فان علم سعة المدة لا إشكال فى الصحة.

و ان علم عدم السعة، فان كان اخذ المدة من قبيل الشرط فسد الشرط لعدم القدرة، و بطلت الاجارة بناء على ان الشرط الفاسد مفسد و ألما صحت، و به يظهر ما فى اطلاق كلمات القوم من الحكم بالبطان فى هذا الفرض، مع ان جمعا منهم بنوا على عدم مفسدية الشرط الفاسد. و ان كانت مأخوذة عنواناً لموضوع الاجارة، بطلت لعدم القدرة.

و ان شك فى السعة، ففى الجواهر الحكم بالصحة، و قيل تبطل الاجارة، و تردد فيه المحقق فى الشرائع.

و استدلل للبطان بان استيفاء العمل فى المدة قد لا يتفق، فلا يكون معلوم القدرة عليه. و استدلل فى الجواهر للصحة بان المسلم خروجه من عموم الادلة معلوم العجز.

و الحق ان يقال: ان أخذ الزمان ان كان على وجه الشرطية، بطلان الشرط مبنى على بطلان الشرط الغررى، ثم بطلان الاجارة مبنى على القول بمفسدية الشرط الفاسد. و ان كان مأخوذاً عنواناً لموضوع الاجارة بطلت للغرر.

و أما المسألة الثانية، فان علم سعة المدة و امكان التطبيق صحت. و دعوى فساد الشرط لكونه سفهياً، مندفعه بان محل الكلام ما لو تعلق غرض عقلائى به، مع ان الشرط السفهى لا دليل على بطلانه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٥

[...]

و ان علم عدم امكان التطبيق أو عدم سعة المدة، فان كان على وجه الشرط بطل الشرط بناء على فساد الشرط الغررى، و بطلت الاجارة بناء على مفسدية الشرط الفاسد. و ان كان على وجه العنوانية بطلت الاجارة.

و ان شك فى امكان التطبيق، فعن المبسوط و المهذب و فقه القرآن و السرائر و غيرها البطلان، و عن المحقق التردد فيه، و ذهب فى الجواهر الى الصحة، و يأتى فيه التفصيل الذى ذكرناه فى المسألة الاولى.

استئجار الدابة للحمل عليها

الثالث: اذا استأجر دابةً للحمل عليها، لا بدّ من تعيين ما يحمل عليها بحسب الجنس و الوزن، بلا خلاف فيه في الجملة، للغرر المنهى عنه. و اختلاف الفقهاء في جملة من فروع المسألة- مثل كفاية المشاهدة و التخمين، و اعتبار ذكر الحركات و السكنات للراكب، و نحو تلكم- انما يكون من جهة الخلاف في وجود الغرر و عدمه، او في كونه قادحا لكونه مما يتسامح فيه الناس.

و حق القول في المقام ان يقال: ان الغرر- الذي هو بمعنى الخطر- موجب لفساد الاجارة و يجب المحافظة عليه. فان احرز ذلك، و انه من عدم تعيين المحمول وزنا و جنسا او الحامل وصفا يلزم الغرر، لا ينبغي التوقف في لزوم التعيين من غير فرق بين ان تختلف القيمة باختلاف الوزن او الجنس ام لا، لعدم دوران الغرر مداره بل هو يدور مدار اختلاف الاغراض. مثلا المحمول قد يكون حديدا و قد يكون قطنا، و لو كان وزنهما واحدا لا- بدّ من تعيين الوصف ايضاً، فانه من عدم تعيينه يلزم الغرر، لاختلاف الاغراض باختلاف الاوصاف، فان الحديد يجتمع على موضع من الحيوان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٦

[...]

فربما عقره.

و ان احرز عدم الغرر، لا إشكال في الصحة.

و لو شك في ذلك، فالأظهر بحسب القواعد البطلان، فان عمومات الاجارة خصصت بالغرر، فمع الشك فيه التمسك بالعمومات تمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

و لكن يمكن البناء على الصحة في جملة من الموارد، لوجوه:

الاول: ان البناء على عدم كفاية المشاهدة او التخمين و اعتبار الوزن حرج عظيم و عسر جسيم، و لاجل ذلك قامت السيرة القطعية على الاكتفاء باحدهما، و لذا قال في محكي التذكرة: ان المشاهدة من اقوى طرق العلم.

الثاني: ان الاختلاف اذا كان قليلا، و كان لا يختلف به الاغراض بحسب النوع، يمكن دعوى انصراف الغرر عنه، فيتبع فيه العمومات.

الثالث: استصحاب عدم الغرر ازلا، و هذا لا يخلو عن اشكال، و تفصيل القول فيه يحتاج الى بسط في المقال لا يسعه المجال.

و بهذا يظهر حكم استتجار الدابة للركوب، و انه لا بدّ من مشاهدة الراكب او وصفه، كما لا بدّ من مشاهدة الدابة او وصفها، حتى الذكورية و الانوثية ان اختلفت الاغراض بحسبها.

و لو استأجر الدابة لحرث جريب معلوم، فلا بد من مشاهدة الارض او وصفها، كما عن جماعة.

و عن التذكرة اعتبار المشاهدة خاصة. و عن المسالك اعتبار الوصف خاصة.

و استدلل للثاني بان اجزاء الارض مختلفة صلابة و رخاوة، و حرث الصلب صعب

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٧

[...]

مستصعب بخلاف الرخوة، و مثل هذا لا يعرف بالمشاهدة.

و استدلل للثالث بان المشاهدة لا تحيط بباطن الارض، و اما الوصف فقد يكون صاحبها عارفا بما في الباطن.

و لكن الاظهر هو الاول، لقيام السيرة القطعية على اغتفار هذا المقدار من الجهالة الباقية بعد المشاهدة او الوصف، اما لاجل ما تقدم، أو لأنّ الاطلاع على باطن الارض هنا كالاطلاع على صفات العبيد و الاماء الباطنية في البيع، التي لا إشكال عندهم في اغتفار جهالتها

فيه.

و اذا استأجر دابة للسفر مسافه، لا بدّ من بيان زمان السير من ليل او نهار، الا اذا كان هناك عادة متبعة فيستغنى بها عن التعيين، هكذا ذكره جماعة. و عن المسالك انه لو لم يمكن التعيين - كطريق الحج - يشكل الحكم حينئذ، و مقتضى القاعدة الفساد. و عن التذكرة و القواعد و جامع المقاصد عدم لزوم التعيين بل يتبع القافلة. و عن ظاهر الوسيلة و الكافى و غيرهما من القدماء عدم اعتبار تعيين الوقت.

و الحق ان يقال: انه لا تعتبر هذه المداقات فى الاجارة، فان كانت الاغراض مختلفة و الاجرة متفاوتة يعتبر التعيين دفعا للغرر، و الا فلا. و لعل نظر القدماء فى حكمهم بعدم الاعتبار الى الثانى، كما ان نظر المتأخرين الى الاول.

حكم ما لو قال: آجرتك كل شهر بدرهم

إشارة

الرابع: ما كان معلومته بتقدير المدة، لا بدّ من تعيينها شهرا او سنة او نحو ذلك، و لو قال: آجرتك كل شهر بدرهم، فهل تصح مطلقا كما عن الشيخ و ابن زهرة و ابن الجنيد، ام تبطل كذلك كما عن جماعة، و فى الجواهر: بل لعله المشهور بين فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٨
[...]

المتأخرين، ام تصح فى شهر و تبطل فى الزيادة كما عن المقنعة و النهاية و فى الشرائع؟ و جوه و اقوال.
و عن مفتاح الكرامة ان هنا قولاً رابعا اختاره الحلّى، و هو الفساد مع الاطلاق، و الصحة مع تعيين الابتداء، و لكن الظاهر منه هو الحكم بالبطلان فى المقام، و الصحة فى المسألة الآتية، و هى ما لو قال: آجرتك شهرا بدرهم، فان زدت فبحسابه.
تنقيح القول فى المقام: ان الوجوه المتصورة فى المراد من هذه العبارة متعددة:
الاول: ان يكون المراد تمليك المنفعة الابدية، فيكون قوله: كل شهر بدرهم، ميزانا للاجرة.
الثانى: ان يكون المراد تمليك المنفعة فى الشهر الاول بدرهم، و فيما زاد بحسابه.
الثالث: ان يكون المراد تمليك طبيعى المنفعة القابلة للتطبيق على شهر او اكثر.
الرابع: ان يكون المراد تمليك المقدار الذى يختاره المستأجر خارجا.

اما الوجه الاول فهو خلاف ظاهر هذه الجملة، و على فرض كونه مرادا منها تبطل الاجارة من جهة عدم المبرز للمدة، فان قول: كل شهر بدرهم، انما هو لبيان ميزان الاجرة، فلا كاشف عن المدة التى اوجر فيها فتبطل لذلك، مع ان لازم صحة تلك انتقال منفعة الدار الأبدية الى المستأجر بنحو لا خيار له و لا للمؤجر، و لا أظن ان يلتزم بذلك أحد فى المثال.
و أما الوجه الثانى فهو أيضاً خلاف الظاهر، فان الظاهر منها انشاء أمر واحد لا أمرين، و سيأتى الكلام فى هذا الفرع.
و أما الوجه الثالث فهو أيضاً خلاف الظاهر، فان لازمه وحدة الاجرة لكل شهر بدرهم كما هو المفروض. فالمتعين هو الوجه الرابع.
و استدلل للبطلان مطلقاً بوجوه:

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٩

[...]

الاول: ما فى الشرائع، و هو جهالة الاجرة.

و اورد عليه تارة بانه لا جهالة فيها اذ منفعة الدار معلومة كل شهر منها بكذا، و اخرى بان هذه الجهالات لا تضر لا سيما في الاجارة. و فيه: إنه يمكن دفعهما بانه بما ان الاجارة واحدة و لا يعلم مدة الاجارة، فلا محالة لا يعلم مقدار الاجرة و انه درهم او درهمان او اكثر، و من البين ان مثل هذا الجهل موجب للغرر، و عليه فتبطل الاجارة لذلك.

الثاني: جهالة المنفعة، و اورد عليه بان المنفعة انما تكون مآلاً بلحاظ بذل الاجرة بازائها، و عليه فلا أثر للعلم و الجهل بها نفسها، بل لو اوجب الجهل بها البطلان، فانما هو بلحاظ الجهل بالمالية الموجب للغرر، و هو انما يكون بالجهل بالاجرة، فيتعين التعليل بالجهل بالاجرة خاصة كما صنعه المحقق في الشرائع.

و فيه: ان المنفعة كالعين انما تكون ماليتها بلحاظ ما يترتب عليها من الفوائد و الآثار، فهي مال مع قطع النظر عن جعل الاجرة بازائها و ايقاع العقد عليها. و الظاهر ان منشأ تعليل الشرائع بالجهل بالاجرة خاصة، انما هو مناسبة ذكر الفرع في احكام الاجرة، فيناسبه التعليل بلزوم الخلل في الاجرة.

الثالث: ان المنفعة حيثية و جودية للعين، قائمة بها و موجودة بوجودها، و حيث انها تدريجية الوجود فهي محدودة بالزمان، فالمنفعة غير المتعينة بالزمان مفهوم لا مطابق لها. و فيه: ان المفروض تعينها مع فرض الاستيفاء. فالظاهر في وجه البطلان لزوم الجهل بالمنفعة و بالاجرة.

و قد استدلل للصححة بالعمومات بعد ابطال ادلة المانعين بما تقدم، و قد عرفت عدم تماميته فلا مورد للتمسك بالعمومات.

و استدلل للقول الثالث- اى الصححة في الشهر الاول- بصدق المعلومات عرفاً

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٥٠

[...]

بالنسبة الى الشهر الاول، من جهة ان المراد من ذلك عرفاً هذا الشهر بدرهم، و كل شهر تسكنه كذلك.

أو ان هذا مقتضى حمل الاطلاق في الاجارات المطلقة بحسب الزمان على الزمان المتصل بالعقد.

و بفحوى مصحح ابي حمزة عن الامام الباقر عليه السلام الوارد في من اكرتري دابة الى مكان معين بشيء معين، ثم قال: فان جاوزته فلك كذا و كذا زيادة و يسمى ذلك، قال عليه السلام: لا بأس به كله (١).

و في الجميع نظر. اما الاول فلان الشهر الاول هو المتيقن، و هذا لا يوجب معلومية المنفعة و الاجرة بعد كون الاجارة اجارة واحدة لا تعدد فيها.

و أما الثاني فلان الاطلاق يقتضى تعين الابتداء و انه المتصل بالعقد، و هذا اعتم من المعلومات.

و أما الثالث فلان الظاهر من المصحح تعين المنفعة و الاجرة، و ان قوله: فان جاوزته، شرط او مواعدة و مرضاة، و على كل حال اجنبي عن المقام. فالظاهر هو البطلان مطلقاً.

تصحيح الاجارة المزبورة بعنوان آخر

افاد بعض الفقهاء انه على القول ببطلان الاجارة المفروضة بعنوان الاجارة، يمكن تصحيحها بعنوان الجعالة، او بعنوان الاباحة بالعوض.

(١) الوسائل باب ٨- من ابواب الاجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٥١

[...]

اما تصحيحها بعنوان الجعالة فقد ذكر له تقاريب:

١- ما في الجواهر، بان يقول الساكن مثلاً: جعلت لك على كل شهر اسكنه درهما. وفيه: ان الجعالة عبارة عن جعل شيء على نفسه لمن يعمل عملاً له، واما جعل شيء لغيره بازاء عمل نفسه فهو خارج عن الجعالة. وعبارة اخرى: في الجعالة يكون الجعل للعامل، و هنا يكون على العامل.

٢- ما ذكره بعض، و هو ان يجعل المستأجر الاجرة في قبال اسكان المالك. وفيه: ان الاسكان لا ماليه له، و الاجرة انما تكون بازاء متعلق الاسكان و هو السكنى، كما هو واضح.

٣- ان يقول المؤجر: من استوفى منفعة داري عليه كذا. وفيه: ان الجعالة كما عرفت جعل شيء على نفسه للعامل، و هذا جعل شيء له على من يستوفى منفعة ملكه.

٤- ان يجعل منفعة الدار لمن اعطاه درهما مثلاً. و لا أرى في ذلك محذورا، سوى جهالة العوض، و في مبطلتها للجعالة كلام سيأتي. و أما تصحيحها بعنوان الاباحة بالعوض، فالكلام فيه يقع في جهات:

الاولى: في الاباحة بالعوض موضوعا و حكما.

الثانية: في تطبيقها على المقام.

الثالثة: في كفاية هذه الجملة لانشائها.

اما الاولى فالكلام فيها في موارد:

الاول: في حقيقتها، و انها هل تكون بيعا، ام اجارة، ام صلحا، ام معاملة مستقلة؟.

الثاني: في الدليل على صحتها و نفوذها.

الثالث: في انها على فرض الصحة لازمة ام جائزة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٥٢

[...]

اما الاول، فلا ريب في انها ليست تملিকা للعين، و لا للمنافع، و لا للانتفاع. اما الاولان فواضح، و اما الاخير فلان الانتفاع قائم بالمباح له و من افعاله، فكيف يملكه! و ايضا ليست من قبيل اعطاء حق به، فان جواز التصرف من الاحكام التكليفية لا من الحقوق، و لذا ليس له اسقاطه و لا إعطاؤه و نقله الى غيره. و على هذا فهي ليست اعطاء شيء بالمباح له بازاء شيء فلا تكون بيعا، و لا تكون نقلا للمنافع فلا تكون اجارة، و ليست انشاءا للتصالح و التسالم على امر- كما هو واضح- فلا تكون صلحا. و بعبارة اخرى: ان الصلح ليس هو التسالم على امر، و الا لزم كون جميع المعاملات صلحا، بل الصلح المقابل لسائر العقود مسالمة عقدية و انشاءا للتسالم، و من الواضح انها لا تنطبق على المقام، بل هي اباحة تكليفية للتصرفات و رفع للمنع عنها، فهي معاملة مستقلة.

و أما الثاني، فيدل على صحتها آية التجارة عن تراض $\text{لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ}$ «١» فان التجارة عبارة عن التكبس و الاسترباح الشامل للمقام، و لا وجه لما قيل من انها عبارة عن التكبس بالمال فلا يشمل المقام.

و النبوي: الناس مسلطون على اموالهم «٢» فان مقتضى عمومه الانواعي ان للمالك التصرف في ماله بجميع انواعه، منها اباحته للغير بالعوض.

و السيرة العقلانية القائمة على الاباحة بالعوض المسمى، كما هو المتعارف في اجارة الدكاكين و الفنادق و ما شاكل، اذ الانسان يستأجر الدكان من مالكة شهرها مثلا

(١) النساء- آية ٢٩.

(٢) البحار ج ١ ص ١٥٤- الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٥٣

[...]

بمبلغ، ثم يبينان على انه كل ما بقي المستأجر يعطى الاجرة بتلك النسبة، بل التصرف في الحمامات ايضاً من هذا القبيل. و أما المورد الثالث فيشهد لزومها قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١). لا يقال: انه يعارضه في طرف الاباحة عموم دليل السلطنة. فانه يتوجه عليه:

اولاً: ان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت السلطنة على المال، و لا يدل على السلطنة على العقد، و الاباحة اللازمة في المقام انما هي اباحة عقدية، لا اباحة مستندة الى الاذن.

و ثانياً: ان دلالة الآية الشريفة بالعموم، و دلالة دليل السلطنة بالاطلاق، ففي مورد الاجتماع يقدم الاولى.

و ثالثاً: ان الآية تقدم، و على فرض التساقط المرجع هو استصحاب الاباحة. فالمتحصل ان الاباحة بالعوض معاوضة مستقلة صحيحة لازمة.

و أما الجهة الثانية، فلا اشكال في صدق الاباحة بالعوض على المقام، فان الفرض ان المالك يبيح لغيره التصرف في ماله بالمبلغ المعين.

و أما الجهة الثالثة، فالأظهر عدم كفاية انشاء الاباحة بالعوض بالصيغة المزبورة، اى: آجرتك كل شهر بدرهم، فان انشاء عقد بما وضع لعقد آخر لا يجوز، كما تقدم الكلام في ذلك.

(١) سورة المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٥٤

[...]

لو قال: آجرتك شهرا بدرهم فان زدت فبحسابه

الخامس: لو قال: آجرتك شهرا بدرهم فان زدت فبحسابه، فهل يصح مطلقاً، ام يبطل كذلك، ام يفصل بين الشهر الاول فيصح، و غيره فيبطل؟ وجوه.

و تفصيل القول في المقام: انه لا إشكال في ان ذلك بالاضافة الى الشهر الاول اجارة، و اما بالنسبة الى سائر الشهور فيتصور وجوه:

١- اجارة ما زاد كل شهر بدرهم.

٢- كون ما زاد من قبيل الشرط.

٣- ان يكون ما زاد بعنوان المواعدة و المراضاة.

اما الوجه الاول فبالنسبة الى ما زاد حال هذه المسألة حال المسألة المتقدمة، و اما بالنسبة الى الشهر الاول المختص باجارة خاصة فتصح و لا وجه لبطلانها.

و أما الوجه الثاني، فبالنسبة الى ما زاد بناء على ظهوره في ان المشروط ما يختاره المستأجر يكون شرطاً مجهولاً، فان قلنا بان الشرط المجهول فاسد فسد و افسد العقد، بناء على ان الشرط الفاسد مفسد، و الا فلا.

و قد استدلت للصحة بمصحيح ابي حمزة المتقدم. و فيه اولاً: كونه من قبيل الشرط غير ظاهر. و ثانياً: ان العوض في مورد الخبر معين فلا ربط له بالمقام.

و أما الوجه الثالث، فبالنسبة الى الشهر الاول يصح، و بالنسبة الى سائر الشهور ليس هناك ملكية و لا استحقاق بعقد او ايقاع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٥٥

[...]

الاجارة للخياطة المرددة بين صنفين

السادس: اذا قال: ان خطت هذا الثوب فارسيا- اى بدرز- فلك درهم، و ان خطته روميا- اى بدرزين- فلك درهمان، فقد يكون ذلك بعنوان الاجارة، و قد يكون بعنوان الجعالة.

اما الاول، فان كان ذلك باجارته للخياطة بدرهمين و اشتراط نقص الاجارة لو كانت فارسية، او باجارته للخياطة بدرهم و اشتراط اعطاء درهم آخر لو وقعت رومية، صحت الاجارة و الشرط في صورتين.

و ان كان المجموع بعنوان الاجارة، فعن المبسوط و الخلاف و التذكرة و اللمعة و مجمع البرهان و الكفاية القول بالصحة، و اختارها في الشرائع. و عن السرائر و المختلف و الايضاح و حاشية الارشاد للفخر و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و غيرها البطلان. و استدلت للثاني بوجهين:

١- ما افاده المحقق الاصفهاني ره، و حاصله ان كل هوية تعلقية حقيقية كانت ام اعتبارية، لا بد و ان تتعلق بشيء و طرف مقوم لها و مشخص لوجودها، و ذلك الطرف لا- يعقل ان يكون مبهما، اذ المبهم المردد بين الطرفين الملحوظين المتعينين بجميع انحاء التعيين الماهوى و الوجودى لا تحقق له و لا شيء. و فى المقام حيث ان الاجارة لا تكون على كل منهما لتضادهما، و لا على احدهما المعين لانه خلاف المفروض، فلا بد و ان تكون على احدهما المردد فلا تصح لذلك.

و فيه: انه يمكن ان يقال: ان المراد بهذه الجملة الاجارة على ما يختاره العامل فيما بعد، او ما يقع عليه سهم القرعة، و عليه فهو متعين واقعا، فلا محذور فيه من هذه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٥٦

[...]

الجهة.

٢- ما ذكره جماعة- منهم سيد العروة- و هو الجهالة. اورد عليه تارة بان كلا من الفعلين معلوم و اجرته معلومة و الواقع لا يخلو منهما، و اخرى بان الاجارة تحتل من الغرر ما لا يحتمله البيع، كما صرحوا به فى غير موضع.

و لكن يرد على الاول- مضافا الى النقص بما لو قال: ان اسكنت دارى الى كذا فعليك كذا، و ان اسكنتها شهرا مثلاً فعليك كذا، فهل يتوهم فقيه صحة مثل ذلك مع ان البرهان المزبور يقتضى صحته- ان معلومية كل منهما فى نفسه، لا تنافى الجهل بالمنفعة التى وقعت الاجارة عليها المرددة بين المعلومتين، و لا الجهل بالاجارة.

و على الثانى انه بعد لزوم الغرر و الدليل على مبطلته، لا أرى وجها للحكم بالاعتذار. فالحق تمامية هذا الوجه.

وقد استدلل للصحة بالعمومات، و بمصحح ابي حمزة- المتقدم- الوارد في استئجار الدابة الى مكان و ما زاد، و بصحيح الحلبي الآتي في المسألة الآتية.

و لكن يرد على الاول ما تقدم من لزوم رفع اليد عن العمومات، بما دل على مانعية الجهل و الغرر. و على الثاني انه يدل على صحة الاجارة على شيء الى مكان معين، مع اشتراط ان يزيد لو تجاوز عن ذلك الحد كما مر. و على الثالث انه يدل على نفوذ اشتراط ان ينقص من الاجرة اذا احتبسه عن ذلك الزمان كل يوم بكذا. فتحصل ان الاظهر هو البطلان بعنوان الاجارة.

و هل تصح لو اريد بالعبارة المزبورة الجعالة كما صرح به غير واحد، ام لا تصح كما عن المختلف؟ وجهان مبتيان على اعتبار التعيين في الجعل دفعا للغرر ام لا، فعلى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٥٧

[...]

الاول لا تصح، و على الثاني تصح، و حيث ان الظاهر هو الاول- كما سيأتي ان شاء الله تعالى في كتاب الجعالة- فالاقوى عدم صحتها بهذا العنوان ايضاً.

وقد ظهر مما ذكرناه حال مسألة اخرى، و هي ما لو قال: ان عملت العمل الفلاني في هذا اليوم فلك درهمان، و ان عملته في غد فلك درهم، لاتحاد المسألتين دليلاً للصحة و الفساد و شقوفاً و مختاراً.

فما عن المبسوط و التحرير و الكفاية من التأمل في الثانية، مع الجزم بالصحة في الاولى، غير تام. كما ان ما في الشرائع من القول بالصحة في الاول بلا تردد، و في الثانية بعد التردد، لا وجه له. قد ذكروا في توجيه ذلك وجوهاً ضعيفة.

الاجارة على عمل معين في وقت معين

السابع: اذا وقعت الاجارة على عمل معين في وقت معين و لم يأت به، كما لو استأجره او دابته ليحمله او يحمله متاعه في شهر معين و يوصله الى بلد معين قبل مجيء الشهر القادم مثلاً، و لم يأت المستأجر بذلك في الوقت المعين، او استأجره ليحمله في هذا الاسبوع و لم يخطه او ما شاكل، فهل تبطل الاجارة ام لا؟.

و تحقيق القول في المقام: ان العمل في ذلك الزمان المعين قد يكون متعذراً، و قد يكون ممكناً و لكنه سامح و قصر حتى فات الوقت، و على التقديرين قد يكون اخذ الزمان المعين بنحو الاشتراط اى الالتزام في ضمن الاجارة مع كون المستأجر عليه هو العمل الخاص، و قد يكون بنحو تقييد العمل المستأجر عليه، فيجعل العمل الخاص من حيث الزمان المخصوص بازاء الاجرة المعينة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٥٨

[...]

و ما نسب الى المحقق النائيني ره من ان اخذ الزمان بنحو الشرطية يختص بما اذا كان المستأجر عليه المنفعة القائمة بعين شخصية، و بنحو القيدية يختص بما اذا كان المستأجر عليه الكلي الذمي، فمورد العنوانية غير مورد الشرطية، و لا ينطبق مورد واحد على احدهما تارة و على الآخر اخرى.

يرد عليه: ان الكلي كما يكون قابلاً- لانه يقيد، كذلك يصح ايقاع الاجارة عليه، مع الالتزام بخصوصية في مقام ايجاد العمل. و اما

منفعة العين الشخصية فهي من جهة قابليتها لان تتطور باطوار مختلفة- من حيث السرعة و البطء و كثرة طى الطريق و قلته و ما شابه ذلك- قابلة لان تقيد بطور خاص، فكما ان له ان يستأجر الدابة مثلا لا يصله الى كربلاء و يشترط كون الايصال فى زمان خاص كقبل ليلة النصف من شعبان، كذلك له ان يستأجرها بهذه الخصوصية.

اما فى صورتى الاشتراط، فالظاهر صحة الاجارة من غير فرق بين تعذر الشرط او تخلفه. غاية الامر فى صورة التعذر يفسد الاشتراط لعدم القدرة، فعلى القول بان الشرط الفاسد مفسد بطلت الاجارة، و الا كما هو الحق فلا. و فى صورة التخلف لا يفسد الشرط. و على التقديرين يثبت للمستأجر الخيار، فان امضاه كان عليه تمام الاجارة، و ان فسخ العقد رجعت الاجرة المسماء الى المستأجر، و رجع العمل الخاص الى المؤجر، و يكون مستحقاً لأجرة مثل عمله المحترم، لفرض انه لم يقصد المجانية. فما فى العروة من الحكم بالفساد فيما اذا لم يسع الوقت مطلقاً، فى غير محله.

و أما فى صورتى العنوانية، فان تعذر العمل فى ذلك الوقت و كان التعذر من الاول بطلت الاجارة، لعدم تمكنه من العمل الخاص فلا يعقل تملكه اياه.

و هل يستحق شيئاً بازاء عمله؟ وجهان، اقواهما ذلك، فانه و ان تعذر صيرورة المأتى به وفاء بالاجارة الا انه لم يأت به مجاناً، فلا يسقط عمله عن الاحترام، فيكون

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٥٩

[...]

المستأجر مشغولاً ذمته باجرة مثل عمله.

قمى، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٩، ص: ٥٩

و ان كان التعذر طارئاً صحت الاجارة و لا وجه لبطلانها، بل يثبت خيار تعذر التسليم، فللمستأجر امضاء الاجارة و الاكتفاء بما أتى به المؤجر من العمل وفاء عماله عليه و فسخ العقد، فان فسخ رجعت الاجرة اليه و لا ترجع مالىة العمل المستأجر عليه الى المؤجر لعدم ايصاله الى المستأجر، و اما العمل المأتى به فحكمه ما تقدم فى الفرض الاول.

و ان لم يتعذر العمل بل سامح و قصر حتى فات وقت العمل، لا تنفسخ الاجارة لعدم الموجب له. و توهم الانفساخ من جهة تلف المستأجر عليه فاسد، لاختصاص الدليل بالبيع، و بالتلف غير الشامل للاتلاف، و بالعين الشخصية، فلا يشمل الكلى لانه لا تلف له. فالمؤجر يستحق تمام الاجرة، و المستأجر يستحق العمل الخاص، و حيث انه لا يمكن تسليمه فيستحق اجرة مثله، و هى قد تساوى الاجرة المسماء، و قد تنقص و قد تزيد. و اما العمل المأتى به، فحيث انه قد أتى به عامداً فى غير وقته و هو ضد المستأجر عليه، فقد هتك العامل حرمة عمله، فلا وجه لأجرة مثله.

شرط عدم الاجرة تماما او رأسا

الثامن: لو استأجره على عمل خاص فى وقت معين، و قال: ان لم تأت به فى هذا الوقت فلا اجرة لك، او ان الاجرة اقل مما عين له كما لو استأجره على ان يخطط ثوبه فى هذا الاسبوع، و قال: ان لم تتم الخياطة فيه فلا اجرة لك، او ان اجرتها نصف ما توافقنا عليه. فالكلام فى موردين:

الاول: فى شرط عدم الاجرة تماما.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٦٠

[...]

الثاني: في شرط عدمها رأساً.

اما المورد الاول فهو على قسمين: اذ قد يكون ذلك بحيث تكون كلتا صورتين اي الخياطة في هذا الاسبوع و الخياطة بعد ذلك مورداً للاجارة، و قد يكون مورد الاجارة هو الخياطة في هذا الاسبوع، و يشترط عليه ان ينقص من الاجرة كذا على فرض عدم تحقق العمل في الوقت المعين.

اما القسم الاول، فالظاهر بطلان الاجارة ان كانت الاجارة بنحو التخيير، لما تقدم في المسألة المتقدمة من جهالة العمل و الاجرة. و ان كانت بنحو الترتيب، بان تكون الاجارة الثانية مرتبة على عدم الوفاء بالاجارة الاولى، او عدم الوفاء بقيده و هو الايتان به في وقت خاص، فتارة يملك المؤجر العمل الخاص للمستأجر و في ظرف عدم الوفاء به يملك المضاد معه اياه، و اخرى يملكه العمل الخاص و يشترط عليه الايتان به في الوقت المعين، و على فرض عدم الايتان به في ذلك الوقت يملكه العمل باجارة اخرى. لا اشكال في الصورة الثانية في صحة الاجارة الاولى و بطلان الثانية، اما صحة الاولى فلتمامية اركانها، و اما بطلان الثانية فلان المؤجر بعد تملكه العمل للمستأجر لا يملك شيئاً كي يملكه ثانياً.

و أما في الصورة الاولى، فالظاهر صحة الاجارتين، و ذلك لان المؤجر يملك العاملين الذين هما مورد الاجارتين بنحو الترتيب، فلا مانع من تملكه المستأجر بهذا النحو، و بعبارة اخرى: العملاّن حصتان من طبيعي العمل و متضادتان في التحقق، فكما انه بالترتب يرتفع محذور تضاد التحققين، كذلك يرتفع به محذور الملكيتين. اللهم الا ان يقال: انه تبطل الثانية لكونها معلقة على شرط مشكوك الحصول، و قد اتفقت كلماتهم على بطلان العقد المعلق على مثل ذلك.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٦١

[...]

فالمتحصل انه ان كانتا بنحو التخيير بطلت الاجارتان، و ان كانتا بنحو الترتيب بطلت الثانية خاصةً.

و أما القسم الثاني، فالكلام فيه تارة فيما تقتضيه القواعد، و اخرى فيما يقتضيه النص الخاص.

اما الاول، فان كان شرط عدم الاجرة تماماً من قبيل شرط سقوط الاجرة على تقدير عدم الايتان بالعمل في الوقت المعين، فقد يقال: انه من قبيل اسقاط ما لم يجب، اذ ما لم يتم العقد لا يستحق المؤجر الاجرة و لا تكون ثابتة له، فشرط سقوط بعضها شرط سقوط ما لم يثبت. و ايضا شرط سقوطها، على تقدير عدم الايتان بالعمل في الوقت المضروب له، شرط تعليق لا تنجيزي، و قد ادعى الاتفاق على انه لا تعليق في العقود و الايقاعات و منها الشرط.

و لكن يرد الوجه الاول: ان اسقاط ما لم يجب ان كان فعلياً و منجزاً لم يصح، لعدم الثبوت. ان كان مشروطاً بشوته - بمعنى انه ينشأ السقوط بعد الثبوت - فلا محذور فيه عقلاً.

و الوجه الثاني: انه لا دليل على بطلان التعليق في خصوص الشرط. و لا اتفاق منهم فيه، كما يظهر من نظائر المقام. فالظاهر الصحة. و ان كان الشرط عدم استحقاق تمام الاجرة، فحيث ان الاجارة الشخصية متقومة بطرفيها، ففرض عدم استحقاق تمام الاجرة، فرض بطلان الاجارة، فاما ان تكون الاجارة تعليقية و على تقدير العمل في الوقت المعين فتفسد الاجارة لذلك، و اما تكون مطلقة فيكون الشرط منافياً لمقتضى العقد فيكون فاسداً، و ان قلنا بمفسدية الشرط الفاسد افسدت الاجارة ايضا و الا فلا. هذا ما تقتضيه القاعدة.

و أما النص، فمقتضى خبر الحلبي: كنت قاعداً عند قاض من القضاء و عنده

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٦٢

[...]

ابو جعفر عليه السلام جالس، فجاءه رجلان فقال احدهما: اني تكراريت ابل هذا الرجل ليحمل لي متاعا الى بعض المعادن، و اشترطت عليه ان يدخلني المعدن يوم كذا و كذا لانها سوق اخاف ان يفوتني، فان احتبست عن ذلك حططت من الكراء لكل يوم احتبسته كذا و كذا، و انه حبسني عن ذلك اليوم كذا و كذا يوما. فقال القاضي: هذا شرط فاسد و فقه كراه. فلما قام الرجل اقبل اليّ ابو جعفر عليه السلام فقال: هذا شرط جائز ما لم يحط بجميع كراه «١» صحة الاجارة و الشرط ان كان الشرط من قبيل شرط السقوط، اذ الحط من الكراء ظاهر في شرط سقوط مقدار منه لا عدم استحقاقه. هذا كله في المورد الاول.

و أما الثاني و هو شرط عدم الاجرة رأساً، فان كان ذلك من قبيل شرط السقوط، فمقتضى القاعدة صحة الشرط ايضاً، اذ لا وجه لفساده سوى الوجهين المتقدمين و قد عرفت ما فيهما، و ما افاده صاحب الجواهر ره من ان شرط سقوط الاجرة كلا مناف لمقتضى العقد الاجاري المتقوم حقيقته بالاجرة، يندفع بان شرط السقوط من جهة تفرع السقوط على الثبوت، يؤكد مقتضى العقد لا انه مناف له، الا ان مقتضى صحيح الحلبي المتقدم فساد الشرط كما هو واضح.

و ان كان من قبيل شرط عدم الاستحقاق فسد الشرط، لكونه منافياً لمقتضى عقد الاجارة، و حينئذ ان كان المراد جعل الاجرة بازاء العمل على تقدير الاتيان به في الوقت المعين، فسدت الاجارة ايضاً للتعليل.

و أما ان كان شرط سقوط الاجرة رأساً على وجه القيدية، فان كان ذلك على وجه التخيير بطل العقد للجهالة، و ان كان على نحو الترتب بطلت الثانية خاصة- لان الاجارة بلا اجرة باطله- و صحت الاولى كما تقدم.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من ابواب الاجارة حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٦٣

و هي لازمة

الاجارة صحيحة و لازمة

المقام الثاني: في الاحكام

اشارة

، و الكلام فيه في طي مسائل:

[الاجارة صحيحة و لازمة]

اشارة

□
الاولى: الاجارة ثابتة بالكتاب و السنة و اجماع علماء الخاصة و العامة، قال الله تعالى فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ «١» .
و قال سبحانه لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا «٢» .

و قال عز و جل قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ «٣».
 و قال: قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلِيٌّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَجٍ «٤».
 و أما السنة فمستفيضة ستمر عليك جملة منها.

و هي لازمة بلا خلاف، و يشهد به - مضافا الى عموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «٥» و غيره مما تقدم فى كتاب البيع -.

جملة من النصوص، كصحيح على بن يقطين عن ابى الحسن عليه السلام عن الرجل يتكارى من الرجل البيت او السفينة، سنة او

(١) سورة الطلاق آية ٦.

(٢) سورة الكهف آية ٧٧.

(٣) سورة القصص آية ٢٦.

(٤) سورة القصص آية ٢٧.

(٥) سورة المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٦٤

لا تبطل الا بالتراضى

اكثر من ذلك او اقل، قال عليه السلام: الكرى لازم له الى الوقت الذى تكارى اليه «١» و نحوه خبر محمد بن سهيل «٢» و صحيحه الآخر عنه عليه السلام «٣» و نحوها غيرها.

و افاد صاحب الحدائق: ان المشهور بين الاصحاب انه لما كانت الاجارة من العقود اللازمة، و جب انحصار الفاظها فى الالفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغه، و كذا يشترط فيها ما يشترط فى غيرها من العقود اللازمة من العريه و وقوع القبول على الفور و ما شاكل. و لكن قد عرفت فى كتاب البيع انه لا يعتبر شىء من ذلك فى البيع و غيره من العقود اللازمة، و انما وقع الكلام بينهم فى المقام فى موردين:

الاول: فى جريان الاقالة فى عقدها.

الثانى: فى جعل الخيار فيه.

اقالة الاجارة

اما الاول، ففى المتن متفرعا على القول بلزوم الاجارة: لا تبطل الا بالتراضى، و الظاهر ان هذا - اى انفساخ الاجارة بالاقالة بان يتراضيا على فسخ عقدها - هو المشهور بين الاصحاب، بل قيل بلا خلاف.

و يمكن ان يستدل له بان التقايل من العقود، فتشمله الادلة العامة صحة و لزوما. توضيحه: ان موضوع تلك الادلة تجارة عن تراض و العقد و التصرف فى ماله،

(١) الوسائل - باب ٧ - من ابواب احكام الاجارة.

(٢) الوسائل - باب ٧ - من ابواب احكام الاجارة.

(٣) الوسائل - باب ٧ - من ابواب احكام الاجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٦٥

[...]

و جميع هذه تصدق على الاقالة. فان حل العقد بالتراضي بعد كونه امرا اعتباريا، و كل من الطرفين يلتزم بعود ما انتقل اليه الى صاحبه و يربط التزامه بالتزام الآخر يصدق عليه العقد، و مجرد التعبير بحل العقد لا ينافي ذلك. و حيث انه يوجب صيرورة كل من العوضين ملكا لمالكه الاول، فيصدق عليه التجارة و المفروض انه عن تراض. و حيث انه قبل التصرف مال للمقيل، و قد حققنا في كتاب البيع انه يدل دليل السلطنة على نفوذ التصرفات المتعلقة به كالبيع و غيره، فهو ايضا دال على صحة الاقالة.

و ربما يستدل لها- مضافا الى ما ذكرناه- بوجوه اخر:

منها: ان حقيقة المعاقدة متقومة بالتزام الطرفين، فمع رفع اليد عنه لا معاقدة حقيقة. و فيه: ان عقد المتعاقدين حدوثاً موضوع لاعتبار العقل و الشارع بقاء و ان ارتفع التزامها كما لا يخفى.

و منها: النصوص الخاصة: و فيه: انها ما بين ما هو مختص بالبيع، كخبر ابن حمزة عن مولانا الصادق عليه السلام: ايما عبدا قال مسلما في بيع اقاله الله عشرته يوم القيامة «١» و مرسل الصدوق عنه عليه السلام: ايما مسلم اقال مسلما ندامة في البيع «٢» الخ و نحوهما غيرهما.

و بين ما هو ضعيف السند، كمرسل الجعفرى: ان رسول الله صلى الله عليه و آله لم يأذن لحكيم بن حزام في التجارة حتى ضمن له اقالة النادم «٣» فانه و ان كان شاملا للاجارة ايضا فانها تجارة، لكنه ضعيف السند للارسال.

(١) الوسائل باب ٣- من ابواب آداب التجارة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٣- من ابواب آداب التجارة حديث ٤.

(٣) الوسائل باب ٣- من ابواب آداب التجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٦٦

[...]

و بين ما لا يكون له اطلاق من هذه الجهة، كخبر سماعة بن مهران عن ابي عبد الله عليه السلام: اربعة ينظر الله اليهم يوم القيمة: من اقال نادماً الخ «١» فانه يدل على ترتب ما تضمنه من الأثر على الاقالة المشروعة، و ليس في مقام بيان المشروعية كى يتمسك باطلاقه. و لكن الانصاف انه لا وجه لمنع اطلاقه، فان ظاهره وروده في مقام بيان المشروعية بلسان ترتب الثواب، كغيره من النصوص المتضمنة للثواب على فعل.

و منها: الاجماع. و فيه: انه لم يثبت كونه اجماعاً تعديدا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام.

فتحصل ان مقتضى العمومات و خبر سماعة مشروعية الاقالة في الاجارة.

[جعل الخيار في الاجارة]

و اما المورد الثانى، فالمشهور بين الاصحاب، بل لا يظهر فيه مخالف، صحة شرط الخيار لهما أو لأحدهما او لاجنبى، و انه تنفسخ الاجارة اذا اختار الفسخ من جعل له الخيار، و قد نفى الخلاف و الاشكال عن ذلك الشيخ الاعظم ره. و الاصل فى ذلك النصوص

العامة المسوغة لاشتراط كل شرط الا ما استثنى «٢» وليس هذا منه.

وقد اتفقوا على انه لا يدخلها خيار المجلس، لاختصاصه بالبيع، فلا يثبت فيه مع الاطلاق. اما لو شرط، فالمشهور عدم صحته، و عن الشيخ في المبسوط صحة الشرط المذكور، لعموم دليل صحة الشرط. و لكن يرد عليه ان المجلس حيث يختلف زيادة و نقصانا، فلا محالة يلزم كونه شرطا مجهولا فيفسد لذلك.

(١) الوسائل باب ٣- من ابواب آداب التجارة حديث ٥.

(٢) الوسائل باب ٦- من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٦٧

لا بالبيع

لا تنفسخ الاجارة ببيع العين المستأجرة

اشارة

الثانية: لا- تنفسخ الاجارة بالبيع، اي بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الاجارة، بلا خلاف فيه. و تنقيح القول في المقام بالبحث في موارد:
احدها:

ما اذا باع العين المستأجرة من غير المستأجر

، لا خلاف في صحة البيع، و لا في بقاء الاجارة الصحيحة اللازمة على حالها، و يشهد لهما العمومات فانه لا منافاة بينهما، فان الاجارة انما تتعلق بالمنافع، و البيع يتعلق بالاعيان.

و غاية ما قيل في المقام- في وجه انفساخ الاجارة:- ان مالك العين له تمليك منافعها ما دامت هي مملوكة له، و لذا لو تلفت العين بعد الاجارة تنفسخ الاجارة من حين التلف، و عليه فحيث انه اذا باع العين و خرجت هي عن ملكه لما كانت المنافع باقية في ملكه، اذا بانتقالها تنتقل المنافع للتبعية فتتنفسخ الاجارة.

و لكن يرد عليه: ان مالك العين كما يكون مالكا لها بالملكية المرسله، كذلك يكون مالكا لمنافعها ما دام بقاء العين، فاذا ملكها الى مدة خرجت في تلك المدة عن ملكه، و في اثناء تلك المدة اذا باع العين تنتقل هي مسلوبة المنفعة في تلك المدة الى المشتري، فان تملك المشتري المنافع انما يكون مع بقائها في ملك البائع و انتقالها اليه بالتبع، و هذا انما يكون مع عدم انتقالها قبل ذلك الى الغير.

وقد يقال- كما عن المحقق الاردبيلي ره:- انه ان كانت المنافاة ثابتة، لبطل البيع العارض عليها دون الاجارة.

و فيه: انه ان كان المدعى تبعية ملك العين لملك المنافع صح ذلك، و لكن حيث يكون هو تبعية ملك المنافع لملك العين فلا مانع من صحة البيع، فتدبر حتى لا تبادر

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٦٨

[...]

بالاشكال.

و المشهور بين الاصحاب ان للمشتري الخيار مع جهله بالاجارة، و استدلوا لذلك بوجوه:

١- ما في العروء- تبعاً للمشهور- و هو ان نقص المنفعة عيب. و فيه: انه لو صح ذلك، لزم البناء على التخيير بين الامضاء بدون اخذ الارش او معه، و بين الفسخ كما هو الشأن في موارد خيار العيب، و لا يقولون بان له ان يطالب الارش. و تأويل ذلك تارة بانه عيب لا كسائر العيوب، و اخرى بانه عيب حكمي، لا يفيد في رفع المحذور، لانه ان اريد بذلك عدم كونه عيباً حقيقياً و انما هو بحكم العيب فهو يحتاج الى دليل مفقود، و ان كان المراد غير ذلك فلا بد من البيان.

٢- ما عن المحقق الثاني، و هو ان ذلك ضرر و هو يوجب الخيار. و فيه: انه ان كان المفروض بيعها على ما هي عليه من نقص المنفعة بازيد من قيمتها السوقية، ثبت خيار الغبن و الا فلا ضرر حتى يثبت به الخيار، مع ان في ثبوت الخيار بحديث لا ضرر كلاماً تقدم في كتاب البيع.

٣- ما ذكره جماعة، و هو انه من قبيل خيار تخلف الوصف، اذ المشتري انما اشتراها بعنوان انها ذات منفعة، فاذا انكشف كونها عينا لا منفعة لها ثبت هذا الخيار. و فيه: ان تخلف الوصف الذي لم يقع عليه العقد لا يوجب الخيار.

٤- ما في الجواهر، و هو اقتضاء اطلاق العقد تعجيل التسليم للانتفاع. و فيه: ان تعجيل التسليم انما هو في صورة وجوبه، و في الفرض لا وجوب للتسليم الا بعد انقضاء مدة الاجارة.

و الحق في وجهه ان يقال: ان ثبوت الخيار انما يكون من جهة تخلف الشرط الضمني، و ذلك لان بناء المتعاملين على كون العوضين على ما هما عليه من المنافع، فان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٦٩

[...]

التبديل انما هو للانتفاع، فيكون التبديل منوطاً بوجود المنفعة، و حيث ان هذا البناء نوعي بحسب العرف و العادة، فيجرى نفس اجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط وجود المنفعة، فمدرك هذا الخيار تباني المتعاقدين نوعاً على ذلك، و يكون ذلك بمنزلة التصريح به في ضمن العقد و انما لم يصرح به لمعلوميته، فعند التخلف يثبت خيار تخلف الشرط، و قد مر في كتاب البيع في مبحث الخيارات تمام الكلام في ذلك.

ثم انه مع علم المشتري او جهله و امضاء العقد، لو فسخ المستأجر الاجارة او فسخها المؤجر، هل ترجع المنفعة في بقية المدة الى البائع كما لعله المشهور بين الاصحاب، ام ترجع الى المشتري كما عن المصنف ره في التذكرة احتماله؟ وجهان.

و قد استدلل للثاني بان ملك العين مقتضى لملك المنفعة، و الاجارة الصحيحة من الموانع، و بعد فسخها و زوال المانع يؤثر المقتضى اثره.

و في قبال ذلك استدلل المحقق الاصفهاني ره للاول بان حقيقة الفسخ ردّ المعاملة و عود العوضين الى ما كانا عليه، فيستحيل عود المنفعة الى غير البائع المؤجر.

و لكن يرد على الثاني: ان الفسخ ليس حقيقته عود العوضين الى ما كانا عليه بل هو يوجب حل العقد، و لازم ذلك عود العوضين الى ما كانا عليه، و انما يكون ذلك مع عدم المقتضى لدخولهما او احدهما في ملك غير المالك الاول، فاذا فرضنا وجود المقتضى لذلك لما كان ذلك منافياً للفسخ.

و يرد على الاول: ان انتقال المنفعة كانتقال العين يحتاج الى السبب، و البيع انما يكون سببا لو لا المانع، و حيث انه في الفرض لوجود المانع لم يصر البيع سببا لانتقال المنفعة و بعد انفساخ الاجارة لا سبب آخر، فلا محالة تعود الى المالك البائع، و لا وجه لرجوعها الى المشتري.

و لو اعتقد البائع و المشتري بقاء مدة الاجارة، و ان العين مسلوبة المنفعة الى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٧٠

[...]

زمان كذا، و تبين ان الاجارة منقضية، فهل منفعة تلك المدّة للبائع أو المشتري؟ وجهان.

قد استدلل للثاني في العروة بان المنفعة تابعة للعين، ما لم تفرز بالنقل الى الغير او بالاستثناء، و المفروض عدمهما. و فيه: ان انتقال المنفعة يتبع انتقال العين و ان لم يكن محتاجا الى قصد تفصيلي، الا انه مع قصد عدم الانتقال و انشاء المعاملة كذلك لا دليل على انتقالها، و دليل التبعية قاصر عن الشمول لهذا المورد. فالأظهر انها للبائع، و أولى و أوضح من ذلك ما لو شرط كونها مسلوبة المنفعة. ثم انه على القول بانها للمشتري الظاهر ثبوت الخيار للبائع، اما اذا اوجب ذلك ثبوت الغبن فواضح، و اما ان لم يوجب ذلك فلانه من قبيل خيار الرؤية المشترك بين البائع و المشتري.

بيع العين المستأجرة من المستأجر

ثانيها: ما اذا بيعت العين المستأجرة من المستأجر، فالمعروف صحة البيع و الاجارة، فعلى المستأجر الاجرة و الثمن، و لم ينقل الخلاف الا عن المصنف في الارشاد، و نسب فخر المحققين ذلك الى الشيخ ايضاً، الا ان بعض الاساطين صرح بانه غير موجود في كتبه. و كيف كان، فحجة المشهور العمومات. و استدلل لما اختاره المصنف ره بوجه:

الاول: ما عن مجمع الفائدة، و هو ان البيع كما يكون علة لنقل العين، كذلك يكون علة لنقل المنفعة. و بعبارة اخرى: انه علة لنقل العين و هو علة لنقل المنفعة، و الاجارة ايضاً علة لنقل المنفعة، فيلزم من صحتهما معا اجتماع علتين على معلول واحد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٧١

[...]

و فيه: اولاً: ان البيع و تملك العين علة لنقل المنفعة اذا لم تكن المنفعة منتقلة عن البائع، و الا فليس علة له.

و ثانياً: ان لازم ذلك لو تم بطلان البيع لا الاجارة، فانه بعد وجود السبب الاول يستحيل وجود الثاني.

الثاني: ما عن جامع المقاصد، و هو ان المنفعة نماء العين و تابعة لها، فاذا كانت الاجرة في قبالة المنفعة لزم كون الاجرة بازاء نماء ملك المشتري، فتكون المعاوضة واردة على مال المالك بماله.

و فيه: انه يتم اذا كان ملك المنفعة لازماً لا ينفك لملك العين، و لكن ليس كذلك، فان المفروض صحة الاجارة و سلب المنفعة عن العين.

الثالث: ما عن جامع المقاصد ايضاً، و هو ان ملكية المنفعة ليست ملكية مغايرة لملكية العين، و الا لزم ان يكون لملك العين مالان و هو باطل بالضرورة و الاجماع، بل تختلف ملكية العين في الكمال و النقص باختلاف المنافع قلّة و كثرة، فالعين المستأجرة ملكيتها ناقصة باعتبار افراز بعض منافعها بالاجارة، فاذا دخلت في ملك المستأجر صارت ملكيتها تامة، فلا معنى لبقاء النقص على حاله. و نظر

المقام بما لو نكح الامه ثم اشتراها فانه يفسخ النكاح، من جهة ان النكاح يقتضى ملك البضع خاصة، فاذا ملك الرقبة لا يبقى ملك البضع، لعدم بقاء الناقص بعد الاستكمال.

وفيه: ان العين والمنفعة شيان، والملكية تعرض على كل منهما، فهما ملكان و مالان لا من باب النقص والكمال. نعم، هذا الوجه يتم على مسلك من يرى ان الاجارة حقيقتها تملك العين في جهة خاصة، او التسليط على العين للانتفاع بها بعوض، ولكن عرفت ان حقيقتها الاجارة تملك منفعة او عمل بعوض. و اما تنظير المقام باشتراء الامه، ففي غير محله، لان الزوجية والملكية متقابلتان لا يمكن اجتماعهما في

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٧٢

[...]

محل واحد بمقتضى الآية الكريمة «١».

الرابع: ان اثر الاجارة الانتفاع بمال الغير، وهذا لا يبقى بعد الشراء. وفيه: ان هذا اول الدعوى. فالظاهر عدم انفساخ الاجارة وصحة البيع.

حكم تقارن البيع و الاجارة

ثالثها: ما اذا تقارن البيع و الاجارة، كما لو باع العين مالكة من شخص، و اجرها وكيله من شخص آخر، و اتفق وقوعهما في زمان واحد. وفيه وجوه و اقوال:

١- بطلانها معا.

٢- صحة البيع و بطلان الاجارة.

٣- بطلانها معا بالنسبة الى تملك المنفعة، و صحة البيع بالنسبة الى تملك العين، فتنقل العين مسلوبة المنفعة في تلك المدة الى المشتري، و تبقى المنفعة على ملك المالك.

٤- صحتهما معا، و انتقال العين مسلوبة المنفعة الى المشتري، و المنفعة الى المستأجر.

و استدلال الاول بانه يقع التزاحم بين البيع و الاجارة، من حيث ان كلا منهما تملك للمنفعة من شخص غير من يوجب الآخر ملكيتها له، و حيث لا مرجح لاحدهما على الآخر فلا محالة يبطلان معا.

وفيه: ان التزاحم بينهما لو كان، فانما هو بالاضافة الى تملك المنفعة، فان كانت

(١) المؤمنون آية ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٧٣

[...]

ملكية المنفعة من اللوازم التي لا تنفك لملكية العين كان ما ذكر تاما، و حيث انه ليس كذلك فلا مانع من البناء على بطلانها معا بالنسبة الى تملك المنفعة خاصة، لو لا ما سنذكره. و بذلك يظهر مدرك القول الثالث.

و أما القول الثاني، فان اريد به صحة البيع بالاضافة الى تملك العين خاصة رجع الى الثالث، و الا فيرد عليه: انه ما المرجح للبيع

بالنسبة الى تملكك المنفعة.

فالاولان ساقطان، و يدور الامر بين الوجهين الاخيرين، و قد مر مدرک الاول منهما. و استدلال للثاني تارة بان متعلق كل منهما غير متعلق الآخر، فان متعلق البيع العين، و متعلق الاجارة المنفعة، فلا تراحم بينهما. و اخرى: بما في العروة، و هو ان البائع لا يملك المنفعة و انما يملك العين، و ملكية العين توجب ملكية المنفعة للتبعية، و هي متأخرة عن الاجارة، فلا تراحم بينهما.

و لكن يرد على الاول: ان البيع كما يكون تملكاً للعين يكون تملكاً للمنفعة، فبالنسبة الى المنفعة يتراحمان. و على الثاني: ان ملك المنفعة متأخر عن ملك العين بالبيع لاعتن الاجارة، و مجرد كون الاجارة في عرض البيع لا يقتضى ذلك، فان ما في عرض المتقدم على شىء رتبة لا يكون متقدماً عليه ما لم يكن فيه ملاك التقدم الرتبي، مع ان هذه الاحكام احكام للزمان لا للرتبة، و من المعلوم ان ملكية المنفعة بالبيع انما تكون في زمان ملكية العين بلا تقدم و لا تأخر بينهما.

فالحق ان يستدل له بان تبعية ملك المنفعة لملك العين انما تكون مع عدم مقتضى لعدم التبعية مستقلاً، اما بالاستثناء او بتمليكها من شخص آخر، و الا فلا تكون هي متحققة، و الاجارة المقارنة مقتضية لعدم التبعية، فلا تراحم بينهما.

و عليه فالأظهر صحتهما معاً، و انتقال العين مسلوبة المنفعة في مدة الاجارة الى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٧٤

و لا بالموت

المشترى، و انتقال المنفعة في المدة الخاصة الى المستأجر. و الظاهر - كما مر - ثبوت الخيار للمشترى، فله ان يفسخ البيع و له ابقائه.

عدم بطلان الاجارة بالموت

الثالثة: و في بطلان الاجارة بموت المؤجر او المستأجر اقوال:

١- انها لا تبطل بالموت مطلقاً، اختاره المصنف، و في المسالك: و عليه المتأخرون اجمع، و نسب الى جملته من القدماء كالسيد المرتضى و القديمين.

٢- بطلانها بالموت مطلقاً، و هو المحكى عن الشيخين في المقنعة و النهاية و الخلاف، و الديلمي و بنى حمزة و زهرة و البراج، و في الشرائع نسبة الى المشهور، و عن الغنية و الخلاف الاجماع عليه.

٣- انها تبطل بموت المستأجر، و لا تبطل بموت المؤجر، اختاره الشيخ في بعض كتبه و ابن طائوس، و في محكى المختلف عن ابن البراج نسبه الى اكثر اصحابنا.

٤- عكس القول الثالث، نسبه المصنف ره في محكى التذكرة الى بعض علمائنا. و الظاهر ان منشأ ذلك نص المرتضى و ابن الجنيد على عدم البطلان بموت المستأجر، و حيث انه لا يدل على قولهما بالبطلان بموت المؤجر، فما افاده الشهيد من ان هذا القول غير موجود بين اصحابنا متين.

و تنقيح القول في المقام بالبحث في موردين:

الاول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يقتضيه النص الخاص.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٧٥

اما الاول، فقد استدل لبطلانها بموت المؤجر بوجوده:

١- ان مالك العين له تملكك منافعتها ما دامت هي مملوكة له، و لذا لو تلفت العين بعد الاجارة تنفسخ الاجارة من حين تلف العين، فاذا خرجت العين من ملكه بالموت و انتقلت الى الورثة لما كانت المنافع باقية على ملكه، اذ بانتقال العين تنتقل المنافع، و عليه فتفسخ الاجارة.

و فيه: ما مر من ان ذلك يتم مع عدم كون المالك مالكا للمنافع ما دام بقاء العين، و قد عرفت فسادها و انه مالك لمنافعها المرسله غير المحدوده بزمان، و حينئذ فحيث انه بنفسه ملك المنافع فينتقل العين مسلوبه المنفعة فى تلك المدة الى الورثة، نظير ما لو باع المالك العين المستأجرة.

٢- ان مضى زمان الاجارة جزء من المقتضى او شرط لتأثير العقد، و لذا تبطل بتلف العين و لو بعد القبض، فاذا مات المؤجر بطلت الاجارة، اذ مع مصادفة متمم السبب للموت لا معنى للتأثير، كالموت قبل القبض فى الصرف. و فيه: انه لا دليل على كون ذلك جزء من المقتضى او شرطا لتأثيره، و بطلان الاجارة بالتلف انما هو لعدم المنفعة لا لنقص السبب، و العمومات و الاصل يقتضيان عدم اعتبار ذلك.

٣- ما عن الغنية و الخلاف، و هو ان المستأجر رضى على ان يستوفى المنفعة من ملك المؤجر. و فيه: انه ان اريد به ايقاع الاجارة على ما هو مملوك للمؤجر، فهو مسلم الا ان المؤجر حين الاجارة مالك للمنفعة المرسله. و ان اريد به ايقاعها على الانتفاع بالعين التى هى مملوكة للمؤجر حين الاستيفاء، فهو غير تام، اذ لا تعتبر ملكية المؤجر للعين حين حدودها فضلا عن ملكيته اياها بقاء، أ لا ترى انه تصح اجارة المستأجر فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٧٦

[...]

من شخص ثالث بلا شبهة و لا خلاف فيه فى الجملة.

و قد استدل للبطلان بموت المستأجر بوجهين:

احدهما: الوجه الثانى من الوجوه التى استدل بها على البطلان بموت المؤجر، و قد عرفت ما فيه.

ثانيهما: ان الاجرة تتعذر بموت المستأجر، لكونه المطالب بها.

و فيه: انها تثبت فى ذمته، فتخرج من تركته بعد موته كسائر ديونه. فالأظهر بحسب القواعد الصحة فى الصورتين.

و أما من حيث النص الخاص، ففى المقام خبر واحد استدل به كل من القائمين بالصحة و البطلان على ما ذهب اليه، و هو موثق ابراهيم بن محمد الهمداني: كتبت الى ابي الحسن عليه السلام و سألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على ان تعطى الاجرة الاجارة خ ل فى كل سنة عند انقضائها، لا يقدم لها شىء من الاجرة الاجارة خ ل ما لم يمض الوقت، فماتت قبل ثلاث سنين او بعدها، هل يجب على ورثتها انفاذ الاجارة الى الوقت، ام تكون الاجارة منقضية منتقضة خ ل بموت المرأة؟ فكتب عليه السلام: ان كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الاجارة، فان لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه او نصفه او شيئا منه فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت ان شاء الله تعالى «١».

فعن جماعة منهم المجلسى ره و سيد الرياض و صاحب مفتاح الكرامة و الشيخ الاعظم ان الظاهر من الخبر بطلان الاجارة بموت المؤجر. و عن المحقق الاردبيلى و العلامة الطباطبائى ظهوره فى الصحة، بل ادعى الاول صراحته فيها.

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب احكام الاجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٧٧

[...]

اما الاولون فقد ذكروا فى تقريب دلالاته على البطلان وجهين:

احدهما: ان المراد بالوقت فى السؤال و الجواب هو الانجم المضروب للاجرة، و ان المراد ب: لم تبلغ، لم تبلغ الاجرة للمرأة، فالمعنى ان المرأة ان ماتت بعد ادراك الانجم المضروب قبل اخذ الاجرة فلورثتها تلك الاجرة. و المراد بالشرطية الثانية: فان لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ... الخ، انها ماتت فى اثناء الاجل المضروب قبل اخذ الاجرة. و بقوله: فتعطى ورثتها ... الخ، استحقاق الورثة بالماضى دون المستقبل و لازم ذلك هو الفساد.

ثانيهما: ان المراد بالوقت مدة اصل الاجارة، بقريته الانفاذ و الانقضاء او الانتقاض على اختلاف النسخ. و المراد بالشرطية الاولى عدم بلوغ شىء من مدة الاجارة، بان يكون زمان العقد منفصلا عن زمان المنفعة المملوكة بالعقد. و بقوله: فلورثتها تلك الاجارة، ان امرها بيد الورثة ردا و امضاء. و بقوله فى الثانية: فتعطى ورثتها، ان الورثة يستحقون من المرأة ما بلغت المرأة من النصف او الثلث دون باقى مدة الاجارة.

و أما القائلون بدلالاته على الصحة فلهم ايضاً تقريبان:

احدهما: ان المراد بالوقت مدة الاجارة، و بالشرطيتين عدم البلوغ رأساً، و عدم البلوغ بتمامه. و بقوله: فلورثتها تلك الاجارة، قيام الورثة مقام مورثهم بان تكون اللام للاختصاص. و بقوله: فتعطى ورثتها، هو دفع الاجرة بالنسبة الى المنفعة الماضية لا استحقاق هذا المقدار من الاجرة، بل استحقاق فعليه الدفع بالمقدار المزبور. فالشرطية الاولى ظاهرة فى الصحة، و الثانية غير منافية لها.

الثانى: حمل الشرطيتين على الاجمال و التفصيل، لا عدم البلوغ تماما او رأساً.

و الحق ان يقال: انه لا إشكال فى ان المراد بالوقت المدة المضروبة لدفع

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٧٨

[...]

الاجرة، فان قوله فى آخر السؤال: هل يجب على ورثتها انفاذ الاجارة الى الوقت، و ان كان قابلا للحمل على ذلك، و للحمل على ارادة مدة الاجارة، الا ان قوله فى صدر الخبر: ما لم يمض الوقت، صريح فيما ذكرناه و هو قريته عليه. و حاصل السؤال حينئذ: انه اذا كانت مدة الاجارة باقية، هل يجب على الورثة انفاذ الاجارة بما لها من الخصوصية و هى دفع الاجرة فى الوقت المضروب، او انها لا تكون لازمة مع هذه الخصوصية و يسقط الوقت عن الوقتية فكانه لا اجارة بهذه الخصوصية، بتوهم حلول الدين بموت الدائن كحلوله بموت المديون، فالمراد بالوقت فى الجواب ايضاً ذلك ليتطابق السؤال و الجواب.

فيكون حاصل الشرطية الاولى انه ان لم تبلغ المرأة من الوقت بان ماتت فى اول السنة فلورثتها ذلك، اى تكون الورثة قائمة مقام المورث. و حاصل الشرطية الثانية أنه ان بلغت المرأة ثلث الوقت او نصفه او شيئاً منه يستحق الورثة الدفع بذلك المقدار، و لا ينافى ذلك بقاء الاجارة. فالخبر يدل على الصحة، و ان ابيت عن ذلك فلا اقل من الاجمال، و على التقديرين لا يكون منافياً و مخصصاً للعمومات و القواعد.

فالمتحصل من مجموع ما ذكرناه ان الاظهر ان الاجارة لا تبطل بموت المؤجر و لا بموت المستأجر.

ثم ان الشهيد الثانى بعد اختياره عدم البطلان بالموت مطلقاً، قال فى المسالك: نعم، يستثنى منه مواضع تبطل فيها الاجارة بالموت:

احدها: ما لو شرط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه، فانها تبطل بموته.

و ثانيها: ان يكون المؤجر موقوفا عليه فيؤجر ثم يموت قبل انتهاء المدء، فانها تبطل بموته ايضاً الا ان يكون ناظرا الى الوقف فأجره لمصلحة العين بالنسبة الى البتون او الى الجميع فلا تبطل بموته، لكن الصحة حينئذ ليست من حيث انه موقوف فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٧٩

[...]

عليه، بل من حيث انه ناظر.

و ثالثها: الموصى له بالمنفعة مدة حياته، لو آجرها مدة و مات في اثائها فانها تبطل ايضاً، لانتهاء استحقاقه، انتهى. و قد سبقه الى ذلك غيره و لحقه جماعة.

و لكن الحق ان يقال في الموضع الاول: انه تارة تقع الاجارة على عمله المخصوص، و اخرى على العمل الكلي في ذمته و يشترط عليه ادائه بنفسه، و ما ذكره يتم في الاول و لا- يتم في الثاني، فان غايته تعدد الشرط و هو يوجب الخيار لا الانفساخ، هذا في استئجار الشخص على عمل. و كذا لو آجره داراً و شرط استيفائه المنفعة بنفسه، فان كان متعلق الاجارة بالمنفعة التي يستوفيها المستأجر انفسخت، و ان كان متعلق الاجارة مطلق المنفعة غاية الامر اشترط عليه ان يستوفها بنفسه ثبت الخيار.

ثم ان الوجهين في الفرضين انما هما في موت احدهما، و هو المؤجر في الاول و المستأجر في الثاني. و اما الطرف الآخر، الفرض الثاني لا- يثبت الخيار بموته و لا- تنفسخ الاجارة، و في الاول الظاهر جريان الوجهين فيه ايضاً، فانه ان كانت الاجارة على العمل له انفسخت بموته، و ان كانت على العمل نفسه و اشترط كونه له ثبت الخيار، فتدبر حتى لا- تبادر بالاشكال. نعم، ما ذكره في الموضوعين الآخرين تام.

و في جريان الخيارات في الاجارة كلام ذكرناه في مبحث الخيارات، و اجماله: ان ما كان من الخيارات ثابتا بدليل خاص مختص بالبيع كخيار المجلس- لا يجري فيها، و ما كان ثابتا فيه بمقتضى الشرط الضمني- كخيار الغبن و العيب و ما شاكل- يثبت فيها ايضاً. و في تلك الخيارات الاحكام الخاصة الثابتة في البيع للنصوص كجواز اخذ الارش في خيار العيب ايضاً لا تثبت فيها كما لا يخفى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٨٠

و المستأجر أمين يضمن مع التعدي

المستأجر أمين لا يضمن الام مع التعدي

الرابعة: و المستأجر أمين، و العين المستأجرة امانة في يده لا يضمن تلفها او تعييبها الا مع التعدي او التفريط، بلا خلاف اجده بل عليه الاجماع في الغنية، كذا في الرياض. فان العين المستأجرة امانة في يد المستأجر، و الاصل في الامين عدم الضمان الام مع التعدي و التفريط، لانصراف دليل الضمان و هو قاعدة على اليد «١» عن مورد الامانة، و للاصل المستفاد من السنة في عدة مقامات، و الاجماع، اضيف الى تلكم النصوص المستفيضة، فانها دالة على الضمان مع التفريط او التعدي، و عدم الضمان بدونهما:

لاحظ صحيح علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل استأجر دابة فاعطاها غيره فنفتت، ما عليه؟ قال عليه السلام: ان شرط ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و ان لم يسم عليه شيء «٢».

و صحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام عن رجل تكارى دابته الى مكان معلوم فنفتت الدابة، قال عليه السلام: ان كان جاز الشرط فهو ضامن، و ان دخل واديا لم يوثقها فهو ضامن، و ان سقطت في بئر فهو ضامن لانه لم يستوثق منها «٣» الى غير ذلك من النصوص الدالة على الحكمين.

و صحيح الحلبي و ان لم يكن كصحيح على دالاً على الحكمين بالمنطوق، الا انه

(١) سنن البيهقي ج ٦- ص ٩٠- كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ الرقم ٥١٩٧.

(٢) الوسائل باب ١٦- من ابواب احكام الاجارة.

(٣) الوسائل باب ١٧- من ابواب احكام الاجارة حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٨١

[...]

بالمفهوم المستفاد من الشرط، و التعليل يدل على عدم الضمان بدون التعدي او التفريط، و بالمنطوق يدل على الضمان مع احدهما. و ايضا يدل على الضمان مع التعدي أو التفريط صحيح ابى و لاد عن ابى عبد الله عليه السلام فى المتعدى فى البغل الذى اكتراه، و فيه فقلت: أ رأيت لو عطب البغل و نفق أ ليس كان يلزمنى؟ قال عليه السلام: نعم، قيمة بغل يوم خالفته. قلت: فان اصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال عليه السلام: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم تردّه عليه «١» الحديث.

و تمام الكلام بالبحث فى جهات:

الاولى: اذا كانت الاجارة فاسدة، فهل يضمن المستأجر العين المستأجرة ام لا؟ ربما ينسب الى المشهور الضمان، و لذلك عدّ هذا المورد من موارد النقص على قاعدة: ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده.

و الاظهر هو عدم الضمان، و ذلك لانه فى الموارد التى لا يتوقف استيفاء المنفعة على تسليط المستأجر على العين كالدابة، حيث انه لا يتوقف استيفاء المنفعة منها- و هى الركوب- على استيلائه لامكان كون المالك هو السائق، لا شبهة فى عدم الضمان، اذا بعد ما لا ملزم بالتسليط يكون التسليط عن الرضا، فتكون العين امانة مالكية اذ لا حقيقة للاستيتمان المالكى الا التسليط عن الرضا.

و اما فى الموارد التى يكون استيفاء المنفعة متوقفا على التسليط، فان كان رضا المالك بذلك الحادث قبل العقد باقيا الى حين التسليم كما هو الغالب، فلا اشكال ايضاً فى عدم الضمان من جهة الامانة المالكية. و ان لم يكن باقيا، فيمكن ان يوجه عدم

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب احكام الاجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٨٢

[...]

الضمان بان المتعاملين حين العقد متبانيان على عدم ضمان العين، لكون الاجارة مبنية على عدم الضمان، و مع هذا التبانى و اسقاط المالك احترام ماله لا تكون العين مشمولة لحديث اليد، لانه منصرف عن هذه الموارد، فاذاً لا دليل على الضمان و الاصل عدمه، بل يمكن الاستدلال له ببناء العقلاء على ذلك.

و قد استدلل للضمان بوجهين:

الاول: ان دفع المؤجر للعين انما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع فيه، و المفروض عدم الاستحقاق، فیده يد عدوان موجبة للضمان.

و فيه: ما عرفت من انه فى بعض الموارد تكون يده يد امانية لا عدوانية، و فى بعضها الآخر لا تقتضى الضمان، لانصراف حديث اليد و بناء العقلاء، و بذلك ظهر الجواب عن الوجه الثانى، و هو معارضة القاعدة هنا بقاعدة اليد. فالأظهر عدم الضمان الا مع التعدي او

التفريط كما فى الاجارة الصحيحة.

الثانية:

لا فرق فى عدم الضمان فى الاجارة بين مدة الاجارة و بعدها

، ما لم يقصر فى ردّ المال الى صاحبه، لبقاء الامانة المقتضية لعدم الضمان، وبالجملة وجه عدم الضمان فى الاجارة ليس كون الاجارة مقتضية لذلك بل هو الاستيمان، و فى ذلك لا فرق بين مدة الاجارة و بعدها.

شرط الضمان فى العين المستأجرة

الثالثة: لو شرط الضمان فى عقد الاجارة من غير التعدى و التفريط، فالمشهور بين الاصحاب بطلان الشرط، و فى الجواهر: بل فى جامع المقاصد باطل قطعاً، بل لم أجد فيه خلافا الا ما يحكى عن الاردبيلى و الخراسانى من الميل الى الصحة، و تبعهما فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٨٣
[...]

فى الرياض، انتهى.

و قد استدل لفساد الشرط فى مقابل عموم: المسلمون عند شروطهم «١» بوجه:

١- انه يعارض ذلك الاخبار الدالة بالمنطوق او المفهوم على عدم الضمان «٢» و النسبة عموم من وجه، و تقدم تلك الاخبار لموافقتهما للشهرة التى هى اول المرجحات.

وفيه: ما حقق فى محله من ان ادلة العناوين الثانوية مقدمة على ادلة العناوين الاولى، اما بالحكومة، او التوفيق العرفى، او غيرهما.

٢- ما افاده صاحب الجواهر ره، و هو ان الشرط لا يكون شارعاً، بل هو نظير النذر و العهد، يوجب وجوب ما هو مشروع فى نفسه.

وفيه: ان الضمان وجوداً او عدماً مما يكون قابلاً للتسبب اليه، كما يظهر من التزام الفقهاء بشرط الضمان فى العارية، فهو من قبيل الغايات التى لم يعلم اناطتها باسباب خاصة، نظير الخيار و ملكية حمل الجارية و مال العبد التى اتفقت النصوص و الفتاوى على جواز اشتراطها، و على الجملة ان مقتضى عموم دليل الشرط صحة اشتراط الغايات التى لم يعلم اناطتها باسباب خاصة، كاشتراط الخيار و سقوطه و حمل الجارية و مال العبد و ما شاكل، و قد استدل الامام عليه السلام بهذا العموم فى موارد كلها من هذا القبيل. و تمام الكلام فى محله.

٣- ما افاده صاحب الجواهر ره ايضاً، و هو ان الشرط مناف لمقتضى الامانة الآبىة عن التضمين.

وفيه: ان التأمين فى المقام لا يكون عقدياً بل هو خارجى، من جهة تسليط

(١) الوسائل باب ٦- من ابواب الخيار- كتاب التجارة.

(٢) الوسائل باب ١٦ و ١٧- من ابواب احكام الاجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٨٤

[...]

المالك للغير على ماله برضاه، و من الواضح ان التسليط الخارجى يوجب التأمين اذا تجرد عن التضمنين، و الا فلا يكون تأميناً.
٤- ان الشرط مخالف لمقتضى العقد.

و فيه: ان مدلول عقد الاجارة و مقتضاه تملك المنفعة بالاجرة، و هذا المعنى لا اقتضاء فيه بالنسبة الى الضمان و عدمه.
٥- انه شرط مخالف للكتاب و السنة، لما دل من النصوص على انه لا ضمان على الامين «١».

و فيه: انه لا شبهة فى ان الشرط يغير الحكم، و يوجب تحقق شىء لم يكن او عدم ما كان، و لو كان المراد بالمخالفة للكتاب و السنة هذا المعنى العام لزم عدم صحة الشرط مطلقاً، فالمراد بالمخالفة هو كون الشرط مخالفاً لحكم غير قابل للتغير و هو الاحكام اللزومية و غير اللزومية اذا كان عن اقتضاء، و اما غير اللزومية لعدم الاقتضاء فمخالفة الشرط له لا توجب بطلانه. و عدم الضمان فى المقام اما ان يكون محرزا عدم كونه اقتضائياً، من جهة ان المرتكز عند العقلاء ان خروج يد الامين عن تحت عموم على اليد من باب التخصيص، فيكون عدم الضمان لعدم المقتضى. او يكون ذلك مشكوكاً فيه، فيرجع الى استصحاب عدم المخالفة ازلاً، بناء على ما هو الحق من جريان استصحاب عدم الازلى. و يقال: ان قبل جعل هذا الحكم لم يكن حكم و لا شرط و لا مخالفة، و بعد انقلاب عدم الحكم اليه و عدم الشرط الى نقيضه يشك فى تبدل عنوان عدم المخالفة اليها، و الاصل يقتضى عدم، و بذلك يحرز خروجه عن تحت المخصص، و بقائه تحت عموم: المسلمون عند شروطهم. فتحصل ان الاظهر صحة الشرط و ثبوت الضمان معه.

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب احكام الوديعة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٨٥

]....[

لزوم التعجيل فى التسليم

إشارة

الخامسة: لا خلاف و لا إشكال فى ان الاجير يملك الاجرة بنفس العقد، لان ذلك مقتضى صحة المعاوضة الموجبة لانتقال كل من العوضين الى الآخر، بعد عدم اشتراطه شرعاً بشىء، كالتبضع فى بيع الصرف و السلم. و ما ينسب الى المصنف انه فرق فى القواعد بين شرط التأجيل و عدمه، لا منشأ له الا تعبيره باستقرار الاجرة، و لا شهادة له على ذلك كما لا يخفى.

و المعروف بينهم انه لا يجب تسليم كل من العوضين الا مع تسليم الآخر، و الظاهر ان منشأ ذلك - مع ان مقتضى عموم تسلط الناس على اموالهم «١» لزوم تسليم كل منهما مال الآخر و ان امتنع ذلك عن التسليم، فان سلطان الغير على الامتناع مع مطالبة المالك مناف لسلطنة مالكه، و ظلم احد و معصيته لما يجب عليه لا يوجب جواز ظلم الآخر و معصيته - الالتزام الضمنى بالتسليم بازاء التسليم الذى عليه بناء المتعاقدين بما هما من العقلاء، فيكون ذلك مشمولاً لدليل الشرط على ما حرر فى محله، فجواز الامتناع عن التسليم مع امتناع الآخر عنه انما يكون من جهة الشرط الضمنى. و يترتب على ذلك انه لو اشترط التأجيل فى احدهما حيث انه لا التزام ضمنى بما ذكر، يجب على الآخر تسليم ما عنده، لعموم دليل السلطنة.

ثم إن لظاهر ان تسليم العمل انما هو بايجاده، و تسليم المنفعة بتسليم العين المستأجرة، فلا يجب تسليم الاجرة الا مع تسليم العين المستأجرة او العمل، الا ان يكون هناك عادة او انصراف يقتضى التعجيل، و الى ذلك يشير ما فى الخبر فى

(١) البحار ج ١- ص ١٥٤- الطبع القديم و ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٨٦

و اطلاق العقد يقتضى تعجيل الاجرة

الجمال و الاجير لا يجف عرقه حتى تعطيه اجرتة «١» و قريب منه غيره، اذ فيه نوع اشعار بعدم لزوم دفع الاجرة قبل العمل. و قد ظهر مما ذكرناه انه لو لم يشترط التأجيل في دفع الاجرة، كان مقتضى اطلاق العقد تعجيلها، بمعنى استحقاق المؤجر للاجرة حالا، و هذا هو مراد المصنف ره حيث قال: و اطلاق العقد يقتضى تعجيل الاجرة، لا انه يجب تسليمها و ان لم يسلم الآخر المنفعة او العمل، و لا انه يجب تسليمها و ان لم يطالب مالكةا، فانه لا دليل على ذلك. فان دليل وجوب التسليم، اما قاعدة السلطنة او الالتزام الضمني، و شىء منهما لا يقتضى وجوب التسليم بدون المطالبة. اما القاعدة فلان مقتضى سلطنة الانسان على ماله عدم سلطان الغير على الامتناع مع المطالبة، فانه المنافي و المزاحم لسلطنته دون عدم التسليم بدون المطالبة. و اما استحقاق التسليم بالالتزام الضمني، فهو لا يقتضى اداء الحق الا عند المطالبة.

ثم انه لا- خلاف بينهم في صحة شرط التأجيل و لزومه بشرط ان يكون الاجل معلوماً. اما صحة الشرط، فلأنها مقتضى عموم: المسلمون عند شروطهم «٢». و دعوى انه شرط مخالف للمشروع لوجوب رد المال الى صاحبه لو طالب، مندفعه بان هذا و وجوب حقى كما يظهر من صحة التأجيل في البيع، فلا مانع من اشتراطه.

و أما اعتبار كون الاجل معلوماً، فلانه يلزم من الجهل به الغرر، و قد مر انه موجب لبطلان العقود و الايقاعات و منها الشرط، و حيث ان المختار ان الشرط الفاسد لا يوجب فساد العقد، فلو شرط التأجيل بالاجل غير المعلوم لم يفسد الاجارة.

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب احكام الاجارة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٨٧

و لو شرط دفعها نجوما معينة او بعد المدة صح

و دعوى انه تسرى الجهالة من الشرط الى العقد، فيكون العقد غررياً فيفسد من ناحية غرريته، مندفعه بان حقيقة الشرط هو الالتزام في ضمن الالتزام، لا تقييد متعلق العقد و ورود العقد على المقيد.

و مما ذكرناه ظهر انه لا- فرق في صورة التأجيل بين ما لو شرط دفعها نجوما معينة او بعد المدة المعلومه، و انه صح الشرط في الموردين.

فروع

بقي في المقام فروع:

١- قد عرفت انه يجب تسليم الاجرة في الاجارة على العمل بعد تسليم العمل، و ليس معنى ذلك ان للمستأجر ان يمتنع عن دفع الاجرة قبل العمل و ليس للمؤجر التعرض له، فان مدرك ذلك انما هو الالتزام الضمني كما عرفت، و هو كما يقتضى عدم تسليم

الاجرة قبل تسليم العمل، كذلك يقتضى عدم لزوم العمل قبل ان يطمئن تسليم الاجرة بعد العمل، و عليه فاذا لم يطمئن بذلك له الاستيثاق و لو بوضع الاجرة على يد ثالث كما لا يخفى.

٢- لا فرق في عدم استحقاق تسليم الاجرة قبل تسليم العمل بين عمل لا يتوقف على بذل المال، و بين ما يتوقف عليه كالحج، فان مدرك كون التسليم معاوضياً فيهما واحد. بل قيل انه لو فرض عدم تمكن الاجير من ايجاد العمل الا باخذ الاجرة- لفرض عدم مال له و عدم تمكنه من تحصيله- كانت الاجارة باطله، لان العمل على الفرض غير مقدور له الا بالخلف المحال، و هو استحقاق الاجرة قبل العمل، مع انه لا يستحقها قبله.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٨٨

[...]

٣- هل يستحق الاجير بعض الاجرة ببعض العمل المستأجر عليه اذا كان قابلاً لتقسيم الاجرة عليه- كصلاة سنه مثلاً- ام لا؟. و الحق ان يقال: انه بعد ما عرفت من ان مقتضى العقد هو مالكية كل من الطرفين لما انتقل اليه، و مقتضى تسلط الناس على اموالهم «١» ان له المطالبة بتسليمه و لو امتنع عن تسليم ما عنده، و انما التزمنا بان لكل منهما الامتناع عن التسليم ما لم يسلم الآخر من جهة الضمني الذي عليه بناء العقلاء.

و عليه فدعوى ان العقد لا يستقل بالتحصل، بل متقوم بمتعلقه و هو كون شىء ملكاً بعوض، فمع تعدد المتعلق يستحيل وحدة العقد، اجنبية عن المقام، بل المدار في المقام على ملاحظة الالتزام الضمني، فانه يمكن ان يكون بتسليم كل جزء بازاء تسليم ما يقابله من العوض، و يمكن ان يكون بتسليم الجميع بازاء الجميع، فعلى الاول يستحق الاجير بعض الاجرة ببعض العمل، و على الثانى لا يستحق، فان احرز احدهما فلا كلام، و الا فمقتضى القاعدة البناء على الاستحقاق الذى هو مقتضى قاعدة السلطنة، و وجود المانع عنه و المقيد له غير محرز، و الاصل عدمه.

٤- اذا كانت الاجرة ايضاً عملاً، فهل يكون الاجير غير مستحق لها الا بعد عمل نفسه، نظراً الى ان حكم الاجرة بما هي استحقاق تسليمها بعد العمل، او يكون الاجير كالمستأجر، نظراً الى ان لزوم البدأ به من جهة كونه عملاً لا من جهة كونه اجرة، و هذه الجهة مشتركة بينهما؟ و عليه فحيث لا مرجح و لا مخصص لأحد العاملين، و لا معنى للتخيير بين شيئين لشخصين، فيرجع الى القرعة أو يتساقطان فيجب تسليمهما معاً على وجه المقارنة، او ان البدأ ليست لكونه اجرة و لا لكونه عملاً، بل

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٨٩

و للمستأجر ان يؤجر بأكثر أو اقل ان لم يشترط عليه المباشرة

انما هو مقتضى الالتزام الضمني، و مقتضاه في الفرض التقارن في العمل؟ وجوه و اقوال، اظهرها الاخير كما لا يخفى.

الاستئجار من المستأجر

السادسة: قالوا: وللمستأجر ان يؤجر العين المستأجرة بأكثر مما استأجر، او بالمساوي، او اقل ان لم يشترط عليه المباشرة. و تمام الكلام في هذه المسألة بالبحث في جهات:

١- لا- إشكال في جواز اجارة المستأجر من المؤجر وغيره، فانه بالاجارة تملك المنفعة فله ان يملكها بالغير، و ليست الاجارة الا تملك المنفعة كما مر، فيشمله عموم ما دل على صحة الاجارة و لزومها، مضافا الى النصوص المستفيضة او المتواترة الواردة في الارض و الدابة و السفينة التي يأتي شطر منها في مسألة الاجارة بالاكثر.

٢- انه هل للمستأجر الاول تسليم العين المستأجرة الى المستأجر الثاني من دون اذن المالك كما عن المختلف و غاية المراد و الحواشي و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح و الرياض، ام ليس له ذلك كما عن النهاية و السرائر و القواعد و جامع المقاصد؟. الظاهر هو الاول، و ذلك لان ذلك لازم الاجارة لفرض توقف استيفاء المنفعة على التسليم، و بعبارة اخرى ان مقتضى اطلاق الاجارة الاولى من حيث الاستيفاء الذي هو مفروض في المورد، اطلاقها من حيث الاستيلاء المتوقع عليه الاستيفاء، و إلى هذا يرجع ما قيل ان الاذن في الشيء اذن في لازمه.

و به يدفع ما استدل به للقول الثاني، بان العين امانة لم يأذن له المالك في

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٩٠

[...]

تسليمها الى الغير، لان الاذن للاول في التصرف فيها انما هو من مقتضيات الاجارة الاولى، و حيث انها مطلقة فمقتضاه الاذن في تسليمها الى من انتقلت اليه المنفعة ثانيا.

و يمكن ان يستدل له بالنصوص «١» الواردة في اجارة الارض و غيرها بمساوي الاجرة او بالاقل المصرحة بالجواز، من دون تعرض فيها لشبهة عدم جواز التسليم. و حملها على صورة عدم الحاجة في استيفاء المنفعة الى التسليم، او صورة اذن المالك، فيه خلاف المقطوع. فلا اشكال في الجواز.

٣- على فرض التسليم، هل يكون المستأجر الاول ضامنا للعين ام لا؟ فان قلنا بانه لا يجوز له التسليم، كان الضمان بمقتضى القاعدة ظاهرا. و اما على القول بجوازه- كما اخترناه- فقد يتوهم الضمان، من جهة ان جواز التسليم بل وجوبه لا ينافي الضمان اذ المنافي له هو الائتمان، و وجوب التسليم غير وجوب التأمين، فمقتضى عموم قاعدة على اليد «٢» الضمان.

و لكنه فاسد من جهة ان مدرك عدم ضمان العين في الاجارة الاولى لم يكن خصوص الائتمان، بل ذلك بضميمة ما التزم به في ضمن عقد الاجارة بعدم الضمان، و لذلك بنينا على عدم الضمان حتى في الاجارة الفاسدة، و اذا كانت الاجارة الاولى مطلقة كما هو المفروض كان البناء على عدم الضمان و اسقاط المالك احترام ماله عاما، فقاعدة على اليد لا تشمل المقام لانصرافها عنه كما هو واضح.

و يشهد لعدم الضمان- مضافا الى ذلك- صحيح على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل استأجر دابة فاعطاها غيره، فنفتت ما عليه؟ قال عليه السلام: ان

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب احكام الاجارة.

(٢) سنن البيهقي ج ٦- ص ٩٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٩١

[...]

كان شرط ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و ان لم يسم فليس عليه شيء «١».

و اورد عليه بان الصحيح انما يدل على عدم الضمان من حيث الركوب، لا عدمه من حيث التسليم، بتقريب ان الشرطية الاولى متضمنة لضمان المستأجر في صورة الاشتراط من جهة مخالفة الشرط، فيده عادية و ان لم يكن هناك تسليم بل تمكن من الركوب خاصة، و مورد النفي في الثانية هو مورد الاثبات في الاولى.

و فيه: ان المفروض في السؤال اعطاء الدابة و ظاهره تسليمها اليه، فالمثبت هو الضمان في ذلك الفرض و كذلك المنفي، و ظاهر المنفي هو نفي الضمان مطلقا لا نفيه من حيثية خاصة.

اشتراط استيفاء المستأجر المنفعة بنفسه

٤- المشهور بين القائلين بصحة الاجارة من الغير، تقييدها بما اذا لم يشترط المؤجر عليه استيفائه بنفسه، و نخبه القول في المقام ان هاهنا صورا:

احداها: ما اذا كانت المنفعة التي يملكها مقيدة بالاستيفاء.

ثانيتها: ما لو كانت المنفعة المملوكة مطلقة، و لكن اشترط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه على نحو شرط الفعل.

ثالثتها: الصورة، و لكن الشرط على نحو شرط النتيجة، و هو كونه محجورا عن جميع التصرفات الا استيفاء المنفعة بنفسه.

اما الصورة الاولى، فعلى فرض معقوليتها لا إشكال في انه ليس له ان

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب احكام الاجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٩٢

[...]

يستأجرها للغير، اذ لا مملوك له حتى يملكه غيره.

و لكن قد يقال بعدم معقوليتها، نظرا الى ان منفعة الشيء عبارة عن الحيثية القائمة به لاما هو قائم بالشخص، مثلا منفعة الدار ليست

سكنى الدار بالمعنى القائم بالسكن، بل حيثية مسكونية الدار و قابليتها لان يسكن فيها، و هذه الحيثية لها نحوان من الوجود:

احدهما بالقوة، بنحو وجود المقبول بوجود القابل.

ثانيهما بالفعل، بفعلية مضايفه القائم بالسكن.

و من الواضح ان المملوك بالاجارة ليس هو النحو الثاني، اذ مع عدم الاستيفاء رأساً لا مملوك، مع ان المنفعة تملك بالاجارة و ان

لم تستوف، فلا محالة يكون المملوك بالاجارة النحو الاول، و ذلك جزئي بجزئي ما بالفعل الذي يقوم به فلا معنى لتضييقه.

و لكن يرد عليه ان الموجود بالقوة غير الموجود بالفعل، و الثاني لا يعقل فيه عدم التعين، و يعقل ذلك في الاول. فحيثية قابلية الدار

لان يسكن فيها و ان كانت جزئية، الا انها بالقياس الى سكنى زيد و سكنى عمرو و هكذا تكون غير متعينة، فتكون مسكونية الدار

بالقوة بالنسبة الى سكنى زيد غير مسكونيتها بالقياس الى سكنى عمرو، و لهذه الجهة تكون قابلة للتقييد.

و أما الصورة الثانية، فالمملوك فيها كلى لكن لا سلطان له الا على استيفائه بنفسه. و قبل بيان حكم هذه الصورة، لا بد و ان يعلم ان

شرط الاستيفاء لا يراد به مباشرته بنفسه بحيث يكون الاستيفاء واجبا، بل المراد به ان لا يؤجر الدار و ان لا يتبرع بمنفعتها للغير. فما في

العروة من المقابلة بين شرط عدم اجارتها من غيره، و شرط استيفاء المنفعة بنفسه لنفسه، كما ترى.
و كيف كان، فقد استدلل للمنع عن استئجاره للغير بوجوه:
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٩٣
]...[

الاول: ان الشرط يوجب حرمة الاجارة لوجوب الوفاء به، و حرمة الاجارة مستلزمة لفسادها.
وفيه: ما حققناه في محله من ان الحرمة التكليفية غير موجبة لفساد المعاملة.
الثاني: ما في الجواهر: لا يجوز الاجارة حينئذ، عملا بقاعدة المؤمنون التي يتعذر الجمع بينها و بين الاجارة المفروضة، فيتعين بطلانها لسبق الخطاب بالاولى، انتهى.
وفيه: ان الذي يتعذر الجمع بينه و بين دليل الشرط، هو جواز ايجاد الاجارة الثانية تكليفا لا جوازه وضعيا. توضيح ذلك: انه لا إشكال في ان بطلان الاجارة لا بد و ان يكون من جهة فقد قيد من قيودها الوجودية و العدمية و الشرط لا يوجب ذلك، لعدم كونه موجبا لخلل في احد اركانها فتقع صحيحة، و بعد وقوعها كذلك لا يبقى محل لوجوب الوفاء بالشرط فيسقط، فدليل الشرط لا يصلح مانعا عن دليل صحة الاجارة، و دليلها يوجب ارتفاع دليل الشرط، فلا يلزم المحذور المشار اليه.
و ما نسب الى الشيخ الاعظم ره من ان اطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط يشمل حتى بعد الاجارة الثانية، و هو يكشف عن عدم نفوذ الاجارة و الا لم يكن محل للوفاء بالشرط، يرد: ان شمول اطلاق دليله فرع بطلان الاجارة، اذ مع صحتها لا يبقى للعمل به مجال، و صحتها مستكشفة من اطلاق الادلة و عمومها.
فان قيل: انه يحتمل مانعية الشرط عن الصحة فلا علم بارتفاع المحل.
قلنا: اولاً: انه على ذلك لا مجال للتمسك باطلاق دليل الشرط، للشك في بقاء موضوعه.
و ثانياً: انه يرتفع الاحتمال باطلاق الادلة و عمومها و الاصل.
الثالث: ان اشتراط الاستيفاء بنفسه، يوجب ثبوت حق للمؤجر في ترك
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٩٤
]...[

الايجار، فالاجارة الثانية منافية لحق المؤجر، فيكون باطلا.

وفيه: ان الحق المتعلق بفعل أو تركه - كحق البيع، و الفسخ، و ترك الاجارة، و ما شاكل - لا يوجب عدم صحة نقيضه، مثلا من كان له حق ترك الفسخ كان لمن له الخيار الفسخ وضعيا و يفسخ العقد به و ان كان آثما بذلك، إذ لا أثر لكونه حقا سوى ان له اسقاطه، و الا فحكمه حكم اللزوم التكليفي. و ان شئت قلت: ان ثبوت حق للمؤجر في ترك الاجارة، لا يستلزم سلب سلطنة المستأجر الوضعية عنها، و معها تكون الاجارة الثانية صحيحة.
الرابع: ان شرط الاستيفاء بنفسه، اما ان يرجع الى شرط ترك تسليم المنفعة الى الغير، او الى شرط عدم اسكان الغير مثلا، فعلى الاول تبطل الاجارة لعدم القدرة على التسليم الذي قد عرفت اعتبارها في الاجارة، و على الثاني تبطل لحرمة المنفعة و قد مر ان اباحة المنفعة من شرائطها.

وفيه: اولاً: انه قد لا يرجع الى شيء منهما، بل الغالب ذلك.
و ثانياً: ان حرمة التسليم غير عدم القدرة عليه تكوينيا، و ما اشتهر من ان الممتنع شرعا كالممتنع عقلا، انما هو فيما يترتب على غير

المقدور من حيث هو، و فى المقام ليس كذلك، فانه تعتبر القدرة دفعاً للغرر و الخطر، و لذا لو كان التسليم غير مقدور و لكن من انتقل اليه كان قادراً على تسلمه صح العقد، و على فالحرمة حيث لا توجب عدم امكان حصول المنفعة فى يد المستأجر فلا يلزم الغرر فلا تكون مانعة عن الصحة. و اما حرمة الاسكان الذى هو فعل المؤجر الثانى، فهى غير مستلزمة لحرمة سكنى المستأجر الثانى كما لا يخفى.

فالمتحصل مما ذكرناه صحة الاجارة الثانية فى هذه الصورة.

و أما الصورة الثالثة، و هى ما لو شرط محجوريته عن التصرفات سوى

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٩٥

[...]

الانتفاع بها بنفسه، فالظاهر بطلان الشرط، لان المحجورية ليست من الامور الاعتبارية التى يتسبب اليها باسبابها كالملكية كى يقال ان منها الشرط.

فالمتحصل مما ذكرناه انه لو قيد المنفعة باستيفائه بنفسه، بطلت الاجارة الثانية. و لو كانت المنفعة مطلقة و لكن اشترط عليه ذلك، صح الشرط و يجب ترك الاجارة، الا- انه ان خالف و آجرها صحت الاجارة. و ان اشترط عليه المحجورية عن التصرفات الأخرى، الشرط.

ثم انه فى مورد بطلان الاجارة الثانية لا كلام، و اما فى مورد صحتها فلا اشكال فى ان للمؤجر الاول خيار تخلف الشرط، فله ان يحل الاجارة الاولى، فاذا فسخها فهل تنسخ الاجارة الثانية؟ الظاهر عدم الانفساخ، نظراً الى انها وقعت صحيحة لازمة، و الفسخ انما يوجب الحل من حينه، فاذا انفسخت الاولى و المفروض انتقال المنفعة بناقل لازم الى الثالث فيرجع بدلها الى المؤجر الاول، كما فى صورة التلف الحقيقى قبل الفسخ، فعلى المستأجر الاول ان يرد اجرة مثل تلك المنفعة الى المؤجر، كانت اقل من المسماة او اكثر.

ايجار العين المستأجرة باكثر من العوض

٥- لا- خلاف و لا إشكال فى جواز ان يؤجر العين المستأجرة فيما يجوز له ذلك، باقل من ما استأجر و بالمساوى له مطلقا اى شىء كان، لاطلاق الادلة، و للنصوص الخاصة. كما لا- كلام فى انه يجوز الاستئجار باكثر منه اذا احدث فيها حدثا، و النص و الفتوى متوافقان فيه، و سيأتى زيادة توضيح لذلك.

انما الكلام فى ايجارها باكثر منه من دون ان يحدث فيه حدثا: فعن جماعة من

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٩٦

[...]

القدماء- كالسيدى و الشيخين و الصدوقين و غيرهم- المنع عنه، و فى الحدائق نسبتبه الى المشهور بين القدماء. و عن جماعة تخصيص المنع بالموارد التى تضمنتها النصوص، و الجواز بلا كراهية فى غيرها. و عن جماعة الحكم بالكراهة مطلقا.

و تفصيل القول فى المقام: ان الموارد التى ورد المنع فيها خمسة: الدار، و الحانوت، و الرحى، و السفينة، و الارض. □

اما الاوليتان، فقد ورد النص على حرمة فضل الاجرة فيهما بلا معارض، لاحظ حسن ابى الربيع الشامى عن ابى عبد الله عليه السلام عن الرجل يتقبل الارض من الدهاقين، ثم يؤجرها باكثر مما تقبلها به و يقوم فيها بحظ السلطان، فقال عليه السلام: لا بأس به، ان

الارض ليست مثل الاجير ولا مثل البيت، ان فضل الاجير و البيت حرام «١» و بمضمونه خبر ابراهيم بن ميمون «٢». و مصحح الحلبي عنه عليه السلام فى الدار: و لا يؤجرها باكثر مما استأجرها به الا ان يحدث فيها شيئاً «٣». و حسن ابى المعزى عنه عليه السلام، قال عليه السلام فى الجواب عن السؤال المذكور فى خبر ابى الربيع: لا- بأس ان هذا ليس كالحانوت و لا الأجير، ان فضل الحانوت و الاجير حرام «٤». و لا موهم لمعارضه هذه النصوص الا النصوص المجوزة الواردة فى غيرهما بالغاء خصوصية المورد، و حسن الحلبي عنه عليه السلام فى الرجل يستأجر الدار ثم

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب احكام الاجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٢٠ من ابواب احكام الاجارة حديث ٥.

(٣) الوسائل باب ٢٢- من ابواب احكام الاجارة حديث ٣.

(٤) الوسائل باب ٢٠ من ابواب احكام الاجارة حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٩٧

[...]

يؤجرها باكثر مما استأجرها، به قال عليه السلام: لا يصلح ذلك، الا ان يحدث فيها شيئاً «١» بتقريب ظهور: لا يصلح، فى الكراهة. و لكن التعدى ممنوع سيما مع التصريح فى النصوص بالفرق، و لا يصلح غير ظاهر فى الكراهة، غاية عدم الظهور فى الحرمة. اما الرحى ففيها خبران، احدهما: موثق ابى بصير عن الامام الصادق عليه السلام: انى لأكره ان استأجر رحى وحدها، ثم اوأجرها باكثر مما استأجرتها به، الا ان يحدث فيها حدثاً او يغرم فيها غرامه «٢». ثانيهما: صحيح سليمان بن خالد «٣» و هو قريب من الاول. و الكراهة و ان لم تكن ظاهرة فى المصطلحة، لكنها غير ظاهرة فى الحرمة، فالمتيقن مطلق المرجوحية المساوقة للكراهة المصطلحة. و أما السفينة، ففيها رواية واحدة، و هى ما رواه اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه عليهما السلام: لا بأس ان يستأجر الرجل الدار او الارض او السفينة، ثم يؤجرها باكثر مما استأجرها به اذا اصلح فيها شيئاً «٤» و هى بمفهوم الشرط تدل على ثبوت البأس فى الثلاثة و هو ظاهر فى الحرمة، و حمله على الكراهة بالنسبة الى الارض- بقرينة روايات اخر- لا يوجب حمله عليها بالنسبة الى السفينة التى لا معارض له فيها، و الا لزم البناء عليها فى الدار ايضا، و يجعل هذه معارضة لما تقدم من النصوص. فما افاده المحقق الاصفهانى ره من حملها على الكراهة بالنسبة الى السفينة، لا يلائم مع ما ذكره فى الدار من انه لا معارض لنصوص حرمة فضل الاجرة فيها.

(١) الوسائل باب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة حديث ٥.

(٣) الوسائل باب ٢٠- من ابواب احكام الاجارة حديث ١.

(٤) الوسائل باب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٩٨

[...]

و اما الارض ففيها طوائف من النصوص:

منها: ما يدل على الجواز مطلقاً، كحسنى ابي الربيع و ابي المعزى و خبر ابن ميمون المتقدمة. □
 و منها: ما يدل على عدم جواز اجارتها و جواز مزارعتها بالاكتر، كخبر الحلبي، قلت لابي عبد الله عليه السلام: اتقبل الارض بالثلث او الربع فاقبلها بالنصف، قال عليه السلام: لا بأس به. قلت: فاتقبلها بالف درهم و اقبلها بالفين؟ قال عليه السلام: لا يجوز. قلت: لم؟ قال عليه السلام: لان هذا مضمون، و ذاك غير مضمون «١» و قريب منه موثق اسحاق بن عمار «٢». فان المعلوم عدم خصوصية للدراهم و لا للذهب و الفضة الموجودين في الموثق، سيما و قد علل فيهما بان الذهب و الفضة مضمونان- او ان هذا مضمون- و ان لم نفهم العلة.

و منها: ما يدل على عدم جواز اجارتها و مزارعتها معا، كخبر الهاشمي «٣». و لا يصح حمل الطائفة الاولى على ما اذا احدث فيها شيئاً بقريئة الطائفة الثالثة، لما نبه عليه في الحدائق من انه على هذا لا يبقى فرق بين الارض و بين الدار و الحانوت، فان حرمة الاجارة فيهما ايضاً مقيدة بان لا يحدث فيهما شيئاً، و صريح الطائفة الاولى الفرق. و به يظهر انه لا يصح حملها على ارادة المزارعة منها نظرا الى انه يعبر عنها بالاجارة كثيرا، و لا بتخصيص روايات المنع بما اذا كانت مضمونة في الذمة او بالدراهم و الدنانير.

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب احكام الاجارة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٢١- من ابواب احكام الاجارة حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٢١ من ابواب احكام الاجارة حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٩٩

[...]

بل الجمع العرفي يقتضى حمل الثانية على الكراهة بقريئة الاولى، ثم الجمع بينها الصريحة في الجواز في المزارعة و بين الثالثة الظاهرة في عدم الجواز فيها، يقتضى حمل المنع في الثالثة على مرتبة من الكراهة هي اخف من كراهة الاجارة. فالتحصّل مما ذكرناه حرمة الاجارة بالاكتر ما لم يحدث شيئاً في الدار و الدكان و السفينة، و كراهتها في الرحي و الارض.

اجارة بعض العين المستأجر بالاكتر

و لو استأجر نصف العين المستأجرة بالاكتر او المساوي، فهل يجوز ام لا، ام يفصل بين الموردين؟ الظاهر هو الثالث، لصحيح الحلبي- او حسنه- عن مولانا الصادق عليه السلام: لو ان رجلا استأجر دارا بعشرة دراهم، فسكن ثلثها و آجر ثلثها بعشرة، لم يكن به بأس، و لا يؤاجرها باكثر مما استأجرها به الا ان يحدث فيها شيئاً «١» و نحوه خبر ابي الربيع «٢». و معها لا يصغى الى ما قيل من انه لو استأجر بعضها بالمساوي، و ان لم يصدق الاجارة بالاكتر لكن يصدق الفضل على الاجرة، لان انتفاعه بما عدا الحصّة المستأجرة فضل، و المأخوذ في جملة من نصوص المنع فضل الاجرة. و لا الى ما قيل من ان اجرة نصف العين المستأجرة نصف اجرة تمامها، فلو

(١) الوسائل باب ٢٢ من ابواب الاجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الاجارة حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ١٠٠

[...]

آجر النصف بالمساوى لزم منه الاجارة بالاكتر، اصف الى ذلك عدم تماميتهما، فان المأخوذ فى بعض الاخبار فضل الاجرة لا الفضل على الاجرة، و معلوم ان الانتفاع بما عدا الحصه المستأجرة لا يكون من فضل الاجرة بل هو فضل عليها، و ايضاً ظاهر الاخبار ملاحظة الاجرة بنحو الوحدة كملاحظة الاجارة كذلك، لا تحليل الاجارة الى اجارات و تقسيط الاجرة على الحصص. فان قيل: ان الضمير فى قوله عليه السلام فى الخبرين: و لا يؤجرها، يرجع الى الدار لا إلى ثلثها، فلا يدل الخبران على حكم الاجارة بالاكتر.

قلنا: اولاً: ان الظاهر دلالة صدرهما بالمفهوم عليه.

و ثانياً: انه يثبت فيه ذلك بالاولوية، ففحوى ما دل على حرمة ايجار الجميع بالاكتر حرمة ايجار بعضه ايضاً به. و عن الشيخ قده القول بالمنع فى اجارة البعض بالمساوى، و مضمرة سماعه «١» شاهد به. لكنه محمول على الكراهة، لان ذلك مقتضى حمل النص على الظاهر، سيما و ان مورده الارض التى قد مر كراهة الاستئجار فيها بالاكتر لا حرمة. ثم ان ظاهر جماعه و صريح آخرين اختصاص الحكم المزبور- اى حرمة استئجار العين المستأجرة بالاكتر او كراهته- بما اذا كانت الاجرة فى الاجارة الثانية من جنس الاجرة فى الاجارة الاولى، و الاعم الاختلاف لا مانع من ذلك. و استدلووا لذلك بان الظاهر من الاكتر الاكتر فى الجنس لا الأكثر فى المالىة و القيمة، فمع الاختلاف فى المالىة لا يقال ان احدى الاجرتين اكثر من الاخرى.

وفيه: اولاً: انه حيث يكون النظر فى الثمن و الاجرة الى المالىة و القيمة، فمقام

(١) الوسائل باب ٢٢ من ابواب الاجارة حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ١٠١

[...]

الاجرة مقام النقدين فى التمحص فى المالىة، و عليه فيصدق الاكثريه.

و ثانياً: انه لا تنحصر الاخبار فيما كان المأخوذ فيه هذا العنوان، بل المأخوذ فى بعض النصوص فضل البيت او الحانوت او الاجير، ففى خبر ابي الربيع عن مولانا الصادق عليه السلام: ان فضل الاجير و البيت حرام «١» و فى خبر ابي المغراء عنه عليه السلام: ان فضل الحانوت و الاجير حرام «٢» و من المعلوم ان احدى الاجرتين اذا كانت ذات فضل و زيادة على الاخرى فى المالىة يصدق فضل تلكم، فالظاهر عدم الفرق بين الصورتين.

حكم ما لو تقبل عملاً و قبله غيره بالنقيصة

٦- من تقبل عملاً فى ذمته من غير اشتراط المباشرة لم يجز ان يقبله غيره بنقيصة، كما عن النهاية و السرائر و الارشاد، و فى المسالك نسبه الى المشهور، الا ان يحدث فيه ما يستبيح به الفضل.

و المستند جملة من النصوص، لاحظ صحيح محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام انه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل، فلا يعمل

فيه و يدفعه الى آخر فيريح فيه، قال عليه السلام: لا، الا ان يكون قد عمل فيه شيئا «٣».
و خبره الآخر عنه عليه السلام ايضاً عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الاجارة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الاجارة حديث ٤.

(٣) الوسائل باب ٢٣ من ابواب الاجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٠٢.

[...]

و يعطيه من يخيطه و يستفضل، قال عليه السلام: لا بأس، قد عمل فيه «١» و نحوه خبر ابى حمزة «٢».
و خبر ابى محمد الخياط، قلت لابي عبد الله عليه السلام: اتقبل الثياب اخيطها ثم اعطيها الغلمان بالثلثين؟ قال عليه السلام: أليس
تعمل فيها؟ فقلت: اقطعها و اشترى الخيوط، قال عليه السلام: لا بأس «٣» و يعضدها ما تقدم من النصوص المانعة عن فضل الاجير.
و لا ينافيها خبر على الصائغ عنه عليه السلام في تقبله العمل ثم تقبيله من غلمان يعملون معه: لا يصلح ذلك الا ان تعالج معهم فيه. قال
قلت: فاني اذيبه لهم، فقال عليه السلام: ذلك عمل فلا بأس «٤» لعدم ظهور: لا يصلح، في الكراهة.
كما لا ينافيها خبر الحكم الخياط الدال على جواز ذلك «٥»، فانه مطلق يقيد اطلاقه بما اذا احدث فيه شيئا.
و عن المصنف في التذكرة و القواعد و المحقق الثاني و الشهيدين القول بالكراهة، قال في المسالك: و مستنده اخبار حملها على
الكراهة اولى جمعاً. و مستندهم في ذلك اما ما تقدم الذي عرفت ما فيه، او صحيح ابى حمزة عن مولانا الباقر عليه السلام انه سأل عن
الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه و يدفعه الى آخر يريح فيه، قال عليه السلام: لا بأس «٦» هكذا رواه المصنف ره، و عن السرائر روايته
كذلك.

(١) الوسائل باب ٢٣ من ابواب الاجارة حديث ٥.

(٢) الوسائل باب ٢٣ من ابواب الاجارة حديث ٤.

(٣) الوسائل باب ٢٣ من ابواب الاجارة حديث ٦.

(٤) الوسائل باب ٢٣ من ابواب الاجارة حديث ٧.

(٥) الوسائل باب ٢٣ من ابواب الاجارة حديث ٢.

(٦) التذكرة ج ٢ ص ٢٩١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٠٣.

[...]

و يردّه ان الموجود في كتب الحديث القديمة على ما صرح به اهله «لا» بدل «لا بأس» فهو ايضاً يدل على المنع.
اللهم الا- ان يقال: ان مجرد ذلك لا يصلح دليلاً لردّ ما رواه بعد كونهما من اساطين الفن ايضاً، فالمقام داخل في كبرى كليه و هي
دوران الامر بين الزيادة و النقيصة، و الاصل فيها البناء على وجود الزائد، و عليه فما رواه هو الصحيح، و الجمع بينه و بين النصوص
المانعة يقتضى البناء على الكراهة، فالظاهر ذلك.

ولا يخفى ان مورد النصوص المانعة هو العمل بالعين كخياطة الثوب و صياغته، و اما العمل بالصراف كالصلاة و ما شاكل فيبقى على اصل الجواز. و الكلام في جواز استئجار الغير باكثر من الاجرة او بالمساوى، هو الكلام في استئجار العين المستأجرة بالاقبل او المساوى، و المدرك واحد. كما ان الكلام في جواز تسليم العين التي هي متعلق العمل الى الاجير الثاني و ضمانه و عدمه، هو الكلام في تلك المسألة.

حكم الاجير الخاص السابعة:

فيما يتعلق بالاجير الخاص و العام

إشارة

. و المراد بالاول من كانت منافعه الخاصة او العامة او ما تعهده من عمل في الذمة في مدة خاصة مملوكة للمستأجر، و بالثاني من كان فاقد البعض ما يعتبر في الاجير الخاص أو لكّله من تعيين المدة الخاصة و المباشرة. فالكلام في موردين:

الاول: في الاجير الخاص

، و نخبة القول فيه بالبحث في جهات:

١- اذا كان اجيرا لعمل خاص في مدة مخصوصة كالخياطة، ثم آجر نفسه لعمل آخر مضاد معه كالكتابة في نفس تلك المدة، فالظاهر فساد الاجارة الثانية. فان
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٠٤
]...[

الظاهر عندنا و ان كان ان المنافع المتضادة قابلة للملكية في زمان واحد كما تقدم، و الامر بالوفاء بالاجارة الذي هو امر بايجاد الخياطة لا يقتضى حرمة الكتابة حتى يقال ان المنفعة محرمة فلا تنفذ الاجارة المتعلقة بها، لان الامر بالشئ لا يقتضى النهي عن ضده، و على فرضه يكون نهياً مقدمياً لا مولوياً نفسياً، الا انه حيث ملك احد الضدين أولاً فلا سلطنته له على تملك الضد الآخر، لعدم القدرة له على التسليم.

اللهم الا ان يقال: ان القدرة الشرعية على التسليم لا تكون معتبرة و القدرة العقلية موجودة، لان مدرك اعتبارها لزوم الغرر مع عدم القدرة، فراجع ما ذكرناه، و عليه فتصح الاجارة الثانية. و لكن الظاهر تسالمهم على بطلانها.

و على البطلان فلا اشكال في انه ليس للمستأجر اجارتها، لان مورد الاجارة الثانية ليس ملكاً له و لا مورداً لحقه. و هل يمكن تصحيحها لو ابرأه المستأجر أو اقال الاجارة الاولى ام لا؟ و الظاهر ان مدرك البطلان ان كان عدم ملكيته للعمل الثاني، لان المنافع المتضادة لا تملك، فيدخل المقام في مسألة من باع ثم ملك. و ان كان مدركه ان الامر بالشئ يقتضى النهي عن ضده، فالظاهر صحتها، لان الحرمة ترتفع و العمل في ظرفه مباح، و المعتبر هو الاباحة في ظرف العمل لا في موقع العقد. و ان كان مدركه عدم القدرة على تسليمه، فان علم حين الاجارة الثانية بان المستأجر يرثه او يقبله لا إشكال في الصحة، و الا فيشكل من جهة ان القدرة على التسليم انما تكون معتبرة لرفع الغرر، و مع عدم العلم بإمكان الحصول في ظرفه تكون الاجارة غررية و باطلة، و الباطل لا ينقلب

صحيحاً.

٢- إذا كان اجيراً لعمل خاص في مدة خاصة كالخياطة، فأجر نفسه للخياطة أيضاً في تلك المدة، فلا إشكال في عدم وقوع الاجارة له، إذ المفروض ان هذه المنفعة
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٠٥
[...]

الخاصة ملك للمستأجر فما أجره مملوك للغير، فتكون الاجارة فضولية، فان اجازها المستأجر صحت و الّا فلا.
٣- إذا كان اجيراً لجميع منافعه بالنحو المتقدم، فأجر نفسه لعمل خاص في تلك المدة، كانت الاجارة الثانية واقعة على ما هو مملوك
الغير، فتتوقف صحتها على اجازته.

ثم ان ما ذكرناه في هذه الصور الثلاث يجري فيما لو أجر دابته بلحاظ منفعتها الخاصة، او بلحاظ جميع منافعها.
٤- إذا أجر نفسه لكلي عمل خاص بشرط ان يأتي به في مدة مخصوصة، ثم أجر نفسه لذلك العمل او لضده من شخص آخر في
تلك المدة، فان كان اجارته نفسه ثانيا بتمليك منفعتها الخاصة في تلك المدة، لا إشكال في الاجارة الثانية الا من ناحية منافاتها لحق
الشرط، وقد مرّ انها لا توجب البطلان فتصح اجارته، و بصحتها يتخلف الشرط لعدم تمكنه بعد ذلك من الاتيان بالعمل للمستأجر
الاول لصيرورة هذه الحصّة مملوكة للثاني، فلا محالة يكون مصاديق ما يكون احدها مملوكا للاول الحصص الأخر غير هذه.
و ان كان اجارته نفسه ثانيا بالتعهد بالعمل الخاص بشرط اتيانه في تلك المدة، لا إشكال في صحة الاجارة الثانية، و الظاهر بطلان
الشرط، لكونه مخالفاً للسنة إذ المفروض وجوب ان يأتي بالعمل للمستأجر الاول فالشرط فاسد، فلا بد له من ان يأتي به للاول في
تلك المدة و بعدها للثاني. نعم، لو تخلف عن ذلك و اتى به للثاني فقد وفي بالاجارة، لان انطباق الكلي على فرده قهري.
٥- إذا عمل الاجير في تمام المدة المعينة لنفسه او لغير المستأجر باجارة او جعالة، مع عدم لحوق الاجارة او عدم كون المورد قابلاً
لها، فلا إشكال في الضمان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٠٦
[...]

للمستأجر،.

انما الخلاف في انه هل يضمن الاجرة المسماة او اجرة المثل، ام يتخير المستأجر بين مطالبته المسماة او اجرة المثل؟.
و الحق ان يقال: انه حيث تعذر تسليم مورد الاجارة، فللمستأجر الخيار في الفسخ و الابقاء، فان فسخ له مطالبته الاجرة المسماة لرجوعها
بالفسخ اليه، و ان ابقاها فان كان مورداً للاجارة الثانية فله ان يجيزها فيطالب الاجرة المسماة في الاجارة الثانية، و ان لم يكن مورداً لها
او لم يجزها، فان كان المورد من الموارد التي تكون المنفعة الواقع عليها الاجارة الثانية ملكاً للمستأجر له ان يطالب اجرة مثل ما
استوفاه المستأجر الثاني او غيره لان المنفعة ملك له على الفرض فله مطالبته اجرة مثلها، و ان كان من الموارد التي لا يملك تلك
المنفعة فله ان يطالب اجرة المثل للمنفعة الفائتة لان المؤجر اتلفها عليه فهو ضامن لها. و بهذا يظهر ما في كلمات القوم في المقام.
و لو عمل للغير او لنفسه في بعض المدة قبل ان يعمل للمستأجر الاول شيئاً، فحكم المنفعة التي اتلفها حكم تمام المنفعة التي اتلفها
من ضمان اجرة المثل او المسماة او التخيير المتقدم في الجهة السابقة.

انما الكلام في انه هل للمستأجر خيار الفسخ في الجميع، او انه يختص بما اتلفه الاجير على المستأجر، او انه له الخيار في خصوص
الباقي.

والاظهر هو الاول، فان الغرض تعلق بالانتفاع بالمجموع، و باتلاف البعض يلزم التبعض، فله دفع تبعض الانتفاع الذي هو مناف لغرضه بفسخ العقد رأساً، و لا يندفع المحذور بفسخ خصوص الماضي او الباقي فانه بنفسه مساوق للتبعض،.

و بما ذكرناه يظهر حكم ما لو سلم الاجير نفسه للمستأجر الاول، و عمل له في بعض المدة الخاصة ثم آجر نفسه لغيره و عمل له باقي المدة، و لا يصغى الى ما قيل

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٠٧

[...]

في هذه الصورة بان الاجير بتسليمه نفسه للعمل للمستأجر قد سلم ما يجب عليه تسليمه، فتعدّر المنفعة بعد ذلك من قبيل التعدّر بعد التسليم الذي لا يوجب الخيار، فان التسليم في باب الاجارة غير التسليم في باب البيع، فانه في باب البيع مورد العقد نفس العين التي هي موجودة قارة فتسليمها دفعي، و اما في باب الاجارة فموردها المنفعة و هي تدريجي الوجود فتسليمها ايضاً تدريجي، فتسليم العين في كل زمان تسليم لمنفعتها في ذلك الزمان، و لا يكون تسليمها لها الى الابد.

هذا في العمل المتقوم بالمستأجر ايضاً كحمل متاعه مثلاً، و اما في العمل القائم بالاجير خاصة كالاجارة لنيابة الصلاة فالأمر اوضح، فان تسليمه انما يكون بايجاده، فمع ايجاده في بقية المدة للغير لا يكون ايجاداً للمستأجر فلا تسليم.

٦- فيما للمستأجر الاول مطالبة المسماة في الاجارة الثانية، و فيما له مطالبة اجرة المثل، هل يتعين المطالبة من الاجير، او من المستأجر الثاني، ام يتخير في مطالبة ايهما شاء، ام هناك فرق بين الموردين؟ وجوه.

و تنقيح القول بالبحث في موردين:

الاول: في مطالبة الاجرة المسماة، و هي انما تكون فيما لو اجاز الاجارة الثانية، فان كانت الاجرة عينا شخصية فتارة تكون هي عند المستأجر، و اخرى اقبضها الاجير، و على الثاني فقد يجيز القبض و قد لا يجيزه، لا إشكال فيما اجاز القبض في انه ليس له الرجوع الى المستأجر، لان المال بيد الاجير و المستأجر لا مال عنده و لا عهده عليه، لان المفروض اجازته للقبض فخرج عن ضمان المعاوضة، كما لا إشكال في انه يتعين الرجوع الى المستأجر اذا لم يقبض الاجرة.

و أما لو كانت الاجرة مقبوضة، و المستأجر الاول لم يجز القبض، فالظاهر انه مخير في مطالبة ايهما شاء، اما الاجير فلكون المال عنده و الناس مسلطون على

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٠٨

[...]

اموالهم «١»، و اما المستأجر الثاني فلأن عهدة التسليم المعاوضي عليه و لا يخرج عنها الا بالتسليم الى المالك او المأذون من قبله. و ان كانت الاجرة كلية و قد اقبض المستأجر الثاني فرداً منها، فان اجاز المستأجر الاول القبض تعين الرجوع الى الاجير لانه باجازه القبض قد صار الفرد ملكاً له، و ان لم يجزه كانت الاجرة باقية في ذمة المستأجر و ما بيد الاجير ملك له دون المستأجر الاول، فله الرجوع الى خصوص المستأجر الثاني.

الثاني: في اجرة المثل، فالظاهر ان له التخيير في مطالبتها من ايهما شاء. اما الاجير، فلانه بايجاد العمل للمستأجر الثاني قد فوت ذلك على المستأجر الاول. لا- يقال: ان الاجير أوجد العمل و سلمه الى المستأجر الثاني، فلا يصدق عليه انه اتلفه، اذ الاتلاف انما يكون بابقاء عدم العمل لا بايجاده. فانه يتوجه عليه: انه ايجاد للعمل بالاضافة الى المستأجر الثاني، و اتلاف له بالاضافة الى المستأجر الاول لامتناع وجوده له، و لا ينحصر الاتلاف في الاعدام، كيف و قد صرح في خبر عقبه بن خالد «٢» الوارد في التلف قبل القبض بان

السرقه من الاتلاف مع انه لا إعدام هناك.

و أما مطالبه المستأجر الثاني، فلانه تسلّم مال الغير من دون اذن من مالكة، لان الاجير ليس مالكا له فلا يكفى تسليمه.
و اذا ادّى المستأجر الثاني اجرة المثل، فان كانت مساوية للمسماة فلا كلام. و ان كانت ازيد، فان كان جاهلا بالامر يرجع بالزائد الى
الاجير لقاعدة الغرور، و ان كان عالما فليس له ذلك بل يكون قرار الضمان عليه كما في تعاقب الايادي. و به يظهر

(١) البحار ج ١- ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل - باب ١٠ من ابواب الخيار كتاب التجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٠٩

[...]

حكم ما لو اذاه الاجير.

٧- اذا عمل الاجير تبرعا للغير، فللمستأجر الاول الرجوع في اجرة المثل الى الاجير، لانه بالعمل التبرعى اتلفه على المستأجر المالك له فهو له ضامن، كما ان له الرجوع الى المتبرع له، لانه تسلّم مال الغير من دون تبرع من مالكة، لان الاجير ليس مالكا له فلا يكفى تبرعه. ثم ان رجوع الى المتبرع له و كان جاهلا، يرجع هو الى الاجير لقاعدة الغرور، و ان كان عالما لا يرجع اليه لعدم الغرور. و ان رجع الى الاجير، فان كان المتبرع له جاهلا-فلا-اشكال في انه ليس له الرجوع اليه، و ان كان عالما فالظاهر ان له ذلك لعدم كون العمل مملوكا له حتى يكون تبرعه هتكا لحرمة عمله. نعم، ان غزه المتبرع له- كما اذا اغفله عن ان هذا اليوم هو اليوم الخاص- له الرجوع اليه، لقاعدة الغرور.

حكم الاجير العام

المورد الثاني: في الاجير العام والمشارك

، و قد مر في اول المسألة ضابطه، و هو من كان فاقداً لبعض ما يعتبر في الاجير الخاص او لكله، من تعيين المدة الخاصة و المباشرة، و هذا هو المراد مما في بعض الاخبار من تفسير المشارك بانه الذي يعمل لى و لك «١». فاذا سقطت المباشرة، او الغيت المدة المخصوصة، او هما معا، كان الاجير عاما و مشتركاً.

و ملخص القول فيه: ان مقتضى القاعدة الاولى جواز عمله للغير و لو على

(١) الوسائل باب ٣٠ من ابواب الاجارة حديث ١٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١١٠

[...]

وجه الاجارة قبل الاتيان بالمستأجر عليه اذا كانت المدة ملغاة، و جوازه بالمباشرة لاحدهما و بالتسيب للآخر اذا كانت المباشرة خاصة ملغاة، و جوازهما معاً مع الغاء القيد لعدم منافاته له، اذ المفروض عدم تعيين المدة او المباشرة او هما معا.

و لكن قد استدلل للزوم التعجيل و لو كانت المدة ملغاة- اى لم يؤخذ الزمان الخاص للعمل- بوجهين منقولين عن الشهيد قده:

احدهما: ان الاطلاق في العقود يقتضى التعجيل.

و فيه: اولاً: ان لنا ان نفرض الكلام فيما لو كانت قرينة على عدم التعجيل.

و ثانياً: ان الاطلاق المزبور يتم في مثل العوضين في البيع و الاجرة في المقام اذا كانت من الاعيان، و لا يتم في العمل المستأجر عليه، و ذلك لان العقد اذا وقع على الاعيان حيث ان العين لا تقبل التقييد بالزمان، فلا محالة يصير من حين العقد تلك العين الشخصية ملكاً للطرف، و حينئذ فمقتضى قاعدة السلطنة على الاموال ان له ان يطالب بها و يجب عليه تسليمه اياها. و اما الاعمال و المنافع فهي قابلة للتقييد بالزمان، و عليه فالعمل الذي وقع عليه الاجارة بما ان المفروض عدم تحديده بزمان خاص، فلا محالة يكون ما وقع عليه العقد طبعياً العمل غير المقيّد بايقاعه في زمان خاص، و معه لا سلطنة لمالكه على مطالبته في زمان معين، بل اختيار ذلك بيد الاجير، و لا يكون امتناعه عن ايقاعه في زمان خاص امتناعاً عن الحق حتى يكون منافياً لقاعدة السلطنة، فتدبر فانه حقيق به.

ثانيهما: ان الامر بالوفاء بالاجارة يقتضى الفورية، و لذا قيل انه يجب المبادرة مع عدم المطالبة.

و فيه: اولاً: ما حقق في محله من ان الامر لا يقتضى الفورية.

و ثانياً: ان الوفاء عبارة عن التمام او ما يقاربه، و الايفاء عبارة عن الانتهاء

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١١١

[...]

و الاتمام، و عليه فالوفاء بالاجارة عبارة عن ايجاد العمل الذي تعلق به على النحو الذي تعلق به، فاذا كان المعقود عليه عملاً كلياً موسعاً فالوفاء به كذلك، فلا معنى لدلالة الامر به على الفور كما لو تعلق الامر بالموسع، بل مورد الفور ما لو تعلق الامر بعمل لم يعلم حاله من حيث الفور و التراخي. فالحق عدم تماميتهما، فدعوى التعجيل ممنوعة.

ثم انه على المختار لا كلام في صحة الاجارة الثانية، و اما على القول الآخر فقال جماعة بطلانها، و استدلو له بوجوه:

منها: ان الامر بايجاد العمل المستأجر عليه اولاً، يقتضى النهي عن ضده و هو يقتضى الفساد.

و فيه: ما حقق في محله من عدم اقتضاء الامر بالشيء للنهي عن ضده، مع ان النهي التبعية لا يدل على الفساد، اذ الى ذلك ان ضد العمل المستأجر عليه اولاً العمل المستأجر عليه ثانياً لا الاجارة نفسها، فلا نهى عنها قطعاً.

و منها: انه بعد تحقق الاجارة الاولى يجب الوفاء بها فوراً، و معه لا قدرة له على الوفاء بالاجارة الثانية فوراً، فلا يعقل الامر به، فلا دليل على امضاء الثانية.

و فيه: ان مدرك صحة الاجارة الثانية لو كان خصوص ما تضمن الامر بالوفاء بها كان لما ذكر وجهه، و لكن الدليل لا ينحصر فيه و كفى بقية ادلة الامضاء في الاستناد للصحة، اذ الى ان القدرة المعتبرة هي القدرة على اتيان المتعلق خاصة، و لا تعتبر القدرة حتى مع الاتيان بمتعلق الاجارة الاولى، كما هو الشأن في جميع موارد التراحم. نعم، يقع التراحم حينئذ بين الامر بالوفاء بالاجارتين، فيجوز فيه ما يجوز في ساير موارد التراحم، فمن يرى سبق الخطاب من المرجحات يحكم في المقام بوجوب الوفاء بالاولى، و من لا يرى ذلك يحكم بالتخير بينهما.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١١٢

و لو منعه المؤجر من العين او هلكت قبل القبض بطلت، و لو منعه ظالم بعد القبض صحت و رجع المستأجر على الظالم، و لو انهدم المسكن من غير تفريط فسخ المستأجر و رجع بنسبة المتخلف من الاجرة او الزم المالك بالعمارة

و منها: انه حيث يجب على الاجير العمل للمستأجر الاول، فهو غير قادر شرعاً على تسليم العمل للمستأجر الثاني، و القدرة على التسليم

شرط في صحة الاجارة.

وفيه: ما تقدم منا من ان القدرة على التسليم ليست بعنوانها شرطاً حتى يقال ان الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، بل من جهة لزوم الغرر و دفعا له بنينا على اعتبارها، ولا يلزم ذلك مع عدم القدرة شرعا كما لا يخفى.

ومنها: ان الاجارة الاولى احدثت حقا للمستأجر الاول على الاجير، ولازمه عدم تأثير الاجارة الثانية.

وفيه: ان الاجارة الاولى لم توجب سوى مالكية المستأجر العمل الكلي في ذمة الاجير، ولا منافاة بين ذلك وبين التمليك الثاني، لعدم التضاد بين العملين.

فالمتحصل انه على القول بالتعجيل ايضا لا تبطل الاجارة الثانية.

حكم منع المؤجر من العين

اشارة

الثامنة: قال قده: و لو منعه المؤجر من العين او هلكت قبل القبض بطلت، و لو منعه ظالم بعد القبض صحت و رجع المستأجر على الظالم، و لو انهدم المسكن من غير تفريط فسخ المستأجر و رجع بنسبة المتخلف من الاجرة او الزم المالك بالعمارة.

و تحقيق القول في المقام بالبحث في موارد:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١١٣

[...]

-١

لو استأجر شيئاً فمنعه المؤجر من تسلمه

و استيفاء المنفعة منه، ففيه اقوال: احدها: ما في المتن و عن الشيخ ره و التذكرة، و هو انفساخ العقد فتسقط الاجرة.

ثانيها: ما قواه صاحب الجواهر ره لو لم يكن اجماع على خلافه، و اختاره المحقق الاصفهاني، و هو بقاء العقد، و ان للمؤجر المسماة، و للمستأجر اجرة المثل للمنفعة الفائتة.

ثالثها: ما في الشرائع و عن غيرها، و هو التخيير بين سقوط الاجرة و عدم دفعها اليه، و بين الدفع و مطالبه اجرة المثل.

و استدل للاول بان التلف قبل القبض - كما يأتي في المورد الثاني - موجب لانفساخ العقد، و التلف شامل للقهرى و الاختيارى، و الاختيارى عام لما اذا استند الى المؤجر او الاجنبى.

وفيه: ان كون تلفها قبل القبض موجبا للانفساخ، ان كان بلحاظ القاعدة لاجل عدم المنفعة فهي غير شاملة للمقام، و ان كان بلحاظ ما ورد في البيع من ان كل مبيع تلف قبل قبضه ... الخ «١» بضميمة انهم الحقوا الاجارة بالبيع، فهو منصرف الى التلف القهرى او ظاهر فيه، و لا يشمل الاختيارى المساوق للاتلاف.

و استدل للثاني بعموم قاعدة الاتلاف «٢» الشاملة لما قبل القبض ايضا. و هو متين، لكنها لا تدل على تعيين ذلك كى تنافى مع ما يدل على التخيير.

و الحق ان يقال: ان قاعدة الاتلاف تقتضى ضمان اجرة المثل لو لم يفسخ العقد،

(١) المستدرک باب ٩ من ابواب الخيار- كتاب التجارة حديث ١.

(٢) قاعدة مصطادة من موارد خاصة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١١٤

[...]

و له ذلك من جهة خيار تخلف الشرط، و المراد به الشرط الضمني الذى عليه بناء العقلاء فى المعاملات و هو تسليم العوضين، و ليس ذلك بمناط رفع الضرر حتى يقال انه يندفع بالتدارك. و عليه فله ان يفسخ العقد فتسقط الاجرة، و له ان يقيه و يطالب باجرة مثل المنفعة الفائتة لقاعدة الاتلاف، فالظاهر هو التخيير بين الامرين.

فان قيل انه فرق بين اتلاف المنفعة و تفويتها، فلو استوفى المؤجر المنفعة يصدق الاتلاف، و اما لو منع المستأجر عن الانتفاع بالعين بحبسه مثلاً، او لم يسلم العين اليه لان ينتفع بها، فلا- اتلاف هنا بل هو تفويت، و عليه فليس له مطالبة اجرة المثل. ثم انه فى صورة تسليم العين اليه و منعه عن الانتفاع بها، حيث انه لم يخالف الشرط الضمنى فلا خيار ايضاً.

قلنا: ان الاتلاف مفهومه عرفاً عام شامل لكل مورد منع عن فعليه المنفعة، كان ذلك باستيفائها او بغير ذلك. نعم، ما افيد فى صورة المنع من الانتفاع من عدم ثبوت الخيار تام.

و اذا منعه المؤجر فى بعض المدة ثم سلمه العين، فبالنسبة الى المنفعة الفائتة يجرى جميع ما ذكر فى تفويتها فى تمام المدة، و يمتاز عنه بثبوت خيار التبعض.

فان قيل: ان ثبوت خيار التبعض على القول بالانفساخ لا- إشكال فيه، و اما على الاقوال الأخر ففى ثبوته، فان المستأجر عليه ملك المجموع، فلو قلنا بثبوت اجرة المثل و التبريم كان العقد أثر اثره و التبريم مؤكد لبقاء أثر العقد فى الفائت و الباقي فلا تبعض، و كذا لو قلنا بالخيار، فان الخيار مؤكد لبقاء العقد و اعماله اقدم منه على التبعض و مثل ذلك لا يوجب الخيار.

قلنا: ان خيار التبعض كما يثبت فى التبعض فى الملك، كذلك يثبت فى التبعض فى الغرض المعامل، و المدرك واحد كما حقق فى مبحث الخيارات. و عليه ففى المقام حيث

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١١٥

[...]

انه يلزم التبعض فى الغرض المعامل، و هو الانتفاع بالمجموع، فيثبت الخيار.

و بما ذكرناه يظهر حكم ما لو سلمه المؤجر فى بعض المدة، ثم منعه فى بعضها الآخر، فانه فى المدة الباقية يجرى ما ذكرناه من التفويت فى تمام المدة، و بالنسبة الى المجموع يثبت خيار التبعض كما فى عكس المسألة.

فان قيل: ان من يقول بالانفساخ لقاعدة التلف قبل القبض، ليس له البناء عليه فى الفرض، لفرض كونه بعد القبض.

قلنا: ان المنفعة حيث تكون تدريجى الوجود، فكما ان وجودها تدريجى كذلك قبضها تدريجى، فبالنسبة الى المنفعة الباقية يكون من قبيل التلف قبل القبض.

٢- اذا استأجر شيئاً معيناً فتلف قبل قبضه، انفسخت الاجارة بلا خلاف. و يشهد له- مضافاً الى الاجماع على الحاق الاجارة بالبيع الذي ورد فيه النبوي: كل مبيع تلف قبضه فهو من مال بايعه «١» و خبر عقبه بن خالد «٢» كما الحقوا في ذلك الباب الثمن بالمبيع- ان المملوك بالاجارة انما هو المنفعة و هي تدريجية، فمع تلف العين قبل المدة المضروبة لا منفعة، فلا شيء حتى يملك بالاجارة. هذا في التلف الحقيقي، و اما التنزيلي منه فالبطالان او الانفساخ خلاف القاعدة ينحصر مدركه بالاجماع على اللاحق بالبيع، ثم ان مقتضى القاعدة هو بطلان الاجارة، و مقتضى اللاحق بالبيع هو

(١) المستدرک باب ٩ من ابواب الخيار- حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٠- من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١١٦

[...]

الانفساخ لا البطلان.

و لو تلف العين المستأجرة بعد القبض بلا- فصل، فالظاهر ان حكمه حكم التلف قبل القبض، فان مرجع تلفها الى عدم وجود المنفعة في وعائها فلا منفعة و لا قبض، فهو في الحقيقة من التلف قبل القبض.

و ما افاده صاحب الجواهر ره بانه بمجرد قبض العين يستحق الاجرة، و ان لم يخرج به عن ضمان المعاوضة.

غير تام، فان القبض الذي به يستحق الاجرة في باب الاجارة قبض المنفعة و قبض العين مقدمه له، و حيث لا منفعة في طرفها فلا قبض.

و اذا تلفت العين بعد مدة الاجارة و قبل قبضها، فقد يقال بانفساخ الاجارة، لانه من قبيل التلف قبل القبض.

وفيه: انه ان كانت الاجارة على المنفعة الموقته بوقت خاص، و تلفت العين بعد ذلك الوقت، فلا وجه للانفساخ و لا البطلان، اما

الثاني فلانه كان بملاك عدم المملوك و الفرض وجوده، و اما الاول فلانه بعد تلك المدة لا يكون المستأجر مالكا للمنفعة، حتى

يعود الى المؤجر بالانفساخ، و يعود ما بازائه الى المستأجر.

و دعوى ان مقتضى اطلاق الدليل الدال على حكم التلف قبل القبض الشامل للفرض، رجوع ما مضى من المنفعة غير المقبوضة،

مندفعة بان تلك المنفعة لم يعرضها التلف، و ما عرض له التلف لا يكون مملوكا، فلا موضوع لذلك الدليل.

قمّي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٩،

ص: ١١٦

و ان كانت الاجارة واقعة على منفعة العين الخارجية بنحو الكلي في المعين- كمنفعة الدابة في يوم من الاسبوع- و فرض تلفها بعد

مضى يوم واحد، فحيث ان الكلي في المعين يتعين قهراً بتلف ما عدا فرد منه، فلا محالة يكون المملوك هو الفرد غير التالف، فيجری

فيه ما ذكرناه في سابقه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١١٧

[...]

و اذا وقع عقد الاجارة على عين كلية، و توافقا على تعيينها في فرد فتلف فهل يصدق التلف قبل القبض من حيث انفساخ الاجارة كما

عن بعض، او من حيث انفساخ الوفاء كما افاده صاحب الجواهر، ام لا يصدق ذلك؟ وجهان، الظاهر عدم الصدق، لان الفرد التالف حيث لا يكون شيئاً فلا مورد للانطباق، فينكشف بالتلف فساد التعيين.

حكم منع الظالم من العين

٣- و لو منعه ظالم عن العين، فتارة يكون قبل القبض، و اخرى يكون بعده. فان كان قبله، فالظاهر هو الانفساخ، و ذلك من جهة كونه من قبيل التلف قبل القبض، الثابت كونه فى البيع موجبا للانفساخ بالنص «١» و ألحقوا به الاجارة و ذكروه ارسال المسلمات، و ذلك لان التلف و ان كان ظاهرا فى القهرى كما قدمناه، الا انه فى الفرض قهرى على المؤجر و المستأجر و ان كان اختيارياً للظالم، فهو نظير السرقة التى جعلها فى خبر عقبه بن خالد من قبيل التلف «٢» و معه لا يبقى مجال لدعوى ثبوت الخيار نظراً الى تعدد التسليم، فان ذلك موجب لانفساخ العقد و انعدام موضوع الخيار، فدليله وارد على دليل الخيار.

و لو كان ذلك بعد القبض، ففى المتن و الشرائع صحت الاجارة و كان له الرجوع الى الظالم. و استدلل له بان المؤجر قبض مورد الاجارة و خرج عن ضمانه،

(١) المستدرک باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١- كتاب التجارة.

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب الخيار حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ١١٨

[...]

فغصب الاجنبى العين المستأجرة كغصبه سائر امواله، لا يوجب الضمان على احد غير الغاصب.

و اورد عليه بان المعتبر فى المقام قبض المنفعة و هى تدريجية، فلا يكون قبضها دفعا، بل قبض العين فى كل زمان قبض لمنفعتها فى ذلك الزمان، فغصب الظالم للعين كمنع المؤجر عنها تلف او اتلاف قبل القبض للمنفعة الفاتئة، و التلف قبل القبض موجب لانفساخ الاجارة او بطلانها على اختلاف المسلكين.

و فيه ان ما افيد يتم فى منع المؤجر عنها- كما قدمناه- و لا يتم فى المقام، و ذلك لان القبض المعتبر لو سلمنا كونه عبارة عن تسليم العين خارجا، و لا تكفى التخليه و تمكين المستأجر من قبضها و استيفاء المنفعة، فلا اشكال فى ان ذلك فى الابتداء و الحدوث، و اما بقاء و استدامة فلا- توقف فى كفاية عدم الاسترداد و ادامة استيلائه فى صدقه. و عليه ففى مورد منع المؤجر نفسه باسترداده العين يرتفع القبض بقاء، و اما فى مورد منع الظالم فالبض من المؤجر باق، لانه لم يوجد ضد ادامة العين تحت يده، و لا يجب عليه التحفظ على ما قبضه بمنع الظالم للمستأجر. فالظاهر صحة الاجارة.

حكم انهدام المسكن

٤- فى حكم انهدام المسكن المستأجر، و نخبة القول فيه: انه تارة تفوت بانهدامه المنفعة المقصودة منه بالكلية و لا يمكن اعادته، و اخرى يمكن الاعادة. و على الثانى تارة تكون الاعادة ممكنة بسرعة بحيث لا يفوت شىء من المنفعة عرفاً، و اخرى يمكن الاعادة مع فوت مقدار من المنفعة. و على التقادير الاخيرة قد يعيده المؤجر، و قد لا يعيده.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١١٩

[...]

اما مع عدم امكان الاعادة، فهو من قبل التلف قبل القبض في اثناء المدّة، وقد تقدم حكمه و انه يوجب بطلان الاجارة او انفساخها على اختلاف المسلكين.

فان قيل: ان مورد عقد الاجارة هي عرصه الدار الباقية، و اما التركيب المقابل للانهدام فهو وصف للمعقود عليه، فلا يكون الانهدام موجبا للانفساخ.

قلنا: ان ذلك خلاف متفاهم العرف، فان المعقود عليه عندهم هو الدار بما هي دار.

و أما مع امكان الاعادة بسرعة و اعادة المالك اياه، فالظاهر انه لا خيار و لا انفساخ، لعدم فوات المنفعة في شيء من المدّة عرفاً، فلا تلف ايضاً.

و أما مع امكان الاعادة لكنه بمرور زمان يعتد به، فبالنسبة الى الزمان الذي لا بدّ من مروره يفسخ العقد بالنسبة الى منفعة المسكن في ذلك الزمان، و بالنسبة الى ما بعده لا يفسخ. و الاشكال عليه بان الاجارة واحدة كيف تنفسخ بالنسبة الى بعض و تبقى بالنسبة الى آخر، تقدم الجواب عنه، و عرفت انها منحلّة الى اجارات عديدة و ان كانت في الصورة واحدة، و للمستأجر الخيار لتبعض الملك و الغرض المعامل.

و أما مع امكان الاعادة و اهمال المؤجر، فالظاهر ان له الزامه باعادة البناء بملاك و جوب التسليم عليه، فان امتنع ثبت خيار الامتناع عن التسليم.

و لا يخفى انه من المناسب البحث في الاعذار العقلية و الشرعية المانعة من استيفاء المنافع:

فمنها: ما لو استأجره لقلع الضرس، فزال الالم عقيب العقد، فالمشهور بينهم سقوط الاجرة. و هو متين، فانه بزوال الالم ينكشف بطلان الاجارة من الاول، من جهة ان من شرائط صحة الاجارة- على ما مر- كون المنفعة مباحة، و قلع الضرس بدون الالم حرام على المشهور، فالمنفعة في ظرفها محرمة و ان كانت مباحة في ظرف عقد

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٢٠

[...]

الاجارة، فتأمل.

استئجار المرأة للارضاع

و منها: ما اذا استأجر المرأة للارضاع و صادف مطالبة الزوج للاستمتاع. و قبل بيان حكمه لا بدّ من التعرض لحكم هذا الاستئجار جوازاً و منعاً في نفسه، فنقول: قد اضطربت كلمات القوم فيه و في نظائره، كاجارة الفحل للضراب، و الحمام للاستحمام، و ما شاكل. و منشأ الاشكال فيها ان هذه الاعيان- اي اللبن في المرضعة و الشاة، و الماء في الحمام، و ما شاكل- ان لم تكن مملوكة بعقد الاجارة فما المجوز للانتفاع بها، و ان كانت مملوكة فما المملك لها، اذ المفروض انه ليس غير الاجارة، و هي لا تقتضى الا ملك المنفعة و لا تقتضى ملك الاعيان.

و اجابوا عنه تارة بالاجماع على صحة الاجارة في هذه الموارد.

و اخرى بان المنفعة أمر عرفي ربما تصدق على بعض الاعيان، و يراه العرف منفعه لعين اخرى، و ان كان لو لوحظ مستقلا كان من الاعيان، نظير اللبن للمرأة و الشاة، و الثمرة للشجرة، و الماء للحمام.
و ثالثة- كما افاده المحقق الاصفهاني - بان العمل و المنفعة في هذه الموارد على قسمين:
احدهما: ان الاستيفاء يستتبع تلف العين، كالاستحمام في ماء الحمام بالدخول و الخروج، و كالإرضاع او الرضاع بدخول اللبن في معدة الصبي، و كالضراب بدخول النطفة في رحم الدابة.
الثاني: ان الاستيفاء يستتبع وجود عين، كالاستقاء من البئر، و حلب الشاة
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٢١
[...]

و اخراج لبنها، و اقتطاف الثمرة من الشجرة.
اما القسم الاول فما هو مناف لحقيقة الاجارة ملك العين لا اقتضاها تلف العين، ضرورة ان استيفاء المنفعة يلازم غالبا تلف العين، كما في استيفاء المنفعة من الدار بسكنها فانه يوجب تلف مقدار منها، و استيفائها من الدابة ربما يوجب هزها او جرح ظهرها، و هكذا، و هذه اللوازم جائزة و مستحق عليها بنفس تشريع الاجارة و استحقاق استيفاء المنفعة.
و أما القسم الثاني فيلتزم فيه بان ملكية هذه الاعيان انما هي بتبع ملكية المنافع، و هذا لا محذور فيه، فان المحذور في صيرورة هذه مملوكة بنفس عقد الاجارة، و الا- فكما ان البيع لنقل الاعيان و يستلزم تملك العين تملك المنافع و لم يتوهم احد الاشكال فيه كذلك في المقام الاجارة لنقل المنافع و لكن ملكية المنافع ربما تستلزم ملكية الاعيان و لا محذور في ذلك.
و يمكن المناقشة في الجميع:
اما الاول فلان الاجماع قائم على الصحة في هذه الموارد، لا على الصحة بعنوان الاجارة، و لعلها من جهة انطباق عنوان آخر- الذي سيمر عليك- و به يظهر حال ما دلّ من الكتاب «١» و السنة «٢» على جواز اخذ الاجر على الارضاع، لعدم ظهوره في الاجارة.
و أما الثاني فلان لازمه جواز تملك تلك الاعيان ابتداء كما يجوز تملك سكنى الدار، و لا أظن ان يلتزم به احد، اللهم الا ان يقال: انها انما تعدّ منفعه اذا لوحظت

(١) الطلاق آية ٧.

(٢) الوسائل باب ٧١ من ابواب احكام الاولاد- كتاب النكاح.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٢٢

[...]

لعين اخرى لا فيما اذا لوحظت مستقلة.
و أما الثالث فلانه يرد على ما افيد في القسم الاول: ان تلف العين ان كان من لوازم الانتفاع و استيفاء المنفعة التي وقعت الاجارة عليها جاز، و الا- فلا- يجوز، و في الامثلة المشار اليها انما يتلف الماء في الحمام و اللبن في الارضاع و النطفة في الضراب للانتفاع بنفس تلك الاشياء و استيفائها، فماء الحمام انما يتلف باستيفاء منفعه الماء لا منفعه الحمام، و النطفة تتلف باستيفائها لا باستيفاء منفعه الفحل، و اللبن يتلف لا باستيفاء منفعه المرأة. فان التزم بكون هذه الاشياء بانفسها منافع فيعود ذلك الى الوجه الثاني، و ان التزم بوقوع الاجارة عليها فمنافعها تملك بالاجارة، فيرد عليه ما تقدم من ان اجارة ما يتلف باستيفاء المنفعة لا يجوز.

و يرد على ما افيد في القسم الثاني: ان التبعية في الملكية تحتاج الى دليل من بناء العقلاء او غيره، و لا دليل على تبعية ملكية تلك الاعيان لملكية منافع الاعيان الأخرى، اى ملكية الماء و اللبن و الثمرة لملكية منافع الشاة و البئر و الشجرة. اضعف اليه انه لا- يتصور للشجرة منفعة تستتبع الثمرة، فان قابلية الشجرة للاثمار غير استيفائية، و الاقتطاف فعل المقتطف لا منفعة الشجرة.

و اضعف الى جميع ما ذكرناه انه في بعض تلك الموارد يكون بعض الشرائط الأخر مفقودا، مثلا في الاستحمام تكون مدته و مقدار الماء الذى يتلف مجهولتين.

و الحق ان الظاهر في جملة من تلك الموارد كونها من قبيل الاباحة بالعوض، التى قد مر في بعض المباحث السابقة من هذا الكتاب الدليل على مشروعيتها و لزومها، و بينا انها بنفسها معاملة مستقلة، و بالالتزام بذلك يندفع الاشكال فى كثير من الموارد، كالاتحمام و ارضاع المرأة و اقتطاف الثمرة من الشجرة، بل فى جميع فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٢٣ [...]

الموارد المتقدمة اليها الاشارة.

مطالبة الزوج بالاستمتاع فى الزمان المعين للاجارة

اذا عرفت ذلك، فيقع الكلام فيما لو استأجر المرأة للارضاع، بناء على صحة الاجارة او وقع المعاملة عليها بالنحو المشروع، ثم طالبها الزوج بالاستمتاع، فانه يجب عليها التمكين و هو ينافى الارضاع الواجب عليها. و محل الكلام صور ثلاث:

الاولى: ان يبنى على جواز الارضاع بلا- اذن الزوج، فى صورة عدم المنافاة لحق الاستمتاع الثابت عليها فى اوقاتها بنحو الكلى فى المعين.

الثانية: ما اذا كان الزوج فى السفر او مريضا، فاتفق عود الزوج و زوال المرض، و طالبها بالاستمتاع فى الزمان المعين للاجارة.

الثالثة: ما اذا آجرت نفسها للارضاع قبل النكاح.

اما الصورة الاولى، فان قلنا بان للزوج حق الاستمتاع فى جميع الاوقات بنحو الاستغراق، فلا اشكال فى بطلان الاجارة المفروضة، فان المرأة تكون حينئذ نظير الاجير الخاص، و لكن الظاهر انه ليس كذلك. و عليه فحيث لا يمكن الالتزام بان الاستمتاع الذى يملكه الزوج انما هو الاستمتاع فى زمان معين لعدم المعين شرعا، و لا فى زمان مردد لان المراد من حيث هو مردد لا حقيقة له و لا تحقق فلا- يملك، و لا- معلقا على اى وقت شاء الزوج لان هذا الحق ثابت شاء الزوج ام لم يشاء، فلا محالة يكون بنحو الكلى فى المعين، غاية الأمر أن ولاية التعيين بيد الزوج.

فان كان الارضاع ايضا بنحو الكلى فى المعين، و كانت ولاية التعيين بيد المرأة، لا إشكال فى انه لا يجوز لها الارضاع مع مطالبة الزوج للاستمتاع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٢٤

[...]

و اما ان كان الارضاع الذى هو مورد للمعاملة الارضاع فى وقت خاص، فمن حيث صحة العقد لا إشكال من جهة تمامية اركانه و

شرايطه، حتى اباحة المنفعة اذ لو فرضنا ان يكون واجبا عليها الاجابة، لما كان الارضاع محرماً الا على القول باقتضاء الامر بالشىء للنهى عن ضده، وحتى القدرة على التسليم كما مر مرارا. فاذا صحت الاجارة وجب الوفاء بها، و اذا وجب عليها الوفاء بالاجارة وقع التراحم بين ذلك و بين ما دل على وجوب الاجابة للزوج، فتتخير بينهما. هذا هو حق القول فى المقام، و لكن حيث ان المشهور بين الاصحاب بطلان الاجارة- اما مطلقا او فيما ينافى- فالاحوط ترك الاجارة فى المنافى الا باذن الزوج.

و أما الصورة الثانية ففيها اقوال:

- ١- انفساخ الاجارة، لمصادفتها فى الواقع للمانع فهى باطله واقعا، لعله المشهور بينهم.
 - ٢- بقاء الاجارة على صحتها، و وجوب تقديم حق الزوج على حق المستاجر عليها، و حينئذ تفسخ المرأة الاجارة، اختاره صاحب الجواهر ره.
 - ٣- صحة الاجارة و وجوب تقديم حق الزوج، مع ثبوت حق الفسخ للمستاجر، لتعذر التسليم او لعدم التسليم خارجا.
 - ٤- صحة الاجارة، و كونها مخيرة فى تقديم اى الحقين شاءت.
- اما صحة الاجارة فيظهر وجهها مما قدمناه فى الصورة السابقة، و كذلك تخييرها بين تقديم حق الزوج او حق المستاجر، الا ان تقديم حق الزوج فى كلماتهم من المسلمات، و كفى به مرجحا فى باب التراحم.
- و أما ثبوت الخيار للمستاجر، فالظاهر انه لا إشكال فيه ان قدمت الزوجة حق الزوج، لعدم تسليم حقه، فمقتضى الشرط الضمنى ان له الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٢٥

[...]

و اما ثبوت الخيار للزوجة، فلم يظهر لى وجهه اذ لا موجب له حتى من ناحية الضرر، لعدم الضرر عليها فى بقاء الاجارة على حالها، و لذا ربما يقال ان عبارة الجواهر مصحفة، و العبارة الصحيحة: انه تنفسخ الاجارة، لا انها تفسخ الاجارة.

و أما الصورة الثالثة، فلا اشكال فى عدم بطلان الاجارة، لان المرأة كانت مالكة لنفسها بالملكية المرسله الابديه قبل النكاح، فجارت نفسها و خرجت هذه المنفعة عن ملكها، فبعد ما تزوجت تكون بدون هذه المنفعة متعلقة لحق الزوج، فالمرأة فى المقام كالدار التى استؤجرت ثم باعها من شخص ثالث.

و بعد ما تزوجت اذا طالبها الزوج للاستمتاع فى وقت معين، و كان ذلك الوقت مختصاً بالارضاع، قدّمت حق المستاجر بلا كلام، اذ ليس للزوج طلب الاستمتاع فى ذلك الوقت لما مر.

و ان كان غير مختص به قدمت حق الزوج، لانه بالمطالبة يجب عليها تعيينا الاجابة. و الواجب بالاجارة موسع، و من الواضح ان الواجب الموسع لا يصلح للمزاحمة مع الواجب المضيق، فما هو المشهور بين الاصحاب من تقديم حق المستاجر هنا انما هو فى الفرض الاول لا الثانى.

و ان كان غير مختص به، و لكن كان حقّ التعيين للمستاجر، فعين للارضاع وقت مطالبة الزوج بالاستمتاع، فالظاهر هو التخيير لها فى تقديم ايهما شاءت.

استئجار المرأة لكنس المسجد

و منها: ما اذا استأجر المرأة لكنس المسجد مباشرة فى وقت خاص، فحاضت المرأة فى تلك المدة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٢٦

[...]

قالوا: انه يظهر من عروض الحيض بطلان الاجارة نظرا الى حرمة العمل، فان الكنس حرام على المرأة فلا يصح تملكه بالاجارة. و لكن يرد على ذلك: ان الكنس بعنوانه لا- يحرم، بل ان توقف على اللبث في المسجد حرمت مقدمته عليها، فنفس ما وقع عليه الاجارة لا يكون محرما كي تبطل الاجارة، و لا تسرى الحرمة من مقدمته اليه. فان قيل: انه من جهة حرمة مقدمته لا تقدر هي على تسليمه، فتبطل الاجارة لذلك. قلنا: انه قد تقدم مرارا ان غير المقدور الشرعي لا محذور في اجارته، مع انه بنفسه ليس غير مقدور شرعاً بل مقدمته كذلك. فالظاهر صحة الاجارة، و لذا لو فعلت محرما و كنست المسجد استحقت الاجارة.

ثم انه على فرض الصحة تقع المزاحمة بين حرمة المقدمة و وجوب الكنس عملاً بدليل الاجارة. و لكن الظاهر تسالمهم على سقوط وجوب ذى المقدمة مع حرمة مقدمته ما لم يحرز اهمية الوجوب، و على اى حال الظاهر عدم الخلاف بينهم في تقديم حرمة اللبث في المقام.

و منها: ما اذا استأجر الدابة للسفر الى الحج فحدث مانع عن السلوك، فتارة يكون المانع عاما، و اخرى يكون خاصا. فعلى الاول تبطل الاجارة، لامتناع استيفاء هذه المنفعة، فلا تكون مثل هذه المنفعة مألأ عرفا كي تملك بعوض. و ان كان خاصا، فان كانت المنفعة المملوكة مقيدة بالمباشرة بطلت ايضاً، لان المفروض ان هذه الحصة من المنفعة لا يمكن استيفائها، فلا يصح تملكها بالاجارة. و ان لم تكن مقيدة بها صحت الاجارة و لا خيار، لان له ان يؤجرها بالغير، فلا موجب للبطلان و لا للخيار.

و منها: ما اذا استأجر دارا في بلد فعرض خوف يمنع عن السكنى، فان كان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٢٧

[...]

عاما بطلت الاجارة، لان هذه المنفعة المحفوفة بالمانع لا مالية لها عند العرف، فلا يصح تملكها بالاجارة. و ان كان خاصا، صحت الاجارة حتى مع قيديّة المباشرة لبقاء المالية، الا اذا كان الخوف موجبا لحرمة استيفاء المنفعة عليه، فان مورد الاجارة حينئذ منفعة محرمة و قد اشترطنا اباحتها.

و ما افاده المحقق الاصفهاني ره من ان حرمة استيفاء المنفعة عليه لعارض لا دخل لها بحرمة المنفعة حتى مع قيديّة المباشرة، فان غايته ان المملوك حصة ملازمة لحصة محرمة، غريب، فان حرمة المنفعة لا- معنى لها الا- حرمة استيفائها، اذ الحرمة تتعلق بالفعل لا بالموجود الخارجي، فمعنى اشتراط اباحة المنفعة اباحة استيفائها و المفروض في المورد حرمة. فالظاهر هو البطلان في هذه الصورة.

نعم، مع عدم قيديّة المباشرة، حرمة الاستيفاء عليه لا تلازم حرمة المنفعة بقول مطلق، فلا مانع من صحة الاجارة.

ثم ان في المقام موارد اخر، حيث انه يظهر الحكم فيها مما ذكرناه في هذه الموارد، فلا حاجة الى ذكرها.

الاختلاف في الاجارة

التاسعة في الاختلاف في الاجارة، وفيه فروع:

١-

لو اختلفا في انه آجره داره او غيرها الى مدة كذا او اعاره اياها

فتارة يكون مدعى الاجارة هو المالك و غرضه الزامه بالاجرة، و اخرى يكون المدعى لها هو القابض و غرضه منع المالك من تملك الاسترداد الى آخر المدة او غير ذلك. و على الاول اما ان يكون النزاع في اثناء استيفاء المنفعة، او قبل استيفائه شيئاً منها، او بعد

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٢٨

و القول قول منكر الاجارة مع عدم بينة المدعى

انقضائها.

فان كان المدعى هو المالك و كان قبل الاستيفاء، فلا اشكال في ان القول قول منكر الاجارة، مع عدم بينة المدعى يمينه. و ان كان النزاع بعد الاستيفاء او في اثناء ذلك، فعن جماعة ان القول قول المنكر و هو ظاهر المتن، و عن المشهور ان القول قول المالك، و عن بعضهم التحالف، و عن الشيخ استعمال القرعة في تعيين المنكر منهما فيكون القول قوله يمينه. و استدل في ملحقات العروة للاول اذا كان محط الدعوى استحقاق الاجرة و عدمه او كان الغرض منهما ذلك، و ان كان مصب الدعوى ان الواقع اى العقدين، باصالة عدم الاجارة، قال: و لا يعارضها اصالة عدم الاعارة، لانها لا تثبت الضمان الا بضميمة العلم الاجمالي، بخلاف اصالة عدم الاجارة، فانها موجبة لعدم الضمان بنفسها. و فيه: انه في تعارض الاصول في اطراف العلم الاجمالي و تساقطهما، لا يعتبر سوى ترتب الاثر على كل من الاصلين، كان الاثر غرضه ام لم يكن، فاذا فرضنا ترتب الاثر على اصالة عدم الاعارة على ما يعترف به فيما لو كان الغرض في تشخيص الواقع بملاحظة خصوصية تعارض اصالة عدم الاجارة مع اصالة عدم الاعارة و تتساقطان. فالحق ان يستدل له باصالة البراءة عن الضمان، فالقول قول منكر الضمان. و استدل للمشهور تارة بان مقتضى قاعدتي اليد «١» و الاتلاف «٢» هو الضمان،

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠- كتر العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

(٢) المصطادة من الاخبار الواردة في الموارد الخاصة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٢٩

]....

فان الاستفادة منهما كون الاصل هو الضمان في الاموال التالفة عند غير مالكيها عم من الاعيان و المنافع.

و اخرى بقاعدة الاحترام الثابتة بالاخبار «١».

و ثالثة بموثق اسحاق عن ابي الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاغت، فقال الرجل: كانت عندي وديعة، و قال الآخر: انما كانت لي عليك قرضا، فقال عليه السلام: المال لازم له، الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة «٢». بتقريب انه من المعلوم كون

تقديم قول مدعى القرض، لاجل احترام مال المسلم، وهذه العلة موجودة في المقام.
و لكن يرد على الاول: اولاً: ان المتنازعين متوافقان على عدم ثبوت اجرة المثل التي هي مفاد القاعدتين، اما القابض فلادعائه العارية، و اما المالك فلانه يدعى ثبوت الاجرة المسماة.
و ثانياً: انه لو سلم كون مفادهما الضمان اعتم من المسمى او المثل، حيث انه لا ريب في ان ذلك خصص بما اذا لم يكن عاريه، فمع الشك فيها يشك في صدق المخصص، فالتمسك بالقاعدتين تمسك بالعام في الشبهة المصدقية و هو لا يجوز.
و بذلك يظهر ما في الوجه الثاني، مع ان في كونها مثبتة للضمان كلا ما تقدم في كتاب البيع.
و أما الوجه الثالث فيرد عليه: ان العلة المذكورة ليست منصوصة بل هي مستنبطة ظنية، و الظن لا يغني عن الحق شيئاً، مع انه في مورد الخبر النزاع في عوض

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى- و باب ٣ من ابواب القصاص في النفس حديث ٣ و باب ٤٠ من ابواب كتاب الشهادات.

(٢) الوسائل باب ٧- من ابواب الوديعه حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٣٠

[...]

المثل، و في المقام في العوض المسمى، فقياس المقام عليه مع الفارق.
و بما ذكرناه يظهر مدرك القول الثالث، و هو تعارض الاصلين فالمتبع هو التحالف، و قد اختاره السيد فيما لو كان الغرض تشخيص الواقع بملاحظة خصوصية، و هو يتم اذا لم تكن تلك الخصوصية مورد الاصل العدم.
و أما الرابع فلعل وجهه ما دل «١» على لزوم القرعة لتعيين المنكر، فيما اذا لم يتميز المدعى عن المنكر. و يرده- مضافاً الى ما مر من التمييز في المقام- ما سيأتي في كتاب القضاء من اختصاصه بموارد خاصة. فالظاهر هو القول الاول.
هذا كله بالنسبة الى الضمان و عدمه. و اما بالنسبة الى جواز استيفائه المنفعة، فالظاهر جوازه ما لم يسترده المالك، لتوافقهما عليه. و ان استرد فالمالك يعترف بانه ليس له ذلك اذا بذل القابض العوض، و القابض يعترف بثبوت له، فليس للمالك الاسترداد لاقاره كما ليس للقابض الانتفاع بمقتضى اقراره، الا- ان للمالك التصرف فيه و استيفاء منفعته ان لم يبذل القابض العوض مقاصه، و للقابض ذلك مع بذله بهذا العنوان ايضاً.
و أما على الثاني، و هو ما لو كان مدعى الاجارة هو القابض فيدعى مالكيته للمنفعة و مدعى العارية المالك، فالظاهر تقديم قول المالك، لا لأصالة عدم الاجارة لما مر من تعارضها مع اصالة عدم العارية، بل لأصالة بقائها في ملكه و عدم انتقالها الى القابض. نعم، اذا كانت العين بيد القابض لا يبعد دعوى كون يده عليها الموجب لكون المنفعة تحت استيلائه، و يده اماره الملكية، و اليد تقدم على الاصل، فالقول قوله حينئذ.

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٣١

و قول المستأجر في قدر الاجرة

اختلاف المؤجر والمستأجر في مقدار الاجرة

٢- اذا اختلفا في مقدار الاجرة- كما لو ادعى المؤجر انها عشرة، و قال المستأجر ان الاجرة خمسة- فمع عدم البيئة لاحدهما فيه اقوال: احدها: ما في المتن، قال: و قول المستأجر في قدر الاجرة، و هو المشهور بين الاصحاب.

ثانيها: ما اختاره صاحب الجواهر ره، و هو ان القول قول المستأجر لو كان مصب الدعوى الزيادة و النقصان، و التحالف اذا كان مصب الدعوى ان العقد وقع على الخمسة او العشرة.

ثالثها: ما عن الشيخ في المبسوط، و هو التحالف مطلقاً، ثم الرجوع الى اجرة المثل.

رابعها: ما للشيخ ايضاً، و تبعه في المستند، و هو الرجوع الى القرعة.

خامسها: ماله ايضاً، و هو التفصيل بين النزاع قبل انقضاء الاجل فالتحالف، او بعده فالقرعة او تقديم قول المستأجر متردداً بينهما.

و الاظهر هو الاول، لان وقوع العقد على الاقل معلوم- اما في ضمن الاكثر او مستقلاً- و وقوعه على الزائد مشكوك فيه، يجرى فيه الاصل. و دعوى انه يعارضه اصالة عدم وقوع العقد على الاقل بخصوصه، مندفعه بان هذا الاصل لعدم ترتب الاثر عليه لا يجرى.

مع انه مع الاغماض عن ذلك يمكن ان يقال: ان مصب الدعوى كان هو العقد و انه وقع على الخمسة او العشرة، ام كان هو استحقاق الزيادة، تجرى اصالة عدم

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٣٢

[...]

الزيادة و عدم وقوع العقد على العشرة، اما الاولى فواضحة، و اما الثانية فلانه بها ينفي استحقاق الزيادة. و لا يعارضها اصالة عدم وقوع العقد على الخمسة، لانه لا يثبت بها استحقاق الزيادة، فان ذلك من آثار وقوع العقد على العشرة، لا عدم الوقوع على الخمسة. فقول المستأجر موافق للاصل مطلقاً.

ثم ان الحكم بالتحالف في الموارد التي يكون كل من الطرفين مدعياً و منكراً، لم يظهر لنا وجهه، و سيأتي الكلام فيه في كتاب القضاء. و اجمال ما يخطر بالبال ان ما دل على ان الحلف على المدعى عليه «١» مختص بما اذا كان كذلك محضاً، على ما يظهر من المقابلة بينه و بين ثبوت البيئة على المدعى.

ثم على تقدير القول بالتحالف، لا وجه للرجوع بعده الى اجرة المثل، فان حلف كل منهما ينفي ظاهراً ما يدعيه الآخر من وقوع العقد على الاجرة الخاصة، و لا ينفي وقوع العقد على الاجرة المسماة المعلوم الذي هو مورد توافقهما.

بل لا بد و ان يقال بعد التحالف: ان انتقال المنفعة الى المستأجر معلوم، و اشتغال ذمته باجرة معينة ايضاً معلوم و هو مردد بين الاقل و الاكثر، فيقدم قول مدعى الاقل بيمينه، لان الاشتغال به معلوم و الزائد مشكوك فيه يرتفع بالاصل، كما لو علما بوقوع العقد على احد الوجهين بلا نزاع بينهما لجهلها معا بالتعيين. و بعبارة اخرى: ان الاصل الجارى في العقد من قبيل الاصل الجارى في السبب، و ما يجرى في اشتغال الذمة من قبيل الاصل الجارى في المسبب، و معلوم انه مع عدم جريان الاصل في السبب يجرى في المسبب.

فان قيل: ان حلف كل منهما ينفي احدي الخصوصيتين، فبحلفهما تنفيان معا،

(١) الوسائل باب ٣- من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٣٣

والتفريط وقيمة العين

و حيث ان عدم خصوصية اخرى معلوم فيحكم في ظاهر الشرع بعدم وقوع عقد بينهما، فالمتبع ما يدل على ثبوت اجرة المثل. قلنا: ان الحلف انما ينفي ما لم يعلم ثبوته، و وقوع العقد على احدى الاجرتين معلوم، فلا ينفى الحلف. و ان شئت قلت: المحلوف عليه ليس عدم وقوع العقد، بل عدم تعلقه بخصوصية خاصة، فلا وجه للحكم بعدمه بالحلف. و بما ذكرناه يظهر حكم ما لو اختلفا في التفريط فانه يقدم قول المستأجر المدعى لعدمه.

٣- اذا قال: آجرتك نصف الدار بعشرة دراهم، و قال الآخر: بل آجرتني تمام الدار بعشرة، فهو عكس الفرع السابق، اذ المؤجر هنا يدعى الاقل و المستأجر يدعى الاكثر، فيعكس الحكم و يجري على كل منهما عكس ما جرى عليه في الفرع المتقدم.

٤- لو تعدى بالعين المستأجرة فتلقت او تعينت، لا إشكال في ان المستأجر ضامن. و لو اختلفا في قيمة العين فعن الحلبي و اكثر المتأخرين بل عامتهم ان القول قول الغارم مع يمينه، و استدلل له باصالة عدم الزيادة، و بانه منكر فيكون القول قوله، و لا يخفى رجوع الوجهين الى وجه واحد.

انما الاشكال في انه في ذيل صحيح ابى و لاد المتقدم ما يدل على ان القول قول المالك، و ان وظيفته الحلف الا ان يرد الحلف على القابض: قال: قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال عليه السلام: أنت و هو، اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٣٤ و قول المالك في رد العين و قدر المستأجر،

البغل حين اكرى كذا و كذا فيلزمك «١» الحديث.

و قد عمل به الشيخ قده في محكي النهاية، و المفيد في محكي المقنعة، و نسبة المصنف ره الى الاكثر، و انما لم يعمل به جماعة بل في الرياض عامة المتأخرين من جهة مخالفته لموازنين باب القضاء، فان المالك يدعى الزيادة فقوله مخالف للاصل، فيكون هو مدعى و وظيفته اقامة البينة، و القابض منكرًا و وظيفته الحلف أو رد الحلف، و قد حكم في الخبر بانه يحلف صاحب المال، أو يرد الحلف على الغاصب المتعدى. ثم انه على فرض كونه منكرًا، فما معنى جعل اقامة البينة وظيفته مع ان البينة على المدعى! و اجيب عن ذلك باجوبة.

و الحق ان يقال: ان الصحيح يحمل على التعبد و يخصص به القاعدة العامة، و لعل السر في ذلك ان المفروض في مورد الخبر غضب البغل، و من شئون اخذ الغاصب باشق الاحوال عدم قبول قوله ما لم يرد الحلف عليه، و ان لا يطلب منه بشيء من موازين القضاء، بل يوجه الخطاب الى المالك، و على ذلك فالظاهر ان القول قول المالك مع يمينه.

٥- لو اختلفا في ان العين المستأجرة بعد انقضاء الاجل هل ردت الى المالك ام لا؟ فلا اشكال و لا خلاف في ان القول قول المالك في عدم رد العين، لانه منكر للرد و الاصل عدمه.

و قد مر ايضا انهما لو اختلفا في قدر المستأجر القول قول المالك، لاحظ ما ذكرناه في الفرع الرابع.

(١) الوسائل باب ١٧- من كتاب الاجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٣٥

و كل موضع يبطل فيه الاجارة يثبت فيه اجرة المثل

كل موضع تبطل فيه الاجارة يثبت فيه اجرة المثل

العاشرة: و كل موضع تبطل فيه الاجارة يثبت فيه اجرة المثل سواء زادت عن المسمأة او نقصت عنها، بلا خلاف فيه، و فى الجواهر: بل قد يظهر من ارسالهم ذلك ارسال المسلمات انه من القطعيات. و الحق ان يقال: انه تارة يستوفى المنفعة، و اخرى لا يستوفاهما و لكن تتلف تحت يده، و ثالثة لا يكون مستوفياً و لا المنفعة تالفه تحت يده.

اما الصورة الاولى، فالظاهر ضمان المستوفى للمنافع، لعموم على اليد ما اخذت «١». و اورد على التمسك به لضمان المنافع بايرادين: احدهما: ما افاده الشيخ الاعظم قده، و هو عدم صدق الاخذ بالاضافة الى المنافع. وفيه: انه ليس المراد بالاخذ بالخبر لجملة من الاعيان - كالدار و العقار و ما شاكل - بل الاخذ كناية عن الاستيلاء على الشىء، و الاخذ بهذا المعنى يصدق بالاضافة الى المنافع ايضاً، اذ الاستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين، اذ المنفعة هى ما فى العين من القابلية، كقابلية الدابة للركوب. و الدار للسكنى، و هذه القابلية من مراتب وجود العين، و الاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شئونها و مراتب وجودها، و منها القابلية للانتفاع. ثانيهما: ما افاده المحقق الاصفهاني ره، و هو عدم صدق التأديء فى المنافع، فان ظاهر قوله: حتى تؤدى، كون عهدة المأخوذ مغياة باداء نفس المأخوذ، و المنافع

(١) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ١٣٦

[...]

لتدرجها فى الوجود لا أداء لها بعد أخذها فى حد ذاتها.

وفيه: ان الغاية فى الخبر ليست أداء شخص ما اخذ، و الأبقى الضمان فى صورة التلف و أداء العوض لعدم تحقق أداء الشخص، بل المراد به اعم من أداء الشخص و أداء العوض غاية الامر يكون بنحو الطولية، و المنافع و ان لم يمكن ردّها الا انه يمكن ردّ عوضها. و للرواية الشريفة الواردة فى الأمة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان أولدها المشتري، الدالة على انه يأخذ الرجل ولده بالقيمة «١». فان الخبر يدل على ضمان المنفعة المستوفاه، و مورده و ان كان هو البيع، الا ان ثبوت ضمان المنفعة فى البيع الفاسد الذى لا ضمان فى صحيحه للمنفعة، مستلزم لضمانها فى الاجارة الفاسدة بالأولوية.

و لصحيحة ابى ولاد المتقدمة: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة الى النيل، و ذاهباً من النيل الى بغداد، و مثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة و توفيه اياه «٢» الحديث.

و لقاعدة من اتلف، الاستفادة من النصوص الواردة فى موارد خاصة، و جملة منها موارد العقود الاستيمانية - كالكالة و المضاربة و الرهن و غيرها - فانه حكم فيها بالضمان مع التعدى و التفريط، و جملة منها فى غيرها، مثل ما ورد فى القصار يخرق الثوب من قوله عليه السلام: فهو ضامن بما جنت به يده «٣» و غيره.

و أما الصورة الثانية و هى عدم استيفاء المنفعة و فوتها تحت يده، فالظاهر هو ثبوت الضمان، لحديث على اليد - بالتقريب المتقدم - و لقاعدة الاتلاف، فان حبس

(١) الوسائل باب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ١٧ من كتاب الاجارة حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٢٩ - من ابواب الاجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٣٧

[...]

العين و منع مالکها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا.

و عن المحقق الخراساني ره الاستدلال له بان من آثار ضمان العين ضمان منافعها، فالدليل على ضمان العين دليل على ضمان منافعها. وفيه اولاً: ما عرفت من ان الاظهر عدم ضمان العين في المقام.

و ثانياً: انه ان اراد بذلك انه يصدق الاستيلاء و اليد على المنافع بالاستيلاء و اليد على العين، فهو يرجع الى ما ذكرناه من التمسك بحديث اليد. و ان اراد به ما ذكره بعض المحققين من ان اداء العين المجعول غاية للضمان لا يكون الا بادائها بمنافعها و فروعها، فيرد عليه: انه ان لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين، لما كان يجدي شمول الحديث للعين في ضمانها، فان الغاية اداء نفس ما يكون تحت اليد لا شيء آخر. و ان اراد به غير ذلك فعليه البيان.

و يشهد للضمان في الصورتين قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فان المنافع تضمن في الاجارة الصحيحة فتضمن في فاسدها ايضا.

و أما الصورة الثالثة فعدم الضمان فيها ظاهر.

ثم ان الشهيد قد استثنى من ذلك ما لو كان الفساد باشتراط عدم الاجرة في العقد، او عدم ذكرها فيه، لدخول العامل على ذلك. و في محكي جامع المقاصد قال - بعد ما حكاه -: انه صحيح في العمل، اما مثل سكنى الدار التي يستوفيه المستأجر بنفسه، فان اشتراط عدم العوض انما كان في العقد الفاسد الذي لا أثر لما تضمنه من التراضي، فحقه وجوب اجرة المثل، و مثله ما لو باعه على انه لا ثمن له. و اما لو كان مورد الاجارة منفعلة الاجير، فيعمل بنفسه مع فسادها فوجه عدم استحقاقه شيئاً ظاهراً، لانه متبرع بالعمل، و هو المباشر لاتلاف المنفعة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٣٨

[...]

و وجه في المسالك عدم الضمان في المنفعة ايضا بانه يرجع في مثل ذلك الى العارية و ان عبر عنها بلفظ الاجارة، لان التصريح بعدم الاجرة اقوى من الظهور المستفاد من لفظ الاجارة، و النص مقدم على الظاهر فيحكم بانه عارية، اذ هي لا تنحصر في لفظ، بل يكفي فيها كل ما دل على التبرع بالمنفعة.

و استدلل لعدم الضمان فيها في الجواهر بقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، بناء على ارادة اشخاص العقود منها لا أصنافها، اذ لا ريب في عدم الضمان في المقام لو فرض صحة العقد المزبور، فكذا لا يضمن به على الفساد للقاعدة المزبورة.

و لكنّه يرد على ما افاده في الجواهر:

اولاً: ان عموم العقود في القاعدة ليس افرادياً، لان ظاهر قولهم: لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، وجود الفردين فيما هو الموضوع لهذا الحكم، و لو حمل العام على الافراد تعين حمل الصحيح فيها على الفرض و التقدير، فيقال ان هذه الاجارة الفاسدة لو كانت

صحيحة كان يضمن بها، فكذلك في هذا الفرض و هو خلاف الظاهر.

و ثانيا: ان القاعدة و عكسها انما هما في صورة التلف، و لا تشملان صورة الاتلاف.

و أما ما افاده الشهيد الثاني ره فيرد عليه: ان عقد العارية الذي هو موضوع لاحكام خاصة، يعتبر في انشائه ما يعتبر في سائر العقود، فكما انه في غيره لا يصح انشاء عقد بما وضع لعقد آخر فكذلك في المقام.

و لكن يمكن ان ينتصر لما افاده الشهيد ره- و به يظهر ما في جامع المقاصد- بوجهين:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٣٩

و يصح اجارة المشاع

احدهما: ان ضمان المنافع لو كان فانما هو لقاعدة اليد، او لقاعدة الاتلاف، او لقاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفساده- بتقريب ان في صحيح الاجارة ضمانا بالنسبة الى المنافع فكذا في فاسدها- او للخبرين المتقدمين، و شيء من تلكم لا يشمل المقام: اما الاولان فلانصراف حديث اليد و كذا من اتلف عن اليد المستندة الى التسليط المجاني و الاتلاف المبني عليه، و لعل وجهه ان القاعدتين انما تكونان من القواعد العقلائية الممضاة شرعا لا من التبعديّة الصرفة، و هي انما تكون لاجل احترام المال، و لا ريب في سقوط الاحترام بتسليط المالك غيره مجانا.

و أما القاعدة الثالثة فمدر كها اما الاجماع، او اقدام الأخذ على الضمان، او قاعدة اليد. اما الاجماع فغير ثابت في المقام، اما اقدام فالمفروض عدمه، و اما قاعدة اليد فقد عرفت حالها.

و أما الخبران فهما مختصان بصورة الشراء و الاجارة مع العوض.

فالمتحصل ان ما افاده الشهيد ره متين. نعم، لا بدّ و ان يقيّد ذلك بما اذا كان التسليط المشار اليه باقياً الى حين التلف او الاتلاف، فلو آجر داره بلا عوض و اعتقد صحتها، و لم يكن راضيا ببقائها تحت يده و لا يستردها لاعتقاد لزومها، لا إشكال في الضمان في صورة التلف و الاتلاف، لعموم قاعدة اليد و الاتلاف، و عدم المخصص.

اجارة المشاع

الحادية عشرة: (و يصح اجارة المشاع) مطلقاً، استأجره من شريكه او غيره، و هو موضع وفاق كما في المسالك، و تشهد به عمومات الكتاب و السنة اعمّ مما دل على امضاء

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٤٠

و يضمن الصانع ما يجنيه و ان كان حاذقا كالقصار يخرق الثوب

العقود او خصوص الاجارة، و عدم القسمة لا يكون مانعاً بعد امكان استيفاء المنفعة بموافقة الشريك.

نعم، لا يسلم العين الا باذنه، و لو ابي رفع امره الى الحاكم. و لو استأجره بظن كونه مقسوماً فتبين الاشاعة، كان للمستأجر الخيار نظير خيار تبعض الصفقة. و على الجملة لا يعتبر في صحة الاجارة وراء الامور التي قدمناها شيء، و لو شك فيه ينفي بالاطلاقات و الاصل، و لذا اشتهر بينهم ان كلما صح اعارته شرعاً من الاعيان المتتفع بها مع بقاءها يصح اجارته، بل صرح بعدم الخلاف في هذه الكلية غير واحد، و في الجواهر الاجماع عليها، و مدر كها الاطلاقات و العمومات.

و حيث انه قد مر في تعريف الاجارة انها لنقل المنافع، و البيع لنقل الاعيان، و انه لا يصح استعمال احدهما في مورد الآخر، فلا يصح اجارة ما لا يبقى بالانتفاع به فانه ليس انتفاعاً بالعين بل هو اتلاف لها، و لذلك اتفقت كلماتهم على ان كل ما لا يصح اعارته- و هو

كل ما لا يلزم الانتفاع به اتلافه - لا يصح اجارته. و ان شئت قلت: ان ما لا يبقى بالانتفاع به، و ان آجره و قصد بالاجارة نقله بنفسه فهو بيع لا- اجارة و الا- فلا- يجوز اتلافه، فلا منفعة له كى يملكها المؤجر فلا يصح اجارته، و لو تكلف فى صدق مفهوم الاجارة لا ريب فى انصراف الادلة عنه، و هو واضح لا ستره عليه.

الصانع ضامن لما جنته ايديهم

إشارة

الثانية عشرة: و يضمن الصانع ما يجنيه و ان كان حاذقاً كالفخّار يخرق الثوب أو يتلفه و يحرقه، أو الحجام يجنى فى حجامته، أو الخّتان يخرق فيسبق موساه
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٤١
[...]

الى الحشفة أو يتجاوز حدّ الختان، و كذا الكحال و البيطار، مثل ان يحيف على الحافر، او يفصد فيقتل، او يجنى ما يضر بالدابة و لو احتاط و اجتهد، من غير فرق بين كون العمل فى ملكه او ملك المستأجر، و بين حضور ربّ المال او غيبته، بلا خلاف اجده فى شىء من ذلك بين المتقدمين و المتأخرين منا، كذا فى الجواهر.
و فى المسالك: اما الضمان فيما يتلف بيده فهو موضع وفاق، و لا فرق فى ذلك بين الحاذق و غيره، و لابن المختص و المشترك، و لابن المفرط و غيره.

و تنقيح القول فى المقام: انه يقع الكلام تارة فيما لو افسده، و اخرى فى ما لو تلف فى يد الصانع لا بسببه من غير تفريط و لا تعدّ.
اما المورد الاول، فتارة يبحث فيما تقتضيه القواعد، و اخرى فيما تقتضيه النصوص الخاصة.
اما مقتضى القاعدة، فهو الضمان مع كون الخطأ من الصانع و سبق يده، و عدمه مع كون المحل غير قابل، كما لو كان الطفل ضعيف المزاج و غير محتمل للجرح، و الثوب عتيقا ينخرق بالقصارة.

اما الضمان فى الاول، فلعموم من اتلف الشامل للاتلاف عن قصد و عن غير قصد اليه، لعدم كونه من العناوين القصدية الصادق على ما لو اوجد المتلف الجزء الاخير من العلّة التامة، و لو كان شرطاً من شروطه بل و معدّاً من معدّاته، كما لو القاه فى النار المتولد منه الاحراق، فان الملقى لم يصدر منه فعل سوى ايجاد الشرط و هى الملاقاة للنار و يصدق عليه المتلف. و على ما لو كان ذلك بغير اختياره، كالنائم يكسر كوز الغير، و الحمال يعثر فينكسر حملة، فانه بعثرته عن غير اختيار كسر الحمل بغير اختيار منه.

و أما عدم الضمان فى الثانى، فليس من جهة عدم صدق الاتلاف كما توهم بل

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٤٢

[...]

هو صادق قطعاً، بل من جهة ان الاتلاف المفروض من حيث كونه من لوازم العمل الذى استؤجر عليه، يكون مأذوناً فيه بالاذن فى ضمن الاجارة، و بعبارة اخرى: ان استئجار الخياط لقصارة الثوب العتيق الذى يخرق بالقصارة عادة، اذن له فى الخرق و الاتلاف عن اذن لا يوجب الضمان.

و أما الطيب فان لم يكن مباشراً لا يكون ضامناً لانه ليس بمتلف، و ان كان مباشراً فحيث انه مأمور من قبل الشارع الاقدس بمعالجة المريض بما يراه علاجاً، لا بما هو علاج واقعا و الا لانسد باب الطبابة، فاذن المريض أو وليه في العلاج اذن في الاتلاف، فلا ضمان عليه.

و أما الثاني، و هو ما يستفاد من النصوص و هي كثيرة، كصحيح الحلبي - او حسنه - عن مولانا الصادق عليه السلام عن القصار يفسد، فقال عليه السلام: كل أجير يعطى الاجرة على ان يصلح فيفسد فهو ضامن «١» و نحوه في التضمن للكبرى الكلية نصوص اخر. و خبر ابى الصباح عنه عليه السلام الثوب أذفعه الى القصار فيخرقه، قال عليه السلام: اغرمه، فانك انما دفعته اليه ليصلحه، و لم تدفعه اليه ليفسده «٢» و مثله في التضمن للعلّة اخبار اخر.

و قوئى السكونى عنه عليه السلام عن ابيه عليه السلام: ان علياً عليه السلام ضمن ختاناً قطع حشفة غلام «٣» و مثله في التضمنين في مورد خاص بعض اخبار اخر.

و قوئى الآخر عنه عليه السلام، قال أمير المؤمنين عليه السلام: من تطب او تبيطر فليأخذ البراءة من وليه و الا فهو له ضامن «٤».

(١) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ٨.

(٣) الوسائل باب ٢٤ من ابواب موجبات الضمان من كتاب الدييات حديث ١.٢

(٤) الوسائل باب ٢٤ من ابواب موجبات الضمان من كتاب الدييات حديث ١.٢

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٤٣

[...]

و صحيح داود بن سرحان عنه عليه السلام في رجل حمل متاعاً على رأسه، فاصاب انساناً فمات و انكسر منه، فقال عليه السلام: هو ضامن «١».

و خبر زيد بن علي عنه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في حديث: كل عامل مشترك اذا افسد فهو ضامن «٢». و في المقام اخبار كثيرة اخر دالة على الضمان، سيأتى طرف منها في المورد الثاني.

فالظاهر موافقته لما قدمناه. اما النصوص المتضمنة للكبرى و التعليل، فلأنها تدل على الضمان في مورد قابل للاصلاح و الافساد، و ما لا يصلح للاصلاح يكون خارجاً عن تحتها.

و أما خبر زيد و ما بمضمونه من النصوص المطلقة الآتية، فهي يقيد اطلاقها لو لم تكن منصرفة الى صورة القابلية للاصلاح و الافساد معاً، بمفهوم التعليل في النصوص المتقدمة: و لم تدفعه اليه ليفسد، فانه يدل على انه لو كان الدفع متمحضاً بكونه للافساد فلا ضمان.

و أما قوئى السكونى الاول و ما بمضمونه من الاخبار الواردة في الموارد الخاصة، فهي دالة على الضمان مع الاتلاف في مورد خطأ الصانع و سبق يده و ما شاكل.

و أما صحيح داود فعلى فرض كونه مما نحن فيه بعود الضمير المجرور الى المتاع، يدل على ما ذكرناه في الحمال من شمول قاعدة الاتلاف لما اذا كان بغير اختيار.

و أما خبر السكونى الثاني، فالظاهر ان المراد بأخذ البراءة من وليه ليس

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب موجبات الضمان - من كتاب الدييات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٣٠ من ابواب الاجارة حديث ١٣.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٤٤
[...]

البراءة عن الضمان- و الاشكل بانه لا معنى لها قبل حدوث موجبه و الاذن في الاتلاف نفسه او طرفه غير جائز- بل المراد منها الاذن في العلاج على نحو لا ضمان معه.
و على ذلك فالنصوص موافقة للقاعدة. نعم، مقتضى اطلاق خبر السكوني ثبوت الضمان على الطبيب في صورة عدم الاذن، و لو كانت الطبابة على النحو المتعارف، و هو كونها بنحو الامر و توصيف الدواء و لم يكن الطبيب مباشرا.

عدم ضمان المتاع التالف تحت يد الأجير

و أما المورد الثاني، و هو ما لو تلف المتاع تحت يد الأجير لا بسببه من غير تعد و لا تفريط، فالمشهور بين الاصحاب عدم الضمان، بل الظاهر انه لا خلاف فيه، و ما نقله الشهيد الثاني بقوله: و قيل انه كذلك في الضمان بل ادعى عليه المرتضى الاجماع، خطأ في النقل، فان الظاهر ان خلاف المرتضى و اجماعه انما هو في تصديق دعواه التلف، و هو غير مربوط بما نحن فيه من معلوم التلف في يده بغير تعد و لا تفريط. و كيف كان، فمقتضى القاعدة عدم الضمان، لكونه أميناً سلطه المالك على ماله، و قد مرّ عدم الضمان في امثال ذلك.

و أما الاخبار الخاصة، فطائفة منها مطلقه داله على ضمان الصائغ اتلف المال او تلف تحت يده، كصحيح الحلبي- او حسنه- عن ابي عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار و الصائغ احتياطاً على الناس، و كان أبي عليه السلام يتطول عليه اذا كان مأموناً «١».

(١) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ٤.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٤٥
[...]

و خبر يونس عن الامام الرضا عليه السلام عن القصار و الصائغ أ يضمنون؟ قال عليه السلام: لا يصلح الا ان يضمنوا «١».
و خبر السكوني عن الامام الصادق عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن الصباغ و القصار و الصائغ احتياطاً على أمتعة الناس «٢».

و طائفة ثانية منها تدل على عدم الضمان كذلك، كصحيح معاوية بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام عن الصباغ و القصار، فقال عليه السلام: ليس يضمنان «٣».

و طائفة ثالثة منها تدل على الضمان مع الاتلاف، و عدمه مع التلف، كخبر بكر ابن حبيب عنه عليه السلام: لا يضمن القصار الا ما جنت يده، و ان اتهمته احلفته «٤».

و طائفة رابعة تدل على التضمن مع التهمة، و عدمه مع عدمها، و هي كثيرة كصحيح ابي بصير عنه عليه السلام: لا يضمن الصائغ، و لا القصار، و لا الحائك، الا ان يكونوا متهمين «٥» الحديث، و نحوه غيره.

والمستفاد من هذه النصوص بعد رد بعضها الى بعض انه فى صورة الاتلاف يثبت الضمان، و فى صورة التلف لا ضمان مع كونه امينا، و كذا لو كان متهماً فاثبت التلف بالبيئة او الحلف، و اما لو كان متهماً و لم يثبت التلف فهو ضامن. و هذا كله على وفق القاعدة، سوى عدم قبول دعوى التلف من الامين، و الاصل الذى أسس به امير المؤمنين عليه السلام فى هذا الباب هو ذلك لا الضمان فى صورة التلف، و لذا قال فى ذيل خبر

-
- (١) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ٩.
 (٢) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ٦.
 (٣) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ١٤.
 (٤) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ١٧.
 (٥) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ١١.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ١٤٦
]...[
-

السكونى المتضمن لذلك الاصل: و كان عليه السلام لا يضمن من الغرق و الحرق و الشىء الغالب، و لا مانع من العمل بهذه الاخبار على خلاف القاعدة، فلا يقبل قول الامين فى دعوى التلف مع كونه متهماً.
 ثم ان وظيفة مدعى التلف بحسب موازين باب القضاء هو اقامة البيئته، و لكن المستفاد من هذه النصوص جواز تحليفه و الاكتفاء بحلفه عن البيئته، ففى خبر بكر المتقدم: و ان اتهمته احلفته، و فى خبره الآخر: ان اتهمته فاستحلفه، و فى صحيح ابى بصير المتقدم: لا يضمن الصائغ، و لا القصار، و لا الحائك، الا ان يكونوا متهمين فيخوف بالبيئته و يستحلف، لعله يستخرج منه شيئاً، فان ظاهره جواز كل من مطالبه البيئته و الاستحلاف.

عدم ضمان صاحب الحمام

ثم ان فى المقام فرعين مناسبين:
 احدهما: قالوا صاحب الحمام لا يضمن الثياب الا اذا اودع و فرط او تعدى، و الظاهر انه لا خلاف فيه. و يشهد له خبر اسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن ابيه عليه السلام: ان علياً عليه السلام كان يقول: لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب، لانه انما أخذ الجعل على الحمام و لم يأخذ على الثياب «١» و نحوه خبر ابى البختري «٢» و خبر غياث بن ابراهيم عن ابى عبد الله عليه السلام: ان

-
- (١) الوسائل باب ٢٨ من ابواب الاجارة حديث ٣.
 (٢) الوسائل باب ٢٨ من ابواب الاجارة حديث ٢.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ١٤٧
]...[
-

امير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب الحمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمه، و قال عليه السلام: انما هو امين «١». و اورد على هذه النصوص بان مقتضى الخبر الأخير كون صاحب الحمام أميناً دائماً، و جعل ذلك علة لعدم الضمان، و علل ذلك فى الخبرين الاولين بانه لم يأخذ الجعل على الثياب، مع ان آخذ الجعل ايضاً أمين لا يضمن بدون التفريط. و فيه: ان الامين قسمان، امين عام، و امين خاص، اذ التامين تارة عقدى و هى الوديعه، و اخرى غير عقدى و هى الامانة بالمعنى الاعم، و هو مجرد تسليط الغير على المال عن رضاه. و فى الاول يجب الحفظ، فلو تركه و تلف فقد فرط فيكون ضامناً. و فى الثانى لا يجب الحفظ، اذ مع عدم الاستيداع من المالك الرجوع الى الاستنابة فى الحفظ، لا دليل على وجوب حفظ مال الغير، فتركه لا يكون مفراطاً فلا ضمان.

و عليه فالخبران الاولان يدلان على ان صاحب الحمام لم يأخذ الجعل على الثياب، فلا يكون الحفظ واجبا عليه، فلو ترك الحفظ و تلفت الثياب لا تفريط فلا ضمان عليه. و الخبر الاخير يدل على انه أمين، و الامين كان عاماً او خاصاً لا ضمان عليه. و بذلك يظهر انه لو استؤجر مع ذلك على الحفظ، فتلفت الثياب بتركه التحفظ ضمن. و هل يصح شرط الضمان بدون الاستئجار فيضمن مع التلف ام لا؟ وجهان تقديماً، و عرفت ان الاظهر ذلك. الثانى: فى الاستئجار على حفظ الثياب مطلقاً، و قد ظهر مما اسلفناه ان مقتضى القاعدة هو الضمان مع ترك التحفظ، و عدمه مع التلف السماوى، او ما غلب عليه

(١) الوسائل باب ٢٨ من ابواب الاجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ١٤٨

[...]

كالسرقة غيلة مع كمال التحفظ. و اما الصحيح عن مولانا الصادق عليه السلام عن رجل استأجر اجيراً فاقعده على متاعه فسرق، قال عليه السلام: هو مؤتمن «١» فمحمول على ما هو الغالب من السرقة غيلة و لو مع التحفظ. استئجار الدرهم و الدنانير

خاتمة: فى بيان فروع باقية من الاحكام

[استئجار الدرهم و الدنانير]

الاول: انه وقع الخلاف بين الاصحاب فى استئجار اشياء ليس لها منفعة مقصودة للعقلاء، او ما له منفعة مقصودة و لكن استؤجر لغير تلك المنفعة- كاستئجار الدرهم و الدينار للتزين، و استئجار التفاح للشم، و الطعام لتزين المجلس و ما شاكل- و المشهور بينهم جواز ذلك، و خالف فى ذلك صريحاً الحلوى، و تردد فيه جماعة. و منشأ الاشكال- مع ان مقتضى الاطلاقات صحة الاجارة- امران:

احدهما: من ناحية عدم المنفعة، نظراً الى ان منافع الاشياء على قسمين: منافع مقصودة و هى ما يترقب من الاعيان- كسكنى الدار، و ركوب الدابة، و اكل التفاح، و صرف النقود فى التكسب- و منافع غير مقصودة- كشم التفاح، و التزين بالنقدين، و ما شاكل- و مناط صحة الاجارة كون العين ذات منفعة عقلائية و تعلق الاجارة بها لذلك، و لا فتكون الاجارة غير عقلائية و سفهية و باطله.

وفيه: انه لا- إشكال في ان الاجارة لتمليك المنفعة و مع عدمها لا إجارة، و لكن اعتبار كون المنفعة من المنافع المقصودة العقلانية مما لا شاهد به. و دعوى ان الاجارة

(١) الوسائل باب ٢٨ من ابواب الاجارة حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٤٩

[...]

حينئذ سفهية يدفعها:

اولا: ان تعلق غرض عقلائي بالمنفعة غير كونها مقصودة عند العقلاء، اذ قد يتعلق الغرض بالمنفعة غير المقصودة، و المخرج للاجارة عن السفهائية هو تعلق غرض عقلائي بها، لا كون المنفعة مقصودة عند العقلاء. و ثانيا: انه لا دليل على بطلان المعاملة السفهائية، اذ الدليل دلّ على بطلان معاملة السفهية «١» و اما معاملة الكامل السفهائية فهي باقية تحت الاطلاقات و العمومات.

الثاني: ان مناط مالية الاشياء هي منافعها المقصودة للعقلاء، فما لا منفعة مقصودة للعقلاء فيه لا يكون مالا عندهم، كما ان المنفعة غير المقصودة لهم ليست بنفسها مالا، و يعتبر في البيع و الاجارة و غيرها من المعاوضات كون مورد المعاملة مالا كما هو واضح، فمع كون المنفعة غير مقصودة للعقلاء لا تكون مالا فلا يصح تمليكها بعوض.

وفيه: انه لم يدل دليل على اعتبار كون ما يقع مورد الاجارة مالا، اذ ربما يبذل الاجرة بازاء شىء غير مال، لغرض عقلائي مترتب على الانتفاع بالعين الذي لا يحصل الا ببذل العوض، مع ان للمنع عن كون المنفعة غير المقصودة للعقلاء غير مال مجالا واسعا. فالأظهر هو صحة الاجارة في هذه الموارد.

عدم لزوم اتصال المدة بالعقد

الثاني: المشهور بين الاصحاب انه لا يشترط في الاجارة اتصال مدتها بالعقد،

(١) النساء آية ٧- الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الحجر.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٥٠

[...]

فيجوز ان يؤجر داره شهراً متأخراً عن العقد بشهر أو سنة، سواء كانت مستأجرة في ذلك الشهر الفاصل ام لا، و عن الشيخ و ابى الصلاح اعتبار ذلك.

و استدل لاعتباره بمنافاة الانفصال للقدرة على التسليم، و هي كما مر شرط في صحة العقد، و المعتبر منها القدرة الفعلية كما هو مقتضى الاصل في الشرط، فان مقتضاه مقارنة الشرط لمشروطه.

و بان العقود و الانشاءات علل للاحكام، فيلزم الاتصال لثلا يلزم تخلف المعلول عن علته.

و بان استحقاق التسليم من احكام العقد و مقتضياته و هو لا يجامع الانفصال، فالانفصال مناف لمقتضى العقد.

و لكن الاول مخدوش بان مدرك اعتبار القدرة على التسليم لزوم الغرر مع عدمها، و لازم ذلك اعتبار القدرة عليه في ظرفه لا حين العقد.

و الثاني يندفع بان المعلول هو الملكية لا المملوك، و لا محذور في الالتزام بفعليّة الملكية و تأخر المملوك، مع ان المنفعة يقدر وجودها بوجود العين فالمملوك ايضا ليس متأخرا، اصف اليه ان المنشأ اذا كان امرا على تقدير لا بدّ و ان يتحقق كذلك، و الا لزم تخلف المنشأ عن انشائه، و هو على حدّ تخلف المعلول عن علته.

و يرد على الثالث ما تقدم من ان استحقاق التسليم من مقتضيات سلطنة الناس على اموالهم لا من مقتضيات العقد، مع انه ان كان من مقتضياته لا يكون العقد مقتضيا لاستحقاقه مطلقا بل على حسب حال الملك، فان كان المملوك متأخرا كان استحقاق التسليم ايضا متأخرا.

فالاظهر عدم اعتبار ذلك. و عليه فهل يصح اجارة الشيء في مقدار من الزمان على نحو الكلي في المعين بلحاظ قطعات الزمان - كاجارة الدار شهرا من هذه السنة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٥١

[...]

- أم لا تصح؟ و الحق ان يقال: انه ان لم تكن قطعات الزمان مختلفة بلحاظ المالية من حيث الصيف و الشتاء او من جهات اخر، صح العقد و إلّا بطل للزوم الغرر.

ثم انه لو آجر داره شهرا انصرف الاطلاق الى الاتصال بالعقد و الا بطل

كراهة استعمال الأجير قبل مقاطعته على الاجرة

الثالث: قالوا يكره استعمال الاجير قبل ان يقاطع على الاجرة، و عن غير واحد انه لا خلاف في الجواز و الكراهة. و ينبغي أولاً تعيين مورد الحكم ثم ذكر دليله.

اما الاول، فالظاهر ان مورده ليس هو الاجارة القولية او المعاطاتية في الموارد التي ليس للعمل اجرة عادية - لاستلزام عدم المقاطعة حينئذ جهالة الاجرة و هي توجب البطان فلا معنى للكراهة - و لا الاجارة في المورد الذي يكون له اجرة عادية فانه كالمذكور كما في الالتزامات الضمنية، بل الظاهر ان مورده العمل بعوض الذي هو معاملته مستقلة قامت السيرة القطعية عليها، نظير الاباحة بالعوض التي تقدم الكلام فيها و في الدليل على مشروعيتها الجارى في العمل بعوض.

و أما الثاني، فيشهد به صحيح «١» سليمان بن جعفر الجعفري: ان مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلمانا و غضب غضبا شديدا، حيث استعانوا برجل في عمل و ما عتينا له اجرتنا، فقال له سليمان: جعلت فداك، لم تدخل على نفسك؟ فقال عليه السلام: اني قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة، الى ان قال: و اعلم انه ما من أحد يعمل لك شيئا بغير مقاطعته ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة اضعاف على اجرتنا الا ظن انك قد

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب الاجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٥٢

[...]

نقصته اجرته، و اذا قاطعته ثم اعطيته اجرته حمدك على الوفاء، فان زدته حبة عرف ذلك لك و رأى انك قد زدته و نحوه غيره «١». و الصحيح بنفسه ظاهر فى الجواز، نظراً الى ما ذكره عليه السلام تعليلاً للنهى، مضافاً الى السيرة و عدم الخلاف.

[كراهة اضمن الاجير الامع التهمة]

الرابع: قد ذكر فى جملة من الكلمات فى احكام الاجارة انه يكره ان يضمن الاجير الامع التهمة، و قد مر موارد ضمان الاجير و عدم ضمانه، فان كان المراد مورد عدم الضمان فالتضمن حرام غير جائز، و ان كان المراد مورد الضمان فلا دليل عليه، لانهم استدلوا له بالنصوص «٢» الناهية عن التضمن مع عدم التهمة، و قد مر ان مفاد تلك النصوص عدم الضمان الامع التهمة. نعم، يمكن ان يقال: بان الاولى عدم التضمن فى موارد الاتلاف التى عرفت ثبوت الضمان، لما روى عن الفقيه مرسلًا، قال الامام الصادق عليه السلام: كان ابى عليه السلام يضمن الصائغ و القصار ما افسدا، و كان على بن الحسين عليهما السلام يتفضل عليهم «٣» و قريب منه غيره. و ظاهر التفضل ان الضمان ثابت، و لكن كان بنائه عليه السلام على عدم التضمن و البراء، و نفس التعبير بالتفضل ظاهر فى استحبابه لا لزومه، و هو و ان لم يختص بصورة عدم التهمة الا انه يمكن ان يكون التقييد به، لما فى خبر آخر: كان ابى عليه السلام يتطول عليه اذا كان مأموناً «٤» فتدبر. و على ما ذكرناه فالاولى التعبير باستحباب البراء و عدم التضمن لا كراهته.

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب الاجارة حديث ٢-٣.

(٢) الوسائل باب ٣٠- من ابواب الاجارة.

(٣) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ٢٠.

(٤) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ١٥٣

[...]

وجوب سقى الدابة المستأجرة و علفها

الخامس: ذهب جماعة الى انه يجب على المستأجر سقى الدابة و علفها، و حينئذ فلو اهمل ضمن، و هو المحكى عن الشيخ فى النهاية و الحلى فى السرائر و المصنف فى الارشاد و المحقق فى الشرائع و غيرهم فى غيرها، و عن التذكرة و التحرير و المختلف و للمعة و الحواشى و التنقيح و ايضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و غيرها وجوبها على المالك، و قد يقال انه لا تنافى بين القولين. فالكلام فى موردين:

الاول: فى وجوب ذلك على المستأجر.

الثانى: فى الرجوع بعوض ما بذله على المالك.

اما الاول، فلا- اشكال فى ان وجوبها عليه ليس من باب وجوب حفظ النفس و المال المحترم، لانه النفس غير المحترمة و المال المحترم للغير لا- يجب حفظهما، و لذا لا- يجب التقاط الحيوان و لو خاف عليه التلف، و انما يجب الحفاظ على المالك من باب

وجوب نفقة المملوك على مالكة، كما انه يجب حفظ الحيوان بعد الالتقاط من جهة كونه امانة شرعية. و ايضا ليس ذلك من جهة الامانة، لما تقدم من انها قسمان: امانة ثابتة بالعقد كالوديعة، و امانة ثابتة بالتسليم عن الرضا، و في القسم الاول يجب الحفظ لان حقيقتها الاستنابة في الحفظ و ليس كذلك في القسم الثاني.

فان قيل: انه يجب الحفظ في القسم الثاني ايضا، لانه لو لم يحفظ يصدق التفريط و التعدي و يكون ضامنا حينئذ. قلنا: ان صدق التفريط متوقف على وجوب الحفظ، و لو كان وجوب الحفظ متوقفا عليه لدار، بل الظاهر ان مدركه الشرط الضمني، و لكنه يختص بما اذا دفعه المالك الى المستأجر من دون ان يكون هو او عملته او اكرته مع الدابة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٥٤

[...]

و اما الثاني: فالظاهر جواز الرجوع على المالك، لمفهوم التعليل في صحيح ابى ولاد المتقدم، قال قلت: قد علفته بدراهم فلى عليه علفه؟ قال عليه السلام: لا، لانك غاصب «١» فان المفهوم منه ان غير الغاصب له الرجوع بما انفق على الدابة.

ثم انه فيما يجب عليه البذل لو تركه فتلف، هل يكون ضامنا؟ الظاهر ذلك، لصدق التعدي و التفريط، و يستفاد ذلك من النصوص الدالة على الضمان مع تجاوز الشرط، لاحظ صحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام عن رجل تكارى دابة الى مكان معلوم فنفتت الدابة، قال عليه السلام: ان كان جاز الشرط فهو ضامن، و ان دخل واديا لم يوثقها فهو ضامن، و ان سقطت في بئر فهو ضامن لانه لم يستوثق منها «٢».

و صحيح على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل استأجر دابة فاعطاها غيره فنفتت ما عليه، قال عليه السلام: ان كان شرط ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و ان لم يسم فليس عليه شيء «٣» و نحوهما غيرهما.

و هذه النصوص تدل على الضمان من وجهين: احدهما- تضمنها ان التلف مع تخلف الشرط موجب للضمان. ثانيهما- دلالتها على الضمان مع عدم الاستيثاق، الظاهر لزومه بمقتضى الشرط الضمني. فلا اشكال في الضمان.

(١) الوسائل باب ١٧- من ابواب الاجارة حديث ١-

(٢) الوسائل باب ١٧- من ابواب الاجارة حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ١٦ من ابواب الاجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٥٥

[...]

حكم نفقة الأجير

السادس: المشهور- كما عن اللمعة- انه من استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه كانت نفقته على المستأجر الا ان يشترط كونها على الاجير. و عن جماعة عدم الوجوب، بل المصنف ره في محكى التذكرة نقل عن بعضهم عدم الخلاف فيه ساكتا عليه.

و مقتضى القاعدة عدم الوجوب، لان الاجارة لا تقتضى سوى كون عمل الاجير للمستأجر بازاء الاجرة المعينة، الا اذا كان هناك عادة مستقرة على كون نفقة الأجير على المستأجر، و يكون ذلك حينئذ من قبيل الشرط الضمني فتجب لذلك، و ان كان فيه اشكال من

جهة جهالة الشرط، و لذا قال في المسالك- بعد حكمه بوجوبها مع الشرط:- و حيث يشترط على المستأجر فلا بد من بيان قدرها و وصفها، و لكن عن التذكرة عدم الضرر في جهالة النفقة، لانها من التوابع حينئذ كأسس الجدار.

و كيف كان، فقد استدلل للوجوب بالصحيح الى سليمان بن سالم، قال: سالت ابا الحسن عليه السلام عن رجل استأجر رجلا بنفقة و دراهم مسماء على ان يبعثه الى ارض، فلما ان قدم اقبل رجل من اصحابه يدعوه الى منزله الشهر و الشهرين فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقة المستأجر، فنظر الاجير الى ما كان ينفق عليه في الشهر اذا هو لم يدعه فكافأه به الذي يدعوه، فمن مال من تلك المكافأة أ من مال الاجير أو من مال المستأجر؟ قال عليه السلام: ان كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله، و الا فهو على الاجير «١» الحديث، بتقريب انه يدل على ان البقاء عنده ان كان في الاشتغال

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب الاجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٥٦

[...]

بالعمل الذي فيه صلاح المستأجر فهو مستحق للنفقة، فما دفعه عوضاً عنها محسوب عليه، و الا فلا نفقة فما دفعه على نفسه. و فيه: اولاً: ان استحقاق النفقة مفروض في السؤال، اما بعنوان الجزئية كما هو الظاهر منه حيث جعلها في عرض الدراهم المسماء واقعا عليهما عقد الاجارة، و اما بعنوان الشرطية كما هو المتعارف، و انما عبر عنه في الخبر كذلك لتعارف امثال هذه العبارة فيما كان مأخوذاً في العقد و لو بنحو الشرطية. و لا يتوهم بطلان الاجارة حينئذ للجهالة، فانه يندفع بانه يمكن رفع الجهالة بالتوصيف و التقدير و لو بالتقدير في المالية، كما اذا جعل نفقة بمقدار عشرة دراهم في كل يوم مثلاً.

فان قيل: انه اذا كان وجوب النفقة مفروضاً، فما وجه السؤال؟.

قلنا: ان وجهه ان ما يستحقه على المستأجر النفقة الفعلية فلا يعم ما يكافأ به، ام مقدار النفقة فما كافأ به يكون محسوباً على المستأجر، فاجاب عليه السلام بان البقاء ان كان لمصلحة المستأجر و للعمل له فهو مستحق للنفقة و يحتسب ما كافى به على المستأجر، و يستكشف منه ان المستحق مقدار النفقة و ان كان لا عمل للمستأجر في تلك المدة، فلا يستحق النفقة حتى يحتسب ما كافأ به على المستأجر، فالسؤال عن حكم واحد، و في الجواب زاد على بيان المسئول عنه حكماً آخر.

و ثانياً: انه من الجائز عدم كون الجواب مربوطاً بالنفقة، و يكون المراد به ان المكافأة المفروضة ان كانت مصلحة للمستأجر كانت من المال المصروف في مصالحه فتحسب عليه، و الا كانت احساناً من الاجير، بل ربما يقال ان هذا المعنى اقرب الى المفهوم من العبارة. و ربما استدلل له بما في ذيل الخبر المتقدم، قال: و عن رجل استأجر رجلاً بنفقة مسماء و لم يفسر شيئاً على ان يبعثه الى ارض اخرى، فما كان من نفقة الاجير من

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٥٧

[...]

غسل الثياب او الحمام فعلى من؟ قال عليه السلام: على المستأجر. و تقريب الاستدلال به انه يدل على استحقاق مثل اجرة غسل الثياب و الحمام، فالماكل و الملابس اولى بذلك.

و فيه: ان المفروض فيه اصل النفقة، و انما السؤال عن شمول النفقة المفروضة غير المفسرة و لا المفصلة للوازم السفر، فاجاب عليه السلام عن الشمول ببيان اللازم و هو كونه على المستأجر.

نعم يبقى حينئذ اشكال على الخبر، و هو ان الظاهر من الخبر كون النفقة اجرة او جزء منها، و المفروض فيه ايضاً انها مجملة غير مفسرة بشيء، و مع ذلك حكم عليه السلام بصحة الاجارة مع انه يعتبر في صحة الاجارة معلومية الاجرة، فان صح سند الخبر و لم يعرض الاصحاب عنه، يتعين الجواب عنه بان عدم مضرية جهالة النفقة لعله من جهة كونها من التوابع كأس الجدار و ما شاكل. فالمتحصل مما ذكرناه انه لا يجب عليه نفقته.

اجارة الصغير زائدا على زمان صغره

السابع: اذا اجر الوصى أو الولي الصبي المولى عليه او املاكه مدة تزيد على زمان بلوغه و رشده، فالمشهور بينهم بطلان الاجارة في المتيقن بلوغه فيه.

و انما الخلاف بينهم بالنسبة الى المحتمل، و نخبة القول في ذلك: انه لا إشكال في ان المنافع المستقبلية للاملاك مملوكة بالفعل لاربابها، و انما المتأخر ذات المملوك لا ان الملكية متدرجة كتدرج المنفعة، و لذا يصح تمليكها بالغير باجارة و نحوها. و على ذلك فلو اجر الولي او الوصى اموال الصبي مدة تزيد على زمان بلوغه، فقد اجر ما يملكه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٥٨

[...]

الصغير بالفعل لاما يملكه في زمان كبره حتى يقال انه لا يكون وليا فيها، الا ان الكلام في ثبوت عموم ادلة الولاية بنحو يشمل مثل هذه التصرفات، و الظاهر عدمه و لو بواسطة مناسبة الحكم و الموضوع، فانه انما جعل الولي للصبي لثلا يفوت عليه ما يتعلق به في زمان صغره، و على ذلك فتبطل الاجارة لقصور ادلة الولاية.

و اولى بعدم الصحة من ذلك اجارة نفسه، فانها تزيد عليه بعدم كون الحر مالكا لمنافع بدنه، بل له السلطنة على نفسه كما له السلطنة على تمليك كلي في ذمته، و الولي يقوم مقام الصغير في هذه السلطنة، و لا دليل على سلطنته عليه بتمليك منافع المصادفة لزمان كبره.

و بعبارة اخرى: ان الثابت بالدليل - بعد عدم كون منافع بدنه مملوكا له - ان للولي او الوصى السلطنة على تمليك منافع الصغير، فالمنافع المصادفة لزمان الكبر خارجة عن تحت دليل السلطنة، لعدم كونها منافع الصغير. فعلى هذا اذا اجره او املاكه مدة تحتل الزيادة عن زمان بلوغه صح ظاهر الاستصحاب عدم البلوغ، و لو اتفق البلوغ فيه فالظاهر انكشاف بطلانها واقعا بمعنى عدم الصحة بدون الاجارة.

و عن الخلاف الحكم بالصحة، معللا بان الاجارة وقعت من اهلها و في محلها في وقت لم يعلم لها منافع، فتستصحب. و يرد: انه و ان كانت الاجارة حين الوقوع كان في وقت لم يعلم لها منافع، و لكنه بانكشاف البلوغ ينكشف مصادفتها في المدة المصادفة للبلوغ مقرونة بالمنع، و مع احراز ذلك لا معنى للاستصحاب.

ملك ما يحوزه الأجير للمستأجر

الثامن: لا إشكال في انه يجوز الاستئجار لحيازة المباحات، انما الكلام في انه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٥٩

]...[

لو استأجر لها، فهل يملك المستأجر ما حازه ام لا؟.

و ملخص القول فيه: انه تارة يجوز الاجير للمستأجر، فالظاهر انه لا إشكال في صيرورته ملكاً له، لا من جهة الاجارة بل من جهة ان المرتكز في اذهان العرف كون الحيازة من العناوين القابلة للنيابة والوكالة، وهو المعيار المائز بين ما تدخله النيابة والوكالة وما لا تدخله، بل قد يقال ان التسالم على كون القبض مما تدخله النيابة في كل مورد كان موضوعاً لحكم شرعي، يقتضى البناء عليه هنا لانها من انواعه وانحائه، وعلى الجملة لا ينبغي التوقف في ان هذا العنوان كعناوين العقود والايقاعات قابل للنيابة والوكالة، فحينئذ ان حاز الأجير للمستأجر و نيابة عنه ملك المستأجر ما يحوزه.

و اخرى يحوز الاجير لنفسه لا- للمستأجر، فمقتضى ما دل على ان من حاز ملك- وان لم اظفر بما تضمن هذه العبارة، الا- ان بمضمونها رواية و هي ما تضمن قول امير المؤمنين عليه السلام: للعين ما رأته و لليد ما اخذت «١» و قريب من هذا المضمون غيره- هو كونه ملكاً للأجير لا للمستأجر.

و قد استدل لصيرورته ملكاً للمستأجر بعقد الاجارة بوجوه:

احدها: ما افاده صاحب الجواهر ره، و هو ان حيازة الأجير حيازة المستأجر، و يده على المباح يد المستأجر، من جهة ان حيازته على المفروض مملوكة له، فنية الخلاف من الاجير كنية التملك من احد بالنسبة الى ما حازه غيره. و فيه: ان الاجارة انما توجب ملكية الحيازة و لا توجب استناد الحيازة اليه، و الدليل دل على ان ما يحوزه الحائر لمن تستند اليه الحيازة لا لمن هو مالك للحيازة،

(١) الوسائل- باب ٣٨ من ابواب الصيد- من كتاب الصيد و الذباجة.

فقه الصادق عليه السلام (للروماني)، ج ١٩، ص: ١٦٠

الفصل الثاني: في المزارعة و المساقاة

و الفرق ظاهر، بل لو كانت الحيازة مستندة اليه لم تكن كافية في الملكية، فان الحيازة ليست سبباً قهرياً للتملك بحيث يملك الحائر ما حازه و ان لم يكن ذلك عن قصد- كحيازة النائم و شبهه- و عليه فالاجير لا يملك ما حازه لعدم كون الحيازة مستندة اليه بل الى المستأجر، و المستأجر لا يملكه لعدم قصد التملك له.

ثانيها: ما عن بعض الأجلة، و هو كون الحيازة موجبة لملك مالك الحيازة قهراً، و هي من الاسباب الشرعية القهرية، فالمستأجر يملك ما حازه الاجير لكون الحيازة له.

و فيه: انها لو كانت من الاسباب القهرية مع انه ممنوع، فهي سبب لملكية من انتسب اليه الحيازة و هو الاجير، و حينئذ ان لم نعتبر ملكية الحيازة يملكه الاجير و الا فلا يملكه المستأجر و لا الاجير، اما الاول فلعدم الاستناد، و اما الثاني فلعدم الملكية.

ثالثها: ان ملكية ما حازه من آثار و منافع الحيازة، فتتبع ملكية الحيازة.

و فيه: ان ملكيته من آثار نفس الحيازة المنتسبة الى الحائر لا- من آثار ملكيتها، كما يظهر من ادلة ملكية الحيازة. فالظاهر عدم صيرورته ملكاً للمستأجر، و الحمد لله اولاً و آخراً.

المزارعة

الفصل الثاني: في المزارعة و المساقاة

إشارة

أما المزارعة فهي لغة مفاعلة من الزرع، وقالوا شرعا هي معاملته على الأرض بحصة من حاصلها، ولعل تحقق المعنى اللغوي فيها باعتبار مباشرة أحدهما وأمر الآخر. وكان، فلا اشكال في ان هذا التعريف من قبيل شرح الاسم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٦١

[...]

وقد وقع الكلام في ماهيتها، وانها هل تكون من سنخ المشاركات او المعاوضات، وعلى الثاني فهل هي تملكك تمام منفعة الأرض من الزارع بحصة من الحاصل فيما اذا كان البذر من الزارع، و تملكك الزارع تمام عمله من المالك بحصة منه فيما كان البذر من المالك، ام هي تملكك حصة من منفعة الأرض من الزارع بحصة من عمله مع اشتراط كون الحاصل بينهما بنسبة الحصتين، فتكون من اجارة الأرض بالعمل مطلقا على الاخير، ومن اجارة الأرض تارة و اجارة النفس اخرى على ما قبله؟ وجوه.

الظاهر هو الاول، فانه لا ريب في ان هذه المعاملة معاملته عقلائية وقد امضاها الشارع الاقدس، واعتبر فيها امورا كما في سائر الامضائات، و اذا راجعنا اهل العرف نراهم لا يخطر ببالهم اجارة الأرض او النفس، ولذا تصح المزارعة مع عدم كون الأرض ملكا للمزارع بل كان مالكا للانتفاع بها كما سيمر عليك.

ولعله يشير الى ذلك خبر يعقوب بن شبيب عن مولانا الصادق عليه السلام، قال: و سألته عن المزارعة، فقال عليه السلام: النفقة منك و الأرض لصاحبها، فما اخرج الله من شيء قسم على الشطر «١» الحديث.

و خبر الكرخي عنه عليه السلام، قال: قلت له: اشارك العالج فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر، و يكون على العالج القيام و السقى و العمل فى الزرع حتى يصير حنطة او شعيراً، و تكون القسمة يأخذ السلطان حقه، و يبقى ما بقى على ان للعالج منه الثلث و لى الباقي، قال عليه السلام: لا بأس بذلك. قلت: فلى عليه ان يرد على مما اخرجت الأرض البذر و يقسم ما بقى؟ قال عليه السلام: انما شاركته على ان البذر من عندك، و عليه السقى و القيام «٢» و قريب منهما غيرهما.

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب المزارعة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ١٠- من ابواب المزارعة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٦٢

[...]

و اما الدليل على مشروعية هذه المعاملة فامور:

١- انها معاملته عقلائية لم يردع الشارع الاقدس عنها، و ذلك كاشف عن امضائه اياها.

٢- العمومات الدالة على امضاء كل عقد، مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» و آية التجارة عن تراض «٢» و نحوهما، فانها بعمومها و اطلاقها تدل على امضاء كل معاملته عقلائية منها هذه المعاملة.

٣- جملة من النصوص الخاصة الواردة فيها و فى المساقاة البالغة حد التواتر، و سيأتى طرف منها فى طى المباحث الآتية.

بل ادعى بعض المحققين انها مستحبة، و استدلل له بما دل على استحباب الزراعة «٣» بدعوى كونها اعتم من المباشرة و التسبب.

و لكن يرد عليه ان غاية ما يستفاد من هذه النصوص كون الزراعة مستحبة فى نفسها، و لا تدل على استحباب التكسب بها.

و أما ما رواه زيد بن ثابت: نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عن المخابرة. قلت: و ما المخابرة؟ قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ان تاخذ الارض بنصف او بثلث او بربع «٤» فلا بد و ان يحمل على ما لا ينافي النصوص المتقدمة، مع الإغماض عن ضعف سنده، و الا فللاعراض عنه و معارضته لما تقدم لا بد من طرحه، كيف و قد استفاضت النصوص بان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قبل خيبر اعطاها لليهود حين فتحت

(١) المائدة آية ٢.

(٢) النساء آية ٢٩.

(٣) الوسائل باب ٣- من ابواب المزارعة و المساقاة.

(٤) التذكرة ج ٢ ص ٣٣٧- كتاب المزارعة.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٩، ص: ١٦٣

[...]

بالنصف «١».

ثم ان الشهيد الثاني قد افاد في المسالك انه لا بد من كون الارض ملكاً لاحدهما عيناً او منفعةً، لانه المستفاد من حقيقة المزارعة و صيغتها، فلا تشرع المزارعة في الارض الخراجية بلا حيلة من الحيل الشرعية، ثم ذكر جملة من تلك الحيل. و هذا بظاهره ظاهر الفساد اذ- مضافا الى ما مر من ان المزارعة حقيقتها من المشاركات و ليست من قبيل اجارة الارض كى تتوقف على كونه مالكا لها او لمنفعتها، و بناء العقلاء و اطلاقات المزارعة ينفيان اعتبار ذلك- يشهد لعدم اعتباره جملة من الاخبار الخاصة، لاحظ: صحيح يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له الارض من ارض الخراج، فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها و يصلحها و يؤدي خراجها و ما كان من فضل فهو بينهما، قال عليه السلام: لا بأس «٢».

و صحيح الحلبي عنه عليه السلام في حديث عن مزارعة اهل الخراج بالربع و الثلث و النصف، قال عليه السلام: نعم، لا بأس به «٣» و نحوهما غيرهما.

و لذلك تصدى جماعة لتوجيه كلامه و حملوه على ارادة انه اذا لم يكن لاحدهما جهة اختصاص بالارض و لم يكن له فيها حق لا يجوز المزارعة و هو واضح، و مراده من الارض الخراجية هي ما للمسلمين قاطبة و لا يكون له فيها جهة اختصاص. و كيف كان، فالأظهر صحة المزارعة مع ثبوت حق للمزارع في الارض، كانت

(١) الوسائل باب ٨ و ٩ و ١٠ من ابواب المزارعة- و المستدرک باب ٦ منها.

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب المزارعة حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٨- من ابواب المزارعة حديث ٨.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٩، ص: ١٦٤

و هما عقدان لازمان لا ييطان الا بالتفاسخ

ملكا له، او كان له منافعتها، او الانتفاع بها، او حق الاولوية فيها. نعم، اذا لم يكن له حق فيها لا تصح المزارعة، فلا تجوز المزارعة في الموات مع عدم تحجير او سبق او نحو ذلك، لفقد تسلط احدهما على الارض الذي هو ركن في المزارعة و بدونه لا معنى للمشاركة.

نعم، تصح الشركة في زراعتها مع اشتراك البذر، او باجارة احدهما للآخر في مقابل البذر او نحو ذلك، لكنه ليس من المزارعة المصطلحة.

و أما المساقاة فهي معاملة على اصول ثابتة بحصة من ثمرها، و لا إشكال و لا خلاف في مشروعيتها. و يشهد لها- مضافا الى الإجماع، و إلى انها معاملة عقلانية لم يردع عنها الشارع الاقدس - جملة من الاخبار الخاصة، كخبر يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله عليه السلام عن رجل يعطى الرجل ارضه و فيها رمان او نخل او فاكهة، و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما اخرج، قال عليه السلام: لا بأس «١». و طائفة من الاخبار الواردة في قصة خبير «٢»، فانه و ان لم يكن تصريح فيها بالمساقاة الا انها دالة عليها صريحا و ظاهرا.

و حيث انه ليس في الادلة لفظ المساقاة، فلا يهمننا البحث في مفهوم هذا اللفظ. و اما المعاملة الخاصة فالظاهر كونها كالمزارعة من قبيل المشاركات، و ما ذكرناه في المزارعة جار هنا.

و هما اي المزارعة و المساقاة عقدان لازمان لا يبطلان الا بالتفاسخ بلا خلاف. اما كونهما من العقود اللازمة فلعوم ما دل على ان الاصل في العقود لزوم من الآية الكريمة أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «٣» و غيرها مما مر في كتاب البيع. و اما مشروعيتها

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب المزارعة حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٨ و ٩ و ١٠ من ابواب المزارعة.

(٣) سورة المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٦٥

اما المزارعة فشرطها خمسة

الاقالة فيهما و انفساخهما بها- و هي التفاسخ بالتراضي - فلما مر في كتاب الاجارة من مشروعيتها الاقالة في العقود، نظراً الى كون التقايل بنفسه من العقود فتشمله الادلة العامة صحة و لزوما، فراجع.

و المشهور بين الاصحاب على ما قيل انهما لما كانتا من العقود اللازمة و جب انحصار الفاضل في الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغتها، و كذا يشترط فيهما ما يشترط في غيرهما من العقود اللازمة من العربية و وقوع القبول على الفور و ما شاكل، لكن قد مر في كتاب البيع انه لا يعتبر شيء من تلكم في شيء من العقود اللازمة، و ايضا قد ظهر مما ذكرناه في كتاب الاجارة جريان المعاطاة فيهما. ثم انه حيث ان الاظهر عدم اعتبار الماضي في صيغ العقود اللازمة كما مر، فلا يهمننا النزاع في انه هل يكفي غير الماضي من الصيغ في المزارعة ام لا، و الاستدلال للكفاية بالنصوص الخاصة فانها حينئذ تكون على القاعدة.

شروط المزارعة- احدها العقد من اهله و الكلام في هذا الفصل يقع في مقامين:

الاول: في المزارعة.

الثاني: في المساقاة.

[المقام الاول: في المزارعة]

إشارة

اما المزارعة فالكلام فيها في موضعين:

الاول: فى شروطها.

الثانى: فى احكامها.

[الموضع الاول: فى شروطها]

اشارة

اما الاول فشروطها خمسة:

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ١٦٦

العقد من اهله

الاول: العقد من اهله

اشارة

وهذا مركب من امرين:

احدهما:

اعتبار العقد

، و هو الايجاب و القبول فيها و المراد به ان كان هو الاعتبار النفسانى فاعتباره فيها من القضايا التى قياساتها معها، و ان كان هو المبرز له و ما ينشأ به من الالفاظ او الافعال فالدليل على اعتباره ما دل على اعتباره فى جميع العقود و الايقاعات، و هو ان بناء العقلاء و الشارع الاقدس على عدم ترتيب الآثار على الالتزامات النفسانية ما لم تبرز بما يكون مبرزا لها نوعا، و لذا لا يصح انشاء عقد بما وضع لآخر الا- مع القرينة الموجبة لظهوره فيه، و اما الخصوصيات المعتبرة فيهما فقد مر الكلام فيها مفصلا فى البيع، و كفاية المعاطاة و العقد المركب من القول و الفعل ظاهرة مما ذكرناه فى كتاب الاجارة فلا نعيد.

ثانيهما:

صدور العقد من اهله

، و هو كونه بالغاً عاقلاً مختاراً غير محجور عليه لسفه او فلس. و مدرك اعتبار الاولين حديث رفع القلم عنهما «١» و مدرك اعتبار الثالث حديث رفع ما استكروها عليه «٢» و مدرك اعتبار الرابع تعلق حق الغرماء بماله فى الفلس، و ما دل على عدم جواز امر السفية فى التصرف المالى «٣» على ما سيجىء. و قد مر تفصيل الكلام فى جميع تلكم فى كتاب الاجارة، و مما قدمناه فيه يظهر انه لا مانع من كون الزارع مفلساً اذا لم يكن منه مال، لعدم كونه تصرفاً مالياً.

(١) الوسائل باب ٤- من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١- و باب ٣٦ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٢- و باب ٨ من ابواب

مقدمات الحدود حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس و باب ١٢ من ابواب كتاب الايمان.

(٣) النساء آية ٦- الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الحجر.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٦٧

و ان يكون النماء مشاعا

اعتبار كون النماء مشاعا بينهما و

الثاني: ان يكون النماء مشاعا

بينهما تساويا او تفاضلا بلا خلاف فيه، و ظاهر الحدائق- حيث قال: و الظاهر ان دليله الاجماع- الاجماع عليه، و هو صريح الغنية.

و استدل له، تارةً بالاقتران على المتيقن من النص و الفتوى في عقد المزارعة المخالف لاصالة عدم الغرر، ذكره سيد الرياض.

و اخرى بما في المسالك من منافاة عدم اشاعة النماء بينهما لوضع المزارعة.

و ثالثةً بجملة من النصوص استدل بها في الحدائق، كحسن الحلبي عن مولانا الصادق عليه السلام: لا بأس بالمزارعة بالثلث و الربع و

الخمس «١». و صحيح عبد الله بن سنان الآتي: و لكن يقول ازرع فيها كذا و كذا، ان شئت نصفاً و ان شئت ثلثاً «٢» و نحوه خبر ابي

الربيع «٣».

و لكن يرد الاول: انه لا- فرق في لزوم الغرر بين جعل النماء مشاعاً بينهما، او تخصيص كل واحد بنوع من الزرع دون صاحبه. و ان

شئت قلت: ان دليل مشروعية المزارعة اخص من ما دل على النهي عن الغرر «٤» من هذه الجهة، و اطلاق المقيد مقدم على اطلاق

المطلق كما حقق في محله.

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب المزارعة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٨ من ابواب المزارعة حديث ٥.

(٣) الوسائل باب ٨ من ابواب المزارعة حديث ١٠.

(٤) التذكرة ج ١- ص ٤٦٦- و سبقه الشيخ في الخلاف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٦٨

[...]

و الثاني: ان وضع المزارعة على كون بعض الحاصل لصاحب الارض و بعضه للعامل، و اما كون ذلك بنحو الاشاعة فلم يظهر منه

ذلك. و ان شئت قلت: ان اعتبار ذلك اول الكلام، فكيف يفرض مفروغا عنه!

و الثالث: ان تلك الاخبار لا مفهوم لها، اما الاول فواضح، و اما الاخيران فلأنهما في مقابل تسمية شيء من الحاصل للبقر و شيء منه

للبذر، لاحظ ما في اولهما قال عليه السلام: لا يسمى شيئاً من الحب و البقر، و لكن يقول ازرع ... الخ.

فالحق ان يستدل له بصحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام: لا تقبل الارض بحنطة مسماة، و لكن بالنصف و الثلث و الربع و

الخمس لا بأس به «١» بناء على ارادة المزارعة من القبالة فيه او ما يشملها، و ظهوره في اعتبار كون النماء حصّة مشاعاً لا ينكر.

و على هذا فلو اقتص كل واحد منهما بنوع من الزرع دون صاحبه، كان يشترط احدهما الهرف اى المتقدم من الزرع و الآخر المتأخر منه، او ما يزرع على مكان معين و الآخر ما يزرع فى غيره، او نحو ذلك مما لا إشاعة فى شىء منه بينهما، لا تصح المزارعة. انما الكلام فيما لو كانت الاشاعة فى الجملة محققة، و لكن بعد استثناء شىء معين، كان يشترط لاحدهما قدرا من الحاصل و ما زاد عليه بينهما، فالمنسوب الى المشهور عدم صحتها ايضا. و عن المصنف ره جواز استثناء شىء مطلقا، و رجحه فى محكى الكفاية و فى الجواهر و غيرهما. و عن الشيخ فى النهاية و جماعة جواز استثناء البذر من جملة الحاصل. و استدلل للاول بظهور النصوص فى اعتبار الاشاعة فى الحصه، و ينافيها

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب المزارعة حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٦٩

[...]

استثناء شىء له، ذكره فى الحدائق. و بجواز ان لا تحصل الزيادة فيبقى الآخر بلا شىء، كما فى الشرائع و عن الغنية و غيرهما. و بما دل على النهى عن الغرر الخارج عنه ما لو كان النماء بتمامه مشتركا بينهما بنحو الاشاعة و بقى الباقي، افاده سيد الرياض. و بمنافاته لوضع المزارعة، ذكره فى المسالك.

و الجميع مردودة. اما الاول فلما مر من ان النصوص لا دلالة فى شىء منها على اعتبار الاشاعة سوى صحيح الحلبي، و هو انما تضمن النهى عن المزارعة بالحصه المعينه و جواز المزارعة بالمشاعة، و لا تعرض فيه لما اذا كانت المزارعة بهما معا، و صدره لا يدل على النهى عنه كما هو واضح، و ذيله لا مفهوم له، فتبقى هذه الصورة داخله تحت عمومات صحة المزارعة. و أما الثانى فلانه يمكن فرضه فيما يكون الغالب عادة حصولها، مع انه لا محذور فى ان لا يبقى للآخر شىء، كما لو لم يحصل شىء من الارض اصلا.

و أما الثالث فلما مر من ان دليل الغرر مخصص فى المقام من هذه الجهة.

و أما الرابع فقد عرفت ان ذلك لا ينافى وضع المزارعة، بل ربما كان الظاهر منه خلاف ذلك، خصوصا اذا كان الاستثناء لاجنبى.

فالظاهر جواز الاستثناء مطلقا، للعمومات و الاطلاقات، و يشهد به - مضافا الى ذلك - جملة من النصوص، لاحظ:

خبر ابراهيم الكرخى، قلت لابي عبد الله عليه السلام: اشارك العليج فيكون من عندى الارض و البذر و البقر، و يكون على العليج القيام و السقى و العمل فى الزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً، و تكون القسمة فيأخذ السلطان حقه و يبقى ما بقى على ان للعليج منه الثلث ولى الباقي، قال عليه السلام: لا- بأس بذلك. قلت: فلى عليه ان يرد على مما اخرجت الارض البذر و يقسم ما بقى؟ قال: انما شاركته على ان يكون

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٧٠

[...]

البذر من عندك، و عليه السقى و القيام «١». فان صدره صريح فى جعل مقدار من الحاصل للغير، و عدم اشاعة الحصه فى المجموع، و ذيله ظاهر فى ذلك فانه عليه السلام علل عدم جواز اخذ مقدار البذر من الحاصل بانه عند عقد الشركة لم يصرح بذلك، فيستكشف منه انه لو كان صرح به لما كان فيه محذور.

و خبر يعقوب بن شعيب عنه عليه السلام عن الرجل يكون له الارض من ارض الخراج، فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها و يصلحها

و يؤدي خراجها و ما كان من فضل فهو بينهما قال عليه السلام: لا بأس «٢» و نحوهما غيرهما. و مما ذكرناه يظهر حال مسألة اخرى، و هي ما لو شرط احدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً الى الحصّة من ذهب او فضة او غيرهما، فانه لا- إشكال في الجواز، بل الوجوه المذكورة لعدم الجواز في المسألة المتقدمة لا- تجرى هنا، و لذا ذهب المشهور الى الصحة هنا، بل ظاهر المسالك عدم الخلاف فيها. و في الجواهر: قال في المفاتيح في بعض الاخبار عليه دلالة، قيل: و لعله ما اشار اليه في الكفاية من بعض المعتمدة عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران، و يضمن له ان يعطيه في كل جريب ارض يمسح عليه وزن كذا و كذا درهما، فربما نقص و غرم و ربما استفضل و زاد، قال عليه السلام: لا بأس اذا تراخيا «٣» انتهى. و فيه تأمل. و كيف كان، ففي المسالك ان قراره حينئذ مشروط بالسلامة، كاستثناء ابطال معلومة من الثمرة في البيع، و لو تلف البعض منه سقط منه بحسابه، لانه كالشريك و ان كان حصته معينة، انتهى!

-
- (١) الوسائل باب ١٠ من ابواب المزارعة حديث ١.
 (٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب المزارعة حديث ٢.
 (٣) الوسائل باب ١٤ من ابواب المزارعة حديث ١.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٧١
 و الاجل المعلوم
-

و اورد عليه بمنافاته لعموم ما دل على لزوم الشرط «١» بعد فرض كونه في الذمة، و بذلك يفرق بينه و بين استثناء الارطال التي هي بعض المبيع. و يمكن ان يوجه كلام ثاني الشهيدين ره بان الظاهر من الشرط ليس جعل شيء له مجاناً، بل بازاء ما يصل الى الآخر، فيتم ما افاده ، اعتبار تعيين المدة في المزارعة و

الثالث: تعيين الاجل المعلوم

، بلا خلاف معتدّ به بل لعل الاجماع عليه، كذا في الجواهر. و في الحدائق الفتوى صريحا بعدم اعتباره. و الاول اظهر، لعموم ما دل على النهي عن الغرر «٢» الشامل للمقام مع الجهل بالمدة كما في الاجارة، فان المزارعة و ان لم تكن من المعاوضات بل من قبيل المشاركات و لكنها من العقود اللازمة، و لم يقيد الغرر المنهى عنه بما في المعاوضات. و دعوى ان المزارعة تحتل من الغرر ما لا يحتمله غيرها، مندفعة بان ذلك بالنسبة الى الحصّة لا في غيرها. لا يقال: ان النسبة بين مطلقات المزارعة، و ما دل على النهي عن الغرر، عموم من وجه، فلا وجه لتقديم النبوي. فانه يتوجه عليه: اولاً: ان النبوي حاكم على أدلة الباب، و هو ينفي المعاملة المشروعة في نفسها لو لا الغرر اذا كانت غررية.

-
- (١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة.
 (٢) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٧٢

و ثانياً: انه لو سلم كون النسبة عموماً من وجه من دون حكومة في البين، يقدم النبوي للشهرة التي هي اول المرجحات. ودعوى ان لكل زرع امدا معتادا، فيبنى مع الاطلاق على العادة، و يكتفى به عن ذكر المدة، فيها: انه ان اوجب الاطمينان بالمدة فهو في حكم التعيين، و الا فلا يوجب رفع الغرر، فلا يكتفى به.

وقد استدلل للمختار بروايات متعددة اكثرها لا تدل عليه. نعم، لو قيل بدلالة خبر ابي الربيع الشامي عن مولانا الصادق عليه السلام عن ارض يريد رجل ان يتقبلها، فأى وجوه القبالة احل؟ قال عليه السلام: يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماء فيعمر و يؤدي الخراج، فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالته، فان ذلك لا يحل «١» عليه، نظرا الى ان المراد بالقبالة المزارعة او ما يشملها، ليس بكل البعيد.

وقد ذهب جماعة الى اعتبار كون المدة مما يعلم فيه ادراك الزرع و لو من جهة العادة، لان ادراك الزرع هو الملحوظ في المزارعة، بل هو ركنها الاعظم. و يمكن ان يستدل له في صورة احرار القصور بمنافاته لما هو المقصود من المزارعة، و في صورة الشك بحديث النهي عن الغرر.

و تمام الكلام في المقام في ضمن فروع:

١- لو شرط في العقد تأخيره ان بقى بعد المدة المشترطة، ففي الشرائع بطل العقد على القول باشتراط تقدير المدة، و وجهه في المسالك و الجواهر بان المدة تصير في الحقيقة هي المجموع من المذكور و ما بعده الى ان يدرك الزرع

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب المزارعة حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروماني)، ج ١٩، ص: ١٧٣

[...]

و هي مجهولة.

و فيه: اولاً: ان الشرط ان كان بقاء المزارعة كان لما ذكر وجهه، و اما لو كان ابقاء الزرع في ارضه فلا محل لهذا الكلام، فان مدة المزارعة هي ما جعل في متن العقد.

و ثانياً: ان الشرط بما انه غررى يكون فاسداً، و الشرط الفاسد لا يفسد العقد.

و ثالثاً: ان المدة مضبوطة، و ما تضمنه الشرط انما هو اثناء شيء آخر، و كون المجموع مجهولاً لا يوجب جهالة مدة العقد. فالظاهر بطلان الشرط و صحة العقد.

و لو اشترط استحقاق الابقاء و لو بالاجرة بلا تعليق صح الشرط ايضاً، لعدم الغرر فيه، و لكن الظاهر خروج ذلك عن محل الكلام.

٢- لو ترك المزارعة حتى انقضت المدة و الارض تحت يده، ففي ضمانه اجرة المثل للارض، او عدم ضمانه اصلاً، او التفصيل بين الترك اختياراً فالاول او معذوراً فالثاني، او ضمانه ما يعادل الحصه المسماء بحسب التخمين، او ضمانه بمقدار تلك الحصه من منفعة الارض و من قيمة عمل الزارع، او التفصيل بين صورة اطلاع المالك على ترك الزرع فلا ضمان، و بين عدم اطلاعه فالضمان، و وجهه و اقوال.

اقول: حيث انه قد عرفت ان المزارعة من المشاركات لا من المعاوضات، فلا يملك على الزارع عمله و لا حصه من الحاصل عليه، فلا وجه لضمانه اجرة احدهما، و لكن بما انه قد مر في كتاب الاجارة و البيع ان المنافع غير المستوفاه يضمنها من يكون المال تحت يده، فيضمن اجرة المثل للارض التي هي قيمة منفعة الارض الفاتئة، و به يظهر انه لو لم تكن الارض تحت يده لا ضمان عليه، و بذلك

يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

٣- و لو مضت المدّة و الزرع باق، فالمشهور ان للمالك ازالته، و ذهب بعضهم الى انه ليس له تلك، و عن القواعد: الاقرب ان للمالك الازالة مع الارش، او التبيئة
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٧٤
]...[

مع الاجرة.

وجه الاول: عموم ما دل على تسلط الناس على اموالهم «١» و عدم حلّ مال المسلم الا بطيب نفسه «٢» ضرورة عدم حق للزارع بعد المدّة التي ذلك فائده جعلها غاية.
و وجه الثاني: انه قد حصل في الارض بحق، فلم يكن للمالك قلعه، و ان للزرع امداً معيناً غير دائم الثبات، فاذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع، كما لو استأجر مدّة للزرع فانقضت قبل ادراكه.
و وجه الثالث: كونه جمعا بين الحقين، هكذا ذكروا.

قّمى، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٩، ص: ١٧٤

و حق القول في المقام ان يقال: انه لا ينبغي التوقف في سقوط حق الزارع، لان الحق كان الى غاية فلا حق له بعدها، و كون امد معين للزرع لا- يوجب ثبوت حق للزارع في الارض، بعد عدم كونه المعاملة واردة على الزرع بما له من الامد بل الى وقت معين. و اما انه هل للمالك الارض ازالته ففيه اشكال، نظراً الى ان عموم الناس مسيطون على اموالهم انما يدل على جواز التصرف في ماله لا في مال الغير، أ لا ترى انه لا يصح ان يقال ان مقتضى قاعدة السلطنة جواز ان يذبح حيواناً للغير بمديته من جهة انه تصرف في المدية، و في المقام غاية ما تدل عليه قاعدة السلطنة جواز التصرف في الارض، اما جواز التصرف في الزرع بالازالة فلا يستفاد منها.
و هل له الامر بالازالة فيجب على الزارع تلك، و ان لم يفعل يلزمه الحاكم عليها ام لا؟ الظاهر ان له تلك الا في صورة واحدة، و هي مما لو استلزم القلع و الازالة الضرر

(١) البحار ج ١- ص ١٥٤ الطبع القديم- و ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى المستدرک ج ١ ص ٢١٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٧٥

]...[

على الزارع، و كان بقاء الزرع في الارض غير موجب لتضرر المالك و لا كان له نفع في قلعه، فانه في هذه الصورة يمكن ان يقال ان مقتضى حديث لا ضرر «١» عدم وجوب الازالة، و انما لم نقل بذلك فيما اذا تضرر المالك ببقاء الزرع او كان له نفع في قلعه، فلما حقق في محله و صرح به جماعة بل المشهور من انه لا يجب تحمل الضرر لدفعه عن الغير، لان حبس المالك عن الانتفاع بملكه و جعل الجواز تابعا لتضرر الغير حرج عظيم، و لا يعارضه تضرر الغير، و تمام الكلام في محله.

و لذلك افتوا بجواز ان يتصرف الانسان في ملكه بحفر بئر و شبهه و ان تضرر جاره بذلك، ان كان في ترك الحفر ضرر عليه او كان

له فيه نفع، راجع كلمات القوم فى كتاب احياء الموات.

وعلى الجملة فى خصوص هذه الصورة من جهة عموم حديث لا- ضرر يحكم بانه لا حق له فى الازالة، فليس له ان يأمر بها، ولا يجب على الزارع الازالة، ولكن ليس لازم ذلك ان له ابقاء الزرع بلا اجرة، بل من جهة انه يستوفى بذلك منفعة الارض فعليه اجرة المثل للارض.

فالمتحصل مما ذكرناه انه ليس له الازالة بنفسه مطلقا، وانما له ان يأمر بالازالة بلا ارش، ولا حق للزارع فى الابقاء الا فى صورة واحدة، وفى خصوص تلك الصورة له ابقاء الزرع مع الاجرة، فتدبر فانه حقيق به.

ثم انه فى موارد ثبوت حق الامر بالازالة للمالك، لا فرق بين ان يكون عدم ادراك الزرع بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير، أو من قبل الله تعالى كتغيير الأهوية وتأخير المياه. واما فى مورد ثبوت حق الابقاء للزارع، فلا يبعد القول بالاختصاص بما

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار- كتاب التجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ١٧٦

وتعيين الحصه بالجزء المشاع و كون الارض مما ينتفع بها

إذا كان ذلك من قبل الله تعالى، وان كان من قبله لا حق له فى الابقاء من جهة انه بفعله اقدم على الضرر، وفى مثل ذلك لا يصلح حديث لا ضرر لتخصيص عموم قاعدة السلطنة و حكومته عليها، كما لا يخفى.

ولو اتفقا على التبقية جاز بعوض وبغيره، وفى التبقية بالعوض يمكن ان يكون ذلك بنحو الاجارة، او الصلح، او الاباحة بعوض.

و

الرابع: (تعيين الحصه بالجزء المشاع)

من الثلث او ما شاكل، فلو قال: ازرع هذه الارض على ان يكون لى او لك شىء من حاصلها، بطل بلا خلاف، و يظهر وجهه مما ذكرناه فى سابقه.

يعتبر كون الأرض مما ينتفع بها و

الخامس: كون الارض مما ينتفع بها

بان تكون من اراضى الزراعة، وان يكون لها ماء و لو تقديراً، اما من نهر و بئر و عين أو ما شاكل، و من تلكم الارض التى تسقيها الغيوث و الامطار عادة.

وان لم يمكن الانتفاع بها بطلت المزارعة بلا خلاف فى ذلك فى الجملة، الا ما عن المصنف ره فى القواعد حيث قال- بعد ذكر الشرط المذكور:- و لو زارعا او آجرها له و لا ماء لها، تخير العامل مع الجهالة لامع العلم، لكن فى الاجرة يثبت المسمى، انتهى. و ظهوره فى صحة المزارعة لا- ينكر، و لكن الظاهر ارادته صورة عدم الماء فعلا و ان كان يمكن بحفر بئر مثلا، لا صورة عدم امكان الانتفاع بها للزرع، الذى لا يطابق ما اعترف به قبيل هذه العبارة من الشرط المزبور، و على ذلك يحمل ما عن ارشاده، قال: و لو زارع على مالا ماء له بطل الامع علمه. فلا خلاف فى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٧٧

[...]

المسألة.

و مدرك اعتبار هذا الشرط عدم صدق المزارعة، لعدم الغرض المطلوب فيها، فلا تشملها الاطلاقات و العمومات، و لا أقل من انصرافها عن ذلك. و عدم بناء العقلاء عليه، بل هي من المعاملات السفهائية عندهم، و المعاملة السفهائية و ان لم نلتزم ببطلانها الا انه في ما كان هناك اطلاق او عموم دال على الصحة، لا في مثل المقام مما لا دليل عليها. و تمام الكلام في ضمن فروع:

١- انه لو لم يكن للارض ماء بالفعل و لكن يمكن تحصيله بعلاج، فلا اشكال في صحة المزارعة. و هل للزارع الخيار مع الجهل بذلك ام لا؟ الظاهر ذلك، لا لقاعدة نفى الضرر حتى يقال انها تختص بما اذا كان ضرر عليه، بل لتخلف الشرط الضمني الذي عليه بناء العقلاء و العقد مبني عليه، و هو كون الارض ذات ماء بالفعل.

٢- اذا كانت الارض ذات ماء بالفعل، و لم يعلم به المتعاقدان فأوقعا المزارعة، فظاهر الجواهر ابتناء الصحة و البطلان على القول باشتراط الامكان، و مانعية عدم قابليتها للانتفاع. فعلى الاول تصح، و على الثاني تبطل، و حيث ان المختار عنده اشتراط الامكان فلذا اختار البطلان.

و فيه: اولاً: ان الفرق بين المبنيين غير ظاهر، اذ لو كان المانع او الشرط هو الامكان واقعا و عدم قابليتها للانتفاع كذلك لزم البناء على الصحة، لوجود الشرط و انتفاء المانع، و لو كان العلم باحدهما شرطاً او مانعاً، ففي الفرضين لا بدّ من القول بالبطلان. و ثانياً: ان مقتضى الأدلة التي اقامها للبطلان مع عدم قابلية الارض للانتفاع من كون المعاملة سفهائية، و ارادة غير الفرض من العمومات و المطلقات هو الصحة،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٧٨

[...]

فان المعاملة لا تكون سفهية واقعا و المفروض انكشاف ذلك لهما، و كان الفرض مشمولاً للدلة واقعا و ان تخيلاً عدم كونه كذلك. فالظاهر هي الصحة، الا ان يفرض عدم قصدهما لعنوان المزارعة جدا حين الانشاء، و هو خلاف الفرض.

٣- اذا كانت الارض لا ماء لها حين العقد، فاتفق تجدد قابليتها في ظرف الاحتياج الى الماء، كفي ذلك العقد، فانه ينكشف كونه واجداً للشرائط و فاقداً للموانع واقعا و ان لم يعلم به. فما في الجواهر من الحكم بالبطلان، غير ظاهر. نعم، اذا لم يقصد المزارعة جدا بطل لذلك.

٤- و لو انقطع الماء في اثناء المدة، فتارة ينقطع في جميع المدة، و اخرى في الاثناء بعد الانتفاع بالارض في الزراعة في مقدار من المدة. و على التقديرين تارة يمكن تحصيله بعلاج، و اخرى لا يمكن ذلك.

فان انقطع في تمام المدة و لم يمكن تحصيله بطل العقد، لان المعتمد هو قابلية الارض للزراعة في ظرف العمل، و الفرض عدمها و ان توهمها تحققها، فبالانقطاع ينكشف عدم واجديّة العقد للعقد للشرائط.

و ان انقطع في تمام المدة مع امكان تحصيله بعلاج، فالظاهر ثبوت الخيار للزارع، لما ذكرناه في الفرع الاول.

و ان انقطع في بعض المدة و لم يمكن تحصيله، بطل العقد بالنسبة الى المدة الباقية، و حينئذ للزارع خيار التبعض بلحاظ التبعض في الغرض المعامل، و هو الانتفاع بالارض في مجموع المدة.

و ان انقطع في الاثناء و امكن تحصيله بعلاج، تخير الزارع بالنسبة الى الباقي، فان فسخ ثبت له خيار التبعض. لا يقال: ان التبعض حصل بفعله، فلا يثبت له خياره، فانه يتوجه عليه ان منشأ فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٧٩ و له ان يزرع بنفسه، او بغيره، او بالشركة، ما لم يشترط المباشرة

التبعض ليس من ناحيته، بل من جهة تخلف الشرط الضمني. و بما ذكرناه ظهر ما في كلمات الاصحاب في المقام. حكم عقد المزارعة بين ازيد من اثنين

الموضع الثاني: في احكامها

اشارة

، و فيه مسائل:

[حكم عقد المزارعة بين ازيد من اثنين]

الاولى: له اى للزارع (ان يزرع بنفسه او بغيره او بالشركة ما لم يشترط المباشرة) و ألا تعين ان يزرع بنفسه عملا بالشرط، و هذا لا كلام فيه لو كان المراد ظاهره، كما لا- كلام في انه يجوز كون الارض من احدهما و العمل و البذر و العوامل من الآخر، او العمل من احدهما و البقية من الآخر، و النصوص المتقدمة جملة منها شاهدة بذلك، انما الكلام في موردين: الاول: في جواز عقد المزارعة بين ازيد من اثنين، مثال ذلك ان تكون الارض من واحد و البذر من آخر و العمل من ثالث و العوامل من رابع، ففي محكى القواعد في صحة كون البذر من ثالث نظر، و كذا لو كان البذر من ثالث و العوامل من رابع. و في المسالك في مقام بيان منشأ الاشكال، قال: من عموم الامر بالوفاء بالعقد، و الكون مع الشرط، و من توقف المعاملة سيما التي هي على خلاف الاصل على التوقيف من الشارع، و لم يثبت منه مثل ذلك، و الاصل في المزارعة قصة خيبر، و مزارعة النبي صلى الله عليه و آله اليهود عليها على ان يزرعوها و لهم شطر ما يخرج منها و له صلى الله عليه و آله و سلم شطره الآخر «١» و ليس فيها ان المعاملة مع اكثر من واحد و كذلك

(١) الوسائل باب ٨ و ٩ من ابواب المزارعة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٨٠

[...]

باقى النصوص التي وردت من طرفنا، و لان العقد يتم باثنين موجب- و هو صاحب الارض- و قابل، فدخل ما زاد يخرج العقد عن وضعه، او يحتاج اثباته الى دليل، و الاجود عدم الصحة.

و اورد عليه في الحدائق بان ما ذكره من توقف هذه المعاملة على التوقيف من الشارع بمعنى دليل خاص، فهو خلاف ما يستندون اليه من التمسك بعموم الأدلة و اطلاقاتها، و ايضا ان ذلك ينافى ما يفهم من قصة خير فان اليهود كانوا كثيرين و قد زارعهم النبي صلى الله عليه و آله و سلم، و ايضا ينافيه ما هو معلوم جوازه في باقى العقود من تعدد الموجبين و القابلين. ثم حكى عن الاردبيلي قده ما يؤيد ما ذكره.

و لكن يرد على ما في الحدائق: ان هاهنا مسألتين:

احدهما: كون احد طرفي عقد المزارعة متعددا، ككون الارض مشتركة بين جماعة مثلا.

ثانيتها: كون طرف العقد متعددا، بان تكون الارض من واحد، و العمل من آخر، و البذر من ثالث.

و ما افاده صاحب الحدائق انما هو في المسألة الاولى، و لا أظن ان يكون من يشكل في الصحة فيها، و مورد كلام المسالك المسألة الثانية.

و أما ما افاده في المسالك، فيرد على ما افاده اولاً: ان اطلاق المزارعة و ان لم تشمل الفرض، الا انه تكفى العمومات العامة بعد عدم الدليل على اعتبار عدم كون العقد بين اثنين، و كون ذلك خلاف المتعارف لا يوجب الانصراف، و معها لا يرجع الى الاصل.

و يرد على ما افاده ثانياً: ان العقد عبارة عن ربط احد الالتزامين او الالتزامات بالآخر، فان كان مدعاه عدم صدق العقد على ما لو كان العاقد اكثر من اثنين فهو

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٨١

[...]

ظاهر الفساد، و ان كان مراده انصراف العقد الى ذلك فيرد انه لا منشأ له سوى التعارف، و هو لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق.

فالانصاف انه لا مانع من شمول العمومات، سيما على المختار من كون المزارعة من المشاركات، سوى النصوص الخاصة، لاحظ:

خير ابي الربيع الشامي عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع ارض آخر، فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر، فقال عليه السلام: لا ينبغي ان يسمى بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الارض: ازرع في ارضك و لك منها كذا و كذا، نصف او ثلث او ما كان من شرط، و لا يسمى بذرا و لا بقراً فانما يحرم الكلام «١».

و خبر عبد الله بن سنان عنه عليه السلام- في حديث:- لا يسمى شيئاً من الحب و البقر، و لكن يقول ازرع فيها كذا و كذا، الحديث «٢» و نحوهما غيرهما.

فان الاستفادة من هذه النصوص انه لا يجوز ان يجعل بازاء البذر و البقر شيئاً من الحاصل، بل هو يجعل لصاحب الارض و العامل، و ليس معنى الفساد و البطلان الا ذلك.

و عن المختلف حمل هذه النصوص على الكراهة، معللاً بانه لا ربا هنا، لان الربا انما يثبت في البيع خاصة.

و فيه: اولاً: انه ليس النظر في النهي الى الربا قطعاً، و لذا نهى عن جعله بازاء البقر ايضا.

و ثانياً: ان الحمل على الكراهة- مضافاً الى انه خلاف الظاهر بلا قرينة عليه

(١) الوسائل باب ٨- من ابواب المزارعة حديث ١٠.

(٢) الوسائل باب ٨ من ابواب المزارعة حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٨٢

[...]

- ينافيه التعليل بانه «يحرم الكلام» المراد منه بحسب الظاهر الحرمة و الفساد مع هذه التسمية و التوزيع. و عن المجلسي ره: ان قوله: للبذر ثلثا، يحتمل وجهين: احدهما: ان اللام للتمليك، فالنهي لكونهما غير قابلين للملك. ثانيهما: ان يكون المعنى ثلثا بازاء البذر و ثلثا بازاء البقر، فالنهي لشائبة الربا في البذر. و هذا من غرائب الكلام. فالحق دلالة النصوص على المنع من التوزيع في المزارعة بهذا النحو، اى جعل مقدار لمالك البذر و مقدار لمالك البقر، بل المتعين جعل الحاصل لمالك الارض و العامل، و هذا مستلزم للفساد في محل الفرض. الثاني: في تشريك الغير في المزارعة، فالمشهور بينهم انه يجوز للعامل ان يشارك غيره في العمل بالحصة المعلومة و ان يزارع غيره، من غير توقف على اذن المالك اذا لم يكن شرط عليه العمل بنفسه. و هذا لا إشكال فيه على فرض كون المزارعة من المعاوضات، كما مر نظيره في الاجارة و بينا هناك تفصيل القول في ذلك، و في جواز تسليم العين اليه. و أما على فرض كونها من المشاركات، فقد يشكل المشاركة فيها بما افاده الشهيد الثاني، قال: و هو حسن في مزارعة غيره، اما المشاركات فلا لان المراد بها ان يبيع بعض حصته في الزرع مشاعا ببعض معلوم، و هذا لا مانع منه لمملكه لها، فيتسلط على بيعها كيف شاء، بخلاف ابتداء المزارعة اذ لا حق له حينئذ الا العمل، و به يستحق الحصة، انتهى. و تبع في ذلك المحقق الثاني. و اورد عليهما بما يطول المقام بذكره.

و الحق ان يقال: ان النقل الى الغير يتصور على وجوه:

احدها: نقل المزارعة او نصفها مثلا الى الغير، بحيث يصير كانه هو الطرف

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٨٣

[...]

للمالك بصلح و نحوه، بعوض و لو من خارج او بلا عوض.

ثانيها: نقل حصته او بعضها الى الغير، و لكن لا يصير الغير بهذا النقل زارعا له و لا لصاحب الارض، بل الناقل هو العامل للمالك، و عليه القيام باعمال الزراعة و لو بالتسيب.

ثالثها: ان يزارع غيره او يشاركه كما زارعه المالك، فيكون من قبيل اجارة العين المستأجرة، فيكون الغير زارعا.

و الكلام تارة فيما تقتضيه القاعدة، و اخرى في مقتضى النص الخاص.

اما الاول فالظاهر عدم جواز النقل بالوجه الاول، لان صيرورة الزارع زارعا يستحق على المالك بذل منفعة الارض و عليه العمل، مع كون الحاصل بينهما على الوجه الذى اشترطوه من آثار عقد المزارعة، و هذا غير قابل للنقل، بل هو نظير نقل الاجير صيرورته اجيرا الى الغير، و عدم جواز نقل العقد الواقع بينهما و كونه طرفا له الى الغير اوضح.

و أما النقل على الوجه الثاني، فان كان بعد خروج الزرع فلا اشكال فيه اصلا، لعموم ادله العقود. و اما قبل خروج الزرع ففيه اشكال، نظراً الى الجهل بالوجود، الا بناقل لا يضرب به الجهل بالحصول.

و أما النقل على الوجه الثالث فالظاهر جوازه، لان الارض تصير متعلقة لحقه، و قد مر انه يجوز المزارعة على ارض تكون تحت تسلط الانسان، و ان لم يكن مالكا لها و لا لمنافعها.

و لا فرق في جميع تلكم بين كون البذر من المالك أو منه، كما لا فرق بين ان يشترط المباشرة و عدمه، اذ لا منافاة بين الصحة في مواردنا و بين مباشرته للعمل، لعدم لزوم المباشرة للعمل في صحة المزارعة كما مر، فيصح ان يزارع الغير او يشاركه و يكون

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٨٤

و يزرع ما شاء مع عدم التخصيص فى العقد

هو المباشر دون ذلك الغير.

و أما النص و هو موثق سماعه، سألته عن المزارعة قلت: الرجل يبذر فى الارض مائة جريب او اقل او اكثر طعاما او غيره، فيأتيه رجل فيقول له: منى نصف هذا البذر الذى زرعت فى الارض و نصف نفقتك على و اشركنى فيه؟ قال عليه السلام: لا بأس «١» فظاهره التشريك فى حصه من الحاصل، و ليس فيه ما يشهد بنقل المزارعة او جعله شريكا معه فى كونه طرفا للمالك، و الله العالم.

حكم اطلاق المزارعة

الثانية: قالوا و لو اطلق المزارعة (يزرع ما شاء)، و لا يتعين نوع خاص (مع عدم التخصيص فى العقد)، و تنقيح القول بالبحث فى موارد: ١- هل يصح الاطلاق فيختار الزارع ما شاء كما هو ظاهر المشهور، ام يعتبر التعيين كما عن المصنف ره. فى التذكرة؟ وجهان. و استدل المصنف لما اختاره بتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات، فيلزم من تركه الغرر. و اورد عليه فى المسالك بان المالك دخل على أضرّ الانواع من حيث دخوله فى الاطلاق، فلا غرر. و فيه: ان المالك ان عين الأضرّ فلا غرر. و لكن ان اطلق و لم يعين، و كان الخيار بيد الزارع و يكون له زرع الأضرّ و زرع غيره، فلا محالة يلزم الغرر، و دخول المالك

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب المزارعة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ١٨٥

[...]

لا يوجب رفع حكم الغرر، و ليس هو نظير الضرر كى يرتفع حكمه بالاقدام.

و لكن يمكن ان يقال بناء على ما اخترناه فى حقيقة المزارعة من كونها من قبيل المشاركات لا من المعاوضات، و ان الارض لا تنتقل من المالك و لا منفعتها تنتقل عنه الى الزارع بل ليس الا الاذن فى الزرع، فلا يكون غرراً منها عنه، اذ لا إشكال فى عدم جريان الغرر فى الاذن. و اما من ناحية مجهولية الحاصل، فالغرر الناشئ منها معفو فى هذا الباب، لجهالته دائما. فالظاهر صحة الاطلاق.

٢- قال فى المسالك: انه مع الاطلاق يتخير الزارع اذا كان البذر من عنده، اما لو كان من عند صاحب الارض فالتخير اليه بطريق أولى لا إلى الزارع.

و فيه: ان ذلك فرع كيفية الاطلاق المأخوذ فى العقد، فان كان بنحو ظاهره تخيير الزارع، لم يكن منافاة بينه و بين كون البذر من المالك، فيكون الاختيار فى تعيين نوع البذر بيد الزارع.

٣- و لو عين رب الارض الزرع على العامل تعيينا نوعيا كالحنطة، أو شخصياً كهذه الحنطة، او صنفياً كالحنطة الفلانية، لم يجز له التعدى الى الآخر، سواء كان ما عدل اليه أضرّ مما عين فى العقد او اقل ضررا او مساويا، لعموم وجوب الوفاء بالعقد و الشرط. و لو خالف، ففيه اقوال:

احدها: ان للمالك اجرة المثل، و هو مختار الشهيد الثانى فى المسالك و المحقق الاردبيلي.

ثانيها: التخيير، بمعنى انه يتخير المالك بين فسخ العقد و أخذ اجرة المثل و عدمه، فيأخذ المسمى مع الارش، للنقص الحاصل فى

الارض بسبب زرع الآخر فيها ان زرع الأضر، و هو مختار المصنف ره.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٨٦

[...]

ثالثها: التفصيل بين ما لو زرع الاقل ضررا فلا خيار له، و بين ما لو زرع الأضرّ فله الخيار، و هو ظاهر الشرائع.

و الحق ان يقال: ان تعيين النوع أو الصنف أو الشخص قد يكون على وجه التقييد و العوانية، و قد يكون على وجه الاشتراط:

فعلى الاول فبالنسبة الى ما وقع عليه العقد يكون كما لو ترك الزرع، و حكمه ضمان اجرة المثل للارض، لانه فاتت المنفعة و الارض تحت يده. و اما بالنسبة الى الزرع الموجود، فان كان البذر للمالك كان الزرع له، و لا يستحق العامل اجرة عمله، لعدم كونه بأمر المالك فلا- موجب لضمانه له، و ان لم يكن عالما بالتعيين و لم يتعمد الخلاف، و لكن حيث انه لا يضمن من العين الا واحدة من منافعها المتضادة، و الفرض استيفاء المالك منفعة من تلك المنافع و معه لا تكون المنفعة المضادة لها مضمونة، فلا يستحق على الزارع اجرة المثل للارض، مع عدم نقصان ما استوفاه من المنفعة. فالأظهر حينئذ ملاحظة ازيدهما قيمة، فان كان ما استوفاه أزيد فلا شيء على الزارع، و ان كان اجرة المثل أزيد استحق الزيادة خاصة عليه.

و على الثاني للمالك الخيار في فسخ العقد و ابقائه، فان ابقاه لا يستحق عليه شيئا، و ان فسخه يجري فيه ما ذكرناه في الصورة السابقة. ثم انه مع التعيين لا- فرق فيما ذكرناه من الاحكام بين ما لو كان ما زرعه أقل ضرراً أم كان اكثر ضررا. و دعوى ان المراد من التعيين مقدار الاذن في الانتفاع بالارض فهو كالأجارة بالنسبة الى ذلك فيجوز، مندفعاً بما افاده الشهيد الثاني بان غرض المالك ليس منحصرًا بمصلحة الارض، بل المقصد الذاتى انما هو الانتفاع بالزرع و مصلحة الارض تابعة، و لا شك ان الاغراض تختلف في انواع المزروع، فربما كان غرضه بالاشد ضررا من حيث نفعه و الحاجة اليه، و ان حصل للارض ضرر. مع

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٨٧

و الخراج على المالك

انه يدفعها ان ما ينشأ بالعقد لا يختلف باختلاف الاغراض، و يكون ما وقع عليه العقد عنوانا لما يستحقه أحدهما على الآخر، فاذا وقع العقد على الأشد ضررا لا يجوز الأقل ضرراً، و الحكم فى الاجارة ايضا كذلك.

حكم خراج الارض و مؤنتها

الثالثة: و الخراج و مؤنة الارض- كأجرتها اذا كانت مستأجرة- و نحوها على المالك، فان العامل انما يجب عليه العمل، و ما اشترط عليه من البذر و العوامل و امر الارض و ما يتعلق بها الى ربها.

بل فى خبر سعيد الكندى، قلت لابي عبد الله عليه السلام: انى آجرت قوما ارضاً فزاد السلطان عليهم، قال عليه السلام: اعطهم فضل ما بينهما. قلت: انا لم اظلمهم و لم ازد عليهم؟ قال عليه السلام: انهم زادوا على ارضك «١» و ان كان فيه قصور من حيث السند، و الظاهر و لا أقل من المحتمل كونه فى الخراج الذى هو على مالك الارض، باعتبار انه كانه عوض الأرض يأخذه السلطان و غير مقدر بقدر، فقد يزيد السلطان فيه و قد ينقص.

فلا يرد عليه ما افاده سيد الرياض، قال: و يستفاد من التعليل انسحاب الحكم فى كل موضع يشابه مورده، كما يتفق كثيرا فى بلادنا من الظلم على سكنة الدار بمال يكتب عليها، فمقتضى الاصل و القاعدة براءة ذمة اربابها و صرف الغرامة الى السكنة، فان المظلوم من

ظلم. فانه على ما ذكرناه يكون الخبر موافقا للقاعدة، بل

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب المزارعة - حديث ١٠.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٨٨
ما لم يشترط عليه

و للأصل و هو اصاله البراءة عما زاد على ما وجب عليه بعقد المزارعة، و الخبر و ان كان في الاجارة الا انه يستفاد حكم المقام منه بعموم التعليل.

هذا كله ما لم يشترط على الزارع، و الا لزم عليه عملا بالشرط، و الظاهر تسالمهم عليه مع كونه معلوما.
و انما اشكل الشهيد الثاني في المسالك في صورة الجهل، قال: و لو شرط عليه الخراج، فزاد السلطان فيه زيادة، فهي على صاحب الارض، لان الشرط لم يتناولها و لم تكن معلومة، فلا يمكن اشتراطها، انتهى.

و اورد عليه صاحب الحدائق ره بان المستفاد من الأخبار خلاف ما ذكره، لاحظ صحيح داود بن سرحان عن ابي عبد الله عليهما السلام في الرجل تكون له الارض عليها خراج معلوم و ربما زاد و ربما نقص، فيدفعها الى رجل على ان يكفيه خراجها و يعطيه مائتي درهم في السنة، قال عليه السلام: لا بأس «١» و رواه الصدوق باسناده عن يعقوب بن شعيب عنه عليه السلام.

و صحيح ابن شعيب عن مولانا الصادق عليه السلام عن الرجل تكون له الارض من ارض الخراج، فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها و يصلحها و يؤدي خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال عليه السلام: لا بأس «٢».
قال: و هذه الاخبار ظاهرة في عدم ضرر جهالة الشرط المذكور.

و فيه: اولاً: انه ليس في هذه النصوص ما يدل على ان ذلك هل هو بعنوان الجعالة او الصلح أو نحوهما المغتفر فيها الجهالة، ام بعنوان الاجارة و شبهها، ثم انه

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب المزارعة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب المزارعة حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٨٩

[...]

هل الخراج مجعول جزء من العوض او يكون مجعولا بعنوان الشرط، بل قد يقال انه ليس فيها ما يدل على كون ذلك بعنوان المعاملة، بل هي ثلاث مع كون ذلك بحصول التراضي خاصة، و نفى البأس لا يدل على ازيد من الجواز، و لو سلم الاطلاق يقيد بما دل على مضرة الجهالة للحكومة.

و ثانياً: انه يمكن ان يقال ان هذه النصوص و ما شابها، متضمنة لحكم معاملة خاصة نظير المصالحة، مفادها تملك المنفعة للعامل، و تملك مالك الارض للعمل و نحوه، بلا معاوضة بين العمل و المنفعة، فتأمل و سيأتي لذلك زيادة توضيح في المسألة اللاحقة.

و ثالثاً: ما في الجواهر ان شرط الخراج في النصوص من اشتراط كون حق الخراج عليه، نحو اشتراط حق الزكاة على مشتري الثمرة مع عدم العلم بمقدارها، فلا يقدر جهالة ما يؤديه عن ذلك، اذ ليس هو اشتراط قدر بل هو اشتراط حق، و ربما لا يؤدي عنه شيئاً، و مرجعه الى صيرورة الزارع كالمالك في تعلق هذا الحق به الذي لا إشكال في صحة اشتراط عليه و لو مؤكداً، و مثل ذلك ليس من

الجهالة في شيء.

و على الجملة، ما افاده الشهيد الثاني من انه مع اشتراط قدر الخراج لا بدّ و ان يكون معلوما هو الصحيح، و المدرك النهى عن الغرر الشامل للشرط ايضا على ما حقق في محله.

و الظاهر ان المراد بمثونه الارض ما كان مثل الخراج من اجرة الارض و نحو تلك، مما هو سبب في الاستيلاء على كون الارض بيده اجارة و زراعة و غيرهما. و اما ما استظهره في المسالك من انها ما يتوقف عليه الزرع و لا يتعلق بنفس عمله و تنميته، كإصلاح النهر و الحائط، و نصب الابواب ان احتيج اليها و الدولاب، و ما لا يتكرر كل سنة، كما فصلوه في المساقاة، فلا بد فيها من تعيين كونها على المالك او العامل، الا اذا

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٩٠

و الخرص جائز من الطرفين،

كان هناك عادة ينصرف اليها الاطلاق.

حكم الخرص

إشارة

الرابعة: (و الخرص جائز من الطرفين)، اي يجوز لكل من المالك و الزارع ان يخرص على الآخر، كما هو المشهور بين الاصحاب. و الاصل في ذلك - مضافا الى امكان دعوى انها معاملة مستقلة، يشملها عموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد «١» بناء على ما هو الحق من عدم اختصاصه بالعقود المتعارفة التي لها عناوين خاصة، و إلى امكان ارجاعه الى الصلح غير المعاوضي، فكانهما يتسلمان على ان يكون حصّة احدهما من المال المشترك كذا مقدار او البقية للآخر شبه القسمة او نوع منها - جملة من النصوص الخاصة الواردة هنا و في الثمار:

كصحيح ابي الصباح الكتاني، سمعت ابا عبد الله يقول: ان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لما افتتح خيبر تركها في ايديهم على النصف، فلما ادركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة اليهم فخرص عليهم، فجاءوا الى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وقالوا: انه قد زاد علينا. فأرسل الى عبد الله بن رواحة، فقال: ما يقول هؤلاء؟ قال: خرصت عليهم بشيء، فان شاءوا يأخذون بما خرصت، و ان شاءوا اخذنا «٢».

و مرسل محمد بن عيسى، قلت لابي الحسن عليه السلام: ان لنا اكرة فنزارعهم فيجيئون فيقولون: انا قد حرزنا هذا الزرع بكذا و كذا، فاعطونا و نحن نضمن لكم

(١) المائدة آية ٢.

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب بيع الثمار حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٩١

[...]

ان نعطيكم حصتكم على هذا الحرز، قال: و قد بلغ؟ قلت: نعم. قال عليه السلام: لا بأس بهذا. قلت: انه يجيء بعد ذلك فيقول: ان

الحرز لم يجيء كما حرزت قد نقص، قال: فاذا زاد يرد عليكم؟ قلت: لا، قال عليه السلام: فلکم ان تأخذه بتمام الحرز، كما انه اذا زاد كان له كذلك اذا نقص كان عليه «١». ونحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة.

و اورد عليه. تارة بانه من قبيل بيع المحاقلة و المزابنة، و هما ان يشتري حمل النخل بالتمر و الزرع بالحنطة، كما في صحيح البصري «٢» و قد نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عنهما كما في الصحيح و غيره.

و اخرى بانها معاملة ربويه و هي باطله.

و ثالثة بانه باطل من جهة اتحاد العوض و المعوض.

و الجميع مردودة، لعدم كون هذه المعاملة بيعا كما مر، و على فرضه يكون دليلها اخص من ما دل على بطلان بيع المحاقلة و المزابنة فيخصص به. و به يندفع اشكال كونها ربوية، مع ان حاصل الزرع و الشجر قبل الحصاد و الجذاذ ليس من المكيل و الموزون، اصف الى ذلك كله ان في جريان الربا في مطلق المعاملات حتى ما كان راجعا الى التعاوض كلاما محرراً في محله. و اما اتحاد العوض و المعوض فيدفعه- مضافا الى انه لا محذور فيه بعد دلالة الدليل على الصحة في المقام- انه لا يكون هنا اتحاد حقيقة، لكون المعوض الحصه المشاعة و العوض المقدار المخصوص من مجموع الحصتين. فلا اشكال في صحة الخرص.

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب بيع الثمار حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ١٣- من ابواب المزارعة حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٩٢

[...]

ثم ان تمام الكلام في ضمن فروع:

١- هل هو لازم كما لعله المشهور بين الاصحاب، ام يكون جائزاً كما عن الميسية و ايضاح النافع و التنقيح؟ وجهان. و عن التذكرة الاشكال في لزومه. يشهد للزومه العمومات الدالة على لزوم كل عقد و من العقود عقد الخرص، و مرسل محمد المتقدم و غيره من النصوص الصريح بعضها و الظاهر آخر في ذلك.

٢- هل الزائد على تقدير الزيادة ملك للمتقبل ام اباحة؟ الظاهر هو الاول، كما هو صريح المرسل السابق و ظاهر غيره. فما عن مزارعة القواعد من ان الزائد اباحة على اشكال، في غير محله.

٣- ان مقتضى الاخبار الخاصة ظهوراً او انصرافاً او متيقناً اختصاص هذه المعاملة بما اذا كان العوض من الثمرة المخروصة، فلا يجوز الخرص و جعل المقدار في الذمة من جنس ذلك الحاصل. و الظاهر اختصاص المعاملة عند العقلاء ايضاً بذلك.

٤- ان هذه المعاملة كسائر المعاملات تحتاج الى انشاء، و لا يكفي فيها مجرد الرضا النفساني، لما مر من ان بناء العقلاء على عدم ترتيب الآثار على شىء من المعاملات ما لم تبرز. نعم، لا يعتبر فيها لفظ خاص، بل يصح انشاؤها بكل ما هو مبرز لذلك، بل يصح بالفعل كما في سائر المعاملات.

٥- الظاهر كما اشرنا اليه كون هذه معاملة مستقلة غير البيع و الصلح المعاوضى، و لتسم بالتقبل.

قرار الخرص مشروط بالسلامة

٥- لا إشكال في ان هذه المعاملة كسائر المعاملات متوقفة صحة و لزوما على

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٩٣

فان اتفقا كان مشروطا بالسلامة

التراضى، و فى الاخبار تصريح بذلك، و عليه فان لم يتفقا لم تصح، و ان اتفقا و اوقعاها صحت و لزمت كما مر. و هل كان قرارها مشروطاً ب شرط آخر و هى السلامة اى سلامة الحاصل، فلو تلف بأفء سماوية او ارضية كان عليهما كما هو المشهور، ام لا؟.

قال فى المسالك- بعد نسبة الاشتراط الى المشهور:- و مستنده غير واضح، و حكمه لا- يخلو عن اشكال ان لم يكن انعقد عليه الاجماع، و أنى لهم به و انما هو شىء ذكره الشيخ فى كتبه، و تبعه عليه الباقون معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم، انتهى. و ظاهر المحقق الاردبيلي التوقف فى ذلك، و حكى عن التذكرة ايضاً التردد فيه.

و تنقيح القول فى المقام انه تارة نقول فى هذه المعاملة ان تعيين الحصه فى المقدار المعين، لا يجعل ما يستحقه المتقبل من قبيل الكلى فى المعين بل هى باقية على اشاعتها، غاية الامر تعينها فى مقدار معين، و عليه فكون التلف عليهما كما قبل التقبل واضح. و اخرى نقول بان حقيقه هذه المعاملة تعهد احد الشريكين حصه الآخر على المقدار الذى يراه الخارص، فتفيد مضافاً الى التعيين خروج العين عن الاشاعة و اختصاصها بالمتقبل كما افاده بعض الأجله، و لازمه كون ما يستحقه من قبيل الكلى فى المعين فلا يكون التلف عليهما و لكن يمكن ان يقال ان المالك و ان ملك بالتقبل مقداراً معيناً من الحاصل بنحو الكلى فى المعين، الا ان ما يستحقه الزارع ايضاً من قبيل الكلى فى المعين، و هو ما زاد على ذلك المقدار.

و ليس المقام نظير بيع صاع من صبره، فان المبيع هناك كلى فى المعين، و مال المالك ليس ملحوظاً بعنوان كلى، اذ لم يقع موضوع الحكم فى البيع حتى يلحظ بعنوان كلى، و هذا بخلاف المقام.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٩٤

و اذا بطلت المزارعه، او لم يزرع العامل، يثبت اجرة المثل

بل المقام نظير ما لو باع الصبره إلاً صاعاً منها، او باع ثمرة شجرات إلاً ارطالاً معلومة، فكما انه فى تلك المسألة لا إشكال و لا خلاف فى انه لو خاست الثمرة و تلف من الصبره مقدار منها سقط من المستثنى بحسابه كذلك فى المقام، و السر فى ذلك انه حيث يملك كل منهما كلياً فى المعين فالموجود مشترك بينهما، لان نسبة كل جزء منه الى كل منهما على حد سواء، فتخصيص احدهما به ترجيح من غير مرجح، و كذا التالف نسبته اليهما على السواء فيحسب عليهما، و تمام الكلام فى ذلك فى كتاب البيع فى مسألة بيع صاع من الصبره. و مع الاغماض عن ذلك يمكن توجيهه بالشرط الضمنى بينهما، و إلى ذلك يرجع ما افاده بعضهم بكون ذلك من احكامها العقلية.

و على ما ذكرناه فيلحق اتلاف متلف من الانسان ايضاً بالتلف و المتلف ضامن لكل منهما.

ثبوت اجرة المثل مع بطلان المزارعه

الخامسة: (و اذا بطلت المزارعه، او لم يزرع العامل، تثبت اجرة المثل) كما هو المشهور بين الاصحاب، و الكلام فى موردين:

الاول: فى صورة بطلان المزارعه، و حينئذ تارة تكون الارض بيد الزارع، و اخرى تكون بيد المالك.

اما فى الصورة الاولى، فمدرک ضمانه اجرة المثل للارض ما تقدم منا فى كتاب البيع و الاجارة، من ان المنافع غير المستوفاه اذا تلفت تحت يد الشخص يكون ضامناً لها. و اما قاعده ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده- المتوهم شمولها للمقام من جهة ان المزارعه

الصحيحة بالنسبة الى منفعة الارض توجب الضمان، فكذا فاسدها-

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٩٥

[...]

فشمولها لما نحن فيه يتوقف على القول بكون المزارعة من قبيل المعاوضات، و اما على المختار من كونها من قبيل المشاركات فلا وجه للتمسك بها، لان منفعة الارض لا تنتقل الى الزارع حتى تضمن.

و أما في الصورة الثانية فالظاهر عدم الضمان، لعدم الموجب له من قاعدة اليد، او الاتلاف، او احترام المال، و ما شاكل.

الثاني: فيما لو ترك الزارع الزرع حتى انقضت المدّة، و فيه وجوه و بعضها اقوال: كونه ضامناً لأجرة المثل للارض، عدم ضمانه اصلاً، التفصيل بين ما لو تركه اختياراً فالاول او معذوراً فالثاني، ضمانه ما يعادل الحصّة من منفعة الارض من نصف او ثلث او غيرهما بحسب التخمين، ضمانه بمقدار تلك الحصّة من منفعة الارض من نصف او ثلث و من قيمة عمل الزارع.

و الاظهر هو الاول في مفروض المسألة- و هو كون الارض بيد الزارع الى انقضاء المدّة- و الثاني مع كونها تحت يد المالك. اما في الاول فلقاعدّة اليد بالتقريب المتقدم في كتاب البيع و الاجارة، لما بيناه من شمولها للمنافع غير المستوفاء، و لقاعدّة الاتلاف، فان حبس العين و منع مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفاً. و اما في الثاني فلعدم الموجب له. ثم ان هذا فيما اذا لم يترك الزرع بسبب عذر عام، و الا فيكشف عن بطلان المزارعة.

و لو انعكس المطلب بان امتنع المالك من تسليم الارض بعد العقد، فقد يقال بانفساخ العقد، لان تلف المعوض قبل القبض موجب لانفساخ العقد، و هو شامل للقهرى و الاختيارى، و الاختيارى عام لما اذا استند الى المالك او الاجنبى.

و فيه: انه لو سلم التعدي عن مورد قاعدة التلف قبل القبض المختص بالبيع الى غيره حتى مثل المزارعة التي ليس فيها تمليك، مع ان للمنع عنه مجالاً، فلا اشكال

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٩٦

و يكره اجارة الارض بالحنطة و الشعير

في ان التلف غير شامل للاختيارى المساوق للاتلاف.

و قد يقال ان للزارع اجرة المثل لعمله، لانه ملكه لمالك الارض، و هو قد اتلفه عليه بعدم تسليم الارض اليه.

و فيه: انه يتم لو كان العمل ملكاً لمالك الارض، و لكن قد عرفت ان المزارعة من قبيل المشاركات لا المعاوضات. فالظاهر عدم الضمان و انه ليس له سوى الفسخ.

اجارة الارض للزراعة بالحنطة و الشعير

السادسة: المشهور بين الاصحاب انه لا يجوز اجارة الارض لزراعة الحنطة او الشعير بما يحصل منها، و ظاهر اطلاق ما في المتن (يكره اجارة الارض بالحنطة و الشعير) المخالفة في المنع، و هي المحكية عن النافع و المختلف.

و استدلل للاول في الجواهر بعدم كون مال الاجارة موجوداً حينئذ، لا في الخارج و لا في الذمة.

و اورد عليه سيد العروة بانهما في نظر العرف و اعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس المنفعة، و هذا المقدار كاف في الصحة.

و فيه: ان المنفعة كما مر غير مرة عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها، على نحو وجود المقبول بوجود القابل، و

الحاصل من الارض ليس كذلك. و عليه فكما افاده المستدل بما ان الاجرة لا بدّ و ان تكون موجودة و معلوم الحصول و مملوكة او بحكمها كالاعمال، و الحاصل من الارض غير معلوم الحصول، مضافا الى عدم وجوده حال الاجارة، تبطل الاجارة. و به يظهر عدم جواز اجارتها بما يحصل منها و لو من غير الحنطة و الشعير، بل فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٩٧

[...]

و عدم جوازها بما يحصل من ارض اخرى. و يمكن ان يستدل للمنع في اصل المسألة بجملته من النصوص الخاصة: كموثق ابي بصير عن مولانا الصادق عليه السلام: لا تؤاجر الارض بالحنطة، و لا بالشعير، و لا بالتمر، و لا بالأربعاء، و لا بالنطاف، و لكن بالذهب و الفضة، لان الذهب و الفضة مضمون، و هذا ليس بمضمون «١» بناء على اختصاص المنع بصورة اجارتها بالحاصل منها حتى يصح التعليل. و خبر ابي بردة عنه عليه السلام عن اجارة الارض المحدودة بالدرهم المعلوم، قال عليه السلام: لا بأس. قال: و سألته عن اجارتها بالطعام، فقال: ان كان من طعامها فلا خير فيه «٢». و خبر الفضيل بن يسار عن الامام الباقر عليه السلام عن اجارة الارض بالطعام، قال عليه السلام: ان كان من طعامها فلا خير فيه «٣». و المناقشة في السند او الدلالة في غير محلها بعد الانجبار بالشهرة العظيمة، مع ان الموثق لا إشكال فيه سندا و لا دلالة كما مر، و التعبير بلا خير فيه، لا يصلح لصرف ظهور النهي عن ظاهره، بل ربما يقال انه بنفسه ظاهر في المنع. و بما ذكرناه ظهر وجه عدم المنع و الجواب عنه. و هل يجوز اجارة الارض للزراعة حنطة بالحنطة او شعيرا بالشعير، مع ضمان ذلك في الذمة، ام لا؟ المشهور الاول على كراهة، كما في الحدائق. و عن ابن البراج

- (١) الوسائل باب ١٦- من ابواب كتاب المزارعة و المساقاة حديث ٢.
 (٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب كتاب المزارعة حديث ٩.
 (٣) الوسائل باب ١٦ من ابواب كتاب المزارعة و المساقاة- حديث ٥.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٩٨
- [...]

المنع، و مال اليه الشهيد الثاني. □
 و استدلل له بصحيح الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: لا تستأجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة «١». و اورد عليه بانه يعارضه مفهوم التعليل في الموثق المتقدم، و مفهوم الشرط في غيره. و اجاب عنه الشهيد الثاني ره بانه لا منافاة بينه و بين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بحمله. و أيده بعض المعاصرين بامكان تعدد وجوه المنع. و يرد عليهما ان ما افاده يتم ان لم يكن للنصوص المتقدمة مفهوم، و كانت دالة على المنع في موارد، و اما مع ثبوت المفهوم و دلالتها به على الجواز في غير تلك الموارد فلا يتم ما افاده.

و الحق ان يقال: ان النسبة بينها و بين الصحيح عموم من وجه مورد التعارض اجارة الارض للحنطة بحنطة من غير حاصلها مضمونة في الذمة، فيرجع الى المرجحات، و الترجيح لها للشهرة التي هي اول المرجحات.

نعم، يبقى حينئذ السؤال عن مدرك الكراهة، اذ لو قيد اطلاق الصحيح بتلك النصوص فلا شيء يشهد لها، و الا فلا بد من البناء على المنع. و الاستدلال لها بما تضمن تعليلا النهي عن اجارة الارض بحنطة من حاصلها، بقوله عليه السلام: لا يجوز اجارة حنطة بحنطة، و لا شعير بشعير «٢»، لا يتم لان حاله حال الصحيح في التعارض و التقديم. و كيف كان، فالظاهر تسالمهم عليها.

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب كتاب المزارعة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب كتاب المزارعة حديث ١١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ١٩٩

و لو غرقت الارض قبل القبض بطلت، و لو غرق بعضها تخير العامل في الفسخ و الامضاء، و كذا لو استأجرها و اما المساقاة فشروطها ستة: العقد من اهله، و المدة المعلومة، و امكان حصول الثمرة فيها،

و لو آجره بالحنطة و الشعير في الذمة، لكن بشرط الاداء منها، فالظاهر صحة الاجارة و الشرط اذا كان عالما بالتمكن من الاداء منها، و صحة الاجارة و بطلان الشرط اذا لم يكن عالما به. اما صحة الاجارة للعمومات و خصوص ما مر، و اما بطلان الشرط في صورة صحته في صورة اخرى فبمناط لزوم الغرر و عدمه.

[لو غرقت الارض قبل القبض]

و السابعة: و لو غرقت الارض قبل القبض، و لم يمكن الانتفاع بها بعلاج، بطلت. و لو غرق بعضها كذلك، فبالنسبة الى التالف بطلت ايضا، و اما بالنسبة الى الباقي تخير العامل في الفسخ و الامضاء، و كذا لو استأجرها كما مر الكلام في الفرعين مفصلا، الاول في ذكر شرائط المزارعة، و الثاني في كتاب الاجارة.

[المقام الثاني] المساقاة

اشارة

و اما المساقاة فقد مر بيان حقيقتها، و مشروعيتها، و لزومها، و بقى الكلام فيها في جملة من شروطها و احكامها، ف الكلام في تلك في موضعين:

[الموضع] الاول: في شروطها

، و هي ستة.

الاول: العقد من اهله، و ما ذكرناه في المزارعة جار هنا فلا نعيد.

و الثاني و الثالث: المدة المعلومة و امكان حصول الثمرة فيها، بلا خلاف يعتد به في اشتراط الاول، و على المشهور في الثاني، و قد مر الكلام فيهما ايضا في كتاب المزارعة، لان المدرك و الاقوال فيهما واحد فلا حاجة الى الاعادة، و ما ذكرناه من الفروع المترتبة على

هذين الشرطين هناك تأتي في المقام.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٠٠

و تعيين الحصّة و شياعها و ان يكون على اصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه

و ايضاً قد ظهر مما قدمناه في المزارعة اعتبار شرط رابع و هو تعيين الحصّة.

و اما الخامس، و هو شياعها، فقد استدلووا لاعتباره تارة بقاعدة الاقتصار على المتيقن من النص و الفتوى في عقد المساقاة، المخالف لاصالة عدم الغرر.

و اخرى بمنافاة عدم اشاعة النماء بينهما لوضع المساقاة.

و ثالثة بان جملة من نصوصها مختصة بذلك.

و قد مر الكلام في هذه الوجوه في كتاب المزارعة و عرفت فساد الجميع، و انما بنينا على اعتبار ذلك في المزارعة لنص خاص مفقود في المقام، و لكن الاجماع على عدم الفصل بينهما، بل الاجماع على اعتبار ذلك في المقام نفسه، يكفي في الحكم باعتباره. ثم ان هاهنا فروعا مترتبة على اعتبار هذا الشرط، قد ذكرناها في باب المزارعة فلا نعيد.

و السادس مما قالوا: بانه يعتبر فيما يساقى عليه ان يكون على اصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه و هذا ينحل الى امور.

١- اعتبار كونه اصلاً ثابتاً، و المراد به ما كان كالنخل و الشجر الذي له ساق، فلا تصح المساقاة على نحو البطيخ و الباذنجان. قال في التذكرة: لا- تثبت المساقاة عليها اجماعاً. و في العروة: و لكن لا يبعد الجواز للعمومات، و ان لم يكن من المساقاة المصطلحة، بل لا يبعد في مطلق الزرع كذلك، فان مقتضى العمومات الصحة بعد كونها من المعاملات العقلانية و لا تكون من المعاملات الغررية عندهم، غاية الامر انها ليست من المساقاة المصطلحة.

و يرد عليه انه: حيث يكون مقدار الحاصل غير معلوم، فلا محالة يلزم الغرر، و عليه فلا وجه للتمسك بالعمومات الدالة على امضاء كل عقد عقلائي، لانها

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٠١

[...]

خصصت بما دل «١» على النهي عن الغرر.

و أما بناء العقلاء على هذه بالخصوص، فقد يقال انه بضميمة عدم ردع الشارع كاف في البناء على المشروعية، و به يقيد اطلاق دليل الغرر.

و لكن يتوجه عليه ان ما دل على النهي عن الغرر يصلح للرادعية، فلا دليل على الامضاء.

فان قيل: ان رادعيته دورية، لتوقفها على عدم امضاء ذلك البناء الخاص، و هو متوقف على رادعية النهي عن الغرر، و الا فلا ردع غيره فيستكشف الامضاء فهي غير معقولة.

قلنا: ان رادعيته متوقفة على ثبوت موضوعه و صدقه على المورد لا على شيء آخر، و لو امضى الشارع الاقدس البناء الخاص لزم منه تقييد دليله، فلا- تتوقف رادعيته على عدم امضاء ذلك، بل الامضاء متوقف على عدم رادعية النهي عن الغرر. و عليه فلا يبقى سوى النصوص الخاصة، و هي اخبار خبير «٢» و خبران آخران «٣» و مورد الجميع ماله ساق، فثبوت الحكم في غيره يحتاج الى دليل مفقود.

٢- اعتبار كون ما يساقى عليه من الاشجار التي لها ثمرة، فما لا ثمرة له و انما له ورق ينتفع به او ورد او نحو ذلك كالحناء لا تصح المساقاة عليه. و هذا ايضاً مشهور بينهم، و تردد المحقق في الحكم، بل مال المصنف ره في محكي القواعد و الشهيد الثاني في

المسالك الى الجواز، و فى الجواهر: و لو قيل بالتفصيل بين المساقاة على هذه تبعاً لغيرها من اشجار الفواكه فتجوز و مستقلة فلا تجوز لكان وجيهاً.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦- مسألة الطير فى الهواء و قد سبقه الشيخ فى الخلاف.

(٢) الوسائل باب ٨ من ابواب كتاب المزارعة و المساقاة.

(٣) الوسائل - باب ٩ من ابواب كتاب المزارعة و المساقاة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٠٢

[...]

و استدلل للمنع بان هذه المعاملة باشتغالها على ضرب من الغرر بجهالة العوض على خلاف الاصل، فيقتصر فيها على محل الوفاق، و هو شجر الثمرة.

و للجواز بان الورق المقصود كالثمره فى المعنى، فيكون مقصود المساقاة حاصلًا، و بما فى المسالك: و فى بعض الاخبار ما يقتضى دخوله.

اما وجه المنع فهو متين، لو لم يكن فى الاخبار ما يشهد بالدخول، و الا فمعه لا وجه للاقتصار على المتيقن.

و أما الوجه الاول للجواز فيدفعه ان حصول المقصود لا يكفى فى الصحة بعد كون مقتضى القاعدة عدمها، و احتياج الصحة الى دليل.

و أما الوجه الثانى له فليس المراد بالخبر المقتضى للدخول النص الخاص، بل المراد به:

اما اخبار خبير، لغلبة الظن بوجود هذه الاشجار فى خبير، بل عن جامع المقاصد: كاد يكون معلوماً.

و أما خصوص ما تضمن منها ان النبى صلى الله عليه و آله عامل اهل خبير بشرط ما يخرج من النخل و الشجر «١» و «ما» من ادوات العموم.

و أما ما تضمن منها المساقاة على ماله ثمرة، و الثمرة شاملة لها.

و أما خبر يعقوب من شعيب عن الامام الصادق عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل ارضه، و فيها رمان او نخل او فاكهة، و يقول: اسق

هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما اخرج، قال عليه السلام: لا بأس «٢» بدعوى عموم الفاكهة.

و الجميع حسنة، و عليه فالأظهر جواز المساقاة على الاشجار التى ينتفع بورقها

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب كتاب المزارعة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٩ من ابواب كتاب المزارعة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٠٣

و تصح قبل ظهور الثمرة و بعدها مع الاستزادة بالعمل

كالتوت و الحناء.

٣- ان ينتفع به مع بقاءه، فلو انعدم بالانتفاع لا تصح المساقاة، و وجهه واضح مما قدمناه.

٤- يعتبر ان يكون ثابتاً مغروساً، فلا يصح فى الودى - اى الفسيل قبل الغرس - و الظاهر انه لا خلاف يعتد به فى اعتباره، و وجهه

اختصاص النصوص بما هو ثابت. و الاستدلال للصحة فى غير الثابت بالعمومات، قد عرفت فساده من جهة تقييدها بما دل على النهى

عن الغرر.

و لا خلاف و لا اشكال فى انه تصح المساقاة قبل ظهور الثمرة، كما لا خلاف و لا اشكال فى عدم صحتها بعد البلوغ و الادراك، بحيث لا- تحتاج الى عمل غير الحفظ و الاقتطاف، لانها و الحال هذه قد ملكها رب البستان و لم تحصل بالمساقاة زيادة الثمار، فلا موضوع للمساقاة.

انما الخلاف فى صحتها اذا كان بعد ظهورها قبل البلوغ مع الاستزادة بالعمل، فالمشهور بين الاصحاب على ما فى الحدائق الصحة، و استدلل لها بان الغرض من المساقاة تحصيل الثمرة او جودتها، فتجوز فى الفرض تحصيلاً لتلك الفائدة. و ايد ذلك فى المسالك بان العقد حينئذ ابعده عن الغرر للوثوق بالثمره، فيكون اولى مما لو كانت معدومة.

و لكن الاول مردود بان الصحة تتوقف على دليل، و مجرد وجود الغرض لا يكفى فى ذلك. و يرد على الثانى ان الاولوية المزبورة غير قطعية. فالظاهر عدم الصحة، لاختصاص خبر شعيب المتقدم و قصة خبير بما قبل الخروج، فلا دليل عليها بعده، و الاصل عدمها كما مر.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٠٤
و اطلاق العقد يقتضى قيام العامل بكل ما يستزاد به الثمرة

احكام المساقاة

الموضع الثانى: فى احكامها

اشارة

، و فيه مسائل:

الاولى: فى العمل

. لا اشكال فى انه يعتبر كون عمل على العامل، ليتحقق به عنوان هذه المعاملة.

و هل يعتبر السقى بالخصوص عليه، فلا تصح المساقاة على اشجار لا تحتاج الى السقى، لاستغنائها بماء السماء او لمص اصولها من رطوبات الأرض، و ان احتاجت الى اعمال اخر، نظرا الى اقتضاء عنوان المساقاة ذلك، و اختصاص خبر شعيب بن يعقوب المتقدم به. ام لا يعتبر ذلك، لان عنوان المساقاة لم يؤخذ فى خبر من الاخبار، و انما هى من اصطلاح العلماء من جهة الاحتياج الى السقى غالباً و جعله على العامل، و الا فخبار خبير التى هى العمدة فى المقام خالية عن ذلك، و خبر شعيب لا مفهوم له كى يدل على عدم الصحة بدونها، سيما و ان السقى فى كلام السائل؟ وجهان، او جههما الثانى.

و ليعلم انه لا خلاف بينهم فى ان بعض الاعمال على المالك و بعضها على العامل، و قالوا: ان اطلاق العقد يقتضى قيام العامل بكل ما يتكرر كل سنة، و يستزاد به الثمرة فى الكم او الكيف، كاصلاح الارض بالحرث او الحفر حيث يحتاج اليه و ما يتوقف عليه من الآلات، و تنقية الاجاجين، و تنقية الانهار، و السقى و مقدماته المتكررة كالدلو و الرشاء، و اصلاح طريق الماء و تنقيتها من الحمأة، و استقاء الماء، و تهذيب جرائد النخل و الكرم، و التلقيح و اللقاط و التشميس، و اصلاح موضعه، و حفظ الثمرة الى موقع التقسيم، و ما

شاكل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٠٥
و على المالك بناء الجدران و عمل الناضح و الخراج

و ان على المالك ما لا يتكرر في كل سنة، أو لا يستزاد به الثمرة، و لا يؤثر في جودتها، ك بناء الجدران و عمل الناضح و الخراج و ما شاكل.

و لا دليل على شيء من الضابطين، سوى انه في المساقاة بحسب الطبع الارض و ما يتبعها على المالك، و العمل و ما يرتبط به مما هو دخيل في فعليه و جود الثمرة على العامل، و لعله الى هذا يشير التعليل في خبر الكندي المتقدم في الخراج المتضمن انه على المالك: بانه على ارضك.

و انما وقع الخلاف في بعض الامور انه على المالك او العامل، مثل البقر الذي يدير الدولاب، و الكبش للتليح، و بناء التلم، و وضع الشوك على الجدران، و غير ذلك. و الاقوى في الجميع انه ان كان هناك عادة موجبة لكونها على المالك او العامل، و الا فلا بد في العقد من التعيين على المالك او العامل او عليهما معا، دفعا للغرر.

و لا- يعتبر في صحة المساقاة كون جميع العمل على العامل، بل لو شرط كون بعضه على المالك صحت، فان كان المشروط هو ما عليه كان تأكيداً، و ان كان غيره فانما تصح لو كان بعض ذلك و الا فتبطل، لان الحصه انما يستحقها العامل بالعمل، فاذا دفعه عنه لم يستحق شيئاً نعم، لا فرق في ما يبقى على العامل بين الاقل و الاكثر، بشرط ان يكون ما يستزاد به الثمرة كما مر.

و ايضا لا- خلاف بينهم في انه لا- يجب على العامل العمل بالمباشرة، و يجوز له ان يستأجر الغير للعمل، و عليه فيجوز ان يستأجر المالك له، فتكون الارض و العمل منه و اجرة العمل على العامل، و الحاصل بينهما على ما شرط. و لو شرط ذلك في العقد صح.

و لو شرط العامل على المالك اجرة العمل، فان كان مع عدم ابقاء شيء من العمل على العامل بطل، لمنافاته لوضع المساقاة. و ان كان مع ابقاء شيء منه مما يستزاد به الثمرة صح، و ما عن المبسوط من البطلان لمنافاته موضوع المساقاة الذي هو ليس

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٠٦

مع بطلانها يثبت للعامل اجرة المثل و النماء لربه. و لو شرط على العامل مع الحصه ذهباً او فضة، كره

الا- دفع الاصول من المالك، يدفعه انه لا- دليل على اعتبار ذلك بنحو ينافيه اشتراط خلافه. و ان كان مع بقاء ما لا يستزاد به الثمرة، ففي المسالك ذكر فيه وجهان، و لكن قد ظهر مما قدمناه ان الاظهر هو البطلان.

الثانية: في بيان حكم ما لو بطلت المساقاة

، و انه هل يستحق العامل شيئاً ام لا. و المشهور بين الاصحاب انه مع بطلانها يثبت للعامل اجرة المثل، و قد مر الكلام في نظير المسألة في باب المزارعة فيما اذا بطلت، و جميع ما ذكرناه في تلك المسألة جارية في المقام، فلا وجه للاعادة. و مما ذكرناه هناك يظهر ان النماء لربه في المقام.

[الثالثة] كراهة اشتراط الذهب و الفضة

الثالثة: لا إشكال ولا خلاف في انه لو شرط على العامل مع الحصّة ذهباً او فضةً جاز، لانه شرط ليس مخالفاً للكتاب والسنة ولا لمقتضى العقد، فيشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط «١» انما الكلام في موردين: احدهما: فيما افاده بقوله (كره)، وهذا وان كان مشهوراً بينهم بل عن غير واحد نفي الخلاف فيه، الا انه لا دليل عليه. ولا وجه لما في الجواهر - قال: ولعل مثل ذلك كاف في ثبوتها للتسامح فيه - فان التسامح انما هو في السنن والمستحبات لا في المكروهات، مع انه فيما اذا ورد خبر ضعيف ولا دليل على التسامح بدونه ولو مع فتوى المشهور.

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٠٧

و وجب الوفاء مع سلامة الثمرة

ثانيهما: ان اكثر الاصحاب بعد ما قالوا في فرض الاشتراط و وجب الوفاء الذي يقتضيه عموم دليل الشرط، قيدوه بقولهم مع سلامة الثمرة، فلو تلفت الثمرة اجمع بآفة لم يلزم الوفاء به، وكذا اذا لم تخرج. وعن جماعة وجوب الوفاء به، وعدم سقوط الضميمة. و فصل بعضهم بين صورة عدم الخروج اصلاً فتسقط و صورة التلف فلا.

و استدلل للاول بامتناع استحقاق احد العوضين او بعضه بدون ما يقابله من العوض الآخر، فان الشرط جزء من العوض. و بان الفائدة ركن في المساقاة فمع عدمها لا يكون شيء في مقابل العمل، و الضميمة المشروطة لا تكفي في العوضيه، فتكون المعاملة باطله من الاول، و معه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط.

و لكن يرد على الاول ان الشرط ليس جزء من العوض، بل هو التزام مستقل في ضمن التزام، و لذا تخلفه يوجب الخيار لا فساد العقد و لا سقوط شيء من العوض.

و يرد على الثاني ان حقيقة المساقاة بحسب الارتكاز العرفي هي المشاركة في استخراج الاثمار، بضم العمل من احدهما الى الاصول من الآخر على ان تكون الفائدة بينهما، نظير المزارعة و المضاربة، و يستتبع العقد عليها تسليط من المالك للعامل على الاصول للاستئمان له و للمالك، فليست الفائدة ركناً في المساقاة بالمعنى المزبور، و لذا لا يستحق العامل اجرة عمله اذا لم تخرج او خرجت و تلفت في غير صورة ضم الضميمة، بدعوى الكشف عن بطلانها من الاول و احترام عمل المسلم.

فان قيل: فعلى هذا، يلزم صحة المساقاة مع الاطمينان بعدم الفائدة.

قلنا - مضافاً الى ان المعاملة المفروضة سفيهة - انه لا يتمشى القصد الجدى الى المعاملة مع الاطمينان بعدم الفائدة، مع انه لو سلم كون المساقاة من المعاوضات لا المشاركات، فالمعاوضة انما هي بين العمل من العامل و بين منفعة الارض و تسلط

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٠٨

[...]

العامل على الاصول و الفائدة خارجة عن طرفي المعاوضة. اذ الى ذلك كله انه لو تم ما ذكر وجها للبطلان، فانما هو في صورة عدم الخروج لا - في صورة خروج الفائدة و تلفها، لان العامل يملك حصه من الثمرة بالظهور، فاذا تلف بعضها تلف في ملكه بعد استحقاقه اياه. فالظاهر هو لزوم الوفاء بالشرط و عدم السقوط.

و اولى من ذلك في عدم السقوط و وجوب الوفاء ما لو شرط من العامل على المالك، و المحقق الثاني ره - بعد حكاية السقوط و عدم وجوب الوفاء في هذه الصورة عن التذكرة و التحرير - قال: و فيه نظر، لان العوض من قبل العامل و هو العمل قد حصل، و الشرط

قد وجب بالعمل، فكيف يسقط بغير مسقط، فان تلف احد العوضين لا يوجب سقوط البعض الآخر مع سلامة العوض الآخر، انتهى. و تبعه في المسالك.

و يرد عليهما اولاً: ان المساقاة من المشاركات لا المعاوضات.

و ثانياً: انها لو كانت من المعاوضات فاحد العوضين العمل، و الآخر التسليط على الاصول لا الفائدة.

و ثالثاً: ان الشرط ليس جزءاً لأحد العوضين كما مر.

و رابعاً: ان تلف احد العوضين او عدم وجوده يوجب السقوط بحسابه من الآخر، فيلزم في الفرض استحقاق العامل زائداً على الشرط اجرةً بعض عمله المقابل للفائدة على ما افاده.

و بما ذكرناه ظهر حكم ما لو كان التالف البعض خاصة في الصورتين، فانه لا إشكال على ما ذكرناه في عدم سقوط الضميمة و وجوب الوفاء بالشرط، و كذا في صورة القصور في الخروج.

لكن في محكي القواعد: و في تلف البعض الآخر او قصور الخروج اشكال، و افاد المحقق الثاني ره في منشأ الاشكال بقوله: من ان الشرط محسوب من احد

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٠٩

[...]

العوضين، و لا ريب في ان مجموع احد العوضين مقابل بمجموع الآخر فيقابل الاجزاء بالاجزاء، فاذا تلف بعض احد العوضين وجب ان يسقط مقابلةً من العوض الآخر، الى ان قال: و من ان مقابلة الاجزاء بالاجزاء في عوض المساقاة منتفية، لان الفاءت و التالف عند حصول التلف او نقصان الخروج غير معلوم، فلو تحققت المقابلة لم يكن الساقط في مقابله معلوماً، انتهى.

و يرد عليه - مضافاً الى ما تقدم -: ان عدم معلومية الساقط لا يوجب وجهاً، لعدم مقابلة الاجزاء بالاجزاء اذا كانت حقيقة المعاوضة مقتضية للمقابلة، مع انه لو سلم فانما هو في صورة نقصان الخروج لا صورة التلف بعد الظهور.

و لا يخفى ان جميع ما ذكرناه انما هو في صورة عدم الشرط، و الا فان أخذ خروج الثمرة و سلامتها شرطاً للترامه، فلا اشكال في سقوط الضميمة، و عدم وجوب الوفاء بالشرط مع تلف الثمرة او عدم خروجها، و لذلك ربما يقال انه لا يبعد ان يكون خروج الثمرة و سلامتها عن التلف شرطاً ضمناً للترامه، و لو تم فلا اشكال في السقوط لو انتفى احد الامرين، الا ان الظاهر عدم تماميته.

اشتراط مساقاة في ضمن مساقاة اخرى

الرابعة: اذا قال: ساقيتك على هذا البستان بكذا على ان اساقيك على الآخر بكذا، فعن الشيخ انه يبطل، لانه كالبيعين في بيع المنهى عنه، و لعدم لزوم هذا الشرط الذي هو بمنزلة الوعد، و الفرض انه سبب في زيادة العوض او نقصانه و لم يعرف مقدار ذلك فيتجهل و يبطل.

و فيه: ان مفروض المسألة لو كان نظير شيء، فانما هو نظير ما لو باع شيئاً

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢١٠

[...]

بشمن معين بشرط ان يبيعه شيئاً آخر بثمن آخر الذي ليس منهياً عنه، فان المنهى عنه البيع حالاً بكذا و مؤجلاً بكذا، و البيع على تقدير

بشمن و على تقدير آخر بشمن آخر «١» و أى ربط لذلك بما نحن فيه.

و أما ما افاده من عدم لزوم هذا الشرط، فيرد عليه: انه لا وجه له بعد عموم وجوب الوفاء بالشرط، و كونه شرطاً فى ضمن عقد لا كونه وعداً، مع ان عدم وجوب الوفاء به لا- يوجب بطلان العقد و ان صار داعياً للزيادة او النقصان، فان تخلف الدواعى و الاغراض و ان كانت دخيلة فى الزيادة و النقصان لا توجب خلافاً فى العقد. فالأظهر هى الصحة و لزوم الوفاء بالشرط.

فان قيل: ان هذه المعاملة على خلاف القواعد كما مر، فلا بد من الاقتصار على المتيقن، و هو فاقد الشرط. قلنا: انه لو كان الشرط جزءاً لأحد العوضين كان ما افيد تاماً، و اما على ما هو الحق من كونه خارجاً عن العقد و التزاماً مستقلاً فى ضمنه فلا يتم، لعدم قصور فى العقد، و عدم زيادة شىء فيه و لا نقصانه منه، كى يتوهم عدم شمول دليل الامضاء له.

الخامسة:

فى جواز مساقاة العامل غيره ان لم يشترط المباشرة

اقوال- ثالثها: عدم الجواز قبل ظهور الثمرة و الجواز بعده، رابعها: الجواز مع اذن المالك و عدمه بدونه- اقواها المنع مطلقاً. لا لما افاده فى المسالك من ان الاصل فى هذه المعاملة ان تقع على الاصول المملوكة للمساقى، و العامل لا يملك منها سوى الحصاة من الثمرة بعد ظهورها، و باختلاف الناس فى العمل و تفاوت الاغراض فيه.

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب احكام العقود كتاب التجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢١١

[...]

فان شيئاً من ذلك لا يصلح دليلاً للمنع، اذ كون المعاملة على الاصول لا يقتضى عدم الجواز من المساقى بعد معلومية ارادة سقيها و نحو ذلك من المعاملة عليها، فهى حينئذ كالارض فى المزارعة فكما لا تعتبر هناك الملكية كذلك فى المقام، و اختلاف الناس فى العمل مشترك فيها و فى المزارعة و الاجارة.

بل لان هذه المعاملة على خلاف القواعد باعتبار الغرر و الجهالة، و لان نص خاص فى المقام، و مقتضى الاقتصار على المتيقن هو ذلك. و به يظهر عدم الفرق بين اذن المالك و عدمه، و لا بين ظهور الثمرة و عدمه.

المغارساة باطله

تذييل: المغارساة معاملة خاصة على الارض، ليغرسها العامل على ان يكون الغرس بينهما- و هى مفاعلة منه- و هى باطله عندنا، كذا فى المسالك، و فى الجواهر: الاجماع بقسميه عليه. و عن المحقق الاردبيلي و صاحب الكفاية الاشكال فيه، و فى العروة: و هو فى محله ان لم يتحقق الاجماع، و تبعه جمع من محشيها.

و استدلل للاول بان عقود المعاوضات موقوفة على اذن الشارع و هو منفي هنا. و لكن لو كان مدرك البطلان ذلك امكن الاشكال فيه، بانه و ان لم يرد نص خاص بمشروعيتها- و ما يظهر من بعض النصوص محمول على وقوع ذلك بعقد صلح او اجارة لا على مشروعية هذا العقد- الا انه يكفى فى الحكم بالصحة ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد «١» الشامل للعقود العقلانية غير ما له عنوان

خاص في الاخبار،

(١) سورة المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٩، ص: ٢١٢

الفصل الثالث: في الجعالة

فالصحيح ان يستدل له بان ذلك العموم قد خصص بما تضمن النهي عن الغرر «١» الكافي في الردع، لو كان هذا عقدا خاصا و معاملة مخصوصة فصحته تتوقف على دليل خاص مفقود. فالظاهر هو البطلان.

و على البطلان فالغرس لصاحبه بلا كلام. و هل للآخر عليه اجرة مثل عمله لو كان لمالك الارض و اجرة المثل للارض مدة شغله بها لو كان للعامل، ام ليس له ذلك، ام يفصل بين صورة جهل الغارس فالاول و علمه فالثاني؟ اقول.

اظهرها الاول، لا لقاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفساده لما مر من ان عموم الموصول فيها اصنافي لا افرادي و هذه المعاملة ليس لها صنفان صحيح و فاسد فلا تشملها القاعدة.

بل لاستيفاء منفعة مال الآخر او عمله، و قد مر أن مقتضى قاعدة على اليد و غيرها ضمان المنافع المستوفاه، و ما في ضمنها من الاذن ليس اذنا في الاستيفاء مجانا كي ينافي مع الضمان بل بعوض، فهو يؤكد الضمان، و لا فرق في ذلك بين صورة العلم بالبطلان و الجهل به.

و هل للمالك قلع الغرس أو أمره به، ام يجب عليه الابقاء مع الارش او بدونه؟ وجوه، و قد تقدم تنقيح القول في ذلك في باب المزارعة في مسألة المزارعة الفاسدة، فانها نظير المقام فلا نعيد ما ذكرناه.

الجعالة

الفصل الثالث: في الجعالة

إشارة

و هي بتثليث الجيم، و كسرهما اشهر، كذا في

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٩، ص: ٢١٣

[...]

المسالك. و هي كما ذكره لغة اسم لما يجعل للانسان على عمل شيء، و لا حقيقة شرعية لها و لا متشعبة، بل في الشرع تستعمل فيما وضعت له، غاية الامر اضافة الشارع الاقدس في موضوع الآثار قيودا، و إلى هذا نظرهم حيث قالوا: و هي شرعا التزام عوض عمل محلل مقصود. و كيف كان، فلا خلاف بين المسلمين في مشروعيتها، و عليها الاجماع في كثير من الكلمات.

و الاصل في شرعيتها- مضافا الى عمومات امضاء المعاملات، كقوله تعالى **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** «١» و تخصيصها بالتجارا و العقود التي كانت متعارفة في زمان صدورها بلا وجه، بعد كونها متضمنة لبيان الحكم الخالد

الباقى فى جمع الاعصار و كونها من قبيل القضايا الحقيقية، مع ان الجعالة من التجارات التى كانت متداولة فى ذلك الزمان.

قوله سبحانه وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ «٢» بناء على ما هو الحق من حجية مثله ما لم يعلم النسخ.

وجملة من النصوص كخبر عبد الله بن سنان، قال: سمعت ابي يسأل ابا عبد الله عليه السلام و انا اسمع، فقال: ربما آمر الرجل فيشتري لنا الارض و الدار و الغلام و الجارية و نجعل له جعلا، قال عليه السلام: لا بأس «٣» الى غير ذلك من النصوص الآتى طرف منها فى ضمن المباحث الآتية.

و تنقيح القول فيها فى موضعين:

الاول: فى حقيقتها، و ما يعتبر فيها، و فى الجاعل و العامل.

(١) النساء آية ٢٩.

(٢) سورة يوسف آية ٢٧.

(٣) الوسائل باب ٤- من ابواب الجعالة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢١٤

و لا بد فيها من الايجاب و القبول

الثانى: فى الاحكام.

[الموضع الاول فى حقيقتها]

اشارة

اما الاول فقد وقع الخلاف فى انها من العقود او الايقاعات، صريح المتن حيث قال: و لا بد فيها من الايجاب و القبول هو الاول، و ظاهر الشرائع انها تتحقق بكل من الوجهين، حيث انه صرح اولاً بأنها لا تفتقر الى قبول، ثم ذكر بعد ذلك انها عقد جائز، و المراد انه لا يشترط فى تحققها القبول، و الا فلو اوقعت بنحو الايجاب و القبول تكون عقداً.

و الاظهر عدم اشتراط القبول، لان العقد انما هو فيما يتوقف تحققه على الالتزامين من الطرفين، و اما ما حقيقته و قوامه بجعل واحد و التزام فارد فهو ليس من العقود، و المقام كذلك، فان الجعالة من قبيل التسبيب الصادر من الشارع نحو من فعل كذا فله كذا المعلوم عدم كونه عقداً، و بالجملة الجعالة بما لها من المفهوم العرفى الذى عليه بناء العقلاء من الانشاءات القائمة بشخص واحد فهى من الايقاعات.

و يؤيده امور:

١- ما ذكره من انه لو انشأها الجاعل و عمل العامل بغير قصد الى الجعالة، بل و مع الغفلة عنها و عن كون فعله قبولاً، صح عمله و استحق الجعل، و لو كانت من العقود لزم عدم صحته و عدم استحقاقه الجعل، لعدم تمامية الجعالة. و ما عن بعضهم من كفاية الرضا الباطنى و لو التقديرى منه فى القبول و هو حاصل، لا وجه له، بل هذا فى الحقيقة التزام بعدم اشتراط القبول.

٢- انه لو كانت الجعالة من العقود لزم مقارنة القبول لايجابها كما هو الشأن فى العقود على المشهور، مع انه تجوز الجعالة، و ان طال العمل المتوهم كونه قبولاً و وقع الفصل بينه و بين الايجاب.

٣- ترتب اثرها على من لم يرد الفعل اولا ثم اراد و فعل حتى لو تلبس بالعمل،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢١٥

كقوله من رد عبدى او فعل كذا فله كذا،

ثم رفع يده عنه بل ردها ثم عاد اليه، اذ لو كان ذلك من العقود افتقر الى ايجاب آخر بعد الرد.

٤- صحتها من غير مخاطب خاص، و ممن لم يسمع عبارة الجعل. الى غير تلکم من الاحكام و الآثار المنافية لكونها من العقود. و أما ما عن التذكرة من الاجماع على انها عقد جائز، و عن جامع المقاصد: ظاهرهم انها من العقود الجائزة فيكون القبول فيها فعليا، فمحمولان على ارادة ما قدمناه من انها تتحقق بكل من الوجهين، او على ارادة العهد منه، لصدوره ممن ظاهره او صريحه الايقاعية. و أما خبر على بن جعفر عن اخيه (ع) عن رجل قال لرجل: اعطيك عشرة دراهم و تعلمنى علمك و تشاركنى، و هل يحلّ ذلك له؟ قال عليه السلام: اذا رضى فلا بأس «١» فلا- ينافى ذلك، لعدم ظهور الرضا فى القبول العقدى، و من الجائز ارادة عدم البأس مع تراضيها على ذلك.

فالمتحصل مما ذكرناه انها ليست من العقود، و ان كان يمكن تحققها بكل من الوجهين.

ولا- تتحقق الجعالة بالعلم بالرضا الباطنى و ان كان فعليا، لما مر من انه يعتبر فى العقود و الايقاعات اظهارها بمظهر من قول او فعل. نعم، لا يعتبر لفظ مخصوص، بل تتحقق بكل لفظ مبرز لها، كقوله: من ردّ عبدى او فعل كذا فله كذا، أو نحو ذلك. و عن التذكرة: الصيغة كل لفظ دال على الاذن فى العمل و استدعائه بعوض يلزمه، كقوله: من رد عبدى، أو خاط ثوبى، او بنى لى حائطا، او ما اشبه ذلك من

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الجعالة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢١٦

و لا يفتقر الى القبول لفظا، و يجوز على كل عمل محلل مقصود

الاعمال المحللة المقصودة فى نظر العقلاء. و قريب من هذه العبارة عبارات غيرها من الكتب الفقهية، المتفق على تحققها بكل لفظ من غير فرق بين «من رد» و «ان رددت» و غيرهما.

و الظاهر جريان المعاطاة فيها، بناء على ما تقدم فى كتاب البيع من ان جريانها فيه على القاعدة، لا من جهة النص الخاص او الاجماع، و لذلك بنينا على جريانها فى جميع العقود و الايقاعات الا ما خرج بالدليل.

و دعوى ان المعاطاة من باب المفاعلة، فيعتبر فى تحققها الفعل من الجانبين، فتختص بالعقود. مندفعه بان لفظ المعاطاة ليس عنوانا لموضوع الحكم، و المراد بها الانشاء الفعلى، فتشمل كل فعل مبرز للاعتبار النفسانى. و عليه بنينا على عدم اعتبار العطاء فيها، و تحققها بكل فعل مبرز للاعتبار، و لو كان حركة الرأس فى جواب من سأله هل لمن رد عبدك او فعل كذا كذا.

ثم على القول بانها من العقود الظاهر عدم الخلاف و لا الاشكال فى انه لا يفتقر الى القبول لفظا، و هو مقتضى القاعدة كما اسلفناه.

الجعالة على العمل المحرم

و اما ما يصح الجعالة فيه فقد طفتحت كلماتهم بانه يجوز الجعالة على كل عمل محلل مقصود للعقلاء، و هو مما لا إشكال فيه فى الجملة لإطلاق الأدلة، انما الكلام فى امور:

١- هل تصح الجعالة على الواجب ام لا كما صرح به جماعة حتى انهم قالوا: لو قال من دلتنى على مالى فله كذا، فدله من كان المال

فى يده لم يستحق الجعل، لان ذلك واجب عليه؟ وجهان مبيان على ما تقدم فى المكاسب من جواز اخذ العوض على فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢١٧
[...]

الواجب و عدمه، و حيث ان المختار كما مر جوازه، فالظاهر هو الاول.

٢- هل تصح الجعالة على الحرام ام لا؟ وجهان.

قد استدلل للثانى بان العمل المحرم غير مملوك، فلا ملك حتى يملك بعوض. و بان المحرم لا مالىة له، فلا يقبل المعاوضة عليه. و بان العمل المحرم لو سلم كونه ملكا و مالا، إلمّا ان الشارع الاقدس بتحريمه سلب احترامه، و المال غير المحترم لا يعوض بشيء، لفرض انه هدر عند الشارع. و بان الحرمة سالبة للقدره و السلطان على التصرف، و من المعلوم كون السلطنة من شرائط النفوذ. و لكن يرد على الاول ان العمل المحرم كيف لا يكون مملوكا بعد ان لا تقابل بين الملكية و الحرمة باحد انحاء التقابل، من التضاد و التناقض و التضاييف بين المتعاندین فى الوجود، و التقابل بالعرض و التبعية متفرع على شرطية الاباحة للتملك، مع انه لا تعتبر الملكية فى الجعالة، بل العمل قبل الجعالة ليس ملكا للعامل.

و على الثانى ان العمل المحزم ان كان فى نفسه مالا عند العقلاء، فالنهي عنه لا يكون معدما لماليتيه، بل هو نهى عن ايجاد المال، كما ان الأمر باتلاف العبد الجانى امر باعدام المال.

و على الثالث ان هدر المال غير هدر المالىة، فمال الكافر الحربى مسلوب الحرمة من حيث المالىة، لجواز اخذه بلا عوض منه قهرا، و مع ذلك يصح ايقاع المعاوضة عليه، و الاحترام من حيث المالىة ليس من شرائط نفوذ المعاملة. و على الرابع ان السلطنة الوضعية محفوظة مع الحرمة، و التكليفية ليست من شرائط نفوذ المعاملة. فالصحيح ان يستدل له بما فى خبر تحف العقول المتلقى بالقبول من تعليل فساد بيع ما لا منفعة محللة له بحرمة التصرف، و كذا فى اجارة الانسان نفسه فيما هو

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢١٨

و ان كان مجهولا

محرم عليه «١» فيستفاد منه ان ما تمحض فى الجهة المحرمة لا يجوز ايقاع اى عقد او ايقاع عليه، فيفهم منه ان كونه محرما يوجب سقوطه عن المالىة شرعا فلا يعوض. و يؤيده النبوى المشهور: ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه «٢» وجه جعله مؤيدا لا دليلا عدم وجوده فى اصل من اصول العامة و الخاصة، و الموجود فى اصولهم هكذا: ان الله اذا حرم على قوم اكل شىء محرم حرم عليهم ثمنه «٣». و كيف كان، فلا شبهة فى اعتبار اباحة العمل بمعنى عدم حرمة.

حكم الجهل بالعمل، او العوض

٣- لا إشكال فى انه يجوز الجعل على العمل و ان كان مجهولا، لا لما فى الشرائع من انه عقد جائز، بل لان بناء مشروعيتها على جهالة العمل و الغرض منها تحصيل الاعمال المجهولة، فيقيد بدليلها اطلاق ما دل على النهى عن الغرر.

و هذا واضح، انما الكلام فى انه هل يعتبر كون العوض معلوما كما هو المشهور بين الاصحاب ام لا كما عن بعض؟ و ملخص القول فيه: ان معلومية العوض تارة يراد بها التعيين المقابل للتريد. و اخرى يراد بها ما يقابل الجهل الموجب للوقوع فى الغرر و الخطر. و ثالثة يراد بها ما يقابل الجهالة و لو لم توجب غررا.

اما اعتبار المعنى الاول فواضح، فان المرّد من حيث هو مرّد لا مالى له و لا

- (١) الوسائل - باب ٢- من ابواب ما يكتسب به من كتاب التجارة حديث ١.
 (٢) اورده العامة و الخاصة في كتبهم الاستدلالية- راجع البحار- ج ٢٣ ص ١٧- و مسند احمد ج ١ ص ٣٢٢.
 (٣) مسند احمد ج ١- ص ٢٤٧- و ٢٩٣- السنن الكبرى ج ٦- ص ١٣.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢١٩
]...[

وجود و لا تحقق، فهو غير قابل للملكية و الاستحقاق عقلا.

و أما الثانى فيشهد لاعتباره المرسل المروى في كتب الفقهاء المتلقى بالقبول: نهى النبى صلى الله عليه و آله عن الغرر «١» و قد مر في كتاب الاجارة الاشكال في الاستدلال به و الجواب عنه، و بينا دلالاته على بطلان كل معاملة غريبة، و منها الجعالة. و أما الثالث فظاهر المشهور- حيث قالوا: لا بدّ و ان يكون معلوما بالكيل، او الوزن، او العدد ان كان مما جرت العادة بعده- اعتباره، و لكن لا دليل عليه. فالأظهر عدمه كما مر في الاجارة.

و لا فرق في اعتبار المعلوماتية الراجعة للغرر بين كون الجهالة مانعة عن التسليم و عدمها. فما عن القواعد: لو قيل بجواز الجهالة اذا لم تمنع من التسليم كان حسنا، كقوله: من ردّ عبدي فله نصفه- و عن المحقق الثانى تقويته، و عن الايضاح انه اصح، و نفى عنه البعد في محكى الروضة، و فى الجواهر، و لعله الاقوى- ان اريد بها الجهالة بالحصول فهو قوى، فانها كما افيد لا تمنع عن التسليم فى ظرف الاستحقاق و هو بعد الرد، و ان اريد بها الجهالة حتى من ناحية اوصاف العبد الدخيلة فى المالىة فلا يتم، لعموم ما دل على النهى عن الغرر، و رفع الغرر فى زمان التسليم لا يكفى فى البناء على الصحة كما فى سائر العقد و الايقاعات. و يعتبر فى الجاعل اهلية الاستئجار من البلوغ و العقل و عدم الممنوعية من التصرف فى امواله و غيرها، لان ما دل على اعتبارها فى الاجارة من حديث رفع القلم «٢» و حديث رفع ما استكره عليه «٣» و ما شابههما يدل على اعتبارها فى الجاعل. و اما العامل

- (١) التذكرة ج ١- ص ٤٦٦.
 (٢) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات و باب ٣٦ من ابواب القصاص فى النفس.
 (٣) الوسائل باب ٦ من ابواب جهاد النفس.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٢٠
]...[

فلا- يعتبر فيه سوى امكان تحصيل العمل عقلا- و شرعا، و ذلك لتماية الجعالة قبل العمل بلا دخل للعامل فيها، و انطباق موضوع الحكم على فرد قهرى، هكذا استدل فى المقام. و لكن مقتضى اطلاق حديث رفع القلم عن الصبى و المجنون رفع كل حكم تكليفى او وضعى عن الصبى، كان سببه فعله القصدى او غير القصدى، كان فى رفعه منة على الامة ام لم يكن، كان ترتب الاثر منوطا بكمال العقل و استشعار الفاعل ام لم يكن.

و على ذلك فيشكل القول باستحقاق الجعل برد الصبى المميز من غير اذن وليه، كما عن التذكرة و فى المسالك و غيرهما. نعم، لو اكره البالغ العاقل على العمل، او كان محجورا، استحق الجعل. اما فى الاول فلورود حديث نفى الاكراه فى مورد الامتنان و لا منة فى

رفع هذا الاثر، و اما الثاني فلعدم كونه تصرفا ماليا كما انه لو اذن الولي يستحق غير المكلف الجعل ان عمل. و لا- يعتبر في العامل التعيين بلا خلاف، لإطلاق الأدلة. و في صحة الجعل على عمل للغير، كما لو قال: من رد ضالة زيد فله كذا، كلام تقدم في كتاب الاجارة، و قد عرفت انه يصح الاستئجار عليه فضلا عن الجعالة، بل تصح الجعالة على عمل يعود نفعه الى العامل نفسه اذا كان له غرض عقلائي. الجعالة عقد جائز من الطرفين

الموضع الثاني: في الاحكام

إشارة

، و الكلام فيه في طي مسائل:

[الجعالة عقد جائز من الطرفين]

الاولى: لا- خلاف بينهم في ان الجعالة من الامور الجائزة من الطرفين، بمعنى تسلط كل من العامل و المالك على فسخها، سواء جعلناها عقدا او ايقاعا.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٢١

فان كان العوض معلوما لزم بالفعل و الافاجرة المثل،

و استدل له في المسالك بانها من حيث عدم اشتراط القبول فيها، بمنزلة امر الغير بعمل له اجرة، فلا يجب المضى اليه من الجانبين. اقول: اما جواز فسخ العامل فلا- أرى له وجهها، فان الجعالة عبارة عن الايجاب و الاذن في الفعل و حكمه بعد الاذن بيده، و لا ربط لذلك بالعامل كي يكون له الفسخ، و كونه بحيث لو عمل استحق الجعل من آثار فعل الموجب و ليس ذلك تحت اختيار العامل و قدرته، و لذا قال في الجواهر: فمعنى قولهم يجوز للعامل الفسخ انه لا- يجب عليه الوفاء بالعمل. و اما الجاعل فكما افاده يجوز له الفسخ، لما افاده، و للاجماع و التسالم عليه. و هل يجوز ذلك حتى بعد التلبس بالعمل؟ كلام سيأتي عند تعرض المصنف ره له. الثانية:

اذا بذل جعلا على رد الضالة مثلا

، فان كان العوض معلوما لزم على الجاعل بالفعل بلا خلاف و لا إشكال، و الا كما لو ذكر عوضا و لم يعينه ف يجب عليه مع الفعل رد اجرة المثل، لا- احترام العمل و الفرض انه لم يعمله مجانا. و دعوى انه مع علم العامل ببطلان الجعالة يكون كالمتمبرع في عمله فلا يستحق شيئا، مندفعه بانه لا يكون متبرعا في عمله بل يعمل لاختذ العوض، فكيف يكون بحكمه! هكذا استدلوا له في المقام و غيره من نظائره.

و قد مر في كتاب البيع و الاجارة ان مدرك قاعدة الاحترام: اما قوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه «١» أو قوله صلى الله عليه و آله:

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى - و المستدرک ج ١ ص ٢١٢ - و الاحتجاج ص ٢٦٧ - مع اختلاف فى المتن.

فقه الصادق عليه السلام (لرؤمانى)، ج ١٩، ص: ٢٢٢

[...]

حرمة ماله كحرمة دمه «١» او قوله: لا- يصلح ذهاب حق احد «٢». و شىء من تلکم لا- يدل عليها، اذ الاولان ظاهران فى الحرمة التكليفية، بمعنى انه لا- يجبر المسلم على العمل و لا- على اخذ ماله منه و لا- يقهر عليهما، و لا نظر لهما الى الحكم الوضعى و هو الضمان. و الثالث يدل على عدم ذهاب الحق، و الكلام انما هو فى ثبوته، و الحكم لا يصلح لاثبات موضوعه. و تمام الكلام فى الجزء الخامس عشر من هذا الشرح.

و على هذا فقد يتوهم عدم الضمان فى المقام من جهة ان الضمان: اما بالعقد، أو باليد «٣» او بالاتلاف «٤». و شىء من تلکم لا مورد له فى المقام. اما العقد ففساده. و اما قاعدة اليد فهى و ان كانت تشمل المنافع، لان اليد على العين تستتبع اليد على المنافع، لكنها لا تشمل عمل الحر. و اما قاعدة الاتلاف فلان سبب العامل فيه اقوى من الامر لانه المباشر، كما لو امره باتلاف مال الغير و اكل طعامه، فان المتلف هو الضامن لا الأمر.

و دعوى ان استيفاء العمل الذى له مالىة كاستيفاء المنفعة ذات المالىة موجب للضمان كما عن الشهيد الثانى، مندفعه بان ذلك محتاج الى دليل.

و لكن يمكن ان يستدل للضمان بقاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفساده، و الجعالة الصحيحة موجبة للضمان فكذلك الفاسدة منها. و مما ذكرناه يظهر انه لا ضمان لو استدعى الرد و لم يبذل الاجرة و لا شىء للراد، كما فى الشرائع، و عن القواعد و الارشاد و التحرير، بل قيل هو قضية كلام اللمعة. نعم،

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٤٠ من ابواب الشهادات حديث ١ و ٤.

(٣) كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ - سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠.

(٤) قاعدة مستفاد من الاخبار الوارد فى الموارد الخاصة.

فقه الصادق عليه السلام (لرؤمانى)، ج ١٩، ص: ٢٢٣

الا فى البعير و الآبق يوجدان فى المصر، فعن كل واحد دينار، و فى غير المصر اربعة. و لو تبرع فلا اجرة له سواء جعل لغيره او لا

يمكن ان يقال باجرة المثل لو جرت العادة باجرة لمثله، فان ذلك حينئذ يكون نظير الجعالة على عوض مجهول، و لا أقل من انه حينئذ امر بالعمل بعوض الذى هو نظير الاباحة بعوض معاملة مستقلة صحيحة، و يستحق فيه العامل الاجرة المسماة مع معلومية العوض، و عليه فهو فاسد ما فى صحيحة الضمان فيضمن به.

و كيف كان، فالذى يستحقه هو اجرة المثل فى جميع موارد الفساد الا فى البعير و الآبق، فان المشهور انه تارة يوجدان فى المصر فعن كل واحد دينار، و اخرى يوجدان فى غير المصر فعن كل واحد اربعة دنانير.

□

و المدرك خبر مسمع بن عبد الملك كردين ابى سيار عن الامام الصادق عليه السلام: ان النبى صلى الله عليه و آله جعل فى جعل الآبق ديناراً اذا اخذ فى مصره، و ان اخذ فى غير مصره فاربعة دنانير «١». و قد عمل به المشهور كما اعترف به غير واحد، و عن الرياض: ان الشهرة به عزيمة قديمة و متأخرة، و عن المختصر: انه مؤيد بعمل الاصحاب و شهرته حتى صار العمل به قريباً من

الاجماع، و عن الخلاف- بعد الفتوى بما تضمنه:- دليلنا اجماع الفرقة و اخبارهم، و عن المقنعة: انه ثبت السنة عن النبي صلى الله عليه و آله بذلك.

فضعفه منجبر بالعمل و باخبار اخر، فلا وجه لاشكال المصنف ره في القواعد في الحاق البعير بالعبد الآبق في هذا الحكم، و اضعف منه اشكال الشهيد الثاني في هذا الحكم في الموردین لضعف سند الخبر.
الثالثة:

(و لو تبرع) من لم يعين الجعالة له

، (فلا اجرة له سواء جعل لغيره او لا) بلا خلاف في عدم الاجرة للعامل، لانه متبرع على الفرض، و قد مر حصر

(١) الوافي الجزء العاشر ص ٥٦- التهذيب ج ٦ ص ٣٩٨ ح ٤٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٢٤

و لو تبرع الاجنبي بالجعل لزمه مع العمل و يستحق الجعل بالتسليم

موجبات الضمان في عدة امور لا- ينطبق شيء منها على المقام. و اما عدم الجعل لمن جعل له فلان الجعل، انما هو بازاء العمل الممتنع، لان الحاصل لا يتحصل فيفسخ المعاملة.

و في المسالك: هذا اذا شرط على المجعول له العمل بنفسه، او قصد الراد العمل لنفسه، او اطلق. اما لو رده نيابة عن المجعول له حيث يتناول الامر النيابة، فانه لا يضيع عمله، و كان الجعل لمن جعل له، انتهى.

و فيه: ان مجرد قصد النيابة مع عدم امر من المنوب عنه و لا عمل في ذمته لا يجعله نائبا، و لا فعله فعله.

(و لو تبرع الاجنبي بالجعل لزمه مع العمل) و ان لم يعد نفعه اليه، و لا- يلزم على المالك شيء للعامل و لا للباذل، بلا خلاف و لا إشكال، لما مر من انه لا يعتبر كون الجعل من المالك.

العامل يستحق الجعل بالتسليم

الرابعة: و يستحق العامل الجعل بالتسليم بيد المالك، مع التصريح بالجعل على ذلك او الاطلاق، بناء على ان المتبادر من الرد القبض. فلو جاء به الى البلد أو المنزل ففر، لم يستحق الجعل بلا- خلاف، لعدم تحقق ما جعل العوض بازائه. نعم، لو صرح بما لا يقتضى التسليم- كالا يصال الى البلد- استحق الجعل بايجاده، و هو واضح.

و هل الموت كالفرار في عدم استحقاق شيء من الجعل كما عن التذكرة و المسالك و غيرهما، ام يستحق العامل في الموت بالنسبة كما عن القواعد احتماله و عن الايضاح اختياره؟ وجهان، اظهرهما الاول، لان الجعل انما هو على العمل الخاص

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٢٥

و مع التلبس بالعمل ليس للجاعل الفسخ بدون اجرة ما عمل و يعمل بالمتأخر من الجعالتين

المنتفى في الفرض، و عدم كون المانع من قبل العامل لا يصلح منشأ للاستحقاق.

[الجعالة بعد التلبس بالعمل]

الخامسة: قد عرفت انه لا إشكال و لا خلاف فى ان الجعالة جائزة قبل التلبس بالعمل، و اما (مع التلبس بالعمل) ففيه قولان: احدهما: انه (ليس للجاعل الفسخ بدون اجرة ما عمل) و ان كان للعامل ذلك، فتصير الجعالة لازمة من طرف، و باقية على الجواز من الطرف الآخر، و هو مختار الماتن هنا و المحقق فى الشرائع، و عن المبسوط و الارشاد، بل ظاهر المتن كالمبسوط توقف فسخ الجاعل على دفع الاجرة.

ثانيهما: انه لا فرق بين قبل التلبس و بعده، و هو المشهور، و فى المسالك دعوى الاجماع عليه. و الاظهر هو الثانى: لانه لم يطرأ ملزم لها بالتلبس، و الاستصحاب يقتضى بقاء جواز الفسخ. و عليه فلو فسخ الجاعل، فحيث انه لا معنى لفسخ بعض و ابقاء بعض، فلا محالة لا يستحق من الجعل بالنسبة، و انما يستحق اجرة مثل عمله، كما لا يخفى.

[حكم الجعالتين]

السادسة: و لو عقب الجعالة على عمل معين بعوض بجعالة اخرى، و زاد فى العوض او نقص يعمل بالمتأخر من الجعالتين بلا خلاف، مع سماع الجعالتين قبل التلبس بالعمل، لان الثانية تقتضى فسخ الاولى بعد ان لا وجه لصحتها معا، الا مع ارادة زيادة الجعل و لكنها خلاف الفرض.

اما اذا لم يسمع العامل الا-احدى الجعالتين، فعن المحقق الكركى و الشهيد الثانى ان العبرة بما سمعه منهما، سواء كانت الاولى او الثانية. و عن المصنف ره فى التذكرة انه ان كان المسموع هى الثانية فالعبرة بها، و الا فيرجع الى اجرة المثل.

و الحق ان يقال: انه لا وجه لكون العبرة بما سمعه مطلقا، فان المسموع ان كان

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٢٦

و لو جعل لفعل يصدر عن كل واحد بعضه

هو الاولى فقد انفسخت بالثانية، فلا بقاء لها كى تقتضى استحقاق ما فيها من الجعل، و لا غرور بعد ان اقدم على عقد جائز للمالك فسخه فى كل وقت، و كان له طريق الى الزامه به بصلح و نحوه.

و أما اجرة المثل فقد اورد على البناء على استحقاقها بانه اقدم على الجعل المسمى، فيستحقه دون اجرة المثل خصوصا مع زيادتها عليه.

و يرده ان اقدامه على المسمى ليس من المعينات له بعد سقوطه بالفسخ بالثانية.

فالحق هو ثبوت اجرة المثل فى هذا الفرض. نعم، ان كانت الاجرة المسماة فى الثانية ازيد من المثل لا يبعد القول باستحقاقها، لانه لا يعتبر سماع الجعالة فى استحقاق الجعل كما سمعته، و انما لا نلتزم به فى صورة كونه اقل لصدق الغرور، فانه و ان لم يصدق على ما لو فسخ الاولى لما ذكرناه، الا انه يصدق على ما لو عقبها بجعالة اخرى، و الا لزم التوصل بذلك الى الغاء ما جعله فى جعالة و تبديله باقل ما يصح، بفسخ الاولى و ايجاد جعالة اخرى من دون ان يسمع غيره.

هذا كله مع التنافى بين الجعالتين، و الا- كما لو قيّد كل منهما بزمان او مكان غير ما قيّد الاخرى به، كما لو قال: من رد ضالتي الى آخر هذا الاسبوع فله كذا، ثم قال: من ردها الى آخر الشهر فله نصف ذلك الجعل- تبقى الجعالتان على حالهما، و له الجعل المسمى على كل من التقديرين.

لو جعل على عمل معين جعلاً فشاركه غيره

السابعة: و لو جعل لفعل فصدر عن كل واحد بعضه، كما لو قال: من ردّ

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٢٧

فجميع الجعل، و لو صدر من كل واحد فلكل واحد جعل، و لو جعل للرد من المسافة فرد من بعضها فله النسبة

ضالتي فله دينار، فردّها جماعة فجميع الجعل بلا اشكال، لان المفروض انطباق موضوع الحكم- و هو ردّ الضالّة- على فعل الجميع، لان ردّهم من مصاديق الردّ المأخوذ في الموضوع، و حينئذ ان لم يتفاوتوا في العمل يوزع الجعل عليهم بالسوية، و مع التفاوت يوزع عليهم على قدر العمل.

و لو جعل لفعل و صدر ذلك الفعل عن كل واحد مستقلا، و لم يكن الصادر عن الجميع فعلا واحدا، كما لو قال: من دخل دارى فله دينار، فدخله جماعة فلكل واحد جعل، لان فعل كل واحد منهم موضوع مستقل و فرد مما اخذ في الموضوع، و هذا بخلاف الصورة الاولى التي كان الفعل الصادر من الجميع فردا من الموضوع، و الصادر من كل واحد منهم بعضه لا تمامه. و ما عن المختلف من احتمال التساوي، فيستحقون كلهم دينارا واحدا في الصورة الثانية لانه المبذول، و العموم يقتضى التشريك لا الزيادة على المبذول، غير تام، كما يظهر مما ذكرناه.

و لو جعل للردّ من مسافة، كما لو قال: من ردّ ناقتى من الشام فله كذا، فردّه من بعضها فله من الجعل بالنسبة اى بنسبة المسافة، كما عن الشيخ و ابن حمزة و المصنف و غيرهم، بل في المسالك نسبته الى الاصحاب و ان تنظر فيه.

و الحق ان يقال: ان الجعل ان كان للردّ عن مسافة، فالرد من بعضها ليس جزء من ذلك العمل بل هو غيره، و عليه فالمتجه حينئذ اجرة مثل عمله على ما مر، فان عمله محترم لا يذهب هدرا و لم يجعل بازائه شىء، فيتعين اجرة المثل. و ان كان الجعل للردّ، و كان التقييد بالمسافة لتخيله كونها هناك، فالمستحق الاجرة المسماة لاتيان ما جعل له. و ان كان الجعل للرد من مسافة على نحو التوزيع، كان المستحق من الاجرة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٢٨

و القول قول المالك في عدم الجعل، و في تعيين المجعول فيه، و في القدر،

المسماة بنسبة ما عمل. و هو واضح، و لا يبعد ظهور الجملة المزبورة بلا قرينة في الاخير، و عليه فيتم ما افاده الاساطين فلا يرد عليهم شىء مما ذكر في المقام.

حكم ما لو اختلفا في الجعل الثامنة:

في فروع التنازع

اشارة

، و هي اربعة:

١- و

لو تنازعا في الجعل و عدمه

، فقال المالك لم اشارطك و ما امرتك، و قال العامل شرطتى و امرتنى بالعمل، و جعلت لى جعلاً معيناً أو استحق به اجرة المثل، ف القول قول المالك فى عدم الجعل بلا خلاف، لاصالة عدم الاشتراط، و اصالة البراءة من العوض. و مقتضى قول المشهور فى نظائر المسألة، كالإختلاف فى الاجارة و الاعارة من تقديم قول مدعى الضمان لقاعدتى اليد و الاحترام، الحكم بالضمان فى المقام لقاعدة الاحترام، و لكن قد عرفت فى كتاب الاجارة فساد ذلك، فالأظهر عدم الضمان.

٢- و

لو اختلفا فى تعيين المجعول فيه

، كما لو اختلفا فى عين ما شرط فى ردّه العوض، فقال العامل شرطت لى العوض فيما رددته، و قال الجاعل بل شرطت لك فيما لم تردّه، فلا خلاف فى انه يقدم قول الجاعل، لان مرجع هذا الخلاف الى دعوى العامل على المالك الشرط على هذا الذى ردّه و هو ينكره فالقول قوله، لاصالة عدم الشرط و ان اتفقا على اصل الشرط.

٣- و

لو اختلفا فى القدر

اى قدر الجعل، ففيه اقوال:

احدها: ما عن الشيخ فى الخلاف و جماعه، و هو انه تثبت حينئذ اجرة المثل بعد يمين الجاعل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٢٩

فيثبت فيه الاقل من اجرة المثل و المدعى

ثانيها: ما فى المتن و الشرائع و عن اللمعة و غيرها، و هو ان القول قول المالك، فيثبت فيه الاقل من اجرة المثل و المدعى مع الحلف. ثالثها: ان القول قول المالك، لكن يثبت مع يمينه اقل الامرين من اجرة المثل و مدعى العامل، و اكثر الامرين منها و من مدعى المالك.

رابعها: تقديم قول المالك، الا- ان الثابت بيمينه هو ما يدعيه، لا اجرة المثل و لا الأقل، و هو قول الشيخ نجيب الدين من مشايخ المحقق و الشهيدين.

خامسها: انهما يتحالفان، لان كل واحد منهما مدع و مدعى عليه، اختاره فى محكى القواعد.

و الاظهر هو الرابع، لان استحقاق الاقل متيقن و لو فى ضمن الاكثر، و وقوعه على الاكثر غير معلوم، و الاصل عدم وقوعه عليه، و عدم استحقاقه الزائد.

و به يظهر دفع ما اورده المحقق ره على هذا القول بان فائدة يمين المالك اسقاط دعوى العامل لا ثبوت ما يدعيه الحالف، و ما فى الجواهر من ان اختصاص الدعوى بينهما فى الامرين لا يقتضى الانحصار واقعا كذلك ضرورة احتمال كون الواقع خلافهما، فان نفى استحقاق الزائد من الاجرتين انما هو بالاصل لا باليمين.

و قد استدلل للقول الاول بان القول قول المالك، لان الفعل فعله فيقدم قوله فعليه اليمين، فاذا حلف ينفى الزائد، و حيث لا يثبت ما يدعيه بحلفه، فليس حينئذ الا اجرة المثل بعد الاتفاق على ان العمل بعوض و لم يثبت فيه مقدر.

و يرد: ان الزائد ينفي بالاصل، مع انه لو اغمض عن ذلك فاللازم هو ثبوت اقل الامرين من اجرة المثل و ما يدعيه العامل، لاعترافه بعدم استحقاق الزائد ان كانت اجرة المثل ازيد من ما يدعيه، بل و اكثر الامرين منها و من مدعى المالك، لان ما يدعيه المالك ان كان اكثر من اجرة المثل فهو يعترف بثبوته في ذمته للعامل، فيؤخذ

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٣٠

و عدم السعي

باقراره. و بما ذكرناه ظهر مدرك القول الثاني و الثالث و ضعفه، كما ظهر قوة القول الثالث بالنسبة الى الاولين كما افاده في المسالك.

و أما التحالف فقد استدل له بان كل واحد منهما مدع و مدعى عليه، فلا ترجيح لاحدهما، فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه الآخر. و العقد الذي تشخص بالعوض الذي يدعيه المالك، غير العقد الذي تشخص بما يدعيه العامل.

و يرد على الاول ما تقدم من ان المالك منكر لا مدع، لانهما متوافقان على استحقاق الاقل، و النزاع انما هو بالنسبة الى الزيادة. و على الثاني ان العقد متفق عليه و انما الاختلاف في الزيادة و النقصان، فكان كالاختلاف في قدر الاجرة في الاجارة، و القدر الذي يدعيه المالك متفق عليه و انما الاختلاف في الزائد، فيقدم قول منكره. اصف الى ذلك كله ما يأتي في كتاب القضاء من ان التحالف في الموارد التي يكون كل من طرفي المنازعة مدعيا و منكراً لا- دليل عليه، فان ظاهر دليل الحلف هو الحلف فيما اذا كان منكراً محضاً، راجع ما ذكرناه.

فالمتحصل مما ذكرناه انه يقدم قول المالك، و يثبت بيمينه ما يدعيه لا اجرة المثل و لا الأقل.

و

لو اختلفا في السعي

بان قال المالك: حصل في يدك قبل الجعل فلا جعل لك، و قال العامل: قد حصل في يدي بعده، قالوا: فالقول قول المالك من عدم السعي و هذا يتم على القول بوجوب رد المال الى صاحبه اذا وقع في يد الغير، و عدم جواز الجعل على الواجب، فان المالك حينئذ يدعى عدم الاستحقاق و الاصل معه، و حيث عرفت جواز الجعل على الواجب فيسقط ذلك، و الله العالم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٣١

الفصل الرابع: في السبق و الرماية

السبق و الرماية

قمي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٩، ص: ٢٣١

الفصل الرابع: في السبق و الرماية

اشارة

و السبق- بسكون الباء- مصدر لكلمة سبقه الى كذا، اى تقدمه و غلبه على كذا، و عن الصحاح انه مصدر سابق، قال فى المسالك: و كلاهما صحيح، الا ان الثانى اوفق بالمطلوب، لان الواقع فى معاملته كون العمل بين اثنين فصاعداً، فباب المفاعلة به اولى. و أما السبق- بالتحريك- فهو العوض المبدول للسابق و ما فى معناه، و يقال له الخطر. و المسابقة عرفا هى اجراء الخيل و شبهها فى حلبة السباق، ليعلم الاجود منها و الافرس من الرجال و المتسابقين. و الرماية عرفاً هى المناضلة بالسهم مثلاً، ليعلم حذق الرامى و معرفته بمواقع الرمى.

و مستند شرعيتهما، مضافا الى اجماع الامة المحكى مستفيضاً:

من الكتاب قوله تعالى وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَ مِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُزْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَ عَدُوَّكُمْ «١» و فى المرفوع لعبد الله بن المغيرة- الذى هو من اصحاب الاجماع- فى تفسيره عن النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ انه الرمى «٢». و قوله تعالى حكاية عن اخوة يوسف يَا أَبَاتَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَقِيقُ وَ تَرَكْنَا يَوْسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا «٣»

(١) سورة الانفال آية ٦٠.

(٢) الوسائل باب ٢- من ابواب كتاب السبق و الرماية حديث ٣.

(٣) سورة يوسف آية ١٨.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٣٢

[...]

فانه ظاهر فى مشروعية السباق فى الجملة، و الاصل بقائها ما لم يعلم النسخ، فتأمل فانه ليس فى شىء من الآيتين ما يشهد بكون المعاملة المزبورة مشروعاً.

و من السنّة نصوص مستفيضة ستمر عليك جملة منها فى طى المسائل الآتية.

و فائدتها بعث النفس على الاستعداد للقتال و الهداية لممارسة النضال، و هى من اهم الفوائد الدينية فى الجهاد للاعداء الذى هو معظم اركان الاسلام.

و تحقيق هذا الفصل يستدعى البحث فى موضعين:

الاول: فى حكم المسابقة.

الثانى: فى المعاملة عليها.

و المقصود الاصلى فى هذا الفصل و ان كان هو الثانى و لذا لم يتعرض المصنف ره لغيره، الا انه لا بأس مقدمة له من بيان الحكم فى الموضوع الاول، نظراً الى شيوع المبارءة باقسامها المختلفة فى هذا العصر.

[الموضع الاول فى حكم المسابقة]

[المورد الاول] الرياضة البدنية

اما الموضوع الاول فالكلام فيه فى موردين:

الاول: فى الرياضة البدنية، لا- إشكال فى ان ما كان منها مؤدياً الى الضرر على النفس بالهلاك أو هلاكه عضو من الاعضاء تكون حراماً، لان دفع الضرر واجب عقلاً- و شرعاً. و ما كان منها موجبا لقوة الجسم او الروح او قوة الامة الاسلامية حسن و مطلوب، فان

الشريعة المقدسة تطلب كثرة قوياً، و لذلك عنيت بكل ما يكفل للانسان قوة الجسم و قوة الروح و قوة المجتمع، لاحظ الاخبار الواردة في بيان حكمة العبادات، و الواردة في بيان حكمة حرمه جملة من المحرمات و كراهة المكروهات، و ما فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٣٣

[...]

ورد في تفسير الآية المتقدمة وَاَعِدُّوا لَهُمْ ... الخ الى غير تلكم من الآثار. و على الجملة ان سعادة الانسان و هي بلوغه منتهى كماله و غاية فعليته بحسب نوعه معقودة بقوة جسمه و روحه، و من الواضح ان للرياضية البدنية و الروحية اثراً عظيماً في ذلك. و أما الرياضات التي لا تترتب عليها هذه الغايات و لا تكون مضرة ففيها خلاف، و الحق ان يقال ان تلك الرياضات على اقسام: الاول: الفعل لغاية الالتذاذ بلا قصد غاية اخرى، و يعبر عنه باللعب. الثاني: الفعل الخالي عن الغاية، و يعبر عنه باللغو. الثالث: الفعل الموجب لاشتغال النفس باللذائذ الشهوية بلا قصد غاية، و يعبر عنه باللهو. و قد مر في المكاسب المحرمة تفصيل القول في كل واحد من هذه الثلاثة، و بينا هناك ان جميع تلكم جائزة و ليس شىء منها محرماً.

[المورد الثاني] المباراة بغير رهان

الثاني: في انه في الافعال الجائزة- كرمى الحجارة، و السير مع السفينة او الطائرة، و ما شاكل- هل تجوز المباراة و المغالبة بغير عوض، ام لا؟ و ملخص القول فيه: انه لا إشكال في جواز المسابقة في بعض الافعال، انما الكلام في غير ما نص على الجواز فيه، كالمصارعة، و المباراة على المراكب و السفن و البقر و الكلاب و الطيور، و رمى البنادق، و الوقوف على رجل واحدة، و حفظ الاخبار و الاشعار، و الجرى على الاقدام، و حمل الاثقال، و ما شاكل. و قد استدل لعدم الجواز بوجوه:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٣٤

[...]

الاول: خبر عبد الله بن سنان عن الامام الصادق عليه السلام: لا سبق الا في خوف او حافر او نصل، يعنى النضال «١» بتقريب ان سبق- بسكون الباء- مصدر لكلمة سبقه الى كذا، اى تقدمه و غلبه على كذا، فالمراد من نفيه نفى المشروع، و مقتضى اطلاقه عدم مشروعية المسابقة بغير رهان.

و فيه: اولاً: ان الخبر ضعيف لمعلى بن محمد، فتأمل فانه من مشايخ الاجازة. و ثانياً: انه لم يثبت كون سبق بسكون الباء، و من المحتمل ان يكون بفتحها، بل عن الشهيد ره انه المشهور، و سبق بالفتح هو العوض، و نفيه ظاهر في فساد المراهنة، لظهوره في نفى استحقاقه، فلا يصح الاستدلال به للاجمال.

الثاني: اطلاق ادلة القمار، لانه مطلق المغالبة و لو بدون العوض.

و فيه: ان القمار لا يصدق بدون الرهان و العوض.

الثالث: ما دل على حرمة اللهو.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان اللهو بقول مطلق لا دليل على حرمة.

و ثانيا: ان المسابقة اذا كانت لغرض عقلائي لا تكون لهوا.

فالمتحصل انه لا دليل على حرمتها، و الاصل يقتضى الجواز، مع انه يدل على جوازها- مضافا الى الاصل- السيرة القطعية القائمة من المسلمين على المباراة في عدة امور كالسباحة و المصارعة و المكاتبه و المشاعرة و غيرها، و ما ورد من مصارعة الحسين عليهما السلام بامر النبي صلى الله عليه و آله و مكاتبتهما و التقاطهما حب قلادة امهما «٢».

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب السبق و الرماية حديث ٢.

(٢) المستدرک باب ٤ من ابواب السبق و الرماية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٣٥

[...]

المباراة مع العوض

الموضع الثاني: في المعاملة على المسابقة

إشارة

، اي المباراة مع العوض بغير آلات القمار، فلا بد أولاً من تاسيس الاصل حتى يكون هو المرجع عند عدم الدليل الخاص، و قد يقال ان الاصل هو الجواز و صحة المعاملة الواقعة عليها. و استدلل له بوجوه:

١- الآية الشريفة حكاية عن اخوة يوسف عليه السلام: يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَ تَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا «١» بدعوى انها تدل على مشروعية السباق في شرعهم، و يشك في رفع المشروعية و نسخها، و الاصل بقائها.

و فيه: اولاً: انه يتوقف على عدم ورود منع من الشارع الاقدس و لو بنحو العموم، و الّا فمع وجود الدليل لا يرجع الى الاصل، و ستعرف وجوده.

و ثانيا: انه لا يعلم انهم كانوا بم يستبقون، و لعله كان بما يجوز السباق عليه عندنا.

و ثالثاً: انه ليس في الآية الكريمة ما يشعر بكون سباقهم كان مع العوض.

٢- ان مقتضى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «٢» صحة العقد على السباق بكل شيء.

و فيه: انه يتوقف الاستدلال به على عدم ورود المنع و ستعرف وجوده، و انه يصدق القمار عليه الخارج عن عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

٣- ان الحكمه في مشروعية هذه المعاملة في الموارد المنصوصه، هي الاستعداد

(١) سورة يوسف آية ١٨.

(٢) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٣٦

[...]

للجهاد و التهيؤ له و تحصيل القوة، و عليه فتجوز المسابقة على المراكب و آلات الحرب الحديثه، للعلّة المشار اليها.

وفيه - مضافا الى اخصيته عن المدعى -: ان حكمه الحكم ان ذكرت في الدليل بصورة العلة يتعدى عنها، فانها بحسب المتفاهم العرفي تمام الموضوع للحكم، فكانه جعل الحكم اولا على ذلك العنوان العام، و الّا فهي حكمه لا يتعدى عنها، و العبرة، حينئذ بالظهور اى المتبع ظهور الدليل، فاذا فرضنا اختصاص الدليل بالموارد الخاصة فلا وجه للتعدى عنها.

٤- انه روى: ان النبي صلى الله عليه و آله سابق عائشة بالقدم مرتين سبق في احدهما و سبق في الاخرى «١» و انه صلى الله عليه و آله صارع يزيد بن ركابه ثلاث مرات كل مرة على شاة، فصرع خصمه في الثلاث و اخذ منه ثلاث شياه «٢».

وفيه: انه لم يثبت شيء من ذلك من طرفنا، و لم ترد رواية بذلك بل الثابت خلافه.

فتحصل انه لا دليل على الجواز، بل يشهد لعدم الصحة وجهان:

احدهما: صدق مفهوم القمار عليه، فانه الرهن على اللعب باى شيء كان، ففي المجمع: اصل القمار الرهن على اللعب بشيء، و في القاموس: تقمره راهنه فغلبه، و نحوه ما عن لسان العرب، و في المنجد: القمار كل لعب يشترط فيه ان يأخذ الغالب من المغلوب شيئا كان بالورق او غيره. و هذا المفهوم يصدق على المعاملة المفروضة في المقام، فتكون باطله و ما يأخذ الغالب من المغلوب حرام.

الوجه الثاني: النصوص الظاهرة في الفساد و حرمة التصرف في الرهن، و هي

(١) التذكرة ج ٢ ص ٣٥٤- و الثاني مروى في المستدرک باب ٤ من السبق و الرماية حديث ٢.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٣٥٤- و الثاني مروى في المستدرک باب ٤ من السبق و الرماية حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٣٧

[...]

طوائف من الاخبار:

منها: ما دل على نفار الملائكة عند الرهان و لعن صاحبها، ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل، كخبر العلاء بن سيابة «١» و مرسل الصدوق «٢» و خبر ابي بصير «٣». لكنها باجمعها ضعيفة سندا، اما الاول فلا بن سيابة، و اما الثاني فلا إرسال، و اما الثالث فلسعدان بن مسلم.

و منها: خبر ياسر الخادم عن الامام الرضا عليه السلام، قال: سألته عن الميسر، قال: الثقل من كل شيء، قال: و الثقل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم «٤»، و لكنه ايضا ضعيف لياسر.

و منها: خبر جابر عن الامام الباقر عليه السلام عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم، قيل له: ما الميسر؟ قال عليه السلام: كل ما تقوم به حتى الكعب و الجوز «٥» و هو ايضا ضعيف السند لعمر بن شمر.

و منها: صحيح ابن خلاد عن ابي الحسن عليه السلام: النرد و الشطرنج و الاربعة عشرة بمنزلة واحدة، و كل ما قومر عليه فهو ميسر «٦».

و منها: خبر اسحاق بن عمار عن الامام الصادق عليه السلام عن الصبيان يلعبون بالجوز و البيض و يقامرون، فقال: لا تأكل منه فانه حرام «٧».

(١) الوسائل - باب ٣ من ابواب السبق و الرماية حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٢- من ابواب السبق و الرماية حديث ٦.

(٣) الوسائل باب ٢ من ابواب السبق و الرماية حديث ٤.

(٤) الوسائل باب ١٠٤ من ابواب ما يكتسب به كتاب التجارة حديث - ٩.

(٥) الوسائل باب ٣٥ من ابواب ما يكتسب به حديث ٤.

(٦) الوسائل باب ١٠٤ من ابواب ما يكتسب به من التجارة حديث ١.

(٧) الوسائل باب ٣٥ من ابواب ما يكتسب به - حديث - ٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٣٨

[...]

فالمتحصل مما ذكرناه ان المراهنة و المباراة مع العوض فاسدة، و ما يؤخذ حرام لا يجوز التصرف فيه.

هذا كله في الحكم الوضعي. و اما حكمها التكليفي فيدل على الحرمة ادلة القمار، و اما سائر النصوص المتقدمة فهي ظاهرة في الحكم الوضعي و لا نظر لها الى الحكم التكليفي.

و قد استدل صاحب الجواهر ره لجوازها التكليفي بصحيح محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام: قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل آكل و اصحاب له شاء، فقال: ان اكلتموها فهي لكم، و ان لم تأكلوها فعليكم كذا و كذا، فقضى فيه ان ذلك باطل لا شيء في المؤاكله من الطعام ما قل منه و ما كثر، و منع عن الغرامة فيه «١» بدعوى انه متضمن لفساد المراهنة في الطعام خاصة، و لو كانت محرمة لردع عنها ايضا، فيستكشف من عدم الردع الجواز.

و فيه: ان الظاهر كون الخبر اجنبيا عن المراهنة بالاكل، و انها يكون مورد الخبر الاباحة المالكية المشروطة بالالتزام بالاعطاء لا الإعطاء.

فالقاعدة الاولى تقتضي فساد المعاملة و حرمتها.

الالفاظ المستعملة في هذا الباب

و قد خرج عن هذه القاعدة المعاملة على السباق في موارد خاصة كما مر، و تنقيح القول فيه بيان امور:

(١) الكافي ج ٨ ص ٤٢٤ باب نواذر القضاء الوسائل باب ٥ من ابواب كتاب الجعالة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٣٩

[...]

منها: بيان الالفاظ المستعملة في هذا الباب، و هي السابق، و الكتد، و المصلى، و السبق، و المخلل، و الغاية، و المناضلة، و الرشق، و الحابي، و الخاصر، و الخازق، و الخاسق، و الخارق، و الخارم، و المزدلف، و الغرض، و الهدف، و المبادرة، و المحاطة.

اما السابق فهو الذى يتقدم و لو بالعنق.

و أما الكتد - بفتح التاء و كسرهما - فهو الكاهل.

و أما المصلى فهو الذى يحاذى برأسه صلوى السابق فصاعدا، و الصلون هما العظمان النابتان عن يمين الذنب و شماله، و التالى للمصلى هو الثالث، و يليه البارع الرابع، ثم المرتاح و هو الخامس، ثم الخطى و هو السادس، ثم العاطف، ثم المؤمل، ثم اللطيم، ثم السكيت بالتصغير.

و أما سبق فقد مر في اول الفصل بيانه.

و أما المخلل فهو الذى يدخل بين المتراهنين و لا يبذل معهما عوضا، بل يجرى فرسه بينهما او في احد الجانبين، على وجه يتناوله

العقد على انه ان سبق بنفسه او مع غيره اخذ العوض او بعضه على حسب الشرط، و ان لم يسبق لم يغرم شيئاً.

و أما الغاية فهي منتهى السباق.

و أما المناضلة فهي المسابقة و المراماة.

و أما الرشق - بكسر الراء - فهو عدد ما يرمى به من السهام، و بالفتح فهو الرمي الذي هو المصدر.

و أما الحابي فهو و ما بعده من الالفاظ الخمسة من اوصاف السهم المرامي به، و قد ذكر في التحرير على المحكى من أوصافه ستة عشر، و انما اقتصرنا على الستة لعدم فائدة معتد بها في بيانها، بعد عدم كونها مأخوذة في موضوعات احكام الباب. و كيف كان،

فالحابي ما زلق على الارض ثم اصاب الغرض.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٤٠

و لا بد فيهما من ايجاب و قبول،

و الخاصر ما اصاب احد جانبي الغرض.

و الخازق ما خدش الغرض.

و الخاسق ما فتحه و ثبت فيه.

و الخارق ما يخرج من الغرض نافذاً.

و الخارم هو الذي يخرم حاشية الغرض. و المزدلف هو الذي يضرب الارض ثم يثب الى الغرض، و ظاهر القواعد مرادفته مع الحابي،

و عن التذكرة الفرق بينهما باعتبار القوة في المزدلف.

و أما الغرض فهو ما يقصد اصابته.

و الهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب او غيره.

و أما المبادرة فهي احد قسمي المراماة، و هي ان يبادر احدهما الى الاصابة مع التساوي في الرشق.

و القسم الثاني منها المحاطة، و هي اسقاط ما تساوي فيه من الاصابة.

عقد المسابقة و المراماة

و منها: انه لا بد فيهما من ايجاب و قبول كغيرهما من العقود على المشهور. و عن الشيخ و المصنف ره في المختلف ان هذا العقد

جعلاً، فلا يفتقر الى قبول. ثم انهم اختلفوا في لزومه و جوازه، و بعضهم بنى الخلاف في لزومه و جوازه على انه عقد او ايقاع، فعلى

الاول يكون لازماً، و على الثاني جائزاً. و بعضهم عكس، فبنى كونه عقداً او ايقاعاً على لزومه و جوازه. ثم ان ظاهرهم ابتناء كونه

عقداً او ايقاعاً على انه اجارة او جعلاً.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٤١

[...]

و الحق ان يقال: انه عقد أو ايقاع مستقل لا اجارة و لا جعلاً على حسب المتفاهم العرفي، سيما و هو بنفسه من العقود العقلية، و

يعضده تخلف بعض آثاره عن كل من الامرين، و ظاهر النافع و المختلف و غيرهما المفروغية من ذلك، و ان التردد انما هو في

اللزوم. و الجواز.

ثم ان الظاهر كونه من العقود و لا يكفي فيه الايجاب خاصة، فان ثبوت الآثار على الطرف الآخر بدون القبول مخالف لقاعدة السلطنة

على النفس و المال «١». و ان شئت قلت: ان اثر ذلك و المترتب عليه عمل قائم بشخصين، ثم كل منهما قد يجب عليه العوض و قد يجب له، و ثبوت جميع ذلك عليه بدون رضاه و انشائه خلاف قاعدة السلطنة و المعهود من الشرع. ثم انه بعد ثبوت كونه من العقود يكفى فى لزومه عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «٢». و ما عن المختلف من ان المراد من الامر بالوفاء بالعقد العمل على مقتضاه و ان كان جائزا، و ليس المراد مطلق العقود و الا لوجب الوفاء بالجائز، غير تام، فان الوفاء عبارة عن التمام او ما يقاربه، و الايفاء عبارة عن الاتمام و الانهاء، فاذا كان العقد متعلقا بالنتيجة لا بالفعل كان الوفاء به اتمامه، و عدم رفع اليد عنه بحله و نقضه.

و عليه فالامر به ان كان ارشاديا- كما هو الظاهر- كان ارشادا الى اللزوم. و ان كان مولويا نفسيا، فحيث ان وجوب الوفاء عدم جواز الفسخ لو كان فانما هو بمناط عدم ثبوت هذا الحق له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، و لا يحتمل كونه محرما بالحرمة النفسية مع ثبوت هذا الحق، فيستكشف من عدم الحق عدم تأثير الفسخ،

(١) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) سورة المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٤٢

و انما يصحان فى السهام، و الحراب، و السيوف، و الابل، و الفيلة، و الخيل، و البغال، و الحمير خاصة.

و هذا معنى اللزوم، مع ان الاجماع قائم على انه لو كان حراما كان غير مؤثر. و بالجملة فدلالة الآية الكريمة على اللزوم لا تنكر، و خروج بعض العقود عن تحتها لدليل خاص لا- يوجب خلا- فى عمومها لغير ما علم بخروجه، اذ العام حجة فيما بقى من الافراد غير الفرد الخارج عن تحته. و يمكن ان يستدل للزومه بالاستصحاب ايضا بالتقريب المتقدم فى كتاب البيع. فالتحصيل انه من العقود اللازمة، و حينئذ فما ذكرناه فى كتاب البيع و الاجارة من القيود المعتبرة فى العقد و العاقد تجرى هنا، كما ان ما اثبتنا عدم اعتباره من العريية و الماضوية و القول و ما شاكل لا يكون معتبرا فيه، فلا نطيل المقام بذكر تلك الامور.

بيان ما يسابق به

و منها: بيان ما يسابق به، قال قده: و انما يصحان فى السهام، و الحراب، و السيوف، و الابل، و الفيلة، و الخيل، و البغال، و الحمير خاصة، و الصحة فى جملة من ما افاده متفق عليها، و فى جملة منها الخلاف.

و التحقيق يقتضى ان يقال: ان النصوص تضمنت جواز السباق و المعاملة عليه فى النصل و الخف و الحافر، لاحظ خبر عبد الله بن سنان عن مولانا الصادق عليه السلام: لا سبق الا فى خف او حافر او نصل، يعنى النضال «١».

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب السبق و الرماية- حديث ٢-

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٤٣

[...]

و ما دل على نفاذ الملائكة عند الرهان و لعن صاحبها، ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل، كخبر العلاء بن سيباه «١» و مرسل الصدوق «٢» و خبر ابي بصير «٣».

و ما تضمن ان رسول الله صَلَّى الله عليه وآله اجرى الخيل التي اضمرت من الحصى - و فى بعض النسخ من الحفى - الى مسجد بنى زريق، و سبقها من ثلاث نخلات، فاعطى السابق عذقا، و اعطى المصلى عذقا، و اعطى الثالث عذقا «٤».

و ما دل على انه اجرى الخيل و جعل سبقها اواقى فضة «٥» و قريب منها غيرها.

و هذه النصوص على طوائف:

منها: ما تضمن فعله (ص)، و هو مختص بالخيل و لا إطلاق له، و مثله الصحيح المتضمن ان مولانا عليه السلام كان يحضر الرمى و الرهانة «٦».

و منها: ما تضمن الحصر فى الثلاثة، و هى و ان كانت جملة منها ضعيفة السند، الا ان فيها الصحيح و غيره مضافا الى انجبار ضعف السند بالعمل.

و منها: ما اضاف اليها الريش، و هى باجمعه ضعيفة السند، مع ان الريش يحتمل ان يكون المراد منه السهم ذى الريش، و ليس فى عطفه على النصل فى احد الخبرين دلالة على التغاير بينهما، بعد احتمال كونه من قبيل عطف المرادف او الخاص على العام.

-
- (١) الوسائل باب ٣ من كتاب السبق و الرماية حديث ٣.
- (٢) الوسائل - باب ١ من ابواب كتاب السبق و الرماية حديث ٦.
- (٣) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب السبق و الرماية حديث ٤.
- (٤) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب السبق و الرماية حديث ١.
- (٥) الوسائل باب ٤ - من ابواب كتاب السبق و الرماية حديث ٢.
- (٦) الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب السبق و الرماية - حديث ٤.
- فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٤٤
- و يجوز ان يكون العوض دينا وعينا، و ان يبذله اجنبى،

و فى المقام اخبار اخر استدل بها صاحب الحدائق على اضافة الطيور الى الثلاثة، لكنها ضعيفة السند، غير منجبرة بالعمل، و قاصرة الدلالة من جهة احتمال ارادة اللعب بها بلا مسابقة، مع ان فيها الحمام و من المحتمل ارادة الخيل منه، بل قيل انه المتعارف فى لسان اهل المدينة، و يعضده الاستدلال له فى خبره بالنبوى المتضمن لاجراء الخيل «١». فالمتحصل انه لا يجوز ذلك الا فى ثلاثة:

النصل الشامل للسهم، و الحراب جمع حربى و هى الآلة، و السيف، و ربما زيد الشاب. و هل يدخل فيه الدبوس و العصا و المرافق اذا جعل فى رأسها حديدة؟ فيه اشكال.

و الخف، و يدخل تحته الابل و الفيلة.

و الحافر، و يدخل تحته الخيل و البغال و الحمير.

العوض و ما يعتبر فيه

و منها: بيان العوض و ما يعتبر فيه. يجوز ان يكون العوض دينا وعينا حالا او مؤجلا بلا خلاف، للاصل، و العمومات. و ان يبذله اجنبى اجماعا لذلك، و للعمومات و الاصل، بل يثاب الاجنبى عليه مع نيته، لانه بذل فى طاعة و قربى و مصلحة للمسلمين، فهو نظير ما لو اشترى لهم خيلا و سلاحا و غيرهما مما فيه اعانتهم على الجهاد. و دعوى ان مقتضى المعاوضة خروج العوض عن كيس من هو طرف المعاوضة، مندفة بعدم كونه من المعاوضات المصلحة، مع انه قد عرفت فى كتاب البيع

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب كتاب السبق و الرماية حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٤٥

أو احدهما، أو من بيت المال، و جعله للسابق منهما، أو للمحلل، و ليس المحلل شرطاً. و لا بد في المسابقة من

جواز كون العوض من غير كيس من دخل في كيسه المعوض.

و بالجملة فيجوز بذل الأجنبي، كما يجوز بذلها أو احدهما أو من بيت المال. و دعوى انه مع بذل احدهما بان يقول لصاحبه: ان سبقت فلك عشرة و ان سبقت انا فلا شيء عليك، يكون قماراً، مندفعاً بان كونه قماراً لا يختص بهذه الصورة بل يعم جميع صور البذل، و المستند في جوازه النصوص الخاصة و بها يقيد اطلاق أدلة القمار.

و يجوز جعله للسابق منهما أو للمحلل ان سبق، بلا خلاف، للعمومات و الاصل. و في الرياض: قيل لا لأجنبي، و لا للمسبوق منهما و من المحلل، و لا- جعل القسط الاوفر للمتأخر أو المصلي و الاقل للسابق، لمنافاة ذلك كله للغرض الأقصى من شرعيته، و هو الحث على السبق و التمرن عليه.

(و ليس المحلل شرطاً) عندنا، للاصل، و الاجماع، و شمول ما دل على الجواز للعقد الخالي عنه. و عن ابن الجنيد لا- يجوز الا بالمحلل، و مستنده رواية «١» عامية عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، و سندها ضعيف، و دلالتها قاصرة، و الاصحاب عرضوا عنها.

شرائط المسابقة

و منها: في شرائط المسابقة و المراماة. اما الاولى فلا خلاف و لا اشكال في انه لا بد في المسابقة من امور، ذكر الماتن هنا جملة منها، و انهاها الى اثني عشر في

(١) التذكرة ج ٢ ص ٣٥٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٤٦

تقدير المسافة و العوض، و تعيين الدابة، و تساويهما في احتمال السبق.

التذكرة.

الاول: تقدير المسافة التي يستبقان فيها، و تعيينها ابتداء و انتهاء، لاختلاف الاغراض في ذلك اختلافاً بينا، فيلزم من عدم التقدير الغرر و قد نهى عنه «١». و دعوى انها جعالة فلا يعتبر فيها تعيين المسافة كما لا يعتبر في الجعالة، مندفعاً بما مر من انها عقد مستقل.

و الثاني: تعيين العوض للغرر في المجهول، و اثاره النزاع.

و الثالث: تعيين الدابة التي يسابق عليها من فرس و بعير و غيرها بالمشاهدة، فلا- يكفي الاطلاق، و لا التعيين بالوصف، لاختلاف الغرض بذلك كثيراً، و لا يتم الغرض بالتوصيف و انما يتم بالشخص، بخلاف نحو السلم لان الغرض فيه متعلق بالكلية.

و الرابع: تساويهما في احتمال السبق بمعنى احتمال كل منهما ان يسبق الآخر، فلو علم قصور احدهما بطل، لانتفاء الفائدة.

هذه هي الشروط التي ذكرها المصنف ره هنا، و اما ما اضافه في التذكرة فهي ثمانية.

الاول: جعل السبق لاحدهما أو للمحلل، فلو جعله للأجنبي بطل، و قد مر الكلام فيه.

الثانى: تساوى الدابتين فى الجنس، فلا يجوز المسابقة بين الخيل والبغال.
الثالث: ارسال الدابتين دفعة، فلو ارسل احدهما دابة قبل الآخر ليعلم هل يدركه ام لا لم يصح.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٤٧

و يفتقر الرمى الى تقدير الرشق،

الرابع: ان يستبقا على الدابتين بالركوب، فلو شرطا ارسالهما ليجريا بانفسهما لم يجز.

الخامس: ان يجعل المسافة بحيث يحتمل الفرسان قطعها ولا ينقطعان دونها.

السادس: ان يكون ما ورد عليه العقد عدة للقتال، فلا يجوز السبق و الرمى من النساء.

السابع: العقد المشتمل على اركانه المعترية فيه.

الثامن: عدم تضمن العقد الشرط الفاسد.

اما اعتبار الاخير فهو متوقف على مبطلية الشرط الفاسد، و قد مر فى محله عدم مبطليته للعقد، و اما ما قبله فقد مر الكلام فيه، و كذا فى

الاول منها، و اما الخمسة الباقية فدليل اعتبارها: اما لزوم الغرر مع عدمها كما فى بعضها، و اما المنافاة للغرض من هذه المعاملة، و اما

الاجماع.

شرائط المناضلة

و اما الثانية: فالمشهور بين الاصحاب انه يفتقر الرمى الى شروط:

الاول: تقدير الرشق اى عدد الرمى، و استدل له فى المسالك بانه العمل المقصود المعقود عليه، ليكون غاية رميها معلومة منتهية اليه،

فلو لم يعين أمكن ان يطلب المسبوق الرمى بمقتضى العقد، فيلحق او يسبق و يمتنع الآخر فيحصل التنازع.

والاولى ان يستدل له بلزوم الغرر من عدم تقديره. و الوجهان يختصان بالمحاطة، و اما المبادرة فلا يجريان فيها، لان الاستحقاق فيها

يتعلق بالبدار الى اصابة

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٤٨

و عدد الاصابة، وصفتها، و قدر المسافة، و الغرض، و العوض، و تماثل جنس الآلة. و لا يشترط تعيين السهم و لا القوس.

العدد المعتر حيث اتفق، و لا يجب اكمال العدد المشروط، فلا حاجة الى تعيينه.

و الثانى: تقدير عدد الاصابة، كخمس من عشرين رمية، و استدلوا له بان الاستحقاق انما يحصل بالاصابة، و بها يحصل معرفة جودة

الرمية و معرفة الناצל من المنضول. و تأمل فيه الفاضل الخراسانى، لجواز حصول معرفة الاصابة بكونه اكثر اصابة فى العدد المشترك

او غير ذلك، و هو حسن، لو لا لزوم الغرر، و اجماع الاصحاب على اعتباره.

و الثالث: تعيين صفتها من المارق و الخاسق و ما شاكل، للغرر مع عدمه.

و الرابع: تشخيص قدر المسافة التى يرميان فيها بالمشاهدة او ذكر المساحة، الا ان تكون هناك عادة ينصرف اليها الاطلاق، قيل

لاختلاف الاصابة بالقرب و البعد.

و الخامس: تعيين الغرض، لاختلافه بالسعة و الضيق.

و السادس: تعيين العوض، و قد مر الكلام فيه.

و السابع: (تماثل جنس الآلة) من كون القوس مثلاً عربياً أو فارسياً، و الكلام فيه هو الكلام في تماثل حيوان السبق. و لا يشترط تعيين شخص (السهم و لا القوس)، لاطلاق الأدلة، و عدم ما يوجب اشتراطه. و عن التذكرة: لو عيّن لم يتعين، و يفسد العقد بذلك، كما في كل شرط فاسد.

و فيه: اولاً: ان الشرط المزبور ليس مخالفاً للكتاب و السنة و لا لمقتضى العقد، فيصح و يكون لازم الوفاء. و ثانياً: ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٤٩

و لو قال: من سبق منا و من المحلل فله العوضان، فمن سبق من الثلاثة فهما له، فان سبقاً فلكل ماله و ان سبق احدهما و المحلل فللسابق ماله و نصف الآخر و الباقي للمحلل. و لو فسد العقد فلا اجره

حكم الاجرة مع فساد العقد

و منها: في الاحكام، و تفصيل القول فيها في طي مسائل:

الاولى: لو كان المتراهنان اثنين، و اخرج كل واحد منهما عوضاً و ادخلا محللاً، و قالوا من سبق منا اي من المتراهنين و من المحلل فله العوضان، فمن سبق من الثلاثة فهما له بلا خلاف و لا إشكال، بناء على ما قدمناه من جواز جميع صور بذل العوض. و حينئذ فان سبق اي سبق المستبقان فلكل واحد منهما ماله، لانه جعل العوض لمن سبق و لم يسبق احد في الفرض، و به يندفع الايراد عليه بانه - على ما ذكر سابقاً - يشتركان في المالين، لانه يكون لكل واحد منهما مال نفسه. و كذا الحال ان سبق احدهما و المحلل فللسابق ماله، لانه لم يسبقه احد و نصف الآخر و النصف الباقي للمحلل، لاشترائكهما في صفة السبق له.

الثانية: و لو فسد العقد و ركض المتسابقان على فساد، و سبق الذي لو صحت المسابقة لاستحق السبق المشروط، ف عن الشيخ و في الشرائع و المتن انه لا اجره له، لا المسماة و لا أجره المثل، اما عدم استحقاقه الاجر المسمى فلفساد العقد، و اما عدم استحقاقه اجره المثل فلانه لم يعمل له و لا استوفى منفعة عمله، لان نفع سبقه راجع اليه فلا شيء يوجب الضمان. هكذا استدلوا لعدم الضمان. و لكن يمكن ان يقال: ان قاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده مقتضى للضمان، و لذا حكى عن القواعد و التذكرة و جامع المقاصد القول به.

فان قيل: ان القاعدة بكليتها لا مدرك لها، و حيث ان شيئاً من القواعد الموجبة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٥٠

و لو كان العوض مستحقاً فعلى البازل مثله او قيمته و يحصل السبق بالتقدم بالعنق و الكتد،

للضمان لا تكون متحققة هنا، و لا إجماع، فلا ضمان كما افاده الشهيد الثاني.

قلنا: ان القاعدة بنفسها مجمع عليها، و الاجماع عليها من قبيل الاجماع على القاعدة، فلا حاجة الى ثبوت الاجماع في كل مورد شخصي، فتأمل.

الثالثة: و لو كان العوض مستحقاً، فعلى البازل مثله او قيمته، كما هو المشهور بين الاصحاب، بل ظاهرهم عدم الخلاف فيه.

و استدلوا له بان العقد صحيح ابتداءً بالعوض المعين و انما اتفق تزلزله موقوفاً على اجازة المالك، فقد تشخص العوض المعين للعقد، فاذا طرأ زوال ذلك العوض لعدم اجازة المالك وجب الرجوع الى اقرب شيء اليه، و هو مثله ان كان مثلياً، و قيمته ان كان قيمياً.

و فيه: ان العقد لم يقع صحيحا ابتداء بل كان يتخيل صحته، فلم يتشخص العوض المعين للعقد، لفرض انه مال الغير فهو باطل مع عدم اجازة المالك، فيلحقه حكم الفاسد المتقدم.

و يمكن ان يقال: انه على القول بالضمنان في الصورة السابقة في هذه الصورة، اذا كانت اجرة المثل اقل من المسماة فقد التزم السابق في ضمن العقد بعدم استحقاق الزائد عليها بالالتزام الضمني الارتكازي و ان كانت اكثر فقد التزم ببراءة ذمته من الزيادة، و عليه فيستحق المثل او القيمة، و الله العالم.

الرابعة: و يحصل سبق بالتقدم بالعنق و الكتد، كما هو المشهور، و عن الاسكافي حصوله باذنه.

و استدل للثاني بقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: بعثت و الساعة كفرسى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٥١

و لا يشترط ذكر المحاطة و المبادرة

رهان، كاد احدهما ان يسبق الآخر باذنه «١».

و فيه: انه لا إشكال في صدق سبق بالاذن على ما لو حصل سبق باذنه، انما الكلام في ما اذا اطلقا سبق، و ان سبق بقول مطلق هل يصدق على سبق بالاذن ام لا؟ فالخبر اجنبي عن ذلك.

و الحق عدم تمامية شىء من القولين باطلاقه، و المتعين ايكال ذلك الى العرف، كما هو الشأن في كل مفهوم وقع في الدليل و لم يفسر، فان كان و آلا فلا بد من التقييد لرفع الغرر و النزاع.

و الخامسة: لا- يشترط ذكر احد قسمي المراماة و تعيينه، و هما المحاطة و المبادرة مع وجود القرينة من العرف او العادة على تعيين احدهما، كما عن المصنف ره في اكثر كتبه و الروضتين و غيرها. و اما مع عدم وجودها، فالأظهر لزوم التعيين، لمخالفة حكم كل منهما لحكم الآخر و تفاوت الاغراض، فان من الرماة من يكثر اصابته في الابتداء و يقل في الانتهاء، و منهم من هو بالعكس، فدفعاً للغرر لا بدّ من التعيين.

و لعله يكون منشأ الاختلاف في المقام انه مع الاطلاق هل ينصرف الى احد القسمين ام لا؟ و القائلون بعدم لزوم التعيين نظرهم الى الانصراف، و القائلون بلزومه- كالمشيخ في المبسوط، و المصنف ره في التذكرة، و غيرها في غيرها- بنائهم على الثاني، و آلا فلا اظن الخلاف في الحكم الكلي، و الله العالم.

(١) التذكرة ج ٢- ص ٣٦٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٥٢

الفصل الخامس: في الشركة

الفصل الخامس: في الشركة

إشارة

و النظر فيه يقع في مواضع:

[الموضع] الاول: في حقيقة الشركة، و ماهيتها، و اقسامها

. و هي قسمان: احدهما: ما فسروه بكون شيء واحد لاثنتين او ازيد، ملكا او حقا.

ثانيهما: العقد الذي ينشأ به التشريك في المال على سبيل الشيعاء فيه، و يقال لهذه الشركة الشركة العقدية.

و قد يقال ان الشركة العقدية التي مفادها التشريك بين الشريكين في مالهما لا معنى لها، لان ظاهرهم الاجماع على اعتبار الامتراج بين المالين قبل العقد او حاله او بعده، فلا معنى لانشاء التشريك بالعقد، لان الامتراج بنفسه يقتضى ذلك، فلذا انكر بعضهم كون الشركة من العقود.

و قال في المسالك: انها عقد، ثمرة جواز تصرف الملاك لشيء واحد على سبيل الشيعاء فيه.

و اجاب عنه صاحب الجواهر ره بان الشركة الحاصلة من الامتراج شركة ظاهرية، و الافى الواقع كل من الشريكين يملك جزئه المعين و ان لم يتميز، و الشركة المنشأة بالعقد شركة واقعية، فيملك به كل من الشريكين جزء مشاعا في المجموع بلا تعيين اصلا.

و فيه: اولاً: ان الشركة الظاهرية لا تتصور في بعض الموارد، كما لو امترج المالان بنحو تبديلا الى حقيقة ثالثة عرفا.

و ثانياً: ان لازم ما افاده قده اجتماع ملكيتين في شيء واحد، احدهما قائمة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٥٣

[...]

بالجزء المشاع، و الاخرى قائمة بالمعين، و هو غير معقول.

و ثالثاً: ان ما افاده خلاف ظاهر الاجماع على تحقق الشركة بالمزج على نحو تحققها بالعقد.

و الحق ان يقال: ان الامتراج المعتبر اجماعاً في الشركة العقدية ليس هو الامتراج الموجب للشركة الواقعية، بل لو امترج نوع من الحنطة بنوع آخر او امترج النقود كفى، و من الواضح ان الامتراج المزبور لا يوجب الشركة كما سيمر عليك، و ايضا انهم لم يعتبروا الامتراج السابق بل قالوا بكفاية الامتراج اللاحق، فمع اللحق يكون السبب هو العقد و الامتراج شرطاً.

ثم ان للقسم الاول اقساماً: اذ قد تكون الشركة واقعية قهرية كما في المال الموروث، و قد تكون واقعية اختيارية من غير استناد الى عقد كما اذا احبب شخصان ارضاً مواتاً بالاشتراك او حفراً بئراً او ما شاكل.

و اضاف في العروة اليهما قسمان آخران، و هما: الظاهرية القهرية كما اذا امترج مالهما من دون اختيارهما و لو بفعل اجنبى بحيث لا يتميز احدهما من الآخر، الظاهرية الاختيارية كما اذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة.

و لكن الشركة الظاهرية لا دليل عليها، بل في موارد الامتراج ان كان المالان بعد المزج يعدان بنظر العرف شيئاً واحداً - كما لو خلط الخل بالدبس - كانت الشركة واقعية و الا فلا شركة.

و ايضا للقسم الثانى - و هو الشركة المنشأة بالعقد - قسمان:

احدهما: الشركة المنشأة بتشريك احدهما الآخر في ماله، كما اذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص ان يشركه فيه، و يسمى عندهم بالتشريك.

الثانى: الشركة المنشأة بتشريك كل منهما الآخر في ماله، و يختص هذا باسم

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٥٤

انما تصح في الاموال دون الاعمال

الشركة العقدية و معدود من العقود.

ثم المال المشترك قد يكون عينا كما هو ظاهر، و قد يكون منفعةً بالاجارة و شبهها او بالارث، و قد يكون حقا كحق الشفعة و الخيار

الموروثين.

ثم ان كيفية الشركة قد تكون بنحو الاشاعة كما هو ظاهر، وقد تكون بنحو الكلي في المعين - كما لو باع ثمرات اشجار واستثنى اربالا - فان الحق ان كلا منهما يملك حصته بنحو الكلي في المعين.

و اضاف في العروة اليهما بقوله: وقد تكون على وجه يكون كل من الشريكين او الشركاء مستقلا في التصرف، كما في شركة الفقراء في الزكاة، والسادة في الخمس، انتهى. وفيه: ان هذا ليس من الشركة في المال بل يكون المالك هو الكلي، كما مر تفصيل القول في ذلك في كتاب الزكاة.

و أما الدليل على مشروعية العقد المنشأ به الشركة - مضافا الى بناء العقلاء - بضميمة عدم الردع، العمومات العامة الدالة على امضاء كل عقد، و نصوص خاصة ستمر عليك. و اما الشركة في القسم الاول، فوجهها ظاهر لا يحتاج الى بيان.
مورد الشركة

الموضع الثاني: في مورد الشركة

: انما تصح الشركة العقدية في الاموال بل الاعيان، دون الديون و الاعمال. فلو كان لكل منهما دين على شخص، فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم تصح، لان من شرائط الشركة العقدية الامتزاج اجماعا، و هو منتف فيهما. و به يظهر مدرك عدم صحة الشركة في المنافع، بان كان لكل منهما دار مثلا و اوقعا العقد على
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٥٥
فلكل اجرة عمله،

ان تكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف. و لو ارادا الاشتراك في الموردین صالح احدهما الآخر نصف منفعة داره بدينار مثلا، و صالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار، او صالح احدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر، كذا في الدين.
و لا تصح الشركة بالاعمال - كالحياطة و النساجه - بلا خلاف معتد به اجده فيه بيننا، بل الاجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض او متواتر، كذا في الجواهر.

و استدلل له في الجواهر بالاصل السالم عن معارضة أو فوا بالعقود.

و فيه: ان المتيقن من النصوص الخاصة و ان كان هو الشركة في الاعيان، فلا دليل خاص على جواز هذا العقد في الاعمال. و ما يحكى من شركة سعد بن ابى وقاص و عبد الله بن مسعود و عمار بن ياسر فيما يغنمونه، فأتى سعد بأسيرين و لم يأتيا بشيء، فاقترهما النبي صلى الله عليه و آله و سلم و شركهما جميعا «١» غير ثابت، مع انه يمكن ان يكون ذلك في يوم بدر و غنائمه كانت للنبي صلى الله عليه و آله على ما صرح به المصنف، فيمكن ان يكون ذلك منه صلى الله عليه و آله هبة لهم، ألما ان عمومات ادلة امضاء المعاملات كافية في الحكم بالصحة، و معها لا تصل النوبة الى الاصل.

فالمتعين الاستدلال له - مضافا الى الاجماع، اذ لم ينقل الخلاف عن احد سوى ابن الجنيد، و قد يقال ان يمكن ان يكون مرادة ما لا يخالف الاصحاب بارادة باب المزارعة و شبهه، فلا يكون خلاف فيه بل تتفق كلمة اهل الحق على البطلان - بما مر من اعتبار الامتزاج المنتفى في الفرض.

ف لو عملا - لشخص كان لكل منهما اجرة عمله. نعم، لو عملا معا لواحد مثلا باجرة، و دفع اليهما شيئا واحدا عوضا عن اجرتهما، تحققت الشركة فيه،

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٢٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٥٦

و الوجوه،

ولكنها ليست من شركة الاعمال، بل هي من شركة الاموال. ويمكن تحقق الشركة بنحو آخر، بان يصلح احدهما نصف منفعته المعينة بنصف منفعة الآخر، او يصلح نصف منفعته بعوض معين، و يصلح الآخر ايضا نصف منفعته بذلك العوض. ولا تصح ايضا الشركة ب الوجوه باشتراك وجهين لا مال لهما بعقد لفظي على ان يتتبع كل منهما في ذمته الى اجل، و يكون ما يتتبعه بينهما فيبيعانه و يؤديان الثمن، و يكون ما حصل من الربح بينهما. وقيل: هي ان يتتبع وجه في الذمة، يفوض بيعه الى خامل، و يشترط ان يكون الربح بينهما. وقيل: ان يشترك وجه لا مال له و خامل ذو مال، ليكون العمل من الوجه و المال من الخامل، و يكون المال في يده و لا يسلمه الى الوجه و الربح بينهما.

وقيل: ان يبيع الوجه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعض الربح له.

و في المسالك: و الكل باطل عندنا خلافا لابن الجنيدي، فانه جوزها بالمعنى الاول.

لا اشكال في بطلان العقد المزبور، للاجماع، و لما مر من فقد شرط الامتزاج انما الكلام في انه هل يمكن القول بالشركة من جهة اخرى ام لا؟ الظاهر هو ذلك في غير التفسير الثاني، اما في التفسير الاول فلان كلا منهما يشتري متاعا على ان يدخل نصفه في ملكه و نصفه في ملك صاحبه بثمن في ذمة نفسه، و هذا البيع صحيح على المختار من عدم اعتبار دخول المعوض في كيس من خرج العوض عن كيسه، و يتبعه ان الربح بينهما. و اما التفسير الثاني فلا يحضرنى الآن ما يمكن تصحيحه به.

و أما موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن الرجل يشتري

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٥٧

و المفاوضة. و يتحقق باستحقاق الشخصين فما زاد عينا واحدة، او بمزج المتساويين بحيث يرتفع الامتياز بينهما.

الدابة و ليس عنده نقدها، فأتى رجل من اصحابه فقال: يا فلان انقد عنى ثمن هذه الدابة و الربح بيني و بينك، فنقد عنه فنفتت الدابة، قال عليه السلام: ثمنها عليهما، لانه لو كان ربحا فيها لكان بينهما «١» و نحوه غيره، فلا يدل على صحة ذلك، بل الظاهر من مفاد هذه النصوص تحقق الشركة في مال اشترى بثمن معين، مثلا- بقول: شركتك فيه، على معنى ارادة نقل نصفه مثلا- اليه بنصف الثمن، او بقول: الربح بيني و بينك فيه، و نحو ذلك، كما نبه عليه في الجواهر.

و أما التفسيران الاخيران فيمكن ان يقال فيهما بتوكيل الخامل الوجه في البيع و الشراء بماله لهما، و لا محذور فيه كما مر.

و مما ذكرناه ظهر بطلان شركة المفاوضة، و هي ان يشترك اثنان او ازيد على ان يكون كل ما يحصل لاحدهما- من ربح تجارة او زراعة او كسب آخر، أو ارث او وصية، او نحو تلكم- مشتركا بينهما، و كذا كل غرامة ترد على احدهما تكون عليهما. و في الجواهر: بل الاجماع بقسميه على فسادها. و ظاهر المسالك وجود المخالف، قال: و هي باطلة الا عند ابي حنيفة و من شذ. و عن المحقق الاردبيلي- بعد ما نقل عن المصنف ره ان شركة المفاوضة عندنا باطلة- قال: و ليس لها اصل؟.

و أيضاً ظهر ان الشركة تتحقق باستحقاق الشخصين فما زاد عينا واحدة بارث و ما شاكل، و بمزج المتساويين بحيث يرتفع الامتياز بينهما.

(١) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الشركة حديث ١.
فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٥٨
[٠٠٠]

شرائط الشركة العقدية

[الموضوع الثالث: فى شرائط الشركة العقدية]

. يشترط فيها امور:

- ١- الايجاب و القبول، و الكلام فيهما و فيما يعتبر فيهما هو الكلام فى العقد فى سائر الابواب- كالبيع و الاجارة و ما شاكل- فيعتبر ان يكونا مبرزين للشركة المنشأة، و لا تعتبر العريية و لا الماضوية بل لا يعتبر اللفظ، و تتحقق بالفعل ايضا و بالمركب من القول و الفعل.
- ٢- البلوغ.
- ٣- العقل.
- و يشهد لاعتبارهما ما دل على رفع القلم عنهما «١» و غيره مما دل على اعتبارهما فى البائع و المشتري و المؤجر و المستأجر.
- ٤- الاختيار، لا تصح الشركة مع اكراه احدهما أو هما معا، لحديث رفع ما استكره عليه «٢».
- ٥- عدم الحجر، لأدلته «٣».
- ٦- امتزاج المالين سابقا على العقد أو لاحقا، بحيث لا يتميز احدهما من الآخر- من النقود كانا او من العروض- و لا دليل له سوى الاجماع و المتيقن منه ذلك. و اما اعتبار الاتحاد فى الجنس و الوصف فلا دليل عليه، لعدم الاجماع عليه، بل

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١- و باب ٣٦ من القصاص فى النفس.

(٢) الوسائل باب ٥٦- من ابواب جهاد النفس.

(٣) الوسائل باب ٦ من ابواب الحجر.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٥٩

و لكل منهما فى الربح و الخسران بقدر ماله و لو اشترطا التساوى مع اختلاف المالين، او بالعكس، جاز

قد يقال بكفاية امتزاج الحنطة بالشعير، لان المتيقن من الاجماع غير هذه الصورة، فتكون داخله تحت عمومات ادلة الامضاء، و هو متين.

بقى فى المقام فرعان:

احدهما: انه لا خلاف و لا إشكال فى انه يتساوى الشريكان فى الربح و الخسران، و ان لكل منهما فى الربح و الخسران بقدر ماله. فلو تساويا فى المال المشترك تساويا فى الربح و الخسران، و لو كان لاحدهما زيادة كان له من الربح بقدر رأس ماله، و كذا عليه من الخسارة، بلا خلاف فى شىء من ذلك، مع اتفاقهما فى العمل او اختلافهما فيه، بل الاجماع بقسميه عليه، و السنة مستفيضة او متواترة فيه، مضافا الى اقتضاء اصول المذهب و قواعده فى المشاع ذلك، بل هو مقتضى الاصول العقلية ايضا، كذا فى الجواهر.

و انما الخلاف فيما لو اشترطا فى العقد غير ذلك. و ملخص القول فيه: انه تارة يشترطان التساوى مع اختلاف المالين، و اخرى يشترطان الاختلاف مع تساوى المالين، و ثالثة يشترطان كون تمام الربح لاحدهما، و رابعة يشترطان كون تمام الخسران عليه، و

خامسةً يشترطان كون تمام الربح لاحدهما و الخسران على الآخر، او تمام الربح له و الخسران عليه. ثم انه في جميع الصور تارةً يكون الشرط للعامل منهما، و اخرى يكون لغيره.

اما (لو اشترطا التساوي مع اختلاف المالين أو بالعكس) اي اشترطا الاختلاف مع تساويهما، و كان شرط الزيادة للعامل منهما او لمن عمله ازيد، فلا- خلاف و لا- إشكال على الظاهر عندهم في انه جاز كما اعترف به غير واحد، قال في محكي التذكرة: لو اختص احدهما بمزيد عمل و شرط مزيد ربح له صح عندنا، و إلى ذلك

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٦٠

[...]

يشير استدلالهم لعدم الصحة في الفرض الآتي بان الفرض انها ليست في مقابلة عمل، و على الجملة فالظاهر انه لا خلاف في ذلك بل و لا إشكال كما ستعرف.

اما لو اشترطا لغير العامل منهما، او لغير من عمله ازيد، ففي صحة الشرط و العقد، و بطلانهما، و صحة العقد و بطلان الشرط فيكون كصورة الاطلاق، اقوال:

اولها: للمرتضى و المصنف و والده و ولده، بل عن المرتضى الاجماع عليه.

ثانيها: للشيخ و الحلبي و المحقق الثاني و جماعة.

ثالثها: لابي الصلاح.

و استدل للاول بالادلة العامة الدالة على امضاء العقود و الشروط.

و للثاني بان شرط الزيادة مخالف لمقتضى العقد، فيبطل و يبطل العقد، اذ لم يقع التراضي بالشركة و الاذن في التصرف الا على ذلك التقدير. و بان جعل الزيادة لاحدهما من غير ان يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة عن تراض، بل هو اكل بالباطل.

و لكن يرد على الاول ان الشرط ليس مخالفاً لمقتضى العقد، فان مقتضى العقد اي ما ينشأ به هو التشريك في المال، و هذا يلائم مع كون الربح لاحدهما ازيد من ما للآخر، مع انه لو تم لما كان هناك فرق بين مقابلة الزيادة بالعمل و عدمها. اضعف الى ذلك انه لو تم هذا الوجه لزم بطلان الشرط خاصةً دون العقد، فان الشرط لا يوجب تقييد التراضي بالشركة، بعد كونه التزاماً في ضمن التزام لا جزء من الالتزام العقدي.

و يرد على الثاني- مضافاً الى ما مر من كون الشرط خارجاً عن التجارة و التزاماً في ضمنها- منع عدم كونه معه من التجارة عن تراض. فالظاهر هو الاول.

فان قيل: ان العمل بالشرط غير لازم، لانه في عقد جائز.

قلنا: اولاً: انه مشترك الوجود، و لا فرق فيه بين ما لو كانت الزيادة بازاء عمل

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٦١

و لا يصح تصرف احدهما بدون اذن الآخر، يقتصر على المأذون.

و بين ما لو لم تكن بازائه.

و ثانياً: ان الشرط في ضمن العقد الجائز لازم الوفاء، كما مر الكلام فيه في محله.

و ثالثاً: ما افاده صاحب الجواهر ره بان عقد الشركة لازم لا جائز، و بطلانه بالقسمة لا يقتضي جوازه كبطلان العقود اللازمة بالفسخ.

اما لو اشترط كون تمام الربح لاحدهما، ففي العروة بطل العقد، لانه خلاف مقتضاه.

وفيه: اولاً: ان مقتضى العقد كما مر هو الاشتراك فى المال، و اما كون الربح بينهما فهو من جهة القواعد الاولى فى المشاع و تبعية الربح لمملك الاصل، فلا محذور فى اشتراط كونه لاحدهما.

و ثانياً: ان لازم ذلك بطلان الشرط دون العقد.

فان قيل: ان اشتراط كون الربح لاحدهما مخالف للشرع، فان الملكية تحتاج الى سبب و لا تثبت بالشرط.

قلنا: ان الظاهر كما بيناه فى محله من هذا الشرح كون الملكية من الغايات التى يجوز اشتراطها، اذ لا يعتبر فى تحققها سبب خاص، فدليل وجوب الوفاء بالشرط يصلح دليلاً على كون الشرط من اسبابها.

و بما ذكرناه يظهر صحة اشتراط كون تمام الخسران على احدهما، او كون تمام الخسران على احدهما و تمام الربح للآخر، او كون تمام الربح لاحدهما و الخسران عليه ايضاً.

و الثانى: انه اذا اشترك المال باحد اسبابه السابقة لا يصح تصرف احدهما بدون اذن الآخر، لعدم جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه، فان حصل الاذن لاحدهما تصرف هو دون الآخر، لكن يقتصر من التصرف على المأذون. و لو

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٤٢

[...]

اذن كل واحد من الشريكين لصاحبه جاز لهما التصرف، و لكل من الشركاء الرجوع من الاذن الذى هو كالتوكيل لعدم الملزم للاذن، و ليس هو من قبيل الاباحة بالعوض.

القسمه

[الموضع] الرابع: فى القسمه

إشارة

، و هى تعيين الحق لكل شريك، و الظاهر كونها معامله مستقلة ليست بيعاً و لا صلحاً و لا غيرهما، سواء كان فيها ردّاً و لم يكن، بلا خلاف اجده فيه و لا إشكال، فلا يترتب عليها آثار البيع من الشفعة و خيار المجلس و اعتبار القبض فى النقدين، بل هى ليست من قبيل المعاوضات فلا يلحقها الربا و ان تحقق فيها التعاوض.

و الاصل فى شرعيتها- مضافاً الى انها معامله عقلائية لم يردع الشارع الاقدس عنها و اجماع الامه عليها-: من الكتاب قوله تعالى وَ إِذِ انْحَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ... الخ «١». و قوله سبحانه وَ تَبَيَّنُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرْبٍ مُّحْتَضَرٌ «٢».

و من السنة نصوص مستفيضة ستمر عليك جملة منها فى طى المسائل الآتية.

و قد فعلها النبى صلى الله عليه و آله، فانه روى مجمع بن حارثه انه صلى الله عليه و آله قسم خبير على ثمانية عشر سهماً «٣» و روى انه قسمها على ستة و ثلثين سهماً «٤» و للجمع بين هذين الخبرين محل آخر. و روى انه كان لأمير المؤمنين عليه السلام قاسم يقال

(١) النساء آية ٩.

(٢) سورة القمر آية ٢٨.

(٣) المبسوط- كتاب القضاء- فصل ذكر القاسم.

(٤) المبسوط- كتاب القضاء- فصل ذكر القاسم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٦٣
و مع انتفاء الضرر بالقسمة يجبر الممتنع عنها مع المطالبة

له عبد الله بن يحيى، و كان يرزقه من بيت المال «١».
و تمام الكلام فى المقام بالبحث فى مسائل:
الاولى:

اذا طلب احد الشريكين القسمة

وجب على الآخر اجابته مع عدم الضرر، و مع امتناعه و انتفاء الضرر بالقسمة يجبر الممتنع عنها مع المطالبة بلا خلاف.
و استدل له فى الرياض بان للانسان ولاية الانتفاع بماله، و الانفراد اكمل نفعاً. و فى الحدائق بانه يجب اىصال المال الى صاحبه، و هو هنا بالقسمة.

و لكن ثبوت الولاية على الانتفاع بالمال لا يقتضى الولاية على تبديل ماله و مال شريكه، فان الملكية المشاعة غير الملكية المفروزة، و تبديل الاولى بالثانية- الذى يعبر عنه بالقسمة و عرفت انها معاملة مستقلة- انما يكون بتبديل مال نفسه و مال شريكه، و دليل السلطنة لا يثبت الولاية على التصرف الموجب للتصرف فى مال الغير ايضا. و اما وجوب اىصال المال الى صاحبه فهو ايضا لا يقتضى وجوب الاجابة، لان الاىصال الواجب انما هو عدم الممانعة من تصرف المالك فى ماله، و هذا غير وجوب تبديله الى مال آخر.
و استدل المحقق القمى ره فى جامع الشتات له بحديث لا- ضرر و لا ضرار «٢»، قال: و هو المدرك فى هذه المسألة فى اغلب المواضع.

و فيه: انه بعد تحقق الشركة و صيرورة الموجود ملكاً مشاعاً لشريكين، لا يترتب ضرر على عدم القسمة بل غاية فوت النفع، مع ان حديث لا ضرر لا يصلح لاثبات

(١) المبسوط - كتاب القضاء - فصل ذكر القاسم

(٢) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار كتاب التجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٦٤

[...]

الوجوب، لانه ناف للحكم لا مثبت. فاذا لا دليل على وجوب الاجابة.

ثم على تقدير الوجوب، لو امتنع الشريك عنه، و قلنا بجواز اجباره لانه ممتنع، تحقق القسمة بدون رضاه يحتاج الى دليل مفقود. و لكن الظاهر تسالم الاصحاب على الحكمين، و تكرر فى كلماتهم دعوى الاجماع عليهما، و هو المستند فيهما.
ثم انه اذا كانت القسمة موجبة للضرر، فتارة يتضرر الشريك بها و لا يتضرر الطالب بتركها، و اخرى يتضرران بها معاً، و ثالثة يتضرر الشريك بها و الطالب بتركها، و رابعة يتضرر الطالب بها خاصة.

اما فى الصورة الاولى و الثانية فلا خلاف بينهم فى عدم وجوب الاجابة، و وجهه قاعدة لا ضرر مضافا الى الاصل كما مر.

و أما فى الصورة الثالثة، ففى الحدائق: فيتعارض الضرران، فينبغى ان يرجح الاقل ضرراً، و مع التساوى يشكل الامر، فيحتمل الرجوع الى القرعة. و فيه: انه لا وجه لترجيح الاقل ضرراً، لانه لا يجب على الانسان تحمل الضرر ليدفع الضرر عن غيره، فوجوب الاجابة اذا

كان ضروريا يرتفع بالحديث، وان كان في ترك القسمة ضرر اعظم منه على الطالب.
و أما في الصورة الرابعة، فقد استدلوا لعدم وجوب الاجابة بان ارتكاب ذلك سفه و تضييع لماله. وفيه: أنه اذا كان ذلك بنحو يجوز لمالكة ذلك كما لو كان الضرر بنقص القيمة، فلا وجه لعدم وجوب الاجابة، لعدم المانع عنه.
ثم انه حيث عرفت ان منشأ عدم وجوب الاجابة في موارد هو حديث لا ضرر «١» فاعلم ان المناط في الضرر نقص القيمة او غيره مما يوجب صدق كون

(١) الوسائل باب ١٧- من ابواب الخيار كتاب التجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٦٥

و يكفى القرعة في تحقق

القسمة ضرريه، ولا يعتبر الخروج عن الانتفاع بالمرء ولا خصوص نقصان الانتفاع.
نعم، لو لم يكن في القسمة بما هي قسمة ضرر، و كان الضرر خارجيا متوجها بسبب القسمة- كما اذا كان شريكه من لا يقدر احد عليه، و اذا استقل هو بحصة يتمكن الغاصب من غضب ماله مثلا- قد يقال بعدم كفايته في رفع وجوب الاجابة، و لعل وجهه ان حديث لا- ضرر انما يرفع حكم الموضوع الضروري و يكون من قبيل نفى الحكم بلسان نفى الموضوع، و الموضوع في المقام ليس ضروريا، و لكن بما ان المختار عندنا تبعا للشيخ الاعظم ره انه ينفي كل حكم نشأ منه الضرر، فالظاهر كفاية الضرر الخارجى ايضا في رفع الوجوب.

ولا- فرق فيما ذكرناه بين كون القسمة بنحو الافراز كما في المثليات من الحبوب و الادهان من نوع واحد، او بالتعديل كما في القيميات من نوع واحد او انواع كالدور و الدكاكين و ما شاكل، او تكون بنحو الردّ بضم شىء الى احد الطرفين من الخارج. فما افادوه من انه يجبر عليها في الاوليين ان لم يكن ضرر، و لا يجبر عليها في الثالثة معللا بانها متضمنة للمعاوضة المحتاجة الى التراضى لا يتم، فان القسمة في الموارد الثلاثة متضمنة للتعاوض، و لا تكون متضمنة للمعاوضة في شىء من الموارد، و في التعاوض الذى هو من المعاملات و ان كان يعتبر التراضى الا ان المفروض في المقام سقوط اعتبار ذلك. اللهم الا ان يقال: ان عمدة مدرك وجوب الاجابة هو الاجماع و المتيقن من معقده القسمان الاولان، فلا تجب في الثالث للاصل.

اعتبار القرعة

اشارة

الثانية: و قد صرح غير واحد من الاصحاب بانه (تكفى القرعة في تحقق

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٦٦

القسمة مع تعديل السهام،

القسمة مع تعديل السهام) بالا-جزء ان كانت في متساويها كيلا أو وزنا، او عدداً بعدد الانصباء، أو بالقيمة ان اختلفت كالارض و الحيوان، و لا حاجة الى شىء آخر من رضا بعدها و غيره في قسمة الاجبار و غيرها، من غير فرق بين كونها ردية او غيرها، و لا بين

كون القاسم منصوباً من الامام عليه السلام أو الحاكم أو غيره ككونه منهما أو من وكيلهما، لان القسمة اذا وقعت صحيحة فهي كسائر المعاملات لا يعتبر فيها الرضا بعد تمامية المعاملة.

وعن المشهور - على ما قيل - الاحتياج الى الرضا بعد القرعة، خصوصاً في قسمة الرد، لاشتغالها على المعاوضة المتوقفة على ما يدل على الرضا بذلك. فان كان نظرهم الى ان القسمة من المعاملات فلا - تتحقق بدون الرضا، فيرد عليهم ان المفروض وجود الرضا المقارن، او عدم اعتباره كما في قسمة الاجبار. وان كان الى ان القرعة وحدها ليست مميزة للحق و مشخصه له و ملزمة به، فيرده نصوص القرعة «١» و كون القرعة عند العرف مما ينشأ به القسمة فتشملها ادلة القسمة.

و هل تعتبر القرعة في القسمة، ام لا؟ قولان، فظاهر جماعة بل قيل انه ظاهر الجميع اعتبارها. و عن المحقق الاردبيلي و المحدث البحراني و غيرهما ممن تأخر عنهما عدم اعتبارها، و الاكتفاء بالرضا من كل من الشركاء بأخذ سهم.

و الثانى اظهر، لإطلاق ما دل على القسمة من الادلة المتقدمة، و لو شك في اعتبارها يرتفع الشك باطلاقها و الاصل، كسائر ما يشك في اعتباره في المعاملة. و للنصوص الواردة في قسمة الدين، كخبر غياث عن جعفر عن ابيه عن على عليهم السلام في رجلين بينها مال، منه بأيديهما و منه غائب عنهما، فاقسما الذى بأيديهما و احوال

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم و احكام الدعوى كتاب القضاء.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٦٧

[...]

كل واحد منهما من نصيبه الغائب، فاقتضى احدهما و لم يقتض الآخر، قال عليه السلام: ما اقتضى احدهما فهو بينهما، و ما يذهب بينهما «١» و مثله خبر الثمالى عن ابي جعفر عليه السلام «٢» و خبر محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام «٣» و صحيح عبد الله بن سنان «٤» و خبر سليمان بن خالد «٥». فان ظاهرها صحة قسمة ما بأيديهما مع عدم القرعة، فتأمل لورود النصوص سؤالاً و جواباً في مقام بيان حكم آخر، فلا وجه للتمسك بها، فالعمدة هو الاطلاق و الاصل.

و استدلال لاول في الجواهر تارة بان القرعة داخله في حقيقة القسمة بحيث لا تصدق بدونها.

و اخرى بان القرعة شرعت للتعين، كما شرع قبض المستحق من المستحق عليه في الدين.

و ثالثه بان مقتضى تعريف القسمة بانها تمييز الحقوق كون حصه الشريك كلياً دائراً بين مصاديق متعددة، فتكون محلاً للقرعة، اذ هي حينئذ لاخراج المشتبه، و تعيين ما لكل منهما من المصداق واقعا، فنكشف حينئذ عن كون حقه في الواقع ذلك.

و رابعة باتفاق الاصحاب على اعتبارها في القسمة شرعاً مؤيداً بتعارف ذلك بين عوام المتشعبة فضلاً عن خواصهم.

و فى الجميع نظر. اما الاول فلان القسمة كما مر معاملة خاصة تنشأ بالقول او الفعل، و لا دخل للقرعة فيها. نعم، هي احد الافعال المنشأ بها القسمة.

(١) الوسائل - باب ٦ من ابواب كتاب الشركة حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٦ من ابواب كتاب الشركة حديث ١.

(٣) الوسائل - باب ٦ من ابواب كتاب الشركة حديث ١.

(٤) الوسائل باب ٦ من ابواب كتاب الشركة حديث ٢.

(٥) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الدين و القرض حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٦٨
و الاحوط حضور قاسم و ليس شرطا و الشريك امين،

و أما الثانى فلانه لا كلام فى ان القرعة تصلح للتعين و انها شرعت له، و لكن لا يلزم ذلك عدم معين غيرها.
و أما الثالث فلانه فى موارد الشركة انما يكون المال بينهما بنحو الاشاعة لا الكلى فى المعين، مع انه لو كان من قبيل الكلى فى المعين
كان مقتضى اطلاق ادلة القسمة تعين حق كل منهما بما ينشأ به القسمة.
و أما الرابع فلعدم ثبوت كون الاجماع تعديدا، مع انه قد صرح بانه قد يقال ان مراد الاصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضى لانها
العدل بينهما.
فتحصل مما ذكرناه انه مع التراضى لا حاجة الى القرعة.

[حضور قاسم) من قبل الحاكم، او من قبلهما]

الثالثة: و الاحوط حضور قاسم من قبل الحاكم، او من قبلهما، لانه ابعد الى التنازع خصوصا اذا كان هو الحاكم المنصوب من قبل
الامام عليه السلام، فانه يقطع النزاع بين المتخاصمين. (و ليس شرطا) فى صحة القسمة و لزومها بلا خلاف، لعدم الدليل عليه، بل
مقتضى اطلاق الادلة عدم شرطية.
لا تصح الشركة المؤجلة الخامس:

فى جملة من احكام الشركة و القسمة

اشارة

، و هى تذكر فى طى فروع:

[لا تصح الشركة المؤجلة]

١- لا خلاف و لا اشكال فى انه لا يضمن الشريك ما تلف من مال الشركة الذى فى يده باذن الشريك، من غير تعد و لا تفريط، لانه
امين، و قد اتفقت النصوص «١» و الفتاوى على انه لا يضمن الا مع التعدى او التفريط.

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب الوديعة و باب ١ من العارية و باب ٢٨ و ٢٩ و ٣٠ من الاجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٦٩
و لا تصح مؤجلة و تبطل الشركة بالموت و الجنون،

[عدم صحة الشركة مؤجلة]

٢- و لا تصح الشركة مؤجلة.

قال فى المسالك: المراد بصحة التأجيل المنفية ترتب اثرها بحيث لا تكون لازمة الى الاجل، و انها لم تصح لانها عقد جائز، فلا يؤثر شرط التأجيل فيها، بل لكل منهما فسخها قبل الاجل. نعم، يترتب على الشرط عدم جواز تصرفهما بعده الا باذن مستأنف، لعدم تناول الاذن له، فلشرط الاجل اثر فى الجملة، انتهى. و نحوه ما قاله فى الحدائق.

و نقل فى محكى المختلف عن الشيخين انهما قالوا: الشركة بالتأجيل باطله، قال: و ظاهر ان مرادهما ليس البطلان من رأس بل عدم اللزوم، و لذا قال المفيد عقيب ذلك: و لكل واحد من الشريكين فراق صاحبه اى وقت شاء. ثم نقل عن ابي الصلاح انه قال: و لا أثر للتأجيل فى عقد الشركة، و لكل شريك مفارقة شريكه اى وقت شاء و ان كانت مؤجلة. ثم قال: و العبارتان رديتان، و التحقيق ان للتأجيل اثرًا، و هو منع كل منهما من التصرف بعده الا باذن مستأنف، و ان لم يكن له مدخل فى الامتناع من الشركة، اذ لكل منهما الفسخ قبل الاجل، انتهى.

و لو اشترط عدم الرجوع قبل الاجل، فهل يجوز له الرجوع ام لا؟ الظاهر انه ليس له ذلك تكليفاً، لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط «١» و لكن له الرجوع وضعا كما لا يخفى.

[عدم بطلان الشركة بالموت و الجنون و الحجر]

٣- و تبطل الشركة بالموت و الجنون و الحجر، بمعنى انه لا يجوز للآخر التصرف، و اما الشركة فهى باقية، فالاولى فى التعبير ما فى الشرائع، قال: و يبطل الاذن بالجنون و الموت.

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٧٠

و يكره مشاركة الكفار، و ليس لأحد الشريكين المطالبة باقامة رأس المال، و انما تصح القسمة بالتراضى و لا يصح قسمة الوقف، و يجوز قسمته مع الطلق

[كراهة مشاركة الكفار]

٤- (و يكره مشاركة الكفار) عند علمائنا كما عن التذكرة، و يشهد به خبر السكونى «١» و صحيح ابن رثاب «٢» و هما و ان اختصا بالذمى الا انه يثبت الحكم فى غيره بالاولوية.

[ليس لأحد الشريكين المطالبة باقامة رأس المال]

٥- (و ليس لأحد الشريكين المطالبة باقامة رأس المال)، بل يقتسمان العين الموجودة ما لم يتفقا على البيع كما هو واضح.

[تصح القسمة بالتراضى]

٦- و انما تصح القسمة فى غير القسمة الاجبارية بالتراضى، و وجهه ظاهر مما قدمناه.

قسمة الوقف

٧- و قد صرح الاصحاب بانه لا تصح قسمة الوقف، و يجوز قسمته مع الطلق. و لكن فى محكى التحرير: و لو قيل بقسمة الوقف بعضه من بعضه مطلقا امكن، اذ القسمة ليست بيعا، و الاقرب عدم جوازها، اذ البطن الثانى يأخذ الوقف عن الواقف و لا يلزمه ما فعل البطن الاول، و لو تعدد الواقف و الموقوف عليه فالاقرب جواز القسمة، انتهى. و تبعه فى الحدائق، قال: و اما لو تعدد الواقف و الموقوف عليه، بان كانت الدار

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الشركة- حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الشركة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٧١

[...]

مشتركة بين زيد و عمرو نصفين مثلا، فوقف زيد نصفه على ذريته و عمر و نصفه على ذريته، فانه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمة هذا الوقف، انتهى.

و كذا المحقق القمى ره، بل يظهر منه جوازها مع تعدد الوقف و الموقوف عليه، كما اذا كان نصف مشاع من ملك وقف على مسجد و النصف الآخر على مشهد.

و التحقيق يقتضى ان يقال: انه ان لم تكن القسمة منافية لمقتضى الوقف بسبب اختلاف البطون قلة و كثرة- كما لو كان نصف مشاع وقفا على مسجد و النصف الآخر على مشهد، او كان نصفه وقفا على قبيلة و النصف الآخر وقفا على قبيلة اخرى- فالظاهر هو الجواز مطلقا. و دعوى عدم انحصار الحق فى الموجودين فيما اذا كان الوقف على القبيلة، مندفعه بانه يمكن ان يتصدى المتولى او الحاكم الشرعى و يتولاه عن البطون اللاحقة.

فان قيل: انه اذا كان الوقف على نحو وقف المشاع، فالقسمة الموجبة للافراز و التعيين خلاف وضع الوقف، و قد دلت النصوص على ان الوقوف على ما وقفت.

قلنا: ان القسمة موجبة عند العرف للتمييز لا لتغيير وضع الوقف، و على فرض تسليم كونه كذلك فلا اشكال فى اغتفار مثل ذلك، و لذا اتفقوا على انه يجوز قسمته مع الطلق.

و أما ان كانت منافية لمقتضى الوقف بسبب اختلاف البطون قلة و كثرة، فان اقتسم اهل كل طبقة بالنسبة الى انفسهم فقط صحت القسمة لعدم المانع عنها، و الا فلا تصح، لان الحق يتغير بزيادة البطون و نقصانها، فربما استحق بعض بطون المتقاسمين اكثر مما ظهر بالقسمة لمورثهم و بالعكس.

ثم ان قسمة الوقف عن الطلق اذا اشتملت على الرد من جانب الوقف، فلا مانع منها و مقابل الرد وقف ان كان من الوقف، و ان كان

من مال الموقوف عليهم فهو

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٧٢

الفصل السادس: في المضاربة، و هي ان يدفع الانسان مالا الى غيره ليعمل فيه بحصة من ربحه

لهم، و ان كان الرد من جانب الطلق فلا تجوز، لاستلزام القسمة ملكية بعض الوقف.

الفصل السادس: في المضاربة

إشارة

و تسمى قراضا عند اهل الحجاز، و هي عبارة عن (ان يدفع الانسان مالا الى غيره ليعمل فيه بحصة من ربحه).

و توضيح ذلك ما في المسالك تبعا للتذكرة، قال: اعلم ان من دفع الى غيره مالا ليتجر به، فلا يخلو اما ان يشترط كون الربح بينهما، او لاحدهما، او لا يشترط شيئا. فان شرطاه بينهما فهو قراض، و ان شرطاه للعامل فهو قرض، و ان شرطاه للمالك فهو بضاعة، و ان لم يشترط شيئا فذلك الا ان للعامل اجرة المثل.

و اورد على ما افاده تارة بان مجرد شرط كون الربح للعامل لا يوجب تحقق القرض الذي هو انشاء تمليك المال بعوض في الذمة، و اخرى بان ظاهر ما ذكره انه مع اشتراطهما كون تمام الربح للمالك لا- يكون للعامل اجرة المثل، و عن الرياض نسبه الى ظاهر الاصحاب، و هو مناف لقاعدة احترام عمل المسلم المقتضية للضمان.

اقول: اما الايراد الاول فيمكن دفعه بان مرادهما بيان حال كل من القراض و القرض و البضاعة في حد ذاته، لا ان المراد تحققه على الوجه المزبور. مع انه اذا كان كون الربح للعامل من اللوازم الشرعية للمالك المال، فمجرد قصد كون الربح له كاف في تحقق القرض، بناء على عدم اعتبار الصراحة في انشاء العقود، و صحة انشائها بالكنيات و شبهها، كما حققناه في كتاب البيع. و يؤيد ما ذكرناه الصحيح عن ابي جعفر عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام: من ضمن تاجراً فليس له الا رأس

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٧٣

[...]

ماله، و ليس له من الربح شيء (١) و الموثق عنه عليه السلام: من ضمن مضاربة فليس له الا رأس المال، و ليس له من الربح شيء (٢) اذ كما ان التضمنين من لوازم القرض كذلك الاختصاص بالربح، فكما ان الاول يكفي في تحقق القرض فكذلك الثاني. و أما الايراد الثاني فهو وارد، ان لم يكن لاشتراط كون تمام الربح للمالك بدون ذكر اجرة للعامل ظهور عرفي في ارادة المجانية و ليس بكل البعيد. وجه ورود ليس ما افاده صاحب الجواهر من اقتضاء قاعدة احترام عمل المسلم ذلك- لما مر في كتاب الاجارة من عدم اقتضاها الضمان- بل هو ان الامر بالعمل، او الاذن في العمل، او دفع السلعة الى الغير للعمل و اشباهها، كأكل مال الغير بالضمان و الاباحة بالعوض، من الاسباب المعاملية للضمان التي قامت السيرة عليها و بناء العقلاء و لم يردع الشارع عنها، بل هذه كلها من العقود، فتشملها ادلة امضاء المعاملات و لزومها، كما تقدم الكلام في ذلك في كتاب الاجارة. فالظاهر هو ثبوت اجرة المثل في المورد.

قال في المسالك: ان عقد القراض مركب من عقود كثيرة، لان العامل مع صحة العقد و عدم ظهور ربح و دعوى امين، و مع ظهوره شريك، و مع التعدي غاصب، و في تصرفه وكيل، و مع فساد العقد اجير، انتهى. و بديهى ان ليس مراده انشاء هذه العقود بانشاء عقد

المضاربة، بل المراد انه يتبعها احكام هذه العقود، و في عدّه الغصب و اجرة المثل و الشركة في الربح من العقود مسامحة واضحة، فالاولى ما افاده غيره من ان عقد المضاربة يتبعها احكام عقود كالوكالة و الوديعة و الشركة، و غيرها كالغصب و اجرة المثل و نحوها.

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب المضاربة- حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب المضاربة حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٧٤

[...]

عقد المضاربة و تمام الكلام في هذا الفصل يستدعي بيان امور:

[الامر] الاول: العقد

إشارة

، و قد جعله المصنف في التذكرة و القواعد على ما حكى من اركان هذه المعاملة، بل صرح في التذكرة بانه لا بدّ فيه من لفظ يدلّ على الرضا، و صريح ذلك عدم جريان ما يشبه المعاطاة من الانشاء الفعلي فيه. و الحق ان يقال: انه لا- إشكال في لزوم العقد و اعتباره بمعنى الانشاء الملائم مع كونه ايقاعا، لان المضاربة و ان كانت من مقولة المعنى، و لكن قد عرفت غير مرة ان بناء العقلاء و الشارع الاقدس على عدم العبرة بالاعتبارات النفسانية غير المبرزة، و انه يعتبر الابرار في جميع العقود و الايقاعات.

و الظاهر كونها من العقود فتفتقر الى ايجاب و قبول، فانها عقد تعاوضي قائم بطرفين، فلا يكفي الانشاء من جانب واحد، و لا يشبه الوكالة التي هي اذن، و حيث عرفت في كتاب البيع ان مقتضى القاعدة الاولى عدم اعتبار اللفظ في الانشاء ايجابا و قبولا، فيكفي انشاء هذه المعاملة بالفعل، بل يكفي ان يكون ايجابها بالقول و القبول بالفعل.

و هل يعتبر التواصل بين الايجاب و القبول كما صرح به المصنف ره ام لا؟ وجهان مبنيان على اعتبار التوالى بينهما في العقود مطلقا و عدمه، فعلى الاول يعتبر دون الثاني، و قد مر الكلام في المبني مستوفى.

قال في محكي التذكرة: يجب التنجيز في العقد، فلا يجوز تعليقه على شرط او صفة، مثل اذا دخلت الدار و اذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك، و كذا لا يجوز تعليق البيع و نحوه، لان الاصل عصمة مال الغير، انتهى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٧٥

[...]

و يرد عليه انه لا بدّ من الخروج عن الاصل بعمومات ادلة امضاء المعاملات، و خصوص ما ورد في المضاربة بعد ان ليس فيها ما يشير الى اعتبار التنجيز. و اما الوجوه التي استدلوها بها لمبطلية التعليق في مطلق العقود فقد ذكرناها في كتاب البيع، و بينا عدم تمامية شيء منها سوى الاجماع في بعض العقود و ليس منه المضاربة، كيف و قد افتى المحدث البحراني صريحا بعدم اعتبار التنجيز! فالأظهر عدم اعتباره.

و يشترط في المتعاقدين البلوغ و العقل و الاختيار، و في المالك عدم الحجر لفلس، بلا خلاف في شيء من تلكم، و قد مر الكلام في

الجميع في كتاب الاجارة و المزارعة، و ما ذكرناه في ذينك البابين يجرى في المقام فلا وجه للاعادة.

اشتراط عدم الفسخ

و ستعرف ان عقد المضاربة جائز من الطرفين، يجوز لكل منهما فسخه. انما الكلام في انه لو اشترط فيه عدم الفسخ الى زمان، فعن المشهور بطلان الشرط المذكور بل العقد ايضا، لانه مناف لمقتضى العقد. و نخبة القول في المقام: انه تارة يشترط عدم الفسخ في ضمن عقد المضاربة، و اخرى يشترطه في ضمن عقد جائز او لازم آخر. اما في المورد الاول، فان كان الشرط لزوم العقد و عدم انفساخه بالفسخ، صح ما ذكره المشهور من كونه منافيا لمقتضى العقد، و يكون مخالفا للمشروع، و الظاهر ان فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٧٦ [٠٠٠].

نظروهم في المقام الى ذلك. قال في الشرائع - بعد ذكر ان عقد المضاربة جائز من الطرفين -: فلو اشترط فيه الاجل لم يلزم، لكن لو قال: ان مرت بك سنة مثلا فلا تشترب بعدها و بع صح، لان ذلك من مقتضى العقد، و ليس كذلك لو قال: علي ان لا املك فيها منعك، لان ذلك مناف لمقتضى العقد. و مثله عبارة القواعد، الا انه لم يتعرض لتعليل عدم الصحة، و علله في محكي جامع المقاصد بذلك اعتماداً منه على ما ذكره من القواعد قبل ذلك. و بالجملة المتبع في كلمات الفقهاء يجد ان الشرط المنافي لمقتضى العقد عندهم هو شرط لزوم عقد المضاربة لا شرط عدم الفسخ. و كيف كان، فالشرط باطل لكنه لا يبطل العقد، لما مر في محله من ان الشرط الفاسد لا يفسد، و ان كان الشرط عدم الفسخ بطل الشرط، لا لما نسب الى المشهور بل لان حقيقة الشرط حيث تكون تعليق الالتزام بالعقد و الوفاء به عليه، فلا يصح شرط عدم الفسخ. و أما في المورد الثاني، فان كان الشرط لزوم العقد بطل لما مر، و ان كانت عدم الفسخ فان كان العقد جائزاً بطل ايضا لما مر، و ان كان لازماً صح و وجب الوفاء به، و لكن لو فسخته يفسخ و ان عصي، و على جميع التقادير لا يبطل العقد. و لو اشترط احدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالم او عملاً، فالظاهر صحته و لزوم الوفاء به، لعموم دليل وجوب الوفاء بالشرط. و ما اشتهر من ان الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء، يكون المراد به انه للمشروط عليه ان يفسخ العقد و معه لا يجب الوفاء به، لا انه لا يجب الوفاء به مع بقاء العقد و عدم فسخه. و أما ما افاده صاحب الجواهر ره من انه لا يجب الوفاء بها مع بقائها، بدعوى انها تابعة للعقد لزوماً و جوازاً، بل مع جوازه هي اولى بالجواز و انها معه شبه الوعد،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٧٧ [٠٠٠].

و المراد من قوله عليه السلام: المسلمون عند شروطهم «١» بيان صحة اصل الشرط لا اللزوم و الجواز. فيرد عليه: ان الشرط هو الالتزام في ضمن التزام، و مع تحقق ذلك مقتضى ظهور المسلمون عند شروطهم - الذي مضمونه عدم انفكاك المسلم عن شرطه - وجوب الوفاء به ما دام بقاء الموضوع. فحينئذ ان كان ذلك في ضمن عقد لازم فلا اشكال، و ان كان في ضمن عقد جائز، فان ارتفع العقد بفسخ فقد انتفى الشرط فينتفى الوجوب بتبعه، و الا فالموضوع باق و لا يعقل تخلف حكمه عنه. و

ما افاده من تبعيته للعقد لزوماً و جوازاً، لا دليل عليه اصلاً، بل اطلاق دليل وجوب الوفاء به يشهد بخلافه، و اغرب من ذلك دعواه عدم دلالة المسلمون عند شروطهم على لزوم الوفاء به.

و كذا يصح الشرط و يجب الوفاء به لو اشترط المالك على العامل، او العكس، يباع او قرضاً او قراضاً او بضاعة او نحو ذلك. و دعوى ان القدر المتيقن من ادلة امضاء المضاربة و مشروعيتها ما اذا كان من المالك رأس المال خاصة و من العامل التجارة، فمع اضافة آخر لا يعلم المشروعية و الاصل عدمها، مندفعاً:

اولاً: بان الشرط كما مر مراراً لا يكون داخل في العقد، بل هو التزام مستقل غير مرتبط بالالتزام العقدي، و انما يكون الالتزام بالعقد و الوفاء به معلقاً عليه، فهذا العقد الذي اشترط في ضمنه لا يكون فيه من المالك الا رأس المال، و من العامل التجارة.

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٧٨

[...]

و ثانياً: انه مع اطلاق ادلة الامضاء العامة، بل و بناء العقلاء، بل اطلاق ما دل من الاخبار على امضاء المضاربة الشاملة للمضاربة مع الشرط ايضاً، يمنع عن الرجوع الى الأخذ بالمتيقن، و الرجوع في غيره الى الاصل.

و ثالثاً: ان ما ذكر لو تمّ لكان من حيث متعلق العقد، و يكفي في صحة الشرط عموم ادلة الشروط.

و عن الشيخ فيما اذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في احد قوليه، و بطلانها في قوله الآخر. و قد ذكر في وجه بطلانها ان الشرط المزبور مناف لمقتضى العقد فيكون باطلاً، و حيث انه يلزم من بطلانه جهالة حصة العامل لان للشرط قسطاً من الربح، و يبطلان الشرط يسقط ذلك القسط و هو مجهول، فيبطل العقد لذلك.

و فيه: اولاً: ان الشرط ليس منافياً لمقتضى العقد، لان مقتضاه كون عمله في مال القراض بجزء من الربح، و العمل الخارجي ليس عملاً في مال القراض.

و ثانياً: ان الشرط ليس مقابلاً في شيء من الموارد بالعوض، فلا ينقص بطلانه شيء من الحصة، فلا تصير مجهولة.

و ذكر في وجه بطلان الشرط خاصة - مضافاً الى ما مر - بان هذا الشرط لا أثر له، لعدم وجوب الوفاء به لكونه في العقد الجائز، و لا يلزم من تخلفه التسلط على الفسخ، لجواز فسخه و لو مع عدم التخلف.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان الشروط في ضمن العقود الجائزة لازمة الوفاء.

و ثانياً: ان الفسخ الثابت بتخلف الشرط غير الفسخ المتحقق مع عدم التخلف، فان الاول حلّ العقد من الاول، و الثاني حله من الاثناء، و الثمرة ظاهرة. فالأظهر صحة الشرط و العقد معاً.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٧٩

و انما تصح بالاثمان الموجودة،

مال القراض و شرائطه

الامر الثاني: في مال القراض

إشارة

، قالوا: و انما تصح بالاثمان الموجودة، و ينحل ذلك الى انه يعتبر فيه امور:

١- ان يكون رأس المال عينا فلا تصح بالدين، فلو كان له على العامل دين لا يصح جعله قراضا، و كذا لو كان له دين على احد لم يجز ان يجعله مضاربة، بلا خلاف في ذلك. و يشهد به خبر السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام، قال امير المؤمنين عليه السلام في رجل له على رجل مال فتقاضاه و لا يكون عنده، فيقول: هو عندك مضاربة، قال عليه السلام: لا يصلح حتى يقبضه منه «١».

و لا- تصح بالمنفعة ايضا، اجماعا محققا و محكيا مستفيضا، و هو العمدة فيه كما صرح به في المسالك، و به يخرج عن عمومات الصحة.

٢- ان يكون من الاثمان اى الذهب و الفضة المسكوكين بسكة المعاملة بان يكون درهما او دينارا، فلا تصح بالفلوس و الاسكناس و ما شاكل و لا بالعروض. و قد اعترف جملة من الاصحاب بانهم لم يقفوا على دليل على اعتبار ذلك غير الاجماع المدعى في المقام، و كفى به حجة في مثل هذا الحكم المخالف للقواعد و الاصول، فان مثل هذا الاجماع لا محالة يكون تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام، فلا وجه لتأمل بعض متأخري المتأخرين فيه لشمول العمومات، فانها تخصص بالاجماع. نعم، لا بأس بكونه من المغشوش الذى يعامل به، و لو كان خالصا و لم يكن بسكة المعاملة فلا تصح المضاربة به، لعدم كونه من الدرهم و الدينار.

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب المضاربة- حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٨٠

[...]

٣- ان يكون معلوما قدرا و وصفا، و لا تكفى المشاهدة، للنهي عن الغرر «١».

و عن الشيخ و المختلف انه يصح مع الجهالة، و تجوز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة. و احتج له فى محكى المختلف بالاصل، و قوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم «٢» و لا أثر لاقتضاء هذه الجهالة التنازع، بعد ان كان القول قول العامل شرعا فى قدر الواصل، لان الاصل عدم وصول الزائد اليه.

و فى الجواهر: و التحقيق ان لم يكن ثم اجماع عدم قبح الجهالة التى تؤول الى العلم، نحو ان يقع العقد على ما فى الكيس مثلا ثم يعدانه بعد ذلك، لاطلاق الادلة او عمومها. نعم، بناء على عدم عموم او اطلاق مستند اليه فى مثل ذلك، فلا ريب فى ان الاصل الفساد. اما الجهالة التى لا تؤول الى العلم، فالظاهر عدم جوازها، لعدم امكان تحقق الربح معها، و هو روح هذه المعاملة، انتهى.

و لكن: يرد على ما افاده المصنف ره- بعد تصحيحه بارادة العمومات و الاطلاقات من الاصل، و الاغماض عن التمسك بدليل الشرط- انه لا- بد من تقييد الاطلاق، و تخصيص العام بما دل على النهى عن الغرر، المنجبر ضعفه بالعمل و الاستناد فى كثير من الابواب كالاجارة و غيرها. و دعوى ان النسبة بينه و بين ادلة المقام عموم من وجه فلا وجه لتقديمه، مندفعه بانه من قبيل الحاكم على الاطلاقات لا معارض، مع انه لو سلم التعارض فالترجيح للنص بفتوى المشهور التى هى اول المرجحات. و ليس مدرك اعتبار العلم اداء الجهالة الى التنازع، حتى يقال لا أثر لاقتضاء هذه الجهالة التنازع، بل هو لزوم الغرر مع الجهالة.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦.

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب المهور كتاب النكاح حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٨١

[...]

و يرد على صاحب الجواهر انه ان صح التمسك بدليل النهي عن الغرر، كان مقتضاه البطلان و ان آلت الى العلم، لان الغرر أوجب البطلان، و العلم المتأخر لا يوجب انقلاب العقد الباطل صحيحا، و الأصح العقد حتى مع الجهالة التي لا تؤول الى العلم، لامكان تحقق الربح بان يتجر كل مرة ببعض المال المعين حين التجارة او بجميعة، بعد رفع الجهالة بالنسبة الى العامل خاصة.

٤- ان يكون معينا، فلو احضر مالين و قال: قارضتك بأحدهما أو بآيهما شئت، لم ينعقد بذلك قراض، بلا خلاف بل عليه الاجماع في بعض الكلمات.

و الحق ان يقال: ان العقد ان وقع على المرذد و لو في الواقع لم يصح، لان المرذد من حيث هو مرذد لا- حقيقة له و لا- تحقق في الخارج.

و ان وقع على المعين الواقعي المرذد عندهما، فان كان مع الاختلاف في الصفات بطل للغرر، و ان كان مع التساوي فيها فلا وجه للبطلان الا الاجماع ان ثبت.

و ان وقع على احد امور بنحو الكلي في المعين صح مع التساوي في الصفات لو لا الاجماع، لإطلاق الأدلة و عدم المانع، و كذا ان وقع على احد امور بنحو التخيير.

و ان وقع العقد على ما يختاره العامل مع التساوي في الصفات، فقد استدل في الجواهر لبطلانه بلزوم موقوفية العقد مع التخيير الى حال وقوعه، و ليس في الأدلة حتى الاطلاقات ما يدل على مشروعية ذلك، بل لعل الأدلة قاضية بخلافه ضرورة ظهورها في سببية العقد و عدم تأخر آثارها عنها، و جعل الخيار كاشفا عن مورد العقد من أول الامر لا دليل عليه، لكونه مخالفا للاصل، انتهى.

و فيه: ان المضاربة المنشأة ان كانت بنحو يكون المنشأ من حين العقد، فهو الدليل على كون الخيار كاشفا عن مورد العقد من اول الامر، و ان كانت بنحو يكون المنشأ بعد الخيار، فالموقوفية المشار اليها لا تنافي سببية العقد بل هي لازمة. فالعمدة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٨٢

[...]

في هذا الشرط ايضا هو الاجماع ان كان.

عدم اعتبار كون رأس المال بيد العامل

و قد ذكروا اعتبار امرين آخرين في مال القراض:

احدهما: ما قاله المصنف ره في القواعد: الرابع- ان يكون مسلماً في يد العامل، فلو شرط المالك ان تكون يده عليه لم يصح، اما لو شرط ان يكون مشاركا في اليد او يراجعه في التصرف او يراجع مشرفه فالأقرب الجواز، انتهى. و حاصله اعتبار كون رأس المال بيد العامل، و استدل له بان عدمه خلاف وضع المضاربة.

و يرد ما افاده المحقق الثاني ره، قال: ان اريد انه خلاف مقتضى وضع المضاربة شرعا فهو ممنوع، و ان اريد عادة فهو لا يقدر.

و لذا قال في العروة- تبعا للتذكرة:- لكن لا دليل عليه، فلا مانع ان يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك.

الثاني: ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به مع اشتراط المباشرة، او كان عاجزا حتى مع الاستعانة بالغير، و الأ فلا يصح، لان المضاربة متقومة بالمال و العمل.

و قد يقال: ان كان المال كثيراً لا يقدر على التجارة بجميعة، و يتمكن من التجارة ببعضه، تصح المضاربة بالنسبة الى المقدر، و يستحق العامل حصته من الربح كما في الاجارة.

وفيه: انه اذا لم يصح العقد بالنسبة الى المجموع لم يصح في البعض، لان نسبة العقد الى كل جزء من المجموع كنسبته الى الاجزاء الأخر، حيث لا ترجيح لبعضها
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٨٣
و الشركة في الربح،

على بعض فلا بد من البناء على البطلان في الجميع.

و يترتب عليه ان تمام الربح للمالك، و للعامل اجرة عمله علم بالبطلان ام لا، لقاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده، و لما مر من ان من اسباب الضمان الامر بالعمل لا مجاناً.
و هل يكون العامل ضامناً للمال اذا تلف مطلقاً، ام لا يكون ضامناً كذلك، ام يفصل بين ما لو أخذ الجميع دفعة فالاول، و بين ما اذا أخذ اولاً بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد و لم يمزجه بما أخذه أولاً فيضمن خصوص المقدار الزائد؟ وجوه و اقوال، اظهرها الثاني، لقاعدة ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده، و قد مر نظير المسألة في كتاب الاجارة، فراجع ما ذكرناه فيه.
اعتبار الشركة في الربح

الامر الثالث: في الربح

، و المعروف بينهم انه يعتبر في صحة المضاربة الشركة في الربح، فلو شرط احدهما شيئاً معيناً و الباقي بينهما فسد.

قمي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٩، ص: ٢٨٣

و استدل له في الشرائع بعدم الوثوق بحصول الزيادة، فلا تتحقق الشركة.

و في الحدائق بانه مقتضى المضاربة كما تنادى به الاخبار الحاكمة بان الربح بينهما، و ما لم يكن مشتركاً فانه خارج عن مقتضاها، فهذا الشرط داخل في مفهوم المضاربة.

و في الجواهر بالشك في شمول الاطلاقات له، و لو لظهورها في اعتبار الشركة الاشاعية في جميع الربح.

اما ما افاده المحقق ره، فيرده اولاً: انه يتصور صورة يوثق فيها بالزيادة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٨٤

[...]

و ثانياً: ان عدم الوثوق بالزيادة كعدم الوثوق باصل الربح لا يمنع عن الصحة.

و أما ما افاده العلمان، فان كان نظرهما الى الاستدلال بالنصوص الخاصة كمصحح اسحاق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام عن مال المضاربة، قال عليه السلام: الربح بينهما و الوضيعة على المال «١» و نحوه غيره، الدالة على انه في المضاربة الاشتراك في جميع الربح، تم الاستدلال. لكن التعبير في كلام الاول بان هذا الشرط داخل في مفهوم المضاربة، و في كلام الثاني بالشك في شمول الاطلاقات له، غير جيد، و الا فالاشكال عليهما ظاهر.

و يتفرع على ذلك البطلان في صور:

منها: ان يجعل لاحدهما شيئاً معيناً، فانه باطل اتفاقاً.

و منها: ان يقول: خذها قراضاً و الربح لى، و وجه الفساد فى هذه الصورة ظاهر مما قدمناه. و هل يكون فى هذه الصورة بضاعة، بمعنى ان العامل لا يستحق على عمله اجرة كما هو المقرر فى البضاعة، ام يكون قراضاً باطلاً؟ و المشهور بينهم هو الثانى، للتصريح به، و لان البضاعة توكل فى التجارة تبرعاً و هذا ليس ظاهراً فيه، فانه ظاهر فى كون الربح للمالك لا ان عمله المحترم المستوفى بالأمر به هدر و مجانى. و عليه فيستحق اجرة المثل لعمله، لعدم ظهور الكلام فى المجانية، بل قد مر ان الامر بالعمل لا مجاناً بنفسه موجب للضمان. فما عن المصنف ره فى المختلف: و الوجه عندى انه لا اجرة للعامل، لانه دخل على ذلك فكان متبرعاً بالعمل، غير وجيه.

و منها: ما لو قال: خذها قراضاً و الربح كله لك، و قد ظهر من ما ذكرناه بطلانه

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب المضاربة- حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٨٥

[...]

مضاربة. و هل يصح قرضاً؟ فيه كلام قد مر فى اول هذا الفصل.

و الاصحاب ذكروا شرطين آخرين فى الربح:

احدهما: تعيين حصّة كل منهما من نصف او ثلث او نحو ذلك، ان لم يكن هناك متعارف ينصرف اليه الاطلاق، و الظاهر عدم الخلاف فى اعتباره. و وجهه على تقدير الابهام ظاهر، فان المبهم لا تحقق له فى الخارج. و اما على تقدير التعيين و لو بعدا، بنحو لا يعلمه العامل حين العقد أو و لا المالك، فلا وجه له سوى الاجماع و التسالم، و لا سبيل الى التمسك بما دل على النهى عن الغرر «١» فان اصل الربح فى المقام غير معلوم الحصول و كذا قدره، فالجهل بحصّة منه لا يضر.

و قد وقع الخلاف بينهم فى موارد:

منها: ما لو قال: خذ على النصف، فحكم جمع بصحته، و تنظر فيه فى المسالك، و لعل الاول اظهر، لظهور العبارة المذكورة فى كون الربح بينهما نصفين، و مثله ما لو قال: خذ على ان الربح بيننا.

و منها: ما لو قال: خذ على ان لك النصف، و الظاهر هو الصحة فيه ايضا، اذ المالك لا يفتقر الى تعيين حصته للتبعية، و انما يفتقر اليه العامل و قد ذكر له النصف.

و منها: ما لو قال: خذ على ان لى النصف، فالظاهر هو البطلان، لانه لم يعين للعامل حصّة، و الفرق بينه و بين المورد السابق ظاهر، فانه فى المورد السابق عيّن حصّة العامل و الباقي لا محالة يكون للمالك للتبعية، و اما فى هذا المورد فقد عيّن حصّة المالك و لم يعين حصّة العامل مع انها تفتقر الى التعيين. و يمكن ان يقال فى الموردين: بان ظاهر هذه العبارة- اى تعيين حصّة لاحدهما- كون الباقي للآخر، و عليه فيصح فى

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٨٦

[...]

الموردين.

ثانيهما: كون الربح بين المالك و العامل. فلو شرطاً جزءاً منه لاجنبى، فان كان الاجنبى عن المعاملة- بمعنى من لم يفوض اليه امر

التجارة- عاملا صح الشرط، لانه حينئذ يكون بمنزلة العامل المتعدد، و ان لم يصدق عليه العامل بحسب الاصطلاح، و هو من فوض اليه امر التجارة.

و ان لم يكن عاملا ففسد بلا خلاف، و لم يستبعد فى العروة القول بالصحة لعموم الأدلة، و ذكره وجهاً آخر فى الشرائع بعد حكمه بالفساد، و فى المسالك: قيل انه اذا شرط للاجنبى يصح الشرط و ان لم يعمل، لعموم: المؤمنون عند شروطهم «١» و أوفوا بالعقود «٢». و قيل ان المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل رجوعا الى اصله، لئلا يخالف مقتضى العقد، انتهى.

و لكن مقتضى النصوص الخاصة المتقدم بعضها ان من احكام المضاربة كون الربح بينهما، و عليه فشرط كون بعضه لغيرهما شرط مخالف للمشروع فيفسد. و حينئذ فلا يبعد القول بصحة المضاربة و كون المشروط للمالك و عدم بطلان العقد، اذ لا شىء يتوهم كونه مدركا للبطلان سوى انه مع بطلان الشرط يكون حصة كل منهما غير معلومة، و دلالة النصوص الخاصة عليه. و هما غير تامين، اما الاول فلان حصة العامل معلومة، و ما شرط للاجنبى لفساد الشرط يرجع الى اصله، فيكون للمالك فلا جهل بها. و اما الثانى فلانها لا تدل على انه يعتبر فى المضاربة جعل الربح لهما، بل تدل على ان من آثار المضاربة كون الربح بينهما، و فى المقام بعد بطلان الشرط يكون الربح بينهما.

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب المهور كتاب النكاح حديث ٤.

(٢) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٢٨٧

و للعامل ما شرطه له،

فالظاهر بطلان الشرط و صحة المضاربة.

قال فى التذكرة- على ما حكى:- انه يعتبر ان يكون الاسترباح بالتجارة، و اما اذا كان بغيرها كان يدفع اليه ليصرفه فى الزراعة و يكون الربح بينهما لم يصح. و علله بان هذه الاعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها، فاستغنى عن القراض فيها، و انما يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستئجار عليه، و هو التجارة التى لا يمكن ضبطها و لا معرفة قدر العمل فيها.

و لكنه لا يصلح للمنع لو كان لدليل المضاربة اطلاق شامل للفرض، فالعمدة فى اعتبار ذلك انه لا إطلاق لادلة المضاربة شامل للدفع لغير التجارة. و دعوى ان عمومات امضاء العقود كافية فى الحكم بالصحة، مندفعة بانها مخصصة بما دل على النهى عن الغرر اللازم فى الفرض، للجهل بحصول الزرع و مقداره كما لا يخفى. فالظاهر اعتبار ذلك.

الربح بين المالك و العامل

الامر الرابع: فى الاحكام

اشارة

، و فيه مسائل.

[الربح بين المالك و العامل]

الاولى: و للعامل ما شرط له فى هذه المعاملة، ان نصفها فنصف و ان ثلثا فثلث، كما هو المشهور بين الاصحاب. و عن المفيد و الشيخ

في النهاية و سلاز و ابن البراج ان له اجرة المثل و الربح بتمامه للمالك.
 و مرجع هذا الخلاف الى ان عقد المضاربة هل يكون مشروعاً ام لا؟ و القول المشهور مبنى على الاول، و الثاني على الثاني.
 و الاول اظهر، للنصوص الخاصة الدالة على ذلك، لاحظ صحيح
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٨٨
 و لو وقعت فاسدةً فله اجرة المثل و الربح لصاحب المال، و ليست لازمةً.

محمد بن قيس عن مولانا الباقر عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام: من اتجر مالاً و اشترط نصف الربح فليس عليه ضمان، و قال: من ضمن تاجراً فليس له الا رأس ماله، و ليس له من الربح شيء «١» و مثله موثقة «٢». و موثق اسحاق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام عن مال المضاربة، قال عليه السلام: الربح بينهما و الوضعية على المال «٣» و نحوه غيره من النصوص الكثيرة.
 و استدل للثاني بان النماء تابع للاصل بالاصالة، فيكون الربح للمالك. و بان هذه المعاملة فاسدة لجهالة العوض، فتبطل فيكون الربح لصاحب المال، و عليه اجرة المثل للعامل.
 و فيه: ان جميع ما ذكر و ان كانت موافقة للقواعد، و لكنها مندفة بالنصوص الخاصة المعتبرة المعمول بها بين الاصحاب، فلا اشكال في الحكم اصلاً.
 هذا على تقدير صحة المعاملة، و اما لو وقعت فاسدة، فله اجرة المثل و الربح لصاحب المال، اما كون الربح لصاحب المال فلتبعية النماء للاصل، و اما كون اجرة المثل للعامل فلقاعدته ما يضمن، و لما مر من ان الامر بالعمل لا مجاناً موجب للضمان.
 الثانية:

المضاربة جائزة من الطرفين

اشارة

و ليست لازمة اجماعاً، و به يخرج عن اصالة اللزوم. و في الحدائق: و يؤيده انه وكالة في الابتداء، ثم قد يصير شركة بعد العمل، و كل من الوكالة و الشركة من العقود الجائزة. و كيف كان، فيجوز لكل منهما فسخها، سواء كان قبل الشروع في العمل او بعده، قبل حصول الربح او بعده، نض

(١) اورد صدره في الوسائل باب ٣ من ابواب المضاربة- حديث ٢ و ذيله في باب ٤ منها.

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب المضاربة حديث ٤.

(٣) الوسائل باب ٣ من ابواب المضاربة حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٨٩

و يقتصر على المأذون،

المال او كان به عروض.

لكن ذكر واحد انه ان كان الفاسخ هو العامل و لم يظهر ربح فلا شيء له، و ان كان هو المالك ضمن للعامل اجرة المثل الى ذلك

الوقت.

وقيل: انه لا شيء له وان فسخ المالك، لاقدامه عليه مع معرفته جواز العقد و امكان فسخه قبل ظهور الربح بل و بعده، مع تحقق الوضعية المستغرقة له لكونه وقاية لرأس المال.

و عن التذكرة انه يستحق اجرة المثل و ان فسخ العامل. و هذا هو الاظهر، لما مر من ان العمل لا مجاناً محترم لا يذهب هدرا اذا كان بامر المالك، و الاقدام مع العلم بجواز العقد غير الاقدام على التبرع، و النافي للضمان هو الثاني دون الاول. و قد تقدم الكلام في اشتراط الاجل و عدم الفسخ مفصلاً في الامر الاول فلا نعيد.

[فروع]

شرط المالك على العامل لازم بقى في المقام فروع:

١- اذا اشترط المالك على العامل شراء الجنس الخاص، او الشراء من شخص معين، او ان لا- يسافر و ما شاكل، يجب عليه العمل بالشرط و يقتصر على المأذون، لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط «١» و لتقييد الاذن في التصرف في ماله، فمقتضى قاعدة السلطنة عدم التصرف غير المأذون.

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٩٠

[...]

و لكن لو خالف و ربح يكون الربح بينهما، و ذلك لجملة من النصوص الخاصة، لاحظ صحيح محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام عن الرجل يعطى المال مضاربة، و ينهى ان يخرج به فخرج، قال عليه السلام: يضمن المال، و الربح بينهما «١». و صحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام، انه قال في الرجل يعطى الرجل المال فيقول له: ائت ارض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها، قال عليه السلام: فان جاوزها و هلك المال فهو ضامن، و ان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، و ان ربح فهو بينهما «٢». و خبر ابي بصير عنه عليه السلام في الرجل يعطى الرجل المال مضاربة و ينهيه ان يخرج الى ارض اخرى فعصاه، فقال: هو له ضامن، و الربح بينهما اذا خالف شرطه و عصاه «٣».

و موثق جميل عنه عليه السلام في رجل دفع الى رجل مائلاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى به غير الذي امره به، قال عليه السلام: هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرط «٤» و قال المحقق الاردبيلي ره: ان هذه الرواية أصح الروايات التي في هذا الباب، مع ان في سندها معاوية بن حكيم، فيستكشف من ذلك ان نظره موافق مع ما قاله النجاشي من انه ثقة جليل، الى غير تلكم من النصوص الكثيرة.

و مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين اخذ الشرط قيدها، و بين كونه من قبيل

(١) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب المضاربة- حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب المضاربة حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب المضاربة حديث ١٠.

(٤) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب المضاربة حديث ٩.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٩١

و لو اطلق تصرف كيف شاء مع اعتبار المصلحة، و يضمن لو خالف. و تبطل بالموت.

الالتزام في الالتزام، و عدم انطباقها حينئذ على القواعد، فانها في صورة القيدية تقتضى كون تمام الربح للمالك، و كذا في صورة الالتزام في الالتزام، لو فسخ المالك العقد و ليس عليه اجرة المثل للعامل حينئذ، لعدم كون العمل بامره، بل المفروض كونه مع نهيه لا. يضر بعد كون الروايات معتبرة و الاصحاب عملوا بها، و كم من قاعدة يقيد اطلاقها بالنص الخاص. و لا يصغى الى ما ارتكبه المحقق الاردبيلي ره من الاحتمالات البعيدة و التمحلات غير السديدة، و لا إلى ما ذكره بعض محشى العروة من امكان تطبيقها على القواعد.

٢- و لو اطلق المالك و لم يشترط شيئا تصرف العامل كيف شاء مع اعتبار المصلحة، اما تصرفه كيف شاء فهو للاذن المطلق في عقد المضاربة، و اما اعتبار المصلحة فلكونه من قبيل الشرط الضمني.

٣- و لو اشترط عليه يضمن لو خالف بلا خلاف، للنصوص المتقدمة.

٤- لا خلاف و لا كلام في انه يبطل عقد المضاربة بالموت من غير فرق بين موت المالك او العامل.

اما الاول فقد استدل لبطلان العقد بموته بانتقال المال بموته الى وارثه، فإبقاؤه يحتاج الى عقد جديد بشرائطه.

و فيه: انه ان اريد بذلك انه ليس للمالك في حال حياته التصرف في ماله بعد موته، فيرد عليه اولاً: انه يختص بما زاد على الثلث.

و ثانياً: ان الحق ان له ان يتصرف في ماله بعد موته بازيد من الثلث ايضا بمثل البيع بضمن المثل.

و ان اريد به ان مناط جواز تصرف العامل هو الاذن و ينقطع بالموت، ففيه: ان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٩٢

[...]

حدوث الاذن سيما العقدى منه كاف فيه، و لذا لو وكله بالمره بحيث لم يبق في خزائنه نفسه نفذ تصرفه عليه، مع ان له ان يقول: انت مأذون في التصرف في مالي في حياتي و بعد مماتي، غاية الأمر أن يدخل في عنوان الوصية بالنسبة الى ما بعد الموت. فالعمدة في الحكم بالبطلان الاجماع ان تم، و ما قيل من انصراف العقد الى حال حياته في الغالب.

و أما الثاني فقد استدل لبطلانه بموته باختصاص الاذن به. و يمكن ان يقال: ان عقد المضاربة اذا اوجب حقا للعامل في التصرف في المال، فما دل على ان ما تركه الميت فلوارثه «١» يدل على انتقال هذا الحق كحق الشفعة و غيره الى الوارث، اللهم الا ان يقال: ان ذلك متوقف على ثبوت كونه من قبيل الحق القابل للانتقال و لم يثبت، و الذى يسهل الخطب ان المسألة اجماعية، كما ان ظاهر الاصحاب التسالم على بطلان العقود الجائزة مطلقا بالموت او الجنون او الاغماء، أو نحو ذلك مما يوجب بطلان الاذن من المالك.

و هل يجوز لو ارث المالك اجازة العقد بعد موته ام لا؟ ربما يقال بالثاني، نظرا الى ان المال حال العقد غير مربوط بالوارث، فالعقد غير واقع على ماله حتى يأذن فيه و يجيزه.

و اورد عليه بانه يكفي في صحة الاجازة كون المال في معرض الانتقال اليه، و ان لم يكن له علقه به حال العقد، و مرجع اجازته حينئذ الى ابقاء ما فعله المورث، و هذا بظاهره بين الضعف.

و يمكن ان يقال: ان المقام من قبيل اجازة البيع الواقع من غير المالك ثم ملك

(١) النساء آية ١١ و ١٢ اصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٩٣
 و يشترط العلم بمقدار المال. و يملك العامل حصته من النماء بالظهور،

حال الاجازة، فكما ان هناك يقال ان للعقد بقاء و المالك باجازه اياه ينسبه الى نفسه، كذلك يقال في المقام ان للعقد بقاء ما دام بقاء المال فيجيز الوارث المالك ذلك العقد، و مجرد انه في هذه المسألة يكون العقد صحيحا حدوثا بخلافه في تلك المسألة، لا يصلح فارقا بعد عدم كون المجاز هو حدوث العقد بل بقاءه.
 فان قيل: لو تم ذلك لزم التقييد بما اذا كان المال نقدا، فانه بالاجازة يتحقق فرد آخر من المضاربة، فيعتبر فيه ذلك.
 قلنا: ان مدرک اعتبار كون مال القراض نقدا هو الاجماع، و المتيقن منه غير الفرض.
 ٥- و قد مر انه يشترط العلم بمقدار المال.

يملك العامل حصته من النماء بالظهور

إشارة

الثالثة: و المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة انه يملك العامل حصته من النماء بالظهور ملكا متزلزلا، و لا يتوقف ذلك على وجوده ناضا.
 و عن الفخر عن والده ره ان في المسألة اقوالا اربعة، و لكنه لم يذكر القائل و احتمل ان يكون من العامة:
 ١- ما هو المشهور.
 ٢- انه يملك بالانضاض.
 ٣- انه يملك بالقسمة.
 ٤- ان القسمة كاشفة عن الملك سابقا.
 و الاول اظهر، لانه جعل الربح لهما، فالربح من اول تحققه يكون مشتركا
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٩٤
]...[

بينهما. و لانه مملوك و ليس للمالك، فيكون للعامل. و لإطلاق النصوص بان العامل يملك ما شرط من الربح، و هو متحقق قبل الانضاض و قبل القسمة. و لصحيح محمد بن قيس عن الإمام الصادق عليه السلام عن رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشتري اباه و هو لا يعلم، قال عليه السلام: يقوم، فان زاد درهماً واحداً اعتق و استسعى في مال الرجل «١» اذ لو لم يكن مالكاً لحصته من الربح بمجرد ظهوره لم يعتق عليه ابوه في الصورة المفروضة في الخبر.

و استدلل للثاني بانه قبل الانضاض غير موجود خارجي بل مقدر موهوم، و المملوك لا بد و ان يكون محقق الوجود.
 و اورد عليه تارة بما عن جامع المقاصد و المسالك و غيرهما بالنقض بملك الدين مع انه معدوم، و اخرى بمنع كونه امرأ وهمياً كما في العروة.

و لكن الصحيح ان يقال: ان الربح لا- يراد به المايئة المحضه التي هي امر انتزاعي ناش من الرغبة في العين، و الا لم يتم شىء من الايرادين، بل المراد به مقدار من العين الموجودة على حسب الحصه من المايئة، و به يندفع الاشكال رأسا، و كون المراد من الربح ذلك هو المرتكز في اذهان اهل العرف كما يظهر لمن راجع، و يشهد به ان له مطالبه القسمة.

و استدلال للثالث بانه لو ملكك قبل القسمة لا-ختص بربحه، و بانه يلزم ان يكون النقصان الحادث بعد ذلك شايعا في المال كسائر الاموال المشتركة، و التالي باطل لانحصاره في الربح.

و لكن يرد على الوجه الثاني انه لا ملازمة بين الملك و ضمان الحادث

(١) الوسائل باب ٨- من ابواب المضاربة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٩٥

[...]

على الشيعاء، و يجوز ان يكون مالكا بالملك المترزل و يكون استقراره مشروطا بالسلامة، فلا- منافاه بين الملك و كون ما يملك وقاية لرأس المال. و يرد ما قبله انه لا منافاه بين ملك الحصه و عدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك، و ايضا لو اختص بربح نصيبه لزم استحقاقه من الربح اكثر مما شرط له، فكان هذا مشروط في ضمن العقد.

و استدلال للرابع بان القسمة ليست من الاسباب المملكة، و المقتضى للملك انما هو العمل، و هي داله على تمام العمل الموجب للملك. و مما قدمناه ظهر ضعف ذلك.

فالاظهر ما عليه المشهور، و يترتب عليه جميع آثار الملكية من جواز المطالبة بالقسمة، و صحة تصرفاته فيه من البيع و الصلح و نحوهما، و تعلق الخمس و الزكاة، و حصول الاستطاعة للحج، و تعلق حق الغرماء به، و غير تلكم من الآثار.

الربح وقاية لرأس المال

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال في ان ملكية العامل حصته بمجرد الربح انما تكون مترزلة، فلو عرض بعد ذلك خسران او تلف يجبر به الى ان تستقر ملكيته، لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال في زمن ذلك العقد، فاذا لم يفضل شىء فلا شىء، و هو محل وفاق كما في المسالك.

و هذا واضح بالنسبة الى الخسارة الواردة على مال المضاربة. و اما بالنسبة الى التلف، فتفصيل القول فيه انه اما ان يكون بعد الدوران في التجارة، او بعد الشروع فيها، او قبله، ثم اما ان يكون بأفة سماوية، او باتلاف متلف على وجه الضمان، و ايضا قد يتلف البعض و قد يتلف جميع المال.

فان كان التلف بعد الدوران في التجارة لا يتلاف متلف، فالظاهر جبره

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٩٤

[...]

بالربح، كما هو المشهور بين الاصحاب بل لا خلاف فيه، و عن السيد العميدى دعوى الاجماع عليه. و يقتضيه وضع المضاربة، فانه على ان الربح وقاية لرأس المال، فلا يستحق العامل ربحا الا بعد ان يبقى رأس المال بكماله لدخوله على ذلك، من غير فرق بين تلف

البعض او الجميع.

وان كان التلف باتلاف متلف، فقد ادعى الاجماع على الجبر ايضا. و استدل له بان الربح وقاية لرأس المال، فما دام المال لا يكون موجودا بكماله فلا ربح. ويمكن ان يقال - كما قيل -: انه اذا اتلفه متلف يضمه و يكون المال في ذمته، فهو حينئذ بمنزلة الموجود فلا حاجة الى جبره، و ايضا فانه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل بتجارته، و قال في محكي جامع المقاصد بعد نقل ذلك: و ضعفه ظاهر، و في الجواهر: لا ينبغي ان يصغى اليه، و على التقديرين لا كلام في انه لو فرض حصول العوض من جملة المال.

و ما ذكرناه بالنسبة الى التلف بعد الدوران في التجارة يجرى في التلف بعد الشروع في التجارة و ان كان التالف الجميع، كما اذا اشترى في الذمة باذن المالك ثم تلف المال و نقد عنه الثمن، لان المقتضى لكون المال مال قراض هو العقد - كما نص عليه في المسالك و الجواهر تبعا لجامع المقاصد - فلا يصغى الى ما قيل من ان التلف قبل الدوران في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض، فلا - وجه لتردد المحقق ره في الشرائع فيه، و كذا ان كان التلف قبل الشروع في التجارة مع كون البعض تالفا. و اما ان كان التالف هو الجميع، فالظاهر انفساخ العقد، لعدم بقاء مال التجارة معه حتى يجبر. نعم، اذا اتلفه اجنبي و أدى عوضه او اتلفه العامل تكون المضاربة باقية.

هذا كله في بيان حكم حصه العامل ما لم تستقر الملكية. و اما ما تستقر به الملكية، فلا اشكال في حصوله بعد الانضاض و الفسخ و القسمة، لانتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيها بذلك.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٩٧

[...]

انما الكلام فيما لو قسم الربح مع عدم الفسخ، او قسم الجميع كذلك او فسخ العقد و لم يقسم، او تحقق الفسخ و القسمة و لم يحصل الانضاض.

و التحقيق ان يقال: ان القسمة حيث تكون خارجة عن عمل المضاربة، و تكون كسائر ما يميز به المشتركات، و لا يجب الانضاض، فالظاهر استقرار الملكية بالفسخ فقط، و به يخرج الربح عن كونه وقاية لرأس المال، و اولى منه ما لو انضم اليه الانضاض او القسمة، و بعبارة اخرى: انه بالفسخ يرتفع العقد و به يرتفع حكم القراض، فلا موجب لبقائه على كونه وقاية.

و استدل لبقاء ذلك و عدم الاستقرار مع عدم القسمة بالاستصحاب. و بظاهر قوله: على اليد ما اخذت حتى تؤدي (١). و بصدق مال القراض، فتشمله الادلة الدالة على ان و ضيعته من الربح. و بان تسليم رأس المال الى المالك من تنمة المضاربة، و الا لزم عدم كون الخسران من الربح، فيما لو نض المال اجمع في بلد عمل العامل الذي سافر اليه و فسخ عقد المضاربة، ثم تلف بعض المال قبل الوصول الى المالك، و هو مناف لظاهر الأدلة.

و لكن الجميع كما ترى، اذ الاستصحاب لا يجرى بعد ارتفاع العقد الموجب، لتبدل عنوان المال من كونه مال قراض الى عنوان آخر، مع انه تقديري. و عموم على اليد لا يشمل الامانات، و منها المال المفروض بعد خروجه عن كونه قراضا. و صدق مال القراض ممنوع بعد ارتفاع العقد بالفسخ. و الالتزام بكون الخسران من اصل المال لا من الربح في الفرض المذكور لا مانع منه. و على الجملة بعد كون الفسخ رافعا لعقد القراض، لا وجه لبقاء احكامها المخالفة للقواعد و الادلة الاولية.

(١) كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ - سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٩٨

[...]

و بما ذكرناه ظهر انه لو حصل الانقراض و القسمة و لم يحصل الفسخ، فاللازم اجراء احكام المضاربة من جبر الخسران بالربح و غيره من احكامها.

و عن الشهيد قده ان قسمة الربح موجبة لاستقراره، و عدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها.
و علله في الجواهر بان ذلك من المالك فسخ المضاربة فيما يخصه من رأس المال، لانه برضاه اخرجه عن المضاربة حتى الذي قبضه العامل، فيستقر حينئذ ملكهما على ما خص ذلك من الربح لانفساخ المضاربة، انتهى.
و فيه: ان ما يأخذه العامل من الربح لا من رأس المال، و العقد واقع على رأس المال، فلا حاصل لدعوى انه اخرجه المالك عن رأس المال.

و لو ظهر الربح و نص تمامه او بعض منه، فطلب احدهما قسمته، فان رضى الآخر فلا- مانع منها، و ان لم يرض و امتنع عنها، فعن القواعد و جامع المقاصد لم يجبر الآخر عليها. و عن جماعة انه لا يجبر الآخر ان كان هو المالك، و اما ان كان الممتنع هو العامل فيجبر عليها. و ظاهر المسالك و الجواهر و غيرهما ان عدم جبر المالك الممتنع عن القسمة اتفاقي.
و عللوا عدم الجبر في الموردين بلزوم الضرر، قالوا: لو كان الممتنع هو المالك لزم من جبره الضرر عليه، لاحتمال الخسران بعد ذلك و الحاجة الى جبره به، و فيما كان الممتنع هو العامل يلزم من جبره تضرره، لانه لو حصل الخسران و جب عليه رد ما اخذه، و لعله لا يقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده و هو ضرر عليه.
و يرد على ما افادوه في الفرض الاول ان احتمال الضرر باحتمال الخسران غير مطرد. و يرد على ما افادوه في الفرض الثاني انه لا يعد ضررا، كما افاده صاحب الجواهر.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٢٩٩

و لا خسران عليه بدون التفريط،

و قد مر في الفصل المتقدم في مبحث القسمة ما يظهر به حكم المقام، و ان ما ذكره من عدم جبر الممتنع كان هو المالك او العامل هو الصحيح.

[العامل امين لا خسران عليه بدون التفريط]

الرابعة: لا خلاف و لا اشكال في ان العامل امين، ف لا خسران عليه بدون التفريط بترك الحفظ، أو التعدي بان خالف ما أمره به أو نهاه عنه كما لو سافر مع نبيه عنه او اشترى ما نهى عن شرائه، او الخيانة بان أكل بعض مال المضاربة او اشترى شيئا لنفسه فأدى الثمن من ذلك.

و الحكمان اجماعيان و يشهد بهما- مضافا الى ذلك، و إلى انهما من مقتضيات قواعد باب الضمان- النصوص الخاصة، كصحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام في المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح و ليس عليه من الوضعية شيء، الا ان يخالف امر صاحب المال «١».

و موثق جميل عنه عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى به غير الذي أمره به، قال عليه السلام: هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرط «٢» و نحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة المتقدمة جملة منها.

الخامسة: في جملة من فروع التنازع. فقد يدعى شخص على آخر انه اعطاه

(١) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب المضاربة حديث ٧.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب المضاربة حديث ٩.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٠٠

و القول قوله في عدمه، و في قدر رأس المال، و التلف، و الخسران و قول المالك في عدم الرد

كذا مقداراً مضاربةً و ينكر الآخر ذلك، و قد يتفقان على اعطاء مقدار من المال مضاربةً و لكن يتنازعان في مقدار رأس المال، و قد يتفقان في ذلك و لكن العامل يدعى التلف أو الخسران و المالك ينكره، و قد لا يكون النزاع بينهما الا في رد رأس المال و العامل يدعيه.

قال المصنف: (و القول قوله في عدمه، و في قدر رأس المال، و التلف، و الخسران. و قول المالك في عدم الرد).

اما لو تنازعا في اصل اعطاء المال مضاربةً و عدمه، فكون القول قول منكره واضح، لاصالة عدمه، و كذا لو تنازعا في مقدار رأس المال، اذ لو كان المال موجوداً تجرى اصالة عدم اعطائه ازيد مما يقوله، و لو كان تالفاً مع ضمان العامل تجرى اصالة براءة ذمته. و دعوى ان ذلك يتم اذا كان مصب الدعوى زيادة مال القراض و نقصانه، و اما اذا كان مصب الدعوى العقد و ادعى المالك انه وقع على العشرة مثلاً و العامل ادعى انه وقع على الخمسة فالمتجه هو التحالف، لان العقد المتشخص بالخمسة غير المتشخص بالعشرة، فكل منهما مدع و مدعى عليه فيتحالفان.

مندفعة، بان الغرض من هذه الدعوى حيث لا يكون الا اثبات الزيادة او عدمها، فالمالك الذي يدعى الزيادة يعد في العرف مدعياً، لانه لا- غرض له الا- اثبات كون مال القراض هو الازيد، و العامل منكرًا لانه لا غرض له سوى نفى الزيادة. مع انه يمكن ان يقال: ان وقوع العقد على الاقل معلوم و لو في ضمن الاكثر، و وقوعه على الاكثر غير معلوم و الاصل عدم وقوعه عليه، فيكون مدعيه مدعياً و العامل منكرًا، فيقدم قوله بيمينه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٠١

و لو اشترى العامل اباه عتق نصيبه من الربح فيه، و سعى الاب في الباقي. و ينفق العامل من الاصل في السفر

و أما لو ادعى العامل التلف أو الخسران و انكره المالك، فوجه تقديم قوله بيمينه انه امين، و عدم تصديقه في دعوى التلف يندرج تحت عنوان اتهام المؤمن، و قد ورد انه ليس لك ان تتهم من ائتمته «١». و دعوى اختصاص الاتهام الممنوع بالمؤمن بالتأمين العقدي و هي الوديعه، ممنوعه، لعدم الدليل مع صدق الائتمان، سيما بعد قوله عليه اسلام: صاحب الوديعه و البضاعة مؤتمنان، و صاحب العارية مؤتمن «٢».

و أما لو ادعى العامل رد مال المضاربةً و انكره المالك، فالمشهور بين الاصحاب ان القول قول المالك، و عن الشيخ في المبسوط انه يقبل قول العامل، و قد مر الكلام في ذلك مفصلاً في كتاب الاجارة، و مما ذكرناه في التنازع في التلف يظهر حكم المقام. فالأظهر ان القول قول العامل.

ثم ان في المقام فروعاً اخر للتنازع، حيث تقدم نظائرها او عينها في الاجارة فلا نزيل الكلام بذكرها.

السادسة: و لو اشترى العامل اباه عتق نصيبه من الربح فيه، وسعى الأب في الباقي بلا خلاف، و يشهد به الصحيح المتقدم.

نفقة العامل المسافر على رب المال

السابعة: و ينفق العامل من الاصل في حال السفر كمال نفقته من مأكل

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب كتاب الوديعة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب العارية- حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٠٢

قدر كفايته

و مشرب و ملبس و مسكن، و نحو تلكم مما هو داخل في النفقة قدر كفايته، كما هو المشهور بين الاصحاب، و عن التذكرة نسبتته الى علمائنا، و عن الخلاف الاجماع عليه.

و في المسألة قولان آخران و ان لم يحضرنى الآن القائل:

احدهما: انه لا يخرج من اصل المال الا ما زاد على نفقة الحضر.

الثاني: ان نفقة السفر كلها على العامل كنفقة الحضر.

و الاول اظهر، لصحيح علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام في المضارب ما انفق في سفره فهو من جميع المال، و اذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه «١» و نحوه خبر السكوني «٢».

و استدل للثاني بالاجماع على ان نفقة الحضر على نفسه، فما ساواه في السفر يحتسب ايضاً عليه، و الزائد على ذلك من مال القراض. و بانه انما حصل بالسفر الزيادة لا غير، اما غيرها فسواء كان مسافراً ام حاضراً لا بد منه، فلا يكون من مال القراض.

و استدل للثالث بان الربح مال المالك، و الاصل ان لا يتصرف فيه الا بما دلّ عليه الاذن، و لم يدلّ إلّا على الحصّة التي عينها للعامل، و هو لم يدخل في العمل إلا على هذا الوجه فلا يستحق سواه.

و لكن جميع ذلك من قبيل الاجتهاد في مقابل النص، مع ما فيها من الاشكال، فالقول المشهور هو المنصور. و تمام الكلام في ضمن فروع:

١- المراد من السفر العرفي لا الشرعي و هو ما يجب فيه القصر، فيشمل

(١) الوسائل- باب ٦ من ابواب كتاب المضاربة- حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب كتاب المضاربة حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٠٣

[...]

السفر فرسخين او ثلاثة، و ما لو اقام في بلد عشرة ايام، لان ما دلّ على تحديد السفر الموجب للقصر، لا يدل على ان غيره ليس من السفر حتى بالنسبة الى سائر الاحكام، و مقتضى اطلاق الخبرين ثبوت الحكم في كل ما يعدّ سفراً.

٢- الظاهر من الخبرين - سيما بضميمة مناسبة الحكم و الموضوع - ان الواجب الاقتصار من السفر على ما يحتاج اليه في التجارة، او مما يتعلق بها، كما لو اقام زيادة عما يحتاج اليه فيها لخوف طريق مثلا او حبس ظالم او نحو ذلك مما يتعلق بالتجارة، فلو اقام للراحة او للتفرج او لتحصيل مال له او لغير مال القراض، فانه لا يستحق عن تلك المدة شيئاً من مال القراض للنفقة، كما صرح بذلك كله المصنف ره. و ما في المسالك من التخصيص بما يحتاج اليه في التجارة، في غير محله.

٣- ان المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول و ملبوس و مشروب و ما شاكل - و سيجيء ضابطها في كتاب النكاح في مبحث النفقات - و ليس منها جوائز و عطايا و ضيافته و مصانعاته، الا اذا كانت التجارة متوقفة عليها، و يراعى فيها غيرها من النفقات ما يليق بحاله. فلو اسرف حسب عليه، و لو قتر هل يحتسب له ام لا؟ وجهان مبنيان على ان المأخوذ في لسان الدليل النفقة أو مقدارها، فعلى الاول لا يحسب، و على الثاني يحسب له، و حيث ان ظاهر الخبرين هو الاول فلا يحسب له.

٤- لو اشترط كون النفقة على العامل لا تخرج من المال قضاء للشرط، و لو اشترط كونها على المالك كان تأكيداً. فعلى الاول لا بد من ضبطها على وجه يخرج الشرط عن الجهالة، و لا - كذلك على الثاني، لانها ثابتة باصل الشرع فلا يزيد الاشرط على الثابت بالاصل. و ان شئت قلت: ان غاية ما يلزم من جهالته بطلان الشرط و هو لا يبطل العقد، و المفروض انه مع بطلان الشرط ايضاً تكون النفقة على المالك، فلا مانع من الجهالة فيه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٠٤

[...]

٥- الظاهر من النص و الفتوى ان النفقة من مال القراض و ان لم يحصل ربح، انما الكلام في انه لو حصل ربح، هل تؤخذ منه مقدمة على حق العامل، ام تخرج من اصل المال؟.

قال في محكي التذكرة: و القدر المأخوذ في النفقة يحسب من الربح، و ان لم يكن هناك ربح فهو خسران لحق المال، و نحوه ما في المسالك. و هو الظاهر، فان غاية ما يدل عليه الخبر ان كون نفقة السفر من المال، و اذا انضم الى ذلك ما دل على ان حصة العامل انما هي من الربح، و هو انما يصدق على ما يبقى بعد جبر جميع ما حدث على المال من اول تسلمه الى انتهاء المضاربة، كانت النتيجة هو تقديمها على حصة العامل.

٦- استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه، فلو سافر الى غيره فلا نفقة، بل دلت النصوص على انه يضمن المال، و تكون الخسارة الواردة عليه على المال و منها ما انفق على نفسه، لاحظ صحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام في الرجل يعطى المال، فيقول: له ائت ارض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها، قال عليه السلام: فان تجاوزها و هلك المال فهو ضامن، و ان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، و ان ربح فهو بينهما «١» و نحوه غيره.

٧- المشهور بين الاصحاب انه لا يجوز للعامل ان يسافر من دون اذن المالك الا اذا كان هناك متعارف، و عن جامع المقاصد نسبته الى علمائنا، و عللوه بان فيه تغريراً بالمال، و هو كما ترى.

٨- لو كان لنفسه مال غير مال القراض و كان السفر لهما، فالظاهر - كما

(١) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب المضاربة حديث - ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٠٥

و لا يطاق جارية القراض من دون اذن و الاطلاق يقتضى الشراء بعين المال،

صرح به في الشرائع وغيرها- التوزيع. و هل هو على نسبة المالين او العاملين؟ وجهان، اجودهما الاول، لان استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال لا العمل، كما في المسالك تبعا لجامع المقاصد.

٩- لو سافر بمال المضاربة، فاتفق عزله في السفر و انتزاع المال منه، كانت نفقة الرجوع عليه، لانه انما يستحق النفقة ما دام كونه مضاربا، فبارتفاع العقد يرتفع سبب الاستحقاق. و دعوى انه يرجع بما انفق على المالك لقاعدة الغرور، مندفعه بانه لا غرور بعد دخوله على العقد الجائر الذي هو معرض ذلك.

١٠- اذا مرض في السفر، فان كان لا عمل له في المال معه تكون نفقته ايام مرضه عليه، و ان كان لا يمنعه من العمل بالمال فهي على المالك. و هل الدواء من النفقة؟ وجهان، يأتي ما هو الحق عندنا في مبحث النفقات. السابعة: و لا يطاق جارية القراض من دون اذن و هو واضح.

حكم الشراء في الذمة

الثامنة: قالوا: و الاطلاق يقتضي الشراء بعين المال لا في الذمة.

و استدلوا له تارة بانه المفهوم او المتيقن منه، و اخرى بانه اذا اشترى بكلي في الذمة لا يصدق على الربح انه ربح مال المضاربة، و ثالثة بان في الشراء في الذمة تغيرا بمال المالك و جعله في معرض التلف، و رابعة بان الشراء في الذمة قد يؤدي الى وجوب دفع غيره، كما اذا تلف رأس المال قبل الوفاء و لعل المالك غير راض بذلك. و هذه كلها كما ترى.

و الحق ان يقال: انه بعد ما تعارف في المعاملات الشراء بالذمة على وجه الحلول،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٠٦

و بثمن المثل

لا ينبغي الاشكال في جوازه كذلك و الدفع من رأس المال. و اما الشراء بها على وجه التأجيل، فان كان فيه الغبطة و الفائدة جاز، لان الغرض الاقصى من القرض تحصيل الفائدة و الربح، و لذا يجب ان يكون تصرف العامل مقصورا على ما يحصل به هذه الغاية الذاتية. نعم، اذا لم يكن فيه الغبطة و الفائدة لم يجز لما ذكرناه و يمكن ارادة الاصحاب المنع عن هذا بالخصوص. ثم ان الشراء في الذمة يتصور على وجوه:

١- ان يشتري في ذمة المالك.

٢- ان يشتري في ذمة نفسه لكن بما انه عامل، و مرجعه الى الاول، و الحكم في صورتين ظاهر.

٣- ان يقصد ذمة نفسه و كان قصده الشراء لنفسه، و لم يكن من نيته الوفاء من مال القراض ثم دفع منه، لا إشكال في صحة الشراء، و كون الربح لنفسه، و الاداء من مال القراض ان كان بنية الاستقراض و كان مأذوناً في ذلك فلا اشكال ايضا، و الا فهو غاصب بالنسبة اليه.

٤- ان يقصد ذمة نفسه مع قصده دفع الثمن من مال المضاربة، فالظاهر انه على فرض صحة الشراء حكم هذه الصورة حكم ما قبلها، و اما الصحة فقد مر الكلام فيها تحت عنوان عام،- و هو ان اشترى في ذمته مع قصد الاداء من المال الحرام- في كتاب البيع.

٥- ان يقصد الشراء في ذمته من غير النفقات الى نفسه و المالك، و الظاهر- كما افاده صاحب الجواهر ره و غيره- انه يتعلق الثمن بذمته ظاهرا و واقعا، و يكون الربح له كما لو نوى نفسه. فما عن الرياض من الوقوع للمالك في هذه الصورة، ضعيف.

التاسعة: و

اطلاق العقد يقتضى الشراء بثمن المثل

كما هو المشهور،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٠٧

و لو فسخ المالك المضاربة

فلا يجوز له ان يبيع باقل من ثمن المثل، كما لا يجوز له ان يشتري بازيد من ثمن المثل، و يظهر وجهه مما ذكرناه فى المسألة السابقة. و به يظهر ان ما افاده سيد الرياض من جعل المدار على حصول المصلحة مع الاطلاق، و ان كان فرضها فى نحو البيع بدون ثمن المثل نادرا، متين. و قريب منه فى الحدائق.

و قيده صاحب الجواهر به بما اذا كان متعارفا، اما اذا كان نادرا فلا يدخل فى الاطلاق، لانصرافه الى المتعارف. و فيه: ما ذكرناه مرارا من ان الانصراف الناشئ عن التعارف و كثرة الوجود لا عبرة به.

للعامل اجرة المثل اذا فسخ المالك المضاربة

العاشرة: و لو فسخ المالك المضاربة. فاما ان يكون قبل الشروع فى التجارة، او فى مقدماتها، او بعده قبل ظهور الربح، او بعده فى الاثناء، او بعد اتمام التجارة قبل القسمة، او بعدها. فالكلام فى فروع:

١- ان كان الفسخ قبل الشروع فى العمل و فى مقدماته، فلا اشكال و لا كلام فى انه لا شىء له و لا عليه.
٢- ان كان ذلك من اتمام العمل و بعد القسمة، فاذا كان حصل الربح يقسمانه، و الا فلا شىء للعامل و لا عليه، حصلت خسارة او لم يحصل الربح و لا- الخسارة. فما يظهر من اطلاق بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح، غير تام، لان وضع المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح، فكان ذلك شرط ضمنى فى عقدها، و به يخرج عما دل على احترام عمل المسلم، و انه لا يذهب هدر ان كان عن امر.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٠٨

فللعامل اجرته الى ذلك الوقت

٣- اذا كان الفسخ فى الاثناء قبل حصول الربح، ف فى المتن للعامل اجرته الى ذلك الوقت و مقتضى اطلاقه كإطلاق ما فى الشرائع ثبوت اجرة المثل لما عمل.

و استدلل له بان عمله محترم صدر باذن المالك، لا على وجه التبرع بل فى مقابلة الحصه، و قد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح، فيستحق اجرة المثل الى حين الفسخ.

و فيه: ان الامر بالعمل انما هو على الحصه من الربح على تقدير وجوده، و لو لم يوجد فلا شىء له، و حيث ان للمالك الفسخ متى شاء، فكان اقدامهما على ان لا يكون له شىء الا مع بقاء العقد و حصول الربح و بدون ذلك لا شىء له، و مع الاقدام على ذلك لا وجه للضمان.

٤- اذا كان الفسخ بعد حصول الربح فى الاثناء أخذ العامل حصته منه و ان قل، كان ذلك بعد الانضاض او قبله، اتفقا فى الاول كما فى المسالك، و وجهه ظاهر مما قدمناه.

و مما ذكرناه ظهر حكم ما لو فسخ العامل، و انه انما يستحق من الربح حصته ان ظهر و لا يستحق اجرة المثل في شىء من الموارد، كما يظهر حكم ما لو حصل الانفساخ بموت أو جنون و ما شاكل.

و قد وقع الكلام في صورة الفسخ أو الانفساخ في احكام، و هي: وجوب الانضاض اذا كان بالمال عروض، و وجوب الجباية عليه اذا كان به ديون على الناس، و وجوب الرد على المالك.

اما الاول فغاية ما قيل في وجه وجوبه على العامل اذا طلبه المالك، ان قوله

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٠٩

[...]

صلى الله عليه وآله: على اليد ما اخذت حتى تؤدي (١) يدل عليه، لانه اخذه نقداً فيجب رده اليه كذلك، و ايضا ان التغير حدث في المال بفعله فيجب رده الى ما كان.

و فيه: اولاً: ان الحديث متضمن للضمان الخارج منه المقام، فكان الاولى الاستدلال له بما دل على وجوب رد الامانة.

و ثانياً: ان مال المالك حيث كان التغير حادثاً باذنه حال الفسخ هو العروض، و هو الذي يجب ادائه لا النقد الذي اخذه.

و أما ما في المسالك - تبعاً لجامع المقاصد - من الاستدلال له فيما اذا كان الفسخ بعد ظهور الربح، بان استحقاقه الربح و ان كان ثابتاً بظهوره الا ان استقراره مشروط بالانضاض، فيحتمل عروض ما يقتضى سقوطه، فدفعه ما تقدم من عدم توقف استقراره عليه، و ان شئت قلت: ان توقف الاستقرار على الانضاض فرع وجوبه، فاثبات الوجوب بالاستقرار دور واضح. فالظاهر عدم وجوب الانضاض مطلقاً، و لا فرق في ذلك بين كون الطالب له هو المالك او العامل.

و أما الثاني: ففي المسالك: و قد اطلق المصنف و جماعه وجوب جبايته على العامل، لاقتضاء المضاربة رد رأس المال على صفته و الديون لا تجرى مجرى المال، و لان الدين ملك ناقص و الذي اخذه كان ملكاً تاماً فليؤده كما اخذه، لظاهر: على اليد ما اخذت حتى تؤدي، انتهى.

و لكن الحديث قد عرفت اشكاله، و الادانة حيث تكون باذن المالك توجب عدم كون رد رأس المال على صفته واجباً، و مع الشك تكفي اصالة البراءة عن الوجوب. فالظاهر عدم وجوبه ايضاً.

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣١٠

الفصل السابع: في الوديعة، و هي عقد

و أما الثالث، فالكلام فيه سيأتي في الوديعة، فان المال بعد الفسخ امانة في يد العامل كما مر، فيلحقه حكم الامانة، و التمسك لوجوبه بحديث على اليد قد عرفت ما فيه.

الفصل السابع: في الوديعة

إشارة

و حقيقتها الاستنابة في الحفظ، و هي الامانة بالمعنى الاخص. و عرّفها في التذكرة بانها عقد يفيد الاستنابة في الحفظ، و الظاهر ان

مراده بالعقد اللفظ او الفعل الذي ينشأ به ذلك. و حيث عرفت ان العقد بنفسه من مقولة المعنى، كما عرفت ان اسامى المعاملات كلها اسام للاعتبارات النفسانية على ما مر في كتاب البيع، فما في الشرائع و المتن أولى، قال في الشرائع: العقد و هو استنابة في الحفظ، و في المتن:

و هي عقد و الامر سهل. و الاصل في شرعتها الكتاب، و السنة، و الاجماع.

قال الله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴿١﴾.

و قال عز شانه: فَلْيُؤَدِّ الَّذِينَ الَّذِينَ أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴿٢﴾.

و أما السنة فالاجبار بذلك بالغه حد التواتر، لاحظ:

خير الحسين الشباني عن الامام الصادق عليه السلام، قال قلت له: رجل من مواليك يستحل من مال بنى امية و دمائهم، و انه وقع لهم عنده وديعة، فقال عليه السلام: ادوا الامانة الى اهلها و ان كانوا مجوسا «٣».

(١) سورة النساء آية ٥٨.

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٣.

(٣) الوسائل - باب ٢ من ابواب الوديعة حديث - ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣١١

[...]

و خبر محمد بن مسلم عنه عليه السلام: قال امير المؤمنين عليه السلام: ادوا الامانات و لو الى قاتل ولد الانبياء «١».

و خبر عمر بن ابي حفص عنه عليه السلام: اتقوا الله، و عليكم باداء الامانة الى من ائتمنكم، فلو ان قاتل على بن ابي طالب ائتمنى على امانة لا ديتها اليه «٢».

و خبر عمار بن مروان عنه عليه السلام: اعلم ان ضارب على عليه السلام بالسيف و قاتله، لو ائتمنى على سيف و استنصحنى و استشارنى ثم قبلت ذلك منه، لا ديت اليه الامانة «٣» الى غير تلکم من الأخبار الآتى طرف منها في ضمن المباحث الآتية.

و أما الاجماع فقد نقله جمع من الاساطين منهم المصنف ره، قال في محكى التذكرة: و قد اجمع المسلمون كافة على جوازها، و تواترت الاخبار بذلك.

و في الحدائق: و يؤكد ذلك دلالة العقل و النقل على قضاء حاجة المؤمن و ادخال السرور عليه مع عدم المانع، كما لو لم يثق من نفسه بالحفظ لبعض الاسباب المتوقف عليها ذلك، انتهى.

و بذلك يظهر ان قبول الوديعة مستحب، بل عن التذكرة بعد التصريح بالاستحباب: و لو لم يكن هناك غيره، فالاقوى انه يجب عليه القبول، لانه من المصالح العامة، و بالجملة فان القبول واجب على الكفاية، ثم استثنى ما اذا تضمن القبول ضررا في نفسه أو ماله او على احد من اخوانه المؤمنين، و نفى في الحدائق البأس عما ذكره. و لكن الوجوب الكفائي يتوقف على توقف حفظ المال على الاستيداع،

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب الوديعة حديث ٦.

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب الوديعة حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٢ من ابواب الوديعة حديث ٨.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣١٢

[...]

و وجوب حفظ مال الغير عن التلف، و لا دليل على الثاني، بل ظاهر ما ذكروه في اللقطة عدم وجوب الحفظ، و الله العالم. □
ثم انه لا كلام في انها من العقود لا من الايقاعات و تحتاج الى القبول، و يشير اليه خبر عمار المتقدم. و مما ذكرناه في البيع و الاجارة و غيرهما يظهر انها كسائر العقود تحتاج الى الانشاء، و لا يكتفى بمجرد الاعتبار النفساني، و لكن ما ينشأ به لا يعتبر ان يكون لفظا، بل يصح الانشاء بالفعل و بالقول و الفعل معا، بان يكون الايجاب بالقول و القبول بالفعل. و لا يعتبر فيما ينشأ به العريئة، و لا الماضوية، و لا تقدم الايجاب على القبول، و لا الصراحة، و لا الحقيقة. كما انه قد ظهر مما قدمناه اعتبار كون المتعاقدين بالغين عاقلين مختارين. و في المقام فرعان:

١- قال في الشرائع: و لو طرح الوديعة عنده لم يلزم حفظها اذا لم يقبلها. و هو ظاهر، فانه مع عدم تحقق القبول لا تتحقق الوديعة، فلو تركها حينئذ و ذهبت لم يكن عليه ضمان.

و في المسالك: و لكن يأثم ان كان ذهابها بعد ما غاب المالك، لوجوب الحفظ من باب المعاونة على البر و اعانة المحتاج، فيكون واجبا على الكفاية.

و فيه: ان المعاونة على البر حسنة و ليست بواجبة، و كذا اعانة المحتاج، مع ان ذلك ليس منها.

و تفصيل القول في المقام: ان طرح الوديعة تارة يكون بعنوان الاستنابة في الحفظ و يكون فعله ذلك مقرونا بما يوجب ظهوره في كونه فعلا ينشأ به تلك، و اخرى لا يكون بهذا العنوان.

فعلى الاول ان قبلها من طرحت عنده قولاً او فعلاً تحققت الوديعة، و يترتب

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣١٣

[...]

عليها احكامها من وجوب الحفظ و عدم الضمان بدون التقصير. و ان لم يقبلها كان حكمها ما تقدم.

و على الثاني تكون تلك حينئذ امانة مالكية. توضيح ذلك: ان الامانة مالكية و شرعية، و الامانة المالكية على قسمين: الامانة الحاصلة بالتأمين العقدي كالوديعة، و الامانة الحاصلة بالتأمين بالتسليط على ماله برضاه و هي الامانة بالمعنى الاعم، و بهذا المعنى اطلقت الامانة على العين المستأجرة و المرهونة و المضارب بها و ما شاكل. و الامانة الشرعية فيما كان التسليط على المال بحكم الشارع، كما في تسليط الولي على مال القاصر، و كالتسليط على مجهول المالك و ما شاكل.

و ليعلم ان الامانة المالكية الاعم انما تتحقق بالتسليط على المال عن الرضا من دون توقف على شيء آخر، كما يستفاد مما ورد في الابواب المتفرقة من العارية و المضاربة و الوديعة و نحوها، لاحظ صحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام: صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان، و قال: ليس على مستعير عارية ضمان، و صاحب العارية و الوديعة مؤتمن «١» و نحوه غيره من النصوص الكثيرة.

فانه ليس في شيء من هذه الموارد سوى التسليط على المال عن الرضا، فيستكشف من ذلك ان كل تسليط عن الرضا ائتمان، و يترتب عليه عدم الضمان و غيره مما يكون مترتباً على المؤتمن. و على هذا ففي المقام لو طرح المال عنده فان لم يضع يده عليه فلا شيء عليه، و ان اثبت يده عليه فلا ضمان عليه لو تلف عن غير تقصير.

و هل يجب عليه حفظه حينئذ كما في المسالك، قال: و اليد توجب الحفظ الى ان

(١) الوسائل باب ١ من ابواب العارية حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣١٤
[...]

ترده على مالكة، لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي «١» ام لا يجب عليه الحفظ؟ وجهان، اظهرهما الثاني، فان الدليل انما دل على وجوب الحفظ في الامانة بالمعنى الاخص، واما في الامانة بالمعنى الاعم الحاصلة من التسليط عن رضاه التي ليس مقتضاها الا كون استيلائه عن رضا المالك، فلا دليل على وجوب الحفظ. واما الحفظ من حيث انه مال محترم فلا يجب اصلا، ولذا لا يجب التقاطه بل يكره. و التمسك بحديث على اليد غريب، فان الحديث في الضمان ولا يدل على وجوب الرد تكليفاً، مع ان يد الأمين خارجة عن تحت الحديث. فالظاهر عدم وجوب الحفظ عليه.

و يترتب على ذلك انه لو ترك الحفظ و تلف لا يكون ضامنا، اذ لو لم يكن الحفظ واجبا لم يكن تركه تفريطا، و إلى ما ذكرناه يشير خبر اسحاق عن جعفر عن ابيه عليهما السلام: ان عليا عليه السلام كان يقول: لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب، لانه انما اخذ الجعل على الحمام و لم يأخذ على الثياب «٢» فانه مع استيلاء الحمامي على الثياب يدل على انه لو كان أخذ الجعل على الثوب كان مكلفا بحفظه، فترك التحفظ عليه تفريط فيكون ضامنا و حاله حينئذ حال الوديعة بخلاف ما اذا لم يكن حفظ الثوب بعهدته، فانه لا يجب عليه الحفظ، فتركه التحفظ ليس تفريطا فلا يكون ضامنا.

٢- لو اكره على قبضها لم تصر وديعة، لعموم حديث رفع ما استكروها عليه «٣» فلا- يجب عليه حفظها. و في المسالك: لكن يجب تقييده بما اذا لم يضع يده عليها بعد

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

(٢) الوسائل - باب ٢٨- من ابواب الاجارة حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣١٥

جائز من الطرفين

زوال الاكراه مختاراً، فانه حينئذ يجب عليه الحفظ باليد الجديدة، و ان لم يجب بالاكراه،.

وفيه: ان وضع يده عليها بعد زوال الاكراه ان كان بعنوان قبول الوديعة، او كان حين ما اكره قبل الوديعة و كان ذلك منه رضا به، و كان المالك انشأ الوديعة قولاً او فعلاً، و جب عليه الحفظ و الافلا، و ان كان المال عنده امانة مالكية كما مر.

الوديعة عقد جائز

و كيف كان، فلا- خلاف بينهم في ان الوديعة عقد جائز من الطرفين. و في الجواهر: بل الاجماع بقسميه عليه، و هو الحجة في تخصيص الآية «١» و غيرها من ادلة اللزوم. و يترتب عليه بطلانه بموت كل منهما او بجنونه و اغمائه، و نحو ذلك مما يخرج به ماله عن ملكه او ولايته عليه، كما هو الشأن في العقود الجائزة مطلقا على ما مر في باب المضاربة، و قد عرفت هناك انه لا يمكن اثبات ذلك بالدليل، و لكن لتسالم الاصحاب بيني عليه، فراجع ما ذكرناه.

و لو بطل العقد، فالمال يكون في يد الودعي امانة شرعية، كما في الشرائع و المسالك و الجواهر و غيرها. و استدل له بعدم اذن المالك الصوري، و حصول الاذن من المالك الحقيقي في الاستيلاء عليه للرد حسبه، و حينئذ يلحقه حكم غيره من الامانات الشرعية. و لكن يمكن ان يقال: ان الامانة الشرعية ملاكها الترخيص في اثبات اليد على مال الغير لحفظه أو لا يصال المال الى مالكة، كما استفيد من ادلة اللقطة و مجهول

(١) سورة المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣١٦

[...]

المالك و ما شاكل، و ليس مجرد الترخيص الشرعي تأمينا شرعيا، كما لو اباح الشارع وضع اليد على العين المستأجرة لإباحة المالك اياه، فانه من باب اباحة ما اباحه المالك لا تأمين من الشارع بل الترخيص الابتدائي منه، كما في اللقطة تأمين من الشارع. و عليه ففي المقام غاية ما يثبت بالدليل وجوب رد المال الى صاحبه، و هو وجوب عرضي يتبع حرمة امساكه، فلا ترخيص ابتداء من الشارع في وضع اليد عليه، و لا إيجاب للايصال ابتداء حتى يكون حاله كحال الترخيص الابتدائي، و عليه فليس هو امانة شرعية، بل يجب الرد من باب حرمة امساك مال الغير. و على هذا، فهل يكون ضامنا له لو تلف ام لا؟ يشهد للضمان عموم قاعدة على اليد «١» فان الخارج عنها يد الأمين، و هو ليس أمينا على الفرض.

و استدل لعدم الضمان تارة بعدم شمول القاعدة للمقام، نظرا الى ما عن المحقق النائيني ره، قال: ان الاخذ هو الاستعلاء على الشيء بالقهر و الغلبة، كما تشهد به موارد استعماله، لاحظ قوله تعالى وَ كَذَلِكَ أَخْذُ رَبِّكَ إِذْ أَخَذَ الْقُرَىٰ «٢» و قوله سبحانه وَ لَأَخْذُنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ الْوَتِينَ «٣» و قوله تعالى فَأَخْذُنَا هُمْ أَخْذُ عَزِيزٍ مُّقْتَدِرٍ «٤» و غير تلكم من موارد استعماله، و عليه فيختص الحديث بصورة الغصب و لا يشمل امثال المقام.

و اخرى بان قاعدة الاحسان تمنع عن الضمان، بدعوى ان وضع يده على المال

(١) سنن البيهقي ج ٦- ص ٩٠.

(٢) سورة هود آية ١٠٢.

(٣) سورة الحاقة آية ٤٦.

(٤) سورة القمر آية ٤٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣١٧

[...]

بداعي الايصال الى مالكة احسان اليه و مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ «١» الشامل لكل سبيل دنيوي او اخروي.

و لكن يرد على الاول ان الاخذ بحسب اللغة معناه تناول الشيء، كان عن قهر و غلبة ام لم يكن، و استعماله في غير موارد الاخذ بالغلبة و القهر كثير، لاحظ قوله تعالى خُذِ الْعَفْوَ «٢» و قوله عز اسمه خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً «٣» و قوله عليه السلام: خذها فاني اليك معتذر، و غير تلكم من الموارد، فالحديث يدل على الضمان في كل مورد كان مال الغير تحت اليد، و من تلك الموارد المقام.

و يرد على الثاني ان قاعدة اليد تخصص بقاعدة الاحسان كتخصيصها بقاعدة الائتمان الا انها في موارد التمحض في الاحسان، كما لو علم من حال المالك رضاه بوضع اليد على ماله لا يصاله اليه، فانه ليس هناك تسليط ليكون امانة مالكية، لكنه يجوز وضع اليد عليه، فوضع اليد للايصال احسان محض منه، و مع تلفه قبل وصوله لا-ضمان، و اما في المقام فايصال المال الى صاحبه واجب من حيث حرمة امساكه، فهو حينئذ ترك الاساءة لا من باب انه احسان محض.

فتحصل مما ذكرناه انه يكون ضامنا لو تلف قبل الايصال، الا ان يثبت الاجماع على عدم الضمان.

(١) التوبة آية ٩٢.

(٢) سورة الاعراف آية ٢٠٠.

(٣) سورة التوبة آية ١٠٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣١٨

و يجب حفظها بمجرى العادة و لو عين المالك حرزا تعين، فلو خالف ضمن

وجوب الحفظ على المستودع

و تمام الكلام في هذا الفصل في طي مسائل:

الاولى: و يجب حفظها اي الوديعة بمجرى العادة، كالثوب في الصندوق، و الشاة في المراح، و الدابة في الاصلب، او ما يجري مجرى تلكم في الحرز لمثلها في العادة، كما هو الشأن في كل ما لا حد له شرعا فانه يرجع فيه الى العرف و العادة. و منه المقام فان الوديعة كما مر استتابة في الحفظ، و ليس لها في الشرع حد فيتعين الرجوع فيها الى العادة. و على ذلك فلا يهمننا النزاع في المصاديق، مثل انه هل يجب ان يكون الصندوق محرزا ام يكفي مطلقة، فان الضابط ما ذكرناه، و الميزان هو حفظها بما يحفظ به امواله. و لا فرق في ذلك بين علم المودع بان المستودع ليس له ما يحفظ فيه الوديعة، أو عدم علمه بذلك.

و الدليل على وجوب الحفظ- مضافا الى الاجماع المحقق، و كون ذلك من مقتضيات عقد الوديعة فانها كما مر استتابة في الحفظ- الآيات و النصوص المتقدمة الدالة على وجوب رد الامانة، فانه لو لا وجوب حفظها لم يجب ادائها، و لو كان يجوز له اهمالها و عدم حفظها كيف يترتب عليها وجوب الاداء. و الاخبار الآتية الدالة على الضمان مع ترك الحفظ، اذ لو لم يكن الحفظ واجبا لم يكن وجه للضمان بتركه.

و لو عين المالك حرزا تعين، لاصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه، فلو خالف ضمن لانه عاد، و قد استثنوا من ذلك موردين: الاول: ما اذا كان النقل الى الأحرز، فقد ادعى الاجماع على انها في هذا المورد لو تلفت لا تضمن، و اضاف جمع منهم اليه النقل الى مثله.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣١٩

الامع الخوف. و يجب على الودعي علف الدابة و سقيها، و يرجع به على المالك.

و التحقيق ان يقال: انه ان فهم من التعيين ان الغرض المعاملي له الاحتفاظ و انما عين المحل الخاص من باب المثال، فمع النقل الى الاحرز او المساوي لا ضمان، و الا فالمتجه هو الضمان.

الثاني: ما ذكره المصنف ره بقوله الامع الخوف لجواز النقل حينئذ حسبة، بل قالوا انه لو قال المودع: لا تنقلها عن هذا المكان و ان

تلفت فيه، لعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقي، بل حرم عليه اضاعه المال و اتلافه في غير وجهه، و من ذلك النهي عن التبذير، و عن تمكين السفهاء من الاموال التي جعلها لنا قواما.

فهل يجب النقل حينئذ كما في المسالك، لان الحفظ واجب عليه و لا يتم الا بالنقل و للنهي عن اضاعه المال، ام لا؟ الظاهر هو الثاني، فان وجوب الحفظ ان كان بمناط وجوب حفظ المال المحترم، فقد مر انه لا وجه لوجوبه، و لذا لا يجب التقاطه بل يكره. و ان كان بمناط وجوب حفظ الوديعة، فالمفروض انه بالنقل يخرج عن الوديعة، فانه قيّد فيها عدم النقل. و اما النهي عن اضاعه المال، فهو بالنسبة الى المالك، و لا دليل على حرمتها على غير المالك حتى بترك الحفظ اياه عن التلف، بل لا يحرم ذلك قطعاً. فالأظهر عدم وجوبه، و عليه فحيث يجوز شرعاً النقل حسباً، فلا ضمان عليه لو نقلها و تلفت، لقاعدة الاحسان بالتقريب المتقدم.

وجوب سقى الدابة و علفها على الودعي

الثانية: و يجب على الودعي علف الدابة و سقيها و يرجع به على المالك على المشهور بين الاصحاب، بل بلا خلاف في ذلك في الجملة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٢٠

[...]

و تفصيل القول في المقام ان هاهنا صوراً:

الاولى: ان يأمره المالك بذلك، لا إشكال في انه يجب عليه كما صرحوا به، لانه من مقدمات الحفظ المأمور به، و يرجع به على المالك، و ذلك لان حقيقة الوديعة هي الاستتابة في الحفظ، فهي و ان كانت بطبعها آبية عن التعويض - و الا لكانت اجارة على العمل لا وديعة - موجبة لتزليل الودعي منزلة المالك في حفظها الذي لا عوض لمالكها. و لكن ذلك بالنسبة الى الحفظ نفسه، و اما ما يتوقف عليه الحفظ من مال او عمل فالوديعة بنفسها لا اقتضاء بالنسبة اليه من حيث التعويض، و عليه فاذا كان المالك مستوفياً له بالامر به كان ذلك موجبا للضمان، فيرجع الودعي اليه. و أما قاعدة احترام المال التي استدلت بها بعضهم في المقام للضمان، فقد مر انها بنفسها ليست من موجبات الضمان، و لا توجب الرجوع الى من وصل نفعه اليه.

الثانية: ان ينهاه عن ذلك، ففي الشرائع و غيرها لم يجز القبول، بل يجب سقيها و علفها. □
و استدلت له في المسالك و غيرها بانه حق الله تعالى كما انه حق المالك، فلا يسقط حق الله تعالى باسقاط المالك حقه. و بان اتلاف المال منهي عنه.

و لكن قد مر ان حفظ الحيوان من التلف لا يكون واجبا على غير المالك، و لذا لا يجب التقاط الحيوان اذا خاف عليه التلف، و الحفظ بعد الالتقاط من جهة كونه امانة شرعية يجب حفظها من التلف، كما ان وجوب الحفظ على مالكة انما هو من جهة وجوب نفقة المملوك على مالكة لا من حيث حفظ النفس المحترمة، و المفروض انه لا يجب الحفظ من جهة الوديعة لنهي المالك عنه. و اما حرمة اتلاف المال فقد عرفت انه مختص بالمالك، فحرمة الاتلاف غير المستلزم للتصرف في ملك الغير غير ثابتة و الاصل عدمها.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٢١

[...]

فعلى هذا لا يجب عليه سقى الدابة في هذه الصورة و لا علفها، بل لا يجوز من غير مراجعة الحاكم، فانه تصرف في مال الغير بلا رضاه. و لو سقاها و اعلفها و الحال هذه، ليس له الرجوع بقيمتها على المالك، كما ظهر مما ذكرناه في الصورة الاولى.

الصورة الثالثة: ان يطلق المالك المودع لا- يأمره و لا- ينهاه، و الظاهر في هذه الصورة وجوب السقى و العلف، لانهما من مقدمات الحفظ المأمور به، بل قد يقال- كما عن التذكرة و غيرها-: ان مقتضى الشرط الضمنى هو ذلك.

و هل يرجع بما بذله في مقام حفظه الى المالك ام لا-؟ الظاهر ذلك، لا لمجرد وجوب الحفظ فانه لا اقتضاء من حيث المجانية و عدمها، و لا لحرمة المال المبذول فانها لا توجب الضمان ما لم يكن المالك مستوفيا له بالمباشرة او بوكيله او بأمر أحدهما أو بأمر الحاكم، بل لمفهوم قوله عليه السلام في صحيح ابى ولاد في جواب قول السائل: جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلى عليه علفه: لا، لانك غاصب «١» فانه يستفاد منه ان غير الغاصب له الرجوع بما انفق على الدابة.

فالمتحصل مما ذكرناه انه مع الاطلاق او الأمر بهما يجب السقى و العلف، و يرجع بما بذله على المالك.

بقى الكلام في الضمان مع الهمال في حفظ الدابة بترك السقى و العلف، فالظاهر هو ذلك، لا لوجوب الحفظ فانه لا يوجب تركه إلاً الاثم، و لا من جهة تخلف الشرط الضمنى او الصريح فان ترك الوفاء بالشرط ليس من موجبات الضمان، بل لان ترك الحفظ داخل في التعدى او التفريط، و سيجىء ان اليد معه مضمنة، و النصوص الخاصة دالة عليه ايضا.

(١) الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٢٢
و يضمن المستودع مع التفريط لا بدونه،

ثم انه لا يهمنّا البحث في جواز اخراج الدابة من المنزل و عدمه، لما مر- و مما ذكرناه يظهر حكم ما لو كانت الوديعة غير الحيوان- كشجر و بناء و نحوهما- و انه مع الاطلاق، او الامر بإنفاق ما يتوقف عليه حفظها، يجب و يرجع بما بذله على المالك.

ضمان المستودع مع التعدى او التفريط

إشارة

الثالثة: (و يضمن المستودع مع التفريط) بترك التحفظ، أو التعدى بالمخالفة في كيفية الحفظ، أو الخيانة بالتصرف في المال. و الضابط هو التقصير، و ان حصره بعضهم في ستة: الانتفاع بها، و الايداع، و التقصير في دفع المهلكات، و المخالفة في كيفية الحفظ، و التضييع بان يلقيا في مضيعة، و الجحود. و لا يضمن بدونه، بلا خلاف فيهما بل عليهما الاجماع بقسميه في الجواهر.

و يشهد بهما- مضافا الى قواعد باب الضمان كما مر في الاجارة و المضاربة و غيرها- النصوص الخاصة المتعلقة جملة منها لعدم الضمان على الائتمان، اما بجعله سببا، او عنوانا لعدم الضمان، لاحظ:

ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح و الحسن عن ابى عبد الله عليه السلام: صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان «١».

و صحيح زرارة- او حسنه- عنه عليه السلام عن وديعة الذهب و الفضة، فقال عليه السلام: كل ما كان وديعة و لم تكن مضمونة لا تلزم «٢».

(١) الوسائل باب ١ من ابواب العارية حديث ٦ و باب ٤ من ابواب الوديعة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب الوديعة- حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٢٣

]...[

و موثق اسحاق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا الف درهم فضاغت، فقال: الرجل كانت عندي وديعة، و قال الآخر: انما كانت لي عليك قرضا، فقال عليه السلام: المال لازم له، الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة «١».

و صحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام عن الرجل يستبضع المال فيهلك او يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال عليه السلام: ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل امينا «٢» و نحوها غيرها.

اضف الى ذلك النصوص الدالة على الضمان بالتعدى والاستهلاك في باب المضاربة و الرهن، بعد معلومية اشتراك الجميع في الحكم المزبور باعتبار كونها امانة. مع انه يدل على الضمان بالتعدى مكاتبة محمد بن الحسن الى ابي محمد عليه السلام: رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاغت، هل يجب عليه اذا خالف امره و اخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن له ان شاء الله «٣».

و على الجملة، فان الاستفادة من مجموع الأدلة بعد ضم بعضها الى بعض، ان تلف المال عند الودعي لا يوجب الضمان الا مع التقصير في الحفظ، الموجب لخروج اليد عن كونها يدا امانية و مأذونة و صيرورتها خيانية.

و قد وقع الخلاف و الكلام في جملة من الموارد، كترك ما يحفظ به الوديعة مثل نشر الثوب و طيه و تعريضه للهواء، و المسافرة بها، و اخراج الوديعة من الحرز لينتفع بها، و الجحود، و ما شاكل. و حيث انه لا نص في شيء من الموارد يعتمد عليه، فلا بد في كل مورد من عرضه على الميزان المتقدم ثم الحكم بالضمان و عدمه، فلا يهمننا البحث في

(١) الوسائل - باب ٧ من ابواب الوديعة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب المضاربة حديث ٨.

(٣) الوسائل باب ٥ من ابواب الوديعة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٢٤

]...[

كل مورد بالخصوص.

نعم، لا بأس ببيان حكم ما لو ضيع بالنسيان، فالمحكي عن جماعة - منهم المصنف ره في التحرير و ولده و المحقق الثاني - الضمان، و استدلل له بان الدليل دل على ان الامين يضمن مع التعدى أو التفريط، و حديث رفع النسيان «١» لا يصلح رافعا للضمان، لكونه في مقام الامتتان و لا امتتان على الامة في رفعه، و لذا في سائر موارد الضمان لا يرتفع الضمان مع تحقق السبب نسيانا.

و اورد عليه بان مقتضى اطلاق ما دل على عدم ضمان الامين العموم، و غاية ما خرج منه العامد الاثم دون غيره، فاطلاق ذلك يقتضى عدم الضمان، و به يرفع اليد عن قاعدة على اليد «٢».

و فيه: انه و ان لم يكن دليل لفظي يدل على انه في هذا الباب يكون المتعدى او المفراط ضامنا، و لكن لا ريب في استفادة ذلك من مجموع ما تقدم، بل يمكن ان يقال انه يستفاد ذلك من نفس ما دل على انه لا ضمان على الامين، فان اخذ الامانة عنوانا للموضوع مشعر بذلك، و المضيع و ان كان عن نسيان ليس يده امانية. فالظاهر هو الضمان.

اعادة الوديعة بعد التفريط

المعروف بين الاصحاب انه اذا اعاد الوديعة بعد التعدي او التفريط الي

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٢٥

و لا يزول الا بالرد الي المالك او الابرء

الحرز، لم يبرأ و لا يزول الضمان.

قال في محكي التذكرة: اذا صارت الوديعة مضمونة على المستودع، اما بنقل الوديعة و اخراجها من الحرز، او استعمالها كركوب الدابة و لبس الثوب او غيرها من اسباب الضمان، ثم انه ترك الخيانة و ردّ الوديعة الي مكانها و خلع الثوب، لم يبرأ بذلك عند علمائنا اجمع، و لم يزل عنه الضمان و لم تعد امانته، انتهى.

و التحقيق يقتضى ان يقال: ان الدليل دل على عدم ضمان الودعي، خرج عن ذلك ما لو كان متعدياً او مفرطاً. و عليه فاذا فرط او تعدى ثم عاد، يدخل المقام تحت كبرى كلية مذكورة في الاصول، و هي انه اذا فرض خروج بعض الافراد في بعض الازمنة عن العموم، فهل فيما بعد ذلك الزمان المخرج بالنسبة الي ذلك الفرد يجرى استصحاب حكم الخاص أو يتمسك بالعموم؟ و حيث ان المختار عندنا هو التمسك بالعموم مطلقاً، و ان لم يكن لدليل ذلك العموم عموم ازماني، و لا يصح الرجوع الي الاستصحاب، فالمتعين في المقام البناء على ارتفاع الضمان و عدم بقاءه، لفرض ان الوديعة لا تنفسخ بالخيانة، بل تلك الوديعة في حال الخيانة خارجة عن تحت عموم ما دل على عدم الضمان، فاذا اعاها الودعي فقد دخلت تحت العموم، و لا مجال لاجراء استصحاب بقاء الضمان. و أولى بذلك ما لو جدّد المالك له الاستيمان، بان فسخ العقد السابق ثم اودعه جديداً.

فان قيل: ان المصنف ره ادعى الاجماع على الضمان، فهو المقيد للاطلاق.

قلنا: انه ليس اجماعاً تعدياً، لاستدلّالهم له بالاستصحاب.

و على تقدير ما بنى عليه القوم من الضمان و الخروج عن كونه وديعة، فالظاهر انه لا يزول الضمان ألاً بالرد الي المالك، و عود الحكم الاول انما هو بتجديد المالك له الوديعة او الابرء، بان يبرأه المالك من الضمان.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٢٦

[...]

و الاول مورد الوفاق. انما الخلاف بينهم في انه لو لم يردها و لكن جدّد له المالك الايداع، فظاهر الاكثر انه كالاول، و علّوه بان الضمان انما كان بحق المالك، و قد رضى بسقوطه باحداثه ما يقتضى الامانة.

وقيل: لا يزول الضمان، و هو ظاهر المتن، و استدل له بظاهر قوله عليه السلام على اليد ما اخذت «١».

و قال في المسالك: و يمكن بناء ذلك على ان الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان عنه ام لا؟ فان المستودع هنا قد صار بتعديته بمنزلة. و المسألة موضع اشكال، اذ لا منافاة بين الوديعة و الضمان كما في المفروض المذكور، فلا يزول السابق بتجدد ما لا ينافيه، مع عموم قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي، و من انه قد اقام يده مقام يده و جعله وكيلاً في حفظها، و ذلك يقتضى رفع الضمان، الي ان قال: و الاقوى هنا زوال الضمان، لان المستودع نائب عن المالك في الحفظ فكانت يده كيده، و قبضه لمصلحته، فكان المال في يده بمنزلة ما كان في يد المالك، بخلاف الرهن، انتهى.

وفيه: انه اذا فسخ المالك الوديعة الاولى، و جدد العقد و لم يرجع المال الى يده، و قلنا بصحة الثاني، فلا اشكال في ارتفاع الضمان، و لا مورد للتمسك بعموم على اليد، لان يده بمقتضى الوديعة الثانية يد امانية. اللهم الا ان يقال مبتنيا على الكبرى المتقدمة: ان يده هذه كانت يد ضمان، فبعد ارتفاع العدوان و الخيانة يشك في بقاء الضمان و دخولها تحت ما دل على عدم الضمان على الامين، فيستصحب الضمان، و لكن قد اشرنا الى بطلانها.

و ان لم يفسخ المالك الوديعة الاولى، و قال: اذنت لك في حفظها أو اودعتها او

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٢٧

[...]

نحو ذلك، فلا كلام في عدم انفساخ الاولى و عدم حدوث عقد جديد، فحينئذ ان اراد بذلك البراءة، من الضمان فسيأتي حكمه. و الا- فقد استدل في المسالك لعدم الضمان تارة بانه لحق المالك و قد رضى بسقوطه باحداثه ما يقتضى الامانة و اخرى بان المستودع نائب عن المالك فكان يده كيده.

وفيه: انه لم يحدث ما يقتضى الامانة، و مجرد رضا المالك بسقوطه لا يكفي في السقوط، و كون يد المستودع كيد المالك اول الكلام. و ما افاده من ابتناء ذلك على مسألة ان الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان عنه ام لا، غير تام، فان المفروض في المقام عدم فسخ العقد الاول، و معه لا يؤثر الثاني شيئا قطعاً.

و أما الثاني- و هو الابراء- فقد جزم المصنف ره و المحقق في الشرائع بحصول البراءة من الضمان به، و وجهه ان الضمان كان لحقه فيسقط باسقاطه.

و اورد عليه صاحب الجواهر و قبله غيره بعدم دليل صالح لقطع اصالة الضمان، ضرورة عدم ثبوت مال في الذمة يكون مورداً للابراء، فان المراد من الضمان اشتغال ذمته لو تلفت بالمثل او القيمة، فهو كما لو قال للغاصب: ابرأتك من ضمان المال المغصوب في يدك، و نحوه مما هو ابراء عما لم يجب بعد. و تأهل الذمة للاشتغال على تقدير التلف لم يثبت قابليته للسقوط، بل مقتضى الاصل و اطلاق ما دل على سببية الضمان الشامل لصورة الاسقاط عدم سقوطه بالاسقاط.

وفيه: اولاً: ان الابراء ان كان ابراء على تقدير الثبوت لا تنجزيا، لا يكون من قبيل ابراء ما لم يجب.

و ثانياً: ان الضمان المسبب عن التعدي او التفريط كالضمان في سائر الموارد غير العقود الصحيحة، عبارة عن كون العين في العهدة، و اثر ذلك لزوم دفع العين

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٢٨

و يحلف للظالم و يورى،

ما دام بقائها، و البدل على تقدير التلف، ففي جميع الموارد تكون العين في العهدة حتى بعد التلف. و على ذلك فالابراء عنه لا إشكال فيه اصلاً، بعد معلومية كون الضمان من الحقوق القابلة للاسقاط لا من قبيل الحكم.

حكم ما اذا ائلف الاجنبى الوديعة

ثم انه بعد ما عرفت من وجوب الحفظ، فاعلم انه اذا اراد ثالث أخذ المال الذي جعل وديعة عنده قهراً او اراد اتلافه، فان تمكن من

الدفع من دون ان يترتب عليه ضرر أو مشقة وجب، لانه مقدمة للحفاظ المأمور به على جهة الاطلاق.
 و لو توقف ذلك على بذل مال فهل يجب ام لا؟ و على تقدير البذل هل يرجع بما بذله على المالك؟ خلاف في الجهتين، و قد تقدم ما عندنا عند بيان حكم علف الدابة و سقيها، و ما ذكرناه في تلك المسألة جار هنا.
 و لو توقف الدفع على الكذب جاز، بل وجب بل و عليه ان يحلف للظالم لو طولب باليمين - على ما سيأتي الكلام في ذلك مفصلاً في كتاب الايمان- و النصوص الخاصة شاهدة بذلك.
 و هل يجب ان يورى مع التمكن من التورية؟ الظاهر ذلك كما سيأتي في ذلك الكتاب.
 و لو ادى وظيفته و مع ذلك اخذ منه قهراً او اتلف فلا ضمان عليه، بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، لقاعدة الايمان.

و دعوى اختصاصها بالتلف، و في المقام اما اتلاف او اخذ، و على التقديرين لا تلف، مندفعه:
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٢٩
]...[

اولاً: بصدق التلف عليهما بكل من اتلاف الثالث واخذه، كما يشهد به خبر عقبه بن خالد الوارد في تلف المبيع قبل قبضه من اطلاق التلف على سرقة المتاع «١».
 و ثانياً: انه لم يؤخذ في ادلة عدم الضمان على الامين خصوص التلف، بل صرح في بعضها بالسرقة، كصحيح محمد بن مسلم عن الامام الباقر عليه السلام عن الرجل يستبضع المال فيهلك او يسرق، أعلى صاحبه الضمان؟ فقال عليه السلام: ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل امينا «٢».
 ثم الظاهر انه لا إشكال فيه، سواء كان قد تولّى الظالم اخذها من يده، أو من مكانها الذي كانت فيه، او قهره على الاتيان بها فدفعها اليه، لصدق عدم التفريط فيهما، و لا ضمان عليه فيهما، و انما الضمان على الظالم كما هو المشهور بين الاصحاب.
 و عن ابي الصلاح و ابي المكارم و المصنف ره في التذكرة و التحرير انه يجوز رجوع المالك عليه مع مباشرته الدفع بنفسه الى من أمره الظالم، لانه باشره تسليم مال الغير بيده، فيشملة عموم على اليد، و ان كان قرار الضمان عليه. و قوّاه في الجواهر، بتقريب ان التسليم الى الظالم من اقسام الاتلاف، و المخصص بقاعدة الائتمان قاعدة على اليد دون قاعدة الاتلاف.
 و لكن يرد على الوجه الاول: ان التسليم الى الظالم ان كان جائزاً له، فلا يكون به مفراطاً و لا متعدياً، و معه يدخل في قاعدة الائتمان، و هي تخصص قاعدة على اليد. و اما ما افاده في الجواهر، ففيه: ان التسليم الى الظالم لا يعدّ اتلاًفاً للمال، بل لو كان ذلك اتلاًفاً يكون فاعله الظالم الاخذ، فهو المتلف بأخذه لا الودعي المسلم اليه، و انما

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الخيار- من كتاب التجارة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب كتاب المضاربة حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٣٠

و لو اقرّ له لم يضمن

فعله مقدمة للاتلاف لا انه اتلاف، فتدبر. فالأظهر عدم الضمان عليه.

و لو اقرّ له لم يضمن عند الماتن.

وفي المسالك- في شرح قول المحقق: ولا يلزم دركها-: هذا اذا لم يكن سبباً في الاخذ القهري كما لو كان هو الساعي بها الى الظالم، و لم يقدر بعد ذلك على دفعه، فانه يضمن لانه فرط في الحفظ، بخلاف ما لو كانت السعاية من غيره، او علم الظالم بها من غير سعاية، و مثله ما لو اخبر اللص بها فسرقتها، انتهى. و تبع في ذلك المصنف ره في التذكرة و المحقق الثاني.

و هو متين، فان اخبار الظالم بها نظير جعلها في غير حرز، ينافي الحفظ المأمور به فيكون متعدياً، فلا يرد عليه ما في الجواهر من الشك في تحقق الضمان، و لو للشك في الاندراج تحت ما جعلوه عنواناً له من التعدى و التفريط و التضيق و نحوها، لان عموم على اليد و نحوه مخصوص بقاعدة الائتمان، اذ لا شك في عدم صدق الحفظ، و معه يصدق التعدى او التفريط لتركه ما وجب عليه، و قاعدة الائتمان مختصة بغير المفراط و المتعدى و المضيع.

نعم، لو تم ما ذكره من الشك في صدق العنوان الخارج تم ما افاده، من جهة ان التمسك بعموم على اليد حينئذ من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية و هو لا يجوز، فيتعين الرجوع الى اصالة البراءة عن الضمان.

فالمتحصل مما ذكرناه ان الاظهر فيما لو اقر له من غير ان يكون الاقرار لدفع الضرر او الحرج او ما شاكل من موانع التكليف يكون ضامناً، و ان كان قرار الضمان على الظالم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٣١

و يجب ردها عقلاً على المودع، أو الى ورثته بعد موته

يجب رد الوديعة على المودع

الرابعة: و يجب ردها اي الوديعة (عقلاً على المودع، او الى ورثته بعد موته) مع المطالبة في اول اوقات الامكان، بلا- خلاف في الوجوب، و في الجواهر: بل الاجماع بقسميه عليه، و قد تقدم ما عن التذكرة من اجماع المسلمين كافة عليه. و يشهد به ما دلّ من الكتاب و السنّة على الأمر باداء الامانة الى اهله «١» المتقدم في اول هذا الفصل، و ما دلّ على عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير اذنه «٢» و الفرض عدمه هنا لانقطاع الاذن بالمطالبة. و اما كون الوجوب بحكم العقل ايضاً، فتقريبه ما مر في اول هذا الفصل.

ولا- يخفى انه لا ريب في تقييد هذا الحكم كسائر الاحكام الشرعية بالامكان العقلي. و هل يعتبر الامكان الشرعي كما صرح به في المسالك و غيرها، لان المانع الشرعي كالمانع العقلي؟ الظاهر ذلك، الا ان كون حكم شرعي آخر مانعاً عن ذلك يتوقف على وجود احد المرجحات لباب التزام، و بعبارة اخرى بعد رعاية قواعد ذلك الباب و تقديم ما يزاحم ذلك لا ريب في سقوطه. و في المسالك: و المراد بالامكان ما يعم الشرعي و العقلي و العادي، و الظاهر ان مراده بالامكان العادي ما لو لم يكن في الردّ مشقة، و عليه فدلّيل اعتباره ما دلّ على رفع العسر و الحرج.

و منه يظهر الحكم في جملة من الفروع المذكورة في المقام، مثل ما لو كان في الحمام فطلب المالك منه الرد، و لا يتمكن منه الا بخروجه من الحمام، و انه يجوز له اكمال

(١) النساء آية ٥٨ و الوسائل باب ٢ من الوديعة.

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلي- و المستدرک ج ١ ص ٢١٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٣٢

الحمام اذا كان في عدمه المشقة، و نحو ذلك غيره من الفروع، فان الضابط الكلي هو اللزوم ان لم يكن فيه حرج و مشقة، و الا فيجوز التأخير.

و هل التأخير ليشهد عليه عذر ام لا، ام يفصل بين ما اذا كان لصاحب المال بينة على كون ماله عنده فله ذلك، و بين غيره فلا؟ اقوال، خيرا او سوطها، بعد فرض ان قوله في الردّ مقبول فلا حاجة الى البينة.

و هل يجب الردّ حتى لو كان المالك ممن يجوز تملك ماله، كما لو كان للودعي عنده مال هو غاصب له و اراد المقاصة من الوديعة، او كان ماله فيئا للمسلمين، او كالأموال المباحة كما اذا كان المودع كافرا حربيا؟ وجهان، صرح جمع من الاصحاب بالاول. و في الجواهر ره: ان لم يكن اجماع على وجوب الردّ حتى على الحربى، و حتى على من عليه حق المقاصة و غيرهم، امكن المناقشة فيه، انتهى.

اما المقاصة من الوديعة ففيها روايتان:

احدهما: دالة على الجواز، و هى صحيحة ابي العباس البقباق، ان شهاباً ما راه في رجل ذهب له بالف درهم و استودعه بعد ذلك الف درهم، قال ابو العباس فقلت له: خذها مكان الألف التي اخذ منك فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على ابي عبد الله عليه السلام فذكر ذلك، له فقال عليه السلام: اما انا فاحب ان تأخذ و تحلف «١».

و خبر على بن سليمان قال: كتبت اليه رجل غصب مالا او جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة او قرض مثل ما خانه أو غصبه، أ يحلّ له حبسه عليه ام لا؟ فكتب عليه السلام: نعم، يحل له ذلك ان كان بقدر حقه، و ان كان أكثر فأخذ منه ما كان عليه و يسلم الباقي اليه ان شاء الله «٢».

(١) الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ٢ كتاب التجارة.

(٢) الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ٩.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٣٣

الا ان يكون

الثانية: ما يدل على المنع، كصحيح معاوية بن عمار عن الامام الصادق عليه السلام، قلت له: الرجل يكون لى عليه حق فيجحد منه ثم يستودعنى مالا أ لى ان آخذ مالى عنده، قال: لا، هذه الخيانة «١».

و خبر ابن اخى الفضيل بن يسار، كنت عند ابي عبد الله عليه السلام و دخلت امرأة و كنت اقرب القوم اليها، فقالت لى: اسأله، فقلت: عن ما ذا؟ فقالت: ان ابني مات و ترك مالا كان فى يد اخى فاتلفه، ثم افاد مالا فاودعني، فلى ان آخذ منه بقدر ما اتلفه من شىء، فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه و آله: ادّ الامانة الى من ائتمنك، و لا تخن من خانك «٢».

و الجمع بين الطائفتين يقتضى البناء على الكراهة، و المسألة محررة مستوفاه فى أواخر كتاب القضاء فراجع، و نسب القول بالجواز هناك الى اكثر المتأخرين، و فى ملحقات العروة: الظاهر انه المشهور.

و أما وجوب الرد على الحربى، فهو الظاهر من النصوص المتقدمة المتضمنة للرد و ان كان المودع مجوسيا، او كان قاتل ولد الانبياء، او انه لو ائتمنى قاتل على عليه السلام على السيف لأذيت اليه الامانة. و لا منافاة بينها و بين ما دلّ على حلية امواله، كى يقال ان النسبة عموم من وجه، فانه يمكن ان يكون الردّ واجبا من جهة كونه رداً للامانة، و ان كان المال مع قطع النظر عن هذا العنوان كان يحلّ اخذه، هذا على تقدير عدم القول بان ماله فىء للمسلمين، و الا فالوديعة باطلة كما لا يخفى.

و كيف كان، فلا اشكال فى وجوب الرد على من لم يكن كذلك الا ان يكون

(١) الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ١١.

(٢) الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٣٤

غاصبا فيردها على مالكها و مع الجهل لقطعة يتصدق بها ان شاء، الا ان يمتزج بمال الظالم فيردها عليه.

المودع غاصبا لها، فانه لا- يجوز الرد اليه لعدم الوديعة شرعا بل يمنع عنها، فيردها على مالكها ان عرف، و مع الجهل به تكون هي لقطعة، لخبر حفص بن غياث- المنجبر ضعفه بعمل الاكثر- عن مولانا الصادق عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعا و اللص مسلم، هل يرد عليه؟ فقال: عليه السلام: لا يردّه، فان امكنه ان يردّه على اصحابه فعل، و الا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاء فان اصاب صاحبها ردها عليه و الا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الاجر و الغرم، فان اختار الاجر فله الاجر، و ان اختار الغرم غرم له و كان الاجر له «١».

و الامر بالتصدق بها و ان كان في نفسه ظاهراً في الوجوب، الا انه حيث رتب ذلك على جعله بمنزلة اللقطة، فعلى القول في اللقطة بجواز التملك يحمل الامر فيه على ارادة بيان احد الافراد او على الترخيص، و لذلك قال المصنف ره: يتصدق بها ان شاء. و عليه فما عن الارشاد و تبعه الشهيد الثاني من التخيير بين الصدقة بها مع الضمان و ابقائها امانة، لا ينافي ذلك. و كيف كان، فلا يصغى الى ما عن الحلبي و الحلبي من وجوب الرد الى امام المسلمين، و مع التعذر تبقى امانة، ثم يوصى بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق.

و بالجملة فبعد ما عرفت من انجبار ضعف الخبر بالعمل، لا ينبغي التردد في ان له ان يتصدق بها الا ان تمتزج بمال الظالم فيردها عليه ان لم يمكن للمستودع تمييز المالكين و لو بالقسمة، عند الاصحاب على ما نسب اليهم، و عن الغنية و السرائر

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب كتاب اللقطة- حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٣٥

و القول قول الودعي في التلف، و عدم التفريط، و الرد، و القيمة، مع يمينه. و قول المالك انه دين لا وديعة مع التلف

الاجماع عليه، تقديماً لاحترام المال المعلوم مالكة على غيره الذي لا يمكن معرفته ليرد على صاحبه. و لكن يشكل ذلك، فان المال المفروض مركب من ما يجب رده الى صاحبه و ما يتعين التصديق به عن مالكة، فتقديم احدهما يحتاج الى دليل. فما افاده في المسالك- و تبعه عليه غيره- من ان الاوفق بال قواعد رده على الحاكم مع امكانه ليقسمه و يرد على الغاصب ماله، هو المتوجه، و مع عدم امكانه يقوم عدول المؤمنين مقامه كما في كل حسة.

فروع النزاع

الخامسة: في فروع النزاع.

و ملخص القول فيها: انه تارة يدعى الودعي تلف المال، و المودع ينكره. و اخرى يتوافقان على التلف، و لكن المودع يدعى التفريط و الودعي ينكره. و ثالثة يدعى المستودع رد المال، و المودع ينكر ذلك. و رابعة يتوافقان على الوديعة و عدم الرد و التلف مع التفريط، و يختلفان في القيمة. و خامسة يتنازعان في ان المال التالف هل هو كان وديعة فلا ضمان، ام كان قرصاً فعلياً عوضه.

قال المصنف ره: و القول قول الودعى فى التلف و عدم التفريط و الرد و القيمة مع يمينه، و قول المالك انه دين لا وديعة مع التلف فها هنا فروع خمسة:

١- اذا اعترف بالوديعة، و ادعى الودعى التلف و انكره المودع، فالقول قول الودعى على المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة، سواء اسنده الى سبب أولا، و سواء كان ظاهرا كالغرق و الحرق او خفيا كالسرقة و نحوها، بل عن التذكرة نسبتة فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٣٦

[...]

الى علمائنا اجمع.

و الوجه فى ذلك انه امين، و عدم تصديقه فى دعوى التلف يندرج تحت عنوان اتهام المؤمن، و قد ورد انه ليس لك ان تتهم من اثمته «١» اصف اليه مرسل المقنع عن مولانا الصادق عليه السلام عن المودع اذا كان غير ثقته، هل يقبل قوله؟ قال عليه السلام: نعم، و لا يمين عليه «٢». فما عن الشيخ فى المبسوط من انه لا يقبل قوله الا بالبينه فى التلف بامر ظاهر لعموم البينه، مردود بالشذوذ، و العموم المزبور يجب تخصيصه بما مر كما افاده بعضهم.

و هل يقبل قوله بلا يمين كما عن الصدوق و الشيخ فى. النهاية و ابن حمزة، بل عن الفقيه: قضى مشايخنا رضى الله عنهم على ان قول المودع مقبول فانه مؤتمن و لا- يمين عليه، ام يعتبر اليمين لقاعدة انحصار ثبوت الدعوى بالبينه و اليمين كما فى الجواهر؟ وجهان، الظاهر انه لا حاجة الى اليمين الا عند التنازع عند الحاكم، و لعل القائلين بعدم الحاجة اليه نظرهم الى غير باب الخصومة عند الحاكم، كما ان نظر صاحب الجواهر ره الى صورة النزاع عنده.

٢- اذا ادعى الودعى الرد و انكره المالك، فالمشهور انه يقبل قوله، و عن جماعة الاجماع عليه بل ارسلوه فى غير المقام ارسال المسلمين، و وجهه ظاهر مما قدمناه.

٣- لو اتفقا على التلف، و لكن المالك ادعى التفريط و انكره الودعى، فلا اشكال فى تقدم قول الودعى، لما مر، و لان ما دل على الضمان بالتعدى و التفريط يخصص ما دل على عدم ضمان الامين، و بعد الجمع بينهما يكون الخارج عن تحت ما

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب كتاب الوديعة حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٤ من ابواب كتاب الوديعة حديث ٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٣٧

[...]

دل على الضمان مطلقا الامين غير المفرد و غير المتعدى، فاصالة عدم التفريط و التعدى تثبت عنوان الخاص، فيثبت حكمه و هو عدم الضمان.

٤- لو اختلفا فى القيمة، فعن الشيخ ره ان القول قول المالك، محتجا بانه بالتفريط خرج عن الامانة، فلا يكون قوله مسموعا، و قيل ان به رواية. و فى المتن و الشرائع و المسالك و الجواهر ان القول قول الغارم مع يمينه، و نسبه فى المسالك الى الاكثر. و هو الاظهر، لاصالة البراءة عن الزائد، و خروجه عن الامانة لا يخرج عن حكم المنكر، و الخير لم يصل اليها.

٥- لو قال المالك: اقرضتك العين، و قال القابض: او دعيتها، و العين تالفه، فالظاهر كما افاده المصنف ره و غيره ان القول قول المالك، لموثق اسحاق بن عمار عن ابى الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا الف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندى

وديعة، و قال الآخر: انما كانت لي عليك قرضا، فقال عليه السلام: المال لازم له، الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة «١». □
و موثقة الآخر عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل قال لرجل: لي عليك الف درهم، فقال الرجل: لا ولكنها وديعة، فقال ابو عبد الله عليه السلام: القول قول صاحب المال مع يمينه «٢».
و دلالتهما واضحة فيخرج عن القاعدة بهما.
و الكلام في تطبيق ذلك على القاعدة تقدم في كتاب الاجارة، و عرفت ان مقتضى القاعدة عدم الضمان، للشك فيه و الاصل عدمه، و التمسك بقاعدة على اليد

(١) الوسائل - باب ٧ - من ابواب كتاب الوديعة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٨ من ابواب كتاب الرهن حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٣٨

الفصل الثامن: في العارية

لاثباته فيه محذوران:

١- توافقهما على عدم الضمان الثابت بها، فان المالك يدعى ضمان القرض، و القابض ينكر الضمان رأسا.
٢- مع الاغماض عن ذلك، و تسليم كون ضمان القرض بعينه ضمان المثل او القيمة، يكون التمسك بالقاعدة تمسكا بالعام في الشبهة المصدقية، لفرض خروج الوديعة عنها و الشك في كونه وديعة او قرضا، فالمتعين هو الرجوع الى اصالة البراءة، فالقاعدة تقتضى تقديم قول القابض، و لكن يتعين تقيدها بالخبرين المتقدمين، فالظاهر تقديم قول المالك.

الفصل الثامن: في العارية

اشارة

قال المصنف ره في التذكرة: العارية - بتشديد الياء - عقد شرع لإباحة الانتفاع بعين من الاعيان على وجه التبرع، و شدت الياء كانها منسوبة الى العار، لان طلبها عار، قاله صاحب الصحاح. و قال غيره: منسوبة الى العارة و هي مصدر، الى ان قال: و قيل انها مأخوذة من عار يعير اذا جاء و ذهب، انتهى.
لا خلاف و لا ريب في ان العارية مشروعة. و يشهد بها - مضافا الى ذلك، و إلى ان عليها بناء العقلاء و الشارع الاقدس لم يته عنها، و إلى قاعدة السلطنة «١» و ادلة الهبة «٢» الشاملة لهبة المنافع:-

(١) البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل - باب ٢ من ابواب الهبات.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٣٩

[...]

من الكتاب قوله تعالى وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ «١». فعن مجمع البحرين: الماعون اسم جامع لمنافع البيت، كالقدر و الدلو و الملح و الماء و

السراج والخمرة، و نحو ذلك مما جرت العادة بعاريتها. و فى حديث المناهى: نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم ان يمنع احد الماعون جاره، و قال: من منع الماعون جاره منعه الله خيره يوم القيمة و وكله الى نفسه و من وكله الى نفسه فما اسوأ حاله «٢». و روى ابو بصير عن ابى عبد الله عليه السلام فى الآية الشريفة: هو القرض يقرضه، و المعروف يصنعه، و متاع البيت يعيره «٣» و نحوه خبر سماعة «٤».

و من السنة نصوص مستفيضة منها ما تقدم، و منها النصوص المتضمنة لاستعارة النبى صلى الله عليه وآله وسلم: من صفوان بن امية سبعين درعا حطمية، فقال: أ غصب ام عارية؟ قال صلى الله عليه وآله وسلم: بل عارية مؤداة «٥» و منها غير تلكم من الاخبار، و سيأتى طرف منها.

ثم الظاهر كما صرح به غير واحد انها من العقود، و تفتقر الى الايجاب و القبول، و الكلام فيما يعتبر فى عقدها و ما لا يعتبر هو الكلام فى عقد الوديعة، فراجع ما ذكرناه فيه. و تمام الكلام فى هذا الفصل بالبحث فى مقامات.

(١) سورة الماعون آية ٨.

(٢) الوسائل - باب ٧ من ابواب ما تجب فيه الزكاة حديث ١٣.

(٣) الوسائل باب ٧ من ابواب ما تجب فيه الزكاة حديث ٣.

(٤) الوسائل باب ٧ من ابواب ما تجب فيه الزكاة حديث ٢.

(٥) الوسائل باب ١ و ٢ من ابواب العارية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٣٤٠

كل عين مملوكة يصح الانتفاع بها مع بقائها صح اعارتها

ضابط العين المستعارة

[المقام] الاول: فى العين المستعارة

: [ضابط العين المستعارة]

و قالوا فى ضابطها: ان المستفاد من الفتاوى و معقد الاجماع و نفى الخلاف و الاقتصار على المتيقن من اطلاق النص عدا ما خرج مما يأتى، انها (كل عين مملوكة يصح الانتفاع بها مع بقائها) منفعة معتداً بها عند العقلاء، كالثوب و الدراهم و الدار و الدابة و ما شاكل، فان اجتمعت الشرائط صح اعارتها. فما لا يصح الانتفاع به شرعاً - كاوانى الذهب و الفضة للاكل و الشرب، و الجوارى للاستمتاع - لا يجوز اعارته، و هو واضح. كما ان ما يتلف بالانتفاع به كالاطعمة و الاشربة و نحوها، لا يصح اعارته للانتفاع بها بالاكل و الشرب، بلا خلاف و لا إشكال فى ذلك.

و قد يقال: انه لا ثمره فى النزاع فى ذلك، اذ يحل الانتفاع بالاعيان المشار اليها بما يوجب اتلافها، مع احراز رضا المعير باتلاف العين بقوله اعركه مع القرينة، فان المعيار فى جوازه هو رضاه به و قد حصل فى محل الفرض، و ان هو الا - كالهبة و ان عبّر عنها بلفظ العارية.

و اجاب عنه سيد الرياض بانه حيث لا يعلم الرضا بالاتلاف الا به اتجه ما ذكره، لاشتراط استفادته منه بدلالته عليه و لو بالالتزام، و

دلالة لفظ العارية بمجردة على الائتلاف فاسدة، لعدم استنادها الى عرف او لغة.

و اجاب عن الايراد في الجواهر بترتب الضمان على الائتلاف المزبور و ان كان بالاذن الا انها بعنوان العارية، زعما منه عموم موضوعها او تشريعا، و دعوى كونه حينئذ هبة او اباحة و ان كان الدفع بهذا العنوان واضحه البطلان، الا ان ينصب قرينه على ارادتهما من اللفظ المزبور، ثم قال: نعم قد يتوقف في ضمانه من غير تعد و لا تفريط

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٤١

[...]

من قاعدة ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده، و من خروجه عن اصل موضوع العارية حتى الفاسدة، و لعله الاقوى في النظر. و التحقيق ان يقال: انه لا إشكال في اعتبار كون العين تبقى مع الانتفاع بها في العارية على ما يشهد به العرف و اللغة في هذه اللفظة. و ايضا لا- إشكال في انه يجوز اتلاف الاعيان التي تلتف بالانتفاع بها مع احراز رضا اربابها من اي طريق احرز ذلك، و ان لم يكن المبرز كاشفا نوعيا عنه، اذ ليست الاباحة من قبيل العقود و الايقاعات المعبر فيها كون مبرزاتها كواشف عنها بحسب المتفاهم العرفي، بل المعيار في هذا المقام احراز الرضا النفساني و لو لم يكن له كاشف، و لا ضمان ان احرز رضاه بالائتلاف مجانا. و ايضا لا ضمان مع التلف في موارد الامانة المالكية بالمعنى الاعم، و هي التسليط عن الرضا، كما مر في الوديعة. فعلى هذا، فيرد على سيد الرياض ره: انه و ان لم يكن لفظ العارية دالا على الرضا بالائتلاف الا انه لا تعتبر دلالتة، لان المعيار كشف الرضا، و لو بسبب ما لا يكون دالا عليه عرفا و لا لغة.

و يرد على ما افاده صاحب الجواهر ره اولاً- ان عدم الضمان مع الائتلاف الذي احرز رضا صاحب المال باتلافه مجانا، لا يكون كعناوين العقود متوقفا على كون اللفظ المبرز كاشفا، مع انه ان استشكل في اللفظ المزبور لا مجال للاشكال في دفع العين بعده، فانه بقصد الاباحة على الفرض، و يكفي ذلك في عدم الضمان كما هو الشأن في جميع الاباحات لا بعوض. و يرد على ما افاده ثانيا: انه لو تلفت العين لا وجه للضمان بعد كونها امانة مالكية بالمعنى الاعم.

و الصحيح في الجواب عن الايراد ان يقال: انه تظهر الثمرة فيما لو اعاره عينا

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٤٢

[...]

لها منفعة لا يستلزم استيفائها تلف العين، و منفعة تستلزم ذلك، فانه على الضابط المذكور لا يجوز ان يستوفي المنفعة المستلزمة للتلف ان لم يحرز رضاه بذلك.

ثم ان تمام الكلام في هذا المقام بالبحث في فروع.

اعارة الغنم للانتفاع بلبنها

١- لا خلاف ظاهراً في انه يجوز استعارة الشاة للحلب- و هي المسماة بالمنحة بالكسر واصلها العطيّة- و عن بعض متأخري المتأخرين الاجماع عليه.

و استدل له في التذكرة باقتضاء الحكمة اباحته، لان الحاجة تدعو الى ذلك، و الضرورة تبيح مثل هذه الاعيان كما في استئجار الظئر. و قد روى العامة عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم انه قال: المنحة مردودة «١» و المنحة هي الشاة. و من طرق الخاصة ما رواه الحلبي- في الحسن- عن مولانا الصادق عليه السلام في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سنة شيئا معلوما او دراها معلومة من كل

شاة كذا و كذا في كل شهر، قال عليه السلام: لا بأس بالدرهم، و لست احب ان يكون بالسمن «٢» ثم ذكر صحيح عبد الله بن سنان «٣» و هو نحو حسن الحلبي، و قال: و اذا جاز ذلك مع العوض فبدونه اولى. و في المسالك: و جواز اعارة ذلك ثابت بالنص على خلاف الاصل، و الظاهر ان

(١) التذكرة ج ١ ص ٤١٠.

(٢) الوسائل باب ٩ من ابواب عقد البيع و شروطه - حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٩ من ابواب عقد البيع حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٤٣

[...]

نظره- كما يظهر من ذيل كلامه- الى النبوى المتقدم. و اضاف بعض متأخرى المتأخرين الى الوجوه المشار اليها قاعدة السلطنة، و كونها كالوكالة في الانتفاع.

و لكن الحاجة لا تصلح لاثبات مشروعية هذه العارية المخالفة للضابط المتقدم، مع ارتفاع الحاجة بايقاع معاملة اخرى او اباحة بلا عوض. و اما استيجار الظئر فقد مر الكلام فيه في كتاب الاجارة. و اما النبوى فغير حجة. و اما الخبران فقد افاد المصنف نفسه في كتاب البيع انهما متضمنان لبيان مشروعية معاملة خاصة ليست ببيع و لا اجارة، و قد تقدم منا ان تلك من قبيل الاباحة بالعوض، و هي معاملة مستقلة مشروعية، فان استفيد منهما شىء فهو جواز الاباحة لا بالعوض بل مجانا و هو مما لا كلام فيه، لكنها ليست عارية. و اما قاعدة السلطنة فهي لا تقتضى مشروعية ما لا يكون مشروعاً، بل تدل ان للمالك الاباحة مجاناً.

و لذا قيل ان الانصاف ان المنحة ليست من العارية في شىء بل انما هي من قبيل الاباحة. و فتوى الاصحاب ليست الا جوازها، و لا تصريح في كلمات اكثرهم بكونها عارية، فلا مورد للتمسك بالاجماع لمشروعية العارية في هذا المورد.

قمى، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٩، ص: ٣٤٣

و لكن مع ذلك كله يمكن توجيه الاستعارة في هذا المورد و جعله من قبيل العارية بوجهين:

احدهما: ان المنفعة امر عرفي، و ربما يعد عرفاً بعض الاعيان منفعة لعين اخرى كاللبن للشاة، و عليه فيجوز استعارة الشاة للبنها و ما شاكل، فان العين المستعارة هي الشاة و هي لا تتلف، و ما يتلف انما هو من قبيل المنفعة و ليست هي متعلقة للعارية. ثانيهما: ان العين المستعارة للانتفاع بها هي الشاة، و الاستيفاء يستتبع تلف العين و هي اللبن، و لا محذور في ذلك، فانه في اغلب موارد العارية يكون الاستيفاء

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٤٤

[...]

مستلزماً لتلف مقدار من العين. و على الجملة ان الممنوع استعارة اللبن، و اما استعارة الشاة للانتفاع بلبنها فلا محذور فيها، و لا تكون منافية لما قدمناه من الضابط. فالانصاف انه لا محذور في الالتزام بكون تلك من قبيل العارية، نعم يمكن تصحيحها بالاباحة ايضاً. و بما ذكرناه يظهر حكم استعارة كل حيوان له منفعة كالفحل المضرب، المستلزم استيفائها اتلاف عين اخرى. و يتجه التعدي الى غير

الشاء كما هو المتعارف في هذا الزمان في البقر، و إلى غير اللبن كالصوف و الشعر و الوبر، و الله العالم.

جواز استعارة الارض للزرع

٢- لا- كلام في جواز استعارة الارض للزرع و لدفن الميت، انما الكلام في موردين: الاول: في انه في اعارة الارض للزرع هل يجوز للمعير الرجوع قبل ادراكه ام لا؟ و على الاول هل له ان يجبر المستعير بقلع الزرع ام ليست له ذلك؟ و على الاجبار هل عليه الارش ام لا؟ فيه اقوال، و قد مر تنقيح القول في ذلك في باب المزارعة.

الثاني: في اعارة الارض لدفن الميت، هل للمعير اجباره على قلع الميت و نبش القبر و اخراجه، ام ليس له ذلك؟ المشهور بين الاصحاب هو الثاني، بل في الجواهر: بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه، و على ذلك حمل كلام من ادعى الاجماع على لزوم هذه العارية لا ان المراد عدم جواز فسخها، قال فيها: و تظهر الثمرة فيما لو اتفق نبشه من نابش، فان اعارته حينئذ تحتاج الى اذن جديد، او بالاجرة، بناء على

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٤٥

[...]

استحقاقها في مثله و في غير ذلك، انتهى.

و كيف كان، فلا- وجه للزوم لو لا- الاجماع، لان العارية جائزة، و عروض اللزوم يتوقف على دليل او انطباق عنوان آخر عليها، كاشتراط عدم فسخها في ضمن عقد لازم و ما شاكل، و لا شيء منهما في المقام.

و أما عدم جواز النباش، فقد استدلل له بانه مقتضى حرمة النباش المعلوم عدم صلاحية قاعدة السلطنة لمعارضتها، و لكن لو لا الاجماع امكن ان يقال ان مدرك حرمة النباش مطلقا هو الاجماع، و المتيقن منه في ما لم يوجب النباش هتك حرمة الميت غير المقام، كيف و قد جاز النباش لجملة من الامور التي يكون الجواز في المقام اولى من الجواز فيها، و الذي يسهل الخطب تسالم الاصحاب على عدم جوازه في خصوص المقام.

٣- لا يجوز اجارة العين المستعارة، لان منافعتها ليست مملوكة للمستعير و انما له استيفائها، و قد مر ان حقيقة الاجارة تملك المنفعة او العمل. و هل يجوز للمستعير اعارتها؟ الظاهر ذلك مع اطلاق الاذن، اذ لم يدل دليل على اعتبار مملوكية العين في صحة العارية. و عليه فكون العارية الثانية من المستعير او من المعير، تابع لكيفية الاذن و كيفية الاعارة.

٤- اذا استعار ارضا للغرس أو الزرع أو البناء، فهل للمستعير ان يستظل بشجرها في نوم او يقطفه، ام لا- يجوز كما عن الشيخ في المبسوط، و وافقه في الجملة في التذكرة و القواعد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة على المحكى؟ وجهان.

وجه الاول: ان هذه الانتفاعات من توابع مثل هذه العارية عرفا. و وجه الثاني: ان الاستعارة وقعت لمنفعة معينة فلا يتعداها. و لقد اطال البحث في ذلك في المسالك مع عدم الاحتياج اليه، فان جواز ذلك و عدمه تابعان لكيفية العارية، و مقدار

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٤٦

بشرط كون المعير جازئ التصرف

□

الاذن المستفاد منها، و عليه فلا يمكن جعل ضابط كلي لذلك، و الله العالم.

المعير و المستعير

المقام الثانى: فى المعير والمستعير

. اما الاول، فلا خلاف فى انه انما تصح العارية بشرط كون المعير جائر التصرف اى بالغا عاقلا غير محجور عليه، لرفع القلم عن الصبى و المجنون «١» و عدم جواز امرهما «٢». نعم، يجوز للصبى ان يعير باذن الولى لما مر فى كتاب البيع من عدم الدليل على سلب عبارته، و غاية ما يستفاد من الادلة عدم جواز استقلاله فى التصرف المعاملى، و اما مع اذن الولى فتصح معاملاته، و كذلك العارية. فما عن الارشاد و التحرير و اللعنة و غيرها من انه لو اذن الولى للطفل صح ان يعير مع المصلحة، متين.

و عن السرائر تقييده بالمميز، اذ الاذن لا- يجعل المسلوب غير المسلوب، و هو حسن ان لم تقم السيرة على عدم اعتبار التمييز فى خصوص المقام و لكنها غير قائمة، و انما يتصرف فيما اتاه الصبى غير المميز من جهة انهم يرونه آله، و منه يستكشف رضا الولى بالتصرف الكافى فى جوازه.

و أما اعتبار عدم كونه محجورا عليه فظاهر. و يعتبر ايضا الاختيار، لرفع ما استكره عليه «٣».

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات و باب ٣٦ من ابواب القصاص فى النفس.

(٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب عقد البيع و شروطه.

(٣) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٣٤٧

و ينتفع المستعير على العادة و لا يضمن مع التلف بدون التضمن، أو التعدى، او كون العين اثمنا.

و أما المستعير، فبالنسبة الى تحقق العارية يعتبر كونه مكلفا، لعين ما مر. و اما فى الاباحة فلا يعتبر، فان غير المكلف غير ممنوع عن التصرف. و اما بالنسبة الى الضمان فالظاهر عدمه، فان العارية و ان لم تتحقق، الا- ان التسليط المجانى عن الرضا المحقق للامانة المالكية بالمعنى اعم كاف فى خروج يده عن اليد الضمانية. و هل يعتبر فيه التعيين؟ الظاهر ذلك فى التعيين المقابل للابهام، لان المبهم المردد لا حقيقة له و لا تحقق. و عدمه فى التعيين المقابل للعلم لعدم المورد، للغرر فى المقام.

و كيف كان، ف ينتفع المستعير على العادة فى الانتفاع بالعين المستعارة، فان كان لها منفعة خاصة انتفع بها، و ان تعددت المنفعة فان عينها او كان هناك انصراف تعين، و الا بان عمم جاز الانتفاع بجميع الوجوه.

لا يضمن المستعير مع التلف

المقام الثالث: فى الاحكام

[لا يضمن المستعير مع التلف]

اشارة

و فيه مسائل.

الاولى: لا خلاف و لا اشكال فى ان المستعير لا يضمن مع التلف بدون التضمن الا بالتفريط او التعدى او باشتراط الضمان او كون العين المستعارة اثمنا.

اما المستثنى منه فيشهد به- مضافا الى الاجماع المحكى، و الى ان العين امانة مالكية بالمعنى اعم على ما مر- جملة من النصوص

الخاصة، لاحظ صحيح الحلبي - او حسنه - عن الامام الصادق عليه السلام: اذا هلكت العارية عند المستعير لم
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٤٨
]...[

يضمنها، الا ان يكون قد اشترط عليه «١».

و صحيحه الآخر عنه عليه السلام: صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان، و ليس على المستعير عارية ضمان، و صاحب العارية و الوديعة
مؤتمن «٢» الى غير ذلك من النصوص الكثيرة الآتية جملة منها في المباحث اللاحقة.
و قد استثنوا من ذلك موارد:

١- التعدي او التفريط لا إشكال في الضمان معه، فان عدم الضمان علق في النصوص على الايمان، اما بجعله مسببا أو عنوانا لعدم
الضمان. و بعبارة اخرى التعدي أو التفريط يوجب خروج اليد عن كونها يداً امانية و مأذونه و صيرورتها خيانية، و قد علق في جملة
من النصوص الضمان على كونه أميناً او مأموناً. اصف اليه النصوص الدالة على الضمان بالتعدي و الاستهلاك في باب المضاربة و
الرهن، بعد معلومية اشتراك الجميع في الحكم المزبور باعتبار كونها امانة. و هل يضمن بتركه التحفظ الموجب للتلف؟ فيه وجهان
تقدما في كتاب المضاربة مفصلاً.

٢- اشتراط الضمان، و هو متفق عليه نصاً و فتوى، لاحظ صحيح الحلبي المتقدم، و صحيح عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه
السلام: لا تضمن العارية الا ان يكون قد اشترط فيها ضماناً، الا الدنانير فانها مضمونة و ان لم يشترط فيها ضماناً «٣» و نحوهما غيرهما.
و معها لا يصغى الى ما قيل من منافاة هذا الشرط لمقتضى العقد، لان بنائه

(١) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب العارية حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب العارية حديث ٦.

(٣) الوسائل - باب ٣- من ابواب كتاب العارية حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٤٩

]...[

على التبرع، او انه شرط في عقد جائز فلا يكون نافذاً، او ان الضمان من الامور المتوقفة على اسبابها و ليس الشرط منها.
اذ الجميع مردودة بانها اجتهادات في مقابل النصوص، مع ان بناء العارية على التبرع في الانتفاع بالعين لا في صورة التلف، و الشرط
في ضمن العقد الجائز نافذ كما مر، و عرفت في كتاب الاجارة ان الضمان من الغايات التي تقبل الاشتراط.

٣- العارية من غير المالك، و يشهد به موثق اسحاق بن عمار عن الامام الصادق عليه السلام و الامام الكاظم عليه السلام: اذا استعيرت
عارية بغير اذن صاحبها فهلكت، فالمستعير ضامن «١».

٤- عارية الذهب و الفضة اذا لم يشترط عدم الضمان، و سيأتي الكلام فيه.

٥- عارية الصيد للمحرم، و قد مر الكلام فيه.

٦- عارية الحيوان، فان ابن الجنيد حكم بكونه مضموناً، لخبر وهب عن جعفر عن ابيه: ان علياً عليه السلام كان يقول: من استعار عبداً
مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن «٢». و لكن الخبر ضعيف السند لراويه، و معرض عنه عند الاصحاب، و اخص من المدعى، و معارض
مع صحيح محمد بن قيس «٣» فلا وجه لاستثنائه.

حكم عارية الذهب و الفضة من حيث الضمان

لا خلاف و لا إشكال في استثناء عارية الذهب و الفضة في الجملة، و انه يضمن

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب العارية حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب العارية حديث ١١.

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب العارية حديث ٩.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٥٠

[...]

إذا كانت العين المستعارة ذهباً أو فضةً و إن لم يشترط الضمان، و النصوص الكثيرة المتقدم بعضها و الآتي بعضها الآخر شاهدة به. إنما الكلام في اختصاص ذلك بالدرهم و الدينار كما هو صريح الفخر و القطفى و الكفاية و الرياض و ظاهر المتن و الوسيلة المعبر فيهما بالثمن، أم يعمّ غيرهما من المصوغ و غيره كما هو صريح اللعنة و المهذب و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان على ما حكى عن بعضها، و ظاهر المقنع و النهاية و المبسوط و التحرير و القواعد و المختلف و غيرها مما عرّف فيه بالذهب و الفضة؟.

□

و منشأ الاختلاف اختلاف النصوص، فانه في جملة منها استثنى الدرهم و الدينار، كصحيح عبد الله بن سنان المتقدم، و خبر عبد الملك بن عمرو عن ابي عبد الله عليه السلام: ليس على صاحب العارية ضمان الا ان يشترط صاحبها، الا الدراهم فانها مضمونة اشترط صاحبها او لم يشترط «١».

و في طائفة اخرى منها استثنى مطلق الذهب و الفضة، كموثق اسحاق بن عمار عنه عليه السلام و عن ابي ابراهيم عليه السلام، قال: العارية ليس على مستعيرها ضمان الا ما كان من ذهب او فضة، فانهما مضمونان اشترط او لم يشترط «٢».

و صحيح زرارة عن الامام الصادق عليه السلام، قال قلت له: العارية مضمونة؟ قال فقال عليه السلام: جميع ما استعرت فتوى اى هلك فلا يلزمك تواه الا الذهب و الفضة، فانهما يلزمان الا ان تشترط عليه انه متى توى لم يلزمك تواه، و كذلكك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، و الذهب و الفضة لازم لك و ان لم يشترط عليك «٣»

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب كتاب العارية- حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب العارية حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٣ من ابواب كتاب العارية حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٥١

[...]

و نحوهما غيرهما.

و لذلك توقف فيه جماعة، منهم المصنف في محكي التذكرة.

و التحقيق يقتضى ان يقال: ان النصوص الواردة في الباب المتعارضة ثلاث طوائف:

الاولى: ما دل على عدم الضمان مطلقا، كصحيحى الحلبي المتقدمين في اول المسألة.

الثانية: ما يدل على الضمان في الدرهم و الدينار، و عدم الضمان في غيرهما، كصحيح ابن سنان و حسن عبد الملك المتقدمين.

الثالثة: ما يدل على الضمان في الذهب و الفضة، و عدم الضمان في غيرهما.

و النسبة بين الاولى و كل من الاخيرتين عموم مطلق، و بين المستثنى منه من الثانية و المستثنى من الثالثة عموم من وجه. و على القول

بانقلاب النسبة، لو قيد اطلاق الاولى اولاً بالطائفة الثانية، انقلبت بين الاولى و الثالثة الى العموم من وجه.

و قد يقال: ان نصوص الدرهم و الدينار ايضا متعارضة، لان في بعضها تخصيص الضمان بالدرهم و في آخر بالدينار. و لكنه يندفع

بان المستثنى منه فيهما لا- تعارض بينهما، لانهما مثبتان و كذلك المستثنى، و انما التعارض بين المستثنى منه من كل منهما مع

المستثنى من الآخر، النسبة عموم مطلق فيقيد اطلاق كل منهما بالآخر، فتكون النتيجة هو استثناء الدرهم و الدينار معا.

و قد يقال في الجمع بين الطوائف الثلاث- كما عن الفخر:- بان الثانية اخص مطلق من الثالثة، لاختصاصها بالدرهم و الدينار و عموم

الثالثة لغيرهما، فيقيد اطلاق الثالثة بها، ثم يقيد به اطلاق الاولى، فتكون النتيجة هي استثناء خصوص الدرهم و الدينار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٥٢

[...]

و فيه: ان المستثنى منه من الطائفتين لا تعارض بينهما لكونهما مثبتين، بل التعارض بين المستثنى منه من الثالثة و المستثنى من الثانية، و

النسبة عموم من وجه كما مر. و حيث انا لا- نقول بانقلاب النسبة، فيقيد اطلاق الاولى بكل من الاخيرتين، و اما هما بالنسبة الى

الضمان في الدرهم و الدينار، و عدمه في غير الذهب و الفضة متوافقتان، و التعارض انما هو في غير الدرهم و الدينار من الذهب و

الفضة، و حيث ان المختار عندنا في تعارض العامين من وجه هو الرجوع الى اخبار الترجيح، و الترجيح للثالثة الدالة على الضمان، لما

عن المختلف من نسبه الى الشهرة بين الاصحاب. فالمتحصل من النصوص، بعد ضم بعضها الى بعض، و رد بعضها على بعض، هو

ثبوت الضمان في مطلق الذهب و الفضة.

و سيد الرياض و صاحب الكفاية حيث يكون مبناهما في تعارض العامين من وجه هو التسايط، فقد حكما به في المقام و الرجوع الى

دليل آخر، و هو ما دل على عدم الضمان في مطلق العارية، و بنا على اختصاص الضمان بالدرهم و الدينار، و هذا على مبناهما حسن،

و لكن المبني فاسد.

فلا يتوجه عليهما ما في الجواهر بما حاصله: ان المستثنى منه في نصوص الدرهم و الدينار ليس غير الدرهم و الدينار، و الا لما صح

الاستثناء بل مطلق العارية، فالنسبة بينه و بين نصوص الذهب و الفضة عموم مطلق. قال: و ان اراد بالمستثنى منه الحاصل من الجملة،

فليس هو ضمان الدرهم و الدينار دون غيرهما، و ليس بين مجموع ذلك و بين الذهب و الفضة تعارض العموم من وجه، اذ لا

اختصاص في خبري الذهب و الفضة بالدلالة على عدم ضمانها، حتى يكون ذلك وجه افتراق لهما عن نصوص الدرهم و الدينار.

فانه يرد عليه اولاً: انه لو تمّ ينقل الكلام الى مفهوم الاستثناء لنصوص

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٥٣

و لو نقصت بالاستعمال المأذون فيه لم يضمن،

الدرهم و الدينار، فان النسبة بينه و بين منطوق اخبار الذهب و الفضة عموم من وجه.

و ثانياً: انه لا- يتم، فان المستثنى منه قبل ورود القيد غير مقيد و اقبل لان يرد عليه، و بعد التقييد يكون المتحصل من المستثنى منه

خاصة عدم الضمان فى غير الدرهم و الدينار، و من الواضح معارضة ذلك مع ما دلّ على الضمان فى الذهب و الفضة و ان لم يكونا من الدرهم و الدينار.

ثم ان ثبوت الضمان فى عارية الذهب و الفضة انما هو اذا لم يشترط عدمه، و الا فلا ضمان بلا خلاف، لصحيح زرارة المتقدم.

حكم النقصان الحاصل بالاستعمال

الثانية: و لو نقصت العين المستعارة بالاستعمال المأذون فيه لم يضمن، و كذا لو تلفت، بلا اشكال، لانه من لوازم الانتفاع بالعين الذى اباحه المالك مجاناً، فهو مأذون فيه بعين الاذن فى الانتفاع و الا لم تكن العارية مشروعاً، و لا يعقل ضمان ما اذن المالك فى اتلافه مجاناً و بلا عوض، لاسقاط المالك احترام ماله، و جعل مثل ذلك من مقتضيات عقد العارية لا مانع منه، و فى صحيح ابن سنان عن الامام الصادق عليه السلام عن العارية، فقال عليه السلام: لا غرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأموناً «١» اشارة اليه. و فى المسالك- بعد نقل عدم الضمان و الاستدلال له- قال: و فيه وجه آخر، و هو ضمان المتعلق فى آخر حالات التقديم، لان الظاهر عدم تناول الاذن للاستعمال المتلف،

(١) الوسائل باب ١- من ابواب كتاب العارية حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٣٥٤

و لو استعار من الغاصب ضمن

و ان كان داخلاً فى الاطلاق، انتهى.

و فيه: ان محل الكلام الاستعمال المأذون فيه، و ما افاده تشكيك فى الصغرى، حيث انه استشكل فى شمول الاذن للاستعمال المتلف. و لذلك عنون المصنف ره فى محكى القواعد مسألتين:

الاولى: ما لو اذن فى التصرف و اطلق، فاشكل فى عدم الضمان بالاستعمال المتلف، نظراً الى امكان انصراف الاذن بحسب الغالب الى الاستعمال غير المتلف.

الثانية: ما لو تلفت العين او نقصت بالاستعمال المأذون فيه، فحكم جزماً بعدم الضمان.

و بذلك يظهر اندفاع ايراد المحقق الثانى عليه، بان ما ذكره ثانياً ينافى اول كلامه. مع انه فى المسألة الاولى لم يدع الانصراف جزماً، كى يورد عليه بان لازمه الحكم بالضمان جزماً لا الإشكال فيه، بل ادعى انه يمكن ان يقال به كما يمكن دعوى الاطلاق. الثالثة:

و لو استعار من الغاصب ضمن

بلا اشكال، لانه وضع يده على مال الغير بغير رضاه، فيشملة حديث على اليد «١» و غيره من ادلة الضمان. اصف اليها موثق اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله و ابي ابراهيم عليهم السلام: اذا استعيرت عارية بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن «٢».

و حينئذ ف تارة يكون المستعير عالماً بالغصب، و اخرى يكون جاهلاً به. و مقتضى اطلاق الادلة المشار اليها هو ضمان المستعير فى الصورتين، غاية الامر ان

(١) سنن البيهقي ج ٦- ص ٩٠.

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب العارية حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٥٥

فان كان جاهلا رجع على المعير بما يؤخذ منه.

كان جاهلا رجع على المعير بما يؤخذ منه لقاعدة الغرور، كما هو المشهور بين الاصحاب. وفي الشرائع و عن المصنف في غير المتن و بعض آخر انه ليس للمالك ان يرجع على المستعير في صورة جهله. و استدل له بان الرجوع عليه ظلم محض لفرض كونه جاهلاً، و بقاعدة ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفساده. و لكن يرد على الاول: انه لو كان ظلم فانما هو في الحكم بعدم رجوعه الى الغار، و الّا فأصل الضمان الذي تقتضيه قاعدة على اليد و الموثق و غيرهما لا ظلم فيه، بل هو مقتضى العدل، لانه تلف مال الغير تحت يده. و اما الثاني فيرده: ان تلك القاعدة مختصة بموارد تسليط المالك نفسه على ماله كما في البيع الفاسد و الاجارة الفاسدة، و لا تشمل تسليط الغير كما لو وهب الغاصب مال المالك على ما حقق في كتاب البيع. فالظاهر ما هو المشهور بين الاصحاب من ضمانه، غاية الامر يكون قرار الضمان على الغاصب، لقاعدة الغرور. و لو كانت العارية مضمونة، كما اذا كانت ذهاباً او فسخاً، او اشترط فيها الضمان، فهل يرجع المستعير الجاهل على المعير في ما يبذله بازاء العين من جهة الغرور، ام لا يرجع اليه لانه اقدم المستعير على العارية مضمونة فلا غرور حينئذ؟ وجهان، اظهرهما الثاني. نعم، يرجع هو على المعير فيما يبذله بعوض المنافع التي استوفاه المستعير بعنوان العارية، لقاعدة الغرور. و ان كان عالماً بالغصب، فقرار الضمان عليه، لانه غاصب تلفت العين تحت يده، بل لو رجع المالك على المعير يرجع هو على المستعير، لما مر في تعاقب الايادي من ان الضمان يستقر على من تلف المال تحت يده.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٥٦

و يقتصر المستعير على المأذون

يقتصر المستعير على المأذون

الرابعة: و يقتصر المستعير على المأذون كما هو صريح المتن و الشرائع و المسالك و الروضة و غيرها و ظاهر القواعد و اللمعة. و عن الشيخ في المبسوط و ابن زهرة في الغنية و الحلبي في السرائر و غيرهم انه يجوز ان يستبيح ما دونه في الضرر لاما فوقه، كان يستعير ارضا للغرس فيزرع، بل عن الاول نفى الخلاف فيه. و عن التذكرة و التحرير جواز المساوى ايضاً. و عن جامع المقاصد: ظاهر كلامهم ان الحكم بذلك اجماعى.

و الاول اظهر، لان الاصل عدم جواز التصرف في مال الغير الا- باذنه، المفروض اختصاصه بنوع خاص من التصرف، فالنوع الآخر الباقي تحت الاصل المزبور لا- يجوز. و دعوى ان الادنى اولى بالاذن، ممنوعة، فان الاذن ليس من قبيل الحكم الشرعى الصادر عن مصلحة المكلف كى تتم فيه دعوى الاولوية، فلعله له غرض خاص في التصرف المخصوص، او انه قيد اذنه بلا غرض. نعم، لا ننكر جواز ما دون او المساوى بل الاضر، لو احرز رضاه بالتصرف فيه مجاناً، لكنه خارج عن محل الفرض.

و عليه فلو اثم و فعل الاقل ضرراً، هل عليه الاجرة ام لا؟ وجهان، من انه تصرف في ملك الغير بغير اذنه و استوفى منفعته فعليه الاجرة، و من انه قد اباح له المنفعة الخاصة التي عوضها اما ازيد من عوض ما استوفاه او مساو معه، اظهرهما الاول، فانه لم يبرأ ذمته من العوض بالمقدار الخاص، بل اذن في استيفاء منفعة خاصة بلا عوض، و الفرض انه لم يستوفها و انما استوفى منفعة اخرى لها مالية، و

لم يأذن فيها مالکها و لم يسقط احترامها، فلا بد من ان يغتزم عوضها.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٥٧

و القول قول المستعير مع يمينه في عدم التفريط أو القيمة معه، و قول المالك في الرد و يصح الاعارة للرهن و له المطالبة بالافتكاك بعد المدة. الفصل التاسع: في اللقطة،

و بذلك يظهر انه لو عدل الى الاضرع مع النهي او الاطلاق، يلزمه اجرة المجموع لا خصوص ما يزيد عن مقدار المأذون فيه. و ما عن المصنف من الفرق بين صورة النهي و الاطلاق، و اختيار وجوب الاجرة كمالا- مع النهي، و سقوط التفاوت مع الاطلاق، غير ظاهر الوجه، لان التخطي في الصورتين لا يجوز، و النص على المنع في احدهما دون الاخرى لا يصلح فارقا في الضمان.

[لو تنازعا في التفريط أو القيمة أو الرد]

الخامسة: و لو تنازعا في التفريط، او القيمة، او الرد، كان القول قول المستعير مع يمينه في عدم التفريط و القيمة معه، و قول المالك في الرد كما يظهر مما اسلفناه في الوديعة، فلا حاجة الى الاعادة.

[صححة الاعارة للرهن]

السادسة: و يصح الاعارة للرهن لما سيأتي في كتاب الرهن من جواز رهن مال الغير باذنه، و له المطالبة بالافتكاك بعد المدة كما سيأتي.

الفصل التاسع: في اللقطة

إشارة

و هي - بضم اللام و فتح القاف و سكونها- اسم للمال الملقوط على ما صرح به جمع من اهل اللغة، كالاصمعي و ابن الاعرابي و الفراء و ابي عبيدة. و عن الخليل، هي بالتسكين لا- غير، و اما بفتح القاف فهي اسم للملتقط، لان ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل كهمزة و لمزة. و لا- اصطلاح جديد لها في الشرع، بل هي فيه مستعملة في معناها اللغوي، نعم وقع الخلاف بين الفقهاء من جهة ان جمعا منهم اطلقوها على ما يشمل الآدمي الحر، و خصها جماعة آخرون بغيره و افردوا لللقيط كتابا آخر.

و كيف كان فالكلام في هذا الفصل في مواضع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٥٨

[...]

اللقيط

[الموضع] الاول: في اللقطة

إشارة

. و يقال له: الملقوط و المنبوذ ايضا، و انما يقال له اللقيط و الملقوط للذان هما بمعنى واحد، لان فعيل كجريح بمعنى مفعول باعتبار الالتقاط، و يقال له المنبوذ باعتبار انه ينبذ اولاً. و الكلام فيه في موارد:

[معنى اللقيط]

احدهما: اللقيط كما في التذكرة و القواعد و التحرير: كل صبي ضائع لا كافل له حال الالتقاط، و في الجواهر: بل لا أجد خلافاً في غير المميز منه بل الاجماع بقسميه عليه.

قال في المسالك: احترز بالصبي عن البالغ، فانه مستغن عن الحضانه و التعهد فلا معنى لالتقاطه، نعم لو وقع في معرض هلاك و جب تخلصه كفاية. و بالضائع عن غيره المنبوذ و ان لم يكن له كافل، فانه لا- يصدق عليه اسم اللقيط، و ان كانت كفالته واجبة كفاية كالضائع الا- انه لا- يسمى لقيطاً. و بقوله لا- كافل له عن الضائع المعروف النسب، فان اباه و جدّه و من يجب عليه حزانتة مختصون بحكمه، و لا يلحقه حكم الالتقاط و ان كان ضائعاً، انتهى.

و كيف كان، فلا اشكال في مشروعية الالتقاط، بل عن التذكرة المفروغية عن وجوبه كفاية، و سيمر عليك ما هو الحق عند تعرض المصنف ره له.

انما الكلام في المقام في مشروعيته، و يشهد بها جملة من النصوص، كخبر زارة عن ابي عبد الله عليه السلام: اللقيط لا يشتري و لا يباع «١».

و خبر اسماعيل المدائني عنه عليه السلام: المنبوذ حر، فان احب ان يوالى غير

(١) الوسائل باب ٢٢ من كتاب اللقطة- حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٥٩

[...]

الذي ربه والاه، فان طلب منه الذي ربه النفقة و كان موسراً ردّ عليه، و ان كان معسراً كان ما انفق عليه صدقة «١». و خبر عبد الرحمن العزرمي عنه عليه السلام عن ابيه عليه السلام: المنبوذ حر، فاذا كبر فان شاء توالى الى الذي التقطه، و الا فليرد عليه النفقة، و ليذهب فليوال من شاء «٢».

و صحيح محمد بن احمد عنه عليه السلام عن اللقيطة، فقال عليه السلام: لا تباع و لا تشتري، و لكن تستخدمها بما انفقت عليها «٣». و صحيح محمد بن مسلم- او حسنه- عن ابي جعفر عليه السلام عن اللقيط، فقال عليه السلام: حر لا يباع و لا يوهب «٤» الى غير تلکم من النصوص.

و دلالة هذه النصوص على جواز الالتقاط، و التصرف في الضبط و حفظه، و نحو تلکم مما هو مخالف للاصل ظاهرة و المأخوذ في النصوص موضوعاً لهذا الحكم اللقيط، و اللقيطة، و المنبوذ، و في بعضها التقييد بعدم الكبر، فانه ظاهر في بقاءه على حكم الالتقاط حتى يكبر فيوالى من شاء. و اختصاصها بمن لا كافل له، باعتبار ما فيها من حكم الانفاق عليه، و الاستخدام و انه لا يباع و لا يوهب، ظاهر.

و أما اعتبار كونه ضائعاً فلا تشمل النصوص غير المنبوذ، فيدفعه المتفاهم العرفي ضرورة صدق الموضوع عندهم على الضائع من اهله و ان لم ينبذوه.

و أما الصبي غير المميز، فهو المتيقن من النصوص. و ان كان مميزاً، فعن المحقق

- (١) الوسائل باب ٢٢ من كتاب اللقطة حديث ٢.
 (٢) الوسائل باب ٢٢ من كتاب اللقطة حديث ٣.
 (٣) الوسائل باب ٢٢ من كتاب اللقطة حديث ٤.
 (٤) الوسائل باب ٢٢ من كتاب اللقطة حديث ٥.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٦٠
]...[

و المصنف ره و الشهيدين و الكركي و غيرهم جواز التقاطه، لصدق كونه لقيطاً، و عجزه عن دفع ضرورته.
 و في الرياض - بعد الاعتراف بان ذلك هو المشهور بين اصحابنا-: و لا ريب فيه مع عدم بلوغ التمييز حدا يحفظ نفسه عن الهلاك، و يشكل مع بلوغه ذلك الحد و ان احتاج الى بعض الضروريات، و بعدم الجواز فيه صرح بعض الاصحاب، قال: فيكون امره الى الحاكم كالبالغ، من باب الولاية العامة كحفظ المجانين، الى ان قال: و هو حسن، و استدل له بعدم صدق اللقيط عليه و لا أقل من الشك، فيرجع بالنسبة اليه الى اصالة عدم الجواز.
 و فيه: ما عرفت من صدق اللقيط على المميز، و يشهد به اطلاق الالتقاط على يوسف عليه السلام في الكتاب العزيز «١» ضرورة انه كان مميزاً، كما تشهد به رؤياه التي قضّها على ابيه قبل ان يرمى في البئر، و يؤيده ما في النصوص المتقدمة من بقاء حكم الالتقاط ما لم يكبر، المعلوم ارادة البلوغ من الكبر و لو بقريئة المطالبة بالنفقة. فالظاهر شموله للمميز.
 ثم انه ان لم يكن للصبى من هو كافل له شرعاً، و لكن كان له العم او الخال او الخالة و نحوهم، فهل يجرى عليه حكم اللقيط على ما هو الظاهر من كلمات الفقهاء على ما فيها من الاختلاف، ام لا فإن ذلك في العرف لا يسمى لقيطاً؟ و لعل الثاني اظهر، بل لو كان هناك متبرع بالكفالة و الحضانه لا يسمى لقيطاً في العرف.

(١) سورة يوسف آية ١٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٦١
 يشترط في ملتقط الصبى التكليف و الاسلام

شرائط ملتقط اللقيط

الثاني: في ما يشترط في ملتقط الصبى. لا-خلاف ظاهراً في اشتراط التكليف بالبلوغ و العقل، فلا يصح التقاط الصبى و المجنون، لقصورهما عن الولاية و الحضانه و الانفاق و عدم اهليتهما لشيء من تلكم، و هي من لوازم صحة الالتقاط. و حينئذ فيجوز الالتقاط من يدهما لمن له اهلية و له ولاية لحفظه، لان التقاطهما كالعدم كما استوجهه الشهيد الثاني. فما عن التذكرة من انه يخرج بذلك عن حكم اللقيط، و تكون الولاية للحاكم، في غير محله.
 و ظاهر الاطلاق الماتن و كثير اشتراط التكليف خاصة، و عدم اعتبار الرشد. و استدل له بان السفه محجور عن التصرف في ماله و ليست حضانه مالا، و مجرد كونه مولى عليه لا يمنع عن ولايته.
 و عن الدروس اشتراط الرشد، محتجاً بان الشارع لم يأتمنه على ماله فعلى الطفل و ماله اولى بالمنع، و بان الالتقاط ايمان شرعى و

الشرع لم يأت منه. و هو حسن، سيما و ان التقاطه يستلزم وجوب انفاقه و هو لا يجوز من السفية، لانه تصرف مالى، اصف اليه عدم وجود اطلاق دال على جواز التقاط كل احد، فالظاهر اعتبار الرشد.

و مما قالوا باشرطه الاسلام اذا كان اللقيط محكوماً بالاسلام، بل الظاهر عدم الخلاف فيه الا ما فى النافع من التردد فيه، و هو الظاهر من الشرائع. و هو الاظهر، فانه نوع سبيل و لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا «١» و ايضا انه لا يؤمن مخادعته عن الدين، و قد ورد فى النصوص تعليل المنع عن تزويج العارفة

(١) سورة النساء آية ١٤١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٣٦٢

[...]

من المخالف بان المرأة تأخذ من ادب زوجها «١».

و بما ذكرناه يظهر اختصاص ذلك بما اذا كان اللقيط محكوماً بالاسلام، و ان كان محكوماً بالكفر فلا دليل على اعتبار الاسلام فى ملتقطه، و هو المشهور بين الاصحاب، و ربما يستدل له - مضافا الى اختصاص وجوه المنع بغير الفرض - بقوله تعالى وَ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ «٢».

و فى اعتبار العدالة فى الملتقط قولان، فعن الشيخ فى احد قوله و المصنف ره فى التحرير و الارشاد و القواعد الاعتبار، و عن الاكثر عدمه، و عن المحقق الثانى التفصيل بين ما اذا كان له مال فالاول، و ما اذا لم يكن فالثانى.

وجه الاول: ان الالتقاط يفتقر الى الحضائنه، و هى استئمان لا يليق بالفاسق، و ايضا انه لا يؤمن ان يسترقه و يأخذ ماله.

وجه الثانى: الاصل، و ان المسلم محل الامانة مع انه ليس استيمانا حقيقيا، و فحوى جواز التقاط الكافر مثله.

و وجه الثالث: ان الخيانة فى المال امر راجح الوقوع.

و الاول اقوى، للسيرة، و اطلاق الادلة، و الاصل فى المسلم الائتمان و عدم فعل المحرم، و لذا ائتمنه الشارع فى كثير من الامور كالطهارة و التذكية و غيرهما. و لو كان له مال يخاف عليه يمكن الجمع بانتزاع الحاكم له منه.

هذا كله بلحاظ كونه فاسقا، و لو كان هناك جهة اخرى فى الملتقط، و علم او ظن من القرائن استعماله فى الامور التى يخشى منها التلف، او كان يخشى على عرضه

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب ما يحرم بالكفر و نحوه - من كتاب النكاح.

(٢) سورة الانفال آية ٧٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٣٦٣

و اذن المولى فى المملوك.

او على دينه، فلا ينبغى التوقف فى عدم جواز التقاطه، و وجوب انتزاع الحاكم من يده و دفعه الى من يؤمن منه من جميع ذلك. و يعتبر ايضا اذن المولى فى المملوك.

إشارة

الثالث: فى الاحكام، و فيه مسائل.

الاولى: اللقيط تارة يلتقط فى دار الاسلام، و اخرى يلتقط فى دار الكفر. و قد اطنب الاصحاب فى تفسير دار الاسلام و دار الكفر، و تقسيم كل واحد الى اقسام، و كلماتهم مع ما بينها من الاختلاف لا يثبت بها شىء بعد عدم تعليق الحكم على دار الاسلام و دار الكفر، فان الحكم الذى يراى اثباته اما الحكم باسلامه او كفره، او بحريته أو رقيته.

اما الاول فقد مر فى كتاب الطهارة و الجهاد ان الصبى المميز اسلامه او كفره باعتقاده و يكون مستقلا فى ذلك، و اما غير المميز فان كان احد ابويه مسلما فهو تابع له، و الا فان كان السابى له مسلما يكون تابعا للسابى، و بدون ذلك لا يحكم باسلامه و لا بكفره. و بينا فى ذينك البابين ان حديث الفطرة «١» و الحديث: الاسلام يعلو و لا- يعلى عليه «٢» لا يدلان على الحكم بالاسلام بمجرد احتمال الاسلام، و طريقة دار الاسلام له و دار الكفر له مما لم يدل عليه دليل.

(١) اصول الكافى ج ٢ ص ١٣ من طبعه طهران.

(٢) الوسائل- باب ١ من ابواب موانع الارث حديث ١١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٣٦٤

فان كان فى دار الاسلام فهو حر، و الا فرق و وارث الاول الامام مع عدم الوارث و هو عاقلته. و لو بلغ رشيدا فافر بالرقية قبل

و أما الثانى فمقتضى اطلاق الاخبار المتقدمة عدم الحكم بالرقية مطلقا.

فما فى المتن فان كان فى دار الاسلام فهو حر و الا فرق غير ظاهر الوجه. و دعوى ان الاخبار خطابات للمسلمين و فى بلادهم كما فى الرياض، من الغرائب، فان كان هناك اجماع يقيد به اطلاق النصوص، و الا فالمتجه هو الحكم بالحريه مطلقا.

الثانية: و وارث الاول اى الحر الامام مع عدم الوارث، لان الامام وارث من لا- وارث له كما سيأتى و هو عاقلته عندنا كما فى المسالك، اذا لم يكن له نسب و لم يكبر فيتوالى احدا على وجه يكون ضامنا لجريته، لان ميراثه له.

الثالثة: و لو بلغ رشيدا فافر بالرقية قبل لعموم قاعدة الاقرار.

حكم نفقة اللقيط

الرابعة: فى نفقته. فالمعروف بين الاصحاب ان الواجب على الملتقط حضانته بالمعروف، و هو تعهده و القيام بضروره تربيته بنفسه او غيره. و لا- يجب عليه الانفاق من ماله ابتداء، للاصل، و لما دل من النصوص «١» على حصر من يجب انفاقه فى اصناف ليس اللقيط منهم، و للاجماع الذى ادعاه المصنف ره فى محكى التذكرة.

فحينئذ ان كان للصبى مال ينفق عليه منه باذن الحاكم الشرعى، لاصالة عدم جواز التصرف فى ماله بغير اذنه او اذن وليه، و لان ذلك من وظائف حكم الجور، و قد دلت النصوص «٢» على ان ما هو من وظائفهم ثابتة لحكام الشرع.

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب النفقات كتاب النكاح.

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى من كتاب القضاء.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٦٥

و ينفق عليه السلطان، فان تعذر فبعض المؤمنين، فان تعذر انفق الملتقط و يرجع عليه مع نيته لا بدونها

و ان لم يكن له مال، فان وجد سلطان يستعان به على نفقته من بيت المال أو الزكاة ينفق عليه السلطان وجوبا مع عدم متبرع بلا خلاف، و ما عن المقتنعة و النهاية من التعبير بلفظ ينبغي يراد منه الوجوب، لان بيت المال معد لمصالح المسلمين. فان تعذر السلطان، و لم يوجد من ينفق عليه من الزكاة، او ما اعد لمثله، او ما كان يصح صرفه فيه، ف المعروف بينهم انه ان تعذر ينفق عليه بعض المؤمنين الذين منهم الملتقط، و في الجواهر: بلا- خلاف اجده فيه، و استدلاله بان بذل النفقة لمثله واجب على الكفاية، لانه دفع ضرورة مع التمكن.

قالوا: فان تعذر انفق الملتقط و يرجع عليه مع نيته لا بدونها.

و ما افادوه من هذا الترتيب ينافيه نصوص الباب، لاحظ قوله عليه السلام في خبر المدائني المتقدم: فان طلب منه الذي رباها النفقة و كان موسراً ردّ عليه، و ان كان معسراً كان ما انفق عليه صدقة «١» و قوله عليه السلام في صحيح محمد بن احمد: و لكن تستخدمها بما انفقت عليها «٢» و نحوهما غيرهما.

فان الاستفادة منها جواز ان ينفق عليه الملتقط بنية الرجوع عليه بعد البلوغ و اليسار، أو لان يستخدمه، و مقتضى اطلاقها جواز ذلك حتى مع وجود السلطان المنفق، و هذا مما تقتضيه القاعدة، اذ الوجوب على المسلمين من باب رفع حاجة المحتاج لا يوجب التبرع. و ان شئت قلت: ان وجوب الانفاق على المسلمين تبرعا، حكم شرعي موقوف

(١) الوسائل - باب ٢٢ من ابواب اللقطة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٢٢ من ابواب اللقطة حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٦٦

و لو كان له اب او جد او ملتقط قبله اجبر على اخذه

على الدليل و لا- دليل عليه، واصل البراءة يقتضى عدمه. بل يمكن ان يقال: انه لا يجب على السلطان الانفاق عليه تبرعا بمقتضى القاعدة ايضا، لان كون بيت المال معداً لمصالح المسلمين لا يقتضى الانفاق تبرعا، بل له ان ينفق عليه قرضاً، و يرجع عليه بعد بلوغه و يساره.

فالمتحصل مما ذكرناه ان الواجب هو الانفاق عليه و لو بعنوان القرض، فان وجد سلطان فهو احقّ بذلك لان بيت المال معدّ لذلك و امثاله، و الا فالملتقط و غيره على حد سواء. نعم، ان وجد من ينفق عليه من الوجوه المنطبقة عليه او تبرعا، ليس للملتقط الانفاق عليه بقصد الرجوع عليه، لان ذلك و ان كان منافياً للاطلاق في بادي النظر، لكنه بعد ملاحظة فتوى الاصحاب و المنساق الى الذهن من النصوص. يظهر عدم المنافاة.

و لم يخالف في جواز الرجوع عليه بعد البلوغ سوى الحلبي، محتجا له بالاصل، و قاعدة لا ضرر و لا ضرار «١». و لكن الاصل يخرج عنه بالنصوص المتقدمة، و معها لا وجه للرجوع الى قاعدة لا ضرر، اصف اليه انه لا ضرر في أخذ عوض ما انفق عليه.

ثم ان ظاهر خبر المدائني كون النفقة صدقة مع الاعسار، و لم يجد صاحب الجواهره عاملاً به، و لذلك حملة بعضهم على ارادة جواز احتسابه زكاة من سهم الفقراء او الغارمين.

و لو كان له اي للقيط اب او جد او ملتقط قبله لا يكون محكوماً بحكم اي للقيط و اجبر على اخذه كما مر.

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٦٧
واخذ اللقيط واجب على الكفاية، و هو مالك لما يده عليه.

عدم وجوب اخذ اللقيط

والخامسة: قال الشيخ و المصنف ره و تبعهما غيرهما: اخذ اللقيط واجب على الكفاية، و في المسالك نسبتبه الى اكثر الاصحاب تارة، و إلى معظمهم اخرى. و في الشرائع و النافع و الجواهر البناء على الاستحباب. و عن اللمعة و الدروس التفصيل بالوجوب مع الخوف عليه، و لاستحباب مع عدمه، و استوجهه في المسالك، و الظاهر انه يرجع الى القول الثاني، لان الكلام في الالتقاط من حيث هو لا فيما اذا توقف عليه حفظ النفس، و الا فلا يظن باحد ان يشك في الوجوب حينئذ، و لا يختص ذلك بالالتقاط بل الحكم ذلك حتى في الكبير.

و على هذا، ففي المسألة قولان: الوجوب، و الاستحباب. و الاظهر هو الثاني، لعدم الدليل على الوجوب، و الاصل يقتضى عدمه. و الاستدلال للوجوب بانه تعاون على البر، و بانه دفع لضرورة المضطر، غير تام، اذ التعاون على البر لا يكون واجبا باطلاقه قطعا، و اخراج الموارد الثابت فيها عدم الوجوب عن تحت الدليل مستلزم لاجراج الاكثر المستهجن، فالمتعين حمل دليله على الاستحباب، و كونه دفع ضرورة المضطر قد عرفت عدم ربطه بما هو محل البحث.

السادسة: و هو اي اللقيط بعد الحكم بحريته مالك لما يده عليه كما في الكبير، و يده كيد البالغ اماراة الملكية، لان له اهلية الملك و التملك، كما صرح به الشيخ و المحقق و المصنف و الشهيدان و غيرهم، و في الجواهر: بل لا أجد فيه خلافا بين من تعرض له، بل عن المبسوط نفى الخلاف فيه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٦٨

و يكره اخذ الضوال

احكام الضوال

الموضع الثاني: في الضوال

إشارة

- جمع ضالة- و هي كل حيوان مملوك ضائع اخذ و لا يد محترمة عليه. لا اشكال و لا خلاف في انه (يكره اخذ الضوال) في صورة الجواز، و في المسالك: واخذه حيث يجوز مكروه كراهة شديدة. و استدلل لها في المسالك و الرياض بالنبوي: لا يثوى الضالة الا الضال «١» و بالخبرين: لا يأكل من الضالة الا الضالون «٢».

و حيث ان الاول ضعيف السند عند سيد الرياض، و الخبرين لا يدلان على حكم الاخذ بل هما متضمنان لحكم الاكل، فلذا استشكل في الرياض اولا في الحكم، ثم قال: و في الفتاوى و الخبر الاول كفاية لجواز التسامح في امثال المقام.

و يردده اولاً: ما تقدم منا مرارا من ان التسامح انما هو في ادلة السنن و المستحبات لا في المكروهات.
و ثانياً: ان النبوى لا ضعف في سنده، فانه رواه الصدوق ره، قال: و من الفاظ رسول الله صلى الله عليه و آله لا يثوى الخ. و قد اشرنا
مكررا الى ان المرسل اذا كان ثقة، و نسب الخبر الى المعصوم جزءاً لا ينحو روى و شبهه، يكون ذلك الخبر حجة، لان نسبه جزءاً
اليه كاشفه عن ثبوت صدوره عنه عنده، فهو في حكم توثيق الواسطة او الوسائط، و على هذا فهو قوى السند و ظاهر الدلالة.
و يشهد بها- مضافا الى ذلك- النصوص الناهية عن اخذ اللقطة، كصحيح

(١) الوسائل باب ١ من كتاب اللقطة حديث ١٠.

(٢) الوسائل باب ١ من كتاب اللقطة حديث ٥-٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٦٩
الامع التلّف،

الحلبى عن الامام الصادق عليه السلام في حديث في اللقطة، قال: و كان على بن الحسين عليه السلام يقول لاهله: لا تمسوها «١» و
نحوه غيره، فانها و ان كانت في اللقطة- و هى المال غير الحيوان كما يأتى- الا انها بالفحوى تدل على المقام.
و صحيح معاوية بن عمار عنه عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله في الشاة الضالة: و ما احب ان امسها «٢» و مثله صحيح
هشام «٣».

و على هذا فلا اشكال في الكراهة الامع التلّف اذا لم يلتقطه، فانه يجوز الاخذ بلا كراهة، كما صرح به المصنف و غيره.
و استدلل له بان نصوص الكراهة منصرفه عن هذه الصورة، و بالاخبار المتضمنة لقوله عليه السلام: هى لك او لاختيك او للذئب «٤»
بدعوى انه يرغب في اخذ الضالة التى هى في معرض التلّف، على معنى انك ان اخذتها و لم تعرف مالكها بعد التعريف تكون لك،
و ان عرفته فقد حفظت مال اختيك المؤمن، و ان لم تأخذها اكلها الذئب او اخذها غير الأمين الذى هو بمنزلة الذئب، و لعله لذا
حكى عن المبسوط استحباب اخذها اذا كان اميناً في مفازة او في خراب او في عمران.
و لكن الانصراف ممنوع، و قوله عليه السلام متصلاً بالقول المتقدم في الاخبار: و ما احب ان امسها، يدفع التقريب المذكور لدلالة
الاخبار عليه، و وجوب حفظ المال عن التلّف قد مر ما فيه. فاذاً مقتضى اطلاق النصوص الكراهة حتى مع خوف

(١) الوسائل باب ١ من كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) الوسائل- باب ١٣ من كتاب اللقطة حديث ٦.

(٣) الوسائل باب ١٣ من اللقطة حديث ١.

(٤) الوسائل باب ١٣ من اللقطة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٧٠

فلا يؤخذ البعير في كلاً و ماء

التلّف.

اللهم الا- ان يقال: ان حفظ مال الغير و ان لم يكن واجبا لكن لا ريب في حسنه، لانه احسان اليه، كيف و قد دلت الاخبار «١» على
جواز الحلف كاذبا لحفظ مال الغير، فانها و ان كانت فيما لو كان مال الغير تحت اليد، الا انه لا شبهة في استفادة مطلوبية حفظ مال

الغير مطلقاً منها، وهذا ان لم يوجب الاستحباب و لكن لا ريب في كونه موجبا لرفع الكراهة، فلا شبهة في عدم الكراهة في هذه الصورة.

لا يؤخذ البعير اذا وجد في كلاً و ماء

و تمام الكلام في هذا الموضوع بالبحث في مسائل:

الاولى: ان الحيوان الذي يوجد لا يخلو من كونه بعيراً، او شاء، او غيرهما، ف الكلام في فروع:

١- لا يؤخذ البعير اذا وجد في كلاً و ماء يتمكن من التناول منهما، بلا خلاف، و عن صريح غاية المراد و ظاهر الكفاية الاجماع عليه. و النصوص شاهدة به، لاحظ صحيح هشام بن سالم- او حسنه- عن الصادق عليه السلام: جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: يا رسول الله انى وجدت شاء؟ فقال رسول الله: هي لك أو لاختيك أو للذئب. فقال: يا رسول الله انى وجدت بعيراً؟ فقال: معه حدائه و سقائه، حدائه خفه، و سقائه كرشه، فلا تهجه «٢».

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب الايمان.

(٢) الوسائل- باب ١٣ من كتاب اللقطة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٧١

[...]

و صحيح معاوية بن عمار عنه عليه السلام: ان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم سئل عن البعير الضال، فقال صلى الله عليه و آله: ما لك و له، خفه حدائه، و كرشه سقائه، خل عنه «١» و نحوهما غيرهما.

و مع ذلك فهو مقتضى القاعدة ايضاً، لعدم جواز اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه، او السبب المرخص فيه، المفقودين في المقام، لان مالكة غير معلوم، و البعير مصون عن السباع بامتناعه مستغن بالرعى، فلو اخذه و الحال هذه ضمنه بلا خلاف و لا إشكال، لعموم على اليد.

قال الشهيد الثاني ره في محكي الروضة: لا يجوز اخذه حينئذ بنية التملك مطلقاً، و في جوازه بنية الحفظ لمالكة قولان، من اطلاق الاخبار بالنهي و الاحسان، و على التقديرين يضمن بالاخذ. و ظاهره الضمان حتى على القول بان أخذه احسان و تجويزه، و وجهه في الجواهر بالعموم المزبور الذي لا تنافيه قاعدة الاحسان، المراد منها ما حصل فيه الاحسان لاما قصد و لم يحصل.

و تنقيح القول ان جواز اخذ ما يحرم التقاطه بعنوان الحفظ، قد اختاره في محكي التذكرة، و لا وجه له بعد اطلاق النصوص المتقدمة. و لا مورد لقاعدة الاحسان، فانها في موارد جواز وضع اليد حتى يتمحض في الاحسان، كما لو علم من حال صاحبه الرضا بوضع اليد على ماله لا يصاله، لا في مثل الفرض الذي يحرم ذلك كما هو مقتضى القاعدة و اطلاق الاخبار، بل مقتضى الاحسان ترك التعرض له حتى يجده، فان الغالب ان من اضل شيئاً يطلبه حيث يضعه، فاذا اخذه غيره ضاع عنه، فلا توقف في عدم الجواز. و اما الضمان مع القول بجوازه، فتنافيه قاعدة الاحسان المخصصة

(١) الوسائل باب ١٣ من اللقطة حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٧٢

و يؤخذ في غيره اذا ترك من جهد و يملكه الاخذ.

لقاعدة على اليد.

و يرد ما افاده صاحب الجواهر ره: ان الفعل اذا صدر بقصد عنوان حسن يتصف بالحسن، و ان لم يتحقق مبدأ ذلك العنوان في الخارج، مثلاً ضرب اليتيم بقصد التأديب حسن و ان لم يتأدب، و الكذب بقصد انجاء المؤمن حسن و ان لم يترتب عليه نجاته، بل تمام المناط لاتصاف الفعل بالحسن هو ذلك لا الوجود الواقعي، فضرب اليتيم لا بداعي التأديب قبيح و ان تأدب. و عليه ففي المقام على فرض تسليم شمول قاعدة الاحسان، لا بدّ من البناء على عدم الضمان اذا اخذه بقصد الحفظ لمالكه و ايصاله اليه و ان تلف قبل الوصول اليه.

هذا كله فيما اذا وجد في كلاً و ماء، و الا فيجوز ان (يؤخذ في غيره اذا ترك من جهد) و عطب، لمرض او كسر او غيرهما، و يملكه الاخذ حينئذ على الاظهر الاشهر بل عليه عامة من تأخر، كذا في الرياض. و لكن صاحب الجواهر ينكر صحة نسبة ذلك الى الاصحاب، قال: لا أظن بارادة الاصحاب ذلك حتى يكون جابراً، لان تعبير المعظم: لو تركه من جهد و نحوه، مما هو ظاهر في غير اللقطة.

و ملخص الكلام: ان البعير المزبور ربما يعرض صاحبه عنه و يتركه، و ربما يضع منه، و محل الكلام هو الثاني. و حيث ان في المقام نصوصاً يمكن استفادة الحكم منها فلا بد من ملاحظتها، لاحظ صحيح عبد الله بن سنان عن الامام الصادق عليه السلام: من اصاب مالاً او بعيراً في فلاة من الارض، قد كلت و قامت و سيّيها صاحبها مما لم يتبعه، فأخذها غيره فاقام عليها و انفق نفقته حتى احيها من الكلال و من الموت، فهي له و لا سبيل له عليها، و انما هو مثل الشيء المباح «١».

(١) الوسائل باب ١٣- من كتاب اللقطة- حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٧٣

[...]

و قد يقال انه مختص بالصورة الاولى و لا- يشمل ما نحن فيه، لقوله: و سييها، و لجعله كالمباح. و لكن الموجود في بعض النسخ «نسيها» بدل «سييها» و هو انسب بما فيه من الظهور، في ان احياء الحيوان الذي هو في غير ماء و لا كلاء و قد اصابه الجهد و الكلال سبب لتملك الحيوان المزبور، سواء كان اعرض عنه ام لا، مع ان الحمل على صورة الاعراض حمل على الفرد النادر جداً، فان البعير الذي يوجد و لا- يعرف صاحبه كيف يمكن احراز الاعراض عنه، فالمتعين البناء على العموم. و اما جعله كالمباح، فلو لم يدل على الاختصاص بمحل الكلام نظراً الى جعله كالمباح لا مباحاً، و المعروف صيرورته مباحاً بالاعراض، لما دل على الاختصاص بصورة الاعراض، فالانصاف شمول الصحيح لما هو محل الكلام.

و خبر مسمع عن مولانا الصادق عليه السلام: ان امير المؤمنين عليه السلام كان يقول في الدابة اذا سرحها اهلها او عجزوا عن علفها او نفقتها فهي للذي احيها، قال: و قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابة بمضيعة، فقال عليه السلام: ان كان تركها في كلاً او ماء و امن فهي له يأخذها متى شاء، و ان كان تركها في غير كلاً و لا ماء فهي لمن احيها «١». و اعميته من الاعراض واضحة، و بضميمة ان احراز انه هل تركها او ضاع عنها غير ممكن غالباً، و قوله بمضيعة و عدم القول بالفصل بين صورة احراز الترك و احتمال الضياع، يثبت الحكم في مورد الضياع ايضاً.

و خبر السكوني عنه عليه السلام: ان امير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد، فقال عليه السلام: ان كان تركها في كلاً و ماء و امن فهي له يأخذها حيث اصابها، و ان تركها في خوف و على غير ماء و لا كلاً فهي لمن اصابها «٢»

(١) الوسائل باب ١٣ من اللقطة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ١٣ من كتاب اللقطة حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٣٧٤

[...]

و تقريب الاستدلال به كسابقه. فالحكم خال عن الاشكال.

و لا يخفى ان الظاهر من النصوص - كما افاده سيد الرياض - اعتبار الامرين من الترك من جهد و فى غير ماء و لا كلاً معاً. فلو انتفى احدهما بان ترك من جهد فى كلاً و ماء، او من غير جهد فى غيرهما، او انتفى كل منهما، لم يجز الأخذ، و عليه الاجماع فى بعض الكتب. فما عن بعض من كفاية احدهما، ضعيف.

ثم لو كانت الفلاة مشتملة على احد الامرين من الماء و الكلاً، فهل هى بحكم عادمتهما، ام بحكم مشتملتها؟ وجهان، مقتضى مفهوم صدر الخبرين الاول، و مقتضى مفهوم ذيلهما الثانى، و يؤيد الاول عدم قوام الحيوان بدونهما. فما افاده الشهيد الثانى من اختيار الاول اظهر.

و النسبة بين هذه النصوص و بين النصوص المانعة عن الاخذ عموم مطلق، فيقيد اطلاقها بها. فما عن ابن حمزة من عدم جواز الاخذ فى هذه الصورة، التفاتاً منه الى المنع عنه فى النصوص المتقدمة، ضعيف.

ثم اذا اخذها و تملكها، فلا اشكال فى عدم الضمان و لا خلاف، لظاهر النصوص المتقدمة. نعم، عن القواعد فى رد العين مع طلب المالك اشكال، بل عن الايضاح انه الاقوى، و لعل وجهه اطلاق قول ابى جعفر عليه السلام فى خبر ابى بصير: من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتية طالبه، فاذا جاء طالبه رده اليه «١» بناء على شموله لمثل المقام.

و اجاب عنه فى الجواهر بان اقصاه كون التعارض بينهما من وجه، و لا ريب فى ان الترجيح للاول من وجوه.

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب اللقطة حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٣٧٥

و تؤخذ الشاة فى الفلاة

و اورد عليه بانه لا تعارض بينهما، فان خبر ابى بصير ايضاً متضمن لكونه له، و ليس مفاد النصوص المتقدمة غير ذلك، فلا معارض للخبر بالنسبة الى وجوب الرد.

و لكن يمكن دفع ذلك بان التفصيل فى خبرى السكونى و مسمع بين تركها فى كلا و ماء فله اخذها، و بين تركها فى غير ذلك فهى لمن اصابها، ظاهر فى ارادة الملكية اللازمة، و ألّا فله أخذها فى المورد الثانى ايضاً، و لغى التفصيل من هذه الجهة، بل قوله عليه السلام فى الصحيح: فهى له و لا- سبيل له عليها، ظاهر فى انه ليس له الفسخ و الرد. فما افاده فى الجواهر تام، و تقدم نصوص الباب للشهرة التى هى اول المرجحات.

حكم الشاة الملتقطة

٢- و تؤخذ الشاة ان وجدت فى الفلاة التى يخاف عليها من السباع جوازا، بلا خلاف ظاهر، بل عن التذكرة عليه الاجماع. و يشهد به

جملة من النصوص المتقدم بعضها، المتضمنة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: هي لك أو لأخيك أو للذئب «١» و ما ذكروه من انها لا تمتنع من صغير السباع، فهي معرضة للتلف فكانت بحكم التالف.

ثم انه بعد اخذها يتخير بين ان يحفظها لمالكها و دفعها الى الحاكم- و لا ضمان فيهما اجماعا، لانه في الاول امين اذ الشارع رخص في الأخذ، و في الثاني الحاكم ولى الغائب، فالدفع اليه كالدفع الى المالك. و بين ان يملكها بلا خلاف، و النصوص المتقدمة شاهدة به، و لا يعارضها ما دل على انه يحبسها عنده ثلاثة ايام فان جاء

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب كتاب اللقطة.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٩، ص: ٣٧٦
مضمونه.

صاحبها و الا تصدق بثمنها عن صاحبها، لما سيأتي.

و هل هي مضمونة على تقدير التملك كما عن الا-كثر- مطلقا او مع ظهور المالك- بل هو المشهور بينهم، ام لا؟ قولان. يشهد للاول- مضافا الى اطلاق خبر ابي بصير المتقدم: من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده اليه- صحيح على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل اصاب شاة في الصحراء، هل تحل له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: هي لك أو لأخيك أو للذئب، فخذها فعرفها حيث اصبتها، فان عرفت فردّها الى صاحبها، و ان لم تعرف فكلها و انت ضامن لها ان جاء صاحبها يطلب ثمنها ان تردّها عليه «١» و لا ينافي ذلك ما دل على التملك، فان الجمع بينهما يقتضى البناء على التملك بعوض.

و هل التملك لها قبل تعريف السنّة، ام بعده؟ قولان:

وجه الاول: اطلاق الصحاح المتقدمة المتضمنة لجواز التملك من دون تقييد له.

و وجه الثاني: الاصل، و عموم الامر بالتعريف فى اللقطات، و ظاهر صحيح على ابن جعفر المتقدم، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة دراهم او ثوبا او دابة، كيف يصنع؟ قال عليه السلام: يعرفها سنّة، فان لم يعرف صاحبها جعلها فى عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه اياه، و ان مات أوصى بها، فان اصابها شيء فهو ضامن «٢» فتأمل.

و الثانى اظهر، لان اكثر ما ذكر فى وجهه و ان كانت مخدوشة- اذ الاصل لا يرجع اليه مع الدليل. و الامر بالتعريف فى اللقطات انما هو فى لقطة الاموال غير

(١) الوسائل باب ١٣ من كتاب اللقطة حديث ٧.

(٢) الوسائل- باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١٣.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٩، ص: ٣٧٧

[...]

الضوال، بحكم الانصراف و السياق و الصحيح الثانى لابن جعفر ظاهر فى عدم التملك اصلا، سيما و فى نسخة الوسائل «حفظها» بدل «جعلها» - و لكن فى الصحيح الاول كفاية، و لا يعارضه اطلاق الصحاح المتقدمة فانه يقيد به، كيف و قد جمع فى الصحيح بين ما تضمنته تلك النصوص و بين الأمر بالاكل و التملك بعد التعريف.

و يمكن ان يستدل له بصحيح صفوان عن ابي عبد الله عليه السلام: من وجد ضالة فلم يعرفها، ثم وجدت عنده فانها لربها «١».

فلا توقف في ان التملك انما هو بعد التعريف سنة، و في الصحيحين و ان لم يصرح بسنة الا انه من المعلوم ان التعريف في هذا الباب هو التعريف سنة، و اطلاق التعريف فيهما منزل على ما هو المعلوم ثبوته بنصوص اخر و لو في لقطه الاموال.

و أما خبر ابن ابي يعفور عنه عليه السلام: جاء رجل من المدينة فسألني عن رجل اصاب شاة، فأمرته ان يحبسها عنده ثلاثة ايام و يسأل عن صاحبها، فان جاء صاحبها و ألباعها و تصدق بثمانها «٢» فقد حمله الاصحاب على ما اذا اخذت من العمران او المساكن المأهولة و ما هو قريب منها، بحيث لا يخاف عليها من السباع، جمعاً. و في الرياض: و ظاهرهم الاطباق على العمل به حينئذ، فبه ينجر ضعف سنده، و يختص الحكم بمورده و هو الشاة، و قد مر ان اطلاقه من حيث أخذه من العمران او الفلاة يقيد بالنصوص المتقدمة، و ليس في الخبر دلالة على جواز الأخذ، ففي ذلك يرجع الى القواعد، و هي تقتضي عدم جواز الاخذ ما لم يخف التلف او النهب كما مر.

(١) الوسائل باب ١٤ من كتاب اللقطه حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٣- من كتاب اللقطه حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٧٨

[...]

حكم الحيوان غير البعير و الشاة

٣- اذا وجد غير البعير و الشاة في الفلاة، فان كان دابة فهي ملحقة بالبعير بلا خلاف، و خبرا السكوني و مسمع شاهدان باللاحاق. و اما البقرة و الحمار، فعن الشيخ و الحلبي و المحقق و غيرهم اللاحاق، و هو الاظهر.

اما المنع لو وجد في كلاً و ماء، فلانه مقتضى القاعدة، اصف اليه ما في المسالك: مشاركتها للدابة في العدو و الامتناع من صغير السباع، و كون المفهوم من فحوى المنع من اخذ البعير و هو قدرته على الامتناع مما يملكه المساواة. و اما الجواز فيما لو وجد في غير ماء و لا كلاً، فلاطلاق قوله عليه السلام في صحيح ابن سنان: من اصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الارض ... الخ.

و ان كان الحيوان الموجود ما لا- يمتنع من صغير السباع- كأطفال الابل و البقر و الخيل و الحمير و الدجاج و الاوز. و ما شاكل- فالمشهور الحاقه بالشاة في حكمها، و عن التذكرة نسبته الى علمائنا، و هو الحجج فيه، و يؤيده ان المستفاد من النصوص الواردة في البعير و الشاة ان المدار على الامتناع و الاستغناء حتى يأتي صاحبه و عدمه. و بما ذكرناه يظهر حكم ما لو كان من قبيل الغزلان و اليحامير و ما شابههما اذا ملكت ثم ضلت، و انها تلحق بالبعير، لانها تمتنع عن السباع بسرعة العدو، و تستغنى بالرعى في الفلاة، فما ذكرناه في البقرة جار فيها.

ثم ان هذا كله في الضالة في الفلاة، و هي الارض غير المأهولة. و اما لو وجدت في العمران الذي هو المأهول، فلا يحل اخذها ممتنعة كانت او غير ممتنعة، للاصل- و هو عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير رضاه- و في العلل المذكورة في النصوص

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٧٩

و ينفق مع تعذر السلطان و يرجع بها،

اشارة اليه، و صحيحاً صفوان و علي بن جعفر المتقدمان المتضمنان لبيان تعريف الضالة لا يدلان على الجواز، لعدم كونهما في مقام البيان من هذه الجهة و قد خرج عن ذلك الشاة، و قد مر الكلام فيها.

حكم ما ينفق على الضالة

الثانية: و لو اخذ الضالة عليه ان ينفق عليها مع تعذر السلطان بل و مع امكانه، لانه ان لم يكن الأخذ جائزا فهو غاصب و يجب عليه حفظها ليردها على المالك، و الانفاق من مقدمات الحفظ، و ان كان جائزا فهي امانة شرعية في يده و يجب حفظ الامانة من التلف، و ان اخذها و تملكها في ما كان جائزا فهي مملوكة و انفاق المملوك واجب. و على التقادير لا وجه للتقييد بصورة تعذر السلطان. و لو انفق عليها، فهل يرجع بها على المالك ام لا؟ الظاهر هو الثاني في مورد عدم جواز الاخذ، لان الانفاق ليس بأمر المالك و لا اذنه و لا- اذن من الشارع الاقدس، و مجرد عود نفعه الى المالك لا- يوجب ضمانه لها. اصف اليه انه مع عدم جواز الاخذ يكون غاصبا، و قد صرح في صحيح ابي ولاد بان الغاصب لا يرجع، قال قلت له: جعلت فداك، فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه؟ قال عليه السلام، لا لأنك غاصب «١».

و الاول في مورد جوازه، لمفهوم الصحيح، فان الاستفادة منه ان غير الغاصب له الرجوع بما انفق على الضالة، و لقوله عليه السلام في خبر علي بن جعفر: انما يحل

(١) الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٨٠

و لو انتفع تقاص. و اذا حال الحول على الضالة و نوى الاحتفاظ فلا ضمان، و لو نوى التملك

له بيعها بما انفق عليها، «١» و قريب منه غيره، حيث انه يدل على جواز البيع لاخذ ما انفق عليها. فالتحصّل انه مع اذن الشارع في الاخذ، او العلم برضا المالك به، يرجع فيما انفق عليها، و لا يرجع بدون ذلك.

و ان كان للضالة نفع- كالظهر و الركوب او اللبن- فان كان يجوز له اخذها جاز الانتفاع به في مقابلة الانفاق، بلا خلاف، و يعضده صحيح محمد بن احمد عن الامام الصادق عليه السلام عن اللقيطة: لا تباع و لا تشرى، و لكن تستخدمها بما انفقت عليها «٢».

انما الخلاف في كيفية الاحتساب، ففي المتن (و لو انتفع تقاص) و نحوه ما في الشرائع و النافع، بل في الجواهر: هو خيرة جميع من تأخر عن المصنف. و عن الشيخ في النهاية: كان ذلك بازاء ما انفق. و كل من القولين مخالف للقاعدة:

اما الاول، فلان المقاصد مشروطة بشروط ذكرناها في كتاب القضاء، و لم يعتبر احد شيئا منها في المقام.

و أما الثاني، فلان وقوع المعاوضة بين مال المالك الغائب و ما ينفق عليه خلاف القواعد.

و لكن الذي يسهل الخطب معلومية ان له الانتفاع، و لا ثمره للنزاع في انه هل هو بعنوان المعاوضة او المقاصد.

الثالثة: و اذا حال الحول على الضالة و نوى الاحتفاظ فلا ضمان كما مر، بل عرفت انه لا ضمان مع نية الاحتفاظ في اثناء الحول ايضا. و لو نوى التملك

(١) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٨.

(٢) الوسائل- باب ٢٢ من كتاب اللقطة حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٨١

ضمن.

ضمن كما تشهد به النصوص على ما مر، فراجع.

حكم لقطه المال الصامت

إشارة

الموضع الثالث: في لقطه المال الصامت. و هي لغه و عرفا: كل مال غير الحيوان ضائع، و لا يد لأحد عليه، و لو كانت هي يد ملتقط سابق. و بالقيد الاخير يخرج المال الضائع الذي سبقت عليه يد الالتقاط، كما انه باعتبار الضياع يخرج غير اللقطه من افراد المال المجهول مالكة.

و ان شئت قلت: ان المجهول مالكة الذي لا يد لأحد عليه تارة يكون ضائعا عن مالكة مثل ما يوجد في الطريق و شبهه، و اخرى لا يكون ضائعا منه مثل ما يؤخذ من يد السارق و الغاصب و ما جعل امانه ثم فقد مالكة و ما شاكل. و الاول هو اللقطه بالمعنى الاخص، و الثاني هو مجهول المالك، فالفرق بين العنوانين هو اعتبار صدق اسم الضياع و لو بشاهد الحال من المالك في اللقطه دون مجهول المالك، بل قيل ان الاصل عدم ترتب احكام اللقطه مع عدم تحقق اسم الضياع.

اما مجهول المالك، فقد اشبعنا الكلام فيه في المكاسب المحرمة، و بينا هناك ان الاظهر فيه تعيين الصدقه، و ذكرنا عدم اعتبار اذن الحاكم، و ان مصرفها الفقراء و يجوز اعطائها الهاشمي.

و الكلام في المقام في خصوص اللقطه، و تمام البحث فيها في طي مسائل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٨٢

و يكره اخذ اللقطه،

يكره اخذ اللقطه

الاولى: (و يكره اخذ اللقطه) مطلقا في مورد جوازه، كما مر في الموضع الثاني، و تشهد به نصوص كثيرة:

كصحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام عن اللقطه، قال عليه السلام: لا ترفعها، فان ابتليت بها فعرفها سنه «١» الحديث.

و صحيح علي ابن جعفر عن اخيه عليه السلام في حديث، قال: و كان علي بن الحسين يقول لاهله: لا تمسوها «٢».

و مرسل الصدوق، قال الصادق عليه السلام: افضل ما يستعمله الانسان في اللقطه، اذا وجدها ان لا يأخذها و لا يتعرض لها، فلو ان

الناس تركوا بما يجدونه لجاها صاحبه فأخذه، و ان كانت اللقطه دون درهم فهي لك «٣» الحديث، و نحوها غيرها.

و ما في جمله من تلك النصوص من النهي عن الأخذ محمول على الكراهه، للاجماع على عدم الحرمة، و في الجواهر: بل يمكن

دعوى القطع بفساد القول بالحرمة، او الضرورة فضلا عن الاجماع. و لمرسل الصدوق. و صحيح زرارة عن ابي جعفر عليه السلام عن

اللقطه، فأراني خاتما في يده من فضة، قال عليه السلام: ان هذا مما جاء به السيل، و انا اريد ان اتصدق به «٤». و لما في جمله منها من

القرائن، كالتعبير بلا يصلح

(١) الوسائل باب ٢ من اللقطه حديث ١٠.

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب اللقطة حديث ١٢.

(٣) الوسائل باب ٢ من اللقطة حديث ٩.

(٤) الوسائل باب ٧ من ابواب اللقطة حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٨٣

[...]

و لا ينبغي و غير ذلك.

و انما الخلاف وقع في جواز اخذ لقطة الحرم و عدمه، و في المسالك: اختلف الاصحاب في لقطة الحرم على اقوال منتشرة حتى من الرجل في كتاب واحد. و على هذا فلا بد من ملاحظة الادلة بلا نظر الى اقوال الفقهاء.

فقد استدلل للحرمه بقوله تعالى أَوْ لَمْ يَرَوْا أَنَا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا «١» بدعوى ان مقتضاه ان يكون الانسان آمنا فيه على نفسه و ماله، و هو ينافي جواز اخذه.

و بجملة من النصوص:

كحسن الفضيل بن يسار عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم، قال عليه السلام: لا يمسه، و اما انت فلا بأس لانك تعرفها «٢».

و خبره الآخر عن ابي جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم، فقال عليه السلام: لا تمسّ ابداً حتى يجيء صاحبها فأخذها. قلت: فان كان مالا كثيرا؟ قال: فان لم يأخذها الا مثلك فليعرّفها «٣».

و خبر علي بن ابي حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليهما السلام عن رجل وجد دينارا في الحرم فأخذه، قال عليه السلام: بئس ما صنع ما كان ينبغي له ان يأخذه. قلت: قد ابتلى بذلك؟ قال: يعرفه. قلت: فانه قد عرّفه يجد له باغيا؟ فقال عليه السلام: يرجع الى بلده فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين، فان جاء طالبه فهو له ضامن «٤».

(١) سورة العنكبوت آية ٦٧.

(٢) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف حديث ٥.

(٣) الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب مقدمات الطواف من كتاب الحج حديث ٢.

(٤) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللقطة حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٨٤

[...]

و مرسل ابراهيم بن ابي البلاد، قال الماضي (اي العسكري عليه السلام): لقطة الحرم لا تمس بيد و لا برجل، و لو ان الناس تركوها لجاها صاحبها و اخذها «١».

و خبر يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله عليه السلام عن اللقطة و نحن يومئذ بمنى، فقال عليه السلام: اما بارضنا فلا يصلح، و اما عندكم فان صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع ثم هي كسبيل ماله «٢».

و لكن الآية الكريمة لا تدل على المنع من الأخذ، فان المراد من كونه آمناً هو كونه آمناً في الدنيا أو الآخرة، و هذا لا ينافي جواز الالتقاط مع البناء على التعريف. و اما النصوص و ان اتعب سيد الرياض نفسه الزكية لاثبات دلالتها على الحرمه، بعد ادعاء جبر ضعف

السند في جملة منها بالشهرة، الا ان الانصاف ان ملاحظة مجموعها توجب الاطمينان بالكراهة، فان فيها قرائن دالة على ذلك: منها: التصريح في حسن الفضيل بعدم الباس، معللاً بانك تعرّفها.

و منها: قوله في خبره الآخر: فان لم يأخذها الا مثلك فليعرّفها، فان ذلك بعد النهي عن المسّ ظاهر في جوازه لمثله، و من المعلوم انه لو كان حراماً لساوى مع غيره.

و منها: قوله: لا يصلح، في خبر ابن شعيب.

و منها: ان في جملة من النصوص الآتية المتضمنة لحكمه بعد الأخذ من دون تعرض فيها للنهي.

و منها: غير تلكم من القرائن الموجبة للاطمئنان بعدم الحرمة. فإذا الاظهر هو الكراهة مطلقاً.

(١) الوسائل باب ١ من ابواب اللقطة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٨٥

فان اخذها و كانت دون الدرهم ملكها،

حكم اللقطة بعد الاخذ

اشارة

الثانية: فان اخذها و كانت دون الدرهم ملكها بغير تعريف، بلا خلاف اجده فيه، كذا في الجواهر، بل عليه الاجماع عن التذكرة و غيرها. و يشهد به مرسل الصدوق المتقدم: و ان كانت اللقطة دون درهم فهي لك فلا تعرّفها، فان وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك لا تعرفه «١».

و خبر ابي بصير عن الامام الباقر عليه السلام: من وجد شيئاً فهو له فليتمتع حتى يأتيه طالبه، فاذا جاء طالبه رده اليه «٢» فان اطلاقه يشمل ما دون الدرهم، و يدل على جواز التملك بدون التعريف.

و خبر محمد بن ابي حمزة الصحيح بابن ابي عمير، عن بعض اصحابنا، عن الامام الصادق عليه السلام عن اللقطة، قال عليه السلام: تعرّف سنة، قليلاً كان او كثيراً، قال: و ما كان دون الدرهم فلا يعرف «٣».

و ظهور الاولين في الملكية لا ينكر. و تمام الكلام بالبحث في جهات.

١- هل يختص ذلك بلقطة غير الحرم، ام يعمّ لقطته؟ قولان، بل ظاهر الشرائع و النافع عدم الخلاف في الثاني، بل عن الخلاف الاجماع عليه، و هو الاظهر، لاطلاق النصوص المتقدمة. و لا يعارضها اطلاق ما دل على عدم تملك لقطه الحرم، لانه بقريته ما فيه من التفصيل بين لقطه الحرم و لقطه غيره، و الحكم بالتصدق في الاولى و جواز

(١) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة- حديث ٩.

(٢) الوسائل باب ٤- من كتاب اللقطة- حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٤ من كتاب اللقطة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٨٦

]...[

التملك في الثانية بعد التعريف حولاً، يختص بالازيد من الدرهم. و لو سلم اطلاق تلك النصوص ايضاً، فالنسبة بينها وبين هذه عموم من وجه، و تقدم نصوص الباب لما سمعته من دعوى عدم الخلاف.

٢- ظاهر المرسل و خبر ابى بصير حصول الملكية بمجرد الاخذ، و لو لم يقصد التملك.

و عن القواعد اعتبار نية التملك. و قواه في الجواهر، مستدلاً له بان المرسل ضعيف السند، و المتيقن من الاجماع حصول الملكية بعد النية. و بظهور الادلة في عدم الفرق بين القليل و الكثير الا بالتعريف، و من المعلوم اعتبار النية في الثاني. و باصالة عدم الملك حتى ينويه.

و يرد الاول ما مر من اعتباره، مضافاً الى ان ضعفه لو كان منجبر بالعمل.

و الثاني انه ليس في النصوص ما يتضمن عدم الفرق بين القليل و الكثير الا بذلك.

و الثالث ان الاصل لا يرجع اليه مع الدليل. فالظاهر عدم اعتبارها.

٣- ظاهر المتن و الارشاد و المحكى عن الشيخين و الديلمي و ابن حمزة انه لا يضمن، فلو جاء لا يغرم له قيمته مع التلف، و لا يرد العين مع بقائها، بل عن النهاية و الغنية التصريح بذلك، بل في محكى المختلف انه المشهور. و عن الغنية الاجماع عليه، للاصل، و ظاهر قوله عليه السلام «لك» في المرسل.

و عن القواعد و الايضاح و التنقيح و الرياض الضمان. و استدل له في الرياض بعدم صراحة النصوص في التملك، بناء على عدم صراحة اللام فيه. و بان نصوصها ما بين ضعيف السند كالمرسل، و غير متضمن عدا نفى و جوب التعريف في هذا المقدار، و هو لا يستلزم التملك.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٨٧

]...[

و يرد كفاية الظهور، و لا تعتبر الصراحة في الدليل، و انكار ظهور اللام في الملكية مكابرة. و المرسل قد عرفت اعتباره، مضافاً الى انجبار ضعفه لو كان بالعمل.

فالحق ان يقال: ان مقتضى القاعدة عدم الضمان، بمعنى انه مع بقاء العين لا- يجب ردها، و مع تلفها لا يجب ردّها بدلها، اذ بعد ما صارت له لا موجب للضمان. لكن خبر ابى بصير المتقدم دال على انه مع بقاء العين اذا جاء طالبها وجب الرد، فيلتزم به في خصوص صورة البقاء.

و ما عن الايضاح و التنقيح من ان الخبر بعد الاجماع على عدم وجوب ردّ العين، يحمل على ارادة رد القيمة، غريب، اذ لا إجماع على عدم وجوبه، و على فرضه يطرح الخبر، او يحمل على الرجحان لا انه يحمل على ارادة معنى آخر.

٤- هل يختص هذا الحكم بما دون الدرهم، ام يعمّ الدرهم؟ قولان، اقواهما الاول، فالدرهم كالتائد في التعريف، لاختصاص المرسل و خبر ابن ابى حمزة بما دون الدرهم، بل في الخبر حكم عليه السلام أولاً بوجوب التعريف في القليل و الكثير، ثم استثنى خصوص ما دون الدرهم.

و استدل له في الرياض و الجواهر بالصحيح عن الرجل يصيب درهما او ثوباً او دابة، قال عليه السلام: يعرّفه سنة. و الظاهر ان المراد به صحيح على بن جعفر المتقدم «١» و الموجود في نسخة الوسائل الموجودة عندى «دراهم» بدل «درهما»، و عليه فهو لا- يدل على ذلك.

قال في النافع: فيه روايتان، وفي الرياض والجواهر عدم الوقوف عليهما. الظاهر ان مراد المحقق من رواية اللاحق خبر ابي بصير المتقدم، الدال على

(١) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة - حديث ١٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٨٨

و ان كانت درهما فما زاد عرفها حولا

ان اللقطة لو اجدتها مطلقا بدون التعريف «١» خرج عنه ما زاد عن الدرهم و بقي الباقي. و لكن النسبة بينه و بين نصوص التعريف التباين من حيث المورد، و الاطلاق و التقييد من حيث اعتبار التعريف، فيقيد اطلاقه من هذه الجهة بها، ثم يقيد اطلاق الجميع من حيث كونها اقل من الدرهم او الازيد بما تقدم من الاخبار. فالتحصّل من النصوص بعد ضم بعضها الى بعض إلحاق الدرهم بما زاد عليه.

وجوب تعريف اللقطة حولا

و ان كانت اللقطة درهما فما زاد عرفها حولا بلا خلاف، بل عليه الاجماع في جملة من الكلمات. و يشهد به صحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام في حديث، قال: و اللقطة يجدها الرجل و يأخذها؟ قال عليه السلام: يعرفها سنه، فان جاء لها طالب و الا فهى كسبيل ماله «٢».

و خبر كثير، سأل رجل امير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة، فقال عليه السلام: يعرفها، فان جاء صاحبها دفعها اليه و الا حبسها حولا، فان لم يجيء صاحبها او من يطلبها تصدق بها «٣» و نحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة الآتية جملة منها. و مقتضى اطلاق جملة منها و صراحة اخرى عدم الفرق في وجوب ذلك بين لقطة الحرم و لقطة غيره، و ايضا عدم الفرق في لقطة غير الحرم بين صورة ارادة التملك

(١) الوسائل باب ٤ من اللقطة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٨٩

فان كانت في الحرم تصدق بها بعده و لا ضمان او استبقاها امانة،

و صورة ارادة التصدق او الحفظ كما عليه الاكثر.

و عن المبسوط اختصاص وجوب التعريف حولا بالصورة الاولى، محتجا بان التعريف انما وجب لتحقيق شرط التملك، فاذا لم يقصده لم يجب و يكون مالا مجهول المالك. و فيه: انه مناف لصراحة جملة من النصوص المتضمنة للتعريف حولا ثم يتصدّق به، فلا اشكال في وجوب التعريف حولا مطلقا.

فان كانت في الحرم تصدق بها بعده اى بعد تعريف السنه و لا ضمان، أو استبقاها امانة في يده، و لا يجوز له ان يملكها، بلا خلاف في شيء من تلكم، الا في عدم جواز التملك فقد جوزة الحلبي.

اما التصديق، فتشهد به نصوص كثيرة كخبر علي بن ابي حمزة عن الامام الكاظم عليه السلام عن رجل وجد دينارا في الحرم فأخذه، قال عليه السلام: بئس ما صنع، ما كان ينبغي له ان يأخذه. قال قلت: قد ابتلى بذلك؟ قال عليه السلام: يعرفه. قلت: فانه قد عرفه فلم يجد له باغيا؟ فقال عليه السلام: يرجع الى بلده فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين، فان جاء طالبه فهو له ضامن (١).
و خبر اليماني عن الامام الصادق عليه السلام: اللقطة لقطتان: لقطه الحرم و تعرف سنة فان وجدت صاحبها و الا تصدقت بها، و لقطه غيرها تعرفه سنة فان جاء صاحبها و الا فهي كسيل مالك (٢) و نحوهما غيرهما.
و ظاهرها تعيين الصدقة. و لكن يمكن ان يقال: ان الامر بالصدقة لوروده مورد توهم الحظر بالنسبة الى حفظ المال لصاحبه الذي هو مقتضى القاعدة، و الاصل

(١) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللقطة - حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب مقدمات الطواف - حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٩٠

[...]

لا يستفاد منه اللزوم، فيتخير بين الصدقة و استبقائها امانة.

و أما التملك، فقد استدل له تارة باطلاق ما دل على تملك اللقطة بعد التعريف. و اخرى بخبر الفضيل بن غزوان، قال: كنت عند ابي عبد الله عليه السلام فقال له الطيار: ان ابن حمزة وجد دينارا في الطواف قد انسحقت كتابته، قال عليه السلام: هو له (١). و ثالثة بمرسل الصدوق عن الامام الصادق عليه السلام: فان وجدت في الحرم دينارا مطلقا، فهو لك لا تعرفه (٢).
و لكن الاطلاق يقتيد بما مر. و الخبرين لم يعمل بهما احد سوى الصدوق، لانهما يدلان على جواز التملك بدون التعريف، بل في الثاني منهما النهي عن ذلك، فيتعين حملهما على صورة العلم باليأس عن معرفة المالك.

و أما الضمان على فرض التصديق، فيشهد به خبر علي بن ابي حمزة، و اطلاق ما ورد في مطلق اللقطة، كصحيح علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها فياتي صاحبها، ما حال الذي تصدق بها و لمن الاجر، هل عليه ان يرده على صاحبها او قيمتها؟ قال عليه السلام: هو ضامن لها و الاجر له، الا ان يرضى صاحبها فيدعها و الاجر له (٣) و نحوه غيره، و لا وجه لتخصيص هذه النصوص بلقطة الحرم. و اما على فرض الاستبقاء، فالظاهر عدمه على المختار من عدم حرمة اخذ لقطه الحرم، لان المال حينئذ امانة شرعية عنده، فلا يكون عليه ضمان بتلفه.

(١) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٩.

(٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٩١

و ان كانت في غيره فان نوى التملك جاز و يضمن، و كذا ان تصدق بها و لو نوى الحفظ فلا ضمان.

فان قيل: ان عموم على اليد قاض به.

قلنا: انه خصص باليد الامانية، شرعية كانت ام مالكية. نعم، يتم الاستدلال به له على القول بعدم جواز الاخذ، لانه حينئذ كالغاصب.

حكم لقطه غير الحرم

(و ان كانت في غيره) اي في غير الحرم فان نوى التملك بعد التعريف جاز و يضمن، و كذا ان تصدق بها. و لو نوى الحفظ فلا ضمان. فها هنا فرعان: احدهما: انه يتخير بين التملك و التصدق و الحفظ.

ثانيهما: ان عليه الضمان على الاولين دون الاخير.

اما الاول فهو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة، بل عليه الاجماع عن التذكرة و غيرها. و استشكل في جواز الابقاء و الحفظ في الرياض، قال: ان ظاهر الاخبار تعين احد الاولين.

و النصوص الواردة في المقام على طوائف:

الاولى: ما يدل على الصدقة، كصحيح علي بن جعفر المتقدم، و خبر كثير عن امير المؤمنين عليه السلام المتقدم: فان لم يجيء صاحبها و من يطلبها تصدق بها، فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها ان شاء اغترمها الذي كانت عنده و كان الاجر له، و ان كره ذلك احتسبها و الأجر له (١).

(١) الوسائل باب ٢ من اللقطه حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٩٢

[...]

و خبر حفص بن غياث عن الامام الصادق عليه السلام في رجل أودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعا و اللص مسلم، هل يرد عليه؟ فقال عليه السلام: لا يرده، فان أمكنه ان يرده على اصحابه فعل، و الا كان في يده بمنزلة اللقطه يصيبها فيعرفها حولا، فان اصاب صاحبها ردها عليه و الا تصدق بها، فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الاجر و الغرم (١) الحديث، و نحوها غيرها.

الثانية: ما يدل على جواز التملك، كخبر داود بن سرحان- الذي ليس في سنده من يتوقف فيه سوى سهل، و الامر فيه سهل لانه يعتمد على خبره- عن الامام الصادق عليه السلام في اللقطه: يعرفها سنه، ثم هي كسائر ماله (٢).

و خبر حنان عنه عليه السلام عن اللقطه: تعرفها سنه، فان وجدت صاحبها و الا فانت احق بها، و قال: هي كسبيل مالك، و قال: خيره اذا جاءك بعد سنه بين أجرها و بين ان تغرمها له اذا كنت أكلتها (٣) و في نقل آخر: «فانت املكك بها» بدل «احق بها».

و صحيح علي بن مهزيار: فالغنائم و الفوائد- يرحمك الله- فهي الغنيمه يغنمها المرء و الفائدة يفيدها، و الجائزه من الانسان للانسان التي لها خطر، الي ان قال: و مثل ما يؤخذ و لا يعرف له صاحب (٤).

و صحيح ابي بصير عن الامام الباقر عليه السلام: من وجد شيئا فهو له،

(١) الوسائل باب ١٨- من كتاب اللقطه- حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطه حديث ١١.

(٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطه حديث ٥.

(٤) الوسائل باب ٨- من كتاب الخمس حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٩٣

[...]

فلتتمتع به حتى يأتيه طالبه «١» و نحوها غيرها.

الثالثة: ما يدل على جواز الحفظ، كصحيح علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة دراهم او ثوبا او دابة، كيف يصنع؟ قال: يعزفها سنه، فان لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه اياه، و ان مات او وصى بها فان اصابها شيء فهو ضامن «٢».

و صحيح محمد بن مسلم عن الامام الباقر عليه السلام عن اللقطة: لا ترفعها، فان ابتليت بها فعزفها سنه، فان جاء طالبها و الا فاجعلها في عرض مالك يجرى عليها ما يجرى على مالك حتى يجيء لها طالب، فان لم يجيء لها طالب فاوص بها في وصيتك «٣» و نحوه صحيحه الآخر عن احدهما عليهما السلام «٤» بناء على ان المراد بجعلها في عرض المال حفظها فيه من غير عزل لها عنه، قال المحدث الكاشاني: اي في جملته و فيما بينه من غير مبالاة بترك عزلها عنه، انتهى.

الرابعة: ما ظاهره انها للامام عليه السلام، كخبر داود بن ابي يزيد عن الامام الصادق عليه السلام، قال له رجل: اني قد اصبت مالا و اني قد خفت فيه علي نفسي، فلو اصبت صاحبه دفعته اليه و تخلصت منه، فقال له ابو عبد الله عليه السلام: و الله، ان لو اصبتك كنت تدفعه اليه؟ قال: اي و الله. قال: فانا- و الله- ماله صاحب غيري، قال: فاستحلفه ان يدفعه الي من يأمره، قال: فحلف، فقال: فاذهب فاقسمه في اخوانك،

(١) الوسائل - باب ٤ من كتاب اللقطة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث-١٣.

(٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١٠.

(٤) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة- حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٩٤

و لو كانت مما لا يبقى انتفع بها بعد التقويم و ضمن القيمة، او يدفعها الى الحاكم فلا ضمان.

و لك الامن مما خفت منه، قال: فقسمته بين اخواني «١».

و الجمع بين الطوائف الثلاث الاول يقتضى البناء على التخيير بين الثلاثة- اي التملك، و الحفظ، و التصدق- فان نصوص التملك صريحة في الجواز و عدم لزوم التصدق او الحفظ، فيحمل الامر بكل منهما، مضافا الى عدم ظهوره في نفسه في التعيين على اراده بيان احد افراد التخيير. و اما الاخيرة فالخبر ضعيف لحجال، مع انه يحتمل فيه وجوه:

منها: ما هو اساس الاستدلال، و هو كونه لقطه غيره، لكنه تكون له.

و منها: كون ما اصابه لقطته عليه السلام، فامر بالصدقة على الاخوان تبرعا.

و منها: كونه لقطه من غيره، لكنه عرف انه لا وارث له، فيكون المال له.

و منها غير ذلك. فلا يصح الاستدلال به للاجمال.

و أما الفرع الثاني، فيشهد لثبوت الضمان مع التملك او الصدقة النصوص المتقدمة الواردة في كل منهما. و اما ثبوته مع الحفظ، فيدل عليه ايضا ما تقدم من نصوصه و ان كان خلاف قاعدة الامانة، الا ان الظاهر تسالمهم على عدم الضمان معه.

حكم ما لو كانت اللقطة مما لا يبقى

الثالثة: و لو كانت مما لا يبقى كاطعام و الرطب الذي يفسد و البقول و نحوها، انتفع بها بعد التقويم و ضمن القيمة، او يدفعها الى الحاكم فلا ضمان

(١) الوسائل باب ٧- من كتاب اللقطة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٩٥
[...]

بلا خلاف في شيء من تلکم. فهاهنا احكام:

١- ان له الانتفاع بها بعد التقويم. و يشهد به قوَى السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام: ان امير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة، كثير لحمها و خبزها و جنبها و بيضها و فيها سكين، فقال امير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها ثم يؤكل، لانه يفسد و ليس له بقاء، فان جاء طالبها غرموا له الثمن. فقيل: يا امير المؤمنين، لا يدرى سفرة مسلم او سفرة مجوسى؟ فقال عليه السلام: هم في سعة حتى يعلموا «١».

و مرسل الصدوق عنه عليه السلام: و ان وجدت طعاما في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله «٢».

و هل له ان يبيعها من غيره كما عن المصنف و الكركي و ثاني الشهيدين و غيرهم، بل عن التذكرة الاجماع عليه، ام لا يجوز ذلك؟ و جهان مبنيان على ان ما هو ظاهر الخبر الاول و صريح الثاني من انه يقوم على نفسه، اريد به المثل و الا فمن المقطوع به عدم الفرق بين تقويمها على نفسه أو على الغير، او له خصوصية فلا موجب لرفع اليد عن اصالة عدم جواز بيع مال الغير. و الاظهر هو الاول، لما مر، و لعموم التعليل، و يؤيده ما دل على جواز بيع الجارية لمن التقطها بما ينفق عليها. و على هذا فلا يحتاج الى اذن الحاكم.

٢- ان له ان يدفعها الى الحاكم. و وجهه: ان الحاكم ولي الغيب، من جهة ان حفظ مال الغائب و التصرف فيه بما فيه صلاحه من وظائف حكام الجور، و قد دل

(١) الوسائل باب ٢٣- من كتاب اللقطة- حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٩.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٩٦
[...]

الدليل «١» على ان جميع ما هو من وظائفهم ثابتة للحاكم الشرعي، كما مر و سيأتي مفصلا. و لا ينافيه الخبران، لان الامر فيهما لوروده مورد توهم الحظر لا يدل على ازيد من الجواز.

٣- انه لو قومها على نفسه ضمن قيمتها، و يشهد به- مضافا الى عدم الخلاف فيه- الخبران المتقدمان.

٤- انه لو دفعها الى الحاكم فلا ضمان. و وجهه: ان الدفع الى الحاكم من قبيل الدفع الى المالك نفسه لانه وليه، فلا وجه للضمان بعد ذلك.

و هل يجب التعريف كما صرح به المصنف ره و الشهيد الثاني و هو ظاهر الاصحاب كما في الجواهر، ام لا يجب كما عن بعض الأجلة؟ و جهان، اظهرهما الاول، لاطلاق ادلة التعريف، و لا ينافيه التصرف المزبور فيه قبله، فيعرفه حينئذ نفسه دون الثمن.

و لو افتقر ابقاء اللقطة الى علاج كالرطب المفتقر الى التجفيف، فعن الشيخ و المصنف ره و المحقق يرفع خبرها الى الحاكم، يبيع بعضا و ينفقه فى اصلاح الباقي، و ان رأى الحاكم الحط فى بيعه اجمع جاز. و عن التحرير و التذكرة و الدروس و المسالك التخيير بين ذلك و بين فعله، و قواه فى الجواهر.

اما خبر السكونى و مرسل الصدوق المتقدمان فهما مختصان بغير المورد، و فى الفرض لا بدّ من ملاحظة القواعد، فقد يقال: ان مقتضى اصالة عدم جواز بيع مال الغير ان لا يجوز للملتقط، و اما الحاكم فقد مر انه ولى الغائب، و لكن يمكن ان يقال: انه بعد الالتقاط يكون المال امانة شرعية عنده فهو مأثور بحفظه، و الفرض ان

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى من كتاب القضاء.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٣٩٧

و يكره اخذ ما يقل قيمته و يكثر نفعه. و ما يوجد فى فلاة او خربة فلو اجده.

الحفظ متوقف على ذلك فيجوز، و يعضده ما دل على جواز بيع اللقيط فيما انفق عليه «١». فالأظهر هو التخيير.

[كراهة اخذ ما يقل قيمته و يكثر نفعه]

و الرابعة: المشهور بين الاصحاب انه (يكره له اخذ ما يقل قيمته و يكثر نفعه) كالعصا و الشظاظ و الوتد و الجبل و العقال و اشباهها، و قد مر الكلام فى ذلك و عرفت انه يكره اخذ اللقطة مطلقا. نعم، فى هذه الاشياء لعلها آكد، من جهة ورود النص بالنهاى عنه فى بعضها «٢» و ان دل آخر على عدم البأس به «٣».

حكم ما يوجد فى الخربة

الخامسة: و ما يوجد فى فلاة او خربة فلو اجده بلا خلاف فيه فى الجملة، و ان اضطربت كلماتهم فى بيان موضوع الحكم بنحو يكون جامعا و مانعا. و المستند صحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام عن الدار يوجد فيها الورق، فقال عليه السلام: ان كانت معمورة فيها اهلها فهى لهم، و ان كانت خربة قد جلا عنها اهلها فالذى وجد المال احق به «٤» و نحوه صحيحه الآخر عن احدهما عليه السلام «٥».

و ما فى الخبرين من انه ان كانت الدار معمورة فما وجد لاهلها، انما هو من جهة قاعدة اليد، فان اليد على الدار امارة ملكيتها و ما فيها.

(١) الوسائل - باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٨.

(٢) الوسائل باب ١٢ من كتاب اللقطة حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ١٢ - من كتاب اللقطة - حديث ١.

(٤) الوسائل باب ٥ من كتاب اللقطة حديث ١.

(٥) الوسائل باب ٥ من كتاب اللقطة حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٩٨

[...]

ثم ان الخبرين - مضافا الى انه ليس فيهما ما يشهد بانه لواجده، فانهما متضمنان ان الواجد احق به، و يلائم ذلك مع ان له التملك بعد التعريف سنة و ان له ولاية حفظه - يعارضهما موثق محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام: قضى على عليه السلام في رجل وجد ورقاً في خربة ان يعرفها، فان وجد من يعرفها و الا تمتع بها (١).

وقد جمع الاصحاب بين النصوص تارة بحمل الموثق على ما عليه اثر الاسلام، و الصحيحين على ما لا- أثر عليه. و اخرى بحمل الصحيحين على ما لا مالك معروف له، و الموثق على ماله مالك معروف. و ثالثة بحمل الصحيحين على ما يوجد في تلك الاماكن مما هو معلوم او ظاهر في انه للاعصر السالفه، و الموثق على الموجود فيها مما هو معلوم او ظاهر لاهل ذلك الزمان. و لكن شيئاً منها ليس عرفياً.

و في المسالك اورد على الموثق بان محمد بن قيس مشترك بين الثقة و الضعيف. و فيه: انه بقرينه رواية عاصم بن حميد عنه هو الثقة.

فالحق هو الجمع بتقييد اطلاق الاولين بالموثق، و حملهما على اراده ان المال لواجده بعد التعريف، كما انه قد ورد نظير ذلك في مطلق اللقطة، لاحظ صحيح ابي بصير المتقدم: من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به، فكما انه يحمل على ما بعد التعريف كذلك هذان الخبران.

فالمتحصل، انه لا- خصوصية للخربة. و على هذا، فالخربة ان كانت بحيث يدخلها احد و لو من جهة كونها في الطريق فيمر منها فحكمها حكم غيرها، و الا فحيث لا أثر للتعريف لا محالة يكون ساقطاً، فله ان يملك بمجرد الالتقاط او

(١) الوسائل باب ٥ من كتاب اللقطة حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٣٩٩

و لو كان في مملوكة عرف المالك فان عرفه فهو له، و الا فللواجد،

يتصدق به. و كذا في كل مورد سقط التعريف، للعلم بعدم العثور على صاحب المال، او انه لا يتمكن صاحبه من اثبات انه له، او لا يعرف هو ايضاً من جهة عدم العلامة لما وجد، فانه في جميع هذه الموارد يسقط التعريف، فيرجع الى اطلاق مثل صحيح ابي بصير و غيره الدال على التملك او الصدقة.

و مما ذكرناه ظهر انه لو كان ما وجد في مملوكة عرف المالك فان عرفه فهو له، لدلالة الصحيحين عليه، مضافا الى قاعدة اليد، و موثق اسحاق (١) ايضاً شاهد به.

و هذا لا إشكال فيه، انما الاشكال فيما افاده بقوله و الا فللواجد، اذ لا دليل عليه اصلاً، و التمسك بفحوى ما في الصحيح الآتي الوارد في المأخوذ من جوف الدابة غير صحيح، بل موثق اسحاق بن عمار عن ابي ابراهيم عليه السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيه نحو من سبعين درهما مدفونه، فلم تزل معه و لم يذكرها حتى قدم الكوفة، كيف يصنع؟ قال عليه السلام: يسأل عنها اهل المنزل لعلهم يعرفونها. قلت: فان لم يعرفوها؟ قال: يتصدق بها (٢) يدل على الصدقة به. اللهم الا- ان يقال: ان الموثق في مجهول المالك لا اللقطة.

و عليه فان صدق على المال الموجود في المملوك اللقطة بصدق الضياع عن مالكة عليه بان كان المملوك فندقاً و شبهه، تعين ترتيب

آثار اللقطة، و الا فهو مجهول المالك و يلحقه حكمه، و هو التصديق به بعد الفحص و اليأس عن العثور على مالكة. و المصنف ره بعد ما حكم بان ما وجد في مملوك عرف المالك، فان عرفه فهو له

(١) الوسائل - باب ٥- من كتاب اللقطة - حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٩- من كتاب اللقطة - حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٠٠

و كذا ما يوجد في جوف الدابة

و الا- فللواجد، قال: و كذا ما يوجد في جوف الدابة اي يعرفه المالك او البائع، و ان لم يعرفه فهو للواجد. و هذا هو المعروف بين الاصحاب، و عن التذكرة نسبته الى علمائنا. و الاصل في ذلك صحيح عبد الله بن جعفر: كتبت الى الرجل عليه السلام أسأله عن رجل اشترى جزورا او بقرة للاضاحي، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم او دنانير او جوهره، لمن يكون ذلك؟ فوقع عليه السلام: عرفها البائع، فان لم يكن يعرفها فالشئ لك رزقك الله اياه «١» و اطلاقه كالعبارة يقتضى عدم الفرق بين ما عليه اثر الاسلام وغيره. فما عن المختلف و الروضة و غيرهما من انه في الاول لقطه، غير تام.

من يصح التقاطه

السادسة: في بيان الملتقط للمال، فالمشهور بين الاصحاب انه من له اهلية الاكتساب، فلو التقطه الصبي او المجنون جاز، و عن بعضهم انه من له اهلية الحفظ، و في الشرائع اعتبر فيه احد الامرين، و عن بعض اعتبار الامرين معا. توضيح ذلك: ان في اللقطة معنى الولاية و الامانة في الابتداء بالنسبة الى حفظها و تعريفها، و معنى الاكتساب في الانتهاء بالنسبة الى تملكها. و عليه فمنهم من غلب فيها معنى الاكتساب، فممنع من التقاط من ليس له اهلية الاكتساب و ان كان اهلا للحفظ، و جواز التقاط من له اهلية الاكتساب، فجوّز التقاط الصبي و المجنون و الكافر و الفاسق، و لم يجوز التقاط العبد. و منهم من عكس، فجوّز التقاط العبد، و منع

(١) الوسائل - باب ٩- من كتاب اللقطة - حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٠١

و يتولى الولي التعريف لو التقط الطفل او المجنون،

من التقاط الصبي و المجنون. و منهم من اكتفى باحد الامرين، فجوّز التقاط الصبي. و منهم من اعتبر الامرين، فلم يجوز التقاط واحد منهم.

و الحق ان يقال: ان اعتبار الامانة في الملتقط و كونه اهلا للايمان لا وجه له اصلا، اذا ليس في النصوص ما يشهد بذلك، و هو و ان كان امينا شرعا بمعنى ان الشارع اذن له في الاخذ و الحفظ، و لكن لا يكون ذلك مقيدا بكونه محلا للامانة.

فالتقاط الكافر الاهل للاكتساب لا إشكال فيه، و اما العبد فلا يهمننا التعرض لحكمه، و اما الصبي فان اريد بجواز التقاطه جواز اخذه فهو من الواضحات، ثم بعد الاخذ صدق عنوان اللقطة على ما اخذه قهري، فيبقى احكامها منها جواز التملك، مقتضى حديث رفع

القلم «١» وغيره عدم جوازه مستقلا و الجواز باذن الولي، و ليس في نصوص اللقطة ما يشهد باعتبار الاستقلال في التملك، و كذا الصدقة.

و أما التعريف فله حكمان: احدهما الوجوب و هو مرفوع عن الصبي، و الآخر شرطيته للتملك او الصدقة بعد السنه، و هي غير متوقفة على بلوغ الملتقط.

قمي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٩، ص: ٤٠١

و أما الحفظ فله ايضاً حكمان: الوجوب، و صيرورة تركه موجبا للضمان. اما الاول فهو مرفوع عن الصبي، و اما الثاني فقد مر في محله ان الضمان من الاحكام التي لا ترتفع بحديث الرفع. و به يظهر حال المجنون. فالتحصّل مما ذكرناه انه لا ينبغي الاشكال في جواز التقاط الصبي و المجنون كالتقاط غيرهما من المكلفين، غاية الامر يتولّى الولي الصدقة او التملك بعد التعريف اذا التقطه الطفل او المجنون، او يأذن لهما في ذلك ان كانا قابلين له بالتمييز.

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب مقدمة العبادات حديث- ١١ و باب ٣٦ من ابواب القصاص في النفس حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٠٢

و يكفي تعريف العبد في تملك المولى و له ان يعرف بنفسه و ان يستنيب،

و هل يعتبر تولّى الولي التعريف كما هو صريح المتن و الشرائع و النافع و غيرها، ام لا-؟ الظاهر هو الثاني، فان التعريف و ان كان وجوبه مرفوعاً عن الصبي، و لكن ليس مما يعتبر في وجوده التكليف و هو نظير الغسل الموجب لحصول الطهارة، و كذلك الحفظ. و يكفي تعريف العبد في تملك المولى.

كيفية التعريف

السابعة: في كيفية التعريف. لا خلاف و لا إشكال في انه يعتبر التعريف سنه كامله، و قد مر ما يشهد به. و اما خبر ابان: اصببت يوما ثلاثين دينارا فسألت ابا عبد الله عليه السلام عن ذلك، فقال: اين اصبته؟ قال قلت له: كنت منصرفا الى منزلي فاصبتها. فقال: صر الى المكان الذي اصببت فيه فعرفه، فان جاء طالبه بعد ثلاثة ايام فاعطه اياه و الا تصدق به «١» فمطروح، او محمول على غير اللقطة، او على حصول اليأس بذلك، او غير ذلك من المحامل. و قد مر انه واجب و ان لم ينو التملك.

و لا خلاف ايضاً في ان له ان يعرف بنفسه و ان يستنيب، و في الجواهر: بل الاجماع بقسميه عليه. و في المسالك: لما كان الغرض من التعريف اظهار اللقطة و اشاعه خبرها ليظهر مالكها، لم يتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معين، فيجوز ان يتولاه الملتقط، و من ينوب عنه من غلام و ولد، و من يستعين به، و من يستأجره عليه، و هو موضع وفاق. فالمستند في مقابل ظهور النصوص في اعتبار المباشرة كما في سائر

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب اللقطة حديث ٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٠٣

و لا يشترط فيه التوالى

التكاليف. الاجماع، و السيرة، و مناسبة الحكم الموضوع التى هى قرينته على ارادة الاعم. و فى المتن و لا- يشترط فيه التوالى، و قريب من هذه العبارة ما عن الشيخ و فى الشرائع و عن غيرهم. و المراد به ان كان عدم اعتبار استيعاب الحول بالتعريف فهو اجماعى، و يشهد به صدق التعريف سنه بدونه. و ان كان المراد به ما صرح به جماعة منهم الشهيد الثانى من عدم اعتبار توالى الشهور، بان يجوز له ان يعرف شهرين و يترك شهرين، و هكذا حتى يتم له اثنى عشر شهرا، و عن التذكرة تشبيهه بما لو نذر صوم سنه انه يجوز له التوالى و التفريق، ففيه: انه ان لم يكن اجماع يشكل ذلك، فان المنساق من الامر بالعمل المستمر فى قطعة من الزمان اعتبار التوالى فيه. و لا بد فى الضابط فى تعريف السنه من الرجوع الى العرف، كما هو الشأن فى كل عنوان اخذ فى الموضوع و لم يبينه الشارع. و فى المسالك: و قد اعتبر العلماء فيه ان يقع على وجه لا ينسى ان الثانى تكرر لما مضى، و يتحقق ذلك بالتعريف فى الابتداء فى كل يوم مرة او مرتين، ثم فى كل اسبوع، ثم فى كل شهر كذلك. و نحوه عن القواعد و غيرها. و ايضا لا- بد و ان يقع التعريف فى وقت اجتماع الناس و بروزهم كالغدوات و العشيات و ما شاكل، و ذلك مضافا الى وضوحه- حيث ان التعريف انما هو ليطلع صاحبه، فلا- بد و ان يكون ذلك بمجمع من الناس- تشهد به جملة من النصوص، ففى خبر ابى خديجة: فانه ينبغى ان يعرفها سنه فى مجمع «١» و فى خبر سعيد بن عمرو

(١) الوسائل باب ٢٠ من كتاب اللقطة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٠٤

و لا يكفى الوصف بل لا بد من البينة

الجعفى: اتق الله عز و جل و عرّفه فى المشاهد «١» و نحوهما غيرهما.

لا تدفع اللقطة بدون البينة

الثامنة: المشهور انه لا تدفع اللقطة الى مدعيها الا بما يثبت دعواه، و لا يكفى الوصف اجماعا اذا لم يورث ظنا بل لا بد من البينة على القول بعدم حجية خبر الواحد العادل فى الموضوعات، لان الملتقط مكلف بايصاله الى مالكة، و لا يثبت ذلك بدعواه المالكية. و حق القول فى المقام: انه تارة نقول بان الاصل سماع دعوى كل مدع لا معارض له، كما يشهد به حديث الكيس «٢» و خبر الطير «٣» و غيرهما ما سيأتى فى كتاب القضاء، من غير فرق بين كون المال تحت يد من هو مأمور بايصاله الى مالكة و غيره، فلا بد فى المقام من البناء على الردّ على مدعيها، و ان لم يأت بالبينة و لم يكن له شاهد، بل بمجرد عدم كونه متهماً يرد اليه. فان قيل: ان الاصحاب مجمعون على انها لا تدفع اليه بمجرد دعواه. قلنا: كلا، فان الاكثر صرحوا بان التوصيف المفيد للظن، سيما فى الاموال الباطنة كالذهب و الفضة، يكون كافيا. و اخرى لا نقول بذلك، فان كان المدعى الواصف له ثقة تدفع اليه، لحجية

(١) الوسائل باب ٦- من كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب كيفية الحكم من كتاب القضاء حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١٥ من كتاب اللقطة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٠٥

و الملتقط امين.

خير الواحد الثقة في الموضوعات، و انما لا يكون حجة في خصوص باب الخصومات و القضاة.

و ان لم يكن ثقة، فان اوجب توصيفه العلم او الاطمينان تدفع اليه. و خير سعيد ابن عمر و الجعفي «١» الطويل المتضمن لتقرير مولانا الصادق عليه السلام ملتقط الدنانير الدافع لها الى من وصفها من دون بينة على ذلك، و النبوى الذى امر فيه بحفظ عفاصها و وكاها و عددها «٢» شاهد ان به.

و ان لم يوجب الاطمينان، فلا تدفع اليه و ان اوجب التوصيف الظن، لانه لا يغنى من الحق شيئا. و دعوى ان مناط اغلب الشرعيات الظن فيلحق المقام به إلحاقاً له بالاعم الاغلب، و ايضا انه يتعذر اقامة البينة فى الاغلب فلولا لزم عدم وصولها الى مالكتها كما فى الرياض، مندفعه بان مناط اكثر الشرعيات الظنون الخاصة لا مطلق الظن، و مجرد تعذر اقامة البينة لا يكفى فى الحكم بحجية الظن الحاصل من التوصيف، ما لا تتم مقدمات الانسداد التى منها العلم بان الشارع الاقدس لا يرضى بعدم وصولها الى مالكتها حتى فى حال عدم العلم بكونه مالكا، و هو كما ترى.

و بما ذكرناه يظهر ما فى كلمات القوم فى المقام.

[الملتقط امين]

التاسعة و الملتقط امين لا يضمن فى الحول و بعده لقطه و لا لقيطا و لا ضالة ما لم يفرط او يتعدى، بلا خلاف فى شىء من تلكم، و قد تقدم مدرك ذلك كله فى المباحث المتقدمة.

العاشرة:

ما وجدته فى داره او فى صندوقه

، فان كان يشاركه فى التصرف فيهما

(١) الوسائل باب ٦ من كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٦٢٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٠٦

الفصل العاشر: فى الغصب، و هو حرام عقلا و يتحقق بالاستيلاء على مال الغير ظلما و ان كان عقارا

غيره فهو لقطه، و الا فهو له بلا خلاف.

□

و يشهد لهما صحيح جميل بن صالح، قلت لابي عبد الله عليه السلام: رجل وجد فى منزله دينارا؟ قال عليه السلام: يدخل منزله غيره؟

قلت: نعم كثير. قال عليه السلام: هذه لقطه. قلت: فرجل وجد في صندوقه ديناراً؟ قال عليه السلام: يدخل احد يده في صندوقه او يضع فيه شيئاً قلت: لا: قال عليه السلام: فهو له «١». وهذا الخبر يدل على ما اخترناه من ان يد الانسان نفسه اماره على الملكية، فانه مع مشاركة غيره لا يكون تحت يده مستقلاً، ومع الانحصار يكون تحت يده كما هو واضح.

الفصل العاشر: في الغضب

إشارة

وهو حرام عقلاً و شرعاً، لان غضب مال الغير ظلم و قبح الظلم عقلي، و بالملازمة بين الحكم العقلي - بمعنى درك القبح - و الحكم الشرعي يستفاد حرمة شرعاً، و هذا هو مراده من الحرمة العقلية، و الا فمن الواضح ان العقل ليس مشرعاً كي يحكم بالحرمة، فان شأن القوة العاقلة الدرر لا التشريع. و للآيات الكريمة و النصوص المتواترة الدالة على حرمة الظلم، و النصوص الكثيرة الدالة على حرمة الغضب خاصة و سيأتي طرف منها. و على الجملة، فحرمة الغضب من الضروريات لا تحتاج الى اقامة الدليل عليها. و يتحقق بالاستيلاء على مال الغير ظلماً و ان كان عقاراً كما عن الاكثر،

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب اللقطه حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٠٧

[...]

و يوافق ذلك ما صرح به اهل اللغة من ان الغضب اخذ الشيء ظلماً، فان المراد بالأخذ ليس هو القبض بالجرحه بل المراد به الاستيلاء على الشيء. و حيث ان اكثر احكام هذا الفصل غير معلقة على عنوان الغضب، فلا يهم اطالة البحث في ذلك، و الاولي صرف عنان الكلام الى تلکم الاحكام، و تنقيح القول فيها في طي مسائل.

حرمة التصرف في مال الغير بلا رضا صاحبه

الاولى: لا إشكال في انه يحرم التصرف في مال الغير من دون رضاه، و يشهد به قوله عجل الله فرجه في خبر الاحتجاج: لا يحل لأحد ان يتصرف في مال غيره بغير اذنه «١».

و قول الامام الصادق عليه السلام في موثق سماعة: فانه لا يحل دم امرئ مسلم، و لا ماله، الا بطيبه نفسه «٢».

و قوله صلى الله عليه و آله و سلم في خبر تحف العقول: و لا يحل لمؤمن مال اخيه الا عن طيب نفس منه «٣».

و قوله صلى الله عليه و آله و سلم في خبر غوالي اللثالي: المسلم اخو المسلم، لا يحل ماله الا عن طيب نفس منه «٤».

و قول الامام الرضا عليه السلام في خبر محمد بن زيد الطبري، في جواب

(١) الاحتجاج ص ٢٦٧ عن الاسدي العمري عنه عليه السلام و الوسائل باب ٣ من الانفال حديث ٦.

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلي حديث ١. كتاب الصلاة.

(٣) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلي حديث ٣.

(٤) المستدرک ج ١- ص ٢١٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٠٨

و يضمن بالاستقلال

□

السؤال عن الاذن في الخمس كتبه اليه: لا يحل مال الا من وجه احله الله تعالى «١».

فان الحل هو الاطلاق و الارسال، و اذا اسند ذلك الى الاعيان الخارجية- كما في الروايات- يراد به الترخيص في الفعل، و حيث لا معنى لحلية تلکم الا باعتبار ما يناسبها و في المقام المناسب هو التصرف كما صرح به في التوقيع الشريف، فالمراد من الروايات ان الشارع الاقدس لم يرخص في التصرف في مال امرئ الا بطيب نفسه، فلا اشكال في حرمة التصرف فيه من دون رضا صاحبه. نعم، لا- دليل على حرمة الانتفاع ما لم يعد تصرفاً، بل الظاهر جوازه كما في الاستضاءة بنور الغير، و المتبع في صدق التصرف هو العرف.

الضمان و اسبابه

اشارة

. الثانية: و يضمن ب مجرد الاستقلال بالعقار باثبات اليد عليها و الاستيلاء عليها و تسليم مفاتيحها، من دون ان يزعم المالك و يخرج منها، و ذلك لحديث: على اليد ما اخذت حتى تؤدي «٢» و هو و ان كان ضعيف السند، الا انه لاعتماد الاصحاب عليه و استدلالهم به لا مجال للمناقشة في سنده.

و انما المهم دفع ما اورد على الاستدلال به، و هو ان كلمة "على" ظاهرة في الحكم التكليفي من جهة ان ظاهرها الاستعلاء، و الاستعلاء المعقول الحاصل في التكليف اقرب الى المعنى الحقيقي مما يتصور بالنسبة الى الوضع. و يمكن الجواب عنه بوجه:

(١) فروع الكافي ج ١- ص ٤٢٦- الوسائل باب ٤ من الانفال حديث ٢.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧- الرقم ٥١٩٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٠٩

[...]

منها: ان حمله على ارادة التكليف منه، مستلزم لجعل الظرف لغواً و يقدر يجب و نحوه، بخلاف ما لو حمل الحديث على الوضع كما لا يخفى، و هو خلاف الظاهر.

و منها: انه يستدعى تقدير فعل من الافعال من قبيل رده او حفظه، و هذا التقدير ايضاً خلاف الظاهر.

و منها: ان تقدير الرد ليدل الحديث على وجوب رد المال الى صاحبه لا يناسب الغاية، اذ يكون مفاده حيثنذ انه يجب الرد الى ان يتحقق الرد، فتكون الغاية تحديداً للموضوع و هو بعيد في الغاية. و لا يناسب ايضاً ارادة دفع البدل، اذ مع امكان الغاية لا يجب دفع البدل، و مع عدم امكانها لا غاية كي يفي بها. فالمتعين حمل الحديث على الوضع.

و هل المراد منه في الحديث هو الضمان بالقوة و هو كون دركه عليه مع تلفه كما هو المنسوب الى المشهور، ام هو بمعنى دخول المأخوذ في العهدة، و للعهدة آثار تكليفية و وضعية من حفظه و ادائه مع التمكن و اداء بدله لو تلف كما اختاره بعض مشايخنا

العظام؟ وجهان.

اقواهما الثاني، لان ما قبل الغاية من جهة كونه مغيا بالاداء، لا بد و ان يكون امرا ثابتا فعليا مستمرا الى ان يتحقق الاداء، وهذا ينطبق على الوجه الثاني، و اما على الاول فلا امر مستمر الى حال الاداء ما لم يتلف.

و قد يقال: ان الحديث مختص بالاستيلاء على الاعيان، و لا يشمل الاستيلاء على المنافع و الاعمال، و حيث انه يترتب على ذلك آثار مهمة في المسائل الآتية، فلا بد من تنقيحه. و قيل في وجه الاختصاص امران:

احدهما: ما افاده الشيخ الاعظم ره، و هو عدم صدق الاخذ بالاضافة الى المنافع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤١٠

[...]

و فيه: انه ليس المراد بالأخذ بالأخذ بالجراحة الخاصة، بل الأخذ كناية عن الاستيلاء على الشيء، و التعبير عنه بالأخذ باليد من جهة كونه لازما غالبا له، و الاخذ بهذا المعنى يصدق بالاضافة الى المنافع، اذ الاستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين، و ان لم يستوف المنفعة و لم تكن العين مضمونة، فان المنفعة عبارة عن الحثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل، فمنفعة الدابة قابليتها للركوب، و منفعة الدار قابليتها لان يسكن فيها، و هذه القابلية من مراتب وجود العين، و الاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شئونها و مراتب وجودها، و منها القابلية للانتفاع.

ثانيهما: ما افاده المحقق الاصفهاني ره، و هو عدم صدق التأديء في المنافع، فان ظاهر قوله: حتى تؤدي، كون عهدة المأخوذ مغياة باداء نفس المأخوذ، و المنافع لتدرجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حد ذاتها.

و فيه: ان الغاية في الخبر ليس أداء شخص ما اخذ، و الأبقى الضمان في صورة التلف و أداء العوض لعدم تحقق أداء الشخص، بل المراد منها اعم من أداء الشخص و أداء العوض غاية الامر بنحو الطولية، فاذا كانت العين موجودة لا يرتفع الضمان الا باداء شخصها، و في صورة التلف يرتفع باداء عوضها، و المنافع و ان لم يمكن ردها الا انه يمكن رد عوضها. هذا كله مضافا الى انه يمكن ان يقال: انه و ان سلم اختصاص النبوي بالاعيان و عدم شموله للمنافع، الا ان الاستيلاء على العين و اخذها له احكام منها ضمان منافعها.

فالمتحصل ان الحديث يدل على ثبوت الضمان بمجرد الاستيلاء على مال الغير عيناً و منفعة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤١١

و لو سكن الدار قهرا مع المالك ضمن النصف

حكم ما لو سكن الدار مع المالك

و لو سكن الدار قهراً مع المالك ضمن النصف كما عن الشيخ و جماعة، و نسبة في المسالك الى الاكثر. و ذهب المحقق في الشرائع الى عدم ضمان الاصل، و ان قال - بعد نقل فتوى الشيخ -: و فيه تردد. و في النافع: ففي الضمان قولان، قال في الرياض: مبنيان على الاختلاف في تعريف الغصب، بان المعتبر فيه الاستقلال فلا يضمن، او الاستيلاء فيضمن.

و التحقيق ان يقال: ان في المقام مسألتين:

احدهما: ضمان الاصل.

الثانية: ضمان المنفعة المستوفاه.

اما الاولى، فقد عرفت ان عمدة وجه الضمان في موارد الغصب انما هو النبوي: على اليد ما اخذت، و عرفت ان اليد كناية عن

الاستيلاء، و هو كما يكون بالاستيلاء على تمام الدار مستقلاً كذلك يكون بالاستيلاء على النصف، و لذلك لا شبهة في ان يد الشخص على نصف الدار اماره للملكية اى ملكية النصف، كما ان اليد على التمام اماره ملكية الجميع، و بالجمله صدق اليد على النصف كصدقها على الجميع لا ينكر، فهو يدل على الضمان صدق عنوان الغصب ام لم يصدق. مع انه قد عرفت ان حقيقة الغصب ايضا هي الاستيلاء بلا اعتبار الاستقلال فيه، فعلى ذلك لا يبقى شك في ضمان الاصل.

و على تقدير الضمان انما يضمن بمقدار ما تكون الدار تحت يده، فلو كانت يده على النصف ضمن النصف، و لو كانت على الثلث- كما لو كان المالك اثنين ساكنين في الدار و سكن الغاصب معهما قهرا- ضمن الثلث، و كذا لو كان على الربع- كما لو فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤١٢

[...]

كان المالك ثلاثا- ضمن الربع، و هكذا. فاطلاق المتن و عبار الجماعه بانه يضمن النصف، منزل على ما هو المفروض في كلماتهم من كون المالك واحدا.

ضمان المنفعة المستوفاه

و أما المسألة الثانية فالكلام فيها في موردين:

الاول: في الدليل على الضمان.

الثاني: فيما استدل به على عدم الضمان.

اما الاول، فيمكن ان يستدل له بوجوه:

- ١- عموم على اليد، بناء على ما تقدم من ان اليد على المنافع انما تكون بتبع اليد على الاعيان، و ان الحديث يدل على الضمان.
- ٢- الرواية الشريفة الواردة في الامه المتباعدة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري، الداله على انه يأخذ الرجل ولده بالقيمة و يأخذ الجارية صاحبها «١» بتقريب انها تدل على ضمان المنفعة التي لم يستوفها المشتري، فتدل بالأولوية على ضمان المستوفاه.
- ٣- صحيح ابي ولاد الآتى الدال على ضمان منفعة المغصوب المستوفاه، قال عليه السلام: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة الى النيل، و مثل كراء البغل من النيل الى بغداد، و مثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة، و توفيه اياه «٢».

(١) الوسائل - باب ٨٨- من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤١٣

[...]

٤- قاعده من اتلف المستفاده من النصوص الواردة في موارد خاصه، جمله منها واردة في موارد العقود الاستيمانية كالوكالة و المضاربه و الرهن و غيرها فانه حكم فيها بالضمان مع التعدى و التفريط، و جمله منها في غيرها، مثل ما ورد في القصار يخرق الثوب الدال على انه ضامن بما جنت به يده «١» و غيره.

و دعوى عدم صدق المال على المنفعة، مندفعه بما مر من ان المايه لا تكون من المقولات الخارجيه، بل هي متقومه برغبه الناس في الشئ رغبه عقلايه، و لذا يكون الكلى في الذمه مالا، و عمل العبد مالا، و كذا عمل الحر بعد وقوع المعاوضه عليه.

و أما قاعدة احترام مال المسلم، و نفى الضرر، فسيمر عليك في بعض المباحث الآتية انه لا يصح الاستدلال بهما على الضمان.
و أما الثاني، فقد استدل لعدم الضمان بوجوه:

١- النبوي المرسل: الخراج بالضمان «٢» بتقريب انه يدل على ان من ضمن شيئاً و تقبله لنفسه، فخرجه - اي منفعه - له مجاناً.
و تنقيح القول في النبوي على فرض تسليم قوة سنده لعمل قدماء اصحابنا به مع انه محل نظر، فانه و ان استدل به شيخ الطائفة في جملة من الموارد في محكي مبسوطه، و المصنف ره في باب الغصب من التذكرة، الا ان هذا المقدار لا يكفي في جبر ضعف السند.
و بعد تسليم ان ما ذكره المصنف من اختصاص النبوي بالبيع، انما هو اجتهاد منه في تطبيقه على البيع - انه فيه احتمالات:
احدها: ان المراد بالضمان المعنى الاسم المصدري، و كونه بمعنى التعهد المالي،

(١) الوسائل - باب ٢٩ من الاجارة.

(٢) راجع صحيح الترمذي ج ٥ ص ٢٨٥ - و سنن ابي داود ج ٢ ص ٢٥٥ - و غيرهما من كتب العامة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤١٤

[...]

فيكون مفاد الخبر ان المنافع لمن هو ضامن للعين و ان كان ضمانه قهراً عليه، كما فهمه ابو حنيفة.
ثانيهما: ان المراد بالضمان هو المعنى المصدري، اي احداث الضمان امضاه الشارع ام لا - فيكون مفاده ان المنافع لمن اقدم على الضمان، فيشمل العقود المعاوضية صحيحة كانت ام فاسدة، و لا يشمل موارد عدم اقدم الشخص على الضمان كما في الغصب، و هو الذي فهمه ابو حمزة و جعله مدركا لعدم ضمان المنافع في المقبوض بالعقد الفاسد.
ثالثها: ان المراد بالضمان المعنى المصدري مع امضاء الشارع له، فيختص الخبر بالعقود المعاوضية الصحيحة، و الظاهر انه الذي فهمه المشهور منه.

رابعها: ان المراد به كون تلف العين مملوكة للشخص، يعني ان المنافع تكون لمن كانت العين ملكه بحيث لو تلفت تلفت من ملكه، و هو الذي فهمه شيخ الطائفة من الخبر، فيكون مفاده تبعية ملكية المنافع لملكية العين، فيكون اجنبيا عن المقام.
خامسها: ان المراد بالضمان احد المعان الثلاثة الاول، و لكن مع كون المراد به ضمان المنفعة لا العين، فيكون مفاده ان المنافع تملك بلا ملك للعين، فيدل على صحة الاجارة.

سادسها: ان المراد به ضمان الارض، و المراد بالخراج الضريبة المعينة للاراضي الخراجية، فيكون مفاده ان الخراج يثبت في عهدة ضامن الارض و متقبلها.

سابعها: ان المراد به ضمان التكفل، فيكون مفاد الخبر ان فائدة العين انما تكون بازاء دخول العين في كفالة مالكها، بحيث لو كان حيواناً لكان عليه نفقته و حفظه و اصلاحه.

اما الاحتمال الاخير فيدفعه ان ملكية المنفعة انما تكون تابعة لملك العين لا

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤١٥

و لو غصب حاملاً ضمن الحمل.

لكونها في كفالته، مع انه يختص الخبر حينئذ بالحيوان و لا يشمل غيره.
و أما الاحتمال السادس فهو خلاف اطلاقه، فان حذف المتعلق يفيد العموم.

و أما الاحتمال الاول فيدفعه صحيح ابى ولاد، الدال على ضمان المنافع زيادة على ضمان العين.

و أما الثاني فيدفعه انه مع عدم امضاء الشارع لا تحقق حقيقة لاحداث الضمان، مع انه يلزم منه حينئذ ضمان المالك للمنافع بعد العقد الفاسد قبل التسليم، اصف اليه ان لازمه انه لو ضمن بشيء في ضمن عقد صحيح كونه مالكا لمنافعه.

و أما الرابع فيدفعه ان المراد بالضمان هو ما يراد به في سائر موارد استعماله، بل سائر موارد استعمال مشتقاته و هو التعهد المالي، ففي العقود الصحيحة يكون هذا المعنى، اى تعهد كل منهما مال صاحبه بتسبب من المتعاقدين مع امضاء الشارع، و في العقود الفاسدة يكون ذلك بجعل من الشارع. و تمام الكلام في محله.

فيدور الامر بين الثالث و الخامس، و الاظهر هو الاول منهما، فان ظاهر القضية ان المنفعة انما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشيء عليه التي هي الداعية اليه، و معلوم ان الداعي للاقدام على الضمان في العقود المعاوضية هي المنافع.

فالمتحصل انه لا يدل على عدم الضمان في ما هو محل البحث، و مع الاغماض عما ذكرناه لاجمال الخبر لا يستند اليه في الحكم بعدم الضمان، فالمنفعة المستوفاة مضمونة.

و بما ذكرناه ظهر انه لو غضب حاملا ضمن الحمل، ليد عليه بتبع اليد على الحامل، و للخبر المتقدم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤١٦

و لو منع المالك من امساك الدابة المرسله، او من القعود على بساطه، لم يضمن

منع المالك من اخذ ماله

إشارة

الثالثة: و لو منع المالك من امساك الدابة المرسله، او من القعود على بساطه، لم يضمن كما صرح به جماعة. و تنقيح القول في المقام يقتضى بيان امور:

منها: ان عمل الحر مال، اذ المالية من الامور الاعتبارية، و تعتبر للشيء من جهة كونه مما يرغب و يميل اليه النوع، أو ان نظام الاجتماع يتوقف عليه، و من المعلوم ان عمل الحر مال بهذا المعنى، غاية الامر لا يكون ملكا للعامل و لا لغيره الا بوقوع المعاوضة عليه، فحينئذ يصير ملكا لمن جعل له.

و منها: ان الضمان لا بد و ان يكون لليد، او الاتلاف، او الاستيفاء، و مع عدم هذه الاسباب لا ضمان.

و أما قاعدة لا ضرر التي يستدل بها في هذه المقامات كثيرا للضمان، فهي لا تصلح لاثباته، فان غاية ما يمكن ان يقال في تقريب الاستدلال بها: ان حكم الشارع بعدم الضمان ضررى على المالك او على من منع من العمل، فينتفى بحديث نفى الضرر «١» فيحكم بالضمان.

و فيه انه- بعد تسليم مبنيين اللذين عليهما بنى الشيخ الاعظم في محله، و هما اساس الاستدلال في المقام: احدهما ان المنفى بحديث لا ضرر ليس خصوص الاحكام الوجودية المجعولة، بل كل ما هو من الاسلام و جوديا كان او عدميا. ثانيهما: ان مدلول الحديث نفى الحكم الناشئ من قبله الضرر، كان الضرر ناشئا من متعلقه

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب احياء الموات حديث ٢- و باب ١٧ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤١٧

]...[

ام كان ناشئاً من نفسه، كلزوم البيع الغبني:- انه لا يصح الاستدلال بالقاعدة في المقام، من جهة ان حديث لا ضرر انما يدل على نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر، و ان الضرر يكون منفياً في عالم التشريع، و لا يدل على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعي، فلو تضرر احد في تجارته مثلاً لا يجب على المسلمين تدارك ضرره، و هذا من الواضح بمكان.

و في المقام اذا حكم الشارع بالضمان، فانما يكون من جهة لزوم تدارك الضرر المفروض وجوده بالتلف لا من جهة نفي الضرر، فالحديث لا يثبت ذلك. مع ان الحديث لو كان مثبتاً للزوم التدارك، لما كان وجه للزوم التدارك على شخص خاص لو لم ينتفع به و لا أتلفه، فليكن سدّ ضرره من بيت المال. فالانصاف ان قاعدة نفي الضرر لا تفي باثبات المطلوب.

قاعدة الاحترام

و منها: انه قد يستدل على الضمان في هذا الباب بقاعدة احترام مال المسلم الثابتة، بما دل على انه لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه «١» و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: حرمة ماله كحرمة دمه «٢» و قوله عليه السلام: لا يصلح ذهاب حق احد «٣».

تقريب دلالة الاول على الضمان ان الحلال هو ما لا تبعه له، فاذا نسب الى

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلي حديث ١- و ٣- المستدرک ج ١- ص ٢١٢ و الوسائل باب ١ من ابواب القصاص في النفس حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٣- من ابواب القصاص في النفس حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ٤٠ من ابواب الشهادات حديث ١ و ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤١٨

]...[

الفعل كان معناه انه لا يعاقب عليه فيستفاد منه الحلية التكليفية، و اذا نسب الى المال كما في المقام كان معناه ما لا خسارة من قبله، فمعنى لا يحل في المقام انه مع عدم رضا المالك يكون المال مما له تبعه و خسارة و عوض.

و فيه اولاً: ان ظاهر هذا التركيب في نفسه ارادة الحكم التكليفي و يقدر التصرف، كما مر في المسألة الاولى.

و ثانياً: ان حمل الحلية على الوضعية لا- يلائم مع حرف المجاوزة في قوله: الا عن طيب نفسه، فان ظاهره صدور شيء عن الطيب، فيكون ظاهره حلية التصرف عن الرضا. مع انه لو تم دلالاته على الضمان، يكون مختصاً بالمنافع المستوفاة، و لا يدل على الضمان في المنافع غير المستوفاة و العمل.

و أما حديث: حرمة ماله كحرمة دمه، فتقريب الاستدلال به ان الحرمة انما نسبت الى المال، و ظاهر ذلك ارادة احترام المال من حيث انه مال، و احترامه كذلك انما يكون بالمعاملة معه معاملة ماله مالية يتداركها، فعدم تدارك ماليته معناه معاملة الهدر معه، فرعاية ماليته ردّه او رد عوضه لو تلف.

و فيه اولاً: ان ظاهره و لو بقرينة السياق ارادة الحرمة التكليفية منه، فان قبله هكذا: سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و اكل لحمه معصية. فيكون المراد من حرمة ماله بواسطة تنظيره بحرمة دمه، شدة العقوبة المعبر عنها بالكفر.

و ثانياً: انه لا يشمل المنافع غير المستوفاة و العمل غير العائد نفعه اليه.

و ثالثا: ان الظاهر منه من جهة اضافة المال الى المؤمن ارادة رعاية مالكيته، و هي لا تقتضى ازيد من عدم التصرف فيه بلا رضاه، لا تداركه لو تلف.

و أما حديث: لا- يصلح ذهاب حق احد، فلا يدل على الضمان، لان الكلام انما هو فى ثبوت الحق فى المقام، و الحكم لا يصلح لاثبات موضوعه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤١٩

و لو غصب من الغاصب تخير المالك فى الاستيفاء ممن شاء

فالمتحصل ان قاعدة الاحترام ايضا لا تثبت الضمان.

و منها: ان الاتلاف المضمن اعم من اعدام الموجود و المنع من الوجود.

اذا عرفت هذه الامور، فاعلم انه فى الفرع الاول يمكن القول بالضمان، اى ضمان الاصل لو تلفت الدابة، و ضمان منفعتها الفائتة.

اما الاول فلانه يصدق انه بمنع المالك من امساك الدابة اتلفها عليه، فمقتضى قاعدة الاتلاف هو الضمان، و به يظهر وجه ضمان منفعتها، فان منع المالك من امساك الدابة كحبس العين و منع مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا. و ما قيل فى وجه عدم ضمان المنفعة غير المستوفاه سيظهر فى بعض المباحث الآتية عدم تماميته، و ان الحق ضمانها.

و أما فى الفرع الثانى فكما افاده الاظهر عدم الضمان، لان عمل الحر ليس ملكا له كى تشمله قاعدة من اتلف مال الغير، و الفرض انه ليس تحت اليد و لا استوفاه. و قاعدتا لا ضرر و الاحترام لا تدلان على الضمان، فلا موجب للضمان و الاصل عدمه، و سيأتى تمام الكلام فيه.

تعاقب الايدي

الرابعة: و لو غصب غاصب من الغاصب تخير المالك فى الاستيفاء ممن شاء، لان المال وقع تحت يد كل منهما، فموجب الضمان بالنسبة الى كل منهما متحقق، فيكون المال فى عهدة كل منهما، لا بمعنى انه لو تلف ثبت الضمان على كل منهما مستقلا.

توضيح ذلك: انه قد عرفت ان معنى الضمان هو التعهد المالى، و ان المال فى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٢٠

و لا يضمن الحر

غير العقود الصحيحة من موارد الضمان يكون فى عهدة من وضع يده عليه، فاذا فرض تعدد الايدي تكون العين الواحدة فى عهدة كل من اصحابها، و لكن حيث ان معنى كون شىء واحد فى عهدة متعددة خروج كل منهم عن عهده، و من المعلوم ان الشىء الواحد ليس له الا تدارك واحد، كان لازم ذلك تسلط المالك على مطالبه كل منهم الخروج عن عهده، و مع التلف يستحق على واحد منهم البدل على البدل، فاذا استوفى العين او عوضها من احدهم سقط عهدة الباقيين.

ثم ان قرار الضمان انما يكون على من تلف المال فى يده. و اجمال وجهه: ان الغاصب الاول وضع يده على مال الغير فنفس العين تثبت فى عهده، و الغاصب الثانى وضع يده على ما ثبت فى عهدة الغير، فهو يضمن المال المتصف بهذا الوصف و تثبت العين بهذه الخصوصية فى ذمته. فاذا تلف المال و أدى الغاصب الاول عوضه فله ان يرجع الى الغاصب الثانى، فان ذلك لازم ضمانه للمال الذى له بدل، الذى مرجعه الى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل، فعليه ان يدفع الى الاول، و يكون ما يدفعه اليه تداركا لما استقر تداركه فى ذمة الاول. و به يظهر وجه عدم رجوع الثانى الى الاول لو أدى العوض إلى المالك. و قد مر تفصيل القول فيه و فى

الاشكالات الواردة و نقدها و الفروع المتفرعة في كتاب البيع في الجزء السادس عشر من هذا الشرح، و انما الغرض في المقام الاشارة الى ما هو الوجه في ذلك.

عدم ثبوت الغصب فيما ليس بمال كالحر

الخامسة: و لا يثبت الغصب في ما ليس بمال كالحر، ف لا يضمن الحر بالاستيلاء عليه عينا أو منفعة، لعدم صدق الغصب، و لا ينطبق عليه شيء من قواعد

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٢١

الا ان يكون صغيرا و الاجرة الصانع لو منعه عنها،

باب الضمان، من اليد و الاتلاف و الاستيفاء كما مر. نعم، لو اصابه تلف من قبل الغاصب من نحو الجنائية على نفسه او طرفه ضمنه اجماعا، كما يأتي في كتاب الديات.

و في غير هذه الصورة عدم الضمان اجماعى في الكبير مطلقاً، و الصغير اذا كان تلفه بالموت الطبيعي، و لو كان التلف لا بسبب الغاصب و لا- من قبل الله تعالى- كالموت بلذع الحية او افتراس السبع و نحو ذلك- ففيه قولان، احدهما الضمان، و إليه اشار المصنف ره بقوله الا ان يكون صغيرا. و عن الشيخ في المبسوط و المصنف في المختلف و الشهيد في الدروس و غيرهم في غيرها اختياره.

و استدل له بانه سبب التلف، و ان الصغير لا- يستطيع دفع المهلكات عن نفسه و عروضها، و بخبر وهب عن جعفر عن ابيه عليهما السلام: ان عليا عليه السلام: كان يقول: من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن، و من استعار حرا صغيرا فعيب ضمن «١» بناء على ان الاستعارة اهون من الغصب.

و اورد على الاول في محكى التذكرة بقوله: ان تعليلهم المشار اليه غير صالح للحجية و تخصيص اصالة البراءة القطعية. على الثاني: و بانه ضعيف السند غير معمول به على اطلاقه، و لذا ذهب جماعة الى عدم الضمان.

و الحق: ان هذه المسألة لا بدّ و ان تعنون في كتاب الديات في مباحث الجنائيات، و غير مربوطة بمسائل الغصب، لان الحر لا يتعلق به الغصب، و الحق فيها انه بين اخذ الغاصب للحر كبيرا كان او صغيرا ان لم يكن فعل فاعل مختار فاصلة ضمن و الا فلا، و تمام الكلام موكول الى محله.

و كذا لا يضمن اجرة الصانع لو منعه عنها ان لم يكن اجيرا و الا

(١) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب العارية حديث ١١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٢٢

و لو استعمله فعليه اجرة عمله، و لو ازال القيد عن العبد المجنون او الفرس ضمن، و لو فتح بابا فسرق غيره المتاع ضمن السارق.

فيضمن، و كذا يضمن لو استعمله فعليه اجرة عمله كما مر الكلام في جميع تلکم مفصلا في كتاب الاجارة. و مما ذكرناه في المسائل المتقدمة ظهر انه (لو ازال القيد عن العبد المجنون او الفرس) و نحوه فشرّد ضمن. و اما (لو فتح بابا فسرق غيره المتاع) فلا اشكال في انه يضمن السارق، انما الكلام في ضمان من فتح الباب و عدمه، فالمشهور بين الاصحاب هو الثاني، و عن جماعة ضمانه.

و استدلل للاول باقوائية المباشرة من السبب، و للثاني في الرياض بحديث نفى الضرر «١». و لكن القوة لا تدفع الضمان عن ذي السبب ان وجد ما يقتضى ضمانه، و حديث نفى الضرر قد مر عدم دلالة على الضمان.

و الحق ان يقال: انه حيث لا يد هنا للسبب على المال و لا استيفاء، فلو كان هناك ضمان فانما هو من جهة قاعدة الاتلاف، و لا إشكال في صدق التلف على السرقة، كما يشهد به خبر عقبه بن خالد في تلف المبيع قبل قبضه حيث جعل فيه سرقة المتاع من التلف «٢»، و عليه فحيث ان الموجب للسرقة و الجزء الاخير لها هو فتح الباب، اذ لو لم يفتح لما تمكن من السرقة، فيصدق على فتح الباب انه اتلاف للمال، فيشمله قاعدة من اتلف. و بالجملة فتح الباب يعد عرفاً اتلاًفاً للمال ان تعقبه سرقة المتاع فيوجب الضمان، هذا غاية ما يمكن ان يقال في وجه الضمان، و مع ذلك في النفس منه شيء، سيما و قد ادعى الاجماع على عدم الضمان في المقام في كثير من الكلمات.

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار كتاب التجارة.

(٢) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٢٣

و يضمن الخمر و الخنزير للذمي و بقيمتها عندهم مع الاستتار لا للمسلم

ضمان الخمر و الخنزير

السادسة: قالوا و يضمن الخمر و الخنزير للذمي و بقيمتها عندهم مع الاستتار لا- للمسلم، و تنقيح القول في المقام بالبحث في موردين:

الاول: في الخمر.

الثاني: في الخنزير.

اما الاول، فتارة نقول ان الخمر مال و تملك كما هو الحق، لان لها منفعة محللة و هي جعلها خلا و الانتفاع بها. و لان جواز شرب الذمي اياها منفعة محللة توجب صيرورتها مالا. و لموثق ابن ابي عمير عن جميل، قال قلت لابي عبد الله عليه السلام: يكون لي على الرجل الدراهم فيعطيني بها خمرًا، فقال عليه السلام: خذها ثم افسدها «١». و لا ينافية ما دل من النصوص على عدم جواز بيعها، فانه يكون الاعطاء في الخبر بعنوان اداء الدين لا بعنوان البيع، فلا وجه لما في مكاسب الشيخ الاعظم من ان المراد بالخبر: اما اخذ الخمر مجاناً ثم تخليلها، أو اخذها و تخليلها لصاحبها ثم اخذ الخل و فاء للدين، بعد كون كل منهما خلاف الظاهر. و عليه فلا اشكال في انه لو اتلفها متلف أو تلف تحت يده العادية يكون ضامناً، لعموم على اليد، و قاعدة من اتلف، بعد عدم ورود مخصص عليهما بالنسبة اليها.

و اخرى نقول بانها لا تملك، و ان غاية ما يدل عليه الوجهان الاولان كونها مالا لا ملكاً، و الخبر محمول على ما افاده الشيخ قده او غيره.

فان بنينا على انها مال كما هو الصحيح، فحيث ان الاظهر ثبوت حق

(١) الوسائل - باب ١٣ - من ابواب الاشربة المحرمة حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٢٤

]...[

الاختصاص بالنسبة اليها لمن هي تحت يده من جهة الحيازة او كون اصلها له، لان عليه بناء العرف والعقلاء، و لم يرد من الشارع الاقدس نهى عن ذلك، بل لا يبعد دعوى سيرة المتشرع عليه سيرة مستمرة الى زمان المعصوم عليه السلام، فثبوت الضمان لا كلام فيه، لعموم على اليد، وقاعدة الاتلاف، والاجماع. و لعله الى ذلك نظر الاسكافي حيث قال: انه يحكم له بقيمتها خلا، لان له حق اليد فكان عليه الضمان. و على التقديرين لا فرق بين كونها للمسلم او للذمي.

و ثالثة نقول انها ليست بمال من جهة انه لا يجوز شرب الذمي اياها، بل غاية ما ثبت بالدليل انه لو استتر بالشرب لا يحد، او انه لا يكفى في انتزاع المالية ذلك و لا القابلية لان تصير خلا، فالظاهر حينئذ عدم الضمان فانه بلحاظ المالية، من غير فرق على هذا ايضا بين كونها للذمي او المسلم.

و أما الثاني، فقد مر في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح ان مقتضى الجمع بين النصوص «١» المختلفة الواردة في الخنزير، هو جواز بيعه للذمي، و عدم جواز البيع من المسلم، و ذلك - بضميمة ما مر من جواز اكل الذمي لحمه، و ان له غير الاكل منافع محللة اخر، هي الانتفاع بجلده و شعره، بل بلحمه في غير الاكل - كاف في البناء على انه مال و ملك، سيما و قد دل الدليل «٢» على جواز بيع شعره مطلقا. و عليه فلو اتلفه متلف، او تلف تحت يده العادية، يكون ضامنا.

فالمتحصل مما ذكرناه ان الاظهر هو الضمان، و لو كان الخمر و الخنزير للمسلم. نعم، لا بد من تقويمهما على الغاء جهة اكل المسلم و شربه اياهما، او الغاء الجهتين مطلقا، و بهذا الاعتبار ينقص قيمتها. هذا ما تقتضيه القواعد، فان ثبت اجماع على

(١) الوسائل باب ٥٧ و ٥٨ و ٦٠ و ٦١ من ابواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل باب ٥٧ و ٥٨ و ٦٠ و ٦١ من ابواب ما يكتسب به.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٢٥

و يجب رد المغصوب،

خلافه فهو المتبع.

وجوب رد المغصوب الى مالكة

إشارة

السابعة: لا خلاف و لا اشكال في انه يجب رد المغصوب على مالكة ما دامت العين باقية.

و يشهد به - مضافا الى ما دل على وجوب رد المال الى صاحبه مطلقا، كموثق سماعة عن الامام عليه السلام عن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: من كانت عنده امانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها، فانه لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله الا بطيب نفسه منه «١» فان اطلاق التعليل سيما و هو مذکور لوجوب رد الامانة يشمل الامساك على مال الغير، و النصوص المتقدمة الدالة على عدم جواز التصرف في مال الغير و منه الامساك، و النصوص المتفرقة الواردة في الابواب المتفرقة في موارد الامانات المالكية و الشرعية و غيرها - جملة من النصوص الخاصة:

كخبر حماد بن عيسى، عن بعض اصحابنا، عن العبد الصالح عليه السلام، و ذكر ما يختص بالامام الى ان قال: و له صوافي الملوک ما

كان في ايديهم على غير وجه الغضب، لان الغضب كله مردود «٢».

و ما في نهج البلاغة، قال امير المؤمنين عليه السلام: الحجر الغضب في الدار رهن على خرابها، قال الرضى: و يروى هذا الكلام للنبي صلى الله عليه وآله وسلم «٣».

(١) الوسائل - باب ٣ - من ابواب مكان المصلى حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١ - من كتاب الغضب - حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ١ من كتاب الغضب حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٢٦

[...]

و خبر عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن ابي عبد الله عليه السلام عمن أخذ ارضا بغير حقها و بنى فيها، قال عليه السلام: يرفع بناءه و يسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق «١» ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله من اخذ ارضا بغير حق كلف ان يحمل تراها الى المحشر «٢» و نحوها غيرها.

لا- خلاف في ان المراد بالرد في هذا الباب هو الاقباض و التسليم الى مالكة، و لا يكفي التخليه بين المال و صاحبه كما في باب الوديعة، اذ كما ان كون المال تحت سلطنة الغاصب و استيلائه في غير محله فلا بد من ايصاله الى محله، كذلك كونه عنده خارجا يكون في غير محله فلا بد من ايصاله اليه بالاقباض، و خبر عبد العزيز ايضا يشهد به، بل لعل الظاهر من الرد و المفهوم عرفا منه ذلك. كما لا خلاف في انه يجب الرد و ان تعسر و استلزم ذهاب مال الغاصب - كالأخشبة المستدخلة في البناء و اللوح و السفينة و الخيط في الثوب و ما شاكل - بلا خلاف فيه، لاطلاق بعض ما مر و صراحة آخر. نعم، في خصوص ما لو كان المغصوب بحيث لو اريد رده لزم منه عدم بقاء القيمة و المالية له - كالصبيغ اذا صبغ ثوب به، و الجص في البناء، و الخيط اذا خيط به الثوب، و ما شاكل - اشكال و اختلاف بين الاصحاب، و فيه اقوال:

١- وجوب الرد مع رد تمام القيمة، اختاره في المسالك و غيرها.

٢- عدم وجوبه بل يجب رد القيمة خاصة، اختاره المصنف ره، و لعله المشهور.

٣- صيرورة ذلك الشيء مشتركاً بين الغاصب و المغصوب منه.

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب الغضب حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٣ من كتاب الغضب حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٢٧

فان تعيب ضمن الارش،

و الاظهر عدم وجوب الرد، و الاكتفاء برده، و لا يستحق المالك ذلك الشيء، و ذلك اذ الصبيغ أو الخيط أو الجص يعد في هذه الموارد تالفاً، فيكون الغاصب ضامناً للمثل أو القيمة، و يصير ذلك ملكاً للمغصوب منه بدلاً عن ماله.

و أما المبدل منه فهو يخرج عن ملكه لوجوه:

١- ان الملكية من الاعتباريات، و الاعتبار انما يكون بلحاظ الاثر و بدونه لغو، فلا يكون هناك اعتبار الملكية.

٢- ان اهل العرف يفهمون من الامر بدفع البديل حصول المعاوضة و المبادلة بين العينين، و صيرورة كل منهما ملكا للآخر و بدلا منه.
 ٣- ان مقتضى عنوان التدارك و الغرامة ذلك، اذ مع حكم الشارع بتدارك ماليته بتمامها، بعنوان تدارك ما في العهدة، و بعنوان انه اداء للمتعتذر، لا مناص عن الالتزام بخروجه عن ملكه، و حيث ان كون المتعتذر من المباحات الاصلية لم يقل به احد، فلا بد من البناء على صيرورته ملكا للضامن.

و محصل الكلام: ان المال المغصوب تارة لا يرد اليه نقص برده الى مالكه، و اخرى يلزم منه تلف مقدار من اوصافه موجب لنقص في ماليته، و ثالثة يوجب تلف العين عرفا بمعنى انه لا يبقى له ماليتها اذا اريد رده.

اما القسم الاول فيجب رده و ان تضرر الغاصب به.

و أما في الثاني فيجب الرد مع ضمان النقص الحاصل، و إليه اشار المصنف ره بقوله فان تعيب ضمن الارش، اما وجوب رد العين فلما مر، و اما وجوب الارش فلحديث على اليد و قاعدة الاتلاف.

و أما في القسم الثالث، فان كان المال المغصوب بحيث لا يعد تالفاً كما لو امتزجه بمساويه، فسيأتي حكمه عند تعرض المصنف ره له. و ان كان يعدّ تالفاً كما في

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٢٨

[...]

الامثلة المتقدمة، فيجب رد القيمة دون العين، بل هي تصير برد البديل ملكا للغاصب. و اما ما اشتهر من ان الغاصب يؤخذ باسحق الاحوال، فلم اظفر بما يكون مأخذاً صحيحاً له، كى يقال انه يقتضى وجوب رد العين مع رد القيمة.

بدل الحيلولة

اشارة

بقي في المقام فرعان:

احدهما: ما اذا تعذر ايصال المال الى صاحبه، و لم يكن بحيث يصدق عليه التالف، فهل يلزم على الغاصب دفع البديل و هو المسمى عندهم ببديل الحيلولة، ام لا يجب ذلك؟ و تنقيح القول فيه في جهات.

الاولى: في الدليل على الضمان، بمعنى لزوم دفع البديل، و قد استدلل له بوجوه.

١- قاعدة نفى الضرر «١» بدعوى ان صبر المالك الى حين الوصول اليه ضرر عليه، فجاز له الزام الغاصب بالبديل. و فيه: ان قاعدة نفى الضرر قد مر انها لا تصلح لاثبات الضمان.

٢- قاعدة على اليد «٢» بدعوى ان اداء العين كما يكون باداء بدلها عند تلفها، يكون باداء بدل الحيلولة.

و فيه: ان مفاد حديث على اليد ان كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف، فعدم دلالة على الضمان ببديل الحيلولة واضح. و ان كان مفاده بقاء العين في العهدة الى

(١) الوسائل- باب ١٢ من احياء الموات و باب ١٧ من ابواب الخيار.

(٢) كتر العمال ج ٥ ص ٢٥٧ و سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٢٩

[...]

حين الخروج عنها، فهو انما يدل على لزوم اداء العين ما دامت موجودة، و تدارك ماليتها باداء حصة مماثلة لها بعد التلف. و بعبارة اخرى: ما دامت موجودة لا- يكون اداء بدل الحيلولة اداء لها، و لذا لا- تخرج عن ملك مالكةها، و لو كان ذلك اداء لها كان اللازم خروجها عن ملكه.

٣- ان في ادائه جمعا بين الحقين، بعد فرض رجوع البدل الى الضامن لو ارتفع التعذر.

و فيه: ان الحق الثابت للمالك انما هو بالاضافة الى العين نفسها لا بد لها مع بقائها، مع انه على فرض التنزل يمكن الجمع بين الحقين بوجه آخر، و هو الزام الغاصب بالشراء، بل هذا الجمع اولي كما لا يخفى.

٤- قاعدة السلطنة «١». اما بدعوى السلطنة على مطالبة العين للتوسل بها الى مطالبة البدل واخذه، أو بدعوى ان من شئون السلطنة على العين السلطنة على ماليتها- و بعبارة اخرى، للعين شئون ثلاثة: من جهة الشخصية، و من حيث الطبيعية النوعية، و من حيث المالية، و تعذر مطالبة الاولى لا يمنع عن مطالبة غيرها- او بدعوى السلطنة على مطالبة السلطنة على الانتفاعات بماله.

و في الجميع نظر. اما الاولى فلان السلطنة على مطالبة العين مع امكان ردها ثابتة، و لازمها السعي في ذلك بالسعي في مقدماته لارد البدل. و مع عدم امكانه لا تكون ثابتة، لعدم القدرة، و الامتناع بالاختيار و ان كان لا ينافي الاختيار الا انه عقاباً لا خطاباً. و أما الثانية فلان مالية العين القائمة بها- اي تلك الحصة الخاصة من المالية-

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٣٠

[...]

يتعذر مطالبتها بتعذر مطالبة العين، و المالية القائمة ببدلها حصة اخرى من المالية، و لم يثبت السلطنة على مطالبتها.

و أما الثالثة فلان السلطنة على الانتفاعات بماله ساقطة، للتعذر.

٥- انه فوت سلطنة المالك و اتلفها، فيجب عليه تدارك ذلك. و فيه: انما للمالك هو الملك لا السلطنة، بل هي من الاحكام المترتبة عليه، فلا يتعلق بها الضمان.

٦- اطلاق النصوص المتقدمة. و فيه: انها ظاهرة او منصرفه الى صورة صدق التلف عرفاً.

٧- الاجماع، و هو كما ترى.

فالمحصل انه لا- دليل على بدل الحيلولة كما اعترف به جمع من المحققين. نعم، بما ان الغاصب فوت منافع العين على المالك، يكون ضامناً للمنافع، و قد مر ان المنافع غير المستوفاة ايضاً مضمونة، لحديث على اليد، و قاعدة الاتلاف.

مورد بدل الحيلولة

الجهة الثانية: في بيان مورد بدل الحيلولة: فاعلم انه اذا تمكن الغاصب من رد العين، و لكنه لم يردّها بل حال بين المال و مالكة، ليس هناك بدل الحيلولة بل يكون الغاصب مكلفاً بردّ العين، كما انه اذا تلفت العين او تلف جميع الانتفاعات في جميع الازمنة خرجت

بذلك عن الملكية كما لو انكسرت المرآة. و ليس مورد بدل الحيلولة كما انه ليس مورده ما لو تلف بعض الانتفاعات في جميع الازمنة كما لو صار الحيوان الذي يطلب ظهره موطوءا، فانه لم يتلف منه الا الانتفاع به دائما في بلد الوطاء لا في ساير البلاد، بل مورده ما اذا تلف جميع الانتفاعات في بعض الازمنة، لعدم تمكن

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٣١

[...]

الضامن من الرد.

ثم ان مورده ما اذا كان التعذر لعارض خارجي، و اما اذا كان ذلك من جهة ان رد العين مستلزم لخروجها عن المالىة، كالخيط المغصوب الذي خيط به الثوب، اذ قد يكون اخراجه من الثوب موجبا لتلفه، فلا يكون موردا له، و بذلك ظهر ما في استدلال صاحب الجواهر، لوجوب البدل في المثال بالحيلولة.

ولا- يعتبر فيه سوى ما ذكر، و عليه فصوره اربع- سوى الصورة الملحق فيها المال بالتلف:- اذ ربما يرجى فيها التمكن من العين قريبا، و ربما يرجى بعد مضي مدة طويلة. و على التقديرين، اما ان يتعذر على الغاصب اعادة العين و انما يرجى ان تعود بنفسها كطائر اعتاد العود، و اما ان لا يتعذر. و على القول بثبوت بدل الحيلولة يثبت في جميع هذه الصور، و لا وجه لتخصيصه بما اذا كان يرجى التمكن بعد مدة طويلة. نعم، اذا كان زمان التعذر يسيرا جدا لا يكون مشمولا، لما تقدم من الادلة.

الجهة الثالثة: في بيان ان التعذر الموضوع لهذا الحكم، هل هو التعذر المسقط للتكليف برد العين او الاعم منه و من التعذر العرفي فيه؟ و جهان.

قد استدلل للاول باصالة عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين الذي كان قبل التعذر، خرج عن ذلك ما اذا تعذر بالتعذر المسقط للتكليف. و بانه مع عدم التعذر المسقط يكون مكلفا برد العين، و لا يجتمع التكليف برد العين و البدل.

و فيهما نظر. اما الاول فلان الادلة التي اقاموها على ثبوت بدل الحيلولة مقتضى اطلاقها ثبوته في مورد التعذر العرفي ايضا، و معه لا مورد للرجوع الى الاصل.

و أما الثاني فلان مورد التكليف بالبدل زمان الاشتغال بالمقدمات، و مورد التكليف برد العين هو زمان ما بعد المقدمات.

و لكن الحق في المقام هو التفصيل بين كون زمان الاشتغال بالمقدمات قصيرا

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٣٢

[...]

جدا فلا يكون ثابتا، و بين غيره فيثبت، و لا يخفى وجهه.

ثم إنه في المقام جهات اخر من البحث، مثل انه هل يلزم المالك على اخذ البدل، و انه هل يصير البدل ملكا له ام هو مباح له التصرف فيه، و ان العين هل تنتقل الى الغاصب ام لا؟ قد استوفينا البحث فيها في كتاب البيع، و لا يهمنا البحث فيها بعد عدم ثبوت الاصل.

حق الأولوية

الثاني: ما لو خرجت العين عن الملكية- كما لو صار الخل المغصوب خمرا- فقد استشكل المصنف ره في محكي القواعد في وجوب ردّها مع القيمة. و عن الشهيدين و المحقق الثاني ره وجوب الرد. و الكلام فيه ايضا في جهات.

الاولى: فى بقاء حق الاولوية بعد زوال الملكية، و الظاهر ذلك،.

لا- لما افاده المحقق النائيني ره من ان الحق ليس امراً مغايراً للملك، بل هو من شئونه و مراتبه الضعيفة المندكة تحت القوى، لانه عبارة عن اضافة خاصة بين المستحق و المستحق عليه، و هى حاصله للمالك و محفوظة فى جميع الحالات الواردة على الملك. فانه يرد عليه: ان الملكية و الحقيقة من الاعتبارات الشرعية و العرفية لا من المقولات، و الاعتبار لا اشتداد فيه و لا حركة، و كل من الملك و الحق اعتبارى غير الآخر.

و لا لما قيل من ان حق الاولوية من آثار الملك، فمع زواله غاية الامر يشك فى ارتفاعه فيستصحب. اذ يرد عليه: ان ما هو اثر الملك انما هو الحكم التكميلى من قبيل جواز التصرف فيه و نحوه، و هو غير حق الاولوية، مع ان لازم كونه اثر له

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٣٣

فان تعذر ضمن مثله، فان تعذر فقيمه يوم المطالبة و لو لم يكن

ارتفاعه بارتفاعه، و على الجملة حق الاولوية الذى هو اعتبار خاص ليس من آثار الملك.

و لا- لما قيل من ان الدليل دل على ان المالك احق بماله، فيستفاد من ذلك كون حق الاولوية من مقارنات الملك، و لو شك فى زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك. اذ يرد عليه: ان ما دل عليه الدليل أولوية المالك بالتصرف فى ماله عن غيره، و هذا غير ثبوت حق الاولوية.

بل لما مر من السيرة العقلانية و بناء العقلاء على ذلك، و حيث انه لم يردع الشارع الاقدس عنه فيستكشف امضاؤه لذلك، و يؤيده الاجماع عليه.

الجهة الثانية: فى وجوب رده على القول بثبوت، و عدم انتقاله الى الغاصب، الظاهر ذلك، اذ كما يجب رد المملوك الى مالكه كذلك يجب رد ما هو متعلق الحق الى ذى الحق. و لو شك فى وجوب رد متعلق الحق، فهل يجرى استصحاب وجوبه نظرا الى كون الملكية من الجهات التعليلية لوجوب الرد لا التقييدية، فالموضوع عند العرف يكون باقيا، ام لا يجرى لكونه من الجهات التقييدية؟ و جهان، اظهرهما الاول.

الجهة الثالثة: فى انه مع فرض ثبوت هذا الحق، هل يكون ذلك للمالك او الغاصب؟ و الاظهر هو الثانى، لاقتضاء الغرامة ذلك، و لبناء العقلاء عليه، فالغاصب احق به من غيره.

المثلى و القيمي

اشارة

الثامنة: فان تعذر رد المغصوب او تلف ضمن الغاصب مثله ان كان المغصوب مثليا بلا- خلافا، فان تعذر رد المثل (فقيمة يوم المطالبة، و لو لم يكن

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٣٤

مثليا ضمنه بأعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف على اشكال

مثليا ضمنه بأعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف على اشكال). و تنقيح القول فى المقام بالبحث فى مواضع:

الاول:

في تعريف المثلي و القيمي

، و ان لم يقع في شيء من الروايات، و لا في معقد اجماع، بحيث يكون من قبيل الاجماع على القاعدة. فالمشهور في تفسير المثلي انه ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة، و المراد بالاجزاء الجزئيات و الافراد، و المراد بالتساوى التساوى من غير جهة الكم. فمحصل المراد ان المثلي ما له مماثل في الصورة و الصفات التي تختلف بها الرغبات و تتفاوت به القيم.

و اظن ان ما عن التحرير من تفسيره بما تماثلت اجزائه و تقاربت صفاته، و ما عن الدروس و الروضة من انه المتساوى الاجزاء و المنفعة المتقارب الصفات، و ما عن بعضهم من انه ما يجوز بيعه سلماً، و ما عن آخر من انه ما يجوز بيع بعضه، ببعض، ترجع الى هذا المعنى و لا اختلاف بينهم بحسب المراد.

و اورد على ذلك بايرادات ذكرناها مع اجوبتها في كتاب البيع، كما انه قد ذكرنا في ذلك الكتاب ما هو مقتضى الاصل عند الشك في المثلية و القيمي، و ما تقتضيه الادلة الاجتهادية عند الشك فيهما، و هي مسائل مهمة و فيها تحقيقات نافعة، راجعها.

[ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة]

الثاني: لا خلاف بين الاصحاب في ان ضمان المثلي انما هو بالمثل، و القيمي بالقيمة، و استفادة ذلك من الادلة انما هي من وجوه:

١- ان مقتضى اطلاقات ادلة الضمان الواردة في المغصوبات و الامانات المفترط فيها و غير تلکم المقامية، ايكال ما يجب رده الى ما هو المتعارف عند الناس، و من المعلوم ان المتعارف عندهم رد العين مع بقائها، و رد ما هو الاقرب اليها بعد عدم امكان ردها، و الاقرب هو المثل، لكونه تداركا للمالية و الخصوصيات الفائتة التي تختلف بها الرغبات. و في صورة عدم امكان رده ايضا لعدم المماثل، يراعى ما هو الاقرب الى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٣٥

[...]

التالف بعد المثل، هو القيمة من الاثمان، لان غيرها مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف، و معلوم ان غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة اقرب من المشتمل عليها.

و في المقام وجوه اخر ذكرناها في كتاب البيع فراجع، كما انه ذكرنا هناك جملة من الفروع من قبيل انه اذا لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل، و ما لو سقط المثل عن المالية او نقصت قيمتها، و نحوهما.

حكم ما لو تعذر المثل في المثلي

الثالث: لو تعذر المثل في المثلي، لا خلاف في وجوب رد قيمته، لما بيناه من ان الشيء اذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمي، من غير فرق بين التعذر في جميع الاعصار او في عصر واحد و من باب الاتفاق، فالمثلي المتعذر مثله قيمي، فللمالك مطالبة القيمة لانه حقه. و لان للعين جهات ثلاثا- الخصوصية الشخصية، و الخصوصية النوعية، و الحيثية المالية- فمقتضى الادلة وجوب رد جميعها على الاخذ، فكما انه اذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب رد الجهتين الاخيرتين، كذلك اذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة، فيجب رد القيمة من هذه الجهة.

و يعضدهما ان منع المالك ظلم، و الزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، فتجب القيمة جمعاً بين الحقين، و الآية الكريمة **فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَيَّكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ** «١».

(١) سورة البقرة: آية ١٩٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٣٦

[...]

اذ الضامن اذا الزم بالقيمة مع تعذر المثل، لم يعتد عليه ازيد مما اعتدى. و تفصيل الكلام فى ذلك كله موكول الى محله. و عرفت مما ذكرناه انه وقع الخلاف بينهم فى ان العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمة اى يوم، و الوجوه المحتملة التى بعضها اقوال خمسة عشر، الا ان ما امكننا ذكر الوجه له عشرة. و منشأ الخلاف الاختلاف فى امرين: احدهما: ان المدار فى القيمي على قيمة يوم الغصب، او قيمة يوم التلف، او أعلى القيم من يوم الاخذ الى يوم الدفع، او الأعلى من يوم الاخذ الى يوم التلف؟.

ثانيها: انه بناء على الانتقال الى القيمة، هل العين تصير قيمية، او القدر المشترك بينهما يكون قيميا؟ و حيث ان المختار عندنا فى القيميات ان العبرة انما هى بقيمة يوم الدفع، و عرفت آنفا ان العين المتعذر مثلها تصير قيمية، و عرفت سابقا انه فى موارد الضمان مطلقا تكون العين فى العهدة الى زمان الاداء، فلا محالة يكون المدار فى المثل المتعذر مثله على قيمة يوم الدفع. و اما سائر الاقوال و مداركها فمذكورة فى كتاب البيع مفصلا، و ذكرنا هناك انه لا فرق بين التعذر البدوى و الطارئ كما بينا الميزان فى معرفة قيمة المثل، و المراد من الاعواز و التعذر.

و اذا كانت قيمة المثل فى بلد المطالبة مخالفة لقيمته فى بلد التلف، فهل الاعتبار ببلد المطالبة كما فى المتن، او ببلد التلف، او يتخير المالك فى التعيين، او يتخير الضامن فيه؟ و جوه.

الظاهر أن المسألة تابعة لمسألة مطالبة المثل مع عدم تعذره، و قد بينا فى محله ان الاظهر جواز المطالبة فى كل مكان شاء المالك، و عليه فالعبرة فى المقام ببلد المطالبة.

ثم انه بعد ما عرفت من ان التالف اذا تعذر مثله يصير قيميا، يظهر انه لو دفع القيمة فى المثل المتعذر مثله ثم تمكن من المثل لا يعود المثل الى ذمته.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٣٧

[...]

ضمان القيمي بالقيمة

الرابع: اتفقت كلماتهم على ان القيمي يضمن بالقيمة، و قد بينا سابقا ان الظاهر من حديث على اليد بقاء العين فى العهدة و لو بعد التلف، و يكون دفع المثل او القيمة مسقطا لها- كما اختاره جمع من المحققين- لكونه من مراتب رد العين. و لا- ينافيه النصوص الخاصة الواردة فى رد القيمة، فانها طائفتان:

منها: ما يدل على ان لواجد المال الولاية على ان يبيعه عن صاحبه من نفسه، و يبقى الثمن فى الذمة، مثل ما ورد «١» فى الحيوان الملتقط، و لقطعة الطعام، و ما شاكل.

و منها: ما «٢» لا يستفاد منها ازيد من وجوب دفع القيمة حين الاداء، و هذا يلائم مع كون العين فى العهدة، و المدرك لمسقطية رد القيمة هو الاطلاق المقامى و الاجماع، كما مر فى المثلى.

و اذا وجد المثل فى القيمى، فالمعروف بينهم كفاية رد القيمة. و عن الاسكافى و المحقق و جوب رد المثل، و ظنى انهما غير مخالفين للمشهور، فان مورد كلامهما القرض، و لا يبعد فيه دعوى ان المتعارف الشرط الضمنى برد المثل و لو فى بعض الصفات، و يؤيد ما ذكرناه تصريح المحقق فى الباب: و فى المقبوض بالعقد الفاسد بضمان القيمة. فمدعى عدم الخلاف فى كفاية رد القيمة مع تعسر المثل غير مجازف، و الاطلاق المقامى بالتقريب المتقدم شاهد به.

(١) الوسائل باب ٢ و ١٣ و ٢٣ من ابواب اللقطة.

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب الغصب.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٣٨

[...]

تعيين القيمة

و قد اختلفوا فى ان المدار فى القيمة، على قيمة يوم القبض كما عن الاكثر، ام يوم التلف كما عن الشيخين و اتباعهما بل عن الدروس نسبتة الى الاكثر، ام يوم الدفع كما عن جمع من المحققين، أو أعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف كما فى المتن، أو أعلى القيم من يوم القبض الى يوم الدفع؟ و نخبة القول بالبحث فى موردين:

الاول: فيما تقتضيه القاعدة.

الثانى: فى مقتضى النصوص الخاصة.

اما الاول فمقتضى القاعدة هو الثالث، فان معنى الضمان كما مر كون المال فى عهده الى حين الاداء، و معنى ذلك وجوب تداركه ببدله عند الاداء، حتى يكون عند الاداء اداءً و تداركاً له.

و دعوى ان الغاصب وضع يده على ماله مع قطع النظر عن الخصوصية الشخصية و الصفات النوعية، مالية خاصة متقدرة بقدر مخصوص، فوجب عليه رده بما له من الحيثيات اذا امكن الرد، و ان لم يمكن رد الخصوصية و الصفات النوعية للتالف و جب رد تلك المالية المخصوصة الواقعة تحت اليد، و لا- وجه لوجوب رد المراتب الأخر من، فانها ماليات واردة على ما هو تحت العهدة لا ان العهدة واردة عليها، و قد استدل بها للقول الاول.

مندفعة بان المالية المنتزعة من رغبة الناس و ميلهم لا تقع تحت اليد و لا تكون مضمونة كما مر، مع انه لو تم هذا الوجه لاقتضى كون المدار على أعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف، لان على اليد لا يختص بحدوث اليد بل يشمل بقائها، فكل زمان من ازمته كون العين تحت اليد قد ازيلت فيه يد المالك،

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٣٩

[...]

فوجب ان يغرم اكثرها.

و أما الثانى، فقد يقال ان النصوص الخاصة تدل على خلاف ذلك، منها: صحيح ابى ولاد، قال: اكرتت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهباً و جائياً بكذا و كذا و خرجت فى طلب غريم، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبى توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل، فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته فظفرت به و رجعت الى الكوفة، الى ان قال: فاخبرت ابا عبد الله عليه السلام فقال:

أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة الى النبل، و مثل كراء البغل من النبل الى بغداد، و مثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة و توفيه اياه. قال قلت: قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه؟ قال: عليه السلام لا لأنك غاصب. فقلت: أ رأيت لو عطب البغل او نفق أ ليس كان يلزمني؟ قال عليه السلام: نعم، قيمة بغل يوم خالفته. قلت: فان اصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال عليه السلام: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه. قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: انت و هو، اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرت كذا و كذا فيلزمك «١» الحديث، و محل الاستشهاد فيه جملات ثلاث:

الاولى: قوله عليه السلام: نعم، قيمة بغل يوم خالفته، و قد استدل بها على ان المدار على قيمة يوم الغصب بان اليوم قيد للقيمة، لإضافة القيمة المضافة الى البغل اليه ثانيا، فيكون المعنى قيمة يوم المخالفة للبغل، او لجعل اليوم قيماً للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل.

(١) الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب- حديث ١- و باب ١٧- من ابواب كتاب الاجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٤٠

[...]

و لكن: يرد على الوجه الاول انه ان اريد بذلك اضافة المضاف نفسه اليه ثانيا، ففيه انه لا يصح اضافة الشيء الواحد الى شيئين مرتين، و بعبارة اخرى المضاف الى شيء لا يضاف ثانيا. و ان اريد به اضافة المجموع من المضاف و المضاف اليه، ففيه ان المجموع لتضمنه النسبة الاضافية التي هي من الحروف لا يضاف، اذ المعنى الحر في لا يقع ظرفا، و بعبارة اخرى الاضافة من خواص الاسم و الحرف لا يضاف.

و أما الوجه الثاني، فبعد تصحيحه بارادة قيدياً اليوم للقيمة المضافة الى البغل، التي هي مضافا الى كونها معنى حدثيا في نفسها فانها ما يقوم بالشيء من المالمية، انه لو سلم كونها معنى جامدا بسبب الاضافة تتضمن معنى اشتقاقيا، و الا فالاختصاص الحاصل من الاضافة معنى حرفي، و العامل لا بدّ و ان يكون فعلا او شبه فعل.

يرده: ان لا- معين لكون اليوم قيماً للقيمة، و من الممكن كون اليوم قيماً لنعم الذي هو في قوة قوله يلزمك، او يكون لفظ يلزمك مقدر بعدة فيكون اليوم حينئذ وعاء توجه التكليف، فيوم القيمة على هذا مسكوت عنه في الصحيح. او يكون قيماً للبغل باضافة البغل اليه، فيكون المقام من قبيل تتابع الاضافات، فيكون المراد انه حيث يكون للبغل بحسب الصفات و الخصوصيات المتفاوتة بحسب الايام قيم مختلفة، و لا- كلام في ان هذا الاختلاف مضمون في باب الضمان، اذ الخلاف انما هو في القيمة السوقية، فيكون يوم المخالفة في الخبر اشارة الى قيمة يوم البغل حال كونه قويا- فان التعب و الهزال عرضه بعد الحركة العنيفة- لا لخصوصية في ذلك اليوم، و هذا يجتمع مع كون المدار على قيمة يوم التلف او يوم الدفع، بان يلاحظ البغل على ما هو عليه يوم المخالفة في وقت التلف او يوم الدفع، فيقوم ذلك البغل في يوم الاداء او وقت التلف، فيكون الصحيح اجنيا عن المقام. و مع تعدد الاحتمال و حصول الاجمال لا يتم الاستدلال.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٤١

[...]

الجملة الثانية: قوله عليه السلام: أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرت كذا و كذا. و تقريب الاستدلال بها

على ان الميزان قيمة يوم المخالفة ما في مكاسب الشيخ الاعظم ره، و هو ان اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه، لعدم الاعتبار به، فلا محالة يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة بناء على انه يوم المخالفة، لان الظاهر من الخبر مخالفته للمالك بمجرد الخروج من الكوفة، و من المعلوم ان اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة انما يكون يوم الخروج، و معلوم ايضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدّة القليلة.

و فيه: ان نكتة التعبير بيوم الا-كتراء بعد فرض عدم كونه من حيث هو ميزانا في هذا الباب انما هو وجود المكارين حينه دون سائر الاوقات، و هذا كما يلائم مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يلائم مع كون الميزان قيمة يوم التلف أو يوم الاداء، من جهة عدم الاختلاف في مدّة خمسة عشر يوماً ايضا كما صرح هو قده به، و يؤكد ذلك ان الظاهر من الجملة الواردة لبيان معرفة تفاوت قيمة الصحيح و المعيب، ان المقصود تعيين اصل قيمة البغل من جهة الجهل بها، بحيث لو علم قيمته في يوم ارتفع الاشتباه. مع انه لو سلم الاختلاف، بما ان هذه الجملة غير واردة لبيان حكم شرعي بل في مقام بيان موضوع عرفي - كما يشهد له قول السائل: من يعرف ذلك، الكاشف عن علم السائل بما هو وظيفته الشرعية- فيمكن ان يقال: انه لو كان الميزان قيمة يوم الاداء اذا عينت قيمة البغل في يوم المخالفة معرفة قيمته في يوم الاداء سهلاً كما لا يخفى. فهذه الجملة ايضا لا تدل على خلاف ما تقتضيه القاعدة.

الثالثة: قول عليه السلام في جواب السائل عن اصابة العيب: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده. و ملخص القول فيها ان كلمة «يوم»، اما ترجع الى العيب، فيكون مفادها ضمان العيب الفعلي، فلا عبرة بحدوث العيب مع زواله عند

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٤٢

[...]

رده، فالخبر اجنبى عن المقام. او ترجع الى قوله «عليك» فلا تعرض فيها ليوم هذه القيمة. او ترجع الى القيمة، و يراد رد الارش من قوله «يوم ترده» فتدل على ان العبرة بقيمة يوم الرد. او ترجع اليها، و يراد رد البغل، فهي تدل على ان الميزان قيمة يوم الاداء. فهذه الجملة، اما تدل على مقتضى القواعد، او لا تنافيه.

فالمتحصل انه لا يستفاد من الصحيح ما يخالف القاعدة الاولى.

و منها: ما ورد «١» في باب الرهن الدال على انه اذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه بحساب ذلك.

قيل: فلولا ضمان التالف بالقيمة يوم التلف، لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف، ذكره الشيخ الاعظم ره.

و فيه مضافا الى انه ليس في نصوص الرهن عنوان السقوط بل فيها انهما يترادان الفضل، اذا كان لأحد الامرين من الرهن و الدين عند تلفه فضل، و انه اذا كان يساوى ما رهنه فليس عليه شىء، مع انه ايضا لا ينافى القاعدة بعد فرض ان ادائها بعد التلف انما يكون بدفع القيمة بدلا او وفاء، و ان ذلك انما يكون باستيلاء المالك على ذلك المقدار من المال للضامن، فيوم الاداء في ذلك يوم التلف.

و منها: ما ورد في عبد اعنت بعضه، ففي خبر عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام عن القوم ورثوا عبدا جميعا فاعنت بعضهم نصيبه منه، هل يؤخذ بما بقى؟ فقال عليه السلام: نعم، يؤخذ بما بقى منه بقيمة يوم اعنت «٢» و نحوه غيره.

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب كتاب الرهن.

(٢) الوسائل باب ١٨- من كتاب العتق حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٤٣

و لو زاد للسوق لم يضمها مع الرد، و لو زاد للصفة ضمنها،

وفيه: انه من المحتمل كون قوله «يوم اعتق» قيماً ليؤخذ لا للقيمة، و عليه فيدل على ان زمان توجه التكليف انما هو من حين اعتق، و ساكت عن انه ما به الضمان هل هو قيمة يوم التلف او يوم الاداء. فالمتحصل مما ذكرناه ان الاظهر بحسب الادلة ان الميزان قيمة يوم الاداء و الدفع مطلقاً.

حكم ارتفاع القيمة السوقية و الزيادة العينية

بقى فى المقام فروع:

احدها: المعروف بين الاصحاب ان زيادة القيمة السوقية ليست مضمونه، بخلاف الزيادة العينية، و عليه ف لو زاد للسوق لم يضمنها مع الرد، و لو زاد للصفة ضمنها. و الوجه فى ذلك: ان الصفة اذا زيدت تكون تابعة للمال، و حيث انها تحت يد الغاصب فمقتضى ادلة الضمان ضمانها ايضا. و اما القيمة السوقية فاصلها و ترقيقها ناشئان من كثرة الراغب و قلة الوجود، كما ان عدمها و تنزلها ينشئان من كثرة الوجود و قلة الطالب، و هذا ليس شيئاً يضمن، لعدم كونه وصفاً فى العين كى يدخل تحت اليد. و قد استدلل لزمانه تارة بحديث لا ضرر «١» و اخرى بان دليل الضمان انما يدل على التضمين و التبريم، فلا بد من رعاية الحيثية المالية.

و لكن يرد الاول ما مر من انه لا يدل على الضمان. و الثانى انه لا يستفاد من

(١) الوسائل - باب ١٢ من احياء الموات.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٤٤

و لو تجددت صفة لا قيمة لها لم يضمنها، و لو زادت القيمة لنقص بعضه كالحب فعليه الارش. و لو زادت العين باثرها

ادلة الضمان سوى رد العين بما لها من الخصوصيات مع امكانه، و فى الفرض حيث ان التالف رغبات الناس لا شىء من العين، فالعين ترد بما لها من الخصوصيات.

ثانيها: و لو تجددت صفة لا قيمة لها لم يضمنها بلا خلاف، اذ لا معنى للضمان مع عدم القيمة لها و عدم كونها مثليه، و الفرض ان عينها لا يمكن ردها.

ثالثها: (و لو زادت القيمة لنقص بعضه كالحب فعليه الارش)، لعموم ما دل على ثبوت الارش بالجناية.

زيادة العين بفعل الغاصب

اشارة

التاسعة: و لو زادت قيمة العين باثرها، فتارة يكون ذلك اثراً محضاً لا عيناً، كتعليم الصنعة، و خياطة الثوب بخيوط المالك، و نسج الغزل، و طحن الطعام، و ما شاكل. و اخرى يكون عيناً، كما لو خاط ثوبه بخيوطه، او صبغه بصبغه، او زرع فى ارضه، و هكذا.

اما فى الصورة الاولى، فلا اشكال فى ان المالك يأخذ ماله، و مع التلف مثل التالف او قيمته مع ذاك الاثر، فان الاثر اوجب زيادة قيمة العين و هى تابعة للعين، و لا شىء للغاصب على المالك، فان مجرد عود نفع العمل الى المالك لا يكون موجبا للضمان، بل الضمان اما ان يكون لليد، أو يكون للتلاف، أو من جهة الامر بالعمل، او من ناحية الاستيفاء بالاذن، و شىء من تلكم لا يكون فى المقام.

و أما في الصورة الثانية، فان لم يمكن اخذ الزيادة، و كانت لا تعدّ عند العرف شيئاً في مقابل المغضوب منه، فهي تالفه عرفاً، فالحكم فيها ما تقدم من غير فرق بين
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٤٥
]...[

ان يكون عين ما زيد من الغاصب نفسه ام لم يكن.
 و في المسالك في ما اذا كان العين للغاصب و حصلت في المغضوب منه و لم تنعدم بحيث لا يكون هناك سوى الاثر و لم يمكن فصله، قال الشهيد: يصير شريكاً للمغضوب منه، لانه عين مال انضم الى ملكك، ثم ينظر ان كان قيمته مغضوباً مثل قيمته و قيمة الصبغ كما اذا كانت قيمة الثوب عشرة و قيمة الصبغ عشرة و هو يساوي بعد الصبغ عشرين، و لم تتغير قيمتهما فهو بينهما بالسوية، الى ان قال: و في الاول و هو ما اذا امكن فصله عن الثوب فللغاصب ازالته مطلقاً مع ضمان الارش ان نقص. و قيل: ان ادى فصله الى استهلاكه لم يجب الغاصب اليه، لاستلزامه التصرف في مال الغير بغير فائدة، مع كونه متعدياً في اصل الفعل. و الأشهر اجابته، لانه لولاه لزم منه عدوان آخر و هو التصرف في مال الغير بغير حق، اذ لا سبيل الى تملكه بعبوس و لا بغيره قهراً، و بقاء الثوب في يد المالك ممنوعاً من التصرف فيه لاجل الصبغ ضرر آخر، فكانت اجابته للغاصب اصلح، و فيهما جمع بين الحقين، فعلى هذا يجب اليه، انتهى.
 و يرد عليه اولاً: النقض بما اذا كان فعله موجبا لثبوت اثر محض، فان لازم ما افاده هو الشركة فيه ايضاً، فان تلك الهيئة الحاصلة في العين المغضوبه لها ماله، فالثوب قيمته مخيطاً ازيد من قيمته غير مخيط و الهيئة موجودة، فلا بد من البناء على الشركة.
 و ثانياً: ان العين التي زيدت في المغضوب ان لم يمكن فصلها، او امكن مع استلزام الفصل خروجه عن الماله، تكون ساقطة عن الماله، و انما هي موجبة لزيادة قيمة المغضوب، لا ان المال المبذول يبذل مقدار منه بازاء المغضوب و مقدار زائد بازاء ما زيد، و مع سقوطها عن الماله لا- يعتبرها العقلاء ملكاً و مالا له، فتخرج بذلك عن ملكه فلا وجه للشركة. نعم، فيما اذا لم يلزم من فصلها انتفاء قيمتها كلام سيأتي ان
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٤٦
 رجع الغاصب بها و عليه ارش النقصان،

□
 شاء الله تعالى.

و بما ذكرناه يظهر انه لو كان الصبغ مغضوباً من غير مالك الثوب، لا يصير الثوب المصبوغ مشتركاً بين المغضوب منهما، بل الصبغ يعدّ تالفاً عرفاً، فيكون الغاصب ضامناً له لمالكه، و الثوب المصبوغ تامه لمالك الثوب. فما في المسالك ايضاً من حصول الشركة بينهما، ضعيف.

و أما ان كانت الزيادة يمكن اخذها و لها ماله، فالمشهور بين الاصحاب انه يرجع الغاصب بها و لو نقصت قيمة العين ورد الاصل، جمعاً بين الحقين و عليه ارش النقصان ان نقص المغضوب بأخذ الزيادة منه. و عن الاسكافي و المختلف و التنقيح و المجلسي انه ليس للغاصب اخذ ما زاده بغير اذن المالك، فان لم يرض و دفع قيمته وجب على الغاصب قبوله.

و لكن لا إشكال في بقاء الزيادة على ملك الغاصب، لان عدوانه لا يقتضى اسقاط ماليتها و لا الملكية، و لا إشكال ايضاً في انه لا يوجب العدوان سلب سلطنة المالك. فما عن المشهور من ان له اخذ الزيادة ورد الاصل، و ظاهره ذلك مع عدم رضا المالك، غير تام.

□
 نعم، للمالك المغضوب منه ذلك، لخبر عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن ابي عبد الله عليه السلام عن اخذ أرضاً بغير حقها و

بنى فيها، قال عليه السلام: يرفع بناؤه و تسلم التربة الى صاحبها، ليس لعرق ظالم حق «١». و أما ما افاده جمع من الاصحاب من انه ان لم يرض المالك و دفع قيمته و جب على الغاصب قبوله، فمضافا الى انه لا- وجه له، و الاصل عدم وجوب القبول عليه،

(١) الوسائل باب ٣- من كتاب الغصب- حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٤٧

و ليس له الرجوع بارش نقصان عينه، و لو غصب عبد او جنى عليه بكمال قيمته رده- مع الارش على قول، بمساويه او باجود رده،

□

يشهد لعدم وجوب القبول خبر عقبه بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام عن رجل أتى ارض رجل فررعها بغير اذنه، حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال: زرعت بغير اذني فزرعك لي و علي ما انفقت، له ذلك ام لا؟ فقال عليه السلام: للزارع زرعه، و لصاحب الارض كراء ارضه «١».

و لو اخذ الغاصب عين ماله باذن المالك و لزم منه نقصانه (ليس له الرجوع بارش نقصان عينه) لانه جاء من قبله. و مما مر ظهر انه لو غصب عبداً و جنى عليه بكمال قيمته رده مع الارش على قول.

حكم مزج المغصوب بغيره

و لو امتزج المغصوب بغيره، فتارة يكون بجنسه، و اخرى بغير جنسه. و على الاول اما ان يكون بمساويه في الجودة و الرداءة، او باجود منه، او بادنى.

فان خلطه بمساويه، فان امكن التمييز كلف به و رده اي رد مال المغصوب منه اليه و ان شق- كما لو خلط الحنطة بالشعير، او الحمراء منها بالصفراء- بلا خلاف، لوجوب رد العين حيث يمكن.

و لو لم يمكن التمييز، فقد جزم الا- كثر على ما في المسالك بانه يكون الغاصب شريكا بنسبة المخلوط. و استدلوا له بان عين مال المالك موجودة في الجملة، و غايته انها ممتزجة بغيرها، و ذلك لا يخرجها عن ملكه. و بانه في ذلك ايصال المالك الى بعض

(١) الوسائل- باب ٢ من كتاب الغصب حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٤٨

[...]

حقه بعينه و إلى بدل بعضه من غير زيادة فوت على الغاصب، فكان اولى من ايصاله الى بدل الجميع.

و يمكن ان يقال تأييدا لما افادوه: ان الخلط ربما يكون بحيث يعد المالان بعد المزج شيئاً واحداً، فيلزم منه الشركة القهرية بينهما، و لا وجه لصيرورة الجميع ملكاً للمالك، و لا للانتقال الى المثل أو القيمة، فان ذلك فرع التلف غير المتحقق.

فما عن الحلى من انه ينتقل الى المثل، لاستهلاك العين اذ لا يقدر على ردها لو طلبه، غريب، فان الاستهلاك غير تعذر الرد، مع انه لو تم دعوى الاستهلاك لا ريب في ان الموجود اقرب الى التالف من المثل، و قد عرفت انه متعين في باب الضمان.

و أما ما في الرياض من ان لزوم القبول على المالك مشكل، حيث يتعذر لعدم قبوله بعذر موجه، ككون ماله حلالا و مال الغاصب الممزوج به مشبوها او نحوه، فان ايجاب القبول حينئذ ضرر اي ضرر، و نقله عن التنقيح ايضا.

فبرد عليه: ان مال الغاصب الممزوج به على الفرض، محكوم شرعاً بأنه ماله كسائر ما يؤخذ من ايدي المكلفين، مع ان لا ضرر لا يصلح لاثبات الخيار للمالك كما مر. فالحق ترتب احكام المشترك على الموجود المتقدمة في كتاب الشركة. وربما يكون بحيث لا يعدّ المالان شيئاً واحداً عرفاً، فالمال الموجود مختلط، والحكم فيه هو الصلح القهري او القرعة على ما مر في محله.

و ان خلطه باجود منه، فمع عدم حصول الشركة فالحكم ما مر، و اما مع حصولها بان عدّ المجموع شيئاً واحداً ففيه قولان: احدهما: ما هو المشهور، و هو حصول الشركة بينهما، و ترتب احكامها المشار اليها في الصورة السابقة. ثانيهما: ما عن الشيخ في المبسوط والحلي، و هو انه يتخير الغاصب في دفع القدر فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٤٩ و لو كان بأدون ضمن المثل.

من العين او غيرها.

وجه الاول: وجود عين مالك المالك المقتضى لتسلطه على الموجود و عدم الانتقال الى المثل او القيمة، و الزيادة لا تقدر لانها زيادة صفة حاصله بفعل الغاصب.

و وجه الثاني: استهلاك عين مال المالك اذ لا يقدر على الرد لو طلبه، و التخيير في الحقيقة راجع الى ضمان المثل، لانه حينئذ لا ينحصر في العين و هي اجود مما يلزمه، فاذا بذلها وجب قبولها بطريق اولي، و لان بعضها عين حقه و بعضها خير منه. و لكن: يرد على الثاني اولاً: ما تقدم من منع الاستهلاك.

و ثانياً: ان الموجود لو كان بعضه عين حقه و بعضه خيراً منه، فمضافاً الى انه ينافي ما ذكره أولاً من الاستهلاك، حيث انه اقرب الى مال المالك هو المتعين دفعه.

و ثالثاً: انه لو سلم ان الموجود غير مال المالك و لا مثله، فلا وجه لالزامه بقبوله، لان له ان لا يقبل الا ما هو حقه لا ما يكون اجود منه. فما افاده المشهور هو المنصور، الا ان لازم الشركة استحقاق الغاصب بمقدار اجوديه ماله من مال المالك لا أزيد منه، فليست الزيادة حينئذ عائدة الى المالك حتى يعلل بما ذكر. و لو كان الخلط بادون، ففيه اقوال:

١- انه يضمن المثل و هو مشهور بينهم، و عن التنقيح نفى الخلاف فيه.

٢- ما عن الروضة و في المسالك، و هو انه مخير بين ان يأخذ حقه من العين مع الارش و بين أخذ المثل.

٣- التخيير بين اخذ حقه من العين بدون الارش و اخذ المثل، و هو ظاهر ما نقله في الشرائع.

وجه الاول: استهلاك مال المالك، و قد مر ما فيه.

وجه الثاني: ان حقه في العين لم يسقط لبقائها كما لو مزجها بالاجود، و النقص

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٥٠

و فوائد المغصوب للمالك.

بالخلط يمكن جبره بالارش.

و فيه: ان لازم الوجه المزبور حصول الشركة لا- الانتقال الى المثل، مع انه لا- وجه للجبر بالارش، بل يجبر النقص بالزيادة من نفس العين على ما هو مقتضى الشركة، و بذلك يظهر مدرك القول الثالث. فالمتجه حينئذ هو الوجه الرابع، و هو حصول الشركة.

و ان كان الخلط بغير جنسه- كما اذا اختلط الزيت بالشيرج- فليل: ان المغصوب هالك، لبطلان فائده و خاصيته و باختلاط غير الجنس به، فيضمن بالمثل. و فيه: انه لو كان في الفرض شيء فهو الاستحالة دون الاستهلاك. فالأظهر فيه الشركة، كما قواه في محكي التذكرة، لان مال المالك موجود فلا ينتقل الى المثل أو القيمة.

فوائد المغصوب للمالك

إشارة

العاشرة: و فوائد المغصوب للمالك له، بلا خلاف، لأنها نماء ملكه، فتكون مضمونة عند الغاصب كالأصل، سواء تجددت عنده ام لا، اعيانا منفصلة كانت كالولد، او متصلة كالصوف و السمن، او منفعة كأجرة سكنى الدار و ركوب الدابة. و الأصل في ذلك كله حديث: على اليد ما اخذت حتى تؤدي «١» فان اليد كما تكون على العين كذلك تكون على الفوائد حتى المنفعة، و لا يختص الحديث بحدوث اليد بل يشمل بقائها، فكل زمان من ازمته كون العين تحت اليد قد ازيلت فيه يد

(١) كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ و سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٥١
[...]

المالك، فيجب ان يغرم العين و ما يتبعها. و الايراد على ضمان المنفعة بان الحديث مختص بالاعيان و لا يشمل المنافع، قد مر عند تقريب دلالة الحديث على الضمان ما ذكر في وجه ذلك و اندفاعه، و عرفت ان الاظهر شموله للمنافع. و ان النماء ان بقى الى زمان رد العين، يجب دفعه و الا فقيمه، و هو واضح. و أما المنفعة، فان استوفاه الغاصب فيجب رد عوضها لما مر من ضمان المنفعة المستوفاه، و ان لم يستوفها فيمكن ان يستدل لضمانها بوجهين:

احدهما: حديث على اليد بالتقريب المتقدم.

ثانيهما: قاعدة الاتلاف، فان حبس العين و منع مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا. و أما ما عن المحقق الخراساني ره من الاستدلال له بان من آثار ضمان العين ضمان منافعها، فالدليل على ضمان العين دليل لضمان المنافع: فان اريد به ما ذكرناه من صدق الاستيلاء و اليد على المنافع بالاستيلاء و اليد على العين، فهو يرجع الى التمسك بحديث على اليد. و ان اريد به ما افاده المحقق الايرواني ره من ان اداء العين المجعول غاية للضمان لا يكون الا بادائها بمنافعها و فروعها، فيرد عليه انه ان لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين، لما كان يجدي شمول الحديث للعين في ضمانها، فان الغاية اداء نفس ما يكون تحت اليد لا شيء آخر. و ان اريد به غير ذلك فعليه البيان.

فان قيل: ان صحيح ابي و لاد المتقدم الدال على ضمان منفعة البغل المستوفاه دون غيرها، دال على عدم ضمان المنفعة غير المستوفاه. قلنا: انه لا يتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاه، فانه و ان كان يتصور له منفعة اخرى الا انها تضاد مع ما استوفاه. و بعبارة اخرى: كان للبغل منافع

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٥٢

[...]

مختلفة على سبيل البدل و حيث انه استوفى واحدة منها و لم يكن هناك فائدة اخرى يمكن استيفائها فائته، كان عليه ضمان تلك المنفعة خاصة، مع انه عليه السلام فى الصحيح فى مقام الرد على ابى حنيفة و بيان ان عليه كرى البغل، و ليس فى مقام بيان احكام اخر.

و ربما يستدل لعدم ضمانها بقوله عليه السلام: فى الامه المتباعه اذا وجدت مسروقه بعد ان اولدها المشتري: يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بالقيمه «١» بتقريب انه يدل على ضمان المنفعة المستوفاه، و ساكت عن ضمان غيرها فى مقام البيان. و فيه: ان الخبر وارد فى مقام بيان منفعة واحدة، و انه يكون الولد حر او عليه قيمته، و لذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاه الآخر من و التنظيف و غيرهما، بل و لا-لاشتغال ذمه المشتري بالوطء مع انه منفعة استوفاه. اصف الى ذلك ان تلك المنفعة التى حكم بضمانها منفعة لم يستوفها المشتري بل اتلفها، كما لا يخفى.

و مما ذكرناه ظهر الجواب عن الاستدلال لعدم الضمان بصحيح محمد بن قيس الوارد فيمن باع وليده ابيه بغير اذنه، قال عليه السلام: الحكم ان يأخذ وليده و ابنها «٢» بتقريب انه ساكت عن المنافع الفائته. فالحق هو ضمان المنفعة و لو لم يستوفها. و مما ذكرناه ظهر انه لو كانت للعين منافع مختلفة، انما يضمن الغاصب اكثرها قيمة دون الجميع، فتقوم اجاره تلك العين بجميع منافعها فيضمنها الغاصب، كما هو واضح.

(١) الوسائل باب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٥٣

و لو اشتراه جاهلا- بالغضب رجوع بالثمن على الغاصب و بما غرم عوض عما لا نفع فى مقابلته او كان على اشكال، و لو كان عالما فلا رجوع بشيء. و لو زرع فى المغصوب كان الزرع له و عليه الاجرة.

و قد مر مفصلا فى كتاب البيع و فى بعض المسائل المتقدمه فى هذا الكتاب انه لو اشتراه اى المغصوب جاهلا بالغضب رجوع بالثمن على الغاصب و كذا (بما غرم عوضا عما لا نفع فى مقابلته او كان على اشكال. و لو كان عالما فلا رجوع بشيء).

الزرع لمالك البذر

و ايضا قد ظهر مما قدمناه انه (لو زرع الغاصب كان الزرع له و عليه الاجرة). و يشهد به- مضافا الى ما مر، و الى انه نماء ملك الزارع و هو البذر فيتبعه فى الملك، و ان الارض كالماء و الهواء و الشمس من المعدات لصيرورة البذر زرعاً ثم حياً بالتدريج- خبر عقبه بن خالد عن ابى عبد الله عليه السلام عن رجل أتى ارض رجل فزرعها بغير اذنه، حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال: زرعت بغير اذنى فزرعك لى و على ما انفقت، أله ذلك ام لا-؟ فقال عليه السلام: للزارع زرعه، و لصاحب الارض كراء ارضه «١» و نحوه غيره.

و عن ابن الجنييد ان لصاحب الارض ان يرد ما خسره الزارع، لقوله عليه السلام: من زرع فى ارض قوم بغير اذنه، ليس له من الزرع شيء و عليه نفقته «٢».

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الغصب حديث ١.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٣٩٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٥٤
و القول قول الغاصب فى القيمة مع اليمين و تعذر البينة

وفيه: ان الخبر لم تثبت صحته كما ذكره الاصحاب، و لم يعمل به احد غيره، و هو مع ذلك معارض بما تقدم، و بموثق محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام فى رجل اكرت داراً و فيها بستان، فزرع فى البستان و غرس نخلا و اشجاراً و فواكه و غير ذلك، و لم يستامر صاحب الدار فى ذلك، قال عليه السلام: على الكراء، و يقوم صاحب الدار الزرع و الغرس قيمة عدل و يعطيها الغارس ان كان استأمره فى ذلك، و ان لم يكن استأمره فى ذلك فعليه الكراء و له الزرع و الغرس و يقلعه و يذهب به حيث شاء «١» و الترجيح للخبرين.

و ايضاً قد مر ان لصاحب الارض ازالة الزرع و الحرث و لو قبل اوان بلوغهما و يشهد به ما مر، و خبر عبد العزيز بن محمد الدراوردي- المتلقى بالقبول- عن ابى عبد الله عليه السلام عمن أخذ ارضاً بغير حقها و بنى فيها، قال عليه السلام: يرفع بناءه و تسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق «٢» الحديث.

و له ان يلزمه بالازالة، و طم الحفر، و الارش ان نقصت بالقطع او الزرع، لانه نقص اورده الغاصب و منفعة ا تلفها. و هل له الارش لو تصدى بنفسه بالازالة ام لا؟ الظاهر ذلك اذا كان النقص حاصلًا بالزرع كما هو ظاهر، و اما ان كان حاصلًا بالقلع ففيه وجهان، من كونه الموجد للنقص، و من ان سببه الزرع، و الله العالم.
الحادى عشرة: (و)

لو تلف المغصوب و اختلفا فى القيمة

، فعن المبسوط و الخلاف و الحللى و المحقق و المصنف ره و الشهيدين و كثير من المتأخرين بل عامتهم، ان (القول قول الغاصب فى القيمة مع اليمين و تعذر البينة). و عن النهاية و المقنعة بل قيل عن

(١) الوسائل- باب ٢- من ابواب كتاب الغصب حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب الغصب حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٥٥

[...]

الاكثر ان القول قول المغصوب منه.

و استدلل للاول بان الغاصب منكر للزيادة، و للمالك يدعيها، و الاصل عدمها.

وفيه: ان ذلك و ان تم بحسب موازين باب القضاء، الا ان صحيح ابى ولاد المتقدم- قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال عليه السلام: انت و هو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك، او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرتى كذا و كذا فيلزمك، الحديث «١» - يدل على تقديم قول المالك مع الحلف، و تخصص القاعدة العامة به، و هذا التخصيص موافق للاعتبار اذ من شئون اخذ الغاصب باشق الاحوال عدم قبول قوله ما لم يرد الحلف عليه، و ان لا يطالب منه شىء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب الى المالك، و يكون الحلف وظيفته و كذا رد اليمين اللذان هما وظيفة المنكر فى غير

باب الغضب، و البيئة ايضا وظيفته كما هي وظيفه المدعى فى كل باب، فيكون مع تعذر البيئة قوله مقدا مع الحلف، بل الصحيح يدل على تقديم قوله مع اليمين و ان امكنه اقامة البيئة.

فان قيل: ان الصحيح فى مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض مخاصمة، و قضية البيئة على المدعى و اليمين على المدعى عليه انما هي فى المخاصمات، و ذلك من جهة ظهور السؤال و الجواب فى ذلك، حيث ان السؤال انما يكون عن العارف و اجاب عليه السلام بانه: اما ان يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله، أو ان تحلف انت من جهة كونه عندك فى مدة، او يقيم المالك البيئة لو لم تعرف انت و لم يعرف هو. فالصحيح غير مربوط بباب النزاع و الخصومة، كما عن جمع من المحققين كاليزدى و الاصفهانى و الايروانى.

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب كتاب الغضب حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٥٦

الفصل الحادى عشر: فى احياء الموات. لا يجوز التصرف فى ملك الغير بغير اذنه و لو فيما فيه صلاحه كالطريق و النهر و المراح

قلنا: انه يوهن ذلك قوله «فيلزمك» و قوله «لزمه» اذ الملمزم انما هو حلف من وظيفته بحسب الجعل الالهى ذلك لا حلف كل احد و ان توافق الطرفان عليه. فالظاهر ان القول قول المالك مع يمينه، و مع ذلك لو اقام البيئة تسمع منه.

الفصل الحادى عشر: فى احياء الموات

اشارة

و المراد بالموات الاراضى غير المنتفع بها، لعطلتها باستيجمها، او عدم الماء عنها، او استيلاء الماء عليها بحيث تعد مواتا عرفا. و قد استوفينا البحث فى أقسام الاراضى و ما يملك منها بالاحياء و ما لا يملك، و حكم الموت العارض بعد كونها عامرة، و غير ذلك مما يرجع الى الاراضى فى كتاب البيع و المكاسب المحرمة و كتاب الخمس. و مما ذكرناه هناك يظهر ان الاحياء لا يختص بالبناء بل قد يكون به، و قد يكون بالزراعة و الغرس، و قد يكون باحداث الطريق و النهر و المراح و ما شاكل، و فى جميع هذه الموارد تصير الارض ملكا للمحبي مع الشرائط المذكورة فى تلك الكتب. و انما الكلام فى المقام فى مسائل:

[عدم جواز التصرف فى ملك الغير بغير اذنه]

اشارة

الاولى: لا يجوز التصرف فى ملك الغير بغير اذنه كما مر فى كتاب الغضب، و لا فيما فيه صلاحه اى صلاح المملوك، و يحتاج اليه من مرافقه و حريمه كالطريق المسلوك اليه و النهر، و المراح اى مأوى الابل و الغنم، لاتحاد الدليل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٥٧

و حد الطريق المبتكر فى المباحة مع المشاحة سبع اذرع

بيان حدّ الطريق

و في حدّ الطريق المبتكر و المراد به الملك المحدث في المباحة مع المشاحة خلاف، فعن النهاية و الحلي و المصنف هنا و في المختلف و التحرير و فخر الاسلام و الشهيدين و غيرهم، و في الرياض: بل لعله المشهور بين الطائفة، ان حده (سبع اذرع). و في الشرائع و النافع و عن القواعد و عن ولد الماتن انه نقله عن كثير من الاصحاب، انه خمس اذرع. و منشأ الاختلاف اختلاف الاخبار: فان منها ما يدل على الاول، كقوى السكوني عن ابي عبد الله عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فِي حَدِيث: و الطريق يتشاح اليه اهله فحدّه سبع اذرع «١» و مثله خبر مسمع اخي عبد الملك عنه عليه السلام «٢».

و منها ما يدل على الثاني، كموثق ابي العباس البقباقي عن ابي عبد الله عليه السلام: بل خمس اذرع «٣».

و هما متعارضان، و الترجيح للطائفة الاولى للشهرة التي هي اول المرجحات.

و الظاهر من النصوص عدم اختصاص هذا التحديد بالمبتكر، بل هو حد للطريق مطلقا، كما عن جماعة من المحققين من المتأخرين منهم المحقق القمي ره.

و حق القول في المقام: ان الطريق قد يكون ملكا لشخص كما لو احدثه في ارض موات، و هو على قسمين: اذ قد يشتري من شخص داره أو بستانه او ما شاكل

(١) الوسائل باب ١١ من كتاب احياء الموات حديث ٥.

(٢) الوسائل باب ١١- من كتاب احياء الموات حديث ٦.

(٣) الوسائل باب ١٥ من ابواب كتاب الصلح حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروماني)، ج ١٩، ص: ٤٥٨

[...]

و يجعله طريقا الى املاكه، لا إشكال في ان الحدّ المذكور غير مربوط به، بل انما التحديد لغيره. و قد يحدثه في ارض موات فحدّه ما ذكر، و ان كان فيه خلاف آخر، و هو انه هل يصير الطريق ملكا له بتبع ملك ما جعل طريقا اليه ام لا؟ و قد مر الكلام فيه. و هذا الحكم الذي ذكرناه فيما اذا كان الطريق ملكا لشخص، يجري فيما لو يكن ملكا له و لكن كان ذلك حريما لملكه.

و قد لا- يكون ملكا لشخص خاص و لا حريما لملكه، بل كان شارعا عاما معداً لمصالح القاطنين، و هو ايضا على قسمين: اذ تارة يختص بطائفة خاصة، و الظاهر ان حدّه ما مر. و قد يكون غير مختص بشخص و لا طائفة- كالشوارع العامة في البلدان- فحدّه حينئذ ما يحتاجون اليه، فقد يكون في هذه الازمنة يحتاجون الى شارع يبلغ مائة ذراع، و على الجملة الميزان في ذلك رعاية مصلحة الاجتماع، و ما يتوقف عليه حفظ النظام. و الظاهر ان الحد المذكور غير مربوط به، كما يشهد به موثق البقباقي عن الامام الصادق عليه السلام، قال قلت له: الطريق الواسع هل يؤخذ منه شيء اذا لم يضر بالطريق؟ قال عليه السلام: لا «١».

و في هذه الطرق التصرف المنافي للتطرق لا يجوز. و اما غير المنافي له، كالوقوف في الطريق و الجلوس، بل المعاملة و التظليل على موضع الوقوف، بل بناء الدكة بحيث لا تضر المارة، و اخراج الجناح و الروشن و ما شاكل، فلا محذور فيه، لعدم كونها ملكا لشخص او اشخاص كي لا يجوز مطلق التصرف فيها، و الله العالم.

(١) الوسائل- باب ٢٧ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث- ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٥٩
و حریم بئر المعطن اربعون ذراعاً، و الناضح ستون ذراعاً

بيان حریم البئر

و حریم بئر المعطن و هو و العطن واحد الاعطان و المعاطن، و هي مبارك الابل عند الماء لتشرب اربعون ذراعاً من الجوانب الاربعه و حریم بئر الناضح ستون ذراعاً كذلك على المشهور بين الاصحاب.
و قيل: ان الحریم في البئر مطلقاً ما يحتاج اليه في السقي، و منها وقوف الناضح و الدولاب، و تردد البهائم، و مصب الماء، و الموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية و الزرع من حوض و غيره، و الموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة.
و أما النصوص فهي مختلفة:

منها: ما يدل على القول الاول، كخبر عبد الله بن معقل ان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قال: من احتفر بئراً فله اربعون ذراعاً حولها لمعطن ماشيته «١».

و خبر مسمع بن عبد الملك عن الامام الصادق عليه السلام عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن اربعون ذراعاً، و ما بين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً، و ما بين بئر العين الى بئر العين خمسمائة ذراع «٢» الحديث، و نحوه قوى السكوني الا انه اضاف اليه بعد قوله العين: يعنى القناة «٣».

و منها: ما يدل على ان حریم البئر اربعون ذراعاً مطلقاً، كصحيح حماد بن عثمان عن ابي عبد الله عليه السلام: حریم البئر العادية اربعون ذراعاً حولها «٤».

(١) التذكرة ج ٢ ص ٤١٣.

(٢) الوسائل باب ١١ من كتاب احياء الموات حديث ٦.

(٣) الوسائل باب ١١ من كتاب احياء الموات حديث ٥.

(٤) الوسائل باب ١١ من كتاب احياء الموات حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٦٠

[...]

و ما رواه الصدوق، قال: قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ان البئر حريمها اربعون ذراعاً، لا يحفر الى جانبها بئر اخرى لعطن او غنم «١».

و منها: ما يدل على انه خمسون ذراعاً، كخبر وهب عن جعفر بن محمد عن ابيه: ان على بن ابي طالب عليه السلام كان يقول: حریم البئر العادية خمسون ذراعاً، الا ان يكون الى عطن او الى طريق فيكون اقل من ذلك الى خمسة و عشرين ذراعاً «٢».

و منها: ما يدل على ان الحد في الارض الصلبة خمسمائة ذراع، و في الرخوة الف ذراع، كخبر عقبه بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام: يكون بين البئرين اذا كانت ارضاً صلبة خمسمائة مائة ذراع، و ان كانت ارضاً رخوة فألف ذراع «٣».

و الحق في الجمع ان يقال: اما الاخير فهو يختص ببئر العين اي القناة، و اما ما قبله فضعيف السند، و اما صحيح حماد و مرسل الصدوق فمطلقان يقيد اطلاقهما بالنصوص المفصلة. و عليه فما افاده المشهور اظهر.

ثم ان ذلك يختص بالبئر في الارض الموات، و اما في المملوكة فلا حد لها، لورود النصوص في ذلك المورد. قال في المسالك: و نسبة البئر الى العادية اشارة الى احداث الموات، لان ما كان في زمن عاد و ما شابهه فهو موات غالباً، و خصّ عاداً بالذكر لانها في الزمان الاول كان لها آبار في الارض فنسب اليها كل قديم، انتهى.

ثم ان بعض النصوص و الفتاوى و ان اخص بحفر بئر اخرى، الا ان الظاهر انه لا يجوز لأحد احياء المقنن المزبور بغير حفر البئر ايضاً- كزرع أو شجر او نحوهما- لإطلاق بقية النصوص.

(١) الوسائل باب ١١ من كتاب احياء الموات حديث ٧.

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب احياء الموات حديث ٨.

(٣) الوسائل ج ١٧ باب ١١ من احياء الموات، حديث ٣.

قمي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٩، ص: ٤٦١

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٦١

و العين في الرخوة الف، و في الصلبة خمسمائة.

بيان حريم العين

و حريم العين و القناة في الارض الرخوة الف ذراع، و في الارض الصلبة خمسمائة على المشهور بين الاصحاب. و عن الاسكافي ان حد ذلك ان لا يضر الثاني بالاول، و نفى عنه البأس في محكي المختلف، و جعله في المسالك اظهر، و اختاره صاحب الكفاية، و قواه المحقق القمي ره.

يشهد للاول خبر عقبة بن خالد- المنجبر بما عرفت و برواية المشايخ الثلاثة- عن ابي عبد الله عليه السلام: يكون بين البئر اذا كانت ارضاً صلبة خمسمائة ذراع، و ان كانت ارضاً رخوة فألف ذراع «١». و به يقيد اطلاق خبري مسمع و السكوني المتقدمين الدالين على ان حده خمسمائة ذراع، كما انه يقيد اطلاق مرسل محمد بن حفص عن رجل عن الامام الصادق عليه السلام: يكون بين العينين الف ذراع «٢».

و للثاني صحيح محمد بن الحسين: كتب الى ابي محمد عليه السلام رجل كانت له قناة في قرية، فاراد رجل ان يحفر قناة اخرى الى قرية له، كم يكون بينهما في البعد حتى لا تضر احدهما بالآخرى في الارض اذا كانت صلبة او رخوة؟ فوقع عليه السلام: على حسب ان لا تضر احدهما بالآخرى ان شاء الله تعالى «٣» و نحوه خبر محمد بن علي بن محبوب، قال: كتب رجل الى الفقيه، و ذكر الحديث «٤».

و خبر عقبة بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اتى جبلاً فشق فيه

(١) الوسائل باب ١١- من كتاب احياء الموات حديث ٣.

(٢) الوسائل- باب ١٣ من كتاب احياء الموات حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١٤ من كتاب احياء الموات حديث ١.

(٤) الوسائل باب ١٤ من كتاب احياء الموات حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٦٢

[...]

قناة، فذهبت قناة الاخرى بماء قناة الاولى، فقال عليه السلام: يتقاسان بحقائب البئر ليلة ليلة، فينظر ايها اضرت بصاحبها، فان رأيت الاخرى اضرت بالاولى فلتعور «١» و رواه في الوسائل عن الصدوق، قال: و زاد: و قضى رسول الله بذلك، و قال: ان كانت الاولى اخذت ماء الاخرى لم يكن لصاحب الاخرى على الاول سبيل «٢».

و خبره الآخر عنه عليه لسلام في رجل احتفر قناة و أتى لذلك سنة، ثم ان رجلا احتفر الى جانبها قناة، فقضى ان يقاس الماء بحقائب البئر، ليلة هذه و ليلة هذه، فان كانت الاخرى اخذت ماء الاولى عورت الاخرى، و ان كانت الاولى اخذت ماء الاخرى لم يكن لصاحب الاخرى على الاولى شيء «٣».

و مورد هذه الاخبار الثلاثة الاخرى و ان كان في القريتين، الا انها تدل على ان الميزان هو الضرر، و انه لا عبرة بالقدر المعين. و اما خبر عقبه الذي هو مدرک القول الاول فهو في البئر و هو غير محل النزاع، و حمله على العين و ان كان ممكنا الا انه يحتاج الى دليل، و فهم المشهور لا يصلح قرينة عليه، و عليه فالقول الثاني اظهر. و لو سلم شموله لما هو محل النزاع، و كذا النصوص المطلقة، فيمكن الجمع بين الطائفتين بحمل النصوص الاول على صورة عدم معرفة الضرر، و ان ما فيها مجعول طريقا للضرر و عدمه، و يؤيده مناسبة الحكم و الموضوع.

ثم ان النصوص سيما ما اعتمدنا عليه في الحكم مختصة بالقناة في الارض الموات، و اما القناة في المعمورة فالظاهر انه لا خلاف في ان لصاحب الارض المعمورة المملوكة ان يحفر قناة في ملكه و ان تضرر صاحب القناة الاخرى، و انه لا حد لها، و لا

(١) الوسائل باب ١٦ من كتاب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب كتاب احياء الموات حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ١٦- من ابواب كتاب احياء الموات حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٦٣

[...]

يعتبر الفصل بينهما بمقدار لا يضر الثانية بالاولى و لا بالزرع. و على الجملة المعروف بينهم ان الحريم مختص بالاراضي المباحة، و اما في الاملاك المتجاورة فلا حريم، لقاعدة السلطنة «١».

و التحقيق يقتضى ان يقال: انه تارة نقول بان من حفر قناة كما يملك الارض يملك ما فيها من المياه، اما لان من ملك ارضا ملك قرارها الى تخوم الارض و فراغها الى عنان السماء، لو لان الاحتفار حيازة لما فيها من المياه. فحيثئذ يتعين البناء على عدم جواز حفر قناة اخرى في ملك الحافر ان اضرت بالاولى، و لا تصلح قاعدة السلطنة لاثبات الجواز، فانها لا تدل على جواز التصرف في ملك الغير، و هل التمسك بها في المقام الا كالتمسك بها لاثبات جواز ان يذبح بمديته غنم الغير، بدعوى انه مسلط على مديته يتصرف فيها ما شاء.

و أما لو انكرنا ذلك، و قلنا بان من ملك ارضا و ان كان يملك مقدارا من الفراغ الذي يتوقف عليه تصرفاته في ارضه، و لمقدار آخر منه بتبعية الارض بمنزلة الحريم لها، و مقدارا من قرارها كذلك، و لا يملك ما تجاوز عن ذينك الحدين كما هو الاظهر، و بنينا على

ان الحيازة المملكة لا- تصدق على حفر القناة بالاضافة الى المياه الموجودة فى عروق الارض، و ان ادعاء المحقق القمى ره كما هو الصحيح، فالظاهر تمامية الاستدلال بقاعدة السلطنة على المال و النفس و العمل لجوازه.
و يبقى الكلام حينئذ فى حديث لا ضرر «٢» الحاكم على قاعدة السلطنة، كحكومته على جميع الادلة الاولى. و نخبه القول فيه: انه تارة يتضرر المالك من عدم

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل - باب ١٢ من احياء الموات و باب ١٧ من ابواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٦٤

و يحبس النهر

حفر القناة، و اخرى لا يتضرر و لكن تفوت منه المنفعة، و ثالثه لا يتضرر بترك الحفر و لا تفوت منه المنفعة به.
اما فى الصورة الاولى فلا توقف فى جواز الحفر، لان الزامه بتحمل الضرر و حبسه عن ملكه لثلا يتضرر الغير حكم ضررى منفي، و لا مورد حينئذ لملاحظة اقل الضررين.
و أما فى الصورة الثالثة فلا كلام فى عدم جواز الحفر، لان تجويز ذلك حكم ضررى، و لا ضرر فى منع المالك عن هذا التصرف، و لا تصلح قاعدة السلطنة لمعارضة حديث لا ضرر، لمحكومتها بالنسبة اليه.
و ما فى الصورة الثانية فالمشهور الجواز، و يشهد به ان حبس المالك عن الانتفاع بملكه و جعل الجواز تابعا لتضرر الجار حرج عظيم، و لا يعارضه تضرر الجار، لعدم وجوب تحمل الحرج و الضرر لدفع الضرر عن الغير، كما يدل عليه تجويز الاضرار مع الاكراه.
و فائدة هذا الحريم منع الغير من احداث عين اخرى، بخلاف حريم البئر المتقدم، فان فائدته كما مر منع الغير من احياء ذلك المقدار مطلقا حتى بالزرع و الشجر، و الفرق ان الحريم هناك للانتفاع بالبئر فيما اعد له و ما يحتاج اليه عادة كما مر، و فى المقام عدم انتقال ماء العين الاولى الى الثانية،

لو لم يف النهر المباح المجتمع عليه املاك

الثانية: اذا تشاح و تنازع اهل الوادى فى مائه، فان كان الماء ملكا لهم فيقسم الماء على قدر انصباهم فيه، و ان لم يكن ملكا لهم بل كان مباحا (يحبس النهر

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٦٥

للاعلى الى الكعب فى النخل و للزرع الى الشراك، ثم كذلك لمن هو دونه.

للاعلى) الذى يلى فوهة الارض - بضم الفاء - و هو اصله (الى الكعب فى النخل، و للزرع الى الشراك) و هو اسفل منه بقليل ثم كذلك لمن هو دونه و هكذا، بلا خلاف فى اصل الحكم مطلقا، استنصر الثانى بحبس الاول ام لا، كما فى الرياض، و فى المسالك الاجماع عليه.

و المستند جملة من النصوص، لاحظ خبر غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام: قضى رسول الله صلى الله عليه و آله فى سيل وادى مهزور للزرع الى الشراك، و للنخل الى الكعب، ثم يرسل الماء الى اسفل من ذلك. قال ابن ابي عمير: و مهزور موضع واد «١».
و خبره الآخر عنه عليه السلام: قضى رسول الله فى سيل وادى مهزور ان يحبس الاعلى على الاسفل، للنخل الى الكعبين، و للزرع الى

الشراكين «٢».

و خبر عقبه بن خالد عنه عليه السلام: قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فِي شَرْبِ النَّخْلِ بِالسَّيْلِ أَنْ الْأَعْلَى يُشْرَبُ قَبْلَ الْأَسْفَلِ، يَتْرَكُ مِنَ الْمَاءِ إِلَى الْكَعْبَيْنِ ثُمَّ يَسْرَحُ الْمَاءَ إِلَى الْأَسْفَلِ الَّذِي يَلِيهِ وَكَذَلِكَ حَتَّى يَنْقُضِيَ الْحَوَائِظَ وَيَفْنِي الْمَاءَ «٣» وَنَحْوَهَا غَيْرَهَا. وَأَمَّا مَا عَنِ الْمَبْسُوطِ وَالسَّرَائِرِ: رَوَى أَصْحَابُنَا أَنَّ الْأَعْلَى يُحْبَسُ إِلَى السَّاقِ لِلنَّخْلِ وَلِلشَّجَرِ إِلَى الْقَدَمِ وَلِلزَّرْعِ إِلَى الشَّرَاكِ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ، فَلَا يَنَافِي مَا مَرَّ فَإِنَّ الْكَعْبَ هُوَ الْمَفْصَلُ بَيْنَ الْقَدَمِ وَعَظْمِ السَّاقِ، فَيَكُونُ قَوْلُهُ إِلَى الْقَدَمِ كِنَايَةً عَنِ

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٨ من ابواب احياء الموات حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ٨ من ابواب احياء الموات حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٦٦

و للمالك ان يحمي المرعى في

منتهى الكعب، فموافق الطائفتان و القولان. نعم، في القول الثاني و الاخبار الثانية اضيف الشجر و لم يذكر في الاولى، و لا تنافي بينهما من هذه الجهة ايضا، فلا خلاف بين الاصحاب و لابين الروايات.

و مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين سبق الاعلى في احياء الارض التي يراد سقيها و بين لحوقه. و عن الشهيدين و جماعة اختصاص الحكم بما لو كان الاعلى سابقا في احياء الارض، او كان السابق مجهولا، و اما اذا كان المتأخر سابقاً في احياء فهو يقدم، لتقدم حقه في الماء بالاحياء. و استوجهه الفاضل الخراساني ره قائلا: ان الروايات الدالة على تقديم الذي يلي فوهه النهر لا عموم لها بحيث يشمل هذا القسم. و لكن ثبوت حقه في الماء المباح الجارى من الاعلى باحياء الارض يحتاج الى دليل، و عدم العموم لا يضر بعد وجود الاطلاق. فالأظهر عدم الاختصاص.

قال في المسالك: ان اطلاق النص و الفتوى لسقى الزرع و الشجر بذلك المقدار محمول على الغالب في ارض الحجاز من استوائها و امكان سقى جميعها كذلك. فلو كانت مختلفة في الارتفاع و الانخفاض، بحيث لو سقيت اجمع كذلك زاد الماء في المنخفضة عن الحد المشروع، افرد كل واحد بالسقى بما هو طريقه، توصلنا الى متابعة النص بحسب الامكان، و لو كانت كلها منحدره لم يقف الماء فيها كذلك سقيت بما تقتضيه العادة، و سقط اعتبار التقدير الشرعى لتعذره، انتهى.

جواز حماية المرعى للمالك

الثالثة: لا خلاف و لا اشكال في انه يجوز (للمالك ان يحمي المرعى في

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٦٧

ملكه. و للامام (عليه السلام) مطلقا.

ملكه) خاصة، و لا يجوز ان يحمي بقعة من الموات لمواش بعينها و يمنع سائر الناس من الرعى فيها، و انما كان ذلك جائزا لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ خاصة لانه أولى بالمؤمنين من انفسهم و لكنه لم يفعل، و كذا يجوز عندنا الحمى (للامام عليه السلام مطلقا) لانه بمنزلة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ و الموات له عليه السلام كما مر.

قالوا: و الاصل في هذا الحكم ان الغريب من العرب كان اذا انتجع بلداً مخصباً، وافى بكلب على جبل ان كان به او على نشر ان لم

يكن به ثم استعوى الكلب ووقف له من كل ناحية يسمع صوته بالعوى، فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه، ويرعى مع العامة فيما سواه، فنهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن ذلك وقال: لا حمى الا لله ورسوله، و زاد في آخر: ولائمة المسلمين. و على هذا فلو بادر احد الى الحمى و احياء لم يملكه، لتعلق حق المسلمين به، و للنبوى «١» و ما دل على شركة المسلمين في الماء و الكلا و النار «٢» و مفهوم نصوص كخبر محمد بن عبد الله - الذي هو قريب من الصحيح بالبنظي - عن الامام الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة، و تكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا او اقل او اكثر، يأتيه الرجل فيقول: اعطني من مراعى ضيعتك و اعطيك كذا و كذا درهما، فقال عليه السلام: اذا كانت الضيعة له فلا بأس «٣».

و حسن ادريس بن زيد عن ابي الحسن عليه السلام، قال قلت: جعلت فداك،

(١) التذكرة ج ٢ ص ٤١١.

(٢) الوسائل باب ٥ - من كتاب احياء الموات حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٩ من كتاب احياء الموات حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٦٨

و ليس لصاحب النهر تحويله الا باذن صاحب الرعى المنصوبة عليه

ان لنا ضياعا و لها حدود و لنا الدواب فيها مراعى، و للرجل منا غنم وابل و يحتاج الى تلك المراعى لابله و غنمه، ا يحل له ان يحمى المراعى لحاجته اليها؟ فقال عليه السلام: اذا كانت الارض ارضه فله ان يحمى و يصير ذلك الى ما يحتاج اليه، قال و قلت له: الرجل يبيع المراعى؟ فقال عليه السلام: اذا كانت الارض ارضه فلا بأس «١».

و عليهما يحمل اطلاق خبر موسى بن ابراهيم عن ابي الحسن عليه السلام عن بيع الكلا و المرعى، فقال عليه السلام: لا بأس به، و قد حمى رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم النقيع لخيال المسلمين «٢».

[ليس لصاحب النهر تحويله الا باذن صاحب الرعى]

الرابعة: (و ليس لصاحب النهر تحويله الا باذن صاحب الرعى المنصوبة عليه باذنه)، لصحيح محمد بن الحسن، كتبت الى ابي محمد عليه السلام: رجل كانت له رعى على نهر قرية و القرية لرجل، فاراد صاحب القرية ان يسوق الى قريته الماء و في غير هذا النهر و يبطل هذه الرعى، أله ذلك ام لا؟ فوقع عليه السلام: يتقى الله و يعمل في ذلك بالمعروف لا يضر اخاه المؤمن «٣».

و مقتضى اطلاق النص شمول الحكم لما اذا كان نصب الرعى عليه بسبب لازم من صلح او غيره، ام كان بسبب جائز كالاذن، و به افتى المحقق القمي ره في جامع الشتات. و لكن قيده الحل في محكي السرائر بما اذا كان نصب الرعى على النهر بامر حق واجب على صاحبه، و في الرياض: و هذا هو الاقوى، بناء على القول الآخر الذي ذهب اليه اصحابنا من ترجيح ادلة السلطنة على ادلة نفى الضرر. و فيه: انه تقييد للاطلاق بلا مقيد.

(١) الوسائل - باب ٢٢ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٩ من ابواب احياء الموات حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ١٥ من ابواب احياء الموات حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٦٩

و يكره بيع الماء في القنوات و الانهار.

حكم بيع الماء

الخامسة: قال قده (و يكره بيع الماء في القنوات و الانهار).

الكلام في هذه المسألة يقع في جهات.

الاولى: في ان الماء هل يملك ام لا؟ الظاهر هو ذلك كما هو المعروف بين الاصحاب، و في الجواهر: بل الاجماع بقسميه عليه، بل لعله ضروري. و الشاهد به ما دل على تملك المباحات بالحيازة، فان الماء من جملة المشتركات بالاصالة، للاصل، و الاجماع بقسميه، و النبوي: الناس شركاء في ثلاث: الماء، و الكلاً و النار «١» و الكاظمي: ان المسلمين شركاء في الماء و النار و الكلاً «٢» فيملكه من حازه.

فان قيل: انه بالحيازة تملك المباحات لا المشتركات، و الخبران يدلان على اشتراك الناس او المسلمين في الماء، فلا يملك بالحيازة. قلنا: انه بعد ما ليس المراد بالشركة هو كونه ملكا للجميع، و الا لزم عدم جواز التصرف الا باذن الجميع و هو بديهي البطلان، فالمراد هو الشركة في الانتفاع به، فهو من المباحات و الناس فيه شرع سواء، فيشمله ما دل على ان من سبق الى ما لم يسبق اليه احد فهو له «٣» مضافا الى تسالم الاصحاب عليه بنحو لا يبقى مجال للتشكيك.

الثانية: انه لا إشكال على ما تقدم في ملكية الماء بالثراء او الحيازة، كما لو احرز من المباح في آنية او غيرها بقصد التملك، فهل يملك الماء بحفر البئر و بلوغ الماء ام لا؟

(١) المستدرک باب ٤ من ابواب احياء الموات حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٥ من كتاب احياء الموات حديث ١.

(٣) المستدرک باب ١ من احياء الموات حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٧٠

[...]

اما بعد اخراجه من الارض من من بئر و عين بنىء التملك، فملكته مذهب الاصحاب- كما في المسالك- كسائر المباحات التي يملكها السابق، و ما عن الشيخ من وجوب بذل الفاضل عن حاجته سيأتي الكلام فيه. و اما قبل الاخراج فملكته منسوبة في غير واحد من الكلمات الى الاصحاب مشعرا بالاجماع عليها، و في الجواهر: بل لعله كذلك نظرا الى السيرة المستمرة، و يمكن توجيهها بان الماء نماء ملكه كلبن الدابة، بل الظاهر انه حيازة للماء نفسه و سبق اليه ما لم يسبق اليه مسلم فهو له، و ربما يقال: ان ملك الارض يقتضى ملك الماء الكامن فيها و ان لم يكن من اجزائها، و ايضا يشهد به فحوى ما سيحيىء من الاخبار المتضمنة لبيع الشرب.

الثالثة: ما يقبضه النهر المملوك من الماء المباح، قال الشيخ: لا يملكه الحافر كما اذا جرى السيل الى ارض مملوكة، لانه مباح دخل في ملكه فيبقى على اصل الاباحة، و انما يكون الحافر اولى به لان يده عليه. و المشهور بين الاصحاب، بل لم ينقل الخلاف عن غير مبسوط الشيخ، انه يملك الماء كما يملك الماء الخارج بحفر البئر و العين، و هو الاظهر، لان ذلك انما يكون من قبيل شبكة مثلا لصيد في انه يعد حيازة و سبقا الى ما لم يسبق اليه غيره. □

و خبر اسماعيل بن الفضل يشهد به، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن بيع الكلاً اذا كان سيحا فيعمد الرجل الى مائه فيسوقه الى

الارض فيسقيه الحشيش، و هو الذي حفر النهر و له الماء يزرع به ما شاء؟ فقال عليه السلام: اذا كان الماء له فليزرع به ما شاء و ليبيعه بما احب «١».

الرابعة: في بيع الماء، لا خلاف و لا إشكال في جواز بيع الماء المملوك المخرج،

(١) الوسائل - باب ٩ من كتاب احياء الموات حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٧١

[...]

المعلوم كيله او وزنه او بالمشاهدة الرافعة للغرر. و اما الماء المخرج من الارض من بئر و عين بنية التملك، فالمعروف من مذهب الاصحاب انه يجوز جميع التصرفات فيه و نقله الى الغير بعوض، لكن عن الشيخ في المبسوط انه اوجب على مالكة بذل الفاضل عن حاجته لشربه و شرب ماشيته و زرعه الى غيره بغير عوض، اذا احتاج اليه لشربه و شرب ماشيته من السائلة و غيرهم لا لسقى الزرع و الشجر. و منشأ الاختلاف اختلاف النصوص:

اذ منها ما تضمن النهي عن بيعه، كموثق ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن النطاف و الاربعاء، قال: و الاربعاء ان يسنى مسناة فيحمل الماء فيسقى به الارض ثم يستغنى عنه، فقال عليه السلام: فلا تبعه و لكن اعره جارك. و النطاف ان يكون له الشرب فيستغنى عنه فيقول: لا تبعه اعره اخاك او جارك «١».

و موثق البصري عنه عليه السلام: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن المحاقلة، الى ان قال: و النطاف شرب الماء ليس لك اذا استقيت عنه ان تبيعه جارك تدعه له، و الاربعاء المسناة تكون بين القوم فيستغنى عنها صاحبها، قال عليه السلام: يدعها لجاره و لا يبيعه اياه «٢».

و الخبر عنه صلى الله عليه و آله و سلم انه نهى عن بيع فضل الماء «٣».

و النبوي: من منع فضل الماء ليمنع به الكلاً منعه الله فضل رحمته يوم القيامة «٤»

(١) الوسائل باب ٧ من كتاب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٢٤ - من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٤.

(٣) التذكرة ج ٢ ص ٤١٠.

(٤) المستدرک باب ٦ من احياء الموات حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٧٢

[...]

و المراد ان الماشية انما ترعى بقرب الماء، فاذا امتنع من الماء فقد امتنع من الكلاً و حازه لنفسه و نحوه خبر عقبه «١».

و منها: ما يدل على جواز البيع، كخبر اسماعيل بن الفضل المتقدم، و صحيح سعيد الاعرج عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغنى بعضهم عن شربه، يبيع شربه؟ قال عليه السلام: نعم، ان شاء باعه بورق، و ان شاء بكيل حنطة «٢».

و حسن الكاهلي عنه عليه السلام عن قناة بين قوم لكل رجل منهم شرب معلوم فاستغنى رجل منهم عن شربه، ا يبيعه بحنطة او شعير؟

قال عليه السلام: يبيعه بما شاء، هذا مما ليس فيه شيء «٣» ونحوه خبر على بن جعفر «٤».

والجمع بين الطائفتين يقتضى البناء على كراهة البيع، أو افضلية عدم اخذ العوض.

ثم انه وقع الخلاف بين المجوزين فى اخذ العوض، فى انه هل يصح بيعه، أم يتعين فى نقله بعوض من ايقاع معاملته اخرى عليه من صلح و شبهه، نسب المحقق القمى ره الى المشهور عدم جواز البيع. و عن الشهيد قده جواز بيعه دائما، و عدم جوازه بدون ذلك.

و الاظهر هو الجواز مع المعلومات بمقدار يرتفع به الغرر. و لا يضر الجهل بالكيل أو الوزن، لعدم كون الماء من المكيل و الموزون، و النصوص المتقدمة شاهدة به. و حمل

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب احياء الموات حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٦ من كتاب احياء الموات حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٦ من كتاب احياء الموات حديث ٢.

(٤) الوسائل باب ٦ من ابواب احياء الموات حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٧٣

و يجوز اخراج الرواشن و الاجنحة فى الطرق النافذة ما لم تضر بالمارة و مع الاذن فى المرفوعة و كذا فتح الابواب

ما فيها من البيع على ارادة النقل بعوض بغير البيع المصطلح- كما افاده المحقق القمى ره- خلاف الظاهر، لا يصار اليه الا مع القرينة، و كون بيعه غرريا لا يصلح قرينة عليه، لمنعه أولا، و اخصية النصوص عن دليله لو سلم كونه غرريا دائما ثانيا. فلا اشكال فى جواز بيعه.

حكم اخراج الرواشن فى الطرق

السادسة: و المعروف بين الاصحاب انه يجوز اخراج الرواشن و الاجنحة فى الطرق النافذة ما لم يضر بالمارة و مع الاذن فى المرفوعة و كذا فتح الابواب. و تمام الكلام بيان امور.

١- قالوا: الجناح و الروشن يشتركان فى اخراج خشب من الحائط الى الطريق، بحيث لا- يصل الى الجدار المقابل و يبنى عليه، و لو وصل فهو الساباط. و فى المسالك: و ربما فرق بينهما بان الاجنحة ينضم اليها مع ما ذكران يوضع لها اعمدة من الطريق.

٢- المدار فى الضرر بالمارة هو العرف، و يعتبر فى المارة بما يليق بتلك الطرق عادة، فان كانت مما يمر فيه الابل اعتبر فيه مروره محملا- و مركوبا و على ظهره محملا، و ان كانت مما يمر عليه الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح على وضعه مما لإعادة.

٣- مدرك الجواز فى الطرق النافذة- و هى الطرق التى تنتهى الى طريق او مكان مباح يجوز استطراره- انها ليست ملكا لاربابها، و انما هى من قبيل الحریم،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٧٤

[...]

و المتيقن منه ان لهم و لغيرهم الاستطراق فيها و لا يجوز مزاحمتهم فى ذلك، و اما ساير التصرفات فلا وجه للمنع عنها، فيجوز اخراج الرواشن و الاجنحة و فتح الباب و ما شاكل و ان تضرر الجار بالاشراف عليه. نعم، اذا تضرر الجار بذلك، و لم يكن فى منعه من الاخراج و الفتح ضرر عليه و لا فوات نفع، يجبر لقاعدة لا ضرر كما مر.

و أما الطرق المرفوعة- و هي التي لا تنتهي الى طريق او مكان مباح يجوز استطرأقه، بل اما ان يكون رأسها مسدوداً بجدار و نحوه، او تكون منتهية الى سد- فقالوا انه لا يجوز اخراج الرواشن و الاجنحة و فتح الباب فيها الا باذن اربابها، و المراد باربابها كل من له اليها باب يخرج منه اليها على وجه شرعى.

و استدلووا لذلك بان المرفوع ملك لاربابه كسائر املاكهم، فيكون كالمال المشترك لا يصح لأحد من اربابه التصرف فيه الا باذن الباقين، سواء كان التصرف باحداث الباب او الساباط او الروشن ام غيرها، و سواء اضرّ بهم ام لم يضر.

و استشكل فيه المحقق الاردبيلي و منع ذلك الا ان يثبت الملكية بوجه شرعى و لو بادعائهم الملكية مع عدم العلم بفساد الدعوى، فان الذى علم من التصرف بالاستطراق استحقاتهم ذلك، و حيث ان اكثر الطرق و الاستطراق يحصل فى غير الملك فلا اماره للملكية التى هي خلاف الاصل، اذ لا- فرق بين المسلوک و المرفوع فى الحصول الا ان المترددين فى الاول اكثر. ثم اتيد ذلك بعمل الناس من دخولهم فى هذه السكك و وقفهم و جلوسهم بدون اذن اربابها من دون نكير، قال: و هو دليل عدم الملكية، بل لو كان ملكا لم يجز لسائر الشركاء الدخول بدون اذن الباقين.

و فيه انه: يمكن توجيه ما افاده المشهور بان الطريق المرفوع تحت يد اربابه و اليد اماره للملكية، و مع الاغماض عنه انه حريم املاكهم و المشهور بينهم ملكية الحريم و ان كنا اشكلنا فيه و مع التنزل، فلا اقل من انهم احق به من غيرهم و كونه متعلقا فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٧٥ و يشترك المتقدم و المتأخر فى المرفوعة

لحقهم. فعلى ذلك لا- يجوز لاحدهم التصرفات مطلقا الا مع اذن الباقين، الا خصوص الاستطراق، اما لان ذلك شرط ضمنى عند جعله طريقاً بينهم، او لان بعض التصرفات يجوز فى الاملاك للسيرة او غيرها- كالصلاة فى الاراضى المتسعة، و الوضوء من الانهار الكبار- فليكن المقام من هذا القبيل، و به يظهر وجه جواز التصرفات المشار اليها لغير اربابه. فما افاده المشهور اظهر. هذا كله فى التصرف فى الطريق. اما تصرف كل منهم فى ملكه بفتح الروازن و الشباييك فلا اشكال فى جوازه، لتسلط الانسان على التصرف فى ملكه بما شاء و ان استلزم الاشراف على الجار، لان المحرم هو التطلع لا التصرف فى الملك، فيستفيد بذلك الاستضاءه فى بيته و ليس للجار سد ذلك، و ان كان له وضع شىء فى ملكه يمنع الاشراف. نعم، استثنوا من ذلك فتح باب فيه، كما لو كان له دار حائطها الى الطريق المرفوع فاراد ان يفتح بابا اليه فى ملكه، قالوا: لا يجوز ذلك، دفعا لشبهة استحقاقه المرور منه بعد تطاول الزمان، فانه اذا اشبهه حاله يشعر باستحقاق المرور لانه وضع له.

و قد اشكل الشيخ ره فى مصالحة احد ارباب الطريق الباقين على احداث روشن فيه، و علله بانه لا يجوز افراد الهواء بالبيع، و الصلح متفرع عليه فى ذلك. و فى الشرائع: و فيه تردد. و لكن لو سلم الاشكال فى البيع، لا مجال للاشكال فى الصلح بعد اطلاق ادلته.

الطرق المرفوعة مشتركة بين اربابها

السابعة: و المشهور بين الاصحاب انه (يشترك المتقدم و المتأخر فى المرفوعة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٧٦

الى الباب الاول و صدر الدرب، و يختص المتأخر بما بين البابين، و لكل منهما تقديم بابه لا تأخيرها

الى الباب الاول و صدر الدرب، و يختص المتأخر بما بين البابين، و لكل منهما تقديم بابه لا تأخيرها). و عن الشهيد فى الدروس تقوية اشتراك الجميع فى الجميع، و اختاره المحقق الاردبيلي ره.

و استدلالا لاول بانه في المرفوعة الى الباب الاول و صدرها هم متساوون في الارتفاق بها و لا اولوية لواحد على غيره، بخلاف ما بين البابين، لان ادخلية الباب تقتضي الاستطراق و هو مختص بالمستطرق، فيتحقق الترجيح.

و اورد عليهم المحقق الاردبيلي قائلا: ان دليل المشهور مدخول، و الاصل دليل قوي، و ليس هنا ما يدل على اختصاص احد الاستطراق و عدم مرور الغير اليه و هو ليس بدليل لما مر. و لانه لو كان ذلك دليل الملك لكان الفاضل في آخر المرفوعة ملكا للاخير. و لانه قد يكون المرفوعة واسعة و لا يمر الادخل الا في بعضها. و لانه قد يكون في مقابلة ايضا باب فيشكل الاختصاص.

ثم انه ره اخذ عليهم التناقض بين كلامهم هذا و بين ما ذكروه من ان المرفوعة لكل من فيها ارضها و هوائها، لا يجوز لأحد منهم اخراج الرواشن و الاجنحة و الساباط و الميزاب حتى فتح الباب الجديد لغير الاستطراق بدون اذن الجميع، و يجوز مع اذنه، فان هذه الاحكام تدل على عدم الاختصاص لأحد. و ايضا حكمهم بجواز اخراج الاقدم ببابه في المشترك يقتضي جواز ادخال الادخل ببابه في الفاضل، لانه ايضا مشترك، و هم منعوا عنه.

و يرد على ما مر منه ما تقدم منا.

و يرد على الوجه الثاني ما افاده الشهيد الثاني ره: بان ثبوت ملك شيء لا يتوقف على مسلك له، و مع ذلك فيمكن دخول الخارج الى الفضلة بشاهد الحال،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٧٧

و لو اخرج الرواشن في النافذة فليس لمقابلة منعه و ان استوعب عرض الدرب و لو سقط فبادر مقابله لم يكن للاول منعه

كسلوك غيره ممن لا حق له في تلك الطرق، فاذا انضم الى ذلك اشتراكهم جميعا في التصرف في الفضلة حكم باشتراكها بينهم. و على الثالث: ان اماره الملكية ليست هي المرور، بل كون الشيء تحت استيلائه، و الطريق الواسع كذلك و ان كان في المرور يمر على بعضه.

و على الرابع: انه لو كان في مقابلة ايضا باب كانا مشتركين فيه.

و أما التناقض الاول الذي ذكره فيمكن دفعه بان مراد الاصحاب من كون المرفوعة ملكا لاربابها، ليس كونها ملكا لجميع الارباب بنحو الاشاعة في الجميع، بل مرادهم انها ليست مثل النافذة التي ليست ملكا لأحد، و مرادهم باربابها جنس الجميع لا العموم الافرادى، فلا ينافى مع كون بعضها ملكا لبعضهم خاصة.

و أما قوله ره: و ايضا حكمهم بجواز اخراج الاقدم ... الخ، فيرده منع الملازمة، و منع كون العلة في الاول هو مجرد الاشتراك حتى يتم في الفرع، بل لانه اسقاط لحقه السابق الثابت من دون تصرف جديد في مال الشريك فهو تصرف بعض في حقه المشترك، بخلاف ادخال الباب في الفاضل، فان الاستحقاق فيه ليس من جهة العبور بل من جهة كونه من المرافق المحتاج اليها احيانا لحظ الاثقال و نحوه، و التصرف على نهج يوجب استحقاق العبور فيه من دون الشركاء تصرف في المشترك بدون الاذن و اسقاط لبعض حق الشركاء. نبه على ذلك المحقق القمي ره.

و مما ذكرناه في المسألة المتقدمة يظهر انه (لو اخرج الرواشن في النافذة فليس لمقابلة منعه و ان استوعب عرض الدرب، و) انه لو سقط فبادر مقابله لم يكن للاول منعه لان الاول لم يملك الموضوع بوضع الرواشن فيه و انما اكتسب اولوية، فاذا زال زالت. اللهم الا ان يقال: ان الهواء يملك مستقلا، فياخرج الرواشن

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٧٨

و يستحب للجار وضع خشب جاره على حائطه مع الحاجة، و لو اذن جاز الرجوع قبل الوضع، اما بعده فبالأرض.

حازه المخرج و ملكه و لا مزيل له، و المسألة محتاجة الى التأمل.

وضع الجدوع على حائط الجار

الثامنة: اذا التمس وضع جدوعه على حائط جاره لم يجب على الجار اجابته، بلا خلاف، و في المسالك: هذا عندنا موضع وفاق، لما دل على انه لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه (١).

و لكن (يستحب للجار وضع خشب جاره على حائطه مع الحاجة) لما روى عنه صلى الله عليه و آله و سلم: لا يمنع احدكم جاره ان يغرز خشبة في حائطه (٢) و في خبر آخر: ان الجار يضع جدوعه في حائط جاره شاء ام أبى (٣) المحمولين على الاستحباب، سيما مع عدم ثبوت صحتهما.

و انما الكلام فيما ذكره جماعة من انه (لو اذن جاز الرجوع قبل الوضع، اما بعده فبالأرش). و مورد الكلام امور: الاول: بعد ما لا كلام في انه يجوز الرجوع قبل الوضع، اختلفوا في الرجوع بعد الوضع، و قد منع عنه الشيخ و الاتباع، و استدلوا له بان الاذن في مثل ذلك يقتضى الدوام كالاذن في دفن الميت في الارض، بلزوم الضرر بالنقض حيث يفضى الى

(١) الوسائل باب ٣- من ابواب مكان المصلى- و باب ١- من ابواب القصاص في النفس و المستدرک ج ١ ص ٢١٢.

(٢) اخرجه البخارى ج ٣ ص ١٦٤ كتاب المظالم و الغصب و رواه مسلم ج ٥ ص ٥٧.

(٣) رواه الخرائطى من مكارم الاخلاق من حديث ابى هريرة كما عن المغنى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٧٩

[...]

خراب ملك المأذون.

و لكن يرد على الاول: ان كون الاذن مقتضيا للدوام، لا يستلزم عدم جواز الرجوع بعد كونه من قبيل العارية التي هي غير لازمة، و القياس بالاذن في دفن الميت مع الفارق ان قلنا بحرمة النيش في هذا المورد، و الا فيجوز الرجوع في المقيس عليه ايضا. و على الثاني: ان الضرر لا يصلح للزوم الاذن سيما بعد كونه مقدما عليه، فانه مع العلم بالجواز اقدم عليه. فالظاهر هو جواز الرجوع. الثاني: انه على تقدير الجواز، هل ينقض مجانا او مع الارش؟ قولان.

اختار المصنف ره هنا و المحقق في الشرائع و الشهيد الثاني في المسالك و غيرهم في غيرها الثاني. و استدل له بانه بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نقضه، و بان فيه جمعا بين الحقين، و بانه سبب الاتلاف لاذنه و المباشر ضعيف.

و لكن كون البناء محترما صادرا بالاذن الجائر ليس من موجبات الضمان، لما مر من انه مجرد كونه محترما ما لم ينطبق عليه احد العناوين المضمنة من اليد و الاتلاف و الاستيفاء ليس من موجبات الضمان. و كونه جمعا بين الحقين فرع ثبوت حق له في الابقاء و الكلام الآن فيه. و كونه سبب الاتلاف بعد كون اذنه مما يجوز الرجوع فيه، و وساطة اختيار الفاعل المختار ممنوع. فالظاهر عدم الضمان.

الثالث: انه على تقدير ثبوت الارش، فهل هو عوض ما نقصت آلات الواضع بالهدم، او تفاوت ما بين العامر و الخراب؟ وجهان مبنيان على ان مدرک ثبوت الضمان هو الوجه الاول و الثاني، او الثالث. فعلى الاولين الاول، و على الثالث الثاني كما لا يخفى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٨٠

و لو تداعيا جدارا مطلقا فهو للحالف مع نكول الآخر، لو حلفا أو نكلا فلهما. و لو اتصل ببناء احدهما او كان له عليه طرح فهو له مع

اليمين،

فروع التنازع

التاسعة: فى جملة من فروع التنازع.

منها: و لو تداعيا جدارا بين ملكيهما مطلقا و المراد بالاطلاق هنا ان لا يكون مقيدا بوجه يوجب كونه لاحدهما شرعاً، كاتصاله باحدهما اتصال ترصيف بتداخل الاحجار، أو كون اس الجدار له، أو كونه مبنيًا على جذع داخل فى بنائه، أو كون وجه الجدار اليه بزيادات فيه من طرفه، و ما شاكل.

فان كان الجدار فى يديهما، أو لم يكن لاحدهما يد عليه، فهو للحالف مع نكول الآخر. فانه اذا كان فى يديهما مقتضى اليد هو الشركة. فعلى كل منهما الحلف على ما يدعيه الآخر من كون مجموع الجدار له، فان حلف احدهما دون الآخر ثبت ما يدعيه. و ان لم يكن فى يديهما، فيحتمل الشركة من غير الحلف، و يحتمل كونه من باب التداعى، و على التقديرين حيث انه من المعلوم عدم خروجه عنهما، بل هو اما لهما أو لاحدهما، فلو حلف احدهما مع نكول الآخر ثبت به حقه.

و لو حلفا أو نكلا فلهما، ليد، أو العلم بعدم خروجه عنهما، و لا ترجيح لاحدهما على الآخر، فيحكم بالتنصيف. هذا كله مع عدم البيئته لاحدهما، و الا فيحكم بانه له للبيئته.

و لو اتصل ببناء احدهما اتصال ترصيف أو كان له عليه طرح من قبة أو غرفة أو نحو تلك مما يكون لاحدهما اختصاص به فهو له مع اليمين ان لم يكن للآخر بيئته، لصدق كون اليد له بذلك.

و يمكن ان يستدل له بصحيح منصور بن حازم عن ابى عبد الله عليه السلام

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٩، ص: ٤٨١

و لا يتصرف الشريك فى الحائط و الدولاب و البئر و النهر بغير اذن شريكه، و لا يجبر الشريك على العمارة

عن خص بين دارين: فرعم ان عليا عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذى من قبله القماط «١» المعتضد بخبر عمرو بن شمر عن جابر عن ابى جعفر عليه السلام عن ابيه عن جده عن على عليه السلام انه قضى فى رجلين اختصما اليه فى خص، فقال عليه السلام: ان الخص للذى اليه القماط «٢» و قد عمل معظم الاصحاب بهما. و دعوى انهما قضية فى واقعة - كما عن النافع - بعد كون الامام عليه السلام ينقلها فى مقام بيان الحكم، كما ترى. لا اشكال و لا خلاف فى انه لا يجوز ان يتصرف الشريك فى الحائط كما لا يجوز له التصرف فى سائر الاموال المشتركة من الدار و الدولاب و البئر و النهر و ما شاكل بغير اذن شريكه لعدم جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه. نعم، قد مر انه لا دليل على حرمة الانتفاع بمال الغير ان لم يعد تصرفا، كالاتضاء، بنور الغير. و ربما يشتهب الامر فى انه من التصرف ام لا كإسناد المتاع الى الحائط مع انتفاء الضرر، و مقتضى اصالة البراءة هو الجواز فى الموارد المشكوك فيها.

و لو انهدم الجدار لا يجبر الشريك على العمارة اذ لا يجب على الانسان عمارة جداره المختص فضلا عن المشترك. و هذا لا كلام فيه، انما الكلام فى انه هل تتوقف العمارة على اذن الشريك كما لعلة المشهور، ام يجوز له البناء و ان نهاه كما عن الشيخ، ام يفصل بين اعادته بالآلة المشتركة فالثانى، و بين اعادته بالآلة من عنده فالاول.

(١) الوسائل باب ١٤ من كتاب الصلح حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٤ من كتاب الصلح حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٨٢

و القول قول صاحب السفلى في جدران البيت، و قول صاحب العلو في السقف و جدران الغرفة و الدرجة،

و الاظهر هو الاول، لعدم جواز التصرف في ملك الغير بغير اذنه.

و استدلال للثاني بانه نفع و احسان في حق الشريك فلا يشترط رضاه، حيث انه يعمر حائطه و لا يغرمه في نفقته و لا ضرر فيه عليه. و فيه: ان اوصول النفع الى الغير و الاحسان اليه بغير التصرف في ماله حسن و مطلوب، و مع التصرف في ماله حيث ينطبق عليه عنوان قبيح فلا يكون حسنا.

و استدلال للثالث بانه على الاول يبقى شريكا كالاول، بخلافه على الثاني. و قد ظهر مما مر ما فيه.

و منها: انه لو تنازع صاحب العلو و السفلى في جدارهما، ف القول قول صاحب السفلى في جدران البيت، و قول صاحب العلو في السقف و جدران الغرفة و الدرجة كما هو المشهور بين الاصحاب، و قيل باشتراكهما في جدار السفلى و اختصاص صاحب العلو بجداره. عن الشيخ ره و الشهيد اشتراكهما في السقف. فهاهنا احكام.

١- لو تنازعا في جدران البيت، فالظاهر تقديم قول صاحب السفلى، لان جدران البيت جزئه فيحكم بها لصاحبه.

٢- لو تنازعا في السقف- و المراد به الحامل للغرفة المتوسط بينها و بين البيت- فقد استدلال لتقديم قول صاحب العلو بان الغرفة انما تتحقق بالسقف الحامل لانه ارضها، و البيت قد يكون بغير سقف، و هما متصادقان على ان هنا غرفة فلا بد من تحققها. و بان تصرفه فيه اغلب من تصرف صاحب السفلى.

و به يظهر اندفاع ما استدلال به لما ذهب اليه الشيخ و الشهيد من اشتراكهما فيه، بانه سقف لصاحب البيت و ارض لصاحب الغرفة، فكان كالجزم من كل منهما.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٨٣

و اما الخزانة تحتها فلهما، و طريق العلو في الصحن بينهما و الباقي للاسفل و للجدار عطف اغصان الشجرة، فان تعذر قطعها عن ملكه.

و اضعف من ذلك ما في الشرائع من الرجوع الى القرعة لانها لكل امر مشتبه، اذ يرد عليه- مضافا الى ما مر- ان غاية ما هناك كونه تحت يديهما فهما شريكان فيه.

٣- لو تنازعا في جدران الغرفة، لا إشكال في تقديم قول صاحب العلو، لانها جزء من الغرفة فيحكم بها لصاحبها.

٤- لو تنازعا في الدرجة، فالظاهر تقديم قول صاحب العلو، لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك و ان كانت موضوعة في الارض التي هي لصاحب السفلى، لان مجرد ذلك لا يوجب صدق اليد.

فاما الخزانة تحتها فلهما لان لكل منهما شاهدا بملكها، اذ الظاهر كما مر ان الدرجة لصاحب العلو فيكون قرارها كالهواء له، و حيث انها متصلة بما يملكه الاسفل بل هي من جملة البيوتات السفلى فظاهره كونه لصاحب السفلى، فيحكم بها لهما بعد التحالف.

و منها: ما لو تداعيا في الصحن، قالوا: طريق العلو في الصحن بينهما و الباقي للاسفل. و علوه بان صاحب العلو لما افتقر سلوكه اليه في التصرف من الصحن في قدر الممر كان له يد عليه دون باقي الصحن، و صاحب السفلى يشاركه في التصرف في ذلك و ينفرد بالباقي، فيكون قدر المسلك بينهما لصدق كون يديهما عليه، بخلاف الباقي فان يد الاسفل عليه خاصة.

و منها: انه اذا خرج اغصان شجرة الى ملك الجار، فعلى مالكة عطفها او قطعها تحريزا من اشغال ملك الغير بملكه. و ان لم يفعل ف للجار عطف اغصان الشجرة، فان تعذر قطعها عن ملكه لان بقائه عدوان، و قاعدة حرمة التصرف في مال الغير لا تأتي في دفع الظلم و الضرر عنه، و لذا لم يشك احد في انه اذا دخل بهيمة

فقه الصادق عليه السلام (للمروحاني)، ج ١٩، ص: ٤٨٤

و راكب الدابة اولى من قابض لجامها و صاحب الاسفل اولى بالغرفة المفتوح بابها الى غيره مع التنازع و اليمين و عدم البينة.

الغير داره له ان يخرجها منها.

نعم، يجب عليه اولا-مراجعة المالك ثم عطف الاغصان ان امكان و الا يقطعها، بل قد يظهر من التحرير ان للمالك الازالة من دون استئذان من مالك الشجرة، بل صرح به المحقق الثاني ره، لان ازالة العدوان امر ثابت له و توقفها على اذن الغير ضرر عليه، و لا يخلو عن وجه و ان كان الاول احوط، و احوط منه الاستئذان من الحاكم فرارا عن التصرف في ملك الغير بغير اذنه او اذن من يقوم مقامه مع التمكن، و الله العالم.

ومنها: ان راكب الدابة اولى من قابض لجامها كما عن الشيخ و غيره، لظهور يد الاختصاص له. و لكن الظاهر انهما سواء، كما عن الخلاف و السرائر و المحقق الثاني و الشهيد الثاني في المسالك و غيرهم، لثبوت يد كل منهما عليها، و لا ترجيح لقوة تصرف الراكب و شدته بالنسبة الى القابض و لا- لزيادته، و لذلك ذهبوا الى اشتراك الثوب بين شخصين لكل منهما يد عليه و ان كان تصرف احدهما ازيد.

ومنها: انه لو تداعيا غرفة على بيت احدهما و بابها الى غرفة الآخر كان الرجحان لدعوى صاحب البيت، لكونها في ملكه الذي هو هواء بيته التابع لقراره، و مجرد فتح الباب الى الغير لا يفيد يدا عرفا، و هذا هو مراد المصنف ره حيث قال: (و صاحب الاسفل اولى بالغرفة المفتوح بابها الى غيره مع التنازع و اليمين و عدم البينة) و الله العالم.

قد تم الجزء التاسع عشر من كتابنا فقه الصادق و يتلوه الجزء العشرون من اول كتاب الديون، و الحمد لله اولاً و آخراً.

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/٤١).

قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرًا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رحمه الله - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشعفه بأهل بيت النبي (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفي مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحرّي الحاسوبي - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافة الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحرّي الأذق للمسائل الدينيّة، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المبتدلة أو الرديئة - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامعة ثقافية على أساس معارف القرآن و اهل البيت عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعة ثقافته القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم

الإسلامية، إنالة المنافع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبّهات المنتشرة في الجامعة، و...
- منها العدالة الاجتماعية: التي يُمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدةً، على أنه يُمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات -
في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهةٍ أخرى.
- من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي " القائمية " www.Ghaemiyeh.com و عدّه مواقعٍ أُخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديّه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائيّ و اليدويّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيره SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشراتِ مراكزٍ طبيعيه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد
جمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسه " الخاص بالأطفال و الأحداث المُشاركين في الجلسه

(ي) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسي: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد/ " ما بين شارع " پنج رمضان " و مُفترق " وفائي / " بنايه " القائمية "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسيه (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتي: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيّه، تبرعيّه، غير حكوميّه، و غير ربحيه، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا تُوفى الحجم
المتزايد و المتسع للامور الدينيه و العلميه الحاليه و مشاريع التوسعه الثقافيه؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى
بالقائمية) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحه بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكلّ توفيقاً متزائداً لإعانتهم
- في حدّ التمكن لكلّ احدٍ منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله وليّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
الغمامة اصححان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

